



VEFRIT

# Gildissvið fyrirhugaðrar EES- förgangsreglu\*

Eftir Friðrik Árna Friðriksson Hirst, framkvæmdastjóra Lagastofnunar HÍ og doktorsnema við Lagadeild HÍ, og Dr. Hafstein Dan Kristjánsson, lektor við Lagadeild HÍ og stipendiary lecturer við Balliol College og St. Anne's College, Oxford.

## Efnisyfirlit

1 Inngangur .....	3
2. Hugtakið almennt lagaákvæði .....	4
3. Stjórnvaldsfyrirmæli.....	6
4. Aðrir árekstrar .....	7
4.1 Réttlægri réttarheimildir .....	7
4.2 EES-reglur rekast á innbyrðis.....	8
5. Réttilega innleidd skuldbinding samkvæmt EES-samningnum .....	9
6. Skýrt og óskilyrt lagaákvæði.....	12
7. Nema Alþingi hafi mælt fyrir um annað .....	15
8. Niðurstöður og hugleiðingar um framsetningu ákvæðisins .....	16

## Ágrip

Greinin fjallar um EES-forgangsregluna sem fyrirhugað er að bæta við lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið, en frumvarp þess efnis er nú til meðferðar á Alþingi. Fyrirhuguð forgangsregla kveður á um að ef skýrt og óskilyrt lagaákvæði sem réttilega innleiðir skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum er ósamrýmanlegt öðru almennu lagaákvæði skal hið fyrrnefnda ganga frammar, nema Alþingi hafi mælt fyrir um annað. Sama á við um skuldbindingar sem eru innleiddar með stjórnvaldsfyrirmælum. Tilgangur greinarinnar er að brjóta einstök hugtök og skilyrði forgangsreglunnar til mergjar og greina þau með gagnrýnum hætti til að varpa ljósi á gildissvið reglunnar. Meðal annars er vikið að því hvaða tegundir settra laga munu lúta forgangsreglunni og hvernig hún á við um almenn stjórnvaldsfyrirmæli, þ.m.t. reglugerðir ráðherra. Þá er sjónum beint að því hvað felist í skilyrðum forgangsreglunnar um að ákvæði sé skýrt og óskilyrt og innleiði réttilega skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum. Að lokum eru settar fram hugleiðingar um hvort ástæða sé til að skerpa á orðalagi reglunnar í tilteknum atriðum, þ. á m. hvort hluta af orðalagi hennar sé hugsanlega ofaukið.

## Abstract

The article analyses the EEA priority rule, which has been proposed to be add to the Act on the European Economic Area no. 2/1993, pursuant to a legislative bill which is currently being discussed by Alþingi. According to the proposed rule, clear and unconditional statutory provisions that correctly implement EEA-rules shall take precedence over other incompatible statutory provisions, unless Alþingi has stipulated otherwise. The same applies to administrative rules. The purpose of the article is to critically analyse the concepts and conditions of the priority rule in order to shed light on its scope. The article explores *inter alia* which types of statutory laws will be subject to the priority rule and how it applies to administrative rules, including ministerial regulations. Moreover, the article analyses the rule's conditions that a statutory provision needs to be clear and unconditional and that it correctly implements an obligation under the EEA Agreement. Lastly, the article reflects on whether the proposed rule could in some aspects be phrased in a clearer manner than is proposed in the bill, including whether some of its text may be superfluous.

## 1 Inngangur

Fyrir liggur frumvarp til laga um breytingu á lögum nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið (*EES-lögin*) þar sem lagt er til að lögfest verði ný forgangsregla sem verði að 4. gr. laganna. Með frumvarpsákvæðinu er stefnt að því að tryggja fullnægjandi innleiðingu á bókun 35 við EES-samninginn. Frumvarpsákvæðið hljóðar svo:

„Ef skýrt og óskilyrt lagaákvæði sem réttilega innleiðir skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum er ósamrýmanlegt öðru almennu lagaákvæði skal hið fyrrnefnda ganga fram, nema Alþingi hafi mælt fyrir um annað. Sama á við um skuldbindingar sem eru innleiddar með stjórnvaldsfyrirmælum.“

Tilgangur greinarinnar er að brjóta einstök hugtök og skilyrði fyrirhugaðrar forgangsreglu til mergjar og greina þau með gagnrýnum hætti til að varpa ljósi á gildissvið reglunnar. Meðal annars verður vikið að því hvaða tegundir settra laga munu lúta forgangsreglunni og hvernig hún á við um almenn stjórnvaldsfyrirmæli, þ.m.t. reglugerðir ráðherra. Þá verður sjónum beint að því hvað felist í skilyrðum forgangsreglunnar um að ákvæði sé skýrt og óskilyrt og innleiði réttilega skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum. Við greiningu á þessum atriðum verður eðli máls samkvæmt horft náið til umfjöllunar í ítarlegri greinargerð með frumvarpinu þar sem einstök skilyrði reglunnar eru skýrð m.a. með hliðsjón af bókun 35 og öðrum reglum EES-réttar.<sup>1</sup> Í greininni verður að auki leitast við að draga fram möguleg álitæfni varðandi gildissvið forgangsreglunnar sem ekki er tekin bein afstaða til í greinargerðinni, setja þau í fræðilegt samhengi og taka afstöðu til þeirra eftir föngum. Að lokum verða settar fram hugleiðingar um hvort fyrirhuguð forgangsregla gæti orðast á annan hátt en lagt er til í frumvarpinu, þ.m.t. hvort sumum skilyrðum hennar sé hugsanlega ofaukið. Áður en lengra er haldið ber að áréttta að þingleg meðferð frumvarpsins stendur enn yfir og munu þau álitæfni sem velt verður upp í þessari grein vafalaust fá nánari umfjöllun á Alþingi. Þess skal einnig getið að umfjöllun um fyrirhugaða forgangsreglu var fylgt úr hlaði með fyrri grein höfunda á þessum vettvangi, en þessi grein tekur við þar sem henni sleppir.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> 153. löggjafarþing 2022–2023, þingskjal 1392 – 890. mál.

<sup>2</sup> Friðrik Arni Friðriksson Hirst og Hafsteinn Dan Kristjánsson, „Inntak fyrirhugaðrar EES-forgangsreglu og áhrif hennar í íslenskum rétti“.

## 2 Hugtakið almennt lagaákvæði

Eins og áður kom fram gerir frumvarpsákvæðið ráð fyrir að skýrt og óskilyrt lagaákvæði sem réttilega innleiðir skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum skuli ganga frammar „öðru almennu lagaákvæði“ ef efnisreglur ákvæðanna rekast á.<sup>3</sup> Af orðalagi frumvarpsákvæðisins er því ljóst að það lýtur ekki að árekstrum laga við ákvæði stjórnarskrárinnar eins og jafnframt er áréttað í skýringum með frumvarpinu.<sup>4</sup> Ekki fer á milli mála að fari lög sem innleiða EES-skuldbindingu í bága við stjórnarskrána víkja lögin.<sup>5</sup> Sama gildir ef slík lög ganga gegn óskráðum stjórnskipulegum grundvallarreglum sem eru jafnrétt háar stjórnarskránni og lúta 1. mgr. 79. gr. hennar, þ.m.t. reglum sem helgast af stjórnskipunarvenju, enda verður slíkum reglum ekki haggð með almennum lögum. Það er jafnframt ljóst að bókun 35 gerir ekki kröfu um að innleiddar EES-reglur njóti forgangs fram yfir stjórnarskrár EFTA-ríkjanna.<sup>6</sup>

Frumvarpsákvæðið tekur sem fyrr segir til árekstrar „almennra lagaákvæða“. Af skýringum með frumvarpinu má ráða að með „almennu lagaákvæði“ sé átt við ákvæði í *almennum lögum* Alþingis, sbr. 44. gr. stj.skr. og einnig 26. gr. stj.skr.<sup>7</sup> Með hliðsjón af þessu vaknar sú spurning hvort frumvarpsákvæðið takmarkist við almenn lög eða hvort það geti einnig tekið til *annarra tegunda settra laga í þrengri merkingu*, svo sem bráðabirgðalaga. Bráðabirgðalög eru sett af forseta Íslands að tillögu ráðherra þegar brýna nauðsyn ber til enda sé Alþingi ekki að störfum, sbr. 28. gr. stj.skr. Bráðabirgðalög eru jafnrétt há almennum lögum meðan þau gilda, en þau falla úr gildi ef þau eru ekki samþykkt af Alþingi eftir að það er komið saman á ný.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Í þessu sambandi má geta þess að fyrirhuguð forgangsregla tekur til allra innleiddra EES-skuldbindinga, hvort heldur samkvæmt meginmáli EES-samningsins, bókunum, viðaukum eða afleiddum gerðum. Líklegt er að hún gildi einnig um þær óskráðu meginreglur EES-réttar sem teljast vera samvinnnaðar meginmáli EES-samningsins og kunna þar með að hafa verið innleiddar með lögum nr. 2/1993. Nánar er fjallað um það í Friðrik Árni Friðriksson Hirst og Hafsteinn Dan Kristjánsson, „Inntak fyrirhugaðrar EES-forgangsreglu og áhrif hennar í íslenskum rétti“.

