

Til: Forsætisráðherra
Frá: Róberti R. Spanó prófessor og dr. Valgerði Sólves prófessor

G R E I N A R G E R Ð

um hvort þörf sé á breytingum á mannréttindakafla stjórnarskrárinnar

1. VERKBEIÐNI FORSÆTISRÁÐHERRA
2. SAMANTEKT
3. STJÓRNSKIPUNARLÖG NR. 97/1995 OG VINNA VIÐ ENDURSKOÐUN STJÓRNARSKRÁRINNAR 2005–2021
 - 3.1 Breytingar með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995
 - 3.2 Tillögur að breytingum á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar á tímabilinu 2005–2021
4. ÞARF AÐ BREYTA MANNRÉTTINDAÁKVÆÐUM STJÓRNARSKRÁRINNAR?
 - 4.1 Almenn sjónarmið við mat á hvort gera þurfi breytingar á mannréttindaákvæðum
 - 4.2 Þarf að breyta gildandi mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar?
 - 4.3 Þróun mannréttindaákvæða stjórnarskrárinnar í íslenskri réttarframkvæmd 1995–2023
 - 4.3.1 Áhrif mannréttindasáttmála Evrópu á túlkun stjórnarskrárinnar
 - 4.3.2 Vernd tjáningarfrelsis
 - 4.3.3 Ne bis in idem
 - 4.3.4 Niðurstöður um samræmi mannréttindakafla stjórnarskrárinnar og mannréttindasáttmála Evrópu
 - 4.4 Félagsleg réttindi samkvæmt 76. gr. stjórnarskrárinnar og álitaefni um hvort setja beri ákvæði um mannlega reisn í stjórnarskrá
 - 4.5 Réttindi sem hafa þróast og styrkst alþjóðlega frá 1995
 - 4.5.1 Aukin áhrif þriðju kynslóðar mannréttinda — auðlindir og umhverfisvernd
 - 4.5.2 Ör tæknþróun, gervigreind og vernd persónuupplýsinga
5. TILLÖGUR AÐ BREYTINGUM Á MANNRÉTTINDAÁKVÆÐUM STJÓRNARSKRÁRINNAR
 - 5.1 Auðlindir, umhverfisvernd og eignarréttur
 - 5.1.1 Auðlindir
 - 5.1.1.1 Tillögur að auðlindaákvæði og frumvarp forsætisráðherra 2020–2021
 - 5.1.1.2 Endurskoðun á tillögu í frumvarpi forsætisráðherra 2020–2021
 - 5.1.1.3 Tillaga að frumvarpstexta
 - 5.1.2 Umhverfisvernd
 - 5.1.2.1 Frumvarp forsætisráðherra 2020–2021, ábendingar Feneyjarnefndarinnar og eldri tillögur um stjórnarskrárákvæði um umhverfisvernd
 - 5.1.2.2 Ákvæði 112. gr. norsku stjórnarskrárinnar og dómur Hæstaréttar Noregs í Greenpeace-Norden málinu
 - 5.1.2.3 Tilmæli þings Evrópuráðsins um réttinn til heilnæms umhverfis
 - 5.1.2.4 Ályktun Allsherjarþings Sameinuðu þjóðanna um réttinn til heilnæms umhverfis

- 5.1.2.5 Vætanlegir dómar yfirdeildar Mannréttindadómstóls Evrópu
- 5.1.2.6 Tillaga að frumvarpstexta
- 5.1.3 Eignaréttarákvæði stjórnarskrárinnar og almennar takmarkanir eignaréttar
 - 5.1.3.1 Efni og uppbygging 72. gr. stjórnarskrárinnar
 - 5.1.3.2 Lögmætisreglan og áhrif hennar við túlkun 72. gr. stjórnarskrárinnar
 - 5.1.3.3 Tillaga að frumvarpstexta
- 5.2 Persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga
 - 5.2.1 Efnisatriði stjórnarskrarákvæðis um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga
 - 5.2.2 Tillaga að frumvarpstexta

1. VERKBEIÐNI FORSÆTISRÁÐHERRA

Með bréfi 1. desember 2022 óskaði forsætisráðherra eftir því að við undirrituð tækjum saman greinargerð um hvort þörf sé á breytingum á mannréttindakafla stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, það er VI. og VII. kafla, að undanskildum ákvæðum sem ekki varða mannréttindi. Um verkið segir meðal annars í bréfinu:

Við endurskoðun stjórnarskrárinnar árið 1995 var megináhersla lögð á að festa í sessi fyrstu og annarrar kynslóðar mannréttindi, þ.e. annars vegar borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi og hins vegar efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi. Á þeim tíma sem liðinn er síðan þá hefur alþjóðleg réttarþróun á sviði mannréttinda orðið til þess að dýpka inntak ýmissa mannréttindaákvæða og skilning á samspili þeirra innbyrðis. Því er ástæða til að staldra við og meta hvort og þá hvaða breytinga sé þörf á mannréttindakaflanum í núverandi mynd.

Er það einnig í samræmi við áætlun um heildarendurskoðun stjórnarskrárinnar á tveimur kjörtímabilum sem nú er unnið eftir. Eruð þið jafnframt beðin um að taka mið af þeirri stjórnarskrárvinnu sem fram hefur farið hér á landi frá 2005 að því marki sem mannréttindi hafa verið þar til umræðu.

Atriði sem forsætisráðherra óskar eftir að verði reifuð eru þriðju kynslóðar mannréttindi og hvers konar sess eigi að tryggja þeim í stjórnarskránni. Þá er ljóst að loftslagsvandinn og ör tækniþróun munu leiða til breytinga og fordæmalausra áskorana fyrir ríki heims. Forsætisráðherra óskar eftir því að áhrifum þessara breytinga verði gefinn sérstakur gaumur í greinargerðinni. Loks eruð þið beðin um að víkja að framfylgd stjórnarskrárvarinna mannréttinda og hvort ástæða sé til að gera breytingar í því efni er lúta að hlutverki stofnana ríkisins, þ.m.t. dómstóla.

Óskað er eftir því að í greinargerðinni verði gerðar frumtillögur að breytingum á stjórnarskránni eftir því sem þið teljið tilefni til. Þá er óskað eftir því að greinargerðinni verði skilað til forsætisráðuneytisins eigi síðar en 1. september 2023. Hún mun nýtast sem grundvöllur fyrir alþingismenn og almenning í umræðum um hugsanlegar breytingar á þessum kafla stjórnarskrárinnar.

Hér á eftir eru niðurstöður greinargerðarinnar dregnar saman í *kafla 2*. Í *kafla 3* er annars vegar gerð grein fyrir þeim breytingum sem gerðar voru á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 og hins vegar þeim tillögum sem komið hafa fram um breytingar á mannréttindaákvæðunum frá 2005 að telja. Í *kafla 4* er fjallað um hvort þörf sé á að breyta mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar. Þar er lýst almennum sjónarmiðum við mat á hvort gera þurfi breytingar á mannréttindaákvæðunum og síðan fjallað um hvort þörf sé á að breyta gildandi ákvæðum. Næst er greint frá því hvernig mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar hafa þróast í íslenskri réttarframkvæmd á árunum 1995–2023. Því næst er sjónum beint að félagslegum réttindum samkvæmt 76. gr. og því hvort ástæða sé til að setja ákvæði um mannlega reist í stjórnarskrá. Þá er greint frá þeim réttindum sem hafa þróast og styrkst á alþjóðavettvangi frá 1995 að telja sem eru annars vegar svokölluð þriðju kynslóðar mannréttindi og hins vegar réttindi tengd tækniþróun, gervigreind og persónuupplýsingum. Í *kafla 5* eru loks gerðar tillögur að breytingum á mannréttindakafla stjórnarskrárinnar.

2. SAMANTEKT

Í greinargerðinni gerum við tillögur um eftirfarandi breytingar á mannréttindakafla stjórnarskrárinnar:

1. Við 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar bætast við tveir nýir málslíðir um vernd persónuupplýsinga, svofelldir:

Þá eiga allir rétt til verndar eigin persónuupplýsinga. Skal vinnsla slíkra upplýsinga fara fram af sanngirni og í þágu skilgreinds markmiðs á grundvelli samþykkis þess sem í hlut á eða á öðrum lögmætum grundvelli.

2. Við 3. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar verði bætt við orðunum „og vernd persónuupplýsinga“ á eftir orðinu „... fjölskyldu ...“ og á undan orðunum „ef brýna nauðsyn ...“.

3. Við 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar bætist við nýr málslíður um almennar takmarkanir eignaréttar, svofelldur:

Engan má heldur skylda til að sæta skerðingu eignar sinnar nema almenningsspörf krefji og þarf til þess lagafyrirmæli.

4. Við VII. kafla stjórnarskrárinnar bætist nýtt ákvæði um umhverfisvernd, svofellt:

Náttúra Íslands er undirstaða lífs í landinu. Ábyrgð á vernd náttúru og umhverfis hvílir sameiginlega á öllum og skal verndin grundvallast á varúðar- og langtímasjónarmiðum með sjálfbæra þróun að leiðarljósi. Stuðlað skal að því að fjölbreytni náttúrunnar sé viðhaldið og vöxtur lífríkis og viðgangur tryggður.

Öllum skal tryggður í lögum réttur til heilnæms umhverfis og náttúru.

Öllum skal tryggður í lögum réttur til upplýsinga umhverfið og áhrif framkvæmda á það.

5. Við VII. kafla stjórnarskrárinnar bætist nýtt ákvæði um auðlindir, svofellt:

Auðlindir náttúru Íslands tilheyra íslensku þjóðinni. Þær skal nýta á sjálfbæran og hagkvæman hátt til hagsbóta landsmönnum öllum. Ríkið hefur eftirlit og umsjón með meðferð og nýtingu auðlindanna.

Náttúruauðlindir og landsréttindi sem ekki eru háð einkaeignarrétti eru þjóðareign. Enginn getur fengið beinan eignarrétt yfir þessum gæðum. Ríkið fer með forræði yfir þeim í umboði þjóðarinnar.

Veiting heimilda til nýtingar á náttúruauðlindum og landsréttindum sem eru í þjóðareign eða eigu íslenska ríkisins skal grundvallast á lögum og gæta skal jafnræðis, hagkvæmni og gagnsæis. Með lögum skal kveða á um gjaldtöku fyrir heimildir til nýtingar í ábataskyni.

3. STJÓRNARSKIPUNARLÖG NR. 97/1995 OG VINNA VIÐ ENDURSKOÐUN STJÓRNARSKRÁRINNAR 2005–2021

3.1 Breytingar með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995

Með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 voru gerðar breytingar á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar. Ákvæðin höfðu þá verið sambærileg þeim sem verið höfðu í fyrstu stjórnarskrá Íslands, stjórnarskrá um hin sérstaklegu málefni Íslands frá 5. janúar 1874 sem Danakonungur hafði sett einhliða, að því undanskildu að kosningaréttur hafði þá verið rýmkaður í skrefum.¹ Þrjár ástæður lágu að baki endurskoðuninni:

¹ Sjá Björg Thorarensen, Stjórnarskipunarréttur. Mannréttindi. Reykjavík: Bókaútgáfan Codex 2. útg. 2019, 25, 28–29.

Í *fyrsta lagi* var talið að þörf væri á að efla, samhæfa og samræma mannréttindaákvæðin þannig að þau myndu gegna betur því hlutverki sínu að vera vörn almennings í samskiptum við þá sem færu með ríkisvald.

Í *öðru lagi* var byggt á því að þörf á að færa ýmis ákvæði til nútímalegra horfs því þau væru óbreytt frá því að fyrsta stjórnarskrá Íslands var sett árið 1874.

Í *þriðja lagi* var talin þörf á að endurskoða mannréttindaákvæðin með tilliti til þjóðréttarlegra skuldbindinga sem íslenska ríkið hafði tekist á hendur með því að gerast aðili að fjölþjóðlegum sáttmálum til verndar mannréttindum. Var þar einkum vísað til mannréttinasáttmála Evrópu frá 4. nóvember 1950 sem þá hafði verið lögfestur með lögum nr. 62/1994 um mannréttinasáttmála Evrópu en einnig til Félagsmálasáttmála Evrópu frá 18. október 1961 og tveggja mannréttinasamninga Sameinuðu þjóðanna frá 16. desember 1966 um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi annars vegar og efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi hins vegar.² Lögfesting mannréttinasáttmála Evrópu hafði vakið upp nokkra óvissu um réttarheimildalega stöðu ákvæða hans gagnvart stjórnarskrá. Það var því sérstakt markmið með breytingunum að færa í stjórnarskrá þau réttindi sem nyttu verndar samkvæmt sáttmálanum.³ Í athugasemdum greinargerðar með frumvarpi því sem varð að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 kemur fram að áhersla hafi verið lögð á að bæta við og útfæra nánar ýmis borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi en bæta ekki við efnahagslegum og félagslegum réttindum í neinum teljandi mæli.⁴

Draga má sama breytingarnar á stjórnarskránni sem gerðar voru með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 með svofelldum hætti:

Ný réttindi sem bættust við voru eftirfarandi: Almenn regla um jafnræði allra fyrir lögnum (1. mgr. 65. gr.), regla um jöfn réttindi kynjanna (2. mgr. 65. gr.), réttindi íslenskra ríkisborgara (1. og 2. mgr. 66. gr.), reglur um ferðafrelsi og rétt til að velja dvalarstað (3. og 4. mgr. 66. gr.), bann við frelsissviptingu nema samkvæmt lagaheimild, réttur til að bera frelsissviptingu undir dómstól og bótaréttur frelsissviptra manna (1., 4. og 5. mgr. 67. gr.), bann við pyndingum (1. mgr. 68. gr.), bann við nauðungarvinnu (2. mgr. 68. gr.), bann við afturvirkni refsilaga (1. mgr. 69. gr.), bann við að mæla fyrir um dauðrefsiingu í lögum (70. gr.), skylda ríkisins til að kveða á í lögum um rétt manna til að semja um og veita börnum sérstaka lagavernd (3. mgr. 76. gr.) og bann við afturvirkni skattalaga (2. mgr. 77. gr.). Þá voru útfærð ýmis frelsisréttindi sem staðið hafa í stjórnarskránni frá upphafi. Í stað eldra prentfrelsisákvæðis var sett ítarlegra ákvæði um skoðana- og tjáningarfrelsi (73. gr.), í stað þess að lýsa yfir friðhelgi heimilis var bætt inn ákvæði um friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu (71. gr.) og sérákvæði bættist við félagaafrelsið um bann við skylduáðild að félögum (2. mgr. 74. gr.). Flest þeirra mannréttinda sem komu ný inn í stjórnarskrána eiga sér beina fyrirmynd í alþjóðlegum mannréttinasamningum. Auk þess var orðalag annarra réttinda fært til samræmis við slíkar þjóðréttarskuldbindingar Íslands. Í þessu sambandi má einkum benda á 71. gr. um friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu og 73. gr. um tjáningar- og skoðanaafrelsi.⁵

Eins og er nánar rakið í kafla 4.3.1 hér á eftir, er óhætt að fullyrða að setning stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995 hafi haft í för með sér nokkuð breyttar aðferðir við túlkun mannréttindaákvæða stjórnarskrárinnar. Þannig stóð vilji stjórnarskrárgjafans til þess að dómstólar túlkuðu stjórnarskrána í ljósi fjölþjóðlegra skuldbindinga um mannréttindi og í því fólst meðal annars sú afstaða að á hverju tíma bærj að taka mið af því hvernig samfélagið þróaðist, ríkjandi hugarstefnur og þjóðfélagsskoðanir breyttust og jafnframt hvernig inntak

² Sjá Björg Thorarensen, Stjórnarskipunarréttur. Mannréttindi, 31; Alþt. 1993–1994, A-deild, þskj. 1321 — 628. mál, bls. 5222. Sótt 20. júní 2023 á <https://www.althingi.is/altext/117/s/1321.html>. Sjá almennt Björg Thorarensen, Stjórnarskipunarréttur. Mannréttindi, 78–79 (um Félagsmálasáttmála Evrópu).

³ Sjá Björg Thorarensen, Stjórnarskipunarréttur. Mannréttindi, 32. Sjá almennt sama heimild, 82–86 (um lögfestingu mannréttinasáttmála Evrópu hér á landi og réttarheimildalega stöðu hans).

⁴ Sjá sömu heimild, 31; Alþt. 1994, A-deild, þskj. 389 — 297. mál, bls. 2081. Sótt 20. júní 2023 á <https://www.althingi.is/altext/118/s/0389.html>.

⁵ Sjá Björg Thorarensen: Stjórnarskipunarréttur. Mannréttindi, 32–33.

ákvæðanna þróaðist í meðförum alþjóðastofnana.⁶ Ekki er tilefni til að víkja hér nánar að sögu mannréttindaákvæða íslensku stjórnarskrárinnar.⁷

3.2 Tillögur að breytingum á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar á tímabilinu 2005–2021

Fjöl margar tillögur um breytingar á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar hafa komið fram frá árinu 2005 að telja og verður sú vinna nú rakin í meginatriðum. Í ljósi þess að forsætisráðherra hefur í verkbeiðninni einkum óskað eftir því að við fjöllum um þróun þriðju kynslóðar réttinda, sbr. kafla 4.5.1 hér á eftir, rekjum við þó sérstaklega þær tillögur sem fram hafa komið um lögfestingu nýs ákvæðis um auðlindir og umhverfisvernd.

Í *fyrsta lagi* starfaði stjórnarskrárnefnd á árunum 2005–2007.⁸ Í skýrslu um störf nefndarinnar er fjallað um fáeinar tillögur frá hagsmunaaðilum um breytingar á mannréttindakafla stjórnarskrárinnar en jafnframt ályktað á þann veg að skammur tími væri liðinn frá því kaflinn hefði verið tekinn til gagn Gerrar endurskoðunar, að áhrif stjórnarskrárbreytinganna 1995 á íslenska réttarframkvæmd hefðu verið mikil og rétt væri að bíða átekta um sinn á meðan dómaframkvæmd væri að ná meiri festu og stöðugleika áður en ráðist yrði í viðamiklar breytingarnar á kaflanum.⁹ Þó er í skýrslunni gerð tillaga að stjórnarskrarákvæði um umhverfisvernd.¹⁰ Um tillöguna segir í skýrslunni:

Hugsanlegt ákvæði um umhverfisvernd var meðal þess sem tekið var til skoðunar í einum af þremur vinnuhópum sem stjórnarskrárnefnd setti á laggirnar. Þar var fjallað um reynslu af nýlegum norskum og finnskum stjórnarskrarákvæðum um þetta efni. Hvað varðar efni hugsanlegs stjórnarskrarákvæðis um umhverfismál í íslensku stjórnarskránni var bent á þrjá meginþætti sem eðlilegt væri að taka tillit til. Í fyrsta lagi þáttökuréttindin, þ.e. um rétt manna til að hafa áhrif á ákvarðanir sem varða umhverfið, í öðru lagi sjálfbæra þróun og í þriðja lagi tilvísun til líffræðilegrar fjölbreytni. Í þessu sambandi væri hugtakið „sjálfbær þróun“ nokkurs konar yfirhugtak sem rétt væri að telja fyrst sem meginmarkið en á eftir kæmu hin tvö. Síðan yrði inntak hugtakanna, sem er mjög viðtækt, skýrt nánar í greinargerð. Þá var lögð áhersla á að framsetning umhverfisákvæðis hlyti að felast í því að lýsa yfir þessum markmiðum en jafnframt yrði tilgreint í stjórnarskrarákvæðinu að nánar skyldi mælt fyrir um þessi efni í lögum. Eftir sem áður hefði löggjafinn því svigrúm til þess að ákveða hvaða leiðir skuli fara til þess að ná þessum markmiðum. Þannig myndi stjórnarskrarákvæðið ekki búa til sjálfstæðar efnisreglur en þó gera dómstólum kleift að meta t.d. hvort stjórnvaldsákvæðanir eða löggjöf fari bersýnilega gegn þessum grundvallarmarkmiðum. Þegar niðurstaða vinnuhópsins var rædd í stjórnarskrárnefnd kom fram til viðbótar tillaga um að í nýju stjórnarskrarákvæði yrði vísað í meginreglur Ríó-yfirlýsingarinnar.¹¹

Einnig er í skýrslunni gerð tillaga að stjórnarskrarákvæði um eignarhald á auðlindum, meðferð þeirra og nýtingu.¹² Um þá tillögu segir meðal annars í skýrslunni:

Umræður um þetta efni hafa byggst á starfi auðlindanefndar en jafnframt hefur verið minnt á að í stefnuyfirlýsingu ríkisstjórnarinnar segi að binda skuli í stjórnarskrá ákvæði um að auðlindir sjávar séu sameign íslensku þjóðarinnar. Þegar tillaga auðlindanefndar var rædd í stjórnarskrárnefnd kom fram það sjónarmið að taka þyrfti fram berum orðum að villit fiskistofnar væru sameign þjóðarinnar. Í umræðum í nefndinni komu einnig fram mismunandi sjónarmið um það hvort tillaga auðlindanefndar fæli í sér breytingar eða staðfestingu á núverandi ástandi. Einnig var kallað eftir því í umræðum að gerð yrði úttekt

⁶ Sjá t.d. sama heimild, 104–105.

⁷ Sjá almennt sama heimild, 25–31.

⁸ Alþt. 2007, A-deild, þskj. 1293 — 709. mál. Sótt 20. júní 2023 á <https://www.althingi.is/altext/133/s/pdf/1293.pdf> (um er að ræða skýrsluna Endurskoðun stjórnarskrárinnar: Áfangaskýrsla nefndar um endurskoðun stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands. Reykjavík 2007, sem lögð var fram af forsætisráðherra á 133. löggjafarþingi).

⁹ Sama heimild (sjá bls. 17–19).

¹⁰ Sama heimild (sjá bls. 21–22).

¹¹ Sama heimild (sjá bls. 22).

¹² Sama heimild (sjá bls. 22–23).

á því hvaða lögfræðilegu- og hagfræðilegu álitamál kynnu að rísa í kjölfar samþykktar slíks ákvæðis. Þá þyrfti að liggja betur fyrir hvað fælist í óbeinum eignarréttindum, til dæmis varðandi fiskveiðiheimildir. Aðrir hafa sagt að ekki sé þörf á viðbótarálitsgerðum og ekki ætti að vera torvelt að ná samkomulagi um ákvæði af þessu tagi. Það mætti þó slíka ákvæðið til. Þannig komu fram athugasemdir við að samkvæmt tillögu auðlindanefndar væri skylt í öllum tilfellum að innheimta gjald vegna afnota af auðlindum í þjóðareigu.¹³

Í öðru lagi stóð á árunum 2010–2013 yfir samfelld vinna við samningu nýrrar stjórnarskrár.¹⁴ Á grundvelli laga nr. 90/2010 um ráðgefandi stjórnlagabætur var annars vegar kosið til stjórnlagarþings. Sú kosning var síðan talin ólöglegt samkvæmt *ákvörðun Hæstaréttar 25. janúar 2011*. Hins vegar var með lögunum komið á fót stjórnlaganefnd sem falið var að standa að þjóðfundi um stjórnarskrármálefni og leggja fram hugmyndir til stjórnlagabætur um breytingar á stjórnarskrá.

Af hálfu stjórnlaganefndar var haldinn þjóðfundur um stjórnarskrármálefni í Laugardalshöll í Reykjavík 6. nóvember 2010,¹⁵ sem skilaði stuttri samantekt.¹⁶ Þá skilaði stjórnlaganefnd ítarlegri skýrslu í tveimur bindum.¹⁷ Í fyrra bindinu voru nánar tilgreind málefni tekin fyrir, þar sem lýst var viðhorfum þjóðfundar, þeim efnum sem tekin höfðu verið til skoðunar, umræðum í stjórnlaganefnd og loks fjallað um tillögur nefndarinnar og valkosti. Þar segir í umfjöllun um mannréttindi að gert sé ráð fyrir að kafla um mannréttindi komi á eftir I. kafla nýrrar stjórnarskrár um undirstöður og síðan lýst helstu tillögum og valkostum um einstakar greinar kaflans.¹⁸ Ekki er tilefni til að fjalla hér nánar um tillögurnar í heild sinni. Á hinn bóginn er rétt að víkja að umfjöllun um náttúruauðlindir og umhverfismál. Annars vegar var gerð svofelld tillaga um nýtt auðlindaákvæði í I. kafla nýrrar stjórnarskrár:

Auðlindir í náttúru Íslands eru þjóðareign sem ber að nýta á sjálfbæran hátt til hagsbóta landsmönnum öllum. Ríkið hefur eftirlit með meðferð og nýtingu auðlinda í umboði þjóðarinnar og getur heimt gjald fyrir heimildir sem veittar eru til hagnýtingar. Heimildir til að nýta náttúruauðlindir sem ekki eru háðar einkaeignarrétti skulu aldrei leiða til eignarréttar eða óafturkallanlegs forræðis einkaaðila yfir þeim.

Skýring: Hugtakið „náttúruauðlind“ er hér notað í rúmri merkingu og látið ná til hvers kyns gæða sem felast í jörð, lífríki, vatni, lofti, sólarljósi o.s.frv. Gildir þá einu hvort þau hafa eða kunna að hafa fjárhagslega þýðingu eða fela í sér önnur verðmæti, t.d. fagurfræðileg. Með „þjóðareign“ er hvorki vísað til ríkiseignar né sérstaks eignarforms heldur til þeirrar hugmyndar að náttúruauðlindir Íslands eru gæði sem þjóðin öll hefur ríkulega hagsmuni af og eru því sameign Íslendinga eða eign þjóðarinnar. Auðlindir í þjóðareign geta verið háðar eignarrétti einkaaðila, eign ríkisins eða eigendalausar. Þjóðareignin sjálf er

¹³ Sama heimild (sjá bls. 23).

¹⁴ Sjá almennt t.d. Vilhjálmur Þorsteinsson o.fl., Að móta og breyta stjórnarskrá: Krístrúnu Heimisdóttur svarað. Tímarit lögfræðinga 2022, 55–91 (þar sem m.a. gefur að líta ítarlegt tímeyfirlit um vinnu við gerð nýrrar stjórnarskrár á árunum 2009–2020 sem stuðst er við í þeirri lýsingu sem hér fer á eftir. Sama heimild, 62, 76–86). Sjá einnig t.d. Krístrún Heimisdóttir, Landfesti lýðræðis: Þýðing breytingareglu stjórnarskrárinnar. Tímarit lögfræðinga 2020, 369–405.

¹⁵ Sjá vefsíðu þjóðfundarinnar. Sótt 19. júní 2023 á <http://www.thjodfundur2010.is/heim/index.html>.

¹⁶ Kynning stjórnlaganefndar á fyrstu niðurstöðum þjóðfundar um stjórnarskrá. Reykjavík 7. nóvember 2010. Sótt 19. júní 2023 á http://www.thjodfundur2010.is/other_files/2010/gogn/Samantekt-Thjodfundur-2010.pdf.

¹⁷ Sjá Þjóð til þings: Skýrsla stjórnlaganefndar 2011. 1. bindi. Reykjavík: Stjórnlagabætur 2011. Sótt 19. júní 2023 á https://www.stjornarradid.is/media/forsaetisraduneyti-media/media/stjornarskra/Skyrsla_stjornlaganefndar_fyrira_bindi.pdf (þar sem m.a. er fjallað um lögfræðileg álitaeftir í tengslum við stjórnarskrárákvæði um auðlindir og umhverfi í stjórnarskrá. Sama heimild 225–257); Þjóð til þings: Skýrsla stjórnlaganefndar 2011. 2. bindi. Reykjavík: Stjórnlagabætur 2011. Sótt 19. júní 2023 á https://www.stjornarradid.is/media/forsaetisraduneyti-media/media/stjornarskra/Skyrsla_stjornlaganefndar_seinna_bindi.pdf.

¹⁸ Sjá Þjóð til þings: Skýrsla stjórnlaganefndar 2011. 1. bindi, 86–89 (þar sem tillögur lútu að ákvæðum um jafnræðisreglu, trúfrelsi og jafnræði trúfélaga, upplýsingafrelsi og starfsemi fjölmiðla, réttindi barna og skyldur samkvæmt alþjóðlegum mannréttindasamningum).

hins vegar óframseljanleg og óskiptanleg hvað sem líður réttindum einkaaðila sem þegar eru fyrir hendi eða stofnað er til á grundvelli laga. Einkaeignarréttur að auðlind haggar ekki hagsmunum þjóðarinnar af því að með hana sé farið þannig að þjónað sé hagsmunum þjóðarinnar í heild. Ákvæðið gefur því vísbendingu um ýmsar almennar takmarkanir við hagnýtingu auðlinda í einkaeigu t.d. kröfur um leyfi, opinbert eftirlit, o.s.frv. Þjóðareign á náttúruauðlindum útilokar hins vegar ekki að stofnað sé til réttinda einstaklinga t.d. sérreittinda til nýtingar og ráðstöfunar. Ákvæðið felur þó ætíð í sér að auðlindanýting eigi ávallt að grundvallast á sameiginlegum hagsmunum þjóðarinnar en ekki þröngum sérhagsmunum einstaklinga eða hópa.

Í 2. málslíð greinarinnar er áréttað að ríkið fari með almennar valdheimildir (fullveldisrétt) yfir auðlindum og beri þannig ábyrgð á meðferð og nýtingu þeirra. Jafnframt er áréttað að ríkið geti ákveðið að heimta gjald fyrir hagnýtingarheimildir sem veittar eru á grundvelli laga. Slik gjaldtaka verður að samrýmast jafnræðisreglu, atvinnufrelsi og eignarréttarvernd ef gert er ráð fyrir óbreyttri stjórnskipun að því leyti.

Síðasti málslíður greinarinnar á sér nokkra fyrirmynd í 3. málslíð 1. gr. fiskveiðistjórnarlaga. Hann tekur til hagnýtingarheimilda sem „veittar eru“ einkaaðilum. Slíkar heimildir eru venjulega byggðar á grundvelli laga þótt ekki sé hægt að útiloka að veittar séu heimildir án heimildar í lögum. Ákvæðið tekur ekki til nýtingar gæða sem háð eru eignarrétti í einkaréttarlegum skilningi (þar er ekki um að ræða „veitingu hagnýtingarheimilda“). Réttaráhrif reglunnar eru fyrst og fremst að slá á eða koma í veg fyrir væntingar um eignarréttarvernd réttinda sem veitt eru með opinberu leyfi hvort sem það er tímabundið eða ekki. Hafa ber þó í huga að reglan getur ekki að fullu komið í veg fyrir eignarréttarvernd þeirra hagsmuna sem tengdir eru atvinnurekstri. Með ákvæðinu er svigrúm löggjafans hins vegar aukið eins og mögulegt er gagnvart eignarréttarákvæði stjórnarskrár án þess þó að undantaka vernd eignarréttarins á þessu sviði.¹⁹

Hins vegar var þar gerð tillaga um að svofelld grein um umhverfisréttindi yrði sett í mannréttindakafla nýrrar stjórnarskrár á eftir öðrum mannréttindaákvæðum:

Allir eiga rétt á heilnæmu umhverfi og náttúru þar sem líffræðilegri fjölbreytni er viðhaldið eftir því sem nánar er ákveðið í lögum. Almennungi er heimilt að fara um landið í lögmætum tilgangi, en skal ganga vel um og virða náttúruna.

Tryggður 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.

Skýring: Hér er mælt fyrir um ákveðin réttindi og skyldur almennings á sviði umhverfisréttar. Í tillögunni tengjast umhverfisréttur og mannréttindi. Í 1. málslíð 1. mgr. er kveðið á um rétt almennings til heilnæms umhverfis þar sem líffræðilegri fjölbreytni skuli við haldið eftir því sem nánar er tiltekið í lögum. Umhverfisgæði hafa í auknum mæli öðlast viðurkenningu sem grundvallarréttindi sem forsenda ákveðinna lífsgæða og þar með mikilvægur þáttur mannréttinda. Með sama hætti og sjálfbær þróun má segja að líffræðileg fjölbreytni sé forsenda þess að tryggja komandi kynslóðum umhverfi er stuðli að heilbrigði og velfarnaði. Ísland er aðili að Samningi um líffræðilega fjölbreytni sem kom fram árið 1992 á ráðstefnu Sameinuðu þjóðanna um umhverfi og þróun í Rio 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 yfir 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.

2. málslíður 1. mgr. kveður á um svokallaðan almannarétt, þ.e. rétt til að ferðast um landið í lögmætum tilgangi. Einnig er tiltekin skylda manna til þess að ganga vel um og virða náttúruna. Almennaréttur hefur veirð skilgreindur hér á landi frá fornu fari og er nú mælt fyrir um hann í náttúruverndarlögum nr. 44/1999. Til hans er horft sem félagslegrar náttúruverndar að menn eigi rétt á að njóta náttúru landsins. Rétt þykir þó að leggja áherslu á ábyrgð á góðri umgengni um náttúruna og aðhald í því efni.

¹⁹ Sjá sömu heimild, 78.

Ákvæði 1. málslið[ar] 1. gr. fela í sér mikilvæga markmiðssetningu fyrir löggjafann að vinna eftir við setningu laga er varða umhverfismál. Ráðgert er að nánar sé mælt fyrir um það í lögum hvernig unnið skuli að þeim markmiðum sem hér eru sett fram. Eftir sem áður er veitt svigrúm til þess að ákveða hvaða leiðir skuli fara. Þannig fæli stjórnarskrárákvæði ekki í sér sjálfstæðar efnisreglur en þó mun það væntanlega gegna veigamiklu hlutverki þegar dómstólar fá til úrlausnar álitamál um, hvort stjórnvaldsákvæðanir eða löggjöf fara bersýnilega gegn þessum grundvallarmarkmiðum eins og þau verða væntanlega skýrð í ljósi alþjóðlegra skuldbindinga.

2. mgr. tekur til réttar til upplýsinga um umhverfismál og einnig svokölluð þátttökuréttindi þegar undirbúnar eru ákvæðanir sem hafa áhrif á umhverfi. Réttur til heilnæms umhverfis er nátengdur rétti til upplýsinga og þátttöku í málum er varða umhverfið. Í niðurlagi 2. mgr. er miðað við að fyrrgreind réttindi verði tryggð með lögum en jafnframt verði settar nánari reglur um efnislegt inntak þeirra og hvernig þeim verði fylgt eftir. Í þeim efnum þarf að taka tillit til alþjóðlegra skuldbindinga sem íslenska ríkið er bundið af. Réttindum þessum er m.a. lýst í svokölluðum Árósasamningi frá árinu 1998. Ísland hefur undirritað hann og fest reglur hans í lög að hluta til að er unnið að undirbúningi fullgildingar hans.²⁰

Í síðara bindi skýrslu stjórnlaganefndar gefur meðal annars að líta samantekt á tillögum um breytingar á stjórnarskrá frá lýðveldisstofnun til 2010.²¹ Eftir áðurgreinda ákvörðun Hæstaréttar 25. janúar 2011 voru lög nr. 90/2010 felld brott með lögum nr. 31/2011 um brottfall laga um stjórnlagabætur. Síðan skipaði Alþingi stjórnlagaráð árið 2011 og voru tillögur þess — frumvarp til stjórnarskipunarlaganna — afhentar Alþingi.²² Í II. kafla frumvarpsins voru ákvæði um mannréttindi og náttúru í 6.–36. gr. og ákvæðunum fylgdu aukinheldur athugasemdir.²³ Í kaflanum voru meðal annars ákvæði í 8. gr. um mannlega reisn,²⁴ ákvæði í 13. gr. um eignarrétt,²⁵ svo og ákvæði um félagsleg réttindi í 22. gr.,²⁶ þá voru í 33.–35. gr. svofelld ákvæði um náttúru Íslands og umhverfi, náttúruauðlindir og upplýsingar um umhverfi og máláðild:

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, ómengduðum andrúmslofti og óspilltri náttúru. Í því felst að fjölbreytni lífs og lands sé viðhaldið og náttúruáhrif, óbyggð viðerni, gróður og jarðvegur njóti verndar. Fyrri spjöll skulu bætt eftir föngum.

Nýtingu náttúrugæða skal hagað 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 lögmætum tilgangi með virðingu fyrir náttúru og umhverfi.

34. gr.

Náttúruauðlindir.

²⁰ Sjá sömu heimild, 80–81.

²¹ Sjá Aðalheiður Ámundadóttir, VII. þáttur: Samantekt tillagna um breytingar á stjórnarskrá frá lýðveldisstofnun til 2010. Þjóð til þings: Skýrsla stjórnlaganefndar 2011. 2. bindi, 227–299 (þar er m.a. umfjöllun um mannréttindi, auðlindir og umhverfi. Sama heimild, 236–238, 242–248).

²² Sjá Þjóð til þings: Frumvarp til stjórnarskipunarlaganna ásamt skýringum. Reykjavík: Stjórnlagaráð 2011. Sótt 19. júní 2023 á https://www.stjornarradid.is/media/forsaetisraduneyti-media/media/stjornarskra/Frumvarp_med_skyringum.pdf.

²³ Sama heimild, 10–14, 39–91.

²⁴ Í 8. gr. segir: Öllum skal tryggður réttur til að lifa með reisn. Margbreytileiki mannlífsins skal virtur í hvívetna. Sama heimild, 10. Sjá skýringar með ákvæðinu. Sama heimild, 46.

²⁵ Í 13. gr. segir: Eignarrétturinn er friðhelgur. Engan má skylda til að láta af hendi eign sína nema almenningsþörf krefji. Þarf til þess lagafyrirmæli og komi fullt verð fyrir. Eignarrétti fylgja skyldur, svo og takmarkanir ís amræmi við lög. Sama heimild. Sjá skýringar með ákvæðinu. Sama heimild, 52–53.

²⁶ Í 22. gr. segir: Öllum skal með lögum tryggður réttur til lífsviðurværis og félagslegs öryggis. Öllum, sem þess þurfa, skal tryggður í lögum réttur til almannatrygginga og félagslegrar aðstoðar, svo sem vegna atvinnuleysis, barneigna, elli, fátæktar, fötlunar, veikinda, örorku eða sambærilegra aðstæðna. Sama heimild, 12. Sjá skýringar með ákvæðinu. Sama heimild, 68–69.

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 veðseta.

Til auðlinda í þjóðareign teljast náttúrugæði, svo sem nytjastofnar, aðrar auðlindir hafs og hafsbots 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.

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.²⁷

Við svo búið lagði forsætisnefnd Alþingis fram á þingi skýrslu um tillögur stjórnlagaráðs um breytingar á stjórnarskrá Íslands.²⁸ Ráðgefandi þjóðaratkvæðagreiða um tillögur stjórnlagaráðs að frumvarpi til stjórnarskipunarlagar og tiltekin álitafni þeim tengd fór fram 20. október 2012.²⁹ Í kjölfarið lagði stjórnarskipunar- og eftirlitsnefnd Alþingis fram frumvarp til stjórnarskipunarlagar sem ekki varð útrætt.³⁰ Í II. kafla frumvarpsins voru ákvæði um mannréttindi, þ. á m. ákvæði um vernd mannréttinda í 5. gr.,³¹ ákvæði um mannlega reisn í 8.

²⁷ Sjá sömu heimild, 14. Sjá skýringar með ákvæðinu. Sama heimild, 78–90.

²⁸ Sjá Alþt. 2011–2012, A-deild, þskj. 3 — 3. mál. Sótt 20. júní 2023 á <https://www.althingi.is/altext/140/s/0003.html>.

²⁹ Sjá Alþt. 2011–2012, A-deild, þskj. 1407 — 636. mál. Sótt 20. júní 2023 á <https://www.althingi.is/altext/140/s/1407.html>; vefsíða þjóðaratkvæðagreiðslunnar. Sótt 19. júní 2023 á <http://www.thjodaratkvaedi.is/2012/>. Sjá einnig t.d. Vilhjálmur Þorsteinsson o.fl., Að móta og breyta stjórnarskrá, 81–82.

³⁰ Sjá Alþt. 2012–2013, A-deild, þskj. 510 — 415. mál. Sótt 20. júní 2023 á <https://www.althingi.is/altext/141/s/pdf/0510.pdf>; lokagerð frumvarpsins. Sótt 19. júní 2023 á https://www.stjornarradid.is/media/forsætisraduneyti-media/media/stjornarskra/Frumvarp_til_stjornarskipunarlagar_lokagerd.pdf (af upplýsingum á vefsíðu Stjórnarráðsins verður ráðið að frumvarpið hafi verið lagt fram á Alþingi 16. nóvember 2012, sbr. þskj. 510, en að lokagerð frumvarpsins sé frá 4. mars 2013. Til lokagerðarinnar er vísað í því sem hér fer á eftir. Sjá vefsíða Stjórnarráðsins. Sótt 19. júní 2023 á <https://www.stjornarradid.is/verkefni/stjornskipan-og-thjodartakn/stjornarskrain/stjornarskrarvinna-1944-2013/althingi-2012-2013/>). Sjá einnig t.d. Vilhjálmur Þorsteinsson o.fl., Að móta og breyta stjórnarskrá, 82–84. Undir þinglegri meðferð málsins gaf Feneyjanefnd Evrópuráðsins út álit á frumvarpinu sem fyrst og fremst laut að breytingarreglu þess. Sjá skýrslu Feneyjanefndarinnar 19. janúar 2010, nr. 469/2008 (CDL-AD(2010)001). Sótt 20. júní 2023 á [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad(2010)001-e). Sjá einnig t.d. Vilhjálmur Þorsteinsson o.fl., Að móta og breyta stjórnarskrá, 83; Krístrún Heimisdóttir, Landfesti lýðræðis, 397–398.

