

Inga Þórey Óskarsdóttir

**Réttur EES-útlendinga og
aðstandenda þeirra til búsetu hér á
landi og til félagsþjónustu
sveitarfélaga**

Meistararitgerð til Mag. jur. prófs í lögfræði -



HÁSKÓLI ÍSLANDS

**Umsjónarkennari: Dóra Guðmundsdóttir, aðjúnkt
Lagadeild Háskóla Íslands**

Október 2010

FORMÁLI

Lokaritgerð mín til Mag. Jur. prófs í lögfræði er unnin sem hluti af stærra verkefni í samvinnu við Samband íslenskra sveitarfélaga og Fjölmenningarsetur með styrk frá Innflytjendaráði. Auglýst var eftir meistaranema í lögfræði til þess að vinna þessa úttekt síðastliðið vor. Ég var ekki lengi að ákveða að sækja um, enda leið að lokum náms míns við deildina þar sem áhugi minn á Evrópurétti og EES-rétti hafði vaknað og vaxið með árunum. Verkefni þetta var því kjörið tækifæri til þess að rannsaka ákveðið svið Evrópuréttar og tengsl þess við EES-rétt, auk áhrifa EES-réttar á innlendan rétt og réttarstöðu einstaklinga á Evrópska efnahagssvæðinu. Ég vil því þakka þeim aðilum sem að verkefninu stóðu fyrir veitt tækifæri.

Ég vil þakka Skúla Guðmundssyni hjá Þjóðskrá, Hreiðari Eiríkssyni hjá Útlendingastofnun og Sigríði Lúðvíksdóttur hjá Fyrirtækjaskrá RSK fyrir skjót og greinargóð svör við fyrirspurnum mínum.

Leiðbeinandi minn, Dóra Guðmundsdóttir, aðjúnkt við lagadeild Háskóla Íslands hefur reynst mér góður kennari og afar áhugasamur leiðbeinandi, og vil ég þakka henni sérstaklega fyrir framlag hennar til menntunar minnar. Ég vil einnig þakka foreldrum mínum fyrir barnagæslu og móður minni, Unni Gunnarsdóttur sérstaklega fyrir yfirlestur og gagnlegar ábendingar um málfar. Að lokum vil ég þakka manninum mínum Ragnari Skúlasyni fyrir veittan stuðning og þolinmæði og rekstur heimilisins á lokaspretti ritgerðarskrifa.

Reykjavík, 4. október 2010.

Inga Þórey Óskarsdóttir

EFNISYFIRLIT

1. Inngangur	5
2. Skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum	8
2.1 EES-samningurinn	8
2.1.1 Inngangur.....	8
2.1.2 Sérstakt eðli EES-réttar	8
2.1.3 Innleiðing EES-reglna í íslenskan rétt.....	10
2.2 Meginreglur EES-réttar sem skipta máli við beitingu íslenskra laga	11
2.2.1 Markmið samningsaðila við gerð EES-samningsins og grundvallarreglan um einsleitni	11
2.2.2 Trúnaðarreglan og óbein réttaráhrif EES-réttar	15
2.2.3 Skaðabótaskylda	18
2.3 Samantekt um skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum.....	18
3. Frjáls för fólks í Evrópurétti.....	19
3.1 Frjáls för fólks á innri markaðinum	19
3.2 Tilskipun 2004/38/EB	21
3.2.1 Innleiðing á reglum tilskipunar 2004/38/EB í íslenskan rétt.....	22
3.3 Jafnræðisregla Evrópuréttarins	24
3.4 Evrópskt ríkisfang og áhrif þess á reglur um frjálsa för	29
3.4.1 Tengsl evrópsks ríkisfangs og EES-réttar	31
3.5 Niðurstöður.....	35
4. Réttur EES-útlendinga til komu og löglegrar dvalar í öðru aðildarríki	35
4.1 Inngangur	35
4.2 Reglur um komu EES-útlendinga.....	36
4.2.1 Í Evrópurétti.....	36
4.2.2 Í íslenskum rétti	37

4.2.3 Samræmi milli íslenskrar löggjafar og EES-reglna	40
4.3 Skráning inn í landið, lögheimilisskráning	41
4.3.1 Í Evrópurétti.....	41
4.3.2 Í íslenskum rétti	41
4.3.3 Samræmi milli íslensks réttar og EES-reglna.....	42
4.4 Reglur um ótímabundna dvöl EES-útlendinga.....	43
4.4.1 Í Evrópurétti.....	43
4.4.2 Í íslenskum rétti	45
4.4.3 Samræmi milli íslensks réttar og EES-reglna.....	45
4.5 Brottfall dvalarréttar	47
4.5.1 Í Evrópurétti.....	47
4.5.2 Í íslenskum rétti	50
4.5.3 Samræmi milli íslensks réttar og EES-reglna.....	53
4.6 Bann við mismunun á grundvelli þjóðernis og réttur til félagsþjónustu sveitarfélaga...55	
4.6.1 Í Evrópurétti.....	55
4.6.2 Í íslenskum rétti	58
5. Skilgreining á hópum rétthafa samkvæmt tilskipun 2004/38/EB og réttur þeirra til félagsþjónustu sveitarfélaga.....	61
5.1 Inngangur	61
5.2 Réttarstaða EES-útlendinga sem eru launþegar	62
5.2.1 Í Evrópurétti.....	62
5.2.2 Í íslenskum rétti	66
5.3 Réttarstaða aðstandenda EES-útlendinga og sérreglur um aðstandendur launþega.....	69
5.3.1 Í Evrópurétti.....	69
5.3.1.1 Sérreglur sem gilda um aðstandendur launþega.....	74
5.3.2 Í íslenskum rétti	75
5.4 Réttarstaða sjálfstæðra atvinnurekenda og einstaklinga sem flytjast á milli ríkja til þess að veita eða þiggja þjónustu og aðstandenda þeirra	79

5.4.1 Í Evrópurétti.....	79
5.4.2 Í íslenskum rétti	81
5.5 Réttarstaða einstaklinga með framfærslueyri og aðstandenda þeirra	83
5.5.1 Í Evrópurétti.....	83
5.5.2 Í íslenskum rétti	84
5.6 Réttarstaða námsmanna og aðstandenda þeirra.....	85
5.6.1 Í Evrópurétti.....	85
5.6.2 Í íslenskum rétti	87
5.7 Réttarstaða einstaklinga í atvinnuleit og aðstandenda þeirra	88
5.7.1 Í Evrópurétti.....	88
5.7.2 Í íslenskum rétti	91
5.8 Samantekt	92
6. Niðurstöður	93
Heimildasrká	97
Dómskrá.....	100

1. Inngangur

Eftirfarandi úttekt er gerð til þess að rannsaka rétt EES-útlendinga og aðstandenda þeirra til búsetu hér á landi og til félagsþjónustu sveitarfélaga.¹ Með aðild að Samningnum um Evrópska efnahagssvæðið² (hér á eftir nefndur EES-samningurinn) er Ísland hluti af samevrópsku lagakerfi vöruviðskipta, fólksflutninga, þjónustuviðskipta, fjármagnsflutninga og samkeppni.³ EES-samningurinn hefur að mörgu leyti valdi straumhvörfum í íslenskri lögfræði til að mynda hvað varðar hefðbundnar kenningar um réttthæð réttarheimilda og lögskýringar.⁴ Ísland hefur með aðild að samningnum meðal annars gengist undir skuldbindingar um að taka upp í íslenskan rétt þá löggjöf Evrópuréttarins⁵ sem tryggir frjálsa för EES-útlendinga á milli aðildarríkjanna til þess að dvelja, stunda atvinnu, reka eigin atvinnurekstur, veita þjónustu og þiggja þjónustu sbr. 2. mgr. 1. gr., 3. gr. og 7. gr. EES-samningsins. Einnig ber Íslandi skylda til að virða meginreglur EES-réttar og þar ber hæst í þessu samhengi frjálsra fólksflutninga að nefna 4. gr. EES-samningsins, sem tekur fyrir hvers konar mismunun á grundvelli ríkisfangs á gildissviði samningsins. Samhljóða ákvæði má finna í 18. gr. (áður 12. gr.) Rómarsamningsins með síðari breytingum (hér á eftir skammstafað Rs.).⁶ Jafnræðisregla 4. gr. EES-samningsins er nánar útfærð í fjórfrelsisákvæðunum meðal annars 28. gr. EES-samningsins sem er samhljóma 45. gr. Rs. (áður 39. gr.). Þar kemur fram að frelsi launþega til flutninga felur í sér afnám allrar mismununar milli EES-útlendinga með stöðu launþega á EES-svæðinu.

Við framkvæmd og beitingu ákvæða EES-samningsins ber samkvæmt 6. gr. hans að túlka þau í samræmi við úrskurði Evrópudómstólsins sem máli skipta og kveðnir voru upp fyrir undirritunardag samningsins með fyrirvara um þróun dómsúrlausna í framtíðinni. EFTA dómstóllinn hefur ríka tilhneigingu til að fylgja fordæmum Evrópudómstólsins og hefur

¹ Með EES-útlending er átt við einstaklinga með ríkisfang samningsaðila samningsins um Evrópska efnahagssvæðið, sem sagt Evrópusambandsins eða EES EFTA-ríkjanna sem eru Ísland, Noregur og Lichtenstein.

² Samningur um Evrópska efnahagssvæðið sbr. lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið. Birtur í C-deild Stjórnartíðinda nr. 31/1993. Sérstök útgáfa EES-viðbættis við Stjórnartíðindi EB hefur að geyma svokallaðan viðbótarpakka við EES-samninginn. Breytingar á viðaukum og bókunum EES-samningsins, sem Sameiginlega EES-nefndin ákveður, eru birtar í EES-viðbætti við Stjórnartíðindi EB. Þar eru birtar gerðir sem bættust við EES-samninginn frá 1. janúar 1994.

³ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 15.

⁴ Dóra Sif Tynes: „Ys og þys út af engu?“, bls. 474.

⁵ Með Evrópurétti er átt við alla löggjöf Evrópusambandsins eftir gildistöku Lissabon sáttmálans.

⁶ Rómarsamningnum hefur verið breytt með Einingarlögunum (1986), Maastricht-sáttmálanum (1993), Amsterdam-samningnum (1999), Nice-samningnum (2003) og nú síðast með Lissabon Sáttmálanum (2009). Nafni Rómarsamningsins hefur verið breytt og gengur nú undir heitinu Samningur um starfshætti Evrópusambandsins. Vísað verður til Rómarsamningsins (Rs.) en vísað er til greinarnúmera nýja samningsins um starfshætti Evrópusambandsins en vísað er til eldri greinarnúmera í sviga til skýringar.

gjarnan vísað til röksemda sem hafa komið fram í dómum hans eftir undirritunardag EES-samningsins.⁷ Dómar Evrópudómstólsins hafa því ríkt fordæmisgildi í EES-rétti.

Með Maastricht sáttmálanum (1993) var evrópskt ríkisfang tekið upp í löggjöf Evrópuréttarins en ríkisfangið á sér ekki hliðstæðu í EES-samningnum. Þrátt fyrir það hefur ríkisfangið haft áhrif á EES-rétt þar sem því hefur verið beitt til fyllingar á fjórfrelsisákvæðunum í Evrópurétti. Tilskipun 2004/38/EB⁸ um rétt borgara Sambandsins og aðstandenda þeirra til frjálsra flutninga og búsetu á yfirráðasvæði aðildarríkjanna, var sett með stoð í jafnræðisreglu 18. gr. Rs. (áður 12. gr.), 21. gr. Rs. (áður 18. gr.) um frjálsa för auk sérreglnanna um fjórfrelsið 46., 50., og 59. gr. (áður 40., 44., og 52. gr.). Tilskipunin var felld inn í EES-samninginn með ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 158/2007 frá 7. Desember 2007.⁹ Tilskipunin útfærir réttindi einstaklinga til frjálsrar farar á innri markaðinum og er því einnig útfærsla á sérreglum fjórfrelsisins sem eru hluti af EES-samningnum. Með hliðsjón af einsleitnis markmiðum EES-samningsins¹⁰ eru því sterk rök fyrir því að við framkvæmd reglna um komu, dvöl og réttindi EES-útlendinga innan EES-svæðisins beri að skýra þær með hliðsjón af dómaframkvæmd Evrópudómstólsins, þó svo að í seinni tíð hafi dómstóllinn að miklu leyti litið til evrópsks ríkisfangs þegar réttindi einstaklinga hafa verið rýmkuð. Fyrirvari var gerður við upptöku tilskipunar 2004/38/EB í EES-samninginn um mat á því með hvaða hætti löggjöf Evrópuréttarins og dómaframkvæmd Evrópudómstólsins í tengslum við hugtakið evrópskt ríkisfang hefur áhrif á EES-svæðið í framtíðinni. Tekið er fram að hafa beri í huga við mat á þessum fyrirvara að í EES-samningnum eru engin ákvæði um stjórn mála réttindi ríkisborgara EES-ríkjanna og EES-samningurinn tekur ekki til stefnu í málum innflytjenda. Fyrirvarinn tekur því fyrst og fremst til þeirra atriða sem tengjast ríkisfanginu sem tilheyra ekki reglum fjórfrelsisins og eru þar af leiðandi ekki hluti af EES-samningnum.¹¹

Sú löggjöf EES-réttar sem gildir um rétt EES-útlendinga og aðstandenda þeirra til búsetu

⁷ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 333.

⁸ Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/38/EB frá 29. apríl 2004 um rétt borgara Sambandsins og aðstandenda þeirra til frjálsra flutninga og búsetu á yfirráðasvæði aðildarríkjanna, um breytingu á reglugerð (EBE) nr. 1612/68 og um niðurfellingu tilskipana 64/221/EBE, 68/360/EBE, 72/194/EBE, 73/148/EBE, 75/34/EBE, 75/35/EBE, 90/364/EBE, 90/365/EBE og 93/96/EBE ásamt leiðréttingum. Einnig var reglugerð (EBE) nr. 1251/70 felld úr samningnum.

⁹ Sjá ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 158/2007 frá 7. Desember 2007 í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins nr. 26, 15. árgangur, 8.5.2008. Sjá vefslóð, <http://www.efta.int/~media/Documents/eea-supplements/icelandic/2008-is/No26-08-IS.ashx>

¹⁰ Sjá 4., 5., og 8. lið aðfaraorða EES samningsins og frekari umfjöllun um skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt EES samningnum í 2. kf. ritgerðarinnar.

¹¹ Ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 158/2007, bls. 19.

hér á landi og um rétt til félagsþjónustu sveitarfélaganna og er því til skoðunar í þessu verkefni er, auk reglna EES-samningsins og tilskipunar 2004/38/EB, reglugerð 1612/68 *um frelsi launþega til flutninga innan bandalagsins*, sbr. lög nr. 47/1993.

Í ljósi jafnræðisreglna EES-samningsins og þeirrar afleiddu löggjafar sem nefnd er hér að framan er mikilvægt er að skýrt sé í löggjöf gistiríkisins hvenær dvöl EES-útlendinga í ríkinu er lögmæt, þar sem í þeim felst réttur EES-útlendinga og aðstandenda þeirra til að njóta sömu réttinda og þjónustu og innlendir íbúar sveitarfélaganna, án mismununar á grundvelli þjóðernis. Samkvæmt 12. gr. laga um félagsþjónustu sveitarfélaga nr. 40/1991 með síðari breytingum (hér á eftir nefnd félagsþjónustulög) ber sveitarfélagi að sjá um að veita íbúum þjónustu og aðstoð og tryggja að þeir geti séð fyrir sér og sínum. Með íbúum sveitarfélags er átt við þá sem eiga lögheimili í viðkomandi sveitarfélagi sbr. 13. gr. félagsþjónustulaganna, en skráning EES-útlendinga inn í landið felst í lögheimilisskráningu hjá Þjóðskrá. Félagþjónustan felst í félagslegri ráðgjöf, fjárhagsaðstoð, félagslegri heimaþjónustu, málefnum barna og unglunga, þjónustu við aldraða, þjónustu við fatlaða, húsnæðismál, aðstoð við áfengissjúka og vímuefnavarnir auk atvinnuleysisskráningar og vinnumiðlunar, sbr. 2. gr. félagsþjónustulaga.

Eftirfarandi úttekt fer ítarlega í reglur um lögmæta komu og dvöl EES-útlendinga á Íslandi og rétt þeirra til jafnræðis á við innlenda borgara hvað varðar félagsþjónustu. Í upphafi verður gerð nánari grein fyrir EES-samningnum og áhrifum hans á innlendan rétt. Evrópurétti á sviði frjálsrar farar verður gerð skil og þá sérstaklega banni við mismunun á grundvelli þjóðernis og evrópsku ríkisfangi og reynt að leggja mat á áhrif ríkisfangs á framkvæmdina í EES EFTA-ríkjunum. Reglum sem gilda um framkvæmd stofnana svo sem Þjóðskrár og Útlendingastofnunar hvað varðar réttarstöðu við komu og skráningu og hugsanlegar brottvísanir úr landi verður lýst. Nauðsynlegt er að skilgreina réttthafa samkvæmt tilskipun 2004/38/EB og fjalla um hvern hóp réttthafa fyrir sig þar sem ólíkar reglur og viðmið gilda um hvern hóp háð fjárhagslegri virkni og tengslum við samfélagið. Litið verður til breytinga á réttarstöðu EES-útlendinga við breytingar á persónulegum aðstæðum, svo sem við tímabundnar breytingar á framfærslu, breytingu á hjúskaparstöðu, o.s.frv. Fjallað verður um Evrópurétt og þá dómaframkvæmd Evrópudómstólsins sem við á, auk stöðunnar hér á landi með hliðsjón af þeim fyrirvörum sem gerðir voru við innleiðingu tilskipunarinnar á Íslandi, svo hægt sé að leggja mat á það hvort Ísland uppfylli þær skuldbindingar sem það hefur gengist undir á sviði frjálsra fólksflutninga með aðild sinni að EES-samningnum.

Stefnt er að því að setja upp á skýran hátt hvenær EES-útlendingar dveljast löglega hér á landi og í hvaða tilvikum þeir hafa rétt til þess að njóta félagsþjónustu sveitarfélaganna og jafnræðis á við innlenda borgara, þrátt fyrir breytingar á persónulegum aðstæðum þeirra.

2. Skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum

2.1 EES-samningurinn

2.1.1 Inngangur

EES-samningurinn byggir á þeirri grundvallarhugmynd að EFTA-ríkin sem eru aðilar að honum verði þátttakendur í sameiginlegum innri markaði Evrópusambandsins, þó með nokkrum takmörkunum.¹² Samningurinn var undirritaður í Oportó 2. maí 1992 með fyrirvara um samþykkt Alþingis og á sama degi var undirritaður samningur milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls (hér á eftir nefndur ESE-samningurinn) og um fastanefnd EFTA ríkjanna. EES-samningurinn var lögfestur á Íslandi með lögum um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993 sem tóku gildi þann 1. janúar 1994 (hér á eftir nefnd lög um EES).

Samningsaðilar að EES-samningnum eru aðildarríki Evrópusambandsins og EES EFTA-ríkin Ísland, Noregur og Liechtenstein.

2.1.2 Sérstakt eðli EES-réttar

Samband íslensks réttar og þjóðaréttar ræðst af meginreglunni um tvíeðli þjóðaréttar og landsréttar. Tvíeðliskenningin felur í sér eftirfarandi:

- a. Þjóðaréttur og landsréttur eru tvö sjálfstæð kerfi réttarreglna,
- b. Þjóðaréttarreglur fá ekki gildi að landsrétti nema þær hafi verið lögfestar,
- c. einstaklingar geta ekki byggt réttindi á þjóðaréttarreglum fyrr en það hefur verið gert,
- d. þar sem árekstur verður milli innlendra laga og ólögfestrar þjóðaréttarreglu, víkur þjóðaréttarreglan.¹³

Tvíeðliskenningin var einnig ríkjandi í hinum EES EFTA-ríkjunum við samningsgerðina¹⁴ og því var leiðandi sjónarmið í samningaviðræðum um samninginn að hann fæli ekki í sér framsal lagasetningarvalds og að loka-ákvörðunarvald um innleiðingu afleiddrar löggjafar Evrópusambandsins í innlendan rétt EES EFTA-ríkjanna væri í höndum löggjafarþinga þeirra.

¹² Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 40.

¹³ Sjá Davíð Þór Björgvinsson: *EES- réttur og landsréttur*, bls. 169. Í neðanmálgrein nr. 248 rekur Davíð Þór heimildir fyrir því að sammælt er um að reglan er ríkjandi í fræðiviðhorfum og lagaframkvæmd á Íslandi.

¹⁴ Núna aðhyllist Liechtenstein eineðliskenninguna.

Evrópusambandið lagði hins vegar á það áherslu að forgangsáhrif¹⁵ Evrópuréttar yrðu tryggð innan EES.¹⁶

EES-samningurinn gengur lengra en hefðbundnir þjóðréttarsamningar þar sem hann stofnar réttarkerfi sem er virkt, það þróast og breytist með breytingum á löggjöf Evrópuréttar sem fellur innan gildissviðs EES-samningsins.¹⁷ Þó hægt sé að staðfesta að EFTA dómstóllinn hafi kveðið á um að forgangsáhrif og bein réttaráhrif eins og þau þekkjast í Evrópurétti séu ekki til staðar í EES-rétti, er einnig hægt að lesa úr dómaframkvæmd aðrar leiðir til þess að gera EES-réttinn skilvirkan. Til að mynda má nefna óbein réttaráhrif, en eins og lýst verður síðar í þessum kafla felst í þeim túlkun innlends réttar til samræmis við EES-rétt hvort sem hann hefur verið lögleiddur eða ekki.¹⁸ Með bókun 35 við EES-samninginn hafa EES-ríkin skuldbundið sig til þess að veita það sem Elvira Méndez-Pinedo nefnir ígildi forgangsáhrifa (e. quasi-primacy), en í því felst að innleidd löggjöf EES-réttar skal vera rétthærri innlendri löggjöf sem stangast á við hana. Bókun 35 er þó ekki nægileg ef EES EFTA-ríkin innleiða ekki þá löggjöf sem tekin hefur verið upp í samninginn, eða gera mistök við innleiðingu. Þá verða einstaklingar og lögaðilar að byggja á óbeinum réttaráhrifum EES-réttar og skaðabótaskyldu sbr. dóm EFTA-dómstólsins í máli *Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur*¹⁹ sem fjallað verður um hér á eftir.²⁰

Íslenskir fræðimenn hafa ólík viðhorf til áhrifa EES-samningsins. Sumir fræðimenn eru þeirrar skoðunar að vegna þess að afleidd löggjöf sem tekin er upp í EES-samninginn verður að vera innleidd í íslenskan rétt samkvæmt lagasetningarhefð, séu öll möguleg forgangs- og réttaráhrif EES-réttar algjörlega háð slíkri innleiðingu. Þetta er í takt við fullveldissjónarmið EES EFTA-ríkjanna sem voru uppi við gerð EES-samningsins. Aðrir fræðimenn einbeita sér að því að skoða gagnkvæmnisskilyrði EES-réttar og þörfina á því að einstaklingar og lögaðilar geti reitt sig á sambærileg réttindi hvar sem er á innri markaðinum. Þessir fræðimenn verja einsleitnismarkmið EES-réttarins sem tryggja skilvirkni hans.²¹ Höfundur þessarar úttektar er sammála þeirri skoðun Elviru Méndez-Pinedo að millivegurinn sé eðlilegur í ljósi markmiða samningsins og mikilvægi þess að einstaklingar geti gengið að

¹⁵ Yfirþjóðlegt eðli Evrópuréttar kemur fram í því að reglur hans ganga framár öðrum reglum landsréttar ef þær stangast á, sjá Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 14.

¹⁶ Dóra Sif Tynes: „Ys og þys út af engu?“, bls. 476.

¹⁷ Finn Arnesen: „Challenges to Norwegian law and institutions from the widening and deepening of the scope of the four freedoms“, bls. 59.

¹⁸ M. Elvira Mendez Pinedo: *EC and EEA law*, bls. 158.

¹⁹ *EFTAD, mál E-9/97, EFTACR 1998*, bls. 95. *Erla María Sveinbjörnsdóttir*.

²⁰ M. Elvira Mendez Pinedo: *EC and EEA law*, bls. 159.

²¹ M. Elvira Mendez Pinedo: *EC and EEA law*, bls. 159-160.

sambærilegum rétti innan aðildarríkjanna til þess að njóta góðs af því sem EES-samningurinn hefur fram að færa. Markmiðum samningsins eru gerð skil í kafla 2.2.1 hér á eftir.

2.1.3 Innleiðing EES-reglna í íslenskan rétt

Afleidd löggjöf Evrópusambandsins er tekin upp í EES-samninginn með ákvörðunum Sameiginlegu EES-nefndarinnar og litið er á ákvarðanir Sameiginlegu EES-nefndarinnar sem þjóðréttarskuldbindingar sem EES EFTA-ríkin eru skuldbundin til að taka upp í landsrétt. Í 7. gr. EES-samningsins er kveðið á um með hvaða hætti ber að innleiða afleidda löggjöf sem tekin hefur verið upp í samninginn. Í því felst að EES EFTA-ríkin eru skuldbundin að þjóðarétti gagnvart aðildarríkjum Evrópusambandsins og innbyrðist gagnvart hvert öðru til að taka upp í landsrétt sinn nánar tilteknar EES-reglur.²²

Þær reglur sem vísað er til í viðaukum með EES-samningnum og innleiða skal í rétt EES EFTA-ríkjanna birtast annars vegar í reglugerðum og hins vegar í tilskipunum. Reglugerðirnar innihalda almennar og hlutlægar reglur sem eiga að taka til allra sem eins er ástatt um.²³ Tilskipanir eru líkari rammalöggjöf, en aðildarríkin hafa svigrúm til þess að aðlaga gildandi lög að þeim. Reglugerðir skal innleiða sem slíkar í landsrétt en ríkin hafa val um form og aðferð við innleiðingu tilskipana. Tilskipanir eru bindandi samkvæmt markmiði sínu sbr. 7. gr. EES-samningsins. Tvær aðferðir eru gildandi við innleiðingu EES gerða hér á landi, tilvísunaraðferð og umritun. Við umritun eru ákvæði gerðarinnar tekin efnislega upp í sett lög eða stjórnvaldsfyrirmæli án þess að um orðréttu tilvísun sé að ræða og er þessari aðferð beitt við innleiðingu tilskipana.²⁴ Tilvísunaraðferðinni er almennt beitt þegar reglugerðir eru innleiddar í landslög. Í tilvísunaraðferðinni felst að mælt er fyrir um í lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum að tiltekin gerð öðlist gildi án þess að ákvæði gerðarinnar séu sérstaklega tekin upp en reglugerðin er birt sem fylgiskjal með lögnum.

Umritunaraðferðin á að tryggja að orðalag og form gerðarinnar samræmist þeim hefðum sem ríkja í landsrétti, en tilvísunaraðferðin sækir rök sín frekar til markmiða EES samningsins um einsleitt efnahagssvæði. Með tilvísun til upprunalegu gerðarinnar er tryggt að efnislega gildi nákvæmlega sömu reglur í öllum aðildarríkjunum en á þeim grundvelli verður regluverk svæðisins einsleitt.

²² Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 137.

²³ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og Landsréttur*, bls. 87.

²⁴ Utanríkisráðuneytið: *Handbók Stjórnarráðsins um EES*, bls. 35.

2.2 Meginreglur EES-réttar sem skipta máli við beitingu íslenskra laga

2.2.1 Markmið samningsaðila við gerð EES-samningsins og grundvallarreglan um einsleitni

Eins og fram hefur komið urðu EES EFTA-ríkin hluti af innri markaði Evrópusambandsins, sbr. 2. mgr. 1. gr. EES-samningsins.²⁵ Í því felst að samstarfinu er ætlað að stuðla að því að fjórfrelsi ríkji á EES-svæðinu, það er að segja frjálsir vöru- og fólksflutningar, frjáls þjónustustarfsemi, og frjálsir fjármagnsflutningar. Einnig er stefnt að sameiginlegum samkeppnisskilyrðum auk samvinnu á fjölmörgum öðrum sviðum.

Í fjórða og fimmtánda lið aðfaraorða samningsins má finna grunninn að meginreglu EES-réttarins um einsleitni. Í fjórða lið er áhersla lögð á það markmið að mynda öflugt og einsleitt Evrópskt efnahagssvæði, sem grundvallast á sameiginlegum reglum og sömu samkeppnisskilyrðum, tryggri framkvæmd og jafnrétti auk gagnkvæmni og heildarjafnvægi hagsbóta, réttinda og skyldna samningsaðila. Með fimmtánda lið er stefnt á að því, með fullri virðingu fyrir sjálfstæði dómstólanna, að ná fram og halda sig við samræmda túlkun og beitingu samningsins og þeirra ákvæða í löggjöf bandalagsins sem tekin eru efnislega upp í samninginn. Einnig stefna samningsaðilar að því að koma sér saman um jafnræði gagnvart einstaklingum og aðilum í atvinnurekstri að því er varðar fjórþætta frelsið og samkeppnisskilyrði. Meðal annarra markmiða EES-samningsins má nefna að fjórfrelsinu er ætlað að vera sem víðtækast á öllu EES-svæðinu samkvæmt fimmta lið aðfaraorða samningsins og í sjötta lið er því markmiði lýst að samræma þróun á Evrópska efnahagssvæðinu, og að nauðsynlegt þyki að draga með samningnum úr efnahagslegu og félagslegu misræmi milli svæða. Samningnum er auk þess ætlað að þjóna einstaklingum þar sem þeir gegna mikilvægu hlutverki á EES-svæðinu samkvæmt áttunda lið aðfaraorðanna.

Í 1. mgr. 1. gr. EES-samningsins er einsleitnismarkmið samningsaðilanna orðað í lagalega bindandi samningstexta.²⁶ Samningsaðilar voru því sammála um að meginforsenda þess að framkvæmd samningsins tækist vel væri sú að ekki væri nægilegt að sömu reglur giltu á öllu EES-svæðinu, heldur skyldi túlkun og beiting reglnanna vera samræmd innan þess.²⁷ Hugtakið einsleitni vísar einmitt til þessarar samræmdu túlkunar og beitingu þeirra réttarreglna sem gilda á þeim sviðum sem EES-samningurinn tekur til.

Carl Baudenbacher, forseti EFTA-dómstólsins, nefnir í riti sínu *EFTA Court legal framework and case law* þau ákvæði sem hann telur vera stoðir grundvallarreglunnar um

²⁵ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 230.

²⁶ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 232.

²⁷ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 230.

einsleitni.²⁸ Þau eru 6. gr. EES-samningsins sbr. 3. gr. ESE-samningsins og 106. gr. EES-samningsins. Þessi ákvæði fjalla um túlkun ákvæða EES-samningsins í samræmi við úrskurði Evrópudómstólsins við framkvæmd og beitingu þeirra. Í 6. gr. EES-samningsins er sérstaklega vísað til þeirra dóma Evrópudómstólsins sem kveðnir hafa verið upp fyrir undirritunardag hans en í framkvæmd EFTA-dómstólsins hefur ekki verið litið til formlegs tímaviðmiðs 6. gr. samningsins, heldur hefur dómstóllinn sjálfkrafa litið til dóma Evrópudómstólsins sem kveðnir hafa verið upp eftir undirritunardag samningsins frá upphafi.²⁹ Dóra Guðmundsdóttir komst að þeirri niðurstöðu eftir skoðun á dómum EFTA-dómstólsins að hann fylgir að mestu dómaframkvæmd Evrópudómstólsins hvað varðar túlkun ákvæða á sviði fjórfrelsisins, með minniháttar aðferðarfræðilegum frávikum.³⁰

Davíð Þór Björgvinsson skýrir hugtakið einsleitni sem svo í riti sínu *EES-réttur og landsréttur*, að í þeirri kröfu að sömu reglur gildi innan EES-svæðisins á þeim sviðum sem EES-samningurinn tekur til, felist að þessar reglur þurfi að skýra og þeim beri að beita með sama hætti í öllum aðildarríkjunum og þetta sé grundvallarforsenda fyrir tilvist sameiginlegs markaðar alls Evrópska efnahagssvæðisins.³¹ Samkvæmt honum er reglan ein þýðingarmesta grundvallarregla samningsins sem taka ber mið af við skýringu og beitingu ákvæða hans.³² Elvira Méndez-Pinedo tekur undir þetta í riti sínu *EC and EEA law* og telur að meginreglan um einsleitni sé grundvöllur EES réttarkerfisins.³³ Hún skilgreinir regluna sem svo að hún þýði í fyrsta lagi að samræmdar reglur gildi í þeim EES EFTA-ríkjum sem eru aðilar að EES-samningnum og í aðildarríkjum Evrópusambandsins. Það sé nauðsynlegt fyrir réttarkerfið að á efnahagssvæðunum tveimur, sem EES-samningurinn sameinar, gildi sameiginlegar reglur, að sömu samkeppnisskilyrði eigi við um einstaklinga og lögaðila á svæðinu í heild, og að samningsaðilar njóti sambærilegra réttinda og beri sambærilegar skyldur innan svæðisins. Hins vegar nægi ekki einungis að sameiginlegar reglur gildi á öllu EES-svæðinu, heldur þurfi að beita reglunum og túlka á sama hátt alls staðar. Hverskonar ólík túlkun og beiting á sameiginlegum reglum innan svæðisins felur óhjákvæmilega í sér áhættu á röskun á markaðinum fyrir einstaklinga og lögaðila og mesta áhættan sé á raunverulegri sundrun markaðarins.³⁴

²⁸ Carl Baudenbacher: *EFTA Court legal framework and case law*, bls. 13.

²⁹ Thomas Bruha: „Is the EEA an Internal Market?“, bls. 109.

³⁰ Dóra Guðmundsdóttir: „Methods of interpretation in EU and EEA law“, bls. 48.

³¹ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 231.

³² Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 237.

³³ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA law*, bls. 32.

³⁴ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA law*, bls. 32.

Í dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins má skýrt greina merki þeirrar miklu þýðingar sem meginreglan um einsleitni hefur við skýringu og beitingu EES-samningsins í raun.³⁵ Mál *Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur*³⁶ kom til vegna rangrar innleiðingar tilskipunar Evrópusambandsins um samræmingu á lögum aðildarríkjanna um vernd til handa launþegum við gjaldþrot vinnuveitanda.³⁷ Í ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins í málinu var í fyrsta sinn kveðið á um skaðabótaskyldu EES EFTA-ríkjanna í þeim tilvikum þegar tjón verður við það að landsréttur er ekki réttilega lagaður að ákvæðum tilskipunar sem hefur verið tekin upp í EES-samninginn. Niðurstöðu sína um skaðabótaskyldu við ranga innleiðingu byggði EFTA-dómstóllinn meðal annars á því að EES-samningnum er ætlað að vera til hagsbóta einstaklingum, sbr. áttundi liður aðfaraorða samningsins. Dómstóllinn lagði áherslu á sérstakt eðli EES-samningsins sem þjóðréttarsamnings þar sem hann myndar sérstakt og sjálfstætt réttarkerfi, og hefur mun víðtækari markmið og gildissvið en aðrir þjóðréttarsamningar. EFTA-dómstóllinn sagði að telja mætti einsleitnismarkmið EES-samningsins koma svo skýrt fram í samningnum, auk þess markmiðs að veita einstaklingum rétt til jafnræðis og jafnra tækifæra, að í þeim hljóti að felast skaðabótaskylda þegar tjón hlýst af því að landsréttur er ekki réttilega lagaður að tilskipunum. Dómstóllinn vísar einnig til trúnaðarreglu 3. gr. samningsins, sem fjallað er um í næsta kafla, og segir að í henni felist skylda til þess að gera allar viðeigandi ráðstafanir til þess að tryggja að staðið sé við þær skuldbindingar sem af samningnum leiðir.

Stephan Jervell fjallar um dóminn í riti sínu *Lovgivningen i EØS*³⁸ þar sem hann telur að dóminn sé rétt að skilja þannig að stefnt sé að einsleitni að því er varðar lagaáhrif EES-reglna í landsrétti EFTA-ríkjanna, þannig að þau verði sem líkust því sem á við um Evrópurétt.

Í kjölfar ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins féll dómur í Hæstarétti Íslands í máli *Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur*³⁹ þar sem skaðabótaskylda íslenska ríkisins í málinu var staðfest. Hæstiréttur vísar í dómi sínum til álits EFTA-dómstólsins og segir að ef ekkert leiði til fráviks frá því, beri við skýringu EES-samningsins að hafa hliðsjón af ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins. Í kjölfarið rökstyður dómurinn hvers vegna skaðabótaábyrgð ríkisins nýtur fullnægjandi lagastoðar í íslenskum rétti. Hæstiréttur vísar til fjórða og fimmtánda liðs aðfaraorða EES-samningsins og markmiðs samningsaðila um að mynda einsleitt Evrópskt efnahagssvæði sem grundvallast á sameiginlegum samræmdum reglum sem leitast á við að

³⁵ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 237.

³⁶ EFTAD, mál E-9/97, EFTACR 1998, bls. 95 og Hrd. 1999, bls. 4916 (nr. 236/1999). Erla María Sveinbjörnsdóttir.

³⁷ Tilskipun nr. 80/987/EB.

³⁸ Stephen Jervell: *Lovgivningen i EØS*, bls. 130-139. Vísað til þessarar heimildar í Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 218.

³⁹ EFTAD, mál E-9/97, EFTACR 1998, bls. 95. Erla María Sveinbjörnsdóttir.

skýra af samkvæmni. Hæstiréttur vísar einnig til trúnaðarreglu 3. gr. samningsins þar sem samningsaðilar skuldbinda sig til að gera allar viðeigandi almennar eða sérstakar ráðstafanir til að tryggja að staðið verði við þær skuldbindingar sem af samningnum leiðir. Sú skuldbinding sem um ræddi í málinu var að aðlaga íslenskan rétt að tilskipun nr. 80/987/EB svo að efnislegt samræmi yrði á milli íslenskra réttarreglna og ákvæða tilskipunarinnar sem tryggja ætti einstaklingum viss réttindi að íslenskum rétti og samræmi átti að vera milli þeirra og sambærilegra réttinda annars staðar á EES-svæðinu. Þar sem meginmál EES-samningsins hefur lagagildi hér á landi þótti Hæstarétti eðlilegt að lögin sem lögfesta meginmál samningsins séu skýrð svo að einstaklingar eigi kröfu til að íslenskri löggjöf sé hagað til samræmis við EES-reglur.

Þá ályktun má draga af rökstuðningi EFTA-dómstólsins og Hæstaréttar Íslands í máli Erlu Maríu að einsleitnismarkmið samningsins hafi mjög víðtæk áhrif og sé í raun grundvöllur þess að komist sé að niðurstöðu um skaðabótaskyldu aðildarríkja EES-samningsins, þótt hún sé ekki orðuð beint í samningnum sjálfum. Mikilvægt sé að réttindi þau sem einstaklingar innan EES-svæðisins eigi að njóta séu tryggð og jafnræðis sé gætt þeirra á milli með samræmdum reglum sem skýrðar séu af samkvæmni. Aðildarríkjum EES-samningsins ber því rík skylda til þess að gæta að innleiðingu og beitingu þeirrar löggjafar sem tekin er upp í samninginn á gildissviði hans.

Eins og fram kemur hér að framan nægir ekki eingöngu að löggjafinn hafi einsleitnismarkmið samningsins hugfast við innleiðingu afleiddrar löggjafar EES-samningsins í innlandan rétt til þess að það sé uppfyllt og virkt. Stjórnsýslan verður einnig að líta til einsleitnissjónarmiða við túlkun og beitingu EES-réttar hvað varðar einstaklinga og lögaðila. Þetta á jafnframt við þegar sem túlka þarf innlenda löggjöf sem innleiðir tilskipanir með umritun. Í dómi EFTA-dómstólsins í máli *Fokus bank*⁴⁰ komst dómurinn að þeirri niðurstöðu að stjórnsýslumál í réttarkerfum samningsaðilanna verði að reka þannig að þau skerði ekki þau réttindi sem einstaklingum er veitt samkvæmt EES-samningnum og afleiddri löggjöf sbr. 3. gr. EES-samningsins.⁴¹ Því verður ávallt að gæta að því við túlkun réttar sem veittur er samkvæmt EES-samningnum og afleiddum gerðum í stjórnsýslunni og réttarkerfinu, en því fylgir að líta verður til túlkunar Evrópuþingdómstólsins og EFTA-dómstólsins og þeirrar réttarþróunar sem verður í Evrópuréttinum á þeim sviðum sem EES-samningurinn tekur til.

⁴⁰ EFTAD, mál E-1/04, EFTACR 2004, bls. 11. Fokus bank.

⁴¹ M. Elvira Méndez-Pinedo: EC and EEA law, bls. 174.

2.2.2 Trúnaðarreglan og óbein réttaráhrif EES-réttar

Það er viðurkennd lögskýringarregla í íslenskum rétti að túlka skuli landslög til samræmis við þjóðréttarlegar skuldbindingar ríkisins.⁴² Þegar lagaákvæði er sett í þeim tilgangi að innleiða þjóðréttarlega skuldbindingu getur sú skuldbinding haft þýðingu þegar markmið ákvæðisins er afmarkað við lögskýringu. Þetta á sérstaklega við um það þegar EES-gerð hefur verið innleidd eða ljóst er að íslenskt lagaákvæði endurspeglar EES-reglu um sama eða sambærilegt efni⁴³ sbr. 3. gr. EES-samningsins. Regla þessi hefur verið nefnd trúnaðarreglan. Í 3. gr. laga um EES má finna ákvæði sem var sett til þess að uppfylla skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt bókun 35 við EES-samninginn. Þar skuldbinda samningsaðilar sig til að setja, ef þörf krefur, lagaákvæði þess efnis að EES-reglur gildi í þeim tilvikum þar sem getur komið til árekstra á milli EES-reglna sem komnar eru til framkvæmdar og annarra settra laga. Regla þessi verður hér á eftir kölluð skýringarreglan.⁴⁴

Ákvæðið kveður á 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. Þessi skýringarregla er sérregla um lögskýringar þegar um er að ræða skýringu reglna sem eiga uppruna sinn í EES-rétti. Hæstiréttur hefur beitt henni eins og um sé að ræða almenna reglu um skýringu landsréttar til samræmis við þjóðréttaraskuldbindingar samkvæmt EES-rétti, óháð því hvort reglurnar hafa verið lögfestar eða ekki, sbr. *Hrd. 1999 bls. 4916 (nr. 236/1999)* í máli *Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur*, sem fjallað er um í kafla 2.2.2 hér að framan.⁴⁵ Í greinargerð með frumvarpi til laga þeirra er urðu lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið kemur fram að innlend lög sem eiga sér stoð í EES-samningnum, verði jafnan túlkuð sem sérreglur laga gagnvart ósamrýmanlegum yngri lögum, að því leyti að yngri lög víki þeim ekki til hliðar ef þau stangast á, nema löggjafinn taki það sérstaklega fram.⁴⁶

Temple Lang heldur því fram að réttaráhrif trúnaðarreglu 3. gr. EES-samningsins innan gildissviðs hans séu í raun þau sömu og áhrif 3. mgr. 4. gr. sáttmálans um Evrópusambandið (e. TEU, áður 10. gr. Rs)⁴⁷ en á grundvelli tilvitnaðs ákvæðis hefur Evrópudómstóllinn þróað regluna um skylduna til að skýra landsrétt í samræmi við Evrópurétt.⁴⁸ Baudenbacher segir ákvæðið speglast í 3. gr. EES-samningsins.⁴⁹ Trúnaðarregla 3. gr. EES-samningsins felur því í

⁴² Róbert Ragnar Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 248.

⁴³ Róbert Ragnar Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 199.

⁴⁴ M. Elvira Mendez Pinedo lýsir þessari reglu sem ígildi forgangsáhrifa (e. quasi-primacy) í riti sínu *EC and EEA law*.

⁴⁵ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 138.

⁴⁶ Alþt. 1991-1992, A-deild, bls. 5922.

⁴⁷ J. Temple Lang, „Article 10 EC – the most important „general principle“ of Community law“, bls. 108.

⁴⁸ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 138.