<sup>4</sup> Sjá umfjöllun í 4. kafla og athugasemdum við 1. gr. í greinargerð með fyrirleggjandi frumvarpi (153. löggjafarþing 2022–2023, þingskjal 1392 – 890. mál).

<sup>5</sup> Sjá einnig hvað norskan rétt varðar, Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen og Olav Kolstad, *EØS-rett*, bls. 270.

<sup>6</sup> Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad, *Oversikt over EØS-retten*, bls. 631. Sjá einnig 1. kafla og kafla 2.1 í greinargerð með fyrirleggjandi frumvarpi (153. löggjafarþing 2022–2023, þingskjal 1392 – 890. mál).

<sup>7</sup> Sjá m.a. umfjöllun í 1. kafla, kafla 2.1 og athugasemdum við 1. gr. í greinargerð með fyrirleggjandi frumvarpi (153. löggjafarþing 2022–2023, þingskjal 1392 – 890. mál). Um settan rétt í þrengri merkingu, sjá Ármann Snævarr, *Almenn lögfræði*, bls. 161–172, einkum bls. 161–163, Sigurður Línal, *Um lög og lögfræði*, bls. 80–113, einkum bls. 97–98, og Hafsteinn Dan Kristjánsson, *Að iðka lögfræði*, bls. 79–82, einkum bls. 80–81.

<sup>8</sup> Um bráðabirgðalög, sjá t.d. Ármann Snævarr, *Almenn lögfræði*, bls. 165–166, Sigurður Línal, *Um lög og lögfræði*, bls. 98–103, Hafsteinn Dan Kristjánsson, *Að iðka lögfræði*, bls. 81, og Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur. Undirstöður og handhafar ríkisvalds*, bls. 465–471.

Orðalag og uppbygging frumvarpsákvæðisins, þ.m.t. hugtakið „almennt lagaákvæði“, og skírskotun ákvæðisins til þess að *Alþingi* geti mælt fyrir um frávík frá því með lögum, kynni að mæla gegn því að bráðabirgðalög falli undir það, enda teljast þau hvorki til almennra laga né eru þau sett af *Alþingi* sem fyrr segir. Á hitt er þó að líta að frumvarpsákvæðið og skýringar með því eru ekki með öllu afdráttarlaugar um að því verði ekki beitt um aðra flokka settra laga í þrengri merkingu að almennum lögum frágengnum (þó getur það aldrei átt við um stjórnarskrána o.þ.h. sem fyrr segir). Þá gætu markmið ákvæðisins mælt með rýmri túlkun að þessu leyti, enda einskorðast efni bókarar 35 ekki við almenn lög í merkingu 44. gr. stjórnarskrárinnar, heldur lýtur bókunin almennt að settum lögum (e. statutory provisions). Eftir stendur þó að orðalag frumvarpsákvæðisins bendir fremur til þess að fyrri málsliður þess taki aðeins til almennra laga *Alþingis* í merkingu 44. gr. stj.skr.<sup>9</sup>

Fyrirhuguð forgangsregla tekur m.a. til árekstrar milli laga sem innleiða EES-skuldbindingu og laga sem innleiða aðrar þjóðréttarlegar skuldbindingar. Í því tilliti eiga sérstök sjónarmið við um ákvæði Mannréttindasáttmála Evrópu sem veitt er lagagildi með lögum nr. 62/1994.<sup>10</sup> Fyrir það fyrsta verður að telja ólíklegt að sú staða komi upp að innleiddar EES-reglur rekist á ákvæði Mannréttindasáttmála Evrópu án þess að unnt sé að samrýma viðkomandi reglur með túlkun. Er þá til þess að líta að ákveðnar kröfur um vernd grundvallarréttinda leiða af Mannréttindaskrá ESB og óskráðum meginreglum ESB-réttar, sem binda að vísu ekki EFTA-ríkin en setja engu að síður mark sitt á afleiddar gerðir sem teknar eru upp í EES-samninginn. Þá verður að hafa í huga að í EES-rétti má eftir atvikum finna samsvarandi grundvallarréttindum og tryggð eru í Mannréttindasáttmála Evrópu stoð í óskráðum meginreglum EES-réttar.<sup>11</sup> Í ljósi framangreinds hlýtur útgangspunkturinn að vera sá að EES-reglur sem innleiddar eru í íslenskan

---

<sup>9</sup> Þar sem bráðabirgðalög eru sárásjaldgæf er þetta líklega ekki sérlega raunhæft álitaefni. Helgast það m.a. af þeim breytingum sem gerðar voru á starfsháttum *Alþingis* með stjórnarskipunarlögum nr. 56/1991 en vegna þeirra eru sjaldnast lengur skilyrði til að setja bráðabirgðalög, enda má nú alla jafna kalla *Alþingi* saman með skömmum fyrirvara allan ársins hring. Sem dæmi um undantekningu frá hinu síðastnefnda má nefna þá stöðu sem kom upp vegna vafa um lögmati alþingiskosninga í Norðvesturkjördæmi 2021 sem orsakaði drátt á útgáfu kjörbréfa til nýkjörinna alþingismanna og tafði fyrir því að nýtt þing kæmi saman. Um þessa atburðarás og möguleg eftirmál hennar, sjá Valgerður Sólmes, „Niðurstæða *Alþingis* um gildi alþingiskosninga 2021: Hvað gerist nú?“.

<sup>10</sup> Rétt er að benda á að í norsku MSE-lögnum hefur verið farin sú leið að lögfesta þar sérstaka forgangsreglu vegna ákvæða sáttmálans. Því er hugsanlegt að forgangsreglur norsku EES-laganna og MSE-laganna eigi við á sama tíma og togist þar af leiðandi á. Hefur því verið haldið fram að leysa verði úr slíkum árekstrum í ljósi eðlis og mikilvægi þeirra réttinda sem reynir á hverju sinni. Sjá 3. gr. lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettensloven) (LOV-1999-05-21-30) og 2. gr. lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) (LOV-1992-11-27-109). Um álitaefni í norsku rétti varðandi mögulega árekstra milli innleiddra EES-reglna og ákvæða Mannréttindasáttmála Evrópu, sjá Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, bls. 437-438, og Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad, *Oversikt over EØS-retten*, bls. 645.

<sup>11</sup> Um vernd mannréttinda í Evrópurétti, sjá t.d. Paul Craig og Cráinne de Burca, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, bls. 430-481.

rétt uppfylli kröfur um vernd grundvallarréttinda, sem leiða bæði af Evrópurétti og EES-rétti, og séu því í samræmi við Mannréttindasáttmála Evrópu. Þó er ekki unnt að fullyrða í eitt skipti fyrir öll að óskráðar meginreglur EES-réttar um grundvallarréttindi séu ætíð sama efnis og ákvæði Mannréttindasáttmála Evrópu.<sup>12</sup>

Hvað sem öðru líður verður að hafa í huga að mörg veigamestu ákvæði Mannréttindasáttmála Evrópu eiga sér hliðstæðu í stjórnarskránni. Ef innleiddar EES-reglur stönguðust á við slík ákvæði gengi stjórnarskráin ætíð framars eins og áður kom fram.<sup>13</sup> Jafnframt má benda á að ef innleidd EES-regla reyndist ekki uppfylla kröfur um vernd grundvallarréttinda sem fá stoð í óskráðum meginreglum EES-réttar, má færa rök fyrir því að hún myndi ekki teljast til skuldbindingar samkvæmt EES-samningnum sem félli undir fyrirhugaða forgangsreglu, eins og rökstutt er aftar í greininni.

### 3 Stjórnvaldsfyrirmæli

Samkvæmt síðari málslið frumvarpsákvæðisins tekur það, auk almennra laga, einnig til stjórnvaldsfyrirmæla sem réttilega innleiða skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum. Hér er vísað til reglugerða og annarra almennra stjórnvaldsfyrirmæla, á borð við reglur, gjaldskrár og samþykktir, sbr. til hliðsjónar 2. málsl. 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Í frumvarpsákvæðinu felst þannig að stjórnvaldsfyrirmæli sem innleiða EES-reglu skulu ganga framars öðrum ósamrýmanlegum stjórnvaldsfyrirmælum.