³¹ Í 5. gr. segir: Handhöfum ríkisvalds ber að virða mannréttindi og tryggja að allir fái notið þeirra réttinda og þess frelsis sem í þessari stjórnarskrá felst. Með lögum skal tryggja vernd og viðeigandi réttarúrræði vegna mannréttindabrota einkaaðila. Sjá lokagerð frumvarpsins. Sótt 19. júní 2023 á https://www.stjornarradid.is/media/forsætisraduneyti-media/media/stjornarskra/Frumvarp_til_stjornarskipunarlagar_lokagerd.pdf.

gr.,³² ákvæði um eignarrétt í 22. gr.,³³ svo og ákvæði um félagsleg réttindi í 25. gr.³⁴ Þá voru í III. kafla frumvarpsins ákvæði um samfélag og náttúru, þ. á m. ákvæði um náttúru Íslands og nýtingu náttúrugæða í 34. gr.,³⁵ ákvæði um náttúruauðlindir í 35. gr.,³⁶ svo og ákvæði um upplýsingar um umhverfi og meginreglur umhverfisréttar í 36. gr.³⁷

Í þriðja lagi skipaði forsætisráðherra stjórnarskrárnefnd árið 2013 og skilaði nefndin skýrslu 2014.³⁸ Á grundvelli þeirrar vinnu lagði forsætisráðherra fram frumvarp til stjórnarskipunarlaga á 145. löggjafarþingi Alþingis.³⁹ Í frumvarpinu er að finna ákvæði um umhverfisvernd og náttúruauðlindir en einnig þjóðaratkvæðagreiðslur. Ákvæði frumvarpsins um umhverfisvernd er svofellt, en því fylgdu ítarlegar skýringar í athugasemdum greinargerðar með frumvarpinu.⁴⁰

Náttúra Íslands er undirstaða lífs í landinu. Ábyrgð á vernd náttúru og umhverfis hvílir sameiginlega á öllum og skal verndin grundvallast á varúðar- og langtímasjónarmiðum með sjálfbæra þróun að leiðarljósi. Stuðlað skal að því að fjölbreytni náttúrunnar sé viðhaldið og vöxtur lífríkis og viðgangur tryggður.

³² Í 8. gr. segir: Allir hafa rétt til að lifa með reisn. Margbreytileiki mannlífsins skal virtur í hvívetna. Sama heimild.

³³ Í 22. gr. segir: Allir hafa rétt til að njóta eigna sinna í friði. Engan má skylda til að láta af hendi eign sína nema almenningssþörf krefji. Þarf til þess lagafyrirmæli og komi fullt verði fyrir. Eignarrétti fylgja skyldur, svo og takmarkanir í samræmi við lög. Með lögum má takmarka rétt erlendra aðila til að eiga fasteignarréttindi eða hluti í atvinnufyrirtæki hér á landi. Allar slíkar takmarkanir eignarréttinda skulu uppfylla skilyrði 29. gr. Sjá lokagerð frumvarpsins. Sama heimild.

³⁴ Í 25. gr. segir: Öllum skal með lögum tryggður réttur til lífsviðurværis og félagslegs öryggis. Öllum sem þess þurfa skal í lögum tryggður réttur til almannatrygginga og félagslegrar aðstoðar, svo sem vegna atvinnuleysis, barneigna, elli, fátækrar, fötlunar, veikinda, örorku eða sambærilegra aðstæðna. Sama heimild.

³⁵ Í 34. gr. segir: Náttúra Íslands er undirstaða lífs í landinu. Öllum ber að virða hana og vernda. Í því felst að fjölbreytni lands og lífríkis sé viðhaldið og náttúruminjar, óbyggð víðerni, gróður og jarðvegur njóti verndar. Fyrri spjöll skulu bætt eftir fongum. Með lögum skal tryggja að allir hafi aðgang að óspilltri náttúru. Nýting náttúrugæða skal hagað þannig að þau skerðist sem minnst til langframa og gildi náttúrunnar og hagsmunir komandi kynslóða séu virt. Sama heimild.

³⁶ Í 35. gr. segir: Auðlindir í náttúru Íslands sem ekki eru háðar einkaeignarrétti eru sameiginleg og ævarandi eign þjóðarinnar. Enginn getur fengið þær eða réttindi tengd þeim til eignar eða varanlegra afnota og aldrei má selja þær eða veðsetja. Handhafar löggjafar- og framkvæmdarvalds fara með forsjá, vörslu og ráðstöfunarrétt auðlindanna og réttindanna í umboði þjóðarinnar. Óheimilt er að framselja beint eða óbeint með varanlegum hætti til annarra aðila réttindi yfir jarðhita, vatni með virkjanlegu afli og grunnvatni, sem og námuréttindi, í eigu ríkisins eða félaga sem alfarið eru í eigu þess. Sama gildir um réttindi yfir vatni, jarðhita og jarðefnum á ríkisjörðum umfram lágmarksréttindi vegna heimilis- og búsparfa. Til þjóðareignar skv. 1. mgr. teljast nytjastofnar og aðrar auðlindir hafsins innan íslenskrar lögsögu, auðlindir á, í eða undir hafsbotninum utan netlaga svo langt sem fullveldisréttur ríkisins nær, vatn, þó að gættum lögbundnum réttindum annarra til hagnýtingar og ráðstöfunar þess, og auðlindir og náttúrugæði í þjóðlendum. Löggjafinn getur ákveðið að lýsa fleiri auðlindir og náttúrugæði þjóðareign, enda séu þau ekki háð einkaeignarrétti. Í eignarlöndum takmarkast réttur eigenda til auðlinda undir yfirborði jarðar við venjulega hagnýtingu fasteignar. 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, sem og annarra takmarkaðra almannagæða, gegn eðlilegu gjaldi og til tiltekins hóflegs tíma í senn. Slík leyfi skal veita á jafnræðisgrundvelli og þau leiða aldrei til eignar eða óafturkallanlegs forræðis. Sama heimild.

³⁷ Í 36. gr. segir: 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. Við töku ákvarðana um náttúru Íslands og umhverfi skulu stjórnvöld byggja á meginreglum umhverfisréttar. Sama heimild.

³⁸ Starf stjórnarskrárnefndar. 1. áfangaskýrsla. Reykjavík: Forsætisráðuneytið 2014. Sótt 19. júní 2023 á <https://www.stjornarradid.is/media/forsaetisraduneyti-media/media/stjornarskra/starf-stjornarskrarnefndar-1-afangaskysla.pdf>.

³⁹ Sjá Alþt. 2015–2016, A-deild, þskj. 1577 — 841. mál. Sótt 19. júní 2023 á <https://www.stjornarradid.is/library/03-Verkefni/Stjornskipan-og-Thjodartakn/Stjornarskrarvinna/Frumvarp%20til%20stjornarskipunarlaga.pdf>.

⁴⁰ Sama heimild (sjá bls. 5–12).

Allir skulu njóta heilnæms umhverfis. Almennungi er heimil för um landið og dvöl þar í lögmætum tilgangi. Ganga skal vel um náttúruna og virða hagsmuni landeigenda og annarra rétthafa. Mælt skal nánar fyrir í lögum um inntak og afmörkun almannaréttar.

Í lögum skal mælt fyrir um rétt almennings til upplýsinga um umhverfið og áhrif framkvæmda á það svo og til þátttöku í undirbúningi ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfið.⁴¹

Ákvæði frumvarpsins um náttúruauðlindir er svofellt, en því fylgdu einnig ítarlegar skýringar:⁴²

Auðlindir náttúru Íslands tilheyra íslensku þjóðinni. Þær ber að nýta á sjálfbæran hátt og til hagsbóta landsmönnum öllum. Ríkið hefur eftirlit og umsjón með meðferð og nýtingu auðlindanna í umboði þjóðarinnar.

Náttúruauðlindir og landsréttindi sem ekki eru háð einkaeignarrétti eru þjóðareign. Enginn getur fengið þessi gæði eða réttindi tengd þeim til eignar eða varanlegra afnota og aldrei má selja gæðin eða veðsetja. Handhafar löggjafarvalds og framkvæmdarvalds fara með forræði og ráðstöfunarrétt þeirra í umboði þjóðarinnar.

Að jafnaði skal taka eðlilegt gjald fyrir heimildir til nýtingar náttúruauðlinda og landsréttinda sem eru í eigu íslenska ríkisins eða þjóðareign. Veiting nýtingarheimilda skal grundvallast á lögum og gætt skal jafnræðis og gagnsæis. Slíkar heimildir leiða aldrei til varanlegs eignarréttar eða óafturkallanlegs forræðis yfir náttúruauðlindum eða landsréttindum í þjóðareign.⁴³

Árið 2019 kom síðan út skýrsla, unnin að beiðni forsætisráðuneytisins, ásamt tveimur viðaukum um endurskoðun stjórnarskrárinnar í tengslum við rökræðukönnun sem var samstarfsverkefni Félagsvísindastofnunar Háskóla Íslands og Center for Deliberative Democracy í Stanford-háskóla. Í þeirri vinnu voru mannréttindaákvæði þó ekki til umfjöllunar heldur lutu umfjöllunarefnin að embætti forseta Íslands, Landsdómi og ákærvaldi Alþingis, ákvæði um breytingar á stjórnarskrá, þjóðaratkvæðagreiðslum og þjóðarfrumkvæði, kjördæmaskipan, atkvæðavægi og persónukjöri, svo og alþjóðlegu samstarfi og framsali valdheimilda.⁴⁴

Á 151. löggjafarþingi Alþingis 2020–2021 lagði forsætisráðherra síðan fram frumvarp til stjórnarskipunarlagar um breytingu á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 með síðari breytingum (forseti Íslands, ríkisstjórn, verkefni framkvæmdarvalds, umhverfisvernd, auðlindir náttúru Íslands og íslensk tunga).⁴⁵ Frumvarpinu fylgdi greinargerð með ítarlegum skýringar í almennum athugasemdum og athugasemdum við einstakar greinar.⁴⁶

Í frumvarpinu er svofellt ákvæði um umhverfisvernd í 22. gr. a.:

Náttúra Íslands er undirstaða lífs í landinu. Ábyrgð á vernd náttúru og umhverfis hvílir sameiginlega á öllum [og] skal verndin grundvallast á varúðar- og langtímasjónarmiðum með sjálfbæra þróun að leiðarljósi. Stuðlað skal að því að fjölbreytni náttúrunnar sé viðhaldið og vöxtur lífríkis og viðgangur tryggður.

Allir eiga rétt til heilnæms umhverfis. Almennungi er heimili för um landið og dvöl þar í lögmætum tilgangi. Ganga skal vel um náttúruna og virða hagsmuni landeigenda og annarra rétthafa. Mælt skal nánar fyrir í lögum um inntak og afmörkun almannaréttar.

⁴¹ Sama heimild (sjá a. lið 1. gr. frumvarpsins á bls. 1).

⁴² Sama heimild (sjá bls. 12–29).

⁴³ Sama heimild (sjá b. lið 1. gr. frumvarpsins á bls. 1).

⁴⁴ Sjá Endurskoðun stjórnarskrár Íslands: Niðurstöður umræðufundar 2019. Reykjavík: Félagsvísindastofnun Háskóla Íslands 2020; Endurskoðun stjórnarskrár Íslands: Niðurstöður umræðufundar 2019. Viðauki 1. Reykjavík: Félagsvísindastofnun Háskóla Íslands 2020; Endurskoðun stjórnarskrár Íslands 2019: Umræður 9.–10. nóvember. Viðauki 2. Reykjavík: Forsætisráðuneyti, Stanford Center for Deliberative Democracy og Háskóli Íslands 2019. Sjá einnig vefsíða rökræðukönnunarinnar. Sótt 20. júní 2023 á https://rshiny.hi.is/public/endurskodun_stjornarskrar/seinni/endurskodun_stjornarskrar_is.html.

⁴⁵ Alþt. 2020–2021, A-deild, þskj. 787 — 466. mál. Sótt 20. júní 2023 á <https://www.althingi.is/altext/151/s/0787.html>.

⁴⁶ Sama heimild.

Í lögum skal mælt fyrir um rétt almennings til upplýsinga um umhverfið og áhrif framkvæmda á það svo og til þátttöku í undirbúningi ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfið.

Þá er í frumvarpinu svofellt ákvæði um auðlindir í 22. gr. b.:

Auðlindir náttúru Íslands tilheyra íslensku þjóðinni. Þær skal nýta á sjálfbærán hátt til hagsbóta landsmönnum öllum. Ríkið hefur eftirlit og umsjón með meðferð og nýtingu auðlindanna.

Náttúruauðlindir og landsréttindi sem ekki eru háð einkaeignarrétti eru þjóðareign. Enginn getur fengið þessi gæði eða réttindi tengd þeim til eignar eða varanlegra afnota. Handhavar löggjafarvalds og framkvæmdarvalds fara með forræði yfir þeim í umboði þjóðarinnar.

Veiting heimilda til nýtingar á náttúruauðlindum og landsréttindum sem eru í þjóðareign eða eigu íslensku ríkisins skal grundvallast á lögum og gæta skal jafnræðis og gagnsæis. Með lögum skal kveða á um gjaldtöku fyrir heimildir til nýtingar í ábataskyni.

Undir meðferð málsins fyrir Alþingi óskaði forsætisráðherra eftir álit Feneyjanefndarinnar á tillögnum sem frumvarpið hafði að geyma og lét nefndin í ljós álit sitt á tillögnum sem samþykkt var á fundi hennar 8. og 9. október 2020.⁴⁷ Þar voru gerðar ýmsar athugasemdir við tillögurnar og var það meðal annars álit nefndarinnar að stjórnvöld þyrftu að útskýra fyrir almenningi að hvaða leyti tillögurnar fælu í sér frávik frá tillögum stjórnlagaráðs og greina frá ástæðum þeirra.⁴⁸ Í þessu skyni aflaði forsætisráðuneytið skýrslu Lagastofnunar Háskóla Íslands sem ætlað var að bregðast við álit Feneyjanefndarinnar, það er að leiða í ljós hvort og þá að hvaða marki greinarmunur væri á tillögum frumvarpsins og fyrri tillögum að stjórnarskrárbreytingum, þ. á m. frumvarpi stjórnlagaráðs.⁴⁹ Af frumvarpinu sjálfu og skýrslu Lagastofnunar Háskóla Íslands verður ráðið að ákvæði þess endurspeglar í ríkum mæli fyrri vinnu í tengslum við tillögur að breytingum á stjórnarskránni.⁵⁰

4. ÞARF AÐ BREYTA MANNRÉTTINDAÁKVÆÐUM STJÓRNARSKRÁRINNAR?

4.1 Almenn sjónarmið við mat á hvort gera þurfi breytingar á mannréttindaákvæðum

Ljóst er að þær breytingar sem gerðar voru á mannréttindakafla stjórnarskrárinnar á árinu 1995 voru verulega umfangsmiklar. Eins og á undan er rakið lágu þrjú meginmarkmið að baki þeim breytingum sem gerðar voru með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995. Í *fyrsta lagi* að efla, samhæfa og samræma mannréttindaákvæðin þannig að þau myndu gegna betur því hlutverki sínu að vera vörn almennings í samskiptum við þá sem færu með ríkisvald. Í *öðru lagi* að færa ýmis ákvæði til nútímalegra horfs því þau væru óbreytt frá því að fyrsta stjórnarskrá Íslands var sett árið 1874. Í *þriðja lagi* að samræma mannréttindaákvæðin við þjóðréttarlegar skuldbindingar sem íslenska ríkið hafði tekist á hendur með því að gerast aðili að fjölbjóðlegum sáttmálum til verndar mannréttindum.

⁴⁷ Sjá álit Feneyjanefndarinnar 9. október 2020, nr. 997/2020 (CDL-AD(2020)020), 20–21. Sótt 12. apríl 2023 á [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2020\)020-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2020)020-e).

⁴⁸ Sjá Aðalheiður Jóhannsdóttir, Björg Thorarensen og Friðrik Árni Friðriksson Hirst: Tillögur að breytingum á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 og samanburður þeirra við eldri frumvörp til stjórnarskipunarlaga á tímabilinu 2011–2016. Reykjavík: Lagastofnun Háskóla Íslands 2021, 8–10. Sótt 12. apríl 2023 á https://www.althingi.is/alttext/pdf/151/fylgiskjol/s0787-f_II.pdf.

⁴⁹ Sama heimild, 2, 10.

⁵⁰ Sjá nánar sömu heimild (þar sem gefur að líta ítarlegan samanburð á ákvæðum frumvarpsins við sambærileg ákvæði í eldri frumvörpum um nýja stjórnarskrá frá 2011–2016, sem gerður var í tilefni af álit Feneyjanefndarinnar á frumvarpi forsætisráðherra til stjórnarskipunarlaga sem lagt var fram á 151. löggjafarþingi 2020–2021. Sjá sömu heimild, 8–9).

Hvað varðar það markmið að færa ákvæðin til nútímalegra horfs, er það álit okkar að enginn vafi leiki á því að það markmið hafi náðst með stjórnarskrárbreytingunni á árinu 1995. Verkbeiðni forsætisráðherra áskilur hins vegar að nú sé lagt frekara mat á hvort fyrsta og þriðja markmiðið með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 hafi náð fram að ganga. Áskilur það nánar tiltekið að metið sé hvort gera þurfi frekari breytingar á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar, annað hvort með breytingum á gildandi ákvæðum eða með því að lögfesta ný ákvæði, til að tryggja enn frekar að þau veiti almenningi vörn í samskiptum við þá sem fara með ríkisvald og að samræmi við alþjóðlegar skuldbindingar viðhaldist. Göngum við þá út frá því að áðurgreind afstaða stjórnarskrárgjafans, sem lá að baki stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995, liggi áfram til grundvallar þeirri stefnumörkun sem býr að baki mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar.

Í þessu sambandi er nauðsynlegt að ákvarða fyrst þau sjónarmið sem ber að leggja til grundvallar slíku mati. Þegar horft er til fræðikenninga á sviði stjórnlagafræði hefur í þessu sambandi einkum verið litið til þriggja meginsjónarmiða við mat á hvort breyta þurfi gildandi ákvæðum um mannréttindi eða hvort þörf sé á að lögfesta ný ákvæði. Er þá miðað við að framkvæmt sé nokkurs konar „gæðamat“ (e. *quality control*) á þeirri mannréttindavernd sem þegar er veitt samkvæmt gildandi reglum og þá með það í huga að meta hvort hún verði talin fullnægjandi eða þörf sé á breytingum.⁵¹

Í *fyrsta lagi* hefur við slíkt gæðamat verið talið rétt að líta til þess hvort tiltekin *siðferðisrök*, sem liggja til grundvallar mannréttindavernd, leiði til þeirrar ályktunar að gildandi reglur teljist ekki fullnægjandi eða að þörf sé á því að lögfesta ný mannréttindi vegna samfélagsþróunar. Í *öðru lagi* verður að greina hvort tiltekin *vandamál eða álitaefni* hafi vaknað við framkvæmd gildandi mannréttindaákvæða sem þörf er á að bregðast við. Í *þriðja lagi* skiptir máli að meta hvort telja megnað að nægur *stjórnmálalegur og samfélagslegur stuðningur* sé til staðar til að gera breytingar á þegar gildandi mannréttindaákvæðum og/eða að setja ný ákvæði.

Verður nú fjallað um hvort nauðsynlegt sé að taka ákvæði mannréttindakafla stjórnarskrárinnar til almennrar endurskoðunar í ljósi þeirra sjónarmiða sem hér hafa verið rakin.

4.2 Þarf að breyta gildandi mannréttindakafla stjórnarskrárinnar?

Í *fyrsta lagi* er það mat höfunda þessarar greinargerðar að gildandi mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar hafi staðist tímans tönn. Hvað varðar orðalag þeirra og efni eru þau enn í meginatriðum í góðu samræmi við þau ákvæði fjölþjóðlegra mannréttindasáttmála sem Ísland er aðili að. Ekki verður séð að tiltekin *siðferðisrök* áskilji að gerðar séu að nýju teljandi breytingar á gildandi ákvæðum í mannréttindakafla stjórnarskrárinnar, en hér á eftir er þó í kafla 4.5 fjallað sérstaklega um hvort nýrri tegundir mannréttinda, einkum svokölluð þriðju kynslóðar réttindi tengd auðlindum og umhverfinu, og gríðarleg framþróun síðustu ára á sviði alnetsins og gervigreindar, kalli á að bætt verði við nýjum ákvæðum.

Almenn afstaða okkar, um að ekki sé þörf á breytingum á gildandi ákvæðum, er að verulega leyti undir áhrifum af því meginsjónarmiði að stjórnarskráraákvæðum — bæði um handhafa ríkisvalds og um mannréttindi borgaranna — sé sem grundvelli stjórnskipulagsins ætlað að tryggja tiltekinn stöðugleika og samfellu í samskiptum þeirra sem fara með ríkisvald og almennings. Þar sem mannréttindaákvæði hafa auk þess í meginráttum að geyma matskenndar vísireglur þróast inntak þeirra iðulega á löngum tíma í réttarframkvæmd dómstóla og í framkvæmd annarra handhafa ríkisvalds, framkvæmdarvalds og löggjafarvalds. Það er því

⁵¹ Philip Alston, „Conjuring Up New Human Rights: A Proposal For Quality Control“. The American Journal of International Law 1984, 607–621 (607). Sjá einnig Johan Galtung og Anders Helge Wirak, „Human Needs and Human Rights: A Theoretical Approach“. Bull. Peace Proposals 1977, 251, 254–255.

almennt viðurkennt að tíðar breytingar á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar séu ekki ákjósanlegar. Í þessu sambandi er rétt að benda á að í skýrslu um störf stjórnarskrárnefndar sem starfaði á árunum 2005–2007,⁵² var því að okkar álit með réttu ályktað á þann veg að skammur tími væri liðinn frá því kaflinn hefði verið tekinn til gagn Gerrar endurskoðunar. Við tökum þannig undir þá ályktun nefndarinnar að áhrif stjórnarskrárbreytinganna 1995 á íslenska réttarframkvæmd hefðu verið mikil og að rétt hefði verið að bíða átektu um sinn á meðan dómaframkvæmd væri að ná meiri festu og stöðugleika áður en ráðist yrði í viðamiklar breytingarnar á kaflanum. Þótt nokkuð sé um liðið síðan stjórnarskrárnefnd ályktaði á þennan veg er það álit okkar að þessi afstaða haldi enn gildi sínu þegar horft er til þróunar í réttarframkvæmd hér á landi við túlkun og beitingu mannréttindaákvæða stjórnarskrárinnar, eins og við lýsum nánar í kafla 4.3 hér á eftir.

Í *öðru lagi* höfum við í þessu samhengi horft til þess að ekki verður séð að langvarandi vandamál eða álitæfni um umfang mannréttindaverndar hér á landi hafi risið frá því stjórnarskipunarlög nr. 97/1995 tóku gildi. Við teljum að dómstólar hafi í öllu falli ekki átt í verulegum erfiðleikum með að leysa endanlega úr þeim ágreiningsefnum sem fyrir þá hafa verið lögð þótt þróun á áfmrkuðum sviðum réttindaverndar hafi á stundum tekið nokkurn tíma. Hér verður þó að horfa til þess að á tveimur sviðum hafa dómur Hæstaréttar valdið nokkrum deilum; annars vegar varðandi eignarétt og auðlindir einkum í tengslum við íslenska fiskveiðistjórnunarkerfið og hins vegar varðandi félagsleg réttindi sem vernduð eru af 76. gr. stjórnarskrárinnar. Um þessi tvö svið er því nánar fjallað í köflum 4.4 og 4.5 hér á eftir, enda er það afstaða okkar að alltént hvað varðar fyrrgreinda sviðið sé rétt að leggja til að lögfest verði ný ákvæði um auðlindir og umhverfisvernd.

Í *þriðja lagi* höfum við litið til þess að íslenska ríkið hefur, sem áður greinir, tekist á hendur skuldbindingar samkvæmt fjölþjóðlegum samningum um vernd mannréttinda og þar ber hæst mannréttinasáttmáli Evrópu sem veitt var lagagildi með lögum nr. 62/1994. Með aðild sinni að sáttmálanum hefur íslenska ríkið skuldbundið sig að þjóðarétti til að haga löggjöf sinni og réttarframkvæmd þannig að virt séu réttindi sáttmálans og samningsviðauka við hann. Þess vegna verður nú leitast við að varpa frekara ljósi á það hvort dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu hafi haft þau áhrif á dóma Hæstaréttar við túlkun og beitingu mannréttindaákvæða stjórnarskrárinnar frá setningu stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995 að íslenskir dómstólar hafi með fullnægjandi hætti gætt þess að tryggja að vilji stjórnarskrárgjafans um samræmi mannréttindaákvæða stjórnarskrárinnar og fjölþjóðlegra skuldbindinga íslenska ríkisins á sviði mannréttinda hafi náð fram að ganga. Niðurstaða um þetta efni hefur enda verulega þýðingu við mat okkar á því hvort nú þurfi að gera frekari breytingar á ákvæðum stjórnarskrárinnar um mannréttindi til að ná því markmiði að samræma réttindavernd hér á landi við þær alþjóðlegu skuldbindingar sem íslenska ríkið hefur undirgengist. Það skal tekið fram að í næsta kafla verður sjónum okkar aðeins beint að mannréttinasáttmála Evrópu. Í kafla 4.4 verður vikið að öðrum fjölþjóðlegum mannréttinasamningum sem máli skipta í þessu sambandi en þeir hafa einkum haft þýðingu við túlkun og beitingu 76. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 14. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995.

4.3 Þróun mannréttindaákvæða stjórnarskrárinnar í íslenskri réttarframkvæmd 1995–2023

4.3.1 Áhrif mannréttinasáttmála Evrópu á túlkun stjórnarskrárinnar

⁵² Alþt. 2007, A-deild, þskj. 1293 — 709. mál. Sótt 20. júní 2023 á <https://www.althingi.is/altext/133/s/pdf/1293.pdf> (um er að ræða skýrsluna Endurskoðun stjórnarskrárinnar: Áfangaskýrsla nefndar um endurskoðun stjórnarskrár lýðveldisins Íslands. Reykjavík 2007, sem lögð var fram af forsætisráðherra á 133. löggjafarþingi).

Að áliti höfunda þessarar greinargerðar verður ekki um það deilt að lögfesting mannréttindasáttmála Evrópu hafi falið í sér ákveðna byltingu fyrir réttarframkvæmd á sviði mannréttinda hér á landi og þá samhliða stjórnarskrárbreytingunni á árinu 1995. Dómstólar endurskoðuðu hægt og bítandi þær lögskýringaraðferðir sem þá voru viðteknar í málum þar sem reyndi á vernd mannréttinda. Á síðustu þremur áratugum hafa auk þess orðið mikil straumhvörf í lagakennslu, lögmenn hafa tileinkað sér nýja þekkingu á sáttmálanum og dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu og æ fleiri íslenskir lögfræðingar hafa sótt sér framhaldsmenntun erlendis á þessu sviði. Þá hefur umræða um mannréttindi aukist verulega í allri stjórn málaumfjöllun og almennri þjóðfélagsumræðu. Allir þessir þættir hafa haft mikil áhrif á þróun mannréttindaverndar hér á landi.

Þegar horft er heildstætt á dómaframkvæmd íslenskra dómstóla hefur annar höfunda þessarar greinargerðar áður fært ítarleg rök fyrir því að fyrsta áratuginn eða svo eftir lögfestingu mannréttindasáttmálans hafi gætt nokkurrar tregðu hjá íslenskum dómurum við að tileinka sér dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu og þetta styðja dómsforsendur í úrlausnum dómstólsins í fjölmörgum málum gegn íslenska ríkinu.⁵³ Ástæður þeirrar tregðu eru líkast til margvíslegar. Í *fyrsta lagi* var á því byggt við lögfestingu sáttmálans á árinu 1994 að löggjafinn hafi ekki ætlað að hrófla við þeirri viðteknu kenningu að íslenska réttarkerfið væri reist á tvíeðli landsréttar og þjóðaréttar. Því hafi þurft að gæta varfærni við að ljá dómum Mannréttindadómstólsins of mikla vigt í dómsforsendum, a.m.k. þannig að þess gætti með opnum og gagnsæjum hætti. Í *öðru lagi* má halda því fram að einfaldlega hafi skort næga þekkingu og þjálfun hjá dómurum og lögmönnum til að tileinka sér hina miklu og flóknu dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins. Er því ástæða til að varpa nokkru ljósi á réttarheimildalega stöðu sáttmálans hér á landi og gildi dóma dómstólsins, enda hefur niðurstaða um þessi efni áhrif á heildarmat á því hvort þörf er á frekari breytingum á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar.

Frá gildistöku laga nr. 62/1994 hafa ákvæði mannréttindasáttmála Evrópu notið stöðu settra laga samkvæmt íslenskum landsrétti.⁵⁴ Ótvírætt er að mannréttindasáttmálinn og túlkun hans í meðförum Mannréttindadómstóls Evrópu hafa verið leiðandi afl í vernd mannréttinda innan Evrópu og lagt línurnar í því samhengi.⁵⁵ Samkvæmt 2. gr. laga nr. 62/1994 eru dómar Mannréttindadómstólsins ekki bindandi að íslenskum landslögum. Slíkir dómar hafa því ekki *bein og milliliðalaus réttaráhrif* við úrlausn réttarágreinings hér á landi. Í athugasemdum greinargerðar með frumvarpi því er varð að lögum nr. 62/1994 segir meðal annars um 2. gr. að ákvæðið feli í raun aðeins í sér áréttingu á því að Mannréttindadómstóllinn geti sem fyrr eingöngu kveðið á um hvort íslenska ríkið hafi efnt þjóðréttarskuldbindingar sínar samkvæmt sáttmálanum og eftir atvikum að því beri að greiða skaðabætur að tiltekinni fjárhæð ef vanefnd er leidd í ljós. Dómar Mannréttindadómstólsins geti þannig til dæmis ekki haggð gildi íslenskrar löggjafar eða dómsúrlausnar.⁵⁶ Í VI. kafla almennra athugasemda greinargerðar með frumvarpinu segir að á hinn bóginn megi sjálfsagt „reikna með að íslenskir dómstólar og stjórnvöld hefðu slík fordæmi til leiðsagnar þegar reyna kynni á skýringu einstakra ákvæða

⁵³ Róbert R. Spanó, Túlkun lagaákvæða. Reykjavík: Bókaútgáfan Codex 2. útg. 2019, 456.

⁵⁴ Alpt. 1994, A-deild, þskj. 389 — 297. mál (sjá kafla V um helstu efnisatriði frumvarpsins í almennum athugasemdum með frumvarpinu).

⁵⁵ Sjá t.d. Karin Åhman, Grundläggande rättigheter och juridisk metod. Stokkhólmur: Norstedts juridik 2015, 95; Róbert R. Spanó, „The EFTA Court and Fundamental Rights“. European Constitutional Law Review 2017, 475–492 (482). Sjá einnig Valgerður Sólnes, Clarifying land title. Doktorsritgerð við Lagadeildir Háskóla Íslands og Kaupmannahafnarháskóla 2018, 22. Sjá einnig Valgerður Sólnes, „Skattlagningarvald gagnvart friðhelgi eignaréttar“ í Hæstiréttur í hundrað ár. Ritgerðir (ritstj. Þorgeir Örlygsson o.fl.), Reykjavík: Hið íslenska bókmenntafélag 2020, 475–492 (479).

⁵⁶ Alpt. 1993–1994, A-deild, bls. 805.

laganna. [...].⁵⁷ Af þessum ummælum vaknar sú spurning hvað átt sé við með *leiðsagnargildi* fordæma MDE í þessu sambandi.

Samkvæmt íslenskri orðabók Menningarsjóðs merkir orðið „leiðsögn“ það að „vísa leið“ og er náskýlt nafnorðinu „leiðsaga“ sem merkir „leiðbeiningar“ eða „fræðsla“.⁵⁸ Tilvísun áðurgreindra lögskýringargagna til þess að dómur Mannréttindadómstólsins séu til leiðsagnar við úrlausn mála hér á landi verður því að skilja á þá leið að réttarheimildafræðilega hafi dómur dómstólsins aðra stöðu en dómur Hæstaréttar (og eftir atvikum Landsréttar eftir 1. janúar 2018). Dómur Mannréttindadómstólsins séu ekki lagalega bindandi, eins og alla jafna gildir um hefðbundin dómafordæmi.⁵⁹ Þeir feli í sér leiðbeiningar eða fræðslu um inntak sáttmálans. Leiðsagnargildi þeirra sé þá nánar tiltekið í því fölgandi að veita *forspá* um hver sé að efni til sú lágmarksvernd sem staðfest hefur verið að þjóðarétti við túlkun ákvæða sáttmálans. Íslenskum dómurum sé aftur á móti að formi til heimilt að hafna því að fylgja þeim leiðbeiningum sem sé að finna í dómum Mannréttindadómstóls Evrópu í þessu sambandi verður þó jafnframt að gefa öðrum mikilvægum sjónarmiðum nokkurn gaum.

Í *fyrsta lagi* leiðir af þeim þjóðréttarskyldum sem hvíla á íslenska ríkinu, og þar með dómskerfinu, að dómstólar hér á landi þurfa í reynd að ljá dómum Mannréttindadómstóls Evrópu vægi við úrlausn mála jafnvel þótt þeir séu ekki lagalega bindandi. Að öðrum kosti kann íslenska ríkið að brjóta gegn ákvæðum sáttmálans og getur þá þurft að greiða þeim skaðabætur sem brotið hefur verið gegn auk málskostnaðar samkvæmt 41. gr. mannréttinasáttmálans.⁶⁰ Af þessu má draga þá ályktun að þótt dómur Mannréttindadómstólsins hafi aðeins leiðsagnargildi að formi til hér á landi, þá standi rík hagnýt rök og sjónarmið reist á réttaröryggi, sem dregin verða af skyldum íslenska ríkisins gagnvart þeim einstaklingum sem falla undir lögsögu þess að landslögum, til þess að dómstólar hér á landi fylgi alla jafna þeirri leiðsögn sem leiðir af dómum dómstólsins. Raunar má færa fyrir því rök að í framkvæmd hafi þessi sjónarmið smám saman til þess að vægi dóma dómstólsins við úrlausn mála fyrir íslenskum dómstólum hafi aukist og sé nú í reynd eðlislíkt því sem ljá verður dómum landsdómstóla sem teljast til hefðbundinna fordæma, þótt hin formlega staða hinna fyrrgreindu dóma sé óbreytt.

Í *öðru lagi* verður að hafa í huga að það er viðurkennd lögskýringarregla í norrænum rétti að við túlkun landslaga skuli gæta samræmis við reglur þjóðaréttar eins og kostur er. Þegar íslenskir dómstólar standa frammi fyrir álitaefni um hvert sé inntak tiltekins ákvæðis mannréttinasáttmálans leiðir af þessari lögskýringarreglu að horfa verði til dóma Mannréttindadómstóls Evrópu svo unnt sé að álykta með fullnægjandi hætti um hvert sé efni þeirrar þjóðaréttarreglu sem endurspeglar í hlutaðeigandi ákvæði sáttmálans. *Réttarstaðan* á vettvangi sáttmálans verður þannig ekki einungis metin með lestri ákvæða hans, heldur verður að skoða heildstætt hvernig það ákvæði hans sem á reynir hefur verið túlkað af Mannréttindadómstólnum.

Af þessu leiðir að 2. gr. laga nr. 62/1994 girðir ekki fyrir að dómur Mannréttindadómstólsins hafi beina lagalega þýðingu við úrlausn mála hér á landi í gegnum viðurkenndar lögskýringaraðferðir við túlkun ákvæða mannréttinasáttmálans, þótt þeir hafi ekki að formi til bein og milliliðalaus réttaráhrif. Líta verður svo á að Hæstiréttur hafi í reynd lagt sambærilega niðurstöðu til grundvallar í dómi sínum, H 2. febrúar 2017 (250/2016)

⁵⁷ Alþt. 1993–1994, A-deild, bls. 800.

⁵⁸ Íslensk Orðabók (ritstj. Mördur Árnason o.fl.). Reykjavík: Edda 2002, 884–885.

⁵⁹ Hér verður ekki rætt nánar um þær takmarkanir sem leiða af ákvæðum stjórnarskrárinnar á því að Alþingi geti mælt svo fyrir að dómur alþjóðlegs dómstóls hafi bindandi gildi að íslenskum rétti.

⁶⁰ Sjá almennt t.d. Eiríkur Jónsson og Viðar Már Matthíasson: Bótaréttur III: Sérsvið skaðabótaréttar. Reykjavík: Bókautgáfan Codex, 311–317 (þar sem fjallað er um skaðabótaábyrgð vegna brota gegn mannréttindaákvæðum að þjóðarétti samkvæmt mannréttinasáttmála Evrópu).

(búnaðargjald), a.m.k. þegar um ákvæði stjórnarskrárinnar er að ræða sem eiga sér efnislega samsvörun í mannréttindasáttmálanum.

Í H 2. febrúar 2017 (250/2016) (búnaðargjald) voru atvik þau að S hf. krafðist endurgreiðslu búnaðargjalds sem hann greiddi á árunum 2010 til 2014, en fyrir lá að gjaldinu var ráðstafað til Svínaræktarfélags Íslands, Bjargráðasjóðs, Bændasamtaka Íslands og Búnaðarsambands Kjalarnesþings. Reisti S hf. kröfu sína á því að álagning og innheimta gjaldsins samkvæmt lögum nr. 84/1997 um búnaðargjald væri ólögmat hvað félagið varðaði, auk þess sem gjaldtakan stangaðist á við ákvæði stjórnarskrárinnar um félagafrelsi og skattlagningu og bryti í bága við ákvæði mannréttindasáttmálans. Hæstiréttur taldi að lög nr. 84/1997 mæltu ótvírætt fyrir um að S hf. bæri að greiða búnaðargjald sem næmi veltu af sölu félagsins á afurðum sínum að teknu tilliti til frádráttar samkvæmt nánar greindum matsreglum ríkisskattstjóra. Hvað varðaði Bjargráðasjóð var lítið svo á að hann væri stjórnvald en ekki félag og félli því ekki undir 74. gr. stjórnarskrárinnar. Var íslenska ríkið því sýknað af kröfu S hf. um endurgreiðslu búnaðargjalds, sem félagið hafði greitt á áðurgreindu tímabili, að því leyti sem nam þeim hluta gjaldsins er rann til sjóðsins. Vísað var til þess að þótt reglur um ákvörðun búnaðargjalds og álagningu þess væri í samræmi við fyrirmæli 40. og 77. gr. stjórnarskrárinnar og fullnægðu því að formi til kröfum sem gerðar væru til skattlagningar leiddi það eitt og sér ekki til þess að hafnað yrði kröfu S hf. um endurgreiðslu búnaðargjalds að því leyti sem það hefði runnið til Svínaræktarfélags Íslands, Bændasamtaka Íslands og Búnaðarsambands Kjalarnesþings. Talið var að ekki yrði réttlætt að leggja þá skyldu á S hf. að greiða gjald sem ráðstafað hafði verið til þessara þriggja félaga óháð vilja hans með vísan til þess að slíkt hefði verið nauðsynlegt vegna almannahagsmuna eða vegna réttinda annarra, sbr. 2. mgr. 74. gr. stjórnarskrárinnar. Var því fallist á með S hf. að sá hluti gjaldsins hefði farið í bága við það frelsi félagsins sem væri tryggt í stjórnarskrárákvæðinu til að standa utan félaga, sbr. einnig 11. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Með vísan til 1. mgr. 1. gr. laga nr. 29/1995 um endurgreiðslu oftekinna skatta og gjalda var íslenska ríkinu gert að endurgreiða S hf. þann hluta búnaðargjaldsins.

Hér skal sérstaklega getið forsendna Hæstaréttar um samspil 74. gr. stjórnarskrárinnar og 11. gr. sáttmálans, en um það segir í dómnum:

Við breytingu á 74. gr. stjórnarskrárinnar, sem gerð var með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995, var sérstaklega að því vikið í greinargerð með frumvarpi til laganna að markmiðið væri meðal annars að samræma reglur um félagafrelsi í stjórnarskránni skýringu Mannréttindadómstóls Evrópu á félagafrelsisákvæðinu í 11. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Af þeim sökum verður við skýringu á 74. gr. stjórnarskrárinnar meðal annars lítið til úrlausnar þess dómstóls í máli nr. 20161/06 frá 27. apríl 2010.

Að okkar áliti tekur Hæstiréttur hér af öll tvímæli um að af hálfu réttarins sé lagt til grundvallar að fylgja beri þeim vilja stjórnarskrárgjafans á árinu 1995 að túlka beri mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar, sem eiga sér hliðstæðu í ákvæðum mannréttindasáttmálans, til samræmis við hann. Jafnframt leiði af þeirri samræmisskýringarreglu að líta verði til dóma Mannréttindadómstóls Evrópu eftir því sem við á. Bein vísun Hæstaréttar til dóms Mannréttindadómstólsins bendir eindregið til þess að Hæstiréttur telji það leiða af því tiltekna lögskýringarsjónarmiði, að ljá verði dómum Strassborgardómstólsins verulegt vægi við túlkun stjórnarskrárinnar við slíkar aðstæður, enda megi telja að viðkomandi dómur veiti skýr svör við því lagalega álitaefni sem Hæstiréttur stendur frammi fyrir.

Til að varpa frekara ljósi á þessa þróun verða nú reifaðir valdir dómar Hæstaréttar á tveimur málefnasviðum sem urðu síðar umfjöllunarefni á vettvangi Mannréttindadómstóls Evrópu í sömu málum sem þangað voru kærð, enda skiptir máli við heildarmat á hvort þörf sé á breyta mannréttindakafla stjórnarskrárinnar að meta hvort og þá með hvaða hætti íslenskir dómstólar hafi leitast við að bregðast við áfellingisdómum sem Mannréttindadómstóllinn hefur kveðið upp. Annars vegar er um að ræða mál þar sem reyndi á vernd tjáningarfrelsis samkvæmt 2. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. mannréttindasáttmálans. Hins vegar mál þar sem reyndi á regluna um bann við endurtekinni málsmeðferð til úrlausnar um refsiverða háttsemi, sem jafnan er nefnd *ne bis in idem*, sem mælt er fyrir um í 4. gr. 7. viðauka við mannréttindasáttmála Evrópu og á sér ekki hliðstæðu í mannréttindakafla stjórnarskrárinnar. Í

íslenskum rétti er síðargreinda reglan því aðeins reist á almennum lögum, það er lögum nr. 62/1994.