⁴⁹ Carl Baudenbacher: *Legal framework and case law*, bls. 26.

sér jákvæðar og neikvæðar skyldur. Þær jákvæðu fela í sér að gripið sé til ráðstafana sem miða að því að einsleitnismarkmiðinu verði náð og það sé virt. Hinar neikvæðu fela í sér að ríki skuli forðast ráðstafanir sem ekki samræmast þessu markmiði.⁵⁰

EFTA-dómstóllinn byggði meðal annars á trúnaðarreglu EES-samningsins til þess að rökstyðja skaðabótaskyldu EES EFTA-ríkjanna þegar tjón hlýst af rangri innleiðingu gerða Evrópusambandsins sem teknar hafa verið upp í EES-rétt sbr. 63. liður ráðgefandi álits dómstólsins í *Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttir*⁵¹ málinu, sem skýra má sem svo að EES-samningurinn feli í sér sérlega ríkar skyldur til að túlka og beita landsrétti í samræmi við skuldbindandi gerðir sem ekki hafa verið réttilega innleiddar.⁵² Í máli EFTA-dómstólsins *Karlsson* þótti dómstólnum það leiða,

[...] af þeim almennu markmiðum EES-samningsins, að koma á fót öflugum og einsleitum markaði, þar sem ítrekuð áhersla er lögð á möguleika einstaklinga til að leita réttar síns fyrir dómstólum og til að fá fullnægt réttindum sínum samkvæmt samningnum, sem og af meginreglunni um virka framkvæmd þjóðaréttar, að dómstólar aðildarríkja hljóta við skýringu landsréttar að taka mið af EES-réttinum í heild, hvort sem ákvæði hans hafa verið lögfest eða ekki.⁵³

Í ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins í máli *A* tekur dómstóllinn meðal annars fram að dómstólum beri að skýra landsrétt, einkum og sér í lagi ákvæði sem er ætlað að innleiða EES-reglur, eins og kostur er í samræmi við EES-rétt. Samkvæmt því beri dómstólum að beita þeim skýringaraðferðum sem viðurkenndar eru að landsrétti eins og kostur er, til að ná fram sömu niðurstöðu og viðkomandi EES-reglu er ætlað að ná.⁵⁴ EFTA-dómstóllinn staðfestir einnig þetta álit sitt í dómum sínum í máli *Celina Nguyen*⁵⁵ og *L'Oreal*.⁵⁶

Sú spurning vaknar hversu langt megi ganga að íslenskum rétti til þess að túlka lög og reglur með hliðsjón af þeim þjóðréttarlegu skuldbindingum sem Ísland hefur gengist undir á gildissviði EES-samningsins. Á þetta reynir þegar íslenskur réttur hefur ekki verið aðlagður afleiddri löggjöf sem tekin hefur verið upp í EES-samninginn að fullu. Dómaframkvæmd Hæstaréttar ber þess vitni að íslenskur réttur veiti svigrúm til slíkrar túlkunar með hliðsjón af þjóðréttarlegum skuldbindingum, jafnvel áður en þær hafa verið lögfestar hér á landi. Sem dæmi má nefna *dómarafulltrúamálið*,⁵⁷ þar sem Hæstiréttur vék til hliðar ákvæði

⁵⁰ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 233.

⁵¹ EFTAD, *mál E-9/97*, EFTACR 1998, bls. 95. *Erla María Sveinbjörnsdóttir*.

⁵² Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 139.

⁵³ EFTAD, *mál E-4/01*, EFTACR 2002, bls. 240. *Karlsson*. Sjá dómsforsendu númer 28.

⁵⁴ EFTAD, *mál E-1/07*, EFTACR 2007, bls. 248. A.

⁵⁵ EFTAD, *mál E-8/07*, EFTACR 2008, bls. 224. *Celina Nguyen*.

⁵⁶ EFTAD, *mál E-9/07 og 10/07*. Enn óbirt í EFTACR. *L'Oreal*. M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA law*, bls. 174.

⁵⁷ *Hrd*. 1992, bls. 2. *Dómarafulltrúi*.

réttarfarslaga með vísan til skuldbindinga ríkisins samkvæmt Mannréttindasáttmála Evrópu (hér á eftir skammstafaður MSE), þó svo að MSE hefði ekki á þeim tíma verið lögfestur í innlandan rétt með lögum nr. 62/1994. Þetta gerði Hæstiréttur með vísan til þess að Ísland hefði skuldbundið sig að þjóðarétti til þess að virða MSE.⁵⁸ Einnig má nefna *Hrd. 1999, bls 390 (nr. 177/1998)* þar sem lítið var til markmiða að baki tilteknum ákvæðum MSE áður en hann var lögfestur hér á landi.⁵⁹ Málið varðaði blindan nemanda við Háskóla Íslands sem hélt því fram að hún hefði ekki fengið þá aðstoð og aðstöðu sem hún þurfti vegna fötlunar sinnar. Hæstiréttur vísaði til þess í dómi sínum að fyrir þann tíma sem MSE var lögleiddur á Íslandi hafi verið talið rétt að skýra íslensk lög til samræmis við samninginn, „[...] enda er það viðurkennd regla að norrænum rétti að skýra lög til samræmis við alþjóðsamninga, sem ríki hefur staðfest, eftir því sem kostur er“.

Af ofangreindum dómum Hæstaréttar má álykta að dómurinn hefur talið að einstaklingar geti byggt beinan rétt á þjóðréttarskuldbindingum á sviði mannréttinda, sem þó hafa ekki verið innleiddar í íslenskan rétt, og svo virðist sem Hæstiréttur muni teygja sig eins langt og kostur er til þess að einstaklingurinn fái notið þeirra réttinda.⁶⁰ Athuga ber þó að EES-samningurinn og sú löggjöf sem tekin hefur verið upp í hann hafa ekki bein réttaráhrif í EES EFTA-ríkjunum, sbr. til dæmis dómur EFTA-dómstólsins í málum *Karlsson*⁶¹ og *A*^{62, 63} Þess í stað hefur dómstóllinn lagt áherslu á samræmda túlkun eða óbein réttaráhrif eins og þeim hefur verið lýst hér að framan og hann hefur minnt á að EES-samningnum er ætlað að þjóna hagsmunum einstaklinga og lögaðila á EES-svæðinu en að hann veitir ekki mannréttindi heldur þrengri og skilgreindari réttindi.

Samkvæmt framansögðu má því slá því föstu að skýra megi ákvæði í lögum og reglugerðum á sviði réttinda EES-útlendinga til komu, dvalar, félagslegra réttinda og jafnræðis á við innlenda borgara, til samræmis við ákvæði löggjafar Evrópuréttarins sem hefur verið tekin upp í EES-rétt. Þá má slá því föstu að í raun eru stjórnvöld og dómstólar, sem beita þeim reglum, skuldbundnir til þess, sbr. trúnaðarregla 3. gr. EES-samningsins og grundvallarreglu EES-réttar um einsleitni sem fjallað er um í kafla 2.2.1 hér að framan. Komi

⁵⁸ Sjá einnig *Hrd. 1992, bls. 174. Dómtúlksmálið.*

⁵⁹ Róbert Ragnar Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 199.

⁶⁰ Dóra Sif Tynes: „Yso g þys út af engu?“, bls. 480. Sbr. Öryrkjadómur Hæstaréttar *Hrd. 2000, bls. 4480 (nr. 125/2000)* þar sem stjórnarskráin var túlkuð í ljósi þjóðréttarskuldbindinga ríkisins.

⁶¹ *EFTAD, mál E-4/01, EFTACR 2002, bls. 240. Karlsson*

⁶² *EFTAD, mál E-1/07, EFTACR 2007, bls. 248. A.*

⁶³ Bein réttaráhrif reglna felast í því að einstaklingar og lögaðilar geta borið þær fyrir sig og byggt á þeim réttindi þó svo að reglurnar hafi ekki verið lögfestar eftir stjórnskipulegum leiðum í ríkinu sem um ræðir. Sjá Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 14.

til árekstra á milli EES-reglna sem komnar eru til framkvæmdar og annarra settra laga skulu EES-reglur gilda í þeim tilvikum sbr. bókun 35 við EES-samninginn og 3. gr. laga um EES.

2.2.3 Skaðabótaskylda

Ef að einstaklingur eða lögaðili verður fyrir tjóni vegna rangrar innleiðingar EES-réttar í landsrétt, eða skorti á innleiðingu, getur ríkið orðið skaðabótaskyld. Í dómi EFTA-dómstólsins í máli *Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur*⁶⁴ var því slegið föstu að það væri meginregla EES-samningsins að samningsaðilum bæri skylda til að sjá til þess að tjón sem einstaklingar verða fyrir vegna vanefnda ríkisins á skuldbindingum sínum fengist bætt.⁶⁵

Þau skilyrði sem EFTA-dómstóllinn hefur sett í dómaframkvæmd sinni fyrir skaðabótaábyrgð samningsaðila eru (i) að löggjöfin mæli fyrir um réttindi til handa einstaklingum eða aðilum í atvinnurekstri, (ii) að löggjöfin kveði skýrt á um hver þessi réttindi séu og (iii) að brot ríkisins sé nægilega alvarlegt.⁶⁶

Það má því velja upp þeim möguleika að einstaklingur sem verður fyrir tjóni vegna þess að hann verður af rétti sínum samkvæmt tilskipun 2004/38/EB vegna ófullnægjandi innleiðingar á ákvæðum hennar geti mögulega sótt bætur til ríkisins. Hinsvegar er afar ólíklegt að einstaklingar geti sótt bætur vegna þröngrar túlkunar á matskenndum ákvæðum tilskipunarinnar og í öllu falli gæti reynst einstaklingnum erfitt að sýna fram á tjón vegna rangrar innleiðingar, til að mynda vegna brottvísunar úr landi. Þetta er því ekki mjög raunhæfur möguleiki í samhengi þessarar úttektar og verður því ekki gerð nánari skil hérna.

2.3 Samantekt um skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum

Með EES-samningnum hafa samningsaðilar skuldbundið sig til þess að innleiða afleidda löggjöf Evrópuréttarins sem tekin er upp í EES-samninginn með ákvörðunum Sameiginlegu EES-nefndarinnar. Beita ber sambærilegum reglum af samræmi innan innri markaðarins til þess að uppfylla skilyrði um gagnkvæmni, meginregluna um að samningar skulu standa og einsleitnismarkmið EES-samningsins. EFTA-dómstóllinn hefur haft tilhneigingu til þess að beita markmiðsskýringu við túlkun EES-samningsins og afleiddra gerða í dómum sínum og er grundvallarreglan um einsleitni ávallt í forgrunni við túlkun dómstólsins.⁶⁷

Það ber því að skýra landsrétt í samræmi við EES-rétt og í bókun 35 við EES-samninginn hafa EES EFTA-ríkin skuldbundið sig til þess að líta á lög sem komin eru til framkvæmda og

⁶⁴ EFTAD, mál E-9/97, EFTACR 1998, bls. 95. Erla María Sveinbjörnsdóttir.

⁶⁵ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 196.

⁶⁶ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 227.

⁶⁷ Dóra Guðmundsdóttir: „Methods of interpretation in EU and EEA law“, bls. 46-47.

eiga rót sína að rekja til skuldbindinga samkvæmt honum sem *lex specialis* og veita þannig afleiddri löggjöf EES-samningsins óbein réttaráhrif.

Ef einstaklingur eða lögaðili verður fyrir tjóni vegna skorts á innleiðingu eða vegna rangrar innleiðingar getur viðkomandi átt skaðabótarétt á hendur ríkinu að vissum skilyrðum uppfylltum.

Gæta þarf, þar af leiðandi, að samræmi við túlkun laga og reglugerða sem kveða á um rétt EES-útlendinga til búsetu hér á landi og til jafnræðis á við innlenda borgara og rétt til félagsþjónustu sveitarfélaganna og líta til þeirrar túlkunar á reglunum sem viðurkennd er samkvæmt dómaframkvæmd Evrópudómstólsins að því marki sem hann beitir reglum sem eru hluti EES-samningsins. Hér á eftir verður gerð grein fyrir ákvæðum Rs. um evrópskt ríkisfang, en þau hafa tengst túlkun Evrópudómstólsins á reglunum um frjálsa för fólks.

3. Frjáls för fólks í Evrópurétti

3.1 Frjáls för fólks á innri markaðinum

Ákvæði 45. gr. Rs. (áður 39. gr.) kveður á um frjálsa för launafólks innan Evrópusambandsins og er þetta ákvæði tekið beint upp í 28. gr. EES-samningsins. Samkvæmt ákvæðinu skal frelsi launþega til flutninga innan svæðisins tryggt með afnámi allrar mismununar milli launþega í aðildarríkjunum á grundvelli þjóðernis hvað varðar atvinnu, laun og önnur starfs- og ráðningaskilyrði. Ákvæði 49. gr. Rs. (áður 43. gr.) ber einnig að nefna í þessu samhengi sbr. 31. gr. EES-samningsins, en þar má finna staðfesturéttinn en hann er grunnurinn að frelsi sjálfstætt starfandi einstaklinga til farar og búsetu.⁶⁸

Grundvallarreglan um frjálsa för var sett til þess að fólk frá ríkjum þar sem atvinnuleysi ríkti gæti flutt til annarra ríkja þar sem þörf var á vinnuafli. Hugmyndin var sú að einstaklingur gæti fundið atvinnu í gistiríkinu og jafnvel þegið hærri laun, og gistiríkið fengi þá verkfærni sem einstaklingurinn býður upp á og vegna banns við mismunun gætu væntanlegir vinnuveitendur valið á grundvelli verðleika en ekki þjóðernis. Raunin var hins vegar sú að menn völdu að vera um kyrrt, atvinnulausir, í heimaríkjum sínum af félagslegum ástæðum.⁶⁹ Til þess að taka á þessu og hvetja til frekari flutninga milli ríkja innan sambandsins voru settar reglur í afleiddri löggjöf til þess að veita launþegum og aðstandendum þeirra frekari réttindi til að auðvelda þeim að nýta rétt sinn til frjálsrar farar.

⁶⁸ Thomas Gross: „The development of European immigration law“, bls. 96.

⁶⁹ Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 286.

Í fyrstu var reglugerð 1612/68/EB sett um frjálsa för launafólks.⁷⁰ Í henni voru réttindi launþega frá öðrum aðildarríkjum staðfest varðandi aðgang að sömu félagslegu réttindum og skattalegu ívilnunum og ríkisborgarar gistiríkisins, sem og aðgang að starfsþjálfun, réttindi hvað varðar húsnæði, ofl. Einnig var í reglugerðinni mælt fyrir um rétt aðstandenda launþega til þess að dveljast hjá þeim og gerast þátttakendur á vinnumarkaði, jafnvel þótt þeir væru ekki ríkisborgarar aðildarríkis Evrópusambandsins eða eins EES EFTA-ríkjanna.⁷¹ Á sama tíma var tilskipun nr. 68/360/EBE⁷² einnig samþykkt en hún varðaði afnám takmarkana á flutningum og búsetu innan bandalagsins gagnvart launþegum og fjölskyldum þeirra. Henni var ætlað að afnema ýmsar þær hindranir sem stóðu í vegi fyrir að launþegar gætu nýtt sér frelsi sitt til flutninga og starfað í öðrum aðildarríkjum í samræmi við ofangreinda reglugerð 1612/68/EB um frjálsa för launafólks. Árið 1970 var síðan reglugerð 1215/70/EB⁷³ samþykkt, um áframhaldandi dvöl að loknu starfi. Framangreindar gerðir voru teknar upp í EES-samninginn en voru felldar úr gildi með ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 158/2007 þar sem tilskipun 2004/38/EB var tekin inn í samninginn.

Ári síðar var reglugerð 1408/71/EB samþykkt um samhæfingu almannatryggingakerfa aðildarríkja Evrópusambandsins til þess að stuðla að félagslegu öryggi einstaklinga sem kjósa að flytjast á milli þeirra. Samhæfingin sem hún mælir fyrir um nær til bóta almannatrygginga vegna veikinda, meðgöngu og fæðinga, lífeyris vegna örorku, elli eða andláts, vinnuslysa og atvinnusjúkdóma, styrkja vegna andláts, atvinnuleysisbóta, fjölskyldubóta og bóta vegna barna sem eru á framfæri lífeyrisþega eða hafa misst annað eða báða foreldra sinna.⁷⁴ Reglugerðin var felld inn í EES-samninginn og hefur verið innleidd í íslenskan rétt en ekki verður nánar fjallað um ákvæði þessarar reglugerðar í þessari úttekt, sem einskorðast við áhrif reglnanna um frjálsa för á félagsþjónustu sveitarfélaga.

Síðar bættust við reglur um rétt sjálfstætt starfandi einstaklinga til frjálstrar farar og atvinnustarfsemi, aðstandendur þeirra, og rétt þeirra til áframhaldandi dvalar að störfum loknum.⁷⁵ Árið 1990 bættust nokkrar tilskipanir við⁷⁶ sem fjölluðu um rétt einstaklinga sem

⁷⁰ Reglugerð ráðsins (EBE) nr. 1612/68 frá 15. október 1968 um frelsi launþega til flutninga innan bandalagsins.

⁷¹ Slíkir aðstandendur verða nefndir þriðja ríkis aðstandendur í þessari úttekt.

⁷² Tilskipun ráðsins (EBE) nr. 68/360/EBE frá 15. október 1968 um afnám takmarkana á flutningum og búsetu innan bandalagsins gagnvart launþegum aðildarríkjanna og fjölskyldum þeirra.

⁷³ Reglugerð Framkvæmdastjórnarinnar (EBE) nr. 1251/70 frá 29. júní 1970 um rétt launþega til áframhaldandi dvalar í aðildarríki EB að lokinni vinnu í því ríki.

⁷⁴ Ingvar Sverrisson: *Frjáls för launafólks innan Evrópu*, bls. 11. Sjá vefslóð:

http://www.asi.is/PortalData/1/Resources/vinnurettur/ymislegt/Afangar_frj_ls_foer_okt_2006.pdf

⁷⁵ Tilskipanir 73/148/EB og 75/34/EB.

⁷⁶ Tilskipun 90/364/EB um búseturétt (um þá sem njóta ekki búseturéttar samkvæmt öðrum ákvæðum).

Tilskipun 90/365/EB um búseturétt launþega og sjálfstætt starfandi einstaklinga sem hafa látið af störfum og tilskipun 90/366 um búseturétt námsmanna.

hafa látið af störfum vegna aldurs, námsmanna og fjárhagslegra óvirkra einstaklinga.⁷⁷ Þeir fyrirvarar eru settir við dvöl þeirra að þeir geti framfleitt sér og sínum og séu með nægilega sjúkratryggingu og verði því ekki óhófleg byrði á félagslegu kerfi gistiríkisins.⁷⁸

Allt frá þeim tíma er þessar reglur voru settar hefur Evrópudómstóllinn þróað réttarstöðu launþega og aðstandenda þeirra með því að ryðja burt hindrunum sem komu í veg fyrir frjálsa för og finna leiðir til þess að aðstoða launþega og aðstandendur þeirra við að aðlagast samfélagi gistiríkisins.⁷⁹ Þetta gerði dómstóllinn með rúmri túlkun á fyrirbyggjandi reglum og einnig með beitingu fjórfrelsisákvæðanna sjálfra. Í kjölfar þessarar hugarfarsbreytingar og tilkomu evrópsks ríkisfangs með Maastricht sáttmálanum 1993, var tilskipun 2004/38/EB sett þar sem reglugerðir og tilskipanir á sviði frjálsra fólksflutninga voru felldar saman og dómaframkvæmd Evrópudómstólsins lögfest að miklu leyti.

3.2 Tilskipun 2004/38/EB

Tilskipun 2004/38/EB gengur undir nafninu *the citizenship directive* á ensku, og einnig birtist áhersla á evrópskt ríkisfang í 1. og 3. tl. aðfaraorða hennar. Eins og fram kemur í eftirfarandi umfjöllun veldur þetta vandkvæðum í túlkun á tilskipuninni í EES-rétti, þar sem evrópskt ríkisfang hefur ekki verið tekið upp í EES-samninginn. Verður reynt að taka á þeim álitamálum sem upp kunna að koma í umfjölluninni hverju sinni.

Meðal þeirra breytinga sem urðu á frjálsri för fólks innan EES-svæðisins með tilskipun 2004/38/EB er að nú er tekið á öllum hópum EES-útlendinga í einni gerð sem ætlað er að einfalda reglurnar og kemur í veg fyrir að umfjöllunin fari að snúast um hvern hóp fyrir sig, þó svo að réttarstaða ólíkra hópa sé ólík, sérstaklega í upphafi.⁸⁰ Eins og fram kom hér að framan fellir tilskipunin saman eldri sértækari gerðir á þessu sviði, en þær voru allar teknar upp í EES-samninginn.

Oxana Golynger segir tilskipunina innleiða hugmyndina um félagslega aðild (e. social membership)⁸¹ sem grundvallast á raunverulegum tengslum milli útlendinga og gistiríkisins. Hún nefnir þetta „tengslalíkanið“ sem grundvallast á því að tengsl útlendingans og

⁷⁷ Í þeirri umfjöllun sem hér fer á eftir verður vísað til fjárhagslegra virkra einstaklinga sem einstaklinga sem eru starfandi, sjálfsætt eða sem launþegar og eru þannig virkir þáttakendur í efnahagslífi gistiríkisins. Fjárhagsleg óvirkir einstaklingar eru síðan þeir einstaklingar sem ekki eru starfandi heldur eru á framfæri annarra (eða til dæmis almannatryggingakerfis), námsmanna og einstaklinga í atvinnuleit.

⁷⁸ Hvað varðar sjúkratryggingu þá getur slík trygging verið trygging samkvæmt samningi eða sjúkratrygging í öðru aðildarríki.

⁷⁹ Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 286.

⁸⁰ Sergio Carrera: „What does free movement mean in theory and practice in an enlarged EU?“. *European law journal*, vol. 11, no. 6, 2005, bls. 712.

⁸¹ Oxana Golynger: „Jobseekers' rights in the European Union“, bls. 112 og 118 þar sem hún fjallar um þróun úr *economic membership* Evrópuréttarins yfir í að einnig sé litið til *social membership*.

gistiríkisins stigmagnast þannig að mælikvarði réttinda tengist nýrri samsvörun einstaklings við samfélag gistiríkisins. Því sterkari sem tengsl hans eru við samfélagið, þeim mun meira tilkall hefur hann til jafnræðis á við innlenda borgara.⁸² Þegar einstaklingar hafa öðlast rétt til ótímabundinnar dvalar, standa þeir allir jafnfætis hvað varðar jafnræði á við innlenda borgara og aðgang að félagsþjónustu.

Í upphafi er staða hvers rétthafa samkvæmt tilskipuninni ólík, og skiptast þeir gróflega í hópa eftir því hvort þeir eru fjárhagslega virkir eða óvirkir í gistiríkinu. Tilskipunin byggir á því viðurkennda sjónarmiði í Evrópurétti að þátttakendur í samfélaginu eigi rétt á jafnræði og félagslegri aðstoð vegna félagslegrar samkenndar með íbúum gistiríkisins.⁸³ Því meiri þátttakandi í samfélaginu sem einstaklingur er vegna framlags á vinnumarkaði eða annarra tengsla við ríkið, því ríkari rétt hefur viðkomandi samkvæmt tilskipuninni.

3.2.1 Innleiðing á reglum tilskipunar 2004/38/EB í íslenskan rétt

Ísland innleiddi löggjöf Evrópusambandsins um frjálsa fólksflutninga með EES-samningnum. Árið 2003 var tilskipun 2003/109/EB sett innan Evrópusambandsins um rétt ríkisborgara þriðju ríkja sem búið hafa langdvölum í einhverju aðildarríkja sambandsins. Í henni var vísað til þeirrar venju í aðildarríkjum sambandsins að dvalartími skuli hafa bein áhrif á réttarstöðu viðkomandi einstaklings, auk þess sem þeim var gert að færa sanna framfærslugetu og að þeir féllu undir nægilega sjúkratryggingu svo þeir verði ekki óhófleg byrði á gistiríki sínu.⁸⁴ Þessi tilskipun var ekki felld inn í EES-samninginn, enda hefur samningurinn ekki að geyma ákvæði um stefnu í málum innflytjenda. Þessi sjónarmið má hins vegar einnig finna í tilskipun 2004/38/EB sem sameinar reglur um frjálsa för fólks á EES-svæðinu og veitir þriðja ríkis aðstandendum rétthafa samkvæmt tilskipuninni sambærilegan rétt til dvalar og jafnræði á við innlenda borgara.

Það má velta fyrir sér réttlætingu ofangreindra sjónarmiða um félagslega samkennd. Gæta verður að jafnræðisreglum þegar ólíkum hópum útlendinga eru veitt ólík réttindi. Ekki einungis jafnræðisreglum, sem finna má í Evrópu- og EES-rétti, heldur einnig alþjóðlegum skuldbindingum á sviði mannréttinda, þar sem tekið er fyrir mismunun á grundvelli þjóðernis. Hlutlægar réttlætingarástæður verða að vera fyrir hendi sem samræmast tilgangi þeirra reglna sem heimila ólíka meðferð og reglunum verður að vera beitt með hliðsjón af meðalhófi. Félagsleg samkennd í samfélögum byggir á því að einstaklingar leggja fram visst framlag til samfélagsins, í formi þátttöku á vinnumarkaði eða tengsla svo sem fjölskyldutengsla, og í

⁸² Oxana Golynker: „Jobseekers' rights in the European Union“, bls. 118.

⁸³ Michael Dougan: „Fees, grants and dole cheques“, bls. 945.

⁸⁴ Ingvar Sverrisson: *Frjáls för launafólks í Evrópu*, bls. 26.

staðinn fær viðkomandi notið félagslegra réttinda í samfélaginu, þegar aðstæður viðkomandi krefjast þess. Það væri þjóðfélögum mjög dýrt að bera skyldu til þess að veita hverjum sem dvelur í ríkinu óháð nokkrum viðmiðum aðstoð, sérstaklega þegar um er að ræða fjárhagsaðstoð. Eðlilegt er að viðmið séu sett sem mælikvarði til þess að ákveða hvenær einstaklingur þykir nægilegur þátttakandi í samfélaginu til þess að geta notið slíkra réttinda. Búsetutími er mælanlegt viðmið sem hægt er að beita og valið hefur verið á þessu sviði í Evrópuréttinum. Það má réttlæta þetta viðmið með því að viss skilyrði eru sett fyrir dvöl í gistiríkinu, til að mynda fjárhagsleg virkni í efnahagskerfi ríkisins með þáttöku á atvinnumarkaði, eða myndun persónulegra tengsla við innlent samfélag. Því lengur sem einstaklingur hefur dvalið löglega á yfirráðasvæði gistiríkisins, því lengur hefur hann uppfyllt slík skilyrði. Einnig verður að taka mið af fleiri viðmiðum en dvalartíma, svo sem tengslum við heimaríkið og persónulegum högum einstaklingsins, til þess að meta að hvort viðkomandi hefur samlagast gistiríkinu þannig að réttlætánlegt sé að hann njóti sömu réttinda og innlendir borgarar. Eins og fram kemur í frekari umfjöllun um reglur tilskipunar 2004/38/EB í þessari úttekt, eru sjónarmið svo sem þau sem nefnd eru hér að framan, að finna í aðfaraorðum og reglum hennar. Ákjósanlegt er að slík matskennd sjónarmið komi fram í bindandi lagatexta svo framkvæmdin verði samræmd og gegnsæ svo einstaklingar fái séð hvað felst í mati á aðlögun þeirra í samfélag gistiríkisins. Mikilvægt er einnig að kæruleiðir séu tryggðar.

Tilskipun 2004/38/EB var felld inn í EES-samninginn með ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 158/2007 eftir töluverðar tafir þar sem Íslandi og Liechtenstein þótti tilskipunin ganga of langt í að veita þriðja ríkis einstaklingum rétt til búsetu og jafnræðis og hún væri því á mörkum þess að falla innan gildissviðs samningsins. Í Sameiginlegu EES-nefndinni var tekist á um tilskipunina og þar sem ekki náðist sátt um að taka hana upp í EES-samninginn innan settra tímamarka hótaði framkvæmdastjórnin að beita 102. gr. EES-samningsins.⁸⁵ Samkomulag náðist loks um málið í október 2007, nánast ári eftir að deilumeðferð hófst, og tilskipunin var tekin upp í samninginn.⁸⁶

Í ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar kemur fram á ákvæðin skulu aðlöguð þannig að ákvæði tilskipunarinnar gilda, eftir því sem við á, á sviðum sem falla undir viðauka VIII. við EES-samninginn sem fjallar um staðfesturétt. Ákvæði samningsins taka til EES-útlendinga. Aðstandendur þeirra, eins og þeir eru skilgreindir í tilskipuninni, sem eru ríkisborgarar í löndum utan EES, skulu einnig njóta tiltekinna réttinda samkvæmt

⁸⁵ 102. gr. EES-samningsins kveður á um að sá viðauki samningsins sem löggjöfin nær til verði felldur niður ef ekki er hægt að komast að samkomulagi um að taka löggjöf upp í samninginn.

⁸⁶ Jóhanna Jónsdóttir: *Áhrif Íslands á stefnumótun ESB fyrir og eftir inngöngu í sambandið*, bls. 7.

tilskipuninni.⁸⁷ Í sameiginlegri yfirlýsingu samningsaðila vegna ákvörðunar um að fella tilskipunina inn í samninginn kemur fram að hún er felld inn í samninginn,

[...]með fyrirvara um mat á því með hvaða hætti löggjöf Evrópusambandsins og dómafrankvæmd Evrópudómstólsins í tengslum við hugtakið ríkisfang í Sambandinu hefur áhrif á Evrópska efnahagssvæðið í framtíðinni. Í EES-samningnum eru engin ákvæði um stjórnmalaleg réttindi ríkisborgara EES-ríkjanna.

Samningsaðilar eru sammála um að EES-samningurinn taki ekki til stefnu í málum innflytjenda. Búseturéttur ríkisborgara landa utan Evrópska efnahagssvæðisins fellur ekki undir samninginn, að frátöldum réttindum sem veitt eru samkvæmt tilskipuninni þeim ríkisborgurum landa utan Evrópska efnahagssvæðisins sem eru aðstandendur ríkisborgara EES-lands sem neytir réttar til frjálsrar farar. EFTA-ríkin viðurkenna að mikilvægt er fyrir þá ríkisborgara EES-landanna, sem neyta réttar til frjálsrar farar, að aðstandendur þeirra, eins og þeir eru skilgreindir í tilskipuninni, sem eru ríkisborgarar landa utan Evrópska efnahagssvæðisins, njóti einnig tiltekinna afleiddra réttinda á borð við þau sem kveðið er á um í 2. mgr. 12. gr., 2. mgr. 13. gr. og 18. gr. Gerður er fyrirvari um ákvæði 118. gr. EES-samningsins og síðari breytingar á sjálfstæðum réttindum ríkisborgara landa utan EES sem falla ekki undir EES-samninginn.⁸⁸

Samkvæmt gagnagrunni Eftirlitsstofnunar EFTA (hér á eftir skammstöfuð ESA) hefur tilskipunin verið innleidd og aðlöguð íslenskum rétti.⁸⁹ Þó hefur reglugerð um útlendinga nr. 53/2003 með síðari breytingum ekki verið endurskoðuð í ljósi innleiðingarinnar. Lögum um útlendinga nr. 96/2002 (hér á eftir skammstöfuð útl.) var breytt með lögum nr. 86/2008 til innleiðingar á tilskipuninni en þau gera ráð fyrir nánari útfærslu í reglugerð enda er Dómsmálaráðherra veittar ýmsar reglugerðarheimildir í ákvæðum VI. kafla laganna þar sem sérreglur um EES-útlendinga er að finna. Tilskipunin hefur heldur ekki enn verið birt í íslenskri þýðingu. Fjallað verður um þær lagareglur og þau reglugerðarákvæði sem gilda að íslenskum rétti varðandi rétt EES-útlendinga samhliða reglum tilskipunarinnar í kafla fjögur og fimm hér á eftir.

3.3 Jafnræðisregla Evrópuréttarins

Meginreglan um bann við mismunun á grundvelli þjóðernis er sérstök útfærsla hinnar almennu jafnræðisreglu sem er grundvöllur Evrópuréttar.⁹⁰ Reglan er sett fram í 18. gr. Rs. (áður 12. gr.) og síðan útfærð í fjórfrelsisákvæðum samningsins. Sambærilegt ákvæði er í 4. gr. EES-samningsins sem bannar mismunun á grundvelli þjóðernis innan gildissviðs samningsins þegar engar sértækari reglur taka til tilviksins.⁹¹ Slík mismunun getur verið ýmis

⁸⁷ Sjá 1. gr. ákvörðunar Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 157/2007.

⁸⁸ Sameiginleg yfirlýsing samningsaðila vegna ákvörðunar nr. 158/2007 um að fella tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/38/EB inn í samninginn.

⁸⁹ Sjá vefslóð: <http://www.eftasurv.int/internal-market-affairs/implementation-status/details.aspx?memberState=ISL&ecRef=2004/38>

⁹⁰ Dóra Guðmundsdóttir: „Jafnræðisreglan og áhrif hennar á lagareglur um frjálsa för innan Evrópska efnahagssvæðisins“, bls. 188.

⁹¹ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 253.

konar þar sem Evrópuréttur tekur til bæði beinnar og óbeinnar mismununar⁹² Sértækari jafnræðisreglur má finna í fjórfrelsisákvæðunum en 45. gr. Rs. (áður 39. gr.) kveður á um afnám allrar mismununar milli launþega í aðildarríkjum EB og EFTA-ríkjum sem byggð er á ríkisfangi og lýtur að atvinnu, launakjörum og öðrum starfs- og ráðningarskilyrðum og greinin er samhljóða 2. mgr. 28. gr. EES-samningsins. 49. gr. Rs. (áður 43. gr.) fjallar um staðfesturétt sbr. 31. gr. EES-samningsins og 56. gr. Rs. (áður 49. gr.) um frjálsa þjónustustarfsemi, sbr. 37. gr. EES-samningsins.

Jafnræðisregla 18. gr. Rs. (áður 12. gr.) bannar bæði beina- og óbeina mismunun á gildissviði Rs. Bann við óbeinni mismunun felur meðal annars í sér að fjarlægja ber skilyrði sem við fyrstu sýn virðast gilda jafnt óháð þjóðerni, en fela þó í raun í sér þungbærari skilyrði fyrir borgara annarra aðildarríkja, og Evrópudómstóllinn hefur ekki túlkað hugtakið óbein mismunun hvað varðar frjálsa för fólks þrengjandi.⁹³ Þannig sagði dómstóllinn í *O'Flynn*⁹⁴ að skilyrði sem sett eru að innlendum rétti feli í sér óbeina mismunun þegar þau hafa að mestu leyti áhrif á útlendinga, þegar þeim er beitt jafnt um alla, en auðveldara er fyrir innlenda borgara að uppfylla þau en útlendinga eða þegar skilyrðin eru líkleg til þess að hafa sérstaklega skaðleg áhrif á útlendinga. Eingöngu er hægt að réttlæta óbeina mismunun með vísan til hlutlægra sjónarmiða, sem eru óháð þjóðerni, sem er beitt af meðalhófi til þess að ná fram lögmætum tilgangi þeirrar innlendu löggjafar sem um ræðir. Dómstóllinn bætti við að það væri ekki nauðsynlegt að sanna að skilyrðin hefðu í raun meiri áhrif á útlendinga, nægilegt væri að það væri líklegt að þau hefðu slík áhrif.⁹⁵ Catherine Barnard vísar einnig til dóms EFTA-dómstólsins í *ESA gegn Noregi*⁹⁶ þar sem búsetuskilyrði til fjölskyldubóta þótti fela í sér óbeina mismunun en var þó talið réttlætanlegt á grundvelli hlutlægra sjónarmiða og lögmæts tilgangs reglnanna, sem í þessu máli tengdist byggðastefnu í Finnmark.⁹⁷

Evrópudómstóllinn hefur gefið til kynna í dómaframkvæmd sinni að þegar um mismunun á grundvelli þjóðernis er að ræða er sönnunarbyrði á einstaklinga ekki þung. Það eina sem til þarf, svo sönnunarbyrðin færast yfir á aðildarríkið sem um ræðir til þess að réttlæta hina mögulega ólíku meðferð, er að einstaklingarnir leiði líkur að því séu á því að þau skilyrði sem beitt er gagnvart þeim hafi óhagstæð áhrif á þá í samanburði við innlenda borgara aðildarríkisins.⁹⁸

⁹² Robin CA White: „Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union“, bls. 885.

⁹³ Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 256.

⁹⁴ *EBD, mál C-237/94, ECR 1996, bls. I-2617. O'Flynn.*

⁹⁵ Sjá dómsforsendur 18 og 19.

⁹⁶ *EFTAD, mál E-3/05, EFTACR 2006, bls. 000. ESA gegn Noregi.*

⁹⁷ Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 257.

⁹⁸ Robin CA White: „Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union“, bls. 885.

Evrópudómstóllinn setti fram þá reglu í *Grzelczyk*⁹⁹ að jafnræðis er krafist í öllum tilvikum, nema sérstök undantekning frá því sé veitt sem á við um þær kringumstæður sem uppi eru hverju sinni.¹⁰⁰ Í því máli komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að þar sem Grzelczyk væri löglega búsettur í Belgíu leiddi það af 18. gr. Rs. (áður 12. gr.) að hann ætti sama rétt til framfærslustyrks og innlendir borgarar í sömu stöðu. Grzelczyk var námsmaður og dómurinn staðfestir dómaframkvæmd þar sem ákvæðinu hefur verið beitt um námsmenn þar sem ekki voru til sértækari jafnræðisreglur um þá. Dómstóllinn vísaði til *Martinez Sala*¹⁰¹ til þess að styðja þá niðurstöðu að þegar einstaklingur með evrópst ríkisfang er löglega búsettur í öðru aðildarríki getur hann byggt á 18. gr. Rs. (áður 12. gr.) í öllum tilvikum sem falla innan gildissviðs samningsins, þar á meðal talið þegar hann nýtir sér rétt sinn til frjálsrar farar og búsetu skv. 21. gr. Rs. (áður 18. gr.).¹⁰²

Dómaframkvæmd Evrópudómstólsins sem hefur krafist jafnræðis á við innlenda borgara aðildarríkisins, hefur orðið til þess að rýra mikilvægi þeirra skilyrða sem afleiddar gerðir Evrópuréttarins setja fyrir löglegri dvöl í öðrum aðildarríkjum.¹⁰³ Evrópudómstóllinn hefur beitt almennu jafnræðisreglunni í 18. gr. Rs. (áður 12. gr.) til fyllingar réttinum til frjálsrar farar og búsetu. Ríkisfangsákvæði 21. gr. Rs. (áður 18. gr.) er sett fram sem almennt ákvæði um frjálsa för, en það dregur saman sértækari réttindi til farar og búsetu.¹⁰⁴

Jafnræðisreglu tilskipunar 2004/38/EB er að finna í 24. gr. hennar sem er svohljóðandi á ensku, en íslensk þýðing á tilskipuninni hefur enn ekki verið birt:

1. Subject to such specific provisions as are expressly provided for in the Treaty and secondary law, all Union citizens residing on the basis of this Directive in the territory of the host Member State shall enjoy equal treatment with the nationals of that Member State within the scope of the Treaty. The benefit of this right shall be extended to family members who are not nationals of a Member State and who have the right of residence or permanent residence.

2. By way of derogation from paragraph 1, the host Member State shall not be obliged to confer entitlement to social assistance during the first three months of residence or, where appropriate, the longer period provided for in Article 14(4)(b), nor shall it be obliged, prior to acquisition of the right of permanent residence, to grant maintenance aid for studies, including vocational training, consisting in student grants or student loans to persons other than workers, self-employed persons, persons who retain such status and members of their families.

⁹⁹ EBD, mál C-184/99, ECR 2001, bls. I-6193. *Grzelczyk*.

¹⁰⁰ Robin CA White: „Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union“, bls. 897.

¹⁰¹ EBD, mál C-85/96, ECR 1998, bls. I-2691. *Martinez Sala*.

¹⁰² Sjá reifun í Dóra Guðmundsdóttir: „Jafnræðisreglan og áhrif hennar á lagareglur um frjálsa för innan Evrópska efnahagssvæðisins“, bls. 214.

¹⁰³ Robin CA White: „Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union, bls. 891.

¹⁰⁴ Dóra Guðmundsdóttir: „Jafnræðisreglan og áhrif hennar á lagareglur um frjálsa för innan Evrópska efnahagssvæðisins“, bls. 207.

Þessi regla er almenn og kveður á um að allir EES-útlendingar sem dveljast á grundvelli tilskipunarinnar á yfirráðasvæði gistiríkisins eiga rétt á jafnri meðferð innan gildissviðs Rs. Þessi réttur er háður takmörkunum og skilyrðum sem skýrt koma fram í Rs. og afleiddri löggjöf. Einungis fjárhagslega virkir útlendingar og þeir sem hafa ótakmarkaðan rétt til dvalar eiga tilkall til algjörðs jafnræðis á við innlenda borgara gistiríkisins. Fjárhagslega óvirkir EES-útlendingar sem hafa ekki dvalið í þau fimm ár sem krafist er til þess að öðlast rétt til ótímabundinnar dvalar¹⁰⁵ geta nýtt sér takmarkaðan rétt til félagslegrar samstöðu en verða að forðast það að verða fjárhagsleg byrði á félagslegu kerfi gistiríkisins.¹⁰⁶ Til þess að meta hvort byrðin sé óhófleg þarf gistiríkið að meta hvort í einstaka tilvikum sé um að ræða tímabundin vandræði einstaklingsins og taka til skoðunar lengd dvalar, persónulegar kringumstæður, og hversu mikillar aðstoðar viðkomandi þarfnast. Ef niðurstaðan er sú að einstaklingurinn má dvelja áfram þá tryggir 24. gr. jafnræði á við innlenda borgara þegar um félagsleg réttindi er að ræða.¹⁰⁷ Gæta verður að því að beita meðalhófsreglu við þetta mat, sbr. til dæmis *Baumbast* þar sem Evrópudómstóllinn lagði mjög mikla áherslu á meðalhófsreglu til þess að komast að þeirri niðurstöðu að *Baumbast* og fjölskylda hans hefðu rétt á áframhaldandi búsetu í Bretlandi þrátt fyrir að uppfylla ekki skilyrði um sjúkratryggingu samkvæmt innlendum lögum.¹⁰⁸ Nánar verður fjallað um *Baumbast* í kafla fimm hér á eftir.

Af dómaframkvæmd Evrópudómstólsins má ráða að EES-útlendingar eigi rétt jafnræði á við innlenda borgara á öllum sviðum félagslegrar aðstoðar og þjónustu þegar þeir geta sýnt fram á nægilega aðlögun í gistiríkinu.¹⁰⁹ Jafnræði er þannig háð raunverulegum tengslum við gistiríkið og þetta skilyrði þjónar sem varnagli fyrir aðildarríki sem óttast að þessi réttur reynist félagslegu kerfi þeirra of þung byrði. Sú skylda sem lögð er á ríkin að réttlæta takmarkanir á aðgangi að félagslegslegu kerfi sínu tekur fyrir að reglum sem eingöngu veita innlendum borgurum réttindi verði beitt og gerir kröfu til þess að gætt sé að sanngirnissjónarmiðum og meðalhófi gagnvart útlendingum.¹¹⁰

Í *Trojani*¹¹¹ málinu voru réttindin ekki látin einungis taka til þeirra sem dvelja á grundvelli tilskipunarinnar, sbr. orðalag ákvæðisins, heldur einnig þeirra sem hafa dvalið löglega í vissan tíma samkvæmt innlendum rétti.¹¹² *Trojani* var frakki í Belgíu sem hafði verið neitað um lágmarks framfærslu á vegum belgísku félagsþjónustunnar (svokallaðar *minimex* bætur) þar

¹⁰⁵ Sjá umfjöllun í kf. 4.4 hér að neðan.

¹⁰⁶ Oxana Golyner: „Jobseekers' rights in the European Union“, bls. 119.

¹⁰⁷ Henrik Bull: „Market freedoms: challenges to social security and welfare policy“, bls. 92.

¹⁰⁸ *EBD, mál C-413/99, ECR 2002, bls. I-7091. Baumbast.*

¹⁰⁹ Robin CA White: „Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union“, bls. 900.

¹¹⁰ Robin CA White: „Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union“, bls. 905.