Á hinn bóginn verður ekki ótvírætt ráðið af orðalagi frumvarpsákvæðisins hvort það geri ráð fyrir að stjórnvaldsfyrirmæli sem innleiða EES-reglu geti vikið til hliðar ósamrýmanlegri reglu í *almennum lögum*.<sup>14</sup> Til samanburðar má geta þess að samkvæmt 2. gr. norsku EES-laganna skulu stjórnvaldsfyrirmæli sem innleiða EES-reglu ganga framars ósamrýmanlegum lögum Stórþingsins, að því tilskildu að lögin séu *yngri* en

---

<sup>12</sup> Athygli vekur að Mannréttindadómstóll Evrópu hefur ekki slegið því föstu að til sé líkindaregla um að vernd mannréttinda í tengslum við innleiddar EES-reglur sé sambærileg þeirri vernd sem leiðir af Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. svokallaða *Bosphorus* líkindareglu í tilviki Evrópuréttar. Sjá í þessu sambandi ákvörðun í máli *MDE Konkurrenten.no AS gegn Noregi*, 5. nóvember 2019, nr. 47341/15, mgr. 43, og dóm MDE í máli *Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) og Norwegian Transport Workers' Union (NTF) gegn Noregi*, 10. júní 2021, nr. 45487/17, mgr. 105-198.

<sup>13</sup> Sjá einnig hvað norskan rétt varðar, Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, bls. 438, og Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad, *Oversikt over EØS-retten*, bls. 645.

<sup>14</sup> Þess má geta að í 3. kafla greinargerðar með fyrirleggjandi frumvarpi (153. löggjafarþing 2022–2023, þingskjal 1392 – 890. mál) eru tekin dæmi um EES-reglur, innleiddar með tilvísun, sem skulu samkvæmt viðkomandi innleiðingarlöggjöf ganga framars öðrum ákvæðum viðkomandi laga, ef árekstur verður. Dæmin eiga það sammerkt að varða EES-reglur sem hafa lagagildi, þ.e. teljast til almennra laga. Því er ekki um að ræða árekstur laga og stjórnvaldsfyrirmæla í umræddum tilvikum.

stjórnvaldsfyrirmælin.<sup>15</sup> Umfjöllun í greinargerð með fyrirbyggjandi frumvarpi mælir þó gegn því að slíkri reglu verði fundin stoð í frumvarpsákvæðinu. Í greinargerðinni segir þannig m.a. að með ákvæðinu sé „rétthæð réttarheimilda ekki raskað“, auk þess sem tekið er fram að rekist stjórnvaldsfyrirmæli á ákvæði í almennum lögum „[geti] löggjafinn einn gripið inn í og breytt viðkomandi lagaákvæði, numið það úr gildi eða mælt fyrir um forgang með sérstökum og afmörkuðum hætti“.<sup>16</sup> Við þetta má bæta að lögmætisreglan og lagaáskilnaðarreglur stjórnarskrárinnar, sem verður ekki vikið til hliðar með lögum, kunna að takmarka svigrúm löggjafans til að setja almenna reglu í þá veru að stjórnvaldsfyrirmæli geti gengið framur almennum lögum.<sup>17</sup>

## 4 Aðrir árekstrar

### 4.1 Réttlægri réttarheimildir

Spyrja má hvernig fyrirhuguð forgangsregla horfir við réttlægri réttarheimildum en almennum lögum og stjórnvaldsfyrirmælum, t.d. réttarvenju, meginreglum laga og eðli máls, eða fordæmi eða dómvenju sem byggjast á slíkum réttarheimildum.<sup>18</sup> Fyrir það fyrsta er ljóst að EES-regla sem er innleidd með almennum lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum myndi ganga framur ósamrýmanlegri réttlægri réttarheimild í samræmi við almennar reglur um rétthæð réttarheimildanna og *lex superior* regluna. Árekstur milli þessara réttarheimilda fellur utan fyrirhugaðrar forgangsreglu enda takmarkast hún sem fyrr segir við árekstur reglna í almennum lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum.

Niðurstaðan verður á sama veg ef dæminu er snúið við, þ.e. *EES-reglan* sem á í hlut hefur ekki verið formlega innleidd með almennum lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum en fær allt að einu stoð í réttlægri réttarheimild, t.d. óskráðri meginreglu í íslenskum rétti, eftir atvikum með túlkun þeirrar réttarheimildar til samræmis við EES-rétt. Slík „ólögfest EES-regla“ myndi

---

<sup>15</sup> Ákvæði 2. gr. norsku EES-laganna hljóðar svo: „Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelse etter avtalen skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer same forhold. Tilsvarende gjelder dersom en forskrift som tjener til å oppfylle Norges forpliktelse etter avtalen, er i konflikt med en annen forskrift, eller kommer i konflikt med en senere lov.“ (áh.br. höf.). Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) (LOV-1992-11-27-109).

<sup>16</sup> Athugasemdir við 1. gr. í greinargerð með fyrirbyggjandi frumvarpi (153. löggjafarþing 2022–2023, þingskjal 1392 – 890. mál). Sjá einnig m.a. umfjöllun í 6. kafla greinargerðarinnar, varðandi bætt verklag við laga- og reglugerðarsetningu vegna innleiðingar EES-reglna.

<sup>17</sup> Um lögmætisregluna almennt, sjá t.d. Hafsteinn Dan Kristjánsson, „Stjórnskipuleg lögmætisregla“, og Páll Hreinsson, *Almennar efnisreglur stjórnvæðisráðs*, bls. 5-55.

<sup>18</sup> Yfirlit yfir almennt viðurkenndar réttarheimildir íslensks réttar má t.d. finna í Ármann Snævarr, *Almenn lögfræði*, bls. 158, Sigurður Línal, *Um lög og lögfræði*, bls. 78, og Hafsteinn Dan Kristjánsson, *Að iðka lögfræði*, bls. 75.

þannig alla jafna víkja fyrir ósamrýmanlegum almennum lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum í samræmi við almennar reglur um réttthæð réttarheimildanna og *lex superior* regluna, á sama hátt og í dæminu sem tekið var í upphafi kaflans. Áreksturinn félli jafnframt utan fyrirhugaðrar forgangsreglu af sömu ástæðum og að framan greinir.<sup>19</sup> Forsenda þeirrar niðurstöðu er ætíð sú að ekki sé unnt að koma í veg fyrir áreksturinn með því að túlka viðkomandi lög eða stjórnvaldsfyrirmæli til samræmis við EES-regluna á grundvelli lögskýringarreglu 3. gr. EES-laganna.<sup>20</sup>

Loks má velta fyrir sér hvort fyrirhuguð forgangsregla myndi ná yfir tilvik þar sem EES-regla væri talin gilda í íslenskum rétti á grundvelli *lögjöfnunar* frá tilteknu ákvæði í almennum lögum. Staðan væri þá sú að EES-reglan rúmaðist ekki innan lagaákvæðisins sjálfs en stæði engu að síður í mjög nánum tengslum við það, þ.e. tilvikið væri ólögákveðið en eðlislíkt og samkynja hinu lögákveðna tilviki.<sup>21</sup> Ef forgangsreglan væri talin ná yfir slíka EES-reglu, sem gildi í íslenskum rétti á grundvelli *lögjöfnunar*, fæli sú niðurstaða væntanlega í sér að forgangsreglan væri skýrð rúmt með vísan til markmiða hennar og tengsla við bókun 35, þar sem orðalag hennar miðast við almenn lög og stjórnvaldsfyrirmæli, eins og áður kom fram.

## 4.2 EES-reglur rekast á innbyrðis

Sú staða gæti komið upp að tvær eða fleiri innleiddar EES-reglur rekist á *innbyrðis*. Ljóst er að slíkur árekstur fellur utan fyrirhugaðrar forgangsreglu, enda lýtur hún einungis að forgangi innleiddra EES-reglna gagnvart öðrum almennum lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum sem innleiða ekki EES-reglur („séríslenskum“). Þá kemur til skoðunar hvernig leyst yrði úr árekstri af fyrrgreindum toga, en í því sambandi koma tveir kostir til greina. Annars vegar mætti hugsa sér að leysa úr árekstrinum í samræmi við almennar forgangsreglur íslensks réttar, þ.e. *lex posterior* og *lex specialis*. Hins vegar mætti hugsa sér að leysa úr honum á grundvelli sjónarmiða EES-réttar um mismunandi réttthæð ólíkra tegunda EES-reglna. Í því fælist að leyst yrði úr árekstrinum á þann veg að niðurstaðan yrði sú sama og hún yrði samkvæmt EES-rétti.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Sjá Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, bls. 436, en þar kemur fram það álit höfundna að óskráðar reglur norsks réttar rúmist ekki innan 2. gr. norsku EES-laganna. Gagnstæð skoðun kemur fram hjá Finn Arnesen o.fl. sem telja ekki útilokað að skýra orðalagið „[b]estemmelser i lov“ svo rúmt að það nái einnig til óskráðra reglna norsks réttar. Sjá Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad, *Oversikt over EØS-retten*, bls. 641.