4.3.2 Vernd tjáningarfrelsis

Samkvæmt 2. og 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar á hver maður á rétt á að láta í ljós hugsanir sínar, en ábyrgjast verður hann þær fyrir dómi. Ritskoðun og aðrar sambærilegar tálmanir á tjáningarfrelsi má aldrei í lög leiða. Tjáningarfrelsi má aðeins setja skorður með lögum 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. Þetta ákvæði er efnislega samhljóða 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu.

Í íslenskri dómaframkvæmd hefur lengi tíðkast að menn, sem telja að æra þeirra hafi verið meidd, hafi leitað á náðir dómstóla með kröfur um refsingar og greiðslu miskabóta á hendur þeim sem sakaðir eru um slíkar ærumeiðingar. Lengi vel var leyst úr slíkum ágreiningi á grundvelli aðferða og kenninga fræðimanna sem höfðu þróast hér innanlands og þá án sérstaks tillits til dóma Mannréttindadómstóls Evrópu.⁶¹ Fram eftir fyrsta áratug nýrrar aldar virðist sem ekki hafi verið látið reyna á slíkar úrlausnir íslenskra dómstóla fyrir Mannréttindadómstól Evrópu. Á því varð breyting á árunum 2009–2013 þegar röð mála af því tagi var vísað til dómstólsins eftir að dómar höfðu gengið fyrir landsdómstólum hér á landi einstaklingum í vil á hendur íslenskum blaðamönnum sem höfðu verið dæmdir til greiðslu miskabóta fyrir ærumeiðandi ummæli í fjölmiðlum. Þau kærumál voru síðan leidd til lykta með átta dómum Mannréttindadómstólsins, sem féllu á árunum 2012–2017. Lyktir sex dómanna voru kærendum (blaðamönnunum) í vil og var íslenska ríkinu gert að greiða þeim bætur fyrir brot á ákvæði 10. gr. sáttmálans um vernd tjáningarfrelsis.⁶² Ekki gefst tóm hér til að reifa þessa dóma í smáatriðum heldur verður fremur leitast við að álykta um samskipti íslenskra dómstóla og Mannréttindadómstólsins með almennum hætti af framvindu þessarar dómsmála.

Þegar litið er heildstætt á þessa röð dómsúrlausna kemur ýmislegt athyglisvert í ljós. Í *fyrsta lagi* varð íslenska ríkið að sýna fram á það að forsendur íslenskra dómstóla hefðu verið fullnægjandi til að sú skerðing á tjáningarfrelsi sem kærendur höfðu orðið fyrir hefði getað talist „nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi“, sbr. 2. mgr. 10. gr. sáttmálans. Allir áfellsdómarnir sex eiga það sameiginlegt að í grunninn mat Mannréttindadómstóllinn það svo að þær aðferðir við túlkun tjáningarfrelsisákvæðis 10. gr. sáttmálans, sem dómstólar hér á landi höfðu lagt til grundvallar með vísan til 2. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar, hefðu ekki verið fullnægjandi, þar sem þeir hefðu ekki tekið nægilegt tillit til þeirra sjónarmiða sem leiddu af dómaframkvæmd dómstólsins. Í *öðru lagi* má glöggst ráða af forsendum íslensku dómanna, sem Mannréttindadómstóllinn fjallaði um í þessum málum, að við mat á inntaki þeirra ærumeiðandi ummæla sem ágreiningur stóð um hafi dómstólar hér á landi ekki lagt heildstætt mat á samhengi þeirra heldur túlkað þau fremur þröngt eða bókstaflega. Þá hafi ekki nægilega verið tekið mið af dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins um að játa beri fjölmiðlum svigrúm til að setja fram ummæli og skoðanir á ögrandi og jafnvel ýktan máta hafi slík umfjöllun verið sett fram í góðri trú. Síðast en ekki síst skorti nokkuð á að gerður væri með skýrum hætti greinarmunur á milli staðhæfinga um staðreyndir og gildisdóma, sem hefur verið rauður þráður í

⁶¹ Sjá Gunnar Thoroddsen, Fjölmeili. Reykjavík: Bókaútgáfa Menningarsjóðs.

⁶² Í eftirfarandi sex málum taldi Mannréttindadómstóllinn að íslenska ríkið hefði brotið gegn 10. gr. sáttmálans: Björk Eiðsdóttir gegn Íslandi, 46432/09 (10. júlí 2012); Erla Hlynisdóttir gegn Íslandi, 43380/10 (10. júlí 2012); Erla Hlynisdóttir gegn Íslandi (nr. 2), 54125/10 (21. október 2014); Erla Hlynisdóttir gegn Íslandi (nr. 3), 54145/10 (2. júní 2015); Steingrímur Sævarr Ólafsson gegn Íslandi, 58493/13 (16. mars 2017); Reynir Traustason o.fl. gegn Íslandi, 44081/13 (4. maí 2017). Í eftirfarandi tveimur málum var ekki fallist á að íslenska ríkið hefði brotið gegn 10. gr. sáttmálans: Ólafur Arnarsson gegn Íslandi, 58781/13 (13. júní 2017); Svavar Halldórsson gegn Íslandi, 44322/13 (4. júlí 2017). Þess skal getið að annar höfunda þessarar greinargerðar, Róbert R. Spanó, sat sem dómari við Mannréttindadómstóllinn í öllum áðurgreindum málum að undanskildum þeim tveimur fyrstu sem dæmd voru á árinu 2012 og síðasta málinu dæmdu 4. júlí 2017, þar sem hann vék sæti.

dómaframkvæmd dómstólsins um áratugaskeið.⁶³ Í *þriðja lagi* virðist ljóst að þeirrar tilhneigingar hafi almennt gætt hjá íslenskum dómstólum að ljá einkalífs- og æruvernd meira vægi við úrlausn ærumeiðingarmála en tjáningarfrelsi þess sem sett hefur ummælin fram á opinberum vettvangi. Þá hafi nokkuð skort á að hið mikilvæga hlutverk fjölmiðla í lýðræðisspjóðfélagi, sem Mannréttindadómstóllinn hefur ítrekað lagt áherslu á í dómaframkvæmd sinni, væri nægilegur gaumur gefinn í mati á því hvort fullnægjandi grundvöllur væri fyrir því að gera blaðamanni að þola dóm um greiðslu miskabóta.

Samandregið er sá lærdómur sem dreginn verður af þeim sex dómum Mannréttindadómstólsins um brot á tjáningarfrelsisákvæði sáttmálans, sem íslenska ríkið þurfti að þola á árunum 2012–2017, sá að íslenskir landsdómstólar hafi allt til annars áratugar 21. aldar ekki lagt nægilega til grundvallar þau sjónarmið sem leiddu af dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins við úrlausn þessara mála. Í kjölfar dómanna hefur á hinn bóginn orðið breyting á dómaframkvæmd íslenskra dómstóla. Má í því samhengi t.d. benda á tvo dóma sem síðast gengu hjá Mannréttindadómstól Evrópu í ærumeiðingarmálum blaðamanna, þar sem dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að ekki hafi verið brotið gegn 10. gr. sáttmálans.⁶⁴ Athyglisvert er að bæði þessi mál bárust Mannréttindadómstólsins árið 2013 í kjölfar dóma hér á landi sem gengu eftir að fyrstu áfellsdómarnir voru kveðnir upp af Mannréttindadómstólnum á árinu 2012.⁶⁵ Sérstaklega er vert að nefna dóm dómstólsins í máli *Svavars Halldórssonar gegn Íslandi*. Þar taldi Mannréttindadómstóllinn að ekki væri ástæða til að gera athugasemdir við það mat Hæstaréttar að nægar forsendur hefðu verið til að gera stefnda, blaðamanninum, að greiða stefnanda miskabætur vegna ærumeiðandi ummæla. Í niðurstöðu sinni tók dómstóllinn fram að Hæstiréttur hefði með réttu vegið og metið tjáningarfrelsi blaðamannsins andspænis rétti stefnanda til friðhelgi einkalífs og gert það á grundvelli þeirra sjónarmiða sem leiddu af dómaframkvæmd dómstólsins. Þótt skoðanamunur gæti verið á því hver ætti að vera niðurstaðan að loknu slíku mati, yrði dómstóllinn að hafa sterkar ástæður til að hnekkja mati landsdómstólsins hafi sá síðargreindi leyst úr málinu í samræmi við framkvæmd hins fyrrgreinda. Samkvæmt þessu taldi dómstóllinn að niðurstaða Hæstaréttar hefði verið innan þess svigrúms til mats sem aðildarríkin hefðu á þessu sviði og að þess hefði verið gætt að leggja málefnalegt mat á þau úrræði sem beitt var til skerðingar á tjáningarfrelsi í ljósi þess lögmæta markmiðs sem stefnt hefði verið að.⁶⁶

Þegar á allt áðurgreint er litið er ljóst að þótt ef til vill hafi gætt nokkurrar tregðu hjá íslenskum dómstólum, eftir lögfestingu mannréttindasáttmálans Evrópu og á fyrstu árum nýrrar aldar, við að þeir tileinkuðu sér þau sjónarmið sem leiða af dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins, sýnir þróun síðustu ára glögg fram á það að aukinnar gagnkvæmni gæti nú í samskiptum íslenskra dómstóla og Mannréttindadómstólsins. Gera má ráð fyrir því að þau sjónarmið um leiðsagnargildi dóma MDE, sem rakin eru hér á undan, njóti nú ríkari

⁶³ Sjá Eiríkur Jónsson og Halldóra Þorsteinsdóttir, *Fjölmiðlaréttur*. Reykjavík: Fons Juris 2017, 291 o.áfr. (þar sem fjallað er um þetta atriði).

⁶⁴ Sjá Ólafur Arnarson gegn Íslandi, 58781/13 (13. júní 2017); Svavar Halldórsson gegn Íslandi, 44322/13 (4. júlí 2017).

⁶⁵ Áður en mál Svavars Halldórssonar gegn Íslandi, 44322/13 (4. júlí 2017) rataði til Mannréttindadómstóls Evrópu gekk Hrd. 15. nóvember 2012 (69/2012). Áður en mál Ólafs Arnarsonar gegn Íslandi, 58781/13 (13. júní 2017) rataði til Mannréttindadómstólsins gekk Hd. Reykjaness 29. nóvember 2012 en Hæstiréttur hafnaði beiðni um leyfi til að áfrýja héraðsdóminum 25. febrúar 2013.

⁶⁶ Í Svavar Halldórsson gegn Íslandi, 44322/13 (4. júlí 2017), 55. mgr. segir: „In the light of all the above-mentioned considerations, the Court considers that the Supreme Court balanced the right of freedom of expression with the right to respect for private life, and took into account the criteria set out in the Court’s case-law. The Court recalls that, although opinions may differ on the outcome of a judgment, “where the balancing exercise has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court’s case law, the Court would require strong reasons to substitute its own view for that of the domestic courts” (see paragraph 39 above). The Supreme Court acted within the margin of appreciation afforded to it and struck a reasonable balance between the measures imposed, restricting the right to freedom of expression, and the legitimate aim pursued.“

stuðnings á meðal íslenskra dómara en áður var. Annað dæmi um sambærilega þróun eru dómar hér á landi og á vettvangi Mannréttindadómstólsins um regluna um *ne bis in idem*, sem nú verður vikið að.

4.3.3 Ne bis in idem

Samkvæmt 4. gr. 7. viðauka við mannréttindasáttmálann skal enginn sæta lögsókn né refsingu að nýju í sakamáli innan lögsögu sama ríkis fyrir brot sem hann hefur þegar verið sýknaður af eða sakfelldur um með lokadómi samkvæmt lögum og sakamálaréttarfari viðkomandi ríkis. Við fyrstu sýn virðist ljóst af þessum texta að hann eigi einungis við um hefðbundin sakamál sem dæmd eru hér á landi í málum sem rekin eru af hálfu ákærvaldsins á grundvelli laga um meðferð sakamála, sbr. nú lög nr. 88/2008. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur aftur á móti lagt viðtækari skilning í gildissvið þessa ákvæðis. Það tekur með öðrum orðum til allra mála þar sem manni er gert að sæta refsingu í þeirri sjálfstæðu merkingu sem dómstóllinn hefur lagt til grundvallar í dómaframkvæmd sinni. Ákvæðið getur þannig einnig átt við um mál þar sem stjórnvald leggur á sektir eða, í tilviki skattyfirvalda hér á landi, þegar skattaðilum er gert að sæta álagi á skattstofna á grundvelli skattalaga.⁶⁷

Í dómi Hæstaréttar H 22. september 2010 (371/2010) (*ne bis in idem*) reyndi á það hvort ákærðu A, B, C og D yrði gert að sæta málsmeðferð að nýju í hefðbundnu sakamáli vegna brots á skattalögum eftir að þeim hafði áður verið gert að sæta álagi á skattstofna. Kröfðust þeir að máli ákærvaldsins á hendur þeim yrði vísað frá dómi þar sem þeim hefði þegar verið gert að sæta refsingu vegna þeirra brota sem þeim var gefið að sök. Í dómi Hæstaréttar var ekki fallist á kröfu ákærðu. Hæstiréttur rakti að með 2. gr. laganna um mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994 hefði löggjafinn áréttað að þrátt fyrir lögfestingu sáttmálans væri enn byggt á grunnreglunni um tvíeðli landsréttar og þjóðaréttar að því er varðaði gildi úrlausna þeirra stofnana sem settar hefðu verið á fót samkvæmt sáttmálanum. Þótt dómstólar litu til dóma Mannréttindadómstólsins við túlkun sáttmálans þegar reyndi á ákvæði hans sem hluta af íslenskum landsrétti, leiddi af þessari skipan að það væri verkefni löggjafans að gera nauðsynlegar breytingar á landsrétti til að virða skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt sáttmálanum. Hér á landi væri á því byggt að heimilt væri að haga stjórnkerfi skattamála með þeim hætti að fjallað væri um beitingu álags og ákvörðun refsingar í sitthvoru málinu, þótt þau gætu átt rót sína að rekja til sömu eða samofinna atvika. Ef kröfur A, B, C og D yrðu teknar til greina hefði því í reynd verið slegið föstu að þessi skipan fengi ekki staðist.

Þá var litið til þess að dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins hefði verið misvísandi um þau atriði sem miðað skyldi við þegar metið væri hvort fjallað væri um sama brot í fyrri og síðari úrlausn um refsiverða háttsemi. Dómstóllinn hefði þó hafnað því að 4. gr. 7. viðaukans stæði því í vegi að annars vegar væri fjallað um endurákvörðun skatta og beitingu álags vegna brots á reglum um framtalsskyldu og hins vegar um refsingar í öðru máli í tilefni af sömu málsatvikum. Talið var að óvissu gætti um túlkun bæði á gildissviði og inntaki 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka eftir uppkvaðningu nýlegra dóma Mannréttindadómstólsins. Svo að til greina kæmi að slá því föstu að þessi skipan skattamála hér á landi fengi ekki staðist vegna ákvæða sáttmálans yrði að minnsta kosti að leggja skýrt fyrir að íslensk lög færu í bága við þau, eftir atvikum í ljósi dóma dómstólsins. Þegar af þeirri ástæðu að ekki stæði þannig á í málinu var sýknað af kröfum ákærðu.

Þennan dóm Hæstaréttar má ef til vill hafa til marks um þá tregðu sem gætt hafi hjá íslenskum dómstólum, varðandi það að haga túlkun og beitingu sáttmálans með þeim hætti að sem best samræmi væri á milli framkvæmdar íslenskra dómstóla og Mannréttindadómstólsins. Annar höfunda þessarar greinargerðar hefur áður fjallað með ítarlegum hætti um dóm Hæstaréttar og gagnrýnt þær forsendur sem þar voru settar fram, bæði að því er varðar samspil og samstarf dómstóla í aðildarríkjum sáttmálans og Mannréttindadómstólsins og einnig efnisleg rök Hæstaréttar um túlkun 4. gr. 7. viðauka við mannréttindasáttmálann.⁶⁸

⁶⁷ Sjá nánar Róbert R. Spanó, *Ne bis in idem: Bann við endurtekinni málsmeðferð vegna refsiverðrar háttsemi samkvæmt 4. gr. 7. viðauka við mannréttindasáttmála Evrópu og áhrif þess á íslenskan rétt*. Reykjavík: Codex 2011, 28–91.

⁶⁸ Róbert R. Spanó, *Ne bis in idem*, 150–172.

Þrír ákærðu vísuðu niðurstöðu Hæstaréttar til Mannréttindadómstólsins. Í dómi dómstólsins í Jón Ásgeir Jóhannesson o.fl. gegn Íslandi,⁶⁹ var talið að íslenska ríkið hefði brotið gegn *ne bis in idem* reglu mannréttindasáttmálans.

Viðfangsefnið hér er að meta hvort þess sjái sér nægilega stað í dómaframkvæmd íslenskra dómstóla á síðustu árum að leitast sé við að gæta samræmis á milli mannréttindaverndar hér á landi og þeirri vernd sem leiðir af ákvæðum sáttmálans. Er því samhengi rétt að líta á hvernig íslenskri dómstólar brugðust við áðurgreindum áfellsdómi Mannréttindadómstólsins.

Þegar áfellsdómur Mannréttindadómstólsins lá fyrir kvað Hæstiréttur næst upp dóm í H 21. september 2017 (283/2016) (*ne bis in idem* II) þar sem reyndi á beitingu *ne bis in idem* reglu sáttmálans.

Í H 21. september 2017 (283/2016) (*ne bis in idem* II) var X ákærður fyrir meiriháttar brot gegn skattalögum með því að hafa staðið skil á efnislega röngum skattframtölum gjaldárin 2008 og 2009 vegna tekjuáranna 2007 og 2008 og þannig látið undir höfuð leggjast að telja fram umtalsverðar fjármagnstekjur samtals. Héraðsdómur sakfelldi X. Fyrir Hæstarétti krafðist X þess meðal annars að málinu yrði vísað frá héraðsdómi á þeim grundvelli að efnismeðferð og sakfelling í málinu færi í bága við 4. gr. 7. viðauka við sáttmálann, en í málinu höfðu skattyfirvöld jafnframt endurákvæðað skatta X vegna tekjuáranna 2007 og 2008 og gert honum að greiða skatt af álagi á vantalinn skattstofn samkvæmt ákvæðum laga nr. 90/2003 um tekjuskatt.

Kvað nú við annan tón í Hæstarétti frá þeim sem sleginn hafði verið í dóminum frá árinu 2010. Með beinni vísan til þeirra „viðmiða“ sem Mannréttindadómstóllinn hefði sett í dómaframkvæmd lagði Hæstiréttur til grundvallar að meðferð máls X hjá skattyfirvöldum hefði verið sakamál í skilningi 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka. Þá var jafnframt talið að rekin hefðu verið tvö aðskilin sakamál á hendur X vegna sama brots í skilningi ákvæðisins eins og það skilyrði hefði verið túlkað í dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins. Að þessu gættu taldi Hæstiréttur að ekki hefði verið brotið gegn 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka og hafnaði kröfu X um frávísun málsins. Einn hæstaréttardómari skilaði sératkvæði og taldi skilyrði þau sem leiddu af dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins ekki uppfyllt og því bæri að vísa málinu frá.

Hér verður ekki tekin nein efnisleg afstaða til dóms Hæstaréttar eða beitingu meirihlutans á þeim skilyrðum og sjónarmiðum um túlkun *ne bis in idem* reglu sáttmálans sem leidd verða af dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins. Hvað sem líður niðurstöðu um það efni er sú aðferðafræðilega stefnubreyting, sem fram kemur í H 21. september 2017 (283/2016), samanborið við H 22. september 2010 (371/2010), mikilvæg fyrir það mat sem er tilefni þessarar greinargerðar. Þar skiptir verulegu máli að forsendur bæði meiri- og minnihluta Hæstaréttar hverfast að öllu leyti um dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins á þessu sviði. Með öðrum orðum, Hæstiréttur virðist í ríkari mæli þegar dæmt er í málum þar sem reynir á ákvæði sáttmálans leitast við að greina eins og kostur er þær meginlínur sem lagðar hafa verið í dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins. Hið sama gildir um Landsrétt.⁷⁰

4.3.4 Niðurstöður um samræmi mannréttindakafla stjórnarskrárinnar og mannréttindasáttmála Evrópu

Í kafla 4.3 hefur verið leitast við að varpa almennu ljósi á áhrif mannréttindasáttmála Evrópu við túlkun mannréttindaákvæða stjórnarskrárinnar og heildarmat lagt á hvort sá vilji stjórnarskrárgjafans, að gæta skuli samræmis á milli mannréttindaverndar hér á landi og alþjóðlegra skuldbindinga íslenska ríkisins, hafi náð fram að ganga. Af áðurgreindri umfjöllun má draga eftirfarandi ályktanir:

⁶⁹ Jón Ásgeir Jóhannesson o.fl. gegn Íslandi, 22007/11 (18. maí 2017). Annar höfunda greinargerðarinnar, Róbert R. Spanó, vék sæti við meðferð málsins fyrir MDE.

⁷⁰ Sjá t.d. L 27. september 2018 (455/2018); L 4. október 2018 (456/2018).

Í *fyrsta lagi* hefur dómaframkvæmd íslenskra dómstóla þróast verulega frá lögfestingu mannréttindasáttmálans 1994 og stjórnarskrárbreytingarinnar 1995 í þá átt að ljá ákvæðum mannréttindasáttmálans, sem eiga sér efnislega hliðstæðu í stjórnarskránni, verulegt vægi við túlkun hennar. Með því má segja að dómstólar hafi leitast eftir megni við að fylgja þeim tilmælum stjórnarskrárgjafans að tryggja, eins og kostur er, að stjórnarskráin sé túlkuð til samræmis við þjóðréttarlegar skuldbindingar íslenska ríkisins.

Í *öðru lagi* hafa dómstólar sýnt skýra tilhneigingu hin síðari ár til að byggja í ríkari mæli á samræmisskýringu á milli stjórnarskrárinnar og sáttmálans með beinum tilvísunum til dóma Mannréttindadómstóls Evrópu. Þótt lög nr. 62/1994 um mannréttindasáttmálann gangi út frá því að dómur Mannréttindadómstólsins sé ekki bindandi, heldur skuli hafa leiðsagnargildi, hafa hagnýt rök og sjónarmið reist á réttaröryggi borgaranna leitt til þess að vægi dóma hans hafa smám saman aukist við úrlausn mála fyrir íslenskum dómstólum. Segja má að vægi þeirra nú sé í reynd eðlislíkt því sem ljá verður dómum sem taldir eru hefðbundin fordæmi, þótt formleg réttarheimildarleg staða fyrrgreindu dómanna sé eftir sem áður óbreytt. Líklegt er að röð áfellsdóma á vettvangi Mannréttindadómstólsins á árunum 2012–2017 í íslenskum kærumálum hafi haft þar töluverð áhrif. Hér kann það jafnframt að hafa þýðingu að Mannréttindadómstóllinn hefur í dómaframkvæmd sinni hin síðari ár lagt í ríkari mæli áherslu á að landsdómstólar rökstyðji vandlega dómsúrlausnir sínar með vísan til þeirra sjónarmiða sem ráðin verða af dómaframkvæmd dómstólarins og í því samhengi byggt á svonefndri nálægðarreglu. Ef á slíkan rökstuðning skortir í úrlausn landsdómstóls er líklegra en ekki að dómstóllinn leggi til grundvallar, eins og í áfellsdómunum á hendur íslenska ríkinu, að á það skorti að úrlausnir að landsrétti uppfylli þær lágmarkskröfur sem leiðir af sáttmálanum.⁷¹

Í *þriðja lagi* má sjá þess merki að landsdómstólar leitist ekki bara við að vísa almennt til dóma Mannréttindadómstólsins í úrlausnum sínum, heldur sé einnig af þeirra hálfu í ríkari mæli lögð á það áhersla að byggja á úrlausnum dómstólsins til að leysa úr álitamálum um mannréttindi borgaranna með vísan til þeirra aðferða við túlkun og beitingu viðkomandi ákvæðis sáttmálans sem þróuð hefur verið á vettvangi dómstólsins. Er þar með viðurkennt að nauðsynlegt sé að fylgja eins og kostur er þeirri þróun sem á sér stað hjá Mannréttindadómstólnum, enda verður íslenska ríkinu ekki með öðru móti fært að fullnægja á hverjum tíma skyldum sínum að þjóðarétti sem leiða af sáttmálanum.

Með vísan til alls áðurgreinds er það afstaða okkar að sá skýri og ótvíræði vilji stjórnarskrárgjafans, sem lá beint til grundvallar stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995, að mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar yrðu túlkuð til samræmis við ákvæði mannréttindasáttmálans, hefur í meginatriðum náð fram að ganga. Við mat á nauðsyn þess að breyta mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar hefur þessi afstaða verulega þýðingu að okkar mati og leiðir ásamt öðrum sjónarmiðum sem á undan eru rakin til þeirrar ályktunar að ekki sé í meginatriðum ástæða til að gera breytingar á gildandi ákvæðum, þó með þeim undantekningum sem sérstaklega eru rökstuddar í kafla 4.5 hér á eftir.

4.4 Félagsleg réttindi samkvæmt 76. gr. stjórnarskrárinnar og álitaefni um hvort setja beri ákvæði um mannlega reisn í stjórnarskrá

Í 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 14. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995, segir að öllum sem þess þurfa, skuli tryggður í lögum réttur til aðstoðar vegna sjúkleika, örorku, elli, atvinnuleysis, örbirgðar og sambærilegra atvika. Í 2. mgr. sömu greinar segir að öllum skuli

⁷¹ Sjá nánar t.d. Róbert R. Spanó, „Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity“, *Human Rights Law Review* 2014, 487–502; sami höfundur, „The Future of the European Court of Human Rights — Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law“, *Human Rights Law Review* 2018, 473–494; Oddný Mjöll Arnardóttir, *Nálægðarregla: Svigrúm til mats og samband Mannréttindadómstóls Evrópu við landsrétt*. Reykjavík: Bókaútgáfan Codex 2018.

tryggður í lögum réttur til almennrar menntunar og fræðslu við sitt hæfi. Í 3. mgr. segir loks að börnum skuli tryggð í lögum sú vernd og umönnun sem velferð þeirra krefjist.

Framsetning þessa ákvæðis er ólík því sem gildir um flest önnur mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar þar sem almenna löggjafanum eru settar skorður meðal annars með settum lagaáskilnaðarreglum, því í 76. gr. er mælt fyrir um skyldu löggjafans til þess að setja lög um rétt borgaranna til tiltekinna efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda.⁷² Ákvæði 2. mgr. 75. gr. stjórnarskrárinnar um réttindi manna á vinnumarkaði er reyndar sett fram á líkan hátt.⁷³

Ákvæði 76. gr. stjórnarskrárinnar á rætur að rekja til stjórnarskrárinnar frá 1874 og 84. gr. dönsku stjórnarskrárinnar og stóð að mestu óhreyft frá 1874 fram til þeirra breytinga sem gerðar voru á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995.⁷⁴ Ákvæði 3. mgr. 76. gr. var á hinn bóginn nýmæli sem kom í stjórnarskrá 1995.⁷⁵ Fyrir breytingarnar var ákvæðið, sem þá var í 70. gr., svofellt: „Sá skal eiga rétt á styrk úr almennum sjóði, sem eigi fær séð fyrir sér og sínum, og sé eigi öðrum skylt að framfæra hann, en þá skal hann vera skyldum þeim háður, sem lög áskilja.“ Samkvæmt lögskýringargögnum með frumvarpi sem varð að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 var ekki stefnt að grundvallarbreytingu á efni fyrra ákvæðisins,⁷⁶ þótt annað hafi komið á daginn í réttarframkvæmd síðustu ára fyrst og fremst varðandi 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar.⁷⁷ Þannig hefur ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 14. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995, öðlast aukið vægi í réttarframkvæmd.⁷⁸ Fyrir 1995 var með öllu óþekkt að vísað væri til ákvæða stjórnarskrárinnar um félagslega aðstoð eða rétt til menntunar í dómaframkvæmd Hæstaréttar. Hið aukna vægi þessara annarrar kynslóðar réttinda í réttarframkvæmd á síðustu árum er meðal annars komið til vegna áhrifa frá fjölþjóðlegum mannréttindasamningum sem innihalda nánari lýsingu á þeim grunnreglum sem koma fram í stjórnarskrarákvæðinu.⁷⁹ Mjög hefur raunar kveðið að dómsmálum þar sem byggt er á 1. mgr. 76. á síðasta áratug eða svo.

Ákvæði 2. mgr. 76. gr., sbr. 14. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995, kveður á um rétt til almennrar menntunar, þar sem gengið er út frá því að sá réttur sé til staðar en löggjafanum gert skylt að tryggja að útfæra þann rétt nánar.⁸⁰ Gildissvið ákvæðisins tekur fyrst og fremst til skyldunáms í grunnskóla og framhaldsskólanáms. Ef ágreiningur vaknar um mismunun á rétt til háskólanáms er fremur við jafnræðisreglur 65. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 3. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995, að styðjast.⁸¹ Þau álítaefni sem upp hafa komið um réttinn til menntunar hafa oftast snúið að því hvort mismunun eigi sér stað í einhverri mynd og felst réttarvernd ákvæðisins fyrst og fremst í því að sporna við mismunun og tryggja að ekki megi útiloka neinn frá almennri menntun t.d. með reglum um fjöldatakmarkanir eða annars konar hindrunum við námi á borð við að áskilja skólagjöld fyrir hana.⁸² Litið hefur verið svo á að 2. mgr. 76. gr. gegni mikilvægu aðhaldshlutverki ef skerða eigi þann rétt sem þegar sé verndaður, t.d. í tengslum við niðurskurð á fjárframlögum til skólamála, og virki einnig sem hvatning til að færa út réttinn til menntunar og standa vörð um hann í lögum.⁸³

⁷² Sjá t.d. Páll Hreinsson, *Lagaheimild reglugerða*, 251.

⁷³ Björg Thorarensen, *Stjórnarskipunarréttur. Mannréttindi*, 565.

⁷⁴ Sama heimild, 566.

⁷⁵ Sama heimild, 565, 567.

⁷⁶ Sama heimild 566.

⁷⁷ Sama heimild, 577.

⁷⁸ Sama heimild, 566.

⁷⁹ Sama heimild, 567.

⁸⁰ Sama heimild, 584.

⁸¹ Sama heimild, 585.

⁸² Sama heimild, 586.

⁸³ Sama heimild, 588.

Ákvæði 3. mgr. 76. gr., sbr. 14. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995, kveður á um skyldu löggjafans til að tryggja velferð barna og er eina dæmið í mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar um að lýst sé yfir vernd tiltekins þjóðfélagshóps. Er ákvæðið í samræmi við þróun á alþjóðavettvangi og einkum samning Sameinuðu þjóðanna frá 1989 um réttindi barnsins sem hefur verið lögfestur hér á landi, sbr. lög nr. 19/2013.⁸⁴ Þótt stjórnarskrárákvæðið hafi að geyma almenna stefnuyfirlýsingu án frekari skilgreiningar á því hver sú vernd eða umönnun sé sem þar er vísað til hefur verið talið að í því felist mikilvægt leiðarljós fyrir löggjafann og stjórnvöld sem fara með málefni barna í samræmi við þá grundvallarreglu í íslenskum og alþjóðlegum rétti að það sem barni er fyrir bestu skuli ávallt hafa forgang þegar teknar eru ákvarðanir um málefni þess, sbr. 2. mgr. 1. gr. barnalaga nr. 76/2003.⁸⁵ Vegna almenns eðlis 3. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar er tæpast hægt að byggja einstaklingsbundin réttindi á henni einni sér heldur hefur reglan fremur áhrif sem lögskýringarregla ef til þess kemur að lögum sem hafa áhrif á réttindi barna er breytt og þau t.d. skert.⁸⁶ Stórfelld vanræksla stjórnvalda á að framfylgja lögboðnum skyldum sínum t.d. til að grípa til verndarráðstafana gagnvart börnum kynni að vekja upp spurningar um brot á ákvæðinu, enda ber auk þess að túlka og beita ákvæðinu í ljósi 3. og 8. gr. mannréttinasáttmála Evrópu.⁸⁷ Lítt hefur reynt á 3. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar fyrir dómstólum en dæmi eru um að íslensk lög hafi verið túlkuð í ljósi þeirra skuldbindinga sem áðurgreindur samningur Sameinuðu þjóðanna felur í sér, sbr. lög nr. 19/2013.⁸⁸

Styr hefur hvorki staðið um 2. né 3. mgr. 76. gr. eftir stjórnarskrárbreytingarnar 1995. Öðru máli gegnir um ákvæði 1. mgr. 76. gr. um framfærslurétt. Í 1. mgr. 76. gr., sbr. sbr. 14. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995, er fólgin réttur einstaklings til að fá framfærsluaðstoð þegar hann getur ekki framfært sig sjálfur, en hér á landi hefur einnig verið komið á fót almannatryggingakerfi sem ætlað er að stefna meðal annars að þeim markmiðum sem fram koma í stjórnarskrárákvæðinu.⁸⁹ Undir almannatryggingakerfið gilda almenn lög nr. 100/2007 um almannatryggingar, en um það er einnig fjallað í lögum nr. 99/2007 um félagslega aðstoð og lögum nr. 112/2008 um sjúkratryggingar, en einnig t.d. lögum nr. 54/2006 um atvinnuleysisstryggingar, lögum nr. 144/2020 um fæðingar- og foreldraorlof, lögum nr. 40/1991 um félagsþjónustu sveitarfélaga, lögum nr. 38/2018 um þjónustu við fatlað fólk með langvarandi stuðningsþarfir og lögum nr. 125/1999 um málefni aldraðra, svo og lögum nr. 129/1997 um skyldutryggingu lífeyrisréttinda.⁹⁰

Lengst af var litið svo á að stjórnarskrárákvæði um framfærslurétt mæltu ekki fyrir um efnislegan eða einstaklingsbundinn rétt heldur væri um stefnuyfirlýsingu að ræða og ætti löggjafinn sjálfsveld um hvaða reglur settar væru um efnið.⁹¹ Með svonefndum öryrkjadómi Hæstaréttar, H 2000:4480 (125/2000), var því á hinn bóginn slegið föstu að einstaklingar gætu byggt efnislegan rétt á 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar,⁹² og hafa stjórnarskrárbreytingarnar 1995 reynst stefnumarkandi fyrir þessa túlkun ákvæðisins.⁹³ Með þeim dómi og frekari réttarframkvæmd í kjölfarið hafa verið lagðar línur um inntak þess efnislega réttar sem

⁸⁴ Sama heimild, 589.

⁸⁵ Sama heimild, 591.

⁸⁶ Sama heimild.

⁸⁷ Sama heimild.

⁸⁸ Sjá nánar sömu heimild, 592.

⁸⁹ Sama heimild, 570–571.

⁹⁰ Sama heimild, 571.

⁹¹ Sama heimild, 571.

⁹² Sama heimild, 571, 573.

⁹³ Sama heimild, 573, 574–577, 576–577.

stjórnarskrárákvæðið stendur vörð um.⁹⁴ Björg Thorarensen hefur ályktað á svofelldan hátt um inntak þeirrar réttarverndar sem 1. mgr. 76. mæli fyrir um:

Af framkvæmd dómstóla og fræðiskrifum á síðustu árum verður ályktað að einstaklingur, sem þess þarf, eigi beinan og raunhæfan rétt til aðstoðar frá ríkinu, en ekki aðeins kröfu um að komið sé á fót almannatryggingakerfi með lögum, og nýtur sá réttur verndar 1. mgr. 76. gr. stjkskr. Telji maður brotið gegn þessum rétti með lagasetningu eða stjórnvaldsákvörðun getur hann leitað úrlausnar dómstóla eins og á við um önnur stjórnarskrárvarin réttindi. Ákvörðun um nákvæmt innihald þessa réttar, svo sem um hæfilega fjárhæð bótagreiðslu, er hins vegar ekki í höndum dómstóla. Öðru máli kynni þó að gegna ef löggjafinn ákvæði að afnema með öllu rétt til framfærsluadstoðar. Eins hafa dómstólar talið sér fært að meta hvort skerðing á bótarétti, sem maður hefur notið samkvæmt lögum, gangi of nærri ákveðnum lágmarksréttindum sem fólgin eru í ákvæðinu og hvort byggt hafi verið á lögmætum sjónarmiðum á borð við jafnræði og meðalhóf.⁹⁵

Til að veita betri innsýn í þau sjónarmið sem þarna er lýst og ráða för um hvernig túlka beri 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar er nauðsynlegt að víkja í dæmaskyni að þeim dómum Hæstaréttar sem helst varpa ljósi á þetta efni.

Í H 6. apríl 2020 (52/2021), þar sem Hæstiréttur var orðinn æðsti dómstóll þjóðarinnar í þriggja þrepa dómskerfi, segir meðal annars svo um inntak 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar og það velferðarkerfi sem komið hefur verið á fót með settum lögum í samræmi við áskilnað stjórnarskrárákvæðisins:

12. Samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 skal öllum sem þess þurfa tryggður í lögum réttur til aðstoðar vegna sjúkleika, örorku, elli, atvinnuleysis, örbirgðar og sambærilegra atvika. Í dómaframkvæmd Hæstaréttar hefur ákvæði þetta verið skýrt þannig að skylt sé að lögum að tryggja rétt sérhvers einstaklings til að minnsta kosti einhvern lágmarksframfærslu eftir fyrir fram gefnu skipulagi sem ákveðið er á málefnalegan hátt og að gættu jafnræði svo sem einnig verður leitt af 1. mgr. 65. gr. stjórnarskrárinnar. Jafnframt er þess að gæta að Ísland á aðild að ýmsum alþjóðasamningum um félagsleg réttindi sem stefna að því sama og er vísað til þeirra í greinargerð með frumvarpi sem varð að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 um skýringar á fyrrgreindu ákvæði stjórnarskrárinnar, sbr. einnig til hliðsjónar dóm Hæstaréttar 19. desember 2000 í máli nr. 125/2000.

13. Til samræmis við þennan áskilnað í 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar hefur með almennum lögum verið komið á fót velferðarkerfi til að styðja við þá sem standa höllum fæti fjárhagslega og félagslega. Er þá helst til að taka lög nr. 100/2007 sem kveða meðal annars á um rétt öryrkja og ellilífeyrisþega til bótagreiðslna úr almannatryggingum. Ýmis önnur löggjöf stefnir einnig að þeim markmiðum sem lýst er í 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar, þar á meðal lög nr. 99/2007, sem mæla fyrir um félagslega aðstoð af ýmsum toga, svo sem sérstaka uppbót á lífeyri vegna framfærslu, sbr. 2. mgr. 9. gr. laganna.

14. Eins og nánar er rakið í dómi Hæstaréttar 8. október 2020 í máli nr. 13/2020 er ýmist að löggjöf mæli fyrir um skýlausan rétt manna til ótímabundinna greiðslna fullnægi þeir ákveðnum skilyrðum, svo sem á við um lög nr. 100/2007, eða að um heimildarákvæði sé að ræða, eins og gildir um lög nr. 99/2007. Þá mæla enn önnur lög fyrir um tímabundnar greiðslur sem geta komið til viðbótar öðrum greiðslum og má hér benda á fjárhagsaðstoð sveitarfélaga eftir lögum nr. 40/1991 um félagsþjónustu sveitarfélaga. Öll löggjöf af þessum toga hefur áðurgreindan tilgang þótt réttur til aðstoðar sé með ýmsu móti eins og rakið hefur verið. Frumskylda í þeim efnum hvílir á ríkinu en aðrir koma einnig þar við sögu og má þar nefna sveitarfélög og lífeyrissjóði.⁹⁶

Í sama dómi var jafnframt tekið af skarið um þær kröfur sem lögmætisreglan gerir til almennra fyrirmæla stjórnvalda með reglugerðum, sem íþyngja borgurunum eða takmarka rétt

⁹⁴ Sama heimild, 572. Sjá einnig til hliðsjónar Brynhildur G. Flóvenz og Soffía Friðþjófsdóttir: „Réttarvernd fatlaðs fólks. Stefnubreyting í túlkun dómstóla?“. Tímarit lögfræðinga 2019, 25–88 (þar sem m.a. er talið að af athugun höfunda á dómaframkvæmd, þar sem reyni á túlkun á jákvæðum skyldum ríkisins gagnvart fótluðu fólki, sé það niðurstaða þeirra að eftir öryrkjadóm Hæstaréttar hafi orðið stefnubreyting í aðferðum dómstóla við túlkun á jákvæðum skyldum ríkisins gagnvart fótluðu fólki. Sama heimild, 81).

⁹⁵ Björg Thorarensen, Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi, 572.

⁹⁶ Sjá H 6. apríl 2022 (52/2021), mgr. 12–14.

