

## **Fylgiskjal VI Ýmis minnisblöð**

Fylgiskjöl með skilabréfi til stjórnskipunar og eftirlitsnefndar Alþingis frá sérfræðingahóp sem unnið hefur að undirbúningi frumvarps til stjórnarskipunarlaga á grundvelli tillagna stjórnlagaráðs.

Minnisblöðin koma fyrir í stafrófsröð eftir sendanda:

Aagot Vigdís Óskarsdóttir – 1 minnisblað

Aðalheiður Jóhannsdóttir – 5 minnisblöð

Fanney Óskarsdóttir – 1 minnisblað

Gunnar Helgi Kristinsson – 5 minnisblöð

Hinrika Sandra Ingimundardóttir – 2 minnisblöð

Kjartan Bjarni Björgvinsson – 1 minnisblað

Kristján Andri Stefánsson – 1 minnisblað

Sigurður Tómas Magnússon – 1 minnisblað

Skrifstofa Alþingis – 1 vinnuskjal

Trausti Fannar Valsson – 2 erindi

Aagot Vigdís Óskarsdóttir  
lögfræðingur  
14. október 2012

## SPURNINGAR SÉRFRÆÐINGANEFNDAR ALÞINGIS UM 34. GR. FRUMVARPS STJÓRNLAGARÁÐS TIL STJÓRNARSKIPUNARLAGA O.FL.

Ég vísa til tölvubréfs frá Oddnýju Mjöll Arnardóttur 8. október sl. þar sem settar voru fram tilteknar spurningar sem mér var falið að fjalla um. Spurningarnar eru settar fram í upphafi hvers kafla og fylgir síðan umfjöllun mín um viðkomandi lið.

### 1

*Sp.: Samspil hugtaksins þjóðareign og eigna ríkisins í 34. gr.*

#### 1.1 Hugtakið þjóðareign

Samkvæmt skýringum við frumvarp stjórnlagaráðs er í frumvarpinu fylgt langri hefð á bak við notkun hugtaksins þjóðareign. Skýrir ráðið hugtakið svo að um sé að ræða eign sem aldrei megi afhenda til eignar eða varanlegra afnota og megi því aldrei selja eða veðsetja. Er í þessu sambandi vísað til laga um friðun Þingvalla nr. 59/1928, svo og tillagna stjórnarskrárnefndar 1978–1983.<sup>1</sup> Í skýringum stjórnlagaráðs eru í stuttu máli raktar þær tillögur sem settar hafa verið fram á síðustu áratugum um stjórnarskrárákvæði um auðlindir í þjóðareign.<sup>2</sup> **Kemur jafnframt fram að auðlindaákvæðið í frumvarpi ráðsins sé sprottið af og nátengt fyrri frumvörpum um málið og beri að skoða 1. mgr. 34. gr. í ljósi þeirrar forsögu sem felst í þeim.**

Sú skilgreining sem liggur til grundvallar flestum þeim tillögum sem lagðar hafa verið fram á síðastliðnum áratug um stjórnarskrárákvæði um auðlindir í þjóðareign var sett fram í skýrslu auðlindanefndar árið 2000. Þar var einnig sett fram tillaga að stjórnarskrárákvæði en upphaf þess hljóðaði svo: „Náttúruauðlindir og landsréttindi sem ekki eru háð einkaeignarrétti eru þjóðareign eftir því sem nánar er ákveðið í lögum.“<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Frumvarp til stjórnarskipunarlaganna ásamt skýringu. Stjórnlagaráð 2011, bls. 84.

<sup>2</sup> Þetta eru tillögur stjórnarskrárnefndar undir forystu dr. Gunnars Thoroddsen árið 1983, stjórnarfrumvarps sem Davíð Oddsson lagði fram árið 1995, tillaga auðlindanefndar árið 2000, frumvarps oddvita ríkisstjórnar Framsóknarflokks og Sjálfstæðisflokks árið 2007 og frumvarps oddvita ríkisstjórnar Samfylkingarinnar og Vinstri hreyfingarinnar – græns framboðs árið 2009.

<sup>3</sup> Auðlindaskýrsla 2000. Álitsgerð auðlindanefndar um stjórn auðlinda Íslands, kafli 2.5.4.

Í skýrslu auðlindanefndar var hugtakið *þjóðareignarréttur* skilgreint þannig að um væri að ræða eignarrétt til hliðar við hinn hefðbundna séreignarrétt einstaklinga og lögaðila, þ.e. eignarrétt íslensku þjóðarinnar á þeim náttúruauðlindum sem ekki væru þegar háðar einkaeignarrétti. Jafnframt sagði að með því að lýsa náttúruauðlindir eign þjóðarinnar væri girt fyrir að aðrir aðilar geti eignast beinan eignarrétt að þeim, t.d. fyrir hefð. Auðlindanefnd vísaði í þessu sambandi til eignarréttar ríkisins sem því hefur verið fenginn með lögum sem mæla fyrir um sérstakt form á eignarráðum. Í skýrslunni segir jafnframt: „Það sem skilur að þennan rétt ríkisins og einkaeignarrétt, sem ríkið getur verið aðili að eins og hver annar lögaðili, er að ríkinu hefur verið fenginn hinn sérstaki eignarréttur í skjóli þess að engir aðrir einstaklingar eða lögaðilar geti sannað eignarrétt sinn að þeim eignum sem um er að ræða. Dæmi um þetta er eignarréttur ríkisins að auðlindum í jörðu, utan eignarlanda, eignarréttur þess að auðlindum hafsbotsins, utan netlaga, og eignarréttur þess að þjóðlendum.“<sup>4</sup>

Í 1. gr. frumvarps til stjórnarskipunarlaga sem oddvitar ríkisstjórnar Samfylkingarinnar og Vinstri hreyfingarinnar – græns framboðs lögðu, ásamt fleirum, fram árið 2009<sup>5</sup> var kveðið á um þjóðareign á náttúruauðlindum sem ekki eru háðar einkaeignarrétti. Í athugasemdum við ákvæðið kemur fram að hugtakið þjóðareign sé byggt á skilgreiningu auðlindanefndar en fyrirmyndin að eignarhaldi af þessum toga sé einkum sótt í ákvæði laga um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta, nr. 58/1998.. Einnig kemur fram að sú tegund eignarhalds sem felst í hugtakinu þjóðareign hafi ákveðna sérstöðu miðað við aðrar ríkiseignir og að m.a. sé tryggt að slíkum náttúruauðlindum verði aldrei afsalað varanlega.

Vísan stjórnlagaráðs til tengsla frumvarps þess sem hér er til umfjöllunar við fyrri frumvörp sem hafa að geyma tillögu að stjórnarskrárákvæði um auðlindir í þjóðareign og skýringar ráðsins leiða til þeirrar niðurstöðu að byggt sé á skilgreiningu auðlindanefndar á hugtakinu þjóðareign að minnsta kosti að því er varðar réttaráhrif þess að auðlindir séu lýstar þjóðareignir.

## **1.2 Eignarréttindi yfir auðlindum**

Auðlindir hafa um margt sérstöðu sem eignarandlag. Til dæmis felst í eðli ýmissa auðlinda að enginn getur haft vörslur þeirra eða raunveruleg umráð. Auk þess hafa þær yfirleitt mikla samfélagslega þýðingu, þ.e.a.s. samfélagið

---

<sup>4</sup> Auðlindaskýrsla 2000, kafli 2.5.1.

<sup>5</sup> 136. löggjafarþing 2008–2009, þskj. 648, 385. mál.

hefur ríka hagsmuni af því hvernig þær eru nýttar og þeim ráðstafað. Meðal annars í ljósi þessa hefur verið talið eðlilegt að hægt væri að lýsa yfir þjóðareign á auðlindum enda þótt við þær séu bundin ýmis réttindi sem taka þarf tillit til.

Í samræmi við sérstöðu auðlinda sem eignarandlags hafa eignarréttindi yfir auðlindum lengst af verið skilgreind í íslenskum rétti sem *hagnýtingar- og ráðstöfunarréttur*, þ.e. sem óbein eignarréttindi, en ekki beinn eignarréttur.<sup>6</sup> Þannig má segja að réttindin séu hlutdeild í víðtækari rétti en ekki hefur endilega verið skilgreint hver hefði þann með höndum. Frá þessari hefð var vikið við setningu laga um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu nr. 57/1998 (hér eftir auðlindalaga). Samkvæmt 3. gr. þeirra fylgir eignarlandi *eignarréttur* að auðlindum í jörðu, en í þjóðlendum eru auðlindir í jörðu eign íslenska ríkisins, nema aðrir geti sannað eignarrétt sinn til þeirra. Í greininni er kveðið á um óskoraðan eignarrétt yfir auðlindum í jörðu en rétt er þó að minna á að með dómum Hæstaréttar 21. febrúar 2008 í málum 644 og 645/2006 (jarðgangadómum) var réttindaákvæði auðlindalaga ekki túlkað með jafnafdráttarlausum hætti og orðalag þess gæti gefið hugmynd um.<sup>7</sup>

### 1.3 Auðlindir í þjóðareign

Hvorki í tillögum auðlindanefndar að stjórnarskrárákvæði um auðlindir í þjóðareign né þeim tillögum sem lagðar voru fram 2007 og 2009 var gert ráð fyrir að náttúruauðlindir í þjóðareign yrðu skilgreindar í sjálfri stjórnarskránni heldur gengið út frá að það yrði gert í almennum lögum. Eins og áður segir var í tillögu auðlindanefndar frá árinu 2000 kveðið á um *að náttúruauðlindir og landsréttindi* sem ekki væru háð einkaeignarrétti væru þjóðareign eftir því sem nánar væri ákveðið í lögum. Sem dæmi um slíkar eignir var nefndur eignarréttur ríkisins að auðlindum í jörðu, utan eignarlanda, eignarréttur þess að auðlindum hafsbotnsins, utan netlaga, og eignarréttur þess að þjóðlendum.

---

<sup>6</sup> Sjá m.a. 2. gr. vatnalaga nr. 15/1923, 1. gr. nr. 98/1940, um eignar- og nýtingarrétt á jarðhita, 1. gr. námulaga nr. 24/1973 og 9. gr. orkulaga nr. 58/1967.

<sup>7</sup> Hugtakið auðlind er skýrt í 2. mgr. 1. gr. auðlindalaganna þannig að átt sé við hvers konar frumefni, efnasambönd og orku sem vinna megi úr jörðu, hvort heldur í föstu, fljótandi eða loftkenndu formi og án tillits til hitastigs sem þau kunni að finnast við. Skilgreiningin er *tengd vinnslu* og nær samkvæmt því ekki til þeirra fyrirbæra sem talin eru upp í greininni ef þau er ekki vinnanleg. Í nefndum dómum Hæstaréttar frá 21. febrúar 2008 var deilt um bætur fyrir jarðefni sem fallið hafði til vegna borunar jarðganga og var nýtt til vegagerðar. Komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að verðgildi jarðefnisins hefði einungis verið lítið brot af kostnaði við að vinna það og að hafið væri yfir allan vafa að nám þess gæti aldrei gefið af sér arð. Yrði að þessu virtu að leggja til grundvallar að verðmæti efnisins í jörðu hefði ekkert verið. Gæti það af þeirri ástæðu ekki fallið undir hugtakið auðlind samkvæmt 3. gr. laga nr. 57/1998. Samkvæmt þessu má álykta að um auðlindir í jörðu gildi að eignarréttur á þeim sé órjúfanlega tengdur arðskapandi vinnslu þeirra og feli því í raun í sér nýtingarrétt sem áskilinn er eiganda þess lands sem hefur viðkomandi auðlind að geyma.

Í athugasemdum við frumvarp það sem lagt var fram 2009 var bent á að þegar liggi fyrir að land, landsréttindi, auðlindir og hlunnindi í þjóðlendum, sem ekki hafa verið háð einkaeignarrétti, séu þjóðareignir í skilningi 1. gr. frumvarpsins, sbr. lög nr. 58/1998 og lög nr. 57/1998, um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu. Af textanum mætti ráða að undir auðlindahugtakið félli einnig land, landsréttindi og hlunnindi en þetta er þó ekki alveg skýrt. Í athugasemdunum segir síðan:

„Ekkert [er] því til fyrirstöðu að löggjafinn felli fleiri eignir af þeim toga en þær sem að framan greinir undir þjóðareignarhugtakið. Með því að bæta ákvæði í stjórnarskrá sem lýsir yfir þjóðareign allra auðlinda sem ekki eru háðar einkaeignarrétti yrði hægt að fella undir hugtakið nytjastofna á Íslandsmiðum, sbr. lög nr. 116/2006, um stjórn fiskveiða, og auðlindir sem eru á, í eða undir hafsbotninum, utan netlaga og svo langt til hafs sem fullveldisréttur Íslands nær, sbr. lög nr. 73/1990, um eignarrétt íslenska ríkisins að auðlindum hafsbotnsins. Væri þannig rétt að laga ákvæði þeirra laga að hinu nýja stjórnarskrárákvæði. Þá gæti löggjafinn hugsanlega þurft að taka afstöðu til þess hvort skilgreina beri nýjar auðlindir sem ekki hafa verið nýttar áður sem þjóðareign.“

Hafa verður í huga að gagnvart ýmsum auðlindum sem felldar kunna að vera undir þjóðareign hefur verið stofnað til afmarkaðs hagnýtingarréttar og þarf því að taka afstöðu til þess hvaða þýðingu frumvarpið hefur gagnvart þeim réttindum. Í tillögu auðlindanefndar að nýju stjórnarskrárákvæði árið 2000 var beinlínis tekið fram í ákvæðinu að tímabundin heimild til afnota eða hagnýtingar náttúruauðlinda og landsréttinda í þjóðareign nyti verndar sem óbein eignarréttindi. Í athugasemdum við 2009 frumvarpið er áréttað að heimild til afnota eða hagnýtingar auðlinda geti notið verndar 72. gr. stjórnarskrárinnar sem óbein eignarréttindi og að stjórnaskrárákvæðinu sé ekki ætlað að hrófla við slíkum óbeinum eignarréttindum sem þegar hafi stofnast.

Í frumvarpi til stjórnarskipunarlaga sem lagt var fram 2007<sup>8</sup> sagði í upphafi 1. gr.: „Náttúruauðlindir Íslands skulu vera þjóðareign, þó þannig að gætt sé réttinda einstaklinga og lögaðila skv. 72. gr.“ Afmörkun þessa frumvarps er því nokkuð önnur en í tillögu auðlindanefndar og 2009 frumvarpsins. Þannig lýsir hún allar náttúruauðlindir þjóðareign með þeim fyrirvara að réttindi einstaklinga og lögaðila sem njóta verndar 72. gr. séu virt. Samkvæmt athugasemdum við frumvarpið er með þessu áréttað að ýmsar auðlindir séu og hafi lengi verið annaðhvort háðar einkaeignarrétti eða þá að einstaklingum og lögaðilum hafi verið úthlutað heimildum til nýtingar þeirra á grundvelli lagasetningar. Séu tekin af tvímæli um að ekki sé haggð við slíkum eignar- eða afnotarétti. Með ákvæðinu sé til dæmis ekki haggð við eignar- og afnotaréttindum þeirra sem hagnýta jarðir og ýmis fasteignatengd réttindi eða stunda fiskveiðar á grundvelli veiðiheimilda. Hins vegar séu einnig tekin af

---

<sup>8</sup> 133. lþ. 2006–2007, þskj. 1064, 683. mál.

tvímæli um að óbein eignarréttindi tengd nýtingarheimildum sem þegar séu fyrir hendi muni ekki leiða til beins eignarréttar.

### 1.3 Afmörkun þjóðareigna í frumvarpi stjórnlagaráðs

Orðalag 1. mgr. 34. gr. frumvarps stjórnlagaráðs, þar sem rætt er um „auðlindir í náttúru Íslands, sem ekki eru í einkaeigu,“ vísar að vissu leyti til auðlindar sem afmarkaðrar áþreifanlegrar eignar sem geti verið undirorpin beinum eignarrétti. Þetta er áréttað í 2. másl. ákvæðisins þar sem segir að enginn geti fengið *auðlindirnar, eða réttindi tengd þeim*, til eignar eða varanlegra afnota og aldrei megi selja þær eða veðsetja.

Ég vek sérstaklega athygli á orðalaginu „í einkaeigu“ í 1. mgr. 34. gr. Orðið einkaeign þýðir samkvæmt Íslenskri orðabók eign einstaklinga (ekki ríkis, sveitar- eða samvinnufélaga).<sup>9</sup> Í Íslenskri lögfræðiorðabók er gefin upp sambærileg skýring: „Eign einstaklings eða einstaklinga, gagnstætt við opinbera eign.“ Orðið vísar þannig til eiganda eignar en ekki til eðlis þeirra réttinda sem við eignina eru bundin. Afmörkun þjóðareigna í 1. mgr. 34. gr. er þannig talsvert frábrugðin afmörkun auðlindanefndar og 2009 frumvarpsins sem undanskilja auðlindir sem háðar eru *einkaeignarrétti*. Þannig verður að telja að til þjóðareignar samkvæmt frumvarpi stjórnlagaráðs teljist, auk þeirra eigna sem fengið hafa stöðu einhvers konar þjóðareigna samkvæmt lögum, þ.e. þjóðlendna og nytjastofna, allar auðlindir sem undirorpnar eru einkaeignarrétti ríkisins og annarra opinberra aðila.

Vert er að minna á að samkvæmt 1. mgr. 3. gr. a í auðlindalögum er ríki, sveitarfélögum og fyrirtækjum, sem alfarið eru í eigu þeirra, óheimilt að framselja beint eða óbeint og með varanlegum hætti eignarrétt að jarðhita og grunnvatni *umfram heimilis- og búsparfir*. Hliðstætt ákvæði er í 16. gr. vatnalaga nr. 15/1923 þar sem segir í 1. mgr. að ríki, sveitarfélögum og fyrirtækjum sem alfarið eru í eigu þeirra sé óheimilt að framselja beint eða óbeint og með varanlegum hætti rétt til umráða og hagnýtingar á því vatni *sem hefur að geyma virkjanlegt afl umfram 10 MW*.

Það þyrfti að skýra betur hvort auðlindaákvæði stjórnlagaráðs sé ætlað að koma alfarið í veg fyrir framsal t.d. réttar til nýtingar jarðhita, grunnvatns og yfirborðsvatns á landi í eigu ríkisins eða annarra opinberra aðila. Eins skal vakin athygli á því að í núgildandi lögum eru engar takmarkanir á framsali réttinda til nýtingar annarra auðlinda í jörðu á forræði ríkisins eða annarra opinberra aðila.

---

<sup>9</sup> Íslensk orðabók. Mördur Árnason ritstjóri. Edda, Reykjavík 2002. Sjá hér einnig skilgreiningu í Íslenskri lögfræðiorðabók, Codex, Lagastofnun Háskóla Íslands, Reykjavík 2008.

Sérstaklega þyrfti að gæta hér að réttindum sveitarfélaga. Vert er að hafa í huga að afmörkun frumvarpsins myndi takmarka verulega heimildir ríkisins til að ráðstafa t.d. jörðum í ríkiseigu með varanlegum hætti. Miðað við afmörkun frumvarpsins þyrfti við sölu ríkisjarða að undanskilja allar auðlindir sem þeim tilheyra.

Ef reynt er að afmarka það sem fellur undir *auðlindir í einkaeigu* í skilningi 1. mgr. 34. gr. verður, með vísan til þess sem að framan er rakið, að álykta að þar sé einkum vísað til þeirra *varanlegu eignarheimilda* sem samkvæmt íslenskum rétti fylgja eignarhaldi á landi, og tilheyra einstaklingum en ekki ríkinu eða öðrum opinberum aðilum.

**Lögð skal hér sérstök áhersla á að í skýringum með frumvarpi stjórnlagaráðs er ekki fjallað um afstöðu frumvarpsins til þeirra óbeinu eignarréttinda sem þegar hafa stofnast gagnvart auðlindum í þjóðareign og er brýnt að bæta úr því.**

## 2

*Mat á 1. og 2. mgr. 34. gr. í ljósi eignarréttarverndar stjórnarskrár og MSE. Það sem við veltum einkum fyrir okkur er hvort í 2. mgr. sé lýst yfir þjóðareign á eignarréttindum sem eru nú vernduð af stjórnarskrá eða MSE. Hvað með kvótann? Hvað með auðlindir hafis og hafsbots innan netlaga? Breytir það orðalag stjórnlagaráðs að vísa til "uppsprettna" vatns- og virkjunarréttinda, jarðhita og námaréttinda einhverju í raun? Teldist yfirlýsing um þjóðareign á auðlindum undir tiltekinni dýpt frá yfirborði jarðar almenn takmörkun eða eignarnám?*

### 2.2 Almennt um framsetningu 2. mgr. 34. gr.

Í 2. mgr. 34. gr. tillögu stjórnlagaráðs eru, samkvæmt skýringum ráðsins, „talin upp dæmi um helstu tegundir auðlinda í þjóðareigu“. Ákvæði 2. mgr. hlýtur að þurfa að skýra með hliðsjón af 1. mgr. þannig að með upptalningunni sé ekki verið að fella undir greinina auðlindir sem nú eru í einkaeigu. Þannig sé vísað til auðlinda sem nú þegar eru í þjóðareigu og auðlinda sem háðar eru eignarrétti ríkisins og annarra opinberra aðila. Að mínu mati er orðalag ákvæðis 2. mgr. óheppilega óljóst. Að minnsta kosti væri rík ástæða til að skýra það betur en gert er í skýringum stjórnlagaráðs. Þannig þyrfti að tilgreina að þegar auðlindir hafsbotsins innan íslenskrar lögsögu séu tilgreindar sem dæmi um þjóðareign afmarkist sú eign við svæði *utan netlaga jarða í einkaeigu*. (Hér verður að

athuga að samkvæmt skilgreiningu 1. mgr. myndu auðlindir hafsbotnsins innan netlaga jarða í eigu ríkis og sveitarfélaga falla undir hugtakið þjóðareign.)

Um 2. mgr. 34. gr. segir í skýringum stjórnlagaráðs að upptalningu ákvæðisins sé ekki ætlað að vera tæmandi. Til dæmis sé ekki tekin afstaða til þess hversu fara skuli með villta lax- og silungsstofna sem ganga úr sjó í ár á einkajörðum. Það er því ljóst að ætlast er til þess að löggjafinn ákveði í einhverjum tilvikum hvort tiltekna auðlindir skuli vera í þjóðareign. Í þessu sambandi má t.d. minna á erfðaauðlindir og skuldbindingar Íslands samkvæmt samningnum um líffræðilega fjölbreytni varðandi nýtingu og ráðstöfun þeirra.

### 2.3 Um úthlutun aflaheimilda

Um þau réttindi sem úthlutun aflaheimilda felur í sér hefur margt verið rætt og ritað, ekki síst um það að hvaða marki þessi réttindi njóta stjórnarskrárverndar. Um það virðast þó flestir sammála að réttindin njóti að einhverju marki verndar 72. gr. stjkskr. um friðhelgi eignarréttar, þ.e. sem óbein eignarréttindi, enda þótt menn greini á um nánari skilgreiningu eðlis þeirra og þar með hversu víðtæk stjórnarskrárverndin sé. Ekki er þörf á að fjalla sérstaklega um þennan ágreining hér.

Í þeim tillögum að auðlindaákvæði í stjórnarskrá sem gerð hefur verið grein fyrir hér að framan hefur verið gengið út frá því að nytjastofnar á Íslandsmiðum yrðu skilgreindir sem auðlind í þjóðareign. Hins vegar hefur jafnframt verið lögð áhersla á að tillögunum sé ekki ætlað að hrófla við óbeinum eignarréttindum sem þegar hafi stofnast.<sup>10</sup>

**Hér skal ítrekað að þar sem farin er sú leið í frumvarpi stjórnlagaráðs að tilgreina tiltekna auðlindir sem þjóðareign er nauðsynlegt að tekin sé skýr afstaða til þeirra réttinda sem þegar hafa stofnast gagnvart þeim.**

### 2.4 Uppsprettur réttinda

Það orðalag 2. mgr. 34. gr. að tilgreina *uppsprettur* vatns- og virkjunarréttinda, jarðhita- og námaréttinda til þjóðareign er ekki nægilega skýrt að mínu mati. Spyrja mætti hvort með þessari tilgreiningu sé átt við að vatn, jarðhiti og námur séu lýstar auðlindir í þjóðareign að því marki sem réttindi til þeirra eru ekki „í einkaeigu“. Ákvæði 2. málsl. 1. mgr. um að enginn geti fengið auðlindirnar, *eða réttindi tengd þeim*, til eignar eða varanlegra afnota útilokar í reynd þá túlkun. Með hliðsjón af fyrirvara 1. mgr. um auðlindir í einkaeigu er þá eðlilegt að túlka orðalagið svo að átt sé við vatn, jarðhita og námur í þjóðlendum og á jörðum í

---

<sup>10</sup> Sbr. t.d. frumvarpið frá 2009.



eigu opinberra aðila. Þetta þyrfti þó að skýra betur. Orðið uppsprettur er að mínu mati ekki heppilegt enda ekki útilokað t.d. að uppspretta vatnsréttinda eins aðila sé einnig uppspretta sams konar réttinda annars.

## 2.5 Auðlindir undir yfirborði jarðar

Allmargar tilraunir hafa verið gerðar til að afmarka réttindi landeigenda undir yfirborði jarðar ekki síst til nýtingar jarðhita.<sup>11</sup> Sú aðferð við afmörkun eignarráða landeigenda undir yfirborði jarðar sem náð hefur tryggustum sessi í íslenskum rétti byggir á því sjónarmiði að þau nái til umráða og hagnýtingar en þó aðeins svo langt sem eðlilegt geti talist að viðurkenna af tilliti til hagsmuna landeigandans. Þessa reglu mætti nefna hagsmunareglu og hún hefur almennt verið viðurkennd í íslenskum rétti.<sup>12</sup> Í jarðgangadómunum sem áður eru nefndir er reglan orðuð með þeim hætti að eignarráðin nái svo langt niður sem nauðsynlegt er til að landeigandi geti haft þau not af landi sínu sem heyra til venjulegrar hagnýtingar á eignarrétti yfir fasteign. Með hagsmunareglunni eru í raun dregin mörk milli réttinda landeiganda og almennings því þar sem réttindum landeiganda sleppir hlýtur að taka við einhvers konar almenningur. Mörkin er ekki dregin við tiltekið dýpi heldur eru þau breytileg og miðast við aðstæður og eðlilegan nýtingarrétt landeiganda. Ljóst er að inntak reglunnar kann að breytast vegna breyttra viðhorfa til þess hvað felist í „venjulegri hagnýtingu“. En miðað við það hvernig reglan hefur verið orðuð virðist almennt hafa verið miðað við hagsmuni landeiganda af venjulegri hagnýtingu en ekki hvað honum væri t.d. tæknilega mögulegt á hverjum tíma.

Með setningu auðlindalaga voru réttindi landeigenda til auðlinda í jörðu skilgreind með afgerandi hætti sem eignaréttur, sbr. 3. gr., og ekki tilgreind nein þau mörk sem réttindunum kynnu að vera sett. Þó er ljóst af athugasemdum við frumvarp það er varð að auðlindalögum að ekki var gert ráð fyrir að frumvarpið fæli í sér breytingu á þágildandi réttarástandi.<sup>13</sup> Í athugasemdunum er ekki fjallað um það beint hvort eignarétturinn sem 3. gr. laganna kveður á um lúti einhverjum takmörkunum. Það er þess vegna ekki skýrt hvort byggt sé á hagsmunareglunni. Hins vegar er bent á „að með örum tækniframförum verði sífellt auðveldara að nýta auðlindir á meira dýpi. Landeigandi geti því í dag nýtt sér auðlindir sem honum hafi áður verið ókleift

---

<sup>11</sup> Sjá hér einkum frumvarp Bjarna Benediktssonar frá árinu 1945, Alþt. 1945, A-deild, þskj. 200, og frumvarp um jarðhita frá 1956, Alþt. 1956, A-deild, þskj. 387, en það byggði m.a. á ritgerð Ólafs Jóhannessonar prófessors „Um eignar- og umráðarétt jarðhita“. Ritgerðin birtist sama ár í Tímariti lögfræðinga, bls. 134–157.

<sup>12</sup> Sjá hér t.d. Gaukur Jörundsson: Eignaréttur I. Reykjavík 1982–1983, bls. 38, og Þorgeir Örylgsson: Um eignarhald á landi og náttúruauðlindum. Afmælisrit. Gaukur Jörundsson sextugur, 24. september 1994. Reykjavík 1994, bls 559.

<sup>13</sup> 122. lþ. 1997–98, þskj. 574, 359. mál.

að nýta vegna ónógrar tækniþekkingar eða mikils kostnaðar“. Af þessu virðist fremur gengið út frá að eignarráðin nái til allrar þeirrar nýtingar sem er tæknilega möguleg eða fýsileg en ekki aðeins til þeirrar sem heyrir til venjulegrar hagnýtingar á eignarrétti yfir fasteign. Það er því ýmislegt sem bendir til þess að með setningu auðlindalaganna hafi eignarráð landeigenda yfir auðlindum í jörðu verið rýmkuð frá því sem áður var talið gilda. Í jarðgangadómunum frá 2008 er réttindaákvæði auðlindalaganna þó ekki túlkað með jafn afdráttarlausum hætti og orðalag þeirra gæti gefið tilefni til. Segja má að í kjölfar dómanna ríki nokkur réttaróvissa á þessu sviði sem brýnt er að eyða.<sup>14</sup>

Í seinni málsl. 2. mgr. 34. gr. frumvarps stjórnlagaráðs segir að með lögum megi kveða á um þjóðareign á auðlindum undir tiltekinni dýpt frá yfirborði jarðar. Í skýringum við ákvæðið segir að átt sé við t.d. hugsanlega olúfundu eða málma djúpt undir [yfirborði jarðar] hvort heldur í almenningum eða einkajörðum.<sup>15</sup> Sé tekið mið af skilgreiningu 2. mgr. 1. gr. auðlindalaga er hér um að ræða auðlindir sem falla undir þau lög. Lögð skal áhersla á að ummælin í skýringunum fela í sér nokkra þrengingu ákvæðisins miðað við orðalag þess. Vegna þess hversu réttindi landeigenda eru rúmt skilgreind í auðlindalögum er ekki hægt að útiloka að lagaákvæði sem kvæði á um þjóðareign á auðlindum undir tiltekinni dýpt frá yfirborði jarðar gæti skapað landeigendum bótarétt í einhverjum tilvikum.

## **2.6 Ákvæði 4. mgr. 34. gr. um réttaráhrif nýtingarleyfis.**

Í 4. mgr. 34. gr. er m.a. kveðið á um heimild stjórnvalda til að veita leyfi til afnota eða hagnýtingar auðlinda eða annarra takmarkaðra almannagæða gegn fullu gjaldi og til tiltekins hóflegs tíma í senn. Segir jafnframt að slík leyfi skuli veita á jafnræðisgrundvelli og þau leiði aldrei til eignarréttar eða óafturkallanlegs forræðis yfir auðlindunum. Orðalagið í síðasta málsliðnum er fengið úr 1. gr. laga um stjórn fiskveiða nr. 116/2006 og segir í skýringum að ákvæði málsliðarins sé ætlað að tryggja stjórnskipulega stöðu *þeirrar greinar* með því að girða fyrir hættuna á að hún verði numin brott úr lögum.<sup>16</sup>

Eins og fram er komið getur réttur til nýtingar auðlindar falið í sér óbein eignarréttindi sem njóta verndar 72. gr. stjórnarskrárinnar þó þau feli einungis í sér hlutdeild í víðtækari rétti „eiganda“ auðlindarinnar. Markmiðið með orðalagi 1. gr. fiskveiðistjórnunarlaganna var væntanlega að koma í veg fyrir að réttarvernd einkaeignarréttar samkvæmt 72. gr. stjórnarskrárinnar útrýmði

<sup>14</sup> Valgerður Sólnes: Um eignarhald á jarðhita. Tímarit lögfræðinga 2009 (4), bls. 445–447.

<sup>15</sup> Frumvarp stjórnlagaráðs, bls. 85.

<sup>16</sup> Frumvarp stjórnlagaráðs, bls. 87.

réttri þjóðarinnar samkvæmt 1. málslíð greinarinnar enda naut sá réttur ekki (og nýtur ekki enn) stjórnarskrárverndar. Hér var því um að ræða tryggingu gagnvart því að til yrðu réttindi sem nyttu verndar æðri réttarheimildar. Í stjórnarskrárákvæði um vernd þjóðareignar er ekki uppi sama aðstaða enda hvoru tveggju réttindin þá vernduð af ákvæðum sömu (og æðstu) réttarheimildar. Því væri ef til vill nóg að segja hér að slík leyfi leiði aldrei til óafturkallanlegs forræðis yfir auðlindunum.

### 3

*Yfirfara greinargerð stjórnlagaráðs með 34. gr. með tilliti til eignarréttarverndar. Benda á hvort og þá hvar er farið rangt eða ónákvæmt með efnisréttinn og gera tillögur til úrbóta.*

Af umfjölluninni hér að framan má ljóst vera að verulega þarf að bæta skýringar með 34. gr. frumvarps stjórnlagaráðs. Ég hef ekki rekist beinlínis á villur í greinargerðinni. Það má þó setja spurningarmerki við vissa þætti, t.d. umfjöllun um álit mannréttindanefndar Sameinuðu þjóðanna frá 2007 sem öll er í formi tilvitnunar í grein í Morgunblaðinu. Eins má athuga hvort tilvísun í drög að nýrri stjórnarskrá Færeyja eigi við, enda einungis um drög að ræða.

### 4

*Athugsemdir, ef einhverjar eru, um önnur atriði sem þú telur alls ekki geta gengið upp í 32.-35. gr. Hér erum við ekki að fiska eftir því hvernig þú vildir hafa þetta ef þú réðir, heldur bara að óska eftir rökstuddum ábendingum um alvarlega ágalla (ef einhverjir eru).*

#### 33. gr.

##### 2. mgr.

Hér er kveðið afdráttarlaust um skyldu löggjafans til að tryggja í lögum rétt manna til heilnæms umhverfis, fersks vatns, ómengaðs andrúmslofts og óspilltrar náttúru. Þessi atriði er mjög erfitt að skilgreina og spyrja má hvenær andrúmsloft telst ómengað og náttúra óspillt.

Upptalning 2. másl. er sett fram eins og hún sé tæmandi talin. Það er óheppilegt því það þýðir að sú vernd sem þarna er fjallað um nær eingöngu til þeirra náttúruþátta sem taldir eru upp. Sérstaka athygli vekur þar að gróður er talinn upp sem verndarandlag en ekki dýr. Reyndar er sérstakt á ákvæði um dýravernd í 36. gr. en það tekur einungis til verndar gegn illri meðferð og verndar dýrategunda í útrýmingarhættu. Eðlilegra væri að nota hér hugtakið lífríki sem nær til hvors tveggja. Hér má líka minna á landslag og jarðmyndanir.

Ekki er skýrt í skýringum með frumvarpinu hvað felist í hugtakinu *náttúruminjar*.

Í síðasta málslið 2. mgr. segir að *fyrri spjöll skuli bætt eftir füngum*. Ekki er ljóst á hvern skyldan er lögð og er það ekki skýrt í skýringum með ákvæðinu.

### **35. gr.**

#### **1. mgr.**

Í fyrsta málslið 1. mgr. er lögð bein og mjög opin skylda á stjórnvöld að veita upplýsingar. Í skýringum við ákvæðið segir að um frumkvæðisskyldu stjórnvalda sé að ræða en ekkert er fjallað nánar um það hvernig þessi skylda verður afmörkuð.

Orðalagið *áhrif framkvæmda* í 1. mgr. er dálítið þröngt og ekki ljóst hvort ákvæðið tekur einnig upplýsinga um áhrif *starfsemi* á umhverfi og náttúru. Ekki er heldur að mínu mati nægjanlega skýrt hvort ákvæðið taki til réttar til upplýsinga um áhrif *fyrirhugaðra* framkvæmda eða starfsemi á náttúru og umhverfi.

#### **3. mgr.**

Ákvæðið tekur til *töku ákvarðana um náttúru Íslands og umhverfi*. Spyrja má hvaða ákvarðanir falli þarna undir. Eru það einungis ákvarðanir sem beinlínis varða ráðstöfun náttúrugæða og náttúruvernd eða falla þarna einnig undir ákvarðanir sem *kunna að hafa áhrif* á náttúru og umhverfi? Það væri ástæða til að íhuga orðalagið að þessu leyti.

Aagot Vigdís Óskarsdóttir

# Minnisblað

Til Páls Þórhallssonar.

Frá Aðalheiði Jóhannsdóttur, prófessor

20. september 2012

Vísað er til tölvubréfa yðar, dags. 12. júlí sl., um aðstoð vegna yfirferðar á 32.-36. gr. tillagna Stjórnlagaráðs að frumvarpi til stjórnarskipunarlaga. Meðfylgjandi er minnisblað undirritaðrar þar sem farið er yfir fyrrgreindar 32. gr. í tillögu ráðsins miðað við eftirfarandi forsendur og lagðar til:

1. Nauðsynlegar breytingar á texta tillagna miðað við viðmið sem koma fram í bókun stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar Alþingis, þ.a.l. tekur greiningin tillit til:
  - a. mannréttindasáttmála sem íslenska ríkið hefur skuldbundið sig til að fara eftir,
  - b. innra samræmis og mögulegra mótsagna,
  - c. réttarvernd miðað við gildandi stjórnarskrá og greinargerð með tillögum,
  - d. málsóknarmöguleika gegn ríkinu.
2. Nauðsynlegar viðbætur eða lagfæringar á greinargerð Stjórnlagaráðs. Þótt ekki sé beinlínis vísað til viðmiða stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar varðandi þennan þátt hafa sömu viðmið eigi að síður verið lögð til grundvallar.
3. Önnur atriði sem undirrituð bendir sérstaklega á.

Tillögur að breytingum, þ.m.t. niðurfellingu á texta, rökstuðningur og aðrar tilvísanir eru í hornklofum á viðeigandi stöðum í textanum.

### *Almennar athugasemdir við kaflaheiti og staðsetningu ákvæðanna.*

Ákvæði 32.-36. gr. eru hluti af II. kafla tillögunnar sem ber heitið *Mannréttindi og náttúra*. Fyrrgreind ákvæði eigi nokkra samnefnara, þ.m.t. ríka áherslu á almannahagsmuni, en þau endurspeglu einungis að hluta til réttindi sem örugglega falla til viðurkenndra mannréttinda. Til dæmis er erfitt að sjá hvernig almenn dýravernd, sbr. 36. gr. tillögunnar, geti fallið undir mannréttindi. Vegna þessa er lagt til að ákvæði 32.-36. gr. verði í sjálfstæðum kafla III. sem beri heitið *Umhverfi og náttúruauðlindir*. Ekki er tekin afstaða til þess hvort ákvæði 6.-31. gr. teljist öll til viðurkenndra mannréttinda en heiti þess kafla gæti verið *Mannréttindi*.

### *Ákvæði 32. gr.*

#### **Heildarmat á greininni miðað við fyrrgreind viðmið.**

Ákvæði 32. gr. tillögunnar er nýmæli en í gildandi stjórnarskrá er ekki að finna sambærilegt ákvæði. Efni þess hefur ekki nein augljós tengsl við mannréttindasáttmála sem Ísland er aðili að og virðist ekki vera í mótsögn við önnur ákvæði tillögunnar. Ólíklegt er að gildistaka 32. gr. ein og sér hefði í för með sér að íslenska ríkinu yrði stefnt, t.d. vegna mögulegra takmarkana á eignarrétti eða athafnafrelsi, þar sem raunverulegt gildissvið ákvæðisins veltur á útfærslu þess í almennri löggjöf sem myndi væntanlega fela í sér almennar takmarkanir og auk þess leggja ákveðnar skyldur á tiltekin stjórnvöld og opinberar stofnanir. Hvað varðar mögulega refsíabyrgð, t.d. ef dýrmætar þjóðareignir væru eyðilagðar, þá yrði að byggja hana á tilteknu almennu lagaákvæði. Engar áreiðanlegar upplýsingar eru fyrirbyggjandi í athugasemdunum um gjafagerninga eða aðra samninga sem hafa verið gerðir við íslenska ríkið (eða handhafa ríkisvalds) vegna fasteigna eða lausafjár sem teljast til eða kynnu að teljast til menningararfsins. Slíka úttekt væri sennilega rétt að gera, a.m.k. yrðu upplýsingar að liggja fyrir við útfærslu ákvæðisins í almennum lögum. Meðal annars vegna þessa er tekið fram í athugasemdunum við 32. gr. er ekki ætlað að hafa áhrif á fyrirbyggjandi samninga sem liggja til grundvallar framsali tiltekinna dýrmættra þjóðareigna til íslensku þjóðarinnar.

#### **Texti ákvæðis samkvæmt tillögu Stjórnlagaráðs:**

32. gr.

*Menningarverðmæti.* [Varðveisla/vernd menningararfsins.]

Dýrmætar þjóðareignir sem heyra til íslenskum menningararfi, svo sem þjóðminjar og fornhandrit, má hvorki eyðileggja né afhenda til varanlegrar eignar eða afnota, selja eða veðsetja. [Fjalla skal um dýrmætar þjóðareignir í almennum lögum.]

[Lagt er til að heiti greinarinnar verði breytt í: *Varðveisla menningararfsins* eða *Vernd menningararfsins* sem lýsir betur inntaki ákvæðisins. Með breytingunni fækkar einnig hugtökum þar sem hugtakið menningarverðmæti færi út og áherslan yrði á varðveislu menningararfsins. Einnig er lagt til að bætti verði við ákvæðið nýjum másl. þess efnis að fjalla skuli um dýrmætar þjóðareignir í almennum lögum. Þetta er til þess að undirstrika að 32. gr. frumvarpsins mælir fyrir um ákveðna meginreglu en fyrir utan skýr dæmi í athugasemdum við ákvæðið verður að marka nákvæmt innihald þess með almennum lögum.]

### Athugasemdir við ákvæði 32. gr. með breytingunum.

Lagt er til að nýju ákvæði um varðveislu íslensks menningararfs verði bætt í stjórnarskrána. Því er ætlað að gilda um dýrmætar þjóðareignir sem tilheyra íslenskum menningararfi, þ.m.t. menningarminjar, og eru lagðar ákveðnar hömlur á meðferð þeirra í þágu komandi kynslóða. Um menningararfinn gildir hin almenna regla að núlifandi kynslóð hefur fengið hann að láni og þarf að vernda hann og varðveita og skila óskemmdum til komandi kynslóða. Ákvæðið sem hér er lagt til er ætlað að tryggja þá vernd og varðveislu. Því til staðfestingar eru tekin dæmi af þjóðminjum og fornhandritum, en önnur dæmi mætti einnig tilgreina. Stjórnarskrár Norðurlanda hafa ekki að geyma sambærilegt ákvæði en ýmis önnur lönd hafa séð ástæðu til þess að veita menningararfi sérstaka stjórnarskrárvend, þ. á m. Grikkland og Portúgal.

(Í stjórnarskrá Grikklands eru náttúruvernd og vernd menningarminja lagðar að jöfnu, en í upphafi 1. mgr. 24. gr. grísku stjórnarskrárinnar segir að vernd náttúrulegs og menningarlegs umhverfis sé hlutverk ríkisins (á ensku: *The protection of the natural and cultural environment constitutes a duty of the State*). Jafnframt er almenningi tryggð ákveðin málsóknarréttindi í 52. gr. portúgólsku stjórnarskrárinnar og réttur til þess að krefjast skaðabóta, sérstaklega ef í húfi eru hagsmunir sem varða lýðheilsu, neytendur, lífsgæði, umhverfi og menningararf, sbr. nánar 3. mgr. 52. gr. stjórnarskrárinnar (orðrétt segir í 3. mgr. 52. gr. á ensku: *Everyone shall be granted the right of actio popularis, to include the right to apply for the appropriate compensation for an aggrieved party or parties, in such cases and under such terms as they law may determine, either personally or via associations that purport to defend the interests in question. The said right shall particularly be exercised in order to: a) Promote the prevention, cessation or judicial prosecution of offences against public health, consumer rights, the quality of life or the preservation of the environment and the cultural heritage; b) Safeguard the property of the state, the autonomous regions and local authorities*).

Eins og fyrr sagði er ákvæðinu ætlað að gilda um dýrmætar þjóðareignir sem eru hluti af íslenskum menningararfi, þ.m.t. eru menningarminjar. Með menningarminjum er átt við ummerki um sögu þjóðarinnar, svo sem fornminjar, menningar- og búsetulandslag, kirkjugripi og minningarmörk, hús og önnur mannvirki, skip og báta, samgöngutæki, listmuni og nytjahluti, svo og myndir og aðrar heimildir um menningarsögu þjóðarinnar og staði sem tengjast menningarsögunni.

Menningararfurinn hefur þ.a.l. viðtækari skírskotun en hugtakið menningarminjar og nær einnig yfir sögu landsins og þjóðtöngu.

Ákvæðið skilgreinir dýrmæta hluta menningararfsins sem þjóðareign. Að baki býr sama hugsun og endurspeglast í löggjöf um Þingvallabjóðgarð. Sjá nánar eldri lög um Þingvallabjóðgarð, sbr. ákvæði laga nr. 59/1928 um friðun Þingvalla, sérstaklega 4. gr. þeirra, þar sem segir að hið friðlýsta land skuli vera undir vernd Alþingis, ævinleg eign íslensku þjóðarinnar og aldrei megi selja það eða veðsetja, og í yngri lögum um þjóðgarðinn, nr. 47/2004 um þjóðgarðinn á Þingvöllum, en í 1. mgr. 1. gr. þeirra segir að Þingvellir við Öxará og grenndin þar skuli vera friðlýstur helgistaður allra Íslendinga sem þjóðgarður. Eftir þessum skilningi deilir núlifandi kynslóð þjóðgarðinum á Þingvöllum með óbornum kynslóðum, þ.a.l. er hverri kynslóð sett ákveðin takmörk. Í þessu sambandi ber að nefna að Þingvallabjóðgarður nýtur sérstakrar stöðu í alþjóðlegu tilliti vegna menningararfleifðar og var samþykktur á heimsminjaskrá Menningarmálastofnunar Sameinuðu þjóðanna (UNESCO) 2004 í samræmi við 2. og 11. gr. samnings um verndun menningar- og náttúruarfleifðar heimsins (á ensku: *Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage*) sem Ísland er aðili að (auglýsing nr. 42/1995 í C-deild Stjórnartíðinda). Þar að auki leggur 4. gr. samningsins þá almennu skuldbindingu á herðar samningsaðila að varðveita m.a. menningararfinn í þágu komandi kynslóða. Einnig er rétt að hafa í huga Evrópusamning um vernd fornleifaarfsins (á ensku: *European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage*) sem Ísland er einnig aðili að (auglýsing nr. 15/1989 í C-deild Stjórnartíðinda). Samkvæmt 2. gr. þessa samnings ber samningsaðilum skylda til að vernda fornleifaarf sinn. Stjórnarskrárákvæði sem ætlað er að varðveita dýrmætar þjóðareignir sem tilheyra íslenskum menningararfi, þ.m.t. fornleifaarfi, samrýmist vel þeirri grunnhugsun sem kemur fram í tilvitnuðum tveimur samningum sem Ísland hefur gerst aðili að.

Skilgreiningu menningararfsins sem þjóðareignar er ekki ætlað eignarréttarlegt inntak. Hugsunin er sú að skerpa á þeim skilningi að núlifandi kynslóð er skuldbundin til að skila menningararfinum óspilltum til komandi kynslóða. Þjóðareign samkvæmt ákvæðinu felur ekki í sér eignarréttarlegt tilkall Íslendinga til íslenskra muna í erlendum söfnum eða annars staðar erlendis og ekki heldur til þeirra íslensku fornhandrita sem enn eru geymd erlendis. Ákvæði 32. gr. er þó ekki ætlað að hafa áhrif á fyrirliggjandi samninga sem liggja til grundvallar framsali tiltekinna dýrmætra þjóðareigna til íslensku þjóðarinnar.

Hvað varðar fornhandrit skírskotar ákvæðið m.a. til Skarðsbókar sem íslensku viðskiptabankarnir keyptu í London 1965 og gáfu þjóðinni. Ákvæðinu er ætlað að girða fyrir að Skarðsbók sé eyðilögð eða hún afhent til varanlegrar eignar eða afnota, seld eða veðsett. Hliðstætt dæmi er gjöf Einars Jónssonar myndhöggvara en hann arfleiddi íslensku þjóðina, en ekki ríkið eða Listasafn Íslands, að eigum sínum og safni. Eitt dæmi enn er stytta af Leifi Eiríkssyni á Skólavörðuholti í Reykjavík, en hún er gjöf



Bandaríkjanna til íslensku þjóðarinnar samkvæmt áletrun aftan á stöplinum. Einnig má nefna eignarhald íslensku þjóðarinnar á handritunum, sem Danir skiluðu Íslendingum 1971–1996 og eru geymd í Stofnun Árna Magnússonar á Íslandi. Rétt er að hafa í huga að afhendingu handritanna fylgdi samningur milli ríkisstjórna Danmerkur og Íslands þar sem ekki er kveðið á um eignarrétt yfir handritunum og er það í góðu samræmi við þann skilning að menningararf þjóðarinnar líkt og náttúru landsins hefur núlifandi kynslóð fengið að láni og þarf að skila honum óspilltum til komandi kynslóða.

Bann við afhendingu til varanlegra afnota felur ekki í sér að með því sé t.d. komið í veg fyrir leikverk sem byggir á Íslendingasögu eða tónverk sem byggir á þjóðlagi. Í slíkum tilvikum er ekki um að ræða afnot heldur einungis not af því tagi sem ekki hafa útilokandi áhrif á aðra.

Nauðsynlegt er að kveða nánar á um meðferð dýrmætra þjóðareigna sem tilheyra íslenskum menningararfi og nauðsynlegar skilgreiningar í almennum lögum. Umfang þeirra takmarkana sem lagðar eru á meðferð dýrmætra þjóðareigna veltur á því hvaða þjóðareignir eru skilgreindar sem dýrmætar en ekki er ástæða til þess að taka fyrir sölu minni háttar safngripa við ákveðnar aðstæður. Samkvæmt þessu væri t.d. óheimilt að setja lög sem heimiluðu ríkinu að selja eða gefa Þjóðminjasafn Íslands eða Listasafn Íslands eða einstaka safnmuni þeirra. Eðlilegt er að við undirbúning nýrrar löggjafar verði höfð hliðsjón af siðareglum sem gefnar hafa verið út af Alþjóðaráði safna (á ensku, *International Council of Museums (ICOM) og ICOM code of ethics for museums*).

### Texti greinargerðar samkvæmt tillögu Stjórnlagaráðs með innfeldum breytingum:

Um 32. gr.

Lagt er til að nýju ákvæði um [varðveislu íslensks menningararfs] ~~íslenskan menningararf~~ verði bætt í stjórnarskrána. [Lagt er til að yfirstrikaði textinn sem kemur hér á eftir verði felldur út enda óþarfi að réttlæta ákvæðið sérstaklega m.t.t. orðalags 31. gr. (á sennilega að vera tilvísun til 34. gr.) enda hefur tilvísunin engan sjálfstæðan lagalegan tilgang]. ~~til samræmis við ný ákvæði um náttúru Íslands og auðlindir í þjóðareign. Hér er um skýrar hliðstæður að ræða: Ef náttúra landsins verðskuldar verndarákvæði í stjórnarskrá hlýtur menningararfleifð þjóðarinnar með líku lagi að verðskulda sambærilegt ákvæði. Náttúruminjar, menningarminjar og aðrar þjóðminjar eru hliðstæðir hlutar þjóðararfsins, sem núlifandi kynslóð tók við af fyrri kynslóðum og þarf að skila óspilltum til komandi kynslóða. Orðalag ákvæðisins er svipað orðalagi 31. gr. um náttúruauðlindir til að undirstrika að um hliðstæðar þjóðareignir er að ræða. Náttúra Íslands og menning þjóðarinnar, þar með talin tungan og sagan, eru systur. [Lagður er til nýr texti: Því er ætlað að gilda um dýrmætar þjóðareignir sem tilheyra íslenskum menningararfi, þ.m.t. menningarminjar, og eru lagðar ákveðnar hömlur á meðferð þeirra í þágu komandi kynslóða]. [Nýr texti var aftar og hefur verið endurskrifaður lítilsháttar: Um menningararfinn gildir hin almenna regla að núlifandi~~

kynslóð hefur fengið hann að láni og þarf að vernda hann og varðveita og skila óskemmdum til komandi kynslóða. Ákvæðið sem hér er lagt til er ætlað að tryggja þá vernd og varðveislu. Því til staðfestingar eru tekin dæmi af þjóðminjum og fornhandritum, en önnur dæmi mætti einnig tilgreina.] [Þessi texti var aftar og hefur verið stytur: Nýr texti: Stjórnarskrár Norðurlanda hafa ekki að geyma sambærilegt ákvæði en ýmis önnur lönd hafa séð ástæðu til þess að veita menningararfi sérstaka stjórnarskrárvend, þ. á m. Grikkland og Portúgal.] ~~Stjórnarskrár Norðurlanda geyma ekki ákvæði um varðveislu menningararfs, en stjórnarskrár Finnlands, Noregs og Svíþjóðar geyma ákvæði um náttúruvernd. Ýmis önnur lönd hafa þó slík ákvæði í stjórnarskrám sínum.~~ [Til athugunar: ekki er nauðsynlegt að hafa nákvæmar upplýsingar um stjórnarskrár Grikklands eða Portúgal og textinn hér á eftir gæti allur farið út.] Í stjórnarskrá Grikklands eru náttúruvernd og vernd menningarminja lagðar að jöfnu, en [Nýr texti: í upphafi 1. mgr. ] 24. gr. [Nýr texti: grísku stjórnarskrárinnar segir að vernd náttúrulegs og menningarlegs umhverfis sé hlutverk ríkisins (á ensku: *The protection of the natural and cultural environment constitutes a duty of the State*).] ~~„The protection of the natural and cultural environment constitutes a duty of the State.“~~ [Nýr texti: Jafnframt er almenningi tryggð ákveðin málsóknarréttindi í 52. gr. portúgólsku stjórnarskrárinnar og réttur til þess að krefjast skaðabóta, sérstaklega ef í húfi eru hagsmunir sem varða lýðheilsu, neytendur, lífsgæði, umhverfi og menningararf, sbr. nánar 3. mgr. 52. gr. stjórnarskrárinnar (orðrétt segir í 3. mgr. 52. gr. á ensku: *Everyone shall be granted the right of actio popularis, to include the right to apply for the appropriate compensation for an aggrieved party or parties, in such cases and under such terms as they law may determine, either personally or via associations that purport to defend the interests in question. The said right shall particularly be exercised in order to: a) Promote the prevention, cessation or judicial prosecution of offences against public health, consumer rights, the quality of life or the preservation of the environment and the cultural heritage; b) Safeguard the property of the state, the autonomous regions and local authorities.*)] Í 52. gr. stjórnarskrár Portúgals er tryggður réttur almennings til að leita réttar síns vegna spjalla á lýðheilsu, umhverfi, lífsgæðum og menningararfi og krefjast skaðabóta. 3. mgr. portúgólska ákvæðisins hljóðar svo (í enskri þýðingu): ~~*Everyone, either personally or through associations that purport to defend the interests at stake, enjoys the right to actio popularis in the cases and under the conditions provided by law, notably the right to promote the prevention, the suppression, and the prosecution of offences against public health, the environment, the quality of life, and the cultural heritage, as well as to claim the corresponding damages for the aggrieved party or parties.*~~ — Þetta portúgólska ákvæði rímar vel við 30. gr. frumvarpsins að öðru leyti en því að í 30. gr. er aðeins kveðið á um umhverfi en hvorki lýðheilsu, lífsgæði né menningararf.

[Nýr texti: Eins og fyrr sagði er ákvæðinu ætlað að gilda um dýrmætar þjóðareignir sem eru hluti af íslenskum menningararfi, þ.m.t. eru menningarminjar.] Með menningarminjum er átt við ummerki um sögu þjóðarinnar, svo sem fornminjar, menningar- og búsetulandslag, kirkjugripi og minningarmörk, hús og önnur mannvirki, skip og báta, samgöngutæki, listmuni og nytjahluti, svo og myndir og aðrar heimildir

um menningarsögu þjóðarinnar og staði sem tengjast menningarsögunni. Menningararfurinn hefur [Nýr texti: þ.a.l.] víðtækari skírskotun en [Nýr texti: hugtakið] menningarminjar og nær [einnig] yfir sögu landsins og þjóðtungu.

~~Ákvæðið sem hér er lagt til skilgreinir dýrmæta hluta menningararfsins sem þjóðareign. [Nýr texti: Að baki býr sama hugsun og endurspeglast í löggjöf um Þingvallabjóðgarð. Sjá nánar eldri lög nr. 59/1928 um friðun Þingvalla, sérstaklega 4. gr. þeirra, þar sem segir að hið friðlýsta land skuli vera undir vernd Alþingis, ævinleg eign íslensku þjóðarinnar og aldrei megi selja það eða veðsetja, og í yngri lögum um þjóðgarðinn, nr. 47/2004 um þjóðgarðinn á Þingvöllum, en í 1. mgr. 1. gr. þeirra segir að Þingvellir við Öxará og grenndin þar skuli vera friðlýstur helgistaður allra Íslendinga sem þjóðgarður.] í skilningi laga frá 1928 um þjóðgarðinn á Þingvöllum, en þar segir í 1. gr.: „Hið friðlýsta land skal vera undir vernd Alþingis og ævinleg eign íslensku þjóðarinnar. Það má aldrei selja eða veðsetja.“ Ákvæðið í Þingvallalögnum lýsir skýrt þeim ásetningi löggjafans að ævinlega eign þjóðarinnar megi aldrei selja eða veðsetja. Nýja menningararfsákvæðið skilgreinir „dýrmætar þjóðareignir“ með sama hætti og þjóðgarðinn á Þingvöllum og áréttar að slíkar eignir megi hvorki eyðileggja né afhenda til varanlegrar eignar eða afnota, selja eða veðsetja. Eftir þessum skilningi deilir núlifandi kynslóð þjóðgarðinum á Þingvöllum með óbornum kynslóðum [þ.a.l. er hverri kynslóð sett ákveðin takmörk. ]~~

[Nýr texti: Í þessu sambandi ber að nefna að Þingvallabjóðgarður nýtur sérstakrar stöðu í alþjóðlegu tilliti vegna menningararfleifðar og var samþykktur á heimsminjaskrá Menningarmálastofnunar Sameinuðu þjóðanna (UNESCO) 2004 í samræmi við 2. og 11. gr. samnings um verndun menningar- og náttúruarfleifðar heimsins (á ensku: *Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage*) sem Ísland er aðili að (auglýsing nr. 42/1995 í C-deild Stjórnartíðinda). Þar að auki leggur 4. gr. samningsins þá almennu skuldbindingu á herðar samningsaðila að varðveita m.a. menningararfinn í þágu komandi kynslóða. Einnig er rétt að hafa í huga Evrópusamning um vernd fornleifaarfsins (á ensku: *European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage*) sem Ísland er einnig aðili að (auglýsing nr. 15/1989 í C-deild Stjórnartíðinda). Samkvæmt 2. gr. þessa samnings ber samningsaðilum skylda til að vernda fornleifaarf sinn. Stjórnarskrárákvæði sem ætlað er að varðveita dýrmætar þjóðareignir sem tilheyra íslenskum menningararfi, þ.m.t. fornleifaarfi, samrýmist vel þeirri grunnhugsun sem kemur fram í tilvitnuðum tveimur samningum sem Ísland hefur gerst aðili að.]

[Þessi texti var aftar er að mestu leyti óbreyttur hér en hluti hefur verið færður framfar: Skilgreiningu menningararfsins sem þjóðareignar er ekki ætlað eignarréttarlegt inntak. Hugsunin er sú að skerpa á þeim skilningi að núlifandi kynslóð er skuldbundin til að skila menningararfinum óspilltum til komandi kynslóða. Þjóðareign samkvæmt ákvæðinu felur ekki í sér eignarréttarlegt tilkall Íslendinga til íslenskra muna í erlendum söfnum eða annars staðar erlendis og ekki heldur til þeirra íslensku fornhandrita sem enn eru geymd erlendis.] ~~Ákvæðið tekur þannig af tvímæli um lagalegt inntak~~

þjóðareignarhugtaksins.—[Nýr texti: Ákvæði 32. gr. er þó ekki ætlað að hafa áhrif á fyrirbyggjandi samninga sem liggja til grundvallar framsali tiltekinna dýrmætra þjóðareigna til íslensku þjóðarinnar.] [Textinn hér í næstu setningu hefur engan sjálfstæðan tilgang þar sem fram er komið að þjóðareign er ekki ætlað eignarréttarlegt inntak.] Þjóðareign er frábrugðin ríkiseign að því leyti að ríkiseign, t.d. skrifstofuhúsnæði, er eigandanum, ríkinu, frjálst að fara með að vild ef lög leyfa skv. 40. gr. í núgildandi stjórnarskrá. [Textinn hér á eftir er fluttur til og endurskrifaður að hluta.] Í hinu nýja ákvæði felst t.d. að Alþingi er óheimilt að setja lög til að heimila ríkinu að selja eða gefa Þjóðminjasafn Íslands eða Listasafn Íslands eða einstaka safnmuni þeirra. Eins og nú háttar er Alþingi heimilt að setja slík lög, en þó með þeim fyrirvara að samkvæmt siðareglum Alþjóðaráðs safna (ICOM) mega þessi söfn ekki selja gripi úr safnkosti sínum. Siðareglur eru ekki bindandi að lögum. Skírskotunin í „dýrmætar“ þjóðareignir vísar til þess að ekki þykir ástæða til að ákvæðið taki fyrir sölu minni háttar safngripa vegna endurnýjunar safnkostarins eða í öðru skyni. Um slíkt dugir að kveða á í lögum.

[Textinn í byrjun nýr: Hvað varðar fornhandrit skírskotar ákvæðið m.a. til Skarðsbókar] Hitt dæmið í ákvæðinu varðar fornhandrit og skírskotar m.a. til Skarðsbókar sem íslensku viðskiptabankarnir keyptu í London 1965 og gáfu þjóðinni. Ákvæðinu er ætlað að girða fyrir að Skarðsbók sé eyðilögð eða hún afhent til varanlegrar eignar eða afnota, seld eða veðsett. Hliðstætt dæmi er gjöf Einars Jónssonar myndhöggvara en hann arfleiddi íslensku þjóðina, en ekki ríkið eða Listasafn Íslands, að eignum sínum og safni. Eitt dæmi enn er stytta af Leifi Eiríkssyni á Skólavörðuholti í Reykjavík, en hún er gjöf Bandaríkjanna til íslensku þjóðarinnar samkvæmt áletrun aftan á stöplinum. [Nýr texti: Einnig má nefna] eignarhald íslensku þjóðarinnar á handritunum, sem Danir skiluðu Íslendingum 1971–1996 og eru geymd í Stofnun Árna Magnússonar á Íslandi. Um túlkun þessa urðu nokkrar umræður í Stjórnlagaráði. Rétt er að hafa í huga að afhendingu handritanna fylgdi samningur milli ríkisstjórna Danmerkur og Íslands þar sem ekki er kveðið á um eignarrétt yfir handritunum og er það í góðu samræmi við þann skilning að menningararf þjóðarinnar líkt og náttúru landsins hefur núlifandi kynslóð fengið að láni og þarf að skila honum óspilltum til komandi kynslóða. Skilgreiningu menningararfsins sem þjóðareign er ekki ætlað eignarréttarlegt inntak, heldur er henni ætlað að skerpa á þeim skilningi að núlifandi kynslóð er skuldbundin til að skila menningararfinum óspilltum til komandi kynslóða. Skilgreining menningararfsins sem þjóðareign felur ekki í sér eignarréttarlegt tilkall Íslendinga til íslenskra muna í erlendum söfnum eða annars staðar erlendis og ekki heldur til þeirra íslensku fornhandrita sem enn eru geymd erlendis. Um þau gildir hin almenna regla að núlifandi kynslóð hefur fengið þessa gripi að láni og þarf að vernda þá og varðveita og skila þeim óskemmdum til komandi kynslóða. Ákvæðinu sem hér er lagt til er ætlað að tryggja þá vernd og varðveislu. [Yfirstríkaði textinn hefur verið fluttur frammar og er óbreyttur þar.]

[Yfirstrikaði textinn hér á eftir hefur verið fluttur frammar eða aftar í athugasemdir við ákvæðið en þar sem textinn er ekki efnislega réttur eru gerðar breytingar á honum þar og hann stytur aðeins.]—~~Stjórnarskrár Norðurlanda geyma ekki ákvæði um varðveislu menningararfs, en stjórnarskrár Finnlands, Noregs og Svíþjóðar geyma ákvæði um náttúruvernd. Ýmis önnur lönd hafa þó slík ákvæði í stjórnarskrám sínum. Í stjórnarskrá Grikklands eru náttúruvernd og vernd menningarminja lagðar að jöfnu, en þar segir svo í 24. gr. (í enskri þýðingu): „The protection of the natural and cultural environment constitutes a duty of the State.“ Í 52. gr. stjórnarskrár Portúgals er tryggður réttur almennings til að leita réttar síns vegna spjalla á lýðheilsu, umhverfi, lífsgæðum og menningararfi og krefjast skaðabóta. 3. mgr. portúgalska ákvæðisins hljóðar svo (í enskri~~  
~~————— þýðingu):~~  
~~————— *Everyone, either personally or through associations that purport to defend the interests at stake, enjoys the right to actio popularis in the cases and under the conditions provided by law, notably the right to promote the prevention, the suppression, and the prosecution of offences against public health, the environment, the quality of life, and the cultural heritage, as well as to claim the corresponding damages for the aggrieved party or parties.*~~  
~~—~~Þetta portúgalska ákvæði rímar vel við 30. gr. frumvarpsins að öðru leyti en því að í 30. gr. er aðeins kveðið á um umhverfi en hvorki lýðheilsu, lífsgæði né menningararf.

Bann við afhendingu til varanlegra afnota felur ekki í sér að með því sé t.d. komið í veg fyrir leikverk sem byggir á Íslendingasögu eða tónverk sem byggir á þjóðlagi. Í slíkum tilvikum er ekki um að ræða afnot heldur einungis not af því tagi sem ekki hafa útilokandi áhrif á aðra.

[Texti sem var fluttur til: Skilgreining menningararfsins sem þjóðareignar felur ekki í sér eignarréttarlegt tilkall Íslendinga til íslenskra muna í erlendum söfnum eða annars staðar erlendis og ekki heldur til þeirra íslensku fornhandrita sem enn eru geymd erlendis.] [Nýr texti settur inn með hliðsjón af efni greinar Sigurðar Línadal: „Hugtakið þjóðareign“ í *Úlfjóti*, 1. tölubl., 65. árg. 2012, bls. 101-125.: Skilgreiningu menningararfsins sem þjóðareignar er ekki heldur ætlað að hafa áhrif á efni fyrirbyggjandi samninga sem liggja til grundvallar framsali tiltekinna dýrmætra þjóðareigna til handhafa ríkisvalds.]

[Nýr texti: Bann við afhendingu til varanlegra afnota felur ekki í sér að með því sé t.d. komið í veg fyrir leikverk sem byggir á Íslendingasögu eða tónverk sem byggir á þjóðlagi. Í slíkum tilvikum er ekki um að ræða afnot heldur einungis not af því tagi sem ekki hafa útilokandi áhrif á aðra.] [Nýr texti: Nauðsynlegt er að kveða nánar á um meðferð dýrmætra þjóðareigna sem tilheyra íslenskum menningararfi og nauðsynlegar skilgreiningar í almennum lögum. Umfang þeirra takmarkana sem lagðar eru á meðferð dýrmætra þjóðareigna veltur á því hvaða þjóðareignir eru skilgreindar sem dýrmætar en ekki er ástæða til þess að taka fyrir sölu minni háttar safngripa við ákveðnar aðstæður]. [Nýr sem var á öðrum stað: Samkvæmt þessu væri t.d. óheimilt að setja lög sem heimiluðu ríkinu að selja eða gefa Þjóðminjasafn Íslands eða Listasafn Íslands eða einstaka safnmuni þeirra.] [Nýr texti: Eðlilegt er að við undirbúning nýrrar löggjafar verði höfð hliðsjón af siðareglum sem gefnar hafa verið út af Alþjóðaráði safna (á ensku,

*International Council of Museums (ICOM) og ICOM code of ethics for museums).*] Í hinu nýja ákvæði felst t.d. að Alþingi er óheimilt að setja lög til að heimila ríkinu að selja eða gefa Þjóðminjasafn Íslands eða Listasafn Íslands eða einstaka safnmuni þeirra. Eins og nú háttar er Alþingi heimilt að setja slík lög, en þó með þeim fyrirvara að samkvæmt siðareglum Alþjóðaráðs safna (ICOM) mega þessi söfn ekki selja gripni úr safnkosti sínum. Siðareglur eru ekki bindandi að lögum. Skírskotunin í „dýrmætar“ þjóðareignir vísar til þess að ekki þykir ástæða til að ákvæðið taki fyrir sölu minni háttar safngripa vegna endurnýjunar safnkostarins eða í öðru skyni. Um slíkt dugir að kveða á í lögum.

# Minnisblað

Til Páls Þórhallssonar.

Frá Aðalheiði Jóhannsdóttur, prófessor

20. september 2012

Vísað er til tölvubréfa yðar, dags. 12. júlí sl., um aðstoð vegna yfirferðar á 32.-36. gr. tillagna Stjórnlagaráðs að frumvarpi til stjórnarskipunarlaganna. Meðfylgjandi er minnisblað undirritaðrar þar sem farið er yfir ákvæði 33. gr. í tillögu ráðsins miðað við eftirfarandi forsendur og lagðar til:

1. Nauðsynlegar breytingar á texta tillagna miðað við viðmið sem koma fram í bókun stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar Alþingis, þ.a.l. tekur greiningin tillit til:
  - a. mannréttindasáttmála sem íslenska ríkið hefur skuldbundið sig til að fara eftir,
  - b. innra samræmis og mögulegra mótsagna,
  - c. réttarvernd miðað við gildandi stjórnarskrá og greinargerð með tillögum,
  - d. málsóknarmöguleika gegn ríkinu.
2. Nauðsynlegar viðbætur eða lagfæringar á greinargerð Stjórnlagaráðs. Þótt ekki sé beinlínis vísað til viðmiða stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar varðandi þennan þátt hafa sömu viðmið eigi að síður verið lögð til grundvallar.
3. Önnur atriði sem undirrituð bendir sérstaklega á.

Tillögur að breytingum, þ.m.t. niðurfellingu á texta, rökstuðningur og aðrar tilvísanir eru í hornklofum á viðeigandi stöðum í textanum.

## Ákvæði 33. gr.

### Heildarmat á greininni miðað við fyrrgreind viðmið.

Ákvæði 33. gr. tillögunnar er nýmæli en í gildandi stjórnarskrá er ekki að finna sambærilegt ákvæði. Þótt að í texta 33. gr. sé vísað til réttinda almennings til heilnæms umhverfis og almennaréttar, veltur umfang þessara réttinda, sem eru í eðli sínu hópréttindi, á útfærslu þeirra í almennri löggjöf. Tilvist 33. gr. hefði væntanleg í för með sér að auðveldara yrði að rökstyðja nýja löggjöf sem hefði í för með sér almennar takmarkanir, t.d. á eignarréttindi, í þágu almannahagsmuna og líklegt er að ákvæðið hefði einnig áhrif á beitingu löggjafar á sviði umhverfis- og náttúruverndar í þágu almannahagsmuna. Efni 33. gr. hefur einvörðungu óbein tengsl við mannréttindasamninga sem Ísland er aðili að. Þótt MSE hafi ekki umhverfis- og náttúruvernd að markmiði hefur orðið ákveðin þróun á túlkun tiltekinna ákvæða samningsins hjá MDE. Nú er m.a. viðurkennt að óæskileg eða umtalsverð umhverfisáhrif geti haft í för með sér skerðingu réttinda sem MSE er ætlað að tryggja og það geti leitt til þess að stjórnvöld verði að grípa til aðgerða til þess að koma í veg fyrir umtalsverða skerðingu mannréttinda af þessum völdum; að óæskileg eða umtalsverð umhverfisáhrif geti í ákveðnum tilvikum leitt til þess að einstaklingur geti beitt tilteknum úrræðum sem byggja á eða eru dregin af tilteknum ákvæðum MSE og að stjórnvöldum beri að virða þau, og loks að mögulegt sé að skerða eða takmarka löglega réttindi með vísan til umhverfisverndar, þ.e. umhverfisvernd er lögmaett markmið sem réttlætir takmarkanir. Rétt er þó að hafa í huga að hugsanleg bótaábyrgð ríkisins, t.d. vegna aðgerðaleysis stjórnvalda við að tryggja þau réttindi sem MDE er ætlað að veita, væri til staðar þótt ákvæði 33. gr. yrði ekki samþykkt. Ákvæðið virðist ekki vera í mótsögn við önnur ákvæði tillögunnar.

### Texti ákvæðis samkvæmt tillögu Stjórnlagaráðs:

#### 33. gr.

##### *Náttúra Íslands og umhverfi.*

Náttúra Íslands er undirstaða lífs í landinu. Öllum ber að virða hana og vernda.

Öllum skal með lögum tryggður réttur á heilnæmu umhverfi, fersku vatni, ómengudu andrúmslofti og óspilltri náttúru. Í því felst að fjölbreytni lífs og lands sé viðhaldið og náttúruminjar, óbyggð víðerni, gróður og jarðvegur njóti verndar. Fyrri spjöll skulu bætt eftir föngum.

Nýtingu náttúrugæða skal haga [í samræmi við sjálfbæra þróun] þannig að þau skerðist sem minnst til langframa og réttur náttúrunnar og komandi kynslóða sé virtur.

Með lögum skal tryggja rétt almennings til að fara um landið í lögmaetum tilgangi með virðingu fyrir náttúru og umhverfi.



[Lagt er til að orðin: í samræmi við sjálfbæra þróun, komi fram í 3. mgr. enda er það í samræmi við athugasemdirnar sem fylgdu.]

### Athugasemdir við ákvæði 33. gr. með breytingunum.

Ákvæðið er nýmæli. Sérstakt stjórnarskrárákvæði sem varðar náttúruvernd, rétt allra til heilnæms umhverfis, nýtingu náttúrugæða í samræmi við sjálfbæra þróun og almennarétt er löngu tímabært og hefur átt sér langan aðdraganda. Þar má nefna tillögur í áfangaskýrslu stjórnarskrárnefndar frá 2007, frumvarp til stjórnarskipunarlaganna sem lagt var fram á Alþingi 2009 og þó umfram allt síaukna meðvitund almennings um náttúruvernd og nauðsyn hennar. Sambærileg ákvæði hafa á undanförunum árum ratað í stjórnarskrár æ fleiri erlendra ríkja, og verða ítarlegri og afdráttarlausari. Skilningur á mikilvægi umhverfis fyrir heilbrigði og afkomu mannkyns fer því vaxandi. Þótt ákvæðin séu fjölbreytt að uppbyggingu og efni lúta þau oftast að réttindum núlifandi og komandi kynslóða og hefur gætt tilhneigingar til að setja þau meðal mannréttindaákvæða í stjórnarskrám þótt ekki sé það einhlítt. Til dæmis er umhverfisákvæði norsku stjórnarskrárinnar í kafla sem ber heitið almenn ákvæði og 20. gr. finnsku stjórnarskrárinnar, sem einnig varðar umhverfi, er í kafla sem fjallar um grunnréttindi, þ.m.t. mannréttindi. Hins vegar verður ekki litið fram hjá því að réttindin sem almenningi eru fengin samkvæmt 2. mgr. endurspeglar öðrum þræði viðurkennd mannréttindi eins og komið verður að síðar.

Rétt er að víkja að hagsmununum sem lagareglum á sviði umhverfis- og náttúruauðlindaréttar er ætlað að vernda. Á undanförunum áratugum hafa komið fram kenningar og sjónarmið, m.a. á sviði heimspeki og siðfræði, sem lúta að rétti dýra til eigin tilveru, eigið verðmæti náttúru án tillits til notagildis fyrir manninn auk hefðbundinna viðhorfa þar sem áherslan er lögð á hagsmuni mannsins, í nútíð og framtíð, og þeir settir í fyrirrúm. Kjarni ofangreindra kenninga og sjónarmiða varða fyrst og fremst röksemdirnar sem lagðar eru til grundvallar umræðu, og eftir atvikum efni laga. Alþjóðleg stefnumörkun á sviði sjálfbærrar þróunar leggur t.d. megináhersluna á manninn og setur hagsmuni hans í fyrirrúm eins og efni bæði yfirlýsingar ráðstefnu Sameinuðu þjóðanna um umhverfi mannsins frá 1972 (Stokkhólmsyfirlýsingin) og yfirlýsing heimsráðstefnu Sameinuðu þjóðanna um umhverfi og þróun frá 1992 (Ríóyfirlýsingin) bera vitni um. Breyttar og fjölbreyttari áherslur hafa hins vegar haft í för með sér breytingar og endurspeglast m.a. í efni alþjóðlegra samninga og löggjafar almennt séð. Nýlegir alþjóðlegir samningar á fyrrgreindu réttarsviði höfðu því yfirleitt til blandaðra hagsmuna og er þeim ætlað að vernda náttúru og umhverfi vegna eigin gildis; hagsmuni núlifandi og komandi kynslóða og einnig aðra mikilvæga hagsmuni, þ.m.t. efnahagslega. Dæmi um alþjóðlega samninga sem höfðu til blandaðra hagsmuna er samningur um verndun villtra plantna og dýra og lífsvæða Evrópu (á ensku: *Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats*) frá 1979 sem Ísland er aðili að (auglýsing nr. 17/1993 í C-deild

Stjórnartíðinda. Annað dæmi er að finna í samningi um líffræðilega fjölbreytni (á ensku: *Convention on Biological Diversity*) frá 1992 sem Ísland er einnig aðili að (auglýsing nr. 11/1995 í C-deild Stjórnartíðinda). Í aðfaraorðum þess samnings er m.a. vísað til þess að líffræðileg fjölbreytni hafi eigið gildi (á ensku: *intrinsic value*) og einnig annað gildi, þ.m.t. efnahagslegt og samfélagslegt. Einnig má finna dæmi í íslenskum rétti þar sem undirliggjandi er viðurkenning á eigin gildi náttúru og umhverfis, þ.e. án beinna tengsla við notagildi í þágu mannsins. Er í þessu sambandi bent á upphaf 3. mgr. 1. gr. laga nr. 44/1999 um náttúruvernd. Þar segir að lögin eigi að tryggja eftir föngum þróun íslenskrar náttúru eftir eigin lögmálum en verndun þess sem þar sé sérstætt eða sögulegt. Einnig er bent á tvíþætt markmið laga nr. 7/1998 um hollustuhætti og mengunarvarnir. Þar segir að markmið laganna sé að búa landsmönnum heilnæm lífsskilyrði og vernda þau gildi sem felast í heilnæmu og ómenguðu umhverfi.

Þegar kemur að réttindum og skyldum samkvæmt lögum verður hins vegar að hafa hugfast að lögum sem slíkum verður einvörðungu beint að einstaklingum, lögaðilum og opinberum stofnunum og fyrrgreindir aðilar eru þeir einu sem geta borið ábyrgð á að vernda náttúru og umhverfi og hagsmuni komandi kynslóða lögum samkvæmt. Það ræðst því af efni einstakra lagagreina hvort og í hvaða mæli þeim er ætlað að veita viðkomandi hagsmunum vernd í einstökum tilvikum. Þrátt fyrir þetta verður að telja líklegt að umrætt stjórnarskrárákvæði, verði það samþykkt, muni hafa þau áhrif í framkvæmd að meira jafnvægi verði á milli ólíkra hagsmuna, sem oft eru í ákveðinni samkeppni, t.a.m. umhverfis- og náttúruverndarhagsmuna annars vegar og hins vegar eignar- og atvinnuréttinda, þegar undirbúnar eru ákvarðanir, þ.m.t. laga- og önnur reglusetning, sem áhrif hafa á náttúru og umhverfi og hagsmuni komandi kynslóða. Þó ráðast endanleg áhrif ákvæðisins að miklu leyti af orðalagi og uppbyggingu einstakra lagagreina, og hvernig efnisatriði 33. gr. og áherslur eru útfærðar þar. Í fyrrgreindu ljósi er þ.a.l. lagt til að náttúra Íslands og umhverfi fái ákveðinn sess í stjórnarskrá.

Í 1. mgr. felast tvö efnisatriði. Í fyrsta lagi er því lýst yfir í fyrri málsl. 1. mgr. að náttúra Íslands sé undirstaða lífs í landinu. Í yfirlýsingunni felst tvennt; annars vegar að náttúran, þ.m.t. náttúruauðlindir, sem slík hafi eigið gildi og einnig að náttúran hafi efnahagslegt, samfélagslegt og annað gildi fyrir núlifandi og komandi kynslóðir og sé undirstaða ákveðinna atvinnuvega. Í öðru lagi er í seinni málsl. 1. mgr. að finna almenna aðgæslu- og ábyrgðarreglu og ber öllum að virða náttúru Íslands og vernda. Hér er fyrst og fremst verið að áréttta að svo mögulegt sé að tryggja að undirstaðan verði áfram traust þarf að vera víðtæk samstaða um verndun hennar og hvílir almenna ábyrgðin jafnt á stjórnvöldum, lögaðilum, þ.m.t. einkaréttarlegum, og einstaklingum. Eðli málsins samkvæmt þarf að kveða á um nánara innihald aðgæslu- og ábyrgðarreglunnar í almennum lögum sem taki mið af fyrrgreindum efnisatriðum. Fyrirmynd ákvæðisins er m.a. sótt til nýlegs umhverfissáttmála Frakka (á ensku: *Charter for the Environment*) og endurspeglar einnig hugmyndafræðina að baki sjálfbærri þróun almennt séð og

niðurstöður nýlegrar heimsráðstefnu um sjálfbæra þróun sem haldin var í Ríó de Janeiro 2012 (Ríó + 20).

Í 2. mgr. felast að meginstefnu til tvö efnisatriði. Það fyrra lýtur að tilteknum réttindum sem ber að tryggja öllum og forsendunum sem verða að vera til staðar svo mögulegt sé að tryggja þau og það seinna að náttúruspjöllum. Nánar tiltekið segir í 1. másl. 2. mgr. að öllum skuli með lögum tryggður réttur á heilnæmu umhverfi, fersku vatni, ómengðu andrúmslofti og óspilltri náttúru en í 2. másl. 2. mgr. er vikið að forsendunum en þær varða gæði umhverfis og náttúru sem þarf að viðhalda og vernda í fyrrgreinda þágu. Í samræmi við þetta eru tengd saman ákveðin réttindi í þágu allra og ásættanlegt ástand umhverfis og náttúru en nánara innihald réttarins og aðgerðir til verndar umhverfi og náttúru ber að fjalla um í almennum lögum eins og verið hefur. Enn er fátítt að alþjóðlegir mannréttindasamningar viðurkenni rétt allra til heilnæms umhverfis og náttúru af tilteknum gæðum þótt nokkur dæmi séu fyrirliggjandi. Sjá í þessu sambandi t.d. 24. gr. mannréttindaskrár Afríku, sem vísar til réttar allra þjóða til ásættanlegs umhverfis, og 1. mgr. 11. gr. San Salvador bókunarinnar við ameríska mannréttindasáttmálann, sem vísar til réttar allra til þess að lifa í heilnæmu umhverfi. Eins og orðalag þessara ákvæða gefur til kynna er fyrst og fremst um að ræða tilvísun til ákveðinna hópréttinda sem ber að tryggja með almennri löggjöf.

Þótt ákvæðum Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE) sé hvorki ætlað það almenna hlutverk að vernda umhverfi, náttúru og náttúruauðlindir né standa vörð um rétt allra til þeirra gæða sem felast í heilnæmu umhverfi og óspilltri náttúru stuðlar MSE eigi að síður að umhverfisvernd og tryggir einnig á ákveðinn hátt umhverfisgæði. Þetta á einkum við ef í húfi eru hagsmunirnir sem 2. og 8. gr. MSE er ætlað að vernda, þ.e. réttur til lífs og friðhelgi einkalífs og fjölskyldu. Jafnframt er löngu viðurkennt af Mannréttindadómstól Evrópu (MDE) að umhverfisvernd er lögmætt markmið og getur réttlætt skerðingu eignarréttar sem 1. gr. sanningsviðauka nr. 1 við MSE er ætlað að vernda.

Það sem lesa má úr nýlegri dómaframkvæmd MDE er í stórum dráttum þrennt. Í fyrsta lagi að óæskileg eða umtalsverð umhverfisáhrif geti haft í för með sér skerðingu á réttindunum sem MSE er ætlað að tryggja og að það geti verið á ábyrgð stjórnvalda að grípa til viðeigandi aðgerða til þess að koma í veg fyrir umtalsverða skerðingu viðurkenndra mannréttinda af þessum völdum. Í öðru lagi að óæskileg eða umtalsverð umhverfisáhrif geti í ákveðnum tilvikum leitt til þess að einstaklingur geti beitt tilteknum úrræðum (sjá nánar athugasemdir við 35. gr. frumvarpsins) sem byggja á eða eru dregin af tilteknum ákvæðum MSE og að stjórnvöldum beri að virða þau. Loks, í þriðja lagi, að mögulegt sé að skerða eða takmarka löglega réttindi með vísan til umhverfisverndar, þ.e. umhverfisvernd er lögmætt markmið sem getur réttlætt skerðingu. Fyrrgreind tenging 1. og 2. másl. 2. mgr. frumvarpsins er þ.a.l. á ákveðinn hátt í samræmi við þróunina sem hefur orðið á túlkun MSE og dómaframkvæmd MDE.

Í samræmi við fyrrgreint er rétt að hafa þróunina á túlkun MSE til hliðsjónar við nánari útfærslu 1. og 2. máls. 2. mgr. í almennum lögum.

Síðara efnisatriðið sem felst í 2. mgr. 33. gr. lýtur að náttúruspjöllum sem orðið hafa og að þau skuli bæta eftir föngum. Hér er um að ræða almenna stefnuyfirlýsingu sem er ætlað að endurspegla það viðhorf að ómögulegt sé að tala um rétt til óspilltrar náttúru án þess að taka mið af þeirri staðreynd að náttúrunni hefur þegar verið spillt afar víða með illri umgengni mannsins. Hér er því fyrst og fremst um að ræða fyrirmæli til almenna löggjafans um að leggja mat á hvernig mögulegt er að bregðast við náttúruspjöllum, í víðri merkingu þess hugtaks sem þegar hafa orðið. Tilvísun til náttúruspjalla hefur lengi verið í íslenskri löggjöf og unnið sér ákveðinn sess en hugtakinu er ætlað að ná yfir sýnilegar skemmdir og einnig rof og hvers konar hnignun á umhverfi og náttúru (á ensku er oft vísað til *environmental degradation*) af hvaða völdum sem er.

