

Matvælaráðuneyti			
MAR	2402015		
Málat.	04.07.03	Ábm.	HJG
Mótt.	7.3.2024	Aðrir	KAKKI
Aths.			

ÁLITSGERÐ

Til: Matvælaráðuneytisins

Frá: Víði Smára Petersen, dósent við lagadeild HÍ

Dags: 3. mars 2024

Efni: Álit á tilteknum ákvæðum frumvarps til laga um lagareldi

I. Inngangur

Með bréfi, dags. 15. febrúar 2024, fór matvælaráðuneytið þess á leit við undirritaðan að hann legði mat á stjórnskipulegt gildi eftirfarandi ákvæða í frumvarpi til laga um lagareldi, einkum hvort ákvæðin samrýmdust 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar (stjskr.) um vernd eignarréttar og 75. gr. hennar um vernd atvinnufrelsis, og er álitsbeiðni ráðuneytisins svohljóðandi:

1. Breytingar á eldisheimildum rekstrarleyfishafa vegna lækkunar á burðarþolsmati með þeim hætti sem fram kemur í frumvarpinu, sbr. 5. gr. frumvarpsins. Ákvæði frumvarpsins byggir að verulegu leyti á 6. gr. b. gildandi laga nr. 71/2008.
2. Breytingar á eldisheimildum rekstrarleyfishafa vegna lækkunar á áhættumati erfðablöndunar með þeim hætti sem fram kemur í frumvarpinu, sbr. 6. gr. frumvarpsins. Ákvæði frumvarpsins byggir að verulegu leyti á 6. gr. a. gildandi laga nr. 71/2008.
3. Breyting á gildandi leyfum með þeim hætti að öll leyfi skulu framvegis vera ótímabundin í stað þess að vera gefin út til 16 ára í senn, sbr. 33. gr. frumvarpsins og ákvæði VI til bráðabirgða, en ákvæði þessi eru nýmæli. Til samanburðar er einnig óskað eftir áliti á heimildum Matvælastofnunar til þess að synja rekstrarleyfishafa um endurnýjun rekstrarleyfis skv. gildandi lögum, sbr. einkum 3. mgr. 7. gr. laga nr. 71/2008.
4. Breytingar á eldisheimildum vegna úthlutunar og innköllunar laxahlutar, sbr. m.a. 38. og 40. gr. frumvarpsins. Þessi ákvæði frumvarpsins eru nýmæli.
5. Sektir sem rekstrarleyfishafa eru gerðar vegna strokatburða, sbr. 48. gr. frumvarpsins. Ákvæði um sektir tengdar stroki með þeim hætti sem lýst er í 48. gr. frumvarpsins er nýmæli.
6. Breytingar á eldisheimildum rekstrarleyfishafa vegna affalla með þeim hætti sem fram kemur í frumvarpinu, sbr. 54. gr. frumvarpsins. Þetta ákvæði frumvarpsins er nýmæli.
7. Breytingar á eldisheimildum rekstrarleyfishafa vegna umfangs lúsar með þeim hætti sem fram kemur í frumvarpinu, sbr. 59. gr. frumvarpsins. Þetta ákvæði frumvarpsins er nýmæli.
8. Afturköllun á rekstrarleyfum á grundvelli forsendubrests vegna ónógrar nýtingar eldisheimilda, sbr. 64. gr. frumvarpsins. Þetta ákvæði frumvarpsins er nýmæli.

9. Undánþaga íslenska ríkisins og annarra frá bótaskyldu vegna aðgerða í þágu vistkerfis og dýravelferðar, sbr. 117. gr. frumvarpsins. Ákvæðið er nýmæli.

10. Niðurfelling allra rekstrarleyfa sem brjóta í bága við ný ákvæði frumvarpsins um fjölda rekstrarleyfishafa á hverju smitvarnasvæði, sbr. einkum ákvæði I og II til bráðabirgða við frumvarpið. Samkvæmt ákvæði I til bráðabirgða við frumvarpið skulu slík rekstrarleyfi felld úr gildi þann 1. júlí 2028. Engin ákvæði eru í frumvarpinu um skaðabætur af þessu tilefni heldur er gert ráð fyrir að rekstrarleyfishafar þoli slíka niðurfellingu bóta laust enda hafi rekstrarleyfishafar fengið langan og sanngjaman frest til þess að aðlaga starfsemi sína að mögulegri niðurfellingu. Þá er einnig gert ráð fyrir að rekstrarleyfishafar geti samið sín í millum um flutning milli svæða, sbr. ákvæði II til bráðabirgða við frumvarpið.

Með bréfi ráðuneytisins fylgdu drög að frumvarpi um lagareldi, dags. 12. febrúar 2024, umsögn Samtaka fyrirtækja í sjávarútvegi, dags. 12. janúar 2024, athugasemdir samtakanna við einstaka greinar frumvarpsins, dags. 12. janúar 2024 og umsögn Landssambands veiðifélaga, dags. 12. janúar 2024. Frumvarpið var upphaflega birt í samráðsgátt þann 6. desember 2023 (mál nr. S-253/2023) og bárust 306 umsagnir við það frá almenningi, sveitarfélögum, stofnunum og hagsmunaaðilum. Við vinnslu álitsins fékk undirritaður eintak af frumvarpinu, dags. 12. febrúar 2024, sem hafði tekið nokkrum breytingum frá því að það birtist í samráðsgátt.¹ Þá fékk undirritaður ýmsar upplýsingar og skýringar frá ráðuneytinu, s.s. um gildandi rekstrarleyfi í sjókvíaeldi.

Taka ber fram að í álitsgerðinni er eingöngu vikið að frumvarpsákvæðum sem áhrif hafa á sjókvíaeldisfyrirtæki og er því ekki fjallað sérstaklega um landeldi eða hafeldi. Einnig tekur álitnið eingöngu til þeirra frumvarpsgreina sem áður eru raktar og hefur því ekki verið lagt mat á hvort frumvarpið geti með heildstæðum hætti talist takmarka svo réttindi sjókvíaeldisfyrirtækja að jafna megi til stjórnarskrárbrots, eða hvort samspil einstaka ákvæða komi sérstaklega hart niður á fyrirtækjunum. Þá hefur undirritaður í fyrstu átta spurningunum aðeins verið spurður að því hvernig fyrirmæli viðkomandi frumvarpsgreina um breytingar á eldisheimildum, sektir og afturköllun horfa við 72. gr. og 75. gr. stjkskr., en ekki hvort reglugerðarheimildir ráðherra í umræddum frumvarpsgreinum, eða í öðrum ákvæðum frumvarpsins, standist lagaáskilnaðarreglur viðkomandi stjórnarskrárákvæða. Hvað sem þessum fyrirvörum líður eru í II. kafla álitsins ítarlega rakin þau almennu sjónarmið sem byggja verður á við mat á því hvort löggjöf standist ákvæði 72. gr. og 75. gr. stjkskr., og getur sú umfangllun gagnast ráðuneytinu við mat á þessum atriðum.

¹ Undirritaður fékk einnig upplýsingar á seinni stigum um að við frekari vinnslu frumvarpsins hafi verið ákveðið að miða áhættumat erfðablöndunar við lífmassa frekar en fjölda fiska. Hefðu því verið gerðar ákveðnar breytingar á hugtökum, sem hefur verið tekið tillit til í álitsgerðinni.

Í ljósi framangreinds er álitserð þessi takmörkuð við það að meta hvort einhver umræddra frumvarpsákvæða gefi *sem slík* tilefni til að staldra við og spyrja spurninga er snúa að stjórnskipulegum álitaeftum. Matið er eðli máls samkvæmt *lagalegt* en í sumum þessara tilvika þarf einnig að fara fram tæknilegt mat samhliða hinu lagalega til þess að hægt sé að leggja betri grunn að mati á því hvort frumvarpsákvæðin standist fyrrgreind ákvæði stjórnarskrár. Þá getur einnig skipt máli hvernig einstaka frumvarpsákvæði koma til framkvæmda, t.d. hvernig þau verða túlkuð í framkvæmd, eins og minnst verður á í svörum við nokkrum spurningum.

Þessu til viðbótar verður að nefna að Hæstiréttur hefur í auknum mæli litið til beitingar Mannréttindadómstóls Evrópu (MDE) á 1. gr. 1. samningsviðauka mannréttindasáttmála Evrópu (MSE) við túlkun á 72. gr. stjkskr., sbr. t.d. *Hrd. 15-17/2022 (ellilífeyrir)*. Óljóst er hver þróunin verður í þessum efnum til framtíðar og hvort verndin verði í reynd sú sama, að því undanskildu að 72. gr. stjkskr. tryggir fullar bætur sem 1. gr. 1. samningsviðauka MSE gerir ekki í öllum tilvikum. Við vinnslu álitans var eftir fremsta megni reynt að rannsaka hliðstæða þróun MDE þegar kemur að vernd atvinnuréttinda. Dómaframkvæmd dómstólsins um beitingu 1. gr. 1. samningsviðauka MSE er aftur á móti afar umfangsmikil og vegna þess skamma tíma sem gafst til vinnslu álitans var rannsóknin, eðli máls samkvæmt, ekki tæmandi. Ýmis þróun er í gangi á vettvangi MDE sem vert er að gefa gaum, einkum að því er varðar endurskoðun á sektarákvæðum í löggjöf aðildarríkja. Óvíst er þó hvort innlendir dómstólar muni við túlkun á 72. gr. og 75. gr. stjkskr. beita sömu aðferðum og mælikvörðum.

Um rannsókn þá sem liggur til grundvallar álitu þessu gilda siðareglur háskólanna um vísindarannsóknir, sem samþykktar voru í háskólaráði 5. nóvember 2020, einkum þær reglur sem gilda um þjónusturannsóknir. Loks ber að geta að álitserð þessi er ekki á sviði stjórnsýslu- eða umhverfisréttar, þótt í ágrípsformi sé vikið að sjónarmiðum af þeim réttarsviðum.

Efnisskipan í álitserð þessari er í stórum dráttum með þeim hætti að í kafla II er með nokkuð ítarlegum hætti vikið að túlkun og inntaki 72. gr. og 75. gr. stjkskr. Í kafla III er fjallað um hvernig þau sjónarmið sem leiða af kafla II horfa með almennum hætti við frumvarpi til laga um lagareldi. Í kafla IV er að finna svör undirritaðs við spurningum álitserðinnar og í kafla V eru niðurstöður álitserðarinnar dregnar saman í stuttu máli.

II. LAGAUMHVERFIÐ

II.a. Samspil 72. gr. og 75. gr. stjórnarskrárinnar

Í 1. mgr. 72. gr. stjkskr. segir eftirfarandi:

„Eignarrétturinn er friðhelgur. Engan má skylda til að láta af hendi eign nema almenningsþörf krefji. Þarf til þess lagafyrirmæli og komi fullt verð fyrir.“

Í 1. mgr. 75. gr. stjkskr. segir eftirfarandi:

„Öllum er frjálst að stunda þá atvinnu sem þeir kjósa. Þessu frelsi má þó setja skorður með lögum, enda krefjist almannahagsmunir þess.“

Almennt er gengið út frá því í fræðum og framkvæmd að atvinnufrelsi samkvæmt 1. mgr. 75. gr. stjkskr. sé tvíþætt. Annars vegar réttur manns til þess að velja sér starfsvettvang, en þessi réttur sætir oft verulegum skerðingum í þágu almannahagsmuna, t.d. þannig að leyfis sé krafist svo einstaklingur geti sinnt tiltekinni starfsemi. Má í dæmaskyni nefna víðtækar starfsleyfis skyldur samkvæmt lögum nr. 7/1998 um hollustuhætti og mengunarvarnir. Löggjöf um fiskeldi felur í eðli sínu *takmörkun* á þessum þætti atvinnufrelsisins, því enginn má stunda fiskeldi nema hafa til þess starfsleyfi Umhverfisstofnunar og rekstrarleyfi Matvælastofnunar, sbr. 1. mgr. 4. gr. b. laga nr. 71/2008 um fiskeldi.

Hins vegar hefur verið talið að *atvinnuréttindi* séu þáttur í því atvinnufrelsi sem verndað er samkvæmt 1. mgr. 75. gr. stjkskr. Er þá átt við „heimildir manna til að stunda áfram þau störf sem þeir hafa þegar tekið upp, en stundum einnig þau störf, sem menn hafa fengið sérstakt leyfi eða löggildingu stjórnvalda til.“² Atvinnuréttindi af þessu tagi hafa einnig verið talin til eigna sem njóta verndar 1. mgr. 72. gr. stjkskr.³ og 1. gr. 1. samningsviðauka við MSE⁴.

Í nýlegum dómi í *Hrd. 44/2022 (Félag makrílveiðimanna)* fjallaði rétturinn nokkuð ítarlega um atvinnuréttindi sem verndarandlag bæði 1. mgr. 72. gr. og 1. mgr. 75. gr. stjkskr. Í mgr. 54 í dóminum segir eftirfarandi:

„Þegar atvinnuréttindi verða metin til fjárhagslegra gæða og takmarkanir sem þeim eru settar geta leitt til tjóns geta réttindin einnig notið verndar eignarréttarákvæðis 72. gr. stjórnarskrárinnar. Þannig er ljóst að **menn byggja fjárhagslega afkomu sína í margvíslegum atriðum á slíkum atvinnuréttindum** og í því sambandi geta þeir sett fjármuni í sérhæfð atvinnutæki og lagt efnahagslegt öryggi sitt undir. **Þá kann atvinna sem stunduð er samkvæmt opinberu leyfi að skapa réttmætar væntingar leyfishafa til að**

² Gaukur Jörundsson: „StjómSKIPuleg vernd aflahæfis, atvinnuréttinda og atvinnufrelsis“, Úlfjótur 3. tbl. 1968, bls. 172.

³ *Hrd. 182/2007 (Björgun)* og *Hrd. 44/2022 (Félag makrílveiðimanna)*.

⁴ *Tre Traktörer Aktiebolag gegn Svijjóð* (dómur) 7. júlí 1989 í máli nr. 10873/84 og *Fredin gegn Svijjóð* (dómur) 18. febrúar 1991 í máli nr. 12033/86.

hann haldi áfram leyfi til atvinnustarfseminnar meðan hann uppfyllir þau skilyrði sem því eru sett.“ [áherslur undirritaðs]

Í dómnum segir einnig að játa verði löggjafanum „aukið svigrúm til að mæla fyrir um almennar takmarkanir á atvinnuréttindum, hvort heldur sem lítið er á þau sem verndarandlag samkvæmt 75. gr. eða 72. gr. stjórnarskrárinnar. Þetta á einkum við þegar um ræðir skipulag atvinnugreina, þar á meðal í sjávarútvegi og hvaða leiðir eru valdar til að ná markmiðum um skynsamlega nýtingu auðlinda og vernd umhverfis.“ Fullyrðir dómurinn einnig að „vernd atvinnuréttinda sé takmarkaðri en vernd hefðbundinna eignarréttinda [...]“.⁵

Sá augljósi munur er á vernd 72. gr. og 75. gr. stjkskr., sem leiðir af orðalagi ákvæðanna, að skerðingar á atvinnuréttindum sem ná mörkum 72. gr. (sbr. nánari umfjöllun síðar) geta haft bótaskylda í för með sér, á meðan bótaskylda er almennt ekki afleiðing af broti gegn 75. gr.⁶ Af fyrmefndum dómi Hæstaréttar er aftur á móti óljóst hvort annar munur sé á vermdinni. Með öðrum orðum, veitir 75. gr. stjkskr. einhverja vernd til viðbótar við þá sem 72. gr. veitir? Erfitt er að svara því með afgerandi hætti og eru í sjálfu sér litlar vísbendingar í dómaframkvæmd sem benda til þess.⁷ Björg Thorarensen vísar til þess að 75. gr. sé yfirleitt ein til skoðunar þegar ágreiningur er um skerta möguleika manna á að velja sér atvinnu eða hefja störf í tilteknum atvinnugreinum og „þegar um ræðir refsímál sem höfðuð eru vegna þess að menn hafa ekki tilskilin leyfi samkvæmt lögum til að stunda ákveðna starfsemi og þeir bera því við sem málsvörn að löggjöf, sem takmarkar möguleika á því að fá slík leyfi, skerði atvinnufrelsi þeirra og sé því andstæð stjórnarskránni.“⁸ Hvorugt á við um þau álitæfni sem eru til skoðunar í álitagerð þessari.

Með hliðsjón af framangreindu virðist ljóst að í tilviki atvinnuréttinda „tæmi“ 72. gr. stjkskr. vermdina varðandi þau atriði sem eru til skoðunar hér. Óþarft sé því að leggja mat á hvort takmarkanir á slíkum réttindum brjóti jafnframt gegn atvinnufrelsisákvæði 75. gr. stjkskr. Á hinn bóginn getur dómaframkvæmdin um 75. gr. um margt gagnast, sérstaklega þegar lagt er mat á hvort skerðing eða takmörkun standist lagaáskilnaðarreglu stjórnarskrárákvæðisins, enda hafa nokkrir grundvallardómar gengið um það álitæfni. Dómaframkvæmdin bendir þó ekki til þess að lagaáskilnaðarregla 75. gr. sé strangari en sama regla 72. gr. Þvert á móti má ráða af *Hrd.*

⁵ Sambærileg sjónarmið höfðu einnig áður komið fram á fræðilegum vettvangi. Sjá t.d. Karl Axelsson og Þorgeir Örlygsson: „Eignarréttur í aldarspegli: Hvemig hefur Hæstiréttur meðhöndlað eignarréttinn í hundrað ár?“, *Hæstiréttur í hundrað ár – Ritgerðir*, bls. 322 og Þorgeir Örlygsson, Karl Axelsson og Víðir Smári Petersen: *Eignarréttur I*, bls. 263.

⁶ Ólafur Lárusson: *Eignarréttur I*, bls. 40 og Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi* (2. útg. 2019), bls. 548-549. Þó verður að nefna að bótaskylda á grundvelli almennra reglna, s.s. ef fyrirtæki verður fyrir tjóni vegna athafna stjórnvalda til takmörkunar á atvinnufrelsi sem skorti lagastoð.

⁷ Björg Thorarensen vísar til þess að dómaframkvæmd sé „nokkuð á reiki“ um það hvort eða hvemig þessum tveimur stjórnarskrárákvæðum er beitt saman. Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, bls. 548.

⁸ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, bls. 548-549.

15/2000 (*Stjörnugrís I*) að reglurnar séu sama efnis, að mati dómstóla.⁹ Verður því í framhaldinu einkum lagt mat á það hvaða atriði skipta máli við mat á því hvort eignarskerðingar nái mörkum 72. gr. stjkskr.

II.b. Lagaáskilnaðarreglur ákvæðanna

Í 1. mgr. 72. gr. stjkskr. er gerð krafa um „lagafyrirmæli“ í þeim tilvikum þegar eigandi er skyldaður „til að láta af hendi eign sína“. Lagaáskilnaðarreglan tekur samkvæmt orðanna hljóðan aðeins til þess sem nefnt er eignarnám í þrengri merkingu, en almennt hefur verið lagt til grundvallar í fræðum og framkvæmd að óskráð lagaáskilnaðarregla gildi einnig um aðrar takmarkanir á eignarréttindum.¹⁰ Þá segir í 1. mgr. 75. gr. að atvinnufrelsi megi setja skorður „með lögum“.