þeirra, og varða annars vegar lagastoð reglugerða og hins vegar skýrleika lagaheimildar, svo og þær kröfur sem leiðir af jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar þegar gerður er greinarmunur á rétti manna til að njóta félagslegra réttinda sem koma fram í lögum, sbr.:

22. Að stjórnlögum gildir sú regla að athafnir stjórnvalda þurfa að eiga sér viðhlítandi stoð í settum lögum ef þær íþyngja borgurunum eða takmarka réttindi þeirra og birtist hún meðal annars í ákvæðum stjórnarskrárinnar sem mæla fyrir um heimildir til að takmarka mannréttindi. Á þessum grunni hvílir svonefnd lögætisregla stjórnsýslunnar en af henni leiðir meðal annars að almenn fyrirmæli stjórnvalda með reglugerðum verða annars vegar að eiga sér stoð í lögum og mega hins vegar ekki vera í andstöðu við þau. Þann áskilnað verður jafnframt að gera að heimildir stjórnvalda til að setja slík fyrirmæli séu skýrar og afdráttarlausar, ef þær takmarka réttindi borgaranna eða íþyngja þeim, svo að fyrir fram megji vera ljóst að til slíkra ráðstafana geti komið og þeir geti tekið ákvarðanir sínar með hliðsjón af því. Af þessu leiðir jafnframt að því meira íþyngjandi sem ákvæði reglugerðar eru þeim mun strangari kröfur verði að gera til skýrleika þeirrar lagaheimildar sem þau eru byggð á. Til viðbótar er þess að gæta að þegar gerður er greinarmunur á rétti manna til að njóta félagslegra réttinda sem fram koma í lögum, svo sem vegna búsetu eða stöðu að öðru leyti, leiðir af 65. gr. stjórnarskrárinnar að ekki aðeins verður slík mismunur að hvíla á málefnalegum sjónarmiðum heldur einnig að byggjast á skýrri lagaheimild.⁹⁷

Ef leitast er við að draga frekar saman helstu sjónarmið úr réttarframkvæmd um inntak þess efnislega réttar sem 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar er ljóst að í H 2000:4480 (125/2000) (öryrkjadómi) reyndi á hvort heimilt hefði verið með lögum nr. 149/1998 að skerða tekjutryggingu örorkulífeyris einstaklings samkvæmt lögum nr. 117/1993 um almannatryggingar vegna tekna maka sem ekki var lífeyrisþegi, sem auk þess hafði á hluta hins umþrætta tímabils verið ákveðin með reglugerð en ekki lögum. Í dómi Hæstaréttar var meðal annars talið að lög yrði að geyma skýr og ótvíræð ákvæði um að skerða mætti greiðslur úr sjóðum almannatrygginga með reglugerð svo að það væri heimilt. Þá skýrði rétturinn 76. gr. á svofelldan hátt:

Samkvæmt framanrituðu verður 76. gr. stjórnarskrárinnar skýrð á þann veg að skylt sé að tryggja að lögum rétt sérhvers einstaklings til að minnsta kosti einhverrar lágmarks framfærslu eftir fyrirfram gefnu skipulagi, sem ákveðið sé á málefnalegan hátt. Samkvæmt 2. gr. stjórnarskrárinnar hefur almenni löggjafinn vald um það hvernig þessu skipulagi skuli háttað. Skipulag, sem löggjafinn ákveður, verður þó að fullnægja þeim lágmarksréttindum, sem felast í ákvæðum 76. gr. stjórnarskrárinnar. Þá verður það að uppfylla skilyrði 65. gr. stjórnarskrárinnar um að hver einstaklingur njóti samkvæmt því jafnréttis á við aðra sem réttar njóta, svo og almennra mannréttinda.

Loks komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að umþrætta skerðingin færi í bága við 1. mgr. 76. gr. með svofelldum rökstuðningi:

Svo sem áður greinir verður að telja að í 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar felist ákveðin lágmarksréttindi, sem miðuð séu við einstakling. Þrátt fyrir svigrúm almenna löggjafans til mats á því, hvernig þessi lágmarksréttindi skuli ákvörðuð, geta dómstólar ekki vikið sér undan því að taka afstöðu til þess, hvort það mat samrýmist grundvallarreglum stjórnarskrárinnar. Þegar litið er til skipulags réttinda örorkulífeyrisþega samkvæmt almannatryggingalögum og þeirra afleiðinga, sem í raun geta af því leitt fyrir einstaklinga, verður þetta skipulag ekki talið tryggja þeim þau lágmarksréttindi, sem í framangreindu stjórnarskrárákvæði felast, á þann hátt að þeir fái notið þeirra mannréttinda, sem 65. gr. stjórnarskrárinnar mælir þeim, svo sem það ákvæði verður skilið að íslenskum rétti, sbr. 26. gr. alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi, sem var fullgiltur af Íslands hálfu 22. ágúst 1979, (Stjórnartíðindi C nr. 10/1979) og 9. gr. fyrrnefnds alþjóðasamnings um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi. Í samræmi við það, sem að ofan greinir, er fallist á þá kröfu gagnáfrýjanda, að viðurkennt verði að óheimilt hafi verið að skerða tekjutryggingu örorkulífeyrisþega í hjúskap frá 1. janúar 1999 á þann hátt sem gert er í 5. mgr. 17. gr. laga nr. 117/1993, sbr. 1. gr. laga nr. 149/1998.

⁹⁷ Sama heimild, 22. mgr.

Af dómi réttarins hefur verið ráðið að 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar hafi að geyma ákveðin efnisleg réttindi til handa einstaklingi og að dómstólar geti metið hvort löggjöf gangi of langt til að skerða þau.⁹⁸ Réttarvernd ákvæðisins einskorðast við einstaklinga og utan hennar falla lögaðilar, sbr. t.d. H 4. febrúar 2021 (17/2020 og 18/2020). Réttaróvissa ríkti á hinn bóginn í kjölfar dómsins um hvort óheimilt væri að láta tekjur maka hafa áhrif á tekjutryggingu öryrkja til skerðingar eða hvort um ólögsmæta mismunun væri að ræða, sem leyst var úr með H 2003:3411 (549/2002) (öryrkjadómur II). Í dóminum var meðal annars talið að það gæti átt við málefnaleg rök að styðjast að gera nokkurn mun á greiðslum til einstaklinga úr opinberum sjóðum eftir því hvort viðkomandi væri í sambúð eða ekki, að það væri á valdi löggjafans að ákveða þau mörk sem örorkulífeyrir og tekjutrygging miðuðust við svo fremi sem þau uppfylltu önnur ákvæði stjórnarskrárinnar eins og þau hefði verið skýrð með hliðsjón af þjóðréttarlegum skuldbindingum sem íslenska ríkið hefði undirgengis, svo og að ekkert í fyrri öryrkjadóminum veitti tilefni til þeirrar ályktunar að löggjafanum væri óheimilt að láta tekjur maka hafa áhrif á tekjutryggingu öryrkja til skerðingar en því valdi væru þó settar skorður.⁹⁹

Þá varpa yngri dómur einnig skýru ljósi á hvernig skýra beri 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar og endurspegla dómarnir þau sjónarmið sem Björg Thorarensen hefur gert grein fyrir og lýst var hér á undan.

Í H 15. nóvember 2018 (795/2017) reyndi t.d. á hvort Tryggingastofnun ríkisins hefði verið heimilt að skerða bótagreiðslur til A samkvæmt lögum nr. 100/2007 um almannatryggingar með því að telja helming af söluhagnaði maka hennar til tekna hennar. Í dóminum segir meðal annars:

Samkvæmt 11. mgr. 16. gr. laga nr. 100/2007 getur lífeyrisþegi óskað eftir því að dreifa eigin tekjum sínum sem stafa af fjármagnstekjum sem leystar hafa verið út í einu lagi á allt að 10 ár, þó ekki oftar en einu sinni á hverju tímabili. Verður að skýra orðalag þessa ákvæðis um eigin tekjur lífeyrisþegans með hliðsjón af a. lið 2. mgr. greinarinnar þannig að það eigi við um þær fjármagnstekjur sem áhrif hafa á útreikning bóta, hvort sem þær stafa frá eignum lífeyrisþegans sjálfs eða maka hans. Ljóst er að markmið þessarar heimildar er að draga úr þeim áhrifum sem fjármagnstekjur, sem leystar hafa verið út í einu lagi, geta haft á fjárhæð bóta til hagsbóta fyrir lífeyrisþega. Af hálfu stefndu hafa verið lagðir fram útreikningar á því hvernig bótagreiðslum hefði verið háttáð á árinu 2016 ef áfrýjandi hefði nýtt sér framangreinda heimild um tekjudreifingu í 10 ár. Af þeim útreikningum, sem ekki hafa verið bornar brigður á, verður ráðið að bætur til hennar hefðu verið 184.000 krónur á mánuði í stað 206.000 króna eða tæpum 11% lægri en ef áhrifa fjármagnsteknanna hefði ekki gætt. Hefði áfrýjandi nýtt sér þessa heimild er ljóst fjármagnstekjurnar hefðu haft mun minni áhrif á bótagreiðslur til hennar og bætur ekki fallið niður árið 2015 eins og raunin varð. Þegar litið er til þessa verður að telja að sú ákvörðun löggjafans, að takmarka fjárhæð bóta vegna tekna sem stafa af fjármagnstekjum sem leystar hafa verið út í einu lagi eins og hér um ræðir, styðjist við málefnaleg sjónarmið og að gætt hafi verið meðalhófs og fer hún því ekki gegn þeim markmiðum almannatrygginga að veita þeim aðstoð til framfærslu sem á þurfa að halda. Verður því hvorki fallist á með áfrýjanda að löggjafinn hafi með umræddum reglum mælt fyrir um skerðingu á bótum til hennar sem óheimil sé samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar né að reglurnar feli í sér mismunun í garð áfrýjanda sem brjóti í bága við 65. gr. stjórnarskrárinnar. [Leturbreyt. höf.]

Þá reyndi t.d. í H 8. október 2020 (13/2020) á hvort sveitarfélagi hefði verið heimilt að synja A um fjárhagsaðstoð á grundvelli tekna maka hennar. Í dóminum segir meðal annars:

Málatilbúnaður áfrýjanda er í öðru lagi á því reistur að reglur stefnda um fjárhagsaðstoð eftir lögum nr. 40/1991 standi því í vegi að hún fái notið þeirra lágmarksréttinda sem í ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar felist. Vegna þeirrar mismununar sem gerð sé í reglum stefnda á grundvelli hjúskaparstöðu fái hún ekki notið þeirra mannréttinda sem 65. gr. stjórnarskrárinnar mæli fyrir um.

Við úrlausn um þessa málsástæðu skiptir í fyrsta lagi máli það sem áður segir að það er fyrst þegar fjárstuðningi ríkisins sleppir að í hlut sveitarfélaga kemur að taka afstöðu til þess hvernig fjárhagsaðstoð þeirra við íbúa sína verði hagað til að tryggja þeim nauðsynlega framfærslu. Þá skiptir og máli í þessu

⁹⁸ Björg Thorarensen, Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi, 573.

⁹⁹ Sjá til hliðsjónar sama heimild, 575.

samhengi að fjárhagsaðstoð samkvæmt lögum nr. 40/1991 er tímabundið úrræði öndvert við það sem almennt gildir um rétt til greiðslna úr almannatryggingum samkvæmt lögum nr. 100/2007.

Í annan stað er að líta til þeirrar stöðu sem sveitarfélögum er markaður í 1. mgr. 78. gr. stjórnarskrárinnar en þar kemur fram að þau skuli sjálf ráða málefnum sínum eftir því sem lög ákveða. Það mat sem sveitarstjórnunum er falið í lögum nr. 40/1991 tekur mið af sjálfsákvörðunarrétti þeirra en í honum felst meðal annars heimild til þess að setja reglur um framkvæmd og útfærslu tiltekinna verkefna innan marka laga. Sveitarfélög fara samkvæmt þessu sjálf með forræði eigin tekjustofna og hafa á þeim grundvelli svigrúm til að ákveða forgangsörðun lögbundinna verkefna innan ákveðins ramma. Samkvæmt þessu hafa sveitarfélög verulegt svigrúm til að meta hvert tilvik fyrir sig út frá skyldum sínum til að veita fjárhagsaðstoð samkvæmt lögum nr. 40/1991. Af þessari stöðu sveitarfélaga, sem stjórnskipunarreglur mæla fyrir um, leiðir að reglur um fjárhagsaðstoð samkvæmt 1. mgr. 21. gr. laga nr. 40/1991 geta verið mismunandi eftir sveitarfélögum. Er það öndvert við ákvæði laga nr. 100/2007 sem mæla fyrir um skýlausan rétt öryrkja til fjárhagsaðstoðar óháð búsetu þeirra.

Í þriðja lagi er þess að geta að þótt telja megi það aðalreglu íslensks réttar að einstaklingar eigi rétt til greiðslna úr opinberum sjóðum án tillits til tekna maka sinna er víða í lögum tekið tillit til hjúskaparstöðu fólks og má sem dæmi nefna í því sambandi skattalög og fyrrgreint ákvæði 1. mgr. 19. gr. laga nr. 40/1991. Eins og segir í áður tilvitnuðum dómi réttarins í máli nr. 125/2000 getur átt við málefnaleg rök að styðjast að gera nokkurn mun á greiðslum til einstaklinga úr opinberum sjóðum eftir sambúðarformi. Kemur sama afstaða einnig fram í dómi réttarins í máli nr. 549/2002 en þar segir að ekkert í forsendum dóms réttarins í máli nr. 125/2000 gefi tilefni til þeirrar ályktunar að löggjafanum sé óheimilt að láta tekjur maka hafa áhrif á tekjutryggingu öryrkja til skerðingar þótt því valdi séu settar skorður.

Sveitarfélög eru eins og ríkið bundin af ákvæðum stjórnarskrárinnar við setningu reglna um réttindi borgaranna og framkvæmd þeirra. Í ljósi þess sem áður er rakið verður eigi að síður að leggja til grundvallar að svigrúm sveitarfélaga til þess að láta tekjur maka hafa áhrif á rétt einstaklinga til fjárhagsaðstoðar samkvæmt lögum nr. 40/1991 sé rýmra en á við um þær ótímabundnu greiðslur sem almannatryggingalög mæla fyrir um. Af því leiðir að heimilt er í reglum sem settar eru á grundvelli laga nr. 40/1991 að mæla fyrir um skerðingu þeirrar fjárhagsaðstoðar sem kveðið er á um í sömu lögum vegna tekna maka og þá jafnvel með þeim afleiðingum að sú aðstoð geti eftir atvikum fallið niður eins og gerðist í tilviki áfrýjanda.

Að gættu öllu framangreindu verður að telja að það fyrirkomulag reglna stefnda að láta tekjur maka hafa áhrif á rétt til fjárstuðnings eigi við málefnaleg rök að styðjast. Jafnframt er fallist á það mat Landsréttar að ekki verði talið að sú skerðing sem áfrýjandi sætti og um er deilt í málinu hafi farið í bága við grundvallarreglur stjórnarskrárinnar.

Endurspeglar þessir dómur, hvor fyrir sitt leyti, hvernig framfærsluáðstoð á vegum ríkisins annars vegar og sveitarfélaga hins vegar horfi við gagnvart fyrirmælum 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar.

Í fleiri dómum hefur reynt á túlkun og efnislegt inntak 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar þar sem reynt hefur á ný álitamál. Í dæmaskyni má nefna að reynt hefur á mörk ákvörðunarvalds dómstóla gagnvart löggjafanum á grundvelli 2. gr. stjórnarskrárinnar í tengslum við það hvort dómstólar geti ákveðið lágmarksinntak aðstoðar samkvæmt ákvæðinu, sbr. t.d. H 9. febrúar 2017 (223/2016) og H 2. nóvember 2022 (15–17/2022). Einnig hefur reynt á t.d. eðli aðstoðarinnar, hvort brotið hafi verið gegn jafnræði með skilyrðum sem sett hafi verið fyrir greiðslum úr almannatryggingakerfinu, hvort atvinnuleysistryggingarbætur falli undir ákvæðið o.fl.¹⁰⁰

Því hefur verið hreyft að vernd 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar hafi í réttarframkvæmd síðustu ára e.t.v. reynst vera minni en H 2000:4480 (125/2000) (öryrkjadómur) hafi gefið væntingar um.¹⁰¹ Í því samhengi hefur þó og verið bent á að viðfangsefni síðari dóma og kröfugerð hafi verið annars eðlis en í öryrkjadóminum, því í þeim sé meðal annars áhersla lögð á að dómstólar skeri úr um hvert skuli vera umfang þeirrar aðstoðar sem krafa hafi varðað.¹⁰²

¹⁰⁰ Sjá sömu heimild, 577. Sjá nánar Kári Hólmar Ragnarsson: „Falsvonir öryrkjabandalagsdómsins? — Nýleg dómaframkvæmd um félagsleg réttindi“. Úlfjótur 2017, 41–85 (þar sem fjallað er um dómaframkvæmd áranna 2009–2017).

¹⁰¹ Björg Thorarensen, Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi, 579; Kári Hólmar Ragnarsson: „Falsvonir öryrkjabandalagsdómsins?“, 579.

¹⁰² Björg Thorarensen, Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi, 579.

Aðilar að dómsmálum þar sem því hefur verið borið við að brotið hafi verið gegn 1. mgr. 76. gr. hafi leitast við að ná fram ólíkum réttarúræðum á borð við ógildingu stjórnvaldsákvörðunar, viðurkenningu á bótaskyldu, skaðabætur, fjárkröfur af öðru tagi eða viðurkenningu þess að lög eða stjórnvaldsákvörðun séu í andstöðu við stjórnarskrá og þar með ólögmat.¹⁰³ Raunin er á hinn bóginn sú að íeinungis einu tilviki hefur verið komist að niðurstöðu um að brotið hafi verið gegn 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar, það er í áðurgreindum H 2000:4480 (125/2000) (öryrkjadómi). Í öðrum áfellisdomum hefur niðurstaðan ráðist á öðrum grundvelli, t.d. þeim að lagastoð hafi verið ábótavant, eða að brotið hafi verið gegn öðrum ákvæðum stjórnarskrár á borð við eignarréttarákvæði 1. mgr. 72. gr. hennar, sbr. t.d. sbr. t.d. H 2003:3411 (549/2002) (öryrkjadóm II) og H 1. júní 2017 (501/2016).

Varðandi eðli þeirrar aðstoðar sem réttur samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stendur vörð um er almennt litið svo á að fyrst og fremst sé átt við um fjárhagslega aðstoð þótt réttarverndin einskorðist ekki við fjárgreiðslur. Þannig er í lögum um félagsleg málefni ekki aðeins mælt fyrir um rétt nánar tilgreindra hópa einstaklinga til fjárgreiðslna heldur og um margvíslega aðra aðstoð og að reynt hafi á slíkan rétt fyrir dómstólum. Í dómaframkvæmd hefur þannig verið lagt til grundvallar, samkvæmt 1. mgr. 76. gr. og jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar, að einstaklingar sem búi við fötlun eigi rétt á að þeim sé í lögum tryggð ákveðin lágmarksaðstoð án tillits til efnahags. Dómstólar hafa á hinn bóginn ekki viljað skera úr um hvert eigi að vera umfang slíkrar þjónustu eða lágmarksinntak hennar með vísan til þess að vegna 2. gr. stjórnarskrárinnar sé það ekki á færi dómstóla heldur Alþingis sem fjárveitingarvalds,¹⁰⁴ sbr. t.d. áðurgreinda H 9. febrúar 2017 (223/2016) og H 2. nóvember 2022 (15–17/2022). Um þetta segir í fyrstgreinda dóminum, H 9. febrúar 2017 (223/2016):

Fjárfrafa áfrýjanda er reist á því að mánaðarlegar greiðslur til hennar frá stefnda Tryggingastofnun ríkisins þurfi að nema tiltekinni fjárhæð, sem fundin er með þeim hætti sem nánar er lýst í hinum áfrýjanda dómi, svo hún geti lifað mannsæmandi lífi sem ekki sé í reynd. Í 2. gr. stjórnarskrárinnar er kveðið á um þrískiptingu ríkisvaldsins og segir þar að Alþingi og forseti Íslands fari saman með löggjafarvaldið, forseti og önnur stjórnarvöld samkvæmt stjórnarskránni og öðrum landslögum með framkvæmdarvaldið og dómendur með dómsvaldið. Samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar skal öllum sem þessa þurfa tryggður í lögum réttur til aðstoðar vegna sjúkleika, örorku, elli, atvinnuleysis, örbirgðar og sambærilegra atvika. Ákvæði þetta hefur verið skýrt svo, sbr. dóma Hæstaréttar 19. desember 2000 í máli nr. 125/2000 og 13. júní 2013 í máli nr. 61/2013, að skylt sé að lögum að tryggja rétt sérhvers einstaklings til að minnsta kosti lágmarks framfærslu eftir fyrirfram gefnu skipulagi sem ákveðið sé á málefnalegan hátt. Hafi almenni löggjafinn vald um það hvernig því skipulagi skuli háttað. Í 41. og 42. gr. stjórnarskrárinnar er kveðið á um fjárstjórnarvald löggjafans. Samkvæmt 41. gr. má ekkert gjald greiða af hendi nema heimild sé til þess í fjárlögum eða fjárákaldögum og eftir 42. gr. skal fyrir hvert reglulegt Alþingi leggja frumvarp til fjárlaga fyrir það fjárhagsár sem í hönd fer og skal í frumvarpinu fylgin greinargerð um tekjur ríkisins og gjöld.

Skyldu sinni samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar hefur almenni löggjafinn sinnt meðal annars með setningu laga nr. 100/2007. Eins og fjárkröfu áfrýjanda er háttað er hún í reynd að leitast við að fá ákvörðun dómstóla um fjárhæð þeirrar aðstoðar sem hún telur sig eiga rétt til úr hendi stefndu vegna örorku sinnar. Í kröfunni felst með öðrum orðum að dómstólum er ætlað að taka ákvörðun um málefni, sem heyrir undir handhafa löggjafarvaldsins samkvæmt fyrrgreindum ákvæðum stjórnarskrárinnar, en slíkt gengur í berhögð við 2. gr. hennar. Af þeim sökum verður fjárkröfu áfrýjanda vísað frá héraðsdómi með vísan til 1. mgr. 24. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Í H 2. nóvember 2022 (15/2022) var því hafnað að löggjafinn hefði við setningu nánar tilgreindra laga farið út fyrir það svigrúm sem hann hefði í krafti fjárstjórnarvalds síns til að skipuleggja fyrirkomulag framfærsluaðstoðar samkvæmt 1. mgr. 76. gr. og ákveða þær

¹⁰³ Sjá t.d. Eiríkur Jónsson og Viðar Már Matthíasson: Bótaréttur, 302–303; Valgerður Sólnes: „Skaðabótaábyrgð hins opinbera vegna eftirlits- og þjónustustarfsemi“ í Afmælisriti: Páll Hreinsson sextugur. Reykjavík: Fons Juris 2023, 611–653 (617).

¹⁰⁴ Björg Thorarensen, Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi, 582–584.

forsendur sem aðstoðin hvíldi á.¹⁰⁵ Um valdmörk dómsvalds og löggjafarvalds í þessu samhengi segir í dóminum:

65. Samkvæmt þessu stjórnarskrárákvæði [1. mgr. 76. gr.] skal öllum sem þess þurfa tryggður í lögum réttur til aðstoðar vegna sjúkleika, örorku, elli, atvinnuleysis, örbirgðar og sambærilegra atvika. Reynt hefur á beitingu 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar og umfang þeirra skyldna sem ákvæðið leggur löggjafanum á herðar í nokkrum úrlausnum Hæstaréttar eftir að það komst í núverandi horf með 14. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995. Greinin hefur verið skýrð með hliðsjón af lögskýringargögnum með fyrrgreindum lögum og alþjóðlegum skuldbindingum um vernd félagslegra réttinda sem þar er getið. Samkvæmt því er hún talin fela í sér að skylt sé með lögum að tryggja rétt sérhvers einstaklings til að minnsta kosti lágmarks framfærslu eftir fyrirfram gefnu skipulagi sem ákveðið sé á málefnalegan hátt. Hafi almenni löggjafinn vald um það hvernig því skipulagi skal háttað. Má til hliðsjónar meðal annars vísa til dóma réttarins 19. desember 2000 í máli nr. 125/2000 og 15. nóvember 2018 í máli nr. 795/2017.

66. Samkvæmt framangreindu er það verkefni löggjafans að ákveða hvernig háttað skal þeirri opinberu aðstoð sem ellilífeyrisþegum er látin í té og hefur hann sinnt þeirri skyldu sinni meðal annars með setningu laga nr. 100/2007. Alþingi fer með fjárstjórnarvaldið samkvæmt 41. gr. stjórnarskrárinnar. Þótt löggjafinn hafi samkvæmt framangreindu ríkt svigrúm til að skipuleggja fyrirkomulag almannatrygginga, þar á meðal tegundir bótaflokka, fjárhæð bóta og frítekjumark, eru honum engu að síður sett ákveðin mörk í þeim efnum. Þannig eru dómstólar bærir til að meta hvort lagasetning um þau málefni samrýmist grundvallarreglum stjórnarskrárinnar, svo sem hvort skerðing á rétti til aðstoðar sem þegar er veittur með lögum hvíli á málefnalegum sjónarmiðum og hvort jafnræðis og meðalhófs hafi verið gætt.¹⁰⁶ [Innskot höf.]

Hér er þess loks að gæta að í öllum þremur ákvæðum 76. gr. stjórnarskrárinnar er mælt fyrir um að öllum skuli tryggður í lögum nánar tilgreindur réttur. Það er löggjafans að ákveða hvaða reglur skuli lögfesta til að uppfylla skyldurnar samkvæmt stjórnarskrárákvæðinu. Slíkar reglur þurfa þó að mæla efnislega fyrir um rétt einstaklinga sem hlut geta átt að máli. Í því felst meðal annars að slíkar reglur þurfa að mæla fyrir um hvaða skilyrði þurfi að vera uppfyllt til að njóta aðstoðar og hvaða aðstoð sé í boði þegar þau atvik verða sem stjórnarskrárákvæðið vísar til. Það á einnig við um það að hvaða marki heimilt er að takmarka hinn lögbundna rétt til aðstoðar eða jafnvel afnema hann með stjórnvaldsfyrirmælum sem ráðherra setur.¹⁰⁷

Eins og áður var lýst í kafla 3.2 hér á undan hafa frá árinu 2005 að telja komið fram ýmsar tillögur að breytingum á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar. Í tengslum við félagsleg réttindi og 76. gr. stjórnarskrárinnar er þess helst hér að gæta að í tillögum stjórnlagaráðs — frumvarpi til stjórnarskipunarlaga — voru í II. kafla frumvarpsins ákvæði um mannréttindi og náttúru, þ. á m. ákvæði í 8. gr. um mannlega reisn og 22. gr. um félagsleg réttindi.¹⁰⁸ Í ákvæði 8. gr. segir: „Öllum skal tryggður réttur til að lifa með reisn. Margbreytileiki mannlífsins skal virtur í hvívetna.“¹⁰⁹ Í 22. gr. segir: „Öllum skal með lögum tryggður réttur til lífsviðurværis og félagslegs öryggis. Öllum, sem þess þurfa, skal tryggður í lögum réttur til almannatrygginga og félagslegrar aðstoðar, svo sem vegna atvinnuleysis, barneigna, elli, fátæktar, fötlunar, veikinda, örorku eða sambærilegra aðstæðna.“¹¹⁰

Þá má og nefna frumvarp til stjórnarskipunarlaga sem stjórnarskipunar- og eftirlitsnefnd Alþingis lagði fram á 141. löggjafarþingi Alþingis 2012–2013 eftir að forsætisnefnd Alþingis hafði lagt fram á þingi skýrslu um tillögur stjórnlagaráðs um breytingar á stjórnarskrá Íslands

¹⁰⁵ Sjá H 2. nóvember 2022 (15/2022), 73. mgr., sbr. einnig hliðstæðar forsendur í H 2. nóvember 2022 (16/2022), 73. mgr., og H 2. nóvember 2022 (17/2022), 74. mgr.

¹⁰⁶ Sjá H 2. nóvember 2022 (15/2022), mgr. 65–66, sbr. og hliðstæðar forsendur í H 2. nóvember 2022 (16/2022), mgr. 65–66, og H 2. nóvember 2022 (17/2022), mgr. 66–67.

¹⁰⁷ Sjá t.d. Páll Hreinsson, Lagaheimild reglugerða, 256. Sjá einnig t.d. UA 2125/1997; UA 5132/2007.

¹⁰⁸ Þjóð til þings: Frumvarp til stjórnarskipunarlaga ásamt skýringum. Reykjavík: Stjórnlagaráð 2011. Sótt 19. júní 2023 á https://www.stjornarradid.is/media/forsaetisraduneyti-media/media/stjornarskra/Frumvarp_med_skyringum.pdf.

¹⁰⁹ Sama heimild, 10. Sjá skýringar með ákvæðinu. Sama heimild, 46.

¹¹⁰ Sama heimild, 12. Sjá skýringar með ákvæðinu. Sama heimild, 68–69.

og ráðgefandi þjóðaratkvæðagreiðslar um tillögur stjórnlagaráðs hafði farið fram.¹¹¹ Í II. kafla frumvarpsins voru ákvæði um mannréttindi, þ. á m. ákvæði um mannlega reisn í 8. gr. og ákvæði um félagsleg réttindi í 25. gr. Í 8. gr. segir: „Allir hafa rétt til að lifa með reisn. Margbreytileiki mannlífsins skal virtur í hvívetna.“¹¹² Í 25. gr. segir: „Öllum skal með lögum tryggður réttur til lífsviðurværis og félagslegs öryggis. Öllum sem þess þurfa skal í lögum tryggður réttur til almannatrygginga og félagslegrar aðstoðar, svo sem vegna atvinnuleysis, barneigna, elli, fátækrar, fötlunar, veikinda, örorku eða sambærilegra aðstæðna.“¹¹³

Það er álit okkar að þessar tillögur að ákvæðum um félagsleg réttindi myndu ekki leysa úr þeim álítaefnum sem risið hafa í tengslum við 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar í réttarframkvæmd, því báðar hljóða tillögurnar eins og núverandi ákvæði um það að öllum skuli með lögum tryggður nánar tilgreindur réttur. Þá teljum við að hvorki sé ráðlegt né nauðsynlegt að setja í stjórnarskrá sérstakt ákvæði um mannlega reisn. Slíkt ákvæði, sem myndi hafa að geyma stefnuyfirlýsingu, er að finna í mannréttindayfirlýsingu Sameinuðu þjóðanna og mannréttindaskrá ESB en ekki í mannréttindasáttmála Evrópu. Þótt ekki sé útilokað að rök kunni að standa til þess að tryggja aukið samræmi á milli stjórnarskrárinnar og þessara fyrirmæla, er í þessu samhengi rétt að hafa í huga stjórnskipunarhefðir hér á landi hvíla í meginatriðum á fyrirmælum stjórnarskrárinnar, settra laga og mannréttindasáttmála Evrópu. Þegar á hugtakið mannlega reisn hefur reynt í dómum Mannréttindadómstóls Evrópu hefur það fyrst og fremst átt sér stað í tengslum við 3. gr. mannréttindasáttmálans um bann við pyndingum, 5. gr. hans um rétt til frelsis og mannhelgi og 8. gr. hans um friðhelgi einkalífs og fjölskyldu.¹¹⁴ Þessi ákvæði eiga að verulegu leyti hliðstæður í 67., 68. gr. og 71. gr. stjórnarskrárinnar og verður að ganga út frá því að að því marki sem Mannréttindadómstóll Evrópu hefur vísað til mannlegrar reisnar sem efnisþáttar við túlkun og beitingu þessara ákvæða myndu dómstólar hér á landi hafa slíka dómaframkvæmd til leiðbeiningar við túlkun áðurgreindra stjórnarskrarákvæða, sbr. þau sjónarmið sem rakin eru í kafla 4.3.1 hér á undan. Hér er og til þess að líta hve vandmeðfarið er að afmarka lagalega merkingu þessa hugtaks með sjálfstæðum hætti án þess að á það reyni í tengslum við tiltekin önnur efnisréttindi.

Samandregið er það því niðurstaða okkar að ekki séu næg efni til að leggja til að í stjórnarskrá verði sett ákvæði sem hafi að geyma stefnuyfirlýsingu um mannlega reisn því vandséð sé hverju slík stefnuyfirlýsing myndi bæta við þau réttindi sem þegar njóta verndar samkvæmt stjórnarskrá.

Þau álítaefni sem risið hafa um 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar í réttarframkvæmd gefa á hinn bóginn tilefni til að velja því upp hvort stjórnarskrarákvæðið hafi að óbreyttu að geyma nægilega skýrar leiðbeiningar fyrir löggjafann til að aðhafast í því skyni að uppfylla þær jákvæðu skyldur sem ákvæðið áskilur og varða þá annars vegar hlutverk löggjafans og mörk

¹¹¹ Sjá Alpt. 2012–2013, A-deild, þskj. 510 — 415. mál. Sótt 20. júní 2023 á <https://www.althingi.is/altext/141/s/pdf/0510.pdf>; lokagerð frumvarpsins. Sótt 19. júní 2023 á https://www.stjornarradid.is/media/forsætisraduneyti-media/media/stjornarskra/Frumvarp_til_stjornarskipunarlaga_lokagerd.pdf (eins og áður greinir verður af upplýsingum á vefsíðu Stjórnarráðsins ráðið að frumvarpið hafi verið lagt fram á Alþingi 16. nóvember 2012, sbr. þskj. 510, en að lokagerð frumvarpsins sé frá 4. mars 2013. Til lokagerðarinnar er vísað í því sem hér fer á eftir. Sjá vefsíða Stjórnarráðsins. Sótt 19. júní 2023 á <https://www.stjornarradid.is/verkefni/stjornskipan-og-thjodartakn/stjornarskrain/stjornarskrarvinna-1944-2013/althingi-2012-2013/>).

¹¹² Sjá lokagerð frumvarpsins.

¹¹³ Sama heimild.

¹¹⁴ Sjá t.d. Róbert Spanó: „Deprivation of Liberty and Human Dignity in the Case-Law of the European Court of Human Rights“. Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice 2016, 150–166; Sebastian Heselhaus og Ralph Hemsley: „Human Dignity and the European Convention on Human Rights“ í Handbook of Human Dignity in Europe (ritstj. Paola Becchi og Klaus Mathis). Cham: Springer 2019; Veronika Fikfak og Lora Izvorova: „Language and Persuasion: Human Dignity at the European Court of Human Rights“. Human Rights Law Review 2022, 1–22.

valdheimilda hans gagnvart öðrum handhöfum ríkisvalds, einkum dómssvaldsins, og hins vegar þau sjónarmið sem löggjafinn þarf að líta til við setningu reglna um framfærslurétt.

Hér er til þess að líta að í dómum Hæstaréttar hefur verið tekið af skarið um að á grundvelli 1. mgr. 76. gr. beri löggjafanum ekki aðeins skylda til að koma á fót almannatryggingakerfi með lögum heldur einnig að tryggja einstaklingum sem þess þurfa lágmarksframfærslu eftir fyrirframgefnu skipulagi sem ákveðið er á málefnalegan hátt — sem getur eftir atvikum staðið til þess að líta ekki aðeins til einstaklingsins sem slíks heldur að horfa til framfærsluþarfar hans t.d. að gættum fjölskyldu- og heimilisaðstæðum — og að gættu jafnræði. Sömuleiðis þurfi, þegar framfærsluréttur sé skertur með lögum, að taka tillit til sjónarmiða á borð við meðalhóf og jafnræði eins og endranær þegar mannréttindi eru skert. Þá hefur því verið slegið föstu að þótt dómstólar geti skorið úr um hvort brotið hafi verið gegn 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar með lagasetningu eða stjórnvaldsákvörðun hafi þeir vegna 2. gr. hennar ekki ákvörðunarvald um nákvæmt innihald þess lágmarksréttar sem stjórnarskrárákvæðið stendur vörð um (t.d. hæfilega fjárhæð bótagreiðslu) heldur sé ákvörðun um það á hendi löggjafans sem fari með fjárfstjórnarvald samkvæmt 41. gr. stjórnarskrárinnar. Ef réttur til framfærsluaðstoðar yrði á hinn bóginn afnuminn með öllu kynnu dómstólar eða geta tekið afstöðu til þessa í krafti áðurgreindrar skyldu löggjafans til að tryggja einstaklingum sem þess þurfa lágmarksframfærslu.

Af þessu öllu verður að okkar áliti ráðið að dómstólar hafi á síðustu árum teiknað upp nokkuð skýra mynd af því hvernig túlka beri 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar og að þau vafamál sem risið hafi eftir H 2000:4480 (125/2000) (öryrkjadóm) séu þannig í meginatriðum ekki til staðar lengur. Ef til vill væri unnt að freista þess að skýra nánar samspil ákvæðisins og grunnreglna í þeim fjölbjóðlegu samningum sem vísað hefur verið til af hálfu Hæstaréttar í fyrirbyggjandi dómum. Þá kynni að vera hægt að orða nánari leiðbeiningar í ákvæðinu um að á löggjafanum hvíli skylda til að koma á fót almannatryggingakerfi með lögum, að á löggjafanum hvíli skylda til að mæla fyrir um lágmarksframfærslu í lögum á grundvelli málefnalegra sjónarmiða, að löggjafanum sé heimilt að horfa til ákveðinna atriða á borð við aðstæðna einstaklings við útfærslu slíkrar lágmarksframfærslu og undirstrika þar með það ríka svigrúm sem löggjafinn hefur í þessu samhengi o.s.frv. Það er á hinn bóginn niðurstaða okkar að réttarstaðan samkvæmt gildandi rétti gefi ekki nægt tilefni til að gera tillögur um slíkar breytingar, enda leiðir sem fyrr greinir af þeirri þróun sem átt hefur sér stað í dómaframkvæmd að Hæstiréttur hefur nægilega varpað ljósi á þau túlkunarsjónarmið sem hér leikast á. Er heppilegra að áfram verði það verkefni löggjafans og dómstóla að móta inntak og mörk stjórnarskrárákvæðisins í ljósi kröfugerðar og atvika í hverju máli fyrir sig.

Að öllu þessu virtu er það álit okkar að ekki sé ástæða til að leggja til að breytingar verði gerðar á 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 14. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995.

4.5 Réttindi sem hafa þróast og styrkst alþjóðlega frá 1995

4.5.1 Aukin áhrif þriðju kynslóðar mannréttinda — auðlindir og umhverfisvernd

Stjórnarskipunarlög nr. 97/1995 sneru fyrst og fremst að því að festa í sessi áður gildandi mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar um borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi, svokölluð *fyrstu kynslóðar réttindi*, auk þess að lögfesta ný ákvæði á sviði efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda, sem nefnd hafa verið *annarrar kynslóðar réttindi*. Þar má einkum nefna jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar og 76. gr. hennar um félagsleg réttindi, en þau komu bæði ný inn í stjórnarskrá árið 1995.

Á síðustu þremur áratugum eða svo hefur umræða um mannréttindi á alþjóðavettvangi aftur á móti þróast í átt til aukinnar viðurkenningar á svokölluðum *þriðju kynslóðar réttindum*. Hefur sú þróun leitt til þess að mannréttindahugtakið hefur í sífellt ríkari mæli verið ljáð inntak sem ekki er einskorðað við þau sígildu réttindi sem bundin eru við einstaklinga heldur jafnframt

verið talið ná til þess að hópar og jafnvel samfélög manna geti átt, sameiginlega, tilkall til ákveðinnar mannréttindaverndar. Hér hefur einkum verið horft til tengsla mannsins við umhverfið og náttúruna, þ. á m. varðandi nýtingu náttúruauðlinda. Þá hefur loftslagsváin haft veruleg áhrif í þessu sambandi.

Í samræmi við verkbeiðni forsætisráðherra, þar sem einkum er óskað eftir afstöðu okkar til þess hvort gera þurfi breytingar á stjórnarskránni með þriðju kynslóðar réttindi í huga, höfum við í samræmi við áðurgreinda þróun sérstaklega hugað að þeirri vinnu sem átt hefur sér stað í störfum stjórnarskrárnefnda frá árinu 2005 hvað varðar réttindi sem snúa að auðlindum og umhverfisvernd. Það er okkar afstaða að nú sé svo komið að sterk rök standi til þess að þeirri vinnu ljúki með skýrri ákvörðun stjórnarskrárgjafans um hvort tilefni sé til að festa í sessi slík réttindi í íslensku stjórnarskránni. Í því samhengi, og að teknu tilliti til þeirra almennu sjónarmiða sem ítarlega hafa verið rakin í fyrirbyggjandi skýrslum þeirra stjórnarskrárnefnda sem vikið er að í kafla 3.2 hér á undan, höfum við einkum litið til eftirfarandi raka sem byggð eru á sjónarmiðum stjórnлагаfræðinnar um svokallað „gæðamat“ við mat á setningu nýrra ákvæða um mannréttindi sem lýst er í kafla 4.1 hér á undan.

Í *fyrsta lagi* standa til þess sterk siðferðisrök að íslenska stjórnarskráin endurspegli þann veruleika hér á landi að auðlinda- og umhverfismál hverfast öðrum þræði um rétt þeirra sem hér búa til að njóta heilnæms umhverfis og að tryggt sé að með auðlindir landsins sé farið á sjálfbæran og hagkvæman hátt. Í landi þar sem sjálfsmynd þjóðarinnar, saga og ásýnd gagnvart umheiminum er að verulegu leyti tengd náttúrunni og sjálfbærri auðlindanýtingu, er að mati höfunda þessarar greinargerðar eðlilegt að mannréttindakafli íslensku stjórnarskrárinnar endurspegli þessa meginþætti og þá ekki síst í ljósi þeirrar þróunar sem hefur átt sér stað í átt að aukinni viðurkenningu á gildi slíkra þriðju kynslóðar réttinda, eins og nánar verður rakið í köflum 5.1.1 og 5.1.2 hér á eftir. Þá skiptir og máli að í allri stjórnarskrárvinnu sem hefur átt sér stað hér á landi síðan 2005, sem dregin hefur verið saman í kafla 3.2 hér á undan, er það leiðarstef að gerðar hafa verið tillögur um stjórnarskrárákvæði um auðlindir og umhverfisvernd, enda þótt form þeirra og inntak hafi tekið breytingum í tímans rás.

Í *öðru lagi* er ljóst að ýmis álitamál og deilur hafa risið í íslensku samfélagi um nýtingu náttúruauðlinda og á sviði umhverfismála á undanförunum árum og áratugum. Má þar nefna álitamál tengd íslenska fiskveiðistjórnunarkerfinu, virkjunarframkvæmdum til orkuöflunar og aðgerðum til að stemma stigu við loftslagsvá. Þá hefur gríðarleg aukning í ferðaþjónustu hér á landi á síðustu árum einnig kallað á skýra stefnumörkun í löggjöf um vernd náttúrunnar og auðlindanýtingu. Við frekari stefnumörkun á vettvangi löggjafans á þessum sviðum er því mikilvægt að vilji stjórnarskrárgjafans sé skýr um þau meginsjónarmið sem hafa ber að leiðarljósi í þessu sambandi, bæði hvað varðar rétt og skyldu einstaklinga og um svigrúm og athafnaskyldur ríkisins. Til að þeim markmiðum verði náð þarf að gæta vel að því að stjórnarskrárákvæði um auðlindir og umhverfisnefnd séu eins skýr og kostur er, eins og nánar er rakið í köflum 5.1.1 og 5.1.2 hér á eftir.