Í 3. mgr. 33. gr. er kveðið á um nýtingu náttúrugæða, þ.m.t. náttúruauðlinda, og að henni skuli haga þannig að þau skerðist sem minnst til langframa og réttur náttúrunnar og komandi kynslóða sé virtur en undirliggjandi er hugmyndafræði sjálfbærrar þróunar. Allt frá því að Brundtland-skýrslan var gefin út árið 1987 hefur sjálfbær þróun gegnt lykilhlutverki á sviði umhverfismála. Í skýrslunni er hugtakið skilgreint sem þróun sem fullnægir þörfum samtíðarinnar án þess að skerða möguleika komandi kynslóða til að fullnægja sínum þörfum. Hugtakið sjálfbær þróun inniheldur þ.a.l. tilvísun til núlifandi kynslóða jafnt sem komandi og er hugsunin sú að ákveðið jafnræði ríki innan hvernar kynslóðar (á ensku: *intra-generational equity*) og á milli kynslóða (á ensku: *inter-generational equity*) m.a. hvað varðar nýtingu umhverfis og náttúruauðlinda. Skírskotun 3. mgr. til náttúruauðlinda er augljós en hugtakið sjálfbær þróun nær yfir mun breiðara svið og byggist á þremur meginstoðum, umhverfi, efnahag og samfélagi, sem allar tengjast innbyrðis. Með tilliti til umhverfismála vísar hugtakið sjálfbær þróun m.a. til þessara markmiða: (i) að ganga ekki óhóflega á forða náttúrunnar heldur nýta auðlindir hennar á þann hátt að þær nái að endurnýja sig og (ii) að nýting náttúruauðlinda feli ekki í sér mengun lofts, lands og hafs eða leiði af sér önnur umhverfisspjöll. Sjálfbær þróun er jafnframt rauði þráðurinn í þeim meginreglum sem settar voru fram á ráðstefnu Sameinuðu þjóðanna um umhverfi og þróun sem haldin var í Ríó de Janeiro árið 1992 og hefur alþjóðasamfélagið endursamþykkt þær meginreglur og áhersluna á sjálfbæra þróun nokkrum sinnum síðan 1992, m.a. á heimsráðstefnunni sem haldin var í Jóhannesarborg 2002 og heimsráðstefnunni um sjálfbæra þróun sem haldin var í Ríó de Janeiró 2012.

Sjálfbær þróun og tilvísanir til umhverfis og náttúru hafa víða áunnið sér stjórnarskrárvernd þ. á m. í stjórnarskrám nágrannaríkjanna. Í 110. gr. b í norsku stjórnarskránni segir að sérhver maður eigi rétt til heilnæms umhverfis og náttúru þar sem gróska og fjölbreytni eru vernduð, í 2. gr. 1. kafla þeirrar sænsku er sú skylda lögð á stjórnvöld að stuðla að sjálfbærri þróun, og í 20. gr. þeirrar finnsku er vísað til þess að

náttúran og fjölbreytni, umhverfið og þjóðararfurinn séu á ábyrgð allra. Eins og komið var að felst í sjálfbærri þróun að ákveðið jafnræði verður að ríkja innan hvernar kynslóðar og milli kynslóða m.t.t. umhverfis og náttúruauðlinda. Það er m.ö.o. hlutverk hvernar lifandi kynslóðar að tryggja þetta jafnræði og er ákvæði 3. mgr. ætlað að leggja ákveðinn grunn og marka stefnu fyrir nánari útfærslu almenna löggjafans á viðeigandi réttindum og skyldum svo sjálfbær þróun og sjálfbær nýting náttúrugæða verði að veruleika. Sjá nánar umfjöllun um nauðsynlegar meginreglur í athugasemdum við 3. mgr. 35. gr.

Í 4. mgr. 33. gr. er loks fjallað um mikilvæg réttindi almennings sem eru hluti af almennarétti, þ.e. rétt almennings til að ferðast um landið í lögmætum tilgangi. Til almennaréttar er horft sem félagslegrar náttúruverndar, þ.e. að menn eigi rétt á að njóta náttúru landsins. Í nútímasamfélagi er mikilvægasti þáttur almennaréttarins líklega sá sem felst í möguleikanum á að fara um landið og hafa þar viðstöðu til að njóta útivistar í náttúrunni og leita þangað kyrrðar og næðis. Almennaréttur hefur verið skilgreindur hér á landi frá fornu fari og er nú mælt fyrir um ákveðna þætti hans í náttúruverndarlögum nr. 44/1999, þ.m.t. umferðarrétt almennings. Ákvæði um almennarétt tilheyrir réttarsögu Íslendinga og var slíkar greinar t.d. að finna í lagabálkum eins og Grágás og Jónsbók. Með því að veita ofangreindum rétti stjórnarskrárvernd má gera ráð fyrir því að meira jafnvægi verði á milli ólíkra hagsmuna ef lýstur saman. Almennaréttinum fylgja skyldur til góðrar umgengni og tillitssemi gagnvart landeigendum, öðrum ferðamönnum og ekki síst náttúrunni sjálfri.

**Texti greinargerðar við ákvæðið samkvæmt tillögu Stjórnlagaráðs:**

Um 33. gr.

[Ákvæðið er nýmæli.] ~~Sérstök grein~~ [Nýr texti: Sérstakt stjórnarskrárákvæði sem varðar náttúruvernd, rétt allra til heilnæms umhverfis, nýtingu náttúrugæða í samræmi við sjálfbæra þróun og almennarétt] ~~um vernd náttúrunnar í stjórnarskrá~~ er löngu tímabært og hefur átt sér langan aðdraganda. Þar má nefna tillögur í áfangaskýrslu stjórnarskrárnefndar frá 2007, frumvarp til stjórnarskipunarlaganna sem lagt var fram á Alþingi 2009 og þó umfram allt síaukna meðvitund almennings um náttúruvernd og nauðsyn hennar. ~~Stjórnlagaráð hafði til hliðsjónar einróma ákall Þjóðfundar, stjórnlaganefndar, fjölmargra fulltrúa ráðsins sjálfs og margvíslegra hagsmunasamtaka. Þá bárust ráðinu fjölmörg erindi frá einstaklingum og samtökum þar sem vakin var athygli á náttúruvernd.~~

[Nýr texti: Sambærileg ákvæði] Ljóst er að ákvæði um umhverfi og náttúru hafa á undanförunum árum ratað í stjórnarskrár æ fleiri erlendra ríkja, og verða ítarlegri og afdráttarlausari. Skilningur á mikilvægi umhverfis fyrir heilbrigði og afkomu mannkyns

fer því vaxandi. [Nýr texti: Þótt ákvæðin séu fjölbreytt að uppbyggingu og efni lúta þau oftast að réttindum núlifandi og komandi kynslóða og] ~~Ákvæðin fjalla yfirleitt um réttindi núlifandi og komandi kynslóða og hefur gætt tilhneigingar til að setja þau meðal mannréttindaákvæða í stjórnarskrám [þótt ekki sé það einhlítt. Til dæmis er umhverfisákvæði norsku stjórnarskrárinnar í kafla sem ber heitið almenn ákvæði og 20. gr. finnsku stjórnarskrárinnar, sem einnig varðar umhverfi, er í kafla sem fjallar um grunnréttindi, þ.m.t. mannréttindi. Hins vegar verður ekki litið fram hjá því að réttindin sem almenningi eru fengin samkvæmt 2. mgr. endurspeglu öðrum þræði viðurkennd mannréttindi eins og komið verður að síðar.]~~

[Nýr texti: þessi texti er ónauðsynlegur]. ~~Á Þjóðfundinum var mjög rætt um náttúru Íslands og þar komu fram sterk viðhorf um nauðsyn aukinnar verndar og sjálfbærni við nýtingu auðlinda og náttúrugæða af öllu tagi til að ekki yrði gengið á rétt náttúrunnar og komandi kynslóða á Íslandi.~~

[Nýr texti: þessi texti er ónauðsynlegur]. Mikil vinna var lögð í greinar um náttúru og auðlindir í Stjórnlagaráði og var m.a. leitað eftir áliti sérfræðinga á sviði umhverfis- og eignarréttar við þá vinnu. Eftir talsverðar umræður var ákveðið að skipta náttúru og auðlindum á milli tveggja greina, enda að ýmsu leyti ólíku saman að jafna. Fyrri greinin skyldi fjalla um vernd náttúrunnar og rétt almennings til að njóta heilnæms umhverfis, enda er forsendan fyrir því að hægt sé að nýta auðlindir náttúrunnar sú að henni sé veitt vernd svo gæði hennar skerðist ekki um of.

[Nýr texti: þessi texti er að hluta til endurtekning og að hluta til innihaldslaus]. ~~Um nýja grein er að ræða sem ekki hefur áður verið í stjórnarskrá. Byggt er á tillögum stjórnlaganefndar og því eru upplýsingar um tildrög hennar að miklu leyti fengnar úr Skýrslu stjórnlaganefndar, en þar skrifar Elly Katrín Guðmundsdóttir úttekt um umhverfi í stjórnarskrá.~~

[Nýr texti: Rétt er að víkja að hagsmununum sem lagareglum á sviði umhverfis- og náttúruauðlindaréttar er ætlað að vernda. Á undanförunum áratugum hafa komið fram kenningar og sjónarmið, m.a. á sviði heimspeki og siðfræði, sem lúta að rétti dýra til eigin tilveru, eigið verðmæti náttúru án tillits til notagildis fyrir manninn, auk hefðbundinna viðhorfa þar sem áherslan er lögð á hagsmuni mannsins, í nútíð og framtíð, og þeir settir í fyrirúm. Kjarni ofangreindra kenninga og sjónarmiða varða fyrst og fremst röksemdirnar sem lagðar eru til grundvallar umræðu, og eftir atvikum efni laga. Alþjóðleg stefnumörkun á sviði sjálfbærrar þróunar leggur t.d. megináhersluna á manninn og setur hagsmuni hans í fyrirúm eins og efni bæði yfirlýsingar ráðstefnu Sameinuðu þjóðanna um umhverfi mannsins frá 1972 (Stokkhólmsyfirlýsingin) og yfirlýsing heimsráðstefnu Sameinuðu þjóðanna um umhverfi og þróun frá 1992 (Ríóyfirlýsingin) bera vitni um. Breyttar og fjölbreyttari áherslur hafa hins vegar haft í för með sér breytingar og endurspeglast m.a. í efni alþjóðlegra samninga og löggjafar almennt séð. Nýlegir alþjóðlegir samningar á fyrrgreindu réttarsviði höfðu því yfirleitt til blandaðra hagsmuna og er þeim ætlað að vernda náttúru og umhverfi vegna eigin gildis;

hagsmuni núlifandi og komandi kynslóða og einnig aðra mikilvæga hagsmuni, þ.m.t. efnahagslega. Dæmi um alþjóðlega samninga sem höfða til blandaðra hagsmuna er samningur um verndun villtra plantna og dýra og lífsvæða Evrópu (á ensku: *Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats*) frá 1979 sem Ísland er aðili að (auglýsing nr. 17/1993 í C-deild Stjórnartíðinda. Annað dæmi er að finna í samningi um líffræðilega fjölbreytni (á ensku: *Convention on Biological Diversity*) frá 1992 sem Ísland er einnig aðili að (auglýsing nr. 11/1995 í C-deild Stjórnartíðinda). Í aðfaraorðum þess samnings er m.a. vísað til þess að líffræðileg fjölbreytni hafi eigið gildi (á ensku: *intrinsic value*) og einnig annað gildi, þ.m.t. efnahagslegt og samfélagslegt. Einnig má finna dæmi í íslenskum rétti þar sem undirliggjandi er viðurkenning á eigin gildi náttúru og umhverfis, þ.e. án beinna tengsla við notagildi í þágu mannsins. Er í þessu sambandi bent á upphaf 3. mgr. 1. gr. laga nr. 44/1999 um náttúruvernd. Þar segir að lögin eigi að tryggja eftir föngum þróun íslenskrar náttúru eftir eigin lögmálum en verndun þess sem þar sé sérstætt eða sögulegt. Einnig er bent á tvíþætt markmið laga nr. 7/1998 um hollustuhætti og mengunarvarnir. Þar segir að markmið laganna sé að búa landsmönnum heilnæm lífsskilyrði og vernda þau gildi sem felast í heilnæmu og ómenguðu umhverfi.

Þegar kemur að réttindum og skyldum samkvæmt lögum verður hins vegar að hafa hugfast að lögum sem slíkum verður einvörðungu beint að einstaklingum, lögaðilum og opinberum stofnunum og fyrrgreindir aðilar eru þeir einu sem geta borið ábyrgð á að vernda náttúru og umhverfi og hagsmuni komandi kynslóða lögum samkvæmt. Það ræðst því af efni einstakra lagagreina hvort og í hvaða mæli þeim er ætlað að veita viðkomandi hagsmunum vernd í einstökum tilvikum. Þrátt fyrir þetta verður að telja líklegt að umrætt stjórnarskrárákvæði, verði það samþykkt, muni hafa þau áhrif í framkvæmd að meira jafnvægi verði á milli ólíkra hagsmuna, sem oft eru í ákveðinni samkeppni, t.a.m. umhverfis- og náttúruverndarhagsmuna annars vegar og hins vegar eignar- og atvinnuréttinda, þegar undirbúnar eru ákvarðanir, þ.m.t. laga- og önnur reglusetning, sem áhrif hafa á náttúru og umhverfi og hagsmuni komandi kynslóða. Þó ráðast endanleg áhrif ákvæðisins að miklu leyti af orðalagi og uppbyggingu einstakra lagagreina, og hvernig efnisatriði 33. gr. og áherslur eru útfærðar þar. Í fyrrgreindu ljósi er þ.a.l. lagt til að náttúra Íslands og umhverfi fái ákveðinn sess í stjórnarskrá.

[Nýr texti: ónauðsynlegur texti, sjá nýjan texta þar sem fjallað er um 3. mgr.]  
~~Tillaga Stjórnlagaráðs gengur þó lengra en tillaga sú sem sett var fram í Skýrslu stjórnlaganefndar og felst áherslumunurinn einna helst í því að náttúrunni er veittur sjálfstæður réttur og vernd til mótvægis við gamlar, mannmíðaðar hugmyndir um að fólk eigi rétt til náttúrunnar. Er slík vernd í takt við alþjóðlega þróun í umhverfismálum þar sem vitundarvakning hefur orðið varðandi sjálfstæðan rétt náttúrunnar. Má í þessu tilliti benda til ríkja Suður Ameríku, á borð við Bólivíu og Ekvador, en þær þjóðir hafa riðið á vaðið og veitt náttúrunni mjög víðtæka vernd, óháð nýtingarmöguleikum íbúanna.~~

[Nýr texti: þessi texti er ekki rökréttur þar sem réttindin eru fyrst og fremst stefnumarkandi og kveða verður á um nánara innihald þeirra í almennum lögum].

Réttaráhrif verða víðtæk af þessari stjórnarskrárgrein þar sem með henni verður lögbundinn réttur náttúrunnar sjálfrar svo og réttur almennings til að njóta hennar með sjálfbærum hætti.

[Nýr texti: Í 1. mgr. felast tvö efnisatriði. Í fyrsta lagi er því lýst yfir í fyrri málsl. 1. mgr. að náttúra Íslands sé undirstaða lífs í landinu. Í yfirlýsingunni felst tvennt; annars vegar að náttúran, þ.m.t. náttúruauðlindir, sem slík hafi eigið gildi og einnig að náttúran hafi efnahagslegt, samfélagslegt og annað gildi fyrir núlifandi og komandi kynslóðir og sé undirstaða ákveðinna atvinnuvega. Í öðru lagi er í seinni málsl. 1. mgr. að finna almenna aðgæslu- og ábyrgðarreglu og ber öllum að virða náttúru Íslands og vernda. Hér er fyrst og fremst verið að áréttta að svo mögulegt sé að tryggja að undirstaðan verði áfram traust þarf að vera víðtæk samstaða um verndun hennar og hvílir almenna ábyrgðin jafnt á stjórnvöldum, lögaðilum, þ.m.t. einkaréttarlegum, og einstaklingum. Eðli málsins samkvæmt þarf að kveða á um nánara innihald aðgæslu- og ábyrgðarreglunnar í almennum lögum sem taki mið af fyrrgreindum efnisatriðum. Fyrirmynd ákvæðisins er m.a. sótt til nýlegs umhverfissáttmála Frakka (á ensku: *Charter for the Environment*) og endurspeglar einnig hugmyndafræðina að baki sjálfbærri þróun almennt séð og niðurstöður nýlegrar heimsráðstefnu um sjálfbæra þróun sem haldin var í Ríó de Janeiro 2012 (Ríó + 20)] Í 1. mgr. segir: „Náttúra Íslands er undirstaða lífs í landinu. Öllum ber að virða hana og vernda.“

[Efnislega felst þetta í fyrrgreindum athugasemdum sem gerðar eru við 1. mgr.] Í málsgreininni sem markar upphaf umhverfis- og auðlindagreina nýrrar stjórnarskrár er því fast kveðið að orði um rétt náttúrunnar. Fyrst um sinn var notast við orðalagið „Náttúra Íslands er friðhelg“ með sambærilegum hætti og kveðið var á um friðhelgi eignarréttar og einkalífs. Var talin full ástæða til að gera náttúru landsins jafnhátt undir höfði í orðavali, enda hefur sagan sýnt að skort hefur málsvara og úrræði til varnar náttúrunni. Önnur sjónarmið en umhverfisvernd hafa yfirleitt orðið ofan á þegar ákvarðanir hafa verið teknar er varða nýtingu náttúruauðlinda.

[Efnislega felst þetta í fyrrgreindum athugasemdum sem gerðar eru við 1. mgr.] Að vel athuguðu máli en vissulega með nokkurri eftirsjá breytti Stjórnlagaráð þó orðalaginu að lokum og tók út orðið „friðhelg“. Sérfræðingar, ráðsmenn og aðrir óttuðust að „friðhelgi“ væri of stórt orð um alla náttúru Íslands. Það gæti gefið þá hugmynd að öll röskun á náttúrunni væri beinlínis bönnuð. Sú var alls ekki hugmyndin, enda var og er í ákvæðinu fjallað á ýmsan hátt um nýtingu náttúrunnar. Það var hins vegar talið geta valdið óþarfa deilum og missætti um bráðnauðsynlega náttúruvernd ef notað væri svo sterkt orð án þess að fyrir lægi að það væri endilega nauðsynlegt. Er talið að vel megi ná sama árangri með öðru orðalagi.

[Efnislega felst þetta í fyrrgreindum athugasemdum sem gerðar eru við 1. mgr.] Farin var sú leið að lýsa náttúru Íslands sem undirstöðu lífs í landinu og á sú fullyrðing við jafnt í bókstaflegum skilningi um náttúruna sem eins konar „móður jörð“ en einnig í



þeim skilningi að flestallir atvinnuvegir landsins hvíli að verulegu mikilvægu leyti á náttúrugæðum þegar öllu er á botninn hvolft. Orðalagið er því alls ekki til skrauts á einhvern hátt, heldur er það beinlínis vegna þess að náttúran er undirstaða lífs í landinu sem öllum ber að vernda og virða.

[Efnislega felst þetta í fyrrgreindum athugasemdum sem gerðar eru við 1. mgr.] Þau fyrirmæli í 1. mgr. um að öllum beri að virða náttúru Íslands og vernda eiga jafnt við um handhafa opinbers valds, einkaaðila og einstaklinga. Er fyrirmynd að þessari reglu sótt til Frakklands þar sem sérstakur umhverfissáttmáli var tekinn upp í stjórnarskrá með ákvörðun sameinaðs þings 1. mars 2005. Þar segir: „Sérhverjum manni ber skylda til að taka þátt í vernd og umbótum umhverfisins.“

[Efnislega felst þetta í fyrrgreindum athugasemdum sem gerðar eru við 1. mgr.] Í tillögum stjórnlaganefndar var skylda einnig lögð á herðar almennings með því að kveða á um að hann skyldi „ganga vel um og virða náttúruna“. Er sú hugsun að réttindum fylgi skyldur og ábyrgð raunar rauður þráður í störfum Stjórnlagaráðs og var talið að afar mikilvægt væri að áréttta þá hugsun strax í byrjun ákvæðis tengdu umhverfi og náttúru.

[Nýr texti: Í 2. mgr. felast að meginstefnu til tvö efnisatriði. Það fyrra lýtur að tilteknum réttindum sem ber að tryggja öllum og forsendunum sem verða að vera til staðar svo mögulegt sé að tryggja þau og það seinna að náttúruspjöllum. Nánar tiltekið segir í 1. másl. 2. mgr. að öllum skuli með lögum tryggður réttur á heilnæmu umhverfi, fersku vatni, ómenguðu andrúmslofti og óspilltri náttúru en í 2. másl. 2. mgr. er vikið að forsendunum en þær varða gæði umhverfis og náttúru sem þarf að viðhalda og vernda í fyrrgreinda þágu.]—Í 2. mgr. er fjallað um rétt borgaranna og segir: „Öllum skal með lögum tryggður réttur á heilnæmu umhverfi, fersku vatni, ómenguðu andrúmslofti og óspilltri náttúru. Í því felst að fjölbreytni lífs og lands sé viðhaldið og náttúruminjar, óbyggð víðerni, gróður og jarðvegur njóti verndar. Fyrri spjöll skulu bætt eftir fönngum.“ Hér er tekið tillit til margvíslegra náttúruverndar og mannréttindasjónarmiða sem bárust Stjórnlagaráði úr mörgum áttum. Í Skýrslu stjórnlaganefndar var almennara orðalag viðhaft en þó skýrt kveðið á um rétt á heilnæmu umhverfi og náttúru þar sem líffræðilegri fjölbreytni er viðhaldið. [Nýr texti: Í samræmi við þetta eru tengd saman ákveðin réttindi í þágu allra og ásættanlegt ástand umhverfis og náttúru en nánara innihald réttarins og aðgerðir til verndar umhverfi og náttúru ber að fjalla um í almennum lögum eins og verið hefur. Enn er fátítt að alþjóðlegir mannréttindasamningar viðurkenni rétt allra til heilnæms umhverfis og náttúru af tilteknum gæðum þótt nokkur dæmi séu fyrirliggjandi. Sjá í þessu sambandi t.d. 24. gr. mannréttindaskrár Afríku, sem vísar til réttar allra þjóða til ásættanlegs umhverfis, og 1. mgr. 11. gr. San Salvador bókunarinnar við ameríska mannréttindasáttmálann, sem vísar til réttar allra til þess að lifa í heilnæmu umhverfi. Eins og orðalag þessara ákvæða gefur til kynna er fyrst og fremst um að ræða tilvísun til ákveðinna hópréttinda sem ber að tryggja með almennri löggjöf.]

Þótt ákvæðum Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE) sé hvorki ætlað það almenna hlutverk að vernda umhverfi, náttúru og náttúruauðlindir né standa vörð um rétt allra til þeirra gæða sem felast í heilnæmu umhverfi og óspilltri náttúru stuðlar MSE eigi að síður að umhverfisvernd og tryggir einnig á ákveðinn hátt umhverfisgæði. Þetta á einkum við ef í húfi eru hagsmunirnir sem 2. og 8. gr. MSE er ætlað að vernda, þ.e. réttur til lífs og friðhelgi einkalífs og fjölskyldu. Jafnframt er löngu viðurkennt af Mannréttindadómstól Evrópu (MDE) að umhverfisvernd er lögmætt markmið og getur réttlætt skerðingu eignarréttar sem 1. gr. samningsviðauka nr. 1 við MSE er ætlað að vernda.

Það sem lesa má úr nýlegri dómaframkvæmd MDE er í stórum dráttum þrennt.

Í fyrsta lagi að óæskileg eða umtalsverð umhverfisáhrif geti haft í för með sér skerðingu réttinda sem MSE er ætlað að tryggja og að það geti verið á ábyrgð stjórnvalda að grípa til viðeigandi aðgerða til þess að koma í veg fyrir umtalsverða skerðingu viðurkenndra mannréttinda af þessum völdum. Í öðru lagi að óæskileg eða umtalsverð umhverfisáhrif geti í ákveðnum tilvikum leitt til þess að einstaklingur geti beitt tilteknum úrræðum (sjá nánar athugasemdir við 35. gr. frumvarpsins) sem byggja á eða eru dregin af tilteknum ákvæðum MSE og að stjórnvöldum beri að virða þau. Loks, í þriðja lagi, að mögulegt sé að skerða eða takmarka löglega réttindi með vísan til umhverfisverndar, þ.e. umhverfisvernd er lögmætt markmið sem réttlætir takmarkanir. Fyrrgreind tenging 1. og 2. másl. 2. mgr. frumvarpsins er þ.a.l. á ákveðinn hátt í samræmi við þróunina sem hefur orðið á túlkun MSE og dómaframkvæmd MDE. Í samræmi við fyrrgreint er rétt að hafa þróunina á túlkun MSE til hliðsjónar við nánari útfærslu 1. og 2. másl. 2. mgr. í almennum lögum.

[Þessi texti er að hluta til kominn en hefur verið endurskrifaður og lengdur].  
Málgrein þessi tengir saman umhverfisrétt og mannréttindi og viðurkennir að óspillt umhverfi sé forsenda ákveðinna lífsgæða og þar með mikilvægur þáttur mannréttinda. Málgreinin felur í sér mikilvæga markmiðssetningu fyrir löggjafann að vinna eftir við setningu laga um umhverfismál. Jafnframt felst í þessu að nánar skuli kveðið á um það í lögum hvernig unnið skuli að þeim markmiðum sem hér eru sett fram.

Rétt til heilnæms umhverfis má sem fyrr segir telja til mannréttinda. Óbeina tilvísun til slíkra réttinda má ráða af markmiði laga um hollustuhætti og mengunarvarnir nr. 7/1998, þ.e. „að búa landsmönnum heilnæm lífsskilyrði og vernda þau gildi sem felast í heilnæmu og ómengduðu umhverfi“. Í Skýrslu stjórnlaganefndar segir að nýlega hafi verið bent á að núverandi mengunarlöggjöf svari ekki kalli tímans og að útfæra þurfi betur ákveðnar meginreglur umhverfisréttarins og tryggja stöðu almennings. Lokaniðurstaða skýrsluhöfunda er eftirfarandi:

*-Halda má því fram að krafan um heilnæm lífsskilyrði almennings megi sín lítils þegar hún mætir stjórnarskrárvörðum réttindum eins og eignarrétti og atvinnufrelsi. Rök eru fyrir því að styrkja og vernda þennan rétt í stjórnarskrá í takti við þá þróun sem á sér stað í nágrannaríkjum okkar.*

[Þessi texti er að hluta til kominn áður en útskýringarnar í honum hafa ekki sjálfstætt gildi]. Líffræðileg fjölbreytni náttúrunnar þykir ein grundvallarforsenda þess að mögulegt sé að tryggja komandi kynslóðum umhverfi er stuðli að heilbrigði og velfarnaði. Ísland er aðili að samningi um líffræðilega fjölbreytni sem samþykktur var árið 1992 á ráðstefnu Sameinuðu þjóðanna um umhverfi og þróun í Ríó de Janeiro. Með samningnum undirgengst íslenska ríkið alþjóðlegar skuldbindingar sem lúta að verndun og sjálfbærri nýtingu lífríkisins. Samningurinn kveður skýrt á um að hvert aðildarríki hafi óskoraðan rétt á verndun og nýtingu eigin lífríkis. Ákvæði samningsins hafa ekki verið lögfest í heild sinni en ýmis ákvæði hans hafa þegar verið sett í íslensk lög og verið höfð til hliðsjónar við gerð stefnumótandi áætlana, svo sem við stefnumörkun um sjálfbæra þróun og náttúruverndaráætlun.

[Þessi texti er ekki nauðsynlegur og hefur ekki neitt sjálfstætt gildi]. Það sjónarmið kom fram að betur færi á því að fjalla um náttúru og auðlindir í einni og sömu grein til að leggja áherslu á að fjarlægjast sem mest mannmiðaða hugsun sem tæki ekki tillit til þess að allt mannlíf hvíli á náttúru sem hefur gildi í sjálfri sér en er ekki til fyrir manninn. Tilraun til að fella náttúru og auðlindagrein aftur saman í eitt þótti hins vegar of ruglingsleg og því var farin sú leið að tilgreina náttúru á undan auðlindum og taka sérstaklega fram að um sjálfbæra nýtingu náttúrugæða skyldi vera að ræða. Þrátt fyrir að þessar greinar hafi endað sem aðskilin lagaákvæði skal skýrt tekið fram að ekki skal álykta út frá því að auðlindir náttúru séu einungis þær sem hægt sé að umbreyta í fjárhagsleg verðmæti.

[Þessi texti er ekki nauðsynlegur og hefur ekki neitt sjálfstætt gildi]. Þá var farið að tillögu sem barst um að geta um náttúruminjar og jarðveg sem mikilvæg verndarandlög og voru þau því sett í upptalningu ákvæðisins enda hafa bæði hugtök afmarkaða merkingu sem helst í hendur við þróun fræðasviðsins umhverfisréttar.

[Nýr texti: Síðara efnisatriðið sem felst í 2. mgr. 33. gr. lýtur að náttúruspjöllum sem orðið hafa og að þau skuli bæta eftir föngum. Hér er um að ræða almenna stefnuyfirlýsingu sem er ætlað að] Síðasti málsliður málgreinarinnar kveður á um að fyrri spjöll skuli bætt eftir föngum og er ætlað að endurspegla það viðhorf að ómögulegt sé að tala um rétt til óspilltrar náttúru án þess að taka mið af þeirri staðreynd að náttúrunni hefur þegar verið spillt afar víða með illri umgengni mannsins. Þar sem stjórnarskrárákvæði getur ekki „núllstillt náttúruna“ var ákveðið að setja inn ákvæði sem myndi heimila löggjafanum að leggja mat á það hvernig hægt væri að bregðast við náttúruspjöllum í víðri merkingu. Var sérstaklega tekið mið af því að augljóslega er ekki hægt að ganga alla leið varðandi bætur spjalla og því var tekið fram að þau skyldu bætt „eftir föngum“. Í ráðinu voru talsverðar umræður um lausagöngu búfjár í þessu samhengi og talið að ákvæðið myndi beina löggjafanum í þá átt að tryggja vernd

landsins gagnvart slíku. [Hér er því fyrst og fremst um að ræða fyrirmæli til almenna löggjafans um að leggja mat á hvernig mögulegt er að bregðast við náttúruspjöllum, í víðri merkingu þess hugtaks sem þegar hafa orðið. ] Jafnframt var talið afdráttarlaust að orðið „spjöll“ væri í alla staði nógu vítt hugtak til að ná yfir bæði sýnilegar skemmdir og það sem hefur verið nefnt á ensku „environmental degradation“, þ.e. rof og hnignun hvers konar. [Tilvísun til náttúruspjalla hefur lengi verið í íslenskri löggjöf og unnið sér ákveðinn sess en hugtakinu er ætlað að ná yfir sýnilegar skemmdir og einnig rof og hvers konar hnignun á umhverfi og náttúru (á ensku er oft vísað til *environmental degradation*.) af hvaða völdum sem er.]

[Nýr texti: Í 3. mgr. 33. gr. er kveðið á um nýtingu náttúrugæða, þ.m.t. náttúruauðlinda, og að henni skuli haga þannig að þau skerðist sem minnst til langframa og réttur náttúrunnar og komandi kynslóða sé virtur en undirliggjandi er hugmyndafræði sjálfbærrar þróunar. ] [Texti endurskrifaður og er efnislega fyrir ofan. Í 3. mgr. er fjallað um sjálfbæra nýtingu á náttúruauðlindum og jafnrétti kynslóðanna. Þar er réttur náttúrunnar sjálfur tilgreindur. Nefndin hvarf frá því að kveða á um að nýtingu náttúrugæða skyldi haga þannig að þau myndu „ekki“ skerðast til langframa og sagði fremur að tryggja skyldi að þau myndu skerðast „sem minnst“ til langframa. Sú breyting skyldi ekki túlkast sem afsláttur á skilyrðislausri kröfu um sjálfbæra þróun heldur sem viðurkenning á því að sumar auðlindir skerðast óhjákvæmilega við nýtingu, svo sem olía.

Allt frá því að svokölluð Brundtland-skýrslan var gefin út árið 1987 hefur sjálfbær þróun gegnt lykilhlutverki á sviði umhverfismála. Í skýrslunni er hugtakið skilgreint sem þróun sem fullnægir þörfum samtíðarinnar án þess að skerða möguleika komandi kynslóða til að fullnægja sínum þörfum. [Nýr texti: Hugtakið sjálfbær þróun inniheldur þ.a.l. tilvísun til núlifandi kynslóða jafnt sem komandi og er hugsunin sú að ákveðið jafnræði ríki innan hvernar kynslóðar (á ensku: *intra-generational equity*) og á milli kynslóða (á ensku: *inter-generational equity*) m.a. hvað varðar nýtingu umhverfis og náttúruauðlinda.] Skírskotun 3. mgr. til náttúruauðlinda er augljós en hugtakið sjálfbær þróun nær yfir mun breiðara svið og byggist á þremur meginstoðum, umhverf, efnahag og samfélagi, sem allar tengjast innbyrðis. Með tilliti til umhverfismála vísar hugtakið sjálfbær þróun [Nýr texti: m.a. til þessara markmiða:.] fyrst og fremst til eftirfarandi: (i) að ganga ekki óhóflega á forða náttúrunnar heldur nýta auðlindir hennar á þann hátt að þær nái að endurnýja sig og (ii) að nýting náttúruauðlinda feli ekki í sér mengun lofts, lands og hafs eða leiði af sér önnur umhverfisspjöll. Sjálfbær þróun er jafnframt rauði þráðurinn í þeim meginreglum sem settar voru fram á ráðstefnu Sameinuðu þjóðanna um umhverfi og þróun sem haldin var í Ríó de Janeiro árið 1992 [Nýr texti: og hefur alþjóðasamfélagið endursamþykkt þær meginreglur og áhersluna á sjálfbæra þróun nokkrum sinnum síðan 1992, m.a. á heimsráðstefnunni sem haldin var í Jóhannesborg 2002 og heimsráðstefnunni um sjálfbæra þróun sem haldin var í Ríó de Janeiro 2012.]. [Texti á ekki við rök að styðjast]. Í dag er almennt litið á þær reglur sem óskráðar

~~meginreglur umhverfisréttarins. Sjálfbær þróun [Nýr texti: og tilvísanir til umhverfis og náttúru hafa] víða áunnið sér stjórnarskrárvernd [Nýr texti: þ. á m. í stjórnarskrám nágrannaríkjanna.] [Nýr texti: Í 110. gr. b í norsku stjórnarskránni segir að sérhver maður eigi rétt til heilnæms umhverfis og náttúru þar sem gróska og fjölbreytni eru vernduð, í 2. gr. 1. kafla þeirrar sænsku er sú skylda lögð á stjórnvöld að stuðla að sjálfbærri þróun, og í 20. gr. þeirrar finnsku er vísað til þess að náttúran og fjölbreytni, umhverfið og þjóðararfurinn séu á ábyrgð allra. „sérhver maður eigi rétt til heilnæms umhverfis og náttúru þar sem gróska og fjölbreytni eru vernduð“. Sænska stjórnarskráin leggur skyldur á herðar stjórnvalda um að stuðla að sjálfbærri þróun. Í Finnlandi segir: „Náttúran og fjölbreytileiki lífríkisins, umhverfið og þjóðararfurinn eru á ábyrgð allra. Svisslendingar segja að stefnt skuli að langvinnu jafnvægi milli náttúrunnar, einkum hvað varðar getu hennar til endurnýjunar og nýtingar af hálfu mannsins. Franska stjórnarskráin kveður á um fortakslausan rétt sérhvers manns til að „lifa í heilsusamlegu umhverfi þar sem ríkir jafnvægi“. Í Frakklandi er jafnframt tilgreint að hverjum manni beri að stuðla að því að bæta úr skaða sem hann veldur umhverfinu, samkvæmt nánari ákvæðum í lögum.~~

[Nýr texti: Eins og komið var að felst í sjálfbærri þróun að ákveðið jafnræði verður að ríkja innan hvernar kynslóðar og milli kynslóða m.t.t. umhverfis og náttúruauðlinda. Það er m.ö.o. hlutverk hvernar lifandi kynslóðar að tryggja þetta jafnræði og er ákvæði 3. mgr. ætlað að leggja ákveðinn grunn og marka stefnu fyrir nánari útfærslu almenna löggjafans á viðeigandi réttindum og skyldum svo sjálfbær þróun og sjálfbær nýting náttúrugæða verði að veruleika. Sjá nánar umfjöllun um nauðsynlegar meginreglur í athugasemdum við 3. mgr. 35. gr.]

[Nýr texti: Í 4. mgr. 33. gr. er loks] fjallað um [Nýr texti: mikilvæg réttindi almennings sem eru hluti af almannarétti], ~~svokallaðan almannarétt, þ.e. rétt almennings til að ferðast um landið í lögumætum tilgangi. Til almannaréttar er horft sem félagslegrar náttúruverndar, þ.e. að menn eigi rétt á að njóta náttúru landsins. Í nútímasamfélagi er mikilvægasti þáttur almannaréttarins líklega sá sem felst í möguleikanum á að fara um landið og hafa þar viðstöðu til að njóta útivistar í náttúrunni og leita þangað kyrrðar og næðis. Almennaréttur hefur verið skilgreindur hér á landi frá fornu fari og er nú mælt fyrir um [Nýr texti: ákveðna þætti hans] hann í náttúruverndarlögum nr. 44/1999, þ.m.t. umferðarétt almennings. Ákvæði um almannarétt tilheyrir réttarsögu Íslendinga og var slíkar greinar t.d. að finna í lagabálkum eins og Grágás og Jónsbók. [Nýr texti: Með því að veita ofangreindum rétti stjórnarskrárvernd má gera ráð fyrir því að meira jafnvægi verði á milli ólíkra hagsmuna ef lýstur saman.] Um almannarétt er getið í Skýrslu stjórnlaganefndar og m.a. tekið fram að þrátt fyrir að getið væri um slíkan rétt í lögum mætti segja að hann mætti sín lítils ef til áreksra kæmi við stjórnarskrárverndaðan rétt eins og eignarétt landeiganda. Almennaréttinum fylgja skyldur til góðrar umgengni og tillitssemi gagnvart landeigendum, öðrum ferðamönnum og ekki síst náttúrunni sjálfri. [Textinn hér á eftir hefur ekki neinn sjálfstæðan tilgang.] Orðalagið í lögumætum tilgangi~~

vísar fyrst og fremst til takmörkunar á réttindum almennings gagnvart réttindum landeigenda. Með því endurspeglast að í ákvæðinu vegast á hagsmunir almennings og landeigenda. Líta verður á rétt almennings til frjálstrar farar um eignarlönd sem almenna takmörkun á eignarheimildum landeiganda, þ.e. heimildinni til að meina öðrum aðgang og not af eign sinni. Þá takmarkast almannarétturinn við ferðamáta sem ekki valda spjöllum á landinu og veitir fólki ekki almennan rétt til farar á vélknúnum ökutækjum um fjöll og firnindi utan skipulagðs vegakerfis.

# Minnisblað

Til Páls Þórhallssonar.

Frá Aðalheiði Jóhannsdóttur, prófessor

20. september 2012

Vísað er til tölvubréfa yðar, dags. 12. júlí sl., um aðstoð vegna yfirferðar á 32.-36. gr. tillagna Stjórnlagaráðs að frumvarpi til stjórnarskipunarlaga. Meðfylgjandi er minnisblað undirritaðrar þar sem farið er yfir ákvæði 34. gr. í tillögu ráðsins miðað við eftirfarandi forsendur og lagðar til:

1. Nauðsynlegar breytingar á texta tillagna miðað við tiltekin viðmið sem koma fram í bókun stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar Alþingis, þ.a.l. tekur greiningin tillit til:
  - a. mannréttindasáttmála sem íslenska ríkið hefur skuldbundið sig til að fara eftir,
  - b. innra samræmis og mögulegra mótsagna,
  - c. réttarvernd miðað við gildandi stjórnarskrá og greinargerð með tillögum,
  - d. málsóknarmöguleika gegn ríkinu.
2. Nauðsynlegar viðbætur eða lagfæringar á greinargerð Stjórnlagaráðs. Þótt ekki sé beinlínis vísað til viðmiða stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar varðandi þennan þátt hafa sömu viðmið eigi að síður verið lögð til grundvallar.
3. Önnur atriði sem undirrituð bendir sérstaklega á.

Tillögur að breytingum, þ.m.t. niðurfellingu á texta, rökstuðningur og aðrar tilvísanir eru í hornklofum á viðeigandi stöðum í textanum.

## Ákvæði 34. gr.

### Heildarmat á greininni miðað við fyrrgreind viðmið.

Ákvæði 34. gr. tillögunnar er nýmæli en í gildandi stjórnarskrá er ekki að finna sambærilegt ákvæði. Efni 34. gr. virðist ekki vera í mótsögn við önnur ákvæði tillögunnar. Athugasemdirnar sem fylgdu 34. gr. eru takmarkaðar og byggja að óverulegu leyti á upplýsingum um lagaumhverfi náttúruauðlinda og hvernig leyfis- og nýtingarheimildum og gjaldtöku er háttað og hvaða áhrif lögfesting 34. gr. raunverulega hefði og virðist ákvæðið og athugasemdir sem fylgdu því fyrst og fremst taka mið af fiskveiðilöggjöfni. Auk þessa endurspeglar athugasemdirnar að óverulegu leyti þróunina sem hefur átt sér stað, m.a. í auðlindahagfræði og alþjóðlegum umhverfis- og náttúruauðlindarétti. Vegna þessa hafa verið gerðar ýmsar breytingar á greinargerðinni en reynt er að hafa þær í sama anda þótt nauðsynlegt hafi verið að bæta við ákveðnum atriðum til skýringarauka. Áhrif ákvæðis 34. gr. og hvort einstök efnisatriði ákvæðisins fari gegn mannréttindasáttmálum sem íslenska ríkið hefur skuldbundið sig til að fara eftir ráðast af því hvernig almenni löggjafinn túlkar og útfærir einstök efnisatriði ákvæðisins í almennri löggjöf. Hér er sérstaklega höfð í huga 1. gr. samningsviðauka nr. 1 við samning um verndun mannréttinda og mannfrelsis og ákvæði 13. gr. um eignarrétt í tillögu stjórnlaganefndar. Sömu sjónarmið eiga væntanlega við um réttarverndina miðað við gildandi stjórnarskrá og hugsanlega málsóknarmöguleika gagnvart ríkinu. Þeir ráðast fyrst og fremst af túlkun og nánari útfærslu einstakra efnisatriða ákvæðisins í almennri löggjöf og hvort þau styddust við málefnaleg sjónarmið, meðalhófsreglu og jafnræðisreglu. Flestir fræðimenn á sviði lögfræði eru þeirrar skoðunar að fyrirvarinn í 3. másl. 1. gr. laga nr. 116/2006 um stjórn fiskveiða, þar sem segir að úthlutun veiðiheimilda samkvæmt lögunum myndi ekki eignarrétt eða óafturkallanlegt forræði einstakra aðila yfir þeim, hafi komið í veg fyrir að úthlutaðar aflaheimildir teljist til eignarréttinda í hefðbundinni merkingu en að úthlutunin tengist tilteknum atvinnuréttindum og að þau njóti stjórnarskrárverndar sem ein tegund eignarréttinda (sjá m.a. ummæli Hæstaréttar í máli Hrannar hf. gegn fjármálaráðherra f.h. ríkissjóðs, *mál nr. 291/1993*, 18. nóvember 1993, sem styðja þetta sjónarmið). Í samræmi við skoðanir fræðimanna og dómaframkvæmd Hæstaréttar er einnig ljóst að löggjafinn hefur nokkuð rúmar heimildir til þess að breyta lagaumhverfinu sem ákveðnar atvinnugreinar búa við (í þessu sambandi er m.a. bent á mál Elínar ÞH 82 ehf. gegn íslenska ríkinu, *mál nr. 121/2009*, 3. desember 2009, og einnig mál Björgunar ehf. gegn íslenska ríkinu, *mál nr. 182/2007*, 27. september 2007). Ef 34. gr. tæki gildi hefði það væntanlega í för með sér að endurskoða yrði lagaumhverfi ýmissa auðlinda þannig að það færi ekki gegn 1. og 4. mgr. Þar með talin er lagaumgjörð virkjunarleyfa en í gildandi raforkulögum nr. 65/2003 er ekki sérstaklega tekið fram að gefa skuli út virkjunarleyfi til tiltekins tíma þótt heimilt sé að skilyrða slík leyfi, sjá nánar 6. gr. laga nr. 65/2003. Einnig kann að vera nauðsynlegt að tiltekinn vinnsluaðili, sem starfar í skjóli



opinbers leyfis, fái í raun varanleg umráð yfir hluta af náttúruauðlind. Sjá í þessu sambandi 3. gr. laga nr. 13/2001 um leit, rannsóknir og vinnslu kolvetnis, en íslenska ríkið er eigandi kolvetnis (utan netlaga) en heimilt er að semja við handhafa vinnsluleyfis um að hann verði eigandi þess kolvetnis sem hann framleiðir. Loks er óljóst af athugasemdum Stjórnlagaráðs hvort óbein veðsetning auðlindar falli undir hugtakið veðsetning, sbr. lok 1. mgr. 34. gr., og einnig hvað átt er nákvæmlega við með óbeinni veðsetningu. Samkvæmt 4. mgr. 3. gr. laga nr. 75/1997 um sammingsveð er ekki heimilt að veðsetja réttindi til nýtingar í atvinnurekstri, sem skráð eru opinberri skráningu á tiltekið fjárverðmæti og stjórnvöld úthluti lögum samkvæmt, t.d. aflahlutdeild fiskiskips og greiðslumark bújarðar. Hafi fjárverðmætið, sem réttindin eru skráð á, verið veðsett er eiganda þess óheimilt að skilja réttindin frá fjárverðmætinu nema með þinglýstu samþykki þeirra sem eiga veðréttindi í viðkomandi fjárverðmæti. Samkvæmt þessu eru lagðar skorður við veðsetningu ákveðinna nýtingarréttinda, t.d. aflaheimilda, sem slíkra en ef þau eru skráð á tiltekið fjárverðmæti þá er heimilt að veðsetja það. Af athugasemdum Stjórnlagaráðs er óljóst hvort tilvísunin til veðsetningar auðlindar er ætlað að ná yfir þessa réttarstöðu.

#### Texti samkvæmt tillögu Stjórnlagaráðs og tillaga að breytingu á texta í hornklofum:

#### 34. gr.

##### *Náttúruauðlindir [og takmörkuð almannagæði.]*

Auðlindir í náttúru Íslands, sem ekki eru í einkaeigu, eru sameiginleg og ævarandi eign þjóðarinnar. Enginn getur fengið auðlindirnar, eða réttindi tengd þeim, til eignar eða varanlegra afnota og aldrei má selja þær eða veðsetja. [Í sérstökum undantekningartilvikum er þó framsal tiltekinna óendurnýjanlegra auðlinda sem teljast til þjóðareignar heimilt í samræmi við lög.]

Til auðlinda í þjóðareign teljast náttúrugæði, svo sem nytjastofnar, aðrar auðlindir hafs og hafsbotns innan íslenskrar lögsögu og uppsprettur vatns- og virkjunarréttinda, jarðhita- og námaréttinda. Með lögum má kveða á um þjóðareign á auðlindum undir tiltekinni dýpt frá yfirborði jarðar.

Við nýtingu auðlindanna skal hafa sjálfbæra þróun og almannahag að leiðarljósi.

Stjórnvöld bera, ásamt þeim sem nýta auðlindirnar, ábyrgð á vernd þeirra. Stjórnvöld geta á grundvelli laga veitt leyfi til afnota eða hagnýtingar auðlinda eða annarra takmarkaðra almannagæða, gegn fullu gjaldi og til tiltekins hóflegs tíma í senn. Slík leyfi skal veita á jafnræðisgrundvelli og þau leiða aldrei til eignarréttar eða óafturkallanlegs forræðis yfir auðlindunum.

#### Skýringar með breytingum á texta ákvæði 34. gr.

Í samræmi við athugasemdirnar sem fylgdu með frá Stjórnlagaráði er ljóst að ákveðnum meginreglum 34. gr. er ætlað að gilda um takmörkuð almannagæði sem eðli sínu

samkvæmt eru ekki náttúruauðlindir (auðlindir), í dæmaskyni eru nefndir innflutningskvótar, losunarkvótar og útvarpsrásir. Vegna þessa og til að auka gagnsæi tillögunnar er lagt til að heiti ákvæðisins verði *Náttúruauðlindir og takmörkuð almannagæði*. Í ákveðnum tilvikum kann að vera nauðsynlegt að framselja auðlindir sem falla undir þjóðareignarhugtakið, sjá nánar 1., sbr. 2. mgr. 34. gr. Sjá í þessu sambandi 3. gr. laga nr. 13/2001 um leit, rannsóknir og vinnslu kolvetnis. Í 3. gr. laganna, sem er heimildarákvæði, segir að íslenska ríkið sé eigandi kolvetnis (utan netlaga) en að heimilt sé að semja við handhafa vinnsluleysis um að hann verði eigandi þess kolvetnis sem hann framleiðir. Ekki hefur reynt á 3. gr. laga nr. 13/2001 en þar sem orðalag 2. másl. 1. mgr. er afdráttarlaust hvað varðar framsal væri rétt að aftan við 2. másl. komi nýr másl. sem hljóði svo: *Í sérstökum undantekningartilvikum er þó framsal tiltekinna óendurnýjanlegra auðlinda sem teljast til þjóðareigna heimilt í samræmi við lög.*

#### **Athugasemdir við ákvæði 34. gr. með breytingunum.**

Ákvæði 34. gr. sem er nýmæli í stjórnarskrá á sér langan aðdraganda og ákveðna forsögu. Fjórúnum sinnum hafa verið lögð fram frumvörp á Alþingi þar sem lagt hefur verið til að ákveðnar auðlindir verði lýstar þjóðareign eða sameign þjóðarinnar en ekkert þeirra hefur hlotið brautargengi. Þótt efnislegt inntak ákvæðanna sé ekki að öllu leyti sambærilegt er grunnhugsunin í þeim svipuð og einnig forsendurnar að baki henni. Sjá nánar 79. gr. frumvarps til stjórnarskipunarlaganna um stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, lagt fram á 105. löggjafarþingi 1983, þskj. 537 – 243. mál, þar sem segir að náttúruauðlindir landsins skuli vera ævarandi eign Íslendinga, að auðlindir hafs og hafsbots innan íslenskrar lögsögu séu þjóðareign og að eignarrétti að öðrum náttúruauðæfum skuli skipað með lögum; 1. gr. frumvarps til stjórnarskipunarlaganna um breytingu á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33 17. júní 1944, lagt fram á 118. löggjafarþingi 1994-5, þskj. 865 – 457 mál, þar sem vísað er til þess að nytjastofnar á hafsvæði því sem fullveldisréttur Íslands nái til séu sameign íslensku þjóðarinnar og að kveða skuli á um hagnýtingu og verndun þessara auðlinda í lögum og stjórnvaldsfyrirmælum; 1. gr. frumvarps til stjórnarskipunarlaganna um breytingu á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944, með síðari breytingum, lagt fram á 133. löggjafarþingi 2006-2007, þskj. 1064 – 683. mál, þar sem segir að náttúruauðlindir Íslands skuli vera þjóðareign þó þannig að gætt sé réttinda einstaklinga og lögaðila og að það beri að nýta þær til hagsbóta þjóðinni eftir því sem nánar er ákveðið í lögum en þetta skuli ekki vera því til fyrirstöðu að einkaaðilum séu veittar heimildir til afnota eða hagnýtingar á auðlindunum samkvæmt lögum, og 1. gr. frumvarps til stjórnarskipunarlaganna um breytingu á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944, með síðari breytingum, lagt fram á 136. löggjafarþingi 2008-2009, þskj. 648 – 385. mál, í 1. og 2. mgr. 1. gr. þess frumvarps er því lýst yfir að náttúruauðlindir sem ekki séu háðar einkaeignarrétti séu þjóðareign, ríkið fari með forsjá þeirra, vörslu og ráðstöfunarrétt og hafi eftirlit með nýtingu þeirra í umboði þjóðarinnar eftir því sem nánar sé ákveðið í

lögum, að allar náttúruauðlindir beri að nýta á sem hagkvæmastan hátt á grundvelli sjálfbærrar þróunar til hagsældar fyrir þjóðina og komandi kynslóðir og loks, að náttúruauðlindir í þjóðareign megi ekki selja eða láta varanlega af hendi.

Þar að auki er að finna tillögu að stjórnarskrárákvæði um náttúruauðlindir í álitserð auðlindanefndar frá 2000, bls. 27-32 (<http://www.forsaetisraduneyti.is/utgefingefni/Audlindaskyrsla/nr/27>). Tillagan í álitserðinni er svohljóðandi:

Náttúruauðlindir og landsréttindi sem ekki eru háð einkaeignarrétti eru þjóðareign eftir því sem nánar er ákveðið í lögum. Handhafar löggjafar- og framkvæmdarvalds fara með forsjá, vörslu og ráðstöfunarrétt þessara auðlinda og réttinda í umboði þjóðarinnar.

Náttúruauðlindir og landsréttindi í þjóðareign má ekki selja eða láta varanlega af hendi til einstaklinga eða lögaðila. Þó má veita þeim heimild til afnota eða hagnýtingar á þessum auðlindum og réttindum gegn gjaldi, að því tilskildu að hún sé tímabundin eða henni megi breyta með hæfilegum fyrirvara eftir því sem nánar er ákveðið í lögum. Slík heimild nýtur verndar sem óbein eignarréttindi.

Náttúruauðlindir og landsréttindi í þjóðareign ber að nýta á sem hagkvæmastan hátt og á grundvelli sjálfbærrar þróunar og skal arði af þeim varið til þess að vernda auðlindirnar, rannsaka þær og viðhalda þeim, svo og til hagsældar fyrir þjóðina að öðru leyti.

Í athugasemdunum sem fylgdu ákvæðinu í álitserð auðlindanefndar sagði m.a.:

Í 1. mgr. er því lýst yfir að þær náttúruauðlindir og réttindi sem ekki eru háð einkaeignarrétti séu þjóðareign sem handhafar löggjafar og framkvæmdarvalds, þ.e. Alþingi og stjórnvöld, fari með forsjá fyrir, varðveiti og geti jafnframt ráðstafað í umboði þjóðarinnar skv. 2. mgr. Vegna þess m.a. að aðstæður og viðhorf geta breyst í tímans rás er ekki gert ráð fyrir að náttúruauðlindir og landsréttindi í þjóðareign verði skilgreind í sjálfri stjórnarskránni heldur verði það gert í almennum lögum. Þó er gengið út frá því að land, landsréttindi, auðlindir og hlunnindi í þjóðlendum, sem ekki hafa verið háð einkaeignarrétti, verði þjóðareignir, sbr. lög nr. 58/1998 um þjóðlendur og lög nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu. Sömuleiðis nytjastofnar á Íslandsmiðum, sbr. lög nr. 38/1990 um stjórn fiskveiða, og auðlindir sem eru á, í eða undir hafsbotninum, utan netlaga og svo langt til hafs sem fullveldisréttur Íslands nær, sbr. lög nr. 73/1990 um eignarrétt íslenska ríkisins að auðlindum hafsbotnsins.

Í 2. mgr. er því lýst yfir að náttúruauðlindir og landsréttindi í þjóðareign megi ekki selja eða láta varanlega af hendi til annarra aðila. Þó er gert ráð fyrir að stjórnvöld geti veitt öðrum aðilum heimild til afnota eða hagnýtingar á slíkum eigum með tilteknum skilyrðum og að teknu tilliti til þeirra markmiða sem frá greinir í 3. mgr. Með heimild til afnota eða hagnýtingar í 2. mgr. er átt við heimild til afnota eða hagnýtingar sem sérstakt leyfi þarf til þannig að aðrir en leyfishafar geti ekki haft þau sömu not. Þar með fellur almannaréttur, svo sem réttur til umferðar um land, ekki undir þetta hugtak. Kveðið er á um það í niðurlagi 2. mgr., til þess að taka af allan vafa, að heimild til afnota eða hagnýtingar njóti verndar 72. gr. stjórnarskrárinnar sem óbein eignarréttindi á borð við hefðbundin leigu, afnota og ítaksréttindi.

Í samræmi við fyrrgreint er megininntak þeirra tillagna sem lagðar hafa verið til um nýtt stjórnarskrárákvæði í grundvallaratriðum það að auðlindir Íslands, sem ekki eru í einkaeigu, eru lýstar þjóðareign, fara skal með þær á ákveðinn hátt í þágu íslensku

Þjóðarinnar og komandi kynslóða og almenna löggjafanum er ætlað það hlutverk að kveða nánar á um inntak auðlindahugtaksins og um meðferð náttúruauðlinda. Af eldri frumvörpum er einnig ljóst að tilvísanir til auðlinda hafsins og nytjastofna sem sameignar þjóðarinnar eða þjóðareignar er m.a. ætlað að undirstrika sérstakt mikilvægi þeirra auðlinda fyrir þjóðarheildina og nauðsyn þess að varðveita fullt forræði Íslendinga yfir henni.

Í samræmi við framangreint felast í 1. másl. 1. mgr. 34. gr. nokkur meginatriði. Því er lýst yfir að auðlindir Íslands, sem ekki eru í einkaeigu, séu sameiginleg og ævarandi eign þjóðarinnar, þ.e.a.s. þjóðareign. Eðlilegast er að nálgast þjóðareignarhugtakið sem sérstaka tegund eignarhalds og ábyrgðar og er kjarni þess sá að í skjóli fullveldisréttar fari handhafar löggjafarvalds og framkvæmdarvalds með forsjá, vörslu og ráðstöfunarrétt á viðkomandi auðlindum á hverjum tíma í samræmi við lög. Ákvæði 4. gr. eldri laga nr. 59/1928 um friðun Þingvalla veitir einnig ákveðna leiðbeiningu um þjóðareignarhugtakið, þar sem segir að hið friðlýsta land, þ.e. Þingvallarþjóðgarður, skuli vera undir vernd Alþingis, ævinlega eign íslensku þjóðarinnar og að aldrei megi selja það eða veðsetja, og sambærilegt ákvæði í gildandi lögum um þjóðgarðinn, sbr. 1. mgr. 1. gr. laga nr. 47/2004 um þjóðgarðinn á Þingvöllum, þar sem segir að Þingvellir við Öxará og grenndin þar skuli vera friðlýstur helgistaður allra Íslendinga sem þjóðgarður. Sjá einnig athugasemdir við 32. gr. frumvarpsins þar sem fjallað er um vernd menningararfsins og dýrmætar þjóðareignir. Í ákveðnum tilvikum kunna einstakar náttúruauðlindir, sem falla undir þjóðareignarhugtakið, þó að vera eign ríkisins, t.d. samkvæmt lagaákvæði, sjá í þessu sambandi 3. gr. laga nr. 13/2001 um leit, rannsóknir og vinnslu kolvetnis og einnig 2. gr. laga nr. 58/1998 um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta, sbr. 3. gr. laga nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu, eða sameign íslensku þjóðarinnar í samræmi við 1. másl. 1. gr. laga nr. 116/2006 um stjórn fiskveiða. Hvað varðar tilvísunina til auðlinda í náttúru Íslands verður m.a. að líta til 1. másl. 2. mgr. en ekki er um tæmandi talningu auðlinda að ræða og nánara inntak auðlindahugtaksins ræðst fyrst og fremst af efni almennra laga og eðli máls. Þjóðareignarhugtakið samkvæmt 1. másl. 1. mgr. er takmarkað við auðlindir sem ekki eru í einkaeigu. Samkvæmt íslenskum rétti ræðst eignarhald auðlinda af staðsetningu þeirra frekar en tegund. Sjá nánar í þessu sambandi skilgreiningar 1. gr. laga nr. 58/1998 um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta, sbr. einnig 2. gr. sömu laga þar sem segir að íslenska ríkið sé eigandi lands og hvers konar landsréttinda og hlunninda í þjóðlendum sem ekki eru háð einkaeignarrétti; ákvæði 3. gr. laga nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu en þar er kveðið á um að eignarlandi fylgir eignarréttur að auðlindum í jörðu en í þjóðlendum eru þær eign íslenska ríkisins; ákvæði 1. mgr. 2. gr. vatnalaga nr. 15/1923 þar sem segir að landareign hverri, þ.m.t. þjóðlendu, fylgi réttur til umráða og hagnýtingar á því vatni, straumvatni eða stöðuvatni, sem á henni er á þann hátt sem lögin heimila; upphaf 3. gr. laga nr. 13/2001

um leit, rannsóknir og vinnslu kolvetnis, sbr. 1. másl. 1. gr. laganna, þar sem segir að íslenska ríkið sé eigandi kolvetnis utan netlaga í landhelgi, efnahagslögsögu og landgrunni Íslands, og loks 1. másl. 1. gr. laga nr. 116/2006 um stjórn fiskveiða þar sem segir að nytjastofnar á Íslandsmiðum séu sameign íslensku þjóðarinnar. Samkvæmt framansögðu er ljóst að eignarrétti á landi fylgir eignarréttur á náttúruauðlindum, og eftir atvikum einkaréttur til þess að nýta ákveðnar auðlindir þótt löggjafinn hafi allt að einu heimildir til þess að setja reglur um nýtinguna. Ákvæði laga kunna þó að standa til annars, sjá t.d. ákvæði 2. mgr. 8. gr. laga nr. 64/1994 um vernd, friðun og veiðar á villtum fuglum og villtum spendýrum og til samanburðar 2. másl. 2. mgr. 14. gr. sömu laga þar sem segir að eignarréttur á landi veiti ekki rétt til veiða á hreindýrum.

Í 2. másl. 1. mgr. er kveðið á um ákveðna meðferð auðlinda í þjóðareign og réttinda sem tengjast þeim. Þar segir að enginn geti fengið auðlindirnar, eða réttindi tengd þeim, til eignar eða varanlegra afnota og að aldrei megi selja þær eða veðsetja. Af þessu leiðir að almenna löggjafanum og handhöfum framkvæmdarvalds sem fara með forsjá, vörslu og ráðstöfunarrétt auðlinda í þjóðareign og réttinda sem tengjast þeim eru settar ákveðnar hömlur. Samkvæmt þessu færi varanlegt afsal auðlinda í þjóðareign og veiting ótímabundinna afnotaréttinda sem tengjast þeim gegn ákvæði 2. másl. 1. mgr. og að auki veðsetning auðlindanna. Það er almenna löggjafans að túlka nánar ákvæðið og tryggja að efni almennra laga fari ekki í bága við fyrrgreinda meginreglu ákvæðisins. Eftir þessum skilningi deilir núlifandi kynslóð auðlindum í þjóðareign með óbornum kynslóðum og hefur því ekki rétt til að ráðstafa þeim einvörðungu í eigin þágu. Skorðurnar, sem 1. mgr. er ætlað að reisa við ráðstöfun auðlinda í þjóðareign, eiga einnig við um réttindi tengd auðlindunum og ekki aðeins við auðlindirnar sjálfar.

Samkvæmt 1. másl. 2. mgr. teljast til auðlinda í þjóðareign náttúrugæði, svo sem nytjastofnar, aðrar auðlindir hafs og hafsbotns innan íslenskrar lögsögu og uppsprettur vatns- og virkjunarréttinda, jarðhita- og námarréttinda. Eins og orðalag 1. másl. 2. mgr. ber með sér er ekki um tæmandi talningu auðlinda að ræða og ræðst inntak auðlindahugtaksins fyrst og fremst af efni almennra laga og eðli máls. Meðal annars segir í 1. mgr. 1. gr. laga nr. 73/1990 um eignarrétt íslenska ríkisins að auðlindum hafsbotnsins að íslenska ríkið sé eigandi allra auðlinda á, í eða undir hafsbotninum utan netlaga og svo langt til hafs sem fullveldisréttur Íslands nær samkvæmt lögum, alþjóðasamningum eða samningum við einstök ríki og samkvæmt 2. mgr. 1. gr. nær hugtakið auðlind samkvæmt lögnum til allra ólífrænna og lífrænna auðlinda hafsbotnsins annarra en lifandi vera; í 3. gr. laga nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu er áréttað að í þjóðlendum séu auðlindir í jörðu eign íslenska ríkisins nema aðrir geti sannað eignarrétt sinn til þeirra; í 2. gr. laga nr. 58/1998 um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta segir að íslenska ríkið sé eigandi lands og hvers konar landsréttinda og hlunninda í þjóðlendum sem ekki eru háð einkaeignarrétti; samkvæmt 1. másl. 1. gr. laga nr. 116/2006 um stjórn fiskveiða eru nytjastofnar á Íslandsmiðum sameign íslensku þjóðarinnar, og samkvæmt 3. gr., sbr. 1.

gr. laga nr. 13/2001 um leit, rannsóknir og vinnslu kolvetnis, er íslenska ríkið eigandi kolvetnis (jarðolía, jarðgas og annað kolvetni í jarðlögum undir hafsbotni) utan netlaga.

Í 2. másl. 2. mgr. er heimildarákvæði þess efnis að með lögum megi kveða á um þjóðareign á auðlindum undir tiltekinni dýpt frá yfirborði jarðar. Samkvæmt þessu getur almenni löggjafinn ákveðið að lýsa auðlindir sem liggja á tilteknu dýpi þjóðareign. Samkvæmt gildandi rétti fylgir eignarlandi eignarréttur að auðlindum í jörðu, en í þjóðlendum eru auðlindir í jörðu eign íslenska ríkisins, sbr. nánar 3. gr. laga nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu. Í samræmi við 2. mgr. 1. gr. tilvitnaðra laga er auðlindahugtakið í lögnum skýrt rúmt og vísar til hvers konar frumefna, efnasambanda og orku sem vinna má úr jörðu, hvort heldur í föstu, fljótandi eða loftkenndu formi og án tillits til hitastigs sem þau kunna að finnast við. Almenn er viðurkennt að eignarréttur sé ekki takmarkaður við ákveðna dýpt frá yfirborði jarðar. Samkvæmt fyrrnefndri heimild 2. másl. 2. mgr. getur almenni löggjafinn ákveðið að breyta þessari réttarstöðu en eðli málsins samkvæmt yrði að undirbúa allar slíkar lagabreytingar vandlega vegna þeirra áhrifa sem þær gætu haft á eignarrétt að auðlindum í jörðu þegar ekki er um þjóðlendur að ræða.

Í 3. mgr. 34. gr. segir að við nýtingu auðlindanna skuli hafa sjálfbæra þróun og almannahag að leiðarljósi. Ákvæði 3. mgr. er stefnumarkandi og á sérstaklega við um auðlindir í þjóðareign en almenna ákvæðið um nýtingu náttúrugæða, þ.m.t. náttúruauðlinda, á sjálfbæran hátt er að finna í 3. mgr. 33. gr. frumvarpsins. Með tilvísuninni til sjálfbærrar þróunar er fyrst og fremst verið að vísa til hugtaksins eins og það er skilgreint í Brundtlandskýrslunni (1987) og meginreglna sjálfbærrar þróunar. Meðal hugtaksskilyrða sjálfbærrar þróunar er að tryggja að jafnræði ríki innan hvernar kynslóðar og milli kynslóða m.t.t. umhverfis og náttúruauðlinda en svo þetta jafnræði verði að veruleika verður að skilgreina og útfæra hugtakið í almennri löggjöf. Að öðru leyti er bent á umfjöllun um sjálfbæra þróun í athugasemdum sem fylgja 3. mgr. 33. gr. frumvarpsins og um helstu meginreglur umhverfisréttar er fjallað í athugasemdunum sem fylgja 35. gr. Meginreglurnar sem þar er fjallað um eru meðal þeirra meginreglna sem miða að því að koma sjálfbærri þróun til framkvæmdar. Svo nýting náttúruauðlinda verði raunverulega sjálfbær og í þágu núlifandi og komandi kynslóða er nauðsynlegt að almenni löggjafinn útfæri nánar réttindi og skyldur í almennum lögum í samræmi við þá stefnumörkun sem felst í 3. mgr.

Einnig ber að hafa í huga að Ísland er aðili að alþjóðasamningi um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi (1966) (auglýsing nr. 10/1979 í C-deild Stjórnartíðinda) en í 2. mgr. 1. gr. samningsins segir m.a. að allar þjóðir megi, í sínu eigin markmiði, ráðstafa óhindrað náttúruauðæfum og auðlindum sínum. Í þessu felst m.a. viðurkenning á því að í skjóli fullveldisréttar er það á valdi hvernar þjóðar að ákveða forsendur og fyrirkomulag auðlindanýtingar.

Loks er í 4. mgr. fjallað um ábyrgð á vernd náttúruauðlinda, leyfisveitingar, gjaldtöku og fyrirvara um að nýtingarheimildir geti ekki leitt til eignarréttar eða

óafturkallanlegs forræðis á auðlindum í þjóðareign. Eðli málsins samkvæmt eru ákveðin tengsl á milli 3. og 4. mgr. en náttúruauðlindir ber að nýta í samræmi við sjálfbæra þróun, sbr. nánar 3. mgr., en ábyrgðin er stjórnvalda og þeirra sem nýta auðlindirnar. Í samræmi við fyrrgreint er kveðið á um almenna ábyrgð á vernd náttúruauðlinda í 1. másl. 4. mgr. Hún hvílir ekki einvörðungu á stjórnvöldum þar sem þeir sem nýta auðlindirnar bera einnig ákveðna samfélagslega ábyrgð. Í þessu felst m.a. að viðeigandi stjórnvöldum ber að tryggja að farið sé að ákvæðum almennra laga sem lúta að vernd náttúruauðlinda og hins vegar ber þeim sem nýta þær að sýna ákveðið samfélagslegt frumkvæði við alla auðlindanýtingu í samræmi við sjálfbæra þróun.

Í 2. másl. 4. mgr. er heimildarákvæði þess efnis að stjórnvöld geti á grundvelli laga veitt leyfi til afnota eða hagnýtingar auðlinda eða annarra takmarkaðra almannagæða, gegn fullu gjaldi og til tiltekins hóflegs tíma í senn. Samkvæmt þessu ber almenna löggjafanum að skilgreina með lögum hvaða náttúruauðlindir eða takmörkuð almannagæði er heimilt að nýta á grundvelli tiltekinnar afnota- eða hagnýtingarleyfa. Þar að auki þarf löggjafinn að tryggja að fyrir hendi sé fullnægjandi lagaumhverfi svo mögulegt sé að taka gjald fyrir afnotin eða hagnýtinguna og að þau verði einvörðungu heimil til tiltekins tíma. Hér er öðrum þræði verið að vísa til nytjagreiðslureglu (á ensku: *users pay principle*), sem er afbrigði af greiðslureglu, og einnig þeirrar grunnhugsunar sem felst í sjálfbærri þróun, þ.e. að ákveðið jafnræði ríki innan kynslóðar. Með gjaldtöku er m.a. átt við auðlindagjald (skatta eftir atvikum) og eftir atvikum tekjur sem renna til ríkissjóðs vegna uppboða á tilteknum nýtingarheimildum, svo og hefðbundið leigugjald, sem tekur mið af eðli viðkomandi auðlindar eða annarra takmarkaðra almannagæða (þ.m.t. innflutningskvóta, losunarkvóta og útvarpsrása). Á þennan hátt skapast forsendur til þess að fleiri fái notið eðlilegrar hlutdeildar í hagnaði sem verður af nýtingu viðkomandi auðlindar eða takmarkaðra almannagæða. Í hagfræðilegu samhengi er ákveðið samspil á milli gjaldtöku og nýtingartíma auðlindar, t.d. eru sumar auðlindir örugglega endurnýjanlegar en aðrar ekki og útfærslur þessara þátta í almennri löggjöf þurfa að taka mið af því svo tryggt sé að þjóðin sem slík fái eðlilega hlutdeild í hagnaði af nýtingu viðkomandi auðlindar hverju nafni sem hún nefnist.

Í upphafi 3. másl. 4. mgr. er vísað til þess að afnota- eða hagnýtingarleyfi skuli veita á jafnræðisgrundvelli. Samkvæmt fyrrgreindu ber að tryggja að veiting afnota- eða hagnýtingarleyfa standist jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar, þannig að allir þegnar landsins fái notið jafnræðis við úthlutun þeirra sameiginlegu gæða sem Ísland hefur yfir að ráða. Þetta er m.a. í samræmi við dóm Hæstaréttar í máli Valdimars Jóhannessonar gegn íslenska ríkinu, *mál nr. 145/1998*, 3. desember 1998, og sjónarmið sem koma fram í álit mannréttindanefndar Sameinuðu þjóðanna frá 24. október 2007. Loks, einnig í 3. másl. 4. mgr., er settur ákveðinn fyrirvari og segir þar að leyfi til afnota eða hagnýtingar auðlinda eða annarra takmarkaðra almannagæða leiði aldrei til eignarréttar eða óafturkallanlegs forræðis yfir auðlindunum. Hlutverk fyrirvarans er m.a. að tryggja að löggjafinn geti ekki með almennum lögum farið á svig við meginregluna sem felst í 1.

mgr. og að tryggja ákveðna stöðu auðlinda í þjóðareign til framtíðar. Sambærilegir fyrirvarar þekkjast í íslenskri löggjöf, sjá nánar 3. málsl. 1. gr. laga nr. 116/2006 um stjórn fiskveiða þar sem segir að úthlutun veiðiheimilda samkvæmt lögnum myndi ekki eignarrétt eða óafturkallanlegt forræði einstakra aðila yfir þeim, og einnig samhljóða fyrirvara í 2. gr. laga nr. 151/1996 um fiskveiðar utan lögsögu Íslands. Þótt íslenskir fræðimenn séu ekki að öllu leyti sammála um hvort tilvitnaður fyrirvari laga hafi komið í veg fyrir að aflaheimildir sem hefur verið úthlutað teljist til beinna eignarréttinda í hefðbundinni merkingu þess hugtaks og njóti þar með stjórnarskrárverndar virðast þó flestir þeirra vera þeirrar skoðunar. Hins vegar eru flestir fræðimenn sammála um að úthlutun aflaheimilda tengist beint tilteknum atvinnuréttindum og að þau njóti á þeim grundvelli stjórnarskrárverndar sem ein tegund eignarréttinda.

### Texti samkvæmt tillögu Stjórnlagaráðs með innfeldum breytingum:

Um 34. gr.

[Nýr texti: Ákvæði 34. gr. sem er nýmæli í stjórnarskrá á sér langan aðdraganda og ákveðna forsögu.]

[Nýr texti sem byggir á sömu gögnum og textinn sem er yfirstrikaður en er nákvæmari: Fjórum sinnum hafa verið lögð fram frumvörp á Alþingi þar sem lagt hefur verið til að ákveðnar auðlindir og réttindi tengd þeim verði lýstar þjóðareign eða sameign þjóðarinnar en ekkert þeirra hefur hlotið brautargengi. Þótt efnislegt inntak ákvæðanna sé ekki að öllu leyti sambærileg er grunnhugsunin í þeim svipuð og einnig forsendurnar að baki henni. Sjá nánar 79. gr. frumvarps til stjórnarskipunarlaganna um stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, lagt fram á 105. löggjafarþingi 1983, þskj. 537 – 243. mál, þar sem segir að náttúruauðlindir landsins skuli vera ævarandi eign Íslendinga, að auðlindir hafs og hafsbotns innan íslenskrar lögsögu séu þjóðareign og að eignarrétti að öðrum náttúruauðæfum skuli skipað með lögum; 1. gr. frumvarps til stjórnarskipunarlaganna um breytingu á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33 17. júní 1944, lagt fram á 118. löggjafarþingi 1994-5, þskj. 865 – 457 mál, þar sem vísað er til þess að nytjastofnar á hafsvæði því sem fullveldisréttur Íslands nái til séu sameign íslensku þjóðarinnar og að kveða skuli á um hagnýtingu og verndun þessara auðlinda í lögum og stjórnvaldsfyrirmælum; 1. gr. frumvarps til stjórnarskipunarlaganna um breytingu á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944, með síðari breytingum, lagt fram á 133. löggjafarþingi 2006-2007, þskj. 1064 – 683. mál, þar sem segir að náttúruauðlindir Íslands skuli vera þjóðareign þó þannig að gætt sé réttinda einstaklinga og lögaðila og að það beri að nýta þær til hagsbóta þjóðinni eftir því sem nánar er ákveðið í lögum en þetta skuli ekki vera því til fyrirstöðu að einkaaðilum séu veittar heimildir til afnota eða hagnýtingar á auðlindunum samkvæmt lögum, og 1. gr. frumvarps til stjórnarskipunarlaganna um breytingu á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944, með síðari breytingum, lagt fram á 136. löggjafarþingi 2008-2009, þskj. 648 – 385. mál, í 1. og 2. mgr. 1. gr. þess frumvarps er því lýst yfir að náttúruauðlindir sem ekki séu háðar einkaeignarrétti séu þjóðareign, ríkið fari með forsjá þeirra, vörslu og ráðstöfunarrétt og



hafi eftirlit með nýtingu þeirra í umboði þjóðarinnar eftir því sem nánar sé ákveðið í lögum, að allar náttúruauðlindir beri að nýta á sem hagkvæmastan hátt á grundvelli sjálfbærrar þróunar til hagsældar fyrir þjóðina og komandi kynslóðir og loks, að náttúruauðlindir í þjóðareign megi ekki selja eða láta varanlega af hendi. Þar að auki er að finna tillögu að stjórnarskrárákvæði um náttúruauðlindir í álitssgerð auðlindanefndar frá 2000, bls. 27-32 (<http://www.forsaetisraduneyti.is/utgefid-efni/Audlindakyrsla/nr/27>). Tillagan í álitssgerðinni er svohljóðandi:

Náttúruauðlindir og landsréttindi sem ekki eru háð einkaeignarrétti eru þjóðareign eftir því sem nánar er ákveðið í lögum. Handhafar löggjafar- og framkvæmdarvalds fara með forsjá, vörslu og ráðstöfunarrétt þessara auðlinda og réttinda í umboði þjóðarinnar.

Náttúruauðlindir og landsréttindi í þjóðareign má ekki selja eða láta varanlega af hendi til einstaklinga eða lögaðila. Þó má veita þeim heimild til afnota eða hagnýtingar á þessum auðlindum og réttindum gegn gjaldi, að því tilskildu að hún sé tímabundin eða henni megi breyta með hæfilegum fyrirvara eftir því sem nánar er ákveðið í lögum. Slík heimild nýtur verndar sem óbein eignarréttindi.

Náttúruauðlindir og landsréttindi í þjóðareign ber að nýta á sem hagkvæmastan hátt og á grundvelli sjálfbærrar þróunar og skal arði af þeim varið til þess að vernda auðlindirnar, rannsaka þær og viðhalda þeim, svo og til hagsældar fyrir þjóðina að öðru leyti.]

[Nýr texti var aftar og uppsetningin var önnur:

Í athugasemdunum sem fylgdu ákvæðinu í álitssgerð auðlindanefndar sagði m.a.:

Í 1. mgr. er því lýst yfir að þær náttúruauðlindir og réttindi sem ekki eru háð einkaeignarrétti séu þjóðareign sem handhafar löggjafar og framkvæmdarvalds, þ.e. Alþingi og stjórnvöld, fari með forsjá fyrir, varðveiti og geti jafnframt ráðstafað í umboði þjóðarinnar skv. 2. mgr. Vegna þess m.a. að aðstæður og viðhorf geta breyst í tímans rás er ekki gert ráð fyrir að náttúruauðlindir og landsréttindi í þjóðareign verði skilgreind í sjálfri stjórnarskránni heldur verði það gert í almennum lögum. Þó er gengið út frá því að land, landsréttindi, auðlindir og hlunnindi í þjóðlendum, sem ekki hafa verið háð einkaeignarrétti, verði þjóðareignir, sbr. lög nr. 58/1998 um þjóðlendur og lög nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu. Sömu leiðis nytjastofnar á Íslandsmiðum, sbr. lög nr. 38/1990 um stjórn fiskveiða, og auðlindir sem eru á, í eða undir hafsbóttninum, utan netlaga og svo langt til hafs sem fullveldisréttur Íslands nær, sbr. lög nr. 73/1990 um eignarrétt Íslenska ríkisins að auðlindum hafsbotsins.

Í 2. mgr. er því lýst yfir að náttúruauðlindir og landsréttindi í þjóðareign megi ekki selja eða láta varanlega af hendi til annarra aðila. Þó er gert ráð fyrir að stjórnvöld geti veitt öðrum aðilum heimild til afnota eða hagnýtingar á slíkum eigum með tilteknum skilyrðum og að teknu tilliti til þeirra markmiða sem frá greinir í 3. mgr. Með heimild til afnota eða hagnýtingar í 2. mgr. er átt við heimild til afnota eða hagnýtingar sem sérstakt leyfi þarf til þannig að aðrir en leyfishafar geti ekki haft þau sömu not. Þar með fellur almennaréttur, svo sem réttur til umferðar um land, ekki undir þetta hugtak. Kveðið er á um það í niðurlagi 2. mgr., til þess að taka af allan vafa, að heimild til afnota eða hagnýtingar njóti verndar 72. gr. stjórnarskrárinna sem óbein eignarréttindi á borð við hefðbundin leigu, afnota og ítaksréttindi.]

[Nýr texti: Í samræmi við fyrrgreint er megininntak þeirra tillagna sem lagðar hafa verið til um nýtt stjórnarskrárákvæði í grundvallaratriðum það að náttúruauðlindir Íslands, sem ekki eru í einkaeigu, eru lýstar þjóðareign, fara skal með þær á ákveðinn hátt í þágu íslensku þjóðarinnar og komandi kynslóða og almenna löggjafanum er ætlað það hlutverk að kveða nánar á um inntak auðlindahugtaksins og um meðferð náttúruauðlinda.

Af eldri frumvörpum er einnig ljóst að tilvísanir til auðlinda hafsins og nytjastofna sem sameignar þjóðarinnar eða þjóðareignar er m.a. ætlað að undirstrika sérstakt mikilvægi þeirra auðlindar fyrir þjóðarheildina og nauðsyn þess að varðveita fullt forræði Íslendinga yfir henni.]

[Nýr texti: Í samræmi við framangreint felast í 1. másl. 1. mgr. 34. gr. nokkur meginatriði. Því er lýst yfir að auðlindir Íslands, sem ekki eru í einkaeigu, séu sameiginleg og ævarandi eign þjóðarinnar, þ.e.a.s. þjóðareign. Eðlilegast er að nálgast þjóðareignarhugtakið sem sérstaka tegund eignarhalds og ábyrgðar og er kjarni þess sá að í skjóli fullveldisréttar fari handhafar löggjafarvalds og framkvæmdarvalds með forsjá, vörslu og ráðstöfunarrétt á viðkomandi auðlindum á hverjum tíma í samræmi við ákvæði almennra laga þar að lútandi. Ákvæði 4. gr. eldri laga nr. 59/1928 um friðun Þingvalla veitir einnig ákveðna leiðbeiningu um þjóðareignarhugtakið, þar sem segir að hið friðlýsta land, þ.e. Þingvallabjörgarður, skuli vera undir vernd Alþingis, ævinlega eign íslensku þjóðarinnar og að aldrei megi selja það eða veðsetja, og sambærilegt ákvæði í gildandi lögum um björgarðinn, sbr. 1. mgr. 1. gr. laga nr. 47/2004 um björgarðinn á Þingvöllum, þar sem segir að Þingvellir við Öxará og grenndin þar skuli vera friðlýstur helgistaður allra Íslendinga sem björgarður. Sjá einnig athugasemdir við 32. gr. frumvarpsins þar sem fjallað er um vernd menningararfsins og dýrmætar þjóðareignir. Í ákveðnum tilvikum kunna einstakar náttúruauðlindir, sem falla undir þjóðareignarhugtakið, þó að vera eign ríkisins, t.d. samkvæmt lagaákvæði, sjá í þessu sambandi 3. gr. laga nr. 13/2001 um leit, rannsóknir og vinnslu kolvetnis og einnig 2. gr. laga nr. 58/1998 um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta, sbr. 3. gr. laga nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu, eða sameign íslensku þjóðarinnar í samræmi við 1. másl. 1. gr. laga nr. 116/2006 um stjórn fiskveiða. Hvað varðar tilvísunina til auðlinda í náttúru Íslands verður m.a. að líta til 1. másl. 2. mgr. um skýringu en ekki er um tæmandi talningu auðlinda að ræða og nánara inntak auðlindahugtaksins ræðst fyrst og fremst af efni almennra laga og eðli máls. Þjóðareignarhugtakið samkvæmt 1. másl. 1. mgr. takmarkað við auðlindir sem ekki eru í einkaeigu. Samkvæmt íslenskum rétti ræðst eignarhald auðlinda af staðsetningu þeirra frekar en tegund. Sjá nánar í þessu sambandi skilgreiningar 1. gr. laga nr. 58/1998 um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta, sbr. einnig 2. gr. sömu laga þar sem segir að íslenska ríkið sé eigandi lands og hvers konar landsréttinda og hlunninda í þjóðlendum sem ekki eru háð einkaeignarrétti; ákvæði 3. gr. laga nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu en þar er kveðið á um að eignarlandi fylgir eignarréttur að auðlindum í jörðu en í þjóðlendum eru þær eign íslenska ríkisins; ákvæði 1. mgr. 2. gr. vatnalaga nr. 15/1923 þar sem segir að landareign hverri, þ.m.t. þjóðlendu, fylgi réttur til umráða og hagnýtingar á því vatni, straumvatni eða stöðuvatni, sem á henni er á þann hátt sem lögin heimila; upphaf 3. gr. laga nr. 13/2001 um leit, rannsóknir og vinnslu kolvetnis, sbr. 1. másl. 1. gr. laganna, þar sem segir að íslenska ríkið sé eigandi kolvetnis utan netlaga í landhelgi, efnahagslögsögu og landgrunni Íslands, og loks 1. másl. 1. gr. laga nr. 116/2006 um stjórn fiskveiða þar sem segir að nytjastofnar á Íslandsmiðum séu sameign íslensku þjóðarinnar. Samkvæmt framansögðu er ljóst að eignarrétti á landi fylgir eignarréttur á náttúruauðlindum, og eftir atvikum einkaréttur til þess að nýta ákveðnar auðlindir. Ákvæði laga kunna þó að standa til annars, sjá t.d. ákvæði 2. mgr. 8. gr. laga nr. 64/1994 um vernd, friðun og veiðar á villtum fuglum og villtum spendýrum og til

samanburðar 2. máls. 2. mgr. 14. gr. sömu laga þar sem segir að eignarréttur á landi veiti ekki rétt til veiða á hreindýrum.]

[Gerð er grein fyrir aðalatriðunum í þessum frumvörpum í upphafi athugasemdanna.] Þessi grein um náttúruauðlindir er nýmæli, en hún á sér langa forsögu svo sem ráða má af ítrekuðum en þó árangurslausum tilraunum stjórnvalda til að koma inn í stjórnarskrána nýju ákvæði um auðlindir í þjóðareign. Fimm dæmi um slíkar tilraunir eru rakin hér á eftir til að halda forsögunni til haga. Dæmin sýna að þjóðareignarhugtakið á sér langa og virðulega sögu í rökraðum um náttúruauðlindir og ljóst að auðlindaákvæðið í stjórnarskrárfrumvarpi Stjórnlagaráðs er sprottið af og nátengt fyrri frumvörpum um málið.