Umræddar lagaáskilnaðarreglur hafa verið túlkaðar á þá leið að gerð sé krafa um að réttindaskerðingar séu í formi settra laga frá Alþingi, sbr. *Hrd. 1988:1532 (Frami)*, og að löggjafanum sé óheimilt að fela framkvæmdarvaldshöfum *óhefta* ákvörðun um þetta efni, sbr. *Hrd. 1996:2956 (Samherji)*. Ef löggjafinn felur t.d. ráðherra að útfæra nánar efni takmarkana í reglugerð verður löggjafinn „að mæla fyrir um meginreglur, þar sem fram komi takmörk og umfang þeirrar réttindaskerðingar, sem talin er nauðsynleg“, sbr. fyrrnefndur *Hrd. 1996:2956 (Samherji)* og *Hrd. 15/2000 (Stjörnugrís I)*. Þá leiðir af *Hrd. 1988:1532 (Frami)* að lagaákvæði er takmarka mannréttindi verði að vera *ótvíráð* og sé svo ekki verði að túlka þau borgaranum í hag. Dómaframkvæmd um lagaáskilnaðarreglu 75. gr. stjórnarskrárinnar hefur sætt nokkurri gagnrýni og telur Páll Hreinsson að *óvenju strangar* kröfur hafi verið gerðar til lagaheimildar í *Hrd. 15/2000 (Stjörnugrís I)*.¹¹ Hefur hann m.a. vísað til þess að í þjóðfélagi nútímans verði vart komist hjá því að hafa matskenndar reglur á ákveðnum sviðum.¹²

⁹ Í dómnum sagði: „Í 72. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 er kveðið á um friðhelgi eignarréttar og í 75. gr. hennar um atvinnufrelsi, sbr. 10. gr. og 13. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995. Má hvorugt skerða nema með lagabóði að því tilskildu, að almenningsþörf krefji. Þessi fyrirmæli stjórnarskrárinnar verða ekki túlkuð öðruvísi en svo, að hinum almenna löggjafa sé óheimilt að fela framkvæmdarvaldshöfum *óhefta* ákvörðun um þessi efni. Löggjöfin verður að mæla fyrir um meginreglur, þar sem fram komi takmörk og umfang þeirrar réttindaskerðingar, sem talin er nauðsynleg.“ Páll Hreinsson telur einnig að umræddur dómur veiti „bestu leiðsögnina um þær kröfur sem gerðar verða til lagaheimilda reglugerða sem takmarka eignarréttindi með almennum hætti.“ Páll Hreinsson: „Lagaheimild reglugerða“, Tímarit lögfræðinga 2. tbl. 2015, bls. 236.

¹⁰ Kristín Sólnes: „Óskráð lagaáskilnaðarregla um almennar takmarkanir eignarréttar“, *Úlfjótur* 2. tbl. 2017, bls. 199-225.

¹¹ Páll Hreinsson: „Lagaheimild reglugerða“, bls. 251. Til samanburðar hafi þó, að hans mati, verið gerðar óvenju vægar kröfur í *Hrd. 542/2002 (einkadans)*.

¹² Björg Thorarensen hefur uppi sambærileg sjónarmið í *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, bls. 544.

II.c. Skilyrðið um almannahagsmuni

Samkvæmt 1. mgr. 72. gr. stjkskr. má einungis skylda eigendur til þess að láta af hendi eign sína í þágu almenningsþarfar. Þá má aðeins takmarka atvinnufrelsi samkvæmt 1. mgr. 75. gr. ef almannahagsmunir krefjast þess. Það er á forræði löggjafans að meta hvort lagasetning eða breyting á lögum þjóni almannahagsmunum og sætir það mat almennt ekki endurskoðun dómstóla.¹³ Dómstólar leggja á hinn bóginn mat á það hvort löggjöf samrýmist grundvallarreglum stjórnarskrárinnar, einkum hvort hún brjóti í bága við meginreglur um meðalhóf og jafnræði, sbr. 65. gr. stjkskr.¹⁴ Þá er ljóst af því sem fjallað verður um í næsta kafla að almannahagsmunir geta haft misjafnt vægi og getur t.d. svigrúm ríkisins til eignarskerðinga aukist ef hagsmunirnir eru sérstaklega ríkir.

II.d. Hvaða skerðingar falla undir 72. gr. stjkskr.?

Ákvæði 1. mgr. 72. gr. stjkskr. nær augljóslega til þess sem nefnt hefur verið eignarnám í þrengri merkingu, þ.e. þegar eign er tekin í heild eða að hluta og notum hennar breytt úr einkanotum í not sem þjóna samfélagslegum þörfum, t.d. þegar land er tekið undir vegagerð.¹⁵ Eigandinn missir yfirleitt sambandið við hið eignarnumda og hefur ekkert að segja um framtíðarmotkun eignarinnar. Eignarnám er að þessu leyti að jafnaði varanlegt og óafturkræft.¹⁶ Orðalag ákvæðisins um að eigandi þurfi að „láta af hendi eign sína“ hefur einnig verið túlkað á þann veg að undir það falli þau tilvik þegar eiganda er gert að eyðileggja eign sína.¹⁷

Í tilviki eignarnáms er meginreglan sú að ríkið þarf að greiða eigandanum *fullar bætur*, en á því geta verið undantekningar, t.d. ef eiganda er gert að rífa mannvirki sem reist var í óleyfi eða ef starfsemi hans veldur verulegum ama eða skaða. Er raunar almennt litið svo á að ríkisvaldið hafi nokkuð rúmar heimildir til þess að banna eða mæla fyrir um verulegar takmarkanir á starfsemi sem talin er skaðleg eða óæskileg, án þess að bætur komi fyrir.¹⁸

Eignarrétturinn getur verið skertur með ýmsum öðrum hætti en eignarnámi í framangreindum skilningi, t.d. með löggjöf, reglugerðum, skipulagi eða ákvæðum í starfsleyfum. Það er augljósara en frá þarf að segja að í krafti 2. gr. stjkskr. fer löggjafinn með

¹³ Hrd. 12/2000 (*Vatneyri*) og Hrd. 182/2007 (*Björgun*).

¹⁴ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, bls. 496–497 og 559–560.

¹⁵ Karl Axelsson og Ásgerður Ragnarsdóttir: *Eignarnám*, bls. 21 og Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, bls. 493–495.

¹⁶ Sjá þó umfjöllun um varanleika eignarnáms í Karl Axelsson og Ásgerður Ragnarsdóttir: *Eignarnám*, bls. 222–242.

¹⁷ Ólafur Lárusson: *Eignaréttur I*, bls. 24.

¹⁸ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, bls. 481 og 549 og Þorgeir Örlygsson, Karl Axelsson og Víðir Smári Petersen: *Eignaréttur I*, bls. 242. Sjá einnig rökstuðning Hæstaréttar í Hrd. 1964:573 (*sundmarðaeldi*) að því er varðaði bætur fyrir „atvinnuspjöll“.

lagasetningarvald og ber borgurum og fyrirtækjum að hlíta lagaboðum löggjafans og þeim stjórnvaldsfyrirmælum framkvæmdarvaldsins sem stoð eiga í lögum. Eigendur eru þar ekki undanskildir. Á hinn bóginn njóta eigendur ákveðinnar vermdar gegn löggjafar- og framkvæmdarvaldinu, en óljóst er hver tilurð þeirrar vermdar er. Hún á ekki beinlínis stoð í 1. mgr. 72. gr. stjkskr., nema hægt sé að fella vermdina undir 1. málslíð stjórnarskrárákvæðisins. Færa má rök fyrir því að túlka beri 1. mgr. 72. gr. stjkskr. þannig að hún nái til tilvika sem *jafngilda* eignamámi. Þessi skilningur fær stoð í *Hrd. 1997:2488 (Hofstaðir)*, þar sem lagt var mat á hvort bætur skyldu koma fyrir eignartakmarkanir „sem eru svo umfangsmiklar, að þær jafngildi eignamámi í skilningi 72. gr. stjórnarskrárinnar.“ Í *Hrd. 340/2011 (neyðarlagamál)* notaði Hæstiréttur aftur á móti hlutlausara orðalag og vísaði til þess að matið fælist í því hvort hinar umdeildu skerðingar á réttindum sóknaraðila teldust vera eignamám „eða slík takmörkun á eignarrétti að fari í bága við 72. gr. eða 65. gr. stjórnarskrár.“

Til einföldunar má orða þetta svo að dómstólar leggi mat á það hvort eignarskerðingar gangi „of langt“ gagnvart þeim eignarrétti sem varinn er af 72. gr. stjkskr. Virðist ljóst af *Hrd. 340/2011 (neyðarlagamál)* að hvers kyns eignarskerðingar geti verið „prófaðar“ á grundvelli ákvæðisins og er það jafnframt í samræmi við dómaframkvæmd MDE. Vægar og almennar eignarskerðingar eru aftur á móti mun líklegri til þess að standast prófið en þær sem eru mjög íþyngjandi og sértækar.

Það hefur löngum verið eitt vandasamasta viðfangsefni eignarréttarins að ákvarða hvenær eignarskerðingar ganga „of langt“.¹⁹ Hefur verið litið svo á að meta þurfi með heildstæðum hætti alla þætti þeirrar eignarskerðingar sem um ræðir til að skorið verði þar úr um. Þau atriði sem hefðbundið er að miða við í fræðum eru þessi: (a) hvort stofnað er til nýrra eignarheimilda til handa öðrum aðila en eigandanum, (b) að hve mörgum skerðingin beinist, þ.e. er hún almenn eða sértæk, (c) hver eru markmiðin að baki skerðingunni, svo sem hvort að baki henni búi mikilvægir þjóðfélagslegir hagsmunir og (d) hversu umfangsmikil skerðingin er fyrir einstaka eigendur.²⁰

Í *Hrd. 340/2011 (neyðarlagamál)* sagði að við úrlausn um hvort takmörkun á eignarréttindum bryti í bága við 72. gr. eða 65. gr. stjkskr. þyrfti að „líta til margra atriða í senn“, svo sem tilefnis þeirra aðgerða sem gripið var til, markmiðs með þeim og afleiðinga, eðlis þessara ráðstafana og hversu almennar og víðtækar þær voru. Umrædd sjónarmið eru að mestu

¹⁹ Ólafur Lárússon sagði t.d. árið 1950 í riti sínu *Eignaréttur I*, bls. 35, að mörkin séu „engan veginn skýr“.

²⁰ Karl Axelsson og Ásgerður Ragnarsdóttir: *Eignarnám*, bls. 25–29. Sjá jafnframt Gaukur Jörundsson: *Eignaréttur I*, bls. 50–52, Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannvéttindi*, bls. 519 og Valgerður Sólmes: „Neyðarlagadómanir og friðhelgi eignarréttar“, *Tímarit lögfræðinga* 4. tbl. 2011, bls. 366.

leyti í samræmi við hefðbundin sjónarmið fræðimanna, að því undanskildu að Hæstiréttur nefndi ekki sérstaklega þann þátt sem snýr að því hvort stofnað sé til nýrra eignarheimilda til handa öðrum aðila en eigandanum. Það kann að skýrast af því að sjónarmið Hæstaréttar eru ekki tæmandi talin í dómnum. Skýringin kann einnig að vera sú að um sé að ræða atriði sem hafi ekki oft afgerandi þýðingu í matinu og hafi því verið sleppt.

Í kafla III verður fjallað um hvernig máta má framangreind sjónarmið með almennum hætti við frumvarpið, en nauðsynlegt er að víkja að nokkrum þýðingarmiklum atriðum við beitingu þess „prófs“ sem neyðarlagadómurinn kveður á um.

Af bæði *Hrd. 340/2011 (neyðarlagamál)* og *Hrd. 182/2007 (Björgun)* má ráða að verulegu máli skipti hversu þýðingarmiklir hagsmunirnir eru sem búa að baki viðkomandi eignarskerðingu. Má draga þá ályktun af dómnum að svigrúmið til takmarkana aukist eftir því hversu þýðingarmiklir almannahagsmunirnir eru. Sömu ályktun má draga af *Hrd. 44/2022 (Félag makrílveiðimanna)* þar sem minnst var á að löggjafinn hefði sérstaklega mikið svigrúm þegar um ræddi skipulag atvinnugreina og hvaða leiðir væru valdar til að ná markmiðum um skynsamlega nýtingu auðlinda og vernd umhverfis.

Þá má nefna að *eðli* viðkomandi ráðstafana getur skipt máli og má í því samhengi nefna að löggjafinn hefur verið talinn hafa sérstaklega mikið svigrúm þegar kemur að svokölluðum venjuhelguðum eignarskerðingar, einkum vegna *eðlis* þeirra. Má sem dæmi nefna skattlagningu, upptöku eigna í refsiskyni og brottfall réttinda vegna laga á sviði einkaréttar, t.d. fyrir fyrmingu, hefð, vanlýsingu og traustfang.²¹ Ekki er þó þar með sagt að löggjafinn og framkvæmdarvaldið hafi frjálsar hendur við löggjöf og reglusetningu þegar kemur að venjuhelguðum eignarskerðingum, því gæta þarf að meginreglum stjórnskipunarréttar, svo sem um jafnræði og meðalhóf, sbr. *Hrd. 726/2013 (auðlegðarskattur)*, þótt svigrúmið sé vafalaust meira en í tilviki annarra eignarskerðinga.

Einnig má nefna að afar þýðingarmikið hefur þótt í fræðum og framkvæmd hvort eignarskerðingin sé *almenn*, þannig að hún komi niður á öllum eða flestum sem eru í sambærilegri stöðu, eða *sértæk*, þannig að hún bitni með sérstaklega íþyngjandi hætti á tilteknum aðila eða afmörkuðum hópi.²² Bótaregla 1. mgr. 51. gr. skipulagslaga nr. 123/2010 virðist t.d. byggja einvörðungu á þessu sjónarmiði. Þessi þáttur „prófsins“ virðist öðrum þræði byggja á jafnræðisrökum, þ.e. að takmörkun eignarréttar geti verið ólögsmæt af þeirri ástæðu að hún bitni með ósanngjörnum og íþyngjandi hætti á nokkrum aðilum sem teknir eru út fyrir

²¹ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, bls. 510-515 og Karl Axelsson og Ásgerður Ragnarsdóttir: *Eignarnám*, bls. 26.

²² Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, bls. 519-520.

sviga. Hefur Hæstiréttur jafnframt vísað sérstaklega til 65. gr. stjskr. í málum er varða takmörkun eignarréttinda og atvinnuréttinda, sbr. einkum *Hrd. 340/2011 (neyðarlagamál)* og *Hrd. 12/2000 (Vatneyri)*.²³ Á hinn bóginn geta verið gildar ástæður fyrir því að takmörkun bitni eingöngu á tilteknum aðilum fremur en öðrum, t.d. ef starfsemi þeirra sem takmörkunin beinist að er skaðleg eða óæskileg. Þá gæti eignarskerðing verið afar íþyngjandi fyrir eigendur þótt hún leggist með almennum hætti á þá. Það hvort eignarskerðing er almenn eða sértæk getur því verið *sterk vísbinding* um það hvort hún standist prófið eða falli á því, en er ekki í öllum tilvikum úrslitaatriði.

Það sem gerir „prófið“ vandmeðfarnara, og jafnframt óljósara, er að almennt er viðurkennt að það sé „eitt af megineinkennum“ 72. gr. stjskr. að hún sé *vísiregla* sem „lagar sig að breyttum þjóðfélagsskoðunum og þjóðfélagsháttum.“²⁴ Eignarskerðing sem þótti óhófleg fyrir einhverjum árum eða áratugum gæti þótt þolanleg í dag, og öfugt. Má sem dæmi nefna þær auknu kröfur sem gerðar eru til eigenda á sviði náttúruverndar, mannvirkjamála og dýravelferðar.

Til þess að flækja málin enn frekar kann að vera að *löggjöfin* sjálf standist ákvæði stjórnarskrárinnar en að við *framkvæmd* hennar komi í ljós tiltekin tilvik sem valda verulegum eignarskerðingum og erfitt var að sjá fyrir þegar löggin voru samþykkt.²⁵ Er raunar stundum gert ráð fyrir þessari aðstöðu í lögum. Má sem dæmi nefna að samkvæmt 1. mgr. 49. gr. laga nr. 61/2006 um lax- og silungsveiði getur stofnast til bótaskyldu gagnvart veiðieiganda vegna *framkvæmdar lagaákvæðis* og samkvæmt 2. mgr. lagaákvæðisins getur bótaskylda stofnast vegna *ákvörðunar veiðifélags*, sbr. 2. mgr.²⁶

²³ Sjá einnig Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, bls. 520 og 557-559 og Valgerður Sólnes: „Neyðarlagadómmamir og friðhelgi eignarréttar“, *Tímarit lögfræðinga* 4. tbl. 2011, bls. 383.

²⁴ Gaukur Jörundsson: „Eign og eignarám“, *Útljótur* 4. tbl. 1964, bls. 191

²⁵ Skúli Magnússon: „Íslensk fiskveiðistjórn og réttur eigenda sjávarjarða til fiskveiða“, í *Lögberg – Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands* 2003 (ritstj. Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson), bls. 703.

²⁶ Annað dæmi er að fyrir gildistöku laga nr. 126/2022 um breytingu á lögum nr. 80/2012 um menningarmínjar voru öll hús og mannvirki sem voru 100 ára eða eldri friðuð, sbr. 1. mgr. 29. gr. þágildandi laga. Þetta þýddi að á hverju ári bættust við hús hér á landi sem nutu friðunar, með tilheyrandi eignarskerðingu fyrir eigendur. Löggjafinn sá fyrir við samþykkt laganna að þetta gæti í sumum tilvikum haft í för með sér afar íþyngjandi skerðingar og er í 53. gr. laga nr. 80/2012 því mælt fyrir um að eigandi geti farið fram á skaðabætur vegna *framkvæmdar* á tilteknum ákvæðum laganna, að því gefnu að eignarskerðingin sé veruleg. Þá var orðið ljóst eftir því sem árin liðu að sjálfkrafa friðun vegna aldurs stefndi í óefni eftir því sem 100 ára gömlum húsum fjölgaði með ári hverju. Aldursfriðunin byggði því ekki á eins sterkum grunni og áður. Löggjafinn brást við þessu með fymrefndum lögum nr. 126/2022 þar sem aldursfriðuninni var breytt og nú segir í 1. mgr. 29. gr. að öll hús og mannvirki „sem byggð voru árið 1923 eða fyrir“ séu friðuð. Að óbreyttum lögum hefur aldursfriðunin því verið afnumin í tilvikum húsa og mannvirkja og sjálfkrafa friðun „fyrst“ miðað við árið 1923.