Í *þriðja lagi* verður eins og á undan er rakið að horfa til þess hvort nægur stjórnmálalegur og samfélagslegur stuðningur er til þess að lögfesta ný mannréttindaákvæði. Slíkt mat fellur í meginatriðum utan verkahringis okkar enda er það verkefni stjórnarskrárgjafans að leggja mat á hvort stuðningur sé til staðar til að ný ákvæði, eins og stjórnarskrárákvæði um auðlindir og umhverfisvernd, skuli sett í stjórnarskrá. Við teljum þó vert að ítreka að allt frá árinu 2005 hafa stjórnarskrárnefndir lagt til að slík ákvæði verði lögfest og hafa fjölmörg frumvörp til stjórnarskipunarlagi verið lögð fram, nú síðast frumvarp forsætisráðherra sem lagt var fram á 151. löggjafarþingi 2020–2021, sem ekki hafa verið útrædd.

Samandregið, og með áðurgreind sjónarmið að leiðarljósi, leggjum við höfundar þessarar greinargerðar til að ákvæði um auðlindir og umhverfisvernd verði sett í mannréttindakafli stjórnarskrárinnar. Nánari umfjöllun um efni og inntak slíkra ákvæða kemur fram í köflum 5.1.1 og 5.1.2. Jafnframt verður þar rökstutt í kafla 5.1.3 að ef farin er sú leið að lögfesta ný

ákvæði um auðlindir og umhverfisvernd sé nauðsynlegt að huga að því að skýra nánar umfang og eðli almennra takmarkana á eignarétti sem þegar eiga sér stoð í dómaframkvæmd um beitingu 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar um friðhelgi eignaréttar, en það efni hefur valdið nokkrum vandkvæðum í framkvæmd þar sem stjórnarskrárákvæðið tekur ekki af skarið um slíkar eignarskerðingar. Hér höfum við horft til þess að stjórnarskrárákvæði um auðlindir annars vegar og umhverfisvernd hins vegar, myndu vera til þess fallin að fela í sér ákveðna málamiðlun á milli þess að viðurkenna annars vegar almennar heimildir löggjafans til að setja reglur um nýtingu auðlinda og umhverfismál, t.d. til að stemma stigu við loftslagsvánni og hins vegar þeim áhrifum sem slíkar reglur kunna að hafa á hagsmuni sem njóta verndar eignaréttar. Að okkar áliti er því nauðsynlegt að skýrt sé tekið af skarið um það í 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar að heimilt sé að skerða eignarrétt með almennum hætti þannig að þeir sem fyrir þeim verða geti þurft að þola þær bóatalaust að uppfylltum skilyrðum um að til slíkra takmarkana á eignarrétti standi almenningsþörf og að fyrir þeim sé lagaheimild. Eins og nánar er rakið í kafla 5.1.3 er slíkri viðbót við 1. mgr. 72. gr. á hinn bóginn ekki ætlað að fela í sér efnisbreytingu frá gildandi réttarástandi heldur þvert á móti að festa það með skýrum hætti í sessi.

4.5.2 Ör tækniþróun, gervigreind og vernd persónuupplýsinga

Í verkbeiðni forsætisráðherra er sérstaklega vísað til þess að „ör tækniþróun [muni] leiða til breytinga og fordæmalausra áskorana fyrir ríki heims“. Í ljósi þess er þess farið á leit við okkur að áhrifum slíkra breytinga verði gefinn sérstakur gaumur í greinargerðinni. Í samræmi við þau greiningarsjónarmið sem á undan eru rakin höfum við því sérstaklega hugað að evrópskri réttarþróun á sviði alnetsins og gervigreindar og þá einkum áhrifum tækniþróunar á persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga.

Eins og Mannréttindadómstóll Evrópu hefur lagt til grundvallar þá felur alnetið í sér gríðarleg tækifæri fyrir aukið upplýsinga- og gagnastreymi á meðal fólks og hefur í því ljósi gjörbreytt mannlegum samskiptum á síðustu árum og áratugum. Á hinn bóginn er ljóst að alnetið hefur að geyma ýmsar hættur fyrir vernd mannréttinda og lýðræðisþróun eins og ýmis dæmi á undanfönum árum hafa sannað.¹¹⁵ Einkum er talið ljóst að starfsemi tæknifyrirtækja sem bjóða upp á þjónustu á alnetinu, svo sem samskiptaforrit ýmiss konar, leitarvélar og niðurhal streymisefnis, geta haft mikil áhrif á rétt manna til tjáningar- og hugsanafrelsis og haft að geyma efni og upplýsingar sem telst ólögmætt, þ. á m. hatursorðræðu og hvatningu til ofbeldis. Þá er talið að áhrif alnetsins á þroska barna og hættan sem það hefur að geyma í þeim efnum kalli á reglusetningu til að stemma stigu við óæskilegum áhrifum alnetsins.

Evrópusambandið hefur verið leiðandi við að setja nýjar reglur sem hafa það að meginmarkmiði að tryggja eftir fremsta megni að þessi þróun hafi ekki óæskileg áhrif á vernd mannréttinda. Hinn 16. nóvember 2022 gekk í gildi ný reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins 2022/2065/ESB, *Digital Services Act*,¹¹⁶ sem er meðal annars ætlað að innleiða skyldur sem munu hvíla á vefsíðum (e. *online platforms*) til að takmarka kerfislæga áhættu (e. *systemic risk*) á að starfsemi þeirra hafi neikvæð áhrif á vernd mannréttinda. Þá liggur fyrir ítarleg tillaga að nýrri reglugerð ESB um gervigreind (e. *the AI Act*),¹¹⁷ sem mun jafnframt áskilja að þeir sem

¹¹⁵ Delfi gegn Eistlandi, 64569/09 (16. júní 2015). Sjá einnig, Róbert R. Spanó, „Hvar liggur ábyrgðin? Ólögmæt ummæli í athugasemdakerfum vefsíðan í ljósi mannréttindasáttmála Evrópu“ í Fullveldi í 99 ár: Safn ritgerða til heiðurs dr. Davíð Þór Björgvinssyni sextugum. Reykjavík: Hið íslenska bókmenntafélag 2017, 283–303.

¹¹⁶ Reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (ESB) 2022/2065 frá 19. október 2022 (e. *on a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC, Digital Services Act*). Reglugerðin var birt í Stjórnartíðindum ESB 27. október 2022. Hún hefur ekki enn verið felld inn í EES-samninginn og þ.a.l. ekki heldur tekin upp í íslenskan rétt.

¹¹⁷ Sjá tillögu að reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins COM(2021) 206 (e. *laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts*). Sótt 28. ágúst 2023 á <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>.

hanna, markaðssetja eða nýta gervigreindarkerfi (e. *AI system*) í ákveðnum tilgangi verði að framkvæma nokkurs konur áhættumat á áhrifum þeirra á mannréttindi (e. *fundmental rights risk assessment*).

Fram til þessa hefur áðurgreind þróun ekki leitt til þess að sérstök ákvæði hafi verið sett í mannréttindaskrá ESB eða stjórnarskrár Evrópuríkja hvað varðar alnetið eða þær hættur sem taldar eru leiða af framþróun gervigreindar. Talið hefur verið að gildandi mannréttindaákvæði — einkum um vernd barna og ungmenna, friðhelgi einkalífs og heimilis, tjáningar- og hugsanafrelsi og bann við mismunun — veiti í megindráttum næga vernd andspænis þessari þróun og verði það að vera verkefni löggjafans og framkvæmdarvaldshafa að tryggja tiltekið jafnvægi í þeim efnum og svo endanlega dómstóla að skera úr um álitaefni sem kunna að risa í þessu sambandi. Það er því almenn afstaða höfunda þessarar greinargerðar að eins og sakir standa sé ekki tilefni til að leggja til að lögfest verði ný ákvæði í mannréttindakafla stjórnarskrárinnar um alnetið eða gervigreind. Er í því samhengi og til þess að líta að á þessu stigi er afar óljóst hver áhrif þessarar tækniþróunar verða í reynd á vernd mannréttinda.

Að þessu virtu ber þó að nefna að áðurgreind þróun hefur leitt til þess að í enn ríkari mæli en fyrr hefur verið litið til þess hvort og þá hvernig alnetið og gervigreindin hafi áhrif á friðhelgi einkalífs manna og þá sérstaklega vernd persónuupplýsinga. Eins og alkunna er hefur notkun fólks á alnetinu leitt til þess að gríðarleg aukning hefur átt sér stað á söfnun gagna sem teljast til persónuupplýsinga og vinnslu þeirra af hálfu ríkisvaldsins og einkaaðila, það er einkum tæknifyrirtækja. Við teljum þessa þróun vekja spurningar um hvort ástæða sé til að skýra frekar hvort og þá að hvaða marki hið almenna ákvæði um friðhelgi einkalífs teljist enn nægur grundvöllur fyrir þá umgjörð sem til staðar þarf að vera samkvæmt lögum sem á hverjum tíma gilda um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga.

Í athugasemdum greinargerðar með frumvarpi því er varð að lögum nr. 90/2018 um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga er rakið að íslenskar réttarreglur, líkt og alþjóðlegar skuldbindingar og Evrópureglur um persónuvernd, byggist á þeirri forsendu að persónuupplýsingar séu þáttur í friðhelgi einkalífs hvers einstaklings sem teljist til grundvallarmannréttinda. Þessi réttindi séu fest í 71. gr. stjórnarskrárinnar og 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 var hugtakinu friðhelgi einkalífs bætt í 71. gr., en fyrir þann tíma hafði verndin samkvæmt texta stjórnarskrárinnar aðeins snúið að friðhelgi heimilis.¹¹⁸

Í athugasemdunum segir einnig að markmiðið með hinni auknu vernd, sem gildandi stjórnarskrárákvæði veitir, hafi einkum verið það að færa efni ákvæðisins og gildissvið þess til samræmis við 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu svo og 17. gr. alþjóðasamnings Sameinuðu þjóðanna frá 1966 um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi. Í greinargerð með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 hafi verið rakin tengsl ákvæðisins við þessi fjölþjóðlegu samningsákvæði og lýst inntaki einkalífshugtaksins sem sé afar víðtækt. Um það segi m.a. að í friðhelgi einkalífsins felist fyrst og fremst réttur manns til að ráða yfir lífi sínu og líkama og til að njóta friðar um lífshætti sína og einkahagi. Jafnframt sé bent á að raunhæft dæmi um svið, þar sem álitaefni vakni um hvort brotið hafi verið gegn friðhelgi einkalífs sé skráning persónuupplýsinga um einstaklinga en í því sambandi reyni á hversu langt megi ganga í skipulagðri skráningu á lífsháttum manns og högum og við meðferð slíkra upplýsinga.¹¹⁹

Í athugasemdunum segir enn fremur að stjórnarskrárákvæðið um friðhelgi einkalífs geri ráð fyrir því að skylda hvíli á ríkinu til að forðast afskipti af einkalífi manna, þ. á m. hvað varðar persónuupplýsingar þeirra. Það nægi þó ekki til þess að menn fái í reynd notið friðhelgi einkalífs og því beri ríkinu skylda til að setja reglur í löggjöf til verndar einstaklingunum í innbyrðis samskiptum þeirra. Auk þeirrar kröfu að þessum mannréttindum sé veitt refsivernd,

¹¹⁸ Alþt. 2017–2018, A-deild, þskj. 1029 — 622. mál (sjá bls. 26).

¹¹⁹ Sama heimild.

svo sem meðal annars megi sjá í XXV. kafla almennra hegningarlaga nr. 19/1940, um brot gegn friðhelgi einkalífs, leiði af stjórnarskránni að binda þurfi í löggjöf skýrar reglur um öflun, skráningu og meðferð persónuupplýsinga hvort sem um sé að ræða meðferð stjórnvalda eða einkaaðila á upplýsingunum og um að einstaklingur eigi rétt til aðgangs að upplýsingum um sjálfan sig.¹²⁰

Þá er í athugasemdunum jafnframt rakið að setning réttarreglna um meðferð persónuupplýsinga sé þannig einn mikilvægasti þátturinn í viðleitni ríkisvaldsins til þess að sinna þeirri skyldu sem stjórnarskráin leggur á hinn almenna löggjafa í þessum efnum. Þannig hafi mótast sjálfstætt og umfangsmikið réttarsvið hér á landi líkt og í öðrum vestrænum ríkjum, persónuverndarréttur (e. *Data Protection Law*) með ítarlegu regluverki sem stefni í átt til æ meiri samræmingar í ljósi þess að vinnsla persónuupplýsinga með þeirri tækni sem er til staðar fylgir engum landamærum og því þarf að samræma eftirlit með framkvæmd laganna.¹²¹

Hugmyndafræðilegur grundvöllur frumvarps þess er varð að lögum nr. 90/2018 og lagareglna almennt um vinnslu persónuupplýsinga, hvílir þannig á þeirri forsendu að með persónuupplýsingar sé farið í samræmi við grundvallarsjónarmið um friðhelgi einkalífs eins og fyrr var lýst. Einnig er byggt á forsendum um að tryggja áreiðanleika og gæði slíkra upplýsinga og frjálst flæði þeirra á innri markaði Evrópska efnahagssvæðisins, svo og að frjálstu flæði verði ekki settar of strangar skorður. Íslensk réttarþróun um þetta efni hefur þannig fylgt þróun í öðrum Evrópuríkjum samhliða byltingu í tölvu- og upplýsingatækni á fáum áratugum sem gerir bæði stjórnvöldum og einkaaðilum kleift að safna og miðla miklu magni persónuupplýsinga um einstaklinga á tiltölulega einfaldan hátt. Jafnframt er vinnsla persónuupplýsinga órjúfanlegur þáttur í starfsemi opinberra aðila og fyrirtækja, stórra sem smárra. Þá hefur aðild Íslands að EES-samningnum leitt af sér skuldbindingu til að innleiða Evrópugerðir um efnið. Eitt helsta markmið persónuverndarreglugerðar ESB (e. *The General Data Protection Regulation*), sem frumvarpinu var ætlað að innleiða, var einmitt að samræma enn frekar reglur um persónuvernd í öllum aðildarríkjum ESB.¹²²

Í ljósi þessa hefur mikil og aukin tækniþróun á sviði alnetsins á allra síðustu árum, einkum gríðarleg framþróun á sviði gervigreindar, opnað á frekari umræðu um hvort vernd persónuupplýsinga sé nægilega tryggð að gildandi rétti. Í því samhengi vaknar sú spurning hvort vernd persónuupplýsinga, bæði í lóðréttu sambandi ríkisvaldsins og borgaranna, t.d. með umfangsmikilli rafrænni gagnasöfnun í þágu þjóðaröryggis (e. *bulk interception of data*) og til að rannsaka refsiverð brot (e. *targeted interception*), eða í láréttu réttarsambandi einkaaðila, einkum tæknifyrirtækja, og notenda alnetsins, sé nægilega tryggð með almennum ákvæðum sem vernda friðhelgi einkalífs, eins og 71. gr. stjórnarskrárinnar. Við teljum að í því sambandi sé að ýmsu að huga.

Í *fyrsta lagi* ber að nefna þann fyrirvara um gildissvið hugtaksins „einkalíf“ í 71. gr. stjórnarskrárinnar, hvað varðar skráningu persónuupplýsinga, sem er að finna í athugasemdum með frumvarpi því er varða að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995, en þar segir að ekki sé „sjálfgefið að öll skráning upplýsinga falli innan ramma [friðhelgi] einkalífs [manna]“. Um þennan fyrirvara hefur Björg Thorarensen réttilega tekið fram að með þessu sé gefið til kynna að persónuupplýsingar verði að „snerta ákveðinn kjarnapátt sem lýtur að persónulegum högum einstaklingsins til að njóta verndar ákvæðisins og falla undir einkamálefni hans“.¹²³ Er þessi nálgun í meginatriðum einnig í samræmi við dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu um túlkun gildissviðs hugtaksins „private life“ í 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Að áliti höfunda þessarar greinargerðar er því ekki hægt að útiloka að álitamál kunni að vakna um hvort og þá að hvaða marki vernd persónuupplýsinga verði áfram nægilega tryggð með gildandi

¹²⁰ Sama heimild.

¹²¹ Sama heimild.

¹²² Sama heimild (sjá bls. 26–27).

¹²³ Björg Thorarensen, Persónuverndarréttur. Reykjavík: Fons Juris 2021, 10.

stjórnarskrárákvæði þegar horft til þeirrar gríðarlegu aukningar á vinnslu persónuupplýsinga sem hefur átt sér stað frá stjórnarskrárbreytingunni 1995, enda vandséð að inntak þeirra taki ávallt til þeirra „kjarnapátta“ sem falla undir friðhelgi einkalífs eins og nánar er rakið í kafla 5.2 hér á eftir.

Í öðru lagi er vert að minna á að íslenskur persónuverndarréttur og gildandi lög um það efni eru nánast að öllu leyti reist á skuldbindingum íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum um innleiðingu persónuverndareglugerðar ESB. Í því sambandi skiptir máli að okkar mati að í mannréttindaskrá Evrópusambandsins (e. *the Charter of Fundamental Rights of the European Union*), sem tók gildi 1. desember 2009, var talið nauðsynlegt að setja sjálfstætt ákvæði um vernd og vinnslu persónuupplýsinga í 8. gr. sem gildir samhliða hinu almenna ákvæði um friðhelgi einkalífs í 7. gr. skrárinnar. Ráða má af undirbúningsgögnum að baki mannréttindaskránni að lagt var til grundvallar að sérstakt ákvæði um vernd persónuupplýsinga væri til marks um mikilvægi þeirra, sjálfstætt gildi og aukna áherslu á að tryggja vernd slíkra upplýsinga í upplýsingasamfélagi nútímans.¹²⁴

Í því sambandi er einnig rétt að nefna að grundvallardómar dómstóls Evrópusambandsins um vernd persónuupplýsinga hafa í meginatriðum verið reistir á 8. gr. mannréttindaskrárinnar um vernd slíkra upplýsinga, samhliða hinu almenna ákvæði um friðhelgi einkalífs í 7. gr., sjá t.d. Schecke,¹²⁵ Google Spain,¹²⁶ Digital Rights Ireland¹²⁷ og Tele2 Sverige AB.¹²⁸ Þó lagði Evrópudómstóllinn það til grundvallar í síðastgreinda málinu að „[...] Article 8 of the Charter concerns a fundamental right which is distinct from that enshrined in Article 7 of the Charter and which has no equivalent in the ECHR.“¹²⁹ [Leturbr. höf.]

Í þriðja lagi ber að hafa í huga að á árinu 1991 fullgilti íslenska ríkið Evrópuráðssamning frá 1981 um vernd einstaklinga varðandi vélræna vinnslu persónuupplýsinga (e. *Convention No. 108 for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*).¹³⁰ Í upphafi árs 2023, eftir að gildandi persónuverndarlög nr. 90/2018 voru sett, fullgilti íslenska ríkið síðan uppfærðan Evrópuráðssamning um sama efni (e. *Convention 108+*), sem hefur það að meginmarkmiði að styrkja enn frekar vernd persónuupplýsinga í ljósi þeirrar miklu tækniþróunar sem hefur átt sér stað síðan upprunalegur samningur var samþykktur fyrir

¹²⁴ Hinn 7. september 1999 lagði vinnuhópur um vernd persónuupplýsinga (e. *Working Party on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data*) til að „[...] European Commission, the European Parliament and the Council of the European Union include the fundamental right to data protection in the charter of fundamental rights.“ Af hálfu vinnuhópsins var einnig tekið fram að „[...] European Commission and the European Court of Human Rights have developed and defined a fundamental right based on various human rights which relate to the protection of personal data [...]“ svo og að „[...] inclusion of data protection among the fundamental rights of Europe would make such protection a legal requirement throughout the Union and reflect its increasing importance in the information society.“ Sjá Working Party on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data, Recommendation 4/99, 5143/99/EN WP 26, 7. september 1999, 2–3. Í álitum framkvæmdarstjórnar Evrópusambandsins frá júlí 2000, í tilefni af endanlegum drögum að mannréttindaskránni, var sérstaklega vikið að vernd persónuupplýsinga og tekið fram að skráin „[...] enshrine[s] certain "new" rights which already exist but have not yet been explicitly protected as fundamental rights, notwithstanding the values they are intended to protect, such as the protection of personal data.“ European Commission, ‘Commission Communication on the Charter of Fundamental Rights of the European Union’, COM(2000) 559 final, 28. júlí 2000, 4.

¹²⁵ Mál C-92/09 og C-93/09, Volker und Markus Schecke GbR og Anr gegn Land Hessen, EU:C:2010:662, 47. mgr.

¹²⁶ Mál C-131/12, Google Spain SL og Google Inc. gegn Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) og Mario Costeja González, EU:C:2014:317, 69. máls.

¹²⁷ Sameinuð mál C-293/12 og C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd gegn Minister for Communications, Marine and Natural Resources o.fl., EU:C:2014:238.

¹²⁸ C-203/15, Tele2 Sverige AB gegn Postoch telestyrelsen, EU:C:2016:970, 129. mgr.

¹²⁹ Sama heimild.

¹³⁰ Sjá Alþt. 1990–1991, A-deild, þskj. 341 — 147. mál (þingsályktun nr. 3/113); Stjt. 1991, C-deild, 5/1991.

rúnum fjórum áratugum.¹³¹ Flest ákvæði hans eiga sér ríka samstöðu með persónuverndarreglugerð ESB. Samkvæmt 1. mgr. 4. gr. hins uppfærða Evrópuráðssamnings skuldbinda aðildarríkin sig til að gera breytingar á innlendra löggjöf í því skyni að innleiða ákvæði samningsins um vernd og vinnslu persónuupplýsinga og að gera ákvæði samningsins raunhæf og skilvirk.

Í *fjórða lagi* höfum við horft til þess að á vettvangi Mannréttindadómstóls Evrópu hefur þróunin verið sú að leggja sífellt ríkari áherslu á að vernd persónuupplýsinga njóti í meginatriðum verndar á grundvelli 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Á hinn bóginn er ljóst að sáttmálinn hefur ekki að geyma sérstakt ákvæði um vernd slíkra upplýsinga. Hefur það leitt til þess að hið almenna ákvæði um friðhelgi einkalífs hefur verið túlkað með þeim hætti að það taki í meginatriðum til söfnunar persónuupplýsinga af hálfu stjórnvalda, þó þannig að umfang og eðli þeirrar verndar sem 8. gr. sáttmálans veitir fer eftir atvikum. Hefur dómstóllinn þá horft til heildarsamhengis gagnasöfnunarinnar, eðli upplýsinganna, hvernig þær hafa verið notaðar og unnar og hvaða ályktanir hafi verið dregnar af þeim.¹³² Líkt og með 71. gr. stjórnarskrárinnar, í ljósi þess fyrirvara sem gerður var í athugasemdum greinargerðar með ákvæðinu hvað varðar skráningu persónuupplýsinga, sem lýst var hér á undan, er því ljóst að ekki er sjálfgefið að friðhelgi einkalífs samkvæmt 8. gr. sáttmálans fangi í öllum tilvikum þær tegundir persónuupplýsinga sem sú vernd er nú talin ná yfir eins og það hugtak hefur þróast á undanförunum áratugum. Í þessu sambandi skal þó tekið fram að 8. gr. sáttmálans á ekki aðeins við um söfnun og vinnslu persónuupplýsinga af hálfu stjórnvalda heldur hvílir sú jákvæða skylda á aðildarríkjunum sáttmálans að tryggja að eðlilegu jafnvægi á milli andstæðra hagsmuna sé viðhaldið í samskiptum einstaklinga og einkaaðila, þ. á m. fyrirtækja, þegar kemur að söfnun og vinnslu persónuupplýsinga.¹³³

Með vísan til alls framangreinds teljum við ljóst að ör tækniþróun, meðal annars með gríðarlegri framþróun gervigreindar á allra síðustu árum, kunni í auknum mæli að leiða til þess að mörk hefðbundinnar einkalífsverndar og vernd persónuupplýsinga verði enn óskýrari en nú er. Styður þessi ályktun við það að sett verði sjálfstætt ákvæði um vernd persónuupplýsinga sem þá gildi samhliða hinu almenna ákvæði um friðhelgi einkalífs og sæti sömu takmörkunum og þar er kveðið á um. Myndi slíkt ákvæði myndi verða betur til þess fallið að endurspegla áðurgreind viðhorf sem lágu að baki setningu mannréttindaskrár ESB, sbr. einnig nýlega uppfærslu á samningi Evrópuráðsins um vernd persónuupplýsinga sem Ísland hefur fullgilt samkvæmt áðurgreindu. Loks myndi slík viðbót við stjórnarskrána falla betur að breyttum veruleika á sviði tækni og þeirri miklu samfélagsþróun í upplýsingasamfélagi þessarar aldar sem hefur átt sér stað síðan stjórnarskipunarlög nr. 97/1995 voru sett. Það er því niðurstaða höfunda þessarar greinargerðar að leggja til að nýtt ákvæði um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga verði lögfest í mannréttindakafla stjórnarskrárinnar. Um inntak ákvæðisins er nánar fjallað í kafla 5.2 hér á eftir.

5. TILLÖGUR AÐ BREYTINGUM Á MANNRÉTTINDAKAFLA STJÓRNARSKRÁRINNAR

5.1 Auðlindir, umhverfi og eignarréttur

¹³¹ Samkvæmt upplýsingum á vefsíðu Evrópuráðsins mun íslenska ríkið hafa fullgilt hinn uppfærða Evrópuráðssamning 20. janúar 2023. Vefsíða Evrópuráðsins. Sótt 28. ágúst 2023 á <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=223>.

¹³² Sjá einkum S. og Marper gegn Bretlandi, 30562/04 og 30566/04 (4. desember 2008), 67. mgr.

¹³³ Sjá Bărbulescu gegn Rúmeníu, 61496/08 (5. september 2017), mgr. 113–123.

5.1.1 Auðlindir¹³⁴

5.1.1.1 Tillögur að auðlindaákvæði og frumvarp forsætisráðherra 2020–2021

Hér á undan er í kafla 3.2 lýst tillögum sem komið hafa fram um breytingar á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar frá 2005 að telja. Þrátt fyrir að í verkbeidni forsætisráðherra hafi verið tiltekið að í greinargerð þessari skyldi taka mið af þeirri stjórnarskrárvinnu sem fram hefði farið hér á landi frá 2005 er óhjákvæmilegt að tiltaka að vinna við að setja sérstakt auðlindaákvæði í stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 hefur staðið yfir frá því snemma á 9. Áratug síðustu aldar.¹³⁵

Árið 1983 mun dr. Gunnar Thoroddsen fyrstur hafa gert tillögu um stjórnarskrárákvæði um náttúruauðlindir, þar sem sagði að náttúruauðlindir landsins skyldu vera ævarandi eign Íslendinga, auðlindir hafs og hafsbotns innan íslenskrar lögsögu skyldu vera þjóðareign, svo og að eignarrétti að öðrum náttúruauðæfum skyldi skipað með lögum.¹³⁶ Í álitserð Auðlindanefndar 2000 kom og fram tillaga um svofellt auðlindaákvæði í stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944:

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.¹³⁷

¹³⁴ Um þessa tillögu vísast einnig til álitserðar Valgerðar Sólmes um bráðabirgðatillögu Auðlindarinnar okkar nr. 60 varðandi setningu auðlindaákvæðis í stjórnarskrá, „Viðauki 4: Álitserð varðandi setningu auðlindaákvæðis í stjórnarskrá“ í Auðlindin okkar: Sjálfbær sjávarútvegur. Rit 1. Reykjavík: Matvælaráðuneytið 2023, 445–463. Sótt 29. ágúst 2023 á <https://www.stjornarradid.is/library/01--Frettatengt---myndir-og-skrar/MAR/Fylgiskjol/230819%20Matvaelaraduneytid%20Audlindin%20okkar%20Rit%201%20WEB.pdf>.

¹³⁵ Alþt. 2020–2021, A-deild, þskj. 787 — 466. mál (sjá bls. 23).

¹³⁶ Sama heimild (sjá bls. 24.).

¹³⁷ Álitserð Auðlindanefndar 2000, 11–12. Sótt 27. mars 2023 á https://www.stjornarradid.is/library/03-Verkefni/Audlindir/Skyrslur-95-04/2000_Skyrsla%20audlindanefndar.pdf (Í álitserðinni segir m.a.: „Um náttúruauðlindir sem nú eru talðar í þjóðareign en þær eru nytjastofnar á Íslandsmiðum, auðlindir á, í eða undir hafsbotninum utan netlaga og náttúruauðlindir í þjóðlendum, gilda mismunandi lagaákvæði. Nefndin leggur til að eignarréttarleg staða þessara auðlinda verði samræmd með þeim hætti að tekið verði upp nýtt ákvæði í stjórnarskrá þar sem þessar náttúruauðlindir verði lýstar þjóðareign eftir því sem nánar verði ákveðið í lögum. Veita megi einstaklingum og lögaðilum heimild til afnota á þessum náttúruauðlindum gegn gjaldi að því tilskildu að hún sé tímabundin eða henni megi breyta með hæfilegum fyrirvara eftir því sem nánar væri ákveðið í lögum. Slík afnotaheimild njóti verndar sem óbein eignarréttindi. Með þessu er bæði stefnt að því að sömu reglur gildi um allar náttúruauðlindir sem lýstar eru þjóðareign á hverjum tíma og að hægt sé að veita notendum þeirra tryggn og lögvarinn afnotarétt. Vegna breytilegrar nýtingar og mikilvægis einstakra auðlinda er eðlilegt að löggjafinn ákveði hvaða náttúruauðlindir falli undir þetta ákvæði á hverjum tíma. Til dæmis komi til greina að ýmsar náttúruauðlindir sem nú eru ekki talðar undirorpnar eignarrétti, eins og t.d. rafsegulbylgjur til fjarskipta og vindorka, verði síðar meir skilgreindar sem þjóðareign.“ Sama heimild).

Auðlindanefnd lagði til að tekið yrði upp ákvæði í VII. kafla stjórnarskrárinnar um náttúruauðlindir sem ekki væru háðar einkaeignarrétti og lýstar þjóðareign.¹³⁸ Um nánara inntak ákvæðisins vísast til skýringa Auðlindanefndar við það.¹³⁹

Síðan þá hafa ótalmargar atlögur verið gerðar að því að setja í stjórnarskrá auðlindaákvæði áþekkt því sem auðlindanefnd lagði til, eins og lýst var í 3.2 hér á undan, en ekki er ástæða til að víkja nánar að sérhverri tillögu þar að lútandi,¹⁴⁰ þótt minna megi sérstaklega á tillöguna í 34. gr. frumvarps stjórnlagaráðs til stjórnarskipunarlagar um náttúruauðlindir, svo og nýjustu tillöguna í 22. gr. b. frumvarps til stjórnarskipunarlagar um breytingu á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 með síðari breytingum (forseti Íslands, ríkisstjórn, verkefni framkvæmdarvalds, umhverfisvernd, auðlindir náttúru Íslands og íslensk tunga) sem forsætisráðherra lagði fram á 151. löggjafarþingi 2020–2021. Af náttúruauðlindaákvæðinu í 22. gr. b. síðargreinda frumvarpsins verður ráðið að það endurspeglar vinnu stjórnarskrárnefndar á árunum 2013–2017,¹⁴¹ en einnig að nokkru marki fyrri vinnu t.d. stjórnlagaráðs og auðlindanefndar sem áður er getið.¹⁴²

Athugasemdir með þessu ákvæði í frumvarpinu eru ítarlegar og þar er fjallað um meginefni ákvæðisins sem skiptist í umfjöllun almennt um ákvæði um nýtingu náttúruauðlinda,

¹³⁸ Sama heimild, 27.

¹³⁹ Sama heimild, 27–28 (þar segir í skýringum við ákvæðið: „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. Ákvæði þessara laga þyrfti að laga að hinu nýja stjórnarskrárákvæði. Samkvæmt framansögðu er ekkert því til fyrirstöðu að löggjafinn felli fleiri eignir en þær sem að framan greinir undir þjóðareignarhugtakið. Segja má að það hafi þegar verið gert með lögum nr. 59/1928 um friðun Þingvalla. Á sama hátt væri með einfaldri lagabreytingu unnt að gera einhverjar af umræddum eignum háðar einkaeignarrétti í stað þjóðareignarréttar. 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. Samhliða setningu stjórnarskrárákvæðis eins og þessa þyrfti að endurskoða 40. gr. stjórnarskrárinnar þar sem kveðið er á um að ekki megi selja eða láta af hendi neina af fasteignum landsins, þ.e. ríkisins, né afnotarétt þeirra nema samkvæmt lagaheimild.“).

¹⁴⁰ Sjá einnig Alþt. 2020–2021, A-deild, þskj. 787 — 466. mál (sjá bls. 23–29 þar sem raktar eru þær tillögur í þessa veru sem fram hafa komið á Alþingi).

¹⁴¹ Sjá nánar Alþt. 2015–2016, A-deild, þskj. 1577 — 841. mál. Sótt 27. mars 2023 á <https://www.stjornarradid.is/library/03-Verkefni/Stjornskipan-og-Thjodartakn/Stjornarskrarvinna/Frumvarp%20til%20stjornarskipunarlagar.pdf> (frumvarp stjórnarskipunarnefndar, sjá auðlindaákvæði á bls. 1 og athugasemdir með því á bls. 12–29).

¹⁴² Sjá nánar Aðalheiður Jóhannsdóttir o.fl., Tillögur að breytingum á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 og samanburður þeirra við eldri frumvörp til stjórnarskipunarlagar á tímabilinu 2011–2016 (þar sem gefur að líta ítarlegan samanburð á ákvæðum frumvarpsins við sambærileg ákvæði í eldri frumvörpum um nýja stjórnarskrá frá 2011–2016, í tilefni af álit Feneyjanefndarinnar á frumvarpi forsætisráðherra til stjórnarskipunarlagar sem lagt var fram á 151. löggjafarþingi 2020–2021. Sjá sömu heimild, 8–9. Í skýrslu Lagastofnunar er m.a. að finna umfjöllun um ákvæðið um auðlindir náttúru Íslands. Sjá sömu heimild, 48–68).

auðlindir og landsréttindi í þjóðareign, þjóðlendur, auðlindir hafsbotnsins, kolvetni, nytjastofna á Íslandsmiðum og veitingu nýtingarleyfa.¹⁴³

Meðal fyrirferðamestu auðlindanna sem í dag er að finna á íslensku forráðasvæði eru landsréttindi, jarðrænar auðlindir, yfirborðsvatn, nytjastofnar á Íslandsmiðum og eldisstofnar á íslenskum land- og hafsvæðum — þótt ekki sé um tæmandi talningu að ræða. Hér má og benda á að í athugasemdum með auðlindaákvæði í frumvarpi til stjórnarskipunarlaganna sem lagt var fram á Alþingi á 151. löggjafarþingi þess 2020–2021 var sérstaklega skírskotað til helstu auðlinda sem þjóðlendna, auðlinda hafsbotnsins, kolvetni og nytjastofna á Íslandsmiðum.¹⁴⁴

Löggjöf um helstu auðlindirnar er misjafnt farið. Þá er réttarstöðunni varðandi aðkomu ríkisins að þessum auðlindum sömuleiðis ólíkt farið eins og eftirtalin dæmi sýna. Í dæmaskyni má nefna að í lögum nr. 57/1998 eru fyrirmæli um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu og í vatnalögum nr. 15/1923 með síðari breytingum eru fyrirmæli um nýtingu yfirborðsvatns. Í lögum nr. 58/1998 um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta eru síðan viðbótarfyrirmæli varðandi auðlindanýtingu í þjóðlendum. Í tilviki nytjastofna á íslensku hafsvæði hefur löggjafinn komið á fót kerfi um fiskveiðistjórnun, sbr. nú lög nr. 116/2006 um stjórn fiskveiða, og með kerfinu ráðstafar hið opinbera nýtingarrétti að þeirri auðlind. Öðru slíku kerfi hefur verið komið á fót með lögum um fiskeldi, sbr. lög nr. 71/2008 um fiskeldi. Með öllum þessum lagabálkum hefur löggjafinn í reynd sem handhafi ríkisvalds sett reglur í skjóli valdheimilda sinna um meðferð og nýtinga þeirra eignarréttinda að auðlindunum sem um er að ræða. Með réttarreglunum má segja að þessar auðlindir hafi verið færðar í hendur ríkisins sem hafi eftirleiðis forræði á þeim. Sumar auðlindanna voru áður eigendalausar og eftir atvikum aðeins háðar almannarétti, en eru eftirleiðis á forræði ríkisins og aðgengilegar aðeins fyrir milligöngu ríkisins.

Þá vaknar spurning um af hverju þessi réttarstaða sé ekki fullnægjandi. Sömuleiðis vaknar spurning um af hverju hefur til fjölda ára verið kallað eftir stjórnarskrárákvæði um þjóðareign að auðlindum á íslensku forráðasvæði. Að okkar áliti eru það fyrst og fremst tvö atriði sem kunna að standa til þess að setja slíkt þjóðareignarákvæði í mannréttindakafla stjórnarskrárinnar:

Fyrra atriðið snýr að því að *bann við varanlegu framsali eignarréttar að auðlindum er aðeins í lögum á stöku stað*. Þannig eru t.d. varnaglar í lokamálslið 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 veiðiheimildum. Þá segir í 1. mgr. 3. gr. a í lögum nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu, sbr. 6. gr. laga nr. 58/2008 um breytingu á nokkrum lögum á auðlinda- og orkusviði, að ríkinu, sveitarfélögum og fyrirtækjum alfarið í þeirra eigu sé óheimilt að framselja beint eða óbeint og með varanlegum hætti eignarrétt að tilgreindum jarðrænum auðlindum umfram heimilis- og búsparfir. Lögum er á hinn bóginn hægt að breyta með lögum. Þótt ríkinu hafi síðan verið fenginn eignarréttur yfir þjóðlendum með þjóðlendulögnum er einnig hægt að gera breytingar á þeim lögum. Í því samhengi segir meðal annars í síðari málslíð 40. gr. stjórnarskrárinnar að ríkið megi ekki selja eða með öðru móti láta af hendi neina af fasteignum landsins né afnotarétt þeirra nema samkvæmt lagaheimild. Hér dugar aftur til lagaheimild til að ráðstafa varanlega eignarrétti að auðlindum, því fasteignareigandinn á öll gögn og gæði fyrir landi sínu, þ. á m. auðlindir sem þar eru, nema eignarréttur fasteignareigandans hafi verið takmarkaður með lögum. Þetta hefur eðli máls samkvæmt ekki þýðingu fyrir auðlindir utan netlaga fasteigna. Ríkari varnagli yrði í stjórnarskrárákvæði sem myndi lýsa auðlindir sem eru á forræði ríkisins þjóðareign og mæla fyrir um bann við varanlegu framsali þeirra.

¹⁴³ Alþt. 2020–2021, A-deild, þskj. 787 — 466. mál (sjá bls. 29–32).

¹⁴⁴ Sama heimild (sjá bls. 29–32).

Síðara atriðið varðar *sundurleysi í gildandi löggjöf um einstakar auðlindir sem eru á forræði ríkisins*. Þar er ólíku farið eftir einstökum auðlindum. Til dæmis er kveðið á um eitt leyfisveitingakerfi í lögum nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu, annað í II. kafla laga nr. 58/1998 um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta, það þriðja í lögum nr. 116/2006 um stjórn fiskveiða, það fjórða í lögum nr. 71/2008 um fiskeldi o.s.frv. Sömuleiðis er gjaldtaka fyrir nýtingu auðlindanna með ýmsu móti. Í 20. gr. laga nr. 116/2006 og lögum nr. 145/2018 um veiðigjald er kveðið á um samnefnt gjald; á grundvelli laga nr. 58/1998 hefur forsætisráðherra sett sérstaka stefnu um samþykki fyrir nýtingu lands og landsréttinda í þjóðlendum,¹⁴⁵ málefni jarðrænna auðlinda eru á forræði umhverfis-, orku- og loftslagsráðuneytis, málefni fiskeldis eru á forræði matvælaráðuneytis o.s.frv. Öll eru þessi stjórnvöld samt sem áður bundin af óskráðum reglum um ráðstöfun opinberra verðmæta, sem gera þær kröfur að beitt sé opinberum auglýsingum þegar til stendur að ráðstafa takmörkuðum gæðum sem fyrirsjáanlegt er að færri getið gengið að en vilja, auk þess sem jafnræðisregla stjórnsýsluréttar hvílir á stjórnvöldum við ráðstöfun slíkra takmarkaðra gæða, þótt efnisreglur fjármunaréttar gildi síðan um gerð samninga um slík gæði.¹⁴⁶ Yrði því lýst yfir í stjórnarskrá að þær auðlindir sem eru á forræði ríkisins væru þjóðareign, myndi slíkt ákvæði eftir atvikum geta markað skýra umgjörð um heimildir handhafa opinbers valds til að setja reglur um meðferð og nýtingu auðlindanna og þá jafnframt skapað grundvöll fyrir frekari vinnu um að koma á samræmdu kerfi, einu eða fleirum, um ráðstöfun nýtingarréttar og gjaldtöku fyrir slíkan rétt.