Dr. Gunnar Thoroddsen, forsætisráðherra og formaður stjórnarskrárnefndar 1978–1983, lagði fram á Alþingi frumvarp 1983 þar sem gert var ráð fyrir nýrri grein um náttúruauðlindir í stjórnarskrá. Greinin hljóðaði svo: „Náttúruauðlindir landsins skulu vera ævarandi eign Íslendinga. Auðlindir hafs og hafsbotns innan íslenskrar lögsögu eru þjóðareign. Eignarrétti að öðrum náttúruauðæfum skal skipað með lögum.“ Orðalagið „ævarandi eign Íslendinga“ var í grundvallaratriðum sótt í lögin um þjóðgarðinn á Þingvöllum frá 1928, en þar segir:

— *Hið friðlýsta land skal vera undir vernd Alþingis og ævinleg eign íslensku þjóðarinnar. Það má aldrei selja eða veðsetja.*

— Í athugasemdum við frumvarpið sagði m.a.:

— *Lýst er yfir þjóðareign að auðlindum hafs og hafsbotns við Ísland. Jafnframt að náttúruauðlindir landsins skuli vera ævarandi eign Íslendinga. Afsal þeirra til útlendinga er því lýst óheimilt. Að því er einstakar auðlindir snertir, svo sem vatns og virkjunarrétt, jarðhita og námuréttindi, er gert ráð fyrir því, að um yfirráðarétt þeirra verði fjallað í lögum. Er í greininni ekki tekin afstaða til þess, hvort eða að hve miklu leyti slík náttúruauðæfi skuli vera ríkiseign. Er það undir ákvörðun Alþingis komið.*

[Textinn hefur verið færður til.] Þingvallalögin frá 1928 lýsa inntaki þjóðareignarhugtaksins: Þjóðareign er eign, sem „má aldrei selja eða veðsetja“. Sá skilningur er lagður í hugtakið þjóðareign í frumvarpi Stjórnlagaráðs til nýrrar stjórnarskrár.

[Gerð er grein fyrir aðalatriðunum í þessum frumvörpum í upphafi athugasemdanna.] Davíð Oddsson forsætisráðherra lagði fram á Alþingi

stjórnarfrumvarp 1995 þar sem gert var ráð fyrir nýrri grein um náttúruauðlindir í stjórnarskrá, svohljóðandi:

— *Nytjastofnar á hafsvæði því sem fullveldisréttur Íslands nær til eru sameign íslensku þjóðarinnar. Kvæðið skal á um hagnýtingu og verndun þessara auðlinda í lögum og stjórnvaldsfyrirmælum.*

Hér er notað orðalagið „sameign íslensku þjóðarinnar“ um þá þjóðareignarhugsun sem lýst var í frumvarpi dr. Gunnars Thoroddsen tólf árum áður. Í athugasemdum við frumvarpið sagði m.a.:

— *Með 1. mgr. er minnst á mikilvægi þess að varðveita fullt forræði Íslendinga yfir henni, jafnframt því sem í málgreininni felst að þessi auðlind skuli nýtt til hagsbóta fyrir þjóðarheildina. [...] Í lögum um stjórn fiskveiða hefur frá 1988 verið ákvæði um að nytjastofnar á Íslandsmiðum séu sameign íslensku þjóðarinnar. Í stefnu og starfsáætlun ríkisstjórnarinnar er því lýst yfir að stjórnskipuleg staða þess ákvæðis skuli tryggð.*

Í þessum orðum felst að ætlunin með frumvarpinu var að girða fyrir hættuna á að sameignarákvæði laganna um stjórn fiskveiða frá 1988 yrði numið brott úr lögum.

[Gerð er grein fyrir aðalatriðunum í tillögu auðlindanefndar á öðrum stað í athugasemdunum.] Í skýrslu auðlindanefndar árið 2000 undir forustu dr. Jóhannesar Nordal, fyrrum seðlabankastjóra, var gerð svofelld tillaga um nýtt stjórnarskrárákvæði um náttúruauðlindir:

— *Náttúruauðlindir og landsréttindi sem ekki eru háð einkaeignarrétti eru þjóðareign eftir því sem nánar er ákvæðið í lögum. Handhafar löggjafar og framkvæmdarvalds fara með forsjá, vörslu og ráðstöfunarrétt þessara auðlinda og réttinda í umboði þjóðarinnar. Náttúruauðlindir og landsréttindi í þjóðareign má ekki selja eða láta varanlega af hendi til einstaklinga eða lögaðila. Þó má veita þeim heimild til afnota eða hagnýtingar á þessum auðlindum og réttindum gegn gjaldi, að því tilskildu að hún sé tímabundin eða henni megi breyta með hæfilegum fyrirvara eftir því sem nánar er ákvæðið í lögum. Slík heimild nýtur verndar sem óbein eignarréttindi. Náttúruauðlindir og landsréttindi í þjóðareign ber að nýta á sem hagkvæmastan hátt og á grundvelli sjálfbærrar þróunar og skal arði af þeim varið til þess að vernda auðlindirnar, rannsaka þær og viðhalda þeim, svo og til hagsældar fyrir þjóðina að öðru leyti.*

[Þessi texti er óbreyttur en var færður til: Í skýringum við ákvæðið sagði m.a.:

Í 1. mgr. er því lýst yfir að þær náttúruauðlindir og réttindi sem ekki eru háð einkaeignarrétti séu þjóðareign sem handhafar löggjafar og framkvæmdarvalds, þ.e. Alþingi og stjórnvöld, fari með forsjá fyrir, varðveiti og geti jafnframt ráðstafað í umboði þjóðarinnar skv. 2. mgr. Vegna þess m.a. að aðstæður og viðhorf geta breyst í tímans rás er ekki gert ráð fyrir að náttúruauðlindir og landsréttindi í þjóðareign verði skilgreind í sjálfri stjórnarskránni heldur verði það gert í almennum lögum. Þó er gengið út frá því að land, landsréttindi, auðlindir og hlunnindi í þjóðlendum, sem ekki hafa verið háð einkaeignarrétti, verði þjóðareignir, sbr. lög nr. 58/1998 um þjóðlendur og lög nr. 57/1998 um rannsóknir á nýtingu á auðlindum í jörðu. Sömu leiðis nytjastofnar á Íslandsmiðum, sbr. lög nr. 38/1990 um stjórn fiskveiða, og auðlindir sem eru á, í eða undir hafsbotninum, utan netlaga og svo langt til hafs sem fullveldisréttur Íslands nær, sbr. lög nr. 73/1990 um eignarrétt íslenska ríkisins að auðlindum hafsbotnsins.

— Í 2. mgr. er því lýst yfir að náttúruauðlindir og landsréttindi í þjóðareign megi ekki selja eða láta varanlega af hendi til annarra aðila. Þó er gert ráð fyrir að stjórnvöld geti veitt öðrum aðilum heimild til afnota eða hagnýtingar á slíkum eignum með tilteknum skilyrðum og að teknu tilliti til þeirra markmiða sem frá greinir í 3. mgr. Með heimild til afnota eða hagnýtingar í 2. mgr. er átt við heimild til afnota eða hagnýtingar sem sérstakt leyfi þarf til þannig að aðrir en leyfishafar geti ekki haft þau sömu not. Þar með fellur almannaréttur, svo sem réttur til umferðar um land, ekki undir þetta hugtak. Kveðið er á um það í niðurlagi 2. mgr., til þess að taka af allan vafa, að heimild til afnota eða hagnýtingar njóti verndar 72. gr. stjórnarskrárinnar sem óbein eignarréttindi á borð við hefðbundin leigu, afnota og ítaksréttindi.]

[Gerð er grein fyrir aðalatriðunum í þessum frumvörpum í upphafi athugasemdana.] Loks er rétt að geta um tvö nýleg frumvörp, annars vegar frumvarp oddvita ríkisstjórnar Framsóknarflokks og Sjálfstæðisflokks, Jóns Sigurðssonar, iðnaðar- og viðskiptaráðherra, og Geirs H. Haarde forsætisráðherra á Alþingi 2007, og hins vegar frumvarp oddvita ríkisstjórnar Samfylkingarinnar og Vinstri hreyfingarinnar — græns framboðs á Alþingi 2009, Jóhönnu Sigurðardóttur forsætisráðherra, Steingríms J. Sigfússonar fjármálaráðherra og fleiri flutningsmanna. Í báðum frumvörpum var lögð til í stjórnarskrá ný grein, sem hófst í fyrra frumvarpinu á þessum orðum:

„Náttúruauðlindir Íslands skulu vera þjóðareign ...“ og í hinu síðara á orðunum:

„Náttúruauðlindir sem ekki eru háðar einkaeignarrétti eru þjóðareign.“

Í ljósi þessarar forsögu ber að skoða og skilja 1 mgr. ákvæðisins:

— Auðlindir í náttúru Íslands, sem ekki eru í einkaeigu, eru sameiginleg og ævarandi eign þjóðarinnar. Enginn getur fengið þær, eða réttindi tengd þeim, til eignar eða varanlegra afnota og því má aldrei selja þær eða veðsetja.

— Hér er fylgt langri hefð á bak við notkun hugtaksins þjóðareign og orðalag Þingvallalaganna frá 1928 er notað í anda dr. Gunnars Thoroddsen til að skýra að þjóðareign er eign sem má aldrei afhenda til eignar eða varanlegra afnota og má því aldrei selja eða veðsetja. Þessari hugsun er einnig lýst í greinargerð með ákvæðinu um menningarverðmæti, sem er 29. gr. þessa frumvarps.

[Nýr texti: Í 2. málsl. 1. mgr. er kveðið á um ákveðna meðferð auðlinda í þjóðareign og réttinda sem tengjast þeim. Þar segir að enginn geti fengið auðlindirnar, eða réttindi tengd þeim, til eignar eða varanlegra afnota og að aldrei megi selja þær eða veðsetja. Af þessu leiðir að almenna löggjafanum og handhöfum framkvæmdarvalds sem fara með forsjá, vörslu og ráðstöfunarrétt auðlinda í þjóðareign og réttinda sem tengjast þeim eru settar ákveðnar hömlur. Samkvæmt þessu færi varanlegt afsal auðlinda í þjóðareign og veiting ótímabundinna afnotaréttinda sem tengjast þeim gegn ákvæði 2. málsl. 1. mgr. og að auki veðsetning auðlindanna. Það er almenna löggjafans að túlka nánar ákvæðið og tryggja að efni almennra laga fari ekki í bága við fyrrgreinda meginreglu ákvæðisins.]

[Athugasemd. Miðað við upplýsingarnar sem eru um málsmeðferðina á orðunum „beint eða óbeint“ er niðurstaðan sem endurspeglast í setningunni: „Í þessu felst, að texti ákvæðisins mælir efnislega fyrir um að enginn getur „fengið auðlindirnar, eða réttindi tengd þeim, til eignar eða varanlegra afnota og aldrei má selja þær eða veðsetja“, beint eða óbeint“ óljós. Hvort óbein veðsetning náttúruauðlinda er heimil eða ekki er hins vegar mikilvægt atriði, sjá nánar 4. mgr. 3. gr. laga nr. 75/1997 um samningsveð. Þar segir að eigi sé heimilt að veðsetja réttindi til nýtingar í atvinnurekstri, sem skráð eru opinberri skráningu á tiltekið fjárverðmæti og stjórnvöld úthluti lögum samkvæmt, t.d. aflahlutdeild fiskiskips og greiðslumark bújarðar. Hafi fjárverðmæti það, sem réttindin eru skráð á, verið veðsett er eiganda þess óheimilt að skilja réttindin frá fjárverðmætinu nema með þinglýstu samþykki þeirra sem veðréttindi eiga í viðkomandi fjárverðmæti. Í athugasemdum sem fylgdu 3. gr. frumvarps til laga um samningsveð, lagt fram á 121. löggjafarþingi 1996, þskj. 350 – 234. mál, kemur fram að í ákvæðinu sé skírskotað til réttinda sem nýtt eru í atvinnurekstri sem stjórnvöld úthluta lögum samkvæmt. Jafnframt segir hvað aflahlutdeild fiskiskipa varði sé með ákvæðinu sérstaklega verið að undirstrika og leggja áherslu á það viðhorf löggjafans, sem fram komi í 1. gr. laga nr. 38/1990 um stjórn fiskveiða (nú 1. gr. laga nr. 116/2006) að nytjastofnar á Íslandsmiðum séu sameign íslensku þjóðarinnar og að úthlutun veiðiheimilda myndi ekki eignarrétt eða óafturkallanlegt forræði einstakra aðila yfir veiðiheimildum, þar sem fyrst og fremst sé um takmarkaðan og tímabundinn nýtingarrétt að ræða. Ákvæði 4. mgr. 3. gr. sé ekki ætlað að hefja svigrúm löggjafans til slíkra almennra ráðstafana þannig að leitt geti af sér bótaskyldu ríkissjóðs, hvorki gagnvart eigendum veiðiskipa og bújarða né heldur þeim sem öðlast hafa takmörkuð réttindi yfir slíkum verðmætum.] Á 17. ráðsfundi var samþykkt með 18 atkvæðum gegn fjórum breytingartillaga þess efnis að orðunum „beint eða óbeint“ skyldi bætt aftan við fyrstu efnisgrein ákvæðisins, þannig að önnur málsgreinin hljóðaði svo: „Enginn getur fengið auðlindirnar, eða réttindi tengd þeim, til eignar eða varanlegra afnota og aldrei má selja þær eða veðsetja, beint eða óbeint.“ Fyrir flutningsmönnum vakti, að með slíkri áréttingu yrði ljósara, að óbein veðsetning þjóðareignarinnar væri óheimil og einstökum mönnum því óheimilt að taka út fyrir

fram arðinn af nýtingu auðlindanna og veðsetja nýtinguna og þar með auðlindina. Mætti taka arð fyrir fram af auðlindinni, ætti aðeins eigandinn, þjóðin, að geta gert slíkt. Aðrir töldu orðin „beint eða óbeint“ engu bæta við ákvæðið efnislega, því að allt er annaðhvort beint eða óbeint svo sem segja má að liggi í eðli máls. Í ljósi rökræðna um málið flutti A-nefnd í því ljósi nýja breytingartillögu um að taka orðin „beint eða óbeint“ aftur út úr ákvæðinu og varð það niðurstaðan á 18. ráðsfundi. Í þessu felst, að texti ákvæðisins mælir efnislega fyrir um að enginn getur „fengið auðlindirnar, eða réttindi tengd þeim, til eignar eða varanlegra afnota og aldrei má selja þær eða veðsetja“, beint eða óbeint.

[Hluti af þessum texta var framur: Eftir þessum skilningi deilir núlifandi kynslóð náttúruauðlindum í þjóðareign með óbornum kynslóðum og hefur því ekki rétt til að ráðstafa auðlindunum [þeim einvörðungu] í eigin þágu. Skorðurnar, sem 1. mgr. er ætlað að reisa við ráðstöfun auðlinda í þjóðareign, eiga einnig við um réttindi tengd auðlindunum og ekki aðeins við auðlindirnar sjálfar.

[Nýr texti: Samkvæmt 1. másl. 2. mgr. teljast til auðlinda í þjóðareigin náttúrugæði, svo sem nytjastofnar, aðrar auðlindir hafs og hafsbotns innan íslenskrar lögsögu og uppsprettur vatns- og virkjunarréttinda, jarðhita- og námaréttinda. Eins og orðalag 1. másl. 2. mgr. ber með sér er ekki um tæmandi talningu auðlinda að ræða og ræðst inntak auðlindahugtaksins fyrst og fremst af efni almennra laga og eðli máls. Meðal annars segir í 1. mgr. 1. gr. laga nr. 73/1990 um eignarrétt íslenska ríkisins að auðlindum hafsbotnsins að íslenska ríkið sé eigandi allra auðlinda á, í eða undir hafsbotninum utan netlaga og svo langt til hafs sem fullveldisréttur Íslands nær samkvæmt lögum, alþjóðasamningum eða samningum við einstök ríki og samkvæmt 2. mgr. 1. gr. nær hugtakið auðlind samkvæmt lögum til allra ólífrænna og lífrænna auðlinda hafsbotnsins annarra en lifandi vera; í 3. gr. laga nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu er áréttað að í þjóðlendum séu auðlindir í jörðu eign íslenska ríkisins nema aðrir geti sannað eignarrétt sinn til þeirra; í 2. gr. laga nr. 58/1998 um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta segir að íslenska ríkið sé eigandi lands og hvers konar landsréttinda og hlunninda í þjóðlendum sem ekki eru háð einkaeignarrétti; samkvæmt 1. másl. 1. gr. laga nr. 116/2006 um stjórn fiskveiða eru nytjastofnar á Íslandsmiðum sameign íslensku þjóðarinnar, og samkvæmt 3. gr., sbr. 1. gr. laga nr. 13/2001 um leit, rannsóknir og vinnslu kolvetnis, er íslenska ríkið eigandi kolvetnis (jarðolía, jarðgas og annað kolvetni í jarðlögum undir hafsbotni) utan netlaga.] Í 2. mgr. eru talin upp dæmi um helstu tegundir auðlinda í þjóðareign, svo sem nytjastofna í hafinu, aðrar auðlindir hafs og hafsbotns innan íslenskrar lögsögu, vatns- og virkjunarréttindi og jarðhita- og námaréttindi. Þessi upptalning er í samræmi við athugasemdir þær sem fylgdu frumvarpi dr. Gunnars Thoroddsen 1983 nema hér er kveðið á um að einnig þessar auðlindir skuli vera í þjóðareign samkvæmt stjórnarskrá frekar en samkvæmt ákvörðun Alþingis. [Fjallað er um 2. másl. 2. mgr. sérstaklega hér á eftir.] Við bætist ákvæði um að með lögum megi kveða á um þjóðareign á auðlindum undir tiltekinni dýpt frá yfirborði jarðar. Hér er t.d. átt við hugsanlega olúfundu eða

málma djúpt undir hvort heldur í almenningum eða einkajörðum. Upptalningunni er ekki ætlað að vera tæmandi. Til dæmis er ekki tekin afstaða til þess hversu fara skuli með villta lax og silungsstofna sem ganga úr sjó í ár á einkajörðum. Í því felst sú afstaða að Alþingi skuli kveða á um þau mál.

[Nýr texti: Í 2. málsl. 2. mgr. er heimildarákvæði þess efnis að með lögum megi kveða á um þjóðareign á auðlindum undir tiltekinni dýpt frá yfirborði jarðar. Samkvæmt þessu getur almenni löggjafinn ákveðið að lýsa auðlindir sem liggja á tilteknu dýpi þjóðareign. Samkvæmt gildandi rétti fylgir eignarlandi eignarréttur að auðlindum í jörðu, en í þjóðlendum eru auðlindir í jörðu eign íslenska ríkisins, sbr. nánar 3. gr. laga nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu. Í samræmi við 2. mgr. 1. gr. tilvitnaðra laga er auðlindahugtakið í lögnum skýrt rúmt og vísar til hvers konar frumefna, efnasamband og orku sem vinna má úr jörðu, hvort heldur í föstu, fljótandi eða loftkenndu formi og án tillits til hitastigs sem þau kunna að finnast við. Almenn er viðurkennt að eignarréttur sé ekki takmarkaður við ákveðna dýpt frá yfirborði jarðar. Samkvæmt fyrrnefndri heimild 2. málsl. 2. mgr. getur almenni löggjafinn ákveðið að breyta þessari réttarstöðu en eðli málsins samkvæmt yrði að undirbúa allar slíkar lagabreytingar vandlega vegna þeirra áhrifa sem þær gætu haft á eignarrétt að auðlindum í jörðu þegar ekki er um þjóðlendur að ræða.]

[Nýr texti: Í 3. mgr. 34. gr. segir að við nýtingu auðlindanna skuli hafa sjálfbæra þróun og almannahag að leiðarljósi. Ákvæði 3. mgr. er stefnumarkandi og á sérstaklega við um auðlindir í þjóðareign en almenna ákvæðið um nýtingu náttúrugæða, þ.m.t. náttúruauðlinda, á sjálfbæran hátt er að finna í 3. mgr. 33. gr. frumvarpsins. Með tilvísuninni til sjálfbærrar þróunar er fyrst og fremst verið að vísa til hugtaksins eins og það er skilgreint í Brundtlandskýrslunni (1987) og meginreglna sjálfbærrar þróunar. Meðal hugtaksskilyrða sjálfbærrar þróunar er að tryggja að jafnræði ríki innan hvernar kynslóðar og milli kynslóða m.t.t. umhverfis og náttúruauðlinda en svo þetta jafnræði verði að veruleika verður að skilgreina og útfæra viðeigandi meginreglu í almennri löggjöf. Að öðru leyti er bent á umfjöllun um sjálfbæra þróun í athugasemdum sem fylgja 3. mgr. 33. gr. frumvarpsins og um helstu meginreglur umhverfisréttar er fjallað í athugasemdum sem fylgja 35. gr. Meginreglurnar sem þar er fjallað um eru meðal þeirra meginreglna sem miða að því að koma sjálfbærri þróun til framkvæmdar. Svo nýting náttúruauðlinda verði raunverulega sjálfbær og í þágu núlifandi og komandi kynslóða er nauðsynlegt að almenni löggjafinn útfæri nánar réttindi og skyldur í almennum lögum í samræmi við þá stefnumörkun sem felst í 3. mgr.] segir að við nýtingu auðlindanna skuli hafa sjálfbæra þróun og almannahag að leiðarljósi. Með sjálfbærri þróun er vísað til viðtekinnar skilgreiningar, sem kennd er við Gro Harlem Brundtland, fyrrum forsætisráðherra Noregs:

— *Sjálfbær þróun er þróun sem fullnægir þörfum samtíðarinnar án þess að skerða möguleika komandi kynslóða til að fullnægja sínum þörfum.*

Hugtakið hverfist um jafnrétti kynslóðanna. Með almannahag er vísað til þess að þjóðin á auðlindirnar og gerir sem eigandi þeirra tilkall til arðsins af þeim í samræmi við 1. gr. alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórn mála- og stjórnmála- og réttindi frá 1966, sem Íslendingar



~~hafa undirritað og fullgilt. Þar segir í 1. gr.:~~

~~—Allar þjóðir mega, í sínu eigin markmiði, ráðstafa óhindrað náttúruauðæfum og auðlindum sínum ...~~ [Nýr texti: Einnig ber að hafa í huga að Ísland er aðili að alþjóðasamningi um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi (1966) (auglýsing nr. 10/1979 í C-deild Stjórnartíðinda) en í 2. mgr. 1. gr. samningsins segir m.a. að allar þjóðir megi, í sínu eigin markmiði, ráðstafa óhindrað náttúruauðæfum og auðlindum sínum. Í þessu felst m.a. viðurkenning á því að í skjóli fullveldisréttar er það á valdi hverrar þjóðar að ákveða forsendur og fyrirkomulag auðlindanýtingar. ]

[Nýr texti: Loks er í 4. mgr. fjallað um ábyrgð á vernd náttúruauðlinda, leyfisveitingar, gjaldtöku og fyrirvara um að nýtingarheimildir geti ekki leitt til eignarréttar eða óafturkallanlegs forræðis á auðlindum í þjóðareign. Eðli málsins samkvæmt eru ákveðin tengsl á milli 3. og 4. mgr. en náttúruauðlindir ber að nýta í samræmi við sjálfbæra þróun, sbr. nánar 3. mgr., en ábyrgðin er stjórnvalda og þeirra sem nýta auðlindirnar.] ~~Krafan um sjálfbæra þróun og virðingu fyrir almannahag samkvæmt 3. mgr. kallar á vernd auðlindanna.~~

[Nýr texti: Í samræmi við fyrrgreint er kveðið á um almenna ábyrgð á vernd náttúruauðlinda í 1. másl. 4. mgr. Hún hvílir ekki einvörðungu á stjórnvöldum þar sem þeir sem nýta auðlindirnar bera einnig ákveðna samfélagslega ábyrgð. Í þessu felst m.a. að viðeigandi stjórnvöldum ber að tryggja að farið sé að ákvæðum almennra laga sem lúta að vernd náttúruauðlinda og hins vegar ber þeim sem nýta þær að sýna ákveðið samfélagslegt frumkvæði við alla auðlindanýtingu í samræmi við sjálfbæra þróun.]

~~Samkvæmt 4. og síðustu mgr. ákvæðisins bera stjórnvöld, ásamt þeim sem nýta auðlindirnar, ábyrgð á vernd þeirra. Síðan segir:~~

[Nýr texti: Í 2. másl. 4. mgr. er heimildarákvæði þess efnis að stjórnvöld geti á grundvelli laga veitt leyfi til afnota eða hagnýtingar auðlinda eða annarra takmarkaðra almannagæða, gegn fullu gjaldi og til tiltekins hóflegs tíma í senn. Samkvæmt þessu ber almenna löggjafanum að skilgreina með lögum hvaða náttúruauðlindir eða takmörkuð almannagæði er heimilt að nýta á grundvelli tiltekinna afnota- eða hagnýtingarleyfa. Þar að auki þarf löggjafinn að tryggja að fyrir hendi sé fullnægjandi lagaumhverfi svo mögulegt sé að taka gjald fyrir afnotin eða hagnýtinguna og að þau verði einvörðungu heimil til tiltekins tíma. Hér er öðrum þæði verið að vísa til nytjagreiðslureglu (á ensku: *users pay principle*), sem er ákveðið afbrigði af greiðslureglu, og einnig þeirrar grunnhugsunar sem felst í sjálfbærri þróun, þ.e. að ákveðið jafnræði ríki innan kynslóðar.

Með gjaldtöku er m.a. átt við auðlindagjald (skatta eftir atvikum) og eftir atvikum tekjur sem renna til ríkissjóðs vegna uppboða á tilteknum nýtingarheimildum, svo og hefðbundið leigugjald, sem tekur mið af eðli viðkomandi auðlindar eða annarra takmarkaðra almannagæða (þ.m.t. innflutningskvóta, losunarkvóta og útvarpsrása). Á þennan hátt skapast forsendur til þess að fleiri fái notið eðlilegrar hlutdeildar í hagnaði sem verður af nýtingu viðkomandi auðlindar eða takmarkaðra almannagæða. Í hagfræðilegu samhengi er ákveðið samspil á milli gjaldtöku og nýtingartíma auðlindar, t.d. eru sumar auðlindir örugglega endurnýjanlegar en aðrar ekki, og útfærslur þessara

þátta í almennri löggjöf þurfa að taka mið af því svo tryggt sé að þjóðin sem slík fái eðlilega hlutdeild í hagnaði af nýtingu viðkomandi auðlindar hverju nafni sem hún nefnist.]

[Texti óþarfur er hér fyrir ofan.] ~~Stjórnvöld geta á grundvelli laga veitt leyfi til afnota eða hagnýtingar þeirra, gegn fullu gjaldi og til tiltekins hóflegs tíma í senn. Slík leyfi leiða aldrei til eignarréttar eða óafturkallanlegs forræðis yfir auðlindunum.~~

[Athugasemd: Hér er einhver misskilningur á ferðinni og skýringin á fullu gjaldi á illa við þar sem ekki er um eignarnám og þar með bætur að ræða og villandi að vísa til þessarar skýringar og tengja athugasemdirnar sem fylgja 4. mgr. 34. gr. við eignarréttarákvæði stjórnarskrárinnar. Slík tenging felur einnig í sér ákveðna mótsögn þar sem við það er miðað að þjóðin eigi auðlindirnar og einvörðungu sé heimilt að veita tímabundin nýtingarleyfi gegn gjaldi. Að auki er hugsunin um að miða við verð á markaði of takmörkuð og lýsir einvörðungu að hluta þeim röksemdum sem að baki gjaldtöku búa en hún getur ekki verið bundin við nýtingarleyfin eða -heimildirnar einvörðungu. Það er augljóst af textanum að skýringarnar eru samdar með fiskveiðiheimildir í huga en m.t.t. gildissviðs ákvæðisins er órökrétt að hafa svo þröngt sjónarhorn þar sem ákvæðið á við fleiri auðlindir en fiskistofna og heimildir til að veiða þá. Tryggja þarf að þjóðin fái einnig sanngjarna hlutdeild í hagnaði þeirra sem nýta auðlindir í þjóðareign en gjaldtaka fyrir nýtingarleyfi ein og sér tryggir það ekki að öllu leyti. Gjaldtöku í hvaða formi sem er verður að aðlaga að eðli hvernar auðlindar og óeðlilegt er að miða við að fullt gjald sé hæsta gjald sem nokkur er fús að greiða á markaði eða uppboði þótt sú aðferð geti átt við um tiltekin nýtingarleyfi. Einnig verður að taka mið af sjónarmiðum sem hafa komið fram í auðlindahagfræði.] ~~Með „fullu“ gjaldi er átt við markaðsverð, þ.e. hæsta gjald sem nokkur er fús að greiða t.d. á markaði eða uppboði eða í samningum við ríkið sem umboðsmann réttis eiganda, þjóðarinnar. Til álita kom að segja heldur „gegn sanngjörnu gjaldi“ en það orðalag þótti ekki eiga við þar eð í því getur þótt felast fyrirheit um frávik eða afslátt frá fullu gjaldi. Með svipuðum rökum var ekki heldur fallist á orðalagið „gegn hóflegu gjaldi“ eða „gegn gjaldi“. Til hliðsjónar var haft orðalag í eignarréttarákvæði stjórnarskrárinnar sem stendur óbreytt í frumvarpi Stjórnlagaráðs:~~

~~— Engan má skylda til að láta af hendi eign sína nema almenningsþörf krefji. Þarf til þess lagafyrirmæli og komi fullt verð fyrir.~~

~~Með fullu verði er samkvæmt skýringum við ákvæðið átt við verðgildi eignarinnar fyrir eigandann, þ.e. markaðsverð hennar, á þeim tíma sem eignarnám fór fram. Með orðunum „til tiltekins hóflegs tíma í senn“ er átt við að leyfi til afnota eða hagnýtingar megi ekki veita til mjög langs tíma í senn. Í þessu felst að Alþingi metur hverju sinni hvað telst vera hóflegur leyfistími.~~

Á 18. ráðsfundi var samþykkt breytingartillaga A nefndar um annan málslíð 4. mgr. ákvæðisins, en það hljóðar svo: „Stjórnvöld geta á grundvelli laga veitt leyfi til afnota eða hagnýtingar auðlinda eða annarra takmarkaðra almannagæða, gegn fullu

gjaldi og til tiltekings hóflegs tíma í senn.“ Samkvæmt breytingartillöggunni var orðunum „hagnýtingar þeirra“ breytt í „hagnýtingar auðlinda eða annarra takmarkaðra almannagæða“ til að breikka skírskotun ákvæðisins, svo að ljóst megi vera, að það tekur einnig til annarra takmarkaðra almannagæða, til dæmis innflutningskvóta, losunarkvóta og útvarpsrása. Með fullu gjaldi er átt við gjald sem endurspeglar markaðsverð nýtingarréttarins.

[Nýr texti: Í upphafi 3. málsli. 4. mgr. er vísað til þess að afnota- eða hagnýtingarleyfi skuli veita á jafnræðisgrundvelli. Á 17. ráðsfundi var samþykkt með 18 atkvæðum gegn þremur breytingartillaga þess efnis, að skýrt skyldi tekið fram, [Nýr texti: Samkvæmt fyrrgreindu ber að tryggja að veiting afnota- eða hagnýtingarleyfa] að leyfi til afnota eða hagnýtingar auðlinda [Nýr texti: og annarra takmarkaðra almannagæða standist] skuli veitt á jafnræðisgrundvelli í samræmi við jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar, þannig að allir þegnar landsins fái notið þess jafnræðis við úthlutun þeirra sameiginlegra gæða sem Ísland hefur yfir að ráða. Þótti því ástæða til að hnykkja á þessu atriði með því að bæta orðunum „skal veita á jafnræðisgrundvelli og þau leiða“ inn í síðustu málsgrein ákvæðisins, og hljóðar hún því svo: „Slík leyfi skal veita á jafnræðisgrundvelli og þau leiða aldrei til eignarréttar eða óafturkallanlegs forræðis yfir auðlindunum.“ Þessi viðbót [Nýr texti: Þetta er m.a.] í samræmi við dóm Hæstaréttar í máli Valdimars Jóhannessonar gegn íslenska ríkinu, [Nýr texti : *mál nr. 145/1998*, 3. desember 1998,] og einnig í samræmi við [Nýr texti: sjónarmið sem koma fram í] álit Mannréttindanefndar Sameinuðu þjóðanna [Nýr texti: frá 24. október 2007.] eins og Magnús Thoroddsen, fyrrum forseti Hæstaréttar, lýsti í grein í Morgunblaðinu 30. janúar 2008, en þar segir meðal annars:

[Þessi texti hefur lítið sjálfstætt gildi þar sem búið er að vísa til álitsins og texta sem varða lög nr. 116/2006.]— *Hinn 24. október 2007 kunnngjörði mannréttindanefnd Sameinuðu þjóðanna álit sitt í kærumáli þeirra sjómanna Erlings Sveins Haraldssonar og Arnars Snævars Sveinssonar gegn íslenska ríkinu þar sem 12 nefndarmanna (af 18) töldu lög in um stjórn fiskveiða brjóta í bága við 26. gr. Alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi um jafnrétti allra manna. Grein þessi er efnislega samhljóða jafnréttisákvæði 65. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33 17. júní 1944, með síðari breytingum.*

— Í hnotskurn er rökstuðningur meirihluta mannréttindanefndarinnar þessi:

— *Nefndin vitnar til 1. greinar laganna um stjórn fiskveiða nr. 38/1990, er segir: „Nytjastofnar á Íslandsmiðum eru sameign íslensku þjóðarinnar.“ Síðan segir meirihlutinn, að sú mismunun, sem gerð hafi verið í upphafi kvótakerfisins við úthlutun veiðiheimilda og byggð*

*var á veiðireynslu tímabilsins 1. nóvember 1980 til 31. október 1983, kunni að hafa verið sanngjörn og málefnaleg sem tímabundin ráðstöfun. En með setningu laganna um fiskveiðistjórnun nr. 38/1990 hafi ráðstöfun þessi ekki aðeins orðið varanleg, heldur breytt hinum upprunalegu réttindum til þess að nýta opinbera eign í nýtingu einstaklingsbundinnar eignar. Þeir sem upphaflega hafi fengið úthlutað veiðiheimildum og nýttu þær eigi, hafi getað selt þær eða leigt á markaðsverði í stað þess að skila þeim aftur til ríkisins til úthlutunar til nýrra veiðiréttarhafa í samræmi við sanngjarna og réttláta mælikvarða. Íslenska ríkið hafi ekki sýnt fram á, að þessi úthlutunarmáti á veiðiréttarheimildum fullnægi þeim kröfum, er gera verði um sanngirni.*

*— Mannréttindanefndin taldi sig ekki þurfa að fjalla um það sérstaklega, hvort úthlutun kvóta á takmörkuðum auðlindum samræmist Sáttmálanum almennu, en í þessu sérstaka kærumáli, þar sem veiðiheimildunum væri úthlutað varanlega til hinna upphaflegu veiðiréttarhafa, andstætt hagsmunum kærendanna, væri ekki unnt að telja, að slíkt kerfi væri byggt á sanngjörnum grundvelli. Af þessum sökum ályktaði meirihluti mannréttindanefndarinnar, að brotið væri gegn jafnréttisákvæði 26. gr. Alþjóðasamningsins um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi.*

Í lögum um stjórn fiskveiða hefur frá 1990 verið svofellt ákvæði:

*— Úthlutun veiðiheimilda samkvæmt lögum þessum myndar ekki eignarrétt eða óafturkallanlegt forræði einstakra aðila yfir veiðiheimildum.*

[Nýr texti: Loks, einnig í 3. másl. 4. mgr., er settur ákveðinn fyrirvari og segir þar að leyfi til afnota eða hagnýtingar auðlinda eða annarra takmarkaðra almannagæða leiði aldrei til eignarréttar eða óafturkallanlegs forræðis yfir auðlindunum. Hlutverk fyrirvarans er m.a. að tryggja að löggjafinn geti ekki með almennum lögum farið á svig við meginregluna sem felst í 1. mgr. og að tryggja ákveðna stöðu auðlinda í þjóðareign til framtíðar.] Lokamálslið 4. mgr. auðlindaákvæðisins („Slík leyfi ... leiða aldrei til eignarréttar eða óafturkallanlegs forræðis yfir auðlindunum.“) er ætlað að tryggja stjórnskipulega stöðu þessarar lagagreinar með því að girða fyrir hættuna á að hún verði numin brott úr lögum. [Nýr texti: Sambærilegir fyrirvarar þekkjast í íslenskri löggjöf, sjá nánar 3. másl. 1. gr. laga nr. 116/2006 um stjórn fiskveiða þar sem segir að úthlutun veiðiheimilda samkvæmt lögum myndi ekki eignarrétt eða óafturkallanlegt forræði einstakra aðila yfir þeim, og einnig samhljóða fyrirvara í 2. gr. laga nr. 151/1996 um fiskveiðar utan lögsögu Íslands. Þótt íslenskir fræðimenn séu ekki að öllu leyti sammála um hvort tilvitnaður fyrirvari laga hafi komið í veg fyrir að aflaheimildir sem hefur verið úthlutað teljist til beinna eignarréttinda í hefðbundinni merkingu þess hugtaks og njóti þar með stjórnarskrárverndar virðast þó flestir þeirra vera þeirrar skoðunar. Hins vegar eru flestir fræðimenn sammála um að úthlutun aflaheimilda tengist beint tilteknum atvinnuréttindum og að þau njóti stjórnarskrárverndar á þeim grundvelli sem ein tegund eignarréttinda.]

[Þessi tilvísun er ónauðsynleg og bætir engu efnislega við það sem fram er komið.] — Umræðan um þjóðareign íslenskra náttúruauðlinda hefur staðið í bráðum hálföld. Fjölmargir þeirra sérfræðinga sem fjallað hafa um málið, lögfræðingar og aðrir, voru hafðir með í ráðum við samningu ákvæðisins sem hér er lagt til. Ákvæðið er í nánú efnislegu samræmi við fyrirbyggjandi drög að nýrri stjórnarskrá Færeyja, en þar segir svo um auðlindir og umhverfi:

*Tilfeingi og umhverfi*

— (1) ~~Myndugleikarnir varða um tilfeingi landsins.~~

— (2) ~~Tá vunnið verður úr landsins tilfeingi, skal landið antin krevja viðurlag ella tryggja öllum vinnurætt.~~

— (3) ~~Margfeldið á landi og á havleiðum landsins, sum privat ekki eiga, er tilfeingi og ogn fólksins.~~

— (4) ~~Landið tryggjar, at bæði almenna og privata tilfeingi landsins verður umsitið á sjáluberandi hátt við umsorgan fyrri umhvervinum.~~

Með öðrum orðum: Þjóðin á auðlindirnar (3. mgr.) og tekur gjald fyrir afnot þeirra eða tryggir öllum jafnan aðgang að þeim (2. mgr.). Umgengni við auðlindir og umhverfi verður að vera sjálfbær (4. mgr.).

# Minnisblað

Til Páls Þórhallssonar.

Frá Aðalheiði Jóhannsdóttur, prófessor

20. september 2012

Vísað er til tölvubréfa yðar, dags. 12. júlí sl., um aðstoð vegna yfirferðar á 32.-36. gr. tillagna Stjórnlagaráðs að frumvarpi til stjórnarskipunarlaga. Meðfylgjandi er minnisblað undirritaðrar þar sem farið er yfir ákvæði 36. gr. í tillögu ráðsins miðað við eftirfarandi forsendur og lagðar til:

1. Nauðsynlegar breytingar á texta tillagna miðað við tiltekin viðmið sem koma fram í bókun stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar Alþingis, þ.a.l. tekur greiningin tillit til:
  - a. mannréttindasáttmála sem íslenska ríkið hefur skuldbundið sig til að fara eftir,
  - b. innra samræmis og mögulegra mótsagna,
  - c. réttarvernd miðað við gildandi stjórnarskrá og greinargerð með tillögum,
  - d. málsóknarmöguleika gegn ríkinu.
2. Nauðsynlegar viðbætur eða lagfæringar á greinargerð Stjórnlagaráðs. Þótt ekki sé beinlínis vísað til viðmiða stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar varðandi þennan þátt hafa sömu viðmið eigi að síður verið lögð til grundvallar.
3. Önnur atriði sem undirrituð bendir sérstaklega á.

Tillögur að breytingum, þ.m.t. niðurfellingu á texta, rökstuðningur og aðrar tilvísanir eru í hornklofum á viðeigandi stöðum í textanum.

## Ákvæði 36. gr.

### Heildarmat á greininni miðað við fyrrgreind viðmið.

Ákvæði 36. gr. tillögunnar er nýmæli en í gildandi stjórnarskrá er ekki að finna sambærilegt ákvæði. Efni þess hefur ekki nein augljós tengsl við mannréttindasáttmála sem Ísland er aðili að og virðist ekki vera í mótsögn við önnur ákvæði tillögunnar. Ólíklegt er að gildistaka 36. gr. ein og sér hefði í för með sér að íslenska ríkinu yrði stefnt, t.d. vegna mögulegra takmarkana á eignarrétti eða athafnafrelsi, þar sem raunverulegt gildissvið og efni þess veltur á útfærslu í almennri löggjöf. Hún myndi væntanlega fela í sér almennar takmarkanir og að auki leggja ákveðnar skyldur á tiltekin stjórnvöld og opinberar stofnanir. Rétt er að benda á að í athugasemdunum sem fylgdu er á því byggt að íslensk stjórnvöld beri að taka þátt í og jafnvel eiga frumkvæði að því að vernda dýrategundir sem eru í útrýmingarhættu að mati alþjóðlegra aðila. Þennan hluta athugasemdana má misskilja þannig að íslensk stjórnvöld séu bundin af mati alþjóðlegra aðila á því hvort dýrategundir séu í útrýmingarhættu. Rétt skýring ákvæðisins leiðir að sjálfsögðu ekki til þeirrar niðurstöðu.

### Texti ákvæðis samkvæmt tillögu Stjórnlagaráðs:

36. gr.

*Dýravernd.*

Með lögum skal kveðið á um vernd dýra gegn illri meðferð og dýrategunda í útrýmingarhættu.

### Athugasemdir við ákvæði 36. gr. með breytingunum.

Ákvæði 36. gr. er nýmæli í stjórnarskrá. Tilgangur þess er að leggja ákveðinn grunn að og vera stefnumarkandi fyrir almenna löggjöf sem varðar dýravernd en að margra mati hefur nokkuð skort á að nauðsynleg rækt væri lögð við almenna dýravernd hér á landi. Þykir því rétt að setja í stjórnarskrá ákvæði til verndunar dýra, þótt stjórnarskráin sé skrifuð fyrir og um menn. Í stjórnarskrá, þar sem kveðið er á um umgengni manna hver við annan og við umhverfi sitt og náttúru er þess vegna eðlilegt að kveða einnig á um umgengni við dýr. Ákvæði um dýravernd er nú þegar að finna í ýmsum stjórnarskrám, til dæmis þeirri þýsku þar sem kveðið er á um að dýravernd skuli skipað með lögum, sbr. nánar 20. tölul. 1. mgr. 74. gr. stjórnarskrárinnar. Umgengni mannsins við dýr tengist siðferði hans sjálfs, sem stjórnarskrá hlýtur að láta sig varða, og ill meðferð á dýrum er í andstöðu við þær meginreglur sem stjórnarskrá Íslands er byggð á. Það má því telja siðferðilega æskilegt að tryggja mönnum rétt til að lifa í samfélagi þar sem hægt er að treysta því að ákvæðum laga sé ætlað að koma í veg fyrir illa meðferð dýra og vernd dýrategunda í útrýmingarhættu.

Í samræmi við orðalag ákvæðisins er því í fyrsta lagi ætlað að gilda um illa meðferð á dýrum, hvort sem þau eru villt eða ekki. Nánara innihald tilvísunar til illrar meðferðar er á herðum almenna löggjafans en tilvísuninni er ætlað að ná yfir hvers konar níðingskap sem nöfnum tjáir að nefna. Ákvæði 36. gr. samrýmist vel, en er þó ekki takmarkað við, alþjóðlegri stefnumörkun á sviði dýraverndar, t.d. yfirlýsingu Menningarmálastofnunar Sameinuðu þjóðanna um réttindi dýra frá 1978 (á ensku: *Universal Declaration of Animal Rights*), áherslum Evrópusambandsins og Evrópuráðsins í málaflokknum, og þeim alþjóðasamningum sem Ísland hefur gerst aðili að og varða dýravernd. Sjá í þessu sambandi m.a. Evrópusamning um vernd dýra í millilandaflutningum (á ensku: *European Convention for the Protection of Animals during International Transport*) frá 1968 (auglýsing nr. 8/1969 og nr. 36/1991 (bókun við samninginn)), og einnig Evrópusamning um vernd dýra í landbúnaði (á ensku: *European Convention for the Protection of Animals Kept for Farming Purposes*) frá 1976 (auglýsing nr. 17/1989 í C-deild Stjórnartíðinda). Einnig ber að nefna að nokkrir alþjóðlegir samningar á sviði umhverfisverndar sem Ísland hefur gerst aðili að fjalla um eða leggja bann við notkun tiltekinna veiðiaðferða og –tækja þegar villt dýr eiga í hlut en að baki búa m.a. rík dýraverndarsjónarmið. Sjá í þessu sambandi m.a. ákvæði samnings um verndun villtra plantna og dýra og lífsvæða Evrópu (á ensku: *Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats*) frá 1979 (auglýsing nr. 17/1993 í C-deild Stjórnartíðinda) og ákvæði Alþjóðasamnings um stjórnun hvalveiða (á ensku: *International Convention for the Regulation of Whaling*) frá 1946 (auglýsing nr. 18/2001 í C-deild Stjórnartíðinda).

Í öðru lagi gildir ákvæðið um vernd dýrategunda í útrýmingarhættu. Við mat á því hvort einstakar dýrategundir eru í útrýmingarhættu ber að byggja á niðurstöðum vísindamanna innlendra jafnt sem erlendra. Samkvæmt þessu ber íslenskum stjórnvöldum að taka þátt í og jafnvel eiga frumkvæði að því að vernda dýrategundir sem eru í útrýmingarhættu m.a. að mati alþjóðlegra aðila. Þetta er í fullu samræmi við ýmsa alþjóðlega samninga sem Ísland er aðili að og sem er ætlað að tryggja vernd dýrategunda í útrýmingarhættu. Í þessu sambandi ber að nefna ákvæði samnings um verndun villtra plantna og dýra og lífsvæða Evrópu frá 1979, sem fyrr var nefndur, og einnig ákvæði samnings um alþjóðaverslun með tegundir villtra dýra og plantna sem eru í útrýmingarhættu frá 1973 með breytingum frá 1979 (á ensku: *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora with amendment thereto of 22 June 1979*) sem Ísland er aðili að (sjá auglýsingu nr. 1/2000 og nr. 5/2003 í C-deild Stjórnartíðinda). Fyrrgreindir tveir alþjóðasamningar hafa báðir að markmiði að vernda dýrategundir í útrýmingarhættu þótt aðgerðirnar sem grípa á til séu að nokkru leyti ólíkar. Loks ber að nefna að það felst í hugtakinu líffræðileg fjölbreytni, sem skilgreint er í samningi um líffræðilega fjölbreytni (á ensku: *Convention on Biological Diversity*) (1992), sem Ísland er aðili að (sjá auglýsingu nr. 11/1995 í C-deild Stjórnartíðinda), að samningsaðilar verða að tryggja viðunandi vernd tegunda í útrýmingarhættu í samræmi



við gildissvið samningsins. Að öðrum kosti er ekki mögulegt að tryggja markmiðið um líffræðilega fjölbreytni.

Um almenna vernd líffræðilegrar fjölbreytni er fjallað í 33. gr.

### Texti greinargerðar við ákvæðið samkvæmt tillögu Stjórnlagaráðs:

Um 36. gr.

~~Greinin~~Ákvæði 36. gr. er nýmæli í stjórnarskrá. Tilgangur ~~hennar~~ þess er að leggja ákveðinn grunn að ~~almennum lögum um dýravernd~~ [Nýr texti: og vera stefnumarkandi fyrir almenna löggjöf sem varðar dýravernd] [Nýr texti sem byggir á texta sem var aftar: en að margra mati hefur nokkuð skort á að nauðsynleg rækt væri lögð við almenna dýravernd hér á landi. Þykir því rétt Rétt þykir að setja í stjórnarskrá ákvæði til verndunar dýra, þótt stjórnarskráin sé skrifuð fyrir og um menn. Í stjórnarskrá, þar sem kveðið er á um umgengni manna hver við annan og við umhverfi sitt og náttúru, þykir er þess vegna Stjórnlagaráði eðlilegt að kveða einnig á um umgengni við dýr. Þá var á það bent í umræðum í ráðinu að í æ tæknivæddari heimi næstu áratuga yrði vernd fjölbreytts lífríkis og þar með dýra æ mikilvægari. Ákvæði um dýravernd er nú þegar að finna í ýmsum stjórnarskrám, til dæmis þeirri þýsku þar sem kveðið er á um að dýravernd skuli skipað með lögum, sbr. nánar 20. tölul. 1. mgr. 74. gr. stjórnarskrárinnar. (74. gr., 20. mgr.). Vaxandi þrýstingur er á að slíkt ákvæði verði sett inn í stjórnarskrár fleiri ríkja og má nefna Kanada og Tyrkland sem dæmi. Umgengni mannsins við dýr tengist siðferði hans sjálfs, sem stjórnarskrá hlýtur að láta sig varða þótt með óbeinum hætti sé. Ill [og ill] meðferð á dýrum er í andstöðu við þær meginreglur sem stjórnarskrá Íslands er byggð á. Um þetta er oft vitnað í Mohandas Gandi sem sagði að siðmenningu manna og framfarir mætti ráða af því hvernig þeir koma fram við dýr. Það má [því telja siðferðilega æskilegt að tryggja mönnum rétt til ] telja til mannréttinda að geta lifa í samfélagi þar sem hægt er að treysta [Nýr texti: því að ákvæðum laga sé ætlað að koma í veg fyrir illa meðferð dýra og vernd dýrategunda í útrýmingarhættu.] því að ill meðferð á dýrum hafi verið útlæg gerð úr lögum og stjórnarskrá.

[Þessi texti er að hluta til aftar en að hluta óþarfur.] Nefndinni bárust nokkur vel ígrunduð erindi sem lýstu eftir lengri og ítarlegri grein um dýravernd. Umhverfisréttarsérfræðingur sem kom fyrir nefndina taldi til dæmis æskilegt að kveðið væri á um lög gegn illri „og óásættanlegri“ meðferð á dýrum. Nefndin taldi það þó óþarfa, þar sem öllum mætti vera ljóst að í orðunum „illri meðferð“ felist hvers konar niðingskapur sem nöfnum tjáir að nefna.

[Þessi texti er að hluta til aftar en að hluta óþarfur.] Ekki þótti þó nauðsynlegt að kveða á um virðingu fyrir öllum lifandi verum, þar eð slíkt ákvæði væri of rúmt til að hafa raunverulega merkingu. Ekki þótti heldur þurfa að kveða á um vernd búsvæða

dýra, þar eð umhverfisverndarákvæði frumvarpsins og í lögum almennt næðu vel yfir það atriði.

[Þessi texti er að hluta til aftar en að hluta óþarfur en sjá nýjan texta aftar og er sérstök athygli vakin á viðbótinni: Við mat á því hvort einstakar dýrategundir eru í útrýmingarhættu ber að byggja á niðurstöðum vísindamanna innlendra jafnt sem erlendra.] ~~Annar sérfræðingur gerði athugasemd við að í drögum að frumvarpinu var komist svo að orði að í lögum skyldi kveða á um „vernd ... dýrategunda gegn útrýmingu“. Var á það bent að slíkt orðalag kynni að koma í veg fyrir að hægt væri að skera upp herör gegn aðfluttum meindýrum sem ynnu skaða á lífríki Íslands. Því var orðalaginu breytt í „vernd ... dýrategunda í útrýmingarhættu“ sem þýðir að mati ráðsins að íslenskum stjórnvöldum beri að taka þátt í og jafnvel eiga frumkvæði að því að vernda þær dýrategundir sem alþjóðlegir aðilar hafa skilgreint í útrýmingarhættu.~~

[Textinn færður framur og aðeins breyttur þar.] ~~Þar sem nú þegar eru í gildi dýraverndunarlög er þessari grein fyrst og fremst ætlað að hafa þau réttaráhrif að áréttu lögin og styrkja þau, enda benda athugasemdir sumra sérfræðinga til þess að meiri rækt þurfi að leggja við dýravernd en gert hefur verið. Hér var meðal annars stuðst við ítarlegt álit frá starfshópi á vegum Sambands dýraverndarfélaganna Íslands og Samtaka lífrænna neytenda um velferð búfjár.~~

[Nýr texti sem að nokkru leyti byggir á texta sem strikað er yfir en annað er alveg nýtt.: Í samræmi við orðalag ákvæðisins er því í fyrsta lagi ætlað að gilda um illa meðferð á dýrum, hvort sem þau eru villt eða ekki. Nánara innihald tilvísunar til illrar meðferðar er á herðum almenna löggjafans en tilvísuninni er ætlað að ná yfir hvers konar niðingsskap sem nöfnum tjáir að nefna. Ákvæði 36. gr. samrýmist vel, en er þó ekki takmarkað við, alþjóðlegri stefnumörkun á sviði dýraverndar, t.d. yfirlýsingu Menningarmálastofnunar Sameinuðu þjóðanna um réttindi dýra frá 1978 (á ensku: *Universal Declaration of Animal Rights*), áherslum Evrópusambandsins og Evrópuráðsins í málaflokknum, og þeim alþjóðasamningum sem Ísland hefur gerst aðili að og varða dýravernd. Sjá í þessu sambandi m.a. Evrópusamning um vernd dýra í millilandaflutningum (á ensku: *European Convention for the Protection of Animals during International Transport*) frá 1968 (auglýsing nr. 8/1969 og nr. 36/1991 (bókun við samninginn)), og einnig Evrópusamning um vernd dýra í landbúnaði (á ensku: *European Convention for the Protection of Animals Kept for Farming Purposes*) frá 1976 (auglýsing nr. 17/1989 í C-deild Stjórnartíðinda). Einnig ber að nefna að nokkrir alþjóðlegir samningar á sviði umhverfisverndar sem Ísland hefur gerst aðili að fjalla um eða leggja bann við notkun tiltekinna veiðiaðferða og –tækja þegar villt dýr eiga í hlut en að baki búa m.a. rík dýraverndarsjónarmið. Sjá í þessu sambandi m.a. ákvæði samnings um verndun villtra plantna og dýra og lífsvæða Evrópu (á ensku: *Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats*) frá 1979 (auglýsing nr. 17/1993 í C-deild Stjórnartíðinda) og ákvæði Alþjóðasamnings um stjórnun hvalveiða (á ensku: *International Convention for the Regulation of Whaling*) frá 1946 (auglýsing nr. 18/2001 í C-deild Stjórnartíðinda).

Í öðru lagi gildir ákvæðið um vernd dýrategunda í útrýmingarhættu. Við mat á því hvort einstakar dýrategundir eru í útrýmingarhættu ber að byggja á niðurstöðum vísindamanna innlendra jafnt sem erlendra. Samkvæmt þessu ber íslenskum stjórnvöldum að taka þátt í og jafnvel eiga frumkvæði að því að vernda dýrategundir sem eru í útrýmingarhættu m.a. að mati alþjóðlegra aðila. Þetta er í fullu samræmi við ýmsa alþjóðlega samninga sem Ísland er aðili að og sem er ætlað að tryggja vernd dýrategunda í útrýmingarhættu. Í þessu sambandi ber að nefna ákvæði samnings um verndun villtra plantna og dýra og lífsvæða Evrópu frá 1979, sem fyrr var nefndur, og einnig ákvæði samnings um alþjóðaverslun með tegundir villtra dýra og plantna sem eru í útrýmingarhættu frá 1973 með breytingum frá 1979 (á ensku: *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora with amendment thereto of 22 June 1979*) sem Ísland er aðili að (sjá auglýsingu nr. 1/2000 og nr. 5/2003 í C-deild Stjórnartíðinda). Fyrrgreindir tveir alþjóðasamningar hafa báðir að markmiði að vernda dýrategundir í útrýmingarhættu þótt aðgerðirnar sem grípa á til séu að nokkru leyti ólíkar. Loks ber að nefna að það felst í hugtakinu líffræðileg fjölbreytni, sem skilgreint er í samningi um líffræðilega fjölbreytni (á ensku: *Convention on Biological Diversity*) (1992), sem Ísland er aðili að (sjá auglýsingu nr. 11/1995 í C-deild Stjórnartíðinda), að samningsaðilar verða að tryggja viðunandi vernd tegunda í útrýmingarhættu í samræmi við gildissvið samningsins. Að öðrum kosti er ekki mögulegt að tryggja markmiðið um líffræðilega fjölbreytni.

Um almenna vernd líffræðilegrar fjölbreytni er fjallað í 33. gr.]

[Textinn er efnislega hér fyrir ofan.]—~~Ekki þótti þó nauðsynlegt að kveða á um virðingu fyrir öllum lifandi verum, þar eð slíkt ákvæði væri of rúmt til að hafa raunverulega merkingu. Ekki þótti heldur þurfa að kveða á um vernd búsvæða dýra, þar eð umhverfisverndarákvæði frumvarpsins og í lögum almennt næðu vel yfir það atriði.~~

# Minnisblað

Til Páls Þórhallssonar.

Frá Aðalheiði Jóhannsdóttur, prófessor

20. september 2012

Vísað er til tölvubréfa yðar, dags. 12. júlí sl., um aðstoð vegna yfirferðar á 32.-36. gr. tillagna Stjórnlagaráðs að frumvarpi til stjórnarskipunarlaganna. Meðfylgjandi er minnisblað undirritaðrar þar sem farið er yfir ákvæði 35. gr. í tillögu ráðsins miðað við eftirfarandi forsendur og lagðar til:

1. Nauðsynlegar breytingar á texta tillagna miðað við tiltekin viðmið sem koma fram í bókun stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar Alþingis, þ.a.l. tekur greiningin tillit til:
  - a. mannréttindasáttmála sem íslenska ríkið hefur skuldbundið sig til að fara eftir,
  - b. innra samræmis og mögulegra mótsagna,
  - c. réttarvernd miðað við gildandi stjórnarskrá og greinargerð með tillögum.
  - d. málsóknarmöguleika gegn ríkinu.
2. nauðsynlegar viðbætur eða lagfæringar á greinargerð Stjórnlagaráðs. Þótt ekki sé beinlínis vísað til viðmiða stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar varðandi þennan þátt hafa sömu viðmið eigi að síður verið lögð til grundvallar.
3. önnur atriði sem undirrituð bendir sérstaklega á.

Tillögur að breytingum, þ.m.t. niðurfellingu á texta, rökstuðningur og aðrar tilvísanir eru í hornklofum á viðeigandi stöðum í textanum.

## Ákvæði 35. gr.

### Heildarmat á greininni miðað við fyrrgreind viðmið.

Ákvæði 35. gr. tillögunnar er nýmæli en í gildandi stjórnarskrá er ekki að finna sambærilegt ákvæði. Efni þess virðist ekki vera í mótsögn við önnur ákvæði tillögunnar. Ólíklegt er að gildistaka 35. gr. ein og sér hefði í för með sér að íslenska ríkinu yrði stefnt, t.d. vegna mögulegra takmarkana á eignarrétti eða athafnafrelsi, enda veltur raunverulegt efnisinnihald ákvæðisins á því hvernig það er útfært í almennri löggjöf en 1. og 2. mgr. eru í eðli sínu form- og málsmeðferðarreglur. Þó er rétt að benda á að hugsanlega gæti athafnaleyfi stjórnvalda og annarra við að upplýsa um aðsteðjandi náttúruvá orðið grundvöllur að málsókn gegn ríkinu en miðað við þróunina sem orðið hefur á dómaframkvæmd MDE er þessi möguleiki þegar til staðar án tillits til efnis 35. gr. Sama á við um ákveðnar skyldur sem hvíla á stjórnvöldum þegar ákvarðanir, sem áhrif hafa á umhverfi og einnig viðurkennd mannréttindi, eru undirbúnar. Hvað varðar 3. mgr. þá ræðst efnisinnihaldið, þ.m.t. skilgreiningar á réttindum og skyldum, alfarið af efni almennra laga. Þó má búast við því að tilvísun til meginregla umhverfisréttar ein og sér hefði einhver á túlkun og beitingu laga almennt séð og sama sjónarmið á einnig við hvað varðar 1. og 2. mgr. Ekki er útilokað að mögulegt væri að styðjast beint við 1. og 2. mgr. ef ekki væri fyrirliggjandi almenn löggjöf á tilteknu sviði.

### Texti ákvæðis samkvæmt tillögu Stjórnlagaráðs:

35. gr.

*Upplýsingar um umhverfi og málsaðild.*

Stjórnvöldum ber að upplýsa almenning um ástand umhverfis og náttúru og áhrif framkvæmda þar á. Stjórnvöld og aðrir skulu upplýsa um aðsteðjandi náttúruvá, svo sem umhverfismengun.

Með lögum skal tryggja almenningi aðgang að undirbúningi ákvarðana sem hafa áhrif á umhverfi og náttúru, svo og heimild til að leita til hlutlausra úrskurðaraðila.

Við töku ákvarðana um náttúru Íslands og umhverfi skulu stjórnvöld byggja á meginreglum umhverfisréttar.

### Athugasemdir við ákvæði 35. gr. með breytingunum.

Ákvæði 35. gr. er fyrst og fremst stefnumarkandi ákvæði og nýmæli í stjórnarskrá. Það lýtur að nokkrum grundvallaratriðum umhverfis- og náttúruauðlindaréttar sem almenni löggjafinn þarf að kveða nánar á um og útfæra í lögum. Þau eru hluti af því að tryggja hagsmuni núlifandi og komandi kynslóða í samræmi við megininntak

sjálfbærrar þróunar og endurspeglar jafnframt alþjóðlegar skuldbindingar á sviði umhverfis- og náttúruauðlindarréttar. Þar á meðal eru ákvæði samnings um aðgang að upplýsingum, þátttöku almennings í ákvarðanatöku og aðgang að réttlátri málsmeðferð í umhverfismálum (Árósasamningur), sem Ísland er aðli að. Efnisatriði ákvæðisins endurspeglar einnig þá þróun sem hefur orðið á túlkun tiltekinna ákvæða Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE) eins og komið verður að. Samkvæmt þessu er í 1. mgr. fjallað um upplýsingaskyldu stjórnvalda; í 2. mgr. um þátttökuréttindi og úrskurðaraðila, og í 3. mgr. meginreglur umhverfisréttar. Eðli málsins samkvæmt þarf að útfæra öll fyrrgreind atriði í almennum lögum og skilgreina nánar réttindi og skyldur en það hefur nú þegar verið gert að ákveðnu marki í íslenskri löggjöf, sjá m.a. ákvæði laga nr. 23/2006 um upplýsingarétt um umhverfismál; laga nr. 106/2000 um mat á umhverfisáhrifum; laga nr. 105/2006 um umhverfismat áætlana, og laga nr. 130/2011 um úrskurðarnefnd umhverfis- og auðlindamála.

Almennt er viðurkennt að aðgangur að upplýsingum og upplýsingamiðlun á sviði umhverfismála sé grundvallarforsenda sem þjóni þeim tilgangi að treysta umhverfisvitund almennings og möguleika á að taka þátt í undirbúningi ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfi og náttúruauðlindir.

Í samræmi við fyrrgreind sjónarmið er í 1. másl. 1. mgr. lögð sú almenna skylda á stjórnvöld að upplýsa almenning um ástand umhverfis og náttúru. Ákvæðið endurspeglar þá grunnhugsun sem kemur fram í 5. gr. Árósasamningsins. Þar er fjallað um upplýsingamiðlun, þ.m.t. um skyldu stjórnvalda til þess að safna kerfisbundið upplýsingum og miðlun þeirra til almennings, m.a. ef hættuástand skapast. Sambærilegt ákvæði er að finna í 1. mgr. 10. gr. laga nr. 23/2006 um upplýsingarétt um umhverfismál. Þar segir að stjórnvöldum beri að vinna að því að gera upplýsingar um umhverfismál aðgengilegar almenningi. Jafnframt er það hluti af málsmeðferð mats á umhverfisáhrifum að upplýsa almenning og auðvelda aðgengi að gögnum, þ.m.t. matsskýrslum. Um almennan aðgang að upplýsingum, þ.m.t. upplýsingum um umhverfismál, er hins vegar fjallað í 15. gr. frumvarpsins.

Í 2. másl. 1. mgr. er að finna sérstaka útfærslu á upplýsingaskyldunni þar sem bæði stjórnvöld, og aðrir eins og við getur átt, bera ábyrgð á því að upplýsa almenning um aðsteðjandi náttúruvá og er umhverfismengun nefnd í dæmaskyni. Þó verður að hafa í huga að hugtakið umhverfismengun hefur verið skilgreint nokkuð rúmt í lögum, sjá t.d. skilgreiningu 5. mgr. 3. gr. laga nr. 7/1998 um hollustuhætti og mengunarvarnir, en gera verður greinarmun á almennu skilgreiningunni á mengun og hvort einstaklingar eða lögaðilar hafi farið á svig við einstök lagaákvæði þar sem settar eru tilteknar kröfur sem fara verður að svo mengun sé ekki ólögleg. Almenna skilgreining laga nr. 7/1998 er samhljóða viðurkenndum alþjóðlegum skilgreiningum. Fyrrgreindan 2. másl. 1. mgr. verður því að setja í samhengi við alvarleika mögulegra afleiðinga mengunarinnar á umhverfi eða heilsu fólks eða dýra. Það endurspeglar einnig þá hugsun sem kemur fram í 2. mgr. 10. gr. laga nr. 23/2006. Mannréttindadómstóll Evrópu

(MDE) hefur með vísan til 2. og 8. gr. MSE komist að þeirri niðurstöðu að í ákveðnu samhengi beri stjórnvöldum að aðhafast svo tilteknar upplýsingar séu aðgengilegar. Þetta sjónarmið á einkum við ef um er að ræða sérstaklega hættulega starfsemi, starfsemi sem getur haft mikil áhrif á umhverfi eðaheilsu manna og dýra, og náttúruvá sem ekki er af mannavöldum (sjá í þessu sambandi t.d. *Guerra o.fl. gegn Ítalíu* (1998) og *Budayeva o.fl. gegn Rússlandi* (2008)).

Samkvæmt 2. mgr. skal með lögum tryggja almenningi aðgang að undirbúningi ákvarðana sem hafa áhrif á umhverfi og náttúru og heimild til að leita til hlutlausra úrskurðaraðila. Hér eru áréttuð tvö mikilvæg atriði sem eru m.a. hluti af skuldbindingum Árósasamningsins og falla til form- eða málsmeðferðarreglna, sjá einkum 6. og 9. gr. samningsins. Það er almenna löggjafans á ákvarða umfang þessara réttinda en rétt er að hafa í huga að ákvæði Árósasamningsins eiga fyrst og fremst við um staðbundna starfsemi sem háð er sérstökum starfs- og/eða framkvæmdaleyfum. Ákvæði Árósasamningsins fela ekki í sér sjálfstæðan rétt til þess að krefjast þess að umhverfi og náttúruauðlindir séu tiltekinna gæða enda er ekkert efnisákvæði í samningnum sem styður slíka niðurstöðu. Fyrrgreindar meginreglur, þ.m.t. réttur til þess að taka þátt í undirbúningi ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfi og náttúruauðlindir og raunveruleg úrræði til þess að fá slíkar ákvarðanir endurskoðaðar af hlutlausum úrskurðaraðila, eru hins vegar mikilvægar. Þeim er m.a. ætlað að stuðla að því að almenningur geti notið almennra og viðurkenndra mannréttinda, þ.m.t. réttinda sem tryggð eru með ákvæðum MSE. Fyrrgreindar málsmeðferðarreglur eru einnig taldar stuðla að aukinni umhverfisvitund, vandaðri málsmeðferð, auknu réttmæti þeirra ákvarðana sem eru teknar og loks, sjálfbærri þróun. Möguleikar almennings til þess að taka þátt í undirbúningi tiltekinna ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfi og náttúru eru nú þegar að miklu leyti tryggðir í almennri löggjöf, sbr. einkum ákvæði skipulagslaga nr. 123/2010 hvað varðar undirbúningi skipulagsákvæðana, ákvæði laga nr. 106/2000 hvað varðar mat á umhverfisáhrifum og undirbúning tiltekinna leyfisveitinga í samræmi við viðeigandi sérlög, og loks ákvæði laga nr. 105/2006 um umhverfismat áætlaða. Hvað varðar síðara atriðið, þ.e. heimild til að leita til hlutlausra úrskurðaraðila, sem einnig er fjallað um í Árósasamningnum í samræmi við 2. mgr. 9. gr. hans, þá leiða meginreglur íslensks réttarfars til þess að samþykkja þarf sérstök lagaákvæði til þess að veita öðrum en þeim sem eiga einstaklingsbundinna hagsmuna að gæta rétt til þess að kæra ákvarðanir stjórnvalda til æðra stjórnvalds, eða tiltekinna úrskurðarnefnda, eða skjóta þeim til dómstóla eftir atvikum. Nú þegar hefur löggjöfinni verið breytt á þann veg að umhverfisverndar-, útivistar- og hagsmunasamtök með minnst 30 félaga eiga kærurétt í ákveðnum tilvikum án þess að sýna fram á lögvarða hagsmuni og er þetta í samræmi við ákvæði laga nr. 130/2011 um úrskurðarnefnd umhverfis- og auðlindamála. Í skjóli núgildandi 60. gr. stjórnarskrárinnar (sjá nánar 2. mgr. 100. gr. frumvarps þessa) skera dómendur úr öllum ágreiningi um embættistakmörk yfirvalda og er það meginregla íslensks réttar að

stjórnvaldsákvæðanir sem ekki eru skýrlega undan dómsögu þeirra teknar sæti úrlausn þeirra. Loks er þess að geta að MDE hefur lagt á það áherslu að undirbúningur ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfi, náttúru og heilsu sé vandaður og hefur m.a. túlkað ákveðin ákvæði MSE, einkum 8. gr., á þann hátt að stjórnvöld verði að taka mið af hagsmunum einstaklinga, sem geta orðið fyrir áhrifum vegna framkvæmdar ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfi, þegar ákvarðanir eru undirbúnar (sjá m.a. *Hatton o.fl. gegn Bretlandi* (2003)).

Í 3. mgr. er loks vísað til þess að stjórnvöld skulu byggja á meginreglum umhverfisréttar við töku ákvarðana um náttúru Íslands og umhverfi. Óumdeilt er að aðall umhverfis- og náttúruauðlindaréttar eru ákveðnar meginreglur sem endurspeglar markmið og áherslur og eru liður í því að ná og viðhalda sjálfbærri þróun, þ.m.t. að tryggja jafnræði innan kynslóða og milli kynslóða. Meðal þessara meginreglna eru: 1) varúðarregla, en þegar hættu er á alvarlegum eða óafturkræfum áhrifum á umhverfi og náttúruauðlindir skal skorti á vísindalegri fullvissu ekki beitt sem rökum til að fresta kostnaðarhagkvæmum aðgerðum sem geta komið í veg fyrir áhrifin eða dregið úr þeim; 2) greiðsluregla, en taka ber tillit til umhverfiskostnaðar og skal beita í því skyni hagrænum stjórnáttækjum í samræmi við meginregluna um að sá sem mengar beri að jafnaði þann kostnað sem hlýst af því að koma í veg fyrir eða draga úr áhrifum vegna mengunar; 3) samþætting umhverfissjónarmiða við önnur sjónarmið þegar undirbúnar eru ákvarðanir, þ.m.t. efni laga, sem áhrif hafa á umhverfi; 4) reglan um fyrirbyggjandi aðgerðir, en þegar teknar eru ákvarðanir sem áhrif hafa á umhverfi skal eins og mögulegt er draga úr þeim, minnka þau eða koma í veg fyrir þau og að umhverfi skerðist að magni eða gæðum, og 5) reglan um lausn umhverfisvandamála við upptök en umhverfisvandamál skal eins og kostur er leysa þar sem þau eiga upptök sín. Fyrrgreindar fimm meginreglur eiga sér uppruna í alþjóðlegum skuldbindingum, þ.m.t. samningnum um Evrópska efnahagssvæðið sem hefur lagagildi hér á landi, og yfirlýsingum, þ.m.t. Ríóyfirlýsingunni, og hafa að nokkru leyti verið útfærðar með einum eða öðrum hætti í íslenskri löggjöf. Með því að vísa til þess að ákvarðanir sem áhrif hafa á náttúru Íslands og umhverfi skuli hvíla á meginreglum umhverfisréttar er grundvöllur umhverfis- og náttúruverndar styrktur verulega til hagsbóta fyrir núlifandi og komandi kynslóðir en svo meginreglurnar hafi tilætluð áhrif þarf að skilgreina viðeigandi réttindi og skyldur í einstökum ákvæðum almennrar löggjafar svo stjórnvöld geti löglega byggt ákvarðanir sínar á þeim. Nánar er vísað til þess sem kemur fram um fyrrgreindar fimm meginreglur í frumvarpi til laga um meginreglur umhverfisréttar, 133. löggjafarþing 2006-2007, þskj. 842 – 566. mál.

**Texti greinargerðar við ákvæðið samkvæmt tillögu Stjórnlagaráðs:**

Um 35. gr.



[Athugasemdirnar við 35. gr. eru ruglingslegar og ónákvæmar og að hluta til ekki í samræmi við ákvæðið sjálft. Þess vegna er lagður til nýr texti að öllu leyti sem þó endurspeglar flest efnisatriðin í athugasemdunum:

Ákvæði 35. gr. er fyrst og fremst stefnumarkandi ákvæði og nýmæli í stjórnarskrá. Það lýtur að nokkrum grundvallaratriðum umhverfis- og náttúruauðlindaréttar sem almenni löggjafinn þarf að kveða nánar á um og útskýra í lögum. Þau eru hluti af því að tryggja hagsmuni núlifandi og komandi kynslóða í samræmi við megininntak sjálfbærrar þróunar og endurspegla jafnframt alþjóðlegar skuldbindingar á sviði umhverfis- og náttúruauðlindaréttar. Þar á meðal eru ákvæði samnings um aðgang að upplýsingum, þátttöku almennings í ákvarðanatöku og aðgang að réttlátri málsmeðferð í umhverfismálum (Árósasamningur), sem Ísland er aðli að. Efnisatriði ákvæðisins endurspeglar einnig þá þróun sem hefur orðið á túlkun tiltekinna ákvæða Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE) eins og komið verður að. Samkvæmt þessu er í 1. mgr. fjallað um upplýsingaskyldu stjórnvalda; í 2. mgr. um þátttökuréttindi og úrskurðaraðila, og í 3. mgr. meginreglur umhverfisréttar. Eðli málsins samkvæmt þarf að útfæra öll fyrrgreind atriði í almennum lögum og skilgreina nánar réttindi og skyldur en það hefur nú þegar verið gert að ákveðnu marki í íslenskri löggjöf, sjá m.a. ákvæði laga nr. 23/2006 um upplýsingarétt um umhverfismál; laga nr. 106/2000 um mat á umhverfisáhrifum; laga nr. 105/2006 um umhverfismat áætlana, og laga nr. 130/2011 um úrskurðarnefnd umhverfis- og auðlindamála.

Almennt er viðurkennt að aðgangur að upplýsingum og upplýsingamiðlun á sviði umhverfismála sé grundvallarforsenda sem þjóni þeim tilgangi að treysta umhverfisvitund almennings og möguleika á að taka þátt í undirbúningi ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfi og náttúruauðindir.

Í samræmi við fyrrgreind sjónarmið er í 1. másl. 1. mgr. lögð sú almenna skylda á stjórnvöld að upplýsa almenning um ástand umhverfis og náttúru. Ákvæðið endurspeglar þá grunnhugsun sem kemur fram í 5. gr. Árósasamningsins. Þar er fjallað um upplýsingamiðlun, þ.m.t. um skyldu stjórnvalda til þess að safna kerfisbundið upplýsingum og miðlun þeirra til almennings, m.a. ef hættuástand skapast. Sambærilegt ákvæði er að finna í 1. mgr. 10. gr. laga nr. 23/2006 um upplýsingarétt um umhverfismál. Þar segir að stjórnvöldum beri að vinna að því að gera upplýsingar um umhverfismál aðgengilegar almenningi. Jafnframt er það hluti af málsmeðferð mats á umhverfisáhrifum að upplýsa almenning og auðvelda aðgengi að gögnum, þ.m.t. matsskýrslum. Um almennan aðgang að upplýsingum, þ.m.t. upplýsingum um umhverfismál, er hins vegar fjallað í 15. gr. frumvarpsins.

Í 2. másl. 1. mgr. er að finna sérstaka útfærslu á upplýsingaskyldunni þar sem bæði stjórnvöld og aðrir, eins og við getur átt, bera ábyrgð á því að upplýsa almenning um aðsteðjandi náttúruvá og er umhverfismengun nefnd í dæmaskyni. Þó verður að hafa í huga að hugtakið umhverfismengun hefur verið skilgreint nokkuð rúmt í lögum, sjá t.d. skilgreiningu 5. mgr. 3. gr. laga nr. 7/1998 um hollustuhætti og mengunarvarnir, en gera verður greinarmun á almennu skilgreiningunni á mengun og hvort einstaklingar eða lögaðilar hafi farið á svig við einstök lagaákvæði þar sem settar eru tilteknar kröfur sem fara verður að svo mengun sé ekki ólögleg. Almenna skilgreining laga nr. 7/1998 er samhljóða viðurkenndum alþjóðlegum skilgreiningum. Fyrrgreindan 2. másl. 1. mgr. verður því að setja í samhengi við alvarleika mögulegra afleiðinga mengunarinnar á umhverfi eða heilsu fólks eða dýra. Hún endurspeglar einnig þá hugsun sem kemur fram í 2. mgr. 10. gr. laga nr. 23/2006. Mannréttindadómstóll Evrópu (MDE) hefur með

vísan til 2. og 8. gr. MSE komist að þeirri niðurstöðu að í ákveðnu samhengi beri stjórnvöldum að aðhafast svo tilteknar upplýsingar séu fyrirliggjandi og á þetta sjónarmið einkum við ef um er að ræða sérstaklega hættulega starfsemi, starfsemi sem getur haft mikil áhrif á umhverfi eða heilsu manna og dýra, og náttúruvá sem ekki er af mannavöldum (sjá í þessu sambandi t.d. *Guerra og fl. gegn Ítalíu* (1998), og *Budayeva og fl. gegn Rússlandi* (2008)).] Eins og fram kemur í Skýrslu stjórnlaganefndar voru umhverfi smál talsvert rædd á Þjóðfundum 2010. Í skýrslunni segir að kallað hafi verið eftir „skýrri framtíðarsýn í umhverfismálum og samfélagslegri ábyrgð á auðlindum og umhverfi“. Á grundvelli m.a. fyrrgreindra sjónarmiða tók stjórnlaganefnd til sérstakrar skoðunar efnisatriði á borð við réttindi almennings og skyldu stjórnvalda og rétt til upplýsinga um ástand umhverfis og undirbúning ákvarðana sem hafa áhrif á umhverfið. Var sú ákvörðun að hafa umhverfisverndargreinar í mannréttindakafla stjórnskrár rökstudd með þeim hætti að auking þekking á umhverfismálum og tengslum þeirra við heilsu hafi ýtt undir þá skoðun að gæði umhverfis hafi unnið sér sess sem „mikilvægur þáttur í mannréttindum og forsenda ákveðinna lífsgæða“. Jafnframt var tekið fram í skýrslu nefndarinnar að réttur einstaklinga til heilnæms umhverfis væri nátengdur rétti til upplýsinga og þátttöku í málum er varða umhverfi þeirra. „Til þess að geta varið rétt sinn þurfa einstaklingar að njóta aðgangs að upplýsingum og hafa tök á að taka þátt í ákvörðunum um umhverfismál.“ Stjórnlaganefnd lagði á grundvelli ofangreindra forsendna til að bætt yrði inn ákvæðum um upplýsinga- og þátttökurétt almennings í mannréttindakafla stjórnskrár og taldi Stjórnlagaráð að þeirri ákvörðun væri mikilvægt að fylgja á sömu forsendum og komu fram í Skýrslu stjórnlaganefndar.

[Samkvæmt 2. mgr. skal með lögum tryggja almenningi aðgang að undirbúningi ákvarðana sem hafa áhrif á umhverfi og náttúru og heimild til að leita til hlutlausra úrskurðaraðila. Hér eru áréttuð tvö mikilvæg atriði sem eru m.a. hluti af skuldbindingum Árósasamningsins og falla til form- eða málsmeðferðarreglna, sjá einkum 6. og 9. gr. samningsins. Það er almenna löggjafans á ákvarða umfang þessara réttinda. Rétt er að hafa í huga að ákvæði Árósasamningsins eiga fyrst og fremst við um staðbundna starfsemi sem háð er sérstökum starfs- og/eða framkvæmdaleyfum. Ákvæði Árósasamningsins fela ekki í sér sjálfstæðan rétt til þess að krefjast þess að umhverfi og náttúruauðlindir séu tiltekinna gæða enda er ekkert efnisákvæði í samningnum sem styður slíka niðurstöðu. Fyrrgreindar meginreglur, þ.m.t. réttur til þess að taka þátt í undirbúningi ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfi og náttúruauðlindir og raunveruleg úrræði til þess að fá slíkar ákvarðanir endurskoðaðar af hlutlausum úrskurðaraðila, eru hins vegar mikilvægar. Þeim er m.a. ætlað að stuðla að því að almenningur geti notið almennra og viðurkenndra mannréttinda, þ.m.t. réttinda sem tryggð eru með ákvæðum MSE. Fyrrgreindar málsmeðferðarreglur eru einnig taldar stuðla að aukinni umhverfisvitund, vandaðri málsmeðferð, auknu réttmæti þeirra ákvarðana sem eru teknar og loks, sjálfbærri þróun. Möguleikar almennings til þess að taka þátt í undirbúningi tiltekinna ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfi og náttúru eru nú að miklu leyti tryggðir í almennri löggjöf, sbr. einkum ákvæði skipulagslaga nr. 123/2010 hvað varðar undirbúningi skipulagsákvarðana, ákvæði laga nr. 106/2000 hvað varðar mat á

umhverfisáhrifum og undirbúning tiltekinna leyfisveitinga í samræmi við viðeigandi sérlög, og loks ákvæði laga nr. 105/2006 um umhverfismat áætlana. Hvað varðar síðara atriðið, þ.e. heimild til að leita til hlutlausra úrskurðaraðila, sem einnig er fjallað um í Árósasamningum í samræmi við 2. mgr. 9. gr. hans, þá leiða meginreglur íslensks réttarfars til þess að samþykkja þarf sérstök lagaákvæði til þess að veita öðrum en þeim sem eiga einstaklingsbundinna hagsmuna að gæta rétt til þess að kæra ákvarðanir sjórvalda til æðra stjórnvalds, eða tiltekinna úrskurðarnefnda, eða skjóta þeim til dómstóla eftir atvikum. Nú þegar hefur löggjöfinni verið breytt á þann veg að umhverfisverndar-, útivistar- og hagsmunasamtök með minnst 30 félaga eiga kærurétt í ákveðnum tilvikum án þess að sýna fram á lögvarða hagsmuni og er þetta í samræmi við ákvæði laga nr. 130/2011 um úrskurðarnefnd umhverfis- og auðlindamála. Í skjóli núgildandi 60. gr. stjórnarskrárinnar (sjá nánar 2. mgr. 100. gr. frumvarps þessa) skera dómendur úr öllum ágreiningi um embættistakmörk yfirvalda og er það meginregla íslensks réttar að stjórnvaldsákvarðanir sem ekki eru skýrlega undan dómsögu þeirra teknar sæti úrlausn þeirra. Loks er þess að geta að MDE hefur lagt á það áherslu að undirbúningur ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfi, náttúru og heilsu sé vandaður og hefur m.a. túlkað ákveðin ákvæði MSE, einkum 8. gr., á þann hátt að stjórnvöld verði að taka mið af hagsmunum einstaklinga, sem geta orðið fyrir áhrifum vegna framkvæmdar ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfi, þegar ákvarðanir eru undirbúnar (sjá m.a. *Hatton o.fl. gegn Bretlandi* (2003).]

Sú tillaga er stjórnlaganefnd lagði fram hvað varðar þátttökuheimild almennings var ekki eins umfangsmikil og sú tillaga sem hér er lögð fram. Stjórnlaganefnd taldi nægilegt að tilgreina eftirfarandi reglu:

— *Trygður skal í lögum réttur almennings til upplýsinga um ástand umhverfis og áhrif framkvæmda á það svo og kostur á þátttöku í undirbúningi ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfið.*

— *Þessi regla er sett fram í 2. mgr. tillögu Stjórnlagaráðs þar sem kveðið er á um rétt almennings til aðgangs að undirbúningi ákvarðana sem hafa áhrif á umhverfi og náttúru. Það var að ábendingu Sigrúnar Helgadóttur, líf- og umhverfisfræðings, sem tilgreind voru bæði orðin umhverfi og náttúra. Fulltrúar í Stjórnlagaráði leituðu til Sigrúnar eftir athugasemdum um fyrirliggjandi drög að umhverfisgreinum Stjórnlagaráðs og sendi Sigrún ábendingar inn sem erindi til ráðsins. Í umsögn Sigrúnar segir:*

— *Sumir gera greinarmun á umhverfi og náttúru, t.d. heimspekingar. Með umhverfi er þá átt við manngeft umhverfi þ.e. náttúru sem hefur verið umhverfið. Það er því öruggara að telja upp í þessum kafla bæði áhrif á umhverfi og náttúru. Annað mætti hártoga.*

— *Var ákveðið að mæta þessum áhyggjum með því að tiltaka bæði umhverfi og náttúru en það er vilji Stjórnlagaráðs að greinar þær er lúta að náttúruvernd og auðlindum verði túlkaðar með sem breiðustum hætti hvað viðvíkur efnislega afmörkun greina.*

Í umræðum kom fram það viðhorf að mikill misbrestur hefði verið á því í íslenskri dómaframkvæmd að almenningi og hagsmunasamtökum væri gert kleift að leita til dómstóla hvað varðar réttmæti ákvarðana stjórnvalda sem áhrif hafa á umhverfi og náttúru. Var því ákveðið í nefndinni að bæta við áskilnaði um að lög heimili almenningi aðgang að dómsmálum tengdum slíkum málum. Er með þessu ætlunin að girða fyrir að slíkum málum verði vísað frá á grundvelli skorts á lögum hagsmunum. Ekki er í tillögunum kveðið á um hvernig löggjafinn skuli útfæra slíkan rétt en Stjórnlagaráð telur rétt að heimila honum frjálssar hendur svo lengi sem þátttökuréttindin sem slík væru tryggð.

—— Réttindi í þessari grein er felast í þátttöku borgaranna í ákvörðunum og stefnumótun varðandi náttúru og umhverfi hafa m.a. verið tryggð með alþjóðlegum samningum á borð við svokallaðan Árósasamning frá árinu 1998. Samningurinn er grundvallarskjal sem tengir saman umhverfisrétt og mannréttindi og öðlaðist hann gildi 30. október 2001. Ísland hefur undirritað þann samning og fest reglur hans í lög að hluta til og er unnið að undirbúningi fullgildingar hans. Nánar er fjallað um Árósasamninginn í sérstakri úttekt stjórnlaganefndar.

Í febrúar 2005 skipaði umhverfisráðherra nefnd til að greina efni Árósasamningsins og meta hvaða breytingar þyrfti að gera á íslenskri löggjöf með hliðsjón af ákvæðum hans. Niðurstöðurnar sem birtar voru í september 2006 kveða m.a. á um að samningurinn staðfesti að sjálfbærri þróun verði ekki náð án aðildar allra hagsmunaaðila og því tengir samningurinn saman ábyrgð stjórnvalda og umhverfisverndar. Hann beinir athygli að gagnverkandi áhrifum almennings og stjórnvalda í lýðræðislegu samhengi og kveður á um ný ferli varðandi þátttöku almennings. Fram kemur í skýrslunni að Ísland sé eina norræna ríkið sem ekki hafi fullgilt Árósasamninginn en á þeim tíma er skýrslan var rituð höfðu alls 38 ríki auk Evrópusambandsins fullgilt samninginn.