<sup>20</sup> Í 3. gr. EES-laganna er mælt fyrir um að skýra skuli lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja.

<sup>21</sup> Um skilyrði *lögjöfnunar*, sjá t.d. Ármann Snævarr, *Almenn lögfræði*, bls. 534-535, Davíð Þór Björgvinsson, *Lögskýringar*, bls. 188-214, Róbert R. Spanó, *Túlkun lagaákvæða*, bls. 308 og 314 o.áfr., og Hafsteinn Dan Kristjánsson, *Að iðka lögfræði*, bls. 161-163.

<sup>22</sup> Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, *EØS-rett*, bls. 272-273.



Þótt afleiddar gerðir njóti formlega sömu stöðu og meginmál EES-samningsins, sbr. 119. gr. hans, standa veigamikil rök til þess að taka í þessu sambandi mið af uppbyggingu, efni og markmiðum samningsins. Meðal þeirra er að ná fram einsleitni á Evrópska efnahagssvæðinu. Í því tilliti verður að hafa í huga að afleiddar gerðir ESB-réttar eru réttlægri réttarheimildir en t.d. stofnsáttmálarnir. Þá má geta þess að EFTA-dómstóllinn hefur annars vegar bent á að túlka beri tilskipanir til samræmis við meginmál EES-samningsins og hins vegar vísað til reglna í meginmáli EES-samningsins sem „frumréttar“ (e. primary EEA law).<sup>23</sup> Með hliðsjón af framansögðu er ekki ósennilegt að ef afleidd gerð EES-réttar stangaðist á við reglu í meginmáli EES-samningsins myndi niðurstaðan verða sú að beita bæri síðarnefndu reglunum en með því fengist sambærileg niðurstaða og í Evrópurétti.<sup>24</sup> Að teknu tilliti til þessa og markmiðsins um einsleitni má því telja rökrétt að leysa úr árekstri milli innleiddra EES-reglna, að samræmisskýringu frágenginni, eftir viðteknum sjónarmiðum í EES-rétti um samspil réttarheimilda EES-réttar.

Öðru máli gegnir um árekstur innleiddra EES-reglna sem fá stoð annars vegar í settum lögum og hins vegar í réttlægri réttarheimild. Þá er ekki um að ræða árekstur milli jafnréttþárra réttarheimilda í íslenskum rétti, ólíkt tilvikinu hér á undan. Því verður leyst úr slíkum árekstri í samræmi við almennar reglur um rétthæð réttarheimildanna og *lex superior* forgangsregluna. Áður en þeim yrði beitt væri þó rétt að leitast við að samrýma réttarheimildirnar með túlkun eftir fremsta megni þannig að niðurstaðan yrði í sem bestu samræmi við EES-rétt, þ.e. í samræmi við efni og samspil réttarheimildanna í EES-rétti hverju sinni.

## 5 Réttilega innleidd skuldbinding samkvæmt EES-samningnum

Fyrirhuguð forgangsregla gildir um ákvæði almennra laga (eða stjórnvaldsfyrirmæla) sem *réttilega innleiða* skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum, eins og áður var rakið.<sup>25</sup> Skilyrðið um „réttu innleiðingu“ í frumvarpsákvæðinu vísar til þess að EES-regla hafi verið innleidd í íslenskan rétt í samræmi við 7. gr. EES-samningsins, eins og ákvæðið er túlkað í dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins.<sup>26</sup> Umrætt skilyrði lýtur á hinn bóginn ekki að því hvort EES-regla hafi verið innleidd á stjórnskipulega réttan hátt. Það er þó vitaskuld frumforsenda

<sup>23</sup> Dómur í máli E-7/11, *Grund*, mgr. 82. Athygli vekur þó að í íslenskri útgáfu dómsins kemur hugtakið frumréttur (e. primary EEA law) ekki fyrir, heldur er þess í stað vísað til EES-samningsins.

<sup>24</sup> Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, *EØS-rett*, bls. 272, Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, bls. 54 o.áfr., og Hafsteinn Dan Kristjánsson, „Freedom of Establishment“, kafli 1.

<sup>25</sup> Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, *EØS-rett*, bls. 269.

<sup>26</sup> Um innleiðingu afleiddra gerða, sjá t.d. Arnaldur Hjartarson, *Evrópskur bankaréttur og áhrif hans á íslenskan rétt*, bls. 149-151, og Margrét Einarsdóttir, *Framkvæmd EES-samningsins á Íslandi og stjórnskipuleg álitamál*.

Þess að EES-regla geti haft réttaráhrif í landsrétti og fallið undir gildissvið frumvarpsákvæðisins að hún hafi verið innleidd á stjórnskipulega réttan hátt og sé jafnframt að efni til í samræmi við stjórnskipulegar reglur.<sup>27</sup>

Af fyrrgreindu skilyrði frumvarpsákvæðisins um „réttu innleiðingu“ EES-reglu er ljóst að *óinnleiddar* EES-reglur falla ekki undir gildissvið fyrirhugaðrar forgangsreglu, heldur EES-reglur sem innleiddar hafa verið með almennum lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum.<sup>28</sup> Á hinn bóginn vaknar sú spurning hvað sé nánar fólgið í þeim áskilnaði frumvarpsákvæðisins að lög eða stjórnvaldsfyrirmæli „innleiði“ EES-reglu og hvenær hún telst vera „réttilega“ innleidd.

Ekki fer á milli mála að fyrirhuguð forgangsregla á við um lagaákvæði sem innleiða EES-reglur samkvæmt efni og tilgangi sínum, t.d. ákvæði EES-laganna sem lögfestu meginmál EES-samningsins o.fl., sem og ýmis lög og reglur sem sett eru gagngert til að innleiða afleiddar gerðir í viðaukum EES-samningsins, m.a. tilskipanir og reglugerðir. Þá verður að telja að fyrirhuguð forgangsregla nái yfir lög og reglur sem uppfylla EES-skuldbindingu samkvæmt efni sínu, eftir atvikum ef þau eru túlkuð til samræmis við EES-rétt, þótt yfirlýstur tilgangur þeirra sé ekki beinlínis sá að innleiða slíka skuldbindingu.<sup>29</sup> Af framansögðu leiðir að öll ákvæði almennra laga og stjórnvaldsfyrirmæla sem að efni til fullnægja skuldbindingum samkvæmt EES-samningnum teljast „innleiða“ slíkar skuldbindingar og njóta þar með forgangsáhrifa á grundvelli frumvarpsákvæðisins, að öðrum skilyrðum uppfylltum.

Kemur þá til skoðunar hvenær EES-regla telst vera „réttilega“ innleidd í íslenskan rétt. Ef EES-regla er ranglega innleidd í íslenskan rétt, svo sem vegna misskilnings á gildissviði eða inntaki hennar, er ljóst að viðkomandi lagaákvæði (eða ákvæði stjórnvaldsfyrirmæla) myndi ekki njóta forgangsáhrifa á grundvelli fyrirhugaðrar forgangsreglu, enda fæli það þá ekki í sér innleiðingu á skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum. Einnig má velta fyrir sér hvernig færi um tilvik þar sem EES-regla hefur verið innleidd með réttum hætti en þó einungis *að hluta*. Má sem dæmi nefna reglu í EES-tilskipun sem felur í sér hámarkssamræmingu en lagaákvæði sem innleiðir regluna í íslenskan rétt gengur lengra eða skemur en rúmast innan marka tilskipunarinnar. Með hliðsjón af markmiði fyrirhugaðrar forgangsreglu má færa rök fyrir þeirri niðurstöðu að sá hluti lagaákvæðis sem felur í sér rétta innleiðingu á EES-reglu myndi njóta forgangsáhrifa, en ekki sá hluti þess sem felur í sér ranga innleiðingu, sé yfirleitt unnt að skilja þar á milli. Ef fallist er á það sem hér hefur verið rakið verður niðurstaðan sú að fyrirhuguð

<sup>27</sup> Sjá einnig umfjöllun í 2. kafla hér á undan.

<sup>28</sup> Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, *EØS-rett*, bls. 204.