Hér er mikilvægt að taka af skarið svo ótvírætt sé að með þjóðareignarákvæði yrði með engu móti gengið á einkaeignarrétt landeigenda eða annarra handhafa einkaeignarréttar að auðlindum. Slíkt ákvæði myndi annars vegar geta tekið til auðlinda sem ríkið hefur þegar forræði á (eins og þjóðlendur eða nytjastofnar á íslensku hafsvæði) og hins vegar eigendalausra auðlinda (t.d. jarðrænna auðlinda þar sem einkaeignarrétti landeigandans sleppir).¹⁴⁷

Samandregið yrði með slíku ákvæði, þar sem lýst yrði yfir þjóðareign á auðlindum á forræði ríkisins, fyrst og fremst unnt að koma því til leiðar að veita ríkara viðnám fyrir því að ríkið geti með varanlegum hætti ráðstafað eignarrétti að auðlindum — annars vegar auðlindum sem ríkið hefur þegar forræði á og hins vegar eigendalausum auðlindum — auk þess að skapa grundvöll fyrir frekari samræmingu við ráðstöfun nýtingarréttar að auðlindum ríkisins og gjaldtöku fyrir slíkan nýtingarrétt, þannig að fylgt sé ítrustu kröfum um ráðstöfun opinberra verðmæta. Að báðum þessum röksemdum er hugað ákvæði um auðlindir náttúru Íslands í frumvarpinu til stjórnarskipunarlaga sem lagt var fram á Alþingi á 151. Löggjafarþingi 2020–2021.¹⁴⁸

Almennu mótrökin sem hér væri hægt að tína til, gegn stjórnarskrarákvæði um þjóðareign á auðlindum, eru t.d. þau að ástæðulaust sé að standa í vegi varanlegu framsali auðlindanna, að þessum málum skuli einfaldlega skipað með lögum eins og nú er og að hið opinbera geti síðan beitt eignarnámi sem úrræði ef það þarf á annað borð að nýta tilgreinda auðlind í almannapágu. Við teljum þessi rök ekki haldbær. Í *fyrsta lagi* taka þau ekki mið af þeirri þróun í átt til aukinnar

¹⁴⁵ Stefna um samþykki fyrir nýtingu lands og landsréttinda í þjóðlendum. Reykjavík: Forsætisráðuneytið 2019. Sótt 19. janúar 2023 á <https://www.stjornarradid.is/library/02-Rit--skyrslur-og-skrar/Stefna%20um%20samþykki%20fyrir%20nýtingu%20lands%20og%20landsréttinda%20%C3%AD%20þjóðlendum.pdf>.

¹⁴⁶ Sjá t.d. Skýrsla umboðsmanns Alþingis fyrir árið 2015. Umboðsmaður Alþingis 2016. Sótt 27. mars 2023 á <https://www.umboðsmadur.is/assets/Arsskyrsla2015.pdf> (sjá bls. 23); H 23. mars 2000 (407/1999); UA 3163/2001; UA 6093/2010. Sjá einnig t.d. Valgerður Sólmes, „Ritstjórnargrein: Einkavæðing fjármálafyrirtækja og nýjar verklags- og ritrýnireglur fyrir Tímarit lögfræðinga“. Tímarit lögfræðinga 2021, 475–485 (480–482).

¹⁴⁷ Sjá t.d. Víðir Smári Petersen, „Eignarréttur að auðlindum í jörðu — ný álitaefni og áskoranir“. Tímarit lögfræðinga 2022, 383–429 (sjá 409–411 varðandi síðargreinda tilvikið um jarðrænar auðlindir þar sem einkaeignarrétti landeiganda sleppir).

¹⁴⁸ Alþt. 2020–2021, A-deild, þskj. 787 — 466. mál.

viðurkenningar á gildi þriðju kynslóðar réttinda, sem rakin er í kafla 4.5.1 hér á undan. Í *öðru lagi* ber að horfa til þess að þar sem auðlindirnar eiga í hlut er um að ræða afar mikilvæg verðmæti sem hið opinbera getur hvort sem er í skjóli valdheimilda sinna á hverjum tíma sett reglur um varðandi meðferð og nýtingu. Þess vegna standa hvoru tveggja einka- og almannahagsmunir til þess að *stjórnskipulegi ramminn* um auðlindirnar, meðferð þeirra og nýtingu, sé skýr og faglegur og að til staðar séu hömlur á að auðlindirnar séu varanlega framseldar.

Það er álit okkar samkvæmt því sem á undan greinir að ákvæðið um auðlindir náttúru Íslands í frumvarpinu til stjórnarskipunarlaga sem lagt var fram á Alþingi á 151. löggjafarþingi 2020–2021 fangi í meginatriðum þau sjónarmið sem fram hafa komið á síðustu árum og áratugum og staðið hafa til þess að setja slíkt ákvæði í stjórnarskrána. Í frumvarpinu er gerð tillaga um svofellt ákvæði sem skyldi verða ný 80. gr. stjórnarskrárinnar auk þess sem frumvarpið hefur að geyma ítarlegar athugasemdir með ákvæðinu.¹⁴⁹ Til upprifjunar er auðlindaákvæði frumvarpsins svofellt:

Auðlindir náttúru Íslands tilheyra íslensku þjóðinni. Þær skal nýta á sjálfbæran hátt til hagsbóta landsmönnum öllum. Ríkið hefur eftirlit og umsjón með meðferð og nýtingu auðlindanna.

Náttúruauðlindir og landsréttindi sem ekki eru háð einkaeignarrétti eru þjóðareign. Enginn getur fengið þessi gæði eða réttindi tengd þeim til eignar eða varanlegra afnota. Handhafar löggjafarvalds og framkvæmdarvalds fara með forræði yfir þeim í umboði þjóðarinnar.

Veiting heimilda til nýtingar á náttúruauðlindum og landsréttindum sem eru í þjóðareign eða eigu íslenska ríkisins skal grundvallast á lögum og gæta skal jafnræðis og gagnsæis. Með lögum skal kveða á um gjaldtöku fyrir heimildir til nýtingar í ábataskyni.¹⁵⁰

Það er þó einnig álit okkar að ástæða sé til að endurskoða eftirtalin atriði sem fram koma í ákvæðinu og athugasemdunum áður en gengið er frá endanlegri tillögu að slíku stjórnarskrárákvæði.

5.1.1.2 Endurskoðun á tillögu í frumvarpi forsætisráðherra 2020–2021

Auðlindir náttúru Íslands tilheyra íslensku þjóðinni. Með því að styðjast við hugtakið *að tilheyra* og skírskota til þess að auðlindir náttúru Íslands „tilheyri“ íslensku þjóðinni í fyrsta málslíð 1. mgr. frumvarpstextans er unnt að koma til móts við ábendingar fræðimanna um að villandi sé að ræða um „sameign“ þjóðarinnar, enda er ekki um að ræða hefðbundna sameign í einkaeignarréttarlegum skilningi því þjóðin getur ekki verið handhafi einkaeignarréttar og farið með heimildir eignarréttar.¹⁵¹ Ef skilgreina eigi einhvers konar þjóðareign á auðlindum í stjórnarskrá skipti mestu að í slíkum rétti sé ekki fölginn hefðbundinn einkaeignarréttur sem njóti stjórnskipulegrar verndar heldur sé um að ræða sérstakt eignarform; almannarétt.

Þegar fjallað er um eignarrétt og inntak hans er fyrst og fremst átt við einkaeignarrétt. Einungis einkaeignarréttur nýtur verndar eignarréttarákvæðis 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar.¹⁵² Einkaeignarréttur felur í sér að eignarréttarlegir hagsmunir eða verðmæti þurfa að standa í nánnum tengslum við tiltekinn mann, einn eða fleiri, til þess að lagaregla geti fengið honum (eigandanum) einkaréttarleg yfirráð yfir hlutaðeigandi hagsmunum eða verðmæti.¹⁵³ Ríkið getur verið handhafi einkaeignarréttar rétt eins og hver annar einstaklingur

¹⁴⁹ Sama heimild (sjá ákvæðið á bls. 4 og athugasemdir með ákvæðinu á bls. 29–32).

¹⁵⁰ Alþt. 1989–1990, A-deild, þskj. 1109 — 352. mál (sjá bls. 4).

¹⁵¹ Sjá t.d. Sigurður Línal, „Hugtakið þjóðareign“. Úlfjótur 2012, 101–125 (105, 122); Valgerður Sólmes, Clarifying land title, 49; Þorgeir Örlygsson o.fl., Eignarréttur I: Almennur hluti. Reykjavík: Fons Juris 2020, 279.

¹⁵² Gaukur Jörundsson, Um eignarnám. Doktorsritgerð 1969, 53. Sjá einnig Þorgeir Örlygsson, Kaflar úr eignarétti I. Reykjavík 1998, 6.

¹⁵³ Gaukur Jörundsson, Um eignarnám, 53. Sjá einnig Valgerður Sólmes, Clarifying land title, 49.

eða lögaðili, t.d. átt fasteignir.¹⁵⁴ Aðstaða þar sem eignir eru í *sérstakri sameign* tveggja eða fleiri manna telst í þessum skilningi ein tegund einkaeignarréttar.¹⁵⁵ Ríkið getur þannig verið eigandi í lagalegri merkingu þótt þjóðin eða þjóðarheildin geti það ekki. Hér er til þess að líta að í ákveðnum tilvikum er eignarandlagið þess eðlis að tiltekinn eigandi (hér: ríkið) getur ekki hagnýtt þann eignarrétt sem í hlut á nema til komi kerfi þar sem hagnýtingu eignarréttarins sé stýrt með sérstökum hætti.¹⁵⁶ Sem dæmi um þetta má nefna hvernig í 1. mgr. 2. gr. laga nr. 58/1998 um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlenda, þjóðlendna og afrétta er kveðið á um að íslenska ríkið sé eigandi lands og hvers konar landsréttinda og hlunninda í þjóðlendum sem ekki eru háð einkaeignarrétti.¹⁵⁷ *Samandregið er þannig með eignarrétti í lagalegri merkingu átt við einkaeignarrétt og sá réttur nýtur stjórnskipulegrar eignarréttarverndar.*

Af þessu leiðir að hvers kyns hagsmunir eða heimildir sem eru fengnar almenningi með lagareglum, til ráðstöfunar eða nota í mismiklum mæli, verða ekki talin til eignarréttar (einkaeignarréttar).¹⁵⁸ Slíkur almannaréttur eða almannaeign er í reynd andstæða einkaeignarréttar.¹⁵⁹ Þetta eignarform skírskotar til sameiginlegrar auðlindar, þar sem enginn einn maður eða lögaðili er ákvörðunarbær í áðurgreindri merkingu.¹⁶⁰ Þegar almannaeign tekur til takmarkaðra gæða, eða gæða sem ekki er unnt að nýta af öllum þeim sem vilja nýta þau, áskilur þetta eignarform að komið sé á fót málsmeðferð til að ákveða sanngjarna úthlutun nýtingarréttar til þeirra sem þess óska.¹⁶¹ Hvers kyns almannaréttur er ágætt dæmi, til dæmis umferðarréttur.¹⁶² Annað augljóst dæmi eru fyrimælin í 1. málsl.g 1. gr. laga nr. 116/2006 sem segja til um að nytjastofnar á Íslandsmiðum séu sameign íslensku þjóðarinnar. *Samandregið er þannig með almannarétti ekki átt við hefðbundinn eignarrétt heldur sérstakt eignarform sem ekki nýtur stjórnskipulegrar eignarréttarverndar.* Sérstaklega þarf að gæta þarf að því að gera greinarmun að aðkomu ríkisins sem eiganda í einkaeignarréttarlegri merkingu þegar ríkið hefur þurft að koma á fót kerfi til hagnýta slíkan rétt eins og t.d. hefur verið gert með lögum nr. 58/1998 annars vegar og aðkomu ríkisins sem handhafa almannaréttar þar sem ríkið hefur sömuleiðis þurft að koma á kerfi til að útdeila takmörkuðum gæðum til almennings, þjóðarinnar eða þjóðarheildarinnar eins og t.d. hefur verið gert með lögum nr. 116/2006.

Þá var raunar í eldri skrifum á sviði eignarréttar byggt á hugtökunum „vörslu“ annars vegar og „tilheyrslu“ hins vegar. Var þar byggt á að það væri tilheyrsla, það er hin ósýnilega innri réttarafstaða sem tengdi eign varanlega við einhvern mann, fæli í sér rétt mannsins til eignarinnar og réði réttaráhrifunum, en ekki varsla eignar sem einungis fæli sér ytri afstöðu sem einhver maður sem stendur væri í gagnvart einhverri eign.¹⁶³ Bent skal á að þótt í frumvarpinu sem lagt var fram á Alþingi 151. löggjafarþingi 2020–2021 sé stuðst við þjóðarhugtakið, breytir eins og áður greinir engu í þessu samhengi hvort skírskotað sé til

¹⁵⁴ Thor Falkanger, *Fast eiendoms rettsforhold*. Oslo: Universitetsforlaget 5. útg. 2016, 31; Gaukur Jörundsson, *Eignarréttur I*. Reykjavík: 1982–1983, 130. Sjá einnig Valgerður Sólnes, *Clarifying land title*, 49–50.

¹⁵⁵ Jeremy Waldron, *The Right to Private Property*. Oxford: Clarendon Press 1988, 40. Sjá einnig Valgerður Sólnes, *Clarifying land title*, 50.

¹⁵⁶ Michael E. Heller, „The anticommon lexicon“ í *Research Handbook on the Economics of Property Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2011, 57–74 (62). Sjá einnig Gaukur Jörundsson, *Um eignarnám*, 73; Valgerður Sólnes, *Clarifying land title*, 50.

¹⁵⁷ Valgerður Sólnes, *Clarifying land title*, 50.

¹⁵⁸ Gaukur Jörundsson, *Um eignarnám*, 53, 79. Sjá einnig Þorgeir Örlygsson o.fl., *Eignarréttur I*, 262; Valgerður Sólnes, *Clarifying land title*, 49.

¹⁵⁹ Michael E. Heller, „The anticommon lexicon“, 63. Sjá einnig Valgerður Sólnes, *Clarifying land title*, 50.

¹⁶⁰ Michael E. Heller, „The anticommon lexicon“, 62. Sjá einnig Valgerður Sólnes, *Clarifying land title*, 50–51.

¹⁶¹ Michael E. Heller, „The anticommon lexicon“, 62. Sjá einnig Valgerður Sólnes, *Clarifying land title*, 51.

¹⁶² Lorentz Rynning, *Allemandsret og særret*: Belyst ved forskellige arter af raadighet over fremmed grund, som ikke gaar ind under de almindelige bruksrettigheder. Kaupmannahöfn 1928, 25. Sjá almennt Aagot Vigdís Óskarsdóttir, „Almannaréttur: Frjáls för og dvöl“. *Tímarit lögfræðinga* 2015, 102–104; Thor Falkanger, *Allmenningsrett*. Oslo: Universitetsforlaget 2009, 125–126. Sjá einnig Valgerður Sólnes, *Clarifying land title*, 51.

¹⁶³ Ólafur Lárusson, *Eignarréttur I*: Reykjavík 1950, 144–149.

almennings, þjóðarinnar, þjóðarheildarinnar eða einhvers annars í þessum dúr. Á hinn bóginn skal forðast að styðjast við hugtök á borð við sameign þjóðarinnar eða ævarandi eign hennar, því þau hugtök skírskota með villandi hætti til einkaeignarréttar. Loks skal á það bent að í athugasemdum með ákvæðinu í frumvarpinu segir m.a.: „Hugtakið þjóðareign hefur eignarréttarlega merkingu og er því gert ráð fyrir að festa í sessi sérstakt form eignarréttar til hliðar við hinn hefðbundna einkaeignarrétt einstaklinga og lögaðila sem nýtur verndar 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar.“ Þetta er misvísandi staðhæfing sem fær ekki stuðning í fræðunum, sbr. umfjölluna hér á undan, þótt þetta hugtak þjóðareign sé útskýrt ágætlega í því sem á eftir kemur í athugasemdunum. Það rétta er að í þjóðareign felst ekki einkaeignarréttar, heldur sérstök tegund eignarréttar sem ríkið á aðild að (ríkiseign og/eða almannaréttur) og nýtur ekki verndar 72. gr. stjórnarskrárinnar. Betur færi á að endurskoða frumvarpstextann til samræmis við þetta.

Fyrirmæli um þau markmið sem að skal stefnt með nýtingu náttúruauðlindanna. Í frumvarpstextanum er í öðrum málslíð 1. mgr. tiltekið að auðlindirnar skuli nýta á sjálfbæran hátt til hagsbóta landsmönnum öllum. Í textanum er þannig skírskotað til sjálfbærrar nýtingar annars vegar og nýtingar í almannabágu hins vegar. Ekki er á hinn bóginn berum orðum vísað til hagkvæmrar nýtingar. Hér má benda á að í 1. gr. laga nr. 116/2006 um stjórn fiskveiða og forvera þess lagaákvæðis hefur markmið laga um stjórn fiskveiða verið að stuðla að verndun og hagkvæmri nýtingu fiskistofna á Íslandsmiðum og tryggja með því trausta atvinnu og byggð í landinu. Sjálfsagt má halda því fram að unnt sé að túlka sjálfbæra nýtingu auðlinda og verndun auðlinda með líku móti en í frumvarpstextanum er á hinn bóginn aðeins rætt um nýtingu auðlinda til hagsbóta landsmönnum öllum. Í texta ákvæðisins er þannig ekki berum orðum rætt um hagkvæma nýtingu auðlinda. Þótt í athugasemdunum með frumvarpinu segi m.a. að þetta stefnumið feli í sér að almennt skuli miðað við að auðlindanýting sé þjóðhagslega hagkvæm, leiðir þetta ekki af texta ákvæðisins. Bent skal á að þetta gæti valdið vandkvæðum við túlkun ákvæðisins í framkvæmd.

Aðkoma hins opinbera að eftirliti og umsjón með meðferð og nýtingu auðlindanna annars vegar og forræði yfir auðlindunum hins vegar. Í þriðja málslíð 1. mgr. frumvarpstextans er tiltekið að „ríkið“ hafi eftirlit og umsjón með meðferð og nýtingu auðlindanna. Í þriðja málslíð 2. mgr. er síðan tiltekið að „handhafar löggjafarvalds og framkvæmdarvalds“ fari með forræði yfir auðlindunum í umboði þjóðarinnar. Hér vakna spurningar um af hverju fyrirvar fyrir ríkið er skilgreint á ólíkan hátt í sitthvorri málsgreininni, í hverju forræði yfir auðlindunum felist og hvort undir það falli ekki að hafa eftirlit og umsjón með meðferð og nýtingu þeirra. Tilkall ríkisins til auðlindanna á grundvelli auðlindaákvæðis í stjórnarskrár myndi byggjast á fullveldisrétti, eins og fræðimenn hafa slegið föstu, en ekki hefðbundnum einkaeignarrétti. Það er í eðli sínu ríkið sem fer með þann fullveldisrétt, það er forræðið yfir auðlindunum. Í því felst að það er auðvitað handhafi löggjafarvalds sem þá getur sett reglur um auðlindir og nýtingu þeirra á meðan handhafar framkvæmdarvalds geta framkvæmt lögin. Dómsvaldið er annars eðlis. Bent skal á að misvísandi er að vísa í frumvarpstextanum á einum stað til ríkisins en á öðrum til handhafa löggjafarvalds og framkvæmdarvalds og getur það verið til þess fallið að valda vandkvæðum við túlkun í framkvæmd. Eina fræðilega gagnrýnin þessu tengd sem fram hefur komið er það sem Sigurður Línadal benti á, að hvergi í lögum um stjórn fiskveiða sé minnst á hver fari með eignarrétt þjóðarinnar.¹⁶⁴ Ætla má að tilvísun til ríkisins í því samhengi sé nægjanleg, þótt einnig væri hægt að fara að t.d. fordæmi laga nr. 58/1998 um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta. Þar er ríkið lýstur eigandi lands, landsréttinda og hlunninda í þjóðlendum sem ekki eru háð einkaeignarrétti og forsætisráðherra

¹⁶⁴ Sigurður Línadal, „Hugtakið þjóðareign“, 121. Sjá einnig t.d. Þorgeir Örlygsson o.fl., Eignaréttur I, 262

fer með forræði þeirra, en ekki fjármálaráðherra líkt og við á í tilviki eigna sem ríkið á og háðar eru hefðbundnum einkaeignarrétti.

Bann við varanlegu framsali auðlindanna. Í öðrum málslíð 2. mgr. frumvarpstextans segir að enginn geti fengið þessi gæði eða réttindi (náttúruauðlindir og landsréttindi sem ekki eru háð einkaeignarrétti og séu þjóðareign) til eignar eða varanlegra afnota. Villandi er að skírskota til „eignar“, því þótt ráðgert sé að auðlindirnar tilheyri þjóðinni og séu á forræði ríkisins er til þess að líta að jafnframt er ráðgert að heimilt sé að veita tímabundinn afnotarétt yfir þeim.

Í tímabundnum afnotarétti eru fólgin takmörkuð (óbein) eignarréttindi sem teljast til eignar í einkaeignarréttarlegri merkingu eignaréttar og njóta sannanlega verndar 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar. Þegar miðað er við að auðlindirnar tilheyri þjóðinni og séu á forræði ríkisins, en jafnframt ráðgert að heimilt verði að veita tímabundinn afnotarétt yfir þeim, leiðir af þeirri aðstöðu að kerfum um veitingu t.d. nýtingarleyfa verður ekki breytt nema að uppfylltum þeim skilyrðum sem 1. mgr. 72. gr. gerir,¹⁶⁵ svo og að unnt sé að t.d. framselja og veðsetja slíkan takmarkaðan eignarrétt né nema því séu settar skorður í lögum. Í frumvarpstextanum var væntanlega ætlunin að banna framsal á beinum eignarrétti yfir auðlindunum og varanlegum afnotarétti (takmörkuðum eignarréttindum) yfir þeim. Fær sá skilningur og stoð í athugasemdum með frumvarpinu.¹⁶⁶ Fær er sú leið að standa í vegi fyrir framsal beins eignaréttar yfir auðlindum, en á hinn bóginn er það markleysa að kveða á um bann við „varanlegum afnotarétti“ yfir auðlindum þegar til stendur að veita afnotarétt yfir þeim. Þótt viljinn hafi þarna vísast staðið til þess að rýmka svigrúm löggjafans til að koma á kerfi um veitingu slíks afnotaréttar og að gera breytingar á slíku kerfi,¹⁶⁷ myndi þetta engu breyta því slíkur afnotaréttur nýtur verndar 1. mgr. 72. gr. og hvers kyns breytingar þar á þurfa að eftir sem áður að uppfylla kröfur þess ákvæðis.

Lagfæra þarf orðalag ákvæðisins til samræmis við þessi sjónarmið. Ummæli í athugasemdum með frumvarpinu duga ekki til. Ef til vill væri hægt til að styðjast við t.d. nalgunina í 3. gr. a í lögum nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu, sbr. 6. gr. laga nr. 58/2008 um breytingu á nokkrum lögum á auðlinda- og orkusviði. Önnur útfærsla væri að skipta út orðinu „eign“ fyrir „beinan eignarrétt“.

Sjónarmið um ráðstöfun opinberra verðmæta. Í fyrri málslíð 3. mgr. frumvarpstextans er tiltekið að veiting heimilda til nýtingar á náttúruauðlindum og landsréttindum sem séu í

¹⁶⁵ Sjá t.d. Þorgeir Örlygsson o.fl., Eignaréttur I, 266–270; Valgerður Sólnes, „Institutional Changes to Property in the Context of the Strasbourg Court's Case Law on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights“ í *Liber Amicorum Robert Spano*, Limal: Anthemis 2022, 651–670.

¹⁶⁶ Sjá Alþt. 2020–2021, A-deild, þskj. 787 — 466. mál (sjá bls. 35, þar sem segir m.a. í kafla 4.5: „Bann 2. mgr. b-liðar 22. gr. við framsali auðlinda og landsréttinda í þjóðareign á ekki við um heimildir til nýtingar þessara gæða sem ríkið úthlutar einstaklingum eða lögaðilum. Í gildandi löggjöf er bann við framsali og veðsetningu slíkra afnotaréttinda ekki fortakslaut enda þótt í mörgum lögum sé það meginreglan. Þessi lög gera gjarnan ráð fyrir að hægt sé að fá sérstaka heimild til framsals eða veðsetningar réttinda sem þar er fjallað um. Nefna má sem dæmi 32. gr. auðlindalaga, 35. gr. raforkulaga, 30. gr. kolvetnislaga og 17. gr. laga um fiskeldi, nr. 71/2008. Einnig má sjá í þessu sambandi 6. mgr. 12. gr. fiskveiðistjórnunarlaga um framsal aflahlutdeildar skips. Enda þótt frumvarpsgreinin feli ekki í sér bann við framsali nýtingarheimilda er löggjafinn eftir sem áður frjálss að því að mæla fyrir um slíkt bann í einstökum lögum.“). Sjá einnig Aðalheiður Jóhannsdóttir o.fl., Tillögur að breytingum á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 og samanburður þeirra við eldri frumvörp til stjórnarskipunarlaga á tímabilinu 2011–2016, 58–59 (þar sem af texta auðlindaákvæðisins í frumvarpinu til stjórnarskipunarlaga og tilvitnuðum athugasemdum með frumvarpinu er ályktað að 2. mgr. b. liðar 22. gr. frumvarpsins sé ætlað að girða m.a. fyrir sölu og veðsetningu þjóðareigna og að samhliða sé áréttað í athugasemdunum að bann við framsali auðlinda og landsréttinda í þjóðareign eigi ekki við um heimildir til nýtingar þessara gæða sem ríkið úthluti einstaklingum og lögaðilum).

¹⁶⁷ Sjá t.d. Sjá þjóð til þings: Skýrsla stjórnlaganefndar 2011. 1. bindi, 78.

þjóðareign eða eigu íslenska ríkisins skuli grundvallast á lögum og gæta skuli jafnræðis og gagnsæis. Hér er þess að gæta að ákvæði 3. mgr. hefur rýmra gildissvið en 2. mgr., sem aðeins kveður á um bann við varanlegu framsali náttúruauðlinda og landsréttinda í þjóðareign, því 3. mgr. tekur einnig til náttúruauðlinda og landsréttinda sem eru háð einkaeignarrétti íslenska ríkisins.¹⁶⁸ Um þetta ákvæði segir í athugasemdunum með frumvarpinu: „Í 3. mgr. er áskilið að veiting nýtingarheimilda grundvallist á lögum sem þýðir að í lögum þurfa að koma fram meginskilyrði fyrir veitingu heimildanna og þau sjónarmið sem ákvörðun skal byggjast á. Það leiðir þegar af jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar að gæta þarf jafnræðis við úthlutun heimilda til nýtingar á sameiginlegum gæðum. Allt að einu er áréttað í ákvæðinu að gæta skuli jafnræðis og gagnsæis við veitingu heimilda.“ Hér er til þess að líta að samkvæmt þeim skráðu og óskráðu reglum sem gilda um ráðstöfun opinberra verðmæta verður ráðið að reglur stjórnáðalrættar gilda þegar stjórnvald ráðstafar eignum ríkisins og um samning þar að lútandi (t.d. leigusamning) gilda efnisreglur eftir því sem við geta átt. Jafnframt að jafnræðisregla stjórnáðalrættar hvílir á stjórnvöldum og að gera verði þær kröfur til þeirra að þau beiti opinberum auglýsingum þegar til stendur að ráðstafa takmörkuðum gæðum sem fyrirsjáanlegt er að færri geti gengið að en vilja. Fallast verður á að frumvarpstextinn endurspeglar þessi sjónarmið.

Þessu til viðbótar má þó benda á að lagaákvæði sem gefa almenningi t.d. kost á að kaupa eignir ríkisins að undangenginni auglýsingu eru almennt reist á sjónarmiðum um að tryggja beri hagkvæmni ráðstöfunar og jafnræði þeirra sem hug hafa á kaupum. Í dæmaskyni má benda á 45. gr. laga nr. 123/2015 um opinber fjármál þar sem fjallað er um meginreglur við kaup, sölu og leigu eigna. Þar segir að við sölu, leigu eða aðra ráðstöfun ríkiseigna, og eigna sem þarf að kaupa eða leigja vegna þarfa ríkisins, skuli leggja áherslu á *gagnsæi, hlutlægni, jafnræði og hagkvæmni*. Jafnframt skuli gætt að samkeppnissjónarmiðum við slíka ráðstöfun eftir því sem við geti átt. Einnig má t.d. benda á 3. gr. laga nr. 155/2012 um sölumæðferð eignarhluta ríkisins í fjármálafyrirtækjum. Í athugasemdum með frumvarpinu til stjórnarskipunarlaga segir m.a. um veitingu nýtingarleyfa að löggjafanum sé veitt svigrúm til að ákveða hversu hátt gjaldið skuli vera í þeim tilvikum þegar það sé lögákveðið en að við mat á þessu sé löggjafinn þó bundinn af stefnumiðum 1. mgr. um sjálfbæra nýtingu sem sé þjóðinni til hagsbóta. Ekki er sjálfgefið að frumvarpstextinn sé til þess fallinn að tryggja hagkvæma nýtingu auðlindanna því í texta ákvæðisins er ekki berum orðum rætt um hagkvæma nýtingu auðlinda. Þótt í athugasemdunum með frumvarpinu segi m.a. að þetta stefnumið feli í sér að almennt skuli miðað við að auðlindanýting sé þjóðhagslega hagkvæm, leiðir þetta ekki af texta ákvæðisins. Þetta gæti valdið vandkvæðum við túlkun ákvæðisins í framkvæmd. Gildir þá einu þótt í síðari málslið 3. mgr. segi að með lögum skuli kveðið á um gjalddöku fyrir heimildir til nýtingar „í ábataskyni“. Raunar má halda því fram að síðastgreindur málsliður sé óþarfur því það leiði af sjálfu að löggjafinn hafi heimildir til þessa. Rétt er að taka til athugunar hvort tiltaka skuli í frumvarpstextanum að ekki aðeins skuli gæta jafnræðis og gagnsæis heldur og hagkvæmni. Breyting í slíka veru myndi og koma til móts við tillögur tengdar gjalddöku sem fram hafa komið í fyrri stjórnarskrárvinnu.¹⁶⁹ Þótt það sé okkar álit að ekki sé nauðsynlegt að tiltaka í texta stjórnarskrárákvæðisins að með lögum skuli kveðið á um gjalddöku fyrir heimildir til nýtingar í ábataskyni, leggjumst við ekki gegn slíku orðalagi í texta ákvæðisins einkum vegna þeirrar áherslu sem hefur verið lögð á þetta atriði í fyrri tillögum að auðlindaákvæði í stjórnarskrá.

¹⁶⁸ Sjá Aðalheiður Jóhannsdóttir o.fl., Tillögur að breytingum á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 og samamburður þeirra við eldri frumvörp til stjórnarskipunarlaga á tímabilinu 2011–2016, 61.

¹⁶⁹ Sjá t.d. sama heimild, 62–66 (þar sem fjallað er um fyrir tillögur þar sem kveðið hefur verið á um töku t.d. fulls gjalds eða eðlilegs gjalds).

Tilkoma nýrra réttinda. Að endingu er rétt að vekja athygli á breytilegu eðli eignarréttinda sem er sérlega áberandi í tilvikum auðlinda og auðlindanýtingar því sífellt koma fram á sjónarsviðið nýjar og áður óþekktar auðlindir og nýtingarmöguleikar í tengslum við þær. Falla slíkir nýtingarmöguleikar almennt til eiganda auðlindarinnar nema löggjöf reisi við því skorður eða mæli fyrir um annað skipulag.¹⁷⁰ Í athugasemdunum með frumvarpinu er m.a. tiltekið að ákvæði 3. mgr. frumvarpstextans fjalli um heimildir til nýtingar auðlinda og landsréttinda sem séu í þjóðareign eða í eigu íslenska ríkisins og að hafa beri í huga að gildandi lög geri ekki kröfu um að heimildar sé aflað til allrar auðlindanýtingar. Því sé ráðgert að ákvæði 3. mgr. gildi einungis um þau tilvik þegar nýting sé háð sérstakri heimild. Við búum því við aðstæður þar sem löggjafinn þarf að bregðast við komi fram nýir og áður óþekktir nýtingarmöguleikar í tengslum við auðlindir sé það tilætlan hans að reisa skorður við slíkra nýtingu af hálfu landeiganda eða annars sem fer með einkaeignarrétt yfir hlutaðeigandi auðlindum.

5.1.1.3 Tillaga að frumvarpstexta

Að öllu þessu virtu gerum við tillögu að svofelldu stjórnarskrárákvæði um auðlindir í VII. kafla stjórnarskrárinnar:

Auðlindir náttúru Íslands tilheyra íslensku þjóðinni. Þær skal nýta á sjálfbærnan og **hagkvæman** hátt til hagsbóta landsmönnum öllum. Ríkið hefur eftirlit og umsjón með meðferð og nýtingu auðlindanna.

Náttúruauðlindir og landsréttindi sem ekki eru háð einkaeignarrétti eru þjóðareign. Enginn getur fengið **beinan eignarrétt yfir þessum gæðum. Ríkið fer** með forræði yfir þeim í umboði þjóðarinnar.

Veiting heimilda til nýtingar á náttúruauðlindum og landsréttindum sem eru í þjóðareign eða eigu íslenska ríkisins skal grundvallast á lögum og gæta skal jafnræðis, **hagkvæmni** og gagnsæis. Með lögum skal kveða á um gjaldtöku fyrir heimildir til nýtingar í ábataskyni.

5.1.2 Umhverfisvernd

5.1.2.1 Frumvarp forsætisráðherra 2020–2021, ábendingar Feneyjanefndarinnar og eldri tillögur um stjórnarskrárákvæði um umhverfisvernd

Á síðustu árum hafa komið fram tillögur um að sett verði í stjórnarskrá sérstakt ákvæði um umhverfisvernd. Í áðurgreindu frumvarpi forsætisráðherra til stjórnarskipunarlaganna sem lagt var fram á 151. löggjafarþingi 2020–2021 er gerð tillaga að slíku ákvæði, en við höfum að verulegu leyti horft til þess við athugun okkar, eins og með ákvæðið um auðlindir sem um er fjallað hér á undan.¹⁷¹ Í athugasemdum greinargerðar með frumvarpinu kemur meðal annars fram að í réttinum til heilnæms umhverfis felist að lágmarki að viðhaldið sé þeim náttúrulegu ferlum sem geri jörðina byggilega, t.d. sem snúi að loftslagi, líffræðilegri fjölbreytni og vatni.¹⁷² Í álitum Feneyjanefndarinnar á frumvarpi forsætisráðherra er meðal annars fjallað um ákvæði frumvarpsins um umhverfi. Þar segir meðal annars:

The experience of other countries suggests that several options for the constitutional entrenchment of the preservation and protection of the natural environment: (a) Affirming the rights of nature itself, for

¹⁷⁰ Sjá t.d. Þorgeir Örlygsson o.fl., Eignarréttur I, 255.

¹⁷¹ Alpt. 2020–2021, A-deild, þskj. 787 — 466. mál.

¹⁷² Sjá Alpt. 2020–2021, A-deild, þskj. 787 — 466. mál. Sjá einnig Hrafnhildur Bragadóttir og Aðalheiður Jóhannsdóttir, Loftslagsréttur, 30.

example by placing obligations on the State and citizens to protect Mother Nature (the ecocentric approach); (b) Affirming a human right to a clean and healthy environment (the anthropocentric approach); and (c) Referring to environmental protection as part of a right to intergenerational equity. In some countries constitutional environmental rights have been construed as including a duty to ensure that natural resources are responsibly managed.¹⁷³

Í áliti Feneyjanefndarinnar er sett fram ábending um að sambandið á milli auðlinda- og umhverfisákvæðanna í frumvarpinu sé útskýrt sérstaklega í athugasemdum með frumvarpinu, því þessi ákvæði séu nátengd. Auðlindanýting eigi sér ekki stað án áhrifa á umhverfið.¹⁷⁴ Þá er í frumvarpinu bent á að í umhverfisákvæðinu sé í reynd mælt fyrir um fjögur viðmið; í *fyrsta lagi* stefnuýfirlýsingu þar sem mælt sé fyrir um sameiginlega ábyrgð á vernd náttúru og umhverfis, í *öðru lagi* afar mikilvæga reglu um réttinn til heilnæms umhverfis, í *þriðja lagi* almannarétt og í *fjórða lagi* rétt til upplýsinga um umhverfið og þátttöku í ákvarðanatöku varðandi það.¹⁷⁵ Varðandi umhverfisákvæðið bendir Feneyjanefndin á eftirfarandi:

The meaning of the notions used in the draft provision, "precaution" and "long-term vision guided by sustainable development" should be clarified;

The scope of "individual responsibility" for environment protection and its relationship to "shared responsibility" should be clarified; the duty of the state and its overall responsibility for the protection of the environment and nature could be further emphasised;

The scope and the nature of the right to a healthy environment, as well as the rights and obligations which derive from this right should be clarified;

The enforcement mechanisms, including the judicial control of the rights and obligations related to the environment protection should be provided explicitly in the text of the Constitution.¹⁷⁶

Eins og rakið er í kafla 3.2 hér á undanhafa fjölmargar tillögur um stjórnarskrárákvæði um umhverfi litið dagsins ljós. Í skýrslu stjórnlaganefndar sem starfaði á árunum 2005–2007 var gerð tillaga um stjórnarskrárákvæði um umhverfisvernd. Í skýrslunni er fjallað um reynslu af norskum og finnskum stjórnarskrárákvæðum um efnið og varðandi efni slíks hugsanlegs ákvæðis var bent á þrjá meginþætti sem eðlilegt væri að taka tillit til; í *fyrsta lagi* þátttökuréttindi (rétt manna til að hafa áhrif á ákvarðanir varðandi umhverfið), í *öðru lagi* sjálfbæra þróun og í *þriðja lagi* tilvísun til líffræðilegrar fjölbreytni. Þá var þar lagt upp með að slíkt ákvæði hlyti að felast í því að lýsa yfir þessum markmiðum en tilgreina jafnframt að nánar skyldi mælt fyrir um þessi efni í lögum. Löggjafinn skyldi þó hafa svigrúm til að ákveða hvaða leiðir skyldu farnar til að ná markmiðunum og stjórnarskrárákvæðið myndi því ekki búa til sjálfstæðar efnisreglur, en dómstólum yrði samt gert kleift að meta á grundvelli ákvæðisins hvort stjórnvaldsákvæðanir eða löggjöf færi bersýnilega gegn þessum grundvallarmarkmiðum. Einnig var rétt um að í slíku ákvæði yrði vísað í meginreglur Ríó-yfirlýsingarinnar.¹⁷⁷

Í fyrra bindi skýrslu stjórnlaganefndar frá 2010 voru nánar tilgreind málefni tekin fyrir, þar sem lýst var viðhorfum þjóðfundar, þeim efnum sem tekin hefðu verið til skoðunar, umræðum í stjórnlaganefnd og loks fjallað um tillögur nefndarinnar og valkosti. Í umfjöllun um náttúruauðlindir og umhverfismál var gerð tillaga um að grein um umhverfisréttindi yrði sett í mannréttindakafli nýrrar stjórnarskrár á eftir öðrum mannréttindaákvæðum, þar sem í fyrri málsgrein yrði mælt fyrir um rétt allra til heilnæms umhverfis og náttúru þar sem líffræðilegri fjölbreytni væri viðhaldið, svo og um almannarétt og skyldu til að ganga vel um

¹⁷³ Sjá álit Feneyjanefndarinnar 9. október 2020, nr. 997/2020 (CDL-AD(2020)020), 20.

¹⁷⁴ Sama heimild, 23, 29.

¹⁷⁵ Sama heimild, 24. Sjá nánar um sérhverja þessara fjögurra viðmiða. Sama heimild, 24–27.

¹⁷⁶ Sama heimild, 29.

¹⁷⁷ Alþt. 2007, A-deild, þskj. 1293 — 709. mál. Sótt 20. júní 2023 á <https://www.althingi.is/alttext/133/s/pdf/1293.pdf> (um er að ræða skýrsluna Endurskoðun stjórnarskrárinnar: Áfangaskýrsla nefndar um endurskoðun stjórnarskrár lýðveldisins Íslands. Reykjavík 2007, sem lögð var fram af forsætisráðherra á 133. löggjafarþingi) (sjá bls. 21–22).

og virða náttúruna. Í síðari málsgrein skyldi mælt fyrir um rétt almenninga til upplýsinga um ástand umhverfis og áhrif framkvæmda á það svo og kost á þátttöku í undirbúningi ákvarðana sem áhrif hefðu á umhverfið.¹⁷⁸

Í skýrslu Lagastofnunar um tillögu að umhverfisákvæði í frumvarpinu til stjórnarskipunarlaganna sem lagt var fram á 151. löggjafarþingi 2020–2021, og um samanburð þess við eldri frumvörp til stjórnarskipunarlaganna á tímabilinu 2011–2016, er komist að niðurstöðu um að framsetning, gildissvið og skýringar með tillögunum að umhverfisákvæðum sem fram komu á þessum árum séu að mörgu leyti sambærileg. Um er að ræða frumvarp stjórnlagaráðs 2011 (þar sem í 33.–35. gr. voru ákvæði um náttúru Íslands og umhverfi, náttúruauðlindir og upplýsingar um umhverfi og málsaðild),¹⁷⁹ frumvarp stjórnarskipunar- og eftirlitsnefndar Alþingis, bæði upphaflega frumvarpið 2012 og breytt frumvarp 2013 (þar sem í síðargreinda frumvarpinu var ákvæði um upplýsingar um umhverfi og meginreglur umhverfisréttar í 36. gr.)¹⁸⁰ svo og frumvarp forsætisráðherra sem lagt var fram á 145. löggjafarþingi 2015–2016 (reist á tillögum stjórnarskrárnefndar sem ráðherrann skipaði 2013 en þar er m.a. að finna ákvæði um umhverfisvernd).¹⁸¹ Þessar tillögur um umhverfisákvæði voru síðan bornar saman við fyrstgreinda frumvarpið. Um samanburðinn segir meðal annars í skýrslunni:

Segja má að tillögurnar hverfist í stórum dráttum um nokkur meginatriði:

Í fyrsta lagi yfirlýsingu um mikilvægi náttúru Íslands. Í öðru lagi ábyrgð á náttúru- og umhverfisvernd ásamt grundvelli verndarinnar. Í þriðja lagi rétti allra til heilnæms umhverfis. Í fjórða lagi rétt til farar um landið og dvalar (almannaréttur). Loks, í fimmta lagi upplýsingarétt almenninga um umhverfið (upplýsingaréttur) og rétt til að taka þátt í undirbúningi ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfið (þátttökuréttur).