II.e. Skilyrðið um meðalhóf

Líkt og Kári Hólmar Ragnarsson hefur fjallað um er almennt gengið út frá því í alþjóðlegum fræðaskrifum um stjórnskipulega meðalhófsreglu að hún feli í sér fjögur skilyrði, þ.e. 1) að hún stefni að lögmætu markmiði, 2) að úrræðið sem beitt er sé í rökrænum tengslum við markmiðið, 3) vægasta úrræðið þarf að vera valið til þess að ná hinu lögmæta markmiði og 4) gæta þarf að meðalhófi í þrengri merkingu (*stricto sensu*).²⁷ Sjaldgæft er að reyni á fyrstu tvö skilyrðin, enda eru þau að einhverju leyti samofin skilyrðinu um almannahagsmuni/almenningsspörf að íslenskum rétti. Seinni tvö skilyrðin eru þau þýðingarmestu en vægi þeirra er ekki alltaf skýrt í dómaframkvæmd hér á landi.

Í neyðarlagaprófinu er innbyggt ákveðið meðalhófsmat, þar sem dómstólar leggja mat á andstæða hagsmuni og vega þá og meta. Grundvallarspurningin hlýtur iðulega að vera sú hvort almannahagsmunirnir séu svo ríkir að þeir réttlæti þá eignarskerðingu sem deilt er um í málinu. Ef takmörkunin er umfangsmikil þarf þungvæg réttlættingarrök. Prófið er þannig í ágætis samræmi við *ffórða* skilyrðið hér að framan, þ.e. meðalhóf í þrengri merkingu. Sá hluti meðalhófsmatsins er jafnframt útgangspunktur í mati MDE á því hvort eignarskerðing standist I. gr. 1. samningsviðauka MSE, þ.e. lagt er mat á hvort sanngjamt jafnvægi (*e. fair balance*) sé á milli þeirra almannahagsmuna sem réttlæta takmörkunina og þeirra einkahagsmuna sem skerðingu sæta.

Almennt er gengið út frá því í fræðaskrifum hér á landi að þriðja skilyrðið, þ.e. vægasta úrræðið til þess að ná hinu lögmæta markmiði, komi til viðbótar við neyðarlagaprófið eða sé að einhverju leyti hluti af því.²⁸ Raunar má halda því fram að við mat á meðalhófi eignamáms og eignarskerðinga hafi megináherslan í dómaframkvæmd Hæstaréttar verið á þriðja skilyrðið, en mjög misjafnt er hvaða mælikvarða er beitt í þeim efnum. Í *Hrd. 12/2000 (Vatneyri)* er vikið að því að tiltekin útfærsla í lögum um stjórn fiskveiða hafi verið samrýmanleg jafnræðisrökum „þótt löggjafinn hafi átt úr fleiri kostum að velja“. Hér beitir Hæstiréttur *vægum mælikvarða* þar sem löggjafanum er veitt svigrúm til þess að velja úr mismunandi kostum, að því gefnu að valið samrýmist jafnræðisrökum og byggist á málefnalegum forsendum. Nokkuð algengt virðist að vægum mælikvarða af þessu tagi sé beitt í dómsmálum sem varða fiskveiðistjórnarkerfið, þar sem svigrúm löggjafans til breytinga á kerfinu er yfirleitt talið rúmt.²⁹ Þá má ítreka það sem segir í *Hrd. 44/2022 (Félag makrílveiðimanna)* um að játa verði löggjafanum „aukið svigrúm“

²⁷ Kári Hólmar Ragnarsson: „Allt kann sá er hófið kann“, Tímarit Lögréttsu 1. tbl. 2017, bls. 159-160.

²⁸ Karl Axelsson og Ásgerður Ragnarsdóttir: *Eignarnám*, bls. 30-31.

²⁹ Kári Hólmar Ragnarsson: „Allt kann sá er hófið kann“, Tímarit Lögréttsu 1. tbl. 2017, bls. 186-187 og Þorgeir Örlýsson, Karl Axelsson og Viðir Smári Petersen: *Eignaréttur I*, bls. 260-270.

til að mæla fyrir um almennar takmarkanir á atvinnuréttindum, einkum þegar um ræðir skipulag atvinnugreina og hvaða leiðir eru valdar til að ná markmiðum um skynsamlega nýtingu auðlinda og vernd umhverfis.

Til samanburðar má nefna að í *Hrd. 425/2008 (Brekka)* var vísað til þess að ef unnt væri að ná markmiði framkvæmdarinnar „með ásættanlegum hætti“ yrði að leggja veg um eigið land ríkisins í stað þess að taka land einkaaðila eignarnámi. Sambærilegt orðalag var notað í *Hrd. 60/2012 (Hverfisgata)* og *Hrd. 173/2015 (Hestamannafélagið Funi)*, en allir dómarnir vörðuðu eignarnám eða jafngildi þess.³⁰ Í dómunum beitir rétturinn *ströngum* mælikvarða og er óljóst hvað átt er við með að annar kostur geti náð markmiðunum með *ásættanlegum* hætti. Að lágmarki er ljóst, samkvæmt umræddum dómum Hæstaréttar, að hinn vægari kostur þarf ekki að ná markmiðunum með 100% árangri, en er átt við að hann þurfi að ná 85% árangri, eða dugar jafnvel 60% árangur?³¹ Dómaframkvæmd veitir ekki skýr svör við þessari spurningu.

Þess má geta að í alþjóðlegum fræðaskrifum um stjórnskipulega meðalhófsreglu er almennt gengið út frá því að hinn vægari kostur verði að ná næsta 100% árangri til þess að vera álitinn kostur sem ríkinu sé skylt að velja.³² Þá er oft vísað til þess sem bandaríski hæstaréttardómarnir Harry Blackmun sagði í samhljóða atkvæði (e. *concurring opinion*) í máli frá 1979: „A judge would be unimaginative indeed if he could not come up with something a little less „drastic“ or a little less „restrictive“ in almost any situation, and thereby enable himself to vote to strike legislation down.“³³

Með öðrum orðum er ávallt hægt að benda á leiðir sem eru hóflegri og geta náð markmiðum löggjafans með ágætis móti. Stóra spurningin er sú hvenær löggjafanum sé *skylt* að velja hinn hóflegri kost. Af framangreindum dómum Hæstaréttar virðist mega draga þá almennu ályktun að atviksbundið sé hvaða mælikvarða verður beitt og fari svigrúmið eftir atvikum. Þannig sé eðlilegt að beita *ströngum mælikvarða* þegar um íþyngjandi eignarskerðingar er að ræða, eins og t.d. eignarnám í þrengri merkingu eða ígildi þess. Hins vegar sé *vægari mælikvarða* beitt þegar um er að ræða þýðingarmikla hagsmuni, á borð við vernd umhverfis og nýtingu auðlinda, eða í tilviki skipulags atvinnugreina, þar sem veita þarf stjórnvöldum svigrúm til pólitískrar stefnumótunar.

³⁰ Í *Hrd. 60/2012 (Hverfisgata)* var deilt um hvort heimilt hefði verið fyrir húsfélag, í samræmi við 55. gr. laga nr. 26/1994 um fjöleignarhús, að skylda eiganda í fjöleignarhúsi til að selja íbúð sína vegna langvarandi slæmrar umgengni og ruslsöfnunar. Ekki var í sjálfu sér um að ræða eignarnám í hefðbundnum skilningi þess orðs, en áhrifin voru þau sömu, þ.e. eigandanum var gert að láta afhendi eign sína.

³¹ Sjá ábendingar Kára Hólmars í þessa veru í „Allt kann sá er hófið kann“, *Tímarit Lögréttu* 1. tbl. 2017, bls. 198.

³² Sjá Aharon Barak: *Proportionality – Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge University Press 2012), bls. 324, þar sem hann segir að aðrir valkostir verði að “fulfill the law’s purpose quantitatively, qualitatively, and probability wise – equally to the means determined by the limiting law itself.”

³³ *Illinois State Bd. of Elections v. Socialist Workers Party*, 440 U.S. 173, 188-189 (1979).

Þess má geta að MDE hefur að mestu forðast að beita þriðja skilyrðinu með afdráttarlausum hætti í tilviki 1. gr. 1. samningsviðauka MSE. Tilvist hóflegri kosts, sem nær markmiðum að stærstum hluta, er ekki úrslitaatriði við meðalhófsmat MDE, heldur kemur hinn hóflegri kostur til skoðunar við mat á því hvort sanngjarns jafnvægis hafi verið gætt á milli andstæðra hagsmuna í málinu.³⁴

Hæstiréttur hefur í sumum tilvikum beitt meðalhófsmati í þrengri merkingu við mat á lögmati takmarkana á eignarrétti. Á þetta ekki síst við í tilvikum þar sem talið er að aðlögunartími eða aðrar mótvægisáðgerðir dragi úr íþyngjandi áhrifum lagasetningar. Í *Hrd. 182/2007 (Björgun)* var t.d. litið sérstaklega til fimm ára aðlögunartíma lagasetningarinnar, en líklega hefði lagasetningin ekki staðist meðalhóf ef takmörkunin hefði verið fyrirvaralaus eða ef gefinn hefði verið skammur tími til aðlögunar, enda voru áhrif hennar mjög íþyngjandi. Einnig má nefna *Hrd. 855/2017 (Gerðarkot)* þar sem héraðsdómur, sem staðfestur var að þessu leyti með vísan til forsendna hans í Hæstarétti, vísaði til atriða í lögum sem horfðu sérstaklega til mildunar á þeim eignarskerðingum sem leiddu af lögum nr. 75/2008 um frístundabyggð og leigu lóða undir frístundahús.

II.f. Úrræði eiganda

Í fræðilegri umfjöllun er almennt gengið út frá því að takmarkanir sem gangi „of langt“ hafi bótaskyldu ríkisins í för með sér. Efast má um að sú regla sé algild, enda eru dæmi úr dómaframkvæmd um að lagaákvæði hafi í reynd verið „ógilt“ með dómi, þ.e.a.s. réttaráhrif úrlausnarinnar svipa til ógildingar ákvæðisins. Í *Hrd. 274/2010 (Sparisjóður Vestmannaeyja)* var afturvirkir lagaákvæði virt að vettugi og því ekki beitt í ágreiningi aðila og í *Hrd. 501/2016 (atvinnuleysisbætur)* var talið að stytting tímabils atvinnuleysisbóta hefði brotið gegn meðalhófsreglu 72. gr. stjkskr. og viðurkennt að styttingin hafi verið óheimil. Í fyrrnefnda dómnum var sérstaklega fjallað um að það hefði verið ein forsenda lagasetningarinnar að ekki væri skylt að bæta eigendum vegna þeirra skerðinga sem lögin fólu í sér. Síðan sagði: „Verður talið að valdheimildir dómstóla standi við þessar aðstæður aðeins til þess að virða lög að vettugi

³⁴ *James o.fl. gegn Bretlandi* (dómur) 21. febrúar 1986 í máli nr. 8793/79 (mgr. 51). Mögulega kann þessi afstaða gagnvart þriðja skilyrðinu að skýrast af stöðu MDE sem alþjóðlegs dómstóls sem veitir aðildarríkjum ákveðið svigrúm til mats þegar kemur að skerðingu réttinda sem varin eru af MSE. Erfitt kann því að vera að heimfæra afstöðu dómstólsins með beinum hætti upp á meðalhófsmat innanlandsdómstóla. Í *Koufaki og Adedy gegn Grikklandi* (ákvörðun) 7. maí 2013 í máli nr. 57665/12 og 57657/12 (mgr. 48) setti MDE afstöðu dómstólsins til þriðja skilyrðisins í samhengi við svigrúm til mats (e. *margin of appreciation*).

að því leyti sem þau teljast andstæð stjórnarskrá, en ekki til þess að þeir leggi til grundvallar dómi að umtalsverð útgjöld vegna bóta falli á ríkissjóð.³⁵

Til sanns vegar má færa að ef lagaákvæði brýtur gegn jafnræðisreglu, lagaáskilnaðarreglu og/eða meðalhófi kunni að vera ótækt að láta það standa og hafa áhrif samkvæmt efni sínu. Þá gætu dómstólar verið komnir inn á svið fjárstjórnarvaldsins ef þeir dæmdu háar skaðabætur, þegar gengið var út frá því við lagasetninguna að lögin hefðu ekki bótaskyldu í för með sér. Kann þá að vera eðlilegra fyrir dómstóla að „ógilda“ viðkomandi laga- eða reglugerðarákvæði með þeim hætti sem gert var í fyrrgreindum málum.

II.g. Afturvirkar eignarskerðingar

Eiginleg bein afturvirkni á í raun eingöngu við í þeim tilvikum þegar löggjöf „spólar til baka“ og breytir atvikum sem þegar eru um garð gengin. Klassíska dæmið er að leggja á nýja eða hærri skatta vegna löngu liðinna gjaldára, sem nú er óheimilt, sbr. 2. mgr. 77. gr. stjkskr. Nokkuð er á reiki í íslenskum rétti hvaða réttaráhrif það hefur þegar lagaákvæði skerðir eignarréttindi með afturvirkum hætti. Ekkert í stjórnarskránni bannar löggjafanum beinlínis að hrófla við eignarréttindum og skerða væntingar. Þegar öllu er á botninn hvolft fela flestar eignarskerðingar í raun í sér röskun á væntingum um framtíðarnot. Fyrir gildistöku hæðartakmarka í skipulagi getur eigandi fært rök fyrir því að hann hafi haft dagdrauma um að byggja skýjakljúfra á landi sínu, en skipulagið hafi raskað þeim framtíðaráformum. Órökrétt væri að banna allar eignarskerðingar sem hefðu í för með sér röskun á væntingum um framtíðarnot.

Hæstiréttur hefur á hinn bóginn almennt goldið varhug við því að *kröfuréttindi* séu skert með afturvirkum hætti. Í *H 549/2002 (öryrkjadómur II)* sagði m.a. að *kröfuréttindi* áfrýjenda nytu verndar 72. gr. stjkskr. „og verða ekki skert með afturvirkri og íþyngjandi löggjöf“. Túlka mætti dóminn á þá vegu að afturvirkni gagnvart *kröfuréttindum* (og jafnvel hvers kyns eignarréttindum) sé með öllu óheimil, en líklega verður að forðast að draga of víðtækar ályktanir í þá veru. Þannig má nefna að í síðari dómaframkvæmd, t.d. *H 600/2011 (Frjálsi fjárfestingarbankinn)*, segir að með almennum lögum sé ekki unnt „með svo íþyngjandi hætti sem á reynir í málinu“ að hrófla með afturvirkum hætti við réttarreglum um efni skuldbindinga og greiðslur skulda frá því sem gildi þegar til þeirra var stofnað og af þeim greitt. Slíkt færi í bága við þá vernd eignarréttinda sem leiði af 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar. Síðarnefndi dómurinn er einnig í betra samræmi við dómaframkvæmd MDE. Hefur dómstóllinn litið svo á

³⁵ Sjá einnig Gaukur Jörundsson: *Um eignarnám*, bls. 35 og 233-234, og Skúli Magnússon: „Íslensk fiskveiðistjóm og réttur eigenda sjávarjarða til fiskveiða“, í *Lögberg – Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands* 2003 (ritstj. Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson), bls. 702-703.

að MSE banni ekki afturvirka takmörkun kröfuréttinda, en að slíkar takmarkanir þurfi sérstaka réttlætingu.³⁶

Afturvirkni horfir jafnframt öðruvísi við í tilvikum atvinnuréttinda en kröfuréttinda. Kröfuréttindi eru samningsbundin og mæla fyrir um greiðslu eða aðra skyldu við nánar tilgreindar aðstæður. Í flestum tilvikum hafa samningsaðilar væntingar til þess að þær skyldur haldi, nema sérstök rök standi til annars. Breytingar á löggjöf eiga því almennt ekki að fella niður eða breyta í verulegum atriðum samningsskuldbindingum, eða öðrum einkaréttarlegum gemingum, sem voru löglegir þegar til þeirra var stofnað. Á hinn bóginn er ljóst að réttarstaða manna ræðst af lögum eins og þau eru hverju sinni, sbr. *Hrd. 655/2016 (Fura)*, og samningsaðilar geta því ekki haft væntingar til þess að réttindi þeirra haldist óbreytt til framtíðar, sérstaklega ekki þegar samningsskuldbindingum er ætlaður langur líftími.

Atvinnuréttindi sem gefin eru út samkvæmt opinberu leyfi njóta lakari verndar að þessu leyti, enda mótast þau einmitt af gildandi lögum og reglum á hverjum tíma, líkt og fjallað verður um í næsta kafla. Laga- eða reglugerðarbreytingar sem hafa áhrif til framtíðar geta því vart talist afturvirkar, nema í undantekningartilvikum, t.d. þegar breyting raskar grundvelli leyfisins. Má í dæmaskyni nefna ef leyfi er háð því að leyfishafi hafi náð 18 ára aldri og lágmarksaldurinn er síðan hækkaður í 25 ár. Slíkt getur falið í sér íþyngjandi og óhóflega afturvirkni ef leyfishafi missir leyfi sitt við breytinguna, þar sem hann hefur ekki náð hinum nýja lágmarksaldri. Á hinn bóginn er ekki útilokað að afturvirknin yrði talin lögmæt við sérstakar aðstæður, s.s. þegar knýjandi rök standa til þess að hækka lágmarksaldurinn. Standa því líkur til þess að breytingar sem þessar yrðu metnar eftir mælikvarða meðalhófs í stað þess að líta svo á að þær séu ólögmæt af þeirri ástæðu einni að þau hafi afturvirk áhrif á grundvallaratriði leyfisins.

II.f. Inntak væntinga handhafa atvinnuréttinda

Ekki þarf að fara fram sérstakt mat á því hvort atvinnuréttindi teljist til réttmætra væntinga í skilningi 72. gr. stjkskr. og 1. gr. 1. samningsviðauka við MSE. Réttmætar væntingar gera ekki annað en að veita rétthafa „eign“ í skilningi umræddra ákvæða, en atvinnuréttindi sem slík eru talin til eignar bæði í dómaframkvæmd Hæstaréttar og MDE, líkt og áður greinir. Veiting atvinnuréttinda gefur handhafa þeirra á hinn bóginn ákveðnar væntingar um að mega stunda starfsemi sína áfram. Sú spurning vaknar þá hvað fólgið sé í þeim væntingum. Ekki hefur verið fjallað ítarlega um þetta að íslenskum rétti eða á vettvangi MDE en nokkrar vísbendingar má þó finna.

³⁶ *Mellacher o.fl. gegn Austurríki* (dómur) 19. desember 1989 í máli nr. 10552/83, 11011/84 og 11070/84 (mgr. 50) og *Bäck gegn Finnlandi* (dómur) 20. júlí 2004 í máli nr. 37598/97 (mgr. 68).