<sup>29</sup> Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, *EØS-rett*, bls. 267.

forgangsregla veiti lagaákvæði forgangsáhrif *að því marki* sem það felur í sér rétta innleiðingu á EES-reglu. Sami skilningur hefur verið lagður í forgangsreglu 2. gr. norsku EES-laganna.<sup>30</sup>

Hér á undan var fjallað um tilvik þar sem íslenski löggjafinn eða stjórnvöld hafa ranglega innleitt EES-skuldbindingu. Að því frágengnu vaknar sú spurning hvernig fari um tilvik þar sem EES-regla sem hefur verið réttilega innleidd í landsrétt reynist á hinn bóginn vera ógild *að EES-rétti*. Nánar tiltekið gæti aðdragandinn verið sá að samsvarandi afleidd gerð ESB sé, t.d. samkvæmt dómi Evrópudómstólsins, talin brjóta í bága við rétthærri réttarheimildir í Evrópurétti, á borð við fjórfrelsisákvæði stofnsáttmálanna eða ákvæði Mannréttindaskrár ESB. Ekki er sjálfgefið að slík niðurstaða í ESB-rétti leiði til þess að samsvarandi EES-regla sé ógild, vegna mismunandi inntaks ESB- og EES-réttar á ýmsum sviðum. Það er þó mögulegt að annmarkinn á ESB-reglunni sé þess eðlis að sama hljóti að gilda um hliðstæðu hennar í EES-rétti, þ.e. ef réttarstaðan er að öllu leyti sú sama í báðum lagakerfum.<sup>31</sup> Í slíku tilviki, þar sem EES-regla er ógild að EES-rétti í fyrrgreindum skilningi, má færa rök fyrir því að lagaákvæði sem innleiðir slíka EES-reglu í landsrétt falli utan fyrirhugaðrar forgangsreglu enda lúti það þá í reynd ekki að skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum. Ætla verður að það haggi ekki þeirri niðurstöðu þótt viðkomandi EES-regla hafi ekki (enn) formlega verið felld úr viðkomandi viðauka EES-samningsins með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar. Fær þessi niðurstaða einnig stoð í því markmiði forgangsreglunnar að uppfylla þá skyldu sem felst í bókun 35.

Loks má nefna það tilvik að EES-tilskipun sem felur í sér lágmarkssamræmingu sé innleidd í íslenskan rétt með víðtækari hætti en lágmarkinu nemur. EES-reglan teldist þá réttilega innleidd sem slík, en íslensku innleiðingarlögin gengju lengra án þess þó að fara í bága við tilskipunina eða aðrar reglur EES-réttar. Vaknar þá spurningin hvort hin víðtækari útfærsla EES-reglunnar í íslenskum lögum ætti að njóta forgangsáhrifa að öllu leyti eða einungis að því marki sem hún svarar til lágmarkskrafna viðkomandi tilskipunar. Orðalag frumvarpsákvæðisins, þ.e. vísun í „skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum“, og markmið þess að innleiða bókun 35, renna stoðum undir þá niðurstöðu að viðkomandi lagaákvæði myndi í fyrrgreindu tilviki einungis njóta forgangs gagnvart ósamrýmanlegum lögum *að því marki* sem það uppfyllir skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum en ekki umfram það, sé yfirleitt

<sup>30</sup> Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad, *Oversikt over EØS-retten*, bls. 643, og Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen og Olav Kolstad, *EØS-rett*, bls. 269.

<sup>31</sup> Sjá einnig umfjöllun í 2. kafla hér að framan um vernd grundvallarréttinda í ESB-rétti og EES-rétti.

unnt að skilja þar á milli.<sup>32</sup> Til þess er einnig að líta að hvorki frumvarpsákvæðið né skýringar með frumvarpinu veita haldbæra stoð fyrir annarri niðurstöðu en þeirri sem að framan greinir.

## 6 Skýrt og óskilyrt lagaákvæði

Það er jafnframt skilyrði forgangsáhrifa samkvæmt frumvarpsákvæðinu að um sé að ræða *skýrt og óskilyrt lagaákvæði* (eða ákvæði stjórnvaldsfyrirmæla), en þetta skilyrði á rætur að rekja til bókunar 35. Nánar tiltekið hefur EFTA-dómstóllinn skýrt bókunina svo að hún mæli einungis fyrir um forgang innleiddra EES-reglna sem eru nægilega skýrar og óskilyrtar (e. sufficiently clear and unconditional) til að einstaklingar og lögaðilar geti byggt réttindi á viðkomandi reglu, t.d. í dómsmáli.<sup>33</sup> Þetta skilyrði felur þó í reyni sér óverulega takmörkun á gildissviði bókunar 35 enda þarf ekki mikið til að EES-regla teljist uppfylla skilyrðið. Til að mynda hafa almennu reglurnar um fjórfrelsið verið taldar nægilega skýrar og óskilyrtar í þessum skilningi jafnvel þótt þær séu matskenndar og dýnamískar í eðli sínu.<sup>34</sup> Þó eru ekki öll ákvæði meginmáls EES-samningsins sem teljast nægilega skýr og óskilyrt í framangreindum skilningi.<sup>35</sup>

Við mat á því hvort tiltekin EES-regla uppfylli skilyrðið um að vera nægilega skýr og óskilyrt hefur EFTA-dómstóllinn einkum litið til þess hvort sambærileg regla í ESB-rétti uppfylli efnislega hliðstætt skilyrði til að hún hafi bein réttaráhrif í aðildarríkjum ESB.<sup>36</sup> Bein réttaráhrif og raunar einnig forgangsáhrif í ESB-rétti hafa verið talin takmarkast við þær reglur ESB-réttar sem teljast nægilega skýrar og óskilyrtar.<sup>37</sup> Bein réttaráhrif og forgangsáhrif eru ekki

<sup>32</sup> Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad, *Oversikt over EØS-retten*, bls. 643. Sjá einnig, hvað varðar bókun 35, Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen og Olav Kolstad, *EØS-rett*, bls. 204.

<sup>33</sup> Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad, *Oversikt over EØS-retten*, bls. 642, og Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, bls. 432. Sjá t.d. mál E-1/94, *Restamark*, mgr. 77, og mál E-1/01, *Hörður Einarsson*, mgr. 53. Sjá einnig umfjöllun um E-1/10 í tengslum við bein réttaráhrif, í Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad, *Oversikt over EØS-retten*, bls. 630. Sjá einnig í sömu átt, mál E-2/12, *HOB-vín*, mgr. 122, og mál E-6/17, *Fjarškipti hf.*, mgr. 28. Einnig má hér vísa til umfjöllunar í kafla 2.3, 3. kafla og athugasemdum við 1. gr. í greinargerð með fyrirbyggjandi frumvarpi (153. löggjafarþing 2022–2023, þingskjal 1392 – 890. mál).

<sup>34</sup> Sjá m.a. kafla 2.3 í greinargerð með fyrirbyggjandi frumvarpi (153. löggjafarþing 2022–2023, þingskjal 1392 – 890. mál). Annað dæmi um ákvæði í meginmáli EES-samningsins sem uppfyllir þennan áskilnað er 54. gr. samningsins um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Þannig hefur EFTA-dómstóllinn slegið því föstu að nefnt ákvæði uppfylli skilyrðið, þ.e. að aðilar geti byggt rétt á því beint, sjá mál E-6/17, *Fjarškipti hf.*, mgr. 28.

<sup>35</sup> Mál E-6/17, *Fjarškipti hf.*, mgr. 27. Sjá einnig Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad, *Oversikt over EØS-retten*, bls. 642.

<sup>36</sup> Um tengsl skilyrðisins við bein réttaráhrif í ESB-rétti, sjá t.d. Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur*, bls. 104-108. Sjá einnig t.d. mál E-1/94, *Restamark*, mgr. 79, og mál E-1/01, *Hörður Einarsson*, mgr. 54.