— Þau réttindi sem Árósasamningurinn á að tryggja almenningi eru þrjúþætt:

—— (i) Réttur til aðgangs að upplýsingum um umhverfismál.

—— (ii) Réttur almennings til þátttöku í málsmeðferð þegar undirbúnar eru ákvarðanir af hálfu stjórnvalda í umhverfismálum.

—— (iii) Aðgangur að réttlátri málsmeðferð í umhverfismálum fyrir dómstólum eða öðrum óháðum og hlutlausum úrskurðaraðila.

Þetta eru hinar þrjár stoðir Árósasamningsins. Í Skýrslu stjórnlaganefndar kemur fram að fyrstu tvær stoðirnar hafi þegar verið lögfestar hér á landi, með lögum um mat á umhverfisáhrifum nr. 106/2000 annars vegar og lögum um upplýsingarétt um

umhverfismál nr. 23/2006 hins vegar. Þó er ekki getið um ástæður þess hvers vegna þriðja stoðin hafi ekki verið lögfest en vísað er í að til standi að fullgilda samninginn hér á landi sem myndi þá þýða að þriðja stoðin fengi lagavernd. Með hliðsjón af því að Árósasamningurinn er heildstæður alþjóðasamningur sem Ísland er skuldbundið af þótti Stjórnlagaráði full ástæða til þess að stjórnarskrárbinda þriðju stoð samningsins um aðgang almennings að dómstólum í tilfellum þar sem um umhverfismál ræðir. Réttur samkvæmt þriðju stoð Árósasamningsins (sem finna má í 9. gr. samningsins) er tvíþættur. Annars vegar felst í honum að ef stjórnvald synjar um aðgang að upplýsingum um umhverfismál skuli sá sem óskar eftir aðgangi eiga rétt á að bera synjunina undir dómstól eða annan óháðan úrskurðaraðila. Hins vegar felst í þessari reglu að „almennigur sem málið varðar“ skuli hafa aðgang að endurskoðunarleið fyrir dómstólum eða óháðum úrskurðaraðila innan stjórnsýslunnar vegna útgáfu leyfa til framkvæmda sem haft geta umtalsverð umhverfisáhrif eða ef stjórnvald vanrækir að krefjast leyfis fyrir tiltekinni starfsemi þrátt fyrir lagaskyldu þar um. Umhverfisverndarsamtök sem uppfylla skilyrði samkvæmt landsrétti skulu ávallt teljast falla undir hugtakið „almennigur sem málið varðar“ og njóta þannig kæruréttar skv. samningnum án þess að þurfa að sýna fram á lögvarða hagsmuni. Er ásetningur Stjórnlagaráðs að stjórnarskrárbinda þessa reglu sem Ísland hefur þegar skuldbundið sig til þess að virða. Mun sú gjörð vera í samræmi við vilja stjórnvalda sem undirbúa, þegar þetta er skrifað, fullgildingu samningsins á Íslandi með það m.a. að markmiði að almennigur geti „borið ákvarðanir sem varða mikilvæga umhverfishagsmuni undir sjálfstæða og óháða úrskurðarnefnd og leitað virkra úrræða til að tryggja verndarhagsmuni umhverfisins“.

Í 1. mgr. er kveðið á um skyldu stjórnvalda til að upplýsa almennig um ástand umhverfis og náttúru og áhrif framkvæmda þar á. Er því um frumkvæðisskyldu stjórnvalda að ræða. Jafnframt segir þar að stjórnvöld og aðrir skuli upplýsa um aðsteðjandi náttúruvá, svo sem umhverfismengun. Fjallað er um rétt almennings að upplýsingum um umhverfismál í 4. gr. Árósasamningsins. Samkvæmt ákvæðum Árósasamningsins skulu ekki einungis ríki, sveitarfélög og stofnanir þeirra veita almennig aðgang að upplýsingum um umhverfismál, heldur nær sú skylda einnig til einstaklinga og lögpersóna sem hafa opinbera ábyrgð eða hlutverk ellegar veita opinbera þjónustu í tengslum við umhverfið.

Stjórnlagaráð ákvað að útvíkka skyldu um að upplýsa um aðsteðjandi náttúruvá, svo sem umhverfismengun, í kjölfar athugasemda sem bárust frá Aðalheiði Jóhannsdóttur, prófessor í umhverfis- og auðlindarétti. Jafnframt er 3. mgr. sett inn að ráðum Aðalheiðar og annarra sérfræðinga í umhverfisrétti en þar er um að ræða almenna tilvísun í meginreglur umhverfisréttar sem skulu ávallt hafðar að leiðarljósi við ákvörðunartöku yfirvalda. Er það mat ráðsins að þau áhersluatriði sem Aðalheiður

vakti máls á að skyldu njóta stjórnarskrárverndar rúmist undir ákvæðum 30. gr. og er því vísað í að með greininni er ætlað að festa í sessi eftirfarandi reglur:

—1.— Að stjórnvöldum, og öðrum eins og við getur átt, beri án ástæðulausrar tafar skylda til að upplýsa almenning um aðsteðjandi náttúruvá, þ.m.t. hættu á umhverfismengun, sem haft getur skaðleg áhrif á heilsu manna, umhverfi, náttúru, þ.m.t. náttúruauðlindir, eða aðra lögmæta hagsmuni.

—2.— Að almenningur eigi rétt á aðgangi að upplýsingum sem varða ástand umhverfis og náttúruauðlinda án þess að hafa sérstakra hagsmuna að gæta og án mismununar eins og lög ákveða.

—3.— Að meta skuli áhrif ákvarðana, hvort sem um er að ræða stefnumarkandi ákvarðanir eða ákvarðanir sem lúta að einstökum framkvæmdum, sem umtalsverð áhrif hafa á umhverfi og náttúruauðlindir komi þær til framkvæmda, í samræmi við lög. Við töku ákvarðana á þessu sviði skulu stjórnvöld byggja á langtímasjónarmiðum og meginreglunum sem sjálfbær þróun endurspeglar, þ.m.t. varúðarreglu, í samræmi við lög.

—4.— Almennigur, þ.m.t. félög sem opin eru almenningi og hafa útivist, umhverfis- og náttúruvernd að markmiði, á rétt á að taka þátt í undirbúningi ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfi og náttúruauðlindir, þ.m.t. aðgang að upplýsingum um fyrirhugaðar ákvarðanir, og möguleika til þess að fá endanlegar ákvarðanir endurskoðaðar af hlutlausum aðila (stjórnvaldi eða dómstól) án mismununar.

Þess skal að lokum getið að grein þessi er nýmæli í stjórnarskrá og því var reynt að hafa vítt samráð við fagaðila við gerð hennar og endurskoðun. Byggt var m.a. á erindum frá líffræðingum, umhverfisfræðingum og hagsmunasamtökum á borð við Landvernd sem sendi inn erindi með skíru ákalli um að getið væri um meginreglur umhverfisréttar í stjórnarskrá. Réttaráhrif þessarar greinar felast fyrst og fremst í því að almenningi verður veitt kærheimild vegna ákvarðana stjórnvalda á þessu sviði og að helstu meginreglur umhverfisréttarins geta lagt auknar skyldur á herðar stjórnvalda og annarra.

[Í 3. mgr. er loks vísað til þess að stjórnvöld skulu byggja á meginreglum umhverfisréttar við töku ákvarðana um náttúru Íslands og umhverfi. Óumdeilt er að aðall umhverfis- og náttúruauðlindaréttar eru ákveðnar meginreglur sem endurspeglar markmið og áherslur og eru liður í því að ná og viðhalda sjálfbærri þróun, þ.m.t. að tryggja jafnræði innan kynslóða og milli kynslóða. Meðal þessara meginreglna eru: 1) varúðarregla, en þegar hættu er á alvarlegum eða óafturkræfum áhrifum á umhverfi og náttúruauðlindir skal skorti á vísindalegri fullvissu ekki beitt sem rökum til að fresta

kostnaðarhagkvæmum aðgerðum sem geta komið í veg fyrir áhrifin eða dregið úr þeim; 2) greiðsluregla, en taka ber tillit til umhverfiskostnaðar og skal beita í því skyni hagrænum stjórnækjum í samræmi við meginregluna um að sá sem mengar beri að jafnaði þann kostnað sem hlýst af því að koma í veg fyrir eða draga úr áhrifum vegna mengunar, og einni nytjagreiðsluregla, sem er ákveðin útfærsla á greiðslureglu, sem mælir fyrir um að notandi náttúruaðlinda greiði fyrir notkunina; 3) samþætting umhverfissjónarmiða við önnur sjónarmið þegar undirbúnaðar eru ákvarðanir, þ.m.t. efni laga, sem áhrif hafa á umhverfi; 4) reglan um fyrirbyggjandi aðgerðir. en þegar teknar eru ákvarðanir sem áhrif hafa á umhverfi skal eins og mögulegt er draga úr þeim, minnka þau eða koma í veg fyrir þau og að umhverfi skerðist að magni eða gæðum, og 5) reglan um lausn umhverfisvandamála við upptök en umhverfisvandamál skal eins og kostur er leysa þar sem þau eiga upptök sín. Fyrrgreindar fimm meginreglur eiga sér uppruna í alþjóðlegum skuldbindingum, þ.m.t. samningnum um Evrópska efnahagssvæðið sem hefur lagagildi hér á landi, og yfirlýsingum, þ.m.t. Ríóyfirlýsingunni, og hafa að nokkru leyti verið útfærðar með einum eða öðrum hætti í íslenskri löggjöf. Með því að vísa til þess að ákvarðanir sem áhrif hafa á náttúru Íslands og umhverfi skuli hvíla á meginreglum umhverfisréttar er grundvöllur umhverfis- og náttúruverndar styrktur verulega til hagsbóta fyrir núlifandi og komandi kynslóðir en svo meginreglurnar hafi tilætluð áhrif þarf að skilgreina viðeigandi réttindi og skyldur í einstökum ákvæðum almennrar löggjafar svo stjórnvöld geti löglega byggt ákvarðanir sínar á þeim. Nánar er vísað til þess sem kemur fram um fyrrgreindar fimm meginreglur í frumvarpi til laga um meginreglur umhverfisréttar, 133. löggjafarþing 2006-2007, þskj. 842 – 566. mál.] Meðal meginreglna umhverfisréttar sem skyldi taka tillit til í allri löggjöf eru:

——— **Varúðarregla.** Þegar hættu er á alvarlegum eða óafturkræfum áhrifum á umhverfi og náttúruauðlindir skal skorti á vísindalegri fullvissu ekki beitt sem rökum til að fresta kostnaðarhagkvæmum aðgerðum sem geta komið í veg fyrir áhrifin eða dregið úr þeim.

——— **Greiðsluregla.** Í því skyni að tekið sé tillit til umhverfiskostnaðar skal beita hagrænum stjórnækjum í samræmi við meginregluna um að sá sem mengar beri að jafnaði þann kostnað sem hlýst af því að koma í veg fyrir eða draga úr áhrifum vegna mengunar.

——— **Samþætting.** Samþætta skal sjónarmið um umhverfisvernd við önnur sjónarmið þegar undirbúnaðar eru ákvarðanir sem áhrif hafa á umhverfi.

——— **Fyrirbyggjandi aðgerðir.** Þegar teknar eru ákvarðanir sem áhrif hafa á umhverfi skal eins og mögulegt er draga úr þeim, minnka þau eða koma í veg fyrir þau og að umhverfi skerðist að magni eða gæðum.

——— **Lausn umhverfisvandamála við upptök.** Umhverfisvandamál skal eins og kostur er leysa þar sem þau eiga upptök sín.

Nánari útlitun á meginreglum umhverfisréttar má t.d. sjá í frumvarpi til laga um meginreglur umhverfisréttar sem lagt var fram á 133. löggjafarþingi 2006–2007, þskj. 843 –566. mál.

## **Minnisblað um 1. og 2. mgr. 4. gr. tillagna stjórnlagaráðs að frumvarpi til stjórnarskipunarlaga er varða ríkisborgararétt.**

Í 4. gr. tillagna stjórnlagaráðs að frumvarpi til stjórnarskipunarlaga (hér eftir nefndar tillögur stjórnlagaráðs) er fjallað um ríkisborgararétt. Þar segir í 1. og 2. mgr.:

**„Rétt til íslensks ríkisfangs öðlast þeir sem eiga foreldri með íslenskt ríkisfang. Ríkisborgararéttur verður að öðru leyti veittur samkvæmt lögum.**

***Engan má svipta íslenskum ríkisborgararétti.“***

Ákvæði þessi fela í sér verulega breytingu á núverandi ákvæði stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, sem fjalla um ríkisborgararétt, sbr. 66. gr., en þar segir í 1. mgr.:

**„Engan má svipta íslenskum ríkisborgararétti. Með lögum má þó ákveða að maður missi þann rétt ef hann öðlast með samþykki sínu ríkisfang í öðru ríki. Útlendingi verður aðeins veittur íslenskur ríkisborgararéttur samkvæmt lögum.“**

### **1. Um 1. mgr. 4. gr. tillagna stjórnlagaráðs.**

Helsta breytingin í tillögum stjórnlagaráðs er ákvæði 1. másl. 1. mgr. 4. gr., sem er nýmæli. Þar segir að þeir sem eiga foreldri með íslenskt ríkisfang öðlist rétt til íslensks ríkisfangs. Þessi réttur til að öðlast íslenskt ríkisfang virðist vera skilyrðislaus, en ekki er skilgreint nánar hvað felist í því að eiga þennan rétt til ríkisfangs. Ef ákvæðið er lesið samkvæmt orðanna hljóðan má álykta að sá sem á íslenskt foreldri við fæðingu eigi þá um leið rétt á að vera skráður sem íslenskur ríkisborgari. Ákvæðið gæti einnig verið túlkað þannig að fái foreldri íslenskt ríkisfang með lögum eða samkvæmt lögum öðlist barn þess einnig rétt til íslensks ríkisfangs. Slíkur réttur gengi mun framur þeim reglum sem í dag gilda um íslenskan ríkisborgararétt, þar sem barn gæti til að mynda verið búsett erlendis eða komið yfir 18 ára aldur. Ef ákvæðið ber að túlka þannig að réttindi til ríkisborgararéttar skapist við það að eiga íslenskt foreldri við fæðingu, og að þau réttindi verði nánar útfærð í lögum, er orðalag ákvæðisins ekki heldur nógu skýrt til að skilja megi það á þann veg.

Í athugasemdum stjórnlagaráðs um 1. másl. 1. mgr. 4. gr. segir m.a., að þar sé kveðið á um hvað þurfi til að öðlast íslenskan ríkisborgararétt, en núgildandi stjórnarskrá geymi ekkert ákvæði um hvernig fólk öðlist ríkisborgararétt. Ákvæðið sé í samræmi við þá íslensku og norrænu hefð að ríkisborgararéttur erfist frá foreldrum. Ekki sé talið rétt að kveða einnig á um að öll börn sem fæðist á landinu fái sjálfkrafa íslenskan ríkisborgararétt eins og tíðkast t.d. í Bandaríkjunum. Þá segir að ekki þyki heldur rétt að kveða á um að allir sem eigi íslenska foreldra fái íslenskan ríkisborgararétt. Slík útvíkkun geti leitt til mikillar fjölgunar íslenskra ríkisborgara, einkum á erlendri grundu.

Bent er á að síðastnefnd skýring í athugasemdunum, að ekki þyki rétt að kveða á um að allir sem eigi íslenska foreldra fái íslenskan ríkisborgararétt, virðist ekki vera í fullu samræmi við ákvæði 1. másl. 1. mgr. 4. gr. í tillögum stjórnlagaráðs. Þetta ákvæði í athugasemdunum virðist fremur benda til þess að tiltekin réttindi skapist við það að eiga foreldri með íslenskan ríkisborgararétt við fæðingu, en að ekki skapist skilyrðislaus réttur, svo sem lesa má af ákvæðinu eins og það er orðað í tillögu stjórnlagaráðs.

Með hliðsjón af framansögðu er vakin athygli á því að orðalag 1. másl. 1. mgr. 4. gr., sem skv. athugasemdum stjórnlagaráðs segir hvað þurfi til að öðlast íslenskan ríkisborgararétt, er til þess fallið að valda misskilningi á því hvað virðist eiga að felast í ákvæðinu ef litið er til athugasemda með því. Einstaklingur gæti þannig talið sig eiga stjórnarskrárvarinn rétt til íslensks ríkisborgararéttar, umfram það sem lög gera ráð fyrir í dag og umfram það sem telja má að ætlunin hafi verið að kveða á um í



stjórnarskrá. Þar að auki er ákvæðið ekki tæmandi hvað varðar nágildandi reglur um ríkisborgararétt og má því segja að tillagan sé slitin úr samhengi við lög um íslenskan ríkisborgararétt nr. 100/1952. Í lögnum er til að mynda kveðið á um hverjir geta öðlast íslenskt ríkisfang við fæðingu, sbr. 1. gr. og 2. gr. (sjá neðangreint um 2. gr.) Annars vegar er í 1. mgr. 1. gr. tilgreint í hvaða tilvikum íslenskur ríkisborgararéttur myndast við að eiga foreldri með íslenskt ríkisfang við fæðingu. Ekki er unnt að sjá annað en að tillaga stjórnlagaráðs gangi lengra en lögin í því efni, eins og hún er nú orðuð.

Hins vegar er í 2. mgr. 1. gr. annað ákvæði um hvenær ríkisborgararéttur getur myndast við fæðingu hér á landi, þar sem segir að barn, sem fundist hefur hér á landi teljist, þar til annað reynist sannara, vera íslenskur ríkisborgari. Tillaga stjórnlagaráðs tekur ekki til þessa ákvæðis. Þá eru í lögum um íslenskan ríkisborgararétt að auki fleiri reglur um hvernig unnt er að öðlast íslenskan ríkisborgararétt.

Það að tiltaka í stjórnarskrá eina grunnhugmynd um það hvernig réttur til íslensks ríkisfangs getur myndast, óháð fleiri reglum sem lög kveða á um að veiti rétt til ríkisfangs, getur verið villandi. Ákvæði 1. másl. 1. mgr. 4. gr., sem tekið er úr samhengi við löggjöf um ríkisborgararétt, getur verið til þess fallið að valda örðugleikum við túlkun á því hverjir eigi rétt á að öðlast íslenskan ríkisborgararétt fremur en að skýra þær reglur. Þá ber einnig að hafa í huga að svo fortakslaut ákvæði í stjórnarskrá kann að binda hendur löggjafans við frekari þróun á reglum um ríkisfang. Að mati undirritaðrar er ákjósanlegra að vísa til löggjafar hvað varðar nánari reglur um það hvernig réttur til ríkisfangs myndast og hvernig ríkisfang er staðfest. Sú leið hefur víða verið farin.

Tillaga stjórnlagaráðs, eins og hún er orðuð, getur einnig verið villandi gagnvart túlkun á ákvæði 2. mgr. 2. gr. ríkisborgaralaga, þar sem kveðið er á um hvernig ríkisborgararéttur er staðfestur þegar ógift kona, sem er erlendur ríkisborgari, eignast barn erlendis með karlmanni sem er íslenskur ríkisborgari. Í þessum tilvikum myndast réttur til íslensks ríkisborgararéttar ekki sjálfkrafa við fæðingu, heldur er það mat föður og jafnvel barnsins, hafi það náð 12 ára aldri, hvort óska eigi eftir staðfestingu á ríkisborgararétti þess. Að baki því geta m.a. legið sjónarmið um að barnið geti misst ríkisborgararétt í heimaríki sínu við það að hljóta ríkisfang í öðru ríki. Annað sjónarmið er að fara þarf vel yfir gögn um fæðingu barna erlendis og gildi þeirra áður en ríkisfang er staðfest. Er bent á að flest hinna Norðurlandanna eru með sambærilega reglu í lögum og hér á landi og í öllum tilvikum eru nákvæmar reglur um framlagningu og staðfestingu erlendra gagna.

Í stjórnarskrám hinna Norðurlandanna er ekki að finna sambærilegt ákvæði og er í 1. másl. 1. mgr. 4. gr. tillögu stjórnlagaráðs. Í stjórnarskrá Noregs og Svíþjóðar er ekkert ákvæði um hvernig fólk öðlast ríkisborgararétt og í dönsku stjórnarskránni er að hluta til ákvæði er svipar til þess íslenska eins og það er í dag, um að ríkisborgararéttur sé veittur samkvæmt lögum. Í finnsku stjórnarskránni er hins vegar að finna ákvæði um ríkisborgararétt, en þar er aftur á móti vísað til þess að ríkisborgararéttur verði til við fæðingu vegna ríkisfangs foreldra *eins og nánar er ákvarðað í lögum*. Er því í finnsku stjórnarskránni alfarið vísað til laga um það hvernig réttur til ríkisfangs myndast, en ekki tilgreind ein regla af mörgum.

Í ljósi framangreinds er í fyrsta lagi mælt með að fara svipaða leið og önnur norræn ríki og láta löggjöf um að ákvarða með hvaða hætti unnt er að öðlast íslenskan ríkisborgararétt, en tilgreina ekki einn af fleiri möguleikum í þeim efnum í stjórnarskrá.

#### Niðurstaða um ákvæði 1. mgr. 4. gr. í tillögum stjórnlagaráðs:

- a. Lagt er til að 1. mgr. 4. gr. í tillögum stjórnlagaráðs mæli fyrir um að ríkisborgararéttur verði ákvarðaður í lögum og orðist þannig:

**„Menn öðlast íslenskan ríkisborgararétt eftir því sem nánar er mælt fyrir um í lögum.“**

Tillaga a. er í samræmi við tillögu stjórnlaganefndar.

- b. Önnur tillaga er að hafa það skýrt að ákvæði 1. málsl. 1. mgr. 4. gr., eins og hún nú er orðuð í tillögum stjórnlagaráðs, eigi við um þá sem við *fæðingu* eiga íslenskt foreldri og tengja þann rétt við nánari fyrirmæli í lögum.

Að tengja ákvæðið í tillögum stjórnlagaráðs við þá sem eiga við *fæðingu* íslenskt foreldri er meira í samræmi við það sem fram kemur í athugasemdum með tillögum stjórnlagaráðs.

Undirrituð telur hins vegar afar nauðsynlegt að vísa þá einnig til nánari fyrirmæla í lögum um þennan rétt. Annað gæti leitt til vandkvæða við túlkun ákvæðisins. Vegna mismunandi reglna um það hvernig ríkisfang er staðfest er útilokað að útfæra þær reglur í stjórnarskrá og því nauðsynlegt að tengja þær við löggjöf.

- c. Þriðja tillagan er að ákvæði 1. mgr. 66. gr. stjórnarskrárinnar standi óbreytt.

## **2. Um 2. mgr. 4. gr. tillagna stjórnlagaráðs.**

***„Engan má svipta íslenskum ríkisborgararétti.“***

Samkvæmt tillögu stjórnlagaráðs er fellt brott eftirfarandi ákvæði í núgildandi stjórnarskrá:

***„Með lögum má þó ákveða að maður missi þann rétt ef hann öðlast með samþykki sínu ríkisfang í öðru ríki.“***

Hér skal bent á að það er afar mikilvægt að þetta ákvæði, sem fellt er brott í tillögum stjórnlagaráðs, verði áfram í stjórnarskrá. Ef ákvæðið verður fellt niður er t.d. útilokað fyrir íslenskan ríkisborgara að óska eftir ríkisfangi í ríkjum sem gera það að skilyrði að maður afsali sér fyrra ríkisfangi við það að vera veittur nýr ríkisborgararéttur. Má þar nefna lönd eins og t.d. Danmörku og Noreg. Að fella niður ákvæðið gæti einnig gert íslenskum ríkisborgurum ókleift að sinna opinberri þjónustu í öðrum ríkjum, sem þeir hafa einnig ríkisborgararétt í, því í sumum tilvikum er ekki heimilt að vera með tvöfalt ríkisfang við þær aðstæður (þetta gæti t.d. átt við um herþjónustu og önnur skyld störf).

Vegna starfa undirritaðrar við málefni ríkisborgara um langa hríð get ég staðfest að til eru ótal dæmi um það að íslenskir borgarar nýta sér af ýmsum ástæðum þau mannréttindi sín að leysa sig undan íslensku ríkisfangi til þess að öðlast ríkisfang í öðru ríki. Verði ákvæðið fellt úr stjórnarskrá gætu íslenskir ríkisborgarar ekki lengur notið þessara sjálfsögðu mannréttinda.

Í ljósi þessa er eindregið mælt til þess að ákvæðið, um að heimilt sé að ákveða með lögum um missi íslensks ríkisfangs, verði áfram í stjórnarskrá, en það er jafnframt í samræmi við tillögu stjórnlaganefndar að sambærilegt ákvæðið verði í stjórnarskrá.

Að auki er lagt til að orðalag ákvæðisins verði lítillega umorðað og að í 2. mgr. 4. gr. verði ákvæðið um bann við sviptingu ríkisfangs bundið við að sá sem *löglega* hefur öðlast íslenskt ríkisfang verði ekki sviptur því. Er þetta lagt til í þeim tilgangi að koma í veg fyrir að stjórnarskrá banni að ríkisfang sé tekið af þeim sem gæti hafa öðlast ríkisfang, t.d. á grundvelli falsaðra gagna, eða með öðrum ólöglegum hætti.

Enn fremur er lagt til að í lok 2. mgr. 4. gr. verði bætt við texta um að einnig verði unnt að ákvarða um missi íslensks ríkisfangs með lögum ef maður er þá þegar með ríkisfang í öðru ríki., sbr. 12. gr. ríkisborgaralaga. Sambærilegt ákvæði er í lögum allra nágrannaríkja.

Niðurstaða um ákvæði 2. mgr. 4. gr. í tillögum stjórnlagaráðs:

Lagt er til að 2. mgr. 4. gr. í tillögum stjórnlagaráðs orðist svo:

*„Hver sá sem löglega hefur öðlast íslenskan ríkisborgararétt verður ekki sviptur honum. Með lögum má þó ákveða að maður missi þann rétt ef hann öðlast með samþykki sínu eða á ríkisfang í öðru ríki.*

**3. Niðurstaða:**

Í stað 1. og 2. mgr. 4. gr. tillagna stjórnlagaráðs er lagt til að komi ákvæði sem orðast svo:

a.

***Menn öðlast íslenskan ríkisborgararétt eftir því sem nánar er mælt fyrir um í lögum.***

***Hver sá sem löglega hefur öðlast íslenskan ríkisborgararétt verður ekki sviptur honum. Með lögum má þó ákveða að maður missi þann rétt ef hann öðlast með samþykki sínu eða á ríkisfang í öðru ríki.***

Tillaga þessi er að hluta til í samræmi við tillögu stjórnlaganefndar. Þó eru lagðar til lítils háttar breytingar.

b.

***Rétt til íslensks ríkisfang öðlast þeir sem við fæðingu eiga foreldri með íslenskt ríkisfang, eftir því sem nánar er mælt fyrir um í lögum. Ríkisborgararéttur verður að öðru leyti veittur samkvæmt lögum.***

***Hver sá sem löglega hefur öðlast íslenskan ríkisborgararétt verður ekki sviptur honum. Með lögum má þó ákveða að maður missi þann rétt ef hann öðlast með samþykki sínu eða á ríkisfang í öðru ríki.***

c.

Þriðja tillagan er að ákvæði 1. mgr. 66. gr. stjórnarskrárinnar standi óbreytt.

Að lokum vil ég geta þess að vegna samhengis virðist 3. mgr. 4. gr. í tillögum stjórnlagaráðs frekar eiga heima með efnisákvæðum 26. gr. tillagna stjórnlagaráðs.

26. september 2012

Fanney Óskarsdóttir, lögfræðingur í innanríkisráðuneytinu.

Við vinnslu þessa minnisblaðs var haft samráð við Skúla Guðmundsson, lögfræðing.

## **Minnisblöð um stjórnarskrá**

**Samið fyrir sérfræðingahóp vegna frumvarps að nýrri stjórnarskrá, c/o Páll Þórhallsson, forsætisráðuneytinu.**

Á fundi með Páli Þórhallssyni, 12. júlí 2012 var undirritaður beðinn um að taka saman minnispunkta fyrir sérfræðingahóp vegna frumvarps að nýrri stjórnarskrá, sem starfar fyrir stjórnskipunar og eftirlitsnefnd Alþingis. Um samdist að minnisblöðin myndu varða eftirfarandi málefni:

**A.** Um 39. gr. tillagna stjórnlagaráðs. Minnisblaðið yrði notað sem grundvöllur að hugsanlegum breytingartillögum við 39. gr., viðbótum við greinargerð eða athugasemdum í skilabréfi.

**B.** Tillögur stjórnlagaráðs um forseta Íslands, hvaða helstu breytingar felast í tillögunum ásamt samanburði við valin erlend ríki þar sem er þjóðkjörinn forseti. Minnisblaðið yrði notað sem grundvöllur að viðbótum við almennar athugasemdir við IV. kafla tillagna Stjórnlagaráðs.

**C.** Forsetakosningar, kostir og gallar þeirrar leiðar sem lögð er til í 78. gr. tillagna Stjórnlagaráðs og samanburður við kosningakerfi í völdum ríkjum þar sem er þjóðkjörinn forseti. Minnisblaðið yrði notað sem grundvöllur að hugsanlegum breytingartillögum við 78. gr., viðbótum við greinargerð eða athugasemdum í skilabréfi.

**D.** Hlutverk forseta við stjórnarmyndun skv. 90. gr. tillagna Stjórnlagaráðs og nýtt fyrirkomulag vantrausts á ráðherra skv. 91. gr. tillagna Stjórnlagaráðs. Minnisblaðið yrði notað sem grundvöllur að hugsanlegum breytingartillögum við 90. og 91. gr., viðbótum við greinargerð eða athugasemdum í skilabréfi.

**E.** Stærstu álitamálin varðandi 65-67. gr.

Minnisblöðin fylgja í eftirfarandi röð:

1. Minnisblað 1: Þjóðaratkvæðagreiðslur
2. Minnisblað 2: Persónukjör
3. Minnisblað 3: Forsetakosningar

4. Minnisblað 4: Stjórnarmyndun og vantraust
5. Minnisblað 5: Forsetaembættið

Í minnisblöðunum eru reifuð almenn álitæfni varðandi tillögur stjórnlagaráðs og þann rökstuðning sem þeim fylgir. Einstök álitæfni varðandi útfærsluna eru einnig skoðuð. Vert er samt að taka fram að hér er ekki um niðurstöður ítarlegrar rannsóknarvinnu að ræða þótt full ástæða væri til, í mörgum tilvikum, að frekari rannsókn færi fram.

20. ágúst 2012

Dr. Gunnar Helgi Kristinsson, prófessor í stjórnmálafræði við Háskóla Íslands

## Minnisblað 1: Þjóðaratkvæðagreiðslur

Í stjórnarskrárdrögum stjórnlagaráðs er að finna eftirfarandi ákvæði um þjóðaratkvæðagreiðslur sem fram fara fyrir tilverknað kjósenda.

### *65. gr. Málskot til þjóðarinnar.*

Tíu af hundraði kjósenda geta krafist þjóðaratkvæðis um lög sem Alþingi hefur samþykkt. Kröfuna ber að leggja fram innan þriggja mánaða frá samþykkt laganna. Lögin falla úr gildi ef kjósendur hafna þeim, en annars halda þau gildi sínu. Alþingi getur þó ákveðið að fella lögin úr gildi áður en til þjóðaratkvæðis kemur.

Þjóðaratkvæðagreiðslan skal fara fram innan árs frá því að krafa kjósenda var lögð fram.

### *66. gr. Þingmál að frumkvæði kjósenda.*

Tveir af hundraði kjósenda geta lagt fram þingmál á Alþingi.

Tíu af hundraði kjósenda geta lagt frumvarp til laga fyrir Alþingi. Alþingi getur lagt fram gagn tillögu í formi annars frumvarps. Hafi frumvarp kjósenda ekki verið dregið til baka skal bera það undir þjóðaratkvæði, svo og frumvarp Alþingis komi það fram. Alþingi getur ákveðið að þjóðaratkvæðagreiðslan skuli vera bindandi.

Atkvæðagreiðsla um frumvarp að tillögu kjósenda skal fara fram innan tveggja ára frá því málið hefur verið afhent Alþingi.

### *67. gr. Framkvæmd undirskriftasöfnunar og þjóðaratkvæðagreiðslu.*

Mál sem lagt er í þjóðaratkvæðagreiðslu að kröfu eða frumkvæði kjósenda samkvæmt ákvæðum 65. og 66. gr. skal varða almannahag. Á grundvelli þeirra er hvorki hægt að krefjast atkvæðagreiðslu um fjárlög, fjárukalög, lög sem sett eru til að framfylgja þjóðréttarskuldbindingum né heldur um skattamálefni eða ríkisborgararétt. Þess skal gætt að frumvarp að tillögu kjósenda samrýmist stjórnarskrá. Rísi ágreiningur um hvort mál uppfylli framangreind skilyrði skera dómstólar þar úr.

Í lögum skal kveðið á um framkvæmd málskots eða frumkvæðis kjósenda, svo sem um form og fyrirvar fyrir kröfunni, tímalengd til söfnunar undirskrifta og um fyrirkomulag þeirra, hverju megi til kosta við kynningu, hvernig afturkalla megi kröfuna að fengnum viðbrögðum Alþingis, svo og um hvernig haga skuli atkvæðagreiðslu.

Auk ákvæða 65-67. gr. er fjallað um þjóðaratkvæðagreiðslur í 60 gr. (málskot forseta), 84. gr. (forseti leystur frá embætti), 111. gr. (framsal ríkisvalds) og 113. gr. (stjórnarskrárbreytingar). Viðfangsefni þessa minnisblaðs er að mestu bundið við ákvæði 65-67. gr. Vert er hins vegar að

hafa í huga að ef tillögur stjórnlagaráðs verða að veruleika bætast ekki bara ákvæði 65-67. gr. við umfjöllun stjórnarskrárinnar um þjóðaratkvæðagreiðslur heldur er haldið inni málskotsrétti forseta og bætt við ákvæðum um þjóðaratkvæði vegna framsals ríkisvalds og breytinga á stjórnarskrá. Hvergi er að finna mat á því í tillögum stjórnlagaráðs hvernig líklegt sé að þessi mismunandi ákvæði um þjóðaratkvæðagreiðslur komi til með að spila saman.

Í greinargerð með 65. gr. frumvarpsins segir að „greinin byggist að hluta til á tillögum stjórnlaganefndar um þjóðarfrumkvæði“. Reyndar fjallar 65. gr. ekki um þjóðarfrumkvæði, heldur 66 gr., en sé engu að síður leitað að röksemdum í 13. kafla skýrslu stjórnlaganefndar – sem fjallar um lýðræðislega þátttöku almennings og beint lýðræði – virðist kjarninn í málflutningi stjórnlagaráðsins vera eftirfarandi:

„Almennt eru þjóðaratkvæðagreiðslur taldar samræmast lýðræði að ákveðnum skilyrðum fullnægðum og þá kenndar við beint lýðræði (bls. 170).“

„Af niðurstöðum þjóðfundar má ráða eindregna kröfu um aukna aðkomu þjóðarinnar að ákvörðunum í mikilvægum málum (bls. 171).“

„Nefndin telur rétt að gera tillögu um að ákveðinn hluti kjósenda geti óskað eftir þjóðaratkvæðagreiðslu (bls. 172).“

Þessi málflutningur veitir því miður ekki mikla innsýn í hvaða markmiðum ákvæði 65-67. gr. eiga að ná. Í úttektarhluta skýrslu stjórnlaganefndar er að finna greinargerð eftir Dóru Guðmundsdóttur sem nefnist „Þjóðaratkvæðagreiðslur í erlendum rétti: Samanburðarrannsókn“.<sup>1</sup> Þar segir meðal annars:

„Þau sjónarmið sem almennt eru færð fram til stuðnings þjóðaratkvæðagreiðslum eru þau að með því að skjóta tilteknum ákvörðunum til þegnanna sé tryggt að ákvörðunin sé lögmæt, í þeim skilningi að ákvörðunin njóti ótvírætt stuðnings þeirra. Byggist þetta á því að grundvallaratriði lýðræðisfyrirkomulagsins felist í ákvarðanatöku fólksins og að ákvarðanir séu almennt taldar njóta meiri stuðnings ef þær eru teknar beint.“<sup>2</sup>

Ef þetta er rétt vaknar sú spurning hvers vegna skrefið sé ekki tekið til fulls og *allar* helstu ákvarðanir útkljáðar í þjóðaratkvæðagreiðslum. Í greinargerðinni er bent á nokkur tilvik þar sem þjóðaratkvæðagreiðslur kunni að eiga illa við, t.d. ef

<sup>1</sup> Dóra Guðmundsdóttir 2011. „Þjóðaratkvæðagreiðslur í erlendum rétti: Samanburðarrannsókn“, Skýrsla stjórnlaganefndar 2011, 1. Bindi (Reykjavík: Stjórnlaganefnd).

<sup>2</sup> Sama heimild, bls. 334. Í heimild er vitnað til Butler og Ranney (ritstj.) (1994) *Referendums around the world* (Washington: AEI Press) bls. 14 þessari skoðun til stuðnings.

- „einstakir þegnar hafi hvorki þekkingu né færni til að taka vel upplýstar ákvarðanir í flóknum málum“, sem geti átt við til dæmis í flóknum samfélögum;
- Þjóðaratkvæðagreiðslur grafa undan fulltrúalýðræði (eins og sumir andstæðingar þeirra telja); eða
- hætta er á að meirihlutinn gangi á rétt minnihlutahópa.

Þessi framsetning kallar á að ýmis álitamál séu skoðuð. Í fyrsta lagi er vísað til vilja þjóðfundar, sem vekur spurningar um gildi þeirrar aðferðafræði sem þar var notuð og hvaða lærdóma megi af honum draga. Í öðru lagi er ástæða til að spyrja, meðal annars með hliðsjón af reynslu íslenskra sveitarfélaga af því að útkljá deilumál í almennum atkvæðagreiðslum hvort sú staðhæfing að þjóðaratkvæðagreiðslur tryggji að ákvarðanir njóti ótvírætt stuðnings kjósenda byggji á traustum staðreyndagrunni.<sup>3</sup> Í þriðja lagi er ástæða til að skoða með hvaða hætti sé tekið á þeim vanköntum þjóðaratkvæðagreiðslna og varnögnum sem nefndir eru í greinargerð Dóru Guðmundsdóttur í tillögum stjórnlagaráðs.

### **Þjóðfundaraðferðin**

Hlutverk þjóðfundar, samkvæmt bráðabirgðaákvæði laga nr. 90/2010 var að „kalla eftir meginsjónarmiðum og áherslum almennings varðandi stjórnskipan landsins og stjórnarskrá og breytingar á henni“. Gerð er grein fyrir framkvæmd „þjóðfundarins“ sem haldinn var í Reykjavík 6. nóvember 2010 í 1. bindi Skýrslu stjórnlaganefndar, III. þætti. Þar er einnig vísað í vefslóðina [www.thjodfundur2010.is](http://www.thjodfundur2010.is) um nánari upplýsingar. Hvergi er í þessu efni fjallað um þau aðferðafræðilegu álitafni sem hljóta að koma upp við að „kalla eftir meginsjónarmiðum og áherslum almennings varðandi stjórnskipan landsins“ á eins dags löngum fundi. Ekki er þar heldur vísað í alþjóðlega viðurkenndar aðferðir á þessu sviði<sup>4</sup> né hvaða takmörkunum þær eru háðar. Hins vegar segir á heimasíðu þjóðfundar sem „Maurapúfan“ stóð fyrir árið áður:

Á síðari árum hefur orðið æ ljósara að stórir hópar búa yfir innsæi og viti sem einstaklingarnir innan hópanna eru sér ekki meðvitaðir um. Þekkt dæmi af þessu fyrirbrigði í náttúrunni er maurapúfa. Maurapúfa er samyrkjubú margra miljóna maura sem hver og einn hefur ákaflega takmarkað vit og stjórnast eingöngu af eðlishvötum. Ef ytri ógn stafar að maurapúfunni, ef til að mynda nálæg á er í vexti og grefur úr

<sup>3</sup> Í því efni má rifja upp að atkvæðagreiðsla um hundahald í Reykjavík leiddi til niðurstöðu sem var þvert á úrslit atkvæðagreiðslunnar, atkvæðagreiðsla um framtíð Reykjavíkurflugvallar skildi málið eftir í fullkominni óvissu og atkvæðagreiðsla um breytingar á skipulagi vegna stækkunar álvers í Hafnarfirði virðist alls ekki hafa útkljáð málið endanlega.

<sup>4</sup> Sjá t.d. G. Smith 2009. *Democratic innovations. Designing institutions for citizen participation* (Cambridge: CUP).



árbakkanum og nálgast maurapúfuna bregst maurapúfan við og færir sig lengra frá ánni. Enginn maur tekur þessa ákvörðun – maurapúfa sem heild hefur vit sem engum mauranna er gefið og enginn mauranna veit af. Staðfestingar hafa fengist fyrir því að þannig sé þetta líka í mannheimum (<http://www.thjodfundur2009.is/thjodfundur/maurathufan/>).

Ekki kemur þó fram hvaða staðfestingar þetta eru. Vilhjálmur Árnason, prófessor í heimspeki, hefur bent á að aðferðafræði maurapúfunnar, sá takmarkaði tími sem til stefnu var og mikill fjöldi þátttakenda hafi í raun hindrað að þjóðfundurinn gæti verið vettvangur gagnrýnnar skoðunar og upplýstra skoðanaskipta. Flókin pólitísk álitamál eru við slíkar aðstæður smættuð niður í sameiginleg síðferðileg gildi sem talið er að ganga megi að vísunum í hópnum, án þess að rökræða hafi farið fram.<sup>5</sup>

Af þessum sökum er vart hægt að líta svo á að umfjöllun þjóðfundar sé traustur grundvöllur til að byggja á róttæka uppstokkun á íslensku fulltrúalýðræði. Aðferðir af þessu tagi geta verið upplýsandi fyrir ákvarðanatakendur, en koma ekki í stað ítarlegrar umfjöllunar og rökstuðnings.

### **Tryggja þjóðaratkvæðagreiðslur að ákvarðanir njóti stuðnings kjósenda?**

Viss ástæða er til að draga í efa staðreyndagrundvöll þeirrar fullyrðingar að þjóðaratkvæðagreiðslur tryggi að ákvarðanir njóti ótvírætt stuðnings kjósenda. Fjöldmörg dæmi eru um misnotkun einræðisstjórna á þjóðaratkvæðagreiðslum, þar sem „Anschluss“ atkvæðagreiðslan í Austurríki 1938 um sameininguna við Þýskaland er bara eitt af mörgum, en þá áttu 99,7% að hafa kosið með sameiningunni. Reynsluathuganir í lýðræðisríkjum benda til að mörg atriði geti haft áhrif á niðurstöður þjóðaratkvæðagreiðslna önnur en vilji almennings. Niðurstaða Tsebelis<sup>6</sup> er að kenningin um að vilji almennings ráði niðurstöðum þjóðaratkvæðagreiðslna, eins og Rousseau setti hana fram, sé „yfirmáta bjartsýn“ (e. wildly optimistic). Nefna má nokkur dæmi:

- Lítil þátttaka í þjóðaratkvæðagreiðslu getur þýtt að mjög lítil hluti kjósenda ræður niðurstöðu. Þetta á ekki síst við ef mjótt er á munum hvað úrslit varðar. Rétt er að hafa í huga að almennt er þátttaka í þjóðaratkvæðagreiðslum mun minni en í almennum þingkosningum og í Sviss, þar sem kosið er að meðaltali fjórum sinnum á ári um

<sup>5</sup> Vilhjálmur Árnason Þ „Financial collapse and democratic reconstruction in Iceland. Væntanleg í Guðmundur Jónsson og Kolbeinn Stefánsson (ritstj.): *Crisis and Renewal: Welfare States, Equality and Democracy in Hard Times*. University of Helsinki, NORDWEL Series (væntanleg 2013), Kafli 18.

<sup>6</sup> G. Tsebelis 2002. *Veto players. How political institutions work* (Princeton: Princeton University Press) bls. 135.

margvísleg málefni, er kosningabátttaka í þjóðaratkvæðagreiðslum að meðaltali um 40%. Mikill fjöldi kosninga hefur tilhneigingu til að þreyta kjósendur og minnka kjörsókn.

- Í þjóðaratkvæðagreiðslum eru einstök mál útkljáð án þess að vera sett í samhengi við aðrar ákvarðanir sem þeim kunna að tengjast. Afleiðing þess að skoða vinsælar tillögur hverja fyrir sig getur verið stórkostlegt ósamræmi í opinberri stefnumótun, sem m.a. hefur átt drjúgan þátt í fjárhagshremmingum Kaliforníuríkis í Bandaríkjunum, þar sem almennar atkvæðagreiðslur eru oft viðhafðar.<sup>7</sup> Hlutverk stjórnmalaflokka og fulltrúaþinga er að búa til heildstæða stefnu þar sem lögð eru drög að stefnu í mörgum málum samtímis. Í þjóðaratkvæðagreiðslu er ekki víst að neinn gegni þessu hlutverki (einkum ef um þjóðarfrumkvæði er að ræða). Það eykur jafnframt hættuna á að takmarkanir atkvæðagreiðsluformsins ráði niðurstöðu frekar en óskir kjósenda. Þversagnir lýðræðislegra atkvæðagreiðslna eru vel þekktar og almennt viðurkennt að engin ein aðferð við atkvæðagreiðslu skilar fullkomnum niðurstöðum.<sup>8</sup> Í mörgum tilvikum er ekki til neinn almennur vilji kjósenda og jafnvel enginn raunverulegur meirihlutavilji.
- Ákvörðun kjósenda getur ráðist af mörgu öðru en því málefni sem er til afgreiðslu. Þekking kjósenda og áhugi er mismunandi og oft er afstaða þeirra íhaldsöm gagnvart breytingum sem þeir skilja ekki til fullnustu. Í sumum tilvikum fylgja þeir leiðsögn stjórnmalaflokka eða annarra samtaka sem þeir styðja en í öðrum láta þeir önnur atriði, t.d. óánægju með ríkisstjórn, ráða ákvörðun sinni fremur en efnisatriði mála eins og iðulega gerist í kosningum. Kosningar skila niðurstöðum jafnvel þegar kjósendur hafa litla innsýn í það efni sem kosið er um.
- Sú hættu er til staðar að þjóðaratkvæðagreiðslur verði verkfæri áhrifamikilla hópa eða stofnana í samfélaginu. Hvaða málefni koma til þjóðaratkvæðagreiðslu getur við slík skilyrði ráðist af hagsmunum þeirra frekar en almennu mati á mikilvægi mála. Ríkisstjórn getur kosið að firra sig ábyrgð á tilteknum málum í þjóðaratkvæðagreiðslu og ríkisstjórn eða forseti getur reynt að skapa sér pólitíska vígstöðu með ákvörðun um að nota þjóðaratkvæðagreiðslur. Hið sama geta hins vegar einnig skipulögð samtök og hagsmunaaðilar gert ef þjóðaratkvæðagreiðslur eru framkallaðar með undirskriftum og gera má ráð fyrir að áhrif fjársterkra aðila og fjölmiðla aukist með mikilli notkun þjóðaratkvæðagreiðslna.

---

<sup>7</sup> Sjá t.d. *The Economist* 20. Apríl 2011 „The perils of extreme democracy“  
<http://www.economist.com/node/18586520>

<sup>8</sup> Sjá t.d. J. Gill og G. Jason 2002. „Why does voting get so complicated?“ *Statistical Science* 17:4 383-404.

Hversu vel tekst til um undirbúning og útfærslu opinberrar stefnumótunar og þjónustu kann auk þess að vera sterkari áhrifaþáttur á stuðning almennings við stofnanir stjórnkerfisins heldur en það hversu víðtæk þátttaka er við afgreiðslu á tillögum.<sup>9</sup> Engin trygging er fyrir því að tíð notkun atkvæðagreiðslna leiði til vandaðrar stefnumótunar. Raunar er ástæða til að hafa áhyggjur af því að vandaður undirbúningur mála kynni að líða fyrir mikið vægi almennra atkvæðagreiðslna. Það gæti veikt stuðning við stofnanir stjórnkerfisins og dregið úr lögmæti þeirra.

### Hvernig er tekið á takmörkunum þjóðaratkvæðagreiðslna?

Í skýrslum stjórnlaganefndar og tillögum stjórnlagaráðs er í nokkrum mæli reynt að taka á þeim annmörkum sem þjóðaratkvæðagreiðslur eru háðar. Í greinargerð Dóru Guðmundsdóttur er rætt um þrenns konar annmarka: a) að kjósendur skorti þekkingu eða færni í flóknum málum; b) að þjóðaratkvæðagreiðslur geti grafið undan fulltrúalýðræði og c) að meirihlutinn geti gengið á rétt minnihlutahópa.

#### *Þekking og færni*

Ákveðnir málaflokkar eru samkvæmt 67. gr. undanþegnir þjóðaratkvæðagreiðslum (bæði málskoti skv. 65. gr. og þjóðarfrumkvæði skv. 66. gr. en reyndar ekki málskoti forseta skv. 60. gr.). Þannig verður mál að varða almannahag og ekki er hægt að krefjast atkvæðagreiðslu um fjárlög, fjárákalog, lög sem sett eru til að framfylgja þjóðréttarskuldbindingum, skattamálefni né ríkisborgararétt. Í skýrslu stjórnlaganefndar er vísað til þess að í Danmörku séu hliðstæð ákvæði í stjórnarskrá. Gera má ráð fyrir – þótt það komi ekki skýrt fram – að tilgangur þessarar takmörkunar sé meðal annars að draga úr hættunni á að fjáröflun ríkisins verði hindruð um of, hættunni á vinsældakeppni góðra málefna um fjárveitingar eða hættunni á að dregið sé óhóflega úr trúverðugleik ríkisins í milliríkjasamskiptum. Eftir sem áður virðist það tilgangur frumvarphöfunda að þjóðaratkvæðagreiðslur af þessu tagi verði mikið notaðar, enda var tiltölulega lágur þröskuldur undirskrifa (10%) valinn með tilliti til þess.<sup>10</sup> Samkvæmt 66. gr. geta 2% kjósenda (4.700 kjósendur) lagt fram þingmál á Alþingi og 23.500 geta lagt fram frumvarp, sem fer í þjóðaratkvæðagreiðslu innan tveggja ára ef það er ekki samþykkt eða semst um annað. Þetta þýðir að tiltölulega fámenntir hópar kjósenda geta komið málum á dagskrá þingsins.

<sup>9</sup> Sbr. Bo Rothstein 2009. „Creating political legitimacy. Electoral democracy versus quality of government“ *American Behavioral Scientist*, 53:3, 311-330.

<sup>10</sup> Sjá *Frumvarp til stjórnarskipunarlaganna ásamt skýringum*, 2011 (Reykjavík: Stjórnlagaráð) bls. 133.

Hvernig, nákvæmlega, tölur eins og 10% og 2% eru valdar fær samt hvergi neinn viðhlítandi rökstuðning. Áhugamannasamtök geta hæglega framkallað þjóðaratkvæðagreiðslur ef þau ná rösklega 20 þús. undirskriftum en hið sama á við um öflug hagsmunasamtök eða fjársterka aðila. Á móti kemur að niðurstöður þjóðaratkvæðagreiðslu sem ber að með þessum hætti (66. gr.) eru ekki bindandi (ólíkt 65. gr.).

Með þessum hætti eru tekin róttækari skref í áttina að beinu lýðræði á Íslandi en fyrirfinnast í öðrum Evrópulöndum að Sviss undanskildu. Ólíklegt verður að teljast að þjóðaratkvæðagreiðslur í slíku kerfi muni einskorðast við málefni sem vekja almennan áhuga kjósenda eða málefni þar sem auðvelt er að stilla upp skýrum og auðskiljanlegum valkostum. Þetta fyrirkomulag mun óefað hafa þau áhrif að fæla stjórnvöld frá því að taka ýmsar erfiðar ákvarðanir og gæti lamað stefnumótun í ýmsum málaflokkum. Hugsanlegt er einnig að afleiðingin yrði sú að þjóðaratkvæðagreiðslur hvettu til myndunar ofurmeirihluta í þinginu, til að draga úr hættu á að tapa þjóðaratkvæðagreiðslu og jafnvel að þingræðið yrði óvirkt, eins og í Sviss.<sup>11</sup>

#### *Þjóðaratkvæði og fulltrúalýðræði*

Sú röksemd að notkun þjóðaratkvæðagreiðslna grafi undan fulltrúalýðræðinu snýst um þá forsendu – sem er að mestu óumdeild – að fulltrúalýðræði sé meginstoð lýðræðis í samtímanum. Ef hætta sé á að aukin notkun beins lýðræðis (þ.e. þjóðaratkvæðagreiðslna) grafi undan fulltrúalýðræðinu gæti það veikt lýðræðið frekar en styrkt það.

Fulltrúalýðræði byggir á því fyrirkomulagi að kjósendur framselja vald til kjörinna fulltrúa sem þeir treysta til að vinna í sína þágu tiltekið tímabil. Að þeim tíma liðnum bera hinir kjörnu fulltrúar – eða í reynd oftast flokkar þeirra – ábyrgð gagnvart kjósendum. Ef hinir kjörnu fulltrúar fá hins vegar ekki tækifæri til að framkvæma stefnu sína, til dæmis vegna þess að niðurstöður þjóðaratkvæðagreiðslna eru þeim óhagstæðar, verður ábyrgð þeirra óljósari. En kjörnir fulltrúar geta líka notað þjóðaratkvæðagreiðslur til að víkja sér undan ábyrgð. Í stað þess að taka á erfiðum málum í þingkosningum geta þeir ákveðið að skjóta þeim í þjóðaratkvæðagreiðslu þar sem þeir telja sig enga ábyrgð bera á niðurstöðum. Jafnframt geta þeir reynt að fordást erfiðar umræður á þingi með því að skjóta málum í þjóðaratkvæðagreiðslu áður en þingafgreiðsla fer fram. Slíkt getur lamað stjórnarandstöðuna þegar til afgreiðslu mála á þingi kemur vegna þess að flókið getur verið að útskýra hvers vegna kosið sé gegn niðurstöðu þjóðaratkvæðagreiðslu.

<sup>11</sup> Papadopoulos, Y. 2001. „How does direct democracy matter? The impact of referendum votes on politics and policy-making.“ *West European Politics*, 24: 35-58.

Rökin um að beint lýðræði geti grafið undan pólitískri ábyrgð í fulltrúalýðræði eru sterkust varðandi þjóðaratkvæðagreiðslur sem boðað er til af ríkisstjórnnum.<sup>12</sup> Tengsl annars konar þjóðaratkvæðagreiðslna við lýðræðislega ábyrgð eru mun flóknari. Hugsanlegt er að þjóðaratkvæðagreiðslur sem boðað er til um löggjöf að frumkvæði minnihluta þings eða ákveðins hlutfalls kjósenda geti orðið ríkisstjórnnum hvati til að leita samstöðu. Það má telja til jákvæðra afleiðinga þjóðaratkvæðagreiðslna. Ekki er hins vegar ljóst af tillögum stjórnlagaráðs hvers vegna sú leið er farin að veita 10% kjósenda heimild til að framkalla þjóðaratkvæðagreiðslu frekar en til að mynda þriðjungi þings, eins og gert er í Danmörku. Um það fyrirkomulag segir í skýrslu Stjórnlaganefndar:

Lagt hefur verið til að minnihluti þingmanna, eða þriðjungur þeirra, geti krafist þjóðaratkvæðagreiðslu um mál. Hér er einkum vísað til danskrar fyrirmyndar og reynslu af henni (42. gr. dönsku stjórnarskrárinnar). Á hinn bóginn hefur verið á það bent að minnihluti þings geti misnotað slíka heimild með ýmsum hætti og gert meirihluta Alþingis erfitt fyrir að reka mál í þinginu. Einnig er á það bent að minnihluti Alþingis geti ávallt skorað á forseta að beita málskotsrétti sínum. Í því ljósi sé þessi heimild því ónauðsynleg (Skýrsla stjórnlaganefndar I, 173).

Reynslan af danska ákvæðinu er að því hefur ekki verið misbeitt af stjórnarandstöðunni og bara einu sinni hefur þjóðaratkvæðagreiðsla farið fram á grundvelli þess.<sup>13</sup> Engu að síður hefur það haft víðtæk áhrif á dönsk stjórnsmál með því að veita ríkisstjórnnum hvata til að ráðgast við minnihlutann á þingi.<sup>14</sup> Röksemdin um að minnihluti þings geti skorað á forseta virðist ekki sterk í ljósi þess að synjun forseta (sbr. nógildandi 26. gr.) er í reynd hrein geðþóttaákvörðun forseta sem hann getur beitt með mismunandi hætti frá einum tíma til annars. Rökin gegn því að minnihluti þings geti skotið málum í þjóðaratkvæðagreiðslu virðast ekki sterk. Auðvitað er ekki hægt að útiloka að áhrifin af slíku ákvæði yrðu önnur á Íslandi en í Danmörku. En miðað við að hin almenna afstaða sem finna má í stjórnarskrárrögunum er að auka skuli notkun þjóðaratkvæðagreiðslna skýtur talsvert skökku við að það sé haft á móti þessu fyrirkomulagi að það kynni að verða notað um of. Mikilvægur munur á þjóðaratkvæðagreiðslu með söfnun undirskrifa og þjóðaratkvæðagreiðslu fyrir tilstilli minnihluta þings er að minnihluti þingsins ber

<sup>12</sup> Sjá M. Setälä 2006. „On the problems of responsibility and accountability in referendums“, *European Journal of Political Research*, 45, 699-721.

<sup>13</sup> Reyndar voru í upphafi til staðar svipaðar áhyggjur í Danmörku og fram hafa komið hér um að ákvæðinu yrði misbeitt, en þær hafa ekki reynst á rökum byggðar, sjá Fonsmark, H. (1992) „Om folkeafstemninger i det repræsentative demokrati“ í Niels Helveg Petersen (red). *På sporet af den nye grundlov* (Khöfn.: Gyldenda), bls. 75.

<sup>14</sup> P. Svenson 1996. Denmark: The referendum as minority protection“, í M. Gallagher og P. Uleri (ritstj.) *The referendum experience in Europe*. Basingstoke: Macmillan Press.

pólítíska ábyrgð í almennum kosningum og gæti goldið þess þar ef hann nýtti færi af þessu tagi um of. Engin slík sjónarmið gilda hins vegar um hópa sem kynnu að vilja efna til þjóðaratkvæðagreiðslna á grundvelli undirskrifta. Í tillögunum virðist því róttækari leiðin vera valin á þeim grundvelli að hin hófsamari sé of róttæk.

Í umsögn Fenejjanefndarinnar um finnsku stjórnarskrána er hvatt til varkárni í því að innleiða róttæk ákvæði um þjóðaratkvæðagreiðslur:

Auknir möguleikar á að halda þjóðaratkvæðagreiðslur eða ákvarðanir um bindandi áhrif þeirra eða um þjóðarfrumkvæði er algerlega pólítísk spurning. Það þarf að taka með í reikninginn, engu að síður, að ef reynslan af slíku er neikvæð eða jafnvel sú að þjóðaratkvæðagreiðslur séu misnotaðar, þá er mjög erfitt að afnema þær aðferðir sem boðið hefur verið upp á varðandi þetta tiltekna form beins lýðræðis. Stjórnámálamenn og stjórnámálaflokkar myndu lenda í verulegum vandræðum ef þeir þyrftu að útskýra afnám þess. Þess vegna þarf að sýna sérstaka aðgát við útvíkkun á reglum um þjóðaratkvæðagreiðslur.<sup>15</sup>

Engar kröfur eru til þess gerðar samkvæmt tillögum stjórnlagaráðs að ákveðið hlutfall kjósenda þurfi að styðja málstað samkvæmt 65. gr. til að lög falli úr gildi og sama á raunar við um 60 gr. um málskot forseta. Þjóðaratkvæðagreiðsla með 30% þátttöku getur skákað ákvörðun alþingis sem hugsanlega var kjörið með 80% þátttöku. Þegar mið er tekið af því að gera má ráð fyrir að kjörsókn í þjóðaratkvæðagreiðslum verði að öðru jöfnu mun minni en í almennum þingkosningum hefði verið eðlilegt að huga að kröfu um lágmarksstuðning í þjóðaratkvæðagreiðslu.<sup>16</sup>

### *Minnihlutabópar*

Við þjóðaratkvæðagreiðslur ræður meirihlutinn og ástæða er til að hafa af því áhyggjur hvort hagsmunir minnihlutans verði fyrir borð bornir í stjórnkerfi þar sem þjóðaratkvæðagreiðslur eru tíðar. Um þetta segir í greinargerð sem fylgir skýrslu stjórnlaganefndar:

Þá er það algengt að bent sé á hættu fyrir minnihlutahópa, ef ákvarðanir eru teknar af meirihluta með beinni þátttöku, og að slíkt fyrirkomulag geti leitt til þess að gengið sé á

<sup>15</sup> European Commission for Democracy through Law 2008. *Opinion on the Constitution of Finland*. Opinion no. 420/2007, bls. 9

<sup>16</sup> Mikilvægt er hins vegar að slík ákvæði kveði ekki á um lágmarksþátttöku í þjóðaratkvæðagreiðslu, sem auðvelt er að misnota. Þeir sem virðast ætla að verða undir í þjóðaratkvæðagreiðslu gætu við slík skilyrði haft hvata af því að sitja heima (svo atkvæðagreiðslan yrði ekki bindandi) fremur en að kjósa í samræmi við sannfæringu sína.

rétt minnihlutahópa. Sú röksemd á þó einkum við, eins og Butler og Ranney benda á, þegar um þjóðarfrumkvæði er að ræða, þar sem tæpast er hægt að gera ráð fyrir að tillögur sem upprunnar eru hjá lýðræðislegum stofnunum, feli í sér slíka áhættu.<sup>17</sup>

Ekki verður betur séð en að höfundur telji að þjóðarfrumkvæði skapi sérstaka hættu á að gengið sé á rétt minnihluta. Engu að síður er í tillögum stjórnlagaráðs lagt til að þjóðarfrumkvæði verði tekið upp í stjórnarskrá á Íslandi, án þess að tilraun sé gerð til þess í greinargerð ráðsins að útskýra hvaða rök liggi þar á bakvið eða hvernig tekið skuli á þeim vanda sem bent er á í greinargerð.

Í tillögum stjórnlagaráðs er ekki gert ráð fyrir að þjóðaratkvæðagreiðslur um tillögur byggðar á þjóðarfrumkvæði séu bindandi. Það mildar hugsanlega áhrif þeirrar róttæku nýbreytni sem upptaka þjóðarfrumkvæðis er. Á hinn bóginn gefur slíkt kjósendum tvöföld skilaboð. Annars vegar eru þeir spurdir ráða. Hins vegar halda stjórnvöld réttinum til að ákveða hvað gert verður við niðurstöðurnar. Slíkt hefur neikvæð áhrif á áhuga í aðdraganda kosningar og dregur í flestum tilvikum úr kjörsókn.

## Niðurstaða

Varfærinnar þróunar hefur gætt í lýðræðisríkjum undanfarna áratugi til þess að auka vægi þjóðaratkvæðagreiðslna í opinberri ákvarðanatöku. Á þessari þróun eru margháttadar skýringar sem ekki gefst færi á að rekja hér. Vert er að hafa í huga að mikil notkun þjóðaratkvæðagreiðslna er bundin við fá ríki og notkun þeirra á Norðurlöndunum – sem á margan hátt búa við þróuðustu lýðræðiskerfi heims – er fremur lítil<sup>18</sup>.

Aukin notkun þjóðaratkvæðagreiðslna í framkvæmd er að vissu leyti í mótsögn við þróun lýðræðiskenninga á sama tíma. Megináhersla lýðræðiskenninga undanfarna áratugi hefur verið á þátt skoðanaskipta og rökræðu í hinu lýðræðislega ferli. Talsmenn slíkra lýðræðiskenninga hafna því að atkvæðagreiðslur séu meginverkfæri lýðræðisins. Þeir telja að með upplýstri og vitrænni umræðu megi oftast ná víðtækri samstöðu um málefni án þess að til atkvæðagreiðslu komi.

Miðað við hve róttækar tillögur stjórnlagaráð gerir um upptöku þjóðaratkvæðagreiðslna á Íslandi virðist rökstuðningurinn, eins og hann birtist í skýrslum stjórnlaganefndar og greinargerð með tillögum stjórnlagaráðs, vera fátæklegur. Það er ekki verkefni þessa minnisblaðs að framkvæma

<sup>17</sup> Dóra Guðmundsdóttir Þjóðaratkvæðagreiðslur í Evrópu: Samanburðarrannsókn bls. 334.

<sup>18</sup> Á tímabilinu 1940-2006 voru haldnar 396 þjóðaratkvæðagreiðslur í Sviss, 63 á Ítalíu, 29 á Nýja Sjálandi, 28 í Ástralíu, 16 í Danmörku, 14 í Frakklandi, 5 í Svíþjóð og færri annars staðar (sjá Hague og Harrop 2010. *Comparative Government and Politics* (New York: Palgrave Macmillan) bls. 191).

viðamikla úttekt á þjóðaratkvæðagreiðslum. Tilgangur þess er að vekja athygli á því að hér er um flókið málefni að ræða sem ekki hefur, að mati höfundar, verið undirbúið með nægilega vönduðum hætti. Ef eindreginn vilji er engu að síður til þess að auka þátt þjóðaratkvæðagreiðslna í íslenskum stjórnmálum er hvatt til þess að lítil skref verði tekin í einu og mat á þeim framkvæmt áður en lengra er haldið. Í því efni er ástæða til að hafa í huga að ákvæði 107-108 gr. sveitarstjórnarlaga nr. 138/2011 ganga mun skemur í að innleiða almennar atkvæðagreiðslur í ákvarðanatöku sveitarfélaga en stjórnarskrárrögin gera fyrir ríkið í heild, þrátt fyrir að það sjónarmið njóti almennrar viðurkenningar að bein íbúapátttaka eigi mun betur við í nærsamfélaginu en í stærri heildum.



## Minnisblað 2. Persónukjör

Meginform lýðræðis í þróuðum lýðræðisríkjum er fulltrúalýðræði byggt á stjórnmalaflokkum. Annars konar form lýðræðis þarf þess vegna að meta í ljósi líklegra áhrifa þess eða samspils við meginformið. Það á meðal annars við um beint lýðræði og persónukjör.

Kosningar sem ganga út á val milli stjórnmalaflokka einfalda val kjósenda með þeim hætti að þeir geta að öðru jöfnu gengið út frá að allir einstaklingar sem kosnir eru á vegum viðkomandi flokks vinna að framgangi stefnu hans. Stjórnmalaflokkar eru þannig upplýsingasparandi.<sup>19</sup>

Ef persónuval hefur þær afleiðingar að draga úr samheldni meðal kjörinna fulltrúa flækir það val kjósenda og gerir þeim erfiðara fyrir um að láta stjórnmalaflokka sæta ábyrgð. Stjórnmalaflokkur sem ekki vinnur sem heild getur heldur ekki axlað ábyrgð sem heild. Mikilvægt er því að það sé ljóst hvaða markmiðum tillögur um persónuval eiga að ná fram.

Í tillögum stjórnlagabings er að finna ákvæði um persónuval í 39. gr. sem fjallar um Alþingiskosningar:

*39. gr. Alþingiskosningar.*

Á Alþingi eiga sæti 63 þjóðkjörnir þingmenn, kosnir leynilegri kosningu til fjögurra ára.

Atkvæði kjósenda alls staðar á landinu vega jafnt.

Heimilt er að skipta landinu upp í kjördæmi. Þau skulu flest vera átta.

Samtök frambjóðenda bjóða fram lista, kjördæmislista eða landslista eða hvort tveggja.

Frambjóðendur mega bjóða sig fram samtímis á landslista og einum kjördæmislista sömu samtaka.

Kjósandi velur með persónukjöri frambjóðendur af listum í sínu kjördæmi eða af landslistum, eða hvort tveggja. Honum er og heimilt að merkja í stað þess við einn kjördæmislista eða einn landslista, og hefur hann þá valið alla frambjóðendur listans jafnt. Heimilt er að mæla fyrir um í lögum að valið sé einskorðað við kjördæmislista eða landslista sömu samtaka.

<sup>19</sup> Sbr. A. Downs 1957. *An economic theory of democracy* (New York: Harper Row).

Þingsættum skal úthluta til samtaka frambjóðenda þannig að hver þeirra fái þingmannatölu í sem fyllstu samræmi við heildaratkvæðatölu.

Í lögum skal mælt fyrir um hvernig þingsættum skuli úthlutað til frambjóðenda út frá atkvæðastyrk þeirra.

Í lögum má mæla fyrir um að tiltekinn fjöldi þingsæta sé bundinn einstökum kjördæmum, þó ekki fleiri en 30 alls. Tala kjósenda á kjörskrá að baki hverju bundnu sæti skal ekki vera lægri en meðaltalið miðað við öll 63 þingsætin.

Í kosningalögum skal mælt fyrir um hvernig stuðla skuli að sem jöfnustu hlutfalli kvenna og karla á Alþingi.

Breytingar á kjördæmamörkum, tilhögun á úthlutun þingsæta og reglum um framboð, sem fyrir er mælt í lögum, verða aðeins gerðar með samþykki 2/3 hluta atkvæða á Alþingi. Slíkar breytingar má ekki gera ef minna en sex mánuðir eru til kosninga, og gildistaka þeirra skal frestast ef boðað er til kosninga innan sex mánaða frá staðfestingu þeirra.

Umfjöllun þessa minnisblaðs einskordast við þau ákvæði 39. gr. sem lúta að persónukjöri og snýr ekki að öðrum ákvæðum greinarinnar sem spurningar kunna að vekja. Í greinargerð með tillögum stjórnlagaráðs kemur fram að meðal meginmarkmiða við endurskoðun kosningakerfisins hafi verið að „efla lýðræði með því að auka bein áhrif kjósenda á val alþingismanna“ (bls. 99). Fram kemur hins vegar að skiptar skoðanir hafi verið í ráðinu um hve langt ætti að ganga í þessum efnum, til dæmis hvort persónukjör ætti að vera valkvætt fyrir stjórnmalaflokka, hvort kjósendur ættu að geta valið einstaklinga þvert á lista og hvort persónukjör ætti að útfæra í stjórnarskrá eða almennum lögum. Mjög erfitt er að leggja mat á tillögu stjórnlagaráðs í núverandi formi vegna þess hversu óljós hún er og óljóst hvaða markmiðum hún eigi að ná. Orðalagið „að efla lýðræði með því að auka bein áhrif kjósenda á val alþingismanna“ getur ekki talist viðhlítandi rökstuðningur. Í fyrsta lagi hlýtur að vera ljóst að þótt lýðræði sé mikilvægt gildi fyrir stjórnskipun lýðræðisríkja er það ekki hið eina sem þarf að hyggja að. Lýðræði þarf að skoða í samhengi við innra samræmi þeirrar stjórnskipunar sem að er stefnt og í ljósi þess hvernig það samrýmist öðrum mikilvægum markmiðum, þar á meðal stjórnhæfni, sanngirni, réttindum o.s.frv.. Í öðru lagi er lýðræði margrætt hugtak með ólíkar viddir sem vandasamt er að magnbinda á þann einfalda hátt sem gert er í greinargerð stjórnlagaráðs (sbr. orðalagið „efla lýðræði“). Ef til dæmis markmið greinarinnar væri að veikja stjórnmalaflokka með því að auka persónuval mætti færa rök með því og á móti að afleiðingin yrði öflugra lýðræði. Lýðræði væri eftl í þeim skilningi að formlegt val kjósenda yrði fjölþættara. Raunverulegt inntak vals þeirra milli mismunandi

stefnukosta og tækifæri til að láta ríkisstjórn sæta ábyrgð yrði hins vegar rýrara. Stjórnsmál sem byggja mikið á persónum eru almennt ekki heppilegt form lýðræðis og bjóða upp á ómálaefnaleg stjórnsmál, lýðskrum, fyrirgreiðslu og spillingu. Með því er ekki sagt að persónuleg ábyrgð einstakra stjórnsmálamanna skipti engu. Henni ber hins vegar að koma svo fyrir að hún styðji við meginábyrgð stjórnsmálaflokka, en grafi ekki undan henni.

Meginefni þeirrar málamiðlunar sem varð niðurstaða stjórnlagaráðs og birtist í 39. gr. tillagna þess er:

- a) Persónukjör skal viðhaft í öllum flokkum, flokkar geta ekki valið um það hvort persónukjör nær til þeirra.
- b) Flokkar geta engin áhrif haft á forgangsröð frambjóðenda á sínum listum. Þótt fáir kjósendur nýti tækifæri til að forgangsraða ráða þeir hvaða frambjóðendur af lista ná kosningu.
- c) Ekki er tekin skýr afstaða til þess hvort kjósendur fái að velja frambjóðendur af listum mismunandi samtaka.
- d) Einstök stjórnsmálasamtök velja hvort þau bjóða einungis fram kjördæmalista, landslista eða bæði.
- e) Hver kjósandi velur hvort hann kys einungis óraðaðan lista stjórnsmálasamtaka eða tekur þátt í persónukjöri.
- f) Kjósendur sem taka þátt í persónukjöri geta valið um að kjósa einungis frambjóðendur í sínum eigin kjördæmum eða af landslistum eða bæði.
- g) Gert er ráð fyrir ákvæðum í kosningalögum sem stuðli að „sem jöfnustu hlutfalli kvenna og karla á Alþingi“.

Í núgildandi stjórnarskrá eru engin ákvæði um persónukjör. Það hefur þó ekki komið í veg fyrir að í kosningalög væru sett ákvæði sem tryggja kjósendum rétt til að breyta röð á listum og strika út frambjóðendur á þeim listum sem þeir kjósa. Hins vegar hefur verið litið svo á að ákvæði stjórnarskrárinnar hindri að kjósendur geti valið frambjóðendur í persónuvali þvert á stjórnsmálasamtök.

Helstu nýmæli greinarinnar miðað við núverandi skipan virðast vera eftirfarandi:

- a) Flokksstofnanir eru útilokaðar frá áhrifum á röð eigin frambjóðenda innan hvers lista.

- b) Flokkar geta boðið upp á landslista og frambjóðandi getur verið bæði á landslista og einum kjördæmislista. Kjósendur geta valið milli frambjóðenda á landslista og kjördæmislista.
- c) Opnað er fyrir þann möguleika að leiða í kosningalög ákvæði um að kjósendur geti valið frambjóðendur af listum mismunandi stjórnmalasamtaka.
- d) Gert er ráð fyrir að ákvæði í kosningalögum stuðli að sem jöfnustu hlutfalli kvenna og karla á Alþingi.

### **Áhrif flokksstofnana á röð frambjóðenda**

Í tillögum stjórnlagaráðs er almennt ekki að finna þroskaða sýn á hlutverk stjórnmálaflokka (sem af óljósum ástæðum eru kallaðir „samtek frambjóðenda“). Svo virðist sem tillögunum sé í vissum mæli beint gegn stjórnmálaflokkum og starfi þeirra, en það er þó hvergi sagt berum orðum. Viðtekin verkefni stjórnmálaflokka eru að þjálfa fólk í pólitísku starfi, samhæfa krafta þeirra sem starfa saman í flokki og bjóða fram til kosninga. Hugsanlegt virðist að það sé ætlun stjórnlagaráðs að taka þessi verkefni að einhverju leyti úr höndum flokkanna. Með því að veikja aðkomu stjórnmálaflokka að framboðum kann að draga úr virkni þeirra og þeir verða síður færir um að gegna hlutverkum sínum.

Ef það var ætlun stjórnlagaráðs að veikja samheldni í stjórnmálaflokkum með persónukjöri hefði verið æskilegt að það væri rætt opinskátt. Þá hefði með skýrari hætti mátt taka afstöðu til þess hvort slíkt markmið væri æskilegt og hvort persónukjör sé raunverulega líklegt til að skila þeirri niðurstöðu. Hvort tveggja er vafamál. Flokkar gegna meginhlutverkum í þingræðisríkjum og þau ríki sem almennt eiga farsæla lýðræðissögu – svo sem Norðurlöndin – búa við mikla samheldni innan flokka. Samheldni flokka á þingi er forsenda þess að kjósendur eigi raunverulegt val um ólíkar stefnur í kosningum og fyrir því að ríkisstjórn geti borið skýra ábyrgð gagnvart kjósendum. Hins vegar er ekki víst að persónukjör hafi raunverulega þau áhrif að draga úr samheldni flokka. Rannsóknir sýna ekkert skýrt samband milli persónukjörs og samheldni flokka á þingi og má í því sambandi minna á að í gegnum prófkjörin hefur í raun persónukjör verið virkara á Íslandi en í flestum öðrum ríkjum án þess að það hafi haft áhrif á samheldni stjórnmálaflokkanna.<sup>20</sup>

Í þessu ljósi er lítt skiljanlegt hverju tillaga um að flokksstofnanir skuli ekki hafa áhrif á röð frambjóðenda á að ná fram. Vert er að hafa í huga að varla virðist líklegt að prófkjör gegni sama

<sup>20</sup> Gunnar Helgi Kristinsson (2011). „Party Cohesion in the Icelandic Althingi“ *Stjórnmál og stjórnsýsla*, 7:2, 229-252.

hlutverki samhliða persónukjöri og þau hafa gert, því niðurstaða prófkjara myndi ekki hafa áhrif á röð frambjóðenda í kosningum, þótt þau gætu ráðið hverjir kæmst inn á lista. Ókostur persónukjörs samanborið við prófkjörin er hins vegar sá að í prófkjöri getur samkeppni innan flokks um röð verið lokið áður en til kosninga kemur, en við persónukjör hafa frambjóðendur hvata til að keppa við sína eigin samflokksmenn ekkert síður en frambjóðendur annarra flokka.

### Landslistar og kjördæmalistar

Í tillögum stjórnlagaráðs er að finna drög að útlistun á fremur flóknu kerfi landslista og kjördæmalista. Mikið vantar hins vegar upp á að þessi útlistun sé nægilega skýr til þess að hægt sé að meta áhrif hennar. Gert er ráð fyrir að sami frambjóðandi geti verið bæði á einum kjördæmislista og á landslista ef viðkomandi flokkur býður bæði fram kjördæmislista og landslista. Hins vegar geta flokkarnir einnig boðið fram bara landslista eða bara kjördæmislista. Ekki er fjallað um það hvernig skuli úthluta þingsætum milli frambjóðenda á grundvelli persónukjörs að öðru leyti en því að slíkt skuli gert „út frá atkvæðastyrk þeirra“.

Þetta vekur ýmsar spurningar.

- a) Er atkvæðastyrkur frambjóðanda bara þau atkvæði sem hann hlýtur á einum lista eða leggjast atkvæðin saman ef frambjóðandi er bæði á kjördæmislista og landslista. Er jafnvel hægt að kjósa sama frambjóðanda tvisvar, bæði af kjördæmislista og landslista?
- b) Munu frambjóðendur sem eru bæði á landslista og kjördæmislista njóta forskots fram yfir aðra frambjóðendur og geta stjórn mála flokkar þannig hyglað ákveðnum frambjóðendum með því að opna leið þeirra inn á landslista?
- c) Eru flokkum einhverjar skorður settar varðandi fjölda frambjóðenda á listum þeirra og geta þeir í raun ráðið hverjir hljóta kosningu með því að giska á líklegan fjölda þingsæta og stilla fjölda frambjóðenda í samræmi við það?
- d) Er hugsanlegur hvati í þessu kerfi til að hluti kosningabaráttunnar snúist upp í samkeppni á milli landslista og kjördæmislista sama flokks?

### Val þvert á flokka

Viðtekinn skilningur er að núgildandi stjórnarskrárákvæði leyfi ekki persónukjör þvert á flokka. Í tillögum stjórnlagaráðs er opnað á þann möguleika að leyfa kosningu þvert á stjórn mála samtök í kosningalögum. Tilgangurinn með þessari breytingu er hins vegar ekki skýrður né hvaða kosti slíkt fyrirkomulag hefði. Almenn er það fátítt að leyfð sé kosning þvert á stjórn mála flokka. Einu

ríkin sem nota þekktustu útgáfu slíks fyrirkomulags - the single transferable vote - í almennum þingkosningum eru Írland og Malta. Áhrif kosningakerfisins á írsk stjórnsmál eru umdeild og hafa meðal annars birst í erfiðum vandamálum varðandi áhrif fjármagns á kosningabaráttu einstakra frambjóðenda, þar sem flokkarnir hafa hneigst til að velja fjársterka frambjóðendur sem gætu fjármagnað eigin kosningabaráttu. Við mat á áhrifum írsku kerfisins er líka vert að hafa í huga að kjördæmi eru þar mjög smá og val stjórnsmálaflokka um hverjir fara í framboð því veruleg takmörkun á vali kjósenda. Hvergi í heiminum er flokksagi jafnframt meiri en í írsku þinginu.

Ástæða væri til að skoða mun betur en gert hefur verið hvaða áhrif breyting af þessu tagi gæti haft áður en opnað er fyrir hana í stjórnarskrá.

### **Jöfn kynjahlutföll**

Margir hafa af því áhyggjur að aukið persónukjör kunnist að leiða til aukinnar kynjaskekkju í vali þingmanna. Sumir íslensku flokkanna hafa brugðist við þessu með upptöku kynjakvóta eða fléttulista en ekki allir. Í greinargerð stjórnlagaráðs segir um þetta:

Stjórnlagaráði þykir rétt að fela löggjafanum að leita lausna, ekki síst með það í huga að vandamálið kann að vera tímabundið. Það sem hentar nú væri e.t.v. óþarft síðar eða aðrar leiðir þættu á heppilegri. Ráðið leggur því til að í stjórnarskrá sé einungis kveðið á um skyldu löggjafans til að stuðla að sem jöfnustu hlutfalli karla og kvenna á Alþingi. (bls. 102)

Ef orðalagið „sem jöfnustu hlutfalli karla og kvenna“ er tekið bókstaflega merkir það að á Alþingi geti setið 31 eða 32 konur. Tæknilega er augljóslega hægt að koma því við að svo verði og greinin virðist því leggja löggjafanum ótvíræðar skyldur á herðar að lögfesta slíka reglu. Þetta vekur óneitanlega spurningar. Með þessari reglu virðist flokkum meinað með lögum að velja frambjóðendur sína sjálfir í samræmi við eigin óskir eða t.d. úrslit prófkjara. Þannig yrði til dæmis kvenfrelsisflokkur að bjóða fram nægilega marga karla til að uppfylla skilyrði löggjafans og flokkur eins og Samtök um kvennalista hefði ekki mátt bjóða fram með þeim hætti sem gert var á sínum tíma. En jafnvel þótt stjórnarskrárgjafanum gæti þótt ástæða til að takmarka eitthvað rétt flokka til að bjóða fram kynjaeinsleita lista væri ástæða til að íhuga hvort ná mætti slíku fram með mildari úrræðum en því sem hér virðist gert ráð fyrir.

## Niðurstaða

Skynsamlega útfærðar tillögur um persónukjör geta veitt stjórnmalaflokkum og stjórnmalamönnum heilbriggt aðhald. Tilgangur persónukjörs er ekki að koma í staðinn fyrir stjórnmal sem byggja á stjórnmalaflokkum heldur að styðja við þau. Tillögur stjórnlagaráðs virðast ganga langt í að opna fyrir persónukjör sem meginreglu á kostnað stjórnmalaflokka, þótt það sé hvergi beinlínis sagt. Engin skýr rök eru færð fyrir því hvers vegna þetta skuli gert og sjálf útfærslan er reyndar óljós um sumt. Miðað við að núgildandi stjórnarskrá hefur ekki verið talin standa í vegi fyrir persónukjöri innan vissra marka er ósvarað þeirri spurningu hvers vegna stjórnlagaráð telur ástæðu til að ganga jafn langt í tillögum sínum og gert er. Færa mætti rök fyrir takmarkaðra persónukjöri en því sem stjórnlagaráð leggur til. Slíkt persónukjör myndi takmarkast við möguleikann á að velja á milli fólks á sama listanum og gera ráð fyrir að flokkar raði frambjóðendum sínum. Jafnframt mætti leita hófsamari leiða við að festa kynjahlutföll í stjórnarskrá en þeirrar sem er að finna í tillögum stjórnlagaráðs.

### Minnisblað 3. Forsetakosningar

Tillögu Stjórnlagaráðs um fyrirkomulag forsetakosninga er að finna í 78. grein stjórnarskrárdraganna og hljóðar svo:

78. gr.

*Forsetakjör.*

Forseti Íslands er kosinn í leynilegri atkvæðagreiðslu þeirra er kosningarétt hafa til Alþingis. Forsetaefni skal hafa meðmæli minnst eins af hundraði kosningabærra manna og mest tveggja af hundraði. Kjósendur skulu raða frambjóðendum, einum eða fleirum að eigin vali, í forgangsörð. Sá er best uppfyllir forgangsörðun kjósenda, eftir nánari ákvæðum í lögum, er rétt kjörinn forseti. Ef aðeins einn maður er í kjöri, er hann rétt kjörinn án atkvæðagreiðslu. Að öðru leyti skal ákvarða með lögum um framboð og kosningu forseta Íslands.

Fyrirmyndin að þessu kosningafyrirkomulagi er frá Írlandi, þar sem kosið er með hliðstæðum hætti á grundvelli 12. greinar írsku stjórnarskrárinnar.

Fara má ýmsar leiðir við val á kosningakerfi í forsetakosningum. Við mat á leiðunum er vert að hafa í huga að þær:

- a) séu auðskiljanlegar kjósendum;
- b) endurspegli vel óskir meirihluta kjósenda;
- c) hvetji ekki í ríkum mæli til taktískrar kosningar;
- d) séu ekki dýrar eða flóknar í framkvæmd.