¹¹¹ *EBD, mál C-456/02, ECR 2004, bls. I-7573. Trojani.*

¹¹² Robin CA White: „Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union, bls. 895.

sem hann var ekki belgískur ríkisborgari. Evrópudómstóllinn gaf til kynna að það myndi ekki stríða gegn meðalhófi að neita Trojani um rétt til dvalar þar sem hann gat ekki framfleitt sér sjálfur og hann hafði þar af leiðandi ekki rétt til dvalar samkvæmt 21. gr. Rs. (áður 18. gr.) eða sértækari reglum. Hins vegar tók dómstóllinn fram að hann kynni að eiga dvalarrétt samkvæmt innlendum rétti þar sem honum hafði verið veitt dvalarleyfi af yfirvöldum í Brussel.¹¹³ Dómurinn kvað á um að félagsleg réttindi féllu innan gildissviðs Rs. og einstaklingur með evrópskt ríkisfang sem getur ekki séð fyrir sér sjálfur getur reitt sig á bann við mismunun á grundvelli þjóðernis þegar hann hefur dvalið löglega í ríki í vissan tíma eða hefur dvalarleyfi.¹¹⁴ Ef að ríki takmarkar aðgang að félagslegri aðstoð við ríkisborgara sína þá telst það vera mismunun á grundvelli þjóðernis sem brýtur gegn 18. gr. Rs. (áður 12. gr.). Jafnræðisreglan gildir því ávallt þegar EES-útlendingur dvelur löglega á yfirráðasvæði annars aðildarríkis.¹¹⁵

Sértækar jafnræðisreglur gagnvart launþegum er að finna í reglugerð 1612/68/EB sbr. lög nr. 47/1993 um frjálsan atvinnu- og búseturétt launafólks innan Evrópska efnahagssvæðisins. Í 2. mgr. 1. gr. er kveðið á um jafnræði við ráðningu til starfa, í 7. gr. um jöfn starfsskilyrði, félagsleg réttindi og skatta ívilnanir, í 8. gr. um jafnræði við aðild að stéttarfélögum og í 9. gr. um réttindi og ívilnanir hvað viðvíkur húsnæði. Þó svo að 7. gr. reglugerðar 1612/68/EB sé takmörkunum háð og hvorki orðalag ákvæðisins né heldur kerfið sem reglugerðin setur fram láti í ljós almenna jafnræðisreglu hvað varðar aðgang að félagslegum réttindum, hefur dómstóllinn notað jafnræðisreglur reglugerðarinnar sem dæmi um víðtækari jafnræðisreglu með því að túlka félagsleg réttindi sem öll þau félagslegu réttindi sem almennt eru veitt innlendum launþegum, fyrst og fremst vegna stöðu þeirra sem launþega, eða vegna þess eins að þeir dvelja á yfirráðasvæði ríkisins.¹¹⁶ Því myndi veiting slíkrar aðstoðar til launþega sem eru með ríkisborgararétt annarra aðildarríkja vera til þess fallin að hvetja þá til fjárlsrar farar innan Evrópusambandsins.¹¹⁷ Í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins hafa réttindi samkvæmt ákvæðinu verið túlkuð rúmt og hún er bæði talin taka til einstaklinga í atvinnuleit og launþega sem hafa látið af störfum.¹¹⁸

¹¹³ *Trojani* dómsforsendur 41-6.

¹¹⁴ *Trojani* dómsforsenda 43.

¹¹⁵ Robin CA White: „Free movement, equal treatment, and citizenship of the Unin“, bls. 898.

¹¹⁶ Sjá kafla 4.6.1 hér að aftan þar sem 7. gr. tilskipunar 2004/38/EB eru gerð ítarleg skil, en þar kemur fram hversu ítarlegt hugtakið félagsleg réttindi er.

¹¹⁷ Kay Hailbronner: „Union citizenship and access to social benefits“, bls. 1246.

¹¹⁸ Mun ítarlegri úttekt á 7. gr. reglugerðar 1612/68/EB er að finna í kf. 5.2 hér að aftan um launþega og 5.7 um einstaklinga í atvinnuleit.

3.4 Evrópskt ríkisfang og áhrif þess á reglur um frjálsa för

Maastricht sáttmáli Evrópusambandsins tók gildi þann 1. nóvember 1993 og kynnti til sögunnar evrópskt ríkisfang. Með ríkisfanginu var lögfest sú þróun sem hafði átt sér stað innan Evrópusambandinu í átt að frekari stjórnálalegri samvinnu aðildarríkjanna þar sem tilgangur frjálsrar farar á innri markaðnum breyttist úr því að vera eingöngu efnahagslegur og yfir í að fela bæði í sér félagslega merkingu og stjórnálalega.¹¹⁹ Samkvæmt 20. gr. Rs. (áður 17. gr.) eru allir ríkisborgarar aðildarríkja Evrópusambandsins með evrópskt ríkisfang. Þau réttindi sem ríkisfanginu fylgja má finna í 21.-24. gr. Rs. (áður 18.-21. gr.) en þau eru stjórnálaleg, efnahagsleg, félagsleg og lagaleg. Í 18. gr. er sérstaklega fjallað um réttinn til frjálsrar farar og búsetu í öðrum aðildarríkjum Evrópusambandsins. Ákvæðið kveður á um að allir þeir sem bera evrópskt ríkisfang eiga rétt til fjálsrar farar og dvalar innan yfirráðasvæða aðildarríkjanna, með þeim takmörkunum og háð þeim skilyrðum sem fram koma í þessum samningi og afleiddum rétti sem kemur réttinum í framkvæmd (þýð. höf.). Evrópskt ríkisfang felur þó ekki í sér ótakmörkuð réttindi enda er rétturinn til frjálsrar farar ennþá að mestu háður efnahagslegum skilyrðum, t.d. háður því að einstaklingur sé launþegi eða geti séð fyrir sér sjálfur a.m.k. að hluta til, og sé með nægilega sjúkratryggingu.¹²⁰ Sú staðreynd að aðildarríki geti beitt einstakling með evrópskt ríkisfang brottvísun með hliðsjón af allsherjarreglu, almannaöryggi eða almannaheilbrigði, sem er eitthvað sem ríki getur aldrei gert gagnvart ríkisborgurum sínum, gefur til kynna að staða einstaklings með evrópskt ríkisfang gagnvart því aðildarríki sem hann dvelur í er staða útlendings með sérréttindi í ríkinu en ekki einstaklings með sömu stöðu og innlendir ríkisborgarar.¹²¹

Það er grundvallarviðmið við lögskýringu að leggja ber heildstætt mat á samhengi lagaákvæðis þegar það er túlkað.¹²² Þar af leiðandi ber að horfa til þess að hvert lagaákvæði er hluti af tilteknum lagabálki og jafnframt af réttarkerfinu í heild sinni og því ber að túlka lagaákvæði til samræmis við önnur ákvæði en ekki sem einangraða eind.¹²³ Samræmisskýring er þekkt bæði í þjóðarétti og landsrétti og uppbygging Evrópuréttar býður sérstaklega upp á slíka túlkun á samningum Sambandsins og afleiddum gerðum þar sem þar hefur myndast mjög víðtækt og margþætt kerfi sameinaðra markaða innan Evrópu.¹²⁴ Þar sem almennt ber að leggja til grundvallar þá merkingu lagaákvæðis sem leiðir til þess að ákvæðið nær að falla inn

¹¹⁹ Sergio Carrera: „What does free movement mean in theory and practice in an enlarged EU?“, bls. 700.

¹²⁰ Sergio Carrera: „What does free movement mean in theory and practice in an enlarged EU?“, bls. 705.

¹²¹ Robin CA White: „Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union“, bls. 890.

¹²² Róbert Ragnar Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 81.

¹²³ Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*, bls. 425.

¹²⁴ Dóra Guðmundsdóttir: „Methods of interpretation in EU and EEA law“, bls. 41.

í það réttarkerfi sem það tilheyrir¹²⁵ ber að túlka ákvæði fjórfrelsis Evrópusambandsins í þriðja hluta Rs. í samræmi við ákvæði í öðrum málaflokkum innan innri markaðarins auk ákvæða annars hluta Rs. um evrópskt ríkisfang.¹²⁶ Sá skilningur sem nú ríkir á reglunum um evrópskt ríkisfang er að kjarni þeirra eru meginreglurnar um bann við mismunun á grundvelli þjóðernis.¹²⁷ Evrópudómstóllinn hefur beitt jafnræðisreglu 18. gr. Rs. (áður 12. gr.) í samhengi við bæði 21. gr. (áður 18. gr.) og 20. gr. Rs. (áður 17. gr.).¹²⁸

*Martinez Sala*¹²⁹ var fyrsti dómur Evrópudómstólsins sem gaf til kynna að ríkisfangi í Sambandinu gætu fylgt ný réttindi.¹³⁰ Niðurstaða dómsins var sú að nægilegt væri til þess að Sala félli innan gildissviðs Rs. að hún dveldi löglega í öðru aðildarríki þar sem hún hafði evrópskt ríkisfang. Þar af leiðandi mátti ekki mismuna henni á grundvelli þjóðernis sbr. 18. gr. Rs. (áður 12. gr.). Í *Baumbast*¹³¹ málinu komst Evrópudómstóllinn að þeirri niðurstöðu að 21. gr. Rs. (áður 18. gr.) um ríkisfang væri nægilega skýr til þess að hafa bein réttaráhrif og af ákvæðinu leiddi að allir þeir sem hafa evrópskt ríkisfang eigi rétt til frjálsrar fara og dvalar innan yfirráðasvæða aðildarríkja Evrópusambandsins, hvort sem væri í efnahagslegum tilgangi eða ekki. Í *Grzelczyk* dómnum¹³² svaraði Evrópudómstóllinn þeirri spurningu hvort belgísk yfirvöld gætu takmarkað aðgang að félagslegum réttindum gagnvart borgara annars aðildarríkis, þegar slík réttindi innlendra borgara væru ekki slíkum skilyrðum háð. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að þetta væri prima facie mismunun á grundvelli þjóðernis sem bönnuð er samkvæmt Rs. Dómstóllinn sagði að 18. gr. Rs. (áður 12. gr.) yrði að túlka í samræmi við ákvæði Rs. um evrópskt ríkisfang og að þeir sem slíkt ríkisfang bera ættu rétt á sömu meðferð að lögum við sambærilegar kringumstæður, óháð þjóðerni, með þeim undantekningum sem sérstaklega er kveðið á um.¹³³ Dómurinn heldur síðan áfram og kemst að þeirri niðurstöðu að það sé ekkert á um það kveðið í Rs. og afleiddum rétti að námsmenn með evrópskt ríkisfang missi af þeim rétti sem Rs. veitir þeim við flutning milli aðildarríkja til náms.¹³⁴ Sá réttur sem dómurinn vísar til er réttur skv. 21. gr. Rs. (áður 18. gr.) þar sem einstaklingum með evrópskt ríkisfang er veittur sjálfstæður réttur til dvalar sem er háður þeim undantekningum og skilyrðum sem fram koma í Rs. og afleiddum gerðum. Sú regla sem

¹²⁵ Róbert Ragnar Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 82.

¹²⁶ Dóra Guðmundsdóttir: „Methods of interpretation in EU and EEA law“, bls. 41-42.

¹²⁷ Robin CA White: „Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union“, bls. 885.

¹²⁸ Dóra Guðmundsdóttir: „Jafnræðisreglna og áhrif hennar á lagareglur um frjálsa för innan Evrópska efnahagssvæðisins“, bls. 207.

¹²⁹ *EBD, mál C-85/96, ECR 1998, bls. I-2691. Martinez Sala.*

¹³⁰ Robin CA White: „Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union“, bls. 896.

¹³¹ *EBD, mál C-413/99, ECR 2002, bls. I-7091. Baumbast.*

¹³² *EBD, mál C-184/99, ECR 2001, bls. I-6193. Grzelczyk.*

¹³³ Sjá dómsforsendu nr. 31 í *Grzelczyk*.

¹³⁴ Sjá dómsforsendu nr. 35 í *Grzelczyk*.

Evrópudómstóllinn setti hér fram er sú að jafnræðis er krafist í öllum tilvikum nema sérstök undantekning frá því er veitt sem á við um þær kringumstæður sem uppi eru hverju sinni.¹³⁵

Þegar um er að ræða rétt einstaklinga með evrópskt ríkisfang til félagsþjónustu í öðru ríki en heimaríki sínu er mikilvægt að líta til tengsla viðkomandi við gistiríkið, sbr. *d'Hoop*¹³⁶, sérstaklega þegar ekki er sýnt fram á viðurkennd tengsl launþega eða annarra efnahagslegra virkra einstaklinga. Nánar er fjallað um sjónarmið um tengsl í kafla 4.6 hér að neðan. Sjónarmið um tengsl við gistiríkið eru sett fram til þess að réttlæta kröfur einstaklinga, sem kannski hafa ekki látið af hendi framlag til vinnumarkaðs eða samfélags gistiríkisins, til jafnræðis á við innlenda borgara, og á sama tíma veita þau gistiríkinu vissu tryggingu gegn misnotkun á félagslega kerfinu.¹³⁷

3.4.1 Tengsl evrópsks ríkisfangs og EES-réttar

Fjórfrælsisákvæðunum, eins og þau koma fyrir í meginmáli EES-samningsins, var ætlað að hafa sömu efnislegu merkingu og gildissvið og sambærileg ákvæði Evrópuréttarins. Samt sem áður hefur stofnsamningum Evrópusambandsins verið breytt nokkrum sinnum síðan EES-samningaviðræðurnar áttu sér stað og þessar breytingar hafa bæði dýpkað og víkkað út gildissvið fjórfrælsisins, til að mynda með innleiðingu evrópsks ríkisfangs.¹³⁸ Þessi breyting hefur haft áhrif á túlkun fjórfrælsisákvæða Evrópuréttarins eins og fjallað er um hér að framan, en hversu langt getum við gengið í beitingu á reglunum um evrópskt ríkisfang í EES-rétti og íslenskum rétti?

EES-réttur byggir á Evrópurétti. Virk einsleitni bindur Evrópurétt og EES-rétt og báðum lagakerfum er ætlað að þróast samhliða án ósamræmis.¹³⁹ Reglan um einsleitni er í raun forsenda þess að markmiðið um þáttöku EES EFTA-ríkjanna í innri markaði sambandsins náist og hún hefur áhrif á framkvæmd samningsins, við skýringu, beitingu og upptöku reglnanna í landsrétt.¹⁴⁰ Samkvæmt 6. gr. EES-samningsins ber við framkvæmd og beitingu ákvæða hans að túlka þau í samræmi við dóma Evrópudómstólsins. Temple Lang segir grundvallarreglu EES-réttar um einsleitni megi aldrei gleymast við beitingu samningsins og segir réttaráhrif 3. gr. innan gildissviðs EES-samningsins vera í raun þau sömu og áhrif 3. mgr. 4. gr. sáttmálans um Evrópusambandið (e. TEU, áður 10. gr. Rs)¹⁴¹, og því beri

¹³⁵ Robin CA White: „Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union“, bls. 897.

¹³⁶ EBD, mál C-223/98, ECR 2002, bls. I-6191. *D'Hoop*.

¹³⁷ Oxana Golynger: „Jobseekers' rights in the European Union, bls. 117.

¹³⁸ Finn Arnesen: „Challenges to Norwegian law and institutions from the widening and deepening of the scope of the four freedoms“, bls. 61.

¹³⁹ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA law*, bls. 47.

¹⁴⁰ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 238.

¹⁴¹ J. Temple Lang, „Article 10 EC – the most important „general principle“ of Community law“, bls. 108.

innlendum dómstólum EES EFTA-ríkjanna að fylgja fordæmum Evrópudómstólsins þegar um álitaefni á gildissviði samningsins er um að ræða.¹⁴²

EFTA-dómstóllinn hefur staðfest þetta, eins og fram kemur í kafla 2 hér að framan. Í 60. dómsforsendu ráðgefandi álits dómstólsins í *Erla María Sveinbjörnsdóttir*¹⁴³ segir hann einsleitnismarkmið samningsins koma svo skýrt fram, auk þess markmiðs að veita einstaklingum rétt til jafnræðis og jafnra tækifæra, að í þeim hljóti að felast skaðabótaskylda þegar tjón hlýst af því að landsréttur er ekki réttilega lagaður að tilskipunum. Davíð Þór Björgvinsson telur í riti sínu *EES-réttur og landsréttur* að hægt sé að fallast á að EES-samningurinn sé sérstaks eðlis og að hann gangi lengra en hefðbundnir þjóðréttarsamningar.¹⁴⁴ Hann bætir því við að þessi sérkenni hafi sjálfstæða þýðingu og þau marki sérstöðu samningsins og eru mikilvæg ein og sér, óháð reglunni um skaðabótaskyldu sem dómurinn í máli Erlu Maríu setti fram.¹⁴⁵ Í dómi EFTA-dómstólsins í málinu *ESA gegn Íslandi*¹⁴⁶ segir:

Eins og fram kemur í 1. mgr. 1. gr. EES, er eitt af meginmarkmiðum samningsins að mynda einsleitt Evrópskt efnahagssvæði. Þetta markmið hefur ávallt mótað dómaframkvæmd dómstólsins. Í þessu sambandi er bent á að 6. gr. EES mælir svo fyrir að dómstóllinn sé bundinn af þeim dómum sem máli skipta og kveðnir höfðu verið upp fyrir undirritunardag EES-samningsins og 2. mgr. 3. gr. ESE þar sem fram kemur að taka skuli tilhýðilegt tillit til dóma sem síðar eru tilkomnir. Dómstóllinn bendir einnig á að í nýlegum dómi dómstóls EB er á því byggt að eitt af meginmarkmiðum EES-samningsins sé að hrinda í framkvæmd fjórfrelsisreglunum á öllu Evrópska efnahagssvæðinu í því skyni að EFTA-ríkin verði hluti af innri markaðnum. Í því sambandi lagði dómstóllinn áherslu á *samræmda skýringu þeirra reglna EES-samningsins og EB-samningsins sem væru efnislega samhljóða* (sjá mál C-452/01 Ospelt, dómur frá 23. september 2003).¹⁴⁷ (áh. höf.)

EFTA-dómstóllinn hefur ekki tekið gild hefðbundin þjóðréttarleg lögskýringarviðmið þar sem litíð hefur verið til afstöðu aðila við samningaviðræður við gerð EES-samningsins¹⁴⁸, sbr. *ESA gegn Liechtenstein*.¹⁴⁹ Í því máli lét Liechtenstein reyna á þá málsástæðu að ágreiningur sá sem var uppi varðaði efni sem hafði verið algjört skilyrði við inngöngu Liechtenstein í samninginn, en dómstóllinn taldi sérstaka stöðu og væntingar þess aðildarríkis sem um ræddi ekki gilda ákvörðunarástæðu þegar hann komst að niðurstöðu í málinu.¹⁵⁰ Þó eru til reglur í EES-rétti sem réttlæt看legt hefur þótt að mati EFTA-dómstólsins að túlka á ólíkan hátt en í

¹⁴² J. Temple Lang: „Article 10 EC – the most important „general principle“ of Community law“, bls. 108.

¹⁴³ *EFTAD, mál E-9/97, EFTACR 1998, bls. 95. Erla María Sveinbjörnsdóttir.*

¹⁴⁴ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 221.

¹⁴⁵ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 222.

¹⁴⁶ *EFTAD, mál E-1/03, EFTACR 2003, bls. 143. ESA gegn Íslandi.*

¹⁴⁷ Þýðing Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 237-238.

¹⁴⁸ Dóra Guðmundsdóttir, „Methods of interpretation in EU and EEA law“, bls. 49.

¹⁴⁹ *EFTAD, mál E-5/06, EFTACR 2007, bls. 295. ESA gegn Liechtenstein.*

¹⁵⁰ Sjá dómsforsendur 61-63 í *ESA gegn Liechtenstein*.

Evrópurétti vegna ólíkra markmiða þeirra eða þess hlutverks sem þær gegna.¹⁵¹ Sem dæmi má nefna *Maglite* dóm EFTA-dómstólsins¹⁵² þar sem dómstóllinn byggði á ólíku eðli innri markaðs EES-svæðisins og Evrópusambandsins.¹⁵³ Einnig var fjallað um ólíkt gildissvið EES-réttar og Evrópuréttar í máli *E-2/06 ESA gegn Noregi*.¹⁵⁴

Evrópskt ríkisfang er ekki hluti af EES-samningnum og þetta er skýrt tekið fram við ið upptöku tilskipunar 2004/38/EB í EES-samninginn.¹⁵⁵ Ríkisborgarar EES EFTA-ríkjanna eru því ekki ríkisborgarar Evrópusambandsins og einstaklingar með evrópskt ríkisfang njóta ekki réttinda sem slíkir innan EES EFTA-ríkjanna. Hins vegar hefur réttarstaðan verið samrýmanleg hingað til, eins og Dóra Guðmundsdóttir kemst að niðurstöðu um í grein sinni *Jafnræðisreglan og áhrif hennar á lagareglur um frjálsa för innan Evrópska efnahagssvæðisins*. Hún telur það leiða af því að þegar jafnræðisregla er tengd frjálsri för og gildissviði Rs. annars vegar, og EES-samningnum hins vegar (en inn í hann hefur t.d. tilskipun 2004/38/EB verið felld og afleidd löggjöf mælir því fyrir um sömu réttindi til flutninga og dvalar og gildir í Evrópuréttinum) verður beiting hennar svipuð í báðum réttarkerfum.¹⁵⁶

Þrátt fyrir þetta verður íslenski löggjafinn að gæta að réttri innleiðingu EES-réttar í innlendan rétt og af því leiðir sú krafa að innlend löggjöf uppfylli þær kröfur sem tilskipanir Evrópusambandsins gera til innlendrar réttarstöðu á því sviði sem um ræðir, og því verður að endurskoða innleiðinguna reglulega með hliðsjón af nýrri túlkun Evrópudómstólsins á reglunum.¹⁵⁷ Henrik Bull, dómari við EFTA-dómstólinn, telur að þó svo að 21. gr. Rs. (áður 18. gr.) hafi reynst Evrópudómstólnum gagnleg þegar komist var að niðurstöðu í *Baumbast og Grzelczyk* málunum hafi ríkisfangshugtakið ekki verið nauðsynlegur hluti rökstuðnings dómstólsins þegar hann komst að því að þeim beri að veita félagslega þjónustu, annars vegar, og sé óheimilt að vísa EES-útlendingi á brott hins vegar.¹⁵⁸ Því ættu EES EFTA-ríkin ekki að

¹⁵¹ Thomas Bruha: „Is the EEA an Internal Market?“, bls. 111.

¹⁵² *EFTAD, mál E-2/97, EFTACR 1997, bls. 127. Maglite.*

¹⁵³ Thomas Bruha: „Is the EEA an Internal Market?“, bls. 111 – 113. Í dómnum kom fram að EES-svæðinu var ekki ætlað að vera tollabandalag með sameiginlega verslunarstefnu og því var ekki til sameiginlegt kerfi varðandi vernd vörumerkja gagnvart þriðju ríkjum. EFTA-dómstólnum þótti það myndi jafngilda hömlum á utanríkisstefnu EFTA-ríkjanna ef að þeim yrði ætlað að hafa sama kerfi gagnvart þriðju ríkjum og Evrópusambandsríkin á þessu sviði.

¹⁵⁴ *EFTAD, mál E-2/06, EFTACR 2007, bls. 167. ESA gegn Noregi.* Sjá reifun í Dóra Guðmundsdóttir: „Methods of interpretation in EU and EEA law“, bls. 49-50.

¹⁵⁵ Sjá ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 157/2008 sbr. umfjöllun í kf. 3.3.1.

¹⁵⁶ Dóra Guðmundsdóttir: „Jafnræðisreglan og áhrif hennar á lagareglur um frjálsa för innan Evrópska efnahagssvæðisins“, bls. 220.

¹⁵⁷ Finn Andersen: „Challenges to Norwegian law and institutions from the widening and deepening of the scope of the four freedoms“, bls. 61-62.

¹⁵⁸ Henrik Bull: „Market freedoms: challenges to social security and welfare policy“, bls. 93.

eiga í vandræðum með að beita þeim reglum tilskipunar 2004/38/EB sem endurspeglar þær reglur sem dómstóllinn setti fram í ofangreindum málum.

Þeir EES-útlendingar sem dveljast löglega hér á landi gera það á grundvelli stöðu sinnar, sem samkvæmt tilskipun 2004/38/EB getur verið staða sem einstaklingur í atvinnuleit, launþegi, einstaklingur með eigin framfærslu, sjálfstæður atvinnurekandi, þjónustuveitandi, þjónustuþiggjandi, námsmaður eða aðstandandi einstaklings með slíka réttarstöðu hvort sem hann hefur þjóðerni aðildarríkis eða þriðja ríkis. Í Evrópuréttinum er einnig til staða einstaklinga með evrópskt ríkisfang á grundvelli 21. gr. Rs. (áður 18. gr.), sem ekki fellur undir neinn þeirra hópa sem tilteknir eru í tilskipuninni. Í dómi Evrópudómstólsins í máli *Collins*¹⁵⁹ var um einstakling að ræða sem hafði ekki stöðu launþega í skilningi 45. gr. Rs. (áður 39. gr.) og reglugerðar 1612/68/EB og hann hafði ekki rétt til dvalar samkvæmt tilskipun 68/360/EB¹⁶⁰ um afnám takmarkana á flutningum og búsetu innan bandalagsins gagnvart launþegum aðildarríkjanna og fjölskyldum þeirra sem felld var niður með nógildandi tilskipun 2004/38/EB, en Collins var í atvinnuleit. Þrátt fyrir að hann hefði ekki réttarstöðu sem launþegi átti hann rétt á jafnri meðferð á við innlenda borgara í ríkinu á grundvelli ríkisfangs síns í Sambandinu og því var innlend löggjöf sem setti dvalarskilyrði fyrir rétti til félagslegrar þjónustu einungis lögmæt ef aðildaríkið gæti réttlætt hana með vísan til hlutlægra sjónarmiða óháðra þjóðernis þess einstaklings sem um ræðir.¹⁶¹

*Trojani*¹⁶² mál Evrópudómstólsins varðaði einstakling sem var háður opinberri framfærslu í gistiríkinu og féll ekki innan neins hóps réttahafa. Dómstóllinn rökstuddi samt sem áður rétt hans til jafnræðis á við innlenda borgara hvað varaði dvöl og aðgang að félagslegum réttindum með evrópsku ríkisfangi hans og löglegru dvöl hans í gistiríkinu samkvæmt innlendum reglum.

Við beitingu túlkunar Evrópudómstólsins á ákvæðum Evrópuréttarins um frjálsa för fólks er réttlætanlegt að EES-ríki, svo sem Ísland, dragi mörkin þannig að EES-útlendingar geti ekki byggt á rétti sem hlýst eingöngu af evrópsku ríkisfangi þar sem það er ekki hluti af EES-samningnum. Trojani hefði þar af leiðandi ekki hlotið sama rétt á Íslandi og hann hlaut í Belgíu. Hinsvegar má nefna að Sala¹⁶³ þótti dvelja löglega í Þýskalandi á grundvelli ákvæða Evrópuráðssamnings frá 1953¹⁶⁴ og því átti hún rétt á jafnræði á við innlenda borgara hvað

¹⁵⁹ EBD, mál C-138/02, ECR 2004, bls. I-2703. *Collins*.

¹⁶⁰ Tilskipun 68/360/EB fjallaði um formsatriði og skilyrði komu og dvalar launþega og sjálfstæðra atvinnurekenda.

¹⁶¹ Sjá dómsforsendu nr. 73 í *Collins*.

¹⁶² EBD, mál C-456/02, ECR 2004, bls. I-7573. *Trojani*.

¹⁶³ EBD, mál C-85/96, ECR 1998, bls. I-2691. *Martinez Sala*.

¹⁶⁴ European Convention on Social and Medical Assistance.

varðaði aðgang að barnabótum. Þar sem Ísland er einnig aðili að tilvitnuðum Evrópuráðssamningi er ekki útilokað að hún hefði öðlast sömu réttindi hér á landi með skýringu á 4. gr. EES-samningsins.¹⁶⁵ Umdeilanlegt er hvort að Collins hefði getað byggt á 4. gr. EES-samningsins hér á landi en hann var EES-útlendingur með stöðu einstaklings í atvinnuleit í öðru aðildarríki. Vikið verður nánar að Collins og hugsanlegri stöðu hans að EES-rétti í umfjöllun um einstaklinga í atvinnuleit í kafla 5.7 hér að aftan.

3.5 Niðurstöður

Þegar metið er hvort byggja megi á túlkun Evrópudómstólsins á Rs. og afleiddri löggjöf sem varðar frjálsa för innan EES-svæðisins við túlkun EES-réttar, ber að skoða hverja dómsniðurstöðu Evrópudómstólsins fyrir sig og túlka á hverju hún byggir. Ef byggt er á ákvæðum Rs. sem eru samhljóma ákvæðum EES-samningsins, fjórfrelsisákvæðunum, eða afleiddri löggjöf sem tekin hefur verið upp í EES-samninginn og meginreglum um mannréttindi og meðalhóf mæla einsleitnisrök með því að líta beri til slíkra niðurstaðna, þrátt fyrir að einnig sé stuðst við rök hvað varða evrópskt ríkisfang sbr. 21. gr. Rs. (áður 18. gr.), ef að sannfærandi þykir í því tiltekna máli sem um ræðir að aðalröksemdir fyrir niðurstöðunni hafi byggst á reglum sem eiga sér samsvörun í EES-rétti og landsrétti. Þetta ber að gera þrátt fyrir að gengið sé ívið lengra en gert var við undirritun EES-samningsins, EES-réttarkerfið er virkt kerfi sem þróast og tekur breytingum og íslenska ríkinu ber að gæta þess að halda samræmi við hinn innri markað og veita ekki lakari rétt hér á landi en veittur er annarsstaðar á innri markaðinum.¹⁶⁶

4. Réttur EES-útlendinga til komu og löglegrar dvalar í öðru aðildarríki

4.1 Inngangur

Eins og áður hefur fram komið var tilskipun 2004/38/EB tekin upp í EES-samninginn í desember 2007¹⁶⁷ og ber því íslenska ríkinu að innleiða þær reglur sem þar er að finna, en meðal þeirra eru reglur um komu og dvöl EES-útlendinga í öðrum aðildarríkjum Evrópusambandsins og EES EFTA-ríkjunum.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Dóra Guðmundsdóttir: „Jafnræðisreglan og áhrif hennar á lagareglur um frjálsa för innan Evrópska efnahagssvæðisins“, bls. 220, sjá neðanmálgrein nr. 112.

¹⁶⁶ Athuga ber að ekki eru allir fræðimenn sammála um að EES-rétturinn eigi að þróast samhliða Evrópuréttinum samanber umfjöllun í kafla 2.1.2 hér að framan.

¹⁶⁷ Sbr. ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 158/2007, frá 7. Desember 2007.

¹⁶⁸ Í þessum kafla verður héðan í frá vísað til þessarra ríkja sem aðildarríkja til einföldunar.

Tilskipunin flokkar dvöl í öðru aðildarríki í þrjú sig. Fyrsta stigið er dvöl í allt að þrjá mánuði, annað stig er dvöl í meira en þrjá mánuði og allt að fimm ár og hið þriðja er ótímabundin dvöl. Hverju dvalarstigi fylgja ólík réttaráhrif.

Í þessum kafla verður farið í reglur um komu EES-útlendinga og þau skilyrði sem aðildarríki mega setja um hana. Síðan verður farið í skráningu inn í landið sem á Íslandi er lögheimilisskráning, en þegar EES-útlendingur ætlar sér að dvelja lengur en í þrjá mánuði (sex mánuði ef hann er í virkri atvinnuleit) ber honum að skrá sig inn í landið og aðildarríki hafa heimild til þess að setja viss skilyrði fyrir dvöl EES-útlendinga. Síðasta stig dvalar er ótímabundin dvöl en þá lítur tilskipunin svo á að EES-útlendingurinn hafi aðlagast gistiríkinu að svo miklu leyti að líta skuli á hann, og hann skuli hljóta sömu meðferð, og innlendir ríkisborgarar að öllu leyti nema að nafninu til.¹⁶⁹ Í þessum kafla verður einnig fjallað um brottfall dvalarréttar og bann við mismunun á grundvelli þjóðernis. Að lokum verður íslenskum rétti lýst hvað varðar almennar reglur um aðgang að félagsþjónustu sveitarfélaganna.

4.2 Reglur um komu EES-útlendinga

4.2.1 Í Evrópurétti

Aðildarríkjum ber að hleypta öllum EES-útlendingum inn á yfirráðasvæði sitt sem bera gilt kennivottorð eða vegabréf, og einnig þriðja ríkis aðstandendum þeirra ef þeir bera gilt vegabréf skv. 1. mgr. 5. gr. tilskipunar 2004/38/EB.

Samkvæmt 2. mgr. 5. gr. tilskipunar 2004/38/EB má krefjast vegabréfsáritunar af þriðja ríkis aðstandendum EES-útlendinga. Hins vegar eru aðstandendurnir undanþegnir því að þurfa vegabréfsáritun inn í landið, ef þeir eru með gilt dvalarskírteini frá aðildarríki. Þetta er nýmæli í tilskipuninni. Vegabréfsáritanir eiga að vera ókeypis og gefnar út eins fljótt og hægt er með flýtimeðferð.

Ef EES-útlendingur eða þriðja ríkis aðstandandi hans hafa ekki nauðsynleg ferðagögn við komu, skal aðildarríkið veita viðkomandi hæfilegt tækifæri til þess að afla sér nauðsynlegra gagna áður en honum er vísað frá, eða styðja eða sanna á annan hátt að þeir njóti réttar síns til frjálstrar farar sbr. 4. mgr. 5. gr. tilskipunar 2004/38/EB. Reglan sem birtist í 4. mgr. er staðfesting á dómaframkvæmd Evrópudómstólsins, sbr. *Royer*¹⁷⁰ þar sem fram kemur að skortur á því að EES-útlendingur geti uppfyllt lögbundnar formreglur um aðgang, frjálsa för

¹⁶⁹ Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 427

¹⁷⁰ *EBD, mál C-48/75, ECR 1976, bls. 497 (Royer)*. Sjá dómsforsendu númer 38.

og dvöl við komuna til landsins geti ekki réttlætt ákvörðun um frávísun.¹⁷¹ Einnig má nefna *MRAX*¹⁷² þar sem dómurinn taldi það fara gegn meðalhófsreglu að synja þriðja ríkis maka EES-útlendings um komu geti hann sannað á sér deili og hjúskaparstöðu sína, og sé enga vísbendingu er um það að finna að af honum standi ógn gegn allsherjarreglu, almannaoýruggi eða almannaeilbrigði.

Evrópudómstóllinn hefur lagt áherslu á að réttur til dvalar og atvinnu er sjálfstæður réttur og ekki háður formskilyrðum afleidds réttar heldur leiði beint af frumréttinum. Útgáfa skjala og skilríki eru eingöngu til staðfestingar þeim rétti.¹⁷³ Meginregluna um þennan sjálfstæðan rétt til frjálsrar farar og dvalar innan sambandsins óháðan formskilyrðum afleidds réttar má nú finna í 1. mgr. 25. gr. tilskipunar 2004/38/EB.

Samkvæmt 5. mgr. 5. gr. tilskipunarinnar mega aðildarríki krefjast þess að menn skrái sig til dvalar án mismununar á yfirráðasvæði þess, innan hæfilegs frests. Þau hafa einnig heimild til þess að beita hæfilegum viðurlögum án mismununar, ef viðkomandi skráir sig ekki til dvalar. EES-útlendingar eiga rétt til dvalar á yfirráðasvæði annarra aðildarríkja í allt að þrjá mánuði án skilyrða eða formsatriða annarra en kröfunnar um að bera gilt kennivottorð eða vegabréf sbr. 6. gr. tilskipunar 2004/38/EB.

4.2.2 Í íslenskum rétti

Allir EES-útlendingar hafa rétt á að dvelja hér á landi í þrjá mánuði skv. 1. mgr. 35. gr. útl. Ef EES-útlendingur dvelst hér eða starfar lengur en í þrjá mánuði ber honum að skrá sig til dvalar skv. 3. mgr. 35. gr. útl. og í 3. mgr. 37. gr. má finna sambærilegt ákvæði um aðstandendur EES-útlendings sem hyggst dvelja með honum. Þessi regla var sett inn í útlendingalög með lagabreytingu árið 2008 þar sem ákvæði tilskipunar 2004/38/EB voru innleidd.¹⁷⁴ Í athugasemdum með 35. gr. í greinargerð með frumvarpi því er varð að lögum um breyting á lögum um útlendinga kemur fram sá skilningur á ákvæðum tilskipunarinnar að rétturinn til frjálsrar farar og dvalar sé svo afdráttarlaus að ekki þurfi að veita EES-útlendingi sérstakt leyfi til staðfestingar á réttinum. EES-útlendingur nýtur því réttar til frjálsrar farar og dvalar á EES-svæðinu án þess að til komi sérstakt dvalarleyfi, en hins vegar má skylda EES-útlending til að skrá sig hjá viðeigandi stjórnvöldum hér á landi.¹⁷⁵ Samkvæmt 1. mgr. 37. gr. útl. á aðstandandi EES-útlendings sem dvelur löglega hér á landi rétt á að dvelja með honum

¹⁷¹ Sergio Carrera: „What does free movement mean in theory and practice in an enlarged EU?“, bls. 713.

¹⁷² *EBD, mál C-459/99, ECR 2002, bls. I-6591. Mrax.*

¹⁷³ Paul Craig og Gráinne deBúrca: *EU law*, bls. 771.

¹⁷⁴ Lög nr. 86/2008 um breyting á lögum um útlendinga.

¹⁷⁵ Athugasemdir með 22. gr. laga nr. 86/2003 sbr. Þskj. 572, 135. Lögb. 2007-2008, bls. 28 (enn óbirt í A-deild Alpt.)

hérlandis. Í athugasemdum með ákvæðinu er skýrt tekið fram að rétturinn eigi við um aðstandendur hvort sem þeir eru sjálfir EES-útlendingar eða hafa ríkisfang í ríki sem er utan EES-svæðisins.¹⁷⁶

Varðandi framvísun ferðaskilríkja og vegabréfsáritana má sjá lista yfir kennivottorð frá aðildarríkjum sem teljast gild ferðaskilríki hér á landi, í viðauka 2 með rgl. útl., sbr. 5. gr. útl. og 1. mgr. 11. gr. rgl. útl. EES-útlendingi ætti því að vera nægilegt að framvísa vegabréfi eða slíku kennivottorði við komuna til landsins.

Í samburðartöflu ESA um innleiðingu tilskipunar 2004/38/EB í íslenskan rétt (hér á eftir samburðartafla ESA)¹⁷⁷ er vísað til 2. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1212/2007 um för yfir landamæri til samræmis við 1. mgr. 5. gr. tilskipunarinnar. Ákvæðið kveður á um að eftirlit með EES-útlendingum skuli vera lágmarkseftirlit en landamæravörðum sé hins vegar heimilt við ókerfisbundið eftirlit að bera upplýsingar saman við viðeigandi gagnagrunna til að tryggja að af þeim stafi ekki raunveruleg og alvarleg ógn við þjóðaröryggi, allsherjarreglu, almannaheilbrigði eða alþjóðleg samskipti Schengen-ríkjanna. Lágmarkseftirlit samkvæmt 1. mgr. felur í sér skjóta og einfalda athugun á gildi skilríkja, ef nauðsyn reynist með notkun tæknibúnaðar, og samburði við tiltekna gagnagrunna, auk þess sem leitað er eftir ummerkjum um fölsun skilríkja.

Enga sérreglu er að finna í útl. eða rgl. útl. um vegabréfsáritanir þriðja ríkis aðstandenda EES-útlendinga, sbr. 2. mgr. 5. gr. tilskipunar 2004/38/EB sem fjallað er um hér að framan. Samkvæmt 1. mgr. 6. gr. útl. þarf útlendingur að hafa vegabréfsáritun við komuna til landsins nema annað sé ákveðið í reglugerð, en útlendingur sem hefur dvalarleyfi sem gefið er út af ríki sem tekur þátt í Schengen-samstarfinu er undanþeginn áritunarskyldu. Það sama gildir ef hann hefur bráðabirgðadvalarleyfi gefið út af þátttökuríki í samstarfinu, ef hann hefur ferðaskilríki gefin út af því ríki. Þetta er í samræmi við 1. ml. 2. mgr. 5. gr. tilskipunarinnar en hvergi er kveðið á um réttarstöðu þeirra sem hafa rétt til ótímabundinnar dvalar, enda hefur ekki farið fram endurskoðun á rgl. útl. Í 3. viðauka með rgl. útl. er listi yfir þau ríki sem undanþegin eru skyldu til að hafa vegabréfsáritun við komuna til landsins, sbr. 17. gr. rgl. útl.

Hvergi er að finna ákvæði sem kveður á um að vegabréfsáritanir til þriðja ríkis aðstandenda EES-útlendinga skuli vera gefnar út með flýtimeðferð og ókeypis sbr. 2. mgr. 5. gr. Þó er í 7. mgr. 6. gr. útl. að finna reglugerðarheimild til handa dómsmálaráðherra til að setja reglur um vegabréfsáritanir og skilyrði til að veita þær, og meðal annars ber að líta til

¹⁷⁶ Athugasemdir með 24. gr. laga nr. 86/2003 sbr. Þskj. 572, 135. Lögb. 2007-2008, bls. 29(enn óbirt í A-deild Alþt.)

¹⁷⁷ Viðauki 2 í kafla 2 með svörum íslenskra stjórnvalda um fjrálsa för vinnuafis: „Table of concordance 2004“, sem finna má á eftirfarandi vefslóð: <http://evropa.utanrikisraduneyti.is/evropa/adildarferli/svor/kaflar/nr/7519>

félagslegrar stöðu útlendingins. Ekki er tekið fram í athugasemdum með frumvarpinu að þessari reglugerð sé ætlað að innleiða reglu 2. mgr. 5. gr. tilskipunarinnar. Í 22. gr. rgl. útl. er kveðið á um að greiða beri gjald við umsókn samkvæmt lögum um aukatekjur ríkissjóðs.

Ástæður sem heimila frávísun við komuna til landsins eru útlistaðar í 1. mgr. 41. gr. útl., en núgildandi ákvæði var sett inn í lögina með áðurnefndri lagabreytingu 2008, sbr. 27. gr. laga nr. 86/2008. Vísa má EES-útlendingi frá landi við komuna til landsins eða allt að sjö sólahringum eftir komu ef hann fullnægir ekki reglum um ferðaskilríki eða komu til landsins sbr. a-lið 1. mgr. 41. gr. og ef hann sætir endurkomubanni sbr. b-lið 1. mgr. 41. gr. Í c-lið 1. mgr. 41. gr. kemur fram að vísa megi EES-útlendingi frá ef það er nauðsynlegt með skírskotun til allsherjarreglu eða almannaöryggis og samkvæmt d-lið ef það er nauðsynlegt vegna öryggis ríkisins, krefjandi þjóðarhagsmuna eða almannaheilbrigði. Varðandi frávísun vegna allsherjarreglu eða almannaöryggis má vísa til umfjöllunar í kafla 4.5.1 hér að neðan, en ákvæðið ber að túlka í samræmi við Evrópurétt. Í athugasemdum með 27. gr. laga nr. 86/2008 kemur fram að almannaheilbrigði bættist við sem nauðsynleg ástæða frávísunar þar sem tilskipun 2004/38/EB tilgreinir það sem ástæðu fyrir takmörkun réttar til komu. Þeir sjúkdómar sem geta réttlætt frávísun vegna almannaheilbrigðis eru hverjir þeir sjúkdómar sem geta valdið farsótt eins og hún er skilgreind af Alþjóðaheilbrigðisstofnuninni í alþjóðaheilbrigðisreglugerðinni, sem og aðrir smitsjúkdómar af völdum sníkjudýra í samræmi við ákvæði laga um sóttvarnir.¹⁷⁸ Þau stjórnvöld sem taka ákvörðun um frávísun eru ríkislögreglustjóri annars vegar (skv. a- og b-lið) og Útlendingastofnun hins vegar (skv. c- og d-lið) sbr. 2. mgr. 41. gr. Ekki má vísa EES-útlendingi eða aðstandanda hans frá, með skírskotun til almannaheilbrigðis, ef lengri tími en þrjú mánuðir eru liðnir frá komunni til landsins sbr. 3. mgr. 41. gr. útl. Hvergi er þó vísað til þess að veita skuli þeim EES-útlendingi eða aðstandanda hans sem ekki fullnægir reglum um ferðaskilríki hæfilegt tækifæri til þess að afla sér nauðsynlegra gagna áður en honum er vísað frá, eða styðja eða sanna á annan hátt að þeir njóti réttar síns til frjálsrar farar sbr. 4. mgr. 5. gr. Í samanburðartöflu ESA er vísað til 3. mgr. 5. gr. útl. um vegabréf þar sem Útlendingastofnun er veitt heimild til þess að undanþiggja útlending þeirri skyldu að hafa vegabréf og viðurkenna önnur skilríki en leiðir af almennum reglum, ef sérstaklega stendur á. Erfitt er að koma auga á hvernig þessi heimild Útlendingastofnunar getur gagnast EES-útlendingi eða aðstandanda hans við þessar kringumstæður þar sem ríkislögreglustjóri tekur ákvörðun um frávísun vegna skorts á ferðaskilríkjum við komuna til landsins.