Leyfishafar hafa *ekki* væntingar um að geta stundað starfsemina án breytinga eða raskana á gildistíma hinna opinberu leyfa, heldur getur starfsemin tekið breytingum í samræmi við lög og reglugerðir eins og þær eru á hverjum tíma, sbr. þá meginreglu sem leiða má af fyrnefndum *Hrd. 655/2016 (Fura)*. Er þetta væntanlega það sem Hæstiréttur átti við þegar hann vísaði til þess í *Hrd. 44/2022 (Félag makrílveiðimanna)* að vernd atvinnuréttinda væri takmarkaðri en vernd hefðbundinna eignarréttinda. Sigurður Lindal segir einnig í grein sinni *Um lagaskil og afturvirkni laga* að sá sem nýtur atvinnuréttinda í skjóli einkaréttar verði að „sætta sig við nýja löggjöf þótt henni fylgi einhver skerðing einkaréttinda, enda ætti slík löggjöf oftast rætur í breyttum aðstæðum í þjóðfélaginu.“³⁷ Með sama hætti ætti leyfishafi í tilviki hefðbundinna leyfisveitinga „ekki kröfu til að halda slíkum rétti óbreyttum hvað sem lagasetningu líður“ og verða leyfishafar „að lúta eðlilegum breytingum eftir því sem almannahagsmunir krefjast hverju sinni.“³⁸

Í þessu samhengi má nefna að fyrirtæki hafa oft þurft að þola *verulegar* skerðingar á atvinnuréttindum, án bóta, einkum í tilviki aðkallandi samfélagshagsmuna. Í íslenskri dómafrankvæmd er *Hrd. 182/2007 (Björgun)* skýrt dæmi um þetta, þar sem leyfi var í reynd stýtt úr 30 árum í 15 ár í þágu umhverfismarkmiða. Hafði þar afgerandi þýðingu að leyfið hélt gildi sínu í fimm ár frá gildistöku laganna og gaf því fyrirtækinu ákveðinn aðlögunartíma. Þá hefur MDE jafnframt talið að heimilt sé að stytta eða fella niður leyfi til tiltekins reksturs ef gefinn er hæfilegur aðlögunartími, sbr. m.a. *Fredin gegn Svíþjóð*.³⁹

Þá er heimilt að líta til þess við hverju handhafi réttindanna megi búast um lagaþróun til framtíðar lítið. Lítið hefur reynt á sjónarmið af þessu tagi hér á landi, ef frá eru talin mál sem snúa að fiskveiðistjórnunarkerfinu og þá fyrirvara sem eru gerðir um myndun eignarréttar samkvæmt 1. gr. laga nr. 116/2006 um stjórn fiskveiða. Á hinn bóginn hefur nokkuð reynt á þessi sjónarmið í dómafrankvæmd MDE. Í ákvörðun MDE í máli *C.E.M. Firearms o.fl. gegn Bretlandi* taldi dómstóllinn að þeir sem ráku skotsvæði hefðu ekki getað búist við að skammbyssur yrðu löglegar alla tíð, m.a. vegna þess að þrengt hefði verið talsvert að slíkri byssueign þar til að þær voru að endingu bannaðar árið 1997.⁴⁰ Þá var lítið til þess í áðurnefndum dómi í *Fredin gegn Svíþjóð* að handhafi atvinnuréttindanna hafði fjárfest í rekstrinum eftir að tiltekin lög tóku gildi sem opnuðu á það að leyfin yrðu afturkölluð að tíu

³⁷ Sigurður Lindal: „Um lagaskil og afturvirkni laga“, Úlfjótur 1. tbl. 2006, bls. 60-61.

³⁸ Sigurður Lindal: „Um lagaskil og afturvirkni laga“, Úlfjótur 1. tbl. 2006, bls. 61.

³⁹ *Fredin gegn Svíþjóð* (dómur) 18. febrúar 1991 í máli nr. 12033/86 (mgr. 51-55).

⁴⁰ *C.E.M. Firearms Limited og Bradford Shooting Centre o.fl. gegn Bretlandi* (ákvörðun) 26. september 2000 í máli nr. 37674/97 og 37677/97.

árum liðnum.⁴¹ Loks má geta þess að í *Pine Valley Developments Ltd o.fl. gegn Írlandi* vísaði MDE til þess að kærendur í málinu væru í atvinnurekstri (e. *on a commercial venture*) og að í eðli þess fælist ákveðin áhætta.⁴²

II.i. Skylda til að leggja mat á hvort áformuð lagasetning samrýmist stjórnarskrá

Í *Hrd. 20/2022 (Fossatún II)* taldi Hæstiréttur að sú stjórnskipulega skylda hvíldi á löggjafanum að leggja mat á hvort áformuð lagasetning, sem horfir til takmarkana á stjórnarskrárvörðum réttindum, samrýmist ákvæðum stjórnarskrár og öðrum meginreglum stjórnskipunarréttar, svo sem jafnræði og meðalhófi. Í dóminum taldi Hæstiréttur að löggjafinn hefði ekki sinnt „stjórnskipulegri skyldu sinni til að meta hvort lagasetning rúmaðist innan þeirra marka sem stjórnarskráin setur“ (mgr. 56), auk þess sem vísað var til krafna til „skýrleika og vandaðs undirbúnings lagaheimilda sem kunna að takmarka stjórnarskrárvarin mannréttindi“ (mgr. 59).

Dómurinn er ekki skýr um það við hvaða aðstæður löggjafanum er skylt að leggja mat á framangreind atriði og hvort það sé atvikabundið hversu ítarlegt matið þarf að vera.⁴³ Í umræddu máli var deilt um afmarkaða breytingu á einu lagaákvæði sem gat augljóslega haft þýðingu fyrir réttindi tiltekinna félagsmanna veiðifélags. Þá virðist hafa skipt máli að sjónarmiðum um stjórnskipulegt gildi lagabreytingarinnar var *enginn* gaumur gefinn í lagasetningarferlinu. Jafnframt virðist vanræksla þessarar skyldu ekki hafa í för með sér að litið væri framhjá lagaákvæðinu, heldur voru áhrifin einkum á lögskýringu ákvæðisins, þannig að það var skýrt og því beitt á þann hátt sem samrýmdist best stjórnarskrárvörðum mannréttindum hins ósátta félagsmanns í veiðifélaginu.

Sjónarmið Hæstaréttar um stjórnskipulega skyldu til að meta hvort lagasetning rúmist innan þeirra marka sem stjórnarskráin setur ríma ágætlega við þá stefnumörkun MDE að svigrúm aðildarríkja til skerðinga á mannréttindum geti farið eftir því hversu vel var vandað til verka við undirbúning lagasetningarinnar. Svigrúm til mats er víðtækt þegar vandað var til undirbúnings lagasetningar, en þrengra ef undirbúningurinn er óvandaður.⁴⁴

⁴¹ *Fredin gegn Svíþjóð* (dómur) 18. febrúar 1991 í máli nr. 12033/86 (mgr. 54).

⁴² *Pine Valley Developments Ltd o.fl. gegn Írlandi* (dómur) 29. nóvember 1991 í máli nr. 12742/87 (mgr. 59).

⁴³ Dómurinn tók þó fram í mgr. 56 að í almennum athugasemdum frumvarpsins sem varð að lögum nr. 61/2006 um lax- og silungsveiði hefði verið að „finna vandað mat á því hvemig lagafyrirmæli um skylduaðild að veiðifélögum stæðust áskilnað 74. gr. stjórnarskrárinnar og 11. gr. mannréttinasáttmála Evrópu um neikvætt félagafrelsi.“

⁴⁴ Sjá um þessa dómafrákvæmd MDE t.d. Kári Hólmar Ragnarsson: „Skipta gæði lagasetningar máli við endurskoðun dómstóla á stjórnskipulegu gildi laga?“, *Úlfjótur* 2. töl. 2021, bls. 219-250.

II.j. Samantekt

Til að draga framangreint saman má segja að það sé eitt vandmeðfarnasta verkefni eignarréttarins að meta hvenær lagafyrirmæli ganga „of langt“ í skerðingu eignarréttinda. Um er að ræða heildarmat sem fer eftir atvikum hverju sinni og kann þar m.a. að ráða hvernig lög koma til framkvæmda, auk þess sem stefnur og straumar geta haft áhrif á túlkun 72. gr. stjkskr. frá einum tíma til annars. Dómar Hæstaréttar hafa að mestu varðað atviksbundnar aðstæður og erfitt er að draga afgerandi ályktanir af þeim um inntak þeirrar verndar sem eigendur njóta gagnvart eignarskerðingum löggjafans og framkvæmdarvaldsins. Meðalhófsreglan er auk þess á reiki þar sem ekki liggur fyrir hversu miklum árangri hinn vægari kostur þarf að ná til þess að ríkinu sé *skyld* að velja hann og virðist mismunandi mælikvörðum beitt. Þá er ekki fullt samræmi í dómaframkvæmd um hversu strangar lagaáskilnaðarreglur 72. og 75. gr. stjkskr. eru. Við þetta allt bætist að Hæstiréttur hefur nýlega komist að þeirri niðurstöðu að *stjórnskipuleg skylda* hvíli á löggjafanum um að meta hvort áformuð lagasetning samrýmist ákvæðum stjórnarskrár, en óljóst er hversu ítarleg sú skoðun þarf að vera.

Allt dregur þetta úr möguleikum lögfræðinga til þess að meta með afgerandi hætti hvort lagaákvæði sem skerða atvinnuréttindi standist stjórnarskrá. Inn í þetta spilar einnig sú staðreynd að löggjöf getur á *yfirborðinu* virst hófleg og sanngjörn, en við framkvæmd laganna komi þau, annaðhvort af almennum eða tilfallandi ástæðum, með íþyngjandi hætti niður á tilteknum aðilum. Kann t.d. að hafa áhrif hvernig lögunum er beitt og þau túlkuð af viðkomandi stjórnvöldum.

Þrátt fyrir framangreint má draga ákveðnar grunnályktanir af dómaframkvæmd Hæstaréttar. Orða má það sem svo að bætur (eða önnur úrræði) komi eingöngu til greina í undantekningartilvikum og eru tilvikin raunar fremur fá þar sem bætur hafa verið dæmdar. Meginreglan er því sú að eigendur þurfi að hlíta lagafyrirmælum, eins og aðrir borgarar, án þess að greiða þurfi þeim sérstaklega fyrir þá löghlýðni. Þá má ganga út frá því að svigrúm löggjafans við val á úrræðum sé meira en ella þegar kemur að skipulagi atvinnugreina sem hafa mikla samfélagslega þýðingu. Svigrúmið er einnig meira þegar eignarskerðing er almenn og ekki mjög íþyngjandi en þegar eignarskerðingin er þungbær og kemur niður á fáum.

Til þess að gera greininguna skýrari og markvissari verður þess í næsta kafla freistað að draga fram hvernig fyrrgreind sjónarmið horfa með *almennum hætti* við frumvarpi til laga um lagareldi.

III. ALMENN ATRÍÐI VARÐANDI EIGNARSKERÐINGAR FRUMVARPSINS

Ef leitast er við að heimfæra fyrrgreind sjónarmið upp á frumvarp til laga um lagareldi er ljóst að þau sjókvíaeldisfyrirtæki sem hafa fengið opinbert leyfi til að stunda starfsemi sína eru eigendur atvinnuréttinda sem njóta verndar 72. gr. og 75. gr. stjkskr. Þá er ljóst að frumvarpinu er ætlað að þjóna almannahagsmunum, m.a. um umhverfisvernd og dýravelferð. Er frumvarpinu jafnframt ætlað að ná jafnvægi á milli annars vegar hagsmuna sjókvíaeldisfyrirtækja og hins vegar hagsmuna veiðiréttarhafa á grundvelli laga nr. 61/2006 um lax- og silungsveiði. Ekki verður því frekar fjallað um skilyrðið um almannahagsmuni, en í öðrum hlutum álitserðarinnar verður lagt mat á hvort tiltekin frumvarpsákvæði samrýmist meginreglum um jafnræði og meðalhóf.

Fyrirtæki sem njóta atvinnuréttinda hafa að nokkru marki væntingar til þess að geta stundað starfsemi sína áfram. Á hinn bóginn hafa þau ekki væntingar um að geta stundað starfsemina án breytinga eða raskana á gildistíma hinna opinberu leyfa, heldur getur starfsemin tekið breytingum í samræmi við lög og reglugerðir eins og þær eru á hverjum tíma. Breyting á lagaumhverfi er almennt talin framvirk. Á þessum sjónarmiðum er raunar sérstaklega hnykkt í gildandi rekstrarleyfum fyrir sjókvíaeldi. Þannig segir í 14 af 15 leyfum (áherslubreytingar undirritaðs): „Rekstrarleyfið er háð skilyrðum laga nr. 71/2008 um fiskeldi og reglugerða og annarra stjórnvaldsreglna, **sem kunna að verða settar á grundvelli laganna**, sem og þeim breytingum sem **kunna að vera gerðar á lögum og reglugerðum.**“⁴⁵

Við þetta bætist að ýmis atvik leiða til þess að ekki á að koma sjókvíaeldisfyrirtækjum á óvart að gerðar séu nokkuð viðamiklar breytingar á starfsemi þeirra. Sjókvíaeldi hefur vaxið verulega fiskur um hrygg á undanförmum árum og hefur löggjafinn átt í fullu fangi við að halda í við þróunina. Nokkuð miklar breytingar voru gerðar á lögum nr. 71/2008 með lögum nr. 49/2014, þar sem kynnt voru til sögunnar ákvæði um burðarþolsmat o.fl. Þá voru mjög umfangsmiklar breytingar gerðar með lögum nr. 101/2019, m.a. voru sett ný ákvæði um áhættumat erfðablöndunar. Í núgildandi lögum eru nokkuð víðtækar heimildir til þess að endurskoða og breyta rekstrarleyfum, t.d. ef breytingar verða á áhættumati erfðablöndunar eða burðarþolsmati, sbr. 4. mgr. 6. gr. a. og 3. mgr. 6. gr. b. laga nr. 71/2008. Einnig er almenn heimild fyrir Matvælastofnun að endurskoða rekstrarleyfi reglulega, sbr. 1. mgr. 10. gr. laganna. Þessu öllu til viðbótar var við gildistöku laga nr. 101/2019 bætt við bráðabirgðaákvæði VIII þar sem segir: „Lög þessi skal endurskoða eigi síðar en 1. maí 2024“. Ákvæðið bættist við

⁴⁵ Í eina leyfinu sem er í gildi og var gefið út fyrir gildistöku laga nr. 101/2019 (FE-1105, gefið út 6. maí 2016, og leyfishafi er Amarlax ehf.) er setningin ekki eins afdráttarlaus, en þar segir: „Rekstrarleyfið er háð skilyrðum reglugerða og annarra stjórnvaldsreglna, sem kunna að verða settar á grundvelli laga [nr.] 71/2008 um fiskeldi.“

frumvarpið í meðförum þingsins og má af nefndaráliti meiri hluta atvinnuveganefndar ráða að nefndin hafi talið nauðsynlegt að löggin héldu í við þróun og framfarir í greininni og stefnt skyldi að því að eldi á frjóum laxi yrði í framtíðinni „eingöngu stundað í lokuðum og hálflokuðum kvíum.“⁴⁶

Þrátt fyrir hinar miklu breytingar sem gerðar voru á lögnum 2014 og 2019 var það niðurstaða stjórnsluúttektar Ríkisendurskoðunar í janúar 2023 að breytingarnar hefðu „að takmörkuðu leyti náð markmiðum sínum.“ Hvorki hefði „skapast aukin sátt um greinina né hafa eldissvæði eða heimildir til að nýta þann lífmassa sem talið er óhætt að ala á tilteknum hafsvæðum verið úthlutað með útboði af hálfu matvælaráðherra.“ Einnig sagði: „Samþjöppun eignarhalds, stefnulaus uppbygging og rekstur sjókvía á svæðum sem vinna gegn því að auðlindin skili hámarks ávinningi fyrir ríkissjóð hefur fest sig í sessi án mikillar umræðu eða atbeina stjórnvalds.“

Þá hefur átt sér stað mikil vinna á árinu 2023 við stefnumótun lagareldis til ársins 2040. Í stefnumótuninni, sem kynnt var í október 2023, er fjallað um ýmis þau efnisatriði sem lagt er til að lögfest verði með frumvarpinu, t.d. með innleiðingu hvata fyrir rekstraraðila til að stunda framleiðsluáferðir sem draga úr afföllum, lúsaálagi og lyfjameðhöndlun. Þessu til viðbótar má nefna að tveir stórir strokatburðir hafa átt sér stað hér á landi, þ.m.t. sá sem uppgötvaðist í ágúst 2023 og er talið að yfir 3 þúsund laxar í sláturstærð hafi strokið úr sjókvíum. Í kjölfarið fannst strokulax á stóru svæði víðs vegar um landið.

Í ljósi edlis starfseminnar, þróun lagaumhverfisins og pólitískrar stefnumótunar má fullyrða að sjókvíaeldisfyrirtæki geti ekki haft væntingar um að stunda starfsemi sína með óbreyttu sniði. Þvert á móti ættu framangreindir þættir að gefa fyrirtækjunum *aukið* tilefni til þess að búast við breytingum, og jafnvel grundvallarbreytingum, í þágu samfélagslegra markmiða. Fyrirtækin ættu raunar að vera að búa sig undir hina auknu lagalegu áhættu og hljóta að hafa leiðir til þess að verðleggja áhættuna eða grípa til annarra ráðstafana til að draga úr áhrifum hennar.

Ef rýnt er nánar í þær eignarkerðingar sem boðaðar eru með hinu nýju frumvarpi þarf auðvitað að skoða hvert tilvik fyrir sig, en með *almennum hætti* má draga fram ákveðin kjamaatriði. Mikilvægt er að taka fram að breytingarnar fela *ekki* í sér eignamám í hinni þrengri merkingu. Eigendur eru ekki *sviptir* atvinnuréttindum samkvæmt frumvarpinu – þvert á móti munu þeir öðlast ótímabundin leyfi við gildistöku laganna, sbr. bráðabirgðaákvæði VI frumvarpsins. Þótt rekstrarleyfishafar geti við ákveðnar aðstæður misst rekstrarleyfið sitt, sbr. nánari umfjöllun í kafla IV um bráðabirgðaákvæði I og II, er ólíklegt að litið yrði á lagaákvæðin

⁴⁶ Þskj. 1573 – 647. mál, 149. löggjafarþing 2018-2019.

sem eignarnám í þrengri merkingu. Hæstiréttur leit svo á í *Hrd. 182/2007 (Björgun)* að 15 ára stytting á leyfi, sem hafði þau áhrif að leyfið féll niður, væri eignarskerðing en ekki eignarnám. Þá virðist Hæstiréttur ekki hafa litið svo á í *Hrd. 1964:573 (sundmarðaelði)* að um eignarnám hafi verið að ræða, þótt lagt hafi verið bann við umræddum atvinnurekstri.⁴⁷ Þá hefur MDE almennt litið svo á að niðurfelling leyfis falli undir svokallaða stjórnunarreglu (e. *control of use*) en ekki þá reglu sem tekur til eignarnáms í þrengri merkingu (e. *deprivation*).⁴⁸

Samkvæmt þessu færi mat á eignarskerðingum frumvarpsins eftir *neyðarlagaprófinu* og koma þá einnig til skoðunar sjónarmið sem hafa birst í öðrum dómum, eins og t.d. *Hrd. 182/2007 (Björgun)* og *Hrd. 44/2022 (Félag makrílveiðimanna)*. Í því sambengi myndi skipta máli að frumvarpið felur í sér almennar lagareglur sem hafa áhrif á öll sjókvíaeldisfyrirtæki. Ákveðnar lagareglur, eins og bráðabirgðaákvæði I og II, koma sérstaklega niður á tilteknum fyrirtækjum, en það verður nánar skoðað í kafla IV.