Meðal þeirra kosningakerfa<sup>21</sup> sem til álita gætu komið eru:

- Einfaldur meirihluti (e. simple majority, plurality). Þetta er sú aðferð sem nú er viðhöfð í forsetakosningum á Íslandi. Sá frambjóðandi sem fær flest atkvæði í kosningunni er kosinn, óháð því hve stóran hlut af heildarfjölda atkvæða hann hlýtur. Helsti kostur

<sup>21</sup> Gott yfirlit yfir kosningakerfi má finna í G. Szpiro 2010. *Numbers rule* (Princeton: Princeton University Press) og A. Blais 1988. "The classification of electoral systems", *European Journal of Political Research* 16, 99-110



Þessarar aðferðar er hve einföld og auðskiljanleg hún er auk þess sem hún er tiltölulega ódýr í framkvæmd. Ókostirnir eru hins vegar margvíslegir. Mikil freisting er fyrir kjósendur að kjósa taktískt, þ.e. þann af líklegum sigurvegurum sem þeir vilja heldur, frekar en þann frambjóðenda sem þeir vildu helst. Í tilraunakosningu sem framkvæmd var fyrir forsetakosningarnar á Íslandi 2012 kom í ljós að hátt í helmingur kjósenda kaus taktískt.<sup>22</sup> Engu að síður eru einnig líkur á að hluti kjósenda sói atkvæði sínu á frambjóðendum sem ekki eiga möguleika á að hljóta kosningu og sá sem nær kosningu fái þannig ekki hreinan meirihluta atkvæða. Einungis einn forseti hefur á Íslandi fengið hreinan meirihluta atkvæða þegar hann var kosinn í fyrsta skipti (Kristján Eldjárn 1968) og Vigdís Finnbogadóttir var kjörin 1980 með rétt ríflega þriðjung atkvæða á bak við sig. Ef sú þróun heldur áfram að frambjóðendum fjölgi mætti vel hugsa sér að forseti yrði kosinn með ennþá minni atkvæðahlut. Í mörgum ríkjum er að finna aðferðir sem eiga að draga úr hættunni á að þetta gerist. Einfaldur meirihluti er að margra mati fremur frumstæð kosningaaðferð og niðurstöður slíkra kosninga gefa oftast en ýmsar aðrar aðferðir bersýnilega ósanngjörn úrslit eða frávik frá þeim niðurstöðum sem fást með öðrum aðferðum.<sup>23</sup>

- Meirihlutakosning í tveimur umferðum (e. majority runoff). Þessi aðferð gengur út á að kosið er í tveimur umferðum. Í þeirri fyrri er kosið milli allra frambjóðenda, en í þeirri síðari milli tveggja efstu úr fyrri umferðinni. Þessi aðferð er notuð í flestum þeirra ríkja Vestur-Evrópu sem kjósa forseta beint, þeirra á meðal Austurríki, Finnlandi, Frakklandi og Portúgal. Segja má að forkosningar bandarísku stjórn málaflökkanna gegni að nokkru leyti hliðstæðu hlutverki, þ.e. að tryggja að á endanum standi valið fyrst og fremst milli tveggja meginframbjóðenda. Þessi aðferð er auðskiljanleg en talsvert dýrari í framkvæmd en aðrar aðferðir sem hér er rætt um vegna þess að í rauninni fara fram tvennar kosningar. Gera má ráð fyrir að oftast skili hún nokkuð sanngjarnri mynd af óskum kjósenda en það er þó engan veginn tryggt ef atkvæði dreifast á marga frambjóðendum í fyrri umferðinni. Við þær aðstæður getur það verið nokkurri tilviljun háð hverjir komast áfram í síðari umferð. Sem dæmi má nefna að í forsetakosningunum í Frakklandi árið 2002 fékk Le Pen 17% atkvæða í fyrri umferðinni en Jospin, frambjóðandi Sósíalista, datt út með 16% atkvæða. Öllum var þó ljóst einungis annar þessara átti möguleika á að sigra

<sup>22</sup> Tilraunin var framkvæmd af Indriða H. Indriðasyni og Gunnari Helga Kristinssyni með aðstoð Viktors Orra Valgarðssonar og stjórn málafræðinga við Kaliforníuháskóla. Sjá *Fréttablaðið* „Kjósendur óánægðir með núverandi kosningakerfi“, 25. júlí 2012 og slóð

<sup>23</sup> G. Mackie 2003. *Democracy defended* (Cambridge: Cambridge University Press).

Chirac í seinni umferðinni, þ.e.a.s. Jospin, enda fékk Chirac 82% í síðari umferðinni en Le Pen ekki nema 18%.

- **Varaatkvæðið** (e. alternative vote). Þetta er aðferðin sem lagt er til að tekin verði upp á Íslandi í tillögum Stjórnlagaráðs. Kjósendur raða frambjóðendum í forgangsörð. Ef einn frambjóðandi fær hreinan meirihluta á grundvelli fyrsta forgangs er hann kjörinn. Annars er atkvæðum þess sem fæst atkvæði hlýtur dreift á hina frambjóðendurnar á grundvelli annars forgangs. Ef enginn nær hreinum meirihluta er haldið áfram að skipta atkvæðum þeirra sem fæst atkvæði hlutu þar til einn frambjóðandi hefur náð hreinum meirihluta. Telja má þetta nokkuð góða aðferð við að lýsa óskum kjósenda, auk þess sem hún er ódýr í framkvæmd (krefst bara einnar umferðar). Ekki er mikil hætta á taktískri kosningu og kjósendur geta því raðað frambjóðendum í samræmi við óskir sínar án þess að þurfa að giska á hvað aðrir kjósendur muni gera. Helsti ókostur aðferðarinnar er að hún þykir flókin fyrir kjósendur sem ekki þekkja hana fyrir auk þess sem talning getur verið tafsöm og uppgjör úrslita flókið. Á Írlandi er notað hliðstætt kerfi í almennum þingkosningum (Single Transferable Vote) en þar gerðist það 1990 að Mary Robertson, sem var önnur í röðinni þegar fyrsti forgangur hafði verið talinn, vann forsetakosninguna þegar atkvæði annarra frambjóðenda höfðu verið gerð upp.
- **Aðrar aðferðir.** Af öðrum aðferðum sem gætu komið til álita mætti nefna samþykktarkosningu (approval voting) og stigagjöf, auk þess sem ýmsar aðrar aðferðir eða útgáfur af þeim aðferðum sem hér er lýst eru til<sup>24</sup>. Margar þeirra eru fræðilega áhugaverðar en óvída notaðar í framkvæmd nema helst í ýmsum félögum eða samkundum fræðimanna. Samþykktarkosning felur í sér að kjósendur merkja við alla frambjóðendur sem þeir gætu hugsað sér að styðja. Þessi aðferð getur leitt til óstöðugra niðurstaðna og jafnvel að frambjóðendur sem fáir telja heppilegasta hljóti kosningu. Hún er líka viðkvæm fyrir taktískri kosningu. Stigakosning gengur út á að kjósendur gefi frambjóðendum stig, þannig að þeir raða ekki bara frambjóðendum heldur geta líka vigtað forgangsörð sína með því að gefa sumum frambjóðendum mörg stig en öðrum engin eða jafnvel neikvæð stig. Útfærsla og talning slíkrar atkvæðagreiðslu getur verið mjög flókin og hætta er á að taktísk kosning hafi áhrif á úrslit kosninganna.

## Niðurstaða

Þegar vegin eru saman þau sjónarmið sem hér hafa verið reifuð til viðmiðunar um val á kosningakerfi við forsetakosningar virðist varaatkvæðið koma sterkt út. Tillögur stjórnlagaráðs

---

<sup>24</sup> Sjá í G. Szpiro 2010.

virðast að því leyti til bóta miðað við núgildandi kosningakerfi og hafa það fram yfir meirihlutakosningu í tveimur umferðum að vera ódýrari í framkvæmd.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Sjá í þessu samhengi einnig Ólaf Þ. Harðarson 1995-7. „Kjör þjóðhöfðingja: Geta Íslendingar lært af Írum?“, *Íslenskt félagsrit*, 7-9. árg.

## Minnisblað 4. Stjórnarmyndun og vantraust

Í 90. og 91. greinum stjórnarskrárdraga stjórnlagaráðs er fjallað um stjórnarmyndun og vantraust. Í báðum greinunum er að finna athyglisverð nýmæli sem rétt er að skoða hvor fyrir sig, auk þess sem vert er að huga að mögulegu samspili greinanna tveggja.

90. greinin, „stjórnarmyndun“, hljóðar svo í tillögum stjórnlagaráðs:

Alþingi kýs forsætisráðherra.

Eftir að hafa ráðfært sig við þingflokka og þingmenn gerir forseti Íslands tillögu til þingsins um forsætisráðherra. Er hann rétt kjörinn ef meirihluti þingmanna samþykkir tillögunu. Að öðrum kosti gerir forseti Íslands nýja tillögu með sama hætti. Verði sú tillaga ekki samþykkt fer fram kosning í þinginu milli þeirra sem fram eru boðnir af þingmönnum, þingflokkum eða forseta Íslands. Sá er flest atkvæði hlýtur er rétt kjörinn forsætisráðherra.

Hafi forsætisráðherra ekki verið kjörinn innan tíu vikna skal Alþingi rofið og boðað til nýrra kosninga.

Forsætisráðherra ákveður skipan ráðuneyta og tölu ráðherra og skiptir störfum með þeim, en ráðherrar skulu ekki vera fleiri en tíu.

Forseti Íslands skipar forsætisráðherra í embætti. Forseti veitir forsætisráðherra lausn frá embætti eftir alþingiskosningar, ef vantraust er samþykkt á hann á Alþingi, eða ef ráðherrann óskar þess. Forsætisráðherra skipar aðra ráðherra og veitir þeim lausn.

Ráðherrar undirrita eiðstaf að stjórnarskránni þegar þeir taka við embætti.

91. gr., „vantraust“, hljóðar svo:

Leggja má fram á Alþingi tillögu um vantraust á ráðherra. Í tillögu um vantraust á forsætisráðherra skal felast tillaga um eftirmann hans.

Ráðherra er veitt lausn úr embætti ef meirihluti þingmanna samþykkir tillögu um vantraust á hann. Ríkisstjórn er veitt lausn ef meirihluti þingmanna samþykkir tillögu um vantraust á forsætisráðherra.

## Stjórnarmyndanir með staðfestingaratkvæðagreiðslu

Viðtekinn skilningur á þingræði er að það sé stjórnarfyrirkomulag þar sem meirihluti þings styður ríkisstjórn eða er að minnsta kosti reiðubúinn til að umbera hana. Þrenns konar aðferðir eru viðhafðar við innsetningu nýrrar ríkisstjórnar. Í fyrsta lagi jákvæð staðfestingaratkvæðagreiðsla (e. positive investiture vote) þar sem ný ríkisstjórn þarf að fá stuðning meirihluta þings í atkvæðagreiðslu til að geta tekið við völdum. Slíkt fyrirkomulag er við lýði á Spáni og í Finnlandi. Í öðru lagi neikvæð staðfestingaratkvæðagreiðsla (e. negative investiture vote), þar sem ný stjórn getur tekið við völdum nema meirihluti þingmanna kjósi beinlínis gegn henni. Það þýðir að jafnvel þótt drjúgur hluti þingmanna sitji hjá getur stjórn hlotið brautargengi. Dæmi um þetta er að finna í Svíþjóð. Í þriðja lagi það fyrirkomulag að engin kosning fer fram þegar ríkisstjórn tekur við völdum en lítið er svo á að hún njóti stuðnings þings meðan annað kemur ekki í ljós (t.d. í vantraustsatkvæðagreiðslu). Þetta fyrirkomulag er viðhaft í Danmörku.<sup>26</sup>

Í tillögum stjórnlagaráðs er lagt til að á Íslandi verði horfið frá þriðju aðferðinni og sú fyrsta tekin upp.<sup>27</sup> Fyrir þessu eru færð ferns konar rök (bls. 166):

1. Tryggt sé með þessum hætti að „forsætisráðherra sé sá sem þingið vill helst í það embætti“.
2. Þetta fyrirkomulag sé nauðsynlegt til að samræmis sé gætt við ákvæði 91. gr. um vantraust, því óeðlilegt sé að upphaflegur forsætisráðherra á kjörtímabili þurfi ekki atkvæði meirihlutans, en aðrir sem á eftir kunna að koma þurfi meirihluta.
3. Þetta fyrirkomulag muni leiða til þess að að „þróun hérlendis verði á sama veg og tíðkast hefur í skandinavísku ríkjunum þar sem kjósendur og fjölmiðlar fyrir þeirra hönd hafa leitað eftir svörum og fengið svör við því frá flokksforystufólki um hvern flokkar styðji sem forsætisráðherra þannig að kjósendur hafa geta kosið með hliðsjón af þeim svörum.“
4. Með þessu móti verði leikreglur við stjórnarmyndun skýrari en áður, sem „mótar hegðun leikaranna frá upphafi og gefur þeim rétta hvata til að komast að niðurstöðu.“

Vert er að gera nokkrar athugasemdir við þennan rökstuðning. Í fyrsta lagi er fullyrt, án nokkurra fyrirvara, að með þessum hætti sé tryggt að forsætisráðherra sé sá sem þingið vilji helst í það

<sup>26</sup> Sjá Hague og Harrop 2010, bls. 329.

<sup>27</sup> Gefið er í skyn í greinargerð stjórnlaganefndar að í Svíþjóð sé fyrsta aðferðin viðhöfð sbr. eftirfarandi: „Þingið kys forsætisráðherra í allt að fjórum umferðum, að tillögu þingforseta hverju sinni. Takist ekki að fá stuðning meirihluta er þing rofið og kosið að nýju. Um þetta er fjallað í 6. kafla sænsku stjórnarkrárinnar, 4-6. gr. Regeringsformen (Stjórnlagaráð, bls. 166).“ Í reynd segir hins vegar í 4. gr. Regeringsformen: „Om mer än hälften av riksdagens ledamöter röstar mot förslaget, är det förkastat. I annat fall är det godkänt.“ Forsætisráðherra getur þannig tekið við völdum með atkvæðum minnihluta þingmanna svo fremi sem meirihlutinn kys ekki gegn honum.

embætti. Það er þó ekki tryggt ef óvissa er um stjórnarmyndun. Samkvæmt tillögunni er forsetanum falið að gera tillögu um forsætisráðherra án þess að hendur hans séu bundnar á neinn hátt um tillögugerðina. Ekki er til dæmis gert ráð fyrir sérstakum ráðgjafa (fr. informateur) sem víða tekur í reynd ákvörðun um stjórnarmyndunarumboðið (þ.e. val á formateur) á grundvelli stjórnskipunarvenju og hefur það eitt að leiðarljósi að mynda stjórn á grundvelli þingmeirihlutans í samráði við hann.<sup>28</sup> Forseti Íslands er hins vegar þjóðkjörinn og ekki víst að hann telji sig bundinn af slíkum sjónarmiðum. Forseti sem hefði eigin pólitísk markmið gæti hagað tillöguflutningi sínum þannig að í fyrstu og annarri umferð legði hann til frambjóðendur sem ljóst væri að ekki myndu hljóta meirihlutastuðning. Þá kemur til þriðju atkvæðagreiðslunnar í þinginu þar sem kosið er á milli þeirra sem fram eru boðnir af þingmönnum, þingflokkum eða forseta Íslands og nægir einfaldur meirihluti til að ná kjöri, en hafi forsætisráðherra ekki verið kosinn innan tíu vikna skal þing rofið og boðað til nýrra kosninga. Þetta kerfi býður upp á ýmsar leiðir til að þingið fái í raun ekki ráðið hver verður forsætisráðherra.

- a. Ef forseti gerir ekki tillögur sínar í tæka tíð svo ferlinu geti lokið innan tíu vikna gæti hann framkallað þingrof og nýjar kosningar ef hann teldi það þjóna pólitískum hagsmunum sínum.
- b. Ef þingið er klofið í margar fylkingar getur forseti hraðað fyrstu tveimur atkvæðagreiðslunum og jafnvel stuðlað að því að engin niðurstaða verði úr þeim. Í þriðju atkvæðagreiðslunni nægir einfaldur meirihluti. Niðurstaða hennar gæti orðið sú að forsætisráðherraefni sem forseti hefði haft í huga – en nyti ekki meirihlutastuðnings í þinginu – gæti sigrað atkvæðagreiðsluna.
- c. Hótun forseta um að tefja ferlið eða trufla getur veitt honum sammingsaðstöðu um hverja stjórn mála flokkarnir tilnefna sem hugsanlega forsætisráðherra, til dæmis úr hvaða flokki væntanlegra samstarfsflokka forsætisráðherra kemur.

Í öðru lagi er krafan um meirihlutastuðning við forsætisráðherra í upphafi kjörtímabils rökstudd með því að það sé nauðsynlegt til að eðlilegs samræmis sé gætt við ákvæði 91. gr. um að einungis með því að meirihluti þingmanna greiði nýjum forsætisráðherra atkvæði sitt verði sitjandi forsætisráðherra vikið. Hér þarf hins vegar að hafa í huga að við skipti á forsætisráðherra á miðju kjörtímabili þarf að því er virðist hreinan meirihluta þingmanna, en við þriðju atkvæðagreiðslu í

<sup>28</sup> Slíkur ráðgjafi er oftast „eldri stjórnmalamaður með mikla reynslu og þekkt persóna utan stjórn mála sem ekki er talin hafa neinn pólitískan metnað. Slíkur ráðgjafi getur skipulagt formlega fundi flokksleiðtoga eða rætt við þá hvern fyrir sig á óformlegri nótum. Hlutverk hans eða hennar er að rannsaka hvaða samsteypustjórnir eru pólitískt raunhæfar og benda á þá einstaklinga sem þjóðhöfðingi ætti að afhenda stjórnarmyndunarumboðið.“ M. Gallagher, M. Laver og P. Mair 2006. *Representative Government in Modern Europe* (Boston: McGraw-Hill), bls. 50.

upphafi kjörtímabils nægir einfaldur meirihluti. Það samræmi sem að var stefnt er því ekki til staðar.<sup>29</sup>

Í þriðja lagi er fullyrt að staðfestingaratkvæðagreiðsla af því tagi sem gerð er tillaga um muni leiða til þess að flokkar muni gefa skýrari svör við því fyrir kosningar hverja þeir muni styðja til forystu í ríkisstjórn eftir kosningar „á sama veg og tíðkast hefur í skandinavísku ríkjunum“. Engra heimilda er getið um staðreyndagrundvöll þessarar fullyrðingar og einu dæmin sem nefnd eru um skýra afstöðu flokka fyrir kosningar – Skandinavíuríkin Danmörk, Noregur og Svíþjóð – einkennast einmitt af því að þar er ekki viðhöfð jákvæð staðfestingaratkvæðagreiðsla af því tagi sem lögð er til í stjórnarskrárrögunum. Hér virðist þannig mikið fullyrt á veikum grunni.

Í fjórða lagi er því haldið fram að leikreglur við stjórnarmyndun verði skýrari en áður og gefi stjórnámálamönnum rétta hvata til að komast að niðurstöðum. Vandinn er hins vegar sá að óvissan varðandi hlutverk forseta í þessari útfærslu gerir að verkum að leikreglurnar eru engan veginn skýrar. Ef leikreglurnar eru ekki skýrar geta þær ekki gefið leikmönnum rétta hvata til að komast að niðurstöðu.

### **Vantraust**

Það fyrirkomulag um vantraust sem tillögur stjórnlagaráðs ganga út á er svokallað „jákvætt vantraust“ (þ. Konstruktives Misstrauensvotum) sem á rætur að rekja til þýsku stjórnarskrárinnar frá 1949. Talið var að óstöðugleiki ríkisstjórna í Weimar lýðveldinu hefði átt sinn þátt í uppgangi og valdatöku nazista í Þýskalandi og ákvæðið um jákvætt vantraust átti að tryggja að ríkisstjórn yrði ekki felld nema nýr þingmeirihluti væri til staðar. Kostir þessa fyrirkomulags, samkvæmt greinargerð stjórnlagaráðs eru

---

<sup>29</sup> Óljóst er af texta frumvarpsins hvernig farið verður að ef t.d. forsætisráðherra fellur frá á miðju kjörtímabili eða óskar að segja af sér að eigin frumkvæði. Væntanlega er þá ætlunin að ákvæði 90. gr. eigi við á ný, með eða án 10 vikna frestsins.

...að tillögur um vantraust verða ábyrgari en ella og að ný stjórn liggi fyrir áður en vantraustið er lagt fram. Það þýðir að fyrri stjórn þarf ekki að sitja sem starfsstjórn meðan ný stjórn er mynduð. Ný ríkisstjórn tekur strax við enda hefur nýr forsætisráðherra stuðning þess meirihluta sem samþykkti vantraustið. (Bls. 170)

Hér virðist gengið út frá því að tíðni vantrauststillagna í hefðbundnu þingræðisfyrirkomulagi sé almennt vandamál. Svo er hins vegar ekki. Á Íslandi hafa jafnan margir áratugir liðið á milli vantrauststillagna og einungis ein ríkisstjórn – ríkisstjórn Ólafs Thors árið 1950 – hefur fallið í vantrausti eftir að núgildandi stjórnarskrá tók gildi. Alþjóðlega hefur notkun vantrauststillagna ekki aukist og fá ríki hafa fylgt í kjölfar Þýskalands og tekið upp jákvætt vantraust. Reynsla Þýskalands af þessu fyrirkomulagi er umdeild og aðeins tvö dæmi eru um notkun þess þar í landi (þar sem bara annað náði fram). Klaus von Beyme segir um reynslu Þjóðverja:

Hið mótsagnakennda „jákvæða vantraust“, sem krefst þess að nýr kanslari sé samþykktur, hljómar eins og jákvæð hugsun en sálfræðilega eru áhrif þess skaðleg því þeir sem eru óánægðir í ríkisstjórn þurfa að stunda leynimakk gagnvart sitjandi kanslara til að mynda nýjan meirihluta. Það er varla neitt undrunarefni að eina dæmið um árangur í slíkri atkvæðagreiðslu (gegn Schmidt 1982) leiddi til svikabrigsla vegna þess að frjálslyndir sviku kanslara sinn og gengu samtímis í nýtt stjórnarbandalag. Ýmsir af leiðtogum flokksins samþykktu ekki þessar aðfarir og gengu til liðs við SPD.<sup>30</sup>

Tilgangur jákvæðs vantrausts er að stuðla að stjórnarstöðugleika. Litlar líkur eru hins vegar á, eins og von Beyme bendir á, að ákvæðið hafi haft áhrif á stöðugleika ríkisstjórna í Þýskalandi. Þar sem tiltölulega fastmótaðar blokkir stjórnarálflokka keppa um völd í kosningum ráða einfaldlega úrslit kosninga í flestum tilvikum hverjir setjast að völdum eða í einstaka tilvikum klofningur ríkisstjórnar þar sem nýr meirihluti er oftast borðleggjandi hvort eð er. Hins vegar er hugsanlegt að jákvætt vantraust gæti aukið stöðugleika ríkisstjórna þar sem margir flokkar eða blokkir keppa um völd. Vandinn er hins vegar sá, eins og Bogdanor<sup>31</sup> bendir á, að við slíkar aðstæður getur jákvætt vantraust leitt til óæskilegra niðurstaðna. Jákvætt vantraust getur leitt til þess að ríkisstjórn situr langtímum saman eftir að hafa glatað trausti þingsins vegna þess að meirihluti þingmanna nær ekki saman um nýjan meirihluta eða þingrof. Ákvæðið hvorki eykur á stjórnhæfni

<sup>30</sup> K. von Beyme 2000. *Parliamentary democracy* (Houndmills: Macmillan) bls. 182.

<sup>31</sup> V. Bogdanor (2010). Summary of evidence to House of Lords Constitution Committee on fixed-term parliaments, October 2010, [www.consoc.org.uk/](http://www.consoc.org.uk/)



framkvæmdarvaldsins né hjálpar til við að leysa stjórnarkreppur. Ríkisstjórn getur verið langlíf í skjóli jákvæðs vantrausts án þess að geta veitt ríkinu viðunandi forystu.

### **Samspil stjórnarmyndunar og vantrausts**

Sérstaklega þarf að huga að því hvernig ákvæði um stjórnarmyndun og vantraust spila saman. Hugsanlegt er að við stjórnarmyndun ráðist niðurstaða í þriðju atkvæðagreiðslu með einföldum meirihluta atkvæða. Slíkt gæti gerst vegna þess að pólitískir gerendur, til dæmis forseti, hefðu sérstaklega stefnt að slíkri niðurstöðu en gæti einnig komið til með öðrum hætti. Þá tekur við völdum minnihlutastjórn. Þingið á tvo möguleika til að koma slíkri stjórn frá. Annars vegar að álykta um þingrof á grundvelli 73. gr. og hins vegar að leggja fram tillögu um jákvætt vantraust. Ályktun um þingrof krefst einfalds meirihluta en jákvætt vantraust hreins meirihluta þingmanna. Ekki er hins vegar víst að stjórnarandstæðingar í þinginu nái saman um þingrof eða jákvætt vantraust. Stjórnarandstöðuflokkar sem stæðu illa í skoðanakönnunum gætu til dæmis verið andsnúnir kosningum þótt þeir væru á móti stjórninni einnig. Þar með gæti opnast leið til að stjórn sem í raun nyti lítils stuðnings í þinginu gæti setið til lengri tíma. Sérstök ástæða er til að hafa þetta í huga vegna þess óljósa hlutverks sem forseti gegnir í stjórnskipuninni samkvæmt tillögum stjórnlagaráðs.

Þá er og rétt að benda á þann möguleika, sem hvergi er ræddur í gögnum stjórnlagaráðs, að forsætisráðherra ákveði að losa sig við samstarfsaðila í ríkisstjórn á miðju kjörtímabili. Hann gæti rekið alla ráðherra samstarfsflokks og tekið inn nýjan flokk án þess að hin nýja stjórn þyrfti nokkurn tíma að undirgangast staðfestingaratkvæðagreiðslu eða jafnvel ákveðið að sitja í minnihlutastjórn í trausti þess að andstæðingar hans í þinginu næðu ekki saman um þingrof eða nýjan forsætisráðherra.

### **Niðurstaða**

Í tillögum stjórnlagaráðs er lögð til róttæk uppstokkun á því með hvaða hætti ríkisstjórnir eru myndaðar og hvernig fjallað er um vantraust á Alþingi. Ekki kemur skýrt fram hverjir séu helstu gallar núgildandi fyrirkomulags eða hvernig það mætti bæta. Hins vegar er lögð til nýbreytni sem hefur skilað umdeildum árangri í öðrum ríkjum án þess að veigamikil rök séu færð fyrir því að hún gæti virkað vel hér á landi. Fyrirkomulagið sem lagt er til virðist óljóst og jafnvel mótsagnakennt um sumt og gæti leitt til óheppilegra niðurstaðna þegar á reynir.

## Minnisblað 5. Forsetaembættið

Forsetar gegna mjög ólíkum hlutverkum frá einu ríki til annars og á Íslandi hefur í vissum mæli verið deilt um það hvert hlutverk forsetans ætti að vera (t.d. fyrir forsetakosningar 2012). Eðlilegt hefði verið, við endurskoðun stjórnarskrár, að útkljá þann vafa sem kann að leika á stjórnskipulegu hlutverki forseta.

Í tillögum stjórnlagaráðs er hvergi að finna almenna útlistun á hlutverki forseta Íslands. Ýmislegt í tillögunum bendir til að forsetinn sé valdalaus. Flestum þeirra ákvæða sem í núgildandi stjórnarskrá ræða um forseta þegar átt er við ríkisstjórn eða ráðherra hefur verið breytt. Það virðist á margan hátt jákvætt, þótt hugsanlegt hlutverk forseta sem einhvers konar neyðarleiðtoga ríkisins virðist þar með einnig horfið út. Kveðið er á um að þingræði skuli ríkja með ótvíræðari hætti en í núgildandi stjórnarskrá og forsetinn er ekki lengur talinn handhafi löggjafarvalds. Forsetinn verður heldur ekki sóttur til saka nema með samþykki Alþingis frekar en hingað til.

Á hinn bóginn eru í stjórnarskrárdrögunum ýmis ávæði sem gætu bent til að forsetanum séu ætluð raunveruleg pólitísk völd. Forsetinn er þjóðkjörinn, sem ef til vill mætti telja óþarft ef um algerlega valdalaust embætti væri að ræða og seta í embætti meira að segja takmörkuð við þrjú kjörtímabil (sem er nýtt). Forseta er ætlað visst hlutverk við embættaveitingar, sem hann hefur í reynd ekki haft, og hugsanlegt er að ákvæði um stjórnarmyndum geti aukið hlutverk hans, þótt erfitt sé að fullyrða um það. Þá heldur forseti rétti sínum til að skjóta lögum í þjóðaratkvæðagreiðslu, sem almennt var talið óvirkt ákvæði þar til því var beitt af núverandi forseta, en telja má líklegt að sé orðið að virkum þætti stjórnskipunarinnar.

Ólíkt konungum eru forsetar í meginatriðum þjóðkjörnir eða valdir með öðrum hætti af fulltrúum kjósenda. Þjóðkjör þýðir að haldnar eru sérstakar forsetakosningar með þátttöku almennings, en þeir sem ekki eru þjóðkjörnir eru valdir af öðrum stofnunum stjórnkerfisins, oftast þinginu. Eðlilegt er að telja forseta Bandaríkjanna þjóðkjörinn þótt formlega sé hann valinn af kjörmannasamkundu sem valin er í forsetakosningum.

Meginreglan er að þingkjörnir forsetar hafa lítil eða engin pólitísk hlutverk og gegna fyrst og fremst táknrænum hlutverkum þjóðhöfðingja. Þjóðkjörnir forsetar gegna hins vegar afar ólíkum hlutverkum, allt frá því að vera helstu handhafar framkvæmdarvaldsins, þar sem forsetaræði ríkir, yfir í að vera í raun áhrifalausir um stjórn þess, hliðstætt þingkjörnum forsetum.

Stjórnskipun þar sem þjóðkjörnir forsetar sitja skiptist í forsetaræði og forsetaþingræði (e. semi-presidentialism). Þar sem forsetaræði ríkir er forsetinn yfirmaður framkvæmdarvaldsins og

ríkisstjórn situr í umboði hans. Þar ríkir með öðrum orðum ekki þingræði. Þekktasta dæmið er stjórnskipun Bandaríkjanna, en þrátt fyrir að forsetaræði hafi farið saman við lýðræðislegan stöðugleika þar er forsetaræði af mörgum talið óstöðugra lýðræðisfyrirkomulag en þingræði. Meðal helstu veikleika forsetakerfa, samkvæmt Linz, eru a) samkeppni forseta og þings um lýðræðislega viðurkenningu þar sem hvor getur grafið undan lögmæti hins b) minni sveigjanleiki forsetakerfa vegna þess að kjörtímabil eru ósveigjanleg c) forsetaræði ýtir undir átakastjórnsmál þar sem sigurvegarinn ræður öllu d) stjórnsmál í forsetakerfum einkennast oft af litlu umburðarlyndi með stjórnarandstöðunni og e) forsetaræði hvetur til lýðskrums í kosningum.<sup>32</sup>

Hugtakið forsetaþingræði var fyrst notað af franska stjórnsmálafræðingnum Maurice Duverger árið 1970 í umfjöllun um þau stjórnkerfi Evrópu þar sem þingræði fór saman við þjóðkjörinn forseta, en í sumum þeirra gat forseti haft umtalsverð áhrif, einkum í Finnlandi og Frakklandi.<sup>33</sup> Sá fræðimaður sem í seinni tíð hefur rannsakað forsetaþingræði mest, Robert Elgie, skilgreinir það sem þá skipan að „forseti, þjóðkjörinn til fastákveðins tíma, er til staðar samhliða forsætisráðherra og ríkisstjórn sem bera ábyrgð gagnvart þingi“.<sup>34</sup> Í skilgreiningu Elgies er það skilið eftir opið hver raunveruleg áhrif hins þjóðkjörna forseta eru, en hann bendir á að forsetavæðing (e. presidentialization) gangi mismunandi langt. Í sumum tilvikum er forsetinn nánast alveg áhrifalaus um flest pólitísk úrlausnarefni (hann nefnir Austurríki, Írland og Ísland sem dæmi) en í öðrum er hann mjög valdamikill (t.d. í Rússlandi).

Fyrstu dæmin um forsetaþingræði eru frá Finnlandi og Þýskalandi árið 1919, en Austurríki bættist í hópinn 1929, Írland 1937, Kúba 1940 og Ísland 1944. Þrátt fyrir þetta virðist ekki hafa mótast almenn hugmynd um forsetaþingræði sem sérstaka tegund af stjórnskipun (hliðstætt þingræði og forsetaræði) fyrr en eftir að Frakkar höfðu tekið upp slíka stjórnskipun á sjöunda áratugnum. Útbreiðsla forsetaþingræðis tók talsverðan kipp í upphafi tíunda áratugarins, að hluta í tengslum við lýðræðisþróun í frönskumælandi Afríku, áhrif portúgalskra fyrirmynda í Afríku og við hrun kommúnismans í Austur Evrópu og Sovétríkjunum.<sup>35</sup> Ríflega 50 ríki búa við forsetaþingræði í

<sup>32</sup> J. Linz og A. Valenzuela 1994. *The failure of presidential democracy* (Baltimore: The Johns Hopkins University Press).

<sup>33</sup> M. Duverger 1970. *Institutions politiques et Droit constitutionnel* (París: Presses Universitaires de France) og M. Duverger 1980. „A ne political system model: Semi-presidential government“ *European Journal of Political Research*, 8, 165-87.

<sup>34</sup> R. Elgie 1999. „The politics of semi-presidentialism“ í Elgie (ritstj.) *Semi-presidentialism in Europe* (Oxford: Oxford University Press), bls. 13.

<sup>35</sup> Elgie, R. (2010). „Semi-Presidentialism: An increasingly common constitutional choice“ í R. Elgie, S. Moestrup og Y-S. Wu (ritstj.) *Semi-Presidentialism and Democracy* (London: Palgrave).

heiminum í dag en innan við helmingur þeirra getur þó talist í hópi lýðfrjálsra ríkja þar sem lýðræði stendur föstum fótum.<sup>36</sup>

Skipta má kerfum með forsetaþingræði í eftirfarandi flokka:

- Forsetar ríkjandi

Kerfi þar sem forsetar eru ríkjandi þótt þingræði ríki að forminu til hafa svipaða veikleika og hreinræktuð forsetakerfi. Shugart og Carey telja slík kerfi (e. president-parliamentary systems) einkennast af a) þjóðkjörnum forseta sem b) skipar ráðherra og veitir þeim lausn en c) ráðherrar þurfa samt samþykki þings og d) forseti hefur rétt til að rjúfa þing eða visst löggjafarvald, eða hvort tveggja.<sup>37</sup> Forsætisráðherrar í slíkum kerfum eru ábyrgir bæði gagnvart forseta og þingi. Reynslan af slíkum kerfum, samkvæmt Elgie, er að þótt þau komi ekki endilega í veg fyrir þróun stöðugs lýðræðis skapi þau oft hindranir í vegi þess. „Stundum gera þau það með því að ýta undir vandamál sem þegar eru til staðar í mjög persónugerðri stjórnmalamenningu; í öðrum tilvikum ýta þau undir persónugervingu kerfisins“.<sup>38</sup>

- Valdajafnvægi forseta og forsætisráðherra

Valdajafnvægi milli forseta og forsætisráðherra getur verið til staðar í ýmsum myndum. Slíkt kerfi er nálægt þeirri hugmynd sem var hluti af upphaflegri skilgreiningu Duvergers á forsetaþingræði, þ.e. að forseti væri þjóðkjörinn, hefði „umtalsverð völd“ en jafnframt væri forsætisráðherra og ríkisstjórn með framkvæmdarvaldsverkefni og þyrftu stuðning þingsins.<sup>39</sup> Frakkland er þekktasta dæmið um slíka stjórnskipan, og margar af fyrrum nýlendum þeirra hafa tekið upp skipan af þessu tagi, en Finnland tilheyrði einnig þessum flokki ríkja fram til ársins 2000, þegar stjórnarskráin var endurskoðuð með það fyrir augum að draga úr hlutverki forsetans. Þar sem valdajafnvægi er til staðar hafa forsetar völd á tilteknum sviðum (oft í öryggis- og utanríkismálum) eða forseti og forsætisráðherra deila völdum um tiltekin mál. Forsætisráðherra er hins vegar einungis ábyrgur gagnvart þinginu, ekki forseta.

- Forseti víkjandi, fyrst og fremst hátíðlegt hlutverk þjóðhöfðingja.

Ríki þar sem þjóðkjörinn forseti gegnir fyrst og fremst hátíðlegu hlutverki þjóðhöfðingja virka eins og hver önnur þingræðisríki, þar sem forsætisráðherrann leiðir ríkisstjórn. Forsetinn í slíku kerfi, segir Elgie, er táknrænn leiðtogi með lítil stjórnskipuleg völd sem gegnir hlutverki

<sup>36</sup> R. Elgie 2005. „Variations on a theme“ *Journal of Democracy*, 16:3.

<sup>37</sup> M. Shugard og J. Carey 1992. *Presidents and assemblies* (Cambridge: CUP), bls. 24.

<sup>38</sup> R. Elgie 2005. „Variations on a theme“ *Journal of Democracy*, 16:3, bls. 105.

<sup>39</sup> Duverger 1980, bls. 161.

Þjóðhöfðingja frekar en einhver sem tekur ákvarðanir og raunveruleg völd eru hjá forsætisráðherra, sem á öllum sviðum stjórnar daglegum rekstri ríkisins".<sup>40</sup> Forsetinn er aldrei keppinautur forsætisráðherrans og getur talað fyrir málstað landsins út á við án þess að skapa óvissu um hver sé við stjórn. Þetta á við jafnvel þótt forseti komi úr öðrum stjórnmaflokki en forsætisráðherrann. Lítill vafi leikur á því að það var forsetahlutverk af þessu tagi sem höfundar íslensku stjórnarskrárinnar höfðu í huga þegar ákvæðin um forseta voru sett árið 1944 en ákvæðin um forseta hafa samt vafist fyrir mörgum vegna þess hve óljós þau eru og þess túlkunarvanda sem þau bjóða upp á. Sú staðreynd að forsetinn er þjóðkjörinn þýðir að hann kann að telja sig óbundinn af hefðum og sjónarmiðum sem alla jafna myndu binda konungborna þjóðhöfðingja eða þingkjörna forseta. Forsetakosningar á Íslandi hafa jafnframt þá sérstöðu (fyrir utan kosningarnar 1952) að forsetaefni eru jafnan óbundin stjórnmaflokki og geta því leikið lausum hala í stjórnskipuninni að eigin geðþótta án þess að telja sér skylt að ráðgast við aðra forystumenn í stjórnmalum.

Elgie bendir á að flestir fræðimenn telji forsetaþingræði óheppilegt fyrirkomulag, þótt útbreiðsla þess hafi aukist á undanförunum áratugum.<sup>41</sup> Hins vegar bendir hann á að kostir þess og ókostir fari mikið til eftir því hvaða útfærsla forsetaþingræðis er valin. Ekki er góð reynsla af forsetaþingræði með sterkum forseta og ný lýðræðisríki sem valið hafa það fyrirkomulag ná sjaldnar lýðræðislegum stöðugleika en önnur. Þar sem forsætisráðherra gegnir meginforystuhlutverki er árangurinn mun betri.<sup>42</sup>

## Niðurstaða

Á það skortir í tillögum stjórnlagaráðs að fram komi hvers konar forsetaembætti gert sé ráð fyrir, og hefur spunnist um það efni nokkur umræða á opinberum vettvangi. Þótt sumt hafi verið skýrt frá núgildandi stjórnarskrá er þjóðkjör forseta samt grundvallarstaðreynd sem getur haft áhrif á hvernig forseti beitir þeim völdum sem honum eru skömmtuð, svo sem varðandi embættaveitingar, þjóðaratkvæðagreiðslur og stjórnarmyndanir. Þá gæti yfirlýsingaglaður forseti gefið mjög villandi mynd af utanríkisstefnu íslenska ríkisins á alþjóðlegum vettvangi, þar sem þekking á íslenskri stjórnskipun er af skornum skammti.

Hið óljósa hlutverk forsetans er sérlega bagalegt í ljósi þess að í drögum stjórnlagaráðs að stjórnarskrá eru jafnframt gerðar róttækar tillögur um ýmsa aðra þætti stjórnskipunarinnar, þar á

<sup>40</sup> Elgie 2005, bls. 105.

<sup>41</sup> Elgie, R. (2010). „Semi-Presidentialism: An increasingly common constitutional choice“ í R. Elgie, S. Moestrup og Y-S. Wu (ritstj.) *Semi-Presidentialism and Democracy* (London: Palgrave).

<sup>42</sup> Elgie, R. (2007). „Varieties of Semi-Presidentialism and their impact on nascent democracies“ í *Taiwan Journal of Democracy*, 3:2, 53-71.

meðal um beint lýðræði og persónukjör, sem ræddar eru hér að framan. Slíkt skapar mikla óvissu um stjórnskipulega þróun á komandi árum og stöðugleika í stjórn landsins.

## Minnisblað um tillögu 3. mgr. 4. gr. stjórnlagaráðs að frumvarpi til stjórnarskipunarlaganna

### 4. gr.

#### Ríkisborgararéttur

Rétt til íslensks ríkisfangs öðlast þeir sem eiga foreldri með íslenskt ríkisfang. Ríkisborgararéttur verður að öðru leyti veittur samkvæmt lögum.

Engan má svipta íslenskum ríkisborgararétti.

**Íslenskum ríkisborgara verður ekki meinað að koma til landsins né verður honum vísað úr landi. Með lögum skal skipað rétti útlendinga til að koma til landsins og dveljast hér, svo og fyrir hvaða sakir sé hægt að vísa þeim úr landi.**

### 1. Almenn umfjöllun um ákvæðið

Í núverandi stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (eftirleiðis nefnd stj.skr.), er sambærilegt ákvæði að finna í VII. kafla stjórnarskrárinnar, en þar segir í 2. mgr. 66. gr.:

*„Íslenskum ríkisborgara verður ekki meinað að koma til landsins né verður honum vísað úr landi. Með lögum skal skipað rétti útlendinga til að koma til landsins og dveljast hér, svo og fyrir hverjar sakir sé hægt að vísa þeim úr landi.“*

Í ákvæðinu felst ekki sjálfstæður réttur útlendinga til að koma til eða dveljast í landinu né setur ákvæðið ákveðin skilyrði sem þurfi að vera uppfyllt til þess að vísa megi útlendingi úr landi. Á löggjafann er þó lögð sú skylda að setja ákveðnar reglur um þessi efni og þar með er girt fyrir að stjórnvöld geti ákveðið slíkt að eigin geðþótta. Vernd ákvæðisins felst því fyrst og fremst í auknu réttaröryggi útlendinga með því að áréttu gildi og áhrif lögmætisreglunnar í þessum málaflokki.

Eina breyting ákvæðisins sjálfs miðað við tillögur stjórnlagaráðs er orðalagið: *fyrir hvaða sakir* en í núgildandi stjórnarskrá segir: *fyrir hverjar sakir*. eru því engar efnislegar breytingar gerðar á ákvæðinu, miðað við framsetningu þess í núverandi stjórnarskrá.

Í greinargerð með tillögum stjórnarskrár stjórnlagaráðs segir svo um ákvæðið:

*„Smávægileg orðalagsbreyting í átt til nútímalegra orðfæris er lögð til í 3. mgr. Í stað orðanna „fyrir hverjar sakir“ koma orðin „fyrir hvaða sakir“.“*

Aðrar breytingar ákvæðisins er staðsetning þess, en í tillögum stjórnlagaráðs á ákvæðið heima í I. kafla sem ber heitið „Undirstöður“, en áður var það í mannréttindakaflanum (VII. kafla núverandi stjórnarskrár).

### 2. Nauðsynlegar breytingar á ákvæðinu

#### *2.1 Orðalagsbreytingar*

Eins og fram hefur komið er eina breyting ákvæðisins, að í stað orðalagsins *fyrir hverjar sakir* segir nú *fyrir hvaða sakir*. Er hér um að ræða breytt málsnið, en það mætti segja að fyrir hverjar sakir sé ögn formlegra málsnið en fyrir hvaða sakir sé fremur meira talmál. Ekki er þó að sjá að breyting þessi hafi nein efnisleg áhrif en ef til vill áhugavert að kanna það. Annars verður að segja að þessi breyting telst vart nauðsynleg, þar sem orðalagið kemur út á það sama.

## 2.2 Staðsetning ákvæðisins

Í tillögum stjórnlagaráðs bera öll ákvæði ákveðið heiti, sem lýsir merkingu þeirra. Ákvæðið sem hér er til skoðunar ber heitið „Ríkisborgararéttur“. Hægt er að segja að heiti ákvæðisins sé gegnsætt hvað varðar 1. mgr., 2. mgr. og 1. másl. 3. mgr., hins vegar nær það heiti ekki vel yfir 2. másl. 3. mgr. sem felur í sér að í lögum skuli kveða á um rétt útlendinga til að koma til landsins og dveljast hér.

Í 26. gr. tillaga stjórnlagaráðs er hins vegar að finna ákvæði sem ber heitið „Dvalarréttur og ferðafrelsi“, en 2. másl. 3. mgr. 4. gr. ætti ef til vill betur heima þar undir.

Ákvæði 26. gr. hljóðar svo:

„26. gr.

*Dvalarréttur og ferðafrelsi*

*Allir skulu ráða búsetu sinni og vera frjálssir ferðar sinna með þeim takmörkunum sem eru settar með lögum.*

*Engum verður meinað að hverfa úr landi nema með ákvörðun dómstóla. Stöðva má þó brottför manns úr landi með lögmætri handtöku.*

*Með lögum skal kveða á um rétt flóttamanna og hælisleitenda til réttlátrar og skjótrar málsmeðferðar.“*

Ákvæði 4. og 26. gr. tillaga stjórnlagaráðs eru í raun bæði tekin upp úr núverandi 66. gr. stj.skr., en þó með smá breytingum.

Ákvæði 66. gr. stj.skr. eins og það er í dag hljóðar svo:

*„Engan má svipta íslenskum ríkisborgararétti. Með lögum má þó ákveða að maður missi þann rétt ef hann öðlast með samþykki sínu ríkisfang í öðru ríki. Útlendingi verður aðeins veittur íslenskur ríkisborgararéttur samkvæmt lögum.*

*Íslenskum ríkisborgara verður ekki meinað að koma til landsins né verður honum vísað úr landi. Með lögum skal skipað rétti útlendinga til að koma til landsins og dveljast hér, svo og fyrir hverjar sakir sé hægt að vísa þeim úr landi.*

*Engum verður meinað að hverfa úr landi nema með ákvörðun dómara. Stöðva má þó brottför manns úr landi með lögmætri handtöku.*

*Allir, sem dveljast löglega í landinu, skulu ráða búsetu sinni og vera frjálssir ferða sinna með þeim takmörkunum sem eru settar með lögum.“*

Eins og sjá má er 1. mgr. 26. gr. er nokkurn vegin sambærileg 4. mgr. 66. gr. stj.skr. og 2. mgr. 26. gr. er sambærileg 3. mgr. 66. gr. stj.skr.

3. mgr. 4. gr. tillögu stjórnlagaráðs er svo sambærileg 2. mgr. 66. gr. stj.skr.

Hér væri því eðlilegast að færa 3. mgr. 4. gr. undir 26. gr. tillögu stjórnlagaráðs, en þá myndi ákvæðið hljóða svo:

„26. gr.

*Dvalarréttur og ferðafrelsi*

*Allir skulu ráða búsetu sinni og vera frjálssir ferðar sinna með þeim takmörkunum sem eru settar með lögum.*

*Engum verður meinað að hverfa úr landi nema með ákvörðun dómstóla. Stöðva má þó brottför manns úr landi með lögmætri handtöku.*

***Með lögum skal skipað rétti útlendinga til að koma til landsins og dveljast hér, svo og fyrir hvaða sakir sé hægt að vísa þeim úr landi.***

*Með lögum skal kveða á um rétt flóttamanna og hælisleitenda til réttlátrar og skjótrar málsmeðferðar.“*



Þá liti 4. gr. tillaga stjórnlagaráðs svona út:

„4. gr.

*Ríkisborgararéttur*

*Rétt til íslensks ríkisfangs öðlast þeir sem eiga foreldri með íslenskt ríkisfang. Ríkisborgararéttur verður að öðru leyti veittur samkvæmt lögum.*

*Engan má svipta íslenskum ríkisborgararétti.*

*Íslenskum ríkisborgara verður ekki meinað að koma til landsins né verður honum vísað úr landi.“*

Heiti ákvæðanna yrði með þessu móti skýrara og gegnsærra, hvað varðar bæði 4. og 26. gr. tillögu stjórnlagaráðs. Ekki er að sjá að þetta hafi nokkur áhrif á tillögurnar. Bæði ákvæðin eru tekin úr núverandi 66. gr. stj.skr. og þar með hanga þau vel saman. Munurinn yrði nú að 2. másl. 3. mgr. 4. gr. tillagna stjórnlagaráðs ætti nú heima undir II. kafla (Mannréttindi og náttúra). Það ætti þó að samræmast ágætlega þar sem núverandi 66. gr. stj.skr. á heima undir mannréttindakafla stj.skr. (VII. kafli).

Umfjöllun um 3. mgr. 4. gr. tillögu stjórnlagaráðs sem finna er í greinargerð með ákvæðinu mætti því færa yfir í umfjöllun um 26. gr., þar mætti því standa:

„Smávægileg orðalagsbreyting í átt til nútímalegra orðfæris er lögð til í 3. mgr. Í stað orðanna „fyrir hverjar sakir“ koma orðin „fyrir hvaða sakir.““

Ef til vill væri réttast að taka fram að „Engar efnislegar breytingar væru gerðar á 3. mgr. ákvæðisins með þessum breytingum, einungis væri um smávægilega orðalagsbeytingu að ræða í átt til nútímalegra orðfæris.“

Hinrika Sandra Ingimundardóttir

Lögfræðingur hjá innanríkisráðuneytinu

## Minnisblað um tillögu 3. mgr. 26. gr. stjórnlagaráðs að frumvarpi til stjórnarskipunarlaga

Viðfangsefni þessa minnisblaðs er 3. mgr. 26. gr. tillögu stjórnlagaráðs að frumvarpi til stjórnarskipunarlaga (eftirleiðis nefnd tillaga stjórnlagaráðs). Til að hægt sé að rekja á skilmerkilegan hátt nauðsynlegar breytingar á ákvæðinu, taldi ég mikilvægt að fjalla almennt um grundvallarreglur í flóttamannarétti og sambærileg ákvæði í stjórnarskrám Evrópuríkja. Þá er fjallað um 3. mgr. 26. gr. tillögu stjórnlagaráðs og ákvæðinu skipt niður í ákveðna liði, sem fjallað er um hvern fyrir sig. Að lokum er reynt að svara þeim spurningum sem lagðar voru upp í erindi forsætisráðuneytisins, þ.e. hvort ákvæðið eða greinargerðin þarfnist breytinga.

### 26. gr. Dvalarréttur og ferðafrelsi

Allir skulu ráða búsetu sinni og vera frjálssir ferða sinna með þeim takmörkunum sem eru settar með lögum. Engum verður meinað að hverfa úr landi nema með ákvörðun dómstóla. Stöðva má þó brottför manns úr landi með lögmætri handtöku.

**Með lögum skal kveða á um rétt flóttamanna og hælisleitenda til réttlátrar og skjótrar málsmeðferðar.**

#### 1. Almennt um réttindi flóttamanna

Í samningi Sameinuðu þjóðanna um stöðu flóttamanna frá 28. júlí 1951 (eftirleiðis nefndur flóttamannasamningurinn) og bókun um réttarstöðu flóttamanna frá árinu 1967, eru grundvallarréttindi flóttamanna varin. Flóttamannasamningurinn hefur að geyma skuldbindingar fyrir aðildarríkin um að veita flóttamönnum tiltekna réttarvernd. Samningurinn mælir því ekki fyrir um skyldu aðildarríkjanna til að veita flóttamönnum hæli heldur hefur hann að geyma ákvæði um réttarstöðu flóttamanns meðan hann dvelur í samningsríki.

Í 1. gr. flóttamannasamningsins er hugtakið flóttamaður skilgreint. Samkvæmt A-lið ákvæðisins telst sá útlendingur flóttamaður sem „er utan heimalands síns [...] af ástæðuríkum ótta við að verða ofsóttur vegna kynþáttar, trúarbragða, þjóðernis, aðildar í sérstökum félagsmálaflokkum eða stjórnmalaskoðana, og getur ekki eða vill ekki, vegna slíks ótta, færa sér í nyt vernd þess lands; eða þann, sem er ríkisfangslaus, og er utan þess lands, þar sem hann áður hafði reglulegt aðsetur, vegna slíkra atburða og getur ekki eða vill ekki, vegna slíks ótta, hverfa þangað aftur.“

Flóttamannasamningurinn og viðbótarsamningur um breytingu á honum gilda um þá sem eru flóttamenn samkvæmt skilgreiningum sem í þeim er að finna. Aðildarríkjunum ber þannig skylda til að meta hver telst til flóttamanna, þ.e. að ákvarða réttarstöðu samkvæmt samningnum, þegar flóttamaður sem er í landi þeirra sækir um að vera viðurkenndur sem flóttamaður. Ekki er fyrir hendi samræmd alþjóðleg túlkun á flóttamannahugtakinu sem einstök lönd eru bundin af og er það því hvers lands að taka afstöðu til þess hvort útlendingur telst flóttamaður. Hins vegar gaf Flóttamannastofnun Sameinuðu þjóðanna út handbók árið 1978 sem gefur leiðbeiningar um túlkun hugtaksins.

Grundvallarreglu í flóttamannarétti er að finna í 33. gr. samningsins en þar er kveðið á um bann við því að víkja flóttamanni brott eða endursenda hann til ríkis þar sem lífi hans eða

frelsi er ógnað vegna kynþáttar hans, þjóðernis, aðildar að sérstökum félagsmálaflokkum eða stjórnmalaskoðana. Því hefur verið haldið fram að þessi regla um bann gegn brottvísun eða endursendingu (e. *non-refoulement*) sé þjóðréttarregla á grundvelli þjóðréttarvenju og sé því bindandi fyrir ríki án tillits til alþjóðasamninga.

Þann 30. nóvember 1955 fullgilti Ísland flóttamannasamninginn og tók hann gildi hér á landi 1. mars 1956. Hinn 26. apríl 1968 var einnig fullgiltur viðbótarsamningur um breytingu á samningnum um stöðu flóttamanna frá 31. janúar 1968.

Í VII. kafla laga um útlendinga nr. 96/2002 er kveðið á um réttarstöðu hælisleitenda og flóttamanna hér á landi og eru grundvallarákvæði flóttamannasamningsins þar lögfest. Í 44. gr. laganna er flóttamannahugtak A-liðar 1. gr. samningsins lögfest. Í 44. gr. a er ítarlega kveðið á um ofsóknir í skilningi hugtaksins. Í 45. gr. laganna er kveðið á um bann við að vísa fólki brott eða endursenda þangað sem líf þess eða frelsi kann að vera í hættu (e. *non-refoulement*). Í VII. kafla laganna er svo einnig nánar kveðið á um réttinn til hælis, réttaráhrif þess sem og réttarstöðu hælisleitenda meðan á málsmeðferð stendur, ásamt öðrum ákvæðum.

Ísland á einnig aðild að ýmsum mannréttindasamningnum sem geta haft áhrif á réttarstöðu útlendinga en þar er að finna ákvæði sem mæla fyrir um tiltekin réttindi þeirra. Þeir samningar sem geta komið til álita eru:

- samningur um verndun mannréttinda og mannfrelsis frá 4. nóvember 1950, ásamt samningsviðaukum, öðru nafni mannréttinasáttmáli Evrópu, sbr. lög nr. 62 19. maí 1994 og lög nr. 25 24. mars 1998,
- samningur um afnám alls kynþáttamisréttis frá 21. desember 1965,
- samningur um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi frá 16. desember 1966,
- samningur um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi, ásamt valkvæðri bókun, frá 16. desember 1966,
- samningur um afnám allrar mismununar gagnvart konum frá 18. desember 1979,
- samningur gegn pyndingum og annarri grimmilegri, ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu frá 10. desember 1984, með breytingu frá 9. september 1992, og
- samningur um réttindi barnsins frá 20. nóvember 1989.

Í íslenskum rétti er því skýrlega kveðið á um réttarstöðu hælisleitenda og flóttamanna í samræmi við alþjóðlega samninga sem Ísland er skuldbundið af. Einnig er nú unnið að frumvarpi til nýrra heildarlaga um málefni útlendinga, sem stendur til að leggja fram á komandi haustþingi.

## 2. Ákvæði 3. mgr. 26. gr.

Ákvæði 3. mgr. 26. gr. í tillögum stjórnlagaráðs er nýmæli í stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (eftirleiðis skammstafað stj.skr.) en ekki hefur áður verið fjallað um rétt flóttamanna eða hælisleitenda í stj.skr. Í ákvæðinu segir að: „*Með lögum skal kveða á um rétt flóttamanna og hælisleitanda til réttlátrar og skjótrar málsmeðferðar.*“

Í greinargerð þeirri er fylgdi tillögum stjórnlagaráðs segir að þær reglur sem settar séu fram í ákvæðinu séu í samræmi við V. kafla núgildandi laga um útlendinga nr. 96/2002 og ættu því ekki að leiða til breyttra réttaráhrifa. Jafnframt kemur fram að mikilvægt þótti að nefna sérstaklega rétt flóttamanna og hælisleitenda sem gætu sætt illri meðferð við heimkomu eða verið í hættu við brottvísun og því væri réttur þeirra til að fá skorið úr um dvalarrétt sinn

mikilvægur. Enn fremur segir að þessi viðbót byggist á því að Ísland sé aðili að flóttamannasamningnum og alþjóðlegum mannréttindasáttmálum sem banna brottvísun einstaklinga til heimalands eða annars ríkis þar sem lífi eða mannhelgi þeirra sé stofnað í hættu eða fólk eigi á hættu að verða fyrri ofsóknum. Að lokum segir að með þessari viðbót sé gerð krafa á ríkið að tryggja flóttamönnum og hælisleitendum skjóta og réttláta málsmeðferð hér á landi.

Í næstu undirköflum verður ákvæðinu skipt niður í ákveðna liði og reynt að greina hvað felst í hverjum lið fyrir sig í samræmi við texta ákvæðisins og skýringa í greinargerð.

## 2.1 Heiti ákvæðisins: *Dvalarréttur og ferðafrelsi*

Ákvæði 26. gr. tillögu stjórnlagaráðs ber heitið „Dvalarréttur og ferðafrelsi“.

Í 1. og 2. mgr. ákvæðisins er skýrlega kveðið á um dvalarrétt og ferðafrelsi manna, og er titill ákvæðisins gegnsær hvað það varðar. Í 3. mgr. ákvæðisins er þó að finna eins og fram hefur komið nýmæli sem kveður á um rétt flóttamanna og hælisleitenda til skjótrar og réttlátrar málsmeðferðar. Erfitt er að sjá að titill ákvæðisins um dvalarrétt nái yfir þennan þátt ákvæðisins. Í raun er hér um slík réttindi að ræða að þau mættu vel eiga heima í sjálfstæðu ákvæði, sérstaklega þar sem réttur flóttamanna og hælisleitenda er um margt frábrugðin þeim rétti sem kveðið er á um 1. og 2. mgr. 26. gr. tilögunnar.

Hér má þó nefna að 2. másl. 3. mgr. 4. gr. í tillögu stjórnlagaráðs fjallar um dvalarrétt útlendinga hér á landi. Sá liður ætti því betur heima í 26. gr. tillögu stjórnlagaráðs frekar en að standa í 4. gr. sem fjallar um ríkisborgararétt, en í 2. másl. 3. mgr. 4. gr. segir:

*„Með lögum skal skipað rétti útlendinga til að koma til landsins og dveljast hér, svo og fyrir hvaða sakir sé hægt að vísa þeim úr landi.“*

Líkt og nefnt hefur verið í minnisblaði um 3. mgr. 4. gr. tillaga stjórnlagaráðs, þá er lagt til að ákvæði þetta verði fært í 26. gr. og því er vísað til nánari umfjöllunar þar.

## 2.2 Réttindi sem ákvæði 3. mgr. 26. gr. er ætlað að verja

Eins og fram hefur komið hljóðar ákvæði 3. mgr. 26. gr. svo:

*„Með lögum skal kveða á um rétt **flóttamanna** og **hælisleitenda** til **réttlátrar** og **skjótrar málsmeðferðar**.“*

Fyrst ber að benda á að hugtökin flóttamaður og hælisleitandi eru ekki skilgreind í greinargerð er fylgdi tillögunum. Eðlilegt væri að nefna í greinargerð hvað fælist í þeim, þar sem ekki hefur áður verið kveðið um réttindi þessi eða hugtök í stjórnarskrá.

Í íslenskum rétti hefur almennt verið miðað við að skilgreining flóttamanns sé í samræmi við A-lið 1. gr. flóttamannasamningsins en þar er hugtakið ítarlega skilgreint. Þar segir eins og áður hefur verið nefnt að sá útlendingur telst flóttamaður sem „er utan heimalands síns [...] af ástæðuríkum ótta við að verða ofsóttur vegna kynþáttar, trúarbragða, þjóðernis, aðildar í sérstökum félagsmálaflokkum eða stjórnsmálaskoðana, og getur ekki eða vill ekki, vegna slíks ótta, færa sér í nyt vernd þess lands; eða [sá], sem er ríkisfangslaus, og er utan þess lands, þar

sem hann áður hafði reglulegt aðsetur, vegna slíkra atburða og getur ekki eða vill ekki, vegna slíks ótta, hverfa þangað aftur“. Er þessi skilgreining einnig lögfest í 1. mgr. 44. gr. útlendingalaga nr. 96/2002.

Hugtakið hælisleitandi er þó ekki skilgreint í lögum, en samkvæmt íslenskri orðabók frá 2007 er átt við: „*Mann sem leitar hælís í öðru ríki sem flóttamaður (áður en sú staða hans telst sönnuð).*“

Í greinargerð mætti því fara stuttorða um þýðingu þessara hugtaka. Mikilvægt er einnig að skýra greinarmun þessara hugtaka, þar sem í almennri umfjöllun renna þau oft saman. Eins og fram hefur komið er hælisleitandi aðili sem óskar hælís í öðru ríki sem flóttamaður en flóttamaður er hins vegar aðili sem hefur fengið réttarstöðu flóttamanns í tilteknu ríki.

Í ákvæði 3. mgr. 26. gr. er annars vegar kveðið á um rétt flóttamanna og hælisleitenda til réttlátrar málsmeðferðar og hins vegar til skjótrar málsmeðferðar hjá stjórnvöldum. Fyrst ber því að líta til þess hvað getur falist í réttlátri málsmeðferð í framangreindum málum.

### 2.2.1 Réttlát málsmeðferð

Í greinargerð er fylgir tillögum stjórnlagaráðs segir eftirfarandi um ákvæðið:

*„Ný 3. mgr. snýr að rétti til skjótrar málsmeðferðar sem er þegar tryggð í stjórnsýslurétti. Þær reglur sem hér eru settar fram eru í samræmi við V. kafla núgildandi laga um útlendinga nr. 96/2002 og ættu því ekki að leiða til breyttra réttaráhrifa.*

*Var talið rétt að nefna sérstaklega rétt flóttamanna og hælisleitenda sem gætu sætt illri meðferð við heimkomu eða verið í hættu við brottvísun. Réttur þeirra til að fá skorið úr um dvalarrétt sinn hér á landi þótti mikilvægur í þessu samhengi og vera verndaður af flóttamannasamningi Sameinuðu þjóðanna. Viðbótin byggðist á því að Ísland er aðili að flóttamannasamningi Sameinuðu þjóðanna og alþjóðlegum mannréttindasáttmálum sem banna brottvísun einstaklinga til heimalands eða annars ríkis þar sem lífi eða mannhelgi þeirra er stofnað í hættu eða fólk á á hættu að verða fyrir ofsóknum. Með þessari viðbót er gerð krafa á ríkið að tryggja flóttamönnum og hælisleitendum skjóta og réttláta málsmeðferð hér á landi. Jafnframt var litið til finnsku og þýsku stjórnarskráanna sem hafa sambærileg ákvæði sem byggjast á flóttamannasamningnum.“*

Líkt og fram kemur í greinargerðinni þá segir að þessar reglur sem hér eru settar fram séu í samræmi við V. kafla útlendingalaga. Sá kafli laganna fjallar almennt um málsmeðferð stjórnvalda í útlendingamálum og er þar sérstaklega tekið fram að stjórnsýslulögin gildi um meðferð mála nema annað leiði af lögnum. Í kaflanum er einnig kveðið á um málshraða, andmælarétt, leiðbeiningarskyldu, rannsóknarúrræði, kæruehimild, réttaraðstoð o.fl. sem tengist málsmeðferð í útlendingamálum. Kaflinn nær enn fremur yfir öll útlendingamál á grundvelli laganna, en ekki einungis til mála hælisleitenda og flóttamanna. Af þessu má því ráða að ákvæðinu sé ætlað að ná yfir almenna málsmeðferð hælisleitenda og flóttamanna fyrir stjórnvöldum og tryggja að hún sé réttlát og skjót.

Miðað við frekari ummæli sem fram koma í greinargerðinni virðist hins vegar vera gert ráð fyrir að ákvæðið nái einnig yfir grundvallarreglu í flóttamannarétti um „non-refoulement“. Sú regla er þó lögfest í VII. kafla útlendingalaga, en sá kafli ber heitið „Vernd gegn ofsóknum og flóttamenn“ og fjallar almennt um réttindi hælisleitenda og flóttamanna hér á landi. Af

Þessum ummælum má ráða að ákvæðinu sé bæði ætlað að tryggja grundvallarréttindi í flóttamannarétti sem m.a. eru lögfest í VII. kafla útlendinglaga sem og að tryggja almennar reglur um málsmeðferð í útlendingamálum sem lögfestar eru í V. kafla laganna, ásamt því að vera tryggðar í stjórnslurétti.

Af greinargerðinni má því ráða að undir ákvæðið geti fallið allt frá grundvallarreglum í flóttamannarétti til almennra málsmeðferðarreglna fyrir stjórnvöldum, án þess þó að orðalag ákvæðisins beri það skýrlega með sér. Því er nokkuð nokkuð misræmi í greinargerðinni, miðað framsetningu ákvæðisins. Í greinargerðinni er enn fremur ekkert nánar útskýrt hvað felist í réttlátri málsmeðferð í skilningi ákvæðisins en af orðanna hljóðan mætti túlka það afar rúmt. Greinargerðin er þar með afar óljós um tilgang og markmið ákvæðisins. Í ljósi þess að hér er um nýtt ákvæði í stjórnarskrá að ræða, sem ekki hefur verið kveðið á um áður, er mikilvægt að ákvæðið sé skýrt og beri það með sér hvaða réttindi það tryggi.

Vert er í þessu samhengi einnig að benda á að varasamt er að vísa til almennra laga eða sérstakra lagaákvæða í greinargerð með stjórnarskrá, þar sem þau standa sjaldnast óhöggud. Í þessu tilviki má benda á að vinna er hafin að frumvarpi til nýrra heildarlaga um málefni útlendinga, þar sem fyrirhugað er að sameina lög nr. 96/2002 um útlendinga og lög nr. 97/2002 um atvinnuréttindi útlendinga. Er því óljóst hvað lög um útlendinga nr. 96/2002 muni gilda lengi og er því óheppilegt að vísa til ákveðinna kafla í lögnum til nánari skýringar á ákvæði stjórnarskrárinnar.

Að lokum er vert að benda á að orðasambandið „réttlát málsmeðferð“ hefur hingað til verið notað þegar fjallað er um réttindi manna fyrir dómstólum og hefur almennt verið talað um „réttláta málsmeðferð fyrir dómi“. Ákvæði 28. gr. tillögu stjórnlagaráðs ber enn fremur heitið „Réttlát málsmeðferð“, og er í því ákvæði varinn grundvallarréttur manna til réttlátrar málsmeðferðar fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstólum, sem finna má í 70. gr. núverandi stjórnarskrár og 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Í því samhengi er ef til vill óheppilegt að í 26. gr. tillagna stjórnlagaráðs sé fjallað um réttláta málsmeðferð hælisleitenda og flóttamanna fyrir stjórnvöldum, þar sem orðasambandið réttlát málsmeðferð hefur allt aðra merkingu í því samhengi miðað við ummæli greinargerðarinnar.

### 3.2.2 Skjót málsmeðferð

Eins og fram hefur komið segir í ákvæði 3. mgr. 26. gr. að í lögum skuli kveða á um rétt hælisleitenda og flóttamanna til skjótrar málsmeðferðar.

Í greinargerð sem fylgir tillögum stjórnlagaráðs segir til skýringar á ákvæði þessu:

*„Engar breytingar ættu að verða á réttaráhrifum af þessari grein. Fyrstu tvær málsgreinar eru teknar beint úr núgildandi stjórnarskrá. Ný 3. mgr. snýr að rétti til skjótrar málsmeðferðar sem er þegar tryggð í stjórnslurétti. Þær reglur sem hér eru settar fram eru í samræmi við V. kafla núgildandi laga um útlendinga nr. 96/2002 og ættu því ekki að leiða til breyttra réttaráhrifa.“*

Samkvæmt 1. mgr. 23. gr. laga um útlendinga nr. 96/2002 gilda stjórnslulög um meðferð mála samkvæmt lögnum nema annað megi ráða af ákvæðum þeirra. Samkvæmt 1. mgr. 9. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 skulu ákvarðanir teknar svo fljótt sem unnt er.

Í 23. gr. a. útlendingalaga er svo sérstaklega kveðið á um málshraða í útlendingamálum, en þar segir að ákvörðun í máli útlendinga skuli tekin svo fljótt sem unnt er og skuli útlendingur upplýstur reglulega um stöðu málsins.

Flóttamannasamningur Sameinuðu þjóðanna gerir ekki kröfu um tiltekinn málsmeðferðartíma, þó vissulega hljóti að vera æskilegt að afgreiðsla hælisumsókna taki eins stuttan tíma og stjórnsýsla hvers ríkis býður upp á, svo sem með tilliti til aðstæðna og ástands í hverju landi fyrir sig.

Þó tekið sé fram í greinargerð að engar breytingar ættu að verða á réttaráhrifum af þessari grein, þá ber samt að velta fyrir sér hvort hér sé verið að veita flóttamönnum og hælisleitendum ríkari rétt heldur en stjórnsýslulög og útlendingalög nú þegar veita. Samkvæmt 9. gr. stjórnsýslulaga eiga allir sem reka þurfa mál fyrir stjórnvöldum þann rétt að leyst sé úr málum þeirra eins fljótt og unnt er. Má velta fyrir sér hvort, með því að tiltaka það sérstaklega í stjórnarskrá að flóttamenn og hælisleitendur njóti réttar til skjótrar málsmeðferðar, sé verið að setja rétt þeirra ofar öðrum þeim sem reka þurfa erindi fyrir stjórnvöldum.

Í íslenskri orðabók er hugtakið skjótur notað yfir eitthvað sem er hratt eða fljótt, einnig er fjallað um að það geti verið notað yfir eitthvað sem gerist á skömmum tíma. Því má velta fyrir sér hvort sú orðanotkun, að fjalla um skjóta málsmeðferð, sé ef til vill villandi í þessu samhengi. Vert er að benda á að samkvæmt stjórnsýslulögum nr. 37/1993 er stjórnvöldum skylt að leysa úr málum *eins fljótt og unnt er* og er sama orðalag notað í 23. gr. a. útlendingalaga. Ljóst er að hér er um nokkuð afstætt hugtak að ræða, þar sem eðli mála og aðstæður hverju sinni skipta máli. Í þessu samhengi verður einnig ávallt að tryggja að mál sé rannsakað á nægileg vandaðan hátt áður en ákvörðun er tekin, hvort heldur það sé á grundvelli stjórnsýslulaga eða útlendingalaga.

Mál hælisleitenda og flóttamanna eru afar vandasöm og krefst hvert mál mikillar rannsóknar, sem leiðir til þess að málsmeðferðartíminn reynist oftast langur. Ótal atriði geta haft áhrif á málmeðferðartíman og má þar m.a. nefna aðstæður hælisleitandans sjálfs, undirbúning hælisviðtala og úrvinnslu þeirra upplýsinga, ásamt ítarlegri rannsókn ákveðinni staðhátta í löndum og mikillar gagnaöflunar. Hér verður þó ávallt að hafa í huga að hagsmunir hælisleitenda og flóttamanna felast einna helst í því að mál þeirra sé rannsakað á fullnægjandi hátt.

Í ljósi framangreinds er ef til vill ekki heppilegt að kveða á um skjótan málsmeðferðartíma, eðlilegra væri heldur að styðjast við orðalag sem nú þegar er kveðið á um í almennum lögum, þ.e. orðalagið *eins fljótt og unnt er*. Hér má þó einnig benda á að í 28. gr. tillögu stjórnlagaráðs um réttláta málsmeðferð er kveðið á um *hæfilegan tíma*.

### 2.3 Samantekt

Í ljósi þess sem hér hefur verið rakið má sjá að nokkuð misræmi er að finna í greinargerð með tillögum stjórnlagaráðs. Ekki er í raun ljóst hvaða réttindi flóttamanna og hælisleitenda ákvæðinu er ætlað að tryggja, en miðað við ummæli í greinargerðinni má ráða að undir ákvæðið geti fallið allt frá grundvallarreglum í flóttamannarétti til almennra málsmeðferðarreglna fyrir stjórnvöldum, án þess þó að orðalag ákvæðisins beri það skýrlega með sér. Ekki er heldur að finna neina umfjöllun í greinargerð um hvað hugtökin réttlát og skjót málsmeðferð feli í sér.

### 3. Ákvæði sambærileg 3. mgr. 26. gr. í stjórnarskrám Evrópuríkja

Í greinargerð þeirri er fylgir tillögum stjórnlagaráðs kemur fram að litið hafi verið til stjórnarskráa Finnlands og Þýskalands við gerð ákvæðisins, en í greinargerðinni segir að þar sé að finna sambærileg ákvæði sem byggjast á flóttamannasamningnum. Í ljósi þess er mikilvægt að skoða þau ákvæði og önnur sambærileg þeim til samanburðar við tillögu stjórnlagaráðs.

#### 3.1 Norðurlöndin

Þegar litið er til stjórnarskráa Norðurlandanna, er ekki að finna sambærilegt ákvæði í stjórnarskrám Noregs, Svíþjóðar eða Danmerkur. Í stjórnarskrá Finnlands frá 1999 er hins vegar að finna eina af grundvallarreglum flóttamannaréttar, þ.e. „non-refoulement“, en í 4. mgr. 9. gr. (Freedom of movement) stjórnarskrárinnar, segir í enskri þýðingu:

*The right of foreigners to enter Finland and to remain in the country is regulated by an Act. A foreigner shall not be deported, extradited or returned to another country, if in consequence he or she is in danger of a death sentence, torture or other treatment violation human dignity.<sup>1</sup>*

Í ákvæðinu felst að bann er lagt við að vísa brott, framselja eða endursenda útlending til annars lands, þar sem hann getur átt á hættu að verða dæmdur til dauða, pyntaður eða orðið fyrir annarri vanvirðandi meðferð.

#### 3.2 Evrópa

Í stjórnarskrám nokkurra Evrópuríkja er rétturinn til hælís varinn, má þar helst nefna stjórnarskrár Þýskalands, Frakklands og Ítalíu.

Réttur til að leita sér hælís hefur almennt verið álitinn grundvallarréttur manna, þó ekki hafi verið kveðið á um hann í alþjóðlegum mannréttindasamningum. Ákvæði um efnið er þó að finna í 14. gr. Mannréttindayfirlýsingar Sameinuðu þjóðanna frá 1948, en þar segir:

*„Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution. This right may not be invoked in the case of prosecutions genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.“*

Í stjórnarskrá Þýskalands frá 1949 er sérstaklega kveðið á um þennan rétt, en þar segir í enskri þýðingu:

*„Article 16a [Right of asylum]*

---

<sup>1</sup> Á finnsku er ákvæðið svohljóðandi: *Ulkomaalaisen oikeudesta tulla Suomeen ja oleskella maassa säädetään lailla. Ulkomaalaista ei saa karkottaa, luovuttaa tai palauttaa, jos häntä tämän vuoksi uhkaa kuolemanrangaistus, kidutus tai muu ihmisarvoa loukkaava kohtelu.*

Á sænsku hljóðar ákvæðið svo: *Rätten för utlänningar att resa in i Finland och att vistas i landet regleras genom lag. En utlänning får inte utvisas, utlämnas eller återsändas, om han eller hon till följd härav riskerar dödsstraff, tortyr eller någon annan behandling som kränker människovärdet.*



*(1) Persons persecuted on political grounds shall have the right of asylum.*

*(2) Paragraph (1) of this Article may not be invoked by a person who enters the federal territory from a member state of the European Communities or from another third state in which application of the Convention Relating to the Status of Refugees and of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is assured. The states outside the European Communities to which the criteria of the first sentence of this paragraph apply shall be specified by a law requiring the consent of the Bundesrat.*

*In the cases specified in the first sentence of this paragraph, measures to terminate an applicant's stay may be implemented without regard to any legal challenge that may have been instituted against them.*

*(3) By a law requiring the consent of the Bundesrat, states may be specified in which, on the basis of their laws, enforcement practices and general political conditions, it can be safely concluded that neither political persecution nor inhuman or degrading punishment or treatment exists. It shall be presumed that a foreigner from such a state is not persecuted, unless he presents evidence justifying the conclusion that, contrary to this presumption, he is persecuted on political grounds.*

*(4) In the cases specified by paragraph (3) of this Article and in other cases that are plainly unfounded or considered to be plainly unfounded, the implementation of measures to terminate an applicant's stay may be suspended by a court only if serious doubts exist as to their legality; the scope of review may be limited, and tardy objections may be disregarded. Details shall be determined by a law.*

*(5) Paragraphs (1) to (4) of this Article shall not preclude the conclusion of international agreements of member states of the European Communities with each other or with those third states which, with due regard for the obligations arising from the Convention Relating to the Status of Refugees and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, whose enforcement must be assured in the contracting states, adopt rules conferring jurisdiction to decide on applications for asylum, including the reciprocal recognition of asylum decisions."*

Í stjórnarskrá Þýskalands frá 1949 (Grundgesetz) var lögfestur réttur manna til hælís í 16. gr. (II)(2) (nú í 1. mgr. 16. gr. a), en þar segir eins og fram hefur komið: „*Persons persecuted on political grounds shall have the right of asylum*“. Þýskaland fullgilti Flóttamannasamning Sameinuðu þjóðanna frá 28. júlí 1951 árið 1953. Í þýskum rétti var því áður fyrr gerður greinarmunur á milli stjórnarskrárvarins hælís og hælís á grundvelli Flóttamannasamnings Sameinuðu þjóðanna. Litið var á stjórnarskrárvarið hæli, á grundvelli 16. gr. (II)(2), sem mun víðtækara hugtak heldur en hæli á grundvelli flóttamannasamningsins og fylgdu því jafnframt frekari réttindi. Staðan í dag er þó önnur. Þróunin hefur orðið til þess að nú er um að ræða jafngild réttindi og enginn greinarmunur er á þeirri réttarvernd sem hlýst af hvoru hæli fyrir sig. Það sem hér er þó áhugavert er að greinarmunur þessi stafaði m.a. af því, að í stjórnskránni var kveðið á um sjálfstæðan rétt til hælís burt séð frá Flóttamannasamningnum, enda stjórnarskráin sett nokkrum árum áður en samningurinn var fullgiltur. Sá réttur sem flóttamannasamningurinn skapaði, byggðist hins vegar á þjóðréttarlegum skuldbindingum Þýskalands.<sup>2</sup> Þegar litið er til þessa ákvæðis er því mikilvægt að líta til sögulegs aðdraganda þess sem hér hefur stuttlega verið rakin.

Í stjórnarskrá Frakklands frá 1946 var einnig kveðið á um réttinn til hælís, þar sagði í enskri þýðingu:

---

<sup>2</sup> Umfjöllun um þróun stjórnarskrárvarins rétt til hælís í þýsku stjórnarskránni má m.a. lesa í grein Hélène Lambert, Francesco Messineo og Paul Tiedemann: „Comparative Perspectives of Constitutional Asylum in France, Italy and Germany: Requiescat n pace?“. Refugee Survey Quarterly 27(3) 2008, pp.16-32

„[a]nyone persecuted because of his action for freedom has a right of asylum in the territories of the Republic.“

Ákvæðinu var svo breytt og í núverandi stjórnarskrá Frakklands frá 1958, segir því í 53. gr.:

**„Article 53-1.**

*The Republic may enter into agreements with European States which are bound by undertakings identical with its own in matters of asylum and the protection of human rights and fundamental freedoms, for the purpose of determining their respective jurisdiction as regards requests for asylum submitted to them.*

*However, even if the request does not fall within their jurisdiction under the terms of such agreements, the authorities of the Republic shall remain empowered to grant asylum to any foreigner who is persecuted for his action in pursuit of freedom or who seeks the protection of France on other grounds.*

Í stjórnarskrá Ítalíu frá 1948 er einnig kveðið á um rétt manna til hælís í 3. mgr. 10. gr., en þar segir í enskri þýðingu:

**„Art. 10**

*The Italian legal system conforms to the generally recognised principles of international law. The legal status of foreigners is regulated by law in conformity with international provisions and treaties.*

*A foreigner who, in his home country, is denied the actual exercise of the democratic freedoms guaranteed by the Italian constitution shall be entitled to the right of asylum under the conditions established by law.*

*A foreigner may not be extradited for a political offence.*

### 3.3 Samanburður á tillögu stjórnlagaráðs og öðrum sambærilegum ákvæðum

Í greinargerð þeirri er fylgir tillögum stjórnlagaráðs segir að sambærileg ákvæði séu að finna í stjórnarskrám Finnlands og Þýskalands sem byggjast á flóttamannasamningnum og hafi verið stuðst við þau við gerð ákvæðisins. Í báðum stjórnarskrám er að finna ákvæði sem verja grundvallarréttindi flóttamannaréttar.

Í stjórnarskrá Þýskalands er eins og áður hefur komið fram rétturinn til að leita sér hælís tryggður. Sá réttur byggist þó ekki á flóttamannasamningnum, þar sem ákvæðið kom inn í stjórnarskránnu fyrir fullgildingu Þýskalands á samningnum eins og að framan var rakið. Eins og nefnt hefur verið er í stjórnarskrá Finnlands grundvallarregla um bann við endursendingu (e. *non-refoulement*) tryggð. Í tillögu stjórnlagaráðs segir hins vegar að „*með lögum skal kveða á um rétt flóttamanna og hælisleitenda til réttlátrar og skjótrar málsmeðferðar*“.

Séu ákvæði finnsku og þýsku stjórnarskránnu borin saman við 3. mgr. 26. gr. tillögu stjórnlagaráðs, má sjá að ákvæðin geta vart talist sambærileg, þar sem þeim er ekki ætlað að tryggja sömu réttindi. Bæði í stjórnarskrá Finnlands og Þýskalands er að finna mun nákvæmari og skýrari ákvæði, sem tiltaka sérstök grundvallarréttindi manna. Jafnframt vísar hvorugt ákvæðið til hælisleitenda eða flóttamanna heldur er talað um rétt útlendinga í finnsku stjórnarskránni og rétt einstaklinga (e. person) í þýsku stjórnarskránni. Hvorugt ákvæðið verndar því réttindi hælisleitenda og flóttamanna til réttlátrar og skjótrar málsmeðferðar fyrir stjórnvöldum.

Eins og fram kom í kafla 2.3 er 3. mgr. 26. gr. tillögu stjórnlagaráðs nokkuð óskýr um hvaða réttindi henni er ætlað að verja, en þar kemur fram að af greinargerðinni megi ráða að undir ákvæðið geti fallið allt frá grundvallarreglum í flóttamannarétti til almennra málsmeðferðarreglna fyrir stjórnvöldum, án þess þó að orðalag ákvæðisins beri það skýrlega með sér. Þrátt fyrir ummæli greinargerðarinnar, er erfitt að staðfesta að grundvallarréttindi sem leidd eru af flóttamannasamningnum líkt og bann við endursendingu (e. non-refoulement) falli undir ákvæðið eins og það er nú orðað.

Eins og nefnt hefur verið er í 3. mgr. 26. gr. tillögu stjórnlagaráðs, kveðið á um réttindi flóttamanna og hælisleitenda til réttlátrar og skjótrar málsmeðferðar. Þau réttindi falla þó tæpast beint undir flóttamannasamninginn, þar sem í honum er frekar kveðið á um grundvallarrétt flóttamanna en ekki kveðið sérstaklega á um réttindi flóttamanna við málsmeðferð stjórnvalda og hve skjót hún skuli vera í hverju samningsríki fyrir sig. Enn fremur er ekki kveðið á um slík réttindi í mannréttindasamningum sem Ísland er aðili að. Hins vegar er Ísland aðili að flóttamannasamningnum og öðrum mannréttindasamningum sem banna að vísa fólki brott eða endursenda þangað sem líf þess eða frelsi kann að vera í hættu.

#### 4. Nauðsynlegar breytingar á ákvæði 3. mgr. 26. gr.

Til að hægt væri að fjalla um nauðsynlegar breytingar á ákvæðinu, taldi ég mikilvægt að rekja fyrst réttindi flóttamanna og hælisleitenda á landinu og þeirra almennu réttarstöðu sem þeir hafa, ásamt því að greina ákvæði 3. mgr. 26. gr. í nokkra þætti og að lokum bera það saman við ákvæði annarra stjórnarskráa.

Eins og fram hefur komið er margt sem gagnrýna má við ákvæði þetta. Hér vegur þó þyngst hvað ákvæðið er óljóst um þau réttindi sem því er ætlað að verja og einnig hve ólíkt það er ákvæðum þeirra stjórnarskráa sem litið var til við gerð ákvæðisins. Einnig hefur hér mikil áhrif það misræmi sem finna er í greinargerð er fylgir tillögunum og ljóst er að ávallt verður þörf á að endurskoða umfjöllun ákvæðisins, sama hver breytingin verður.

Á grundvelli alls framangreinds set ég því fram tvær tillögur til úrbóta.

#### **1. Að taka upp sambærilegt ákvæði og 4. mgr. 9. gr. finnsku stjórnarskrárinnar frá 1999.**

Ákvæðið hljóðar svo:

*The right of foreigners to enter Finland and to remain in the country is regulated by an Act. A foreigner shall not be deported, extradited or returned to another country, if in consequence he or she is in danger of a death sentence, torture or other treatment violation human dignity.*<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Á finnsku er ákvæðið svohljóðandi: *Ulkomaalaisen oikeudesta tulla Suomeen ja oleskella maassa säädetään lailla. Ulkomaalaista ei saa karkottaa, luovuttaa tai palauttaa, jos häntä tämän vuoksi uhkaa kuolemanrangaistus, kidutus tai muu ihmisarvoa loukkaava kohtelu.*

Á sænsku hljóðar ákvæðið svo: *Rätten för utlänningar att resa in i Finland och att vistas i landet regleras genom lag. En utlänning får inte utvisas, utlämnas eller återsändas, om han eller hon till följd härav riskerar dödsstraff, tortyr eller någon annan behandling som kränker människovärdet.*

Það myndi samræmast þeirri umfjöllun sem kveðið er á um í greinargerð er fylgdi tillögum stjórnlagaráðs um ákvæði 3. mgr. 26. gr., en þar má eins og fram hefur komið ætla að tilgangur og markmið ákvæðisins hafi verið að tryggja að útlendingum væri ekki brottvísað eða þeir endursendir þangað sem lífi þeirra eða frelsi kunni að vera í hættu.

Með þessu móti myndi ákvæðið einnig geta átt undir 26. gr. en ekki þurfa að standa sér. Einnig myndi ákvæðið verða heildstæðar með þessari breytingu og þeirri sem lagt var til í minnisblaði um 3. mgr. 4. gr. tillögu stjórnlagaráðs, en ákvæðið myndi þá í heild sinni hljóða svo:

„26. gr.

*Dvalarréttur og ferðafrelsi*

*Allir skulu ráða búsetu sinni og vera frjálssir ferðar sinna með þeim takmörkunum sem eru settar með lögum.*

*Engum verður meinað að hverfa úr landi nema með ákvörðun dómstóla. Stöðva má þó brottför manns úr landi með lögmætri handtöku.*

*Með lögum skal skipað rétti útlendinga til að koma til landsins og dveljast hér, svo og fyrir hvaða sakir sé hægt að vísa þeim úr landi. Óheimilt er að vísa brott eða senda útlending aftur til lands, þar sem hann getur átt á hættu að verða dæmdur til dauða, pyntaður eða sætt annarri vanvirðandi meðferð.“*

## **2. Að stytta og skýra ákvæði 3. mgr. 26. gr.**

Í ljósi þess hve óskýrt ákvæðið er og þess misræmis sem kemur fram í greinargerð er fylgir tillögum stjórnlagaráðs, tel ég mikilvægt að skýra ákvæðið og greinargerðina.