<sup>37</sup> Áður fyrir lék vafi á því hver tengslin væru milli beinna réttaráhrifa og forgangsreglu ESB-réttar (e. principle of primacy). Í nýlegri dómafrankvæmd hefur Evrópuþingstóllinn lagt til grundvallar að ESB-reglur njóti ekki forgangsáhrifa nema uppfyllt séu skilyrði beinna réttaráhrifa. Af því leiðir að verði árekstur milli ESB-reglu sem nýtur ekki beinna réttaráhrifa og landslaga ber ekki víkja þeim síðarnefndu til hliðar með vísan til forgangsreglu ESB-réttar. Tók Evrópuþingstóllinn af skarið um þetta í máli C-573/17, *Poplawski II*, mgr. 60 og 68. Sjá einnig

hluti af EES-rétti með sama hætti, enda grundvallast bókun 35 á því að EES-samstarfið feli ekki í sér framsal á lagasetningarvaldi til stofnana EFTA, þótt hún geri, sem fyrir segir, kröfu um forgang *innleiddra* EES-reglna í landsrétti gagnvart öðrum settum lögum.<sup>38</sup>

Með töluverðri einföldun felst í beinum réttaráhrifum ESB-réttar að einstaklingar og lögaðilar geta byggt rétt beint á reglum Evrópuréttar fyrir dómstólum og stjórnvöldum án þess að þær hafi verið sérstaklega innleiddar í landsrétt.<sup>39</sup> Eins og kunnugt er var beinum réttaráhrifum ESB-réttar slegið föstum varðandi tiltekið ákvæði í þágildandi stofnsáttmála í *Van Gend en Loos* málinu.<sup>40</sup> Síðan sá dómur gekk hefur töluverð dómaframkvæmd mótast um hvort og þá hvernig bein réttaráhrif horfa við mismunandi tegundum réttarheimilda í ESB-rétti og efni þeirra. Í ljósi þeirrar dómaframkvæmdar má halda því fram að ESB-regla teljist almennt vera nægilega skýr og óskilyrt nema augljóst sé að hún uppfylli ekki þær kröfur, en þó verður einnig að huga að tegundum réttarheimilda í þessu sambandi.<sup>41</sup> Reglur sem myndu alla jafna ekki uppfylla skilyrðið eru t.d. almennt orðaðar stefnuyfirlýsingar sem einstaklingar og lögaðilar geta ekki byggt réttindi á beint. Sama á við um reglur sem fela aðildarríki eða stofnun ESB að grípa til ákveðinna aðgerða til að útfæra eða framkvæma viðkomandi réttindi til þess að þau verði virk.<sup>42</sup>

Með hliðsjón af framansögðu má velja því upp hvort nauðsynlegt sé að orða umrætt skilyrði í fyrirhugaðri forgangsreglu. Sams konar skilyrði birtist ekki í texta 2. gr. norsku EES-laganna en ákvæðið hefur þó verið túlkað í samræmi við bókun 35 að þessu leyti.<sup>43</sup> Á hinn bóginn var skilyrðið tekið berum orðum fram í áðurgildandi 2. gr. finnsku EES-laganna. Þó er sá munur á finnska ákvæðinu og ákvæði fyrirliggjandi frumvarps að í hinu fyrrnefnda var skilyrðið tengt við þá EES-reglu sem um ræðir (skýr og óskilyrt EES-regla), en í frumvarpsákvæðinu tengist skilyrðið því lagaákvæði sem innleiðir EES-regluna (skýrt og

---

Hafsteinn Dan Kristjánsson, „Is the Primacy of EU-Law Absolute or Relative? Explaining Primacy in Interlocking Legal Systems“, bls. 33, þar sem vakin er athygli á því að ákveðin óvissa gildi um þann fræðilega grundvöll sem tengslin milli reglnanna um bein réttaráhrif og forgangsáhrif ESB-réttar byggjast á.

<sup>38</sup> Um bein réttaráhrif og forgangsáhrif í tengslum við EES-rétt er fjallað m.a. í M. Elvira Méndez-Pinedo, *EC and EEA Law*, bls. 94-97 og 145-160.

<sup>39</sup> Um bein réttaráhrif almennt, sjá t.d. Sigurður Línal og Skúli Magnússon, *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins. Megindrættir*, bls. 70-71, Stefán Már Stefánsson, *Evrópuréttur. Réttarreglur Evrópusambandsins*, bls. 72-83, Stefán Már Stefánsson, *Evrópusambandsréttur. Lissabons-sáttmálinn með áherslu á fiski- og auðlindamál og ríkjasambandið*, bls. 62-66, og M. Elvira Méndez-Pinedo, *EC and EEA Law*, bls. 51-69.

<sup>40</sup> Mál C-26/62, *Van Gend en Loos*.

<sup>41</sup> Sjá t.d. Michal Bobek, „The effects of EU law in the national legal system“, bls. 159.

<sup>42</sup> Sjá t.d. Michal Bobek, „The effects of EU law in the national legal system“, bls. 160.

<sup>43</sup> Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad, *Oversikt over EØS-retten*, bls. 642.

óskilyrt lagaákvæði).<sup>44</sup> Að framangreindu virtu kemur til skoðunar hvort umrætt skilyrði bókunar 35 lúti að *EES-reglunni sem slíkri* eða þeim *landslögum* sem innleiða hana. Dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins tekur ekki afdráttarlaust af skarið um þetta atriði.<sup>45</sup> Hvað sem því líður benda tengsl bókunar 35 við reglurnar um bein réttaráhrif og forgangsáhrif í Evrópurétti til þess að skilyrðið lúti að EES-reglunni án tillits til útfærslu hennar í landsrétti. Enn fremur verður að hafa í huga að almennt myndi lagaákvæði sem á annað borð réttilega innleiðir slíka EES-skuldbindingu uppfylla skilyrðið um að vera nægilega skýrt og óskilyrt.<sup>46</sup> Þannig gæti sú staða komið upp að íslenskt lagaákvæði sé nægilega skýrt og óskilyrt en ekki sú EES-regla sem það innleiðir. Samkvæmt orðalagi frumvarpsákvæðisins veitir það slíku lagaákvæði forgangsáhrif enda þótt viðkomandi EES-regla falli ekki undir skuldbindinguna samkvæmt bókun 35, en sú niðurstaða kann að skjóta skökku við í ljósi framangreinds.

Að lokum má velta því fyrir sér hvort dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins um bókun 35 kunni að þróast á þann veg að hann muni horfa í ríkari mæli til dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins um bein réttaráhrif við afmörkun á inntaki þeirra forgangsáhrifa sem bókun 35 áskilur varðandi innleiddar EES-reglur. Sú dómaframkvæmd Evrópudómstólsins er yfirgripsmikil og hefur að geyma ýmis blæbrigði. Til að mynda hefur því verið slegið föstu í dómaframkvæmdinni að tilskipanir hafi lóðrétt bein réttaráhrif (e. vertical direct effect). Í þeim felst að einstaklingar og lögaðilar geta í ESB-rétti byggt rétt beint á óinnleiddri eða ranglega innleiddri tilskipun, eftir að fresturinn til að innleiða hana er liðinn, í máli gagnvart stjórnvöldum í aðildarríki.<sup>47</sup> Aftur á móti hafa tilskipanir ekki lárétt bein réttaráhrif (e. horizontal direct effect), en í því felst að einstaklingar og lögaðilar geta almennt ekki byggt rétt beint á óinnleiddri eða ranglega innleiddri tilskipun í máli gagnvart öðrum einkaaðilum.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> Sjá lög 1504:1993, sbr. lög 1505:1993, 2. gr. „... 1. ovillkorliga och tillräckligt exakta bestämmelser i EES-avtalets huvudavtal eller i dess protokoll eller bilagor, 2. en sådan bestämmelse i ett direktiv till vilken det hänvisas i EES-avtalets bilagor, om bestämmelsen i direktivet är ovillkorlig och tillräckligt exakt ...“ (áh.br. höf.). Sjá kafla 2.4 í greinargerð með fyrirliggjandi frumvarpi (153. löggjafarþing 2022–2023, þingskjal 1392 – 890. mál). Eins og þar kemur fram voru Finnland og Svíþjóð aðilar að EES-samningnum sem EFTA-ríki áður en þau gengu í ESB árið 1995.

<sup>45</sup> Ákveðin ummæli í E-1/94, *Restamark*, kunna að benda til þess að skilyrðið, varðandi það að regla sé nægilega skýr og óskilyrt, lúti að þeim landslögum sem innleiða tiltekna EES-reglu, sjá mgr. 77. Þó eru önnur ummæli í sama dómi sem benda fremur til þess að skilyrðið lúti að EES-reglunni, þ.e. að EES-reglan verði sem slík að vera nægilega skýr og óskilyrt óháð því hvernig hún er útfærð í viðkomandi landslögum, sjá mgr. 78. Sjá einnig til hliðsjónar mál E-1/01, *Hörður Einarsson*, mgr. 54.

<sup>46</sup> Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad, *Oversikt over EØS-retten*, bls. 642.

<sup>47</sup> Sjá t.d. C-148/78, *Ratti*.

<sup>48</sup> Um bein réttaráhrif tilskipana, sjá t.d. Paul Craig og Cráinne de Burca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, bls. 423-428. Umfjöllun um þessi atriði má einnig finna í Hafsteinn Dan Kristjánsson, „Skyldur einkaaðila samkvæmt Mannréttindaskránni“, bls. 8-14.