Þá er ljóst að svigrúm löggjafans við lagasetningu í tilviki sjókvíaeldis er verulegt, m.a. með hliðsjón af þeim sjónarmiðum sem áður er getið. Sjókvíaeldi hefur áhrif á fjölbreytta hagsmuni, bæði einka- og almannahagsmuni. Hin jákvæðu áhrif starfseminnar eru t.d. þau að útflutningsverðmæti atvinnugreinarinnar eru talsverð, um 40 milljarðar króna árlega, og er viðbúið að þau aukist á komandi árum. Þá hefur starfsemin haft jákvæð áhrif á búsetu, atvinnu og félagsleg gæði á þeim stöðum sem starfsemin fer fram, og þar í kring. Á hinn bóginn er um að ræða atvinnurekstur sem getur óumdeilanlega haft í för með sér tjón á almanna- og einkahagsmunum, jafnvel þótt gripið sé til allra varúðarráðstafana. Þar sem starfsemin fer ekki fram í lokuðum kvíum, heldur á hafi úti, hefur hún ákveðna hættueiginleika í för með sér, t.d. vegna strokatburða sem geta haft áhrif á vistkerfi og villta fiskistofna, auk þess sem úrgangur frá starfseminni getur haft neikvæð áhrif á sjávarbotn. Í húfi eru því sjónarmið á borð við dýravelferð, líffræðilega fjölbreytni og umhverfisvernd í viðtækum skilningi, auk þess sem veiðiréttarhafar á grundvelli laga nr. 61/2006 um lax- og silungsveiði geta orðið fyrir tjóni, einkum ef frjór eldislax sleppur. Réttindi veiðiréttarhafa njóta vermdar eignarréttarákvæðis stjórnarskrárinnar og á grundvelli 1. gr. 1. samningsviðauka við MSE hvílir á ríkinu *jákvæð skylda* að sjá til þess að umræddir eigendur geti notið eigna sinna með raunverulegum og

⁴⁷ Dómurinn er ekki afdráttarlaus um þetta. Gengið var út frá því í dómi héraðsdóms að um almenna takmörkun væri að ræða og virðist Hæstiréttur taka undir þær forsendur (þ.e. rétturinn segist gera tiltekna athugasemdir, en staðfestir hinn áfýrjaða dóm að svo búnu). Þá fær eigandinn ekki bætt „atvinnuspjöll“, en ef um eignarnám hefði verið að ræða hefði hann átt rétt á *fullum bótum* samkvæmt 72. gr. stj.skr.

⁴⁸ *Tre Traktörer Aktiebolag gegn Svijþjóð* (dómur) 7. júlí 1989 í máli nr. 10873/84 (mgr. 55) og *Fredin gegn Svijþjóð* (dómur) 18. febrúar 1991 í máli nr. 12033/86 (mgr. 47).

raunhæfum hætti.⁴⁹ Þetta þýðir þó ekki að skylda hvíli á löggjafanum að banna sjókvíaeldi til þess að vernda hagsmuni veiðiréttarhafa, enda væri eignarréttindum sjókvíaeldisfyrirtækja með því förnað í þágu hagsmuna annarra eigenda. Skyldan felst í því að tryggja jafnvægi á milli þessara andstæðu einkahagsmuna, á sama tíma og almannahagsmunir eru tryggðir.

Samkvæmt þessu eru ýmis atriði sem mæla með því að löggjafanum sé gefið *aukið* svigrúm til eignarskerðinga í tilviki sjókvíaeldis. Í *fyrsta lagi* hefur starfsemin ákveðna *hættueiginleika* í för með sér og er almennt viðurkennt að löggjafinn hafi mjög ríkt svigrúm til þess að setja takmarkanir og bönn sem draga úr eða koma í veg fyrir skaðsemi af atvinnurekstri. Í *öðru lagi* er frumvarpinu ætlað að tryggja sérstaklega mikilvæga almannahagsmuni, á borð við umhverfisvernd, þar sem löggjafanum er almennt játað talsvert svigrúm.⁵⁰ Hefur MDE t.d. komist svo að orði að eignarréttur eigi ekki að njóta forgangs fram yfir almannahagsmuni á borð við umhverfisvernd.⁵¹ Í *þriðja lagi* er um að ræða skipulag heillar atvinnugreinar sem hefur augljósa og mikla þýðingu fyrir almenning. Veita þarf stjórnvöldum svigrúm til pólitískrar stefnumótunar sem tekur mið af fjölbreyttum þáttum og óhjákvæmilega þarf að gæta jafnvægis á milli stríðandi hagsmuna og skoðana, m.a. með málamiðlunum. Löggjafinn er raunar ekki í öfundsverðri stöðu, þar sem hann þarf að tryggja sanngjarnt jafnvægi milli þessara ólíku einka- og almannahagsmuna. Þessi flókna staða ætti almennt að gefa löggjafanum ríkara svigrúm en ella til takmarkana og reglusetningar. Í *fjórða lagi* hlýtur að skipta verulegu máli við allt mat á eignarskerðingum og meðalhófi að rekstrarleyfishafar munu öðlast ótímabundin leyfi við gildistöku laganna, sbr. bráðabirgðaákvæði VI, og munu þeir fara með *einkarétt* á sínu smitvarnasvæði. Frumvarpið mun því í reynd færa eldisfyrirtækjunum *umtalsverð verðmæti*, en á sama tíma þurfa þau að taka á sig þær auknu byrðar og skyldur sem leiða munu af frumvarpinu. Er í því sambandi tekið undir það sem segir í athugasemdum með 33. gr. frumvarpsins: „Er hér miðað við það, sem eðlilegt er, að auknum og betri réttindum fylgi aukin ábyrgð og skyldur.“

⁴⁹ Sjá umfjöllun um jákvæðar skyldur t.d. í D.J. Harris o.fl.: „Harris, O’Boyle and Warbrick Law of the European Convention on Human Rights“ (5. útg. 2023), bls. 872-876.

⁵⁰ Sjá *Hrd. 182/2007 (Björgun)* og *Hrd. 44/2022 (Félag makrílveiðimanna)*.

⁵¹ Sjá *Hamer gegn Belgíu* (dómur) 27. nóvember 2007 í máli nr. 21861/03 þar sem sagði í mgr. 78: „The Court notes that this case concerns rules applicable to town and country planning and environmental protection, areas in which the States enjoy a wide margin of appreciation.“ Þá segir eftirfarandi í mgr. 79 (dómatilvísanir felldar brott): „It reiterates that while none of the Articles of the Convention is specifically designed to provide general protection of the environment as such [...], in today’s society the protection of the environment is an increasingly important consideration [...]. The environment is a cause whose defence arouses the constant and sustained interest of the public, and consequently the public authorities. Financial imperatives and even certain fundamental rights, such as ownership, should not be afforded priority over environmental protection considerations, in particular when the State has legislated in this regard. The public authorities therefore assume a responsibility which should in practice result in their intervention at the appropriate time in order to ensure that the statutory provisions enacted with the purpose of protecting the environment are not entirely ineffective.“

Áður en farið er í að svara einstökum spurningum álitseiddinnar telur undirritaður rétt að koma á framfæri tveimur almennum ábendingum um frumvarpið, sem snerta atriði sem horft gætu til skýringar á efni þess.

Annars vegar kann að vera skynsamlegt að taka saman með skýrum hætti hvernig umskiptin verða á milli gildandi laga og frumvarpsins, verði það að lögum. Tekið er að einhverju leyti tillit til þessara þátta í bráðabirgðaákvæðum frumvarpsins, en nokkrar spurningar standa þó enn, t.d. hvernig 1. og 2. mgr. 64. gr. frumvarpsins horfir við fyrirtækjum sem þegar eru rekstrarleyfishafar. Jafnframt væri til skýringar ef það lægi nokkum veginn fyrir hvenær rekstrarleyfishafar þurfa að laga starfsemi sína að fullu að þeim efnisákvæðum frumvarpsins sem geta haft veruleg áhrif á rekstur og rekstrarleyfi þeirra, t.d. varðandi laxahlut, afföll og laxalús.

Hins vegar væri skynsamlegt að skoða hvernig frumvarpið samræmist þeim sjónarmiðum sem fram koma í *Hrd. 20/2022 (Fossatún II)* og varða stjórnskipulega skyldu til þess að leggja mat á hvort löggjöf samrýmist ákvæðum stjórnarskrárinnar. Frumvarpið er í formi heildarlaga og verði það að lögum koma þau til með að hafa í för með sér töluverða breytingu á skipulagi sjókvíaeldis. Fyrirgreindur dómur veitir ekki vísbendingar um hversu víðtæk hin stjórnskipulega skylda er við þessar aðstæður. Þannig er ljóst að mörg ákvæði frumvarpsins hafa eða geta haft í för með sér takmörkun á stjórnarskrárvörðum réttindum fiskeldisfyrirtækja. Næsta ógeringur væri að leggja fyrirfram mat á stjórnskipulegt gildi allra slíkra takmarkana, auk þess sem það myndi gera lagasetningarferlið afar tyrfið og íþyngjandi. Fyrir liggur að vandað hefur verið til verka við vinnslu frumvarpsins og ítarlegt samráð haft á undirbúningsstigi þess, líkt og rakið er ítarlega í 5. kafla almennra athugasemda við frumvarpið. Á meðan frumvarpið var til umsagnar á samráðsgátt bárust um 300 umsagnir frá einstaklingum, fyrirtækjum, hagsmunaaðilum, stjórnvöldum og sveitarfélögum. Meginefni athugasemdanna er rakið í 5. kafla almennra athugasemda frumvarpsins og er jafnframt ljóst af þeirri umfjöllun að umtalsvert tillit hefur verið tekið til sjónarmiða umsagnaraðila. Í umsögnum er vikið að öllum þeim atriðum sem eru til umfjöllunar í álitserð þessari og hefur ráðuneytið tekið afstöðu til umræddra sjónarmiða. Þá á frumvarpið eftir að sæta þinglegri meðferð þar sem viðbúið er að fram fari ítarleg umræða og skoðanaskipti í þingsal, hjá viðkomandi þingnefnd og innan þingflokka.

Framangreint hlýtur að hafa mikla þýðingu við mat á því hvort löggjafinn hafi við setningu laganna gætt að skyldu sinni til að leggja mat á hvort áformuð lagasetning samrýmist ákvæðum stjórnarskrár. Á hinn bóginn má benda á að umfjöllunin í 4. kafla athugasemda frumvarpsins um samræmi við stjórnarskrá og alþjóðlegar skuldbindingar er fremur knöpp og almenns eðlis. Víða er þó á öðrum stöðum í frumvarpinu vikið að nauðsyn þeirra breytinga sem frumvarpið

felur í sér (sjá t.d. 3. kafla almennra athugasemda frumvarpsins). Með hliðsjón af framangreindu telur undirritaður að rétt sé, a.m.k. til öryggis, að gera umfjöllunina í 4. kafla athugasemda frumvarpsins ítarlegri, þannig að teknar séu saman helstu breytingar frá gildandi lögum sem horfa til takmarkana á eignarrétti og atvinnufrelsi rekstrarleyfishafa og mat lagt á þau sjónarmið sem leiða af *Hrd. 20/2022 (Fosstatún II)*. Líklega snýst þetta einkum um að taka saman ýmis sjónarmið og rök sem finna má á öðrum stöðum frumvarpsins, þannig að þau myndi heildstæða greiningu á stjórnskipulegum álitaeftum.

IV. SVÖR VIÐ EINSTAKA SPURNINGUM ÁLITSBEIÐNINNAR

1. Breytingar á eldisheimildum rekstrarleyfishafa vegna lækkunar á burðarþolsmati með þeim hætti sem fram kemur í frumvarpinu, sbr. 5. gr.

Samkvæmt umræddu ákvæði frumvarpsins er skylt að endurskoða rekstrarleyfi ef burðarþolsmat „lækkar“ og skal gefa rekstrarleyfishöfum hæfilegan frest til aðlögunar, sem ekki skal vera lengri en 24 mánuðir.⁵² Ljóst er að burðarþolsmat er einn af grundvallarþáttum frumvarpsins, eins og í núgildandi lögum. Burðarþolsmat mælir hvort og þá að hvaða marki vatnshlot eða önnur afmörkuð hafsvæði geti tekið á móti auknu álagi af völdum sjókvía- eða hafeldis án þess að það hafi óaskileg áhrif á vistkerfi og þannig að viðkomandi vatnshlot uppfylli umhverfismarkmið sem sett eru fyrir það samkvæmt lögum nr. 36/2011 um stjórn vatnamála, sbr. 3. tölul. 3. gr. frumvarpsins. Um er að ræða vísindalegt mat sem framkvæmt er af Hafrannsóknastofnun og er ekki háð sérstöku mati ráðherra. Þá kemur fram í frumvarpinu að endurskoða skuli burðarþolsmat svo oft sem þurfa þykir „til dæmis ef niðurstöður vöktunar eða rannsókna gefa tilefni til“, en eigi sjaldnar en á sex ára fresti.

Frumvarpsgreinin felur ekki í sér mikla breytingu frá núverandi lagaumhverfi. Þannig er sérstök heimild í 3. mgr. 6. gr. b. laga nr. 71/2008 til endurskoðunar rekstrarleyfa ef breytingar verða á burðarþolsmati og eru jafnframt ítarleg ákvæði um breytingu rekstrarleyfa í 24. gr. reglugerðar nr. 540/2020 um fiskeldi. Þá er sérstaklega áréttað í texta 12 af 15 rekstrarleyfum sjókvíaeldisfyrirtækja að heimilt sé að endurskoða forsendur leyfisins ef breytingar verða á burðarþolsmati. Einnig má geta þess að útgefanda starfsleyfis er heimilt að endurskoða og breyta starfsleyfi áður en gildistími þess er liðinn vegna breyttra forsendna, sbr. 2. mgr. 5. gr. reglugerðar nr. 550/2018 um losun frá atvinnurekstri og mengunarvarnaeftirlit, sbr. og einnig 15. gr. laga nr. 7/1998 um hollustuhætti og mengunarvarnir. Í flestum starfsleyfum Umhverfisstofnunar vegna sjókvíaeldis virðist yfirleitt minnst á að heimilt sé að endurskoða

⁵² Fresturinn hefur verið lengdur úr 18 í 24 mánuði miðað við upphaflegt frumvarp.

starfsleyfi þeirra ef „burðarþolsmat svæðisins er metið of lítið fyrir rekstur stöðvarinnar.“ Til hliðsjónar má einnig nefna að endurskoðunarheimild leyfa á grundvelli 4. mgr. 28. gr. laga nr. 36/2011 um stjórn vatnamála er fremur opin, en samskonar heimildir eru þrengri í 17. gr. laga nr. 57/1998 og 2. mgr. 6. gr. raforkulaga nr. 65/2003.

Ekki eru efni til þess, að mati undirritaðs, að telja 5. gr. frumvarpsins ógna atvinnuréttindum sjókvíaeldisfyrirtækja. Burðarþolsmat er forsenda fyrir útgáfu rekstrarleyfa og er eðlilegt að þau sæti endurskoðun til samræmis við þær breytingar sem kunna að koma fram á matinu, eins og núgildandi lög gera ráð fyrir. Þá er fyrirtækjum gefinn hæfilegur frestur til aðlögunar, en til samanburðar má nefna að ekki er gert ráð fyrir því í lögum nr. 7/1998, eða reglugerð nr. 550/2018, að fyrirtæki hafi svigrúm til aðlögunar að nýjum skilyrðum í starfsleyfi. Þótt fram komi í ákvæðinu að endurskoða skuli burðarþolsmat „svo oft sem þurfa þykir“ er stjórnvöldum ekki veittar fjálsar hendur í þeim efnum. Ákvörðun um endurskoðun þarf að byggja á málefnalegum sjónarmiðum, sem m.a. taka mið af markmiðum frumvarpsins. Þá eru í frumvarpsákvæðinu nefnd ákveðin tilvik sem hafa má til hliðsjónar við mat á þörf fyrir endurskoðun, s.s. ef niðurstöður vöktunar eða rannsókna gefa tilefni til.

2. Breytingar á eldisheimildum rekstrarleyfishafa vegna lækkunar á áhættumati erfðablöndunar með þeim hætti sem fram kemur í frumvarpinu, sbr. 6. gr.

Um þessa spurningu vísast að mestu til þess sem áður hefur komið fram um burðarþolsmat. Áhættumat erfðablöndunar er vísindalegt mat sem er grundvallarþáttur í núgildandi lögum og ekki er ætlunin að breyta því með frumvarpinu. Matið er nauðsynlegt til þess að tryggja verndun vistkerfisins og er einnig nauðsynlegur hlekkur til þess að skapa jafnvægi á milli hagsmuna sjókvíaeldis og veiðiréttarhafa samkvæmt lögum nr. 61/2006 um lax- og silungsveiði. Í núgildandi lögum eru skýrar heimildir til þess að endurskoða rekstrarleyfi ef breyting verður á áhættumati erfðablöndunar, sbr. 4. mgr. 6. gr. a. laga nr. 71/2008 og 24. gr. reglugerðar nr. 540/2020, auk þess sem heimildin er áréttuð í 12 af 15 rekstrarleyfum, eins og í tilviki burðarþolsmats. Þá eru ákvæði frumvarpsins um endurskoðun áhættumats efnislega sambærileg 3. mgr. 6. gr. a. laga nr. 71/2008. Þess ber jafnframt að geta að ráðuneytið hefur komið til móts við sjónarmið sem fram komu á samráðsstigi um að áhættumatið væri háð pólitísku ákvörðunarvaldi ráðherra. Nú kemur fram í frumvarpinu að tillaga Hafrannsóknastofnunar sé bindandi fyrir ráðherra.

Með hliðsjón af framangreindu eru ekki efni til þess, að mati undirritaðs, að telja 6. gr. ógna atvinnuréttindum sjókvíaeldisfyrirtækja. Þó má benda á að breyting á eldisheimildum rekstrarleyfishafa vegna lækkunar á áhættumati erfðablöndunar verður ekki gerð með því að uppfæra

rekstrarleyfi sérstaklega, heldur verður látið nægja að breytingin verði við útgáfu nýrrar reglugerðar um heildarlaxamagn, sbr. 5. mgr. 6. gr., sbr. og 2. mgr. 30. gr. frumvarpsins. Samkvæmt athugasemdum með 6. gr. frumvarpsins verður það þó gert með hæfilegri aðlögun þannig að „rekstrarleyfishöfum verði leyft að ljúka eldi á þeim kynslóðum eldisfisks sem þegar er í sjó en við næstu útsetningu fiska skuli taka mið af heildarlaxafjölda samkvæmt reglugerð.“ Horfa myndi til skýringar ef minnst væri á þessa aðlögun í frumvarpstextanum sjálfum.