Eins og fram hefur komið eru hugtökin réttlát og skjót málsmeðferð afar óljós og miðað við útskýringar í greinargerð er ekki beint verið að kveða skýrt á um hvað í þeim fellst. Líkt og komið hefur fram þá má af greinargerðinni ráða að undir ákvæðið geti fallið allt frá grundvallarreglum í flóttamannarétti til almennra málsmeðferðarreglna fyrir stjórnvöldum, án þess þó að orðalag ákvæðisins beri það með sér. Eins og ákvæðið er orðað nú er ekki hægt að sjá að undir það falli grundvallarreglur flóttamannaréttar. Ég legg því til að ákvæðið verði einfaldað og gert skýrara, þannig að framangreind réttindi geti fallið þar undir. Því legg ég fram eftirfarandi tillögu um nýtt ákvæði, sem gæti staðið eitt og sér:

„?. gr.

*Flóttamenn og hælisleitendur*

***Með lögum skal kveða á um réttindi flóttamanna og hælisleitenda.“***

Vernd ákvæðis þessa fælist því fyrst og fremst í auknu réttaröryggi flóttamanna og hælisleitenda með því að áréttá gildi og áhrif lagaáskilnaðarreglunnar í þessum málaflokki.

Hinrika Sandra Ingimundardóttir

Lögfræðingur hjá innanríkisráðuneytinu

Álitsgerð  
um 15. gr. frumvarps Stjórnlagaráðs  
til nýrrar stjórnarskrár.

Kjartan Bjarni Björgvinsson,

31. ágúst 2012

## EFNISYFIRLIT

Verkbeiðni .....	3
1. Grundvallarinntak 15. gr. og samanburður við réttarvernd samkvæmt gildandi stjórnarskrá.....	3
1.1. Sjálfstætt ákvæði um rétt til að taka við og miðla upplýsingum. ....	3
1.2. Breyting á inntaki tjáningarfrelsis miðað við gildandi stjórnarskrá. ....	5
1.3. Óvissa um hvaða sjónarmið geta réttlætt takmörkun á réttindum samkvæmt 4. mgr. 15. gr.....	6
1.4. Réttur almennings til aðgangs að upplýsingum hjá stjórnvöldum. ....	7
1.5. Niðurstöður og tillögur. ....	8
2. Athugun á tillögum stjórnlagaráðs með vísan til mannréttindasáttmála sem íslenska ríkið hefur skuldbundið sig að fara eftir. 2.1. Almennt. ....	9
2.2. Dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu um aðgang að upplýsingum á grundvelli 8. gr. MSE (friðhelgi einkalífs). ....	10
2.2.1. Almennt. ....	10
2.2.2. Réttur einstaklings til aðgangs að persónulegum upplýsingum um sig sjálfan. ....	10
2.2.3. Aðgangur að eigin sjúkraskýrslum. ....	11
2.2.4. Aðgangur að skýrslum lögreglu og annarra eftirlitsstjórnvalda. ....	11
2.2.5. Aðgangur að upplýsingum um aðra. ....	12
2.2.6. Þróun dómaframkvæmdar í átt til víðtækari réttar til aðgangs. ....	12
2.3. Dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu um aðgang að upplýsingum á grundvelli 10. gr. MSE. ....	13
2.4. Niðurstöður og tillögur. ....	15
3. Innra samræmi. ....	16
3.1. Almennt um tengsl upplýsingaréttar og sjónarmiða um friðhelgi einkalífs. ....	16
3.2. Samspil persónuverndarreglna og meginreglunnar um friðhelgi einkalífs.....	18
3.3. Niðurstöður og tillögur. ....	25
4. Möguleikar til málsóknar á hendur ríkinu. ....	27
5. Samantekt. ....	27
5.1. Réttaróvissa sem leiðir af frumvarpinu í núverandi mynd. ....	27
5.2. Hugsanlegt ósamræmi við Mannréttindasáttmála Evrópu. ....	28
5.3. Innbyrðis ósamræmi.....	29

## VERKBEIÐNI.

Skrifstofa Alþingis hefur orðið við ósk meiri hluta stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar að ráða sérfræðinga til að skoða og fara lagatæknilega yfir tillögur Stjórnlagaráðs að nýrri stjórnarskrá. Undirritaður féllst hinn 23. júlí sl. að taka að sér aðstoð við hóp sérfræðinganna við yfirferð á 15. gr. í frumvarpi Stjórnlagáðs um upplýsingarétt. Í samræmi við bókun meirihluta stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar Alþingis, hefur undirritaður tekið tillögur Stjórnlagaráðs í umræddu ákvæði til skoðunar og yfirferðar með tilliti til eftirfarandi atriða:

- **mannréttindasáttmála sem íslenska ríkið hefur skuldbundið sig til að fara eftir,**
- **innra samræmis og mögulegra mótsagna,**
- **réttarverndar miðað við gildandi stjórnarskrá og greinargerð með tillögum**
- **málsóknarmöguleika gegn ríkinu.**

Umfjöllun þessarar álitserðar skiptist í alls fimm kafla. Í 1. kafla verður fjallað um grundvallarinntak 15. gr. frumvarps Stjórnlagaráðs og réttarvernd ákvæðisins borin saman við réttarvernd miðað við núgildandi stjórnarskrá og greinargerð með tillögum. Í 2. kafla verður fjallað um 15. gr. frumvarpsins í ljósi alþjóðlegra mannréttindasáttmála sem íslenska ríkið hefur undirgengist að virða og gilda á því sviði sem ákvæði frumvarpsins fjallar um. Í 3. kafla verður fjallað um innra samræmi 15. gr. við önnur ákvæði í frumvarpi Stjórnlagaráðs og hvaða álitæfni vakna í því sambandi um afmörkun upplýsingaréttarins. Í 4. kafla er fjallað um málssóknarmöguleika gegn ríkinu en í 5. kafla getur að finna samantekt um helstu niðurstöður álitserðarinnar.

## 1. GRUNDVALLARINNTAK 15. GR. OG SAMANBURÐUR VIÐ RÉTTARVERND SAMKVÆMT GILDANDI STJÓRNARSKRÁ.

### 1.1. Sjálfstætt ákvæði um rétt til að taka við og miðla upplýsingum.

Þegar litið er til orðalags 15. gr. frumvarps Stjórnlagaráðs er ljóst að efni þess upplýsingaréttar sem þar er kveðið á um er í reynd tvíþætt. Ákvæðið fjallar annars vegar almennt um frelsi manna til að miðla upplýsingum sín á milli, sbr. 1. mgr. 15. gr., en hins vegar um upplýsingarétt almenninga og þær skyldur sem stjórnvöld kunna að bera af því tilefni um að veita almenningi aðgang að gögnum sem opinberir aðilar safna eða standa straum af, sbr. 2. – 4. mgr. 15. gr.

Athugasemdir við 15. gr. í skýringum Stjórnlagaráðs við frumvarp þess til stjórnarskipunarlaganna renna frekari stoðum undir þennan skilning á tvískiptu efni

ákvæðisins. Þar er sérstaklega tekið fram að 1. mgr. 15. gr. beri „að skilja með víðtækum hætti“ og að ákvæðinu sé ætlað að „ tryggja frelsi til að a) búa til upplýsingar, b) miðla upplýsingum, c) taka á móti upplýsingum, d) geyma upplýsingar og e) sýsla með upplýsingar.“

Athygli vekur að í frumvarpinu virðist vera gengið út frá því að ákvæði 1. mgr. 15. gr. og fyrirmæli þess um frjálsa söfnun og miðlun upplýsinga feli í sér meginreglu, sem sé óaðskiljanlegur hluti skoðana- og tjáningarfrelsis, en að ákvæði 2. -4. mgr., sem lúta að upplýsingaskyldu stjórnvalda, feli aðeins í sér frekari útfærslur á þessari meginreglu. Í athugasemdum við frumvarpið segir til dæmis svo um þetta atriði:

„Ákvæðinu er enn fremur ætlað að tryggja í stjórnarskrá rétt til frjáls aðgangs að upplýsingum með ríka áherslu á að einstaklingar hafi rétt til að safna og miðla upplýsingum. Réttur til upplýsinga er óaðskiljanlegur hluti skoðana- og tjáningarfrelsis sem samkvæmt frumvarpi þessu má ekki takmarka að neinu leyti nema vegna „persónuverndar, friðhelgi einkalífs, öryggis ríkisins eða lögbundins starfs eftirlitsstofnana“. Þá er réttinum til upplýsinga öðrum þræði ætlað að tryggja virkt aðhald almennings að ákvörðunum og framkvæmdum yfirvalda. Ákvæðið leggur ríkinu skyldur á herðar við að tryggja sem greiðastan aðgang að upplýsingum svo möguleikar almennings á að fylgjast með hvernig mál þróast hjá hinu opinbera séu tryggðir.“

Ekki verður annað ráðið en að sá réttur sem kveðið er á um í 1. mgr. 15. gr. til að miðla og taka við upplýsingum sé að nokkru leyti sambærilegur þeim rétti sem kveðið er á um í 1. mgr. 10. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu („MSE“), sem hefur lagagildi hér á landi, sbr. 1. gr. laga nr. 62/1994, en þar er rétturinn til að taka við og skila áfram upplýsingum og hugmyndum heima og erlendis án afskipta stjórnvalda, sérstaklega tilgreindur sem þáttur í tjáningarfrelsi.<sup>1</sup>

Þar sem ákvæði 10. gr. mannréttindasáttmálans er lögfest í íslenskum rétti og Alþingi hefur þar með sérstaklega kveðið á um að rétturinn til að taka við og skila áfram upplýsingum sé hluti tjáningarfrelsis, auk þess sem rík efnisleg tengsl eru á milli mannréttindasáttmálans og ákvæða stjórnarskrárinnar, hníga sterk rök að þeirri túlkun að núgildandi ákvæði 73. gr. stjórnarskrárinnar um tjáningarfrelsi sé skýrt á þann veg að það taki einnig til réttarins til að taka við og skila áfram upplýsingum.

---

<sup>1</sup> Um inntak þessa réttar, eins og það hefur verið skýrt í dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu, er fjallað í 2. kafla hér á eftir.



## 1.2. Breyting á inntaki tjáningarfrelsis miðað við gildandi stjórnarskrá.

Verði 15. gr. í frumvarpi Stjórnlagaráðs að lögum óbreytt má skilja ákvæðið sem svo að það feli í sér breytingu á inntaki tjáningarfrelsisins eins og það er skilgreint í nágildandi stjórnarskrá, með þeim hætti að rétturinn til að miðla upplýsingum og taka við þeim, hvort sem stjórnvöld eða einkaaðilar eiga þar hlut að máli, verður sérgreindur réttur í samanburði við almennt ákvæði 14. gr. frumvarpsins um tjáningarfrelsi.

Raunhæf þýðing þessarar breytingar mun þá fyrst og fremst vera sú að ekki verður lengur heimilt að styðjast við þau sjónarmið sem tilgreind eru í 3. mgr. 73. gr. nágildandi stjórnarskrár við skerðingu á þeim þætti tjáningarfrelsisins að skila og taka við upplýsingum. Samkvæmt nágildandi ákvæði 73. gr. stjkskr. má setja tjáningarfrelsinu skorður „í þágu allsherjarreglu eða öryggis ríkisins, til verndar heilsu eða siðgæði manna eða vegna réttinda eða mannorðs annarra, enda teljist þær nauðsynlegar og samrýmist lýðræðishefðum“.

Heimild 4. mgr. 15. gr. frumvarps Stjórnlagaráðs til að takmarka þann rétt sem mælt er fyrir um í 15. gr. er aftur á móti orðuð á annan veg og hún tilgreinir að nokkru leyti önnur sjónarmið en fram koma í nágildandi stjórnarskrá. Samkvæmt ákvæðinu má aðeins setja „söfnun, miðlun og afhendingu gagna, geymslu þeirra og birtingu“ skorður með lögum í lýðræðislegum tilgangi, **svo sem** [leturbreyting undirritaðs] vegna persónuverndar, friðhelgi einkalífs, öryggis ríkisins eða lögbundins starfs eftirlitsstofnana.“

Tillaga Stjórnlagaráðs felur þar með í sér þá breytingu frá nágildandi stjórnarskrá að heimilt verður að takmarka frelsi manna til að taka við og skila áfram upplýsingum á grundvelli sjónarmiða um persónuvernd og vegna lögbundins starfs eftirlitsstofnana. Að sama skapi er þar ekki lengur gert ráð fyrir að Alþingi geti takmarkað þennan sérstaka þátt tjáningarfrelsisins í þágu allsherjarreglu, til verndar heilsu eða siðgæði manna, eða vegna réttinda eða mannorðs annarra.

Rétt er að leggja áherslu á að ekki er með öllu víst að unnt verði að styðjast við takmörkunarheimildir sem fram koma í 2. mgr. 14. gr. frumvarps Stjórnlagaráðs um skoðana- og tjáningarfrelsi við takmarkanir á frelsi manna til að miðla og taka við upplýsingum. Þannig munu ummæli í athugasemdum við 15. gr. frumvarpsins um að réttur til upplýsinga sé „óaðskiljanlegur hluti skoðana- og tjáningarfrelsis“ væntanlega ekki breyta eðli þessa ákvæðis með tilliti til takmörkunarheimilda 4. mgr., enda er rakið í beinu framhaldi af þeim ummælum að ekki megi takmarka að neinu leyti þann rétt sem fjallað er um í 15. gr. frumvarpsins nema vegna „persónuverndar, friðhelgi einkalífs, öryggis ríkisins eða lögbundins starfs eftirlitsstofnana.“

Ef lagt er til grundvallar að 15. gr. frumvarpsins hafi stöðu sérákvæðis í stjórnarskrá um réttinn til að miðla og taka við upplýsingum og að sjónarmið sem heimilt er að byggja takmarkanir slíks réttar á séu tæmandi talin í 4. mgr. 15. gr.,<sup>2</sup> er ekki loku fyrir það skotið að ákvæðið feli í sér breytingar sem þrengi verulega stjórnskipulegt svigrúm Alþingis til að hlutast til um ýmiss konar samfélagsleg málefni sem dómstólar hafa hingað til talið standast stjórnarskrá. Heimildir löggjafans til að takmarka auglýsingar á áfengi og tóbaki hafa til dæmis um langan aldur verið rökstuddar með vísan til sjónarmiða um verndun heilsu, og bann við dreifingu kláms hefur að sama skapi verið standast með tilliti til stjórnskipulegra heimilda löggjafans til að takmarka tjáningarfrelsi í þágu siðgæðis.

Ljóst er að ákvæði 2. mgr. 14. gr. frumvarps Stjórnlagaráðs geymir um margt sams konar heimildir og núgildandi ákvæði 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar til að takmarka tjáningarfrelsi.<sup>3</sup> Staða 1. mgr. 15. gr. frumvarpsins sem sérákvæðis um miðlun upplýsinga og sú staðreynd að 4. mgr. 15. gr. hefur að geyma sjálfstæðar takmörkunarheimildir sem fara ekki saman við heimildir 2. mgr. 14. gr. vekur hins vegar óvissu um að hvaða leyti Alþingi getur hlutast til um þá tjáningu sem fellur undir 1. mgr. 15. gr. með lagasetningu. Í því sambandi mætti til dæmis hugsa sér að vafi gæti risið um hvort áfengisauglýsingar sem sendar eru tilteknum markhópum í tölvupósti eða smáskilaboðum falli innan 14. gr. og þar með mögulegra heimilda Alþingis til að banna slíkar auglýsingar. Að sama skapi gæti dreifing höfundarvarins efnis sem fer fram í einstökum samskiptum fallið innan 1. mgr. 15. gr. en utan 14. gr. frumvarpsins. Heimild Alþingis til að takmarka slíka dreifingu með lagasetningu er ekki hafin yfir vafa samkvæmt frumvarpinu, þar sem 4. mgr. 15. gr. gerir ekki ráð fyrir að unnt sé að takmarka miðlun upplýsinga með vísan til réttinda annarra, eins og gert er í 2. mgr. 14. gr. frumvarpsins.

### **1.3. Óvissa um hvaða sjónarmið geta réttlætt takmörkun á réttindum samkvæmt 4. mgr. 15. gr.**

Samkvæmt 4. mgr. 15. gr. má aðeins setja „söfnun, miðlun og afhendingu gagna, geymslu þeirra og birtingu“ skorður með lögum í lýðræðislegum tilgangi, **svo sem** [leturbreyting undirritaðs] vegna persónuverndar, friðhelgi einkalífs, öryggis ríkisins eða lögbundins starfs eftirlitsstofnana.“

<sup>2</sup> Um þetta er ákveðin óvissa sem fjallað er um í kafla 1.3. hér að neðan.

<sup>3</sup> Ákveðnar breytingar hafa þó verið gerðar, t.d. verður ekki lengur heimilt að takmarka tjáningarfrelsi í þágu siðgæðis rétt eins og áður var samkvæmt 3. mgr. 73. gr. stjkskr., ef frumvarp Stjórnlagaráðs verður að lögum.

Framangreint orðalag í 4. mgr. 15. gr. gefur sterklega til kynna að þau sjónarmið sem réttlætt geti skerðingu á réttinum samkvæmt 15. gr. séu einungis talin í dæmaskyni, sbr. orðalagið „svo sem“.

Skýringar Stjórnlagaráðs við ákvæði 15. gr. sem vitnað er til hér að framan gefa hins vegar nokkuð annan skilning til kynna, en þar segir að rétturinn til upplýsinga sé óaðskiljanlegur hluti skoðana- og tjáningarfrelsis sem samkvæmt frumvarpi þessu „[megi] ekki takmarka að neinu leyti **nema vegna** [leturbreyting undirritaðs] persónuverndar, friðhelgi einkalífs, öryggis ríkisins eða lögbundins starfs eftirlitsstofnana“.

Þessi ummæli úr skýringum Stjórnlagaráðs gefa ótvírætt til kynna að ráðið líti svo að þau sjónarmið sem réttlætt geti takmarkanir á upplýsingarétti séu tæmandi talin í ákvæðinu.

Hætt er við að það misræmi sem er á milli texta 4. mgr. 15. gr. frumvarpsins og athugasemda við ákvæðið valdi verulegri stjórnskipulegri óvissu, verði ákvæðið að lögum óbreytt. Ef sú skýring er lögð til grundvallar að ákvæðið hafi ekki að geyma tæmandi upptalningu á sjónarmiðum sem réttlætt geta takmörkun, er ekki útilokað að Alþingi hafi öllu meira svigrúm en er samkvæmt núgildandi stjórnarskrá til að takmarka frelsi manna til að taka við og skila áfram upplýsingum sín á milli.

Ef upptalningin í ákvæðinu verður aftur á móti talin tæmandi, hugsanlegt að útilokað verði að Alþingi geti mælt fyrir um vernd annarra hagsmuna en tilgreindir eru beinlínis í 4. mgr. 15. gr., nema þeir hagsmunir njóti þá jafnframt verndar annarra ákvæða stjórnarskrárinnar, og þoki þar með ekki fyrir upplýsingaréttinum sem stjórnarskrárvörðum rétti.

#### **1.4. Réttur almennings til aðgangs að upplýsingum hjá stjórnvöldum.**

Telja verður að ákvæði 15. gr. frumvarpsins um rétt almennings til aðgangs að gögnum stjórnvalda sem opinberir aðilar safna eða standa straum af, sbr. 2. – 4. mgr. 15. gr, feli í sér stjórnskipulegt nýmæli og þar með stjórnskipulega vernd á þessum rétti þar sem engin slík vernd var fyrir. Þýðing þessa nýmælis verður líklega fyrst og fremst það að Alþingi verður skylt að hlutast til um að í gildi sé löggjöf sem tryggir aðgang almennings að upplýsingum stjórnvalda, auk þess sem Alþingi hefur ekki óheft svigrúm um á hvaða forsendum það takmarkar þennan rétt, sbr. 4. mgr. 15. gr. frumvarpsins.

Rétt er að taka fram að í dómi Hæstaréttar sem birtur er á bls. 1024 í dómasafni réttarins árið 2002 virðist vera gengið út frá því að 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, verndi rétt almennings til upplýsinga hjá stjórnvöldum.

Fordæmisgildi þessa dóms orkar þó tvímælis, enda vísar dómstóllinn í rökstuðningi fyrir niðurstöðu sinni til þess að ákvæði 10. gr. mannréttindasáttmálans hafi verið skýrt svo „að það eigi að tryggja að lagaákvæði sem veita almennan aðgang að upplýsingum verði aðeins takmörkuð á þann hátt sem nauðsynlegt teljist í lýðræðisþjóðfélagi til verndar löglegum almanna- og einkahagsmunum.“ Eins og bent hefur verið á er þessi forsenda dómsins umdeilanleg, og vafasamt hvort unnt sé að draga jafn-víðtækar ályktanir af dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu og gert er í dómi Hæstaréttar.<sup>4</sup> Þá hefur Hæstiréttur ekki vísað til 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. mannréttindasáttmálans í síðari málum sem tengjast upplýsingarétti almennings og upplýsingaskyldu stjórnvalda.

### 1.5. Niðurstöður og tillögur.

Fyrirliggjandi frumvarp Stjórnlagaráðs gerir ráð fyrir að réttur manna til að taka við og skila áfram upplýsingum sín á milli verði sjálfstæður réttur sem einungis megi takmarka á grundvelli heimilda 4. mgr. 15. gr. frumvarpsins.

Ljóst er að því marki sem þessi réttur hefur sjálfstætt inntak gagnvart tjáningarfrelsisákvæði 14. gr. frumvarpsins er veruleg óvissa um hvort Alþingi geti takmarkað þennan rétt á grundvelli heimilda 2. mgr. 14. gr., verði frumvarp Stjórnlagaráðs að lögum. Afleiðingin gæti orðið sú að óvissa yrði um heimildir Alþingis til að hafa afskipti af ákveðnum málefnum sem því hefur hingað til verið heimilt á grundvelli 3. mgr. 73. gr. núgildandi stjórnarskrár. Nægir í því sambandi að nefna bann við áfengis- og tóbaksauglýsingum, og takmarkanir á dreifingu höfundarréttarvarins efnis.

Einnig er óvissa um hvort heimildir þær sem greindar eru í ákvæði 4. mgr. 15. gr. frumvarpsins til að takmarka þann rétt sem þar er kveðið á um séu tæmandi taldar.

Að mati undirritaðs er brýnt að tekið verði á báðum þessum óvissuþáttum. Um fyrra atriðið mætti auðveldlega eyða óvissu um sjálfstætt inntak 15. gr. hvað varðar frelsi til að taka við og skila áfram upplýsingum gagnvart tjáningarfrelsisákvæði 14. gr. með því að fella hluta athugasemda við 15. gr. frumvarpsins inn í athugasemdir við 14. gr. þess. Slík nálgun myndi enn fremur styrkja þá afstöðu Stjórnlagaráðs að réttur einstaklinga rétt til að safna og miðla upplýsingum sé óaðskiljanlegur hluti skoðana- og tjáningarfrelsis.

Hvað síðarnefnda atriðið varðar væri rétt að tekið yrði til nánari skoðunar hvort tilefni sé til að breyta texta 4. mgr. 15. gr. frumvarpsins þannig að ótvíræð afstaða liggi fyrir um hvort

<sup>4</sup> Sjá Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur*. Reykjavík 2008, bls. 361-363. Um dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu á þessu sviði er fjallað í 2. kafla hér á eftir.

einungis þau sjónarmið sem þar eru tilgreind heimili takmarkanir á þeim rétti sem kveðið er á um í 15. gr. Ef niðurstaðan er sú að þessi sjónarmið séu ekki tæmandi talin í ákvæðinu, væri rétt að önnur heimil sjónarmið yrðu tilgreind sérstaklega.

## 2. ATHUGUN Á TILLÖGUM STJÓRNLAGARÁÐS MEÐ VÍSAN TIL MANNRÉTTINDASÁTTMÁLA SEM ÍSLENSKA RÍKIÐ HEFUR SKULDBUNDIÐ SIG AÐ FARA EFTIR.

### 2.1. ALMENNT.

Í alþjóðlegum mannréttindasáttmálum sem íslenska ríkið hefur skuldbundið sig til að fara eftir er ekki að finna ákvæði sem mæla beinlínis fyrir um rétt almennings til aðgangs upplýsingum.<sup>5</sup>

Reyndar er ekki útilokað að leiða megi slíkan rétt af orðalagi 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu<sup>6</sup> og 19. gr. samnings Sameinuðu þjóðana um stjórnmalaleg og borgaraleg réttindi<sup>7</sup> („ABSR“). Ákvæði þessara sáttmála eiga það sammerkt að rétturinn sem þar er kveðið á um nær bæði til þess að taka við og skila áfram upplýsingum. Orðalag 19. gr. ABSR er þó nokkru víðtækara þar sem þar er sérstaklega kveðið á um rétt til þess að „leita“ vitneskju.

<sup>5</sup> Undir lok áttunda áratugarins komu fram hugmyndir um að kveða sérstaklega á um það í viðauka við mannréttindasáttmála Evrópu að tjáningafrelsið samkvæmt 10. gr. mannréttindasáttmálans fæli einnig í sér réttinn til að leita upplýsinga. Þrátt fyrir að drög kæmu fram að slíkum viðauka hlaut tillagan ekki brautargengi. Sjá *Malinverni: „Freedom of Information in the European Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights.“* (1983) *Human Rights Law Journal*, bls. 443.

<sup>6</sup> Ákvæði 10. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu er svohljóðandi: „Sérhver maður á rétt til tjáningarfrelsis. Sá réttur skal einnig ná yfir frelsi til að hafa skoðanir, taka við og skila áfram upplýsingum og hugmyndum heima og erlendis án afskipta stjórnvalda. Ákvæði þessarar greinar skulu eigi hindra ríki í að gera útvarps-, sjónvarps- og kvikmyndafyrirtækjum að starfa aðeins samkvæmt sérstöku leyfi.

2. Þar sem af réttindum þessum leiðir skyldur og ábyrgð er heimilt að þau séu háð þeim formsreglum, skilyrðum, takmörkunum eða viðurlögum sem lög mæla fyrir um og nauðsyn ber til í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna þjóðaröryggis, landvarna eða almannaheilla, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu eða siðgæði manna, mannorði eða réttindum og til þess að koma í veg fyrir uppljóstran trúnaðarmála eða til þess að tryggja vald og óhlutdrægni dómstóla.“

<sup>7</sup> 1. Allir skulu eiga rétt á að ráða skoðunum sínum afskiptalaust. 2. Allir skulu eiga rétt til að láta í ljós skoðanir sínar; í þessum rétti felst frelsi til þess að leita, taka við og miðla alls konar vitneskju og hugmyndum án tillits til landamæra, annaðhvort munnlega, skriflega eða á prenti, í formi lista, eða eftir hverjum öðrum leiðum að þeirra vali. 3. Sérstakar skyldur og ábyrgð felast í því að nota sér réttindi þau sem um getur í 2. mgr. þessarar greinar. Því má takmarka þessi réttindi að vissu marki, en þó aðeins að því marki sem mælt er í lögum og er nauðsynlegt:

(a) til þess að virða réttindi eða mannorð annarra;

(b) til þess að vernda þjóðaröryggi eða allsherjarreglu (ordre public), eða heilbrigði almennings eða siðgæði.

Framkvæmd eftirlitsstofnana þessara samninga gefur hins vegar ekki til kynna að slíkur almennur réttur sé fyrir hendi. Mannréttindadómstóll Evrópu („MDE“) hefur hins vegar talið að einstaklingar geti við vissar aðstæður átt rétt til aðgangs að ákveðnum upplýsingum, og þá einkum á grundvelli 8. eða 10. gr. MSE.

## **2.2. Dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu um aðgang að upplýsingum á grundvelli 8. gr. MSE (friðhelgi einkalífs).**

### **2.2.1. Almennt.**

Stærsti hluti þeirra dóma mannréttindadómstólsins þar sem tekið hefur verið undir kröfur einstaklinga um aðgang að gögnum snertir 8. gr. MSE, sem fjallar um friðhelgi einkalífs.<sup>8</sup> Þrátt fyrir að orðalag ákvæðisins víki ekki með neinum hætti að aðgangi að upplýsingum, hefur dómstóllinn engu að síður talið að réttur manna til að njóta friðar um einkalíf sitt leggi jákvæðar skyldur á hendur stjórnvöldum aðildarríkja til þess að veita upplýsingar til ákveðina einstaklinga eða hópa, ef þessar upplýsingar teljast sérstaklega mikilvægar með tilliti til 8. gr. MSE.

### **2.2.2. Réttur einstaklings til aðgangs að persónulegum upplýsingum um sig sjálfan.**

Fyrst um sinn beindist dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu einkum að málum sem lutu að aðgangi einstaklinga að persónulegum upplýsingum um þá sjálfa. Þessa sér til dæmis stað í máli *Gaskin gegn Bretlandi*<sup>9</sup> þar dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að synjun breskra stjórnvalda um að veita kæranda aðgang að persónulegum upplýsingum fæli í sér brot gegn 8. gr. MSE. Upplýsingarnar sem um ræddi í málinu lutu að skráum í vörslu félagsmálayfirvalda um kæranda, en honum hafði sem barni verið komið fyrir í fóstri. Í skránum var meðal annars að finna ýmsar athugasemdir sérfræðinga um hagi kæranda og lýstu sumir þeirra sig mótfallna því að hann fengi aðgang að gögnunum.

Mannréttindadómstóllinn taldi að umsókn kæranda um aðgang að skránum félli undir 8. gr. og að órökstudd synjun félagsmálayfirvalda á umsókninni færi í bága við ákvæðið.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Ákvæðið er svohljóðandi: „1. Sérhver maður á rétt til friðhelgi einkalífs síns, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta.

2. Opinber stjórnvöld skulu eigi ganga á rétt þennan nema samkvæmt því sem lög mæla fyrir um og nauðsyn ber til í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna þjóðaröryggis, almannaheilla eða efnalegrar farsældar þjóðarinnar, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu manna eða siðgæði eða réttindum og frelsi annarra.“

<sup>9</sup> Mál nr. 10454/83 [1989] 12 EHRR 36.

<sup>10</sup> Að því er snertir stöðu íslensks réttar í þessu sambandi þá er fjallað sérstaklega um aðgang einstaklings að upplýsingum um hann sjálfan í 9. gr. nógildandi upplýsingalaga nr. 50/1996 og III. kafla laga nr. 77/2000, um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, en sá kafli fjallar um upplýsingarétt hins skráða. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur talið að sambærileg ákvæði tryggi

### 2.2.3. Aðgangur að eigin sjúkraskýrslum.

Mannréttindadómstóllinn hefur talið að aðildarríki geti borið jákvæða skyldu til að tryggja einstaklingum aðgang að eigin sjúkraskýrslum á grundvelli 8. gr. mannréttindasáttmálans. Dómstóllinn hefur þá talið að einstaklingar eigi á þessum grundvelli rétt til aðgangs að upplýsingum um eigið heilsufar, sbr. dóm í máli *KH gegn Slóvakíu*,<sup>11</sup> þar sem fjallað var um málaferli nokkurra kvenna til að fá upplýsingar úr sjúkraskýrslum um fæðingu eigin barna. Taldi dómstóllinn þá að rétturinn til aðgangs fæli jafnframt í sér að þær fengju í hendur afrit af gögnunum.<sup>12</sup>

### 2.2.4. Aðgangur að skýrslum lögreglu og annarra eftirlitsstjórnvalda.

Mannréttindadómstólnum hefur nokkrum sinnum gefist tilefni til að fjalla um rétt einstaklinga til aðgangs að gögnum um sig í vörslum lögreglu eða annarra eftirlitsstjórnvalda, svo sem leyniþjónustudeild ríkisins. Í máli *Leander gegn Svíþjóð*,<sup>13</sup> taldi dómstóllinn að sú skerðing á friðhelgi einkalífs sem leiddi af söfnun og miðlun upplýsinga um kæranda úr leynilegri skrá hefði verið réttlæt看leg með vísan til 2. mgr. 8. gr. MSE. Taldi dómstóllinn að sú staðreynd að upplýsingar um kæranda hefðu verið afhentar yfirvöldum hermála, án þess þó að henni hefði verið gert kunnugt um það, gæti ekki ein og sér leitt til þess að skerðingin væri óréttlæt看leg með vísan til 2. mgr. 8. gr.

Sams konar niðurstaða var í máli *Segerstedt-Wiberg gegn Svíþjóð*<sup>14</sup> þar sem dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að synjun ríkisins á beiðni kæranda um fullan aðgang að upplýsingum sjálfan sig úr skrá ríkislögreglunnar væri réttlæt看leg með vísan til 2. mgr. 8. gr. ef stjórnvöld hefðu málefnalega ástæðu til að ætla að birting upplýsinganna gæti haft neikvæð áhrif á skilvirkni eftirlitskerfis sem ætlað væri að vernda þjóðarröryggi og stemma stigu gegn hryðjuverkum.<sup>15</sup>

Dómstóllinn var hins vegar annarrar skoðunar í máli *Rotaru gegn Rúmeníu*, en þar taldi efri deild hans að varðveisla og notkun rúmensku leyniþjónustunnar á gögnum um kæranda, samfara synjun leyniþjónustunnar á því að gefa kæranda kost á því að leiðrétta upplýsingarnar, færi í bága við 8. gr. Mannréttindasáttmálans, þar sem rúmenskar reglur uppfylltu ekki kröfur 8. gr. um skýrleika laga. Benti dómstóllinn í því sambandi á að hvergi væri skilgreint í lögum hvaða einstaklinga mætti skrá upplýsingar um, af hvaða tilefni slík skráning gæti farið fram né hvaða upplýsingar mætti skrá. Þá væri heldur

---

með nægilegum hætti rétt einstaklings til aðgangs að upplýsingum um sjálfan sig, sbr. dóm í máli *MG gegn Bretlandi*, mál nr. 393393/98 [2003] 36 EHRR 3.

<sup>11</sup> Mál 32881/04 [2009] 49 EHRR 34.

<sup>12</sup> Sjá 47. – 56. gr. dómsins.

<sup>13</sup> Mál nr. 9248/81 [1987] 9 EHRR 433.

<sup>14</sup> Mál nr. 62332/00 [2007] 44 EHRR 2.

<sup>15</sup> Sjá 69. – 104. gr. dómsins.

ekki að finna takmarkanir á því í lögum hversu lengi mætti varðveita slíkar upplýsingar.<sup>16</sup> Dómstóllinn taldi að skráning upplýsinga sem í sjálfu sér væru opinberar gæti falið í sér íhlutun í friðhelgi einkalífs samkvæmt 8. gr., ef þær væru skráðar kerfisbundið og geymdar í vörslum stjórnvölda. Ætti það einkum við ef langt væri um liðið síðan þau atvik sem upplýsingarnar snertu áttu sér stað. Dómstóllinn hefur fylgt þessari afstöðu í síðari dómum.<sup>17</sup>

### 2.2.5. Aðgangur að upplýsingum um aðra.

Dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins gefur til kynna að menn geti átt rétt til aðgangs að gögnum um aðra einstaklinga en sig sjálfa, ef náin tengsl eru á milli þess sem biður um upplýsingarnar og þess sem upplýsingarnar fjalla um. Í máli *TP og KM gegn Bretlandi*,<sup>18</sup> taldi dómstóllinn að stjórnvald sem tæki barn í fóstur og svipti foreldra umsjá þess, yrði að eiga frumkvæði að því að kynna foreldrum þær upplýsingar sem lögju til grundvallar slíkri ákvörðun, jafnvel þótt þeir hefðu ekki óskað eftir aðgangi að þeim.<sup>19</sup> Dómstóllinn taldi engu að síður að þennan aðgang mætti takmarka þegar það væri nauðsynlegt með tilliti til hagsmuna barnsins sjálfs. Þá þyrfti það að vera í verkahring dómstóls að taka ákvörðun um hvort upplýsingar væru afhentar.

### 2.2.6. Þróun dómaframkvæmdar í átt til víðtækari réttar til aðgangs.

Framan af var sá skilningur almennt lagður í dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins að hann teldi 8. gr. MSE einungis veita rétt til aðgangs að gögnum sem lytu að mjög persónulegum upplýsingum um þann sem óskaði eftir þeim. Í framkvæmd má þó finna dæmi um að dómstóllinn hafi ljáð þessum rétti víðtækara umfang þannig að réttur til aðgangs geti náð til umhverfisupplýsinga sem hafi áhrif á einka- eða heimilislíf viðkomandi. Í máli *Guerra gegn Ítalíu*<sup>20</sup> taldi dómstóllinn að stjórnvöld aðildarríkis bæru skyldu til að upplýsa íbúa í nágrenni efnaverksmiðju um hættur verksmiðjunnar þannig að þeir gætu sjálfir lagt mat á þá áhættu sem fylgdi nábyli við verksmiðjuna og gert viðeigandi ráðstafanir. Sams konar viðhorf má einnig sjá í dómum dómstólsins í málum *Lopes Ostra gegn Spáni*,<sup>21</sup> *McGinley og Egan gegn Bretlandi*,<sup>22</sup> og *Taskin gegn Tyrklandi*.<sup>23</sup> Í máli *Roche gegn Bretlandi*<sup>24</sup> komst dómstóllinn einróma að

<sup>16</sup> Sjá 57. gr. dómsins.

<sup>17</sup> Sjá hér *Copland gegn Bretlandi*, mál 62617/00 [2007] 45 EHRR 37, 43. – 44. gr. og *S gegn Bretlandi*, mál nr. 30562/04 og 30566/04 [2008] ECHR 1581.

<sup>18</sup> Mál nr. 28945/95 [2001] 34 EHRR 42.

<sup>19</sup> Sjá hér 80. – 82. gr. dómsins.

<sup>20</sup> Mál nr. 14967/89 [1998] EHRR 357.

<sup>21</sup> Mál nr. 16798/98 [1995] 20 EHRR 277.

<sup>22</sup> Mál nr. 21825/93 og 23414/94 [1999] 27 EHRR 1.

<sup>23</sup> Mál 46117/99 [2006] EHRR 50.

<sup>24</sup> Mál nr. 32555/96 [2006] 42 EHRR 30.



þeirri niðurstöðu að bresk stjórnvöld hefðu brotið gegn 8. gr. MDE, þar sem á skorti að þau hefðu veitt kæranda aðgang að fullnægjandi upplýsingum til þess að hann gæti lagt mat á hvaða hættu hann hefði verið í vegna þátttöku sinnar í efnavopnatilraunum.

### 2.3. Dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu um aðgang að upplýsingum á grundvelli 10. gr. MSE.

Eins og vikið var að hér að framan kveður 1. mgr. 10. gr. MSE beinlínis á um rétt til að taka við upplýsingum. Í framkvæmd eftirlitsstofnana sáttmálans voru í fyrstu teikn á lofti um að ákvæði 10. gr. yrði skýrt rúmt á þennan hátt þannig að í því fælist almennur upplýsingaréttur gagnvart stjórnvöldum. Þannig taldi mannréttindanefnd Evrópu í máli *X gegn V-Pýskalandi*<sup>25</sup> að það leiddi af ákvæði 10. gr. um rétt til að taka við upplýsingum að þeir sem hefðu sérstaka hagsmuni af því að nálgast upplýsingar gætu við vissar aðstæður átt lögvarinn rétt á því að fá aðgang að þeim, þótt upplýsingarnar væru ekki almennt aðgengilegar, ef þeir gætu sýnt fram á að upplýsingarnar skiptu þá sérstaklega miklu máli.<sup>26</sup>

Þessum sjónarmiðum var hins vegar alfarið hafnað í síðari dómaframkvæmd dómstólsins. Í máli *Leander gegn Svíþjóð*<sup>27</sup>, sem vitnað er til hér að framan, benti dómstóllinn að rétturinn til að taka við upplýsingum fæli í sér að stjórnvöldum væri óheimilt að banna einstaklingi að taka við upplýsingum sem aðrir vildu koma á framfæri við hann. Í þessum rétti fælist aftur á móti hvorki að einstaklingur ætti rétt á aðgangi að skrá um persónulega stöðu sína, né væri með ákvæðinu lögð skylda á stjórnvöld til að afhenda honum slíkar upplýsingar.<sup>28</sup>

Sambærileg niðurstaða varð um þetta atriði í máli *Gaskin gegn Bretlandi*, sem vitnað er til hér að framan, en þar gerði kærandi athugasemdir við að honum hefði verið synjað að aðgang að málskjölum sem hefðu verið búin til um hann þegar hann var barn og voru í vörslu sveitarfélags. Þrátt fyrir að dómstóllinn teldi kæranda eiga rétt á aðgangi að þessum gögnum á grundvelli 8. gr. MSE, hafnaði dómstóllinn því að synjun stjórnvalda hefði falið í sér brot gegn 10. gr. sáttmálans.

Rétt er að hafa í huga að ofangreind mál eiga það sammerkt að þau snertu aðgang að persónulegum upplýsingum um kærundur sjálfa. Þar af leiðandi snertu þau fremur verndina sem kveðið er á um í 8. gr. heldur en 10. gr.

<sup>25</sup> Mál 8383/78 [1979] 17 DR 227.

<sup>26</sup> Sjá 228. til 229. gr. álits nefndarinnar.

<sup>27</sup> Mál nr. 9248/81 [1987] 9 EHRR 433.

<sup>28</sup> Sjá 74. gr. dómsins.

Í ljósi þessa þarf ekki að koma á óvart að dómstóllinn hafi markað aðra stefnu um skýringu 10. gr. MSE í málum sem tengdust aðgangi að upplýsingum þegar hann taldi birtingu upplýsinganna tengjast almannahagsmunum en ekki aðeins einkamálefnum tiltekna einstaklinga. Slík sjónarmið höfðu greinilega áhrif í máli *Guerra gegn Ítalíu*, sem áður er vitnað til, og laut að birtingu upplýsinga um hættuna sem stafaði af efnaverksmiðju. Í málinu höfðu kærendur, sem voru íbúar í nágrenni við verksmiðjuna, haldið því fram að stjórnvöldum bæri skylda samkvæmt 10. gr. MSE til þess að upplýsa um hættuna af verksmiðjunni og hvaða viðbragðsáætlanir væru fyrir hendi ef slyss yrði í verksmiðjunni.

Mannréttindanefndin taldi að 10. gr. sáttmálans gerði stjórnvöldum ekki aðeins skylt að gera upplýsingar um umhverfið aðgengilegar almenningi, heldur bæri þeim einnig skylda til þess að safna, vinna úr og miðla upplýsingum, sem í eðli sínu væru ekki almennt aðgengilegar og almenningur gæti ekki haft vitneskju um án þess að atbeini stjórnvalda kæmi til.

Mannréttindadómstóllinn hafnaði hins vegar þessari afstöðu nefndarinnar og vísaði í fyrri niðurstöðu sína úr máli *Leander* um að ákvæði 10. gr. MSE ætti ekki við. Dómstóllinn tók jafnframt fram með nokkuð afgerandi hætti að ekki væri unnt að skilja réttinn til að taka við upplýsingum á þann veg að með því væru lagðar skyldur á aðildarríkin að safna og miðla upplýsingum að eigin frumkvæði. Benti dómstóllinn í kjölfarið á að mál *Guerra* yrði að aðgreina frá málum dómstólsins sem snertu réttinn til að taka við upplýsingum þegar sá réttur leiddi beinlínis af hlutverki fjölmiðla til þess að dreifa upplýsingum og hugmyndum um málefni sem vörðuðu almannabágu.<sup>29</sup> Dómstóllinn taldi engu að síður að um væri að ræða brot á 8. gr. MSE, en af öðrum ástæðum.

Í nýlegri dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins eru teikn á lofti um að dómstóllinn sé farinn að leggja rýmri skilning í orðalag 1. mgr. 10. gr. MSE um réttinn til að taka við upplýsingum. Sterk vísbending að þessu leyti birtist til dæmis í máli *Sdruženi Jihočeské Matky gegn Tékklandi*,<sup>30</sup> en þar taldi dómstóllinn að synjun tékkneskra stjórnvalda á beiðni umhverfissamtaka um aðgang að gögnum um kjarnorkuver jafngilti skerðingu á réttinum til að taka við upplýsingum samkvæmt 1. mgr. 10. gr. MSE. Þrátt fyrir að dómstóllinn hafi ítrekað fyrri dómaframkvæmd í málum *Leander*, *Guerra* og *Roche*, um „að erfitt væri að leiða almennan rétt til aðgangs að upplýsingum og skjölum í stjórnsýslunni af 10. gr. MSE“, þá taldi hann engu að síður að synjun sú sem kærandi

<sup>29</sup> Sjá 53. gr. dómsins.

<sup>30</sup> Mál nr. 19010/03 ECHR 10. júlí 2006 (aðeins aðgengilegur á frönsku).

hafði fengið á beiðni sinni væri af því tagi hún félli undir 10. gr. MSE og aðildarríki þyrfti því að geta réttlætt.

Segja má að sú stefnubreyting sem fólgin var í þessum dómi hafi verið viðurkennd í máli *Tarsasag a Szabadsagjogokert gegn Ungverjalandi*,<sup>31</sup> en þar vísaði mannréttindadómstóllinn sérstaklega til dómsins í máli *Matky* „sem merki um þá þróun sem væri í átt til rýmri túlkunar á „réttinum til að taka við upplýsingum“ [...] og þar með að því að rétturinn til aðgangs að upplýsingum yrði viðurkenndur.<sup>32</sup> Ágreiningsefni málsins laut að synjun ungverska stjórnlagadómstólsins á að veita mannréttindasamtökum aðgang að kvörtun sem lögð hafði verið fram við dómstóllinn um breytingartillögur á ungverskum refsíákvæðum um fíkniefnabrot.

Mannréttindadómstóllinn taldi ljóst að tilraunir kæranda til að fá aðgang að skjalinu miðuðu að því að stuðla að upplýstri umræðu um mikilvægt samfélagsmálefni. Af þeim sökum væri unnt að líta svo á að kærandi gegndi áþekku hlutverki og fjölmiðlar sem „varðhundur“ í samfélagsumræðunni. Var það niðurstaða mannréttindadómstólsins að synjun ungverska stjórnlagadómstólsins á að því að veita aðgang að upplýsingum sem sú stofnun hefði ein forræði á fæli í sér ígildi ritskoðunar sem væri skerðing á tjáningarfrelsinu samkvæmt 1. mgr. 10. gr. MSE.<sup>33</sup>

Mannréttindadómstóllinn taldi enn fremur að ekki væri unnt að réttlæta skerðinguna á grundvelli 2. mgr. 10. gr. MSE. Benti dómstóllinn í því sambandi á að ungverski stjórnlagadómstóllinn hefði ekki þurft að taka saman upplýsingarnar sem kærandi óskaði eftir, heldur hefðu þær þegar verið til staðar og aðgengilegar hjá stjórnlagaráðinu.<sup>34</sup>

## 2.4. Niðurstöður og tillögur.

Tillaga Stjórnlagaráðs um að gera réttinn til að taka við og skila áfram upplýsingum að sjálfstæðum rétti í 1. mgr. 15. gr. sem verður efnislega aðgreindur frá tjáningarfrelsisákvæði 14. gr. frumvarpsins og afleiðingar þessa greinarmunar að íslenskum stjórnlögum, sbr. kafla 1.3. og kafla 1.5. hér að framan, kann að valda erfiðleikum útfrá 10. gr. mannréttindasáttmálans. Þannig er gert ráð fyrir því í 4. mgr. 15. gr. frumvarpsins að réttinn til að taka við og skila áfram upplýsingum með meðal annars skerða með vísan til „persónuverndar“ og „lögbundins starfs eftirlitsstofnana“.

<sup>31</sup> Mál nr. 37374/05, dómur kveðinn upp 14. apríl 2009.

<sup>32</sup> Sjá 35. gr. dómsins.

<sup>33</sup> Sjá 26. – 28. gr. dómsins.

<sup>34</sup> Mannréttindadómstóllinn aðgreindi málið þar með frá aðstæðum í máli *Guerra*, sem vitnað er til hér að ofan.

Af þessu tilefni er nauðsynlegt að vekja athygli á að hvorki persónuvernd né lögbundið starf eftirlitsstofnana eru talin sem réttmætt ástæða skerðingar í 2. mgr. 10. gr. mannréttindasáttmálans.<sup>35</sup> Þótt persónuverndarreglur geti, í ákveðnum skilningi þess hugtaks, fallið undir friðhelgi einkalífs og réttindi annarra,<sup>36</sup> sem hvorutveggja eru lögmætar ástæður takmörkunar með vísan til 2. mgr. 10. gr., er einsýnt að óhægt verður að réttlæta almenna takmörkun með vísan til lögbundins starfs eftirlitsstofnana í ljósi skilyrða 2. mgr. 10. gr. mannréttindasáttmálans.

Verði sú leið farin, í samræmi við tillögur undirritaðs í kafla 1.4. hér að framan, að fella þann hluta 15. gr. sem lýtur að réttinum til að taka við og skila áfram upplýsingum inn í ákvæði 14. gr. frumvarpsins – að svo miklu leyti sem inntak þess réttar fer saman við núgildandi tjáningarfrelsisákvæði 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. mannréttindasáttmálans, er ljóst að sjónarmið 4. mgr. 15. gr. um takmarkanir vegna lögbundins starfs eftirlitsstofnana munu ekki valda sömu vandkvæðum og hér hefur verið lýst.

Tilvísunin til lögbundins starfs eftirlitsstofnana kann einnig vera örðugleikum bundin með tilliti til þess þáttar 15. gr. frumvarpsins sem snýr að rétti manna til aðgangs að gögnum, að því marki sem Mannréttindadómstóll Evrópu hefur talið slíkan rétt felast í ákvæðum mannréttindasáttmálans. Til að tryggja betra samræmi við skuldbindingar íslenska ríkisins á sviði mannréttinda er það tillaga undirritaðs að orðalagið „lögbundins starfs eftirlitsstofnana“ í 4. mgr. 15. gr. verði fellt út og í stað þess komi „annarra almannahagsmuna“

### **3. INNRA SAMRÆMI.**

#### **3.1. Almenn um tengsl upplýsingaréttar og sjónarmiða um friðhelgi einkalífs.**

Miðlun og birting upplýsinga af því tagi sem gert er ráð fyrir í tillögum 15. gr. um upplýsingarétt fer ekki fram í lagalegu tómarúmi. Upplýsingarétturinn mun óhjákvæmilega skarast við ýmiss konar önnur réttindi, sem sum hver njóta stjórnskipulegrar verndar. Þessi skörun kann enn fremur að leiða til árekstra milli mismunandi mannréttindaákvæða í stjórnarskránni.

---

<sup>35</sup> Ákvæði 2. mgr. 10. gr. MSE er svohljóðandi: „Þar sem af réttindum þessum leiðir skyldur og ábyrgð er heimilt að þau séu háð þeim formsreglum, skilyrðum, takmörkunum eða viðurlögum sem lög mæla fyrir um og nauðsyn ber til í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna þjóðaröryggis, landvarna eða almannaheilla, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu eða siðgæði manna, mannorði eða réttindum og til þess að koma í veg fyrir uppljóstran trúnaðarmála eða til þess að tryggja vald og óhlutdrægni dómstóla.“

<sup>36</sup> Um þetta atriði er fjallað í 3. kafla hér á etir.

Í þessu sambandi er mikilvægt að hafa í huga að fyrirbyggjandi frumvarp Stjórnlagaráðs virðist ekki gera ráð fyrir því að einstök mannréttindaákvæði þess séu öðrum ákvæðum æðri. Þetta þýðir að almennt er ekki hægt að leysa úr ágreiningsefnum sem vakna þegar mannréttindaákvæðin skarast eða lýstur saman við upplýsingaréttinn á þann einfalda hátt eitt gangi framar öðru.

Af þessum sökum verður að ganga út frá því að sú meginregla gildi við skýringu ákvæðis 15. gr. í frumvarpi Stjórnlagaráðs og annarra jafn-rétthárra ákvæða að girða beri fyrir beina árekstra á milli þeirra með áherslu á að ákvæðin skulu túlkuð þannig að innihald þeirra sé samrýmanlegt.<sup>37</sup>

Rétt eins og sum önnur ákvæði frumvarpsins gerir 15. gr. þó ráð fyrir að upplýsingarétturinn kunni að þurfa að þoka fyrir öðrum stjórnarskrárvörðum hagsmunum. Í því sambandi er friðhelgi einkalífs tilgreind í 4. mgr. 15. gr en þar kemur fram að söfnun, miðlun og afhendingu gagna, geymslu þeirra og birtingu megi setja skorður með lögum í lýðræðislegum tilgangi, svo sem vegna friðhelgi einkalífs.

Í ljósi þess að ákvæðið veitir Alþingi beina heimild til þess að setja upplýsingaréttinum skorður á grundvelli sjónarmiða um friðhelgi einkalífs, verður að leggja til grundvallar að Alþingi geti með lögum tekið þá afstöðu að upplýsingarétturinn þoki fyrir sjónarmiðum um friðhelgi einkalífs við nánar tilgreindar aðstæður.

Ákvæði 11. gr. frumvarpsins um friðhelgi einkalífs gerir þó ekki að sama skapi ráð fyrir að Alþingi geti ákveðið með lagasetningu að friðhelgi einkalífs skuli víkja fyrir upplýsingarétti eins og hann er skilgreindur í 15. gr. Ákvæði 11. gr. fjallar að þessu leyti aðeins um að Alþingi geti með sérstakri lagaheimild takmarkað friðhelgi einkalífs ef brýna nauðsyn ber til vegna réttinda annarra, en í athugasemdum við ákvæðið kemur fram að það miði einna helst að því að tryggja möguleika til nauðsynlegra afskipta af heimili og fjölskyldulífi með vernd barna að leiðarljósi.

Í öðrum ákvæðum í frumvarpi Stjórnlagaráðs er þó gengið út frá því að Alþingi hafi heimild til að kveða á um upplýsingaskyldu um atriði sem hugsanlega gætu fallið undir vernd einkalífs samkvæmt 11. gr. frumvarpsins. Þannig er í 50. og 88. gr. frumvarpsins gert ráð fyrir því að settar skuli reglur um skyldu alþingismanna og ráðherra til að veita upplýsingar um fjárhagslega hagsmuni sína. Þar sem umrædd ákvæði í frumvarpinu gera ráð fyrir sérgreindri upplýsingaskyldu, yrði væntanlega að leggja til grundvallar að að stjórnarskrárgjafinn hafi með þeim tekið bein afstöðu til þess að unnt sé að miðla þessum upplýsingum, og að almennt orðað ákvæði um friðhelgi einkalífs í 11. gr.

<sup>37</sup> Sjá Róbert R. Spanó: Túlkun lagaákvæða, Reykjavík 2007, bls. 75-77

frumvarpsins eigi ekki að standa í vegi fyrir slíkri miðlun, svo framarlega sem upplýsingarnar sem um ræðir varða „fjárhagslega hagsmuni“ í skilningi 50. og 88. gr. frumvarpsins.<sup>38</sup>

Ljóst er að skýr afstaða af hálfu stjórnarskrárgjafans um hvenær rétturinn til að njóta friðhelgi um einkalífs sitt er yfirsterkari upplýsingaréttinu hefur þann ótvíræða kost að hún stuðlar að aukinni réttarvissu og fyrirsjáanleika í lagaframkvæmd. Sama máli gegnir þegar Alþingi eru veitt fyrirmæli og umboð samkvæmt stjórnarskránni til að setja skilgreina nánar hvenær reglur um upplýsingarétt skulu víkja fyrir öðrum hagsmunum og hvenær ekki.

Á hinn bóginn er tæpast raunhæft að Alþingi setji reglur sem geta leyst úr innbyrðis tengsl upplýsingaréttar og friðhelgi einkalífs við allar aðstæður. Í slíkum tilvikum mun það því falla í hlut stjórnvalda og dómstóla að afmarka inntak ákvæða um upplýsingaréttar og friðhelgi einkalífs með túlkun, og þá eftir atvikum einnig ákvæða stjórnarskrárinnar.

Í því sambandi skiptir vitaskuld miklu að finna eðlilegt jafnvægi á milli þessara ólíku réttinda. Þannig getur rúm túlkun ákvæðinna réttinda óhjákvæmilega orðið á kostnað annarra. Evrópsk réttarþróun undanfarin ár er skýrt dæmi um slík áhrif. Þessi þróun lýsir sér meðal annars í þeirri tilhneigingu sem birst hefur í víðtækri skýringu reglna um meðferð persónuupplýsinga, sem byggja á grundvallarsjónarmiðum um friðhelgi einkalífs, og hefur í sumum tilvikum orðið til þess að nokkuð hefur dregið úr áhrifamætti reglna um upplýsingarétt almennings. Umboðsmaður Evrópusambandsins hefur til dæmis lýst áhyggjum sínum af því að persónuverndarreglum hafi verið stýrt úr upphaflegum farvegi sínum um að tryggja friðhelgi einkalífs og þeim sé í stað misbeitt til grafa undan meginreglum um gagnsæi í stjórnsýslunni.<sup>39</sup>

### 3.2. Samspil persónuverndarreglna og meginreglunnar um friðhelgi einkalífs.

Eins og áður greinir er gert ráð fyrir því sérstaklega í 4. mgr. 15. gr. tillagna Stjórnlagaráðs að unnt sé að setja upplýsingarétti almennings skorður með lögum vegna „persónuverndar“. Hugtakið „persónuvernd“ er þó hvergi skilgreint í frumvarpinu, en

<sup>38</sup> Athygli vekur að skýringar við 50. gr. frumvarpsins virðast leggja til grundvallar að 50. gr. eigi ekki einungis við um „fjárhagslega hagsmuni“ en þar segir orðrétt: „Ætla verður hér að átt sé við verulega hagsmuni, t.d. verulega eignarhluti í fyrirtækjum eða fasteignum eða eftir atvikum ýmis félagsleg tengsl en gert ráð fyrir að löggjafinn taki af skarið um nánari útfærslu í almennum lögum um skyldu þingmanna til að veita upplýsingar um hagsmuni sína.“

<sup>39</sup> Sjá bréf umboðsmanns Evrópusambandsins til Romano Prodi, þáverandi formanns framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins frá 30. september 2002, aðgengilegt á eftirfarandi vefslóð: [at www.ombudsman.europa.eu/letters/en/default.htm](http://www.ombudsman.europa.eu/letters/en/default.htm).

sú staðreynd að persónuvernd er tilgreind sem sérstakt sjónarmið í 4. mgr. 15. gr., ásamt friðhelgi einkalífs, gefur til kynna að þessi hugtök fari ekki að öllu leyti saman.

Án frekari skýringa í frumvarpinu sjálfu verður að leggja til grundvallar að hugtakið „persónuvernd“ vísi með þeim hætti sem það er notað í frumvarpinu til nógildandi reglna í íslenskum rétti um persónuvernd, en þær reglur er að finna í lögum nr. 77/2000, um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, með síðari breytingum.

Reglur laganna byggjast að stærstum hluta á ákvæðum tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 95/46/EB frá 24. október 1995 um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga og um frjálsa miðlun slíkra upplýsinga. Þessi tilskipun var felld inn í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar (ákvörðun nr. 83/99) þann 25. júní 1999 og voru lög nr. 77/2000 sett fljótlega í kjölfar þeirrar skuldbindingar.<sup>40</sup>

Þrátt fyrir að reglur um persónuvernd byggist að verulegu leyti á sjónarmiðum um friðhelgi einkalífs er ekki þar með sagt að sjónarmið um friðhelgi einkalífs fari alltaf saman við persónuverndarreglur. Þannig getur mál t.d. fallið undir nógildandi ákvæði 71. gr. stjórnarskrárinnar og 8. gr. MSE um friðhelgi einkalífs, án þess að persónuverndarreglur komi þar við sögu. Á sama hátt geta persónuverndarreglur gilt við ákveðnar aðstæður án þess að hefðbundin ákvæði um friðhelgi einkalífs á borð við 71. gr. stjkskr. og 8. gr. MSE. taki til sömu aðstæðna.

Miðað við fyrirbyggjandi frumvarp Stjórnlagaráðs og nógildandi persónuverndarlöggjöf héraendis getur afhending upplýsinga á á grundvelli reglna um upplýsingarétt almennings skarast við reglur um friðhelgi einkalífs og persónuverndarreglur með þrenns konar hætti:

- 1) Afhending persónuupplýsinga rekst á reglur 11. gr. frumvarpsins um friðhelgi einkalífs **og** reglur persónuverndarlaga um miðlun persónuupplýsinga.
- 2) Afhending persónuupplýsinga rekst á reglur 11. gr. frumvarpsins um friðhelgi einkalífs **en ekki** reglur persónuverndarlaga um miðlun persónuupplýsinga.
- 3) Afhending persónuupplýsinga rekst á reglur persónuverndarlaga um miðlun persónuupplýsinga **en ekki** á reglur 11. gr. frumvarpsins um friðhelgi einkalífs.

---

<sup>40</sup> Reglur tilskipunarinnar eiga rætur sínar að rekja til Sáttmála Evrópuráðsins frá 1989 (sáttmáli nr. 108). Um miðjan níunda áratuginn varð sú umræða á vettvangi Evrópusambandsins að sáttmáli þessi gæti ekki orðið grundvöllur að frjálsri miðlun persónuupplýsinga á milli aðildarríkja Evrópusambandið. Í kjölfar þeirrar umræðu var samþykkt tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 95/46/EB frá 24. október 1995 um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga og um frjálsa miðlun slíkra upplýsinga.

Í þessu sambandi er rétt að hafa í huga að gildissvið persónuverndarreglna tilskipunar 95/46/EB, sem íslenska ríkið hefur skuldbundið sig til að virða samkvæmt þjóðréttarlegum skuldbindingum EES-samningsins og laga nr. 77/2000 er afar víðtækt. Þannig er hugtakið persónuupplýsingar skilgreint með afar víðum hætti í tilskipuninni sem sérhverjar persónugreindar eða persónugreinanlegar upplýsingar um einstakling („hinn skráða“).<sup>41</sup>

Sama má enn fremur segja um hugtakið „vinnsla persónuupplýsinga“ („vinnsla“). Samkvæmt tilskipuninni er það skilgreint sem aðgerð eða röð aðgerða, rafrænna eða annarra en rafrænna, svo sem söfnun, skráning, kerfisbinding, geymsla, aðlögun eða breyting, heimt, leit, notkun, miðlun með framsendingu, dreifing eða aðrar aðferðir til að gera upplýsingarnar tiltækar, samantenging eða samkeyrsla, aðgangstakmörkun, afmáun eða eyðilegging.<sup>42</sup>

Ljóst er að ef öll tilvik sem greind eru í tilskipun 95/46/EB og lögum nr. 77/2000 sem vinnsla persónuupplýsinga eru felld undir friðhelgi einkalífs í skilningi núgildandi ákvæðis 11. gr. skilningi frumvarps Stjórnlagaráðs þá myndi slík túlkun fela í sér afar rúma túlkun á friðhelgi einkalífs sem myndi þá að þrengja verulega að inntaki upplýsingaréttarins samkvæmt 15. gr. frumvarpsins.

Í 11. gr. frumvarps Stjórnlagaráðs er ekki tekin afstaða til þess með beinum hætti hvort söfnun og miðlun persónuupplýsinga falli undir friðhelgi einkalífs. Í athugasemdum við ákvæðið kemur hins vegar fram að ákvæðinu sé ekki ætlað að breyta núgildandi rétti byggðum á ákvæði 71. gr. stjórnarskrárinnar. Í athugasemdum Stjórnlagaráðs er enn fremur vísað til greinargerðar við núgildandi ákvæði 71. gr. frumvarps Alþingis til stjórnarskipunarlaganna nr. 97/1995.

Athugasemdir við ákvæði 71. gr. í frumvarpi því er varð að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 bera ótvírætt með sér að því stjórnarskrárákvæði – og þar með því ákvæði sem fram kemur í frumvarpi Stjórnlagaráðs – sé ætlað að veita ákveðna vernd gagnvart meðferð persónuupplýsinga. Um það atriði segir í athugasemdunum:

<sup>41</sup> Sbr. a-lið 2. gr. tilskipunarinnar. Samkvæmt ákvæðinu teljast upplýsingar persónugreinanlegar „ef unnt er að rekja þær til hins skráða, beint eða óbeint, svo sem með tilvísun í kennitölu eða einn eða fleiri þætti sem sérkenna hann í líkamlegu, lífeðlisfræðilegu, andlegu, efnalegu, menningarlegu eða félagslegu tilliti.“ Í 1. tölul. 2. gr. laga nr. 77/2000, um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga er að finna svohljóðandi skilgreiningu á persónuupplýsingum: Sérhverjar persónugreindar eða persónugreinanlegar upplýsingar um hinn skráða, þ.e. upplýsingar sem beint eða óbeint má rekja til tiltekins einstaklings, látins eða lifandi

<sup>42</sup> Sbr. b-lið 2. gr. tilskipunarinnar. Í 2. tölul. laga nr. 77/2000 er hugtakið vinnsla skilgreint sem „sérhver aðgerð eða röð aðgerða þar sem unnið er með persónuupplýsingar, hvort heldur sem vinnslan er handvirk eða rafræn.“



„Í friðhelgi einkalífsins felst fyrst og fremst réttur manns til að ráða yfir lífi sínu og líkama og til að njóta friðar um lífshætti sína og einkahagi. Jafnframt er litið svo á að tilfinningalíf og tilfinningasambönd við aðra njóti verndar samkvæmt ákvæðinu. Mjög raunhæft dæmi um svið, þar sem álitaefni vaknar um hvort brotið er gegn friðhelgi einkalífs, er skráning persónuupplýsinga um einstaklinga, en í því sambandi reynir á hve langt megi ganga í skipulagðri skráningu á lífsháttum manns og högum og meðferð slíkra upplýsinga. Ekki er þó sjálfgefið að öll skráning upplýsinga um einstaklinga falli innan ramma einkalífs þeirra. Þannig mundi ákvæðið í 1. mgr. 9. gr. t.d. ekki girða fyrir opinbera skráningu um menn í þjóðskrá, en þess má geta að í 2. mgr. 24. gr. alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórn mála réttindi er það talið til réttinda hvers barns að vera skráð strax eftir fæðingu sem tryggir m.a. að það geti síðar leitað gagna um fæðingu sína og uppruna. Eins verður að telja að ýmsar aðrar almennar skrár af opinberum toga falli utan verndar ákvæðisins, svo sem kjörskrár og skattskrár. Með því að setja fram beina reglu um friðhelgi einkalífsins í 1. mgr. 9. gr. frumvarpsins er gert ráð fyrir að skylda hvíli á ríkinu til að forðast afskipti af einkalífi manna og persónulegum högum.

Þetta er þó ekki nægilegt til þess að menn fái í reynd notið friðhelgi einkalífs því hættan á að slík friðhelgi sé rofin stafar ekki eingöngu frá ríkinu, heldur einnig frá öðrum einstaklingum og einkaaðilum. Af þessum sökum felur krafan um friðhelgi einkalífs ekki eingöngu í sér að ríkið gangi ekki á þennan rétt, heldur einnig að því sé skylt að setja reglur í löggjöf til verndar einstaklingunum í innbyrðis samskiptum þeirra. Á það einkanlega við um skyldu til að þessum réttindum einstaklinganna sé að vissu marki veitt vernd með ákvæðum refsilaga sem gera brot annarra einstaklinga á þessum réttindum refsiverð. Skyldur ríkisins í þessum efnum eru þó ekki bundnar við að veita refsivernd, heldur má einnig nefna í þessu sambandi skyldur ríkisins til að binda í löggjöf skýrar reglur um öflun, skráningu og meðferð persónuupplýsinga hvort sem um er að ræða meðferð stjórnvalda eða einkaaðila á upplýsingunum og að einstaklingur eigi rétt til aðgangs að upplýsingum um sjálfan sig. Má segja að þörf á ákveðnum reglum um þetta svið hafi aukist mjög á undanförunum áratugum samhliða ört vaxandi tækni við öflun og meðferð persónuupplýsinga. Við þessu hefur verið brugðist í íslenskri löggjöf með setningu laga um meðferð og skráningu persónuupplýsinga, nr. 121/1989, þar sem skýrar reglur koma fram um þessi efni og eftirlit með framkvæmd laganna er falið sérstakri nefnd, tölvunefnd.”<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Alpt. 1994-95, A-deild, þskjal. 389, bls. 2686-2688.

Segja má að tilvitnuð ummæli taki af öll tvímæli um það að reglur um friðhelgi einkalífs setji ekki skorður við því að stjórnvöld safni ákveðnum upplýsingum um einstaklinga og haldi þeim í sínum vörslum.

Enda þótt ekki sé vikið að því í athugasemdunum verður að leggja til grundvallar að reglur um friðhelgi einkalífs setji hins vegar, ef eitthvað er, strangari skorður við miðlun og dreifingu persónuupplýsinga til annarra, eins og raunin er þegar stjórnvöld veita aðgang á grundvelli reglna um upplýsingarétt almennings, heldur gilda um upplýsingaöflun sem fer fram af hálfu stjórnvalda til að sinna lýðræðislegu hlutverki í almannabágu.

Að því er varðar miðlun upplýsinga kemur það þó skýrlega fram í athugasemdum við stjórnarskrárákvæðið að löggjafinn hafi í þessu sambandi ákveðnar skyldur til að binda í löggjöf skýrar reglur um öflun, skráningu og meðferð persónuupplýsinga, hvort sem um er að ræða meðferð stjórnvalda eða einkaaðila á upplýsingunum og að einstaklingur eigi rétt til aðgangs að upplýsingum um sjálfan sig. Þessi skilningur er staðfestur í dómaframkvæmd íslenskra dómstóla en af henni má ráða nokkuð ríkar kröfur verði gerðar til þess að lögmæltar viðmiðanir liggi fyrir um miðlun persónuupplýsinga frá einum aðila til annars, sbr. dóm Hæstaréttar frá 27. nóvember 2003 í máli nr. 151/2003, sem laut að miðlun heilsufarsupplýsinga látins einstaklings í gagnagrunn á heilbrigðissviði.

Þrátt fyrir að núgildandi stjórnarskrá og lögskýringargögn geri ráð fyrir því að ákveðnar kröfur verði gerðar til löggjafar um skráningu og miðlun persónuupplýsinga, þ.e. að hún hafi skýrar reglur þar að lútandi, er þeirri spurningu enn ósvarað hvaða efnislegu skorður ákvæði 71. gr. um friðhelgi einkalífs setji við söfnun og miðlun persónuupplýsinga, t.d. um hvort og þá hvernig skráning persónuupplýsinga og miðlun þeirra til annarra með þeim hætti sem gert er ráð fyrir í 15. gr. tillagna Stjórnlagaráðs feli í sér skerðingu á friðhelgi einkalífs sem ekki verði réttlætt með skírskotun til viðurkenndra sjónarmiða þar um. Að sama skapi er litla leiðsögn að fá í ofangreindum heimildum, sem og fyrirbyggjandi dómaframkvæmd íslenskra dómstóla, hvers efnis slíkar upplýsingar þyrftu að vera til þess að stjórnarskrárvernduð réttindi til friðhelgi einkalífs setji skorður við því að þeim verði dreift á grundvelli reglna um upplýsingaskyldu stjórnvalda, sem settar eru á grundvelli sjónarmiða um að auka gagnsæi í stjórnsýslunni og þar með auka lýðræðislegt aðhald og styrkja lýðræðislega stjórnarhætti.

Mannréttindadómstóll Evrópu hefur oftsinnis fjallað um atvik sem tengjast vinnslu persónuupplýsinga í ljósi 8. gr. mannréttindasáttmálans. Hefur dómstóllinn þá lagt til

grundvallar að ef upplýsingar lúta að einkalífi einstaklings þá leiði það af 8. gr. MSE að ákveðin skilyrði gildi um vinnslu þeirra upplýsinga.

Einn fyrsti dómur mannréttindadómstólsins sem gaf til kynna að miðlun persónuupplýsinga væri sjálfstætt athugunarefni út frá 8. gr. MSE var í máli *Z gegn Finnlandi*<sup>44</sup>, en þar fjallaði dómstóllinn um hvort heimilt hefði verið að nota heilsufarsupplýsingar um kæranda í máli sem höfðað hafði verið gegn öðrum aðila. Dómstóllinn rakti í því sambandi að vernd persónuupplýsinga, og þá ekki síst heilsufarsupplýsinga, hefði afar mikla þýðingu fyrir réttindi einstaklings til að njóta friðhelgi um einka- og fjölskyldulíf sitt, sem tryggt væri í 8. gr. MSE. Þá væri það grundvallarregla í öllum réttarkerfum aðildarríkja mannréttindasáttmálans að trúnaður ríkti um heilsufarsupplýsingar. Slíkur trúnaður skipti ekki einungis máli við að vernda einkalíf sjúklinga heldur líka að tryggja traust þeirra til lækna og til heilbrigðisskerfisins alls. Dómstóllinn taldi því að reglur landsréttar yrðu að mæla fyrir um ákveðnar varnaðarráðstafanir til að sporna gegn miðlun eða birtingu persónuupplýsinga um heilsufar sem færi í andstöðu við 8. gr. MSE og tiltekin ákvæði sáttmála um vernd einstaklinga í tengslum við rafræna vinnslu persónuupplýsinga.<sup>45</sup>

Þrátt fyrir að mannréttindadómstóllinn hefði með þessum hætti gert ráð fyrir því að nán tengsl væru á milli friðhelgi einkalífs og vinnslu persónuupplýsinga fjallaði dómurinn ekki sérstaklega um mörkin þar á milli. Enn fremur var ljóst að atvik í málinu lutu að heilsufarsupplýsingum, einum viðkvæmustu og persónulegustu upplýsingum sem til eru, og líklegt má telja að dómstóllinn hefði ávallt talið hvers kyns miðlun slíkra upplýsinga falla undir 8. gr. MSE, óháð því hvort hann teldi að sérstakar reglur um miðlun og meðferð persónuupplýsinga ættu líka að koma til skoðunar.

Dómstóllinn hefur síðan fjallað um söfnun og skráningu annars konar persónuupplýsinga, sem ekki varða jafn-viðkvæm einkamálefni, í ljósi 8. gr. MSE. Í máli *Rotaru gegn Rúmeníu*, sem vitnað er til í kafla 2.2.3 hér að ofan, taldi dómstóllinn að skráning og vinnsla upplýsinga um starfsferil kæranda gætu fallið undir 8. gr., þótt upplýsingarnar sem slíkar væru opinberar. Kærandi í málinu hafði gert athugasemdir við að rúmenska leyniþjónustan hefði upplýsingar um hann sem væru rangar. Upplýsingarnar sem málið snerust um vörðuðu einkalíf hans að vissu leyti, en einnig eitt og annað sem hann hafði gert opinberlega og án leyndar, svo sem að gefa út bæklinga og taka þátt í stjórnmalastarfi.

<sup>44</sup> Mál 22009/93, 1997-I; 25 EHRR 371

<sup>45</sup> Sjá 95. gr. dómsins.

Rúmenska ríkið hélt því fram í málinu að kærandi gæti ekki borið fyrir sig að friðhelgi einkalífs hans hefði verið skert vegna söfnunar þessara upplýsinga. Mannréttindadómstóllinn tók ekki undir þá málsástæðu :

„Dómstóllinn minnir á að varðveisla upplýsinga um einkalíf einstaklings með leynilegum hætti og birting upplýsinga falla innan efnissviðs 1. mgr. 8. gr. MSE. [...] Telja verður að virðing fyrir friðhelgi einkalífs feli auk þess að vissu marki í sér rétt á því að stofna til sambands við aðra. Enn fremur þá standa engin grundvallarök til þess að athafnir sem lúta að starfi eða viðskiptum einstaklings skuli felldar utan hugtaksins „einkalíf“. [...] Dómstóllinn hefur þegar lagt áherslu á samhengi rúmrar túlkunar á hugtakinu við sáttmála Evrópuráðsins [um vernd einstaklinga gagnvart sjálfvirkri vinnslu persónuupplýsinga] sem tók gildi 1. október 1985 og hefur það að markmiði að tryggja [...] öllum einstaklingum [...] virðingu fyrir frelsi þeirra og réttindum, einkum og sér í lagi rétt til friðhelgi einkalífs í tengslum við rafræna vinnslu persónuupplýsinga (1. gr. sáttmálans), en persónuupplýsingar eru skilgreindar í 2. gr. sáttmálans sem „allar persónugreindar eða persónugreinanlegar upplýsingar um einstakling“. Auk þess geta upplýsingar sem í sjálfu sér eru opinberar fallið undir einkalíf þegar þeim er safnað með skipulegum hætti og þær geymdar í skráum stjórnvalda. Þetta á sérstaklega við um upplýsingar um atvik sem langt er liðið frá.“

Mannréttindadómstóllinn hefur í kjölfarið aukið við inntak 1. mgr. 8. gr. MSE, sbr. mál *Peck gegn Bretlandi*.<sup>46</sup> Þar taldi dómstóllinn að upplýsingar sem aflað er með myndbandsupptöku eða annars konar upptökutækni gætu fallið undir 8. gr. MSE. Ráða má af dóminum að það hafi verulega þýðingu í þessu sambandi hvort einstaklingur megi vænta þess að upplýsingum sé safnað um hann og þær síðar notaðar. Ef viðkomandi mátti ekki búast við því, er líklegt að dómstóllinn telji 8. gr. MSE eiga við.

Samkvæmt framangreindri dómaframkvæmd er ekki annað að sjá en að mannréttindadómstóll Evrópu leggi nokkuð rúman skilning í hugtakið „einkalíf“ og ljóst er að vernd þess getur að miklu leyti farið saman við reglur um vernd gegn skráningu og miðlun persónuupplýsinga.

Engu að síður virðast þeirri vernd sem 8. gr. MSE veitir í tengslum við skráningu og meðferð persónuupplýsinga vera takmörk sett. Í máli *Smith gegn Bretlandi* taldi kærandi að 8. gr. MSE hefði verið brotin, vegna þess að honum hefði verið synjað um aðgang að skjali í banka sem innihéldi nafn hans, en hann hafði starfað sem framkvæmdastjóri hjá bankanum. Kærandi hafði lagt fram beiðnina á grundvelli breskra persónuverndarlaga um rétt skráðs aðila til aðgangs að upplýsingum um sjálfan sig, sem innleiddu tilskipun 95/46/EB, og hvíla þar af leiðandi á sams konar grunni og lög nr. 77/2000.

<sup>46</sup> Mál. 44647/98, ECHR [2003] 41.

Mannréttindadómstóllinn hafnaði því að taka kærana til meðferðar. Í því samhengi benti dómstóllinn á að upplýsingar um einkalíf einstaklings gæti verið að finna í skjölum sem vörðuðu fyrst og fremst annan einstakling eða fyrirtæki. Í þessu máli leiddi það hins vegar ekki af 8. gr. MSE að kærandi ætti með réttu að fá aðgang að skjalinu, enda lyti efni þess að viðskiptagerningi, auk þess sem kæranda væri fullkunnugt um efni þess.

Ákvörðun dómstólsins gefur til kynna að þrátt fyrir að upplýsingarnar sem kærandi óskaði eftir hefðu verið skráðar rafrænt og kerfisbundið, þá ætti 8. gr. mannréttindasáttmálans ekki við þar sem upplýsingarnar fjölluðu ekki beinlínis um hann, auk þess sem þær fjölluðu ekki um persónuleg einkamálefni hans.

Takmörk einkalífsverndar verða enn þá ljósari þegar litið er til dómaframkvæmdar mannréttindadómstólsins í kringum 10. gr. MSE og sér meðal annars stað í þeim fjölmörgu dómum sem gengið hafa um frelsi fjölmiðla til að birta persónulegar upplýsingar um ákveðna einstaklinga. Að því er varðar mörk tjáningarfrelsisins gegn friðhelgi einkalífs veitir dómaframkvæmd dómstólsins nokkuð skýra leiðsögn um að staða viðkomandi einstaklings hafi grundvallarþýðingu við þessa afmörkun og að hvaða leyti friðhelgi einkalífs geti réttlætt skerðingu á tjáningarfrelsi. Hefur dómstóllinn þá bent á að enda þótt opinberar persónur geti átt réttmætar væntingar um að njóta friðhelgi um einkalíf sitt, þá sé ekki sjálfgefið að slíkir einstaklingar geti borið þann rétt fyrir sig með sama hætti og almennir borgarar. Ef viðkomandi hafa vísitandi og óhjákvæmilega útsett sig fyrir opinberri gagnrýni þá dregur úr einkalífsvernd þeirra að sama skapi. Af því leiðir að opinberar persónur á borð við stjórnálamenn geta almennt búist við því að ákveðnar almennar upplýsingar eða upplýsingar um störf þeirra í umboði almennings séu birt opinberlega.

Þrátt fyrir að dómaframkvæmd mannréttindadómstólsins sé ekki að öllu leyti skýr um það að hvaða leyti meðferð og vinnsla persónuupplýsinga njóti verndar 8. gr. MSE, virðist engu að síður hægt að álykta sem svo að slík meðferð og vinnsla falli utan 8. gr. ef hún varðar 1) upplýsingar sem lúta ekki með beinum hætti að einkamálefnum, 2) upplýsingarnar eru ekki skráðar kerfisbundið sérstaklega um hinn skráða, 3) og viðkomandi má vera ljóst að unnið sé með upplýsingarnar og þær hugsanlega birtar.

### 3.3. Niðurstöður og tillögur.

Ef íslensk stjórnskipun og önnur löggjöf setur skorður við birtingu og miðlun upplýsinga á grundvelli sjónarmiða um persónuvernd sem Mannréttindadómstóll Evrópu telur falla utan einkalífsverndar 8. gr. mannréttindasáttmálans er hætt við að skerðing upplýsingaréttar á grundvelli 4. mgr. 15. gr. frumvarpsins verði talin fara í bága við 10.

gr. mannréttindasáttmálans, í málum sem þar falla undir, af þeirri ástæðu einni sú grein heimilar aðildaríkjunum ekki að takmarka tjáningarfrelsi á þeim grundvelli.

Þegar alþjóðlegum skuldbindingum á sviði mannréttinda sleppir er talsverð óvissa fólgin í fyrirliggjandi frumvarpi um innbyrðis samræmi reglna um upplýsingarétt almennings gagnvart reglum um friðhelgi einkalífs og persónuverndarreglum. Þar varðar mestu um að ákvæði 4. mgr. 15. gr. hefur að geyma sjálfstæða heimild til þess að takmarka upplýsingarétt vegna persónuverndarreglna, án þess að þessar reglur séu skilgreindar eða frumvarpið geymi nokkra aðra leiðsögn um hvernig þessar reglur skuli afmarkaðar gagnvart upplýsingaréttinum.

Með vísan til þess hversu víðtækar reglur um persónuvernd eru samkvæmt gildandi lögum varðar miklu að tekin sé skýrari afstaða til þess í frumvarpinu hvenær þær geta takmarkað upplýsingarétt og þar með hvernig stjórnvöld og dómstólar geta fundið eðlilegt jafnvægi á milli þeirra ólíku hagsmuna sem þessum reglum er ætlað að vernda.

Við leit að þessu jafnvægi verður huga að þeim grundvallargildum sem lagareglum um upplýsingarétt og reglum um friðhelgi einkalífs er ætlað að vernda og hlúa að. Aðalmarkmið reglna um upplýsingarétt almennings er að tryggja að störf stjórnmalamanna sem embættismanna séu opinber að ákveðnu marki og að almenningur hafi þar með aðgang að nauðsynlegum upplýsingum til að geta tekið virkan þátt í málefnalegri og lýðræðislegri umræðu um stjórnarhætti hins opinbera. Með þessum hætti er reglum um upplýsingarétt ætlað stuðla að því að auðveldara verði að draga stjórnvöld til ábyrgðar og um leið efla traust almennings á því að stjórnsýslan starfi á málefnalegan og heiðarlegan hátt. Reglum um persónuvernd er hins vegar ætlað að tryggja að einstaklingur geti ákveðið sjálfur hvaða upplýsingar séu aðgengilegar um hann eða hana.

Að mati undirritaðs má draga verulega úr hættunni á árekstrum á milli persónuverndarreglna og reglna um upplýsingarétt annaðhvort með því að fella út alfarið tilvísun til „persónuverndarreglna“ í 4. mgr. 15. gr. frumvarpsins eða skýra nánar inntak hugtaksins „persónuverndarreglur“ í athugasemdum við frumvarpið.

Í því samhengi er rétt að taka fram að upplýsingar sem teljast til viðkvæmra persónuupplýsinga samkvæmt 8. tölul. 2. gr. nógildandi laga nr. 77/2000, um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, þar á meðal upplýsingar um uppruna, litarhátt, kynþátt, stjórnmalaskoðanir, svo og trúar- eða aðrar lífsskoðanir, upplýsingar um heilsuhagi, þar á meðal um erfðaeiginleika, lyfja-, áfengis- og vímuefnanotkun, og upplýsingar um kynlíf manna og kynhegðan myndu allt að einu falla undir friðhelgi

einkalífs, eins og það hugtak hefur verið skýrt í nógildandi ákvæði 71. gr. stj. og 8. gr. mannréttindasáttmálans, en frumvarp Stjórnlagaráðs gerir eins og áður segir ráð fyrir að ekki verði efnisleg breyting þar á. Sömu niðurstöðu mætti væntanlega ná fram ef tekið yrði fram með skýrum hætti í athugasemdum við frumvarpið að með „persónuverndarreglum“ væri átt við reglur um miðlun viðkvæmra persónuupplýsinga í skilningi nógildandi ákvæðis 8. tölul. 2. gr. laga nr. 77/2000.

Þessar breytingar ættu ekki að draga á nokkurn hátt úr þeirri friðhelgi sem einstaklingar njóta á grundvelli nógildandi stjórnarskrár og alþjóðlega mannréttindasáttmála um einkalíf sitt. Að sama skapi myndu þessar breytingar girða fyrir að persónuverndarreglur verði notaðar til að koma í veg fyrir birtingu upplýsinga úr stjórnsýslunni á þeim grundvelli að þær tengist störfum og þátttöku einstaklinga í störfum stjórnsýslunnar og megi rekja til þeirra. Rétt er að vekja athygli á því að ef síðastnefnda nálgunin yrði viðurkennd, hefði það í för með sér að leynd væri tryggð um mjög stóran hluta stjórnsýslunnar.

#### **4. MÖGULEIKAR TIL MÁLSÓKNAR Á HENDUR RÍKINU.**

Undirritaður fær ekki annað séð en að sömu reglur muni áfram gilda um möguleika til að höfða mál á hendur ríkinu vegna þeirra réttinda sem fjallað er um í 15. gr. og áður hafa gilt að landslögum.

Í ljósi þess að reglur um upplýsingarétt almennings áskilja efni sínu samkvæmt ekki að viðkomandi sýni fram á sérstök og einstaklingsbundin tengsl við mál til þess að geta átt rétt til aðgangs að gögnum, ætti krafan um um lögvarða hagsmuni af aðild dómsmáls, sbr. 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála, almennt ekki að vera því til fyrirstöðu að menn geti leitað réttar síns samkvæmt 15. gr. frumvarpsins fyrir dómstólum.

#### **5. SAMANTEKT.**

##### **5.1. Réttaróvissa sem leiðir af frumvarpinu í núverandi mynd.**

Fyrirliggjandi frumvarp Stjórnlagaráðs gerir ráð fyrir að réttur manna til að taka við og skila áfram upplýsingum sín á milli verði sjálfstæður réttur og að þann rétt megi einungis takmarka á grundvelli heimilda 4. mgr. 15. gr. frumvarpsins.