Þar sem inntak bóknar 35 tengist á ákveðinn hátt skilyrðum umræddrar dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins um bein réttaráhrif ESB-réttar, sem fyrir segir, er ekki útilokað að síðar muni geta reynt á nánari afmörkun þessara tengsla í dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins, t.d. það hvort forgangsáhrif samkvæmt bókun 35 í tilviki innleiddra tilskipana eigi að meginreglu einungis við þegar einkaaðilar bera þær fyrir sig gagnvart stjórnvöldum (lóðrétt), en ekki gagnvart öðrum einkaaðilum (lárétt). Þetta er aðeins eitt dæmi af fleirum um hvernig reynt gæti í EES-rétti á túlkun bóknar 35 í ljósi reglna ESB-réttar bein réttaráhrif og að hvaða leyti samsvörun sé þar á milli. Í þessu sambandi ber þó að árétta þann reginmun sem er á lagakerfunum tveimur að forgangsáhrif bóknar 35 einskorðast við *innleiddar* EES-reglur (í EFTA-ríkjunum sem búa við tvíeðlisskipan), á meðan bein réttaráhrif og forgangsáhrif í ESB-rétti miðast við ESB-reglurnar sem slíkar óháð innleiðingu. Hvað sem öðru líður er ljóst að verði fyrirhuguð forgangsregla að lögum kann við beitingu hennar, þ.m.t. túlkun á skilyrðinu um að regla sé skýr og óskilyrt, að þurfa að líta til dómaframkvæmdar um inntak beinna réttaráhrifa í ESB-rétti, að svo miklu leyti sem við getur átt.

## 7 Nema Alþingi hafi mælt fyrir um annað

Frumvarpsákvæðið hefur að geyma fyrirvara á þá leið að það skuli gilda „nema Alþingi hafi mælt fyrir um annað“. Sambærilegur fyrirvari er ekki orðaður í forgangsreglu 2. gr. norsku EES-laganna, en á móti hefur verið bent á að hún hafi stöðu almennra laga og norski löggjafinn geti því vikið henni til hliðar með lögum.<sup>49</sup> Varðandi frumvarpsákvæðið má því spyrja hvaða tilgangi áður tilvitnað orðalag þjóni. Ljóst er að þótt umrætt orðalag væri ekki að finna í frumvarpsákvæðinu myndi það ekki breyta neinu um valdheimildir löggjafans samkvæmt 2. gr. stjórnarskrárinnar. Í þeim felst að löggjafinn getur ætíð breytt lögum eða fellt þau úr gildi, eða sett ný lög sem ganga framur þeim sem fyrir eru. Með skírskotun til þess verður ekki betur séð en að fyrirvarinn hafi í meginatriðum *táknræna þýðingu*.<sup>50</sup> Hann leiðir til sömu niðurstöðu og lögskýringarregla 3. gr. EES-laganna og líkindareglan um að lög séu talin vera í samræmi við þjóðréttarlegar skuldbindingar nema annað verði ráðið af viðkomandi lögum, þ.e.a.s. að lagaákvæði verða túlkuð á þann hátt að þau samræmist EES-rétti nema annað verði skýrlega ráðið af þeim. Verði fyrirhuguð forgangsregla að lögum má ætla að stoðir þeirrar ályktunar styrkist í íslenskum rétti. Framangreindar reglur munu því væntanlega standa til þess að löggjafinn muni þurfa að mæla skýrt fyrir um það í lögum ef ætlunin er að víkja frá

<sup>49</sup> Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, *EØS-rett*, bls. 268.

<sup>50</sup> Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, *EØS-rett*, bls. 268.

forgangsreglunni og um leið þeirri skyldu varðandi forgangsáhrif innleiddra EES-reglna sem felst í bókun 35.<sup>51</sup> Það mun þó hér sem endranær koma í hlut íslenskra dómstóla að meta hvaða kröfur verða gerðar að þessu leyti í einstökum tilfellum og er erfitt að fullyrða um það almennt séð við hvaða aðstæður þeim verður talið fullnægt.<sup>52</sup>

Vekja má athygli á því að síðari málsliður frumvarpsákvæðisins inniheldur ekki hliðstæðan fyrirvara um að ráðherra (eða önnur stjórnvöld) geti í almennum stjórnvaldsfyrirmælum kveðið svo á að þau skuli eftir atvikum ganga framár ósamrýmanlegum stjórnvaldsfyrirmælum sem innleiða EES-reglur. Af því verður þó ekki fyrirvaralaust dregin sú ályktun að ákvæðið takmarki að þessu leyti almennar heimildir ráðherra og annarra stjórnvalda til að mæla fyrir um innbyrðis samspil ólíkra stjórnvaldsfyrirmæla við setningu þeirra eftir því sem rúmast innan viðeigandi lagaheimilda.<sup>53</sup> Slík ályktun verður enn síður dregin af frumvarpsákvæðinu ef fallist er á að fyrirvarinn í fyrri málslið ákvæðisins gegni fyrst og fremst áminningarhlutverki fremur en að honum sé ætlað að hafa sjálfstætt efnislegt inntak.

## 8 Niðurstöður og hugleiðingar um framsetningu ákvæðisins

Í greininni hefur gildissvið forgangsreglunnar sem lögð er til í fyrirbyggjandi frumvarpi verið brotið til mergjar lið fyrir lið, auk þess sem ýmis álitæfni viðvíkjandi því hafa verið dregin fram og afstaða tekin til þeirra eftir föngum. Meðal annars var velt upp því álitæfni hvort aðrar tegundir setts réttar í þrengri merkingu en almenn lög geti rúmast innan frumvarpsákvæðisins, t.d. bráðabirgðalög. Tilvísun ákvæðisins til „almennra lagaákvæða“ og skýringar með því virðast mæla gegn svo rúmri skýringu á ákvæðinu. Þó takmarkast bókun 35, sem ákvæðinu er ætlað að innleiða, ekki við almenn lög í þeirri merkingu sem lögð er í hugtakið í íslenskum rétti heldur vísar bókunin til settra laga almennt (e. statutory provisions). Hvað sem því líður er ljóst að hvorki bókun 35 né fyrirhuguð forgangsregla lýtur að árekstri settra laga við stjórnarskrána eða óskráðar stjórnskipulegar reglur enda eru þær rétthærri öðrum réttarheimildum.

<sup>51</sup> Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, *EØS-rett*, bls. 268. Þar er bent á að þótt norsk lögjafinn hafi *formlega séð* óskerta heimild til að setja lög sem ganga gegn innleiddri EES-reglu, takmarki forgangsregla 2. gr. norsku EES-laganna í *reynd* svigrúm lögjafans í þeim efnum með ákveðnum hætti, m.a. þar sem frávik þurfi að hafa skýra stoð í lögum. Sjá einnig *Ot.prp. nr. 79*, bls. 5.

<sup>52</sup> Sjá einnig umfjöllun m.a. í 4. kafla og athugasemdum við 1. gr. í greinargerð með fyrirbyggjandi frumvarpi (153. lögjafarþing 2022–2023, þingskjal 1392 – 890. mál).

<sup>53</sup> Sjá einnig til hliðsjónar umfjöllun í 6. kafla greinargerðar með fyrirbyggjandi frumvarpi (153. lögjafarþing 2022–2023, þingskjal 1392 – 890. mál). Þar er m.a. áréttað mikilvægi þess að bæta verklag við laga- og reglugerðarsetningu vegna innleiðingar EES-reglna, þ.m.t. samræma orðalag reglugerðarheimilda í lögum sem varða innleiðingu slíkra reglna. Með því móti megi m.a. tengja betur saman lagaheimildir til innleiðingar og setningu stjórnvaldsfyrirmæla til að forða því að reglur rekist á fyrir slysi.



Þá var vikið að síðari málslið frumvarpsákvæðisins sem snýr að EES-reglum sem innleiddar eru með almennum stjórnvaldsfyrirmælum, t.d. reglugerð settri af ráðherra. Dregin var sú ályktun, m.a. af skýringum með frumvarpinu, að síðari málsliður ákvæðisins einskorðist við árekstur reglna sem eiga báðar eða allar stoð í stjórnvaldsfyrirmælum, þótt orðalag ákvæðisins beri það ekki skýrlega með sér. Á hinn bóginn felist það ekki í ákvæðinu að stjórnvaldsfyrirmæli sem innleiða EES-reglu geti vikið til hliðar ósamrýmanlegri reglu í almennum lögum. Að því leyti skeri frumvarpsákvæðið sig frá forgangsreglu 2. gr. norsku EES-laganna, en hún gerir ráð fyrir að stjórnvaldsfyrirmæli sem innleiða EES-reglu gangi framar yngri lögum Stórþingsins. Að þessu frágengnu var fjallað um það hvernig fyrirhuguð forgangsregla kunni að horfa við árekstrum milli settra laga annars vegar og réttlægri réttarheimilda hins vegar, auk tilvika þar sem innleiddar EES-reglur rekast á innbyrðis. Komist var að þeirri niðurstöðu að slíkir árekstrar falli í grunninn ekki undir gildissvið fyrirhugaðrar forgangsreglu, heldur fari um úrlausn þeirra eftir *lex superior* reglunni og eftir atvikum sjónarmiðum um samspil réttarheimilda í EES-rétti.