¹⁷⁸ Athugasemdir með 27. gr. laga nr. 86/2003 sbr. Þskj. 572, 135. Lögb. 2007-2008, bls. 30-31(enn óbirt í A-deild Alþt.).

4.2.3 Samræmi milli íslenskrar löggjafar og EES-reglna

Hvergi er að finna ákvæði sem kveður á um að vegabréfsáritanir til aðstandenda EES-útlendinga skuli vera gefnar út með flýtimeðferð og ókeypis sbr. 2. mgr. 5. gr tilskipunar 2004/38/EB. EES-samningurinn hefur ekki að geyma ákvæði um stefnu í málefnum innflytjenda og ákvæði sammingsins taka ekki til ríkisborgara landa utan EES-svæðisins. Þegar tilskipun 2004/38/EB var tekin upp í EES-samninginn var þess þó getið, að þrátt fyrir þetta njóti þriðja ríkis aðstandendur EES-útlendinga tiltekinna afleiddra réttinda.¹⁷⁹ Það mætti því færa rök fyrir því að Ísland veiti ekki aðstandendum EES-útlendinga sem þurfa vegabréfsáritun hingað til lands sérmeðferð varðandi flýtiafgreiðslu og greiðslu gjalds skv. 3. mgr. 22. gr. rgl. útl., þrátt fyrir ákvæði 2. mgr. 5. gr. tilskipunar 2004/38/EB.

Á hinn bóginn eru sterk rök fyrir því að þar sem tilskipun 2004/38/EB hefur verið tekin upp í EES-samninginn beri Íslandi skylda til þess að taka hana upp í heild. Ekki eigi að láta þá EES-útlendinga sem eiga þriðja ríkis aðstandendur sæta annarri meðferð en þá sem eiga aðstandendur sem eru EES-útlendingar, og þar af leiðandi sæta meiri mismunun en tilskipunin gerir ráð fyrir. Tilskipunin gerir ráð fyrir varnögllum varðandi komu þriðja ríkis aðstandenda EES-útlendinga, enda er ekki veitt undanþága frá kröfu um vegabréfsáritun. Regla 2. mgr. 5. gr. þjónar hagsmunum EES-útlendingans og vernd fjölskyldu hans og bætir jafnræði milli þeirra EES-útlendinga sem eiga aðstandendur frá ríkjum innan EES-svæðisins og utan. Þar að auki má nefna að Ísland er skuldbundið til þess að gæta að vernd fjölskyldunnar samkvæmt alþjóðlegum mannréttindasamningum, svo sem 8. gr. MSE sbr. lög nr. 62/1994. Til þess að gæta samræmis við EES-rétt standa því rík rök til þess að taka upp ákvæði í íslensk lög eða reglugerð um gjaldfrjálsa umsókn um vegabréfsáritun til handa þessum einstaklingum og flýtimeðferð við afgreiðslu slíkrar umsóknar.

Hvergi er vísað til þess í íslenskum rétti að veita skuli EES-útlendingum og aðstandendum hans sem ekki fullnægja reglum um ferðaskilríki, hæfilegt tækifæri til þess að afla sér nauðsynlegra gagna áður en þeim er vísað frá, eða styðja eða sanna á annan hátt að þeir njóti réttar síns til frjálsrar farar sbr. 4. mgr. 5. gr. tilskipunar 2004/38/EB. Eins og fram kemur í kafla 4.2.1 hér að framan er um að ræða ákvæði sem endurspeglar meðalhófsreglu og byggir á dómaframkvæmd Evrópudómstólsins. Heppilegt væri að lögfesta þessa reglu í íslenskan rétt til þess að gera EES-útlendingum kleift að byggja rétt á henni gagnvart landamæraeftirliti og ríkislögreglustjóra.

¹⁷⁹ Sjá 9. og 10. tl. ákvörðunar Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 158/2007 frá 7. desember 2007. EES-viðbætur við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins, nr. 26/17, bls. 19.

4.3 Skráning inn í landið, lögheimilisskráning

4.3.1 Í Evrópurétti

Aðildarríki má krefjast þess, samkvæmt 5. mgr. 5. gr. og 1. og 2. mgr. 8. gr. tilskipunar 2004/38/EB, að EES-útlendingur skrái sig í gistiríkinu eftir þriggja mánaða dvöl, en sex mánaða dvöl ef viðkomandi er í virkri atvinnuleit. Þetta er í samræmi við rétt aðildarríkja til að fylgjast með fólksflutningum á yfirráðasvæðum þeirra.¹⁸⁰

Í 5. mgr. 5. gr. tilskipunarinnar er aðildarríkjum einnig veitt heimild til þess að beita viðurlögum án mismununar og að aðgættu meðalhófi gegn þeim sem ekki skrá sig tímanlega hjá þar til bærum yfirvöldum. Þessi heimild er byggð á dómi Evrópudómstólsins í *Watson*¹⁸¹ málinu þar sem Belgía þótti hafa lögvarða hagsmuni af því að eiga skrá yfir þá sem í landinu dvöldu, og heimilt þótti að beita þá viðurlögum sem ekki urðu við skráningu, en það þótti brjóta gegn meðalhófi að vísa einstaklingi úr landi fyrir þá sök eina að skrá sig ekki.

Samkvæmt 2. mgr. 8. gr. tilskipunar 2004/38/EB fá EES-útlendingar útgefið skráningaskírteini,¹⁸² en áður var þetta nefnt dvalarskírteini. Nafninu var breytt til þess að endurspeglar dómaframkvæmd Evrópudómstólsins. Dómstóllinn hefur ítrekað staðfest að rétturinn til frjálsrar farar og dvalar leiðir af Rs. og afleiddum rétti. Dvalarskírteinið sé því ekki „leyfi“ heldur skjal sem skráir réttindi sem einstaklingur nýtur vegna evrópsks ríkisfangs síns, og í tilvikum EFTA-ríkja EES-samningsins vegna ríkisborgararéttar í þeim ríkjum.¹⁸³

Skilyrði til skráningar eru talin upp í 7. gr. tilskipunarinnar og í 3.-5. mgr. 8. gr. eru þau gögn talin upp sem heimilt er að krefjast af EES-útlendingum við skráningu. Skilyrði þessi eru tæmandi talin og hefur í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins talist óheimilt að setja frekari skilyrði fyrir útgáfu dvalarvottorða.¹⁸⁴ Þessum skilyrðum og gögnum eru gerð nánari skil í fimmta kafla þegar fjallað er um hvern hóp útlendinga fyrir sig, en ólíkar kröfur eru gerðar til ólíkra hópa.

4.3.2 Í íslenskum rétti

Samkvæmt 3. mgr. 35. gr. útl. ber EES-útlendingi sem dvelst eða starfar hér á landi lengur en í þrjá mánuði, eða sex mánuði ef hann er í virkri atvinnuleit, að skrá sig til dvalar. Sömu reglu

¹⁸⁰ Samanburðartafla með tilskipun 2004/38/EB: „Table of Correspondence between directive 2004/38/EC and current EC legislation on free movement and residence of Union citizens within the EU“, http://ec.europa.eu/justice/doc_centre/citizenship/movement/doc/table_correspondence_en.pdf, bls. 7.

¹⁸¹ *EBD, mál C-118/75, ECR 1976, bls. I-1185. Watson.*

¹⁸² Það er í athugun hjá Þýðingamiðstöð Utanríkisráðuneytisins að kalla þetta skráningavottorð en ekki skráningaskírteini samkvæmt upplýsingum frá Þýðingarmiðstöðinni, en tilskipunin er ekki enn komin úr þýðingu.

¹⁸³ Samanburðartafla með tilskipun 2004/38/EB, bls. 11 og *EBD, mál C-48/75, ECR 1976, bls. 497. Royer.*

¹⁸⁴ *EBD, mál C-363/89, ECR 1991, bls. I-273. Roux gegn Belgíu.*

má finna í 3. mgr. 37. gr. útl. um aðstandendur hans. Sú skráning sem um ræðir er skráning á fastri búsetu á Íslandi. Lögheimili manns er sá staður þar sem hann hefur fasta búsetu sbr. 1. mgr. 1. gr. laga um lögheimili nr. 21/1990 (hér á eftir lögheimilislög). Húsnæðið þarf að vera samþykkt sem íbúðarhúsnæði og fjölskylda þarf að hafa sama lögheimili. Hver sá sem dvelst hér á landi í sex mánuði eða lengur skal eiga lögheimili skv. 1. mgr. 2. gr. lögheimilislaga, sá sem dvelst hér vegna atvinnu eða náms í þrjá mánuði eða lengur má þó hafa lögheimili hér. Ákvæði 6. mgr. 4. gr. og 6. gr. lögheimilislaga gefa til kynna að það hvíli rannsóknarskylda á stjórnvöldum leiki vafi á fastri búsetu manns. Ákveði maður ekki sjálfur hvar lögheimili hans skuli vera skal Þjóðskrá ákveða það. Þetta hefur ekki áhrif við framkvæmd skráningar EES-útlendinga þar sem einstaklingur þarf að hafa haft búsetu á Íslandi til þess að hægt sé að ákvarða fyrir viðkomandi hvar föst búseta er og þar með lögheimili.

Hafa má 3. mgr. 1. gr. í huga þar sem dvöl í gistihúsi, fangelsi, vinnuhæli, sjúkrahúsi, athvarfi, heimavistar skóla, verbúð, vinnubúðum, eða öðru húsnæði, sem jafa má til þessa, er ekki ígildi fastrar búsetu (einnig svæði innan þéttbýlis þar sem skipulagt er fyrir atvinnustarfsemi nema búseta sé þar heimil). Ákvæði 3. mgr. 1. gr. gæti gert EES-útlendingi erfitt fyrir að skrá sig inn í landið ef viðkomandi telur sig dvelja löglega í húsnæði sem ekki er samþykkt sem íbúðarhúsnæði skv. lögum um lögheimili. Líklegt er þó að þeir EES-útlendingar sem dvelja í vinnubúðum eða atvinnuhúsnæði séu einstaklingar sem koma inn í landið á grundvelli þjónustusamninga EES-aðila en þeir fá ekki réttarstöðu launþega eins og þeir sem koma á eigin vegum. Þjóðskrá ber að gæta þess að uppfylla rannsóknarskyldu sína og leiðbeiningarskyldu gagnvart þeim EES-útlendingum sem skrá sig með lögheimili á Íslandi í þeim tilgangi að fá skráningaskírteini, svo koma megi í veg fyrir að reglur svo sem þær sem að ofan er lýst standi skráningu þeirra í vegi.

4.3.3 Samræmi milli íslensks réttar og EES-reglna

Eðlilegt er að settar séu reglur til samræmis við skipulags- og öryggissjónarmið svo sem 3. mgr. 1. gr. lögheimilislaga. Þess ber þó að gæta að slíkar reglur komi ekki í veg fyrir að EES-útlendingar fái skráningarvottorð í samræmi við EES-rétt. Þjóðskrá hefur ekki orðið fyrir vandkvæðum við framkvæmd þessara skilyrða nýlega, en áður fyrr, þegar meira var um erlent vinnuafl, kom það fyrir að einstaklingar reyndu að skrá húsnæði sitt í ósamþykktu húsnæði. Þjóðskrá gat þá gripið til þess ráðs að leiðbeina þessum einstaklingum og jafnvel veita þeim kennitölu á svokallaðri utangarðsskrá án lögheimilis tímabundið ef þörf var á. Nú virðist sem EES-útlendingar séu vel upplýstir um húsnæðisskilyrði íslenskra lögheimilislaga áður en þeir skrá sig til lögheimilis og mál sem þessi koma ekki upp.

Í fimmta kafla hér að neðan verður nánar farið í þau skilyrði sem Þjóðskrá setur EES-útlendingum við skráningu og samræmi þeirra við EES-rétt, en þau eru ólík eftir því um hvaða hóp EES-útlendinga er að ræða.

4.4 Reglur um ótímabundna dvöl EES-útlendinga

4.4.1 Í Evrópurétti

Með tilskipun 2004/38/EB var rétturinn til ótímabundinnar dvalar, sem samkvæmt eldri löggjöf á sviði frjálsrar hafði boðist launþegum og sjálfstæðum atvinnurekendum að vissum skilyrðum uppfylltum, einnig látinn ná yfir aðra þá sem falla undir tilskipunina.¹⁸⁵

EES-útlendingur getur fengið rétt til ótímabundinnar dvalar í gistiríkinu með tvennskonar hætti. Sá fyrsti er réttur til ótímabundinnar dvalar eftir fimm ára samfellda löglega dvöl sbr. 1. mgr. 16. gr. tilskipunarinnar, en sá réttur er ekki háður því að viðkomandi uppfylli þau skilyrði sem sett eru fram í II. kf. tilskipunarinnar. Þó mun viðkomandi í flestum tilvikum hafa uppfyllt þau skilyrði á þeim fimm árum sem hann hefur dvalið í gistiríkinu til þess að hafa heimild til dvalar á því tímabili.¹⁸⁶ Þá veitir 2. mgr. 16. gr. þriðja ríkis aðstandendum EES-útlendinga einnig þennan sama rétt. Tímabundin fjarvera í allt að sex mánuði á ekki að hafa áhrif á mat á samfelldri dvöl skv. 3. mgr. 16. gr., og ekki heldur lengri fjarvera vegna lögbundinnar herskyldu. Stök fjarvera í allt að tólf mánuði hefur ekki áhrif á mat á samfelldri dvöl ef hún er tilkomin af mikilvægum ástæðum svo sem meðgöngu og fæðingu, alvarlegra veikinda, náms eða starfsþjálfunar eða að viðkomandi hafi verið sendur í annað ríki vegna starfa.

Í öðru lagi getur EES-útlendingur öðlast rétt til ótímabundinnar dvalar eftir styttri dvalartíma, sbr. 17. gr. tilskipunar 2004/38/EB. Ákvæðið er byggt á ákvæðum eldri reglugerðar 1251/70/EB, en sú reglugerð var felld niður sérstaklega með reglugerð ráðsins 635/2006/EB, sem tók gildi 30. apríl 2006. Þá veitir 1. mgr. 17. gr. veitir rétt til ótímabundinnar dvalar við þrjár mismunandi kringumstæður. Í fyrsta lagi þegar EES-útlendingur fer á eftirlaun við eftirlaunaaldur, eða við snemmtekin eftirlaun ef hann hefur starfað í gistiríkinu í undanfarandi tólf mánuði og dvalið í gistiríkinu lengur en í þrjú ár. Í öðru lagi ef hann verður óvinnufær þegar hann hefur dvalið í gistiríkinu lengur en í tvö ár og hefur hætt störfum vegna varanlegrar óvinnufærni. Í þriðja lagi hefur EES-útlendingur rétt til

¹⁸⁵ Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 427.

¹⁸⁶ Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 428 sbr. einnig 1. mgr. 12. gr. tilskipunar 2004/38/EB þar sem sú krafa er gerð að aðstandendur sem eru borgarar aðildarríkis verði að hafa næga framfærslu eða vera launþegar/sjálfstæðir atvinnurekendur eða nemar til þess að öðlast rétt til ótímabundinnar dvalar eftir andlát EES-útlendingins sem þeir fylgdu. Farið verður nánar í þau skilyrði í 5. kf. ritgerðarinnar í umfjöllun um hvern hóp EES-útlendinga fyrir sig.

ótímabundinnar dvalar í því ríki sem hann dvelur (ríki A) ef hann eftir þriggja ára samfelld störf og dvöl í ríki A fer að starfa sem launþegi eða sjálfstæður atvinnurekandi í öðru ríki en dvelur þó enn í ríki A og snýr aftur á hverjum degi eða að minnsta kosti vikulega.

Aðstandendur EES-útlendings sem dvelja með honum í gistiríkinu geta einnig notið góðs af kröfum um styttri samfellda dvöl.¹⁸⁷ Samkvæmt 3. mgr. 17. gr., geta þeir notið sama réttar og EES-útlendingurinn nýtur skv. 1. mgr. 17. gr. Einnig geta aðstandendur, skv. 4. mgr. 17. gr., öðlast rétt til ótímabundinnar dvalar þegar EES-útlendingurinn var launþegi/sjálfstæður atvinnurekandi og lést á starfsævi sinni áður en hann öðlaðist rétt til ótímabundinnar dvalar. Þetta á við í þeim tilvikum þegar launþeginn/sjálfstæði atvinnurekandinn hefur dvalið samfelldt í gistiríkinu í tvö ár á dauðastund sinni, eða látist í vinnuslysi eða af völdum atvinnusjúkdóms, eða eftirlifandi maki hans hafði haft ríkisborgararétt í gistiríkinu en missti hann við það að giftast launþeganum/sjálfstæða atvinnurekandanum. Evrópudómstóllinn hefur túlkað þessar kröfur þröngt í sambærilegum eldri reglum, sbr. *Givane*¹⁸⁸ þar sem tíu mánaða fjarvera einstaklings, eftir þriggja ára búsetu, þótti slíta samfelldri dvöl með þeim afleiðingum að aðstandendum hans synjað um rétt til ótímabundinnar dvalar. *Givane* hafði látist innan tveggja ára frá endurkomu til Bretlands og þóttu því skilyrði 4. mgr. 17. gr. ekki uppfyllt. Rök dómstólsins fyrir þessari þröngu túlkun voru þau að kröfunni um tveggja ára samfellda dvöl var ætlað að stofna til verulegra tengsla milli aðildarríkisins og launþegans og fjölskyldu hans til þess að tryggja vissa aðlögun þeirra að samfélagi gistiríkisins.¹⁸⁹

Gistiríkið gefur út skjal sem vottar rétt til ótímabundinnar dvalar eftir að hafa sannreynt dvalartíma EES-útlendingsins, sbr. 19. gr. tilskipunarinnar. Gistiríkið veitir þriðja ríkis aðstandendum EES-útlendinga búsetuskírteini sem þarf að endurnýja á tíu ára fresti, sbr. 20. gr. tilskipunarinnar. Skulu þeir skila umsókn um slíkt skírteini áður en dvalarskírteini þeirra rennur út sbr. 2. mgr. 20. gr. Nýja reglu er að finna í 3. mgr. ákvæðisins en þar kemur fram að einungis fjarvera sem er lengri en tvö samfelld ár hefur áhrif á rétt til ótímabundinnar dvalar, en áður voru það sex mánuðir.¹⁹⁰

Þegar EES-útlendingur hefur öðlast rétt til ótímabundinnar dvalar getur hann aðeins orðið af þeim rétti vegna fjarveru frá gistiríkinu lengur en í tvö samfelld ár sbr. 4. mgr. 16. gr. tilskipunarinnar og 3. mgr. 20. gr.

¹⁸⁷ Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 429.

¹⁸⁸ *EBD, mál C-257/00, ECR 2003, bls. I-345. Givane.*

¹⁸⁹ Sjá 46. dómsforsenda í *Givane*, sbr. Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 430.

¹⁹⁰ Sbr. 6. gr. reglugerðar 1251/70/EB og 6. gr. tilskipunar 75/34/EB.

4.4.2 Í íslenskum rétti

Reglurnar um rétt til ótímabundinnar dvalar má finna í 39. gr. útl. EES-útlendingur sem dvalið hefur löglega hér á landi samfelld í fimm ár¹⁹¹ á rétt til ótímabundinnar dvalar hér á landi skv. 1. mgr. 39. gr. útl. Hið sama gildir um aðstandendur hans sem hafa dvalið löglega með honum hér á landi í fimm ár. Í 2. mgr. 39. gr. útl. er samfelld dvöl skilgreind nánar sbr. 3. mgr. 16. gr. tilskipunar 2004/38/EB sem lýst er hér að ofan. Réttur til ótímabundinnar dvalar fellur niður ef samfelld dvöl erlendis varir lengur en í tvö ár skv. 3. mgr. 39. gr. útl. Kveðið er á um útgáfu staðfestingar á rétti til ótímabundinnar dvalar samkvæmt umsókn og að uppfylltum skilyrðum í 4. mgr. 39. gr. útl. Í athugasemdum með 25. gr. í frumvarpi því er varð að lögum um breyting á lögum um útlendinga nr. 86/2008 kemur fram að ætlast sé til þess að Útlendingastofnun gefi út þessa staðfestingu í formi vottorðs eða skírteinis.¹⁹²

Dómsmálaráðherra er veitt reglugerðarheimild í 5. mgr. 39. gr. til þess að setja reglur um skilyrði fyrir ótímabundinni dvöl EES-útlendinga og aðstandenda hans hér á landi og undanþágur frá þeim. Í athugasemdum í greinargerðinni segir að lagt sé til að dómsmálaráðherra setji nánari reglur um skilyrði fyrir ótímabundinni dvöl EES-útlendinga og aðstandenda hans, innan þess ramma sem tilskipun 2004/38/EB mælir fyrir um. Þá segir, að þar að auki sé gert ráð fyrir að settar verði nánari reglur um í hvaða tilvikum er unnt að öðlast rétt til ótímabundinnar dvalar áður en fimm ára tímamarkinu er náð og um aðrar undanþágur frá skilyrðunum sem mælt er fyrir um í tilskipuninni.¹⁹³

Í 75.-85. gr. rgl. útl. sbr. 38. gr. útl. eru tekin upp ákvæði 1.-8. gr. reglugerðar 1251/70/EB um rétt EES-útlendinga sem eru launþegar, sjálfstæðir atvinnurekendur eða einstaklingar sem ætla að veita eða þiggja þjónustu hér á landi til áframhaldandi dvalar að loknu starfi svo og aðstandenda þeirra. Reglugerðin var felld niður með reglugerð framkvæmdastjórnarinnar 635/2006/EB frá 25. apríl 2006 sem felld var inn í EES-samninginn með ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 158/2007.¹⁹⁴

4.4.3 Samræmi milli íslensks réttar og EES-reglna

Dómsmálaráðherra hefur ekki enn sett reglur á grundvelli reglugerðarheimildarinnar í 5. mgr. 39. gr. útl. um skilyrði fyrir ótímabundinni dvöl EES-útlendinga og aðstandenda þeirra hér á landi og undanþágur frá þeim. Hins vegar fela ákvæði 16.-21. gr. tilskipunar 2004/38/EB í sér

¹⁹¹ Hann dvelur hér löglega ef hann fullnægir þeim skilyrðum sem 1. mgr. 36. gr. útl. setur svo hann teljist sem launþegi, sjálfstæður atvinnurekandi/þjónustuveitandi/þjónustuþiggjandi, með framfærslueyri eða námsmaður. Sjá nánar um hópa rétthafa samkvæmt tilskipuninni í fimmta kafla.

¹⁹² Þskj. 572, 135. lögþ. 2007-2008, bls. 30 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

¹⁹³ Þskj. 572, 135. lögþ. 2007-2008, bls. 30 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

¹⁹⁴ 4. t. ákvörðunar Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 158/2007 frá 7. desember 2007. EES-viðbætur við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins, nr. 26/17, bls. 19.

reglur sem að flestu leyti var einnig að finna í reglugerð 1251/70/EB¹⁹⁵ sem er tekin upp í 75.-84. gr. rgl. útl.

Nokkrar breytingar áttu sér stað með samþykkt tilskipunarinnar, en þær breytingar sem urðu með 16. gr. tilskipunarinnar voru innleiddar í íslenskan rétt með 25. gr. laga nr. 86/2008 um breyting á lögum um útlendinga, sbr. 39. gr. útl. Reglur 17. gr tilskipunarinnar er að finna í 76. og 77. gr. rgl. útl. og hafa ekki breyst efnislega frá reglugerð 1215/70/EB að undanskildu skýrara orðalagi.

18. gr. og 20. gr. tilskipunar 2004/38/EB eru nýjar. Þrátt fyrir að ákvæði EES-samningsins taki ekki til landa utan EES-svæðisins eiga þó þriðja ríkis aðstandendur, eins og þeir eru skilgreindir í tilskipuninni, að njóta tiltekinna afleiddra réttinda sbr. 10. tl. ákvörðunar Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 158/2007 þar sem tilskipunin var tekin upp í EES-samninginn.¹⁹⁶ Í ákvörðuninni er 18. gr. tilskipunarinnar sérstaklega tekin fram sem dæmi um afleidd réttindi sem þriðja ríkis aðstandendum ber að njóta. Ákvæði 18. gr. tilskipunarinnar veitir þriðja ríkis aðstandendum sem hafa haldið dvalarrétti sínum eftir andlát EES-útlendingans eða hjúskaparslit, rétt til ótímabundinnar dvalar sbr. 2. mgr. 12. gr. og 2. mgr. 13. gr. tilskipunarinnar. Í 20. gr. tilskipunarinnar er fjallað um útgáfu skírteina sem votta rétt til ótímabundinnar dvalar til handa þriðja ríkis aðstandendum. Hvorki í útl. né í rgl. útl. er sérstaklega minnst á þriðja ríkis aðstandendur varðandi rétt þeirra til ótímabundinnar dvalar. 1. mgr. 39. gr. er svohljóðandi,

EES- eða EFTA-útlendingur, sem dvalið hefur löglega hér á landi samfelld í fimm ár skv. 1. mgr. 36. gr., á rétt til ótímabundinnar dvalar hér á landi. Sama gildir um aðstandendur hans sem hafa dvalið löglega með honum hér á landi í fimm ár.

Í kafla 5.3.2 hér að aftan eru aðstandendur EES-útlendinga að íslenskum rétti ítarlega skilgreindir og meðal þeirra eru þriðja ríkis aðstandendur. Því má að líta svo á að 2. ml. 1. mgr. 39. gr. útl. taki einnig til þriðja ríkis aðstandenda EES-útlendinga sbr. ofangreindur 10. tl. ákvörðunar Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 158/2007. Þó væri til bóta fyrir slíka einstaklinga ef sérstaklega yrði mælt fyrir um þennan rétt þeirra í lögum.

Í 19. gr. tilskipunar 2004/38/EB er að finna nýmæli um útgáfu skjals sem vottar rétt til ótímabundinnar dvalar. Þetta ákvæði er tekið upp í íslenskan rétt með 25. gr. laga nr. 86/2008 sbr. 39 gr. útl. en ekki er að finna nánari útlistun á útgáfu þessa skjals í íslenskum rétti eða á heimsíðu Útlendingastofnunar. Í 20. gr. tilskipunarinnar er einnig að finna nýmæli, þar sem

¹⁹⁵ Sjá umfjöllun um reglugerð 1251/70/EB í kf. 4.4.2 hér að ofan.

¹⁹⁶ 10. tl. ákvörðunar Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 158/2007 frá 7. desember 2007. EES-viðbætur við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins, nr. 26/17, bls. 19.

kveðið er á um búsetuskírteini til handa þriðja ríkis aðstandendum EES-útlendinga, en ekki er heldur að finna upplýsingar í íslenskum rétti eða á heimasíðu Útlendingastofnunar um þetta skírteini.

Útlendingastofnun hefur ekki gefið út skírteini eða skjal til staðfestingar á rétti EES-útlendinga til ótímabundinnar dvalar á Íslandi, þar sem enn hefur enginn sótt um slíka staðfestingu samkvæmt upplýsingum frá Útlendingastofnun, og því er ekki til nein framkvæmd um útgáfu slíks skírteinis. Hins vegar ítrekar Útlendingastofnun réttilega að rétturinn til ótímabundinnar dvalar stofnist sjálfkrafa eftir fimm ára samfellda dvöl hér á landi og skírteinið yrði aðeins til staðfestingar þeim rétti.¹⁹⁷ Samkvæmt upplýsingum frá Þýðingarmiðstöð Utanríkisráðuneytisins verður slíkt skírteini nefnt búsetuskírteini í þýðingu á tilskipun 2004/38/EB. Ólíklegt má telja að einstaklingar komi til með að sækja um búsetuskírteini þegar engar upplýsingar er að fá um tilvist slíks skírteinis, en slíkt skírteini getur gagnast þriðja ríkis aðstandendum í öðrum ríkjum EES-svæðisins.

Það verður til bóta þegar reglugerð hefur verið sett á grundvelli ofangreindra reglugerðarheimilda, en Evrópudómstóllinn hefur skýrt kveðið á um skyldu aðildarríkja til þess að einungis skýr og fyrirsjáanleg skilyrði megi takmarka rétt til dvalar. Samræmist það meginreglum íslensks stjórnisýsluréttar.¹⁹⁸

4.5 Brottfall dvalarréttar

4.5.1 Í Evrópurétti

Dvalarskírteini sem gefið er út á grundvelli 1. mgr. 11. gr. tilskipunar 2004/38/EB gildir í fimm ár. Tímabundin fjarvera sem varir ekki lengur en í sex mánuði á ári, með undanþágum vegna herskyldu eða tilgreindra mikilvægra ástæðna¹⁹⁹ hefur ekki áhrif á gildi dvalarskírteinis sbr. 2. mgr. 11. gr.

Í 14. gr. tilskipunar 2004/38/EB má finna reglur um viðhald réttar til dvalar í gistiríkinu, en reglur ákvæðisins komu flestar nýjar inn í tilskipunina í samræmi við dómaframkvæmd Evrópudómstólsins. Sú regla sem er óbreytt frá fyrri rétti er 2. mgr. 14. gr. Samkvæmt henni má ekki vísa einstaklingi á brott ef hann uppfyllir dvalarskilyrði 7., 12. og 13. gr. tilskipunarinnar. Það nýmæli má finna í 2. ml. 2. mgr. 14. gr., að ef skynsamlegur vafi vaknar um að einstaklingur sem nýtir dvalarrétt sinn í gistiríki, eða aðstandandi hans, uppfylli ekki lengur skilyrði, má gistiríkið ganga í skugga um hvort svo sé. Slík rannsókn á högum þeirra

¹⁹⁷ Sbr. 25. gr. tilskipunar 2004/38/EB.

¹⁹⁸ *EBD, mál C-138/02, ECR 2004, bls. I-2703. Collins*. Sjá dómsforsendu nr. 72.

¹⁹⁹ Sömu ástæður og tilgreindar eru í 3. mgr. 16. gr. tilskipunar 2004/38/EB og fjallað er um í kafla 4.4.1 hér að ofan.

sem nýta sér dvalarrétt sinn samkvæmt tilskipuninni má ekki fara kerfisbundið fram. Með öðrum orðum má slík athugun á því hvort einstaklingur uppfylli þau skilyrði sem sett eru fyrir dvöl hans í gistiríkinu einungis fara fram ef skynsamlegur vafi vaknar um að þeim sé ekki fylgt.

Samkvæmt 1. mgr. 14. gr. tilskipunar 2004/38/EB er leyfilegt að vísa einstaklingum á brott sem nýta sér dvalarétt samkvæmt tilskipuninni ef þeir eru orðnir óhófleg byrði fyrir félagslega kerfið í gistiríkinu. Þetta ákvæði kom nýtt inn í tilskipunina. Skilyrðið um að EES-útlendingar verði ekki of mikil byrði á félagslega kerfi gistiríkisins hefur leitt til þess skilnings að viðkomandi hafi tapað rétti sínum til löglegrar dvalar um leið og hann hættir að geta framfleitt sér.²⁰⁰ Brottvísun skal þó ekki vera sjálfkrafa afleiðing þess að einstaklingur leiti aðstoðar í félagslega kerfinu, samkvæmt 3. mgr 14. gr. tilskipunarinnar, sbr. dómur Evrópudómstólsins í máli *Grzelczyk*.²⁰¹ Það er ljóst að gistiríkinu ber rík skylda til þess að gæta meðalhófs við töku slíkrar íþyngjandi ákvörðunar, sem felur í sér mat á öllum kringumstæðum viðkomandi EES-útlendinga.²⁰² Grzelczyk var franskur námsmaður við belgískan háskóla, sem hafði unnið í hlutastarfi til þess að sjá fyrir sér á námstímanum. Hann sótti um belgíska lágmarksframfærslu (svokallað minimex) til þess að fjármagna seinasta árið í náminu en var synjað um slíkar bætur þar sem hann var hvorki belgískur ríkisborgari né heldur launþegi. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu, meðal annars, að þar sem hann var einungis tímabundin byrði á kerfið var hún ekki óhófleg, og því gat gistiríkið ekki dregið dvalarleyfi hans til baka eða synjað honum um endurnýjun á því einungis vegna þess að hann leitaði til félagslega kerfisins.

Meðal þess sem gistiríki þarf að líta til er að hvaða leyti EES-útlendingurinn hefur aðlagast gistiríki sínu, og hvaða afleiðingar brottvísun myndi hafa á persónulega hagi hans. Samkvæmt 16. tl. aðfaraorða tilskipunarinnar ber gistiríkinu að rannsaka hvort ástæðan fyrir því að einstaklingur leiti til félagsþjónustu séu tímabundin vandræði, og hafa til hliðsjónar lengd dvalar, persónulegar aðstæður og hversu upphæð þeirrar aðstoðar sem veitt er, til þess að meta hvort sá sem nýtur aðstoðarinnar sé orðinn óhófleg byrði á félagslega kerfið sem myndi leiða til brottvísunar. Það má ekki undir neinum kringumstæðum vísa launþegum, sjálfstæðum atvinnurekendum eða einstaklingum í atvinnuleit²⁰³ á brott nema vegna almannahagsmuna eða öryggis samkvæmt 4. mgr 14. gr.

²⁰⁰ Robin CA White: „Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union“, bls. 891.

²⁰¹ EBD, mál C-184/99, ECR 2001, bls. I-6193. *Grzelczyk*.

²⁰² Robin CA White: „Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union“, bls. 891.

²⁰³ Einstaklingur í atvinnuleit þarf í slíku tilviki að færa sönnur á því að hann sé í virkri atvinnuleit og eigi möguleika á því að fá vinnu.

Í 23. tl. aðfaraorða tilskipunar 2004/38/EB kemur fram að brottvísun á grundvelli allsherjarreglu eða almannaöryggis er aðgerð sem getur haft alvarlegar íþyngjandi afleiðingar á einstaklinga sem hafa nýtt sér réttinn til frjálsrar farar og hafa aðlagast gistiríki sínu. Heimild aðildarríkjanna til slíkra aðgerða er þess vegna takmörkuð af meðalhófsreglu. Ber gistiríkinu að taka tillit til þess að hve miklu leyti einstaklingurinn hefur aðlagast gistiríkinu, hversu lengi viðkomandi hefur dvalið þar, til aldurs, heilsufars, fjölskylduhaga og fjárhags auk tengsla við þjóðríki viðkomandi einstaklings. Í 24. tl. kemur fram það viðmið að því betri sem aðlögun einstaklingsins og aðstandenda hans er í gistiríkinu, því ríkari vernd nýtur hann gegn brottvísun. Það má einungis vísa einstaklingi sem hefur dvalið í mörg ár á yfirráðasvæði gistiríkisins á brott ef knýjandi almannaöryggisástæður liggja að baki aðgerðinni, sérstaklega ef þeir voru fæddir í gistiríkinu og hafa dvalið þar alla sína ævi. Þar að auki eiga slíkar kringumstæður einnig við um ólöggráða einstaklinga til þess að vernda fjölskyldutengsl í samræmi við samning Sameinuðu Þjóðanna um réttindi barnsins. Ákvæði 28. gr. tilskipunarinnar endurspeglar ofangreindar reglur sem eru settar fram og skýrðar þröngt. Þar af leiðandi var Grikklandi ekki heimilt að vísa konu varanlega frá landi þegar hún var sakfelld fyrir vörslu á fíknefnum sem voru eingöngu til einkanota í fríu hennar á Krít sbr. *Calfa*.²⁰⁴ Aðildarríki mega aldrei beita þessum undanþágum af efnahagslegum ástæðum, sbr. 1. mgr. 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB.

Evrópudómstóllinn hefur lagt áherslu á mannréttindarsjónarmið þegar lögmati brottvísunar er metið, samanber *Akrich*.²⁰⁵ Í því máli tók dómstóllinn það fram að þó svo að búseturéttur *Akrich* yrði ekki byggður á Evrópurétti yrði að taka mið af vernd fjölskyldulífs skv. 8. gr. MSE, sem einnig nyti verndar Evrópuréttar. Brottvísun frá ríki þar sem aðrir fjölskyldumeðlimir búa, gæti falið í sér brot gegn ákvæðum MSE nema réttlætningarástæður séu fyrir hendi.²⁰⁶

Í 29. gr. tilskipunar 2004/38/EB eru settar takmarkanir fyrir brottvísun á grundvelli almannaheilbrigðis. Í 31. gr. er aðildarríkjunum gert að bjóða upp á kæruleiðir fyrir þá sem verða fyrir brottvísun. Fleiri málsmeðferðarreglur má finna í 15. gr., 28. gr. og 33. gr. Í 2. mgr. 15. gr. kemur fram að þrátt fyrir að skilríki eða vegabréf, sem einstaklingur framvísaði við komuna til landsins og sem var grundvöllur dvalarskírteinis eða skráningarskírteinis renni út, getur það ekki verið ástæða brottvísunar.

²⁰⁴ *EBD, mál C-348/96, ECR 1999, bls. I-11*. Vísað til þessa dóms í Robin CA White: „Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union“, bls. 890.

²⁰⁵ *EBD, mál C-109/01, ECR 2003, bls. I-9607. Akrich*.

²⁰⁶ Dóra Guðmundsdóttir: „Vernd mannréttinda í rétti Evrópusambandsins og EES“, bls. 179.

Í tilskipun 2004/38/EB er vernd geng brottvísun skipt í þrjú stig, sbr. 28. gr. hennar. Fyrsta stigið er almenn vernd fyrir alla einstaklinga sem heyra undir ákvæði tilskipunarinnar, annað stigið er aukin vernd fyrir einstaklinga sem þegar hafa öðlast rétt til ótímabundinnar dvalar á yfirráðasvæði annars aðildarríkis og þriðja stigið er ofur aukin vernd (e. super enhanced level of protection) fyrir ólögráða einstaklinga eða þá sem hafa dvalið í tíu ár eða lengur í gistiríki.²⁰⁷

4.5.2 Í íslenskum rétti

Reglur íslensks réttar um brottfall dvalarréttar er að finna í 40.-43. gr. útl. Hér verður ekki fjallað um 41. gr. sérstaklega, þar sem fjallað var um ákvæðið í kafla 4.2.2 um komu EES-útlendinga. Ákvæðum þeim sem hér um ræðir var breytt með lögum nr. 86/2008 til innleiðingar á tilskipun 2004/38/EB í íslenskan rétt, en gert var ráð fyrir að dómismálaráðherra setti nánari reglur um ýmiss atriði sem hafa ekki hefur enn verið settar. Til fyllingar lögunum verður því að líta til Evrópuréttarins, sem fjallað er um í kafla 4.5.1 hér að ofan, að því marki sem hægt er að beita trúnaðarreglunni.²⁰⁸

Í 36. gr. útl. er fjallað um rétt EES-útlendinga til dvalar hér á landi. Hvorki ákvæði 36. gr. né önnur ákvæði í VI. kafla útl., um útlendinga sem falla undir EES-samninginn, nefna viðmiðið um að EES-útlendingar eða aðstandendur þeirra skuli ekki vera óhófleg byrði á félagslegu kerfi gistiríkisins sbr. 1. mgr. 14. gr. tilskipunar 2004/38/EB. Þetta gæti skýrst af því að sjónarmið um óhóflega byrði komu inn fyrir tilstuðlan Evrópudómstólsins, þegar hann í dómaframkvæmd rýmkaði réttindi einstaklinga sem nýta sér réttinn til frjálsrar farar, þá sérstaklega fjárhagslega óvirkra einstaklinga (svo sem einstaklinga með framfærslueyri, námsmanna og einstaklinga í atvinnuleit), til þess að veita aðildarríkjum viðmið við mat á því hvort þeim beri að styðja einstaklinga frá öðrum aðildarríkjum fjárhagslega.²⁰⁹ Í EES-rétti verður ekki, eins og fram kemur í umfjöllun um fjárhagslega óvirka EES-útlendinga í kafla fimm hér að neðan, gengið jafn langt í beitingu túlkunarsjónarmiða sem lúta að evrópsku ríkisfangi. Samt sem áður er sjónarmiðið um óhóflega byrði gagnlegt sjónarmið við töku matskenndra ákvarðana um það hvort EES-útlendingur uppfylli skilyrði til dvalar hér á landi og þar af leiðandi ákvarðana um brottvísun þegar slík skilyrði bresta, þar sem það veitir gott mótvægi við sjónarmið um fjölskylduhagi og tengsl við samfélagið.

Samkvæmt 2. mgr. 36. gr. útl. má krefja EES-útlending um framvísun fullnægjandi ferðaskilríkja og gagna sem staðfesta að hann uppfylli skilyrði 1. mgr. sama ákvæðis. Hér á

²⁰⁷ Paul Craig og Gráinne deBúrca: *EU law*, bls. 783.

²⁰⁸ Sjá umfjöllun um skýringarregluna í kf. 2 hér að framan.

²⁰⁹ Sjá nánari umfjöllun um evrópskt ríkisfang og áhrif þess á stöðuna í EES-rétti í kf. 3.5 hér að framan.

landi er gert ráð fyrir að þessi heimild sé veitt Þjóðskrá við skráningu útlendingins inn í landið sbr. 3. mgr. 35. gr. útl. Þó kemur fram í samanburðartöflu ESA að ákvæðið endurspeglir einnig 2. ml. 2. mgr. 14. gr. tilskipunar 2004/38/EB sem veitir heimild til athugunar á því hvort útlendingur uppfylli skilyrði tilskipunarinnar ef skynsamlegur vafi vaknar um annað. Slík athugun má ekki fara kerfisbundið fram samkvæmt tilvitnuðu ákvæði tilskipunarinnar, og þess ber því að gæta við beitingu 3. mgr. 35. gr. útl.

Í 3. mgr. 42. gr. útl. kemur fram að heimilt er að vísa EES-útlendingi úr landi ef hann fullnægir ekki skilyrðum um dvöl samkvæmt 36.–38. gr. útl. Tilvitnuð ákvæði kveða á um að EES-útlendingur verði að vera launþegi í skilningi Evrópuréttar (en þeir sem eru í atvinnuleit falla í aðalatriðum undir þennan flokk með rýmkanði skýringu), sjálfstæður atvinnurekandi, einstaklingur sem hér er kominn til að veita eða þiggja þjónustu, sem hefur nægilega eigin framfærslu, námsmaður eða aðstandandi slíks EES-útlending, ²¹⁰ hvort sem sá aðstandandi kemur frá ríki innan EES-svæðisins eða þriðja ríki. Þetta er því það ákvæði sem á reynir hjá EES-útlendingum sem verða fyrir breytingum á högum sínum. Mikilvægt er að skýra 3. mgr. 42. gr. með hliðsjón af 2. mgr. 40. gr. útl. sem kveður á um að tímabundin veikindi, slys eða atvinnumissir við nánar tilgreindar kringumstæður hafi ekki áhrif á rétt til dvalar skv. 1. mgr. 36. gr., og 43. gr. útl. sem fjallar um takmarkanir á heimild til brottvísunar. Einnig ber að líta til dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins, en 43. gr. byggir á þrískriptri vernd tilskipunar 2004/38/EB sem fjallað er um í kafla 4.5.1 hér að ofan. Ákvæði 43. gr. útl. er svohljóðandi:

43. gr. Takmarkanir á heimild til brottvísunar.

Brottvísun skal ekki ákveða ef það með hliðsjón af málsatvikum og tengslum útlendingins við landið mundi fela í sér *ósanngjarna ráðstöfun* gagnvart honum eða nánustu ættingjum hans. Við matið skal m.a. taka mið af lengd dvalar á Íslandi, aldri, heilsufari, fjölskyldu- og fjárhagsaðstæðum og tengslum viðkomandi við heimaland.

Ekki er heimilt að vísa brott EES- eða EFTA-útlendingi, eða aðstandanda hans, sem hefur *varanlega búsetu* hér á landi, sbr. 39. gr., nema *alvarlegar ástæður er varða allsherjarreglu eða almannaoöryggi krefjist þess*.