Að því marki sem þessi réttur hefur sjálfstætt inntak gagnvart tjáningarfrelsisákvæði 14. gr. frumvarpsins ríkir veruleg óvissa um hvort Alþingi geti takmarkað þennan rétt á grundvelli heimilda 2. mgr. 14. gr., verði frumvarp Stjórnlagaráðs að lögum.

Afleiðingin gæti orðið sú að óvissa yrði um heimildir Alþingis til að hafa afskipti af ákveðnum málefnum sem því hafa hingað til verið heimil á grundvelli 3. mgr. 73. gr. núgildandi stjórnarskrár. Sem dæmi um afskipti af þessu tagi má nefna bann við áfengis- og tóbaksauglýsingum og lögbundnar takmarkanir á dreifingu höfundarréttarvarnis efnis.

Einnig er óvissa um hvort þær heimildir sem greindar eru í ákvæði 4. mgr. 15. gr. frumvarpsins til að takmarka rétt samkvæmt 15. gr. frumvarpsins séu tæmandi taldar.

Brýnt er að tekið verði á báðum þessum óvissuþáttum. Um fyrra atriðið mætti auðveldlega eyða óvissu um sjálfstætt inntak 15. gr. hvað varðar frelsi til að taka við og skila áfram upplýsingum gagnvart tjáningarfrelsisákvæði 14. gr. með því að fella hluta athugasemda við 15. gr. frumvarpsins inn í athugasemdir við 14. gr. þess. Slík breyting myndi ekki skerða efnislega þann rétt sem kveðið er á um í 15. gr. og enn fremur styrkja þá afstöðu Stjórnlagaráðs að réttur einstaklinga rétt til að safna og miðla upplýsingum sé óaðskiljanlegur hluti skoðana- og tjáningarfrelsis.

Hvað síðara atriðið varðar væri rétt að tekið yrði til nánari skoðunar hvort tilefni sé til að breyta texta 4. mgr. 15. gr. frumvarpsins þannig að ótvíræðari afstaða liggi fyrir um hvort einungis þau sjónarmið sem þar eru tilgreind heimili takmarkanir á þeim rétti sem kveðið er á um í 15. gr. Ef niðurstaðan er sú að þessi sjónarmið séu ekki tæmandi talin í ákvæðinu, væri rétt tilgreina sérstaklega hvaða önnur sjónarmið eru heimil.

## 5.2. Hugsanlegt ósamræmi við Mannréttindasáttmála Evrópu.

Sá greinarmunur sem gerður er í frumvarpinu á réttinum til að taka við og skila áfram upplýsingum í 1. mgr. 15. gr. annars vegar og tjáningarfrelsisákvæði 14. gr. frumvarpsins hins vegar kann að valda erfiðleikum með tilliti 10. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu.

Þessir erfiðleikar lýsa sér í því að 4. mgr. 15. gr. frumvarpsins gerir ráð fyrir að réttinn til að taka við og skila áfram upplýsingum megi meðal annars skerða með vísan til „persónuverndar“ og „lögbundins starfs eftirlitsstofnana“.

Hvorugt þessara sjónarmiða er þó talið vera réttmætt ástæða skerðingar í 2. mgr. 10. gr. mannréttindasáttmálans.<sup>47</sup> Þótt persónuvernd geti að vísu fallið undir önnur sjónarmið sem réttlætt geta takmörkun með vísan til 2. mgr. 10. gr., er óhægt að réttlæta almenna

<sup>47</sup> Ákvæði 2. mgr. 10. gr. MSE er svohljóðandi: „Þar sem af réttindum þessum leiðir skyldur og ábyrgð er heimilt að þau séu háð þeim formsreglum, skilyrðum, takmörkunum eða viðurlögum sem lög mæla fyrir um og nauðsyn ber til í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna þjóðaröryggis, landvarna eða almannaheilla, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu eða siðgæði manna, mannorði eða réttindum og til þess að koma í veg fyrir uppljóstran trúnaðarmála eða til þess að tryggja vald og óhlutdrægni dómstóla.“



takmörkun með vísan til lögbundins starfs eftirlitsstofnana í ljósi skilyrða 2. mgr. 10. gr. mannréttindasáttmálans.

Verði sú leið farin að fella þann hluta 15. gr. frumvarpsins sem lýtur að réttinum til að taka við og skila áfram upplýsingum inn í ákvæði 14. gr. frumvarpsins – að svo miklu leyti sem inntak þess réttar fer saman við núgildandi tjáningarfrelsisákvæði 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. mannréttindasáttmálans, er ljóst að sjónarmið 4. mgr. 15. gr. um takmarkanir vegna lögbundins starfs eftirlitsstofnana munu ekki valda sömu vandkvæðum.

Tilvísunin til lögbundins starfs eftirlitsstofnanna kann einnig að valda vandkvæðum með tilliti til þess þáttar 15. gr. frumvarpsins sem snýr að rétti manna til aðgangs að gögnum, að því marki sem mannréttindadómstóllinn hefur talið slíkan rétt felast í ákvæðum mannréttindasáttmálans. Til að tryggja betra samræmi við skuldbindingar íslenska ríkisins á sviði mannréttinda er lagt til að orðalagið „lögbundins starfs eftirlitsstofnana“ í 4. mgr. 15. gr. verði fellt út og í stað þess komi „annarra almannahagsmuna“

### 5.3. Innbyrðis ósamræmi.

Talsverð óvissa er fólgin í fyrirbyggjandi frumvarpi um innbyrðis samræmi reglna um upplýsingarétt almennings gagnvart reglum um friðhelgi einkalífs og sérstaklega persónuverndarreglum. Þar varðar mestu að ákvæði 4. mgr. 15. gr. hefur að geyma sjálfstæða heimild til þess að takmarka upplýsingarétt vegna persónuverndarreglna, án þess að persónuverndarreglur séu skilgreindar eða að frumvarpið geymi nokkra leiðsögn um hvernig þessar reglur skuli afmarkaðar gagnvart reglum um upplýsingarétt.

Með vísan til þess hversu víðtækar reglur um persónuvernd eru samkvæmt gildandi lögum varðar miklu að tekin sé skýrari afstaða til þess í frumvarpinu hvenær þær geta takmarkað upplýsingarétt og þar um hvernig stjórnvöld og dómstólar geta fundið eðlilegt jafnvægi á milli þeirra ólíku hagsmuna sem þessum reglum er ætlað að vernda.

Við leit að þessu jafnvægi verður huga að þeim grundvallargildum sem lagareglum um upplýsingarétt og reglum um friðhelgi einkalífs er ætlað að vernda og hlúa að. Aðalmarkmið reglna um upplýsingarétt almennings er að tryggja að störf stjórnmalamanna sem og embættismanna séu opinber að ákveðnu marki og að almenningur hafi þar með aðgang að nauðsynlegum upplýsingum til að geta tekið virkan þátt í málefnalegri og lýðræðislegri umræðu um stjórnarhætti hins opinbera. Með þessum hætti er reglum um upplýsingarétt ætlað stuðla að því að auðveldara verði að draga stjórnvöld til ábyrgðar og um leið efla traust almennings á því að stjórnsýslan fari

fram á grundvelli málefnalegra sjónarmiða. Reglum um persónuvernd er hins vegar ætlað að miða því að einstaklingur geti ákveðið sjálfur hvaða upplýsingar séu aðgengilegar um hann eða hana.

Að mati undirritaðs má draga verulega úr hættunni á árekstrum á milli persónuverndarreglna og reglna um upplýsingarétt annaðhvort með því að fella út alfarið tilvísun til „persónuverndarreglna“ í 4. mgr. 15. gr. frumvarpsins eða skýra nánar inntak hugtaksins „persónuverndarreglur“ í athugasemdum við frumvarpið.

Í því samhengi er rétt að taka fram að upplýsingar sem teljast til viðkvæmra persónuupplýsinga samkvæmt 8. tölul. 2. gr. nógildandi laga nr. 77/2000, um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga myndu allt að einu falla undir friðhelgi einkalífs, eins og það hugtak hefur verið skýrt í 71. gr. stjkskr. og 8. gr. MSE, en frumvarp Stjórnlagaráðs gerir ráð fyrir að sú sama hugtak verði áfram lagt til grundvallar í nýrri stjórnarskrá. Sömu niðurstöðu mætti væntanlega ná ef tekið yrði fram með skýrum hætti í athugasemdum við frumvarpið að með „persónuverndarreglum“ væri átt við reglur um miðlun viðkvæmra persónuupplýsinga í skilningi nógildandi ákvæðis 8. tölul. 2. gr. laga nr. 77/2000.

Þessar breytingar ættu ekki að draga á nokkurn hátt úr þeirri friðhelgi sem einstaklingar njóta á grundvelli nógildandi stjórnarskrár og alþjóðlega mannréttindasáttmála um einkalíf sitt. Að sama skapi myndu þessar breytingar girða fyrir að persónuverndarreglur verði notaðar til að koma í veg fyrir birtingu upplýsinga á þeim grundvelli að þær tengjast störfum og þátttöku einstaklinga í störfum stjórnsýslunnar og megi rekja til þeirra.

Lúxemborg, 31. ágúst 2012.

Kjartan Bjarni Björgvinsson



**Tillögur stjórnlagaráðs**  
**Athugasemdir við VIII. kafla um utanríkismál**

*109. gr.*

*Meðferð utanríkismála.*

- 1. mgr.** Utanríkisstefna og almennt fyrirsva ríkisins á því sviði er á hendi ráðherra í umboði og undir eftirliti Alþingis.

*Athugasemdir*

- Allt frá árinu 1941 hefur *utanríkisráðherra* verið falið að fara með utanríkismál í ráðuneyti Íslands og að þjóðarétti hefur það embætti sérstaka stöðu gagnvart öðrum ríkjum og fjölpjóðastofnunum umfram fagráðherra.
- Utanríkisráðherra er að jafnaði sá eini sem hefur í krafti embættis síns stöðumboð til að skuldbinda ríkið. Aðrir ráðherrar geta almennt ekki skuldbundið ríkið með samningum við önnur ríki, nema eftir umboði utanríkisráðherra. Það getur og skapað óvissu um handhöfn utanríkismála í samskiptum við önnur ríki og raskað viðteknum venjum, ef öðrum ráðherrum er ætluð sjálfstæð sýslan með utanríkismál í stjórnarskrá án frekari skýringa. Ef sérstakur kafla er helgaður utanríkismálum í stjórnarskrá gefur það ákveðið tilefni til að skapa jafnframt þeim er ber á þeim endanlega ábyrgð – utanríkisráðherra – sambærilega stöðu.
- Óþarft ætti að vera að nefna hér umboð og eftirlit Alþingis, enda leiðir það ótvírætt af þingræðisreglunni.

- 2. mgr.** Ráðherrum er skylt að veita utanríkismálanefnd Alþingis upplýsingar um utanríkis- og varnarmál. Ráðherra skal hafa samráð við nefndina áður en ákvörðun er tekin um mikilvæg utanríkismál.

*Athugasemdir*

- Það er til marks um aukna áherslu á utanríkismál að færa lögbundna skyldu til að halda utanríkismálanefnd Alþingis upplýstri um utanríkismál í stjórnarskrá. Samráð og samstarf utanríkisráðuneytisins og utanríkismálanefndar á þessu sviði er í föstum skorðum og hefur mótast á löngum tíma. Stjórnarskrárvarin staða utanríkismálanefndar getur þjónað þýðingarmiklu hlutverki eins og vikið er að í athugasemdum við 3. mgr. 109. gr.
- Til samræmis við aths. við 1. mgr. 109. gr. kæmi sömuleiðis til greina að nota hér eintölumyndina „ráðherra“. Hún myndi þá skírskota til utanríkisráðherra.
- Fyrir ríki sem ekki hefur her og hefur engin áform um að koma sér upp her eða leggja hernaðarlegt framlag til alþjóðlegra aðgerða verða varnarmál eðli máls samkvæmt utanríkismál þar sem varnir landsins og þjóðaröryggi verða eingöngu tryggðar með nánu samstarfi við önnur ríki og ríkjabandalög. Því er varla þörf á að nefna varnarmál sem eina tegund utanríkismála sérstaklega.

- 3. mgr.** Ákvörðun um stuðning við aðgerðir sem fela í sér beitingu vopnavalds, aðrar en þær sem Ísland er skuldbundið af samkvæmt þjóðarétti, skal háð samþykki Alþingis.

*Athugasemdir*

- Áskilnaður um samþykki Alþingis á ekki við um aðgerðir sem Ísland er bundið af að styðja á grundvelli þjóðréttarlegra skuldbindinga. Þetta á við um ákvarðanir öryggisráðs Sameinuðu þjóðanna um að beita hernaðaraðgerðum eða lýsa stuðningi við þær í samræmi við sáttmála Sameinuðu þjóðanna. Í þessum tilvikum reynir ekki á samþykki íslenskra stjórnvalda. Ákvæðið virðist því útfært í samræmi við þetta.
- Stuðningur við aðgerðir af þessu tagi er hins vegar viðkvæmt mál og vandmeðfarið. Ákvarðanir um það myndu oft byggjast á upplýsingum sem trúnaður hvílir á samkvæmt þjóðréttarlegum skuldbindingum. Þingfundir eru ekki haldnir fyrir luktum dyrum og þingmenn verða almennt ekki bundnir trúnaði um upplýsingar sem þeim eru veittar, nema á vettvangi utanríkismálanefndar. Þess vegna er æskilegt að samráð um töku slíkra ákvarðana fari fram í utanríkismálanefnd og fer vel saman við að henni sé sköpuð stjórnarskrárvarin staða, eins og 2. mgr. 109. gr. gerir ráð fyrir. Telji einstakir nefndarmenn ástæðu til að taka mál sem þar eru reifuð upp á Alþingi, er hins vegar ekkert sem hindrar það.
- Alþjóðasamfélagið er stundum gagnrýnt fyrir að það bregðist alltof seint við þegar vá ber að dyrum, t.d. ef þjóðarmorð er í uppsiglingu eða þegar hafið. Mikilvægt er að ákvæði af þessu tagi hindri ekki Ísland frá því að vera virkur þátttakandi á alþjóðavettvangi og að stjórnvöld geti brugðist hratt við þegar á þarf að halda, þ.m.t. þegar Alþingi er ekki að störfum.
- Jafnframt er brýnt að inntak hugtaka (t.d. beiting vopnavalds) sé skýrlega skilgreint og inntak þeirra vel afmarkað.

*110. gr.*

*Þjóðréttarsamningar.*

Ráðherra gerir þjóðréttarsamninga fyrir hönd Íslands. Þó getur hann enga slíka samninga gert, ef þeir hafa í sér fólgið afsal eða kvaðir á landi, innsævi, landhelgi, efnahagslögsögu eða landgrunni, eða kalla á breytingar á landslögum, eða eru mikilvægir af öðrum ástæðum, nema samþykki Alþingis komi til.

*Athugasemdir*

- Tillaga um að ráðherra geri þjóðréttarsamninga án aðkomu forseta er væntanlega hluti af tillögum um almennar breytingar á hlutverki forseta sem æðsta handhafa framkvæmdarvalds og verður að skoða í því ljósi.
- Það er fastmótuð og viðtekin venja að þjóðarétti að utanríkisráðherra hafi í krafti embættis síns stöðumboð til að gera samninga við önnur ríki. Að landsrétti er heldur ekki á valdi annarra ráðherra að gera slíka samninga, nema eftir umboði frá honum. Viðræður og undirbúningur þeirra fer fram á hans vegum og milliríkjasamningar hafa eingöngu verið bornir upp til fullgildingar eða staðfestingar að tillögu utanríkisráðherra. Verði fallið frá atbeina forseta í því skyni liggur beint við að *utanríkisráðherra* komi í hans stað.
- Það er í samræmi við þróun hafréttar á síðari hluta 20. aldar, einkum með tilkomu hafréttarsamnings Sameinuðu þjóðanna árið 1982, að nota í stað „landhelgi“ orðalagið:

innsævi, landhelgi, efnahagslögsaga eða landgrunn. Hér er um þau svæði að ræða þar sem strandríki hefur fullveldi, fullveldisréttindi og/eða lögsögu.

- Vafasamt er að raunhæft sé og skynsamlegt að bæta við þá flokka samninga sem háðir eru samþykki Alþingis samningum sem „eru mikilvægir af öðrum ástæðum“. Orðalag af þessu tagi er afar opið fyrir túlkun og flestir samningar geta á einhvern hátt talist mikilvægir. Hætt er við að þrýstingur myndi skapast á að flestir samningar yrðu lagðir fyrir Alþingi. Það myndi kalla á flóknara og tímafrekara fullgildingarferli en ella. Núverandi fyrirkomulag hefur gefist vel og vandséð er að þjóðréttarsamningar geti talist sérstaklega mikilvægir ef þeir falla ekki undir annan flokkanna tveggja.
- Ef engu að síður er talin þörf á slíkum öryggisventli mætti e.t.v. skjóta inn *sérstaklega* á undan mikilvægir: eða eru sérstaklega mikilvægir af öðrum ástæðum.

### 111. gr.

#### *Framsal ríkisvalds.*

Heimilt er að gera þjóðréttarsamninga sem fela í sér framsal ríkisvalds til alþjóðlegra stofnana sem Ísland á aðild að í þágu friðar og efnahagssamvinnu. Framsal ríkisvalds skal ávallt vera afturkræft.

Með lögum skal afmarka nánar í hverju framsal ríkisvalds samkvæmt þjóðréttarsamningi felst.

Samþykki Alþingi fullgildingu samnings sem felur í sér framsal ríkisvalds skal ákvörðunin borin undir þjóðaratkvæði til samþykktar eða synjunar. Niðurstaða slíkrar þjóðaratkvæðagreiðslu er bindandi.

#### *Athugasemdir við 3. mgr.*

- Ákvæðið tekur mið af sams konar ákvæðum í stjórnarskrám Noregs og Danmerkur en vikur þó frá þeim í veigamiklum atriðum um málsmeðferð skv. 3. mgr. Áskilnaður um þjóðaratkvæðagreiðslu er skilyrðislaus og ekki tengdur úrslitum máls á þingi eða því hvort valdframsal telst verulegt.
- Þegar fjallað er um meðferð valdheimilda ríkisins í samskiptum við aðrar þjóðir og milliríkjastofnanir er vert að hafa í huga að framsal slíkra heimilda er oftar en ekki afar takmarkað og bundið við skýrt afmörkuð tilvik, sem hafa litla almenna skírskotun.
- Nýlegt dæmi um tilvik af því tagi var fólgið í samþykkt þingsályktunar frá 10. júní 2011 um heimild til að staðfesta ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar um breytingu á XIII. viðauka við EES-samninginn, er fellir inn í samninginn reglugerð (EB) nr. 216/2008, um sameiginlegar reglur um almenningflug og um stofnun Flugöryggisstofnunar Evrópu. Samkvæmt þessari ákvörðun eru alþjóðlegri stofnun, Eftirlitsstofnun EFTA, veittar ákveðnar heimildir til að beita innlenda aðila sektum og fívíti fyrir brot á áður nefndri reglugerð. Slík viðurlög verða bindandi fyrir íslenska aðila og aðfararhæf á hendur þeim. Hér er því ótvírætt um að ræða fullveldisframsal af því tagi sem tillaga stjórnlagaráðs myndi ná til. Á hinn bóginn getur það talist minniháttar þegar til þess er litið að viðkomandi reglur snerta tiltölulega fáa aðila hér á landi og gilda auk þess á mjög þröngu sviði. Samkvæmt tillögu stjórnlagaráðs bæri þó skilyrðislaust að vísa þessu máli til þjóðaratkvæðis. Þegar virt er hversu fáa mál af þessu tagi snertir og hversu takmarkað framsal er um að ræða, virðist það nokkuð viðurhlutamikil ráðstöfun af ekki stærra tilefni. Fleiri dæmi mætti nefna af þessu tagi, s.s. við gerð EES-samningsins sjálfs (sektarákvarðanir ESA í samkeppnismálum sem fjallað

var um í fjórmenningaáliti), framkvæmd og beitingu ákvarðana í tengslum við Schengen-samstarfið (tvær álitserðir 3ja prófessora), breyting á 27. gr. nógildandi samkeppnislaga 2005 (valdheimildir dómstóla, álitserð prófessora) og nú síðast innleiðingu reglugerða um eftirlit með fjármálamörkuðum (álitserð lagaprófessora).

- Með skírskotun til dæma af þessu tagi virðast full ástæða vera til að vekja á því athygli hvort ekki væri æskilegt að veita meira svigrúm þegar um skýrt afmörkuð tilvik um minniháttar valdframsal er að ræða, t.d. með því að áskilja að aukin meirihluta þingmanna eða atkvæða þurfi til að samþykkja tillöguna eða tengja við 2. mgr. 113. gr.

#### *112. gr.*

##### *Skyldur samkvæmt alþjóðlegum samningum.*

Öllum handhöfum ríkisvalds ber að virða mannréttindareglur sem bindandi eru fyrir ríkið að þjóðarétti og tryggja framkvæmd þeirra og virkni eftir því sem samræmist hlutverki þeirra að lögum og valdmörkum.

Alþingi er heimilt að lögfesta alþjóðlega mannréttinasáttmála og umhverfissamninga og ganga þeir þá framur almennum lögum.

##### *Athugasemdir við 2. mgr.*

- Í 2. mgr. er lagt til að rétt hæð réttarheimilda verði breytt þannig að tilteknir samningar njóti ákveðinnar sérstöðu og gangi framur almennum lögum. Vafasamt er að þessi tillaga horfi til einföldunar á íslensku réttarkerfi.
- Tilteknir alþjóðlegir mannréttinasamningar hafa verið lögfestir hér á landi samhliða fullgildingu þeirra. Jafnframt hefur innlendum lögum verið breytt og efni þeirra aðlagð öðrum mannréttinasamningum sem fullgildir hafa verið. Með þessu móti er í báðum tilvikum tryggt að viðkomandi samningar séu innleiddir í landsréttinn. Að óbreyttri skipan a.ö.l. verður að telja að það samræmist best framkvæmd viðtekinna kenninga um tvíeðli landsréttar og þjóðaréttar.

Kristján Andri Stefánsson

## Minnisblað

Til Páls Þórhallssonar vegna starfshóps um  
Frá Sigurði Tómasi Magnússyni prófessor við lagadeild Háskólans í Reykjavík  
Dags: 11. nóv. 2012  
Efni: Athugasemdir við tillögu stjórnlagaráðs að nýrri stjórnarskrá

### Um tillögur stjórnlagaráðs að nýrri 28. gr. stjórnarskrár

#### Sambærilegt nógildandi stjórnarstkrárákvæði:

■70. gr. Öllum ber réttur til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur eða um ákæru á hendur sér um refsiverða háttsemi með réttlátri málsmeðferð innan hæfilegs tíma fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli. Dómþing skal háð í heyranda hljóði nema dómari ákveði annað lögum samkvæmt til að gæta velsæmis, allsherjarreglu, öryggis ríkisins eða hagsmuna málsaðila. □Hver sá sem er borinn sökum um refsiverða háttsemi skal talinn saklaus þar til sekt hans hefur verið sönnuð.

#### 28. gr. tillagna stjórnlagaráðs

##### *Réttlát málsmeðferð.*

Öllum ber réttur til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur eða um ákæru á hendur sér um refsiverða háttsemi með réttlátri málsmeðferð innan hæfilegs tíma fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstól. Dómþing skal háð í heyranda hljóði nema dómari ákveði annað lögum samkvæmt til að gæta allsherjarreglu, öryggis ríkisins eða hagsmuna málsaðila og vitna. Hver sá sem er borinn sökum um refsiverða háttsemi skal talinn saklaus þar til sekt hans hefur verið sönnuð.

#### Athugasemdir við tillögu stjórnlagaráðs:

1. Ákvæði 70. gr. stjórnarskrárinnar er ætlað að tryggja sambærilega mannréttindavernd og 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu (hér eftir MSE) þótt stjórnarskrárákvæðið sé talsvert fáorðara. Með dómum Mannréttindadómstóls Evrópu á síðustu áratugum hefur inntak ákvæðisins um réttláta málsmeðferð verið mótað og virðast íslenskir dómstólar í stórum dráttum hafa fylgt þeirri þróun í túlkun sinni á inntaki 70. gr. stjórnarskrárinnar. Í lögum um meðferð einkamála nr. 91/1991 og sérstaklega lögum um meðferð sakamála nr. 88/2008 hafa verið lögfest ákvæði um fjölmörg þeirra réttinda sem 6. gr. MSE hefur verið talin vernda. Ekki er því ástæða til að taka upp í nýja stjórnarskrá nákvæmari útgáfu af 6. mgr. MSE eða orða með nákvæmari hætti inntak þeirrar réttarverndar sem ákvæðið hefur verið talið fela í sér nema hvað varðar þau atriði sem þegar eru í stjórnarskránni, samanber þó neðangreinar athugasemdir. Sama má segja um tengd ákvæði sem er að finna í 2.-4. gr. 7. viðauka með MSE en slík ákvæði þykja eiga betur heima í lögum um meðferð sakamála.
2. Í athugasemdum við 8. gr. (sem varð að 70. gr. stjórnarskrárinnar) í greinargerð með frumvarpi sem varð að stjórnskipunarlögum nr. 97/1995 um breyting á stjórnarskránni er



- að finna ítarlegar og greinargóðar skýringar á ákvæðinu væri rétt að vísa til þeirra athugasemda í athugasemdum með nýrri stjórnarskrá. Þær athugasemdir sem fylgja 28. gr. tillagna stjórnlagaráðs lýsa aðeins viðbrögðum stjórnlagaráðs við utanaðkomandi athugasemdum en bæta líttu við skilning á ákvæðinu og virðast vera til lítillar hjálpar við túlkun þess í framtíðinni. Æskilegt væri að bæta í þessar athugasemdir.
- Ekki verður séð að breytingin á rithætti á dómstóli í dómstól, þ.e. þgf-mynd orðsins dómstóll sé til bóta. Að vísu er hvorutveggja stafsetningin viðurkennd en beygingin ”dómstóli” virðist algengari í lagamáli.
  - Upptalning á undanþágutílvikum frá meginreglunni um dómþing í heyranda hljóði í núgildandi stjórnarskrá og í tillögu stjórnlagaráðs er alls ekki fyllilega í samræmi við ákvæði 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu og heldur ekki í samræmi við 8. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála í héraði eða 10. gr. tiltölulega nýrra laga um meðferð sakamála nr. 88/2008. Reyndar er ekki um fullt innbyrðis samræmi að ræða í þessum ákvæðum. Afar óheppilegt er að hafa ekki meira samræmi í framsetningu þessara undantekningatílvika og ekki ástæða til að auka ósamræmið. Þar sem um er að ræða upptalningu á undantekningum frá mikilvægri grundvallarreglu virðist þörf á að huga vel að því til hvaða tílvika undanþágurnar í nýrri stjórnarskrá eiga að taka. Undanþágutílvik MSE eru að sumu leyti þrengri en að sumu leyti víðari. Þau eru víðari að því leyti að fleiri atriði eru talin upp, t.d. „af siðgæðisástæðum eða með tilliti til allsherjarreglu eða þjóðaröryggis í lýðfrjálsu landi“ en þrengri að því leyti að í stað þess að nefna hagsmuni málsaðila og vitna, eins og stjórnlagaráð leggur til, segir í MDE „vegna hagsmuna ungmenna eða verndar einkalífs málsaðila“ sem eru mun nákvæmari og þrengri undanþágur. Segja má að ákvæði einkamálalaga og sakamálalaga taki meira mið af MDE en stjórnarskránni. Réttarframkvæmd á Íslandi samræmist ennfremur mun betur orðalagi MDE en stjórnarskrárinnar en þess má geta að algengasta ástæðan fyrir því að þinghöld eru lokuð á Íslandi er tillitið til barna og ungmenna, þ.e. ungra sakborninga, brotþola eða barna í forsjármálum og barnaverndarmálum. Því má halda fram að orðalagið „hagsmuna málsaðila og vitna“ rúmi mun víðari undanþágur frá meginreglunni um opinbera málsmeðferð en heppilegt er að veita. Þar sem barn er nákvæmlega afmarkað í 1. mgr. 3. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002, virðist heppilegra að nota það orð en orðið ungmenni sem ekki er jafn afmarkað hugtak.
  - Orðið allsherjarregla hefur verið notað yfir ensku orðin „public order“. Í einkamálalögum og sakamálalögum er hins vegar talað um „til að halda uppi þingfriði“ og virðist það orðalag notað í sömu merkingu og „allsherjarregla“ í núgildandi stjórnarskrá. Svo virðist því að orðið allsherjarregla í þessu samhengi vísi fremur til þess að halda reglu í dómsal fremur en í þjóðfélaginu í heild. Til greina kæmi því að nota samsvarandi orðalag í stjórnarskrá, þ.e. veita undanþágu til að halda uppi þingfriði í stað allsherjarreglu enda virðist það orðalag nær hugmyndum stjórnlagaráðs ef litið er til athugasemda þess.
  - Inn í upptalninguna vantar auk þess samsvarandi undanþáguákvæði og í MSE um að heimilt sé að hafa lokað þinghald ef rannsóknarhagsmunir krefjast þess en það er orðað svo í MSE: „að svo miklu leyti sem dómstóllinn telur brýna nauðsyn bera til, í sérstökum tilvikum þar sem opinber frásögn mundi torvelda framgang réttvísinnar.“ Samsvarandi undanþáguákvæði er í f-lið 1. mgr. 10. gr. sakamálalaga. „meðan á rannsókn máls stendur og hætta þykir á sakarspjöllum ef þing væri háð fyrir opnum dyrum,“ Þessi heimild er t.d. nauðsynleg við fyrirtökur í dómi vegna krafna um gæsluvarðhald og aðra rannsóknarúrskurði vegna rannsóknar sakamála en augljóst er að opin þinghöld í slíkum

málum myndi torvelða á ýmsan hátt framgang réttvísinnar. Vafasamt er að slík tilvik rúmist innan undanþágunnar um „öryggi ríkisins“.

7. Undanþágu frá opnu þinghaldi vegna siðgæðisástæðna (e. interests of morals) er að finna í MSE. Þessi undanþága er einnig í 70. gr. stjórnarskrárinnar og í sakamála- og einkamála- lögum en í öllum tilvikum er notað orðalagið af velsæmisástæðum. Þótt erfitt kunni að vera að skilgreina nákvæmlega inntak hugtaksins velsæmi og ekki eigi að loka þinghaldi af tepruskap einum saman virðist áfram þörf á að veita dómara heimild til að takmarka aðgang að dómsölum af velsæmisástæðum af svipuðum ástæðum og aðgangur að bíósýningum er í sumum tilvikum takmarkaður og ýmis háttsemi sem þarna getur fallið undir beinlínis lýst refsiverð í lögum eða bönnuð í lögreglusamþykktum. Sem dæmi um slíkt má nefna að nauðsynlegt getur verið að sýna eða fjalla um í dómsal ógeðfellt klámefni sem sakborningi er t.d. gefið að sök vörslur eða dreifingu á en snertir ekki beint einkalíf málsaðila eða vitna eða börn. Erfitt er að finna góð rök fyrir því að taka þetta undantekningarákvæði út og slík rök ekki að finna í athugasemdum stjórnlagaráðs.
8. Breytinartillögur stjórnlagaráðs virðast ekki auka líkur á málshöfðunum á hendur íslenska ríkinu.
9. Ég tel mun farsælla að laga texta nýrrar stjórnarskrár að 1. mgr. 6. gr. MSE eða að hafa undanþágurnar a.m.k. ekki til muna rýmri en þar kemur fram því með rýmri undanþágun er stjórnarskráin í raun ekki að veita mannréttindum þá lágmarksvernd sem íslenska ríkið hefur skuldbundið sig til að veita.

Tillaga STM:

Öllum ber réttur til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur eða um ákæru á hendur sér um refsiverða háttsemi með réttlátri málsmeðferð innan hæfilegs tíma fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstól. Dómþing skal háð í heyranda hljóði nema dómari ákveði annað lögum samkvæmt til að gæta velsæmis eða þjóðaröryggis eða halda uppi þingfriði, vegna hagsmuna barna, til verndar einkalífs málsaðila og vitna eða til að forða sakarspjöllum meðan á rannsókn sakamáls stendur. Hver sá sem er borinn sökum um refsiverða háttsemi skal talinn saklaus þar til sekt hans hefur verið sönnuð.

Til samanburðar fylgja hér tilvitnuð ákvæði MSE, sbr. lög nr. 62/1994, einkamála- laga nr. 91/1991 og sakamála- laga nr. 88/2008.

1. mgr. 6. gr. MSE, sbr. lög nr. 62/1994:

Dóm skal kveða upp í heyranda hljóði, en banna má fréttamönnum og almenningi aðgang að réttarhöldunum að öllu eða nokkru af siðgæðisástæðum eða með tilliti til allsherjarreglu eða þjóðaröryggis í lýðfrjálsu landi eða vegna hagsmuna ungmenna eða verndar einkalífs málsaðila eða, að svo miklu leyti sem dómstóllinn telur brýna nauðsyn bera til, í sérstökum tilvikum þar sem opinber frásögn mundi torvelða framgang réttvísinnar.

8. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála:

Þinghöld skulu háð í heyranda hljóði. Hvort sem aðili krefst þess eða ekki getur dómari þó ákveðið að þinghald fari fram fyrir luktum dyrum ef það er háð utan reglulegs þingstaðar eða hann telur það nauðsynlegt:

- a. til hlífðar aðila, vandamanni aðila, vitni eða öðrum sem málið varðar,
- b. vegna nauðsynjar aðila, vitnis eða annars sem málið varðar á því að halda leyndum atriðum varðandi hagsmuni í viðskiptum eða samsvarandi aðstöðu,

- c. vegna hagsmuna almennings eða ríkisins,
- d. af velsæmisástæðum,
- e. til að halda uppi þingfriði.

10. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála:

Þinghöld skulu háð í heyranda hljóði. Dómari getur þó ákveðið, að eigin frumkvæði eða eftir kröfu ákæranda, sakbornings eða brotþola, að þinghald fari fram fyrir luktum dyrum, að öllu leyti eða að hluta, ef það er háð utan reglulegs þingstaðar, sakborningur er yngri en 18 ára eða hann telur það annars nauðsynlegt:

- a. til hlífðar sakborningi, brotþola, vandamanni þeirra, vitni eða öðrum sem málið varðar,
- b. vegna nauðsynjar sakbornings, brotþola, vitnis eða annars sem málið varðar á því að halda leyndum atriðum varðandi hagsmuni í viðskiptum eða samsvarandi aðstöðu,
- c. vegna hagsmuna almennings eða öryggis ríkisins,
- d. af velsæmisástæðum,
- e. til að halda uppi þingfriði,
- f. meðan á rannsókn máls stendur og hætta þykir á sakarspjöllum ef þing væri háð fyrir opnum dyrum,
- g. meðan vitni gefur skýrslu án þess að það þurfi að skýra frá nafni sínu í heyranda hljóði, sbr. 8. mgr. 122. gr.

Um 28. gr.

Greinin er nær samhljóða 70. gr. núgildandi stjórnarskrár. Gerð var smávægileg breyting, fellt út eitt orð og öðru bætt við.

Stjórnlagaráð felldi á fyrstu stigum orðin „velsæmi“ og „allsherjarreglu“ út úr greininni, en sérfræðingar lögðu þá á það nokkra áherslu að orðin hyrfu ekki úr stjórnarskrá. Þrátt fyrir þær ábendingar hefur sú leið verið valin að fella út orðið „velsæmi“, enda megi merking þess teljast óskýr og afstæð. Orðinu „allsherjarreglu“ hefur hins vegar verið bætt inn aftur, sér í lagi vegna þess hversu mikilvægir þeir hagsmunir eru að dómskerfið geti starfað með fullnægjandi hætti svo borgarar geti notið réttlátrar málsmeðferðar.

Í umræðum í Stjórnlagaráði kom fram að hugtakið „allsherjarregla“ þætti bæði ógegnsætt og óþarflega valdsmannlegt, m.a. þar sem mannréttindi ættu að njóta sem víðastrar verndar og hagsmunir borgaranna skyldu ávallt vega þyngra en hagsmunir ríkisins. Þannig þótti orðið „öryggi ríkis“ vel geta náð yfir þau verndarsjónarmið sem „allsherjarreglu“ er ætlað að gæta. Einnig var bent á að hugtakið mætti fella út í ljósi þess að mannréttindasáttmáli Evrópu væri þegar lögfestur hér á landi og því ættu skerðingarheimildir hans að gilda. Þetta á sérstaklega við í ljósi 110. gr. frumvarpsins, um að fullgiltir og lögfestir mannréttindasáttmálar gangi framur almennum lögum. Eftir umfangsmiklar umræður í ráðinu var sú millileið valin að fjarlægja heimild til skerðinga á grundvelli allsherjarreglu úr öllum öðrum greinum frumvarpsins en [þeirri](#) sem hér um ræðir í ljósi mikilvægis þeirra hagsmuna að dómþing nái fram að ganga.

Deleted: þeirrar

Bætt er við orðunum „og vitna“ aftast í síðasta málslið 1. mgr. þar sem mikilvægt var talið að hægt væri að loka þinghaldi vegna verndarhagsmuna vitna en ekki einvörðungu málsaðila. Á

Þetta ekki síst við í því tilfelli þar sem um börn er að ræða eða fólk í sérstaklega viðkvæmri stöðu.

## Um tillögur stjórnlagaráðs að nýrri 30. gr. stjórnarskrár

### Sambærilegt nógildandi stjórnarstkrárákvæði:

**69. gr.** Engum verður gert að sæta refsingu nema hann hafi gerst sekur um háttsemi sem var refsiverð samkvæmt lögum á þeim tíma þegar hún átti sér stað eða má fullkomlega jafna til slíkrar háttsemi. Viðurlög mega ekki verða þyngri en heimiluð voru í lögum þá er háttsemin átti sér stað.

Í lögum má aldrei mæla fyrir um dauðarefsingu.

### 30. gr. tillagna stjórnlagaráðs

#### Bann við afturvirkni ~~refsiákvæða~~

Engum verður gert að sæta refsingu nema hann hafi gerst sekur um háttsemi sem var refsiverð samkvæmt lögum þegar hún átti sér stað, eða má fullkomlega jafna til þeirrar háttsemi. Viðurlög mega ekki verða þyngri en þá voru leyfð í lögum.

Deleted: refsingar

#### Um 30. gr.

Markmið þessarar greinar er að tryggja að ekki sé hægt að refsa ~~einstaklingum~~ fyrir verknað sem ekki var andstæður lögum á þeim tíma sem hann átti sér stað. Þannig þarf refsing að hvíla á lagaheimild og má ekki refsa á grundvelli nýrra laga sem taka gildi eftir að háttsemin átti sér stað. Þá er í þessu ákvæði áréttað að ekki sé leyfilegt að beita þyngri refsingum eða þyngri viðurlögum en kveðið var á um þegar hin refsiverða háttsemi átti sér stað. Greinin um bann við afturvirkni refsingar er 1. mgr. 69. gr. nógildandi stjórnarskrár. Í 2. mgr. þeirrar greinar er fjallað um bann við dauðarefsingu, sem í frumvarpi þessu er hluti af 26. gr. um bann við ómannúðlegri meðferð þar sem jafnframt er fjallað um bann við pyndingum og nauðungarvinnu. Breytingar Stjórnlagaráðs snúa umfram allt að orðalagi þannig að ekki er um efnislega breytingu á ákvæðinu að ræða.

Deleted: verknaðurinn er framinn.

Mikið var rætt um nauðsyn þess að halda inni þeim hluta 1. mgr. sem segir: „eða má fullkomlega jafna til þeirrar háttsemi“. Á lagamáli kallast þetta „fullkomin löggjöfnun“. Það orðalag var um tíma fellt út úr greininni, en bætt aftur í hana eftir fjölda ábendinga frá sérfræðingum um að varasamt væri að fella hana brott.

Texti nógildandi ákvæðis um bann við afturvirkni refsingar hefur verið einfaldaður í þeim tilgangi að skýra innihald hans, en ekki er gerð efnisleg breyting á ákvæðinu enda um grundvallarreglur refsiréttar að ræða sem felast í því að mannréttindi borgaranna skuli tryggja að refsing hvíli á lagaheimild. Þannig á réttarstaða manns ekki að geta breyst með lagabreytingu.

Athugasemdir við tillögu stjórnlagaráðs:

1. Kaflaheitið „Bann við afturvirkni refsíákvæða“ er nákvæmara og virðist eiga betur við en „Bann við afturvirkni refsinga“ þar sem refsing getur í raun aldrei orðið afturvirk heldur er hér verið að kveða á um bann við því að nýju refsíákvæði verði beitt með afturvirkum hætti.
2. Engar athugasemdir eru gerðar við orðalagsbreytingar á texta, sem virðast vera til bóta. Ekki eru heldur gerðar athugasemdir við að færa ákvæðið um bann við dauðarefsingum til í stjórnarskránni.
3. Rétt er að halda ákvæðinu um fullkomna lögjöfnun inni þar sem það er almennt viðurkennt að refsa megi á grundvelli svokallaðrar fullkominnar lögjöfnunar. Slík heimild gefur jafnframt vísbendingu um að hér er það inntak hinnar refsiverðu háttsemi sem skiptir máli en ekki hvernig lýsing á henni er nákvæmlega orðuð í eldri og yngri lögum.
4. Ýmis mikilvæg mannréttindi tengjast þessu ákvæði en ekki virðist ástæða til að gera ákvæðið ítarlegra enda réttindi þessi ágætlega varin í almennum lögum, svo sem í almennum hegningarlögum og sakamála lögum.
5. Breytingartillögur stjórnlagaráðs virðast ekki auka málsóknarmöguleika gegn ríkinu.

### III. KAFLI

#### Alþingi.

##### 37. gr.

##### *Hlutverk.*

Alþingi fer með löggjafarvald og fjárstjórnarvald ríkisins og hefur eftirlit með framkvæmdarvaldinu svo sem nánar er mælt fyrir um í stjórnarskrá þessari og öðrum lögum.

*Orðrétt úr tillögum stjórnlaganefndar.*

*Kveðið á um að Alþingi eitt fari með löggjafarvaldið (2. og 37. gr.), en ekki með forseta líkt og skv. stjkskr. Huga má að stöðu forseta við staðfestingu laga og eftir atvikum synjun þeirra ef hann fer ekki lengur með löggjafarvaldið með Alþingi, sbr. 60. gr.*

*Fjárstjórnarvald og eftirlitshlutverk Alþingis sérstaklega tiltekið.*

##### 38. gr.

##### *Friðhelgi.*

Alþingi er friðheilagt. Enginn má raska friði þess né frelsi.

##### 39. gr.

##### *Alþingiskosningar.*

Á Alþingi eiga sæti 63 þjóðkjörnir þingmenn, kosnir leynilegri kosningu til fjögurra ára. Atkvæði kjósenda alls staðar á landinu vega jafnt.

Heimilt er að skipta landinu upp í kjördæmi. Þau skulu flest vera átta.

Samtök frambjóðenda bjóða fram lista, kjördæmislista eða landslista eða hvort tveggja.

Frambjóðendur mega bjóða sig fram samtímis á landslista og einum kjördæmislista sömu samtaka.

Kjósandi velur með persónukjöri frambjóðendur af listum í sínu kjördæmi eða af landslistum, eða hvort tveggja. Honum er og heimilt að merkja í stað þess við einn kjördæmislista eða einn landslista, og hefur hann þá valið alla frambjóðendur listans jafnt. Heimilt er að mæla fyrir um í lögum að valið sé einskorðað við kjördæmislista eða landslista sömu samtaka.

Þingsætum skal úthluta til samtaka frambjóðenda þannig að hver þeirra fái þingmannatölu í sem fyllstu samræmi við heildaratkvæðatölu.

Í lögum skal mælt fyrir um hvernig þingsætum skuli úthlutað til frambjóðenda út frá atkvæðastyrk þeirra.

Í lögum má mæla fyrir um að tiltekinn fjöldi þingsæta sé bundinn einstökum kjördæmum, þó ekki fleiri en 30 alls. Tala kjósenda á kjörskrá að baki hverju bundnu sæti skal ekki vera lægri

en meðaltalið miðað við öll 63 þingsætin.

Í kosningalögum skal mælt fyrir um hvernig stuðla skuli að sem jöfnustu hlutfalli kvenna og karla á Alþingi.

Breytingar á kjördæmamörkum, tilhögun á úthlutun þingsæta og reglum um framboð, sem fyrir er mælt í lögum, verða aðeins gerðar með samþykki  $\frac{2}{3}$  hluta atkvæða á Alþingi. Slíkar breytingar má ekki gera ef minna en sex mánuðir eru til kosninga, og gildistaka þeirra skal frestast ef boðað er til kosninga innan sex mánaða frá staðfestingu þeirra.

*Ítarlegt ákvæði sem veitir þó verulegt svigrúm um kjördæma- og kosningaskipan. Að því leyti mjög opið ákvæði og óvíst að það leiði til lykta deilur um hvaða kosningakerfi beri að nota.*

40. gr.

*Kjörtímabil.*

Reglulegar alþingiskosningar skulu fara fram eigi síðar en við lok kjörtímabils.

Kjörtímabil er fjögur ár.

Upphaf og lok kjörtímabils miðast við sama vikudag í mánuði, talið frá mánaðamótum.

41. gr.

*Kosningaréttur.*

Kosningarétt við kosningar til Alþingis hafa allir sem eru 18 ára eða eldri þegar kosning fer fram og hafa íslenskan ríkisborgararétt. Lögheimili á Íslandi, þegar kosning fer fram, er einnig skilyrði kosningaréttar, nema undantekningar frá þeirri reglu verði ákveðnar í lögum um kosningar til Alþingis.

Nánari reglur um alþingiskosningar skulu settar í lögum.

42. gr.

*Kjörgengi.*

Kjörgengur við kosningar til Alþingis er hver sá ríkisborgari sem kosningarétt á til þeirra og hefur óflekkað mannorð.

Hæstaréttardómarar eru þó ekki kjörgengir.

Glati alþingismaður kjörgengi missir hann þann rétt sem þingkosningin veitti honum.

Varamaður tekur þá sæti hans á þingi.

*Hugsanlega ofaukið og óþarfi að tiltaka í stjórnarskrá að varamaður taki sæti aðalmanns ef sá síðarnefndi hverfur af þingi af einhverjum ástæðum. Ákvæði á betur heima í þingsköpum.*

43. gr.

*Gildi kosninga.*

Alþingi kýs landskjörstjórn til þess að úrskurða um gildi forsetakosningar, kosninga til Alþingis svo og þjóðaratkvæðagreiðslna.

Landskjörstjórn gefur út kjörbréf forseta og alþingismanna og úrskurðar hvort þingmaður hafi misst kjörgengi. Um störf landskjörstjórnar fer eftir nánari fyrirmælum í lögum.

Úrskurðum landskjörstjórnar má skjóta til dómstóla.

*Grundvallarbreyting frá gildandi fyrirkomulagi. Nú sker Alþingi sjálf úr um gildi kosninga en hér lagt til að landskjörstjórn skeri úr og að úrskurðum hennar verði skotið til dómstóla. Áður fyrr þótti nauðsynlegt að löggjafarþingið sjálf myndi skera úr um gildi kosninga til að tryggja sjálfstæði þess gagnvart öðrum handhöfum ríkisvaldsins og sérstaklega konungi.<sup>1</sup>*

*Orðalag 1. mgr. er frekar undarlegt – tilgangur og verksvið landskjörstjórnar er annar og meiri en bara að úrskurða um gildi kosninga og því mætti orða ákvæðið öðruvísi.*

*Að flestu leyti getur verið heppilegra fyrirkomulag að annar aðili en Alþingi sjálf úrskurði um gildi alþingiskosninga. Hér þarf þó að hafa ýmislegt í huga. Ef tilgangurinn er að ákvörðun um gildi kosninga verði tekin á algjörlega faglegum grunni með engri aðkomu stjórnámálanna mætti hugsanlega huga að breytingu á því hvernig landskjörstjórn er skipuð, sbr. 12. gr. laga um kosningar til Alþingis nr. 24/2000, en samkvæmt ákvæðinu er landskjörstjórn kosin af Alþingi og eru því ekki lagðar til breytingar á skipaninni í tillögunni. Hér mætti t.d. hugsa sér að fulltrúar væru tilnefndir af helst þremur aðilum, t.d. Hæstarétti, Alþingi og ráðherra eða öðrum þriðja aðila.*

*Mikilvægt atriði er einnig að hægt sé að skera úr um gildi kosninga hratt og örugglega svo óvissa um lögmati þingkosninga vari sem allra styst. Hér þarf einnig að hafa í huga 44. gr. tillagnanna um að Alþingi komi saman eigi síðar en tveimur vikum eftir hverjar alþingiskosningar, sbr. einnig 22. gr. stjkskr. um að forseti stefni Alþingi saman eigi síðar en tíu vikum eftir almennar alþingiskosningar. Sé vafi um gildi kosninga eða berist kærur þar um, þyrfti helst að leysa úr þeim á tveim vikum ella hlýtur að vera vafi um lögmati þingsins þegar það kemur saman og þess sem samþykkt er af þinginu ef kosningar eru síðan ógildar. Telja má það kerfi sem lagt er til hér, að stjórnvaldsákvörðun verði kæránleg til héraðsdóms og þaðan til Hæstaréttar, mjög þungt í vöfum og líklegt til að taka nokkurn tíma sem verður að telja óheppilegt. Ef ætlunin er að færa þetta verkefni frá vettvangi stjórnámálanna, sem er eðlilegt, má velta því upp hvort því sé ekki betur falið Hæstarétti, sbr. einnig til hliðsjónar 2. mgr. 14. gr. laga um framboð og kjör forseta Íslands nr. 36/1945, eða öðrum sérstökum stjórnlagadómstóli.<sup>2</sup>*

44. gr.

Starfstími.

<sup>1</sup> Í Svíþjóð og Finnlandi úrskurða æðstu stjórnvaldsdómstólar landanna um gildi kosninga – Í Þýskalandi úrskurðar ríkisþingið um kjörgengi og kosningu þingmanna en hægt að áfrýja þeim úrskurði til stjórnlagadómstólsins.

<sup>2</sup> Ef hér á landi verður komið á fót millidómstigi milli héraðsdóms og Hæstaréttar, sem færa má sterk rök fyrir að nauðsynlegt sé að gera og margir eru áfram um, má telja það leiða til þess að enn sterkari rök en ella eru fyrir því að fela verkefnið Hæstarétti en ekki sérstökum dómstóli.



Alþingi kemur saman eigi síðar en tveimur vikum eftir hverjar alþingiskosningar. Í lögum skal kveðið á um samkomudag reglulegs Alþingis og skiptingu starfstíma þess í löggjafarþing.

*Sjá athugasemdir við 46. gr.*

45. gr.

*Samkomustaður.*

Alþingi kemur að jafnaði saman í Reykjavík en getur þó ákveðið að koma saman á öðrum stað.

*Sjá athugasemdir við 46. gr.*

46. gr.

*Þingsetning.*

Forseti Íslands stefnir saman Alþingi að loknum alþingiskosningum og setur reglulegt Alþingi ár hvert.

Forseti stefnir einnig saman og setur Alþingi að tillögu forseta þess eða  $\frac{1}{3}$  hluta þingmanna.

*Hér mætti athuga að sameina 44. – 46. gr. í eina grein og einfalda.*

*Nýmæli lagt til að forseti Alþingis eða 1/3 hluti þingmanna geti gert tillögu við forseta að hann stefni saman Alþingi. Hér leikur þó vafi á um þetta hlutverk þegar Alþingi kemur saman fyrst eftir kosningar þar sem ekki er þá búið að kjósa forseta Alþingis og ekki búið að skera úr um kjörgengi þingmanns, sbr. 46. gr. stjkskr. og til hliðsjónar 2. mgr. 1. gr. þingskapa nr. 55/1991. Þess má einnig geta að ráðgefandi tilmæli Evrópuráðsins nr. 1601/2008 um réttindi og ábyrgð stjórnarandstöðunnar í störfum þinga í lýðræðisríkjum (Procedural guidelines on the right and responsibilities of the opposition in a democratic parliament) um rétt sem minni hluti á skuli almennt miðast við fjórðung en ekki þriðjung.*

*Um 1. mgr. 46. gr. má velja því upp að hve miklu leyti forseti Íslands geti sjálfur ákveðið hvenær Alþingi skuli sett.*

*Í 44. – 46. gr. kemur ekki fram starfstími hvers löggjafarþings, sbr. 35. gr. stjkskr. Velta má því upp hvort ekki sé eðlilegra að slík tilgreining sé í stjórnarskrá en ekki aðeins í þingsköpum og þá á valdi Alþingis að breyta.*

47. gr.

*Eiðstafur alþingismanna.*

Sérhver nýr alþingismaður undirritar eiðstaf að stjórnarskránni þegar kosning hans hefur verið tekin gild.

48. gr.

*Sjálfstæði alþingismanna.*

Alþingismenn eru eingöngu bundnir við sannfæringu sína, en ekki við nein fyrirmæli frá öðrum.

*Sambærilegt við 48. gr. stjkskr. en þar talað um „reglur frá kjósendum sínum“. Hér er um opnanar ákvæði að ræða og getur því tekið til fleiri aðila en bara kjósenda, t.d. stjórnmalaflokks, flokksforystu og fleiri. Ákvæðið er því í samræmi við skýrslu þingmannanefndar um að breyta oddvitaræði á Alþingi. Spurning þó hvort merkingarmunur sé á orðunum reglur/fyrirmæli.*

49. gr.

*Friðhelgi alþingismanna.*

Ekki má setja alþingismann í gæsluvarðhald eða höfða sakamál á hendur honum án samþykkis þingsins nema hann sé staðinn að glæp. Alþingismaður verður ekki krafinn reikningsskapar utan þings fyrir það sem hann hefur sagt í þinginu nema Alþingi leyfi. Alþingismanni er heimilt að afsala sér friðhelgi.

*Fellt er brott úr ákvæðinu „meðan Alþingi er að störfum“. Samkvæmt stjkskr. njóta alþingismenn því ekki friðhelgis meðan á frestun á fundum Alþingis stendur.<sup>3</sup> Túlka má tillögugreinina þannig að þingmaður njóti friðhelgis allt árið um kring óháð því hvort þingið sé að störfum eða ekki og því um efnislega breytingu frá stjkskr. að ræða. Það er þó ekki rökstutt sérstaklega af hverju friðhelgi þingmanna sé aukin að þessu leyti umfram núgildandi friðhelgi og hvort eða að hvaða leyti friðhelgi þingmanna núna veiti ekki nægilega vernd.*

*Í 1. mgr. er tiltekið sérstaklega að 1. mgr. á aðeins við um sakamál en í 49. gr. stjkskr. er aðeins notað orðið „mál“ þó svo að ætíð hafi aðeins verið um sakamál að ræða þar sem höfða má almennt einkamál gegn þingmanni eins og hverjum öðrum. 1. og 2. mgr. eru í samræmi við tillögur stjórnlaganefndar. Samþykki þingsins felur væntanlega í sér meiri hluta greiddra atkvæða á ályktunarbærum fundi, sbr. til hliðsjónar 59. gr.*

*Velta má því upp hvort rétt sé að kveða á um það að þingmaður geti afsalað sér friðhelgi. Friðhelgi alþingismanns er ekki bundin persónu hans heldur stöðu hans sem alþingismanns. Ákvæðið er því til verndar þinginu en ekki persónum einstakra þingmanna, og upphaflega var það sett til verndar þinginu gegn konungi. Það getur því talist óeðlilegt að alþingismaður geti sjálfur ákveðið að afsala sér réttindum sem ekki eru bundnar persónu hans.*

50. gr.

<sup>3</sup> Gunnar G. Schram telur að þingmenn njóti ekki friðhelgis þegar fundum Alþingis hefur verið frestað skv. 23. gr. stjkskr. Stjórnskipunarréttur: bls. 234.

*Hagsmunaskráning og vanhæfi.*

Alþingismanni er óheimilt að taka þátt í meðferð þingmáls sem varðar sérstaka og verulega hagsmuni hans eða honum nákominna. Um hæfi þingmanna skal mælt fyrir í lögum. Vanhæfi þingmanns hefur ekki áhrif á gildi settra laga.

Í lögum skal kveðið á um skyldu alþingismanna til að veita upplýsingar um fjárhagslega hagsmuni sína.

*Engar hæfisreglur gilda nú um meðferð þingmála. Tillögugreinin hefur augljósa skírskotun til hæfisreglna stjórnáskráningar og velja má því upp hvort það sé heppilegt að yfirfæra hæfisreglur sem gilda um meðferð mála sem almennt enda með töku stjórnvaldsákvæðana yfir á löggjafarferlið.*

*Nokkrar spurningar vakna við lestur ákvæðisins og það mætti orða það betur. Hvað teljist vera þingmál er nokkuð á reiki í tillögunum, hvort það séu aðeins lagafrumvörp og þingsályktunartillögur eða hvort fyrirspurnir, skýrslubeiðnir og fleira séu einnig þingmál.<sup>4</sup> Sjá einnig athugasemdir við 52., 54., 56. og 58. gr.*

*Hvað telst vera „meðferð máls“ samkvæmt ákvæðinu? Er þar átt við umræður í þingsal eða nefndarstörf eða bæði. Er hugsanlega aðeins átt við atkvæðagreiðslu um einstök mál? Meðferð mála í þingnefndum er hægt að bjarga með varamanni en ef atkvæði þingmanns er nauðsynlegt til afgreiðslu máls geta skapast vandræði við að kalla inn varamann vegna afgreiðslu einstaks máls.*

*Ákvæðið skarast hugsanlega við 48. gr. um sjálfstæði þingmanna – er um undantekningu frá þeirri reglu að ræða? Ekki er gert ráð fyrir að óháður aðili geti skorið úr því hvort þingmaður sé vanhæfur til meðferðar máls og þá hefur vanhæfi hans ekki áhrif á stjórnskipulegt gildi laga. Þá er þingmönnum ætlað að gæta að hæfi sínu sjálfir. Þetta getur orðið mjög erfitt í meðförum og má jafnvel búast við heitum umræðum undir dagskrárliðnum „Störf þingsins“ þar sem tekist er á um meint vanhæfi þingmanna til að taka þátt í meðferð tiltekinna mála, en hins vegar verður aldrei úr því meinta vanhæfi skorið á endanlegan hátt. Snúist umræður einstakra mála út í umræðu um meint vanhæfi þingmanns er virkni ákvæðisins líklega ekki eins og best verður á kosið og það getur þá jafnvel haft neikvæð áhrif á vandað lagaetningarstarf.*

*Annað atriði sem velja má upp varðandi bæði 1. og 2. mgr. eru sjónarmið um lagalega ábyrgð þingmanna annars vegar og pólitíska ábyrgð þeirra hins vegar og hvernig þessi atriði skarast og verka hvort á annað. Velja má upp hlutverki fjórða valdsins, fjölmiðla, við að upplýsa um þátttöku einstakra þingmanna í meðferð mála og hvort þeir hafi hagsmuna að gæta af þeim.*

51. gr.

*Styrkir til frambjóðenda og samtaka þeirra.*

<sup>4</sup> Skv. III. kafla þingskapa, nr. 55/1991, eru þingmál lagafrumvörp og þingsályktunartillögur.

Í lögum skal kveðið á um starfsemi stjórnálagasamtaka, svo og um fjármál frambjóðenda í því skyni að halda kostnaði í hófi, tryggja gegnsæi og takmarka auglýsingar í kosningabaráttu. Upplýsingar um framlög yfir ákveðinni lágmarksupphæð skulu birtar jafnóðum samkvæmt nánari fyrirmælum í lögum.

*Hér má gera athugasemd við það hversu ítarlegt ákvæðið er og hvernig tilgangur laga sem eru byggð á ákvæðinu er niður njörvaður í texta ákvæðisins. Er rétt að binda í stjórnarskrá að tilgangur laga um starfsemi og fjármál stjórnálagasamtaka og frambjóðenda skuli m.a. vera að takmarka auglýsingar í kosningabaráttu? Sama má segja um að halda kostnaði í hófi en það getur verið afstætt hvað telst hófsamlegt hverju sinni. Ákvæðið svona orðað getur verið nokkuð marklaust og spurning hvort svona ákvæði eigi ekki frekar heima í almennum lögum en í stjórnarskrá.*

*Þá má einnig velta fyrir sér framkvæmdinni á því að birta upplýsingar um framlög jafnóðum, er það raunhæft eða rétt að setja slíka þrönga reglu í stjórnarskrá eða ætti ákvæðið fremur að kveða á um birtingu framlaga yfir ákveðinni lágmarksupphæð samkvæmt nánari fyrirmælum í lögum og löggjafanum þannig falin endanleg útfærsla á því. Það geta verið fyrir því góð rök að framlög séu t.d. birt eftir á þegar reikningar frambjóðenda hafa verið yfirfarnir.*

## 52. gr.

### *Þingforseti.*

Alþingi kys sér forseta með  $\frac{2}{3}$  hlutum atkvæða í upphafi hvers kjörtímabils. Sitji forseti ekki út kjörtímabil skal sami háttur hafður á við kosningu nýs forseta.

Forseti stýrir störfum Alþingis. Hann ber ábyrgð á rekstri þingsins og hefur æðsta vald í stjórnsýslu þess. Með forseta starfa varaforsetar sem eru staðgenglar hans og mynda ásamt honum forsætisnefnd. Um kosningu þeirra skal mælt fyrir í lögum.

Forseti Alþingis lætur af almennum þingstörfum og hefur ekki atkvæðisrétt. Varamaður hans tekur sæti á þingi á meðan hann gegnir embættinu.

*Í 1. mgr. má velta því upp hvort aðeins sé nauðsynlegt að tilgreina að Alþingi kjósi sér forseta og með hversu stórum hlut atkvæða. Samkvæmt 2. mgr. stýrir forseti fundum Alþingis og í ákvæðinu felst því að Alþingi fundar ekki nema undir stjórn forseta. 2. másl. 1. mgr. og orðin „í upphafi hvers kjörtímabils“ þannig hugsanlega ofaukið. Að öðru leyti ber að fylla ákvæðið með réttindum og skyldum forseta í þingsköpum.*

*Það athugast að ákvæðið um kjör forseta er ekki jafn ítarlegt og í 90. gr. um kjör forsætisráðherra en í því ákvæði er aðeins miðað við meiri hluta þingmanna en við kjör forseta Alþingis er miðað við  $\frac{2}{3}$ . Sömu aðstæður og lýst er í 90. gr. gætu því komið einnig upp við kjör á forseta Alþingis.*

*Bæta mætti orðalag 2. mgr. um að forseti beri ábyrgð á rekstri þingsins og hafi æðsta vald í stjórnsýslu þess. Kveðið er í 2. mgr. á um tilvist forsætisnefndar og hverjir skipi hana. Ekki er kveðið á um fjölda varaforseta en það er m.a. gert í sænsku stj.skr.*

*Í 3. mgr. kemur fram að forseti láti af almennum þingstörfum og hafi ekki atkvæðisrétt og varamaður hans taki sæti hans á þingi. Nauðsynlegt yrði að útfæra réttindi og skyldur forseta*

*ítarlega í þingsköpum og með töluvert öðrum hætti en nú er gert og þá má velta því upp hvort orðalagið „almenn þingstörf“ sé heppilegt en en hvergi kemur nánar fram hvað felist í almennum þingstörfum.*

53. gr.

*Þingsköp.*

Þingsköp Alþingis skulu sett með lögum.

*Ekki lengur kveðið á um að Alþingi starfi í einni málstofu og velta má því upp hvort þögnin um það opni á möguleikann á því að skipta þinginu aftur upp í tvær málstofur. Í tillögum stjórnlaganefndar var áfram tekið fram að Alþingi starfaði í einni málstofu. Hér þarf að athuga hvort vert sé að tiltaka það áfram að þingið starfi í einni málstofu.*

*Sjá einnig athugasemdir við 55. gr.*

54. gr.

*Þingnefndir.*

Alþingi kýs fastanefndir til að fjalla um þingmál.

Um störf þingnefnda skal mælt fyrir í lögum.

*Stjórnlaganefnd lagði til að þær nefndir sem hefðu stjórnskipulegt hlutverk yrðu taldar upp í ákvæðinu, þ.e. fjárlaganefnd, stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd og utanríkismálanefnd. Allar þessar nefndir koma fram annars staðar í þessum tillögum og sjá m.a. athugasemdir við 63. gr. Um nefndaskipan almennt má velta því upp hvort rétt sé að nefna tilteknar nefndir í stjórnarskrá og takmarka þannig möguleika þingsins á að stjórna og hagræða eigin störfum eftir því sem heppilegt telst á hverjum tíma.*

*Sjá einnig athugasemdir við 55. gr.*

55. gr.

*Opnir fundir.*

Fundir Alþingis eru haldnir í heyranda hljóði.

Þingnefnd getur ákveðið að fundur hennar sé opinn almenningi.

*Meginreglan skv. stjkskr. og þingsköpum er að fundir Alþingis skulu haldnir í heyranda hljóði. Þó er í 2. másl. 57. gr. stjkskr. sá möguleiki fyrir hendi að loka fundum Alþingis. Hér er lagt til að sá möguleiki verður felldur brott. Velta má því upp hvort rétt sé að loka með þessum hætti fyrir möguleika sem er til staðar nú þó svo hann sé lítið notaður. Í greinargerð með tillögugreininni kemur fram að það sé „ekki fyrirséð sú knýjandi þörf sem réttlætt geti inngríp í opna og lýðræðislega stjórnarhætti“. Telja má þetta verulega vafasamt þar sem augljóslega er ekki hægt að sjá fyrir allar mögulegar aðstæður, hvort sem verið er að semja stjórnarskrá*

*eða önnur lög. Virðist gengið út frá því í tillögunni og greinargerð að tilgangur lokaðra funda Alþingis sé að skapa leynd um efni fundar gagnvart landsmönnum, en hafa verður í huga að opnir fundir Alþingis eru ekki aðeins opnir gagnvart landsmönnum heldur öllum heiminum. Erfitt og knýjandi utanríkismál eða milliríkjamál getur vel verið þannig vaxið að eðlilegt sé að loka fundum Alþingis í þeim tilgangi að loka þeim fyrir erlendum aðilum sem annars gætu fylgst með opnum fundum. Telja má því að sá möguleiki að loka fundum Alþingis eigi að vera til staðar þó svo möguleikinn sé lítið notaður.*

*Meginreglan varðandi nefndarfundi er að þeir eru lokaðir vinnufundir. Í þingsköpum er nú gert ráð fyrir að nefnd geti haldið opna fundi á tvenna vegu, þ.e. annars vegar opinn fund fyrir fréttamönnum og hins vegar opinn fund sem sendur er út í beinni útsendingu í sjónvarpi (hörung). Hér má velta því upp hvort rétt sé að ákvæðið sé svona í stjórnarskrá eða hvort það eigi betur heima aðeins í þingsköpum, hið minnsta þarf að skýra ákvæðið betur í greinargerð.*

*Einnig mætti athuga hvort ekki sé rétt að sameina 53. – 55. gr. í eina grein.*

56. gr.

*Flutningur þingmála.*

Alþingismenn hafa rétt til að flytja frumvörp til laga, tillögur til ályktana og önnur þingmál. Ráðherrar geta lagt fyrir Alþingi frumvörp til laga og tillögur til ályktana sem ríkisstjórn hefur samþykkt.

*Hér er gert ráð fyrir því að þingmál séu ekki aðeins frumvörp og þingsályktunartillögur, sbr. orðalagið „önnur þingmál“. Þingmál eru hvergi skilgreind efnislega í tillögunum og það er mikið á reiki í tillögunum hvað telst vera þingmál og er það afar bagalegt, sjá einnig athugasemdir m.a. við 50. gr. Séu m.a. fyrirspurnir og skýrslubeiðnir þingmál skv. tillögunum má velta því upp hvort rétt sé að geta um þau í III. kafla um Alþingi ásamt öðrum þingmálum frekar en í V. kafla um ráðherra og ríkisstjórn.*

57. gr.

*Meðferð lagafrumvarpa.*

Frumvörp alþingismanna og ríkisstjórnar eru tekin til athugunar og meðferðar í þingnefndum áður en þau eru rædd á Alþingi. Sama á við um þingmál að tillögu kjósenda. Mat á áhrifum lagasetningar skal fylgja frumvörpum samkvæmt nánari ákvæðum í lögum. Lagafrumvarp má ekki samþykkja fyrr en eftir minnst tvær umræður á Alþingi. Frumvörp sem hafa ekki hlotið lokaafgreiðslu falla niður við lok kjörtímabils.

*Lagt til að frumvörp verði rædd við 2 umræður hið minnsta en að frumvörp fari til athugunar í nefndum áður en mælt er fyrir þeim á þingi. Taka má fram að færri umræður skapa minna svigrúm til að koma að breytingartillögum við lagafrumvörp.*

*Einfalda mætti orðalag í 1. mgr. ákvæðisins, lagafrumvörp alþingismanna og ríkisstjórnar og að frumkvæði kjósenda eru öll lagafrumvörp sem hægt er að leggja fram. Orðalagið „sama á við um þingmál að tillögu kjósenda“ vísar væntanlega til 66. gr. Hér er enn á reiki hvað átt er við með þingmál, sjá að hluta til athugasemdir við 66. gr. Í 57. gr. er fjallað um meðferð*

lagafrumvarpa en því virðist skotið inn hér að öll þingmál kjósenda skulu hljóta sömu meðferð, það gildir þá væntanlega einnig um þingsályktunartillögur að tillögu kjósenda sem verður að telja hið minnsta óheppileg uppsetning þar sem fjallað er um meðferð þingsályktunartillagna í 58. gr.

Vert er að fjalla aðeins um það fyrirkomulag sem lagt er til um meðferð þingmála að þau skuli tekin til athugunar í nefnd áður en komið er að fyrstu umræðu í þinginu, á þetta bæði við um meðferð lagafrumvarpa og þingsályktunartillagna. Þegar mælt er fyrir máli á Alþingi, t.d. stjórnarfrumvarpi, gefst flutningsmanni, ráðherra í tilviki stjórnarfrumvarpa, tækifæri til að koma að ýmsum sjónarmiðum sem sér hugsanlega ekki stað í frumvarpinu sjálfu eða greinargerð með því, t.d. rökstuðning fyrir því af hverju ein leið er valin umfram aðra í lagasetningu þegar ná má sama markmiði á margan hátt. Þá gefst þingmönnum einnig tækifæri til að beinum spurningum til flutningsmanns sem geta haft vægi þegar mál er komið inn til nefnda, nefndarmenn geta t.d. beint spurningum til ráðherra þegar hann mælir fyrir máli sem verður sent til þeirrar nefndar. Framsöguræða flutningsmanns getur því þjónað margvíslegum tilgangi og það getur haft áhrif á athugun nefndar á máli ef ekki er búið að mæla fyrir því í þinginu. Hér verður einnig að hafa í huga að ekki er hægt að yfirfæra fyrirmyndir þessa fyrirkomulags frá Norðurlöndunum algjörlega yfir í íslenska lagasetningu þar sem undirbúningur lagasetningar á Norðurlöndunum er oft mun meiri og fyrir liggja hinar ýmsu hvítbækur og grænbækur sem liggja til grundvallar lagafrumvarpi. Þingmenn hafa því oft fengið mun meira tækifæri til að kynna sér mál þegar það er í vinnsluferli heldur en hér á landi þar sem lagafrumvörp eru því miður oft samin í stjórnsýslunni og án nægilegs samráðs og illa kynnt fyrir þingmönnum og hagsmunaaðilum áður en þau eru lögð fram á Alþingi. Það þarf því að huga að mörgu sé ætlunin að breyta núverandi fyrirkomulagi um meðferð þingmála á Alþingi.

Tekið er fram að óafgreidd lagafrumvörp falli niður við lok kjörtímabils. Í því felst að frumvörp lifa út kjörtímabilið og þarf því ekki að leggja þau fram aftur á hverju þingi ef þau hljóta ekki afgreiðslu. Þetta er jákvætt atriði fyrir gæði lagasetningar þar sem vinna við frumvörp getur þannig tekið lengri tíma en núna og þannig hægt að vanda vinnuna frekar. Einn ókostur getur þó verið sá að þingmannafrumvörp „gleymist“ eða grafist undir og erfitt verði fyrir þingmenn að koma sínum málum að kannski þremur árum eftir að þau voru lögð fram.

Mat á áhrifum skal fylgja lagafrumvörpum og á það bæði við um stjórnarfrumvörp og þingmannafrumvörp, sbr. 1. mgr. 37. gr. þingskapa en þar er aðeins áskilið kostnaðarmat á stjórnarfrumvörpum. Tillagan hér er mun viðtækari sbr. ummæli í greinargerð: „samspils við önnur lög, áhrif á hagstjórn, ríkisfjármál, umhverfi, jafnrétti kynjanna o.s.frv.“ sjá einnig gátlista forsætisráðuneytisins. Hér má þó einnig líta til 2. mgr. 30. gr. þingskapa þar sem kveðið er á um að nefnd skuli láta fylgja með áliti sínu mat á kostnaði sem hún telur að ný lög/ályktun hafi í för með sér. Alþingi hefur ekki aðgang að fjármálaskrifstofu fjármálaráðuneytisins til að láta framkvæma eða fara yfir kostnaðarmat. Lítið er um skýringar við ákvæðið, hvernig framkvæmd skuli fara fram og kostnað heldur eingöngu kveðið á um að nánar verði kveðið á um þetta í lögum sem Alþingi setur. Ekki loku fyrir það skotið að setja mismunandi reglur fyrir þingmannafrumvörp og stjórnarfrumvörp. Velta má því upp hvort ákvæðið geti í framkvæmd verið hindrun fyrir þingmenn að leggja fram frumvörp.

Varðandi mat á áhrifum má einnig benda á 108. gr. um samráðsskylda við sveitarfélög ef efni frumvarps varðar málefni þeirra. Hún á bæði við um stjórnarfrumvörp og þingmannafrumvörp. Spurning hvernig slíkt samráð á sér stað varðandi þingmannafrumvörp

og hvort undanskilja eigi þau við undirbúning en hafa fremur samráð þegar frumvarpið kemur til meðferðar þingnefndar.

58. gr.

*Meðferð þingsályktunartillagna og annarra þingmála.*

Þingsályktunartillögur ríkisstjórnar eru teknar til athugunar og meðferðar í þingnefndum áður en þær eru ræddar á Alþingi.

Tillögu til þingsályktunar má ekki samþykkja fyrr en eftir tvær umræður á Alþingi.

Tillögur til þingsályktana sem hafa ekki hlotið lokaafgreiðslu falla niður við lok löggjafarþings.

Tillögur um þingrof eða vantraust á ráðherra eru ræddar og afgreiddar við eina umræðu.

Að öðru leyti skal kveðið á um meðferð þingmála í lögum.

*Hér má velta því upp hvort samræmi eigi að vera um meðferð frumvarpa og þingsályktunartillagna þingmanna. Í greinargerð er meðferð þingsályktunartillagna rökstudd á eftirfarandi hátt: „Þingmenn ekki síst í stjórnarandstöðu, fá með þessu tækifæri til að koma málum á dagskrá og til opinnar umræðu án þess að þau þurfi fyrst að afgreiða í nefnd. Er þetta ætlað til aðhaldsauka og styrkingar lýðræðis og gagnrýninnar umræðu.“ Telja má þennan rökstuðning eiga jafnvel við um frumvörp þingmanna sem og þingsályktunartillögur.*

*Ekki er kveðið á um meðferð þingsályktunartillagna í stj. skr., ákvæði þess efnis eru aðeins í þingsköpum nú. Þá er lagt til að þingsályktunartillögur falli niður við lok löggjafarþings hafi þær ekki hlotið afgreiðslu. Hér má nefna að hvergi í tillögunum kemur fram hvað telst vera löggjafarþing eða „reglulegt þing“ eins og fram kemur á nokkrum stöðum.*

*Rökstuðningur í greinargerð fyrir þeirri meðferð þingsályktunartillagna þingmanna sem lögð er til er eftirfarandi: „Í þessu felst ákveðin minnihlutavernd þar sem þingmenn geta þá tekið tillögur sínar upp að nýju og vakið athygli á þeim á hverju þingi í stað þess að hafa þær fastar í nefnd til loka kjörtímabils eins og ella gæti verið hætta á.“ Telja má þennan rökstuðning eiga jafn vel við frumvörp sem þingsályktunartillögur.*

59. gr.

*Ályktunarbærni.*

Alþingi getur því aðeins gert samþykkt um mál að meira en helmingur þingmanna sé á fundi og taki þátt í atkvæðagreiðslu.

*Athuga mætti hvort breyta eigi fyrirsögninni eða skjóta aftan við hana „Alþingis“, fyrirsögnin virðist ókláruð svona og orðið getur varla staðið eitt.*

60. gr.

*Staðfesting laga.*



Þegar Alþingi hefur samþykkt frumvarp til laga undirritar forseti Alþingis það og leggur innan tveggja vikna fyrir forseta Íslands til staðfestingar, og veitir undirskrift hans því lagagildi. Forseti Íslands getur ákveðið innan viku frá móttöku frumvarps að synja því staðfestingar. Skal sú ákvörðun vera rökstudd og tilkynnt forseta Alþingis. Frumvarpið fær þá engu að síður lagagildi, en innan þriggja mánaða skal bera lögin undir þjóðaratkvæði til samþykktar eða synjunar. Einfaldur meirihluti ræður hvort lögin halda gildi sínu. Atkvæðagreiðsla fer þó ekki fram felli Alþingi lögin úr gildi innan fimm daga frá synjun forseta. Um framkvæmd þjóðaratkvæðagreiðslu skal að öðru leyti mælt fyrir í lögum.

*Mun ítarlega ákvæði en er nú í 26. gr. stjkskr. Um hlutverk forseta Íslands að þessu leyti má nefna aftur að ekki er gert ráð fyrir að hann fari með löggjafarvald með Alþingi og má því hafa efasemdir um hlutverk hans að þessu leyti. Þá eru engar takmarkanir á því hvaða lögum forseti getur synjað staðfestingar, það geta t.d. verið fjárlög eða breytingar á skattalögum.*

*Í ákvæðinu er hvorki gerð krafa um lágmarkspáttöku í þjóðaratkvæðagreiðslu né tekið fram að tiltekið lágmark kjósenda þurfi til að synja lögum, t.d. 1/3 eða álika. Þá má velja því upp hvort ekki sé óþarfi að tiltaka „einfaldan meirihluta“ þegar meiri hluti greiddra atkvæða gildir samkvæmt þessari tillögu.*

#### 61. gr.

##### *Birting laga.*

Birta skal lög, stjórnvaldsfyrirmæli og þjóðréttarsamninga sem ríkið hefur fullgilt. Lögum og stjórnvaldsfyrirmælum má aldrei beita með íþyngjandi hætti fyrr en eftir birtingu þeirra. Um birtingarhátt og gildistöku fer að landslögum.

*Í ákvæðinu eru 1. og 3. málslíður að mestu leyti samsvarandi 27. gr. stjkskr. en þó er ekki í 27. gr. stjkskr. tiltekið að birta skuli þjóðréttarsamninga og stjórnvaldsfyrirmæli þó svo það hafi verið gert í framkvæmd, sbr. 1. mgr. 1. gr. laga um Stjórnartíðindi og Lögbirtingablað, nr. 15/2005. Málslíðirnir eru í samræmi við tillögur stjórnlaganefndar og munu ekki hafa breytt réttaráhrif í för með sér.*

*Velta má upp spurningum um nauðsyn 2. másl. og hvaða áhrif það muni hafa að kveða á um þessa óskráðu grundvallarreglu í stjórnarskránni. Því fylgir ekki skýring í greinargerð af hvaða ástæðu þurfi að kveða á um þessa reglu eða hvort ástæðan sé að hún hafi að einhverju leyti ekki verið virt. Þá eru ýmsar ályktanir í greinargerð með ákvæðinu rangar, t.d. að samkvæmt gildandi rétti þurfi ekki að birta annað en lög. Telja verður einnig tilvísun til 8. gr. laga nr. 15/2005 efnislega ranga sem grundvöllur fyrir 2. másl. ákvæðisins, þar sem regla 1. másl. 1. mgr. 8. gr. byggir væntanlega að einhverju leyti á málsforræðisreglunni í einkamálaréttarfari og 2. málslíður ákvæðisins er svo stjórnvöld geti ekki dregið lappirnar með birtingu reglna er varða þau. Velta má því upp hvort ákvæðið svona orðað í tillögunum opni möguleika á gagnályktun og þá túlkun að lögum sem eru ívilnandi fyrir borgarana en íþyngjandi fyrir framkvæmdavaldið verði ekki beitt vegna þess eðlis þeirra að vera íþyngjandi fyrir framkvæmdavaldið, en ekki er tekið fram í texta ákvæðisins sjálfs að um íþyngjandi reglur gagnvart borgurunum sé að ræða, þó svo vissulega megi gera ráð fyrir því miðað við orðalagið „má aldrei beita“. Hér mætti þó kveða á um með meiri skýrleika eða einfaldlega sleppa 2. másl. ákvæðisins.*

62. gr.

Lögrétta.

Alþingi kýs í Lögréttu fimm menn til fimm ára. Þingnefnd eða  $\frac{1}{5}$  hluti alþingismanna getur óskað eftir álit Lögréttu um hvort frumvarp til laga samrýmist stjórnarskrá og þjóðréttarlegum skuldbindingum ríkisins. Ekki má afgreiða frumvarpið fyrr en álit Lögréttu liggur fyrir. Um störf Lögréttu skal mælt fyrir í lögum.

*Byggir á hugmyndum stjórnlaganefndar um „stjórnlagaráð“. Finna mætti nefndinni heppilegra nafn. Þá má einnig benda á tilmæli Evrópuráðsins um að réttur minni hluta miðist við fjórðung.*

63. gr.

Stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd.

Stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd Alþingis kannar hvers kyns athafnir og ákvarðanir ráðherra eða stjórnsýslu þeirra eftir því sem hún telur efni til. Nefndinni er skylt að hefja slíka könnun að kröfu þriðjungs þingmanna.

*Telja verður óheppilegt að kveða á um nafn og hlutverk einnar af fastanefndum Alþingis í stjórnarskrá á þennan hátt. Í 1. mgr. 37. gr. er sérstaklega tiltekið að eitt af hlutverkum Alþingis sé að hafa eftirlit með framkvæmdarvaldinu, en það hlutverk hefur þó verið talið leiða af stjkskr. Það má því halda því fram að tilvist einhvers konar eftirlitsnefndar á vegum þingsins sé nauðsynleg til að þingið geti sinnt eftirlitsskyldu sinni og það leiði því af 1. mgr. 37. gr. að slík nefnd skuli starfrækt. Í ákvæðinu er nefndin einnig nefnd stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd en vel getur verið að það verði talið eðlilegt og nauðsynlegt að breyta nafni nefndarinnar á einhverjum tímamarki og þarf þá stjórnarskrárbreytingu til.*

*Í ákvæðinu er tiltekið að nefndin skuli kanna athafnir og ákvarðanir ráðherra eða stjórnsýslu þeirra eftir því sem hún telur efni til. Hugsanlega opnar þetta þrönga orðalag fyrir þá túlkun að nefndin geti ekki tekið til skoðunar starfshætti sjálfstæðra stofnana eða stjórnsýslunefnda, sem þó eru hluti af framkvæmdarvaldi landsins og sæta því eftirliti Alþingis, sbr. 1. mgr. 37. gr.*

*Varðandi fjórðung þingmanna en ekki þriðjung sjá athugasemdir við 46. gr. og tilmæli Evrópuráðsins þar að lútandi, en almennt ber að miða rétt minni hluta við fjórðung.*

64. gr.

Rannsóknarnefndir.

Alþingi getur skipað nefndir til að rannsaka mikilvæg mál er almenning varða. Nánari reglur um hlutverk, rannsóknarheimildir og skipan rannsóknarnefnda skulu settar með lögum.

*Ákvæðið á væntanlega ekki við um þingmannanefndir skv. 39. gr. stjkskr. og því gera ráð fyrir því að þingmannanefndir verði ekki skipaðar í þeim tilgangi sem ákvæðið nefnir. Þá er spurning hvort ákvæði af þessu tagi eigi ekki betur heima í almennum lögum.*

65. gr.

*Málskot til þjóðarinnar.*

Tíu af hundraði kjósenda geta krafist þjóðaratkvæðis um lög sem Alþingi hefur samþykkt. Kröfuna ber að leggja fram innan þriggja mánaða frá samþykkt laganna. Lögin falla úr gildi ef kjósendur hafna þeim, en annars halda þau gildi sínu. Alþingi getur þó ákveðið að fella lögin úr gildi áður en til þjóðaratkvæðis kemur. Þjóðaratkvæðagreiðslan skal fara fram innan árs frá því að krafa kjósenda var lögð fram.

*Ákvæðið er nýmæli og tilgangur að auka beint lýðræði. Lagt til að 10% kjósenda geti krafist þjóðaratkvæðis um samþykkt lög innan þriggja mánaða frá staðfestingu þeirra. Atkvæðagreiðsla fari fram innan árs. Velta má upp ýmsum vangaveltum í sambandi við þetta ákvæði og þá sérstaklega vegna þess rúma tímaramma sem gefinn er. Lög geta verið komin til framkvæmdar á þremur mánuðum og erfitt að taka það réttarástand sem þau skapa til baka nema með bótageiðslum. Þarf að vera fyrirvari á beitingu laga fyrstu þrjá mánuði eftir að þau eru samþykkt? Hvernig verður lögum beitt sem búið er að ákveða að fari í þjóðaratkvæði en hugsanlega 6 mánuðir í atkvæðagreiðslu? Þetta eru aðeins nokkur atriði sem koma upp í hugann við lestur ákvæðisins.*

*Tekið fram í ákvæðinu að Alþingi geti ákveðið að fella lögin úr gildi. Það er varla nauðsynlegt að taka þetta fram þar sem löggjafinn getur ávallt breytt lögum eða felld úr gildi lög sem hann hefur samþykkt, sbr. synjun á fjölmiðlafrumvarpi 2004.*

*Ekki tekið fram í ákvæðinu hvaða mál séu undanskilin málskoti til þjóðarinnar heldur kemur það fram í ákvæði um framkvæmd atkvæðagreiðslunnar í 67. gr. Þar einnig sett skilyrði um almannahag. Efnisleg skilyrði um hvaða málum er hægt að skjóta til þjóðaratkvæðis á hugsanlega betur heima í heimildarákvæði þess efnis frekar en í ákvæði um form og framkvæmd atkvæðagreiðslunnar? Þá er einnig óljóst hvað átt er við með almannahag.*

66. gr.

*Þingmál að frumkvæði kjósenda.*

Tveir af hundraði kjósenda geta lagt fram þingmál á Alþingi. Tíu af hundraði kjósenda geta lagt frumvarp til laga fyrir Alþingi. Alþingi getur lagt fram gagntillögu í formi annars frumvarps. Hafi frumvarp kjósenda ekki verið dregið til baka skal bera það undir þjóðaratkvæði, svo og frumvarp Alþingis komi það fram. Alþingi getur ákveðið að þjóðaratkvæðagreiðslan skuli vera bindandi. Atkvæðagreiðsla um frumvarp að tillögu kjósenda skal fara fram innan tveggja ára frá því málið hefur verið afhent Alþingi.