Því næst var vikið að því skilyrði frumvarpsákvæðisins að í hlut eigi lagaákvæði (eða ákvæði stjórnvaldsfyrirmæla) sem „réttilega innleiðir skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum“. Af skilyrðinu er ljóst að ranglega innleiddar EES-reglur falla í grunninn ekki undir fyrirhugaða forgangsreglu. Þó voru færð rök fyrir þeirri túlkun á ákvæðinu að sé EES-regla ranglega innleidd að hluta geti hún notið forgangsáhrifa að því marki sem hún er réttilega innleidd, sé yfirleitt unnt að skilja þar á milli. Þá voru færð rök fyrir því að gangi lagaákvæði lengra en sú EES-regla sem það innleiðir, án þess að fara í bága við EES-regluna eða aðrar reglur EES-réttar, geti lagaákvæðið notið forgangsáhrifa að svo miklu leyti sem það innleiðir skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum en ekki umfram það. Loks var rökstutt að forgangsreglan eigi ekki við ef viðkomandi EES-regla telst ógild að EES-rétti, t.d. þar sem hún fer í bága við réttærri réttarheimild í EES-rétti. Í ljósi þess að gildissvið og réttaráhrif fyrirhugaðrar forgangsreglu miðast ætíð við skuldbindingar samkvæmt EES-samningnum má velta fyrir sér hvort orðinu „réttilega“ sé í reynd ofaukið í reglunni („... innleiðir skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum“).

Þá var fjallað um þann þátt í gildissviði fyrirhugaðrar forgangsreglu að í hlut eigi „skýrt og óskilyrt lagaákvæði“ (eða ákvæði stjórnvaldsfyrirmæla). Tilvitnað skilyrði forgangsreglunnar felur í sér óverulega takmörkun á gildissviði hennar í ljósi þess hversu rúmt sambærilegt skilyrði bókunar 35 hefur verið túlkað í dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins með hliðsjón af viðeigandi dómaframkvæmd Evrópudómstólsins. Til að mynda hafa fjórfrelsisreglurnar verið taldar nægilega skýrar og óskilyrtar í þessum skilningi jafnvel þótt

þær séu matskenndar og dýnamískar í eðli sínu. Þá var þeirri spurningu velt upp hvort umrætt skilyrði bókunar 35 eigi við um EES-regluna sjálfa eða þau íslensku lög sem innleiða hana, en til samanburðar má geta þess að áþekkt skilyrði beinna réttaráhrifa í Evrópurétti eiga við um viðkomandi ESB-reglur sem slíkar. Í þessu ljósi voru færð rök fyrir því að nærtækara gæti verið að tengja umrætt skilyrði forgangsreglunnar, um að regla sé skýr og óskilyrt, við viðkomandi EES-reglu fremur en það lagaákvæði sem innleiðir hana.

## Heimildaskrá

*Alþingistíðindi (þingskjöl á vef Alþingis).*

Arnaldur Hjartarson, *Evrópskur bankaréttur og áhrif hans á íslenskan rétt*, Fons Juris 2017.

Ármann Snævarr, *Almenn lögfræði*, Bókaútgáfa Orators 1988.

Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur. Undirstöður og handhafar ríkisvalds*, Bókaútgáfan Codex 2015.

Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur*, Bókaútgáfan Codex 2006.

Davíð Þór Björgvinsson, *Lögskýringar: Kenningar, aðferðir og sjónarmið við skýringu og beitingu laga*, Forlagið 2008.

Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad, *Oversikt over EØS-retten*, Universitetsforlaget 2022.

Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. útg. Universitetsforlaget 2014.

Friðrik Árni Friðriksson Hirst og Hafsteinn Dan Kristjánsson, „Inntak fyrirhugaðrar EES-forgangsreglu og áhrif hennar í íslenskum rétti“, Vefrit Úlfljóts 22. apríl 2023.

Hafsteinn Dan Kristjánsson, *Að iðka lögfræði: Inngangur að hinni lagalegu aðferð*, Bókaútgáfan Codex 2015.

Hafsteinn Dan Kristjánsson, „Freedom of Establishment“ í *Research Handbook on EEA Internal Market Law*, Graham Butler (ritstj.) væntanleg 2023.

Hafsteinn Dan Kristjánsson, „Is the Primacy of EU-Law Absolute or Relative? Explaining Primacy in Interlocking Legal Systems“, *Europarätts tidskriften* 2. tbl. 2023.

Hafsteinn Dan Kristjánsson, „Stjórnskipuleg lögmætisregla“, *Úlfljótur* 62. árg. 4. tbl. 2009, bls. 421-494.

Hafsteinn Dan Kristjánsson, „Skyldur einkaaðila samkvæmt Mannréttindaskránni“, Hátíðarit Orator 2022, bls. 8-14.

Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 4. útg. Fagbokforlaget 2022.

M. Elvira Méndez-Pinedo, *EC and EEA Law: A Comparative Study of the Effectiveness of European Law*, European Law Publishing 2009.

Margrét Einarisdóttir, *Framkvæmd EES-samningsins á Íslandi og stjórnskipuleg álitamál*, Bókaútgáfan Codex 2020.

Michael Bobek, „The effect of EU law in the national legal systems“ í Catherine Barndard og Steven Peers (ritstj.), *European Union Law*, 3. útg. Oxford University Press 2020.

*Ot.prp. nr. 79 (1991-1992): Om lov om gennemførelse i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.*

Paul Craig og Cráinne de Burca, *EU Law: Text, Cases, and Materials. UK version*, 7. útg. Oxford University Press 2020.

Páll Hreinsson, *Almennar efnisreglur stjórnislyuréttarins*, Fons Juris 2022.

Róbert R. Spanó, *Túlkun lagaákvæða*, 2. útg. Bókaútgáfan Codex 2019.

Sigurður Línal og Skúli Magnússon, *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins. Megindrættir*, Hið íslenska bókmenntafélag 2011.

Sigurður Línal, *Um lög og lögfræði: Grundvöllur laga – réttarheimildir*, 2. útg. Hið íslenska bókmenntafélag 2007.

Stefán Már Stefánsson, *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, Bókaútgáfan Codex 2000.

Stefán Már Stefánsson, *Evrópusambandsréttur: Lissabons-sáttmálinn með áherslu á fiski- og auðlindamál og ríkjasambandið*, Lagastofnun Háskóla Íslands 2014.

Stefán Már Stefánsson, *Evrópuréttur: Réttarreglur Evrópusambandsins*, Lagastofnun Háskóla Íslands 2020.

Valgerður Sólmes, „Niðurstafa Alþingis um gildi alþingiskosninga 2021: Hvað gerist nú?“, Vefrit Úlfjós 29. nóvember 2021.

## Dómaskrá

### Dómar Evrópudómstólsins

Dómur í máli C-26/62, *Van Gend en Loos*, EU:C:1963:1.

Dómur í máli C-148/78, *Ratti*, EU:C:1979:110.

Dómur í máli C-573/17, *Poplawski II*, EU:C:2019:530.

### Dómar EFTA-dómstólsins

Dómur í máli E-1/94, *Restamark*, 16. desember 1994.

Dómur í máli E-1/01, *Hörður Einarsson*, 22. febrúar 2002.

Dómur í máli E-2/12, *HOB-vín*, 11. desember 2012.

Dómur í máli E-7/11, *Grund*, 8. apríl 2013.

Dómur í máli E-6/17, *Fjarskipti hf.*, 30. maí 2018.

### Úrlausnir Mannréttindadómstóls Evrópu

Ákvörðun í máli MDE *Konkurrenten.no AS gegn Noregi*, 5. nóvember 2019, nr. 47341/15.

Dómur í máli MDE *Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) og Norwegian Transport Workers' Union (NTF) gegn Noregi*, 10. júní 2021, nr. 45487/17.

### Norskir dómar

Dómur Hæstaréttar Noregs í máli nr. 2016-2554.

---

\* Grein þessi hefur verið ritrýnd og staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt reglum Vefrits Úlfjós.