Hafi EES- eða EFTA-útlendingur dvalið löglega hér á landi *lengur en í tíu ár* verða ástæður brottvísunar skv. 42. gr. að vera *brynar*. Sama gildir um *ólögráða* EES- eða EFTA-útlending, nema annað verði talið nauðsynlegt vegna hagsmuna hans. [áh. höf.].

Farið verður nánar í skilyrði 36.-38. gr. útl. í fimmta kafla hér að aftan um stöðu ólíkra hópa EES-útlendinga og stöðu þeirra lýst er þeir verða fyrir breytingum á framfærslu. Einnig verður litið til þeirra sem geta byggt á réttarstöðu launþega þó svo þeir séu ekki lengur í vinnu, o.s.frv.

Í 1. mgr. 40. gr. útl. er kveðið á um brottfall dvalarréttar ef EES-útlendingur hefur vísvitandi veitt rangar upplýsingar, ef um málamyndagerninga er að ræða eða dvöl í öðrum

²¹⁰ Sbr. skilgreining á aðstandenda í 37. gr. útl.

tilgangi en samræmist 1. mgr. 36. gr. útl. Síðan er kveðið á um að dómsmálaráðherra setji nánari reglur um takmarkanir á brottfalli dvalarréttar, en það hefur ekki enn verið gert. Útlendingastofnun tekur ákvörðun um niðurfellingu leyfis sbr. 3. mgr. 40. gr. og ber til viðbótar við málsmeðferðarreglur útl. að fara eftir reglum stjórnáslulaga um meðferð máls.²¹¹

Samkvæmt 1. mgr. 42. gr. útl. er heimilt að vísa EES-útlendingi eða aðstandanda hans úr landi ef það er nauðsynlegt með skírskotun til allsherjarreglu eða allsherjaröryggis. Ákvæði þetta ber að skýra með hliðsjón af dómaframkvæmd Evrópudómstólsins hvað varðar skilgreiningu á allsherjarreglu og allsherjaröryggi sbr. umfjöllun hér að ofan.²¹² Skilyrði þessi eru nánar skýrð í 2. mgr. 42. gr. útl.

Eina reglugerðarákvæðið sem til er í íslenskum rétti um frávísun og brottvísun EES-útlendinga er að finna í 87. gr. rgl. útl. og hefur haldist óbreytt síðan reglugerðin var sett í janúar 2003. Þar er vísað til 42. og 43. gr. útl. um frávísun eða brottvísun með skírskotun til allsherjarreglu og almannaöryggis og í 2. mgr. eru nefnd sem dæmi tvö tilvik þar sem slík frávísun eða brottvísun er heimil. 2. mgr. er svohljóðandi:

Frávísun eða brottvísun skv. 1. mgr. er m.a. heimil ef útlendingurinn:

- a. er háður fíkniefnum eða öðrum eiturylfjum og hefur orðið það áður en honum er veitt fyrsta dvalarleyfi, eða
- b. er haldinn alvarlegum geðrænum truflunum eða geðrænum truflunum sem einkennast af uppnámi, óráði, ofskynjunum eða hugsanabrenslun, enda hafi slíkt ástand hans hafist áður en honum er veitt fyrsta dvalarleyfi.

Í 3. mgr. er síðan kveðið á um að ákvörðun um frávísun eða brottvísun á þessum grundvelli megi eingöngu byggja á framferði þess útlendingis sem um ræðir, og megi aðeins framkvæma ef heimilt er að grípa til úrræða gagnvart íslenskum ríkisborgara við sambærilegar aðstæður.²¹³ Þessi regla er í samræmi við bann Evrópuréttarins við mismunun á grundvelli þjóðernis og leggur strangar kröfur á Útlendingastofnun við ákvarðanatöku að geta rökstutt úrræði gagnvart Íslending við sambærilegar aðstæður. Samkvæmt svörum frá Útlendingastofnun hefur ekki hefur verið gripið til brottvísunar né frávísunar EES-útlendingis á grundvelli þessa reglugerðarákvæðis eftir gildistöku laga nr. 86/2008. Hreiðar Eiríksson forstöðumaður leyfasviðs hjá Útlendingastofnun telur hæpið að reglugerðarákvæðið sé ennþá virkt sem réttarheimild þegar litið er til annarra og æðri réttarheimilda. Hann lýsir verklaginu við ákvörðun um brottvísun á grundvelli 42. gr. útl. svona,

²¹¹ Þskj. 572, 135. lögþ. 2007-2008, bls. 30(enn óbirt í A-deild Alþt.).

²¹² Kf. 4.5.1

²¹³ Það úrræði sem um ræðir myndi aldrei vera brottvísun sbr. 2. mgr. 66. gr. Stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (hér á eftir nefnd Stjórnarskráin).

Þegar Útlendingastofnun þarf að taka ákvörðun sem veltur á því hvort vera útlendingi í landinu, eða koma hans til landsins, telst ógn við allsherjarreglu eða almannaoýruggi er verklagið þannig að þess er óskað að embætti Ríkislögreglustjórans geri hættumat vegna viðkomandi einstaklings. Það hættumat er svo lagt til grundvallar ákvörðunar Útlendingastofnunar. Meðferð máls sem varðar hugsanlega brottvísun EES-ríkisborgara getur hafist að frumkvæði lögreglustjóra eða vegna undangengins refsidóms. Í báðum tilvikum stofnast stjórnslumál og er hlutaðeigandi tilkynnt um það og ástæður þess. Viðkomandi eru kynntir málavextir og leiðbeint um réttarstöðu sína. Honum er gefinn kostur á að koma andmælum og/eða sjónarmiðum sínum á framfæri áður en ákvörðun er tekin. Að loknum hæfilegum fresti er ákvörðun tekin. Heimild til brottvísunar EES-ríkisborgara er að finna í 42. gr. laga nr. 96/2002 en 43. gr. sömu laga takmarkar heimildina.

Brottvísun felur í sér endurkomubann í að minnsta kosti tvö ár, en samkvæmt umsókn má fella endurkomubannið úr gildi ef nýjar aðstæður mæla með því sbr. 4. mgr. 42. gr. útl. Fyrir breytinguna á útl. árið 2008 hafði verið til regla um ótímabundið endurkomubann en það var afnumið með lögum nr. 86/2008 um breytingu á útlendingalögum vegna innleiðingar á tilskipun 2004/38/EB. Dómsmálaráðherra er falið í 2. ml. 4. mgr. 42. gr. útl að setja nánari reglur um endurkomubann, en þær reglur hafa ekki enn verið settar.²¹⁴ Í athugasemdum með frumvarpi því er varð að lögum nr. 86/2008 um breyting á lögum um útlendinga kemur fram að sérstaklega sé ætlast til þess að gildandi framkvæmd um ákvörðun á lengd endurkomubanns verði færð í reglugerð til að stuðla að auknu gegnsæi fyrir þá útlendinga sem sæta brottvísun og til að tryggja samræmi í framkvæmd.²¹⁵

4.5.3 Samræmi milli íslensks réttar og EES-reglna

Ekkert ákvæði er að finna í íslenskum rétti sem slær þann varnagla að það að leita til félagsþjónustunnar geti eitt og sér aldrei orðið grundvöllur brottvísunar. Hins vegar má líta svo á að takmarkanir sem gerðar eru á heimild til brottvísunar samkvæmt 43. gr. útl. geti falið þetta í sér. Það á sérstaklega við ef 43. gr. er túlkuð með hliðsjón af 3. mgr. 14. gr. tilskipunar 2004/38/EB.

Samkvæmt svörum við fyrirspurn til Útlendingastofnunar eru engin samskipti á milli sveitarfélaga og stofnunarinnar á þann veg að sveitarfélögin tilkynni Útlendingastofnun um EES-útlendinga sem leita til félagsþjónustunnar, en teljast ekki uppfylla þau skilyrði sem gerð eru til löglegrar dvalar, og er því synjað um aðstoð. Slík fyrirspurn var send til Útlendingastofnunar vegna þess að við athugun á dómaframkvæmd Evrópuþingstólsins á þessu sviði kom í ljós að oftast vakna þau álitamál, sem varða jafnan rétt til félagsþjónustu, við ákvörðun um brottvísun þegar einstaklingar leita til félagsþjónustunnar. Framkvæmdin

²¹⁴ Í 3. mgr. 20. gr. útl. má einnig finna reglugerðarheimild til handa Dómsmálaráðherra um setningu reglna um endurkomubann sbr. 15. gr. laga nr. 86/2008.

²¹⁵ Þskj. 572, 135. lögþ. 2007-2008, bls. 26 (um 15. gr.) (enn óbirt í A-deild Alþt.).

hér á landi virðist ekki vera á þann veginn að brottvísun geti orðið afleiðing þess eins að EES-útlendingur leiti til félagsþjónustunnar.

Í 2. mgr. 36. gr. útl. kemur fram að krefja má EES-útlending um að framvísa fullnægjandi ferðaskilríkjum og gögnum sem staðfesta að hann uppfylli þau skilyrði sem sett eru fyrir dvöl hans skv. 1. mgr. 36. gr. Í 3. mgr. 35. gr. útl. er kveðið á um skráningarskyldu EES-útlendinga sem ætla sér að dvelja lengur en í 3 mánuði og er vísað til 36. gr. um skilyrði skráningar. Túlkun höfundar á þessu er sú, að 2. mgr. 36. gr. veiti Þjóðskrá heimild til þess að krefjast gagna við skráningu EES-útlendinga. Þó kemur fram í samanburðartöflu ESA að ákvæðið endurspeglir einnig 2. ml. 2. mgr. 14. gr. tilskipunar 2004/38/EB, sem veitir heimild til athugunar á því hvort útlendingur uppfylli skilyrði tilskipunarinnar ef skynsamlegur vafi vaknar um annað. Slík athugun má þó ekki fara kerfisbundið fram samkvæmt tilvitnuðu ákvæði tilskipunarinnar. Ef rétt er með ákvæðið farið í samanburðartöflunni, og það því talið heimila almennar athuganir á því hvort útlendingar uppfylli skilyrði tilskipunarinnar, ber að gæta þess að slík athugun fari ekki kerfisbundið fram og fari einungis fram ef grunur vaknar um að skilyrði séu ekki uppfyllt. Til þess að þessi takmörkun á heimildum stjórnvalda komi skýrt fram væri æskilegt setja slíka reglu í reglugerð sbr. 3. mgr. 36. gr. útl., þar sem finna má reglugerðarheimild til handa dómsmálaráðherra um að setja nánari reglur um rétt EES-útlendinga til dvalar hér á landi og þar á meðal til skráningar á rétti til dvalar og um gögn skv. 2. mgr. Ég vil þó ítreka að ég tel 2. mgr. 36. gr. vera of almenna og óskýra til þess að Útlendingastofnun geti byggt á henni til þess að framkvæma kerfisbundna athugun á því hvort EES-útlendingar uppfylli skilyrði útl. til dvalar hér á landi samkvæmt lögmatísreglu stjórnisýsluréttarins og mannréttindareglum um friðhelgi einkalífs, sbr. 71. gr. Stjórnarskrárinnar, sérstaklega ef ákvæðið er túlkað í samræmi við tilskipun 2004/38/EB.

Hvorki ákvæði 36. gr. né önnur ákvæði í VI. kafla útl. um útlendinga sem falla undir EES-samninginn nefna viðmiðið um að EES-útlendingar eða aðstandendur þeirra skuli ekki vera óhófleg byrði á félagslegu kerfi gistiríkisins, en eins og fram kemur hér að framan er það einn helsti útgangspunktur tilskipunar 2004/38/EB. Viðmiðið um óhóflega byrði á félagslegu kerfi gistiríkisins er sett með hagsmuni gistiríkisins í huga og gæti nýst sem viðmið við mat á málsatvikum skv. 1. mgr. 43. gr. útl., sbr. umfjöllun í kafla 4.5.1 hér að framan. Við mat á því hvort að einstaklingur sé „óhófleg“ byrði á félagslega kerfinu yrði þá litið til þeirra atriða sem talin eru upp í ákvæði 43. gr. útl., sbr. 14. gr. tilskipunarinnar.

Þeir einstaklingar sem fá ekki skráningu hjá Þjóðskrá þar sem þeir eru ekki taldir uppfylla skilyrði til löglegrar dvalar hér á landi, geta kært ákvarðanir teknar hjá Þjóðskrá til dómsmála- og mannréttindaráðuneytisins. Útlendingastofnun tekur ákvarðanir um brottvísun útlendinga

en sú stofnun endurskoðar ekki mat Þjóðskrár og fær ekki upplýsingar frá Þjóðskrá um synjun lögheimilisskráninga. Þess vegna virðist sem þessir einstaklingar séu á gráu svæði hvað varðar dvöl á Íslandi, og ekki er skýrt hvort og með hvaða hætti mál þeirra berst til Útlendingastofnunar. Æskilegt væri ef settar yrðu reglur til þess að taka á þessu.

4.6 Bann við mismunun á grundvelli þjóðernis og réttur til félagsþjónustu sveitarfélaga

4.6.1 Í Evrópurétti

Einstaklingar sem nýta sér rétt sinn til frjálstrar farar verða að sýna fram á að geta framfleitt sér og að þeir hafi nægilega sjúkratryggingu, ef þeir hafa ekki stöðu launþega eða sjálfstæðs atvinnurekanda, sbr. 1. mgr. 7. gr. tilskipunar 2004/38/EB. Við beitingu þessara skilyrða ber aðildarríkjunum að beita meginreglum Evrópuréttarins, þá sérstaklega meðalhöfsreglunni.²¹⁶ Skyldan til beitingar slíkra meginreglna ýtir undir væntingar fjárhagslegra óvirkra innflytjenda frá öðrum aðildarríkjum um rétt til fjárhagsaðstoðar frá gistiríkinu, sérstaklega þegar um er að ræða tímabundna eða takmarkaða þörf á aðstoð að teknu tilliti til aðlögunar viðkomandi í gistiríkinu.²¹⁷ Þessi skylda gistiríkisins getur hins vegar aldrei réttlætt það að innflytjandi verði óhófleg byrði á félagslegu kerfi þess sbr. 16. tl. aðfaraorða tilskipunarinnar og 7. gr. hennar. Þegar einstaklingur telst vera óhófleg byrði á félagslega kerfinu mega stjórnvöld í gistiríkinu gera ráðstafanir til þess að dvöl viðkomandi teljist ekki lengur vera lögleg, til að mynda geta þau neitað viðkomandi um aðstoð og um að endurnýja dvalarskríteini og í kjölfarið krafist brottvísunar.²¹⁸

Í kafla 3.4 hér að framan er fjallað um bann Evrópuréttarins við mismunun á grundvelli þjóðernis og vísast til þeirrar umfjöllunar. Bann við mismunun á grundvelli þjóðernis tengist beint réttinum til að njóta félagslegra réttinda í gistiríkinu, meðal annars til félagsþjónustu sveitarfélaga.²¹⁹ Grunnviðmiðið varðandi aðgengi innflytjanda frá öðru aðildarríki EES-svæðisins eða aðstandanda hans að félagslegum réttidum er lögleg dvöl viðkomandi í gistiríkinu. Ef einstaklingurinn getur talist dvelja í löglega í gistiríkinu á hann rétt á jafnræði á við innlenda borgara skv. 18. gr. Rs. (áður 12. gr.) sbr. *Collins*²²⁰ og *Sala*²²¹.

²¹⁶ Sjá til dæmis *EBD, mál C-413/99, ECR 2002, bls. I-7091. Baumbast og EBD, mál C-200/02, ECR 2004, bls. I-9925. Chen.*

²¹⁷ Michael Dougan: „Fees, grants, loans and dole cheques: who covers the costs of migrant education within the EU?“, bls. 958.

²¹⁸ *EBD, mál C-184/99, ECR 2001, bls. I-6193. Grzelczyk.* og *EBD, mál C-456/02, ECR 2004, bls. I-7573. Trojani.*

²¹⁹ Í þessari úttekt er félagsþjónusta sveitarfélaga talin falla undir félagsleg réttindi (e. social advantages), sem er rúmt hugtak eins og það hefur verið skilgreint af Evrópuðómstólnum við beitingu á 7. gr. reglugerðar 1612/68/EB sem fjallað er ítarlega um í þessum kafla.

²²⁰ *EBD, mál C-138/02, ECR 2004, bls. I-2703. Collins.*

²²¹ *EBD, mál C-85/96, ECR 1998, bls. I-2691. Martinez Sala.*

Gistiríkinu er bæði óheimilt að beita beinni og óbeinni mismunun. Bein mismunun er einungis réttlætunleg með hliðsjón af allsherjarreglu og almannaoýruggi. Óbein mismunun getur verið réttlætunleg ef fyrir hendi eru hlutlægar ófrávikjanlegar kröfur, en dómaframkvæmd Evrópudómstólsins gefur til kynna að dómstóllinn viðurkennir þörf gistiríkisins á raunverulegum tengslum þess einstaklings sem krefst fjárhagsaðstoðar frá opinberum aðilum við gistiríkið.²²²

Þau réttindi sem um ræðir í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins á sviði banns við mismunun á grundvelli þjóðernis við frjálsta för fólks innan innri markaðarins, eru hver þau réttindi sem falla innan ákvæða Rs. og afleidds réttar. Þetta gildir jafnvel þó svo að einstaklingurinn sem um ræðir falli ekki undir viðkomandi ákvæði við þær kringumstæður sem um ræðir.²²³ Þetta er helsta framlag evrópska ríkisfangsins til banns við mismunun á grundvelli þjóðernis. Jafnræðisreglu sem gildir gagnvart þeim hópum innflytjenda sem falla undir tilskipuna 2004/38/EB²²⁴ er að finna í 24. gr. tilskipunarinnar.

Í 2. mgr. 7. gr. reglugerðar 1612/68/EB, sem var ekki felld úr gildi með gildistöku tilskipunar 2004/38/EB, er að finna sérreglu um rétt launþega til þess að njóta sömu félagslegu réttinda og skattaávilnana og innlendir launþegar. Evrópudómstóllinn hefur fjallað ítarlega um hugtakið félagsleg réttindi í dómaframkvæmd og hefur hugtakið þróast og merking þess rýmkað.²²⁵ Evrópudómstóllinn hefur ekki notað bann 7. gr. reglugerðar 1612/38/EB við mismunun til þess að takmarka gildissviðs réttarins til jafnræðis á við innlenda borgara. Hann hefur þvert á móti notað ákvæðið sem dæmi um víðtækari jafnræðisreglu með því að túlka félagsleg réttindi sem réttindi sem almennt eru veitt innlendum launþegum vegna stöðu þeirra sem launþegar, eða eingöngu vegna dvalar þeirra á innlendu yfirráðasvæði og eru þar af leiðandi þess eðlis að viðeigandi er að veita þau einnig launþegum sem eru ríkisborgarar annarra aðildarríkja, til þess að auðvelda hreyfanleika þeirra innan sambandsins, sbr. *Even*.²²⁶

Framkvæmdarstjórn Evrópusambandsins setti fram skilgreiningu á félagslegum réttindum árið 1999, sem byggð var á dómaframkvæmd. Skilgreiningin er sú að félagsleg réttindi eru efnahagsleg eða menningarleg réttindi, sem veitt eru af hendi opinberra aðila, og fela meðal annars í sér niðurgreiðslu á almenningssamgöngum, lækkuð verð á viðburði og niðurgreiddar

²²² Michael Dougan: „Fees, grants, loans and dole cheques: who covers the costs of migrant education within the EU?“, bls. 958-959.

²²³ *Martinez Sala, Collins og Grzelczyk* sjá Michael Dougan: „Fees, grants, loans and dole cheques: who covers the costs of migrant education within the EU?“, bls. 958-959.

²²⁴ Fjallað verður um réttarstöðu hvers hóps fyrir sig í kf. 5 hér að neðan.

²²⁵ Evelyn Ellis: „Social advantages: a new lease of life?“, bls. 639.

²²⁶ Kay Hailbronner: „Union Citizenship and access to social benefits“, bls. 1246 sbr. *EBD, mál C-207/78, ECR 1979 bls. 2019 (Even)*. Sjá dómsforsendu nr. 22.

máltíðir í skólum fyrir börn lágtekjufólks.²²⁷ Evrópudómstóllinn hefur kveðið á um að ekki megi skýra hugtakið félagsleg réttindi með þrengjandi hætti sbr. *Cristini*, en þar kemur einnig fram að ekki sé eingöngu um að ræða félagsleg réttindi sem tengjast ráðningarsamningi. Einnig falla undir hugtakið öll þau réttindi sem einstaklingum eru almennt tryggð vegna búsetu á svæðinu, þar sem ákvæðið vísar einnig til kringumstæðna sem fela í sér starfslok, svo sem endurskipun og endurráðning.²²⁸

Í dómi Evrópudómstólsins í máli *Hoeckx*²²⁹ staðfesti dómstóllinn að félagslegar bætur sem tryggja lágmarksframfærslu almennt séð, falla undir hugtakið félagsleg réttindi í skilningi ákvæðisins. Samkvæmt þessum dómi er slík lágmarksframfærsla einungis veitt á grundvelli þarfar, og því má ekki skilyrða veitingu þessarar framfærslu við að launþeginn sem um ræðir hafi dvalið í ríkinu í einhvern lágmarkstíma.²³⁰ Til þess að hægt sé að beita 2. mgr. 7. gr. reglugerðar 1612/68/EB þarf að minnsta kosti hluti réttindanna að renna til launþegans, þótt það sé óbeint.²³¹ Það er því ekki brot á ákvæðinu að neita uppkomnum afkomendum launþega um lágmarksframfærslu þegar þeir eru í raun ekki lengur á framfæri launþegans.²³²

Í dómi Evrópudómstólsins í máli *Lair*²³³ skilgreindi dómstóllinn félagsleg réttindi svo rúmt að innan hugtaksins rúmuðust öll þau réttindi sem gera launþega kleift að bæta aðbúnað sinn og vinnuskilyrði og stuðla að félagslegri framþróun sinni. Í þessu máli þótti dómstólnum mikilvægt að greiðslurnar sem um ræddi²³⁴ tengdust tekjum Lair, og voru því háðar „félagslegum mælikvarða“.²³⁵

Dómstóllinn hefur einnig gengið lengra og tekið til greina þætti sem auðvelda ekki sérstaklega hreyfanleika innan Evrópusambandsins, heldur greiða einungis fyrir aðlögun launþegans í gistiríkinu.²³⁶ Í dómnum *Reina gegn Landeskreditbank*²³⁷ komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að ríkisstyrkt fæðingarlán sem þýskur banki veitti lágtekjufólki félli innan gildissviðs 2. mgr. 7. gr. reglugerðar 1612/68/EB, og því var bankanum óheimilt að takmarka

²²⁷ Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins: „Proposal for a Council Directive implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin“, bls. 7.

²²⁸ *EBD, mál C-32/75, ECR 1975, bls. 1085. Cristini.*

²²⁹ *EBD, mál C-249/83, ECR 1985, bls. 973. Hoeckx.*

²³⁰ Henrik Bull: „Market freedoms: Challenges to social security and welfare policy“, bls. 81.

²³¹ Evelyn Ellis: „Social advantages: a new lease of life?“, bls. 643.

²³² *EBD, mál C-316/85, ECR 1987, bls. 281. Lebon*, sbr. *EBD, mál C-310/91, ECR 1993, bls. I-3011. Schmid gegn Belgíu.*

²³³ *EBD, mál C-39/86, ECR 1988, bls. 3161. Lair.*

²³⁴ Hér var um að ræða námsframfærslu til launþega frá öðru aðildarríki eftir að starfi hennar lauk. Hún þótti hafa haldið réttarstöðu launþega og gat því borið 2. mgr. 7. gr. reglugerðarinnar fyrir sig til þess að eiga rétt á þessum félagslegu réttindum. Námið var ótengt fyrri starfi hennar og þar sem að henni hafði verið gert að víkja úr starfi og þurfti endurþjálfun fyrir nýtt starf var ekki gerð krafa um tengsla milli fyrri starfa hennar og námsins.

²³⁵ Sjá dómsforsendu nr. 23. í *Lair*.

²³⁶ Evelyn Ellis: „Social advantages: a new lease on life?“, bls. 648.

²³⁷ *EBD, mál C-65/81, ECR 1982, bls. 33. Reina gegn Landeskreditbank.*

veitingu lánsins við fjölskyldur þar sem a.m.k. annað foreldri barnsins var með þýskan ríkisborgararétt, jafnvel þótt að yfirlýstur tilgangur þessara lánveitinga var að örva fæðingartíðni í Þýskalandi. Að auki þótti það engu breyta að þetta kerfi var valkvætt, þar sem 2. mgr. 7. gr. vísar til félagslegra réttinda (e. social advantages) en ekki félagslegs réttar (e. social rights).

Í 2. mgr. 24. gr. tilskipunar 2004/38/EB er að finna undantekningar frá almennu jafnræðisreglunni í 1. mgr. ákvæðisins. Samkvæmt 2. mgr. 24. gr. tilskipunarinnar ber aðildarríkjum ekki skylda til þess að veita innflytjendum frá öðrum aðildarríkjum félagslega aðstoð fyrstu þrjá mánuði dvalar þeirra, eða lengur ef um einstaklinga í atvinnuleit er að ræða, sbr. b-liður 4. mgr. 14. gr. tilskipunarinnar. Lesa ber 2. mgr. 24. gr. tilskipunarinnar samhliða 6. gr. sem veitir öllum EES-útlendingum rétt til þess að dvelja í öðru aðildarríki í allt að þrjá mánuði, og 1. mgr. 14. gr. sem takmarkar þann rétt við það að verða ekki óhófleg byrði á félagslegu kerfi gistiríkisins. Hins vegar getur gistiríkið ekki vísað einstakling sjálfkrafa á brott þegar viðkomandi sækist eftir félagslegri aðstoð. Samkvæmt þessu tryggir 2. mgr. 42. gr. tilskipunarinnar að einstaklingar, sem hafa ekki orðið fyrir brottvísun vegna 3. mgr. 14. gr. eða vegna þess að gistiríkið hefur ekki tekið ákvörðun um slíka aðgerð, fái ekki notið félagslegrar aðstoðar.²³⁸

4.6.2 Í íslenskum rétti

Öll mismunun á grundvelli ríkisfangs er bönnuð á gildissviði EES-samningsins samkvæmt 4. gr. hans. Rétturinn til frjálstrar farar felur í sér afnám allrar mismununar milli launþega í aðildarríkjum Evrópusambandsins og EES EFTA-ríkjunum sem byggð er á ríkisfangi og lýtur að atvinnu, launakjörum og öðrum starfs- og ráðningaskilyrðum samkvæmt 2. mgr. 28. gr. EES-samningsins. Skuldbindingar aðildarríkja EES-samningsins, eins og fram kemur í 2. kafla hér að framan, felast meðal annars í því að gæta ber að einsleitni innan innri markaðarins og skýra landslög til samræmis við Evrópurétt. 4. gr EES-samningsins er samhljóma 18. gr. Rs. (áður 12. gr.) og 28. gr. EES-samningsins er samhljóða 45. gr. (áður 39. gr.). Samkvæmt 6. gr. EES-samningsins, sbr. *Ospelt*²³⁹, ber að túlka samhljóða ákvæði EES-samningsins með hliðsjón af túlkun Evrópudómstólsins. Jafnræðisreglum EES-samningsins ber því að beita í samræmi við Evrópurétt og þeim fylgir því bann við mismunun á grundvelli þjóðernis hvað varðar öll þau félagslegu réttindi er falla innan gildissviðs

²³⁸ Henrik Bull: „Market freedoms: Challenges to Social Security and Welfare Policy“, bls. 86.

²³⁹ ECR, mál C-452/01, ECR 2003, bls. I-9743. *Ospelt*.

samningsins. Samkvæmt því ber að veita þeim EES-útlendingum sem dvelja löglega hér á landi sama rétt til félagsþjónustu sveitarfélaga og innlendum borgurum.

Lög um félagsþjónustu sveitarfélaga nr. 40/1991 (hér á eftir félagsþjónustulög) tryggja öllum íbúum sveitarfélaga, sem þar eiga lögheimili, sama rétt óháð þjóðerni. Samkvæmt 12. gr. félagsþjónustulaga ber sveitarfélagi skylda til þess að veita íbúum þjónustu og aðstoð og tryggja að þeir geti séð fyrir sér og sínum. Í 3. mgr. 1. gr. sveitastjórnarlaga nr. 45/1998 og 1. mgr. 13. gr. félagsþjónustulaga er íbúi sveitarfélags skilgreindur sem hver sá sem á lögheimili í viðkomandi sveitarfélagi. Samkvæmt 2. mgr. 13. gr. félagsþjónustulaga er manni veitt aðstoð á dvalarstað ef ekki er upplýst um lögheimili hans. Athuga ber þó að samkvæmt 3. mgr. 12. gr. laganna öðlast enginn rétt til þjónustu eða aðstoðar í öðru sveitarfélagi með dvöl sem er ekki ígildi fastrar búsetu samkvæmt lögheimilislögum. Þetta á sérstaklega við um ósamþykkt húsnæði skv. 3. mgr. 1. gr. Við skráningu inn í landið, sem er jafnframt lögheimilisskráning, öðlast EES-útlendingar því jafnan rétt á við innlenda borgara til félagsþjónustu sveitarfélaga og viðhalda þeim rétti á meðan þeir uppfylla þau skilyrði sem sett eru fyrir löglegri dvöl samkvæmt útl. og rgl. útl. Þegar EES-útlendingar hafa öðlast rétt til ótímabundinnar dvalar verður þessi réttur ófrávíkjanlegur fyrir utan þröng undantekningartilvik hvað varða allsherjarreglu og almannaoöryggi. Samkvæmt 4. gr. leiðbeiningarreglna félagsmálaráðuneytisins um fjárhagsaðstoð sveitarfélaga, sbr. 21. gr. félagsþjónustulaga, er fjárhagsaðstoð veitt á grundvelli lögheimilis.²⁴⁰

Samkvæmt 15. gr. félagsþjónustulaga skal erlendum ríkisborgurum sem ekki eiga lögheimili í landinu veitt fjárhagsþjónusta hér á landi í sérstökum tilvikum. Samkvæmt skýringum á ákvæðinu í greinargerð með frumvarpi því er varð að félagsþjónustulögum snýst það um undantekningartilvik og er þröng sérregla.²⁴¹ Fyrst og fremst er um að ræða aðstoð til heimferðar, en einnig í undantekningartilvikum vegna brýnna þarfa í skamman tíma. Tekið er fram að ákvæðið á ekki við um EES-útlendinga sem eru hér í atvinnuleit, án lögheimilis í landinu, en um þá gilda sérreglur EES-samningsins. Þeir halda lögheimili sínu í heimaríkinu, en eiga rétt á aðstoð vinnumiðlunar hér á landi og fá hér greiddar atvinnuleysisbætur sem fluttar eru frá heimaríkinu. Um aðstoð umfram það skal leita til heimaríkis. Nánar er fjallað um réttarstöðu EES-útlendinga í atvinnuleit í kafla 5 þar sem farið verður yfir réttarstöðu ólíkra hópa EES-útlendinga.

²⁴⁰ Félagsmálaráðuneytið: „Leiðbeiningar um reglur um fjárhagsaðstoð sveitarfélaga, sbr. 21. gr. laga um félagsþjónustu sveitarfélaga, nr. 40/1991, með síðari breytingum“. Sjá vefslóð: http://www.felagsmalaraduneyti.is/media/acrobat-skjol/Leiðbeiningar_um_fjarhagsadstod_sveitarfelaga_leid_Ades09.pdf

²⁴¹ Alþt. 1990-1991, A-deild, bls. 3189. Sjá skýringar með 15. gr.

Samkvæmt 29. gr. EES-samningsins ber aðildarríkjunum að tryggja launþegum og sjálfstætt starfandi einstaklingum, og þeim sem þeir framfæra, að bætur séu greiddar fólki sem er búsett á yfirráðasvæði þeirra á sviði almannatrygginga, sbr. 48. gr. Rs. (áður 42. gr.), reglugerð 1408/71/EB um samræmingu almannatrygginga og reglugerð 574/72/EB um framkvæmd fyrrnefndrar reglugerðar. Ákvæði reglugerðanna hafa verið tekin upp í íslenskan rétt á grundvelli EES-samningsins. Reglunum er ætlað að tryggja samræmda og samfellda beitingu löggjafar aðildarríkjanna á sviði almannatryggingareglna gagnvart launþegum og sjálfstætt starfandi atvinnurekendum sem skipta um vinnu- eða dvalarstað innan EES-svæðisins.²⁴² Með þessu er ætlunin að tryggja að flutningar fólks innan EES-svæðisins hafi ekki áhrif á rétt þeirra til bóta, en reglurnar gilda meðal annars um bætur vegna veikinda og fæðingar, elli og örorku og vinnuslysa, auk atvinnuleysisbóta og fjölskyldubóta.²⁴³ Meginreglan er sú að þeir einstaklingar sem hún nær til eiga aðeins að heyra undir löggjöf eins samningsríkis. Reglurnar um samþættingu almannatrygginga innan EES-svæðisins eru mikilvægar reglur sem gera ólíkum almannatryggingakerfum kleift að starfa saman svo að þeir sem nýta rétt sinn til frjálsrar farar missi ekki af réttindum sínum.²⁴⁴ Þessar reglur eiga þó ekki undir rannsóknarefni þessarar úttektar sem varðar einungis félagsþjónustu sveitarfélaga og vísast því til annarra rannsókna um málefni sem heyra undir almannatryggingar og Tryggingarstofnun Ríkisins.

Í greinargerð með leiðbeiningum félagsmálaráðuneytisins um reglur um fjárhagsaðstoð kemur fram að rauður þráður fjárhagsaðstoðar sveitarfélaga er að koma til móts við brýnar þarfir fjölskyldna og einstaklinga þegar laun og/eða aðrar greiðslur duga ekki til mannsæmandi lífs. Í greinargerðinni segir jafnframt að það sé grundvallaratriði að gengið hafi verið úr skugga um rétt fólks og möguleika til aðstoðar samkvæmt öðrum lögum, og að tryggt hafi verið að viðkomandi njóti til fulls þeirra réttinda sem honum ber lögum samkvæmt. Réttur til aðstoðar frá öðrum, svo sem stéttarfélögum, skal einnig hafa verið kannaður.²⁴⁵ Samkvæmt 1. mgr. 4. gr. leiðbeiningarreglnanna um fjárhagsaðstoð sveitarfélaga er áhersla lögð á að kanna skuli „til þrautar rétt umsækjanda til annarra greiðslna, þar með talið frá almannatryggingum, atvinnuleysistryggingum, lífeyrissjóðum og sjúkrasjóðum stéttarfélaga, svo og skal kanna rétt til aðstoðar samkvæmt lögum um námsstyrki“.²⁴⁶ Samkvæmt

²⁴² Guðmundur Thorlacius: „Lög um tryggingargjald og frjáls för launþega“, bls. 220.

²⁴³ Guðmundur Thorlacius: „Lög um tryggingargjald og frjáls för launþega“, bls. 222.

²⁴⁴ Robin CA White: „Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union“, bls. 896.

²⁴⁵ Félagsmálaráðuneytið: „Greinargerð með leiðbeiningum um reglur um fjárhagsaðstoð“, bls. 4.

²⁴⁶ Félagsmálaráðuneytið: „Leiðbeiningar um reglur um fjárhagsaðstoð sveitarfélaga, sbr. 21. gr. laga um félagsþjónustu sveitarfélaga, nr. 40/1991, með síðari breytingum.“ Sjá vefslóð:

http://www.felagsmalaraduneyti.is/media/acrobat-skjol/Leiðbeiningar_um_fjarhagsadstod_sveitarfelaga_leid_Ades09.pdf

framansögðu má slá því föstu að félagsleg réttindi þau er felast í fjárhagsaðstoð félagsþjónustu sveitarfélaganna eru réttindi sem koma til viðbótar eða í stað félagslegar tryggingar þegar slíkt úrræði hefur verið reynt til hlítar.

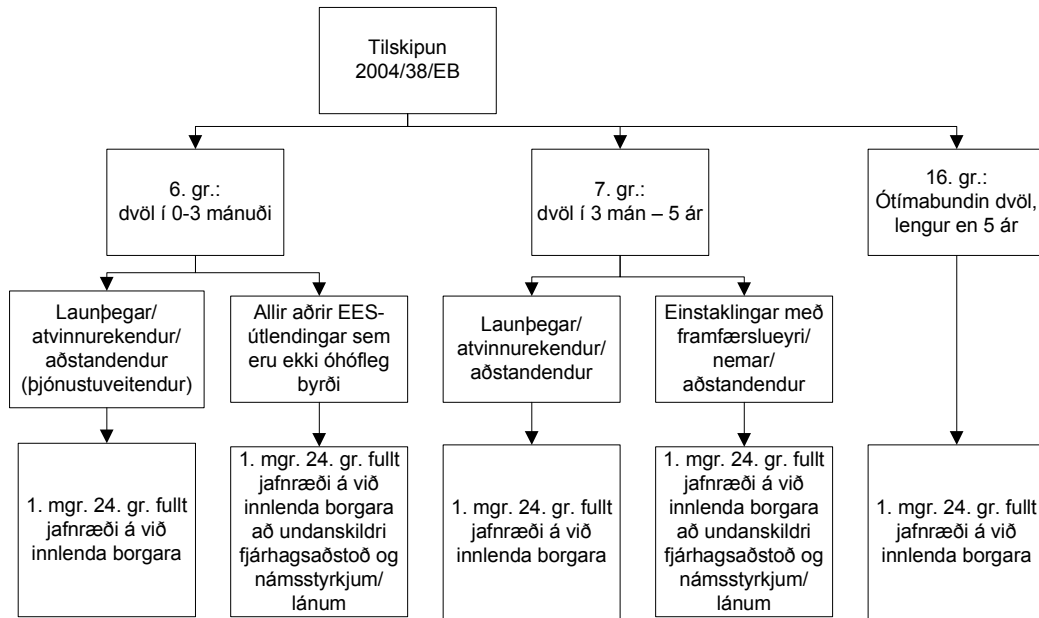
5. Skilgreining á hópum rétthafa samkvæmt tilskipun 2004/38/EB og réttur þeirra til félagsþjónustu sveitarfélaga

5.1 Inngangur

Hér á eftir verður fjallað um hvern hóp EES-útlendinga fyrir sig og hópurinn skilgreindur ítarlega svo hægt sé að meta hver falli undir þá vernd og þau réttindi sem Rs. og afleidd löggjöf á sviði frjálsrar farar fólks veitir og hvenær skilyrði hafa brostið fyrir löglegri búsetu og þar af leiðandi til jafnréttis á við innlenda borgara hvað varðar aðgang að félagsþjónustu sveitarfélaga. Fyrst kemur stuttur kafli um stöðu hópanna í Evrópurétti og svo er íslenskri löggjöf gerð skil hvað varðar réttarstöðu þess hóps og mat lagt á samræmi íslensks réttar við stöðuna að Evrópurétti.

Eins og fram hefur komið á EES-útlendingur sem er löglega búsettur hér á landi rétt á félagsþjónustu án mismununar. Breyting á högum viðkomandi hefur ólík áhrif eftir því hvaða hópi rétthafa hann tilheyrir og eftir því hve lengi viðkomandi hefur dvalið hér á landi. Þegar EES-útlendingur hefur öðlast rétt til ótímabundinnar dvalar á hann alltaf rétt til jafnræðis á við innlenda borgara og þar með til félagsþjónustu sveitarfélaga. Skýringarmyndin hér að aftan gefur yfirlit yfir rétt EES-útlendinga til jafnræðis á við innlenda borgara skv. tilskipun 2004/38/EB.²⁴⁷

²⁴⁷ Cathernie Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 424.



Mynd 1: um búsetu og jafnrétti samkvæmt tilskipun 2004/38/EB

5.2 Réttarstaða EES-útlendinga sem eru launþegar

5.2.1 Í Evrópurétti

Fyrsti hópur rétthafa samkvæmt tilskipun 2004/38/EB sem fjallað verður sérstaklega um í þessum kafla er hópur launþega. Eins og áður greinir tók 45. gr. Rs. (áður 39. gr.) upphaflega til þessa hóps, þó svo að í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins og afleidds réttar hafi gildissvið réttindanna verið rýmkað, eins og fjallað var um hér að framan og nánar verður fjallað um hér síðar í þessum kafla.

Naðsynlegt er að skilgreina hugtakið launþegi ítarlega til þess að hægt sé að meta það hverju sinni hvort einstaklingur tilheyri þessum hóp rétthafa sem nýtur víðtækra réttinda og verndar. Fjallað verður um einstaklinga í atvinnuleit hér á eftir. Í 3. mgr. 45. gr. Rs. (áður 39. gr.) kemur fram að frelsi launþega til flutninga feli m.a. í sér rétt til þess að þiggja atvinnutilboð sem raunverulega eru lögð fram, og af því má leiða að réttarstaða einstaklings sem launþegi verði virk við það að fá atvinnutilboð. Hugtakið launþegi er ekki skilgreint í Rs. eða afleiddum gerðum, en hefur verið ítarlega skilgreint í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins. Dómstóllinn hefur lagt áherslu á að hugtakið eigi ekki að skýra samkvæmt innlendum lögum, heldur skuli það skýrt í Evrópuréttarsamhengi til þess að gæta samræmis og forðast að aðildarríkin þrengi hugtakið og þar með þá vernd sem 45. – 48. gr. Rs. (áður 39. – 42. gr.) veita.²⁴⁸

²⁴⁸ EBD, mál C-75/63, ECR 1964, bls. 177. Hoekstra.

Hver sá sem tekur þátt í virkri og ósvikinni atvinnustarfsemi sem er ekki algjörlega takmörkuð og lítilvægileg fær réttarstöðu launþega,²⁴⁹ en til þess að litið sé á þetta sem atvinnusamband, sem heimfæra má undir 45. gr. Rs. (áður 39. gr.) en ekki sjálfstæðan atvinnurekstur skv. 49. gr. Rs. (áður 43. gr.), þarf viðkomandi að starfa undir leiðsögn annars einstaklings.²⁵⁰

Sú krafa er gerð að atvinnustarfsemin sé efnahagslegs eðlis, þ.e.a.s. þess eðlis að skapa verðmæti og ef sá einstaklingur sem um ræðir vinnur ekki starfið verður að greiða öðrum fyrir að rækja það, sbr. *Steymann*²⁵¹. Steymann tilheyrði trúarlegum söfnuði og vann almenn heimilisstörf og átti viðskipti fyrir hönd safnaðarins. Þrátt fyrir að hann fengi ekki formleg laun heldur einungis framfærslu og vasapening var hann talinn launþegi þar sem störf hans fyrir söfnuðinn voru efnahagslegs eðlis. Í *Betray*²⁵² þótti endurhæfing eftir fíkniefnameðferð, sem fólst í launuðum störfum, til þess að gera viðkomandi kleift að fara út á vinnumarkað eftir endurhæfinguna ekki vera starf sem gæti veitt viðkomandi stöðu launþega að Evrópurétti. Tilgangurinn var endurhæfing en ekki efnahagsleg þörf á störfum viðkomandi.

Þrátt fyrir kröfuna um efnahagslegt eðli gerir Evrópudómstóllinn ekki aðrar kröfur um laun og vinnutíma en að starfið sé raunverulegt og skilvirkt og er það hlutverk dómstóla aðildarríkjanna hverju sinni að meta það hverju sinni, sbr. *Trojani*.²⁵³ Í *Levin*²⁵⁴ töldu hollensk yfirvöld einstakling ekki vera launþega í skilningi Evrópuréttar þar sem hún starfaði sem hótelpærna og tekjur hennar voru ekki undir eða jafnháar lágmarkslaunum í Hollandi. Evrópudómstóllinn hafnaði þessu, þar sem aðildarríkin eiga ekki að geta einhliða takmarkað gildissvið og merkingu hugtaksins launþegi. Niðurstaðan var sú að launþegar í hlutastarfi njóta verndar ákvæðanna um frjálsa för, og launþegar mega bæta upp tekjur sínar með öðrum hætti eins og til dæmis úr einkasjóðum sínum.²⁵⁵ Í *Kempf*²⁵⁶ þurfti launþegi að sækjast eftir fjárhagsaðstoð þar sem laun hans nægðu honum ekki til framfærslu, en dómnum þótti engu máli skipta hvaðan aukafjármunirnir komu og taldi aðildarríkin geta tekið á áhyggjum af misnotkun á félagslega kerfinu með viðmiðunum um aðgang að fjárhagsaðstoð, án þess að útiloka einstaklinga í hlutastarfi frá réttarstöðu launþega í Evrópurétti.²⁵⁷

²⁴⁹ EBD, mál C-337/97, ECR 1999, bls. 3289. *Meeusen*.