*Nýmæli að 2% kjósenda geti lagt fram þingmál en margt sem vekur spurningar. Í greinargerð með ákvæðinu er aðeins minnst á frumvarp eða þingsályktunartillögu. Í ákvæðinu er tiltekið*

„þingmál“ og er það því áfram á reiki hvað eru þingmál, geta kjósendur lagt fram fyrirspurnir til ráðherra og skýrslubeiðnir? Mikilvægt er að samræma hugtakanotkun að þessu leyti og kveða úr um með það hvað séu þingmál og hvað kjósendur samkvæmt þessu ákvæði geta lagt fram.

Þá er óljóst hver tekur ákvörðun um það hvort mál sé þingtækt og í því sambandi ber að athuga að skv. 57. gr. fara þingmál að frumkvæði kjósenda fyrst til athugunar í nefndum. Ekki er gert ráð fyrir því að nefndir geti tekið ákvarðanir sem hafa áhrif á þingmál án atkvæðagreiðslu á Alþingi. Þetta vekur óvissu um vinnu nefndar við svona mál. Annað og ekki síður mikilvægt atriði er að hvergi kemur fram hver mælir fyrir þingmáli að frumkvæði kjósenda á Alþingi. Sé enginn þingmaður viljugur til að taka málið upp á þinginu eða því samþykku verður væntanlega erfiðleikum bundið að finna aðila sem er tilbúinn að mæla fyrir málinu en það eru aðeins þingmenn og ráðherrar sem hafa málfrelsi á Alþingi þó svo það sé ekki skýrlega tekið fram í tillögunum og má í því sambandi einnig taka fram að forseti Alþingis getur væntanlega ekki mælt fyrir þingmáli þar sem hann lætur af almennum þingstörfum þegar hann tekur við embætti forseta. Hér er því um mikla óvissu að ræða.

Það ferli sem lagt er til í ákvæðinu getur verið þungt í vöfum. Samkvæmt texta ákvæðisins sýnist manni svo að ef Alþingi samþykkir ekki frumvarp kjósenda alveg óbreytt, sama hversu gallað frumvarpið er að undanskildu því að í 67. gr. er vísað til samræmis við stjórnarskrá, þurfi Alþingi að leggja fram gagntillögu í formi annars frumvarps og síðan verði að leggja bæði frumvörpin í þjóðaratkvæðagreiðslu. Þó er opinn sá möguleiki að frumvarp að frumkvæði kjósenda sé dregið til baka en óljóst hver hefur umboð til að taka slíka ákvörðun. Af lokamálsgrein ákvæðisins má ætla að frumvarp að frumkvæði kjósenda lifi lengur en eitt löggjafarþing.

#### 67. gr.

##### *Framkvæmd undirskriftasöfnunar og þjóðaratkvæðagreiðslu.*

Mál sem lagt er í þjóðaratkvæðagreiðslu að kröfu eða frumkvæði kjósenda samkvæmt ákvæðum 65. og 66. gr. skal varða almannahag. Á grundvelli þeirra er hvorki hægt að krefjast atkvæðagreiðslu um fjárlög, fjárákallög, lög sem sett eru til að framfylgja þjóðréttarskuldbindingum né heldur um skattamálefni eða ríkisborgararétt. Þess skal gætt að frumvarp að tillögu kjósenda samrýmist stjórnarskrá. Rísi ágreiningur um hvort mál uppfylli framangreind skilyrði skera dómstólar þar úr.

Í lögum skal kveðið á um framkvæmd málskots eða frumkvæðis kjósenda, svo sem um form og fyrirvar fyrir kröfunni, tímalengd til söfnunar undirskrifta og um fyrirkomulag þeirra, hverju megi til kosta við kynningu, hvernig afturkalla megi kröfuna að fengnum viðbrögðum Alþingis, svo og um hvernig haga skuli atkvæðagreiðslu.

Kveðið er á um að þingmál að frumkvæði kjósenda geta aðeins varðað almannahag og mega ekki varða fjármál ríkisins, þjóðréttarskuldbindingar og ríkisborgararétt. Þó er óljóst hvað átt er við um almannahag og er það ekki skýrt nánar í greinargerð. Ákvæði um frumkvæðisrétt almennings virðast ekki hafa verið mikið rædd í stjórnlaganefnd. Í ákvæðinu kemur fram að þess skuli gætt að frumvarp að tillögu kjósenda samrýmist stjórnarskrá en ekki hver skuli gæta þess og taka ákvörðun um hvort lágmarkskröfur séu uppfylltar og virðast því dómstólar einir til þess bærir en velta má því upp hvort ekki þurfi einfaldari meðferð málsins en fyrir dómstólum og úrskurður héraðsdóms þar um verður væntanlega kærður til Hæstaréttar samkvæmt almennum reglum.

68. gr.

*Frumvarp til fjárlaga.*

Fyrir hvert reglulegt Alþingi skal, þegar það er saman komið, leggja frumvarp til fjárlaga fyrir það fjárhagsár sem í hönd fer. Skal í frumvarpinu vera fólgin greinargerð um tekjur ríkisins og gjöld eftir því sem nánar er ákveðið í lögum.

*Ákvæðið er að mestu samhljóða 42. gr. stjkskr. en þó ber að hafa í huga að reglulegt Alþingi er ekki skilgreint í tillögum stjórnlagaráðs á sama hátt og það er gert í 35. gr. stjkskr. Þá eru bæði notuð hugtökin reglulegt Alþingi og löggjafarþing í tillögunum og nauðsynlegt að samræma hugtakanotkun að þessu leyti.*

*Ekki er tekið fram í ákvæðinu né í 69. gr. hvenær leggja skuli fram fjáraukalög.*

69. gr.

*Greiðsluheimildir.*

Enga greiðslu má inna af hendi nema heimild sé til þess í fjárlögum.

Að fengnu samþykki fjárlaganefndar Alþingis getur fjármálaráðherra þó innt greiðslu af hendi án slíkrar heimildar, til að mæta greiðsluskyldu ríkisins vegna ófyrirséðra atvika eða ef almannahagsmunir krefjast þess. Leita skal heimildar fyrir slíkum greiðslum í fjáraukalögum.

*Ákvæðið styrkir stöðu löggjafarvalds gagnvart framkvæmdarvaldinu þar sem samþykki löggjafans þarf til að greiða úr ríkissjóði greiðslu sem ekki er heimild fyrir í fjárlögum. Tilgangur væntanlega að tryggja aga í fjármálum ríkisins.*

*Frumvarp þessa efnis hefur verið lagt fyrir á Alþingi til breytingar á fjárreiðulögum, þskj. 628, 372. mál á 136. löggjafarþingi. Það ætti að vera nóg að breyta fjárreiðulögum (88/1997) til að koma þessu á enda verður ekki séð að frv. fari gegn stjkskr. (hvorki gildandi né tillögum) nema hér verði talið að um stjórnskipulegan vana sé að ræða? Það mætti því velja því upp hvort þetta eigi heima í stjkskr.*

70. gr.

*Réttur fjárlaganefndar til upplýsinga.*

Fjárlaganefnd Alþingis getur krafist stofnanir ríkisins, ríkisfyrirtæki og þá aðra sem fá framlög úr ríkissjóði, um upplýsingar sem tengjast ráðstöfun þess fjár.

*Kveðið sérstaklega á um upplýsingarétt fjárlaganefndar. Byggir á tillögum stjórnlaganefndar – gildir ekki bara um stjórnvöld heldur um alla þá sem fá framlög úr ríkissjóði og um meðferð þess fjár.*

71. gr.

*Skattar.*

Skattamálum skal skipað með lögum. Engan skatt má á leggja né breyta né taka af nema með lögum.

Ekki má fela stjórnvöldum ákvörðun um hvort leggja skuli á skatt, breyta honum eða afnema hann.

Enginn skattur verður lagður á nema heimild hafi verið fyrir honum í lögum þegar þau atvik urðu sem ráða skattskyldu.

72. gr.

*Eignir og skuldbindingar ríkisins.*

Ekki má taka lán eða undirgangast ábyrgðir sem skuldbinda ríkið nema með lögum.

Stjórnvöldum er óheimilt að ábyrgjast fjárhagslegar skuldbindingar einkaaðila. Með lögum má þó kveða á um slíka ríkisábyrgð vegna almannahagsmuna.

Ekki má selja eða láta með öðru móti af hendi fasteignir ríkisins né afnotarétt þeirra nema samkvæmt heimild í lögum. Um ráðstöfun annarra eigna ríkisins fer að lögum.

*Að nokkru leyti samsvarandi síðari málslið 40. gr. stjkskr. Ekki er skýrt sérstaklega hvað fellur undir almannahagsmunum en að nokkru leyti vísað til laga um ríkisábyrgðir, nr. 121/1997, í greinargerð með ákvæðinu.*

73. gr.

*Þingrof.*

Forseti Íslands rýfur Alþingi að ályktun þess. Skal þá efnt til nýrra kosninga eigi fyrr en sex vikum og eigi síðar en níu vikum frá þingrofi. Alþingismenn halda umboði sínu til kjördags.

*Með ákvæðinu er Alþingi veitt hlutverk í þingrofi. Velta má upp nokkrum atriðum varðandi ákvæðið og aðkomu forseta Íslands að þingrofi, t.d. hvort edlilegt sé að forsætisráðherra rjúfi þing, hvort forseti geti neitað að rjúfa þing þó Alþingi álykti svo? Þá athugasast það einnig að forsetinn fer ekki lengur með löggjafarvaldið með Alþingi.*

74. gr.

*Ríkisendurskoðun.*

Alþingi kýs ríkisendurskoðanda til fimm ára. Hann skal vera sjálfstæður í störfum sínum. Hann endurskoðar fjárreiður ríkisins, stofnana þess og ríkisfyrirtækja í umboði Alþingis eftir því sem nánar er mælt fyrir um í lögum.

Endurskoðaðan ríkisreikning næstliðins árs ásamt athugasemdum ríkisendurskoðanda skal leggja fyrir Alþingi til samþykktar samhliða frumvarpi til fjárlaga.

*Sjá athugasemdir við 75. gr.*

75. gr.

*Umboðsmaður Alþingis.*

Alþingi kýs umboðsmann Alþingis til fimm ára. Hann skal vera sjálfstæður í störfum sínum. Hann gætir að rétti borgaranna og hefur eftirlit með stjórnsýslu ríkis og sveitarfélaga. Hann gætir þess að jafnræði sé í heiðri haft í stjórnsýslunni og að hún fari að öðru leyti fram í samræmi við lög og vandaða stjórnsýsluhætti.

Ákveði ráðherra eða annað stjórnvald að hlíta ekki sérstökum tilmælum umboðsmanns skal tilkynna forseta Alþingis um ákvörðunina.

Um starfsemi umboðsmanns og hlutverk hans skal nánar mælt fyrir í lögum, þar á meðal um þingmeðferð fyrrgreindrar tilkynningar ráðherra eða annars stjórnvalds.

*Varðandi ríkisendurskoðanda og umboðsmann Alþingis má velja því upp hvort ákvæðin séu ekki of ítarleg og að það eigi einungis að kveða á um tilvist og allra helstu hlutverk embættanna í stjórnarskrá en ekki jafn ítarlega og gert er hér. Sem dæmi þá er hlutverk umboðsmanns í 75. gr. tekið upp úr 2. gr. laga um umboðsmann Alþingis nr. 85/1997. Hlutverk embættanna til framtíðar verður niður njörvað nokkuð fast ef ákvæðin munu verða orðuð á þennan hátt.*

Reykjavík, 4. september 2012.  
Trausti Fannar Valsson,  
lektor við lagadeild Háskóla Íslands

## Minnisblað

### til sérfræðinganeftar um skoðun á VII. kafla í tillögum stjórnlagaráðs að frumvarpi til nýrra stjórnarskipunarlaganna fyrir Ísland.

#### *1. Afmörkun - Inngangur*

Undirritaður hefur verið beðinn um að lesa tillögu Stjórnlagaráðs að frumvarpi til stjórnarskipunarlaganna, og setja fram athugasemdir við VII. kafla tillögunnar, sem fjallar um sveitarstjórnarstigið. Leitast er við að fjalla um viðfangsefnið með hliðsjón af bókun stjórnarskipunar- og eftirlitsneftar Alþingis frá 70. fundi neftarinnar, 13. júní 2012.

Það ákvæði gildandi stjórnarskrárinnar sem sérstaklega fjallar um sveitarfélögin, 78. gr., er staðsett í mannréttindakafla hennar. Þessu er breytt með tillögu stjórnlagaráðs. Í tillögu ráðsins er gert ráð fyrir að í staðinn komi sérstakur kafli um sveitarfélögin, fjórar greinar.

78. gr. gildandi stjórnarskrár hljóðar svo:

Sveitarfélög skulu sjálf ráða málefnum sínum eftir því sem lög ákveða.

Tekjustofnar sveitarfélaga skulu ákveðnir með lögum, svo og réttur þeirra til að ákveða hvort og hvernig þeir eru nýttir.

Samkvæmt tillögu stjórnlagaráðs standa báðar þessar málsgreinar óbreyttar. Fyrsta mgr. 78. gr. verður 1. mgr. 105. gr. í tillögunni en 2. mgr. 78. gr. verður 3. mgr. 105. Hins vegar eru lögð til nokkur ný ákvæði.

Með vísan til þess að ákvæði VII. kafla í tillögum stjórnlagaráðs byggjast í grunninn á ákvæði 78. gr. gildandi stjórnarskrár og forsögu hennar er óhjákvæmilegt annað en að víkja að því, eftir því sem við á, hvaða efnislegu breytingar felist í tillögunum frá gildandi stjórnarskrá.

#### *2. Ákvæði um sveitarfélögin eru færð úr mannréttindakafla stjórnarskrárinnar*

Í 1. mgr. 78. gr. stjórnarskrárinnar felast nokkrir þættir. Litið hefur verið svo á að orðalagið í 1. mgr. 78. gr. um að sveitarfélögin ráði sjálf, m.a. með vísan til uppruna þess og



staðsetningar í mannréttindakafla stjórnarskrárinnar, feli í sér vernd íbúa sveitarfélaganna til að kjósa sér eigin stjórn – sveitarstjórn – í lýðræðislegum kosningum sem hafi með höndum stjórn málefna sveitarfélagsins. Staða ákvæðisins í mannréttindakafla stjórnarskrárinnar hefur fyrst og fremst haft þýðingu í tengslum við ályktanir um þetta, þ.e. lýðræðisleg réttindi íbúa sveitarfélaganna.

Með tillögu stjórnlagaráðs er hinn lýðræðislegi þáttur 1. mgr. 78. gr. stjórnarskrárinnar tryggður í 1. mgr. 107. gr., en þar er skýrt kveðið á um að sveitarfélögum sé stjórnað af sveitarstjórnnum sem starfi í umboði íbúa og eru kjörnar í almennum leynilegum kosningum. Ákvæði 1. mgr. 107. gr. í tillögum stjórnlagaráðs er, hvað varðar rétt íbúa sveitarfélaga til að kjósa sér sveitarstjórn, almennt séð í samræmi við það inntak sem 1. mgr. 78. gr. gildandi stjórnarskrár hefur verið gefið að þessu leyti. Verður því ekki séð að það muni hafa nein áhrif á réttindi íbúa sveitarfélaganna til að kjósa eigin stjórn þótt ákvæði um sveitarfélögin færist úr mannréttindakafla stjórnarskrár í sérstakan kafla. Lýðræðislegur kosningaréttur borgaranna fær skýrari stjórnskipulegan grundvöll en nú er, þrátt fyrir þessa ráðstöfun.

Staðsetning ákvæðisins í gildandi stjórnarskrá getur mögulega einnig haft þýðingu varðandi túlkun 2. mgr. 78. gr., sem fram kemur í 3. mgr. 105. gr. í tillögu stjórnlagaráðs. Mikilvægt er að hafa í huga að ákvæðið felur í sér undantekningu frá þeirri reglu sem varðar skattlagningu að vald til álagningar skatta verði ekki framselt til stjórnvalda. Af undantekningunni leiðir til dæmis að heimilt er að framselja sveitarfélögunum vald til að ákveða álagningarprósentu útsvars, innan tiltekinna marka. Af þessu ákvæði leiðir semsagt að sveitarfélögum má framselja ákvörðun um skattinnheimtu, enda sé hún lögbundin að nokkru marki. Ákvæði um bann við framsali á skattlagningarvaldi til stjórnvalda er nú staðsett í 77. gr. stjórnarskrárinnar, og samhengi þessara tveggja ákvæða því ljósara í gildandi stjórnarskrá en er í tillögu stjórnlagaráðs. Með skýringum í greinargerð á að vera hægt að taka af vafa um þetta atriði, enda hefur þegar skapast nokkur hefð um þessa túlkun 2. mgr. 78. gr. gildandi stjórnarskrár. Tilfærsla þessa ákvæðis úr mannréttindakafla stjórnarskrárinnar á því ekki að hafa nein áhrif á túlkun þess.

### ***3. Samræmi við Evrópusáttmála um sjálfstjórn sveitarfélaga***

Íslenska ríkið hefur fullgilt Evrópusáttmála um sjálfstjórn sveitarfélaga, sbr. C-deild Stjórnartíðinda, skjal nr. 7/1991, en þar kemur m.a. fram, sbr. 2. gr., að meginreglan um sjálfstjórn sveitarfélaga skuli viðurkennd í landslögum og í stjórnarskránni ef unnt er.

Íslensk löggjöf er almennt séð í góðu samræmi við ákvæði Evrópusáttmála um sjálfstjórn sveitarfélaga. Einnig íslenska stjórnarskráin. Er það staðfest með skýrslum sem unnar hafa verið á vegum Evrópuráðsins fyrir sveitarstjórnarþing Evrópuráðsins (Congress of Local and Regional Authorities), sbr. skýrslu um staðbundið lýðræði á Íslandi, (Local democracy in Iceland), sem lögð var fyrir sveitarstjórnarþingið á fundi þess 2. mars 2010, CPL(18)3, og skýrslu um stöðu Evrópusáttmála um sjálfstjórn sveitarfélaga í landsrétti (The European

Charter of Local Self-Government in domestic law), sem lögð var fyrir sveitarstjórnarþingið á fundi þess 18.-20. október 2011, CPL(21)2.

Almennt séð verður að telja að tillögur stjórnlagaráðs séu í góðu samræmi við ákvæði Evrópusáttmálans. Ekki verður séð að mikilvægir þættir sáttmálans hafi gleymst eða að rétt væri að breyta tillögum stjórnlagaráðs að öðru leyti vegna hans. Eftir því sem við á verður vikið nánar að sáttmálanum í umfjöllun um einstakar greinar í tillögum stjórnlagaráðs hér að aftan. – Vísast í því sambandi ekki síst til umfjöllunar í 10. tölulið minnisblaðisins, um málskotsrétt sveitarfélaga.

#### **4. Um 1. mgr. 105. gr. – Sjálfstæði sveitarfélaga**

Ákvæði 1. mgr. 105. gr. er samhljóða 1. mgr. 78. gr. gildandi stjórnarskrár. Eins og fram kemur í skýringum stjórnlagaráðs við ákvæðið þá hefur verið litið svo á að ákvæðið feli fyrst og fremst í sér stefnuýfirlýsingu stjórnarskrárgjafans um að þau skuli njóta sjálfstjórnar. Einnig hefur verið bent á að í ákvæðinu felist réttur íbúa sveitarfélaga til að kjósa eigin stjórn, sbr. umfjöllun undir kafla 2 hér að ofan, sem og stjórnskipuleg trygging fyrir því að hér skuli vera sveitarfélög.

Þrátt fyrir að það sé ekki tekið fram í stjórnarskránni, eða tillögu stjórnlagaráðs, þá felst það í orðinu „sveitarfélag“ að um er að ræða staðbundna stjórnsýslueiningu, sem falið er að hafa með höndum tiltekin staðbundin verkefni – almennt opinbers eðlis. Þá er rétt að taka það fram einnig, en þessari forsendu er ekki lýst í skýringum stjórnlagaráðs, að „sjálfstjórn sveitarfélaga“ felur í grundvallaratriðum í sér að sveitarfélög skuli sjálf fá að stjórna eigin málefnum innan ramma laga. Það er sá lagarammi sem Alþingi hefur sett sem fyrst og fremst afmarkar sjálfstjórnina. Önnur stjórnvöld, t.d. ráðherrar, undirstofnanir ráðuneyta eða sjálfstæð stjórnvöld á vegum ríkisins, hafa hins vegar almennt ekki yfirstjórnunarheimildir gagnvart sveitarfélögunum, nema slík yfirstjórn hafi sérstaklega verið ákveðin með lögum. Rétt er jafnframt að hafa í huga að það gengur ekki gegn gildandi stjórnarskrá að fela öðrum stjórnvöldum yfirstjórn yfir tilteknum verkefnum sveitarfélaganna, eða eftirlit með verkefnum þeirra. Vegna þess að sjálfstjórnin er stjórnarskrárbundin þá verður slík yfirstjórn að vera ákveðin af löggjafanum, og þá verður einnig að ætla að þessi yfirstjórn, eða heimildir annarra til afskipta af stjórnsýslu sveitarfélaga, megi ekki fela í sér svo ríkt inngrip í starfsemi þeirra að þau hafi sjálf ekkert svigrúm eftir til að ráðstafa sjálf á grundvelli staðbundinna hagsmuna íbúa sveitarfélagsins. Ekkert bendir til þess að við þessu sé hreyft með tillögum stjórnlagaráðs.

Ákvæði 1. mgr. 78. gr. stjórnarskrárinnar, eins og hún nú stendur, á fyrirmynd í dönsku stjórnarskránni. Í almennum skýringum stjórnlagaráðs við ákvæði VII. kafla tillögu sinnar kemur m.a. eftirfarandi fram:

„Í Svíþjóð er staða sveitarfélaga mun nánar skilgreind en í íslensku stjórnarskránni. Í sænsku stjórnarskránni er m.a. fjallað um fulltrúalýðræði og sjálfstjórnarrétt sveitarfélaga og

skilgreind meginhlutverk þeirra og ábyrgð. Í dönsku stjórnarskránni er ein stutt grein um sveitarfélög, 82. gr., þar sem sjálfstjórn sveitarfélaga er háð sama fyrirvara og í íslenska stjórnarskrárákvæðinu, þ.e. að útfærsla þess er ákveðin í almennum lögum. Þá er í danska ákvæðinu rætt um eftirlitsvald ríkisins þannig að þar er gengið skemmra í sjálfstjórn en héraendis og t.a.m. í Svíþjóð.“

Að nær öllu leyti tel ég enga ástæðu til athugasemda við umfjöllun stjórnlagaráðs um sveitarfélögin. Í textanum sem er vitnað til hér að ofan kemur hins vegar fram viss misskilningur á eðli sjálfstjórnar sveitarfélaganna.

Til nánari skýringar er rétt að víkja fyrst stuttlega að forsögu íslenska stjórnarskrárákvæðisins. Nægir reyndar í því sambandi að nefna að með 16. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995, var ákvæði íslensku stjórnarskrárinnar um sveitarfélögin breytt. Ákvæðið var áður í 76. gr. stjórnarskrárinnar og hljóðaði svo:

Rétti sveitarfélaganna til að ráða sjálf málefnum sínum með umsjón stjórnarinnar skal skipað með lögum.

Orðin „með umsjón stjórnarinnar“ hafa verið skilin svo að með þeim væri vísað til eftirlits stjórnvalda ríkisins, s.s. ráðuneytis sveitarstjórnarmála, með málefnum sveitarfélaganna. Slíkt eftirlit hefur hér á landi almennt séð, bæði sögulega og lagalega, beinst að því, með vísan til þess hvað felist í sjálfstjórn sveitarfélaganna, að upplýsa hvort sveitarfélögin fari að lögum í störfum sínum, en ekki því hvort þau nýti sjálfstjórnarréttinn á þann hátt sem stjórnvöldum ríkisins þykir æskilegur. Eins og fyrr sagði þá útilokar stjórnarskráin ekki, og ekki tillaga stjórnlagaráðs heldur, að ákveðnar undantekningar séu gerðar á þessu – og að eftirlit stjórnvalda ríkisins gangi lengra – svo fremi sem því lágmarksskilyrði stjórnarskrár sé fullnægt að sveitarfélögin hafi áfram einhverja sjálfstjórn um a.m.k. einhver af verkefnum sínum.

Í upphaflegri mynd þess frumvarps sem síðan varð að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 hljóðaði 1. mgr. 16. gr. svo: „Rétti sveitarfélaga til að ráða sjálf málefnum sínum með eftirliti ríkisins skal skipað með lögum.“ Sagði í athugasemdum með frumvarpinu að hér væri um að ræða ákvæði sem væri efnislega í alla staði samhljóða þágildandi 76. gr. stjórnarskrárinnar. Annað kom þar ekki fram um inntak þessarar málsgreinar. Við meðferð Alþingis á frumvarpinu varð sú breyting á umræddu ákvæði að felld voru brott orðin „með eftirliti ríkisins“. Í ræðu framsögumanns þeirrar þingnefndar sem lagði breytinguna til sagði að með þessu teldu nefndarmenn löggjafann í raun og veru fá frjálsar hendur um það með hvaða hætti hann teldi eðlilegt að ríkið hefði eftirlit eða umsjón með starfsemi sveitarfélaganna. Nefndarmönnum væri þó fullljóst að slíkt eftirlit yrði eftir sem áður að vera fyrir hendi. (Sjá Alþt. 1004, B-deild, dalkur 5305. Sjá einnig Alþt. 1995, B-deild, dalk 141.) Ekki er í lögskýringargögnum að finna ummæli sem varpa frekara ljósi á markmið umræddrar breytingar á ákvæðinu. Ætlun stjórnarskrárgjafans virðist þannig, sé tekið mið af orðum

framsögumannsins, hafa verið sú að rýmka heimildir almenna löggjafans til að mæla fyrir um það með hvaða hætti ríkið hagaði eftirliti með stjórnslu sveitarfélaganna, án þess þó að rök hafi komið fram fyrir því að eldra ákvæði stjórnarskrárinnar hafi falið í sér of þröngar skorður í því efni. Ekki virðist hafa verið hugmyndin af fella niður eftirlit ríkisins með sveitarfélögunum. Þrátt fyrir þetta þá er hin eiginlega og efnislega þýðing þess að fella niður orðin „með eftirliti ríkisins“ sú að nú telst almenna löggjafanum frjálst að leggja niður eftirlit ríkisins með starfsemi sveitarfélaganna án þess að það gangi gegn stjórnarskrá. Ekki verður gengið svo langt að telja að í þessu felist að eftirlit stjórnvalda ríkisins með sveitarfélögunum gangi gegn stjórnarskrá, þrátt fyrir þessa breytingu. Á hinn bóginn verður ekki annað séð af lögskýringargögnum en að breytingin með stjórnarskipunarlögunum 1995 hafi í reynd byggst á ákveðnum misskilningi. Það er einnig misskilningur sem fram kemur í tilvitnuðum athugasemdum stjórnlagaráðs að með því að mæla ekki í stjórnarskrá fyrir um eftirlit ríkisins með sveitarfélögunum þá sé sjálfstjórn þeirra aukin. Sjálfstjórn sveitarfélaganna felur í sér svigrúm þeirra til athafna innan þess lagaramma sem gildir hverju sinni. Ekkert í gildandi stjórnarskrá, né tillögum stjórnlagaráðsins, bendir til annars en að sveitarfélögin séu bundin af lögunum. Það er því rökvilla að ræða um að eftirlit af hálfu stjórnvalda ríkisins, sem beinist að því hvort sveitarfélögin hafi farið að lögum, takmarki sjálfstjórn þeirra.

#### **5. Um 2. mgr. 105. gr. – Sveitarfélög hafi næga burði og tekjur fyrir lögbundin verkefni**

Í 2. mgr. 105. gr. tillagna stjórnlagaráðs er lagt til að komi svohljóðandi ákvæði: „Sveitarfélög skulu hafa nægilega burði og tekjur til að sinna lögbundnum verkefnum.“ Þetta ákvæði væri nýmæli í íslenskrí stjórnarskrá. Sambærilegt ákvæði, hvað varðar fjárhagsþátt 2. mgr. 105. gr., er hins vegar að finna í 9. gr. Evrópusáttmála um sjálfstjórn sveitarfélaga í 2. mgr. þess ákvæðis segir svo: „Tekjustofnar sveitarstjórna skulu vera í samræmi við þau verkefni sem þeim eru falin í stjórnarskránni og lögum.“ („Local authorities' financial resources shall be commensurate with the responsibilities provided for by the constitution and the law.“).

Ekki verður annað séð en að í meginatriðum sé samræmi sé milli tilvitnaðs ákvæðis í 9. gr. Evrópusáttmálans og svo tillögu stjórnlagaráðs. Í skýringum stjórnlagaráðs við tilvitnað ákvæði segir að hér sé um „efnisreglu að ræða þó hún takmarkist við þau verkefni sem löggjafinn felur sveitarfélögunum“. Þá segir þar einnig svo um skýringu ákvæðisins:

Markmið ákvæðisins er að stuðla að því að samræmi sé milli lögbundinna verkefna sveitarfélaga og tekna þeirra. Í ljósi þess að ráðið leggur til óbreytta málsgrein um að tekjustofnar sveitarfélaga skyldu ákveðnir með lögum, svo og réttur þeirra til þess að ákveða hvort og hvernig þeir væru nýttir, var talið að herða þyrfti á þeirri skyldu löggjafans að tryggja samræmi milli verkefna og tekna, þ.e. að tryggja að nægar tekjur væru fyrir hendi til lögbundinna verkefna sveitarfélaga.

Skylda til þess að stuðla að samræmi milli lögbundinna verkefna og tekna hvílir þó ekki einhliða á miðstjórnarvaldinu, löggjafanum; í ákvæðinu felst einnig réttur fyrir löggjafann til að skipa málum þannig að sveitarfélög séu nægilega öflug til að sinna

verkefnum sínum og þá er einkum átt við stærð sveitarfélaga. Skyldan hvílir þá einnig á sveitarfélögum að sæta slíkum reglum og sveitarstjórnnum að haga málum þannig að ekki stefni í óefni. Löggjafinn útfærir þetta nánar í lögum, m.a. um aðhald og eftirlit með fjármálum sveitarfélaga í samráði við sveitarfélög, sbr. samráðsskylduna sem einnig er nýmæli. Sveitarfélög eiga því að vera nægilega burðug sem helgast m.a. af hæfilegri stærðarhagkvæmni.

Markmiðinu um nægilega burði og samræmi milli verkefna og tekna má einnig ná með samstarfi milli sveitarfélaga, svo sem nú er algengt í svonefndum byggðasamlögum skv. sveitarstjórnarlögum nr. 45/1998 og fleiri lögum.

Rætt var um hvort sleppa mætti orðinu „lögbundnum“ í því skyni að skylda þessi og réttur næði einnig til verkefna sem sveitarfélög ákvæðu upp á sitt einsdæmi að sinna án lagaskyldu. Þótti það í betra samræmi við sjálfstjórn sveitarfélaga og þá staðreynd að mörgum mikilvægum verkefnum, svo sem almenningsamgöngum, er sinnt af hálfu sumra sveitarfélaga án lagaskyldu. Á hinn bóginn var talið að slík skylda á hendur ríkisvaldinu væri of þungbær ef sveitarfélög ættu að hafa sjálfðæmi um verkefni enda hefur Stjórnlagaráð leitast í tillögugerð sinni við að tryggja að völd og ábyrgð fari saman.

Undirritaður telur að ekkert í tilvitnuðum skýringum gefi tilefni til athugasemda af hans hálfu. Sérstaklega ber að taka undir þá niðurstöðu ráðsins að ekki væri eðlilegt að sleppa orðinu „lögbundnum“ í ákvæðinu, (reyndar væri það mjög óheppilegt) enda má telja mikilvægt að ábyrgð og vald fylgist að.

Það er þó eitt atriði sem ber að staldra við í þessu sambandi, og ekki virðist gefinn nægur gaumur í skýringum stjórnlagaráðs, en það er hvort ákvæðið veiti sveitarfélögum stjórnarskrárvarin rétt til fjárframlaga sem hægt væri að framfylgja fyrir dómstólum. Hvernig fer með samspil fjárstjórnarvalds Alþingis og dómsvaldsins í slíku tilviki? Á hinn bóginn er í tillögum stjórnlagaráðs einnig fjallað um mat á áhrifum lagafrumvarpa, og í 108. gr. tillögunnar um samráð við sveitarfélögin um lagafrumvörp er varða þau sérstaklega. Þá er einnig erfitt að sjá fyrir sér með hvaða hætti sveitarfélögin fengju umfjöllun dómstóla um slíkt atriði, nema þá e.t.v. ef slíkri málsástæðu mætti halda frammi í dómsmáli þar sem sveitarfélag krefðist ógildingar á ákvörðun stjórnvalda af hálfu ríkisins í máli þar sem tiltekna skyldur væru lagðar á sveitarfélag á grundvelli laga, s.s. ef ráðuneyti menntamála legði slíka skyldu á sveitarfélag á grundvelli grunnskólalaga. Almennt verður ekki annað séð en að slíkt kæmi þá aðeins með óbeinum hætti til umfjöllunar dómstóls. Dómstólar gætu með öðrum orðum ekki gripið með beinum hætti inn í fjárstjórnarvald Alþingis að þessu leyti.

#### **6. Um 3. mgr. 105. gr. – Sjálfstæðir tekjustofnar**

Ákvæði 3. mgr. 105. gr. er samhljóða 2. mgr. 78. gr. stjórnarskrárinnar. Mikilvægasta þýðing ákvæðisins er sú að í því felst frávik frá því ákvæði í tillögu stjórnlagaráðsins að óheimilt sé að

framselja nokkurn þátt skattlagningarvalds til stjórnvalda. Með hliðsjón af því sem fram kemur í skýringum stjórnlagaráðs við ákvæðið hefur ráðið haft þetta atriði í huga, en þar segir m.a. svo:

Ákvæðið gengur sem sérregla að nokkru leyti framur almennum reglum stjórnarskrár um skattamál í 1. mgr. 40. gr. og 77. gr. stjórnarskrárinnar sem teknar eru upp óbreyttar í frumvarp þetta.

Undirritaður telur til viðbótar rétt að benda á annað atriði. Í umræðu um gjaldtöku sveitarfélaga hafa stundum komið upp álitamál um þýðingu 2. mgr. 78. gr. stjórnarskrár fyrir gjaldtöku sveitarfélaganna. Í áliti umboðsmanns Alþingis frá 27. mars 2002 í máli nr. 3221/2001, varðandi töku fráveitugjalda í Reykjanesbæ, fjallaði umboðsmaður m.a. almennt um gjaldtöku sveitarfélaganna. Vísaði hann til tilvitnaðs ákvæðis stjórnarskrárinnar, auk ákvæða sveitarstjórnarlaga og laga um tekjustofna sveitarfélaga. Síðan segir í álitinu:

Í framangreindum ákvæðum stjórnarskrárinnar og laga birtist sú meginregla að tekjuöflun sveitarfélaga eins og annarra opinberra aðila verður að byggjast á heimild í lögum óháð því hvort um er að ræða skattheimtu eða gjald fyrir þjónustu sem látin er í té. Séu slíkar lagaheimildir til staðar verður við beitingu þeirra að taka afstöðu til þess hversu víðtækar þær eru, þ.e. í hvaða tilvikum þær heimila töku gjalds og í hvaða mæli auk þess sem þörf kann að vera á að skýra saman þær lagaheimildir sem sveitarfélag hefur til gjaldtöku á sama starfssviði.

Í skýringum stjórnlagaráðs er þetta viðhorf áréttað. Þar segir m.a. svo:

Ákvæði 3. mgr. kveður á um tekjustofna sveitarfélaga og kom nýtt inn í stjórnarskrá með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995. Það er talið staðfesta að tekjuöflun sveitarfélaga þurfi að byggjast á heimild í lögum en þeim sé í sjálfsvald sett hvort og hvernig þau nýta lögákveðna tekjustofna.

Það vandamál sem hér skapast lýtur að ýmsum gjöldum eða endurgjaldi sem sveitarfélög innheimta vegna þjónustu eða starfsemi sem þau sinna á ólögfestum grundvelli, og án vafa er komið útfyrir svið hinnar svonefndu skattheimtu. Miklar takmarkanir hljóta eðli máls samkvæmt að vera á slíkri ólögfestri starfsemi sveitarfélaga, bæði af tilliti til samkeppnisreglna sem gilda á einkamarkaði, en einnig vegna sjónarmiða um agaða meðferð opinberra hagsmuna í almannabágu. Í ákveðnum tilvikum koma álitafni af þessu tagi þó upp, og verður vart séð að gjaldtaka sé í öllum tilvikum óheimil án settra laga um þá tilteknu tekjuöflun. Hér má sem dæmi nefna töku hóflegs gjalds fyrir aðgang að almenningssundlaugum. Í þessu ljósi er það afstaða undirritaðs að ekki sé þörf á að breyta tilvitnuðu ákvæði í 3. mgr. 105. gr. tillögu stjórnlagaráðs, en á hinn bóginn væri rétt að leitast við að haga orðalagi í greinargerð ekki svo afgerandi sem nú er.

## 7. Um 106. gr. - Nálægðarreglan

Ákvæði 106. gr. tillagna stjórnlagaráðs hljóðar svo:

Á hendi sveitarfélaga, eða samtaka í umboði þeirra, eru þeir þættir opinberrar þjónustu sem best þykir fyrir komið í héraði svo sem nánar skal kveðið á um í lögum.

Í almennum athugasemdum við VII. kafla í tillögu stjórnlagaráðs kemur eftirfarandi fram:

Eitt þeirra megingilda sem Stjórnlagaráð hefur haft til hliðsjónar í starfi sínu er valddreifing. Gegn sterku miðstjórnarvaldi handhafa löggjafar- og framkvæmdarvalds má mynda mótvægi og dreifa valdi með því að flytja verkefni, ákvörðunarvald og tekjustofna til sveitarfélaga eða héraða. Slíkt má að óbreyttu gera með almennum lögum og án stoðar í stjórnarskrá en ráðið taldi þó rétt að skerpa og skýra ákvæði um sveitarfélög í stjórnarskránni í því skyni að löggjafinn hefði ekki algert sjálfdæmi um hvort slík valddreifing ætti sér stað.

Í sambandsríkjum (e. *federal states*) er gjarnan viðhöfð einhvers konar nálægðarregla sem kveður á um að úr hverju máli skuli leyst á lágsta stjórnsýslustigi sem nær utan um það, m.ö.o. að ákvarðanir séu teknar eins nálægt þeim sem þær varða og mögulegt er. Á ensku er nálægðarregla nefnd „principle of subsidiarity“ og er skilgreind þannig:

*Subsidiarity is the idea that a central authority should have a subsidiary function, performing only those tasks which cannot be performed effectively at a more immediate or local level.*

Stundum er sagt að í reglunni felist að um mál skuli fjallað á þeim vettvangi sem best nær utan um það, en í því felst t.d. að um stærri umhverfismál skuli fjallað á breiðari grundvelli en í héraði eða á sveitarstjórnarstigi einvörðungu.

Þrátt fyrir að það sé ekki beinlínis tilgreint í skýringum stjórnlagaráðs þá hefur ákvæði 106. gr. mikil tengsl við ákvæði 1. og 2. mgr. 105. gr., enda ræðst sjálfstjórn sveitarfélaganna í grunninn af því (1) hvaða verkefni löggjafinn ákveður að fela þeim og hvaða svigrúm er til útfærslu þeirra og (2) þeim fjármunum sem sveitarfélögunum eru ætlaðir til útfærslu og framkvæmdar þeirra verkefna sem þau á annað borð hafa svigrúm til að útfæra. Í skýringum við 1. mgr. 105. gr. tillögunnar kemur einnig eftirfarandi fram:

Stjórnlagaráði þótti rétt að bæta við ákvæðið í því skyni að löggjafinn, meginhandhafi ríkisvalds, hafi ekki sjálfdæmi um hvort og hve mikið sjálfstæði sveitarfélaga eða sveitarstjórna sem handhafa staðbundins opinbers valds skuli vera. Þótti ráðinu af

þeim sökum og með vísan til framangreinds ekki koma til greina að hafa stjórnarskrárákvæði um sveitarfélög óbreytt.

Líklegt má telja að tilvitnað ákvæði 106. gr. feli í sér tillögu um efnislega mestu breytinguna á stjórnskipulegri stöðu sveitarfélaganna. Undirritaður telur ekki tilefni til að taka afstöðu til þeirrar pólitísku stefnumörkunar sem í ákvæðinu felst. Á hinn bóginn vill undirritaður benda á tvennt. Í fyrsta lagi verður ekki séð að heppilegt sé að hafa ákvæðið bindandi eða orðað með of afgerandi hætti. Það er eðlilegt að löggjafinn hafi mat um það hvaða verkefni falla undir þetta viðmið á hverjum tíma. Í öðru lagi skal því velt upp hvort ekki væri eðlilegt að orða ákvæðið svo:

Á hendi sveitarfélaga, eða samtaka í umboði þeirra, skulu vera þeir þættir opinberrar þjónustu sem best þykir fyrir komið undir staðbundinni stjórn þeirra, svo sem nánar skal kveðið á um í lögum.

Ástæða þess að undirrituðum þykir rétt að orða ákvæðið svo er sú að umtalsverður hluti opinberrar þjónustu er rekinn á staðbundnum forsendum, s.s. ýmislegt er varðar löggæslu eða heilsugæslu. Það verður ekki séð að stjórnlagaráð hafi beinlínis haft þá forsendu til grundvallar tillögu sinni að til sveitarfélaganna færu einnig þau staðbundnu verkefni – nauðsynlega – sem ekki ætti að útfæra á grundvelli sjálfstjórnar sveitarfélaganna. Það eru með öðrum orðum fjöldi opinberra verkefna sem sögulega hefur verið a.m.k. að einhverju marki verið staðbundinn en ekki verður séð að nauðsynlega þurfi að útfæra á forsendum sveitarfélaga, t.d. ef eðli málaflokksins er þannig að ekki telst eðlilegt að hafa útfærslu hans mismunandi milli svæða. Hér má t.d. nefna ákærvald. Þessi breytingartillaga kæmi ekki í veg fyrir að Alþingi gæti ákveðið að færa slík verkefni, s.s. löggæslu eða ákærvald, til sveitarfélaganna, en breytingin opnar hins vegar á það að löggjafinn geti metið það svo að þó svo að verkefni sé rekið staðbundið þá þurfi það ekki nauðsynlega að vera á hendi sveitarfélags, ef eðli þess er ekki þannig að ætla megi að sveitarfélag, með pólitískt kjörinni yfirstjórn, sé betur til þess fallið að sinna því en annað stjórnvald.

#### **8. Um 107. gr. – Kosningar til sveitarstjórna og íbúalýðræði**

Undirritaður telur ekki ástæðu til athugasemda við ákvæði 107. gr. eða skýringar við það. Undirrituðum er kunnugt um að bent hafi verið á að rétt sé að huga að samræmi þessa ákvæðis við ákvæði 67. gr. í tillögu stjórnlagaráðs um þau mál sem hægt er að leggja í þjóðaratkvæðagreiðslu að kröfu eða frumkvæði kjósenda samkvæmt 65. og 66. gr. Undirritaður telur þá tillögu óþarfa. Það liggur í hlutarins eðli að sveitarfélögin eru stjórnvöld sem ekkert mega framkvæma sem gengur í berhögg við lög. Þegar lög eru útfærð um íbúalýðræði, og mögulegan rétt íbúa sveitarfélaganna til að krefjast atkvæðagreiðslu um sveitarstjórnarmálefni, þá má segja að lagareglur um það haldi ekki vatni ef til þessa er ekki tekið tillit við útfærslu þeirra. Um þetta þarf ekki að fjalla sérstaklega í stjórnarskrá, af þeirri ástæðu að stjórnskipulegt gildi ákvarðana sveitarfélaga er allt annað en laga.



### **9. Um 108. gr. – Samráðsskylda við sveitarstjórnir og samtök þeirra**

Í 108. gr. er kveðið á um skyldu til að hafa samráð við sveitarstjórnir og samtök þeirra við undirbúning lagasetningar sem varðar málefni sveitarfélaga. Undirritaður telur að þetta ákvæði sé til þess fallið að hafa jákvæð áhrif á gæði lagasetningar almennt. Það stendur að því leyti í ákveðnu samhengi við 57. gr. í tillögu stjórnlagaráðs um að mat á áhrifum lagasetningar skuli fylgja frumvörpum til laga samkvæmt nánari fyrirmælum í lögum. Undirritaður telur að það sé þýðingarmikið að ákvæði af þessu tagi komi fram í stjórnarskrá, þar sem þá vaknar einnig skylda Alþingis til samráðs. Eðlilega túlkun verður að telja að þegar þingmál hefst á grundvelli 66. gr. í tillögu stjórnlagaráðs þá hvíli þessi skylda á Alþingi, varði þingmálið sveitarfélögin. Rétt er einnig að taka fram að samráð er iðullega haft við sveitarfélögin við undirbúning lagasetningar sem þau varðar.

Það sem helst veldur vafa um túlkun ákvæðisins er hvort lög teljist ekki hafa verið réttilega sett hafi það farist fyrir að hafa samráð við öll eða einhver af sveitarfélögum landsins áður en að þau voru sett, með þeim mögulegu afleiðingum að lögín teljist ekki stjórnskipulega gild réttarheimild sem beitt verður eða framfylgt. Við fyrstu sýn verður ekki séð að samráð við sveitarfélögin sé nauðsynlega til þess fallið að hafa áhrif á efnislega niðurstöðu af meðferð lagafrumvarps. Í því tilliti væri mjög óvarlegt að ætla að skortur á samráði myndi almennt séð geta leitt til þess að lög teldust ekki hafa stjórnskipulegt gildi að mati dómstóla. Stjórnlagaráð virðist þó gera ráð fyrir að sú gæti orðið staðan í fremur óskýrri athugasemd þar um í skýringum við ákvæðið.

Eins veldur það ákveðnum vafa hvernig með skuli fara ef lög þarf að setja með mjög skömmum fyrirvara, en oft getur á það reynt í lagasetningu að þar eru undir bæði staðbundnir hagsmunir sveitarfélaganna og heildarhagsmunir þjóðarinnar eða stórs hluta hennar. Í skýringum stjórnlagaráðs er rætt um hæfilegan fyrirvara, sem m.a. ráðist af því hvort lagafrumvarp varði verulegar breytingar á gildandi rétti eða óbreytta aðstöðu. Við þá skýringu er ekki ástæða til að gera athugasemdir, heldur hitt hvernig með skuli fara ef mjög illa vinnst tími til samráðs við sveitarfélögin, án þess þó að neyðarréttur knýji á um frávik frá samráðinu. Rétt er hér einnig að benda á að í 6. mgr. 4. gr. Evrópusáttmála um sjálfstjórn sveitarfélaga er rætt um samráð við sveitarfélögin vegna allra málefna sem varða þau beinlínis – að því leyti sem hægt er. („Local authorities shall be consulted, insofar as possible, in due time and in appropriate way in the planning and decision-making processes for all matters which concern them directly.“)

Í ljósi þessara athugasemda er það afstaða mín að rétt væri að huga vel að orðalagi ákvæðisins, og meitla það betur m.t.t. þeirra.

### **10. Málskotsréttur sveitarfélaganna**

Í skýringum stjórnlagaráðs við VII. kafla tillagna ráðsins segir svo um réttarfarsleg úrræði sveitarfélaganna vegna brota á sjálfstjórnarrétti sveitarfélaga eða öðrum form- eða efnisákvæðum stjórnarskrárinnar:

Í erindi Sambands íslenskra sveitarfélaga og á fundi með starfsfólki sambandsins var einnig lögð áhersla á að tryggð yrðu réttarfarsleg úrræði við brot á sjálfstjórnarrétti sveitarfélaga eða öðrum form- eða efnisákvæðum stjórnarskrár. Rætt var óformlega í kjölfarið að sveitarfélög þyrftu að geta átt aðild að stjórnlagamáli hjá Hæstarétti. Þó að slíkur stjórnarskrárvarinn réttur hafi ekki ratað inn í frumvarp þetta verður að telja að löggjafanum sé heimilt að rýmka aðild að slíkum stjórnlagamálum með því að mæla fyrir um slíka aðild annarra en tilgreindir eru í ákvæðinu, þ.e. forseti, þingnefnd og þriðjungur þingmanna. Slík leið væri eðlileg til þess að skera úr ágreiningi handhafa miðstjórnarvalds og sveitarstjórnar eða sveitarstjórna um hvort reglu stjórnarskrárinnar um samráðsskyldu sbr. 108. gr. eða nálægðarreglu sbr. 106. gr. hefði verið fylgt. Stendur upp á löggjafann að tryggja réttarfarsleg úrræði við brot á sjálfstjórnarrétti sveitarfélaga eða öðrum form- eða efnisákvæðum stjórnarskrár hvað þau varðar.

Í umsögn Sambands íslenskra sveitarfélaga til stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar Alþingis um tillögu stjórnlagaráðs, dags. 30. nóvember 2011, kemur fram jákvæð afstaða til tillagna stjórnlagaráðs, en þó er vikið að því að á skorti að innleiddur sé með fullnægjandi hætti Evrópusáttmáli um sjálfstjórn sveitarfélaga, þar sem ekki sé gert ráð fyrir að sveitarfélög geti borið undir dómstóla meint brot gegn sjálfstjórnarréttinum, sbr. 11. gr. sáttmálans. Um þetta vísar Samband íslenskra sveitarfélaga til skýrslu sem lögð var fyrir sveitarstjórnarþing Evrópuráðsins (Congress of Local and Regional Authorities), um staðbundið lýðræði á Íslandi, (Local democracy in Iceland), á fundi þess 2. mars 2010, CPL(18)3.

Það er rétt sem sambandið bendir á að í þessari skýrslu kemur fram að réttur sveitarfélaganna til að leita til dómstóla, sbr. 11. gr. evrópusáttmálans, sé ekki fyllilega tryggður í íslenskum lögum (sjá bls. 12-13). Þá athugasemd ber hins vegar að gera við umfjöllun í skýrslunni um þetta atriði að hún virðist ekki fyllilega rétt lýsing á aðstæðum að íslenskum rétti.

Ákvæði 11. gr. evrópusáttmálans hljóðar svo:

Sveitarstjórnir skulu hafa rétt til að leita aðstoðar dómstóla til þess að tryggja sjálfsstjórn sína og til þess að haldnar séu í heiðri þær grundvallarreglur um sjálfsstjórn sem lögfestar eru í stjórnarskránni eða löggjöf landsins.

Ekki er hægt að fullyrða að í þessu felist að sveitarfélögin skuli eiga rétt til þess að leita til dómstóla beint til þess að bera undir þá hvort lög, eða stjórnvaldsfyrirmæli svo dæmi sé tekið, standist ákvæði stjórnarskrárinnar um sjálfstjórn sveitarfélaga. Það segir aðeins í þessu ákvæði að sveitarfélögin skuli hafa rétt til að leita aðstoðar dómstóla til að tryggja sjálfstjórn sína og til þess að haldnar séu í heiðri grundvallarreglur um sjálfstjórn.

Í síðari skýrslu Evrópuráðsins, sem lögð var fyrir sveitarstjórnarþing ráðsins í september árið 2011, er að finna heildarsamantekt á því hvernig réttur sveitarfélaga í þeim ríkjum sem eiga fulltrúa á sveitarstjórnarþinginu til að verja sjálfstjórn sína fyrir dómstólum er tryggður, sjá

skjal CPL(21)2, málsgreinar 85-101. Niðurstaða þeirrar skýrslu er ekki sú að réttindi íslenskra sveitarfélaga séu ekki fullnægjandi að þessu leyti. Í skýrslunni segir m.a. svo (tilvísun til viðeigandi málsgreina í henni fylgir tilvitnuninni):

94. This conclusion does not necessarily imply that there is inadequate protection in the nine countries which have no Constitutional Court, where there is no possibility of direct repeal of provisions of ordinary legislation allegedly at variance with constitutional principles of local self-government.

95. In those countries, an examination was made of whether the ordinary courts have power to declare inapplicable to certain individual cases provisions of ordinary law deemed to be not in conformity with the Constitution, as a useful measure for the protection of local self-government, in the absence of power to annul the said disputed provisions.

96. In only five countries (Denmark, Finland, Greece, Iceland and Sweden) is there a clearly positive reply. The ordinary courts, in order to safeguard the rights of a local authority, may not only set aside administrative acts but also declare inapplicable any legislative provisions conflicting with the principles of local self-government 'enshrined in the Constitution'.

Rétt er að hafa í huga að í nokkrum tilvikum hefur Hæstiréttur Íslands, í málum gegn íslenska ríkinu, komist að þeirri niðurstöðu að tiltekið lögmælt skipulag, eða lagaákvæði, gangi gegn stjórnarskránni. Dómstólar hafa einnig komist að þeirri niðurstöðu að stjórnvaldsfyrirmæli eða einstakar stjórnvaldsathafnir standist ekki lög, t.d. eins og þau ber að túlka á grundvelli stjórnarskrárinnar. Ekkert stendur því beinlínis í vegi að Hæstiréttur eða aðrir dómstólar myndu víkja til hliðar lagaákvæðum eða fyrirmælum stjórnvalda ríkisins að kröfu sveitarfélags á þeim grunni að þau gangi gegn stjórnarskrárbundinni sjálfstjórn sveitarfélaga, enda þótt slíkt mál kæmi ekki til kasta dómstóla í formi almennrar fyrirspurnar eða kröfu um að lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum yrði vikið til hliðar, heldur í því formi að um gildi laga eða stjórnvaldsfyrirmæla væri tekist í afmörkuðu máli þar sem kröfur væru bundnar við einstaklega hagsmuni. Eigi sveitarfélag lögvarða hagsmuni af niðurstöðu máls, t.d. af ákvörðun stjórnvalds á vegum ríkisins, er ekkert því í vegi, réttarfarslega, að sveitarfélag geti átt aðild að máli. Sveitarfélög hafa einnig í nokkrum tilvikum höfðað mál til ógildingar á ákvörðunum stjórnvalda ríkisins, sem að þeim beinast, sbr. til að mynda dóm Hæstaréttar frá 10. febrúar 2011 í máli nr. 579/2010, íslenska ríkið gegn Flóahreppi.

Ekki verður annað séð en að þessi aðstaða að lögum geti í sjálfu sér fullnægt skilyrðum 11. gr. Evrópusáttmála um sjálfstjórn sveitarfélaga, líkt og hún telst gera það í Danmörku og Svíþjóð, þrátt fyrir að á hana reyni sjaldan í íslenskum rétti (sbr. m.a. málalíbúnað Kópavogskaupstaðar í máli sem síðan var dæmt af Hæstarétti, en þó á öðrum forsendum en

sjálfstjórnarrétti sveitarfélagsins, Hæstaréttardómur frá 1996, birtur á bls. 582 í dómasafni réttarins).

Í þessu ljósi telur undirritaður ekki tilefni til annars en að taka undir það sem fram kemur í skýringum stjórnlagaráðs við ákvæði VII. kafla í tillögum ráðsins, að það sé rétt að fela almenna löggjafanum að útfæra frekari réttindi sveitarfélaganna til málsóknar á hendur ríkinu vegna sjálfstjórnar en þegar er að finna í íslenskum rétti.

### **11. Á að telja sveitarfélögin upp í 2. mgr. 2. gr. í tillögu stjórnlagaráðs**

Undirritaður vekur athygli á að í umsögn Sambands íslenskra sveitarfélaga til stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar þingsins, dags. 30. nóvember 2011, að sambandið áréttaði að í 2. mgr. 2. gr. tillögu stjórnlagaráðs væri nauðsynlegt að bæta sveitarfélögum inn í upptalningu á handhöfum framkvæmdarvalds.

Ákvæðið eins og það nú er orðað hljóðar svo:

Forseti Íslands, ráðherrar og ríkisstjórn og önnur stjórnvöld fara með framkvæmdarvaldið.

Sveitarfélögin falla í flokk stjórnvalda. Þeirra staða er í reynd sterkari en annarra stjórnvalda, utan ráðherra, að tilvist þeirrar er stjórnarskrárbundin og er gert ráð fyrir að þeirri sérstöðu sé haldið í tillögu stjórnlagaráðs. Það breytir því engu um stöðu sveitarfélaganna hvort þeirra er getið í 2. mgr. 2. gr. tillögu stjórnlagaráðs eða ekki, og í reynd er það í betra samræmi við skipulag tillögunnar í heild að nefna þau ekki þar.

### **12. Samspil við önnur ákvæði í tillögum stjórnlagaráðs**

Að undanskildu því sem þegar hefur verið rakið vill undirritaður benda á í nær öllum tilvikum sem rætt er um stjórnvöld í tillögum stjórnlagaráðs þá gilda viðkomandi ákvæði einnig um sveitarfélögin. Þegar litið er yfir tillöguna sést að á stjórnvöld er minnst mjög víða.

Almennt virðist þetta ekki valda vandkvæðum. Undirritaður hefur þó staldrað við eitt atriði þar sem orðalag að þessu leyti er óskýrt, þ.e. í 2. mgr. 72. gr. í tillögum stjórnlagaráðs. Umrætt ákvæði hljóðar svo í heild:

Ekki má taka lán eða undirgangast ábyrgðir sem skuldbinda ríkið nema með lögum.

Stjórnvöldum er óheimilt að ábyrgjast fjárhagslegar skuldbindingar einkaaðila. Með lögum má þó kveða á um slíka ríkisábyrgð vegna almannahagsmuna.

Ekki má selja eða láta með öðru móti af hendi fasteignir ríkisins né afnotarétt þeirra nema samkvæmt heimild í lögum. Um ráðstöfun annarra eigna ríkisins fer að lögum.

Í 2. mgr. ákvæðisins er talað um stjórnvöld, en ekki einvörðungu vísað til þess að „ríkið“ megi ekki ábyrgjast. Samkvæmt orðanna hljóðan tekur þessi takmörkun því einnig til sveitarfélaganna. Í skýringum stjórnlagaráðs við ákvæðið, eins og einnig má ráða af síðari málslið 2. mgr. 72. gr., er þó einblínt á stöðu ríkisins í þessu sambandi. Umrætt atriði skiptir verulegu máli vegna sjálfstæðs fjárhags sveitarfélaganna og heimildar þeirra til að ráðstafa fjármunum sínum innan ramma laga, sbr. 3. mgr. 105. gr. í tillögum stjórnlagaráðs. Hvað varðar skörun við ákvæði í tillögum stjórnlagaráðs væri einfaldast að orða regluna svo: „Ríkinu er óheimilt að ábyrgjast fjárhagslegar skuldbindingar einkaaðila...“

### ***13. Tillögur um breytingar á tillögu stjórnlagaráðs***

Í sérstöku fylgiskjali með minnisblaði þessu hefur undirritaður sett fram tillögur um breytingar á ákvæðum 105.-108. gr. tillagna stjórnlagaráðs, og afmarkaðar tillögur um breytingar á skýringum ráðsins við þær tillögur. Í skjalinu er leitast við að ganga eins skammt og hægt er við þessar breytingar, en um rökstuðning þeirra vísast til þess sem sagt hefur verið í minnisblaðinu hér að framan.

*Reykjavík, 4. september 2012*

---

*Trausti Fannar Valsson*  
*lektor við lagadeild Háskóla Íslands.*

Reykjavík, 4. september 2012  
Skjalið er samtals 7 bls.

## Fylgiskjal

með minnisblaði Trausta Fannar Valssonar  
til sérfræðinganevndar um skoðun á VII.  
kafla í tillögum stjórnlagaráðs að frumvarpi til  
nýrra stjórnarskipunarlaga fyrir Ísland.

### Um VII. kafla í tillögum stjórnlagaráðs með breytingartillögum TFV

105. gr. *Sjálfstæði sveitarfélaga.*

Sveitarfélög ráða sjálf málefnum sínum með eftirliti ríkisins eftir því sem lög ákveða. Sveitarfélög skulu hafa nægilega burði og tekjur til að sinna lögbundnum verkefnum. Tekjustofnar sveitarfélaga skulu ákveðnir með lögum, svo og réttur þeirra til að ákveða hvort og hvernig þeir eru nýttir.

106. gr. *Nálægðarregla.*

Á hendi sveitarfélaga, eða samtaka í umboði þeirra, skulu vera þeir þættir opinberrar þjónustu sem best þykir fyrir komið undir staðbundinni stjórn þeirra svo sem nánar skal kveðið á um í lögum.

Deleted: eru

Deleted: í héraði

107. gr. *Kosning sveitarstjórna og íbúalýðræði.*

Sveitarfélögum er stjórnað af sveitarstjórnnum sem starfa í umboði íbúa og eru kjörnar í almennum, leynilegum kosningum.

Rétti íbúa sveitarfélags til þess að óska eftir atkvæðagreiðslu um málefni þess skal skipað með lögum.

108. gr. *Samráðsskylda.*

Við undirbúning laga sem með beinum hætti varða málefni sveitarfélaga skal, eftir því sem fært er, hafa samráð við sveitarstjórnir og samtök þeirra.

Deleted: Samráð skal haft við sveitarstjórnir og samtök þeirra við undirbúning lagasetningar sem varðar málefni sveitarfélaga.

### Um skýringar við ákvæði VII. kafla í tillögum stjórnlagaráðs með breytingartillögum TFV

#### I. Inngangur

Staða sveitarfélaga er styrkt í frumvarpi þessu. Í núverandi stjórnskipun er tilvist sveitarfélaga aðeins nefnd í 78. gr. stjórnarskrárinnar. Hér er lagður til sérstakur kafli um sveitarfélög sem hefur að geyma fjögur ákvæði. Sérstök nálægðarregla er stjórnarskrárbundin í 106. gr. og kveðið er á um kosningu sveitarstjórna og rétt íbúa sveitarfélaga til að óska eftir atkvæðagreiðslu um málefni þess í 107. gr. Þá er kveðið á um samráðsskyldu við

sveitarstjórnir og samtök þeirra við undirbúning lagasetningar sem varðar málefni sveitarfélaga í 108. gr.

## II. Núgildandi réttur og sögulegt yfirlit

Í núgildandi stjórnarskrá er kveðið á um tilvist sveitarfélaga í 78. gr. þar sem segir að sveitarfélög skuli sjálf ráða málefnum sínum eftir því sem lög ákveða. Þá segir að tekjustofnar þeirra skuli ákveðnir með lögum svo og réttur þeirra til að ákveða hvort og hvernig þeir eru nýttir.

Þjóðfundur fjallaði um stöðu sveitarfélaga og landsbyggðar í samhengi og af umræðunum má ráða áhyggjur þjóðarinnar af stöðu landsbyggðar. Um málefni sveitarfélaga sérstaklega telur Þjóðfundur að stjórnarskráin eigi að tryggja grundvöll sveitarfélaganna sem og sjálfsákvörðunarrétt þeirra og lögboðin verkefni. Skil milli verkefna ríkis og sveitarfélaga þurfi að vera skýr svo og ákvæði um ábyrgð og skyldur stjórna þeirra. Þó er áréttað að réttur sveitarfélaga til að ráða málum sínum megi ekki stangast á við þjóðarhagsmunum.

Í lýðveldisstjórnarskránni er, eins og áður segir, aðeins ein grein um sveitarfélög, þ.e. 78. gr. Efnisleg þýðing 1. mgr. 78. gr. er aðallega að tryggja tilvist sveitarfélaga án þess að kveða nánar á um fjölda þeirra, stærð eða hlutverk. Með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 var 2. mgr. bætt við, en í ákvæðinu er því slegið föstu að tekjuöflun sveitarfélaga skuli byggjast á heimild í lögum en sveitarfélögum sé í sjálfsvald sett hvernig þau hagnýta lögákveðna tekjustofna.

**Deleted:** Í tillögum stjórnlaganefndar er að finna tillögur um ákvæði sem eru ýmist samhljóða stjórnarskránni eða sama efnis og gildandi lög.

Sveitarfélög eru nú 76 í landinu. Þau mynda þjónustusvæði og hefur samstarf þeirra á milli farið vaxandi. Landshlutasamtök sveitarfélaga eru nú átta talsins og miðast landfræðilega við „gömlu“ kjördæmin átta.

Horfa má til fyrirmynda annars staðar frá í þessu efni. Í Svíþjóð er staða sveitarfélaga mun nánar skilgreind en í íslensku stjórnarskránni. Í sænsku stjórnarskránni er m.a. fjallað um fulltrúalýðræði og sjálfstjórnarrétt sveitarfélaga og skilgreind meginhlutverk þeirra og ábyrgð. Í dönsku stjórnarskránni er ein stutt grein um sveitarfélög, 82. gr., þar sem sjálfstjórn sveitarfélaga er háð sama fyrirvara og í íslenska stjórnarskrárákvæðinu, þ.e. að útfærsla þess er ákveðin í almennum lögum.

**Deleted:** Þá er í danska ákvæðinu rætt um eftirlitsvald ríkisins þannig að þar er gengið skemmra í sjálfstjórn en hérlendis og t.a.m. í Svíþjóð.

**Deleted:** Haft var samráð við

**Stjórnlagaráð hafði samráð við** Samband íslenskra sveitarfélaga við undirbúning þessa kafla. Bentu fulltrúar sambandsins m.a. á að sjálfstjórn sveitarfélaga ætti að viðurkenna og tryggja í reynd í stjórnarskrá. Þá lögðu þeir áherslu á að sveitarfélögum væru tryggðir nauðsynlegir tekjustofnar í samræmi við þau verkefni sem þeim eru falin í stjórnarskrá og lögum. Enn fremur bentu fulltrúar sambandsins á að verkaskipting í opinberri þjónustu skyldi miðast við að sveitarfélögin önnuðust nærþjónustu. Einnig lögðu þeir áherslu á samráð við sveitarfélög og samtök þeirra um lagabreytingar á skipulagi almannaþjónustu sem þeim er falin framkvæmd á með lögum. Loks var bent á þörfina á að tryggja réttarfarsleg úrræði við brot á sjálfstjórnarrétti sveitarfélaga. Flest þessara atriða má styðja með umfjöllun í stjórnarskrá og voru þau höfð til hliðsjónar við undirbúning kaflans í Stjórnlagaráði.

## III. Markmið Stjórnlagaráðs

**Í tillögu Stjórnlagaráðs, sem hér er lögð til grundvallar, kemur fram að** eitt þeirra megingilda sem Stjórnlagaráð **hafði** til hliðsjónar í starfi sínu **var** valddreifing. Gegn sterku **löggjafar og** miðstjórnarvaldi **taldi stjórnlagaráð að mynda mætti** mótvægi og dreifa valdi með því að flytja verkefni, ákvörðunarvald og tekjustofna til sveitarfélaga eða héraða. **Stjórnlagaráð benti á að**

**Deleted:** E

**Deleted:** hefur haft

**Deleted:** er

**Deleted:** handhafa löggjafar- og framkvæmdarvalds

**Deleted:** má mynda

slíkt mætti að óbreyttu gera með almennum lögum og án stoðar í stjórnarskrá en ráðið taldi þó rétt að skerpa og skýra ákvæði um sveitarfélög í stjórnarskránni í því skyni að löggjafinn hefði ekki algert sjálfðæmi um hvort slík valddreifing ætti sér stað.

Deleted: Slíkt má

Stjórnlagaráð benti einnig á að í sambandsríkjum (e. *federal states*) er gjarnan viðhöfð einhvers konar nálægðarregla sem kveður á um að úr hverju máli skuli leyst á lægsta stjórnsýslustigi sem nær utan um það, m.ö.o. að ákvarðanir séu teknar eins nálægt þeim sem þær varða og mögulegt er. Á ensku er nálægðarregla nefnd „principle of subsidiarity“ og er skilgreind þannig: *Subsidiarity is the idea that a central authority should have a subsidiary function, performing only those tasks which cannot be performed effectively at a more immediate or local level.*

Deleted: í

Deleted: ¶

Stundum er sagt að í reglunni felist að um mál skuli fjallað á þeim vettvangi sem best nær utan um það, en í því felst t.d. að um stærri umhverfismál skuli fjallað á breiðari grundvelli en í héraði eða á sveitarstjórnarstigi einvörðungu.

Í stjórnlagaráði var rætt hvort ganga ætti svo langt að skipta fjárstjórnarvaldinu á milli handhafa miðstjórnarvalds og sveitarstjórna sem handhafa staðbundins opinbers valds. Var horfið frá því eftir umræðu enda ætti það að vera löggjafans að kveða á um skiptingu og ráðstöfun tekjustofna.

Deleted: Rætt var í ráðinu um

Ráðið valdi að fara þá leið að auk vísireglu 1. mgr. um sjálfstæði sveitarfélaga eftir því sem lög ákveða, sem er óbreytt fyrri málsgrein 78. gr. stjórnarskrárinnar, skyldi bætt við fjórum nýjum greinum.

\* Í fyrsta lagi er gerð tillaga um nýja vísireglu um kosningar sveitarstjórna og íbúalýðræði sem að vísu hefur ekki mikið sjálfstætt efnisinntak heldur er löggjafanum falin útfærsla þess.

\* Í öðru lagi er bætt við reglu um að sveitarfélög skuli hafa nægilega burði og tekjur til að sinna lögbundnum verkefnum, en þar er um efnisreglu að ræða þó að hún takmarkist við þau verkefni sem löggjafinn felur sveitarfélögum.

\* Í þriðja lagi er efnisregla um að þeirri þjónustu, sem best er fyrir komið í héraði, skuli sinnt þar (nálægðarregla).

\* Í fjórða lagi er lögð til formregla um samráðsskyldu stjórnvalda við sveitarfélög.

#### **Um 105. gr. Breytt ákvæði 78. gr. núgildandi stjórnarskrár.**

Ákvæði 78. gr. gildandi stjórnarskrár um sveitarfélög standa óbreytt en færast úr mannréttindakafla stjórnarskrárinnar yfir í nýjan kafla um málefni sveitarfélaga. Ákvæði 1. mgr. hefur verið nánast óbreytt frá árinu 1874 og hefur ágæt sátt ríkt um það. Með ákvæðinu er sveitarfélögum tryggð stjórnarskrárvarin staða í stjórnkerfi hins opinbera. þau njóta sjálfstæðis gagnvart öðrum stjórnvöldum sé annað ekki ákveðið með lögum og verða þau ekki lögð niður nema með stjórnarskrárbreytingu. Sveitarfélögin teljast til stjórnvalda og eru bundin af lögum með sama hætti og önnur stjórnvöld.

Deleted: , að tillögu stjórnlaganefndar

Greinin kveður á um sjálfstjórn sveitarfélaga án þess að tilgreina nánar í hverju hún felst. Hér er því fyrst og fremst stefnuýfirlýsing stjórnarskrárgjafans um að þau skuli njóta sjálfstjórnar eða vísiregla sem löggjafinn útfærir nánar. Fyrri málsgrein 78. gr. stjórnarskrárinnar þykir því heldur óljós ein og sér en fram kemur í Skýrslu stjórnlaganefndar að sjálfstæð efnismerking þess ákvæðis sé lítil að mati fræðimanna.

Stjórnlagaráði þótti rétt að bæta við ákvæðið í því skyni að löggjafinn, meginhandhafi



ríkisvalds, hafi ekki sjálfðæmi um hvort og hve mikið sjálfstæði sveitarfélaga eða sveitarstjórna sem handhafa staðbundins opinbers valds skuli vera. Þótti ráðinu af þeim sökum og með vísan til framangreinds ekki koma til greina að hafa stjórnarskrárákvæði um sveitarfélög óbreytt.

Í erindi Sambands íslenskra sveitarfélaga og á fundi með starfsfólki sambandsins var einnig lögð áhersla á að tryggð yrðu réttarfarsleg úrræði við brot á sjálfstjórnarrétti sveitarfélaga eða öðrum form- eða efnisákvæðum stjórnarskrár. Rætt var óformlega í kjölfarið að sveitarfélög þyrftu að geta átt aðild að stjórnlagamáli hjá Hæstarétti. Þó að slíkur stjórnarskrárvarinn réttur hafi ekki ratað inn í frumvarp þetta verður að telja að löggjafanum sé heimilt að rýmka aðild að slíkum stjórnlagamálum með því að mæla fyrir um slíka aðild annarra en tilgreindir eru í ákvæðinu, þ.e. forseti, þingnefnd og þriðjungur þingmanna. Slík leið væri eðlileg til þess að skera úr ágreiningi handhafa miðstjórnarvalds og sveitarstjórnar eða sveitarstjórna um hvort reglu stjórnarskrárinnar um samráðsskyldu sbr. 108. gr. eða nálægðarreglu sbr. 106. gr. hefði verið fylgt. Stendur upp á löggjafann að tryggja réttarfarsleg úrræði við brot á sjálfstjórnarrétti sveitarfélaga eða öðrum form- eða efnisákvæðum stjórnarskrár hvað þau varðar.

Nýmælið felst í 2. mgr. þar sem segir að sveitarfélög skuli hafa nægilega burði og tekjur til að sinna lögbundnum verkefnum. Markmið ákvæðisins er að stuðla að því að samræmi sé milli lögbundinna verkefna sveitarfélaga og tekna þeirra. Í ljósi þess að ráðið leggur til óbreytta málsgrein um að tekjustofnar sveitarfélaga skyldu ákveðnir með lögum, svo og réttur þeirra til þess að ákveða hvort og hvernig þeir væru nýttir, var talið að herða þyrfti á þeirri skyldu löggjafans að tryggja samræmi milli verkefna og tekna, þ.e. að tryggja að nægar tekjur væru fyrir hendi til lögbundinna verkefna sveitarfélaga.

Skylda til þess að stuðla að samræmi milli lögbundinna verkefna og tekna hvílir þó ekki einhliða á miðstjórnarvaldinu, löggjafanum; í ákvæðinu felst einnig réttur fyrir löggjafann til að skipa málum þannig að sveitarfélög séu nægilega öflug til að sinna verkefnum sínum og þá er einkum átt við stærð sveitarfélaga. Skyldan hvílir þá einnig á sveitarfélögum að sæta slíkum reglum og sveitarstjórnnum að haga málum þannig að ekki stefni í óefni. Löggjafinn útfærir þetta nánar í lögum, m.a. um aðhald og eftirlit með fjármálum sveitarfélaga í samráði við sveitarfélög, sbr. samráðsskylduna sem einnig er nýmæli. Sveitarfélög eiga því að vera nægilega burðug sem helgast m.a. af hæfilegri stærðarhagkvæmni.

Markmiðinu um nægilega burði og samræmi milli verkefna og tekna má einnig ná með samstarfi milli sveitarfélaga, svo sem nú er algengt í svonefndum byggðasamlögum skv. sveitarstjórnarlögum nr. ~~138/2011~~ og fleiri lögum.

Deleted: 45/1998

~~Í stjórnlagaráði var rætt hvort sleppa mætti orðinu „lögbundnum“ í því skyni að skylda þessi og réttur næði einnig til verkefna sem sveitarfélög ákvæðu upp á sitt einsdæmi að sinna án lagaskyldu. Var á það bent að mörgum mikilvægum verkefnum, svo sem almenningsamgöngum, er sinnt af hálfu sumra sveitarfélaga án lagaskyldu. Á hinn bóginn var talið að slík skylda á hendur ríkisvaldinu væri of þungbær ef sveitarfélög ættu að hafa sjálfðæmi um verkefni enda hefur Stjórnlagaráð leitast í tillögugerð sinni við að tryggja að völd og ábyrgð fari saman.~~

Deleted: R

Deleted: var um

Deleted: Þótti það í betra samræmi við sjálfstjórn sveitarfélaga og þá staðreynd að

Ákvæði 3. mgr. kveður á um tekjustofna sveitarfélaga og kom nýtt inn í stjórnarskrá með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995. Það er talið staðfesta að tekjuöflun sveitarfélaga þurfi að byggjast á heimild í lögum en þeim sé í sjálfsvald sett hvort og hvernig þau nýta lögákvæðna tekjustofna. Ákvæðið gengur sem sérregla að nokkru leyti framar almennum reglum

stjórnarskrár um skattamál í 1. mgr. 40. gr. og 77. gr. stjórnarskrárinnar sem teknar eru upp óbreyttar í frumvarp þetta. Rétt er að hafa í huga að ákvæðið skýrir þá stöðu að tekjuöflun sveitarfélaga, líkt og annarra stjórnvalda, verður almennt að hvíla á settum lögum. Það á sérstaklega við um skatta, sbr. einnig til hliðsjónar ríkar kröfur sem leiða af þeim ákvæðum tillögunnar er sérstaklega fjalla um skatta. Ákvæðið haggar hins vegar ekki þeim heimildum sem sveitarfélög kunna mögulega að hafa, svo sem á grundvelli venju, til töku gjalda eða endurgjalds fyrir tiltekna starfsemi. Nýjir tekjustofnar verða hins vegar vart á settir nema með skýrri lagaheimild.

#### Um 106. gr. Nýtt ákvæði.

Hér er lagt til að stjórnarskrárbundin verði svokölluð nálægðarregla sem felur í sér að þeir þættir opinberrar þjónustu sem best þykir komið undir staðbundinni stjórn sveitarfélaga eigi að veita af þeim. Reglan er þannig í eðli sínu nálægðarregla en efni hennar lagað sérstaklega að sveitarstjórnarstiginu. Gera verður ráð fyrir að sum staðbundin opinber þjónusta eigi ekki nauðsynlega best heima hjá sveitarfélögum. Í slíkum tilvikum er eðlilegt að löggjafinn hafi svigrúm til að ákveða skipulag slíkra verkefna með öðrum hætti, en sé ekki bundinn af því að færa þau engu að síður í hendur sveitarfélaganna.

**Deleted:** Stjórnlagaráð leggur til að

Í ákvæðinu er vísað til opinberrar þjónustu, en hafa má ákvæðið til hliðsjónar við ákvörðun um hvar ákvörðunarvaldi um opinber málefni skuli fyrirkomið. Stjórnarskrárákvæðið er að hluta til byggt á sambærilegri reglu innan Evrópusambandsins (e. *principle of subsidiarity*). Hugsunin um sjálfstjórn sveitarfélaga byggist á þeirri lýðræðishugsun að fólk í landinu hafi rétt til þess að hafa bein áhrif á nærumhverfi sitt.

**Deleted:** Þjónusta eigi að veita í eins miklu návígi við íbúa og kostur er. Í ráðinu kom fram að æskilegt væri að skilgreina verkefni hins opinbera á þann hátt að sveitarfélög færu með þau mál sem varða íbúa þeirra beint og varða nærumhverfi þeirra

**Deleted:** Hér er m.ö.o. átt við opinbera þjónustu svo sem segir í ákvæðinu en

Í tillögum Stjórnlagaráðs kemur fram að ýmis sjónarmið hafi komið fram um þessa reglu í umræðum, m.a. að meðferð valds eigi að vera sem næst þeim vettvangi sem málið varðar. Við ákvörðun um skiptingu verkefna og tekjustofna milli ríkis og sveitarfélaga þyrfti að gæta að jöfnun tekna á milli sveitarfélaga innbyrðis, að verkefnum sé sinnt af sveitarfélögum eða samtökum þeirra, svo sem byggðasamlagi, nema þau eigi betur heima hjá ríkinu.

**Deleted:** Ý

**Deleted:** komu

Með orðalaginu „eða samtaka í umboði þeirra“ í ákvæðinu er ekki aðeins átt við fyrirliggjandi samtök sveitarfélaga sjálfra, þ.e. Samband íslenskra sveitarfélaga og landshlutasamtök þeirra, eða allsherjarréttarlegan samstarfsgrundvöll þeirra, byggðasamlög, sbr. sveitarstjórnarlög nr. 138/2011. Með þessu orðavali er einnig gefið til kynna að sveitarfélög geti, að því leyti sem lög leyfa, framselt til einkaréttarlegra aðila umsýslu með þjónustu sem þeim ber að veita lögum samkvæmt. Sem dæmi um slíka aðila má nefna samtök sem ekki hafa arðsemismarkmið, a.m.k. ekki sem megintilgang, svo sem foreldrafélög, neytendasamtök, samvinnufélög, sjálfseignarstofnanir og önnur slík samtök en nefna má að sjálfseignarstofnanir hafa lengi verið mikilvirkar í sambandi við rekstur eða umsjón öldrunarþjónustu – en yfirleitt á kostnað hins opinbera. Í slíkri heimild til framsals á umsýslu þjónustu felst ekki að sveitarfélög geti skotið sér undan lögbundnum skyldum sínum, enda er þjónustunni þá sinnt „í umboði“ sveitarfélaga svo sem ákvæðið áskilur.

**Deleted:** um nálægðarreglu

**Deleted:** 45/1998.

Í stjórnlagaráði var rætt að snúa reglunni við þannig að verkefnum skyldi sinnt af sveitarfélögum nema þau ættu betur heima hjá ríkinu. Þar sem Ísland er lítið ríki og ekki sambandsríki naut sú nálgun ekki nægilegs stuðnings en engu að síður verður að telja að sönnunarbyrði um hvort verkefni eigi betur heima hjá sveitarfélögum eða miðstjórn ríkisvalds sé ekki einvörðungu lögð á sveitarfélög í ljósi markmiðsreglunnar og nýmælis um samráðsskyldu. Þó að löggjafanum sé falin útfærsla reglunnar og endanlegt ákvörðunarvald um hvaða verkefnum skuli sinnt í héraði hefur löggjafinn ekki sjálfðæmi um það í ljósi þessa

**Deleted:** R

**Deleted:** var um

og langrar hefðar um að samráð sé haft við fulltrúa sveitarfélaga við flutning verkefna milli ríkis og sveitarfélaga.

#### Um 107. gr. Nýtt ákvæði.

Í ákvæðinu er lagt til nýmæli um kosningu sveitarstjórna og íbúalýðræði, en ákvæðið byggist á tillögu nefndarinnar, að undanskilinni orðalagsbreytingu í 1. mgr.

**Deleted:** Í tillögu stjórnlaganefndar var

Í 1. mgr. þótti rétt að kveða á um það sem lengi hefur gilt skv. lögum, að sveitarfélögum skuli stjórnað af sveitarstjórnnum, þær sæki umboð sitt til íbúanna og séu kjörnar í almennum kosningum sem skuli vera leynilegar. Eðlilegt þykir að kveðið sé á um slík grundvallarréttindi, líkt og kosningu sveitarstjórnar, í stjórnarskrá.

Til umræðu kom hvort áskilja bæri persónukjör eða heimila beitingu þess, eins og gert er í frumvarpi þessu, sbr. 39. gr., en talið var nægilegt að löggjafinn ákvæði slíkt og útfærði – og þá með hliðsjón af reglum stjórnarskrár og lögum um alþingiskosningar. Um nánari fyrirmæli, m.a. um kjörgengi og kosningarétt, verður kveðið á í almennum lögum.

Þá er nýmæli fylgið í 2. mgr. sem kveður á um rétt íbúa sveitarfélags til þess að óska eftir atkvæðagreiðslu um málefni þess. Sveitarfélög gegna mikilvægu lýðræðislegu hlutverki, enda eru þau það stjórnvald sem er næst fólkinu. Ákvæðið eitt og sér felur ekki í sér sérstakar skyldur sveitarfélaga, heldur ráðagerð um að slíkar atkvæðagreiðslur skuli haldnar að ákveðum skilyrðum fullnægðum.

Réttinn til að óska eftir atkvæðagreiðslu um málefni sveitarfélaga er nú þegar að finna í sveitarstjórnarlögum nr. 138/2011. og er meginbreytingin því að sá réttur er nú stjórnarskrárvarinn. Útfærslan er þó eins og í fleiri tilvikum sett í hendur löggjafans.

**Deleted:** XI. kafla sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998, sbr. 8. gr. laga nr. 74/2003,

Rétt er að taka fram að réttur íbúa sveitarfélags til atkvæðagreiðslu um málefni sveitarfélags hvílir á sama grundvelli og réttur almennings til þjóðaratkvæðagreiðslu um löggjöf. Eðli og áhrif slíkra atkvæðagreiðslna eru hins vegar ólík að mörgu leyti. Sveitarfélögin eru stjórnvöld. Þau eru bundin af lögum í starfsemi sinni. Atkvæðagreiðsla um málefni sveitarfélags getur því aldrei lotið að öðru en því sem sveitarfélagi er að lögum heimilt að framkvæma. Í löggjöf um atkvæðagreiðslu íbúa sveitarfélaga um málefni sveitarfélags er eðli máls samkvæmt tekið mið af þessu, en ella missa lögin marks. Því er ekki þörf á sömu fyrirvörum í stjórnarskránni varðandi það hvað er hægt að bera undir atkvæði íbúa sveitarfélaga og um það hvaða málefni verða borin undir þjóðaratkvæði.

**Deleted:** Útfærslan er þó eins og í fleiri tilvikum sett í hendur löggjafans.

#### Um 108. gr. Nýtt ákvæði.

Hér er lögð til ný formregla um samráðsskyldu við undirbúning lagasetningar ef löggjöf, sú er málið varðar, tekur til málefna sveitarfélaga. Reglan bindur hendur löggjafans við undirbúning á þann veg að samráð skuli viðhaft við lagasetningu í þeim tilvikum er frumvörp varða einvörðungu eða að verulegu leyti málefni sveitarfélaga eða hafa bein áhrif á starfsemi þeirra. Skyldan hvílir á þeim sem undirbýr löggjöf hverju sinni, viðkomandi ráðuneyti og ráðherra þegar um stjórnarfrumvörp er að ræða, en einnig á þingmönnum eða starfsfólki Alþingis fyrir þeirra hönd þegar þingmenn leggja fram frumvörp. Hér er lagt til að forseta Alþingis beri skylda til þess að aðgæta hvort þessari skyldu hafi verið fullnægt, en löggjafi hefur ákveðið sjálfðæmi um að ákveða slíkt með almennum lögum.

Í dag gildir samkomulag um kostnaðarmat lagafrumvarpa og stjórnvaldsfyrirmæla gagnvart sveitarfélögum. Það samkomulag er milli stjórnvalda ríkisins og sveitarfélaganna. Sú regla um

**Deleted:** sem tók gildi hinn 1. janúar 2006

**Deleted:** , en sú

verklag við undirbúning lagafrumvarpa er hér sumpart stjórnarskrárbundin til að vernda rétt sveitarfélaga. Kostnaðarmat telst hluti samráðs, sem og fellur undir mat á áhrifum lagasetningar sem ber nú að vinna við undirbúning laga, sbr. 57. gr. frumvarps þessa um meðferð lagafrumvarpa.

Þýðing þess að stjórnarskrárbinda reglu um samráðsskyldu getur haft í för með sér að brot gegn henni leiði til þess að lög teljist ekki hafa hlotið rétta málsmeðferð skv. stjórnskipunarlögum. Þá ber að huga að réttarfarsúrræðum sveitarfélaga eins og áður var rætt. Þar sem sveitarfélög eru nú 76 talsins er eðlilegt að halda í þá hefð að hafa samráðið á vettvangi samtaka sveitarfélaga, hvort sem er landssambands þeirra eða landshlutasamtaka eftir því sem betur á við. Um inntak lagahugtaksins „lögskilt samráð“ byggir ráðið á hefðbundnum lagaskilningi sem felur í sér að samráð sé ekki aðeins einhliða tilkynning og heldur ekki samningur tveggja jafnsettra aðila heldur millistig, þ.e. að samráðsgjafi gefi samráðsþega færi á að gera athugasemdir við tillögu, með hæfilegum fyrirvara og með það að markmiði að eiga í kjölfarið viðræður og leita samkomulags. Hvað telst hæfilegur fyrirvari fer m.a. eftir því hvort um er að ræða verulegar breytingar á gildandi rétti eða fyrirleggjandi stöðu.

Deleted: hafi ekki

Skýra má ákvæðið rýmkaði að því leyti sem stjórnvaldsfyrirmæli á borð við reglugerðir fela í sér efnisreglur, einkum ef íþyngjandi eru fyrir sveitarfélög, íbúa þeirra eða sveitarstjórnir.