3. Breyting á gildandi leyfum með þeim hætti að öll leyfi skulu framvegis vera ótímabundin í stað þess að vera gefin út til 16 ára í senn, sbr. 33. gr. frumvarpsins og ákvæði VI til bráðabirgða. Til samanburðar er einnig óskað eftir álitni á heimildum Matvælastofnunar til þess að synja rekstrarleyfishafa um endurnýjun rekstrarleyfis skv. gildandi lögum, sbr. einkum 3. mgr. 7. gr. laga nr. 71/2008.

Að mati undirritaðs felur það, eins og áður greinir, í sér umtalsvert hagræði fyrir sjókvíaeldisfyrirtæki að fá ótímabundin leyfi. Geta leyfin í raun orðið verðmætari á grundvelli frumvarpsins en núgildandi laga, í ljósi þess að fyrirtækin munu samkvæmt 2. mgr. 12. gr. frumvarpsins hafa einkarétt til sjókvíaeldis á smitvarnasvæði sínu. Þá er ekki gert ráð fyrir að smitvarnasvæði núverandi rekstrarleyfishafa fari í útboð. Munu þeir því ekki þurfa að greiða fyrir úthlutun viðkomandi smitvarnasvæðis, eins og 24. gr. frumvarpsins ráðgerir að verði gert við úthlutun nýrra svæða. Má í því sambandi einnig minna á það sem fram kom í stjórnsýsluúttekt Ríkisendurskoðunar um að eldissvæðum hefur hingað til ekki verið úthlutað með auglýsingu eða útboði, þrátt fyrir 4. mgr. 4. gr. a. laga nr. 71/2008. Eðlilegt er að þetta horfi til aukningar á því svigrúmi sem löggjafinn hefur til þess að setja starfseminni ströng skilyrði. Má raunar segja að útgáfa ótímabundinna leyfa sé nokkurs konar mótvægis- eða mildunaraðgerð sem skipta ætti miklu máli við meðalhófsmatið, sérstaklega þegar fram fer greining á því hvort gætt hafi verið meðalhófs í þrengri merkingu.

Í síðari hluta spurningarinnar er óskað eftir álitni á heimildum Matvælastofnunar, á grundvelli núgildandi laga, til þess að synja rekstrarleyfishafa um endurnýjun rekstrarleyfis. Samkvæmt stjórnsýsluúttekt Ríkisendurskoðunar (bls. 108-109) kemur fram að matvælaráðuneytið hafi litið svo á að rekstrarleyfin væru „í raun ótímabundin eign handhafa í ljósi þess hversu almenn skilyrði eru sett fyrir endurnýjun.“

Í 1. málsl. 3. mgr. 7. gr. laga nr. 71/2008 segir eftirfarandi: „Við lok gildistíma rekstrarleyfis er heimilt, að framkominni umsókn, að úthluta eldissvæðum að nýju til hlutaðeigandi.“ Ákvæðinu var breytt í núverandi horf við gildistöku laga nr. 101/2019 og var eftirfarandi umfjöllun um þetta atriði í greinargerð frumvarps þess er síðar varð að fyrrnefndum lögum:

„Rétt þykir að hafa skýr fyrirmæli um þetta til að tryggja fiskeldisfyrirtækjum eðlilegan fyrirsjáanleika um starfsemi sína. Ekki kemur því til opinberrar auglýsingar við slíka endurnýjun.“⁵³

Ákvæðið er orðað sem *heimild* en ekki skylda Matvælastofnunar til endurnýjunar rekstrarleyfis án opinberrar auglýsingar. Umfjöllun í frumvarpinu um að tilgangurinn sé aukinn fyrirsjáanleiki í starfsemi fiskeldisfyrirtækja getur vart breytt heimildinni í skyldu, enda var löggjafanum í lófa lagið að orða lagaákvæðið þannig að sjálfkrafa endurnýjun rekstrarleyfis væri meginreglan, að því gættu að starfsemin uppfyllti kröfur sem gerðar væru til rekstursins. Þá verður vart séð að 14. gr. reglugerðar nr. 540/2020 veiti rekstrarleyfishöfum væntingar um að rekstrarleyfið verði endurnýjað sjálfkrafa, að uppfylltum almennum skilyrðum. Raunar má færa rök fyrir því að sjálfkrafa endurnýjun ætti að vera undantekningin, eða í það minnsta að gæta ætti varkárni við beitingu heimildarinnar, í ljósi þess að meginregla núgildandi laga er opinber auglýsing eldissvæða, sbr. 3. mgr. 4. gr. a. Sú regla samræmist jafnframt meginreglu stjórnsýsluréttar, sem á rætur að rekja til jafnræðisreglna, um að hinu opinbera sé skylt að auglýsa úthlutun takmarkaðra og verðmætra gæða.⁵⁴

Í öllu falli er það álit undirritaðs að rekstrarleyfin séu ekki í raun ótímabundin eign handhafa þeirra. Matvælastofnun þarf að taka ákvörðun um endurnýjun rekstrarleyfis á grundvelli málefnalega sjónarmiða og er væntanlega atviksbundið hvort rétt sé að beita heimild 3. mgr. 7. gr. laga nr. 71/2008. Vegast þá á sjónarmið um fyrirsjáanleika fyrir eldisfyrirtæki í starfsemi sinni, eins og vikið er að í frumvarpi til laga nr. 101/2019, og útboðsskyldan sem lögin kveða á um. Þá má nefna að endurnýjun rekstrarleyfis kann að vera bundin öðrum og þrengri skilyrðum en leiddi af upphaflegu leyfi. Má sem dæmi nefna að löggjafinn gæti gert auknar kröfur á grundvelli laganna sem teldist of íþyngjandi að leggja á núverandi leyfishafa. Hinar nýju og auknu kröfur gætu þá verið gerðar gagnvart fyrirtækjum sem sækja um endurnýjun rekstrarleyfis. Umsókn um endurnýjun gæti því verið synjað á grundvelli hinna nýju lagaákvæða. Til samanburðar þarf, eðli máls samkvæmt, ekki að sækja sérstaklega um endurnýjun á ótímabundnu rekstrarleyfi, þótt þau geti sætt endurskoðun eða jafnvel verið afturkölluð. Skilyrði fyrir afturköllun eru þó vanalega ströng.

⁵³ Þskj. 1060 – 647. mál, 149. löggjafarþing 2018-2019, bls. 33.

⁵⁴ Sjá t.d. álit umboðsmanns Alþingis 31. desember 2010 í máli nr. 6093/2010.

4. Breytingar á eldisheimildum vegna úthlutunar og innköllunar laxahlutar, sbr. 38. og 40. gr.

Samkvæmt 1. mgr. 38. gr. frumvarpsins heldur Matvælastofnun skrá yfir „laxahlut“ einstakra rekstrarleyfishafa sem og laxamagn rekstrarleyfishafa miðað við heildarlaxamagn hverju sinni. Laxamagn skal skráð á tiltekið smitvarnasvæði og má enginn ala fjóan lax í sjókvíaeldi án skráningar í skrá Matvælastofnunar, sem skal birt opinberlega. Með laxahlut er átt við hlutdeild rekstrarleyfishafa í heildarlaxamagni, sbr. 26. tölul. 3. gr. frumvarpsins. Líkja má þessu við fyrirkomulagið í lögum nr. 116/2006 um stjórn fiskveiða, þar sem heildarlaxamagn er eins og heildaraflí tiltekinnar tegundar, á meðan laxahlutur er eins og aflahlutdeild skips.

Í 40. gr. frumvarpsins er mælt fyrir um innköllun og útboð laxahlutar. Þar segir að sé laxahlutur ekki nýttur samfelld í þrjú ár, í heild eða hluta, annaðhvort með eigin notum réttihafa eða útleigu, skuli innkalla samsvarandi laxahlut án endurgjalds og sá laxahlutur færður á nafn Matvælastofnunar í skráningu samkvæmt 1. mgr. 38. gr. Innkallaður laxahlutur er síðan boðinn út og geta bjóðendur einungis verið þeir aðilar sem hafa fengið úthlutað smitvarnasvæði til sjókvíaeldis. Í athugasemdum með 40. gr. frumvarpsins eru færð svofelld rök fyrir þessu fyrirkomulagi:

„Þegar rætt er um nýtingu laxahlutar er átt við nýtingu í heild eða hluta. Sé aðili t.d. skráður fyrir laxahlut sem veitir viðkomandi rétt til eldis 5.000.000 fiska en viðkomandi aðili er einungis með 3.000.000 fiska í sjó hverju sinni í [þrjú⁵⁵] ár samfelld, þá verður laxahlutur sem samsvarar 2.000.000 fiska innkallaður án endurgjalds. Hér er gert ráð fyrir óbreyttum heildarlaxafjölda⁵⁶ á þeim tíma sem um ræðir. Laxahlutur er ekki eign viðkomandi rekstrarleyfishafa heldur í reynd takmörkun, sem á bara við um fjóan lax, á almennu rekstrarleyfi til sjókvíaeldis. [...] Það er samfélagslega óhagkvæmt að aðilar sitji á ónýttum laxahlut og mikilvægt að aðilar safni ekki laxahlut sem þeir ekki nýta enda útilokar slík söfnun réttinda aðra frá eldi á laxi. Þá verður einnig að horfa til þess að ákvæði um laxahlut eru í reynd almenn skerðing á atvinnufrelsi og þeir sem hafa rétt til laxahlutar því í forréttindastöðu. Innköllun laxahlutar er til þess fallin að hleypa nýjum aðilum að eldi fjórra laxa í gegnum útboð og innköllun er í því tilliti ætlað að vernda atvinnufrelsi almennt sem annars væri skert með því að tilteknir aðilar geti setið í lengri tíma á ónýttum laxahlut.“

Að mati undirritaðs eru skýr og málefnaleg rök fyrir þessu fyrirkomulagi og er tekið undir þau sjónarmið sem að framan birtast. Þó má benda á að ólíklegt er að innköllun og útboð laxahlutar leiði til endurnýjunar í greininni, eins og framangreindur texti gefur í skyn, í ljósi þess að þeir einir geta boðið í laxahlut sem hafa fengið úthlutað smitvarnasvæði til sjókvíaeldis. Getur

⁵⁵ Í textanum segir tvö ár, sem líklega er ritvilla, því í 40. gr. frumvarpsins segir þrjú ár

⁵⁶ Í seinni útgáfu frumvarpsins hefur hugtakiinu heildarlaxafjöldi verið breytt í heildarlaxamagn.

fyrirkomulagið því í sumum tilvikum leitt til aukinnar samþjöppunar í greininni. Á hinn bóginn eru málefnaleg rök fyrir því að standa að útboði með þessum hætti, í ljósi þess að úthlutun smitvarnasvæðis er forsenda þess að fá að stunda sjókvíaelði samkvæmt ákvæðum frumvarpsins. Vart væri forsvaranlegt að heimila aðila þátttöku í útboði þegar óvíst er hvort og hvenær hann fengi úthlutað smitvarnasvæði, auk þess sem það myndi vinna gegn markmiði 40. gr. að tryggja að laxahlutar séu í nýtingu. Þá má taka fram að ekki er í ákvæðinu gerð krafa um að bjóðendur hafi gilt rekstrarleyfi og gæti því aðili sem hefur fengið úthlutað smitvarnasvæði, en á enn eftir að fá rekstrarleyfi, boðið í innkallaðan laxahlut, eins og fram kemur í greinargerð með 40. gr. frumvarpsins.

Þessu öllu til viðbótar er veittur ríflegur tími til þess að nýta laxahlutinn, þ.e. þrjú ár, en í drögum sem birtust á samráðsgátt var gert ráð fyrir tveggja ára nýtingartíma. Ráðuneytið kom því til móts við sjónarmið umsagnaraðila að þessu leyti. Þá virðist skýrt af bráðabirgðaákvæðum V og X hvernig staðið verður að úthlutun laxahluta núverandi rekstrarleyfishafa.

Í ljósi þess að málefnaleg rök búa að baki tillögunum um úthlutun og innköllun laxahlutar, gætt er meðalhófs við útfærsluna og tekið tillit til hagsmuna núverandi rekstrarleyfishafa, er ólíklegt að dómstólar teldu fyrirkomulagið fela í sér ólögmdæta skerðingu á atvinnuréttindum sjókvíaelðisfyrirtækja. Útfærslan á fyrirkomulaginu hlýtur við þessar aðstæður að falla innan þess svigrúms sem löggjafinn hefur til skipulagningar atvinnugreinarinnar.

5. Sektir sem rekstrarleyfishafa eru gerðar vegna strokatburða, sbr. 48. gr.

Í 48. gr. frumvarpsins er mælt fyrir um skyldu til þess að greiða stjórnvaldssekt fyrir hvern strokinn frjóan lax vegna þess sem nefnt er þekktur strokatburður, en þá er átt við tilvik eins og þegar göt finnast á sjókvíum eða þegar fiskar frá tilteknum rekstrarleyfishafa finnast í ám, sbr. það sem fram kemur í athugasemdum við frumvarpsgreinina. Fyrir hvern strokinn frjóan lax sem finnst í ám sem eru hluti af áhættumati erfðablöndunar skal rekstrarleyfishafi greiða sekt til ríkissjóðs sem nemur 5.000.000 kr., sbr. 1. mgr. 48. gr., en 1.000.000 kr. ef laxinn finnst í ám sem ekki eru hluti af áhættumatinu, sbr. 2. mgr. lagaákvæðisins.⁵⁷ Lagt er til í frumvarpinu að hámarkssekt vegna sama strokatburðar verði 750.000.000 kr., og skal sú fjárhæð taka breytingum miðað við vísitölu neysliverðs í janúar 2024, sbr. 5. mgr. 48. gr.

Í frumvarpsdrögum sem birtust á samráðsgátt var gert ráð fyrir að laxahlutur yrði lækkaður í kjölfar strokatburða. Sú tillaga sætti gagnrýni og var horfið frá hugmyndinni, en í

⁵⁷ Í 3. mgr. lagaákvæðisins eru ákvæði um sektir vegna minni fiska, sem ósennilegt er að valdi ágreiningi og verður því ekki fjallað sérstaklega um það.

staðinn hefur verið gerð tillaga um að rekstrarleyfishafi svari til stjórnvaldssektar við þessar aðstæður.

Skýrt er af 48. gr. hvaða atburður getur kallað á stjórnvaldssektina og hver þurfi að bera hana. Benda má á að ekki kemur fram í 48. gr. hver leggur á stjórnvaldssekt samkvæmt 1. og 2. mgr. frumvarpsgreinarinnar. Þótt ráða megi af samhengi frumvarpsins, t.d. 50. gr., að ætlunin sé að Matvælastofnun leggi á sektina myndi það horfa til skýringar, sérstaklega í ljósi hinna íþyngjandi áhrifa sektanna, að taka fram í 48. gr. að stofnunin legði á þær stjórnvaldssektir sem kveðið er á um í 1. og 2. mgr. Þá verður að líta á 48. gr. sem sérreglu gagnvart almennri heimild 133. gr. frumvarpsins til þess að leggja á stjórnvaldssektir við ákveðnar aðstæður. Ef vilji ráðuneytisins stendur til þess, mætti taka fram í 48. gr. að tiltekna efnisreglur 133. gr. gildi einnig um sektarákvarðanir samkvæmt 48. gr., s.s. að sektarákvörðunin sé aðfararhæf og verði beitt óháð því hvort lögbrot sé framið af ásetningi eða gáleysi.

Að þessu frágengnu er meginálitaefnið það hvort sektarfjárhæðir 1. og 2. mgr. 48. gr. frumvarpsins séu í samræmi við kröfur um meðalhóf. Að sjálfsögðu má nefna fjölda valkosta sem eru hóflegri en þær sektir sem kveðið er á um í 1. og 2. mgr. 48. gr. frumvarpsins, en eins og áður greinir er erfitt að svara þeirri spurningu með afgerandi hætti hvenær löggjafanum sé *skýlt* að velja annan kost en þann sem varð fyrir valinu. Almennt má segja að ólíklegt sé að dómstólar endurskoði stjórnvaldssektir og fjárhæðir þeirra á grundvelli 72. og 75. gr. stjkskr. og er undirrituðum ekki kunnugt um dæmi þess fyrir innlendum dómstólum. Refsingar, refsikennd viðurlög og stjórnsýsluviðurlög eru hluti af refsivörslu- og viðurlagakerfi löggjafans og má telja þau til venjuhjelgaðra eignarskerðinga, þar sem löggjafanum er veitt sérstaklega rúmt svigrúm til reglusetningar.

Til hliðsjónar má einnig nefna að í 2. mgr. 1. gr. 1. samningsviðauka MSE er sérstaklega að því vikið að friðhelgi eignarréttar eigi ekki að „rýra réttindi ríkis til þess að fullnægja þeim lögum sem það telur nauðsynleg til þess að geta haft hönd í bagga um notkun eigna í samræmi við hag almennings eða til þess að tryggja greiðslu skatta eða annarra opinberra gjalda eða viðurlaga.“ Svigrúm aðildarríkja til þessara eignarskerðinga er mjög víðtækt og næsta óskorað, en aðildarríkin þurfa að gæta að meginreglum um lagaheimild, almenningsþörf og meðalhóf.⁵⁸ Þannig hefur MDE í undantekningartilvikum talið sektarfjárhæðir brjóta gegn meðalhófsreglu 1. gr. 1. samningsviðauka MSE, og má sjá nokkur nýleg dæmi um það í framkvæmd dómstólsins. Virðist mega draga þá almennu ályktun af dómunum að það sé einkum í þeim tilvikum þegar sekt er há og fjárhæð hennar er ákveðin með fortakslausum (hlutlægum) hætti

⁵⁸ D.J. Harris o.fl.: „Harris, O’Boyle and Warbrick Law of the European Convention on Human Rights“ (5. útg. 2023), bls. 909.

og án þess að tekið sé tillit til atvika viðkomandi máls.⁵⁹ Þá getur skipt máli hvort sektarfjárhæð sé í verulegu ósamræmi við brotið.⁶⁰

Við mat á því hvort 48. gr. frumvarpsins standist sjónarmið um meðalhóf verður fyrst að horfa til þess að ein af meginreglum frumvarpsins er *bann við stroki*, sbr. 42. gr., þar sem fram kemur að skylt sé „að halda eldisfisk innan sjókvía og skylt að nýtast við búnað sem kemur í veg fyrir strok.“ Þá er rekstrarleyfishafa „skylt að grípa til allra nauðsynlegra ráðstafana til að koma í veg fyrir strok, sem og viðhafa verkferla sem vakta strok og ástand sjókvía.“ Minna má á að starfsemin hefur hættueiginleika í för með sér, m.a. vegna mögulegra stroka sem valdið geta tjóni á vistkerfum, og er því ekki óeðlilegt að viðurlög séu ströng, enda er þeim ætlað að hafa varnaðaráhrif og hvetja til þess að rekstrarleyfishafi finni leiðir til þess að koma í veg fyrir strok. Þótt sekt fyrir hvern strokinn lax sé há horfir það til mildunar áhrifa frumvarpsins að kveðið er á um að hámarksfjárhæð sektar vegna sama strokatburðar sé 750.000.000 krónur, sem samsvarar 150 löxum ef 1. mgr. 48. gr. á aðeins við um viðkomandi strokatburð, en 750 löxum ef strokatburður er að öllu leyti felldur undir 2. mgr. sama lagaákvæðis. Dæmi eru um mun hærri hámarksfjárhæðir í lögum, sbr. t.d. 2. mgr. 46. gr. laga nr. 90/2018 um persónuvernd.