²⁵⁰ EBD, mál C-268/99, ECR 2001, bls. 8615. *Jany*.

²⁵¹ EBD, mál C-196/87, ECR 1987, bls. 6159. *Steymann*.

²⁵² EBD, mál 344/87, ECR 1992, bls. 1027. *Betray*.

²⁵³ EBD, mál C-456/02, ECR 2004, bls. I-7573. *Trojani*. Sbr. Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 288.

²⁵⁴ EBD, mál C-53/81, ECR 1982, bls. 1035. *Levin*.

²⁵⁵ Paul Craig og Gráinne deBúrca: *EU law*, bls. 750.

²⁵⁶ EBD, mál C-139/85, ECR 1986, bls. 1741. *Kempf*.

²⁵⁷ Paul Craig og Gráinne deBúrca: *EU law*, bls. 750.

Tilskipun 2004/38/EB hefur víkkað út hugtakið launþegi enn frekar og gerir ráð fyrir því að launþegi sem ekki er lengur starfandi sem slíkur geti haldið réttarstöðu launþega við ferns konar kringumstæður sbr. 3. mgr. 7. gr. Ákvæðið byggir á og skýrir ákvæði tilskipunar 68/360/EB um afnám takmarkana á flutningum og búsetu innan bandalagsins gagnvart launþegum aðildarríkjanna og fjölskyldum þeirra, sem felld var niður með tilskipun 2004/38/EB. Ákvæðið lögfestir einnig dómaframkvæmd Evrópudómstólsins varðandi það hvenær einstaklingur heldur stöðu sinni sem launþegi þó hann starfi ekki lengur sem slíkur.

Samkvæmt a-lið 3. mgr. 7. gr. tilskipunar 2004/38/EB heldur launþegi stöðu sinni sem slíkur ef hann hættir tímabundið störfum vegna veikinda eða slyss. Hann heldur henni einnig ef hann er tilhlýðilega skráður atvinnulaus gegn vilja sínum og skráður í atvinnuleit hjá viðeigandi vinnumiðlun, sbr. b-liður 3. mgr. 7. gr. tilskipunarinnar. Ef hann er tilhlýðilega skráður atvinnulaus eftir að hafa klárað tímabundinn starfssamning til minna en eins árs eða hefur orðið atvinnulaus gegn vilja sínum á fyrstu 12 mánuðum dvalar sinnar og er skráður í atvinnuleit hjá viðeigandi vinnumiðlun, fær einstaklingurinn að halda stöðu sinni sem launþegi ekki skemur en í sex mánuði skv. c-lið 3. mgr. 7. gr. Í dómi Evrópudómstólsins í *Antonissen*²⁵⁸ kom fram sú afstaða dómstólsins að einstaklingur geti búist við brottvísun frá gistiríkinu ef hann hefur ekki fundið atvinnu innan sex mánaða, nema hann geti sannað að hann sé í virkri atvinnuleit og eigi raunverulega möguleika á því að fá atvinnu. Í dómi sínum *Hoekstra*²⁵⁹ kvað dómstóllinn svo á að innan hugtaksins launþegi falli einstaklingur sem hefur misst atvinnu sína en hefur möguleika á að finna annað starf. Þetta er því matskennt í hverju tilviki fyrir sig, en því minni líkur sem eru á því að viðkomandi einstaklingur geti fengið vinnu því erfiðara verður að sýna fram á að hann tilheyrir hópi launþegi í gistiríkinu og geti byggt rétt á þeirri stöðu.

Í d-lið 3. mgr. 7. gr. reglugerðar 1612/68/EB kemur fram að ef einstaklingur fer í starfsþjálfun skuli hann halda stöðu sinni sem launþegi nema hann sé atvinnulaus gegn vilja sínum en þá er skilyrði að þjálfunin sé tengd því starfi sem hann gegndi.

Almenna jafnræðisreglu um frjálsa för fólks er að finna í 45. gr. Rs. (áður 39. gr.). Jafnræðisregla 7. gr. reglugerðar 1612/68 er nákvæm sérregla sem gildir um launþega og aðstandendur þeirra og gengur lengra en hægt er að lesa beint út úr jafnræðisreglu Rs. Aftur á móti teygir nýja jafnræðisreglan, sem er að finna í 24. gr. tilskipunar 2004/38/EB, meginregluna um almennt bann við mismunun á grundvelli þjóðernis, með þeim undantekningum sem skýrt er kveðið á um í Rs. og afleiddum gerðum, sig til allra EES-

²⁵⁸ EBD, mál C-292/89, ECR 1991, bls. I-745. *Antonissen*.

²⁵⁹ EBD, mál C-75/63, ECR 1964, bls. 177. *Hoekstra*.

útlendinga og aðstandenda þeirra.²⁶⁰ Útlendingar með stöðu launþega í Evrópurétti eiga rétt á að njóta félagslegra réttinda án mismununar. Launþegar eiga rétt á framfærslustuðningi fyrir námi eða starfsþjálfun í formi námsstyrkja eða námslána þó þeir séu ekki komnir með rétt til ótímabundinnar dvalar samkvæmt 2. mgr. 24. gr. tilskipunarinnar.

Eins og fjallað hefur verið um hér að framan er í tilskipun 2004/38/EB lögð áhersla á, að sú byrði sem dvalarréttur þess einstaklings sem um ræðir í hverju tilviki fyrir sig, leggur á félagslega kerfi gistiríkisins, megi ekki vera óhófleg. Dómafrankvæmdin sem lögleidd var með tilskipuninni, hefur þróast í þá átt að réttindi þeirra sem flytjast á milli aðildarríkja hafa orðið einstaklingsbundin.²⁶¹ Til þess að meta hvort byrðin sé óhófleg þarf gistiríkið að meta hvort í einstökum tilvikum sé um að ræða tímabundin vandræði einstaklingsins og taka til skoðunar lengd dvalar, persónulegar aðstæður, og hversu mikillar aðstoðar viðkomandi þarfnast. Óhjákvæmilega getur þetta mat reynst aðildarríkjunum erfitt og lítið er um fordæmi frá Evrópuþómstólnum til þess að auðvelda þeim þetta mat, en dómstóllinn hefur eingöngu framkvæmt slíkt mat við úrlausnir í mjög einstaklingsbundnum málum. Dómstóllinn hefur ekki metið möguleg heildaráhrif af mörgum slíkum málum.²⁶²

Það má skilja dóm Evrópuþómstólsins í málinu *d'Hoop*²⁶³ þannig, að þegar einstaklingur sækist eftir félagslegri aðstoð í formi fjárhagsstuðnings frá gistiríkinu, sé eðlilegt að gistiríkið krefjist raunverulegra tengsla viðkomandi einstaklings við gistiríkið.²⁶⁴ Dougan og Spaventa halda því fram í grein sinni *Educating Rudy and the (non-)English patient* að hægt sé að færa rök fyrir því að þegar um fjárhagslega virka einstaklinga er að ræða (til að mynda launþega) séu raunveruleg tengsl þá þegar fólgin í virku framlagi viðkomandi einstaklings til gistiríkisins.²⁶⁵

Ef niðurstaðan eftir mat á óhóflegri byrði er sú að einstaklingurinn má dvelja áfram löglega í gistiríkinu, þá tryggir 24. gr. jafnræði á við innlenda borgara til félagslegra réttindia.²⁶⁶ Því verður að meta sjálfstætt í hverju tilviki hvort breytingar á högum viðkomandi launþega valda því að skilyrði hafa brostið fyrir löglegri dvöl hans í gistiríkinu og beita verður meðalhófi við þetta mat. Því má segja að þegar einstaklingur dvelur löglega í gistiríkinu, veitir

²⁶⁰ Craig and deBúrca: *EU law*, bls. 776.

²⁶¹ Michael Dougan og Eleanor Spaventa: „Educating Rudy and the (non-)English patient“, bls. 706.

²⁶² Michael Dougan og Eleanor Spaventa: „Educating Rudy and the (non-)English patient“, bls. 706-707.

²⁶³ *EBD*, mál C-223/98, *ECR* 2002, bls. I-6191. *D'Hoop*.

²⁶⁴ Sjá forsendu nr. 38 í *d'Hoop*: „The tideover allowance provided for by Belgian legislation, which gives its recipients access to special employment programmes, aims to facilitate for young people the transition from education to the employment market. In such a context it is legitimate for the national legislature to wish to ensure that there is a real link between the applicant for that allowance and the geographic employment market concerned.“ (áh. höf.).

²⁶⁵ Michael Dougan og Eleanor Spaventa: „Educating Rudy and the (non-)English patient“, bls. 709.

²⁶⁶ Henrik Bull: „Market freedoms: challenges to social security and welfare policy“, bls. 92.

það þeim rétt til jafnrar meðferðar innan gistiríkisins. Við nýtingu þess réttar við vissar kringumstæður, t.d. með óskum um fjárhagsaðstoð, getur einstaklingurinn veitt gistiríkinu tækifæri til þess að meta það hvort viðkomandi sé óhófleg fjárhagsleg byrði á félagslega kerfinu.²⁶⁷

5.2.2 Í íslenskum rétti

Frjáls för launþega sbr. 45. gr. Rs. (áður 39. gr.) er tryggð hér á landi með 28. gr. EES-samningsins sbr. lög nr. 2/1993. Hugtakið launþegi er hvergi skilgreint í íslenskum rétti en til þess að gæta einsleitni innan innri markaðarins ber að líta til Evrópuréttarins um skilgreiningu hugtaksins, sbr. umfjöllun um EES-samninginn í kf. 2 hér að framan og 6. gr. samningsins þar sem aðildarríkin skuldbinda sig til þess að túlka reglur sem eru efnislega samhljóða samsvarandi reglum í Rs. í samræmi við úrskurði Evrópudómstólsins sem máli skipta.

Skilgreiningu Evrópudómstólsins á hugtakinu launþegi er gerð skil í kafla 5.2.1 hér að framan og í sama kafla er reglum 3. mgr. 7. gr. tilskipunar 2004/38/EB lýst, sem fjalla um þau tilvik þar sem EES-útlendingur heldur rétti sínum sem launþegi þrátt fyrir að vera ekki lengur starfandi. Þetta ákvæði vantar í íslenskan rétt og er það mjög bagalegt þar sem erfitt getur reynst að byggja á því, enda hafa ákvæði EES-samningsins og þeirra gerða sem teknar hafa verið upp í EES-samninginn ekki bein réttaráhrif hér á landi. Það væri til bóta ef reglur ákvæðisins yrðu teknar upp í íslenskan rétt. Þangað til ber stjórnvöldum þó að hafa þetta ákvæði í huga, og beita skýringu á útl. til samræmis við reglur EES-samningsins og tilskipunar 2004/38/EB, þegar metið er hvort einstaklingur sem leitar eftir félagsþjónustu njóti stöðu sem launþegi hér á landi.

Launþegi á rétt til að dvelja hér á landi lengur en í þrjá mánuði samkvæmt 36. gr. a. útl., en hann ber að skrá sig ef hann ætlar að dvelja lengur skv. 3. mgr. 35. gr. útl. Við skráningu þarf hann að framvísa staðfestingu frá vinnuveitanda um ráðningu eða atvinnuvottorð um starf sbr. 70. gr. og 1. mgr. 71. gr. rgl um útl. Samkvæmt eyðublaði Þjóðskrár um skráningu EES-útlendinga þarf tímabil ráðningar að vera að minnsta kosti þrjú mánuðir. Í svörum við fyrirspurnum til Þjóðskrár kom í ljós að ekki var sett skilyrði um þriggja mánaða ráðningarsamning til þess að einstaklingur gæti skráð sig inn í landið sem launþegi, heldur er miðað við þriggja mánaða ráðningu frá komudegi til landsins. Ef eintaklingur ætlar sér að starfa í styttri tíma en í þrjá mánuði frá komunni til landsins ber honum ekki skylda til að skrá sig nema hann þurfi á kennitölu að halda. Skráning til skemmri tíma en þriggja mánaða er ekki til umfjöllunar hér þar sem aðildarríkjum ber ekki skylda til þess að veita EES-

²⁶⁷ Michael Dougan og Eleanor Spaventa: „Educating Rudy and the (non-)English patient“, bls. 708.

útlendingum félagslega aðstoð fyrstu þrjá mánuði dvalar sbr. 2. mgr. 24. gr. tilskipunar 2004/38/EB.

Samkvæmt 4. gr. EES-samningsins, sbr. lög nr. 2/1993, er öll mismunun á grundvelli ríkisfangs bönnuð á gildissviði samningsins. 28. gr. EES-samningsins er sett til þess að tryggja frelsi launþega til flutninga, sem felur meðal annars í sér skv. 2. mgr. 28. gr. afnám allrar mismununar milli launþega sem byggð er á ríkisfangi. Hér að framan er fjallað um 7. gr. reglugerðar 1612/68/EB um frelsi launþega til flutninga innan EES-svæðisins sem kveður á um jafnan rétt EES-útlendinga með stöðu launþega á við innlendra launþega til félagslegra réttinda og skattaávilnana í gistiríkinu, en ákvæðið hefur verið lögleitt á Íslandi með lögum nr. 47/1993 um frjálsan atvinnu- og búseturétt launafólks innan Evrópska efnahagssvæðisins. Þar sem þetta ákvæði er lögfest veitir það ótvíræðan rétt, og því ber að beita í samræmi við dómaframkvæmd Evrópudómstólsins þar sem fjallað eru um inntak ákvæðisins, meðal annars víðtækri skilgreiningu á félagslegum réttindum sem útlistuð er í kafla 4.6.1 hér að framan. Jafnræðisregla 24. gr. tilskipunar 2004/38/EB hefur ekki verið tekin beint upp í íslenskan rétt, en samanburðartafla ESA vísar til 7.-9. gr. reglugerðar 1612/68/EB sbr. lög nr. 47/1993 og almennt til félagsþjónustulaga. Einstaklingar sem hafa stöðu launþega ættu að geta byggt sambærilegan rétt á þesum jafnræðisreglum og þeir myndu gera samkvæmt Evrópurétti.

Eins og fram hefur komið eiga EES-útlendingar með stöðu launþega rétt á að dvelja hér á landi. Á því tímabili sem launþegi dvelur á grundvelli skráningarskírteinis, það er að segja fram að þeim tíma er hann öðlast rétt til ótímabundinnar dvalar²⁶⁸, má vísa honum á brott ef hann uppfyllir ekki lengur skilyrði sem sett eru til dvalar skv. 36. gr. útl. Ef launþegi uppfyllir ekki þau skilyrði sem sett eru til dvalar er hann ekki lengur búsettur löglega hér á landi og á því ekki rétt á félagslegra réttinda án mismununar á grundvelli þjóðernis. Eins og fram kemur í kafla 4.6 hér að framan er lögleg dvöl metin með tilliti til meðalhófs, þar sem ber að líta til félagslegrar og menningarlegrar aðlögunar í gistiríkinu auk heilsufars, aldurs, fjölskylduhaga og fjárhagslegrar stöðu, sbr. 28. gr. tilskipunarinnar og 43. gr. útl.²⁶⁹ Það má ekki beita brottvísun eingöngu vegna þess að launþegi leitar fjárhagsaðstoðar en EES-útlendingur heldur rétti sínum til dvalar þangað til hann eru óhófleg byrði á félagslega kerfi gistiríkisins, sbr. 14. gr. tilskipunarinnar. Viðmið um óhóflega byrði á félagslegu kerfi gistiríkisins er ekki að finna í íslenskri löggjöf, en ekki mun reyna mikið á þetta mat ef staðfest hefur verið að einstaklingur njóti stöðu launþega þar sem hann á þá þegar rétt á aðstoð frá gistiríkinu án mismununar á grundvelli þjóðernis. Þetta mun þó koma til nánari skoðunar í köflunum um

²⁶⁸ Um ótímabundna dvöl, sjá kafla 4.4 hér að framan.

²⁶⁹ Sergio Carrera: „What does free movement mean in theory and practice in an enlarged EU?“, bls. 714.

fjárhagslega óvirka EES-útlendinga (til að mynda námsmenn og einstaklinga í atvinnuleit) hér að neðan.

Pegar EES-útlendingur hefur stofnað til réttar til ótímabundinnar dvalar þá er ekkert nema fjarvistir lengur en í tvö ár samfellt sem geta valdið brottvísun, breyting á högum á ekki að hafa áhrif á stöðu hans að íslenskum rétti.²⁷⁰

Samkvæmt 3. mgr. 7. gr. reglugerðar 1612/68/EB skal launþegi í krafti sama réttar og með sömu skilyrðum hafa sama aðgang og innlendir launþegar að þjálfun í skólum er tengjast atvinnulífnum og endurmenntunarstöðvum. Í 13. gr. laga um Lánasjóð íslenskra námsmanna nr. 21/1992 (hér á eftir nefnd lög um LÍN), sbr. lög nr. 89/2008, er fjallað um rétt EES-útlendinga til námslána. Samkvæmt 2. mgr. ákvæðisins eiga ríkisborgarar ríkja á Evrópska efnahagssvæðinu og fjölskyldur þeirra rétt á námslánum með þeim skilyrðum sem leiðir af EES-samningnum sbr. ákvæði reglugerðar 1612/68/EB sbr. lög nr. 47/1993. Í 6. mgr. 13. gr. laga um LÍN má ákveða að réttur til námslána skv. 2. mgr. taki mið af tengslum við íslenskt samfélag eða vinnumarkað. Ákvæði 13. gr. laga um LÍN var breytt með áður nefndum lögum nr. 89/2008 í kjölfar rökstudds álits frá ESA. Í áliti ESA þóttu þau búsetuskilyrði sem áður giltu fela í sér óbeina mismunun gagnvart farandlaunþegum og fjölskyldum á framfæri þeirra og því brot gegn 2. mgr. 28. gr. og 31. gr. EES-samningsins, og 2. mgr. 7. gr. reglugerðar 1612/68/EB, sbr. lög nr. 47/1993.²⁷¹ Í greinargerð með frumvarpi því er varð að lögum nr. 89/2008 um breyting á lögum um LÍN, kemur réttlæga fram að í 28. gr. EES-samningsins felst regla um jafna meðferð farandlaunþega og innlendra þátttakenda á vinnumarkaði að því er varðar félagsleg réttindi og að mati ESA falla námslán undir félagsleg réttindi í þessum skilningi. Í nýju reglunum felst að launþegar og sjálfstætt starfandi EES-útlendingar hafi ákveðin tengsl við landið, hafi starfað þar í ákveðinn tíma og að starf þeirra sé að ákveðnu umfangi til þess að geta átt rétt til aðstoðar. Þetta þykir réttlæt看legt í greinargerðinni, þegar horft er til hins félagslega tilgangs námslánakerfisins og tilgangsins með reglunum um frjálsa för. Með tengslum við íslenskt samfélag er meðal annars átt við búsetu hér á landi.²⁷² Ekki er tekið fram hversu langur „ákveðinn tími“ er, en hafa ber í huga að ef EES-útlendingur er fjárhagslega virkur eins og þeir sem vísað er til í þessu samhengi í greinargerðinni, eiga þeir

²⁷⁰ Fjallað um rétt til ótímabundinnar dvalar í kafla 4.4 hér að framan.

²⁷¹ Í þágildandi 3. mgr. 13. gr. laga um LÍN kom fram að ríkisborgarar ríkja á EES-svæðinu sem hafa búsetu hérlandis vegna starfs síns, fjölskyldur þeirra og aðrir sem eru eða hafa verið á þeirra framfæri eigi rétt á námslánum eftir nánar tilgreindum lagaákvæðum. Í 4. mgr. 13. gr. laganna kom fram að skilyrði til lánveitingar sé að umsækjandi hafi haft fasta búsetu á Íslandi í tvö ár samfellt eða haft fasta búsetu hér á landi í þrjú ár af síðustu tíu árum fyrir upphaf þess tímabils er sótt er um námslán vegna. Að mati ESA fólst óbein mismunun gagnvart erlendum EES-útlendingum í þessum skilyrðum, þar sem Íslendingar eigi auðveldara með að uppfylla þau en aðrir EES-útlendingar.

²⁷² Þskj. 846, 135. lögþ. 2007-08, bls. 2 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

rétt til námslána eftir fyrstu þrjá mánuði dvalar samkvæmt 24. gr. tilskipunar 2004/38/EB. Ánægjulegt er að sjónarmið um tengsl við landið skuli koma fram í þessa ákvæði enda er slíkt sjónarmið, eins og fram hefur komið víða hér að framan, grundvallarsjónarmið við mat á félagslegum réttindum EES-útlendinga samkvæmt dómaframkvæmd Evrópudómstólsins og tilskipun 2004/38/EB.

Samkvæmt 9. gr. reglugerðar 1612/68/EB, sbr. lög nr. 47/1993, skal EES-útlendingur með stöðu launþega njóta allra sömu réttinda og ívilnana og innlendir launþegar hvað viðvíkur húsnæði. Samkvæmt 1. mgr. 2. gr. laga um húsaleigubætur nr. 138/1997, eiga allir rétt á húsaleigubótum sem eiga lögheimili í því íbúðarhúsnæði sem þeir leigja út, ef þeir uppfylla þau tekjuskilyrði sem sett eru í reglugerð um útreikning og fjárhæð bóta skv. 5. gr. laga um húsaleigubætur. Húsaleigubótum er ætlað að lækka húsnæðiskostnað tekjulágra leigjenda og draga úr aðstöðumun á húsnæðismarkaði. Í XII. kafla félagsþjónustulaga er sveitarstjórnnum gert að tryggja framboð af félagslegu húsnæði handa þeim fjölskyldum og einstaklingum sem eru ekki á annan hátt færir um að sjá sér fyrir húsnæði sökum lágra launa, þungar framfærslubyrði eða annarra félagslegra aðstæðna. Þetta á þar af leiðandi einnig við um EES-útlendinga sem dveljast löglega hér á landi.

5.3 Réttarstaða aðstandenda EES-útlendinga og sérreglur um aðstandendur launþega

5.3.1 Í Evrópurétti

Samkvæmt d-lið 1. mgr. 7. gr. tilskipunar 2004/38/EB eiga aðstandendur EES-útlendinga sem uppfylla skilyrði 1. mgr. 7. gr. rétt til dvalar lengur en í 3 mánuði. Í 5. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar eru þau gögn tilgreind sem gistiríki má krefjast við skráningu aðstandenda rétthafa²⁷³ sem hafa evrópskt ríkisfang inn í landið við útgáfu skráningarskírteinis. Í a.-, b.-, c.-, e.- og f.-liðum 2. mgr. 10. gr. tilskipunarinnar eru þau gögn tilgreind sem krefjast má við skráningu þriðja ríkis aðstandenda. Samkvæmt 2. mgr. 16. gr. tilskipunarinnar eiga aðstandendur rétthafa sama rétt og hann til ótímabundinnar dvalar eftir 5 ára samfellda dvöl í gistiríkinu.

Aðstandendur eru skilgreindir í 2. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar sem víkkar út skilgreininguna frá eldri rétti,²⁷⁴ en þeir eru:

- (a) maki
- (b) Samvistarmaki sem er skráður sem slíkur í heimaríkinu skv. lögum þess ríkis, ef að lög gistiríkisins veita sambandinu sömu stöðu og hjónum í hjúskap.

²⁷³ Í þessum kafla verður vísað til EES-útlendinga sem uppfylla skilyrði 1. mgr. 7. gr. tilskipunar 2004/38/EB og eru þar af leiðandi rétthafar samkvæmt tilskipuninni sem rétthafa.

²⁷⁴ Sergio Carrera: „What does free movement mean in theory and practice in an enlarged EU?“, bls. 713.

- (c) Niðjar undir 21 árs aldurs eða sem eru háðir framfærslu útlendingsins eða maka hans sbr. skilgreining á maka í b-lið hér að framan.
- (d) Ættmenni útlendingsins í beinan legg eða maka hans sem eru háðir framfærslu hans.

Evrópudómstólinn hefur skilgreint hugtakið maki samkvæmt a-lið 2. mgr. 2. gr. tilskipunar 2004/38/EB á hefðbundinn hátt. Maki er einstaklingur sem er í hjúskap með réttthafanum samkvæmt lögum þess ríkis þar sem stofnað var til hjónabandsins.²⁷⁵ Í dómi Evrópudómstólsins í máli *Diatta*²⁷⁶ var því slegið föstu að reglugerð 1612/68/EB gerði ekki kröfu um að hjón byggju ótímabundið saman,²⁷⁷ með þeim rökum að ef sambúð væri skilyrði fyrir löglegri dvöl maka, gæti launþeginn valdið brottvísun maka síns með því einu að kasta honum/henni út af heimilinu. Álykta má af þessum dómi, að maki sem skilinn er við réttthafa að borði og sæng, eigi rétt á áframhaldandi löglegri búsetu í gistiríkinu. Þetta er í samræmi við þau sjónarmið sem gerð hefur verið grein fyrir hér að framan um að Rs. og afleiddar gerðir beri að túlka í ljósi 8. gr. MSE um rétt til friðhelgi einkalífs og fjölskyldu.²⁷⁸ Þó ber að athuga að til þess að þriðja ríkis aðstandendur öðlist rétt til ótímabundinnar dvalar skv. 2. mgr. 16. gr. tilskipunar 2004/38/EB er gerð krafa um að þeir hafi dvalið löglega með réttthafanum í gistiríkinu samfellt í fimm ár, en þetta bendir til kröfu um að um raunverulega sambúð sé að ræða.²⁷⁹

Samkvæmt dómi Evrópudómstólsins í *Reed*²⁸⁰ fellur sambýlisfólk sem ekki hefur formlega verið skráð í sambúð, ekki innan hugtaksins maki í skilningi a-liðs 2. mgr. 2. gr. tilskipunar 2004/38/EB, en þetta fer þó eftir reglum gistiríkisins hverju sinni gagnvart eigin þegnum. Í *Reed* málinu var til staðar hollensk löggjöf sem heimilaði dvöl erlends sambýlisfólks Hollendinga og því hefði synjun á dvalarleyfi Reed verið brot á jafnræðisreglum Rs. og reglugerðar 1612/68/EB.

Reed fordæminu er fylgt í ákvæði b-liðar 2. mgr. 2. gr. og einstaklingur í skráðri samvist með réttthafanum telst aðstandandi ef bæði heimaríki réttthafans og gistiríkið viðurkenna rétt viðkomandi samvistarmaka. Ef óvígð sambúð er ekki skráð fellur slík sambúð undir b.-lið 2. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar sem fjallað verður nánar um hér að neðan, en réttarstaða samkvæmt 3. gr. er ekki jafn sterk og samkvæmt 2. gr. Ef að gistiríkið heimilar ríkisborgurum sínum að sýna fram á óskráða sambúð með vottorðum, yfirlýsingum vitna, eða með öðrum hætti, ber í ljósi jafnræðis að láta það sama gilda um EES-útlendinga.

²⁷⁵ Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 418.

²⁷⁶ *EBD, mál C-267/83, ECR 1985, bls. 567. Diatta.*

²⁷⁷ Dómurinn var kveðinn upp fyrir gildistöku tilskipunar 2004/38/EB en sömu sjónarmið eiga við.

²⁷⁸ Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 418 og *EBD, mál C-249/86, ECR 1989, bls. 1263*, sjá dómsforsendu nr. 10.

²⁷⁹ Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 418.

²⁸⁰ *EBD, mál C-59/85, ECR 1986, bls. 1283. Reed.*

Nýtt ákvæði er að finna í 13. gr. tilskipunar 2004/38/EB sem sett er til skýringar stöðu fyrrverandi maka réttthafa samkvæmt tilskipuninni. 1. mgr. 13. gr. skýrir sjálfstæðan rétt EES-útlendinga til dvalar óháðan hjónabandi eða samvistum. 2. ml. 1. mgr. 13. gr. setur þó það skilyrði fyrir rétti þessara einstaklinga til ótímabundinnar dvalar að þeir uppfylli skilyrði 1. mgr. 7. gr. tilskipunarinnar.²⁸¹ Þegar um þriðja ríkis aðstandendur er að ræða hafa þeir áframhaldandi dvalarrétt þegar hjónaband eða skráðar samvistir hafa liðið undir lok, að uppfylltum skilyrðum sbr. 2. mgr. 13. gr. Skilyrðin eru (a) að hjúskapurinn eða sambúðin hafi varið í að minnsta kosti þrjú ár fyrir skilnað og að þau hafi dvalið á yfirráðasvæði gistiríkisins í að minnsta kosti eitt ár, eða (b) að makinn hafi forræði yfir börnum sínum og EES-útlendinginsins, eða (c) þegar sérstaklega alvarlegar aðstæður mæli með því, til að mynda þegar makinn hefur orðið fyrir heimilisofbeldi í sambandinu, eða (d) að makinn hafi umgengisrétt við barn þeirra undir lögdri ef að dómstóll hefur kveðið á um að slík umgengni skuli fara fram í gistiríkinu, og eins lengi og þess gerist þörf.

Í 3. mgr. 12. gr. tilskipunarinnar er dómaframkvæmd Evrópudómstólsins lögfest hvað varðar rétt barna réttthafa við andlát eða brottför EES-útlendinga.²⁸² Börn réttthafa skulu ekki tapa rétti sínum til dvalar. Það sama á við um foreldri sem hefur forræði yfir börnunum, sama hvert upprunaland hans er, ef börnin dvelja í búseturíkinu og eru skráð í menntastofnun til þess að nema þar, þangað til námi þeirra lýkur. Athuga verður að ákvæðið gerir ekki dvalarrétt barnsins og þess foreldris sem fer með forsjá barnsins háð nægilegri framfærslu og sjúkratryggingu.

Í c- og d-lið 2. mgr. 2. gr. er niðjum og ættmennum réttthafans eða maka hans skv. a- eða b-lið, í beinan legg sem eru háðir framfærslu hans, veittur réttur til dvalar, hvort sem þeir fylgja honum eða koma seinna meir.²⁸³ Í *Lebon*²⁸⁴ kvað Evrópudómstóllinn á um að mat á þörf á framfærslu væri spurning um þá staðreynd að viðkomandi sé háður framfærslu réttthafans, og ekki þyrfti að ákvarða hvers vegna eða hvort hann sé fær um að framfleyta sér sjálfur.²⁸⁵ Samkvæmt dómi Evrópudómstólsins í *Jia*²⁸⁶ getur gistiríkið lagt mat á það með því að skoða félagslega og fjárhagslega stöðu viðkomandi í heimaríkinu, og afla gagna því til

²⁸¹ Þeir séu sem sagt launþegar eða sjálfstæðir atvinnurekendur, hafi nægilega framfærslu og hafi sjúkratryggingu, séu námsmenn með nægilega framfærslu og sjúkratryggingu eða aðstandendur einstaklinga með slíka réttarstöðu.

²⁸² *EBD, mál C-389/87 og mál C-390/87, ECR 1989, bls. 1723. Echternach og Moritz. Sjá einnig EBD, mál C-413/99, ECR 2002, bls. I-7091. Baumbast.*

²⁸³ Sbr. sjónarmið um að ekki beri að túlka réttindi þau sem tilskipun 2004/38/EB veitir þröngt í ljósi markmiða tilskipunarinnar um að hvetja til frjálsra fólksflutninga á innri markaðinum. Sjá td. dómsforsendu nr. 93 í *EBD, máli-127/08, ECR 2008, bls. I-6241. Metock og aðrir.*

²⁸⁴ *EBD, mál C-316/85, ECR 1987, bls. 2811. Lebon.*

²⁸⁵ Sjá dómsforsendu nr. 22 í *Lebon.*

²⁸⁶ *EBD, mál C-1/05, ECR 2007, bls. I-1. Jia.*

sönnunar. Gögnin þurfa ekki að hafa verið gefin út af þarlandum stjórnvöldum. Á hinn bóginn þarf ekki að líta svo á að einhverjar stakar greiðslur rétthafans eða maka hans til aðstandandans nægi til þess að staðfesta að hann sé raunverulega háður framfærslu frá honum.²⁸⁷

Það má nefna að samkvæmt dómi Evrópudómstólsins í máli *Akrich*²⁸⁸ verður aðstandandi rétthafans að hafa komið löglega til eins aðildarríkis til þess að geta ferðast milli aðildarríkja með honum. Hins vegar ber aðildarríkjunum að gæta þess að hafa hliðsjón af friðhelgi einkalífs og fjölskyldu sbr. 8. gr. MSE þegar tekið er á tilvikum svo sem í *Akrich* þegar ekki er um málamyndahjónaband að ræða. Athuga verður að í dómur Evrópudómstólsins í máli *Metock*²⁸⁹ sneri þessu fordæmi. Þar er sérstaklega kveðið á um að ekki sé hægt að krefjast þess sem krafist er í *Akrich*, að maki verði að hafa dvalið löglega í aðildarríki til þess að geta dvalið í gistiríkinu sem aðstandandi rétthafans.²⁹⁰ Það er því ekki skilyrði að aðstandandi fylgi rétthafanum inn í landið. Tilskipunin veitir þó aðildarríkjunum varnagla, en í 27. gr. hennar er veitt heimild til brottvísunar vegna allsherjarreglu, almannaöryggis eða almannaheilbrigði. Eins og fram kom í kafla 4.5 hér að framan eru þetta eru ströng skilyrði og ekki beitt nema í alvarlegum tilvikum, þegar alvarleg ógn stafar af viðkomandi. Ef háttsemi viðkomandi réttlætir ekki beitingu úrræða 27. gr. hefur aðildarríkið heimild til þess að beita öðrum viðurlögum af meðalhófi sem standa þó ekki í vegi fyrir frjálsum fólksflutningum, sbr. *MRAX*.²⁹¹ Einnig er í 35. gr. tilskipunarinnar heimild til aðildarríkja til þess að neita einstaklingi um réttindi samkvæmt henni ef um misnotkun á réttindum er um að ræða eða svik, svo sem málamyndahjónaband.

Með 2. mgr. 3. gr. tilskipunar 2004/38/EB sem stuttlega var vikið að hér að framan, er aðildarríkjum veitt svigrúm til þess að meta hvort þau veiti öðrum aðstandendum en þeim sem taldir eru upp í 2. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar sama rétt til dvalar. Þeim ber að auðvelda komu og dvöl slíkra aðstandenda. Þeim ber ekki skylda til þess að veita þeim rétt samkvæmt tilskipuninni, þó svo að krafa 1. mgr. 3. gr. gefi það til kynna að aðildarríkjum beri að rökstyðja synjun á því að veita slíkum aðstandendum réttindi. Catherine Barnard túlkar þetta sem svo að meginreglan sé sú að þessir aðstandendur öðlist réttindi til dvalar.²⁹² Þeir sem um ræðir eru aðstandendur sem eru háðir framfærslu rétthafans eða þegar alvarlegar heilsufarsástæður valda því að viðkomandi þurfi persónulega umönnun rétthafans. Einnig er

²⁸⁷ Sjá dómsforsendur nr. 37 og 42-43 í *Jia*.

²⁸⁸ *EBD, mál C-109/01, ECR 2001, bls. I-9607. Akrich.*

²⁸⁹ *EBD, mál C-127/08, ECR 2008, bls. I-6241. Metock og aðrir.*

²⁹⁰ Sjá dómsforsendu nr. 58 í *Akrich*.

²⁹¹ Sjá 77. dómsforsendu, *EBD, mál C-459/99, ECR 2002, bls. I-6591. MRAX.*

²⁹² Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 418.

um að ræða einstakling sem er í sambandi/sambúð með réttshafanum og hefur fært nægilegar sönnur á því sbr. umfjöllun um sambúðarfólk hér að framan.

Ákvæði 2. mgr. 12. gr. er nýmæli í tilskipun 2004/38/EB, en það veitir þriðja ríkis aðstandendum rétt til áframhaldandi dvalar eftir andlát eða brottför réttshafans. Þegar um andlát réttshafans er að ræða missa þeir ekki rétt sinn til dvalar ef þeir hafa dvalið í landinu sem aðstandendur í að minnsta kosti eitt ár fyrir andlát hans. Til þess að öðlast varanlegan búseturétt þurfa þeir að sýna fram á að þeir séu launþegar eða sjálfstæðir atvinnurekendur, eða að þeir hafi nægilega framfærslu fyrir sig og fjölskyldu sína svo þeir verði ekki byrði á félagslega kerfi búseturíkisins á meðan á dvöl þeirra stendur, og að þeir hafi nægilega sjúkratryggingu. Ef þeir eru aðstandendur einstaklings sem uppfyllir þessi skilyrði og er þegar löglega búsettur í ríkinu geta þeir fengið rétt sem slíkir.

Í 23. gr. tilskipunar 2004/38/EB er kveðið á um að aðstandendur réttshafa óháð þjóðerni þeirra hafi rétt til þess að starfa sem launþegar eða sjálfstæðir atvinnurekendur í gistiríkinu. Þetta er nýmæli að því er snertir aðra aðstandendur en maka og börn á framfæri réttshafans. Aðstandendur réttshafa eiga að njóta réttar á við þau sem réttshafinn nýtur, hvað varðar félagsleg réttindi án mismununar á grundvelli þjóðernis, sbr. 1. mgr. 24. gr. tilskipunar 2004/38/EB.

Sú meginregla hefur gilt að réttindi aðstandenda eru leidd af réttarstöðu réttshafans og því hafa réttindi til aðstandenda fallið undir félagsleg réttindi réttshafans. Í athugasemdum í samanburðartöflu með tilskipun 2004/38/EB²⁹³ til skýringar á 1. mgr. 12. gr. kemur fram að stundum eiga aðstandendur sjálfstæðan rétt til dvalar, ef þeir uppfylla nauðsynleg skilyrði. Þar sem réttarstaða einstaklinga er ólík eftir því hver staða þeirra er, eða grundvöllur þess að þeir eigi rétt til dvalar, gildir það fyrirkomulag fyrir aðstandendur sem þeim er hagstæðara. Aðstandendur geta því átt sjálfstæðan rétt til fjárhagsaðstoðar og annara félagslegra réttinda óháð stöðu réttshafans. Þegar EES-útlendingar hafa dvalið í gistiríkinu löglega sem aðstandendur, en hagir þeirra breytast og þar af leiðandi staða þeirra samkvæmt tilskipuninni, geta þeir ennþá átt vissan viðbótarrétt sem leiðir af evrópska ríkisfanginu, sbr. til dæmis *Martinez Sala*²⁹⁴. Sá réttur ræðst meðal annars af tengslum við gistiríkið, lengd dvalar, tengslum við heimaríkið, fjölskylduhögum og fleiri sjónarmiðum, sem gerð hafa verið skil í kafla 4.6 hér að framan.²⁹⁵ Einnig verður að líta til 8. gr. MSE en bæði Mannréttindadómstóll Evrópu (hér á eftir nefndur MDE) og Evrópuþingdómstóllinn hafa haldið því fram að brottvísun

²⁹³ *Table of Correspondence between Directive 2004/38/EC and current EC legislation on free movement and residence of Union citizens within the EU.*

²⁹⁴ *EBD, mál C-85/96, ECR 1998, bls. I-2691.*

²⁹⁵ Sjá kafla 3.5 um evrópskt ríkisfang og kafla 4.6.1 um rétt til félagsþjónustu í Evrópurétti.

einstaklings frá ríki, þar sem nánir fjölskyldumeðlimir hans búa, geti brotið gegn friðhelgi fjölskyldu viðkomandi.²⁹⁶ Þar af leiðandi myndi slík brottvísun raska jafnvæginu milli sjónarmiðanna um óhóflega byrði og mannréttindum einstaklingsins, ef viðkomandi einstaklingur hefur dvalið í gistiríkinu í mörg ár og hefur lítil tengsl við heimaríki sitt, og aðildarríkið gæti séð sig knúð til þess að viðurkenna raunverulegan rétt viðkomandi til dvalar.²⁹⁷

5.3.1.1 Sérreglur sem gilda um aðstandendur launþega

Aðstandendur launþega eiga rétt á framfærslustuðningi vegna náms eða starfsþjálfunar í formi námsstyrkja eða námslána þó þeir séu ekki komnir með varanlegan dvalarrétt samkvæmt 2. mgr. 24. gr. tilskipunar 2004/38/EB.

Í 12. gr. reglugerðar 1612/68/EB er börnum EES-útlendinga sem eru, eða hafa verið launþegar í gistiríkinu, veittur réttur á almennri skólagöngu í því ríki, námsvist og starfsþjálfunarnámskeiðum með sömu skilyrðum og ríkisborgarar þess ríkis, að því tilskildu að börnin dveljist þar. Þetta ákvæði var ekki fellt út úr reglugerðinni með tilkomu tilskipunar 2004/38/EB. Evrópudómstóllinn hefur komist að þeirri niðurstöðu að barn geti í tengslum við rétt sinn til aðgangs að menntastofnunum átt sjálfstæðan rétt til dvalar í gistiríkinu.²⁹⁸ Af þessu leiðir að þegar barn hefur öðlast rétt til aðgangs að menntastofnunum vegna búsetu í gistiríkinu viðheldur barnið þeim rétti, og samkvæmt orðalagi ákvæðisins á þetta við um börn launþega og fyrrum launþega í gistiríkinu. Þar af leiðandi getur foreldi slíks barns sótt rétt til dvalar í gistiríkinu á grundvelli 12. gr. reglugerðar 1612/68/EB án þess að þurfa að uppfylla skilyrði tilskipunar 2004/38/EB.²⁹⁹ Lögsögumaðurinn Mazák (e. advocate general) heldur því fram í álitinu sínu í máli *Ibrahim*³⁰⁰ að 3. mgr. 12. gr. tilskipunar 2004/38/EB þrengi ekki rétt barna launþega og fyrrum launþega til dvalar, heldur styrki sambærilegan rétt barna annarra réttthafa samkvæmt tilskipuninni til þess að halda áfram námi sínu við vissar kringumstæður.³⁰¹

Í dómi Evrópudómstólsins í máli *Lebon*³⁰² var komist að þeirri niðurstöðu að þegar barn launþega hefur náð tuttugu og eins árs aldri og er ekki lengur á framfæri launþegans, er ekki lengur hægt að líta á fjárhagsstuðning til barnsins sem fjárhagsstuðning til launþegans

²⁹⁶ Michael Dougan og Eleanor Spaventa: „Educating Rudy and the (non-)English patient“, bls. 710-711. Í neðanmálgrein nr. 51 á bls. 711 eru nefnd dæmi úr dómaframkæmd MDE og Evrópudómstólsins.

²⁹⁷ Michael Dougan og Eleanor Spaventa: „Educating Rudy and the (non-)English patient“, bls. 711.

²⁹⁸ Sjá forsendu nr. 35 í dómi *EBD, mál C-310/08, ECR 2010, bls. 00000. Ibrahim*. Sjá einnig *Baumbast*.

²⁹⁹ Sjá forsendu nr. 50 í *Ibrahim*.

³⁰⁰ Álit Mazák frá 20. október 2008 í máli *C-310/08*. Sjá forsendu nr. 32.

³⁰¹ Sjá einnig *EBD, mál C-480/08, ECR 2010, bls. 00000. Teixeira*.

³⁰² *EBD, mál C-316/85, ECR 1987, bls. 281. Lebon*.

samkvæmt 7. gr. reglugerðar 1612/68/EB.³⁰³ Barnið gæti því ekki lengur byggt á 7. gr. reglugerðarinnar, en gæti átt sjálfstæðan rétt á grundvelli tilskipunar 2004/38/EB og tengsla við gæstiríkið.

5.3.2 Í íslenskum rétti

Aðstandendur EES-útlendings, sem dvelja löglega hér á landi skv. 1. mgr. 36. gr. útl., hafa sama rétt og rétthafinn til dvalar hérlendis, sbr. 1. mgr. 37. gr. útl. Þeim ber að skrá sig ef þeir hyggjast dveljast lengur en í þrjá mánuði. Ef um þriðja ríkis aðstandendur er að ræða ber þeim að sækja um dvalarskírteini innan þriggja mánaða skv. 4. mgr. 37. gr. útl. Ef rétthafinn hefur fengið skráningarvottorð eiga aðstandendur hans einnig sama rétt. Ef rétthafinn er launþegi er skilyrði sett í 2. mgr. 72. gr. rgl. útl. að hann hafi yfir að ráða húsnæði til þess að aðstandendur hans geti fengið skráningarvottorð. Þetta ákvæði rgl. útl. er úrelt eftir innleiðingu á tilskipun 2004/38/EB en það er byggt á 10. gr. reglugerðar 1612/68/EB sbr. lög nr. 47/1993, en ákvæði 10. gr. var felld niður með tilskipuninni. Eins og fram hefur komið á eftir að endurskoða rgl. útl. eftir tilkomu tilskipunar 2004/38/EB.