Það sem helst ber á milli frumvarps stjórnlagaráðs 2011 og frumvarps 2021 eru eftirfarandi atriði: Í fyrsta lagi tryggir frumvarp stjórnlagaráðs 2011 heimild almenninga til að leita til hlutlausra úrskurðaraðila en frumvarp 2021 inniheldur ekki slíkt ákvæði. Í öðru lagi er í frumvarpi stjórnlagaráðs 2011 að finna ákvæði sem lýtur að jákvæðri skyldu stjórnvalda til þess að upplýsa almenning um ástand

¹⁷⁸ Sjá Þjóð til þings: Skýrsla stjórnlaganefndar 2011. 1. bindi. Reykjavík: Stjórnlagabíng 2011. Sótt 19. júní 2023 á https://www.stjornarradid.is/media/forsaetisraduneyti-media/media/stjornarskra/Skyrsla_stjornlaganefndar_fyrri_bindi.pdf, 80–81.

¹⁷⁹ Sjá Þjóð til þings: Frumvarp til stjórnarskipunarlaganna ásamt skýringum. Reykjavík: Stjórnlagaráð 2011. Sótt 19. júní 2023 á https://www.stjornarradid.is/media/forsaetisraduneyti-media/media/stjornarskra/Frumvarp_med_skyringum.pdf, 14. Sjá skýringar með ákvæðinu. Sama heimild, 78–90.

¹⁸⁰ Sjá Alþt. 2012–2013, A-deild, þskj. 510 — 415. mál. Sótt 20. júní 2023 á <https://www.althingi.is/altext/141/s/pdf/0510.pdf>; lokagerð frumvarpsins. Sótt 19. júní 2023 á https://www.stjornarradid.is/media/forsaetisraduneyti-media/media/stjornarskra/Frumvarp_til_stjornarskipunarlaganna_lokagerd.pdf (eins og áður greinir verður af upplýsingum á vefsíðu Stjórnarráðsins ráðið að frumvarpið hafi verið lagt fram á Alþingi 16. nóvember 2012, sbr. þskj. 510, en að lokagerð frumvarpsins sé frá 4. mars 2013. Til lokagerðarinnar er vísað í því sem hér fer á eftir. Sjá vefsíða Stjórnarráðsins. Sótt 19. júní 2023 á <https://www.stjornarradid.is/verkefni/stjornskipan-og-thjodartakn/stjornarskrain/stjornarskrarvinna-1944-2013/althingi-2012-2013/>; Aðalheiður Jóhannsdóttir o.fl., Tillögur að breytingum á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 og samanburður þeirra við eldri frumvörp til stjórnarskipunarlaganna á tímabilinu 2011–2016, 89). Í 36. gr. segir: 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. Við töku ákvarðana um náttúru Íslands og umhverfi skulu stjórnvöld byggja á meginreglum umhverfisréttar. Sjá vefsíða Stjórnarráðsins. Sótt 19. júní 2023 á <https://www.stjornarradid.is/verkefni/stjornskipan-og-thjodartakn/stjornarskrain/stjornarskrarvinna-1944-2013/althingi-2012-2013/>.

¹⁸¹ Sjá Alþt. 2015–2016, A-deild, þskj. 1577 — 841. mál (sjá a. lið 1. gr. frumvarpsins á bls. 1). Sjá skýringar í athugasemdum með frumvarpinu. Sama heimild (sjá bls. 5–12).

umhverfis og náttúru, áhrif framkvæmda á það og um náttúruvá en sambærilegt ákvæði er ekki að finna í frumvarpi 2021.

Það sem helst ber á milli frumvarps 2012 og frumvarps 2021 er að þátttökurétturinn samkvæmt fyrrnefnda frumvarpinu er takmarkaður við undirbúning ákvarðana sem hafa umtalsverð áhrif á umhverfið og þrengir það gildissvið þess réttar. Þá inniheldur frumvarp 2021 ekki ákvæði sem tryggir almenningi heimild til að leita til hlutlausra úrskurðaraðila, sbr. frumvarp 2012. Loks inniheldur frumvarp 2021 ekki ákvæði um jákvæða skyldu stjórnvalda til þess að upplýsa almenning um ástand umhverfis og náttúru, áhrif framkvæmda á það og um náttúruvá.

Þegar frumvarp 2013 er borið saman við frumvarp 2021 er svipaða sögu að segja. Síðarnefnda frumvarpið inniheldur hvorki ákvæði sem tryggir heimild almennings til að leita til hlutlausra úrskurðaraðila né ákvæði um jákvæða skyldu stjórnvalda til að upplýsa almenning um ástand umhverfis og náttúru, áhrif framkvæmda á það og um náttúruvá. Á hinn bóginn er gildissvið réttarins til heilnæms umhverfis þrengra í frumvarpi 2013 en í frumvarpi 2021.

Þótt frumvarp 2016 og frumvarp 2021 séu nánast samhljóða er ljóst að ákvæðið sem varðar rétt allra til heilnæms umhverfis er ótvíræðara í síðarnefnda frumvarpinu.¹⁸²

5.1.2.2 Ákvæði 112. gr. norsku stjórnarskrárinnar og dómur Hæstaréttar Noregs í Greenpeace-málinu

Í sumum þessara tillagna, sem fram hafa komið, hefur verið skírskotað til umhverfisákvæðis 112. gr. norsku stjórnarskrárinnar. Það ákvæði er svofellt:

Allir eiga rétt til heilnæms umhverfis og náttúru þar sem gróska og fjölbreytni eru vernduð. Nýta ber náttúruauðlindir á grundvelli heildrænna langtímasjónarmiða á þann hátt að framangreindur réttur komandi kynslóða sé einnig tryggður.

Í því skyni að tryggja rétt sinn samkvæmt fyrri málsgrein eiga borgarar rétt á upplýsingum um ástand náttúrulegs umhverfis og áhrif fyrirhugaðra eða yfirstandandi inngripa í náttúruna.

Stjórvöld skulu grípa til ráðstafana til að hrinda þessum meginreglum í framkvæmd.¹⁸³

Þar er í síðari málslíð 1. mgr. 112. gr. norsku stjórnarskrárinnar tiltekið að nýta skuli náttúruauðlindir á grundvelli heildrænna langtímasjónarmiða þannig að ekki sé gengið á rétt komandi kynslóða (n. *naturressursane skal disponeras ut frå ein langsiktig og allsidig synsmåte som tryggjer denne retten of gor kommande slekter*). Náin tengsl geta þannig eins og áður er fram komið verið á milli stjórnarskrárákvæða um auðlindir og vernd náttúru og umhverfis, svo og eftir atvikum eignarréttarverndar.¹⁸⁴

Ákvæði 112. gr. hefur verið í norsku stjórnarskránni frá 1992. Í ákvæðinu er að finna þrjár meginreglur; meginreglu um rétt allra til heilnæms umhverfis og náttúru þar sem gróska og fjölbreytni sé vernduð (fyrri málslíður 1. mgr.), meginreglu um að nýting náttúruauðlinda skuli fara fram á grundvelli heildrænna langtímasjónarmiða til að tryggja einnig rétt komandi kynslóða til heilnæms umhverfis (síðari málslíður 1. mgr.) og meginreglu um upplýsingarétt

¹⁸² Aðalheiður Jóhannsdóttir o.fl., Tillögur að breytingum á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 og samanburður þeirra við eldri frumvörp til stjórnarskipunarlaganna á tímabilinu 2011–2016, 93.

¹⁸³ Sjá Hrafnhildur Bragadóttir og Aðalheiður Jóhannsdóttir, Loftslagsréttur, 34 (íslensk þýðing höfunda á 112. gr. norsku stjórnarskrárinnar). Á frummálinu er 112. gr. svofelld: Alle har rett til eit helsesamt miljø og ein natur der produksjonsevne og mangfaldet blir haldne ved lag. Naturressursane skal disponeras ut frå ein langsiktig og allsidig synsmåte som tryggjer denne retten og for kommande slekter. / Borgarene har rett til kunnskap om korleis det står til med naturmiljøet, og om verknadene av planlagde og iverksette inngrep i naturen, slikt at deil kan tryggje den retten dei har etter førre leddet. / Dei statlege styresmaktene skal setje i verk tiltak som gjennomfører desse grunnsetningane.

¹⁸⁴ Sjá t.d. Aðalheiður Jóhannsdóttir o.fl., Tillögur að breytingum á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 og samanburður þeirra við eldri frumvörp til stjórnarskipunarlaganna á tímabilinu 2011–2016, 48–49; Álit Feneyjanefndarinnar 9. október 2020, nr. 997/2020 (CDL-AD(2020)020), 20–21, 23. Sótt 12. apríl 2023 á [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2020\)020-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2020)020-e).

almennings (2. mgr.). Síðan er tiltekið í ákvæðinu að stjórnvöld skuli aðhafast til að hrinda meginreglunum í framkvæmd (3. mgr.).¹⁸⁵

Í norska Greenpeace-Nordenmálinu var leyst úr ágreiningi um hvort aðgerðir stjórnvalda á sviði loftslagsmála brytu gegn stjórnarskrárvörðum réttindum og þar reyndi með afgerandi hætti á 112. gr.:¹⁸⁶

Tvö umhverfisverndarsamtök höfðuðu mál á hendur norska ríkinu og báru því við að undirbúningur og efni ákvörðunar norskra stjórnvalda, sem varðaði meðal annars skipulagningu leitar- og vinnslusvæðis olíu og gass í Barentshafi vegna útboða sérleyfa til leitar og vinnslu á svæðinu, bryti í bága við 112. gr. Í málinu var meðal annars deilt um hvort 1. mgr. 112. gr. skapaði borgurum sjálfstæðan rétt til þess að krefjast heilnæms umhverfis og setti stjórnvöldum þar af leiðandi skorður þegar að því kæmi að heimila starfsemi sem ógnað gæti þessum rétti. Umhverfisverndarsamtökin báru því meðal annars við að túlka bæri ákvæðið svo að það takmarkaði heimild stjórnvalda til að leyfa mengandi starfsemi á borð við olíuvinnslu og að inntak slíkrar takmörkunar skyldi miðast við bestu vísindalegu þekkingu hverju sinni. Norska ríkið bar því á hinn bóginn við að 1. mgr. 112. gr. gæti ekki verið sjálfstæður grundvöllur einstaklingsbundinna réttinda því ákvæðið fæli í sér almenna og óljósa vernd sameiginlegra hagsmuna og hefði ákvæðið því fyrst og fremst þýðingu við túlkun almennra laga. Meirihluti Hæstaréttar hafnaði málalögbúnaði umhverfisverndarsamtakanna og komst að þeirri niðurstöðu að 1. mgr. 112. gr. veitti einstaklingum almennt séð ekki réttindi sem unnt væri að fylgja eftir fyrir dómstólum. Leit meirihluti réttarins í því samhengi til þess að vega yrði saman réttindin sem 1. mgr. 112. gr. veitti og hvort og til hvaða aðgerða hefði verið gripið samkvæmt 3. mgr. sömu greinar. Í dómi meirihlutans var og tekið fram að jafnvel þótt 112. gr. hefði ákveðnar réttarverkanir hefði tilgangurinn með ákvæðinu ekki verið sá að takmarka pólitískt svigrúm löggjafans. Minnihluti Hæstaréttar Noregs komst að öndverðri niðurstöðu í málinu en var samt sem áður sammála niðurstöðu meirihlutans varðandi hvernig skilja bæri 112. gr.¹⁸⁷

Af dómi Hæstaréttar Noregs í Greenpeace-Nordenmálinu leiðir að rétturinn hefur tekið af skarið um inntak 112. gr. norsku stjórnarskrárinnar. Ákvæði 1. mgr. 112. gr. hefur ekki að geyma sjálfstæðan og einstaklingsbundinn rétt til handa borgurunum til að krefjast heilnæms umhverfis sem hægt er að fylgja eftir fyrir dómstólum heldur hefur ákvæðið einungis áhrif við túlkun settra laga þar sem horft sé til athafnaskyldu stjórnvalda samkvæmt 3. mgr. sömu greinar. Segja má að inntak 112. gr. sé því í reynd það sem lagt var upp með í hugsanlegu umhverfisákvæði í skýrslu stjórnlaganefndar sem starfaði á árunum 2005–2007, þar sem miðað var við að lýst yrði yfir tilgreindum markmiðum og tilgreint að nánar skyldi mælt fyrir um þessi efni í lögum, þannig að löggjafinn hefði svigrúm til að ákveða þær leiðir sem farnar yrðu til að ná yfirlýstum markmiðum og dómstólum gert kleift að meta á grundvelli ákvæðisins hvort stjórnvaldsákvæðanir eða löggjöf færi bersýnilega gegn þessum grundvallarmarkmiðum, án þess að stjórnarskrárákvæðið myndi sjálft mæla fyrir um sjálfstæðar efnisreglur.

Hér má til hliðsjónar benda á annað þekkt dómsmál um loftslagsmál má nefna hollenska Urgendamálið:¹⁸⁸

Þar kröfðust umhverfisverndarsamtök þess að hollenska ríkinu yrði gert skylt að herða stefnu sína um að draga úr losun gróðurhúsalofttegunda og reistu málsóknina meðal annars á umhverfisákvæði 21. gr. hollensku stjórnarskrárinnar sem kveður á um að stjórnvöldum beri að halda Hollandi byggilegu og vernda og bæta umhverfið. Hæstiréttur Hollands tók málalögbúnað umhverfisverndarsamtakanna til greina á þann veg að talið var að hollenska ríkið hefði vanrækt aðgæsluskyldu sína en aðeins samkvæmt 2. gr. og 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Var niðurstaðan því hvorki reist á umhverfisákvæði hollensku stjórnarskrárinnar né öðrum réttarheimildum. Var nánar tilgreint aðgerðarleysi hollenska ríkisins þannig

¹⁸⁵ Sjá nánar Mellom jus og politikk: Grunnloven § 112 (ritstj. Ole Kristian Fauchald og Eivind Smith). Bergen: Fagbokforlaget, 135–189 (þar sem fjallað er um hvernig skilja beri 112. gr. norsku stjórnarskrárinnar).

¹⁸⁶ Sjá Norges Høyesterett, HR-2020-2472-P, 20. desember 2020; Hrafnhildur Bragadóttir og Aðalheiður Jóhannsdóttir, Loftslagsréttur, 34.

¹⁸⁷ Sjá Hrafnhildur Bragadóttir og Aðalheiður Jóhannsdóttir, Loftslagsréttur, 34–37.

¹⁸⁸ Sjá Urgenda g. hollenska ríkinu, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196, 24. júní 2015; Hrafnhildur Bragadóttir og Aðalheiður Jóhannsdóttir, Loftslagsréttur, 37.

talið hafa farið gegn þeim jákvæðum skyldum sem taldar eru felast í áðurgreindum ákvæðum mannréttindasáttmálans.¹⁸⁹

Af hollenska Urgendamálið er því heldur ekki ráðinn sjálfstæður og einstaklingsbundinn réttur af stjórnarskrárákvæði um umhverfi sem hægt er að fylgja eftir fyrir dómstólum heldur er nánar tilgreint aðgerðaleysi hollenska ríkisins talið hafa farið í bága við 2. mgr. 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu og þær jákvæðu skyldur sem þar sé mælt fyrir um.

Eins og á undan er rakið er í 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu fjallað um friðhelgi einkalífs og fjölskyldu. Þar segir í 1. mgr. að sérhver maður eigi rétt til friðhelgi einkalífs síns, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta. Í 2. mgr. segir síðan: „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 efna[hags]legrar farsældar þjóðarinnar, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu manna eða siðgæði eða réttindum og frelsi annarra.“

Þessi nálgun hins hollenska dómstóls er ekki einsdæmi því í dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu er þetta einmitt sú leið sem hefur verið farin í málum þar sem umhverfismál koma við sögu, það er ýmis ákvæði sáttmálans hafa í slíkum málum verið skýrð á þann veg að undir réttarvernd þeirra heyrir umhverfisvernd að ákveðnum skilyrðum uppfylltum.¹⁹⁰ Í slíkum málum hafa kærendur þá látið óbeint reyna á réttinn til heilnæms umhverfis samhliða einstaklingsbundnum umkvörtunum t.d. í tengslum við réttinn til lífs, friðhelgis einkalífs, heimilis, heilsu, matar eða menningar, með misjöfnum árangri þó. Hefur þá t.d. reynt á ákvæði 2. gr. um réttinn til lífs, 8. gr. um réttinn til friðhelgis einkalífs, heimilis og fjölskyldu og 1. gr. 1. samningsviðauka um friðhelgi eignarréttar.¹⁹¹ Nefna má dæmi um Ogloblina g. Rússlandi (þar sem stjórnvöld heimiluðu eyðingu skóga sem aftur bitnaði á umhverfisöryggi) og Kyrtatos g. Grikklandi (þar sem votlendissvæði skemmdis vegna byggingar mannvirkis í þágu ferðamennsku sem ekki var rífið þrátt fyrir að hafa verið úrskurðað ólögmeitt af landsdómstólum), en í hvorugu málanna bar málatilbúnaður reistur á 8. gr. árangur.¹⁹² Sömuleiðis má nefna mál þar sem byggt hefur verið á ætluðum rétti samkvæmt 2. gr. til mannsæmandi lífs í mengunarmálum,¹⁹³ og 1 gr. 1. samningsviðauka í þeirri viðleitni að vernda sameiginlegan rétt frumbyggja til eignarréttar sem bundinn er við að viðurkennt sé að frumbyggjar hafi sérstök tengsl við og reiði sig á ómengað og óspillt land.¹⁹⁴ Þá hefur verið byggt á 2., 8. og 10. gr. í tengslum við þátttökuréttindi tengd umhverfismálum, t.d. rétt til aðgangs að upplýsingum.¹⁹⁵

¹⁸⁹ Sjá Hrafnhildur Bragadóttir og Aðalheiður Jóhannsdóttir, Loftslagsréttur, 37–39. Sjá nánar sömu heimild, 30–40 (þar sem fjallað er um fjölmörg önnur loftslagsmál fyrir dómstólum).

¹⁹⁰ Natalia Kobylarz, Anchoring the right to a healthy environment in the European Convention on Human Rights: What concretized normative consequence can be anticipated for the Strasbourg Court in the field of admissibility criteria? í *Environmental Law Before the Courts: A US–EU Narrative* (ritstj. Giovanni Antonelli o.fl.). Springer International Publishing 2023, 2.

¹⁹¹ Natalia Kobylarz, Anchoring the right to a healthy environment in the European Convention on Human Rights, 14, 16–18.

¹⁹² Valentina Viktorovna Ogloblina gegn Rússland (ákvörðun), 28852/05 (26. nóvember 2013); Kyrtatos gegn Grikklandi, 41666/98, ECHR 2003-VI. Sjá einnig Natalia Kobylarz, Anchoring the right to a healthy environment in the European Convention on Human Rights, 17–18.

¹⁹³ Di Sarno o.fl. gegn Ítalíu, 30765/08 (10. janúar 2012); Hardy og Maile gegn Bretlandi, 31965/07 (14. febrúar 2012); Cordella o.fl. gegn Ítalíu, 54414/13 o.fl. (24. janúar 2019). Sjá einnig Natalia Kobylarz, Anchoring the right to a healthy environment in the European Convention on Human Rights, 18.

¹⁹⁴ Sjá G og E gegn Noregi (ákvörðun), 9278/81, 9415/81 (3. október 1983). Sjá einnig Natalia Kobylarz, Anchoring the right to a healthy environment in the European Convention on Human Rights, 18.

¹⁹⁵ Guerra o.fl. gegn Ítalíu, 18. febrúar 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I; Magyar Helsinki Bizottság gegn Ungverjalandi, 18030/11 (8. nóvember 2016). Sjá einnig Natalia Kobylarz, Anchoring the right to a healthy environment in the European Convention on Human Rights, 19.

5.1.2.3 Tilmæli þings Evrópuráðsins um réttinn til heilnæms umhverfis

Nýverið hefur rétturinn til heilnæms umhverfis verið tekinn upp í fjölþjóðlegu samstarfi bæði á vettvangi Evrópuráðsins og alþjóðlega á vettvangi Sameinuðu þjóðanna.¹⁹⁶ Í ályktun á vettvangi þingmanna Evrópuráðsins 29. september 2021 nr. 2396 voru svofelld tilmæli (e. *Recommendation*) samþykkt:

14. In the light of the above considerations, the Assembly recommends that the member States of the Council of Europe:

14.1. build and consolidate a legal framework — domestically and at European level — to anchor the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment, based on the UN guidance on this matter;

14.2. support multilateral efforts concerning the explicit recognition and protection of the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment through international and European law;

14.3. participate in a political process under Council of Europe auspices aimed at preparing legally binding and enforceable instruments — an additional protocol to the Convention and an additional protocol to the Charter in order to protect more effectively the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment — as well as a "Five Ps" convention on environmental threats and technological hazards threatening human health, dignity and life;

14.4. strengthen the corporate environment responsibility of enterprises operating under their jurisdiction by setting up a dedicated binding legal framework that defines corporate responsibility for safeguarding human health, the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment, and environmental integrity, and by making them reduce the harmful environmental footprint of their commercial activities;

14.5. contribute to the revision of the Committee of Ministers Recommendation CM/Rec(2016)3 on human rights and business in order to determine and incorporate the requirements of corporate environmental responsibility.

15. The Assembly urges national parliaments to advocate adequate protection of the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment at the national, European and global levels. It invites them to hold extensive public consultations on this matter and to proceed with the adoption of laws and the initiation of the legal instruments necessary for the completion of the comprehensive coverage of this right, and to monitor their effective implementation.¹⁹⁷

Á grundvelli ályktunarinnar gaf Evrópuráðið sama dag út tilmæli nr. 2211 til ráðherraráðs Evrópuráðsins um að standa meðal annars að gerð viðauka við mannréttindasáttmála Evrópu sem taka skyldi mið af vinnu þar að lútandi á vettvangi Sameinuðu þjóðanna. Tilmælunum fylgdu síðan drög að viðauka við mannréttindasáttmálann sem samanstanda af formála og 11

¹⁹⁶ Sjá t.d. ályktun Evrópuráðsins 29. september 2021 nr. 2396 og og tilmæli þess sama dag nr. 2211. Coe Parliamentary Assembly Resolution 2396 (2021), Anchoring the right to a healthy environment: need for enhanced action by the Council of Europe, 29. september 2021. Sótt 12. júlí 2023 á <https://pace.coe.int/pdf/658d3f594762736ba3c0f378798b2c9529cf4be34aa45a8c38616ecd18fa80c0/res.%202396.pdf>; CoE Parliamentary Assembly Recommendation nr. 2211 (2021), Anchoring the right to a healthy environment: need for enhanced action by the Council of Europe, 29. september 2021. Sótt 12. júlí 2023 á <https://pace.coe.int/pdf/68dd723804d75eb269e608e4b0f17aaff1e85bce8bbb5299ef4f95fe251fa994/rec.%202211.pdf>; UN Human Rights Council Resolution 48/13, 8. október 2021. Sótt 12. júlí 2023 á <https://digitallibrary.un.org/record/3945636?ln=en#record-files-collapse-header>; UN General Assembly Resolution A/76/L.75, 26. júlí 2022, The human right to a clean, healthy and sustainable environment. Sótt 12. júlí 2023 á <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N22/436/72/PDF/N2243672.pdf?OpenElement>. Sjá einnig Natalia Kobylarz, Anchoring the right to a healthy environment in the European Convention on Human Rights, 1; Hafsteinn Dan Kristjánsson, „Stjórnskipuleg vernd umhverfisins. Veigamesta mannréttindaáskorun okkar tíma!“. Hátíðarrit Orators 2023, 16–20 (16, 17).

¹⁹⁷ Sjá ályktun Evrópuráðsins 29. september 2021 nr. 2396. Coe Parliamentary Assembly Resolution 2396 (2021), Anchoring the right to a healthy environment: need for enhanced action by the Council of Europe. Sótt 12. júlí 2023 á <https://pace.coe.int/pdf/658d3f594762736ba3c0f378798b2c9529cf4be34aa45a8c38616ecd18fa80c0/res.%202396.pdf>.

greinum í fimm köflum.¹⁹⁸ Í kafla I er fjallað um skilgreiningar og þar er í 1. gr. skilgreint hvað felist í réttinum til heilnæms umhverfis.¹⁹⁹ Í kafla II er fjallað um meginreglur í 2.–4. gr.²⁰⁰ Þar er í 2. gr. fjallað um „principle of transgenerational responsibility, equity and solidarity“, í 3. gr. um „principle of environmental non-discrimination“ og í 4. gr. um „principles of prevention, precaution, non-regression and in dubio pro natura“. Í kafla III er fjallað um efnisréttindi. Þar er í 5. gr. fjallað um réttinn til heilnæms umhverfi (e. *right to a safe, clean, healthy and sustainable environment*), þar sem segir: „Everyone has the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment.“ Þá er í 6. gr. fjallað um málsmeðferðarreglur (e. *procedural rights*), þar sem segir:

- a. Everyone is entitled to access information relating to the environment held by public authorities, without having to prove an interest.
- b. If a project, programme or policy has an impact on the environment and biodiversity, everyone shall be entitled to be consulted in advance in order to be heard by the decision-making bodies regarding the authorisation and development of that project, programme or policy
- c. Everyone has the right of access to justice in matters relating to the environment.
- d. Everyone whose rights as set forth in this Protocol are violated shall have an effective remedy.²⁰¹

Loks eru í kafla IV fyrirmæli um innleiðingu viðaukans og önnur ákvæði í kafla V. Samkvæmt þessu hefur Evrópuþingið lagt til að lögð verði drög að nýjum viðauka við mannréttindasáttmálann þar sem mælt verði fyrir um réttinn til heilnæms umhverfis. Yrði slíkur viðauki að veruleika myndi það vafalaust hafa áhrif á þá nálgun í dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins sem lýst var hér á undan.²⁰²

5.1.2.4 Ályktun Allsherjarþings Sameinuðu þjóðanna um réttinn til heilnæms umhverfis

Sú vinna tengd réttinum til heilnæms umhverfis sem átt hefur sér stað á vettvangi Sameinuðu þjóðanna hefur verið leiðandi því þar er um að ræða vettvang á heimsvísu/alþjóðavísu en ekki er staðbundinn vettvang á borð við Evrópuráðið.²⁰³ Mannréttindaráð Sameinuðu þjóðanna gaf út sögulega ályktun 8. október 2021 nr. 48/13 þar sem rétturinn til heilnæms umhverfis var viðurkenndur.²⁰⁴ Í kjölfarið gerði Allsherjarþing Sameinuðu þjóðanna slíkt hið sama í ályktun 28. júlí 2022 nr. 76/300.²⁰⁵

¹⁹⁸ Sjá tilmæli Evrópuráðsins 29. september 2021 nr. 2211. CoE Parliamentary Assembly Recommendation nr. 2211 (2021), Anchoring the right to a healthy environment: need for enhanced action by the Council of Europe, 20. september 2021. Sótt 12. júlí 2023 á <https://pace.coe.int/pdf/68dd723804d75eb269e608e4b0f17aaff1e85bce8bbb5299ef4f95fe251fa994/rec.%202211.pdf>.

¹⁹⁹ Sama heimild (í 1. gr. segir: „For the purposes of this Additional Protocol, the "right to a safe, clean, healthy and sustainable environment" means the right of present and future generations to live in a non-degraded, viable and decent environment that is conducive to their health, development and well-being.“ Sama heimild).

²⁰⁰ Sama heimild.

²⁰¹ Sama heimild.

²⁰² Sjá Natalia Kobylarz, Anchoring the right to a healthy environment in the European Convention on Human Rights, 1, 2.

²⁰³ Sjá t.d. Unpacking the right to a healthy environment: How national and regional laws and jurisprudence clarify the scope and content of the universal right. New York: NYU, Earth Rights Advocacy Clinic NYU School of Law, Universal Rights Group 2023, 7. Sótt 12. júlí 2023 á <https://www.universal-rights.org/wp-content/uploads/2023/07/Unpacking-20-06-23.pdf>.

²⁰⁴ Sjá UN Human Rights Council Resolution 48/13, 8. október 2021. Sótt 12. júlí 2023 á <https://digitallibrary.un.org/record/3945636?ln=en#record-files-collapse-header>.

²⁰⁵ Sjá UN General Assembly Resolution A/76/L.75, 26. júlí 2022, The human right to a clean, healthy and sustainable environment. Sótt 12. júlí 2023 á <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N22/436/72/PDF/N2243672.pdf?OpenElement>.

Örfá dæmi er til um að ríki hafi sett ákvæði um vernd loftslagsins í stjórnarskrá.²⁰⁶ Mörg ríki hafa á hinn bóginn sett ákvæði í stjórnarskrá sem ætlað er að tryggja borgurum rétt til heilnæms umhverfis.²⁰⁷ Það er álit fræðimanna að síðastgreindu stjórnarskrárákvæðin geti haft þýðingu við þróun löggjafar á sviði loftslagsmála og skýringu almennra laga sem varði loftslagsmál.²⁰⁸

5.1.2.5 Væntanlegir dómar yfirdeildar Mannréttindadómstóls Evrópu

Til upplýsingar skal þess einnig getið hér að fyrir yfirdeild Mannréttindadómstólsins eru nú þrjú stefnumarkandi mál til meðferðar sem snúa að því álitaefni hvort og þá hvaða skyldur hvíli á aðildarríkjum samkvæmt mannréttindasáttmála Evrópu til að stemma stigu við loftslagsvánni.²⁰⁹ Þar sem mannréttindasáttmáli Evrópu hefur ekki að geyma ákvæði um umhverfisvernd reynir í öllum þessum málum á kæruefni sem snúa einkum að jákvæðum skyldum aðildarríkjanna til að vernda réttinn til lífs samkvæmt 2. gr. mannréttindasáttmálans, réttinn til friðhelgi einkalífs og heimilis samkvæmt 8. gr. sáttmálans og réttinn til raunhæfs réttarúrræðis samkvæmt 13. gr. hans. Tvö málanna voru flutt hinn 29. mars 2023 og eitt þeirra verður flutt 27. september 2023. Ljóst er að niðurstaða þessara mála fyrir yfirdeildinni mun varpa ljósi á inntak sáttmálans þegar kemur að loftslagsvánni og þá, eftir atvikum, einnig hafa þýðingu fyrir túlkun mannréttindakafla stjórnarskrárinnar.

5.1.2.6 Tillaga að frumvarpstexta

Nú er rétt að líta á ný á svofellda tillögu sem síðast kom fram á Alþingi um umhverfisákvæði í stjórnarskrá, það er ákvæðis 22. gr. a. í frumvarpi forsætisráðherra til stjórnarskipunarlaga sem lagt var fram á 151. löggjafarþingi 2020–2021:

Náttúra Íslands er undirstaða lífs í landinu. Ábyrgð á vernd náttúru og umhverfis hvílir sameiginlega á öllum og skal verndin grundvallast á varúðar- og langtímasjónarmiðum með sjálfbæra þróun að leiðarljósi. Stuðlað skal að því að fjölbreytni náttúrunnar sé viðhaldið og vöxtur lífríkis og viðgangur tryggður.

Allir eiga rétt til heilnæms umhverfis. Almennungi er heimil för um landið og dvöl þar í lögmætum tilgangi. Ganga skal vel um náttúruna og virða hagsmuni landeigenda og annarra réttthafa. Mælt skal nánar fyrir í lögum um inntak og afmörkun almennaréttar.

Í lögum skal mælt fyrir um rétt almennings til upplýsinga um umhverfið og áhrif framkvæmda á það svo og til þátttöku í undirbúningi ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfið.²¹⁰

Í ákvæðinu eru fyrirmæli um mikilvægi náttúru Íslands, ábyrgð á náttúru- og umhverfisvernd og grundvelli verndarinnar, rétti allra til heilnæms umhverfis, almennarétt og réttindi eigenda, svo og upplýsingarétt og þátttökurétt. Í sumum fyrri tillögunum, sem komu fram á árunum 2011–2016, var kveðið á um ríkari þátttöku- og upplýsingarétt, rétt almennings til að leita til hlutlausra úrskurðaraðila og jákvæðar skyldur stjórnvalda til að upplýsa

²⁰⁶ Sjá Hrafnhildur Bragadóttir og Aðalheiður Jóhannsdóttir, Loftslagsréttur, 29. Sjá einnig Ademola Oluborode Jegede, Climate Change and Environmental Constitutionalism — A Reflection on Domestic Challenges and Possibilities. Implementing Environmental Constitutionalism — Current Global Challenges (ritstj. Erin Daly og James R. May). Cambridge: Cambridge University Press 2018, 87; Global Climate Litigation Report — 2020 Status Review. UNEP 2020, 42.

²⁰⁷ Sjá Hrafnhildur Bragadóttir og Aðalheiður Jóhannsdóttir, Loftslagsréttur, 29. Sjá einnig James R. May og Erin Daly, Global Environmental Constitutionalism. Cambridge: Cambridge University Press 2015, 55–76.

²⁰⁸ Sjá Hrafnhildur Bragadóttir og Aðalheiður Jóhannsdóttir, Loftslagsréttur, 29. Sjá einnig Ademola Oluborode Jegede, Climate Change and Environmental Constitutionalism, 87–93.

²⁰⁹ Sjá Verein KlimaSeniorinnen Schweiz o.fl. gegn Swiss, 53600/20; Carême gegn Frakklandi, 7189/21; Duarte Agostinho o.fl. gegn Portúgal og 32 öðrum ríkjum, 39371/20.

²¹⁰ Alþt. 2020–2021, A-deild, þskj. 787 — 466. mál.

almenning um atriði tengd umhverfi og náttúru, en rétturinn til heilnæms umhverfis sýnist á hinn bóginn rýmri í nýjustu tillögunni en fyrri tillögum.²¹¹

Eftir að tillagan var lögð fram á Alþingi hefur sem fyrr greinir dregið til tíðinda í tengslum við réttinn til heilnæms umhverfis á fjölþjóðlegum vettvangi. Ályktanir Sameinuðu þjóðanna um réttinn til heilnæms umhverfis eru vissulega stefnumarkandi en texti þeirra er afar ítarlegur og því óhentugur sem bein fyrirmynd að stjórnarskrárákvæði eins og stjórnskipunarhefðum er háttað hér á landi. Evrópuráðið hefur síðan lagt til að gerður verði nánar tilgreindur viðauki við mannréttindasáttmálann um þennan rétt þar sem lagt verði upp af vinnu Sameinuðu þjóðanna. Það er álit okkar að mikilvægt sé að taka mið af þessari vinnu við gerð umhverfisákvæðis í stjórnarskrá og sé þá nærtækt að líta að nokkru marki til þeirra efnisreglna sem koma fram í 5. og 6. gr. í drögum Evrópuráðsins að nýjum viðauka við mannréttindasáttmálann.²¹² Þess skal getið að annara höfunda þessarar greinargerðar hefur lýst þeirri skoðun opinberlega að á vettvangi Evrópuráðsins ætti frekar að gera sérstakan sáttmála um réttinn til heilnæms umhverfis í stað þess að bæta við nýjum viðauka við mannréttindasáttmálann um slíkan rétt með tilheyrandi aðgangi að Mannréttindadómstól Evrópu. Slíkur sáttmáli myndi þá mæla fyrir um lágmarksviðmið tengd réttinum til heilnæms umhverfis og réttarvernd þess þá komið til framkvæmda með lýðræðislegum leiðum og samvinnu við alla þá sem hagsmuna hafa að gæta.²¹³

Einnig er hér til þess að líta að af hálfu Fenyjanefndarinnar komu fram nánar tilgreindar ábendingar varðandi atriði í tillögu forsætisráðherra af hálfu Feneyjanefndarinnar. Nefndin taldi í *fyrsta lagi* að útskýra þyrfti merkingu hugtakanna „varúðar- og langtímasjónarmið með sjálfbæra þróun að leiðarljósi“ í 2. málslíð 1. mgr. Í athugasemdum frumvarpsins með ákvæðinu eru þessi markmiðshugtök ekki skýrð með fastákveðnum hætti heldur þar dæmi nefnd til sögunnar og í einhverjum tilvikum eru nefnd dæmi um hvernig slík markmið hafi verið útfærð nánar í settum lögum.²¹⁴ Í *öðru lagi* taldi Feneyjanefndin að útskýra þyrfti inntak (e. *scope*) einstaklingbundinnar ábyrgðar á umhverfisvernd og tengsl hennar við sameiginlega ábyrgð þar á auk þess sem hægt væri að leggja aukna áherslu á skyldur ríkisins og ábyrgð þess á vernd umhverfis og náttúru. Um þetta atriði segir meðal annars í athugasemdunum:

Kveðið er á um sameiginlega ábyrgð allra, hvort sem er löggjafans, stjórnvalda, lögaðila eða einstaklinga, á að vernda náttúru og umhverfi. Það liggur í hlutarins eðli að ábyrgðin hvílir að stærstum hluta á ríkisvaldinu á hverjum tíma. Það er sett í hendur löggjafans að mæla fyrir það í lögum hvaða skyldur verða lagðar á einstaka aðila á grundvelli ákvæðisins.²¹⁵

Taka verður undir með Feneyjanefndinni að hvorki texti ákvæðisins né athugasemdirnar taki af skarið um hver sé þáttur einstaklingsbundinnar ábyrgðar annars vegar og sameiginlegrar ábyrgðar hins vegar þegar kemur að umhverfisvernd. Það er álit okkar að við svo búið sé sá þáttur ákvæðisins of óljós. Í *þriðja lagi* benti Feneyjanefndin á að útskýra þyrfti inntak og eðli (e. *scope and nature*) réttarins til heilnæms umhverfis, svo og þau réttindi og skyldur sem leidd yrðu af slíkum rétti. Um þann rétt segir í athugasemdunum:

²¹¹ Aðalheiður Jóhannsdóttir o.fl.: Tillögur að breytingum á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 og samanburður þeirra við eldri frumvörp til stjórnarskipunarlaganna á tímabilinu 2011–2016, 93.

²¹² Sjá tilmæli Evrópuráðsins 29. september 2021 nr. 2211. CoE Parliamentary Assembly Recommendation nr. 2211 (2021), Anchoring the right to a healthy environment: need for enhanced action by the Council of Europe, 20. september 2021. Sótt 12. júlí 2023 á <https://pace.coe.int/pdf/68dd723804d75eb269e608e4b0f17aaff1e85bce8bbb5299ef4f95fe251fa994/rec.%202211.pdf>.

²¹³ Róbert Spanó, Keynote Speech. Council of Europe Conference on the Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment in Practice. Strassborg 3. maí 2023. Sótt 13. júlí 2023 á <https://rm.coe.int/coe-speech-environment-spano-final-2787-8240-6407-v-1/1680aae80b>.

²¹⁴ Sjá Alþt. 2020–2021, A-deild, þskj. 787 — 466. mál (um a. lið 22. gr. (79. gr.), einkum málsgreinar 3–6.

²¹⁵ Alþt. 2020–2021, A-deild, þskj. 787 — 466. mál (um a. lið 22. gr. (79. gr.), málsgrein 2).

Ákvæði 1. máls. 2. mgr. mælir fyrir um rétt allra til heilnæms umhverfis. Ákvæðið vísar til einstaklingsréttinda en miðar jafnframt að því að tryggja sameiginlega hagsmuni núlifandi og komandi kynslóða. Lögjafanum er ætlað að útfæra það nánar í almennum lögum hvernig rétturinn skuli tryggður. Hugtakið umhverfi ber að skýra rúmt. Það tekur bæði til náttúrulegra þátta, svo sem andrúmslofts, loftþjúps, vatns, jarðvegs og líffræðilegra þátta, og samspils þeirra, svo og til umhverfis sem mótað er af athöfnum mannsins. Af þessari rúmu skilgreiningu leiðir að ekki þykir þörf á að tiltaka sérstaklega að allir skuli njóta aðgangs að hreinu vatni, ómengðu andrúmslofti eða öðrum mikilvægum þáttum heilnæms umhverfis.

Handhöfum ríkisvalds kann að vera skylt að gera ráðstafanir svo að tryggja megi þau réttindi sem ákvæðið mælir fyrir um. Það fer augljóslega eftir ástandi náttúru og umhverfis hvaða aðgerða nauðsynlegt er að grípa til og hvaða hömlur þarf að leggja á framkvæmdir og starfsemi. Margvíslegar reglur hafa verið settar hérlandis sem ætlað er að tryggja heilnæmt umhverfi. Má í því sambandi nefna löggjöf um hollustuhætti og mengunarvarnir, meðhöndlun úrgangs og vatnsvernd. Einnig er löggjöf sem lýtur að skipulagsáætlunum og mati á umhverfisáhrifum framkvæmda og áætlana þýðingarmikil. Beint samband er á milli 2. og 3. mgr. frumvarpsgreinarinnar enda er upplýsinga- og þátttökuréttur almennings forsenda þess að hann geti gætt réttar síns til heilnæms umhverfis.