Þótt óvenjulegt sé að kveða á um sektir fyrir hverja „einingu“, eins og ráðgert er í 48. gr., eru slíkar útfærslur ekki óþekktar. Má sem dæmi nefna 1. mgr. 43. gr. laga nr. 70/2012 um loftslagsmál þar sem kveðið er á um að fjárhæð stjórnvaldssektar skuli samsvara 100 evrum í íslenskum krónum „vegna hvernar losunarheimildar sem upp á vantar.“

Þessu til viðbótar eru sektarfjárhæðirnar ekki fortaklausar þannig að komið sé í veg fyrir mat á atvikum hvers máls. Í 4. mgr. 48. gr. frumvarpsins kemur fram að laxar sem rekstrarleyfishafi veiðir samkvæmt 44. gr. eða sem veiðast við vöktun í fiskiteljara skuli ekki teljast stroknir fjórir laxar í skilningi 1. og 2. mgr. 48. gr. Með þessu er hvatt til þess að rekstrarleyfishafi grípi til þeirra ráðstafana sem kveðið er á um í 44. gr., m.a. að gera allt sem í hans valdi stendur til að veiddur verði fiskur á svæði innan 200 metra frá strokstað. Þá kemur fram í 50. gr. að Matvælastofnun sé í „undantekningartilfellum“ heimilt að *lækka* eða *fella niður* sektir ef strok kemur til vegna óviðráðanlegra atvika utan stjórnunarsviðs rekstrarleyfishafa og sem ekki teljast hluti af fyrirsjáanlegri áhættu í rekstri sjókvíaeldis. Nefnd eru í ákvæðinu dæmi um tilvik sem talist geta óviðráðanleg atvik (fárviðri, hafís og athafnir þriðja aðila, sem er ótengdur rekstrarleyfishafa) og jafnframt nefnd dæmi um tilvik sem ekki geta fallið þar undir (atvik sem varða starfsmenn, verktaka og þjónustuaðila á vegum rekstrarleyfishafa).

⁵⁹ *Krayeva gegn Úkraínu* (dómur) 13. janúar 2022 í máli nr. 72858/13 (mgr. 23-35).

⁶⁰ *Imeri gegn Króatíu* (dómur) 24. júní 2021 í máli nr. 77668/14 (mgr. 67-94)

Við mat á meðalhófi gæti haft mikla þýðingu hvort 50. gr. frumvarpsins gefi nægjanlegt svigrúm til mats og getur þar haft áhrif hvernig reglan verður túlkuð í framkvæmd. Ljóst er a.m.k. að 50. gr. tryggir að mat *geti* farið fram og sektarfjárhæðir eru því ekki klappaðar í stein. Ef talið verður í dómsmáli að sektarfjárhæðir 48. gr. frumvarpsins séu óhóflegar, annaðhvort almennt eða í einstaka tilfalli, er ólíklegt að það leiði til þess að litið verði með öllu framhjá lagaákvæðinu og sektin felld niður. Líklegra er að dómstólar lækki einfaldlega sektina niður í það sem talið er samræmast betur meðalhófssjónarmiðum í viðkomandi tilviki, sbr. til hliðsjónar umfjöllun í kafla II.f. hér að framan.

6. Breytingar á eldisheimildum rekstrarleyfishafa vegna affalla með þeim hætti sem fram kemur í frumvarpinu, sbr. 54. gr.

Samkvæmt 1. mgr. 52. gr. frumvarpsins er rekstrarleyfishafa skylt að halda afföllum á hverju smitvarnasvæði í lágmarki og huga að allri velferð fiska í sjóeldi. Er honum skylt að fjarlægja dauðan fisk og lífrænar leifar fiska reglulega úr sjókvíum og gildir hið sama um fiska sem farga þarf vegna sára eða sjúkdóma. Í 1. tölul. 3. gr. frumvarpsins eru afföll skilgreind með eftirfarandi hætti: „Dauði eldisfisks í eldiseiningum eða í sjó. Til affalla telst einnig förgun á fiski vegna sára, sjúkdóma og sníkjudýra.“

Í 54. gr. frumvarpsins er mælt fyrir um við hvaða aðstæður breyting getur orðið á hámarkslífmassa smitvarnasvæðis vegna affalla. Texti ákvæðisins er ekki mjög aðgengilegur fyrir leikmann en útskýrt er vel í greinargerð frumvarpsins hvernig fyrirkomulagið kemur til með að virka í framkvæmd. Affallaflokkarnir eru þrír, samkvæmt frumvarpsákvæðinu, þ.e. 10% afföll eða lægri, afföll milli 10% og 20% og svo afföll sem eru 20% og hærri. Ef afföll eru innan fyrsta flokksins *hækkar* leyfislegur lífmassi um 3% milli kynslóða (að því gefnu að leyfilegur lífmassi rúmist innan burðarþolsmats, sbr. 5. mgr. 54. gr.) og horfir það því til hvatningar fyrir rekstrarleyfishafa að halda afföllum í lágmarki. Lífmassi er óbreyttur ef afföll falla í annan flokkinn en leyfilegur lífmassi *lækkar* um 3% ef afföll eru 20% eða hærri.

Undirritaður hefur ekki sérþekkingu til þess að meta hvort fyrrgreind viðmið séu skynsamleg eða eðlileg út frá tæknilegum eða rekstrarlegum forsendum. Frá lagalegu sjónarmiði skiptir máli að afföll geta verið bagalegt vandamál í rekstri sjókvíaeldis og er þýðingarmikið út frá sjónarmiðum um dýravelferð að þeim sé haldið í lágmarki. Segir m.a. eftirfarandi á bls. 30 í stefnu um lagareldi til ársins 2040: „Afföll eldisfiska geta gefið sterka vísbendingu um dýravelferð, nýtingu auðlinda, skilvirkni vöktunar og innra eftirlits.“ Þá er tekið fram að afföll hafi aukist úr 12% árið 2020 í 19,1% árið 2022, en að meðalafföll í Noregi hafi verið 17,7% á árunum 2017-2022. Ákveðið meðalhóf er því byggt inn í 54. gr. frumvarpsins

þar sem ekki kemur til lækkunar lífmassa nema afföllin nái nokkuð háum mörkum, þ.e. 20% eða meira, sem er umfram hið háa meðaltal hér á landi árið 2022 og meðaltalið í Noregi á sex ára tímabili. Ákvæðið virðist ná vel því markmiði sínu að draga úr afföllum, því rekstrarleyfishafar hafa hagræna hvata til þess að halda afföllum í 10%, eða lægra hlutfalli, til þess að aukning verði á lífmassa. Þá verður ekki annað séð af texta frumvarpsákvæðisins en að rekstraraðili sem hefur sætt skerðingum getið fengið lífmassa „til baka“ vegna næstu kynslóðar ef afföll verða 10% eða lægri.⁶¹

Einnig skiptir máli við mat á meðalhófinu að Matvælastofnun er heimilt í undantekningartilfellum að taka tillit til óviðráðanlegra atvika utan stjórnunarsviðs rekstrarleyfishafa við mat á því hvort og þá hvernig afföll eiga að hafa áhrif á leyfilegan lífmassa á smitvarmasvæði, sbr. 55. gr. Það kann við meðalhófsmatið að skipta máli hvernig umrætt ákvæði verður túlkað í framkvæmd, líkt og áður var fjallað um varðandi 48. gr.

Samkvæmt framangreindu telur undirritaður að ólíklegt sé að frumvarpsákvæðið feli í sér óhóflega skerðingu á atvinnuréttindum rekstrarleyfishafa. Frá lagalegu sjónarhorni er stefnt að lögmætu og þýðingarmiklu markmiði og virðist útfærslan hófleg. Undirritaður bendir þó á að taka mætti afstöðu til þess í ákvæðinu hvort breyting verði á ný á leyfilegum lífmassa ef nýr rekstrarleyfishafi hefur sjókvíaeldi á viðkomandi smitvarmasvæði, en sambærilegt ákvæði er í 5. mgr. 59. gr. frumvarpsins varðandi breytingu á leyfilegum lífmassa vegna lúsasmits. Þá mætti í greinargerð frumvarpsins færa rök fyrir því hvers vegna ekki þykir þörf á að gefa rekstrarleyfishöfum kost á að bæta úr áður en lífmassi er lækkaður, eins og á t.d. við um 64. gr. frumvarpsins. Hér kann t.d. að skipta máli að úrræði samkvæmt 54. gr. eru ekki eins íþyngjandi og úrræði 64. gr., auk þess sem afföll eru staðreyndir sem vart er hægt að bæta úr nema í næsta skipti. Við það bætist að rekstrarleyfishafi getur fengið leyfilegan lífmassa „til baka“, eins og áður greinir, sem hlýtur að horfa mjög til mildunar áhrifa frumvarpsgreinarinnar. Þó ber að geta þess að nauðsynlegt er að gæta sjónarmiða stjórnsýsluréttarins áður en lífmassi er lækkaður, t.d. þannig að rekstrarleyfishafar geti komið á framfæri sjónarmiðum sínum um það hvort 55. gr. eigi um afföll viðkomandi kynslóðar.

7. Breytingar á eldisheimildum rekstrarleyfishafa vegna umfangs lúsar með þeim hætti sem fram kemur í frumvarpinu, sbr. 59. gr.

Samkvæmt 56. gr. frumvarpsins er rekstrarleyfishafa skylt að halda lús á hverju smitvarmasvæði í lágmarki og er skylt að fylgjast með lúsasmiti. Á bls. 32 í fyrrnefndri stefnu um lagareldi til

⁶¹ Leyfilegur lífmassi næst þó ekki að fullu til baka strax ári síðar, því ef 10.000 tonn af leyfilegum lífmassa lækka um 3%, og verða 9.700 tonn, en hækka svo aftur um 3% ári síðar, verður leyfilegur lífmassi 9.991 tonn.

ársins 2040 sagði eftirfarandi um laxalús: „Með frekari vexti sjókvíaeldis á Íslandi má búast við aukningu á fjölda laxa- og fiskilúsar, með tilheyrandi áskorunum sem snúa að heilsufari laxfiska, bæði villtra og í eldi.“ Þá segir eftirfarandi í nýrri skýrslu Matvælastofnunar frá 29. janúar 2024 vegna þeirra affalla sem urðu vegna laxalúsa í Tálknafirði 2023:

Laxalús hefur ekki verið umfangsmikið vandamál í sjókvíaeldi á Íslandi undanfarin ár en með auknu laxeldi í sjó hefur vandamálið aukist. Magn laxalúsar í Tálknafirði í október 2023 var meira en sést hefur áður hérlandis. Þetta aukna lúsaálag hafði mjög slæm áhrif á velferð fisksins og voru afleiðingarnar umfangsmiklar. Ljóst er að rekstraraðilar hafa verið illa búnir til þess að verjast miklu magni af laxalús og leiða má að því líkur að áhrif laxalúsarinnar hafi verið vanmetin. Regluverkið hefur ekki verið nægjanlega skýrt til þess að tryggja það að rekstraraðilar viðhafi öflugar forvarnir og skjót viðbrögð þegar mikillar lúsar verður vart.

Samkvæmt þessu er það mat Matvælastofnunar að núverandi lagaumhverfi tryggi ekki nægjanlega þá hagsmuni sem eru fölgirnir í því að lágmarka laxalús og að vandamál tengd laxalúsum geti aukist samhliða aukningu í umfangi sjókvíaeldis. Í 59. gr. frumvarpsins er mælt fyrir um að komið geti til breytinga á leyfilegum lífmassa vegna lúsasmits og meðhöndlunar. Fyrirkomulagið er í svokölluðu punktakerfi sem er útskýrt ágætlega í greinargerð með frumvarpsákvæðinu. Útfærslan er sambærileg þeim breytingum á lífmassa sem geta orðið vegna affalla og vísast því að mestu til þess sem fjallað var um í svari við spurningunni á undan, að breyttum breytanda. Samkvæmt frumvarpsgreininni getur lífmassi hækkað (innan marka burðarþolsmats), staðið í stað eða lækkað eftir því hversu margir punktar eru skráðir á viðkomandi smitvarnasvæði. Þannig er um að ræða innbyggða hagræna hvata til þess að ná markmiðum 56. gr. frumvarpsins um að halda laxalús í lágmarki, en undirritaður hefur ekki forsendur til þess að meta hvort viðmiðin séu skynsamleg eða eðlileg út frá tæknilegum eða rekstrarlegum forsendum.

Sá munur er m.a. á 54. og 59. gr. að Matvælastofnun er ekki heimilt að víkja frá 59. gr. vegna óviðráðanlegra ytri atvika. Útskýra mætti í greinargerð frumvarpsins hvað skýrir þennan mun, en líklega má ganga út frá að ástæðan sé sú að laxalús geti vart talist óviðráðanlegt atvik. Um er að ræða náttúrulega áhættu í rekstri sjókvíaeldis og er aðallega í verkahring viðkomandi rekstrarleyfishafa að finna aðferðir og tækni í sinni starfsemi til þess að koma sem best í veg fyrir smit.

Þá ber að nefna að eitt og sama atvikið getur leitt til þess að til lækkunar komi á lífmassa bæði á grundvelli 54. og 59. gr., þ.e. þegar afföll eru komin til vegna lúsasmits. Rekstrarleyfishafi er því beittur stjórnsýsluviðurlögum á tvenns konar lagagrundvelli. Komið er til móts við þessa aðstöðu í 7. mgr. 54. gr. þannig að ef skerðing verður á lífmassa vegna bæði affalla og lúsasmita nemur skerðingin vegna affalla 1,5% í stað 3%.

Að öðru leyti en rakið er hér að framan vísast til svars við spurningu nr. 6, að breyttum breytanda.

8. Afturköllun á rekstrarleyfum á grundvelli forsendubrests vegna ónógrar nýtingar eldisheimilda, sbr. 64. gr.

Í frumvarpsákvæðinu er gert ráð fyrir því að komið geti til afturköllunar rekstrarleyfis í þrenns konar tilvikum, þ.e. 1) ef rekstrarleyfishafi hefur ekki innan fimm ára frá fyrstu útgáfu rekstrarleyfis nýtt a.m.k. einu sinni 20% af hámarkslífmassa viðkomandi smitvarnasvæðis, sbr. 1. mgr. 64. gr., 2) að loknu þessu fimm ára tímabili skal Matvælastofnun fella úr gildi rekstrarleyfi ef starfsemi á smitvarnasvæði stöðvast í þrjú ár eða ef mesta nýting leyfislegs lífmassa á hverju ári er undir 35% að meðaltali á ári á sex ára tímabili, sbr. 2. mgr. lagaákvæðisins, og 3) ef rekstrarleyfishafi hefur, sbr. 4. mgr., „glatað“ meira en 40% af upphaflegum leyfilegum lífmassa smitvarnasvæðis vegna skerðinga skv. IX. og X. kafla frumvarpsins, þ.e. vegna lúsa og mögulegra affalla. Í tveimur fyrstnefndu tilvikunum kemur ekki til afturköllunar fyrr en Matvælastofnun hefur veitt rekstrarleyfishafa skriflega viðvörðun og hæfilegan frest til úrbóta, sbr. 3. mgr. 64. gr.

Það fellur utan sérfræðipækkingar undirritaðs að meta hvort umrædd viðmið um nýtingu á tilteknu hlutfalli hámarkslífmassa séu eðlileg út frá tæknilegum eða rekstrarlegum forsendum. Ef gengið er út frá að þau séu raunhæf verður ekki séð hvernig ákvæðið getur gengið með óhóflegum hætti á atvinnuréttindi sjókvíaeldisfyrirtækja. Alþekkt er að komið getur til afturköllunar rekstrar- og starfsleyfa og er yfirleitt ekki gerð krafa um saknæmi, en leyfishöfum er almennt veittur hæfilegur úrbótafrestur⁶², eins og á við um afturköllun samkvæmt 1. og 2. mgr. 64. gr., sbr. það sem áður greinir. Ekki er gert ráð fyrir sambærilegri viðvörðun eða úrbótafresti í tilviki 4. mgr. 64. gr. frumvarpsins, en ástæðan er væntanlega sú að þá hefur þegar farið fram málsmeðferð á grundvelli IX. og X. kafla laganna og 4. mgr. 64. gr. er í raun lokaviðbragð vegna ítrekaðra skerðinga samkvæmt ákvæðum umræddra kafla frumvarpsins.

Líta verður til þess að í 1. mgr. 16. gr. nógildandi laga nr. 71/2008 er heimilt að afturkalla rekstrarleyfi ef leyfishafi verður „ófær um að stunda rekstur“. Engin viðmið eru í lögnum um hvað gæti fallið þarna undir, en segja má að 64. gr. frumvarpsins sé skýrari og hlutlægari útfærsla á því hvenær nýting rekstrarleyfishafa er með þeim hætti að rétt sé að líta svo á að hann eigi erfitt um vik við að nýta þær heimildir sem hann hefur fengið úthlutað á grundvelli laganna.

⁶² Sjá t.d. 20. gr. laga nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu.

Hlýtur að horfa til skýringar bæði gagnvart stjórnvöldum og rekstrarleyfishöfum að viðmiðin séu hlutlæg og skýr.

Útgáfa rekstrarleyfis til sjókvíaeldis er takmörkun á atvinnufrelsi annarra og felur úthlutun smitvarnasvæðis og þeirra heimilda sem leiða af lögunum í sér mikil verðmæti fyrir fyrirtækin. Ef rekstrarleyfishafi stuðlar ekki að eðlilegum framleiðsluhraða er málefnalegt að hinum takmörkuðu og verðmætu gæðum sé endurúthlutað. Ekki er óvenjulegt að afturkalla megi rekstrarleyfi vegna framkvæmda- eða framleiðsluhraða. Má sem dæmi nefna að í 1. mgr. 14. gr. laga nr. 160/2010 um mannvirki segir að byggingarleyfi falli úr gildi hafi byggingarframkvæmdir ekki hafist innan 12 mánaða frá útgáfu þess. Þá verður, líkt og áður, að líta til sérstaks eðlis og eiginleika sjókvíaeldis, sem gefur löggjafanum meira svigrúm til skipulagningar atvinnugreinarinnar. Ekki verður heldur horft framhjá því að ráðuneytið hefur komið til móts við sjónarmið umsagnaraðila með því að draga úr kröfum til nýtingar frá því sem upphaflega var gert ráð fyrir.