Í 2. mgr. 7. gr. útl. eru þeir taldir upp sem teljast aðstandendur rétthafa samkvæmt 1. mgr. 36. gr. og hafa rétt til dvalar skv. 1. mgr. 37. gr.

- a. Maki, sambúðarmaki eða samvistarmaki,
- b. Niðji útlendings, sem dvelur hér á landi skv. 1. mgr. 36. gr., og/eða maka hans, ef niðjinn er yngri en 21 árs eða á framfæri viðkomandi,
- c. Ættmenni útlendings, sem dvelur hér á landi skv. 1. mgr. 36. gr., eða maka hans, í beinan legg og á framfæri viðkomandi.

Á eyðublaði Þjóðskrár til skráningar samkvæmt 36. og 37. gr. útl., er maki skilgreindur sem einstaklingur sem getur sýnt fram á hjúskap, staðfesta samvist eða sambúð með gögnum frá heimaríkinu. Á Íslandi veitir því óvígð sambúð rétt á búsetu ef hún telst sönnuð. Við skráningu barns inn í landið er krafist fæðingar- og forsjárvottorða og samþykki þess foreldris sem ekki flytur með barninu til landsins. Við skráningu barna yfir tuttugu og eins árs eða foreldra rétthafans er skyldleikavottorðs krafist og staðfestingu á framfærslu. Staðfestingu á framfærslu ber að skilja sem skilyrði um að rétthafinn geti framfleitt viðkomandi aðstandanda. Þegar um þriðja ríkis aðstandendur er að ræða sækja þeir um dvalarskírteini til Útlendingastofnunar, og þar er krafist, auk gagna um skyldleika, samanber þau sem Þjóðskrá krefst af aðstandendum sem eru EES-útlendingar, ljósrits úr vegabréfi og myndatöku.³⁰⁴ Að

³⁰³ Paul Craig og Gráinne deBúrca: *EU law*, bls. 781.

³⁰⁴ Eyðublaðið er einfalt og má finna á þessari vefslóð:
http://www.utl.is/media/stofnunin/eydublod/Skraningarblad_utan_EES.pdf.

auki er þess krafist að EES-útlendingurinn, sem þriðja ríkis aðstandandinn fylgir, hafi fengið skráningu hjá Þjóðskrá svo hægt sé að sýna fram að rétt hans til dvalar á landinu.

Í 3. mgr. 72. gr. rgl. útl. kemur fram að ef framfærsla er tryggð megi einnig veita öðrum aðstandendum dvalarskírteini ef þeir eru á framfæri launþega, eða hafa haldið heimili með honum í heimalandinu, og leggja fram gögn því til staðfestingar. Eins og fram hefur komið hér að framan er 72. gr. rgl. útl. byggð á 10. gr. reglugerðar 1612/68/EB sem var felld niður með tilskipun 2004/38/EB, sbr. lög nr. 47/1993. Þó ber að athuga að 2. mgr. 3. gr. tilskipunar 2004/38/EB er byggð á 10. gr. reglugerðar 1612/38/EB. Með 2. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar er aðildarríkjum gert að auðvelda öðrum aðstandendum EES-útlendinga en þeim sem sérstaklega eru tilgreindir, komu og dvöl.³⁰⁵ Í a-lið eru nefndir aðstandendur sem eru á framfæri eða héldu heimili með rétthafanum í heimaríkinu, eða þegar alvarlegar heilsufarsástæður valda nauðsyn þess að rétthafinn annist viðkomandi persónulega. Í b-lið er nefndur maki sem nægilega hefur verið sannað að rétthafinn á í varanlegu sambandi við. Því ber að telja að 3. mgr. 72. gr. rgl. útl. sé enn gild og skuli skýrð í samræmi við núgildandi ákvæði tilskipunar 2004/38/EB, þó svo að æskilegt sé að reglugerðin sé endurskoðuð til innleiðingar á tilskipuninni, einkum til þess að skýra rétt rétthafa sem ekki hafa stöðu launþega í innlendum rétti.

Réttur aðstandenda rétthafa til félagsþjónustu sveitarfélaga leiðir af rétti rétthafans til jafnræðis á við innlenda ríkisborgara hverju sinni. Vísa má um það til 4. gr. EES-samningsins um bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs á gildissviði samningsins og sértækari reglna um frjálsa för ólíkra hópa rétthafa, auk 13. gr. félagsþjónustulaga þar sem tryggt er að allir þeir sem eiga lögheimili í viðkomandi sveitarfélagi geta leitað til þess sveitarfélags um þjónustu og aðstoð þegar þess gerist þörf. Um aðstandendur launþega gilda síðan sérreglur 28. gr. EES-samningsins um frjálsa för fólks og bann við mismunun og ákvæði reglugerðar 1612/68/EB sem fjallað er um í kafla 5.2 hér að framan um launþega. Athuga verður að þrátt fyrir skilgreiningu útl. og rgl. útl. á aðstandendum sem eiga rétt til dvalar hér á landi með rétthafa skv. 1. mgr. 36. gr. útl., er ekki sama skilgreining á fjölskyldu í 11. gr. leiðbeiningarreglna um fjárhagsaðstoð sveitarfélaganna.³⁰⁶ Í skýringum með 11. gr. kemur fram að aðstandendur séu skilgreindir sem maki eða sambúðaraðili og börn sem eru á framfæri viðkomandi. Rétthafi getur því ekki sóst eftir fjárhagsaðstoð til framfærslu foreldra

³⁰⁵ Athuga að 2. mgr. 3. gr. tilskipunar 2004/38/EB tekur til allra rétthafa samkvæmt 1. gr. 7. gr. hennar en ekki eingöngu launþega eins og 72. gr. rgl. útl.

³⁰⁶ Félagsmálaráðuneytið: „Leiðbeiningar um reglur um fjárhagsaðstoð sveitarfélaga, sbr. 21. gr. laga um félagsþjónustu sveitarfélaga, nr. 40/1991, með síðari breytingum.“

sinna, en þessari reglu er beitt án mismununar á grundvelli þjóðernis og er því í samræmi við skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum.

Það er álitamál að hvaða marki réttur aðstandanda til dvalar er tryggður að íslenskum rétti, þegar aðstæður viðkomandi hafa breyst, t.d. vegna skilnaðar, andláts eða brottfarar rétthafans. Reglur 12. gr. tilskipunar 2004/38/EB um viðhald dvalarréttar aðstandenda við andlát eða brottför hafa til að mynda ekki verið innleiddar inn í íslenskan rétt, en þær eru nýmæli í tilskipuninni. Það stendur líklega til að setja slíkar reglur þar sem dómsmálaráðherra er veitt reglugerðarheimild í 5. mgr. 37. gr. til þess að setja nánari reglur um dvöl aðstandenda og þar á meðal um skilyrði fyrir dvöl þeirra hér á landi og í 5. mgr. 39. gr. útl. til þess að setja nánari reglur um skilyrði fyrir ótímabundinni dvöl EES-útlendinga og aðstandenda þeirra. Í 1. mgr. 12. gr. tilskipunar 2004/38/EB er fjallað um rétt aðstandenda sem eru EES-útlendingar til áframhaldandi dvalar. Þó er skilyrði sett um að viðkomandi uppfylli þau skilyrði sem sett eru fyrir dvöl EES-útlendinga í öðrum aðildarríkjum³⁰⁷ svo þeir öðlist rétt til ótímabundinnar dvalar. Hins vegar er í 2. mgr. 12. gr. tilskipunarinnar mælt fyrir um rétt þriðja ríkis aðstandenda sem er þó háður skilyrðum sem talin voru upp í kafla 5.3.1 hér að framan. Í ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar þar sem tilskipunin var felld inn í EES-samninginn³⁰⁸ er tekið fram, að þó svo að ákvæði samningsins taki ekki til ríkisborgara utan EES-svæðisins eigi aðstandendur frá ríkjum utan EES-svæðisins að njóta tiltekinna afleiddra réttinda. Í dæmaskyni er 2. mgr. 12. gr. nefnd. Það væri æskilegt að reglur 12. gr. tilskipunarinnar verði teknar upp í íslenskan rétt þar sem íslenska ríkið hefur skuldbundið sig til þess að veita þessi réttindi samkvæmt EES-samningnum. Í 77. gr. rgl. útl. er að finna reglur um áframhaldandi dvalarrétt aðstandenda launþega (og sambærilega reglu um aðstandendur sjálfstæðra atvinnurekenda má finna í 83. gr. rgl. útl) en um launþega standa óbreyttar reglur reglugerðar 1251/70/EB í ákvæðum 74. – 82. gr. rgl. útl. Eins og fram hefur komið hér að framan var sú reglugerð felld úr gildi í Evrópusambandinu með reglugerð 635/2006/EB og felld úr EES-samningnum með ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 158/2007. Þar af leiðandi er vafamál hvort hægt sé að beita þeim fyrr en ákvæði tilskipunar 2004/38/EB verða innleidd í íslenskan rétt. Því er nú hvergi í innlendri löggjöf að finna ákvæði sem gilda um áframhaldandi rétt aðstandenda rétthafa við skilnað eða andlát eða brottför hans. Úr þessu verður að bæta þar sem íslenska ríkið er skuldbundið með EES-samningnum til þess að veita þennan rétt.

³⁰⁷ 1. mgr. 7. gr. tilskipunar 2004/38/EB og 1. mgr. 36. gr. útl.

³⁰⁸ Ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 158/2007, 10. tl., bls. 19.

Með 1. mgr. 1. gr. a. laga nr. 47/1993 um frjálsa för launþega sbr. 19. gr. laga nr. 78/2008 um atvinnuréttindi útlendinga ofl. er tryggt að aðstandandi EES-útlendings sem dvelur löglega hér á landi eigi rétt til að ráða sig til starfa eða vera sjálfstætt starfandi á íslenskum vinnumarkaði óháð þjóðerni. Þetta ákvæði er sett til innleiðingar á 23. gr. tilskipunar 2004/38/EB.³⁰⁹

Í 3. mgr. 12. gr. tilskipunar 2004/38/EB er mælt fyrir um rétt barna réttmæta til dvalar við brottför hans eða andlát, og þess foreldris sem hefur forræði yfir þeim óháð þjóðerni, ef að börnin eru búsett í gistiríkinu og eru skráð í menntastofnun til þess að nema í ríkinu þangað til námi þeirra er lokið. Sérregla gildir um börn launþega sbr. 12. gr. reglugerðar 1612/68/EB sbr. lög nr. 47/1993, en um hana er fjallað í kafla 5.3.1.1 hér að framan. Í 3. mgr. 5. gr. laga um grunnskóla nr. 91/2008 (hér eftir nefnd grunnskólalög) er sú skylda lögð á sveitarfélög að tryggja skólavist barna með lögheimili í sveitarfélaginu. Þá kveður 4. mgr. 5. gr. grunnskólalaga á um að liggi ekki fyrir ákvörðun stjórnvalds um lögheimili barns skuli sveitarstjórn kveða á um skólaskyldu þess, enda búi barnið í sveitarfélaginu og leitað hafi verið eftir innritun þess í skóla, sbr. 19. gr. (um að foreldrar beri ábyrgð á námi barna sinna). Synjun sveitarstjórnar er kæránleg eftir fyrirmælum 47. gr. og í úrskurði getur menntamálaráðuneytið lagt fyrir sveitarfélag að tryggja barni skólavist innan sveitarfélagsins. Í athugasemdum með ákvæðinu í frumvarpi því er varð að grunnskólalögum kemur fram, að ef aðstæður eru með þeim hætti að barn dveljist í sveitarfélagi og hefur hafið skólagöngu eða verið innritað án þess að hafa skráð lögheimili, ber sveitastjórn að mæla fyrir um skólaskyldu þess. Þetta er gert til þess að reyna að tryggja að þau börn sem sannanlega dveljast hér á landi og lögboðin skólaskylda nær til geti gengið óhindrað í skóla. Þannig er leitast við að uppfylla alþjóðlegar skuldbindingar íslenska ríkisins. Sérstaklega er vísað til umfjöllunar umboðsmanns Alþingis í máli nr. 4838/2006.³¹⁰ Synji sveitastjórn barni um skólavist á þeirri forsendu að það hafi ekki lögheimili hér á landi verður slíkri ákvörðun skotið til menntamálaráðherra.³¹¹

Athugun umboðsmanns Alþingis í máli nr. 4838/2006³¹² snerist um það að heimild barna EES-útlendinga til skólavistar hér á landi var bundin útgáfu kennitölu og dvalarleyfis, og vegna tafa á veitingu dvalarleyfa hjá Útlendingastofnun og skráningar lögheimilis hjá Þjóðskrá fengu börn sem biðu skráningar ekki inni í grunnskólum, þó þau hefðu í reynd

³⁰⁹ Sjá greinargerð með frumvarpi því er varð að lögum nr. 78/2008, þskj. 573, 135. lögþ. 2007-08, bls. 37-38 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

³¹⁰ UA 2. nóvember 2006 (4838/2006).

³¹¹ Þskj. 319, 135. lögþ. 2007-2008, bls. 28 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

³¹² UA 2. nóvember 2006 (4838/2006).

búsetu hér á landi. Samkvæmt Evrópurétti³¹³ eiga launþegar og aðstandendur þeirra sjálfstæðan rétt til dvalar óháð útgáfu dvalarleyfis.

Eins og fram hefur komið hér á framan fylgir réttur aðstandenda EES-útlendinga þeim rétti sem viðkomandi rétthafi nýtur. Samkvæmt 13. gr. laga um um LÍN eiga aðstandendur launþega og sjálfstæðra atvinnurekenda rétt á námslánnum til jafns við innlenda borgara. Samkvæmt 3. mgr. 13. gr. laga um LÍN öðlast aðrir EES-útlendingar og aðstandendur þeirra slíkan rétt eftir að hafa öðlast rétt til ótímabundinnar dvalar, en við ákvörðun má taka mið af tengslum við íslenskt samfélag eða vinnumarkað. Samkvæmt greinargerð með frumvarpi því er varð að lögum nr. 89/2008 um breyting á lögum um LÍN³¹⁴ kemur fram að ákvæði 3. mgr. 13. gr. byggir á niðurstöðu Evrópudómstólsins í *Bidar*³¹⁵ þar sem krafa er gerð um ákveðin tengsl viðkomandi við samfélagið til þess að koma í veg fyrir að innkoma þeirra valdi erfiðleikum í námslánakerfi þess ríkis sem um ræðir.

5.4 Réttarstaða sjálfstæðra atvinnurekenda og einstaklinga sem flytjast á milli ríkja til þess að veita eða þiggja þjónustu og aðstandenda þeirra

5.4.1 Í Evrópurétti

Það má líkja 45. gr. Rs. (áður 39. gr.) um launþega við 49. gr. Rs. (áður 43. gr.) um staðfesturétt, þar sem bæði ákvæðin krefjast jafnræðis fyrir einstaklinga sem hafa nýtt sér rétt sinn til frjálsrar farar. Munurinn á þeim er þó sá að annar hópurinn eru launþegar en hinir sjálfstæðir atvinnurekendur. 49. gr. Rs. (áður 43. gr.) veitir sjálfstæðum atvinnurekendum staðfesturétt í öðrum ríkjum. Sjálfstæðir atvinnurekendur eru ekki skilgreindir í Rs. en í *Jany*³¹⁶ útskýrði Evrópudómstóllinn að sjálfstæðir atvinnurekendur starfi utan vinnusambands, þeir bera áhættuna á því hversu vel reksturinn gengur, og þeim er greitt beint og að fullu.³¹⁷ *Jany* varðaði tékkneskar og pólskar vændiskonur sem störfuðu í Hollandi og gefur til kynna að 49. gr. Rs. (áður 43. gr.) veitir víðtækum hópi einstaklinga sem eru efnahagslega virkir vernd sem sjálfstæðir atvinnurekendur.

Sjálfstæðir atvinnurekendur njóta sama aðgangs að félagslegum réttindum og launþegar.³¹⁸ Um sjálfstæða atvinnurekendur gilda 18. gr. Rs. (áður 12. gr.) og bann við mismunun í 49. gr. Rs. (áður 43. gr.), auk 24. gr. tilskipunar 2004/38/EB. Því ber að veita

³¹³ Sjá *EBD, mál C-48/75, ECR 1976, bls. 497. Royer*. Sjá einnig nógildandi 25. gr. tilskipunar 2004/38/EB.

³¹⁴ Þskj. 846, 135. lögb. 2007-08, bls. 3 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

³¹⁵ *EBD, mál C-209/03, ECR 2005, bls. I-2119. Bidar*.

³¹⁶ *EBD, mál C-268/99, ECR 2001, bls. I-8615. Jany*.

³¹⁷ Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 308. *Jany* fjallaði um tékkneskar og pólskar vændiskonur sem störfuðu í Hollandi og gefur til kynna að 43. gr. býður upp á mjög víðtæka túlkun á sjálfstæðum atvinnurekstri.

³¹⁸ Henrik Bull: „Market freedoms: challenges to social security and welfare policy“, bls. 82.

sjálfstæðum atvinnurekendum sömu réttindi og veitt eru launþegum, sbr. umfjöllun í kafla 5.2 hér að framan, enda eru sjálfstæðir atvinnurekendur ekki síður fjárhagslega virkir í gistiríkinu en launþegar.

Munurinn á þeim sem flytjast á milli aðildarríkja sem sjálfstæðir atvinnurekendur og þeirra sem flytjast til þess að veita eða þiggja þjónustu er varanleiki dvalar viðkomandi. Staðfesturétturinn tekur til stöðugrar og varanlegrar efnahagslegrar virkni og til þess þegar starfsstöð hefur verið sett á fót í gistiríkinu, en eðli dvalar þjónustuveitenda og þiggjenda þjónustu er tímabundið.³¹⁹ Þar af leiðandi, ef dvöl þeirra breytist úr tímabundinni dvöl yfir í varanlegri dvöl, koma þeir til með að falla undir reglurnar um sjálfstæða atvinnurekendur.³²⁰

Með réttinum til þess að þiggja þjónustu er nauðsynlegt að viðkomandi hafi frelsi til flutninga sbr. *Luisi og Carbone*,³²¹ þar sem fram kom að frelsi til að veita þjónustu felur í sér frelsi fyrir þann sem þjónustu þiggur, að fara til annars aðildarríkis til þess að þiggja þjónustu þar, án þess að takmarkanir hindri för þeirra, meðal annars takmarkanir sem tengjast greiðslum. Ferðamenn, einstaklingar sem þiggja heilbrigðisþjónustu og einstaklingar sem ferðast vegna menntunar eða viðskipta eru þiggjendur þjónustu.³²² Þjónusta verður að vera efnahagsleg í eðli sínu og því veitt fyrir endurgjald til þess að falla undir reglur um þjónustu.

Sama gildir um þjónustu og sjálfstæðan atvinnurekstur að þrátt fyrir að reglugerð 1612/68/EB taki ekki beint til þeirra sem veita þjónustu, getur 56. gr. Rs. (áður 49. gr.) bannað takmörkun á félagslegum réttindum. Í dómi sínum í *Italian housing* málinu kvað Evrópudómstóllinn svo á að ekki sé hægt að greina á milli ólíkra forma staðfestu, og ekki sé réttlætjanlegt að útiloka þjónustuveitendur frá grundvallarréttinum um jafnræði á við innlenda borgara.³²³ Í *Cowan*³²⁴ var breskum ferðamanni í Frakklandi neitað um opinberar bætur sem veittar voru fórnalömbum ofbeldisbrota og stóð innlendum borgurum og íbúum ríkisins til boða. Evrópudómstóllinn vísaði til almennrar jafnræðisreglu 18. gr. Rs (áður 12. gr.) og *Luisi og Carbone* dómsins til þess að rökstyðja að ferðamenn féllu undir vernd 56. gr. Rs. (áður 49. gr.) sem þiggjendur þjónustu.

Fyrir þá þjónustuveitendur sem fara til annars aðildarríkis í allt að þrjú mánuði gildir 6. gr. tilskipunar 2004/38/EB á sama hátt og fyrir aðra innflytjendur, en þeir sem veita þjónustu yfir lengra tímabil heyra ekki beint undir tilskipunina.³²⁵ Eins og fram hefur komið er 24. gr.

³¹⁹ Paul Craig og Gráinne deBurca: *EU law*, bls. 792-793.

³²⁰ *EBD, mál C-205/84, ECR 1986, bls. 3755. Tryggingarþjónusta.*

³²¹ *EBD, mál C-286/82 og 26/83, ECR 1984, bls. 377. Luisi og Carbone.*

³²² Sjá dómsforsendu 16 í *EBD, máli C-286/82 og 26/83, ECR 1984, bls. 377. Luisi og Carbone.*

³²³ Sjá dómsforsendu 19 í *EBD, mál C-63/86, ECR 1988 bls. 29. Ítalskt húsnæði.*

³²⁴ *EBD, mál C-186/87, ECR 1989, bls. 195. Cowan.*

³²⁵ Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 368.

tilskipunar 2004/38/EB jafnræðisregla fyrir EES-útlendinga sem dveljast í gistiríki, en þegar um einstakling er að ræða sem dvelur tímabundið til þess að veita eða þiggja þjónustu þykir líklegt að viðkomandi þurfi að sýna fram á tengsl milli eðlis og tilgangs hinnar tímabundnu dvalar og eðlis þeirra félagslegu réttinda sem sóst er eftir.³²⁶ Þó má ekki gleyma þeirri vernd sem 18. og 56. gr. Rs. (áður 12. og 49. gr.) veita, en í ljósi þess að samsvarandi ákvæði 7. gr. reglugerðar 1612/68/EB vantar fyrir þennan hóp, hefur dómstóllinn túlkað 56. gr. (áður 49. gr.) þannig að hún krefjist jafnræðis varðandi þá skilmála og takmarkanir sem gilda um þjónustuna sem veitt er eða þáð, og jafnræðis hvað varðar félagsleg réttindi og skattalegar ívilnanir.³²⁷ Auk *Cowan* má nefna *Framkvæmdastjórnin gegn Spáni*³²⁸ þar sem Evrópudómstóllinn hafnaði beitingu á spænski löggjöf sem mælti fyrir um ókeypis aðgang að ríkisreklam sölum fyrir Spánverja og útlendinga með búsetu á Spáni en ekki fyrir ferðamenn.

Samkvæmt tilskipun 2004/38/EB má búseturíkið krefjast þess við skráningu að sjálfstæður atvinnurekandi framvísi gildum persónuskilríkjum eða vegabréfi og staðfestingu um að þeir séu sjálfstæðir atvinnurekendur sbr. 3. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar.

Aðstandendur, sbr. skilgreining sú á aðstandendum sem fram kom kafla 5.3 um aðstandendur launþega hér að framan, eiga tilkall til sambærilegs réttar og EES útlendingurinn sem þeir fylgja. Því vísast til framangreindrar umfjöllunar.

5.4.2 Í íslenskum rétti

Í b-lið 1. mgr. 36. gr. er EES-útlendingum veittur réttur til dvalar hér á landi lengur en í þrjá mánuði ef þeir ætla að stunda sjálfstæða atvinnustarfsemi hér á landi eða veita eða þiggja hér þjónustu. Á eyðublaði Þjóðskrár fyrir skráningu EES-útlendinga er gerð krafa um að atvinnurekendur skili vottorði úr fyrirtækjaskrá RSK, þar sem fram kemur eðli starfseminnar en krafist verði viðbótargagna eftir eðli starfseminnar. Samkvæmt svörum við fyrirspurnum til Þjóðskrár er þetta skilyrði sett til þess að koma í veg fyrir misnotkun á ákvæðinu og til þess að sannreyna að um raunverulega atvinnustarfsemi sé að ræða. Ef einstaklingar (hvort sem þeir hafa lögheimili á Íslandi eða ekki) stofna einkahlutafélag eða hlutafélag gefur fyrirtækjaskrá út vottorð um skráningu félagsins. Einstaklingar í atvinnurekstri skrá sig á virðisaukaskattskrá og/eða launagreiðendaskrá hjá RSK-skattstofu. Þjóðskrá kannast ekki við að einstaklingar sem hyggja á sjálfstæðan atvinnurekstur lendi í vandræðum vegna íþyngjandi skilyrða fyrirtækjaskrár, enda reynir ekki mikið á þessa réttarstöðu hér á Íslandi.

³²⁶ Paul Craig og Gráinne deBúrca: *EU law*, bls. 826.

³²⁷ Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 388. Hún vísar til *Cowan*.

³²⁸ *EBD, mál C-45/93, ECR 1994, bls. I-911. Framkvæmdastjórnin gegn Spáni.*

Í 2. mgr. 71. gr. rgl. útl. er fjallað um skilyrði dvalarleyfis skv. b-lið 36. gr. útl. en athuga verður að með tilkomu tilskipunar 2004/38/EB sbr. lög 86/2008 um breyting á útl. er EES-útlendingum ekki lengur veitt dvalarleyfi enda hafa þeir rétt til dvalar skv. EES-samningnum. Ákvæðið kveður á um að viðkomandi einstaklingur verði að leggja fram gögn sem sýna fram á að hann muni stunda sjálfstæða atvinnustarfsemi í landinu, svo sem upplýsingar um virðisaukaskattsnúmer og að hann stefni að varanlegri starfsemi. Framangreindur b-liður 36. gr. útl. tekur einnig til EES-útlendinga sem ætla að veita eða þiggja hér þjónustu. Samkvæmt eyðublaði Þjóðskrár ber þjónustuveitendum að leggja fram skjal frá þjónustubeiðanda, þar sem fram kemur lýsing á verkinu, hversu langan tíma það taki og hvernig greiðslu fyrir það skuli háttáð. Þiggjendur þjónustu þurfa að leggja fram skjal frá þeim sem þeir sækja þjónustu til, þar sem fram kemur lýsing á þjónustunni, hversu langan tíma hún taki og að greitt hafi verið fyrir hana. Krafa um þessi skjöl samræmist þeim skilyrðum sem sett eru fyrir dvöl þjónustuveitenda og þiggjenda í 2. mgr. 71. gr. rgl. útl., það er að segja kröfunni um að þjónustan sé látin í té í því skyni að afla tekna/að greitt hafi verið fyrir hana og ákveðin tímamörk séu sett fyrir þjónustunni vegna tímabundins eðlis þjónustunnar.

Ef EES-útlendingur uppfyllir skilyrði til löglegrar dvalar á Íslandi sem sjálfstæður atvinnurekandi, þjónustuveitandi eða þiggjandi þjónustu ber að veita honum sama aðgang að félagslegum réttindum og launþegum, sbr. 31. gr. EES-samningsins um staðfesturétt sem samsvarar 49. gr. Rs. (áður 43. gr.) og 37. gr. EES-samningsins samanber 56. gr. Rs. (áður 49. gr.). Þetta er tryggt hér á landi þar sem viðkomandi EES-útlendingar hafa lögheimili á grundvelli skráningar inn í landið. Ólíklegt er að á fjárhagsaðstoð reyni í tilviki þjónustuveitenda og þiggjenda þjónustu vegna tímabundins eðlis dvalar þeirra.

Erfitt getur reynst að afmarka hóp þjónustuveitenda og þiggjenda þjónustu og þeir geta fallið undir aðra réttarstöðu samkvæmt tilskipun 2004/38/EB og útl., til dæmis gætu þeir fallið undir ákvæði um einstaklinga með trygga framfærslu. Því má veita athygli að í útl. eru þjónustuveitendur og þiggjendur þjónustu sérstaklega nefndir með sjálfstæðum atvinnurekendum og er þannig í raun veittur betri réttur en samkvæmt tilskipun 2004/38/EB. Samkvæmt 29. tölulið aðfaraorða tilskipunarinnar skal hún ekki hafa áhrif á innlendar reglur sem veita betri rétt, og gerir hún því ráð fyrir slíku.

Aðstandendur þessa hóps rétthafa hafa rétt til dvalar hér á landi skv. 1. mgr. 37. gr. og vísast til skilgreiningar og umfjöllunar um aðstandendur í kafla 5.2 hér að framan og þeirra sérreglna um aðstandendur launþega sem fjallað er um í þeim kafla. Aðstandendur sjálfstæðra atvinnurekenda og þjónustuveitenda og þiggjenda þjónustu draga rétt af stöðu þeirra, og hafa því sambærilegan aðgang að félagslegum réttindum.

5.5 Réttarstaða einstaklinga með framfærslueyri og aðstandenda þeirra

5.5.1 Í Evrópurétti

Samkvæmt b-lið 1. mgr. 7. gr. tilskipunar 2004/38/EB eiga einstaklingar með nægilega framfærslu fyrir sjálfan sig og aðstandendur sína til þess að verða ekki byrði á félagslega kerfi búseturíkisins á dvalartíma og njóta sjúkratryggingar rétt til dvalar í gistiríkinu lengur en í þrjá mánuði. Einstaklingar með eigin framfærslu heyrðu upphaflega undir tilskipun 90/364/EB og einstaklingar með ellilífeyri heyrðu undir tilskipun 90/365/EB sem felldar voru niður með tilkomu tilskipunar 2004/38/EB.

Samkvæmt 4. mgr. 8. gr. tilskipunar 2004/38/EB mega aðildarríkin ekki festa þá lágmarksupphæð sem þeir líta á sem nægilega framfærslu. Þau eiga að taka til greina persónulegar aðstæður hvers og eins og aldrei má ætlast til þess að viðkomandi hafi hærri framfærslueyri en þann sem er lágmarksviðmið hjá félagsþjónustunni hverju sinni. Evrópudómstóllinn hefur staðfest í dómaframkvæmd að aðildarríkjunum sé heimilt að gera nauðsynlegar athuganir á því hvort framfærslueyririnn sé til staðar, upphæð hans og aðgang að honum.³²⁹

Samkvæmt 3. mgr. 14. gr. tilskipunar 2004/38/EB má ekki vísa einstaklingi sjálfkrafa úr gistiríkinu vegna þess eins að hann leiti til félagsþjónustu þess sbr. *Grzelczyk*³³⁰, en gistiríkið verður að sýna fram á að viðkomandi sé óhófleg byrði á félagslegu kerfi þess. *Baumbast*³³¹ fjallaði um einstakling með eigin framfærslueyri, en Baumbast var Þjóðverji sem dvaldi í Bretlandi með fjölskyldu sinni. Hann var ekki lengur launþegi í Bretlandi þar sem hann starfaði í öðru ríki, en fjölskyldan var ekki háð framfærslu frá gistiríkinu og þau voru með sjúkratryggingu í Þýskalandi og ferðuðust þangað þegar þau þurftu á heilbrigðisþjónustu að halda. Sjúkratryggingin innihélt þó ekki tryggingu fyrir bráðatilvikum sem yrði að veita meðferð við í Bretlandi. Þar af leiðandi var þeim synjað um endurnýjun dvalarleyfis. Dómstóllinn lagði áherslu á að túlka bæri ákvæði þágildandi tilskipunar 90/364/EB með hliðsjón af 21. gr. Rs. (áður 18. gr.) og með tilliti til meðalhófs. Þar sem Baumbast uppfyllti öll þau skilyrði sem hún setti, þá var það ekki í samræmi við meðalhóf að neita honum um dvöl, eingöngu vegna þess að hann hafði ekki bráðatilvikatryggingu.³³² Niðurstaðan réðst því af beitingu 21. gr. Rs. (áður 18. gr. Rs.) samhliða tilskipun 90/364/EB.

³²⁹ Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 487 og EBD, mál C-408/03, ECR 2006, bls. I-2647. *Portúgalskir innflytjendur*.

³³⁰ EBD, mál C-184/99, ECR 2001, bls. I-6193. *Grzelczyk*.

³³¹ EBD, mál C-413/99, ECR 2002, bls. I-7091. *Baumbast*.

³³² Sjá reifun í Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 489-490.

Í *Chen*³³³ og *portúgölsku innflytjendum*³³⁴ kvað Evrópudómstóllinn á um að tilskipun 2004/38/EB takmarkaði ekki hvaðan framfærslan er upprunnin, nægilegt er að viðkomandi einstaklingur hafi nægilega framfærslu og engin krafa er gerð um tengsl einstaklingsins við þann sem sér um framfærslu hans.

Í ofangreindum dómum hefur dómstóllinn lagt mikla áherslu á evrópskt ríkisfang þeirra einstaklinga sem um ræddi, sbr. 21. gr. Rs. (áður 18. gr.) og 18. gr. Rs. (áður 12. gr.) sbr. 20. gr. Rs. (áður 17. gr.). Niðurstöðurnar réðust þó einnig af sjónarmiðum um fjárhagslega byrði og meðalhóf. Einstaklingar með eigin framfærslu geta því byggt á 24. gr. tilskipunar 2004/38/EB auk sjónarmiða um fjárhagslega byrði og meðalhóf til þess að krefjast félagslegra réttinda í gistiríkinu.

Aðstandendur EES-útlendinga með eigin framfærslu leiða rétt sinn af stöðu viðkomandi réttihafa sbr. umfjöllun um aðstandendur í kafla 5.3 hér að framan.

5.5.2 Í íslenskum rétti

EES útlendingur, sem þiggur reglubundnar greiðslur eða á nægilegt eigið fé og fellur undir sjúkratryggingu, á rétt til að dvelja hér á landi lengur en í þrjá mánuði, skv. c-lið 1. mgr. 35. gr. útl. Skilyrði fyrir dvalarleyfi má finna í 3. mgr. 71. gr. rgl. útl., en eins og hér að fram hefur komið hér að framan var féllu dvalarleyfi niður með innleiðingu tilskipunar 2004/38/EB, enda einungis staðfesting á fyrirliggjandi rétti skv. EES-samningnum. Þrátt fyrir það hefur ákvæðið ekki verið fellt úr gildi og samkvæmt því á einstaklingur rétt til dvalar ef honum er tryggð framfærsla með föstum reglulegum greiðslum sem svara að lágmarki til framfærslustuðuls félagsþjónustu sveitarfélags á hverjum stað (nú 125.540 kr. fyrir skatt eða 200.864 kr. fyrir hjón), eigi samsvarandi eigið fé eða sýni fram á að honum sé tryggð framfærsla með öðrum sambærilegum hætti og að hann njóti sjúkratryggingar sem nær til allra þátta sem hann mundi njóta eftir íslenskum lögum. Í athugasemdum í greinargerð með frumvarpi því er varð að lögum nr. 86/2008 um breyting á útlendingalögum kemur hvergi fram hverskonar sjúkratryggingar er krafist, en skilyrði er sett um að hún sé „nægjanleg“. Líkast til nægir að viðkomandi hafi sjúkratryggingu frá heimaríki sínu og meta þarf í hverju tilviki hvort slík trygging nái til allra þátta sem hann mundi njóta eftir íslenskum lögum eða hvort einkatrygging þurfi að bætast við.

Benda má á b-lið 1. mgr. 7. gr. tilskipunarinnar 2004/38/EB þessu til samanburðar, en þar er einungis krafist nægilegrar framfærslu fyrir viðkomandi og aðstandendur hans til þess að

³³³ EBD, mál C-200/02, ECR 2004, bls. I-9925. *Chen*.

³³⁴ EBD, mál C-408/03, ECR 2006, bls. I-2647. *Portúgalskir innflytjendur*.

verða ekki byrði á félagslega kerfi gistiríkisins á dvalartíma og alhliða sjúkratryggingu. Samkvæmt 4. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar mega aðildarríki ekki festa þá upphæð sem litið er á sem nægilega framfærslu. Taka skal taka tillit til persónulegra aðstæðna þess einstaklings sem um ræðir, og í öllum tilvikum má upphæðin ekki vera hærri en þær lágmarkstekjur sem ákvarða hvort innlendir borgarar eigi rétt á bótum hjá félagsþjónustunni. Ef þessi forsenda á ekki við má upphæðin ekki vera hærri en lágmarksbætur félagsþjónustu aðildarríkisins. Þó svo að kveðið sé á um að í öllum tilvikum megi upphæðin ekki vera hærri en lágmarksbætur félagsþjónustunnar, þá er tekið fyrir það að ákvörðuð sé föst lágmarksupphæð sem nægileg framfærsla, og verður því að telja að ekki sé heimilt að setja lágmarksupphæð í 3. mgr. 71. gr. rgl. útl. og í eyðublað Þjóðskrár til skráningar inn til landsins. Samkvæmt upplýsingum frá Þjóðskrá er þessi upphæð eingöngu nefnd í dæmaskyni, svo að lágmarksframfærslustuðull félagsþjónustunnar sé upp gefinn, en hver einasti einstaklingur er metinn persónubundið. Oftast er um einstaklinga sem þiggja örorkugreiðslur frá heimaríki sínu að ræða og ellilífeyrisþega, en einnig hafa einstaklingar getað sýnt fram á nægilega framfærslu með upphæðum á bankareikningnum eða öðrum upplýsingum.

Einstaklingar með framfærslueyri geta krafist félagsþjónustu hér á landi á við innlenda borgara í samræmi við jafnræðisreglur EES-samningsins og félagsþjónustulaga. Þeir eru þó í mun lakari stöðu en efnahagslega virkir EES-útlendingar, þar sem grundvöllur fyrir dvöl þeirra er að þeir geti haldið áfram að sýna fram á nægilega framfærslu. Hér á landi geta þeir ekki beitt fyrir sig sjónarmiðum um evrópskt ríkisfang þar sem það er ekki hluti EES-samningsins. Þó verður að meta einstakt tilvik af meðalhófi í samræmi við jafnræðisreglur. Því verður að meta eðli fjárhagsvandræða viðkomandi, til dæmis hvort um tímabundin vandræði sé að ræða vegna biðtíma eftir bótum, og líta til tengsla viðkomandi við samfélagið hér á landi. Hér vísast til ítarlegrar umfjöllunar um jafnræðisreglur, ríkisfang og tengsl þess við EES-samninginn í fjórða kafla hér að ofan, og réttarstöðu fjárhagslegra virkra einstaklinga í samanburði við þá sem eru fjárhagslega óvirkir.

Eftir að hafa öðlast rétt til ótímabundinnar dvalar öðlast EES-útlendingar ótakmarkað jafnræði á við innlenda borgara varðandi aðgang að félagslegum réttindum. Sama gildir um aðstandendur einstaklinga með eigin framfærslu og um réttthafann sem þeir fylgja.

5.6 Réttarstaða námsmanna og aðstandenda þeirra

5.6.1 Í Evrópurétti

Þeir námsmenn sem hér um ræðir eru einstaklingar sem dvelja á grundvelli c-liðar 1. mgr. 7. gr. tilskipunar 2004/38/EB. Þeir koma til landsins vegna þess að þeir eru skráðir í

menntastofnun til þess að stunda nám og geta sýnt fram á nægjanlega framfærslu fyrir sig og fjölskyldu sína og eru nægilega sjúkratryggðir. Einnig eru til aðrir hópar námsmanna sem geta átt annars konar réttindi, til dæmis námsmenn sem hafa áður verið launþegar í gistiríkinu, aðstandendur launþega eða annarra réttihafa í gistiríkinu og einstaklingar sem hafa dvalið í ríkinu í ákveðinn tíma og teljast hafa viss tengsl við ríkið. Snert verður á réttindum þessara hópa hér á eftir. Um námsmenn gildi upphaflega tilskipun 90/966/EB en tilskipun 2004/38/EB kom í hennar stað.

Undantekningu frá jafnræðisreglu 1. mgr. 24. gr. tilskipunar 2004/38/EB má finna í 2. mgr. ákvæðisins. Búseturíkinu er þannig ekki skylt að veita EES-útlendingum félagsleg réttindi fyrstu þrjú mánuði dvalar, eða í lengri tíma þegar við á, sbr. b-liður 4. mgr. 14. gr tilskipunarinnar um rétt EES-útlendinga í atvinnuleit til lengri dvalar. Þeim ber heldur ekki skylda til þess að veita framfærslu vegna náms eða starsþjálfunar í formi námsstyrkja eða námslána áður en EES-útlendingur hefur öðlast ótímabundinn rétt til dvalar.

Michael Dougan dregur saman rétt námsmanna til jafnræðis hvað varðar fjárhagslegan stuðning frá gistiríkinu á gagnlegan hátt. Réttur þeirra til jafnræðis fylgir hinu hefðbundna sniðmáti: bein mismunun er bönnuð og óbein mismunun á grundvelli þátta svo sem búsetutíma í ríkinu verður viðurkennd, ef hægt er að réttlæta hana með hlutlægum sjónarmiðum til þess að staðreyna raunveruleg tengsl við gistiríkið þegar henni er beitt af meðalhófi. Í *Grzelczyk*³³⁵ lagði Evrópudómstóllinn áherslu á að námsmaðurinn eigi að geta gert ráð fyrir vissri fjárhagslegri samstöðu með gistiríkinu, sérstaklega þegar um tímabundna og ófyrirsjáanlega erfiðleika er að ræða, og þegar viðkomandi hefur ekki stjórn á þessum aðstæðum sínum. Hins vegar er viðurkennt að slíkir erfiðleikar geta ekki réttlætt að námsmaðurinn verði óhófleg byrði á félagslegu kerfi gistiríkisins.³³⁶ Michael Dougan telur ólíklegt að meðalhófsreglan muni krefjast þess að aðildarríkin víkji frá skýrum ákvæðum tilskipunar 2004/38/EB, sem kveða á um takmarkaðan rétt námsmanna til námslána og fjárhagsstuðnings til framfærslu, þar sem aðlögun námsmannsins í gistiríkinu er oftast nær afar takmörkuð.³³⁷

Hér að framan var nefndur hópur námsmanna sem hafa sérstök tengsl við ríkið og er *Bidar*³³⁸ dæmi um slíkan námsmann. Honum var veittur réttur til námslána vegna tengsla sinna við ríkið, en hann hafði dvalið í gistiríkinu í þrjú ár á framfæri ömmu sinnar og stundað menntaskólanám áður en hann sótti um námslán fyrir háskólanámi sínu. Michael Dougan

³³⁵ EBD, mál C-184/99, ECR 2001, bls. I-6193. *Grzelczyk*.

³³⁶ Michael Dougan: „Fees, grants, loans and dole cheques“, bls. 965.

³³⁷ Michael Dougan: „Fees, grants and dole cheques“, bls. 969.

³³⁸ EBD, mál C-209/03, ECR 2005, bls. I-2119. *Bidar*.

telur þó að eftir tilkomu tilskipunar 2004/38/EB sé ekki hægt að beita sömu túlkunaraðferðum og dómstóllinn gerði í *Bidar* vegna 24. gr.³³⁹ Dómstóllinn staðfesti þó í *Förster*³⁴⁰ að aðildarríkin geti miðað við fimm ára dvöl sem skilyrði þegar ekki er um sérstakar aðstæður svo sem þær í *Bidar* að ræða. Í umfjöllun í kafla 5.2 hér að framan er rétti launþega, fyrrum launþega og aðstandenda launþega til námslána og framfærslu til náms lýst, en slíkir réttahafar eiga jafnan rétt á slíkum réttindum á við innlenda borgara samkvæmt 24. gr. tilskipunarinnar.

Þegar námsmenn hafa dvalið í gistiríkinu í fimm ár eiga þeir rétt til ótímabundinnar dvalar skv. IV. kafla tilskipunar 2004/38/EB og þar af leiðandi rétt til fulls jafnræðis á við innlenda borgara hvað varðar aðgang að félagslegum réttindum, þar á meðal talið til framfærslu til náms.

Aðstandendur námsmanna draga rétt sinn til dvalar og jafnræðis af rétti námsmannsins. Athuga verður þó að skilgreiningin á þeim aðstandendum sem geta fylgt námsmanni og dregið rétt af stöðu hans er þrengri en annarra réttahafa samkvæmt 4. mgr. 7. gr. tilskipunar 2004/38/EB. Einungis skráður maki og börn námsmanna hafa sama rétt til dvalar og námsmenn. Með skráðum maka er, eins og kom fram í kafla 5.2 hér að framan, átt við einstakling í skráðu sambandi sem viðurkennt er bæði í heimaríkinu og í gistiríkinu. Þá getur verið um hjónaband, staðfesta samvist eða skráða sambúð að ræða. Aðrir aðstandendur, svo sem foreldrar námsmannsins eða maka hans, eiga rétt til dvalar samkvæmt 2. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar, um hana vísast einnig til kafla 5.2 hér að framan.