Rétturinn til heilnæms umhverfis tengist þýðingarmiklum réttindum einstaklinga sem njóta m.a. verndar 2. og 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Þessar greinar fjalla um réttinn til lífs og friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu. Þótt ekkert ákvæði sé í mannréttindasáttmálanum um rétt einstaklings til heilnæms umhverfis hefur verið byggt á því af hálfu Mannréttindadómstóls Evrópu að veruleg skerðing umhverfisgæða, svo sem vegna vatnsmengunar, hávaða eða loftmengunar, sem hefur bein áhrif á líf einstaklinga, geti haft þær afleiðingar að þeir fái ekki notið þeirra réttinda sem 2. og 8. gr. sáttmálans fjalla um (sjá t.d. Lopez Ostra gegn Spáni, 9. desember 1994, Fadeyeva gegn Rússlandi, 9. júní 2005, Dzemyuk gegn Úkraínu, 4. september 2014, Udovicic gegn Króatíu, 24. apríl 2014 og Jugheli o.fl. gegn Georgíu, 13. júlí 2017). Í slíkum málum reynir gjarnan á hvort yfirvöld hafi gripið til nauðsynlegra ráðstafana til að vernda rétt kæranda til lífs og friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu. Yfirvöldum kann því að vera skylt að grípa til aðgerða, t.d. vegna mengandi starfsemi sem er til þess fallin að valda íbúum í nágrenninu beinu heilsutjóni. Í 71. gr. stjórnarskrárinnar er fjallað um friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu. Náin tengsl eru á milli 71. gr. stjórnarskrárinnar og 8. gr. mannréttindasáttmálans og má ætla að rétturinn til heilnæms umhverfis njóti að vissu marki verndar fyrirnefnda ákvæðisins. Réttarverndin sem mælt er fyrir um í frumvarpinu er þó ríkari.²¹⁶

Að okkar áliti væri hægt að bregðast við þessum ábendingum Feneyjanefndarinnar með því að fara þá leið að gera breytingar á texta stjórnarskrárákvæðisins og athugasemdum greinargerðar með ákvæðinu í frumvarpi og styðjast í því tilliti við vinnu og hugtakanotkun Sameinuðu þjóðanna og Evrópuráðsins í tengslum við réttinn til heilnæms umhverfis, svo og texta 112. gr. norsku stjórnarskrárinnar.

Það er á hinn bóginn einnig álit okkar að hægt væri að bregðast nægilega við ábendingum Feneyjanefndarinnar með því einfaldlega að auka við athugasemdir greinargerðar með ákvæðinu í frumvarpi til stjórnarskipunarlags. Þannig þyrfti að skírskota til og byggja á þeirri vinnu sem átt hefur sér stað í tengslum við réttinn til heilnæms umhverfis á vettvangi Sameinuðu þjóðanna og Evrópuráðsins. Í því samhengi þyrfti í fyrsta lagi að útskýra nánar í athugasemdum þau hugtök sem stuðst er við í texta stjórnarskrárinnar, þ. á m. hugtökin „varúðar- og langtímasjónarmið með sjálfbæra þróun að leiðarljósi“. Í öðru lagi þyrfti að útskýra nánar í athugasemdum hvert sé inntak einstaklingsbundinnar ábyrgðar á umhverfisvernd og tengsl hennar við sameiginlega ábyrgð — eftir atvikum með ríkari áherslu á skyldur ríkisins og ábyrgð þess á vernd umhverfis og náttúru. Í þriðja lagi þyrfti í athugasemdum að kveða skýrt á um réttindi og skyldur sem leidd verða af réttinum til heilnæms umhverfis og útskýra þar með í hverju rétturinn til heilnæms umhverfis sé fölginn.

Í fjórða lagi bendir Feneyjanefndin á að mæla þyrfti fyrir um framfylgd réttinda í stjórnarskrárákvæðinu, þ. á m. endurskoðunarvald dómstóla varðandi réttindi og skyldur tengd umhverfisvernd.²¹⁷ Það er álit okkar að vegna grundvallarreglna stjórnarskrárinnar um

²¹⁶ Alþt. 2020–2021, A-deild, þskj. 787 — 466. mál (um a. lið 22. gr. (79. gr.), málsgreinar 7–9).

²¹⁷ Sjá álit Feneyjanefndarinnar 9. október 2020, nr. 997/2020 (CDL-AD(2020)020), 29.

endurskoðunarvald dómstóla á stjórnskipulegu gildi laga og lögmæti stjórnvaldsákvæðana, sbr. 60. gr. stjórnarskrárinnar, gerist þess ekki þörf að víkja sérstaklega að endurskoðunarvaldi dómstóla í þessu sambandi.

Á alþjóðavísu hefur í umfjöllun um aukið vægi þriðju kynslóðar mannréttinda, sbr. kafla 4.5.1 hér á undan, verið lögð áhersla á réttinn til heilnæms umhverfis og sú áhersla endurspeglast í þeirri staðreynd að mörg ríki hafa sett í stjórnarskrá ákvæði sem ætlað er að tryggja slíkan rétt og að miðað sé við að slík stjórnarskrárákvæði geti haft þýðingu við þróun löggjafar á sviði loftslagsmála og skýringu settra laga sem snertifleti hafi við loftslagsmál.²¹⁸ Er sú áhersla og í samræmi við inntak umhverfisákvæðisins í 112. gr. norsku stjórnarskrárinnar eins og það hefur verið skýrt í dómaframkvæmd Hæstaréttar Noregs, svo og í samræmi við þá stefnu sem hugsanlegu umhverfisákvæði var mörkuð í vinnu stjórnarskrárnefndar á árunum 2005–2007. Í þessu ljósi er það álit okkar að leggja til að tekið verði af skarið um upplýsingarétt almennings í texta stjórnarskrárákvæðisins en ekki þátttökurétt hans, eins og gert er í norsku stjórnarskránni. Um þátttökurétt almennings er þess jafnframt að gæta að íslenska ríkið hefur tekist á hendur skýrar og ótvíræðar skuldbindingar til að tryggja almenningi aðgang að réttlátri málsmeðferð í umhverfismálum samkvæmt Árósasamningnum, það er samnings um aðgang að upplýsingum frá 25. júní 1998 sem gerður var á vegum Efnahagsnefndarinnar fyrir Evrópu, öðlaðist gildi 2001 og var fullgiltur með ályktun Alþingis 16. september 2011, svo og tilskipun 2011/92/ESB um mat á áhrifum sem tiltekna framkvæmdir á vegum hins opinbera eða einkaaðila kunna að hafa á umhverfið, sem tekin var upp í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 230/2012 frá 7. desember 2012.

Það vekur sérstaka athygli að í 2.–4. málslíð 2. mgr. 22. gr. a. í frumvarpi forsætisráðherra til stjórnarskipunarlaga sem lagt var fram á 151. löggjafarþingi 2020–2021 er mælt fyrir um almannarétt, það er rétt almennings til frjálsrar farar og dvalar um land, svo og um hagsmuni landeigenda og annarra rétthafa. Almennaréttur er rótgróinn réttur sem tryggir almenningi öllum (sérhverjum einstaklingi) rétt til að komast leiðar sinnar, sinna búspörfum og njóta aðgangs að náttúru til endurnæringar og heilsubótar.²¹⁹ Eins og fram kemur í athugasemdunum með frumvarpinu hvílir almannaréttur á meginreglu sem fundin verður stoð í fornu lögbókunum Grágás og Jónsbók og hvíldi lengi vel á óskráðum grundvelli en hefur í seinni tíð notið stöðu settra laga. Í gildandi rétti eru fyrirmæli um almannarétt í vatnalögum nr. 15/1923 og lögum nr. 60/2013 um náttúruvernd.²²⁰ Almennaréttur hefur ekki aðeins fest sig í sessi í íslenskum rétti heldur einnig í rétti margra annarra ríkja.²²¹ Í athugasemdunum greinargerðar með frumvarpinu kemur meðal annars fram að í 2. mgr. sé sett fram sú meginregla að almenningi sé heimil för um landið og dvöl þar í lögmætum tilgangi og skuli sá réttur útfærður með lögum, svo og að hér sé um að ræða réttindi sem kennd hafi verið við almannarétt. Þar kemur einnig meðal annars fram að ákvæði 2. málslíðar 2. mgr. feli í sér viðurkenningu á ákveðnum réttindum eins og þau séu skilgreind í lögum á hverjum tíma og skýra yfirlýsingu um að þau skuli áfram njóta verndar í lögum.²²² Í athugasemdunum kemur á hinn bóginn ekki fram hvers vegna nauðsynlegt þyki að stjórnarskrárbinda þennan rétt sem þegar nýtur verndar settra laga. Af þeim verður heldur ekki ráðið hvers vegna ástæða þyki að tiltaka sérstaklega í stjórnarskrárákvæðinu að ganga skuli vel um náttúruna og virða hagsmuni landeigenda og annarra rétthafa, þegar hagsmunir eigenda lands og landgæða njóta þegar verndar 1. mgr. 72.

²¹⁸ Sjá Hrafnhildur Bragadóttir og Aðalheiður Jóhannsdóttir, Loftslagsréttur, 29.

²¹⁹ Sjá t.d. Þorgeir Örlygsson o.fl., Eignaréttur I, 280; Aagot V. Óskarsdóttir, „Almannaréttur: Frjáls för og dvöl“. Tímarit lögfræðinga 2015, 103.

²²⁰ Sjá Alþt. 2020–2021, A-deild, þskj. 787 — 466. mál.

²²¹ Almennaréttur nefnist t.d. *allemandsret* á dönsku (sjá t.d. Lorentz Rynning, *Allemandsret* og særret: Belyst ved forskellige arter av raadighet over fremmed grund, som ikke gaar ind under de almindelige bruksrettigheder. Kaupmannahöfn 1928, 25), *allmenningsret* á norsku (sjá t.d. Thor Falkanger, *Almenningsret*, 125–126) og á ensku nefnist hann *the right to roam*).

²²² Alþt. 2020–2021, A-deild, þskj. 787 — 466. mál.

gr. stjórnarskrárinnar. Það er álit okkar að ekki sé nauðsynlegt að stjórnarskrárbinda almannarétt.

Að öllu þessu virtu gerum við tillögu að svofelldu stjórnarskrárákvæði um náttúru og umhverfi í VII. kafla stjórnarskrárinnar:

Náttúra Íslands er undirstaða lífs í landinu. Ábyrgð á vernd náttúru og umhverfis hvílir sameiginlega á öllum og skal verndin grundvallast á varúðar- og langtímasjónarmiðum með sjálfbæra þróun að leiðarljósi. Stuðlað skal að því að fjölbreytni náttúrunnar sé viðhaldið og vöxtur lífríkis og viðgangur tryggður.

Öllum skal tryggður í lögum réttur til heilnæms umhverfis og náttúru.

Öllum skal tryggður í lögum réttur til upplýsinga um umhverfið og áhrif framkvæmda á það.

5.1.3 Eignarréttarákvæði stjórnarskrárinnar og almennar takmarkanir eignarréttar²²³

5.1.3.1 Efni og uppbygging 72. gr. stjórnarskrárinnar

Íslenska stjórnarskráin hefur ætíð haft að geyma fyrirmæli um friðhelgi eignarréttar. Í stjórnarskrá um hin sjerstaklegu málefni Íslands nr. 1/1874 var í 50. gr. kveðið á um að eignarrétturinn væri friðhelgur og að engan mætti skylda til að láta af hendi eign sína nema almenningsspörf krefði og þyrfti til þess lagaboð og kæmi fullt verði fyrir. Hliðstæðu ákvæðisins er nú að finna í 1. mgr 72. gr. stjórnarskrárinnar, nr. 33/1944, sbr. 10. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995.²²⁴

Almennt hefur verið gengið út frá því að sú réttarvernd, sem eignarréttarákvæði 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar og 1. gr. 1. samningsviðauka mannréttindasáttmála Evrópu veita, sé að inntaki sú hin sama.²²⁵ Síðargreinda ákvæðið tryggir reyndar ekki í öllum tilvikum rétt til fullra bóta í tilefni eignarnáms eins og stjórnarskrárákvæðið sem veitir þar af leiðandi betri vernd að þessu leyti.²²⁶ Þegar breytingar voru gerðar á mannréttindakafla stjórnarskrárinnar með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995, samhliða lögtöku mannréttindasáttmálans með lögum nr. 62/1994, var gengið út frá þessari forsendu — um hliðstæða réttarvernd — því einu breytingarnar sem gerðar voru á eignarréttarákvæðinu frá því sem verið hafði voru þær að orðalag ákvæðisins og stafsetning voru færð til nútímahorfs.²²⁷

Vernd eignarréttar heyrir annars vegar undir réttarsvið stjórnarskipunarréttar, eins af undirsviðum allsherjarréttar eða ríkisréttar samkvæmt viðtekinni nálgun. Á því sviði hefur áherslan öll verið á eignarréttarákvæði stjórnarskrárinnar og hvernig skilyrði stjórnarskrárákvæðisins horfa við handhöfum ríkisvalds sem hlutast til um eignarréttindi manna. Í því samhengi hafa fræðimenn lagt áherslu á að greina mörk á milli tveggja tegunda eignarskerðinga (eignarnáms og almennra takmarkana eignarréttar) í einstökum dómsúrlausnum. Vernd eignarréttar á hins vegar einnig undir réttarsvið eignarréttar sem tilheyrir fjármunarétti, ásamt samninga-, skaðabóta- og kröfurétti, og er alfarið á sviði einkaréttar. Á því sviði hefur áherslan jafnan verið lögð á að greina þær umfangsmiklu

²²³ Um þessa tillögu vísast einnig til óbirts handrits Valgerðar Sólnes, Lögmætar takmarkanir eignarréttar.

²²⁴ Valgerður Sólnes, „Skattlagningarvald gagnvart friðhelgi eignarréttar“, 475.

²²⁵ Valgerður Sólnes, Clarifying land title, 133. Sjá einnig Valgerður Sólnes, „Skattlagningarvald gagnvart friðhelgi eignarréttar“, 479.

²²⁶ Björg Thorarensen, Stjórnarskipunarréttur. Mannréttindi, 471. Sjá einnig Valgerður Sólnes, Clarifying land title, 132; sami höfundur, „Neyðarlagadórnir og friðhelgi eignarréttar“. Tímarit lögfræðinga 2011, 380–381. Sjá einnig Valgerður Sólnes, „Skattlagningarvald gagnvart friðhelgi eignarréttar“, 479.

²²⁷ Alpt. 1994–1995, A-deild, bls. 2102. Sjá einnig Valgerður Sólnes, „Skattlagningarvald gagnvart friðhelgi eignarréttar“, 479.

takmarkanir sem eigendur þurfa að sæta samkvæmt gildandi rétti og þá einkum fasteignareigendur. Auk þess hefur þar jafnan verið greint frá framkvæmd eignarnáms.

Í 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar er fölginn fremur einföld yfirlýsing, þar sem eignarrétturinn er lýstur friðhelgur og síðan aðeins getið um heimildir til eignarnáms að tilteknum skilyrðum uppfylltum. Samt sem áður hefur verið gengið út frá því að eignarrétti séu fleiri takmörk sett og að löggjafinn geti haft þar ýmis afskipti án þess að til bótaskyldu stofnist. Á hinn bóginn verður valdheimild löggjafans í þeim tilvikum ekki sótt í 1. mgr. 72. gr. heldur verður hún byggð á 2. gr. stjórnarskrárinnar þar sem mælt er almennt fyrir um verksvið löggjafans án þess að það sé skilgreint til hlítar í ákvæðum stjórnarskrárinnar.²²⁸ Ekki hefur komið til álita að beita 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar með svo rúmri lögskýringu að til eignarnáms teljist hvers kyns eignarskerðing, sem hún gæti eftir orðalagi sínu átt við, og hefur þannig ekki orkað tvímælis að heimilt sé að setja eignarrétti ýmis takmörk án þess að bætur komi fyrir.²²⁹ Á hinn bóginn eru dæmi um að ákvæði 2. og 3. málslíðar 1. mgr. 72. gr. hafi verið túlkuð með rýmkandi hætti þannig að þau nái til tilvika þar sem skerðing eignarréttar flokkast ekki beinlínis til eignarnáms heldur hafi hún fremur samstöðu með almennum takmörkunum eignarréttar, þó þannig að skerðingin bitnar sérstaklega hart á fáeinum einstaklingum og verði jafnað til eignarnáms í tilviki hlutaðeigandi einstaklinga.²³⁰

Ákvæði 1. mgr. 72. gr. fela þannig í sér að gerður er greinarmunur á eignarnámi annars vegar og almennum takmörkunum eignarréttar hins vegar, í þeirri merkingu að bundin eru í stjórnarskrá nánar tilgreind skilyrði þess að fram fari eignarnám, en þar sem því sleppir taka við almennar takmarkanir eignarréttar. Á hinn bóginn er ekki kveðið á um almennar takmarkanir eignarréttar í texta eignarréttarákvæðisins. Túlkun 1. mgr. 72. gr. er vandkvæðum bundin enda felur texti ákvæðisins ekki í sér fastmótaða og afmarkaða merkingu.²³¹ Gaukur Jörundsson benti á að þessi vandamál væru í hæsta máta eðlileg enda ætti stjórnarskrarákvæðið uppruna sinn í öðrum og fábreyttari þjóðfélagsháttum, þar sem einfaldara hafi reynst að skera úr um slík álitaefni.²³²

Af þessum ástæðum er ekki hægt að orða skýra og afdráttarlausu reglu um túlkun á inntaki 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar eða meta hvort tilteknar eignarskerðingar feli í sér eignarnám eða almennar takmarkanir eignarréttar út frá almennum mælikvarða.²³³ Umfjöllun fræðimanna um mörkin þar á milli og hvað helst einkenni almennar takmarkanir eignarréttar hefur markast af því að leitast er við að skilgreina eignarnámshugtakið og skilyrði þess eftir fyrirmælum 1. mgr. 72. gr. og því hvernig reynt hefur á það í framkvæmd. Dómstólum hefur síðan verið eftirlátið mat á því hvaða eignarskerðingar teljist til almennra takmarkana, sem þeir athuga með tilviksbundnum hætti. Helsta einkenni slíkra eignarskerðinga hefur þó að jafnaði verið það að þetta séu takmarkanir sem séu almennar. Er þá átt við að þær taka til allra þeirra sem eins er ástatt um, og sé þannig beitt á grundvelli jafnræðissjónarmiða. Er þessi nálgun fyrst og fremst til komin vegna þess hvernig búið er að þessum tveimur tegundum eignarskerðinga

²²⁸ Sjá t.d. Björg Thorarensen, Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi, 466–467, 509. Sjá nánar Kristín Sólnes, „Óskráð lagaáskilnaðarregla um almennar takmarkanir eignarréttar“, Úlfjótur 2017, 209 (þar sem fjallað er um kenningar varðandi réttarheimildarlegan grundvöll þessara heimilda löggjafans).

²²⁹ Sjá t.d. Björg Thorarensen, Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi, 509; Gaukur Jörundsson, Um eignarnám, 114.

²³⁰ Sjá Kristín Sólnes, „Óskráð lagaáskilnaðarregla um almennar takmarkanir eignarréttar“, 223. Sjá einnig Gaukur Jörundsson, Eignaréttur I, 51; Róbert R. Spanó, Túlkun lagaákvæða, 300.

²³¹ Valgerður Sólnes, „Neyðarlagadómarnir og friðhelgi eignarréttar“, 364–365. Sjá einnig Gaukur Jörundsson, Um eignarnám, 115; Björg Thorarensen, Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi, 509. Sjá nánar t.d. Valgerður Sólnes, „Neyðarlagadómarnir og friðhelgi eignarréttar“, 365–368 (um greinarmuninn á eignarnámi og almennum takmörkunum).

²³² Gaukur Jörundsson, Um eignarnám, 114–115.

²³³ Sjá Valgerður Sólnes, „Neyðarlagadómarnir og friðhelgi eignarréttar“, 365.

í stjórnarskránni, þar sem kveðið er á um skilyrði eignarnáms í 2. og 3. málslíð 1. mgr. 72. gr., en ómælt um almennar takmarkanir eignarréttar og skilyrði til þeirra.²³⁴

Dómsúrlausnir og fræðiskrif um skerðingu eignarréttar og friðhelgi réttarins samkvæmt 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar eru þannig vandasamt og atviksbundið efni, þar sem áhersla hefur til þessa verið lögð á að rannsaka mörkin milli þeirra eignarskerðinga sem stjórnarskrárákvæðið fjallar sérstaklega um (eignarnám eða ígildi þess) og hinna sem ekki er þar getið um berum orðum (almennar takmarkanir eignarréttar). Það atriði er jafnan talið hafa hagnýta þýðingu því eignarnám stofnar fyrirvaralaust til bótaskyldu á meðan eigandi þarf að þola almennar takmarkanir eignarréttinda bótaskyldu. Af þessari nálgun hefur leitt að síðargreindri tegund eignarskerðinga hefur lítt verið gefinn gaumur með sjálfstæðum hætti. Dómsstólum hefur verið eftirlátið tilviksbundið mat á því hvað heyrir til slíkra almennra takmarkana eignarréttar. Byggja dómsúrlausnir iðulega á viðamiklu heildarmati sem ekki er ýkja aðgengilegt leikmönnum og lærðum, sem aftur dregur úr fordæmisgildi úrlausnanna og fyrirjáanleika í framkvæmd. Til marks um þessa réttarstöðu er sá mikli fjöldi dómsúrlausna hér á landi þar sem reynt hefur á 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar.²³⁵ Þá er staðreynd málsins sú að hvort sem um ræðir eignarnám eða almennar takmarkanir eignarréttinda getur slíkum eignarskerðingum verið hrint þannig í framkvæmd að til bótaskyldu kann að stofnast óháð því hvor tegundin er undir.

5.1.3.2 Lögmætisreglan og áhrif hennar við túlkun 72. gr. stjórnarskrárinnar

Íslensk stjórnarlög byggja á svonefndri lögmætisreglu. Í henni felst að uppspretta allsherjarréttarlegs valds, ríkisvaldsins, sé hjá þjóðinni, en samkvæmt 2. gr. stjórnarskrárinnar skiptist ríkisvald í löggjafarvald, framkvæmdarvald og dómsvald. Af ákvæðum stjórnarskrárinnar og stjórnskipunarvenjum hefur verið leidd sú grunnregla íslenskrar stjórnskipunar — lögmætisreglan — að stjórnvöld séu bundin af lögum. Í lögmætisreglunni felst nánar tiltekið að stjórnvaldsfyrirmæli verða að eiga sér stoð í lögum og mega ekki vera í andstöðu við lög.²³⁶ Lítið hefur verið svo á að lögmætisreglan feli í sér nánari skýringu á valdmörkum löggjafans og handhafa framkvæmdarvalds samkvæmt 2. gr. stjórnarskrárinnar og hafi þannig í reynd gildi stjórnлага. Reglan verði því hvorki afnumin né henni breytt nema gætt sé reglna um stjórnarskrárbreytingar.²³⁷

Þegar hér á undan var lýst hvernig valdheimild löggjafans til að koma til leiðar eignarskerðingum sem jafnað verður til almennra takmarkana eignarréttar verði ekki sótt í 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar heldur 2. gr. hennar, var þannig í reynd átt við að slíkar eignarskerðingar verði reistar á lögmætisreglunni. Lögmætisreglan hefur um ákveðin atriði verið færð í stjórnarskrá og þá einkum í VII. kafla hennar þar sem strangari reglur hafa verið settar til verndar mannréttindum en leiða myndi af lögmætisreglunni. Slíkar skráðar reglur hafa verið nefndar lagaáskilnaðarreglur, til aðgreiningar frá hinni óskráðu lögmætisreglu.²³⁸ Eftir

²³⁴ Sama heimild, 367–368.

²³⁵ Björg Thorarensen prófessor í stjórnskipunarrétti hefur innt af hendi ítarlegar rannsóknir á dómaframkvæmd Hæstaréttar og af þeim er sýnt að í ríkum mæli hefur þar reynt á stjórnarskrárákvæðið um eignarréttarvernd. Þannig sé í dómasafni réttarins vísað til eignarréttákvæðisins í hundruðum dóma, þótt í litlum hluta tilvika hafi niðurstaðan orðið sú að brotið hafi verið gegn ákvæðinu, svo og að í flestum þeim tilvikum þar sem lög hafi verið talin fara í bága við mannréttindaákvæði í stjórnarskrá hafi verið brotið gegn eignarréttarákvæðinu. Sjá Björg Thorarensen, Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi, bls. 468. Sjá einnig Valgerður Sólmes, „Skattlagningarvald gagnvart friðhelgi eignarréttar“, 476.

²³⁶ Sjá t.d. Páll Hreinsson, „Lagaheimild reglugerða“. Tímarit lögfræðinga 2015, 147; Starfsskilyrði stjórnvalda: Skýrsla nefndar um starfsskilyrði stjórnvalda, eftirlit með starfsemi þeirra og viðurlög við réttarbrotum í stjórnsýslu. Reykjavík: Forsætisráðuneytið 1999, 17.

²³⁷ Sjá Páll Hreinsson, „Lagaheimild reglugerða“, 147. Sjá einnig t.d. Gaukur Jörundsson, Um eignarnám, 9; Hafsteinn Dan Kristjánsson, „Stjórnskipuleg lögmætisregla“. Úlfjótur 2009, 428–431.

²³⁸ Sjá Páll Hreinsson, „Lagaheimild reglugerða“, 148.

þær breytingar á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar sem gerðar voru með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 er nú að finna lagaáskilnaðarreglur í flestum ákvæðum VII. kafla stjórnarskrárinnar.²³⁹ Þá er lagaáskilnaðarreglur að finna í 72. gr. um friðhelgi eignarréttar, annars vegar varðandi eignarnám í 1. mgr. 72. gr. og hins vegar varðandi rétt aðila til að eiga fasteignarréttindi eða hlut í atvinnufyrirtæki hér á landi. Lagaáskilnaðarreglur gilda því um nánast sérhver þeirra mannréttinda sem stjórnarskráin stendur vörð um, en því er ekki til að heilsa um eignarskerðingar sem jafnað verður til almennra takmarkana eignarréttar því sem fyrr greinir er ómælt um þær í stjórnarskránni og þess vegna gildir lögmætisreglan um þær.

Páll Hreinsson hefur komist að þeirri niðurstöðu að auknar kröfur hafi verið gerðar til lagaheimilda reglugerða í réttarframkvæmd síðustu ára sem viðbrögð við óvönduðum vinnubrögðum löggjafans, þ. á m. þegar löggjafarvald hefur verið framselt til ráðherra, svo og um leið yfirtöku ráðherra á löggjafarvaldi varðandi grundvallarmannréttindi borgaranna og önnur veigamikil málefni sem eigi að vera meðal helstu verkefna löggjafans. Hann hefur jafnframt bent á að með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 hafi að nokkru verið skerpt á lagaáskilnaðarreglum stjórnarskrárinnar með þeirri afleiðingu að það sé augljóslega verkefni löggjafans að ákveða pólitísk markmið og setja helstu meginreglur í lög á þeim sviðum sem lagaáskilnaðarreglurnar taki til, en ekki ráðherra með reglugerð.²⁴⁰ Í rannsókn Páls fólst meðal annars að rannsaka dóma Hæstaréttar og álit umboðsmanns Alþingis þar sem reynt hefur á hvaða kröfur lögmætisreglan er talin gera í réttarskipaninni til inntaks matskenndra heimilda sem skerða eignarréttindi með almennum hætti. Niðurstaða Páls er sú að lögmætisreglan geri sambærilegar kröfur til inntaks og sérstakar lagaáskilnaðarreglur stjórnarskrárinnar þegar undir eru almennar takmarkanir eignarréttar af því að eignarrétturinn nýtur verndar 1. mgr. 72. gr.²⁴¹

Þessi niðurstaða Páls Hreinssonar hefur verið talin gefa skýra vísbendingu um að þegar almennar takmarkanir eignarréttar eigi í hlut sé í réttarframkvæmd byggt á hinni almennu óskráðu lögmætisreglu og þar sem eignarréttur njóti verndar stjórnarskrárinnar, líkt og fjölmörg önnur mannréttindi í VII. kafla hennar, sé lögmætisreglunni í slíkum tilvikum beitt með öðrum og strangari hætti en vant sé, á sama hátt og um sérstakar lagaáskilnaðarreglur stjórnarskrárinnar væri að ræða. Megi því segja að beitingu sérstakrar lagaáskilnaðarreglu 1. mgr. 72. gr. í tilviki eignarnáms eða ígildis þess verði jafnað til beitingar lögmætisreglunnar í tilviki almennra takmarkana eignarréttar. Sé lögmætisreglunni þannig beitt með afbrigðum þegar almennar takmarkanir eignarréttar eigi í hlut og hún jafnvel verið nefnt óskráð stjórnarskipuleg lagaáskilnaðarregla um almennar takmarkanir eignarréttar.²⁴² Þessar ályktanir hafa verið dregnar af réttarframkvæmd sem er hvorki aðgengileg né skýr eins og lýst var hér á undan.

Af réttarframkvæmd hafa enn fremur verið dregnar þær ályktanir að nálgun dómstóla við úrlausn um stjórnarskipulegt gildi eignarskerðingar, það er hvort takmarkanir á eignarrétti fá staðist gagnvart stjórnarskrá, séu með líku móti þegar í hlut eiga annars vegar eignarskerðing sem jafnað verður til eignarnáms samkvæmt 1. mgr. 72. gr. og eignarskerðing sem jafnað verður til almennra takmarkana eignarréttar á grundvelli lögmætisreglunnar. Réttarframkvæmd

²³⁹ Sjá ákvæði 66. gr. sem fjallar um réttindi íslenskra ríkisborgara og heimildir útlendinga til komu og dvalar, 67. gr. um persónufrelsi, 69. gr. um lögbundnar refsheimildir og bann við dauðarefsingu, 70. gr. um réttláta málsmeðferð fyrir dómstólum, 71. gr. varðandi friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu, 73. gr. um tjáningarfrelsi, 74. gr. varðandi félagafrelsi, 75. gr. um atvinnufrelsi og rétt manna til að semja um starfskjör, 76. gr. um rétt til félagslegrar aðstoðar og menntunar og skyldu til að tryggja velferð barna, 77. gr. um bann við framsali skattlagningarvalds og afturvirkni skattalaga sbr. og 40. gr. um skattálögur, svo og reyndar einnig 78. gr. um sjálfstjórn sveitarfélaga og tekjustofna þeirra.

²⁴⁰ Sjá Páll Hreinsson, „Lagaheimild reglugerða“, 285.

²⁴¹ Sjá Páll Hreinsson, „Lagaheimild reglugerða“, 230–236, 266–267. Sjá einnig Kristín Sólnes, „Óskráð lagaáskilnaðarregla um almennar takmarkanir eignarréttar“, 220.

²⁴² Sjá Kristín Sólnes, „Óskráð lagaáskilnaðarregla um almennar takmarkanir eignarréttar“, 220.

bendi einnig til þess að almenningsþörf þurfi að standa til eignarskerðingar óháð því hvort um eignarnám eða almennar takmarkanir eignarréttar sé að ræða og nægi þá ekki að löggjafinn vísi til þess að eignarskerðing sé í þágu slíkrar þarfar heldur þurfi að sýna fram á að meðalhöfs hafi verið gætt við framkvæmd skerðingar. Það sé fyrst og fremst þátturinn um bótaskylduna sem skilji aðferðirnar að.²⁴³

Þótt hin óskráðu og matskenndu skilyrði fyrir almennum takmörkunum eignarréttar sýnist því sambærileg að inntaki og stjórnarskrárbundin skilyrði til eignarnáms er við þennan aðstöðumun mjög hætt við því að framkvæmd og eftirlit með almennum takmörkunum verði áfátt og þá jafnframt eignarréttarverndin þegar slíkar eignarskerðingar eigi í hlut, því um er að ræða flóknar og matskenndar óskráðar reglur.²⁴⁴

5.1.3.3 Tillaga að frumvarpstexta

Samandregið er þannig að óbreyttum stjórnlögum fjallað um eignarskerðingar sem jafnað verður til eignarnáms í 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar og mælt fyrir um lagaáskilnaðarreglu í því samhengi en ómælt er um eignarskerðingar sem jafnað verður til almennra takmarkana og um þær gildir lögmætisreglan. Óbreytt skipan stjórnлага veldur ekki aðeins þeim vandkvæðum sem lýst var hér undan, sem felast í því hve örðugt er um vik að skera úr um stjórnskipulegt gildi almennra takmarkana eignarréttar þar sem um þær gildir ekki sérstök regla í stjórnlögum. Þessi skipan veldur einnig vandkvæðum þegar ráðherra er falin heimild til að mæla fyrir um almennar takmarkanir eignarréttar í reglugerð, því af réttarframkvæmd verður ráðið að óljóst er hvaða kröfur eru gerðar til skýrleika og útfærslu slíkra lagaheimilda.²⁴⁵ Hægt væri að bregðast við þessu með því að fara að fordæmi 1. gr. 1. samningsviðauka við mannréttindasáttmála Evrópu, sem fjallar um vernd eignarréttar, og setja í stjórnarskrá skilyrði fyrir almennum takmörkunum eignarréttar.²⁴⁶ Í 1. gr. 1. samningsviðauka er að finna fyrirmæli um eignarskerðingar sem jafnað verður til almennra takmarkana eignarréttar og þótt ákvæðið sé fremur sett fram með þeim hætti að árétta að löggjafanum séu slíkar eignarskerðingar heimilar setur það jafnframt viss skilyrði fyrir því að þær geti farið fram; annars vegar skilyrði um nauðsyn lagaheimildar og hins vegar skilyrði um almannahagsmuni.²⁴⁷

Það sem mælir með slíkri leið er annars vegar sú staðreynd að nálgun dómstóla við úrlausn um stjórnskipulegt gildi eignarskerðinga yrði ekki raskað, því réttarframkvæmd bendir til þess að dómstólar hafi nálgast stjórnskipulegt gildi eignarnáms og almennra takmarkana með líkum hætti þótt eignarskerðingarnar hvíli á ólíkum lagagrundvelli. Hins vegar myndi slík stjórnarskrárbreyting leiða til þess að með afdráttarlausum hætti yrði tekið af skarið um að nánar tilgreind skilyrði standi til almennra takmarkana eignarréttar og hver þau séu. Eftirleiðis yrði hlutverk löggjafans við framkvæmd eignarskerðinga skýrar afmarkað, réttarframkvæmd markvissari og skýrari auk þess sem einfaldara yrði að framkvæma slíkar eignarskerðingar, hafa eftirlit með þeim og tryggja að borgarar sem sæti slíkum skerðingum njóti fyllstu eignarréttarverndar. Sömuleiðis mætti vænta þess að opinber umræða um skerðingu eignarréttinda yrði eftirleiðis markvissari. Hér er til þess að líta að undir eignarskerðingar falla eðli máls samkvæmt hvers kyns eignarréttindi tengd auðlindum, auðlindanýtingu og umhverfisvernd. Stendur tillaga okkar að breytingu á 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar þannig í nánum tengslum við tillögur að nýjum stjórnarskrárákvæðum um auðlindir og umhverfisvernd.

Í ljósi alls áðurgreinds er það álit höfunda þessarar greinargerðar að tilefni sé til að setja lagaáskilnaðarreglu um almennar takmarkanir eignarréttar að skýra þannig réttarstöðu slíkra

²⁴³ Sama heimild, 222.

²⁴⁴ Sama heimild, 223.

²⁴⁵ Sjá Páll Hreinsson, „Lagaheimild reglugerða“, 235.

²⁴⁶ Sjá Kristín Sólmes, „Óskráð lagaáskilnaðarregla um almennar takmarkanir eignarréttar“, 223.

²⁴⁷ Sama heimild, 222.

eignarskerðinga frá því sem gildir samkvæmt óbreyttum stjórnlögum. Að þessu virtu gerum við tillögu að svofelldri breytingu á 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar, þannig að við bætist nýmæli í fjórða málslið sem áskilur að eignarréttur verði ekki skertur nema í almannabágu og á grundvelli lagaheimildar:

Eignarrétturinn er friðhelgur. Engan má skylda til að láta af hendi eign sína nema almenningsþörf krefji. Þarf til þess lagafyrirmæli og komi fullt verð fyrir. **Engan má heldur skylda til að sæta skerðingu eignar sinnar nema almenningsþörf krefji og þarf til þess lagafyrirmæli.**

5.2 Persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga

5.2.1 Efnisatriði nýs stjórnarskrárákvæðis um persónuvernd

Í kafla 4.5.2 færum við rök fyrir því að lögfest verði nýtt ákvæði í mannréttindakafla stjórnarskrárinnar um vernd persónuupplýsinga og meginsjónarmið sem gæta beri að við vinnslu þeirra. Með lögfestingu slíks ákvæðis myndi stjórnarskrárgjafinn taka skref í átt til þess að leggja ríkari áherslu á þær kröfur sem stjórnarskráin gerir á þessu sviði og þá sérstaklega með það í huga að tryggja frekar að hæfilegs jafnvægis sé gætt á milli réttinda einstaklinga til þess að farið sé með persónuupplýsingar þeirra þannig að gætt sé sanngirnis og lögmætra markmiða við vinnslu þeirra og almanna- og einkahagsmuna sem réttlætt geti tilteknar takmarkanir á þeirri vernd. Verður nú fjallað um helstu atriðin varðandi gildissvið ákvæðisins, takmarkanir á efni þess og samspil við gildandi ákvæði stjórnarskrárinnar um friðhelgi einkalífs.

Í *fyrsta lagi* verður að leggja á það áherslu að náð samband verður á milli gildandi ákvæðis 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar um friðhelgi einkalífs og nýs ákvæðis um vernd persónuupplýsinga, sem yrði fundinn staður í sömu málsgrein samkvæmt okkar tillögu eins og nánar greinir hér á eftir. Sem dæmi má nefna að þegar kemur að vinnslu viðkvæmra persónuupplýsinga, sbr. 3. tölul. 3. gr. og 11. gr. laga nr. 90/2018 um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga, er ljóst að þar myndi reyna bæði á hið almenna ákvæði um friðhelgi einkalífs og nýtt ákvæði um vernd persónuupplýsinga sem sameiginlega myndu tryggja öfluga stjórnarskrárvernd í tengslum við vinnslu slíkra upplýsinga.²⁴⁸ Að sama skapi gætu aðrar tegundir persónuupplýsinga, sbr. 2. tölul. 3. gr. laga nr. 90/2018, sem gera það aðeins óbeint kleift að persónugreina mann (svo sem staðsetningargögn) og gætu í sumum tilvikum fallið utan kjarnaþáttar einkalífsverndarinnar, samt sem áður fallið innan marka réttarins til verndar persónuupplýsinga, enda hafa slíkar upplýsingar í æ ríkari mæli þýðingu í upplýsingasamfélagi nútímans, til dæmis í starfsemi tæknifyrirtækja sem notast við slíkar upplýsingar í efnahagslegum tilgangi.

Í *öðru lagi* yrði lagt til grundvallar að gildandi takmörkunarákvæði í 3. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar, sem mælir fyrir um það að „með sérstakri lagaheimild [megi] takmarka á annan hátt friðhelgi einkalífs, heimilis eða fjölskyldu ef brýna nauðsyn ber til vegna réttinda annarra“, eigi einnig við að breyttu breytanda um réttinn til verndar persónuupplýsinga. Er það einnig í samræmi við framsetningu mannréttindaskrár ESB þar sem rétturinn í 8. gr. sætir, eins og önnur réttindi, þeirri almennu takmörkun á réttindum samkvæmt skránni sem er að finna í 52. gr. hennar. Í þessu sambandi er einnig vert að minna á að framsetning takmörkunarákvæðis 3. mgr. 71 gr. stjórnarskrárinnar er með öðrum hætti og þrengri hætti en í 2. mgr. 8. gr. mannréttindasáttmálans. Hvað sem því líður hefur verið út frá því gengið í réttarframkvæmd hér á landi að ekki sé þar um efnismun að ræða. Almennt sé því heimilt að takmarka þau réttindi sem fram koma í 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar með sambærilegum hætti og leiðir af 2. mgr. 8. gr. mannréttindasáttmálans í ljósi þeirrar almennu túlkunarreglu, sem nánar er lýst í kafla

²⁴⁸ Sjá til hliðsjónar Björg Thorarensen, Persónuverndarréttur, 12.

4.3 hér á undan, að túlka beri ákvæði mannréttindakafla stjórnarskrárinnar sem eiga sér hliðstæðu í mannréttindasáttmálum með sama hætti.²⁴⁹

Í þriðja lagi myndi hið nýja ákvæði um vernd persónuupplýsinga ekki breyta í neinu þeim viðurkenndu takmörkunum á efnislegu gildissviði reglna um vinnslu persónuupplýsinga sem er t.d. nú að finna í 4. gr. persónuverndarlaga. Þá yrði að túlka hið nýja ákvæði um persónuvernd til samræmis við önnur mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar, einkum tjáningarfrelsisákvæði 2. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar. Er það og í samræmi við þá framsetningu sem fram kemur í 6. gr. persónuverndarlaga.

5.2.2 Tillaga að frumvarpstexta

Í samræmi við allt framangreint er það afstaða höfunda þessarar greinargerðar að nýtt ákvæði um vernd persónuupplýsinga muni tryggja með ríkari hætti að söfnun upplýsinga, sem ekki falla endilega að kjarnabáttum einkalífsverndar eins og það hugtak hefur verið túlkað, þurfi samt sem áður að fullnægja tilteknum kröfum sem leiða af ákvæðum stjórnarskrárinnar. Er þar einkum um að ræða að slíkar upplýsingar séu unnar í sanngjörnum tilgangi í þágu tilgreindra markmiða og á grundvelli samþykkis hins skráða eða á öðrum lögmætum grundvelli, sbr. nú þær reglur sem fram koma í lögum nr. 90/2018 um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga, sbr. umfjöllun í kafla 4.5.2 hér á undan. Vísast hér og til efnisatriða 8. gr. mannréttindaskrár ESB sem við höfum horft til í þessu sambandi.

Í ljósi þess sem að framan greinir gerum við í *fyrsta lagi* tillögu um að bætt verði við tveimur nýjum málslíðum við 1. mgr. 71. gr. stjkskr., svohljóðandi:

Þá eiga allir rétt til verndar eigin persónuupplýsinga. Skal vinnsla slíkra upplýsinga fara fram af sanngirni og í þágu skilgreinds markmiðs á grundvelli samþykkis þess sem í hlut á eða á öðrum lögmætum grundvelli.

Þá gerum við í *öðru lagi* tillögu um að orðunum „og vernd persónuupplýsinga“ verði bætt við 3. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar á eftir orðinu „... fjölskyldu ...“ og á undan orðunum „... ef brýna nauðsyn ...“.

²⁴⁹ Sjá t.d. sömu heimild, 17.

París og Reykjavík, 30. ágúst 2023

Róbert R. Spanó

Valgerður Sólnes