5.6.2 Í íslenskum rétti

Námsmenn eiga rétt til að dvelja hér á landi lengur en í þrjá mánuði samkvæmt d-lið 36. gr. útl. Þau skilyrði sem sett eru fyrir dvöl námsmanna er að þeir séu innritaðir hjá viðurkenndri námsstofnun og að markmið dvalarinnar sé að öðlast þar menntun eða starfsþjálfun. Samkvæmt þeim skilyrðum sem sett eru fram í 4. mgr. 71. gr. rgl. útl. skal námsmönnum vera tryggð framfærsla þann tíma sem umsóknin nær til, sem færa þarf sönnur á með yfirlýsingu eða með öðrum sambærilegum hætti. Það er einnig skilyrði að þeir njóti sjúkratryggingar sem ná til allra þátta sem þeir myndu njóta eftir íslenskum lögum.

Íslandi ber ekki skylda til þess að veita EES-útlendingum sem eru búsettir hér á landi á grundvelli d-liðar 36. gr. útl. sem námsmenn fjárhagsaðstoð til framfærslu eða námslán samkvæmt 2. mgr. 24. gr. tilskipunar 2004/38/EB. Lögin um LÍN endurspeglu þetta til dæmis. Í lögum um LÍN er gerð krafa um viss tengsl við landið og fimm ára viðmið sett, sem er í

³³⁹ Michael Dougan: „Fees, grants and dole cheques“, bls. 973.

³⁴⁰ EBD, mál C-158/07, ECR 2008, bls. I-8507. *Förster*.

samræmi við reglur um rétt til ótímabundinnar dvalar og vísað til *Bidar* hvað varðar sjónarmið um nægileg tengsl við gistiríkið.³⁴¹

5.7 Réttarstaða einstaklinga í atvinnuleit og aðstandenda þeirra

5.7.1 Í Evrópurétti

Í *Antonissen*³⁴² staðfesti Evrópudómstóllinn rétt EES-útlendinga til þess að flytjast innan EES-svæðisins í atvinnuleit. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að þó svo að einstaklingar í virkri atvinnuleit séu ekki að fullu með stöðu launþega, lúti þeir vernd 45. gr. Rs. (áður 39. gr.). Rök dómstólsins fyrir þessari vernd til handa einstaklingum í atvinnuleit lutu að því að þrengri skýring, sem fæli í sér að frjáls för ætti einungis rétt á sér þegar atvinnutilboð er þegið, myndi tefla raunverulegum möguleika á atvinnu í öðrum aðildarríkjum í tvísýnu.³⁴³ Einstaklingar í atvinnuleit hefðu því rétt til jafnræðis á við innlenda borgara hvað varðar umsóknir um störf og atvinnutilboð, við gerð og framkvæmd ráðningarsamninga og hvað varðar aðstoð vinnumiðlana.³⁴⁴ Dómstólnum þótti nægilegt að veita einstaklingum í atvinnuleit sex mánuði til þess að dvelja og leita að vinnu, enda gætu þeir á þeim tíma kynnt sig á vinnumarkaðinum, sótt um störf, metið atvinnutilboð og tekið nauðsynleg skref í áttina til þess að fá starf við hæfi. Dómstóllinn bætti því við að einstaklingur í atvinnuleit geti dvalið lengur en í þessa sex mánuði ef hann gæti sýnt fram á virka atvinnuleit og raunverulega möguleika á því að fá vinnu.³⁴⁵ Þessa reglu má nú finna í b-lið 4. mgr. 14. gr. tilskipunar 2004/38/EB, en annars dvelur einstaklingur í atvinnuleit í gistiríkinu á grundvelli 6. gr. tilskipunarinnar og skráir sig því ekki inn í ríkið sem rétthafi samkvæmt 7. gr. fyrr en hann er kominn með starf.

Dómstóllinn tók þó skýrt fram í *Antonissen* að einstaklingar í atvinnuleit hefðu ekki sömu stöðu og launþegar, enda héldu aðildarríkin rétti til þess að vísa einstaklingi í atvinnuleit á brott ef hann hefði ekki möguleika á að finna vinnu innan hæfilegs frests. Einnig væru til ákvæði um, til dæmis atvinnuleysistryggingar, sem einstaklingur sem hefur aldrei starfað vinnumarkaðinum getur ekki haft aðgang að.³⁴⁶ Athuga verður þó að heimildir gistiríkisins til þess að beita brottvísun eru þröngar, enda er atvinnuleitandanum veittur hæfilegur frestur til þess að finna sér atvinnu og ekki má beita brottvísun ef viðkomandi getur fært sönnur á því að hann sé virkur í atvinnuleit og eigi raunverulegan möguleika á því að fá atvinnu.

³⁴¹ EBD, mál C-209/03, ECR 2005, bls. I-2119. *Bidar*.

³⁴² EBD, mál C-292/89, ECR 1991, bls. I-745. *Antonissen*.

³⁴³ Oxana Golyner: „Jobseekers' rights in the European Union“, bls. 111.

³⁴⁴ Oxana Golyner: „Jobseekers' rights in the European Union“, bls. 113.

³⁴⁵ Sjá dómsforsendur 20-22 í *Antonissen*.

³⁴⁶ Paul Craig og Gráinne deBúrca: *EU law*, bls. 757.

Spurning kann að vakna um rétt einstaklinga í atvinnuleit, sem hafa fullnýtt atvinnuleysisbætur frá heimaríki sínu eða hafa engan rétt til slíkra bóta, til fjárhagslegs stuðnings í gistiríkinu þar sem þeir eru í atvinnuleit. Í *Lebon*³⁴⁷ kvað dómstóllinn á um það, með vernd félagslegs kerfis aðildarríkjanna í huga, að einstaklingar í atvinnuleit ættu einungis rétt til jafnræðis hvað varðar aðgang að atvinnu en ekki hvað varðar félagsleg réttindi og skattalegar ívilnanir sbr. 7. gr. reglugerðar 1612/68/EB. Í *Collins*³⁴⁸ staðfesti Evrópuþingurinn muninn á launþegum annars vegar, sem geta fullnýtt þau réttindi sem veitt eru með reglugerð 1612/68/EB til aðgangs að félagslegum réttindum og jafnræði á við innlenda launþega, og einstaklingum í atvinnuleit hins vegar sem geta eingöngu nýtt þau ákvæði reglugerðarinnar sem fjalla um aðgang að atvinnu. Dómstóllinn gekk samt sem áður langt í þá átt að víkka út réttindi til einstaklinga í atvinnuleit í ljósi ákvæða Rs. um evrópskt ríkisfang. Í málinu hafði Collins dvalið í Bretlandi í eina viku þegar hann sótti um svokallaðan „jobseeker’s allowance“ sem eru framfærslubætur til einstaklinga í atvinnuleit. Honum var synjað um slíkar bætur þar sem hann hafði ekki dvalið í ríkinu nægjanlega lengi, hann var ekki launþegi skv. reglugerð 1612/68/EB og hafði ekki rétt til dvalar skv. þágildandi tilskipun 68/360/EB. Evrópuþingurinn hnekti þeirri synjun breskra stjórnvalda á þeim grundvelli að þar sem Collins væri löglega innan yfirráðasvæði Bretlands gæti hann beitt fyrir sig 18. gr. Rs. (áður 12. gr.) og krafist jafnræðis á við innlenda borgara við allar þær kringumstæður sem fallið gætu undir gildissvið Evrópuréttar. Þetta gerði dómstóllinn í ljósi evrópsks ríkisfangs, en hann túlkaði jafnræðisreglur 18. gr. Rs. (áður 12. gr.) og 2. mgr. 45. gr. Rs. (áður 39. gr.) í ljósi 20. gr. Rs. (áður 17. gr.). Samkvæmt dómnum gildir 18. gr. Rs. (áður 12. gr.) um alla sem geta byggt á evrópsku ríkisfangi, þannig að allir sem eru í svipuðum aðstæðum eiga rétt á sömu úrræðum án mismununar. Dómstólnum þótti þessi ákvæði samt sem áður ekki koma í veg fyrir að aðildarríkin geti krafist raunverulegra tengsla við innlendan vinnumarkað til þess að veita félagsleg réttindi skv. 2. mgr. 7. gr. reglugerðar 1612/68/EB, sbr. *d’Hoop*³⁴⁹. Í dómsforsendu nr. 70 kemur fram að slík tengsl megi staðfesta með því að viðkomandi einstaklingur hafi í hæfilegan tíma raunverulega stundað atvinnuleit í gistiríkinu. Slík búsetuskilyrði verður þó að setja í samræmi við tilgang þeirra og ekki ganga lengra en nauðsyn ber. Beiting slíkra skilyrða verður að fara fram samkvæmt skýrum og fyrirsjáanlegum viðmiðum og kæruleiðir verða að vera til staðar.³⁵⁰

³⁴⁷ EBD, mál C-316/85, ECR 1987, bls. 2811. *Lebon*.

³⁴⁸ EBD, mál C-138/02, ECR 2004, bls. I-2703. *Collins*.

³⁴⁹ EBD, mál C-224/98, ECR 2002, bls. I-6191. *D’Hoop*.

³⁵⁰ *Collins*, dómsforsenda nr. 72.

Skiptar skoðanir hafa verið um niðurstöðu Evrópudómstólsins í *Collins* og þykir mælikvarðinn um raunveruleg tengsl geta verið mjög óskýr, en í kafla 3.5 hér að framan er nánar fjallað um þennan mælikvarða og þær viðmiðunarreglur um hann sem dómstóllinn beitti í dómi sínum í *Swaddling*³⁵¹ málinu. Oxana Golynger segir að svo virðist sem afstaða dómstólsins sé sú að í tilvikum þeirra sem eru í atvinnuleit sé mögulegt að stofna til raunverulegra tengsla við gistiríki um leið og einstaklingur getur sannað að hann sé í virkri atvinnuleit og hafi raunverulega möguleika á atvinnu. Hún segir að þó megi færa rök fyrir því að virk og raunveruleg atvinnuleit tryggi ekki alltaf möguleika á atvinnu. Frá þessu sjónarhorni er erfitt að vera ósammála þeirri skoðun að þar sem ásetningur einstaklings til þess að dvelja í gistiríkinu er háður því að hann fái atvinnu þar, getur einstaklingur ekki talist hafa fasta búsetu í ríkinu, jafnvel þó hann sé í virkri atvinnuleit, þegar aðrir þættir eru ekki til staðar sem tengja hann við gistiríkið.³⁵²

Þó svo að tilskipun 2004/38/EB byggi á ríkisfangsreglunum gengur hún ekki jafn langt og *Collins* hvað varðar fjárhagslega aðstoð til einstaklinga í atvinnuleit. Jafnræðisregla 24. gr. tilskipunarinnar tekur til allra rétthafa samkvæmt henni. Undanþágu má þó finna í 2. mgr. 24. gr., þar sem aðildarríki eru ekki skyldug til þess að veita aðgang að félagslegum réttindum á fyrstu þremur mánuðum dvalar, eða þegar við á, í lengri tíma, sbr. b-liður 4. mgr. 14. gr. Ákvæði b-liðar 4. mgr. 14. gr. tilskipunarinnar veitir einstaklingum í atvinnuleit rétt til að dveljast í ríkinu á meðan þeir geta sannað að þeir séu í virkri atvinnuleit og eigi raunverulega möguleika á því að fá vinnu. Ákvæði 4. mgr. 14. gr. felur í sér undanþágu frá 1. mgr. 14. gr. þar sem eingöngu þeir sem ekki eru fjárhagsleg byrði á félagslegu kerfi gistiríkisins eiga rétt til dvalar. Með öðrum orðum mega einstaklingar í atvinnuleit dvelja í gistiríkinu á meðan á raunverulegri atvinnuleit stendur og þeir mega það þó svo þeir geti ekki framfleitt sér, en þeir hafa ekki aðgang að félagslegum réttindum.³⁵³ Þetta samræmist dómaframkvæmd Evrópudómstólsins.

Aðstandendum einstaklinga í atvinnuleit er ekki veittur réttur til komu og dvalar í gistiríkinu samkvæmt tilskipun 2004/38/EB lengur en í þá þrjá mánuði sem veittur er öllum EES-útlendingum skv. 6. og 14. gr. tilskipunarinnar. Samkvæmt þessu má draga þá ályktun að þriðja ríkis aðstandendur EES-útlendinga í atvinnuleit geti ekki leitt rétt til dvalar og félagslegra réttinda af búsetu hans fyrr en hann hefur öðlast rétt til dvalar skv. 7. gr.

³⁵¹ *EBD, mál nr. C-90/97, ECR 1999, bls. I-1075. Swaddling.* Samkvæmt mælikvarðanum í *Swaddling* er búseta metin með hliðsjón af fjölskylduhögum viðkomandi, ástæðum fyrir því að viðkomandi flutti, hversu lengi og samfelld hann hefur dvalið í ríkinu, sú staðreynd að hann er í stöðugri vinnu (þegar svo ber undir) og ásetningur hans eins og hann birtist við þær kringumstæður sem uppi eru.

³⁵² Oxana Golynger: „Jobseekers' rights in the European Union“, bls. 118.

³⁵³ Henrik Bull: „Market freedoms: challenges to social security and welfare policy“, bls. 86.

tilskipunarinnar. Samkvæmt 1. mgr. 14. gr. tilskipunarinnar mega EES-útlendingar og aðstandendur þeirra dvelja á grundvelli 6. gr. svo lengi sem þeir eru ekki óhófleg fjárhagsleg byrði á félagslegu kerfi gistiríkisins.

5.7.2 Í íslenskum rétti

EES-útlendingur í atvinnuleit á rétt á að dvelja hér á landi í allt að þrjú mánuði frá komunni til landsins, en í 6 mánuði ef hann er í atvinnuleit samkvæmt 1. mgr. 35. gr. útl. Reglugerð 1612/68/EB er lögfest á Íslandi með lögum nr. 47/1993 en þar er einstaklingum í atvinnuleit veitt jafnræði á við innlenda borgara hvað varðar það að ráða sig til vinnu, skiptast á umsóknum og tilboðum um störf, og njóta sömu aðstoðar vinnumiðlunar og innlendir borgarar.³⁵⁴ EES-útlendingar í atvinnuleit geta einnig beitt fyrir sig 1. mgr. 7. gr. reglugerðar 1612/68/EB um bann við mismunun hvað viðvíkur ráðingar-og vinnuskilyrði, sbr. til dæmis dóm Evrópudómstólsins í máli *Lebon*.³⁵⁵

Ákvæði b-liðar 4. mgr. 14. gr. tilskipunar 2004/38/EB veitir EES-útlendingum í atvinnuleit rétt til dvalar á yfirráðasvæði gistiríkisins á meðan þeir geta sýnt fram á virka atvinnuleit og raunverulega möguleika á atvinnu. Í 2. mgr. 24. gr. tilskipunarinnar kemur þó fram að gistiríkinu beri ekki skylda til þess að veita þeim félagsleg réttindi á því tímabili sem þeir eru í atvinnuleit. Þetta er ekki í fullu samræmi við dóm Evrópudómstólsins í máli *Collins*³⁵⁶ þar sem dómstóllinn gaf til kynna að vegna tilkomu evrópsks ríkisfangs og dómaframkvæmdar varðandi jafnræðisreglur 45. gr. Rs. (áður 39. gr.) og 18. gr. Rs. (áður 12. gr.) væri ekki lengur hægt að útiloka rétt til fjárhagslegra réttinda í gistiríkinu sem ætluð væru einstaklingum í atvinnuleit.³⁵⁷ Henrik Bull, dómari við EFTA-dómstólinn, telur því að svo geti farið að 2. mgr. 24. gr. tilskipunarinnar muni eingöngu gilda í EES-rétti en ekki Evrópurétti.³⁵⁸ Þar af leiðandi er ólíklegt að einstaklingar í atvinnuleit geti sóst eftir félagslegum réttindum á Íslandi á meðan þeir hafi stöðu sem slíkir, og vísa má til sömu sjónarmiða um aðstandendur einstaklinga í atvinnuleit og fram koma í kafla 5.7.1 hér að framan.

Íslenskur réttur er þó ekki í fullu samræmi við tilskipun 2004/38/EB þar sem ákvæði 14. gr. er hvergi að finna, en að framan er því lýst að 14. gr. veitir EES-útlendingum í atvinnuleit rétt til dvalar í gistiríkinu á meðan þeir geta sýnt fram á að þeir séu í virkri atvinnuleit með raunverulegan möguleika á atvinnu. Hinsvegar gæti EES-útlendingur í atvinnuleit mögulega

³⁵⁴ Sjá ákvæði 1. – 6. gr. reglugerðar 1612/68/EB sbr. lög nr. 47/1993.

³⁵⁵ *EBD, mál C-316/85, ECR 1987, bls. 2811. Lebon.*

³⁵⁶ *EBD, mál C-138/02, ECR 2004, bls. I-2703. Collins.*

³⁵⁷ Sjá dómsforsendu nr. 63 í *Collins*.

³⁵⁸ Henrik Bull: „Market freedoms: challenges to social security and welfare policy“, bls. 86.

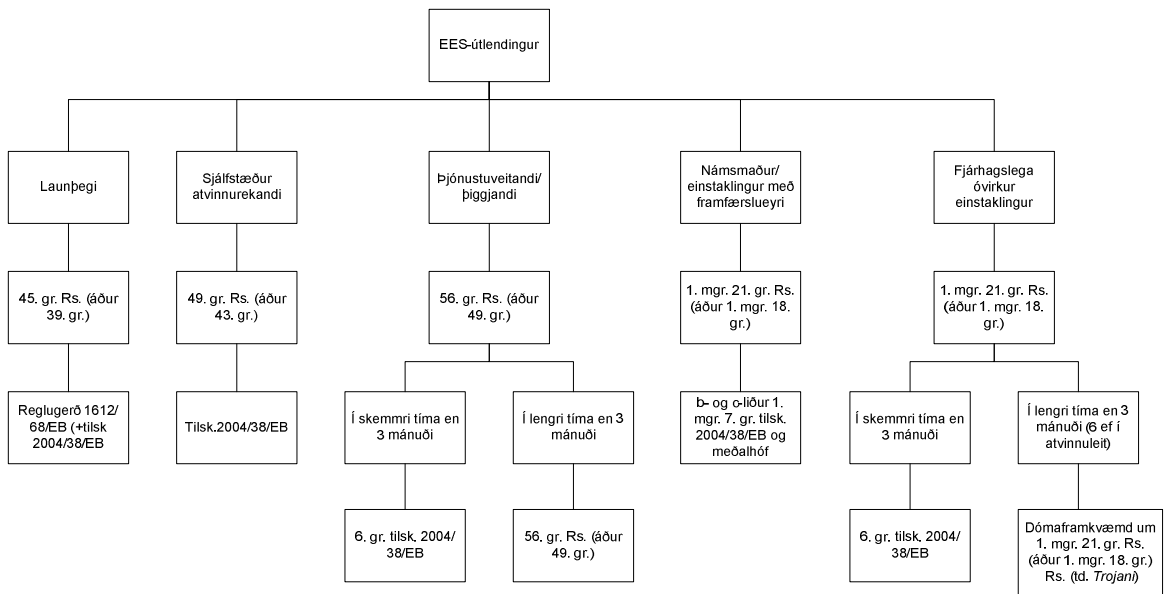
borið fyrir sig 1. mgr. 43. gr. útl. ef að honum yrði beint ákvörðun um brottvísun, en ákvæðið felur í sér vissa meðalhófsreglu um sanngirni og mat á dvalarrétti með hliðsjón af tengslum við ríkið. Þá yrði að túlka 1. mgr. 43. gr. með hliðsjón af skuldbindingum Íslands samkvæmt EES-samningnum sbr. 14. gr. tilskipunar 2004/38/EB.

5.8 Samantekt

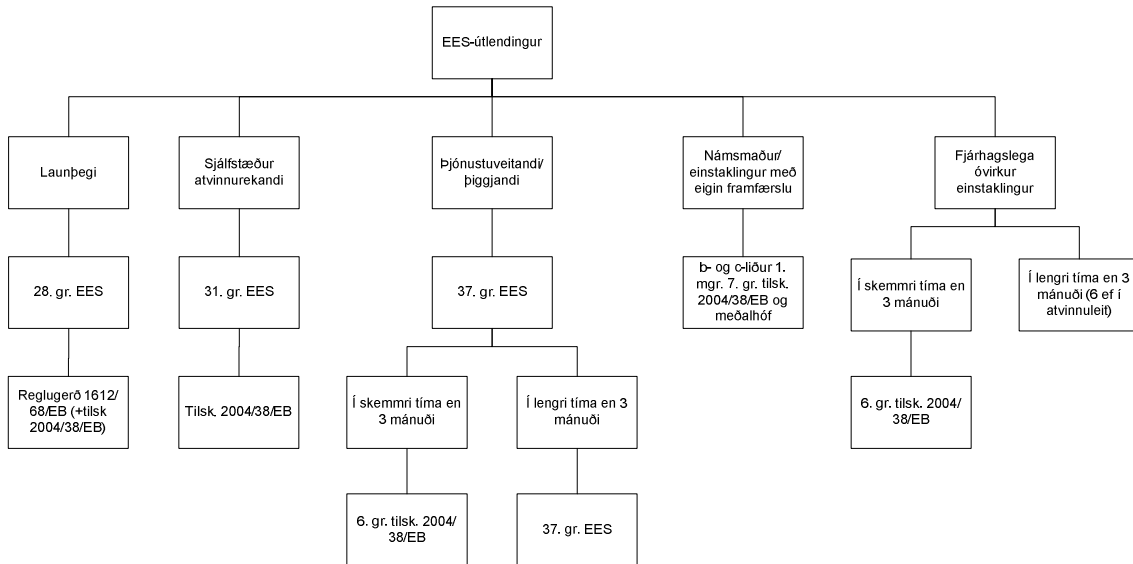
Leitast hefur verið við að skilgreina ólíka hópa rétthafa samkvæmt tilskipun 2004/38/EB og útl. ítarlega þar sem mismunandi stöðu fylgja ólík réttindi, að minnsta kosti fyrstu fimm ár búsetu eða þangað til viðkomandi einstaklingar hafa öðlast rétt til ótímabundinnar dvalar. Eins og fram hefur komið er útgangspunktur tilskipunarinnar hvað varðar ólík réttindi, fjárhagsleg virkni einstaklingsins og tengsl hans við gistiríkið. Meta verður hvert einstaklingsbundið tilvik fyrir sig með hliðsjón af persónulegum högum þess sem sækist eftir félagslegum réttindum í formi fjárhagsstuðnings frá gistiríkinu. Á Íslandi ber að skýra ákvæði EES-samningsins um jafnræði og ákvæði tilskipunar 2004/38/EB eins og hún hefur verið tekin upp í EES-samninginn, með hliðsjón af dómaframkvæmd Evrópudómstólsins, sbr. 6. gr. EES-samningsins í samræmi við einsleitnismarkmið hans. Uppfæra þarf þó rgl. útl. til samræmis við innleiðingu tilskipunarinnar þar sem lög nr. 86/2008 um breyting á útl. sem sett voru til innleiðingar hennar gera víða ráð fyrir nánari útfærslum réttinda og skilyrða í reglugerð. Eins og fram kemur í þessum kafla er oft skortur á skýrum ákvæðum í íslenskum rétti til samræmis við tilskipunina.

Til skýringar á ólíkri stöðu hópa rétthafa samkvæmt Rs. og EES-samningnum auk tilskipunar 2004/38/EB er gagnlegt að taka hér upp yfirlit frá Catherine Barnard um lagaheimildir til handa einstaklingum sem flytjast á milli aðildarríkja. Þar fyrir neðan er yfirlit yfir lagaheimildir sem beita má í EES EFTA-ríkjunum.³⁵⁹ Athuga ber að einungis er vísað til Rs. og afleiddrar löggjafar í mynd 2 og einungis til EES-samningsins og afleiddrar löggjafar í mynd 3, ekki til innlendar löggjafar sem innleiðir afleidda löggjöf EES-samningsins á Íslandi. Sjá má að í tilviki fjárhagslegra óvirkra einstaklinga byggir réttur þeirra í Evrópuréttinum á 1. mgr. 21. gr. Rs. (áður 1. mgr. 18. gr.) um evrópskt ríkiþang og dómaframkvæmd. Fjárhagslega óvirkir EES-útlendingar eiga ekki rétt til dvalar lengur en í 3 mánuði á Íslandi, nema þeir séu í atvinnuleit. Sjá nánar um þennan hóp í umfjöllun um EES-útlendinga í atvinnuleit í kafla 5.7 hér að framan.

³⁵⁹ Catherine Barnard: *The substantive law of the EU*, bls. 445. Athuga að þau greinarnúmer Rs. sem vísað er til í yfirlitinu eru eldri númer, fyrir gildistöku Sáttmálans um stafshætti Evrópusambandsins.



Mynd 2: Yfirlit yfir lagaheimildir fyrir einstaklinga sem nýta sér rétt til frjálsrar farar í Evrópurétti.



Mynd 3: Yfirlit yfir lagaheimildir fyrir einstaklinga sem nýta sér rétt til frjálsrar farar í EES EFTA-ríkjunum.

6. Niðurstöður

Í þessari úttekt er leitast við að greina rétt EES-útlendinga og aðstandenda þeirra til löglegrar dvalar hér á landi og til félagsþjónustu sveitarfélaganna. Í öðrum kafla voru skuldbindingum íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum gerð skil og afstaða höfundar til þeirra rökstudd, en höfundur þessarar úttektar er sammála meginþorra fræðimanna sem hafa fjallað

um það, að í einsleitnismarkmiðum hans og gagnkvæmnisskyldu felst skylda til þess að veita einstaklingum og lögaðilum á innri markaði EES-svæðisins sambærileg réttindi og skyldur. EES-rétturinn er virkt réttarkerfi þar sem leitast þarf við að skýra sambærilegar reglur á EES-svæðinu af samkvæmni.

Í þriðja kafla er fjallað um frjálsa för fólks innan innri markaðarins auk tilkomu og uppbyggingar tilskipunar 2004/38/EB. Þar er því lýst að tilskipunin byggir á eins konar tengslalíkani sem grundvallast á því að tengsl útlendingsins og gístíríkisins stigmagnast þannig að mælikvarði réttinda tengist aðlögun einstaklings í samfélag gístíríkisins. Því sterkari sem tengsl hans eru við samfélagið, þeim mun meira tilkall hefur hann til jafnræðis á við innlenda borgara. Jafnræðisreglur Rs. og afleiddrar löggjafar höfðu mikil áhrif á dómaframkvæmd Evrópudómstólsins sem lögleidd var með tilskipuninni, auk þess sem dómstóllinn hafði byggt í auknum mæli á evrópsku ríkisfangi. Eftirfarandi er til dæmis tekið upp úr 17. tl. aðfaraorða tilskipunarinnar sem fjallar um réttinn til ótímabundinnar dvalar,

Enjoyment of permanent residence by Union citizens who have chosen to settle long term in the host Member State would *strengthen the feeling of Union citizenship* and is a key element in *promoting social cohesion*, which is one of the fundamental objectives of the Union. (áh. höf.)

Evrópskt ríkisfang er ekki hluti EES-réttar og er það áréttað í ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 158/2007 þar sem tilskipun 2004/38/EB var tekin upp í EES-samninginn. EES EFTA-ríkin gerðu þó enga sérstaka fyrirvara við einstaka ákvæði tilskipunarinnar enda hefur ríkisfangið haft áhrif á þróun fjórfrelsisákvæðanna um frjálsa för fólks síðan stuttu eftir undirritun EES-samningsins. Tilskipunin gildir því í heild sinni á EES-svæðinu og ber að fara með hana eins og aðra afleidda löggjöf Evrópuréttarins sem tekin hefur verið upp í EES-samninginn, og túlka hana með hliðsjón af einsleitnismarkmiðum og 6. gr. hans. Einnig ber að líta til gagnkvæmnissjónarmiða þar sem ríkisborgarar EES EFTA-ríkjanna geta byggt á sömu réttindum í Evrópusambandsríkjunum.

Í fjórða kafla úttektarinnar er rétti EES-útlendinga til komu og löglegrar dvalar í öðrum aðildarríkjum gerð skil. Tilskipunin flokkar dvöl í öðru aðildarríki í þrjú stig. Fyrsta stigið er dvöl í allt að þrjá mánuði, annað stig er dvöl í meira en þrjá mánuði og allt að fimm ár og hið þriðja er ótímabundin dvöl. Hverju dvalarstigi fylgja ólík réttaráhrif og því voru þeim gerð ítarleg skil í kaflanum, bæði í Evrópurétti, EES-rétti og í íslenskum rétti og greint er frá ósamræmi þar á milli þar sem greining leiddi slíkt í ljós. Einnig var farið yfir brottfall dvalarréttar og almennt fjallað um aðgang að félagslegum réttindum.

Í fimmta kafla er ólíkum hópum rétthafa samkvæmt tilskipuninni gerð nánari skil í Evrópurétti, EES-rétti og í íslenskum rétti. Hóparnir eru skilgreindir og fjallað um þau réttindi

sem hver hópur hefur tilkall til. Reynt var að draga fram hvaða áhrif breyttar aðstæður hafa á hvern hóp fyrir sig, þar sem breyttar aðstæður leiða oft til þess að EES-útlendingur uppfyllir ekki lengur þau skilyrði sem voru grundvöllur skráningar hans inn í landið og löglegrar dvalar hans. Þetta leiðir þó ekki sjálfkrafa til réttindamissis. Viðkomandi einstaklingur getur fallið undir annan hóp, tilskipun 2004/38/EB og innlendir réttur taka tillit til sérstakra tilgreindra aðstæðna sem upp kunna að koma (til að mynda hjúskaparslit, andlát réttthafa, atvinnumissi, o.s.frv.), og réttarstöðu hvers einstaklings þarf að afmarka með einstaklingsbundnu mati sem tekur mið af öllum aðstæðum hverju sinni.

Tilskipun 2004/38/EB var innleidd inn í íslenskan rétt með lögum nr. 86/2008 um breyting á lögum um útlendinga og þar eru veittar ýmsar reglugerðarheimildir til dómsmálaráðherra sem ekki hafa enn verið nýttar, enda hefur reglugerð um útlendinga ekki tekið breytingum eftir að tilskipunin varð hluti af EES-samningnum. Réttarstaða EES-útlendinga sem dvelja hér á landi yrði skýrari með nánari ákvæðum í reglugerð. Einnig gæti reynst íslenska ríkinu gagnlegt að setja ákvæði í lög eða reglugerð sem vísar til réttar til dvalar þangað til einstaklingur verður óhófleg fjárhagsleg byrði á félagslegt kerfi ríkisins, sbr. 1. mgr. 14. gr. tilskipunarinnar. Þetta viðmið býr til mælikvarða til matskenndrar ákvörðunar um rétt EES-útlendingis til dvalar, þrátt fyrir breytingar á persónulegum högum viðkomandi sem valda því að hann leitar til félagsþjónustu sveitarfélaga. Samkvæmt dómi Evrópudómstólsins í máli *Oulane*³⁶⁰ hvílir sönnunarbyrði á aðlögun og rétti til félagslegra réttinda á EES-útlendingnum hverju sinni, og ef viðkomandi tekst ekki að sanna rétt sinn geta afleiðingar þess verið brottvísun með þeim takmörkunum sem EES-réttur setur slíkri ákvörðun.

Þegar EES-útlendingur leitar til félagsþjónustu sveitarfélaganna og fjárhagsaðstoðar þarf að meta hvort skilyrði séu fyrir löglegri dvöl hans í landinu og þar með til jafnræðis á við innlenda borgara. Slíkt mat er einstaklingsbundið og taka þarf mið að öllum persónulegum aðstæðum viðkomandi einstaklings. Meta þarf hvaða hóp réttthafa hann tilheyrir og í kjölfarið ber að líta til þess hvort tengsl hans við landið og persónulegir hagir réttlæti þá fjárhagslegu byrði sem hann kann að vera á félagslega kerfinu. Fjárhagsleg virkni EES-útlendingins skiptir máli í þessu samhengi, en sjónarmið um fjárhagslega byrði vega þyngra eftir því sem fjárhagsleg staða viðkomandi er veikari. Launþegar eru í sterkustu stöðunni en fjárhagslega óvirkir einstaklingar eru í veikari stöðu. Inn í þetta mat þarf einnig að draga sjónarmið um búsetutíma viðkomandi í landinu, tengsl hans við heimaríkið, fjölskylduhagi, heilsufar og eðli fjárhagsvandræða þeirra sem hann leitar aðstoðar vegna, og hvort þau teljist tímabundin eða

³⁶⁰ *EBD, mál nr. C-215/03, ECR 2005, bls. I-1215. Oulane.*

varanleg. Nauðsynlegt er að skýrari reglur séu til staðar í íslenskum rétti varðandi mat á réttindum EES-útlendinga, í lögum eða reglugerð, til þess að lágmarka óvissu bæði hjá sveitarfélögunum og þeim einstaklingum sem um ræðir, og til þess að draga úr misræmi í framkvæmd.³⁶¹

³⁶¹ Við framkvæmd þessarar úttektar hvarflaði að höfundur að gagnlegt gæti verið ef félagsþjónusta hvers sveitarfélags fyrir sig gæti leitað til ráðgefandi sérfræðings sem aðstoðaði við slíkt mat svo matið yrði samræmt milli sveitarfélaganna og sá sem ákvörðunina tæki gæti byggt á þekkingu og reynslu. Þannig gæti myndast framkvæmd sem hægt væri að byggja á í úrlausnum í framtíðinni og þær þannig orðið gegnsæjar og fyrirsjáanlegar. Ákvarðanir félagsþjónustu sveitarfélaganna eru kærarlegar til úrskurðarnefndar félagsþjónustu og húsnæðismála. Höfundur tók einnig eftir því eins og fram kemur í kafla 4 hér að framan að engin samskipti eiga sér stað milli félagsþjónustunnar og Útlendingastofnunar, þannig að Útlendingastofnun berast ekki upplýsingar um EES-útlendinga sem ekki lengur uppfylla skilyrði til löglegrar dvalar. Í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins má sjá að mörg málanna eru til komin vegna brottvísunar einstaklings sem leitað hefur eftir aðstoð hjá félagslegu kerfi gistiríkis síns. Eins og framkvæmdin er, lítur út fyrir að EES-útlendingar geti dvalið hér á landi réttindalausir þrátt fyrir slíkar synjanir á aðstoð. Þetta eru þó einungis hugdettur höfundar sem hafa vaknað við gerð þessarar úttektar og hafa ekki verið nánar útfærðar.

HEIMILDASKRÁ

Alþingistíðindi

Árman Snævarr: *Almenn lögfræði*. Reykjavík, 1989.

Carl Baudenbacher: *Legal framework and case law*. EFTA dómstóllinn í Lúxemborg, 2008.

Catherine Barnard: *The substantive law of the EU. The four freedoms*. 2. útgáfa. New York, 2007.

Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*. Reykjavík 2006.

Dóra Guðmundsdóttir: „Jafnræðisreglan og áhrif hennar á lagareglur um frjálsa för innan Evrópska efnahagssvæðisins“. *Lögberg, rit Lagastofnunar Háskóla Íslands*. Reykjavík 2003, bls. 187-228.

Dóra Guðmundsdóttir: „Vernd mannréttinda í rétti Evrópusambandsins og EES“. *Bifröst, rit lagadeildar Háskólans á Bifröst*. Bifröst 2006, bls. 155-201.

Dóra Guðmundsdóttir: „Methods of interpretation in EU and EEA law: Courts as institutional actors“. *Rannsóknir í félagsvísindum X, lagadeild*. Reykjavík 2009, bls. 39-59.

Dóra Sif Tynes: „Ys og þys út af engu? Hugleiðingar um bókun 35 við samninginn um Evrópska efnahagssvæðið“. *Úlfljóttur*, 3. tbl. 2002, bls. 473-496.

EES viðbætur við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins.

Evelyn Ellis: „Social advantages: a new lease of life?“. *Common market law review*, 40, júní 2003, bls. 639-659.

Félagsmálaráðuneytið: „Greinargerð með leiðbeiningum um reglur um fjárhagsaðstoð“. Reykjavík, 2003. Sjá vefslóð: <http://www.felagsmalaraduneyti.is/media/acrobat-skjol/greinargerd.pdf>

Félagsmálaráðuneytið: „Leiðbeiningar um reglur um fjárhagsaðstoð sveitarfélaga, sbr. 21. gr. laga um félagsþjónustu sveitarfélaga, nr. 40/1991, með síðari breytingum“. Sjá vefslóð: http://www.felagsmalaraduneyti.is/media/acrobat-skjol/Leidbeiningar_um_fjarhagsadstod_sveitarfelaga_leid_Ades09.pdf

Finn Arnesen: „Challenges to Norwegian law and institutions from the widening and deepening of the scope of the four freedoms“. *The European economic area enlarged*. Berlín, 2005, bls. 59-67.

Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins: „Proposal for a Council Directive implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin“, bls. 7.

Guðmundur Thorlacius: „Lög um tryggingargjald og frjáls för launþega“. *Bifröst, rit lagadeildar Háskólans á Bifröst*. Bifröst 2006, bls. 203-233.

Henrik Bull: „Market freedoms: Challenges to social security and welfare policy“. *The European economic area enlarged*. Berlín, 2005, bls. 69-94.

Ingvar Sverrisson: *Frjáls för launafólks innan Evrópu: áfangar 1957 > 2006*. Alþýðusamband Íslands. Reykjavík, 2006.

J. Temple Lang: „Article 10 EC – the most important „general principle“ of Community law.“ *General Principles of EC law in a process of development*, Alphen Aan Den Rijn 2008, bls. 75-113.

Jóhanna Jónsdóttir: *Áhrif Íslands á stefnumótun ESB fyrir og eftir inngöngu í sambandið*. Úttekt fyrir Evrópunefnd Sjálfstæðisflokksins sem skilaði lokaskýrslu 2009. http://media.evropunefnd.is/u/d/Ahrif_Islands.doc.

Kay Hailbronner: „Union citizenship and access to social benefits“. *Common market law review*, 42 nr. 5, október 2005, bls. 1245-1267.

M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*. Groningen 2009.

Michael Dougan: „Fees, grants, loans and dole cheques: Who covers the costs of migrant education within the EU?“. *Common market law review*, 42 nr. 4, ágúst 2005, bls. 943-986.

Michael Dougan og Eleanor Spaventa: „Educating Rudy and the (non-)English patient: A double-bill on residency rights under Article 18 EC“. *European Law Review*, 28, október 2003, bls. 699-712.

Oxana Golynger: „Jobseekers' rights in the European Union: challenges of changing the paradigm of social solidarity“. *European Law Review*, 30, febrúar 2005, bls. 111-122.

Paul Craig og Gráinne deBúrca: *EU Law. Text, cases, and materials*. 4. Útgáfa. New York.

Robin CA White: „Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union“. *International and comparative law quarterly*, vol. 54 (4) 2005, bls. 885-906.

Róbert Ragnar Spanó: *Túlkun lagaákvæða*. Reykjavík 2007.

Sergio Carrera: „What does free movement mean in theory and practice in an enlarged EU?“. *European Law Journal*, vol. 11, no. 6, 2005, bls. 699-721.

Samanburðartafla með tilskipun 2004/38/EB: „Table of Correspondence between directive 2004/38/EC and current EC legislation on free movement and residence of Union citizens within the EU“, http://ec.europa.eu/justice/doc_centre/citizenship/movement/doc/table_correspondence_en.pdf

Stephen Jervell: *Lovgivningen i EØS. Beslutningsprosessen, gjennomføringen og konsekvensene*. Oslo 2002.

Thomas Bruha: „Is the EEA an Internal Market?“. *EEA-EU Relations*. Berlín 1999, bls. 97-129.

Thomas Gross: „The development of European immigration law“. *The European Economic Area Enlarged*. Berlín, 2006.

Utanríkisráðuneytið: *Handbók Stjórnarráðsins um EES*. Reykjavík 2003.

Viðauki 2 í kafla 2 með svörum íslenskra stjórnvalda um fjrálsa för vinnuafls: „Table of concordance 2004“, <http://evropa.utanrikisraduneyti.is/evropa/adildarferli/svor/kaflar/nr/7519>.

DÓMASKRÁ

Dómar Evrópudómstólsins:

EBD, mál C-75/63, ECR 1964, bls. 177
EBD, mál C-33/74, ECR 1974, bls. 1299
EBD, mál C-32/75, ECR 1975, bls. 1085
EBD, mál C-48/75, ECR 1976, bls. 497
EBD, mál C-118/75, ECR 1976, bls. I-1185
EBD, mál C-207/78, ECR 1979, bls. 2019
EBD, mál C-53/81, ECR 1982, bls. 1035
EBD, mál C-65/81, ECR 1982, bls. 33
EBD, mál C-286/82 og 26/83, ECR 1984, bls. 377
EBD, mál C-249/83, ECR 1985, bls. 973
EBD, mál C-267/83, ECR 1985, bls. 567
EBD, mál C-205/84, ECR 1986, bls. 3755
EBD, mál C-59/85, ECR 1986, bls. 1283
EBD, mál C-139/85, ECR 1986, bls. 1741
EBD, mál C-316/85, ECR 1987, bls. 2811
EBD, mál C-39/86, ECR 1988, bls. 3161
EBD, mál C-63/86, ECR 1988, bls. 29
EBD, mál C-197/86, ECR 1988, bls. 3205
EBD, mál C-249/86, ECR 1989, bls. 1263
EBD, mál C-196/87, ECR 1987, bls. 6159
EBD, mál C-344/87, ECR 1992, bls. 1027
EBD, mál C-389/87 og mál C-390/87, ECR 1989, bls. 723
EBD, mál C-292/89, ECR 1991, bls. I-745
EBD, mál C-363/89, ECR 1991, bls. I-273
EBD, mál C-310/91, ECR 1993, bls. I-3011
EBD, mál C-45/93, ECR 1994, bls. I-911
EBD, mál C-85/96, ECR 1998, bls. I-2691
EBD, mál C-348/96, ECR 1999, bls. I-11
EBD, mál C-90/97, ECR 1999, bls. I-1075
EBD, mál C-337/97, ECR 1999, bls. 3289
EBD, mál C-224/98, ECR 2002, bls. I-6191
EBD, mál C-184/99, ECR 2001, bls. I-6193
EBD, mál C-268/99, ECR 2001, bls. 8615
EBD, mál C-413/99, ECR 2002, bls. I-7091
ECR, mál C-452/01, ECR 2003, bls. I-9743
EBD, mál C-459/99, ECR 2002, bls. I-6591
EBD, mál C-257/00, ECR 2003, bls. I-345
EBD, mál C-109/01, ECR 2001, bls. I-9607
EBD, mál C-138/02, ECR 2004, bls. I-2703
EBD, mál C-200/02, ECR 2004, bls. I-9925
EBD, mál C-456/02, ECR 2004, bls. I-7573
EBD, mál C-209/03, ECR 2005, bls. I-2119
EBD, mál C-215/03, ECR 2005, bls. I-1215
EBD, mál C-408/03, ECR 2006, bls. I-2647
EBD, mál C-1/05, ECR 2007, bls. I-1
EBD, mál C-158/07, ECR 2008, bls. I-8507
EBD, mál C-127/08, ECR 2008, bls. I-6241

EBD, mál C-310/08, ECR 2010, bls. 00000

EBD, mál C-480/08, ECR 2010, bls. 00000

Álit lögsögumanna Evrópudómstólsins:

Álit Mazák lögsögumanns frá 20. október 2008 í máli C-310/08, ECR 2010, bls. 00000

Dómar EFTA-dómstólsins:

EFTAD, mál E-2/97, EFTACR 1997, bls. 127

EFTAD, mál E-9/97, EFTACR 1998, bls. 95

EFTAD, mál E-4/01, EFTACR 2002, bls. 240

EFTAD, mál E-1/03, EFTACR 2003, bls. 143

EFTAD, mál E-1/04, EFTACR 2004, bls. 11

EFTAD, mál E-3/05, EFTACR 2006, bls. 000

EFTAD, mál E-2/06, EFTACR 2007, bls. 167

EFTAD, mál E-5/06, EFTACR 2007, bls. 295

EFTAD, mál E-1/07, EFTACR 2007, bls. 248

EFTAD, mál E-8/07, EFTACR 2008, bls. 224

EFTAD, mál E-9/07 og 10/07. Enn óbirt í EFTACR

Hæstaréttardómar:

Hrd. 1992, bls. 2

Hrd. 1992, bls. 174

Hrd. 1999, bls. 390 (nr. 177/1998)

Hrd. 1999, bls. 4916 (nr. 236/1999)

Hrd. 2000, bls. 4480 (nr. 125/2000)

Álit Umboðsmanns Alþingis:

UA 2. nóvember 2006 (4838/2006)