Þá verður að geta þess að við úthlutun smitvarnasvæða með útboði er gert ráð fyrir að ráðherra setji *skilmála* fyrir úthlutuninni, sbr. 4. og 6. mgr. 24. gr. frumvarpsins. Ef 64. gr. frumvarpsins nyti ekki við yrði vart amast við því af hálfu dómstóla ef ráðherra setti skilmála sem mæltu fyrir um sambærilegan framleiðsluhraða og getið er um í frumvarpsgreininni. Sá sem fengi úthlutað smitvarnasvæði í samræmi við slíka skilmála gæti því sætt riftun mögulegs samnings sem gerður yrði í kjölfar útboðsins eða afturköllun svæðisins á þeim forsendum að hann hefði vanefnt skilmálana.

Að lokum hefur undirritaður tvær ábendingar varðandi framsetningu og orðalag frumvarpsgreinarinnar. Annars vegar mætti taka af skarið um það hvort rekstrarleyfishafi sem sætir afturköllun samkvæmt 64. gr. fái tilboðsfjárhæðina sína endurgreidda, og þá að hvaða leyti. Í 5. mgr. 24. gr. frumvarpsins er mælt fyrir um að ekki komi til bóta eða endurgreiðslu tilboðsfjárhæðar ef sá sem hefur fengið úthlutað smitvarnasvæði hefur „ekki fengið gefið út rekstrarleyfi“ innan fimm ára frá úthlutun. Ákvæði 64. gr. taka til annarra tilvika, þ.e. þegar sjókvíaeldisfyrirtæki hefur fengið útgefið rekstrarleyfi en uppfyllir ekki skilyrði ákvæðisins um framleiðsluhraða eða leyfilegur lífmassi viðkomandi leyfishafa hefur sætt meira en 40% skerðingum. Hins vegar mætti koma skýrt fram í lögunum, t.d. í bráðabirgðaákvæði með þeim, hvemig skilyrði 64. gr. horfa við gagnvart þeim sem eru með gild rekstrarleyfi við gildistöku laganna. Er lítið svo á að hin ótímabundnu leyfi sem fást við gildistöku, sbr. bráðabirgðaákvæði VI, séu *fyrsta útgáfa* rekstrarleyfis í skilningi 64. gr. og fyrirtækin þurfi því að hlíta skilyrðum um framleiðsluhraða frá þeim tíma er lögin taka gildi? Undirritaður sér í fljótu bragði ekki

sérstaka vankanta á því, þar sem rekstrarleyfishafar hefðu góðan fyrirvara samkvæmt 1. mgr. 64. gr. að koma málum í rétt horf, en þetta mætti skýra.

9. Undanþága íslenska ríkisins og annarra frá bótaskyldu vegna aðgerða í þágu vistkerfis og dýravelferðar, sbr. 117. gr.

Í 117. gr. frumvarpsins er nýmæli, sem ekki er að finna í lögum nr. 71/2008. Frumvarpsákvæðið hljóðar svo:

Ákvarðanir Matvælastofnunar um förgun, slátrun eða aðra meðferð fiska sem miða að því að tryggja dýravelferð eða vernda vistkerfi skapar hvorki Matvælastofnun, íslenska ríkinu né öðrum stjórnvöldum bótaskyldu og verða rekstrarleyfishafar og aðrir að þola slíkar aðgerðir bótalest.

Í greinargerð frumvarpsins segir að ákvæðið byggi „á því sjónarmiði að varúðar- og vistkerfisnálgun sé viðhöfð við framkvæmd laganna sem og í starfsemi rekstraraðila.“ Verði að játa stjórnvöldum rúmt mat þegar kemur að því að tryggja velferð dýra og áhrif á umhverfi og „óeðlilegt [sé] að slíkt skapi íslenska ríkinu eða einstökum stjórnvöldum bótaskyldu“. Þá segir: „Ótti stjórnvalda við skaðabótaskyldu má ekki verða til þess að hafa áhrif á mikilvæg verkefni eins og t.d. að hafa eftirlit með velferð dýra og að grípa til nauðsynlegra aðgerða.“

Meginreglan er ótvírætt sú að ekki þarf að greiða bætur samkvæmt 72. gr. stjkskr. þegar fyrirskipaður er niðurskurður eða slátrun á dýri sem er sjúkt eða smitberi.⁶³ Málið vandast hins vegar þegar gripið er til ráðstafana sem eru fyrirbyggjandi eða til varúðar, t.d. þegar fyrirskipaður er niðurskurður eða slátrun á dýrum sem hafa verið í návígi við hið sýkta dýr. Gaukur Jörundsson lagði til grundvallar í riti sínu *Um eignarnám* frá árinu 1969 að almennt væri ekki bótaskylda fyrir hendi ef niðurskurður væri umfangslitill „þótt smithætta sé ekki nærleg og niðurskurður jafnvel aðeins gerður í rannsóknarskyni.“⁶⁴ Á hinn bóginn rökstuddi hann að bótaskylda gæti komið til greina ef gripum er slátrað vegna fjarlægrar smithættu „og sérstaklega þó, ef niðurskurður er jafnframt yfirgripsmikill og tekur þá að öllum líkindum til margra gripa, sem ekki eru sýktir eða smitberar í raun og veru.“⁶⁵ Á milli þessara tveggja póla eru væntanlega fjölmörg tilvik, þar sem meta þarf í hverju tilviki fyrir sig hvort bótaskylda stofnist.

Talsvert er liðið frá umræddum skrifum Gauks og voru ályktanir hans að mestu dregnar út frá lagaumhverfi og -sjónarmiðum þess tíma. Á hinn bóginn verður ekki séð að meginsjónarmiðin hafi breyst verulega og að jafnvel horfi lagaþróun til frekari þrengingar á

⁶³ Gaukur Jörundsson: *Um eignarnám*, bls. 364.

⁶⁴ Sama heimild, bls. 365.

⁶⁵ Sama heimild, bls. 365.

bótaskyldu. Má í því sambandi nefna stórauknar kröfur á sviði umhverfisverndar og dýravelferðar. Þá eru tvær meginreglur umhverfisréttarins sem geta skipt máli í þessum efnum. Annars vegar varúðarreglan, sem nú er lögfest í 9. gr. laga nr. 60/2013 um náttúruvernd, og hins vegar meginreglan um fyrirbyggjandi aðgerðir, en markmið hennar „er að fyrirbyggja, draga úr eða minnka varanlega skerðingu á umhverfi og náttúruauðlindum, sem ómögulegt er að bæta úr síðar, t.d. vegna kostnaðar.“⁶⁶

Þess ber að geta að samkvæmt 1. mgr. 20. gr. laga nr. 25/1993 um dýrasjúkdóma og varnir gegn þeim eiga eigendur búfjár, sem fargað er samkvæmt fyrirmælum ráðherra að tillögum Matvælastofnunar, rétt á bótum úr ríkissjóði. Bótaskyldan er óháð því hvort dýrið sjálft sé haldið smitsjúkdómi eða gripið sé til varúðarráðstafana gagnvart ósýktum dýrum til að varna smiti. Þó kemur ekki til bótaskyldu „fyrir dýr sem eru óveruleg að verðmæti, nema því aðeins að til þess liggi gildar ástæður“, sbr. 3. mgr. 20. gr., eða ef eigandi fer ekki að fyrirmælum laganna eða „hefur orðið sér úti um dýr sem hann vissi eða mátti vita með tilliti til aðstæðna að haldið var sjúkdómi sem lög þessi taka til eða valdið því með ásetningi eða vanrækslu að dýr hans smitaðist“, sbr. 1. mgr. 21. gr.

Líta verður svo á að löggjafinn hafi með bótareglum laga nr. 25/1993 gengið lengra til verndar eignarréttindum eigenda búfjár en beinlínis leiðir af 72. gr. stjórnarskrárinnar.⁶⁷ Skýrist það væntanlega af pólitískum ástæðum og/eða sérstöðu landbúnaðar í íslensku samfélagi. Líta verður á lagaregluna sem *undantekningu* frekar en að í henni birtist afgerandi löggjafarsjónarmið um að almennt eigi að bæta eigendum dýra fyrir niðurskurð eða slátrun þeirra. Má í þessu sambandi nefna að í 4. mgr. 20. gr. laga nr. 25/1993 segir að bótaskylda ríkissjóðs samkvæmt lögnum nái *eingöngu til búfjár* og í athugasemdum frumvarpsins segir að því falli „gæludýr og önnur dýr sem ekki eru haldin eða alin til nytja utan skyldu ríkissjóðs til greiðslu bóta.“⁶⁸

Ef vikið er að orðalagi 117. gr. frumvarpsins er ljóst að það er fortakslaust og án undantekninga. Tilgangur ákvæðisins virðist vera tvíþættur. Annars vegar að kveða á um það berum orðum að bótaskylda stofnist ekki við þær aðstæður sem frumvarpið kveður á um. Hér verður þó að hafa í huga að lagaákvæðið getur ekki vikið til hliðar stjórnarskrárvörðum réttindum rekstrarleyfishafa. Þótt almennt megi ganga út frá því að *ekki* stofnist til bótaskyldu

⁶⁶ Sjá Aðalheiður Jóhannsdóttir: „Inngangur að meginreglum umhverfisréttar“, Úlfjótur 3. tbl. 2007, bls. 375-376.

⁶⁷ Ólafur Lárusson nefnir sambærileg dæmi um það þegar löggjafinn hefur mælt fyrir um bætur, þótt eign manns sé eyðilögð vegna almannahættu sem af henni stafar. Segir hann að löggjafanum hafi ekki verið skylt að lögum, þ.e. út frá eignarréttarákvæði stjórnarskrárinnar, að heimila bætur í þessum tilvikum. Sjá Ólafur Lárusson: *Eignaréttur I*, bls. 36-37.

⁶⁸ Alþt. 1992-1993, A-deild, bls. 2824.

vegna umræddra atvika, sérstaklega þegar ákvarðanir eru byggðar á vísindalegu mati og í samræmi við meðalhóf, geta skapast tilvik þar sem réttlæt看legt getur verið að greiða bætur, t.d. ef gripið er til yfirgripsmikilla og fyrirbyggjandi aðgerða þar sem möguleiki á sýkingum eða smitum er fjarlægur. Þá gæti sú staða komið upp að ákvörðun um slátrun sé bótaskyld af öðrum ástæðum, t.d. vegna þess að brotið var gegn meginreglum um jafnræði og meðalhóf.

Hins vegar má einnig líta á ákvæðið sem ákveðna stefnuyfirlýsingu eða hvatningu sem er ætlað að draga úr vandamáli sem er nokkuð þekkt í eignarnámsfræðum, sem er fælmi stjórnvalda við að taka nauðsynlegar ákvarðanir þegar þær geta haft (umtalsverða) bótaskyldu í för með sér.⁶⁹ Mælikvarðarnir sem lagðir eru til grundvallar við mat á því hvort löggjöf eða reglusetning gangi „of langt“ eru matskenndir og óræðir, eins og fjallað var um í kafla II, og er því oft áhætta fólgin í því að taka ákvarðanir sem geta haft veigamikil áhrif í för með sér.

Að mati undirritaðs orkar lagaákvæðið sem slíkt ekki tvímælis þegar litið er á það sem almenna áréttingu á meginreglunni um að ekki stofnist til bótaskyldu við þessar aðstæður og jafnframt sem ákveðna hvatningu, þar sem stjórnvöldum er gefið aukið sjálfstraust til þess að taka ákvarðanir sem falla undir frumvarpsákvæðið. Undirritaður leggur þó til að ákvæðið sé orðað þannig að aðgerðir sem þessar stofni *að jafnaði* ekki til bótaskyldu ríkisins eða annarra stjórnvalda. Þá myndi horfa til skýringarauka ef í greinargerð frumvarpsins væri vikið að því hvaða aðgerðir þetta gætu verið og hvort aðeins sé átt við þær sem gripið sé til á grundvelli ákvæða frumvarpsins eða hvort frumvarpsgreininni sé einnig ætlað að ná til annarrar löggjafar, eins og t.d. laga nr. 55/2013 um velferð dýra.

10. Niðurfelling allra rekstrarleyfa sem brjóta í bága við ný ákvæði frumvarpsins um fjölda rekstrarleyfishafa á hverju smitvarnasvæði, sbr. einkum ákvæði I og II til bráðabirgða við frumvarpið.

Í gildandi lögum er gert ráð fyrir því að fleiri en einn rekstrarleyfishafi geti starfað á svokölluðu „sjókvíaeldissvæði“, sbr. 30. tölul. 3. gr. laga nr. 71/2008, og er það Hafrannsóknastofnun sem ákveður skiptingu fjarða eða hafsvæða í eldissvæði á grundvelli burðarþols og bestu heildamýtingar mögulegra eldissvæða, sbr. 4. gr. a. laganna. Þetta mun breytast verði frumvarpið óbreytt að lögum, því samkvæmt 2. mgr. 12. gr. þess er aðeins heimilt á hverju smitvarnasvæði að veita einum rekstrarleyfishafa rekstrar- og starfsleyfi til sjókvíaeldis. Þá

⁶⁹ Stundum er þetta fyrirbæri nefnt regulatory inertia. Sjá t.d. umfjöllun í Víðir Smári Petersen: „Constitutional Property Law.“ Bókarkafli væntanlegur í maí 2024 í *Research Agenda in Property Law*, ritstj. Bram Akkermans. Kaffinn er aðgengilegur í dragaformi hér: https://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4562446

segir: „Rekstrarleyfishafa er óheimilt að starfrækja sjókvíaelði á smitvarnasvæði þar sem annar rekstrarleyfishafi starfrækir sjókvíaelði.“

Samkvæmt ákvæði VI til bráðabirgða við frumvarpið breytast öll rekstrarleyfi, sem eru í gildi við gildistöku laganna, í ótímabundin leyfi. Skilja verður ákvæðið þannig að þetta gerist sjálfkrafa og án þess að gefa þurfi út ný leyfi. Í bráðabirgðaákvæði I er mælt fyrir um að heimilt sé fyrir fleiri en einn rekstrarleyfishafa, þrátt fyrir 12. gr. frumvarpsins, að starfa á sama smitvæði fram til 1. júlí 2028. Þeir þurfa aftur á móti að hafa með sér samræmda útsetningu fiska og seiða og hvíld eldissvæða innan smitvarnasvæðis. Þá þurfa þeir að vinna sameiginlega að smitvörnum, viðbrögðum við sjúkdómum og vöktun laxalúsar. Reglur IX. kafla um afföll og X. kafla um lús munu gilda sameiginlega um slíka rekstrarleyfishafa þannig að afföll og lúsasmit verða metin sameiginlega á öllu smitvarnasvæðinu og skal skerðing eða aukning leyfilegs lífmassa skiptast milli viðkomandi rekstrarleyfishafa í hlutfalli við leyfilegan lífmassa hvors um sig á viðkomandi smitvarnasvæði.

Þá kemur fram í bráðabirgðaákvæði II að rekstrarleyfishafar á sama smitvæði geti komist að samkomulagi um að einn eða fleiri samkomulagsaðili hætti sjókvíaelði á tilteknu smitvarnasvæði gegn því að fá að hefja sjókvíaelði á öðru smitvarnasvæði. Skulu Matvælastofnun og Umhverfisstofnun þá gefa út ný rekstrarleyfi og starfsleyfi til samkomulagsaðila sem endurspeglar samkomulag þeirra, enda sé samkomulagið og það fyrirkomulag rekstrarleyfa og sjókvíaeldis sem þar er gert ráð fyrir í samræmi við þau lög og reglur sem um starfsemina gilda. Náist ekki slíkt samkomulag milli rekstrarleyfishafa fyrir 1. júlí 2028 falla niður bæði, eða eftir atvikum öll, rekstrarleyfi fyrirtækja á viðkomandi smitvarnasvæði. Smitvarnasvæðinu yrði þá væntanlega úthlutað með útboði í samræmi við V. kafla frumvarpsins.

Verði frumvarpið samþykkt óbreytt á Alþingi munu rekstrarleyfishafar ekki vita með vissu hvort þeir starfi einir eða með fleirum á sama smitvarnasvæðinu. Í ákvæði X til bráðabirgða er að einhverju leyti dregið úr óvissunni með því að veita ráðherra heimild til þess að setja reglugerð um hvernig smitvarnasvæði skuli afmörkuð, áður en löggin taka gildi (sem samkvæmt 138. gr. frumvarpsins á að vera 1. september 2024). Hvað sem því líður er ljóst að staða rekstrarleyfishafa á Vestfjörðum er ekki sú sama og á Austfjörðum. Má sem dæmi nefna að tvö fyrirtæki, Arnarlax hf. og Arctic Sea Farm hf., eru með rekstrarleyfi fyrir sjókvíaelði í Arnarfirði og þrjú fyrirtæki í Ísafjarðardjúpi, þ.e. Hábrún ehf., Háafell ehf. og Arctic Sea Farm hf.⁷⁰ Til

⁷⁰ Þó má nefna að í athugasemdum við 11. gr. frumvarpsins er sérstaklega tekið fram að líklegt sé að stæri firðir, s.s. Ísafjarðardjúp, skiptist í fleiri en eitt smitvarnasvæði.

samanburðar er Fiskeldi Austfjarða hf. eina fyrirtækið sem starfar á Austurlandi og hafa ákvæði I og II til bráðabirgða því enga þýðingu fyrir fiskeldi í þeim landshluta.

Rekstrarleyfishafi sem „lendir“ í því að vera með einum eða fleiri öðrum fyrirtækjum á sama smitvarnasvæði gæti teflt fram ágætum rökum fyrir því að ekki væri að fullu gætt sjónarmiða um jafnræði og meðalhóf. Lögjafarvaldið sé í raun að knýja fyrirtækin til samstarfs með óljósum áhrifum og afleiðingum. Hvað gerist t.d. ef eitt eða fleiri fyrirtæki innan sama smitvarnasvæðis fást ekki til samstarfs við önnur? Í greinargerð með ákvæði til bráðabirgða I segir að með nokkurri einföldun megi segja „að þeir aðilar sem starfrækja sjókvíaeldi á sama smitvarnasvæði þurfi í reynd að haga mörgum rekstraratriðum eins og um einn og sama aðilann væri að ræða.“ Ef veruleg afföll verða t.d. hjá einum rekstrarleyfishafa, og orsökina er alfarið á hans ábyrgð, munu stjórnsýsluviðurlögin koma niður á báðum eða öllum rekstrarleyfishöfum á sama smitvæði. Þessi staða kann að orka tvímælis í ljósi þess að fyrirkomulagið kemur með sérstaklega íþyngjandi hætti niður á ákveðnum rekstrarleyfishöfum og er ástæðan tilviljunarkennd, þ.e. hún á aðeins rætur að rekja til breytts lagaumhverfis en ekki þátta í rekstri viðkomandi leyfishafa. Þá kunna að vakna áleitnar spurningar um samstarfið á grundvelli 10. gr. og 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, en ekki verður farið nánar út í þá sálma hér.

Bráðabirgðaákvæði II kann einnig að skapa slæm skilyrði til samninga, þar sem eitt fyrirtæki kann að stilla öðrum upp við vegg og neita að semja nema á grundvelli ósanngjarnra skilmála.⁷¹ Hin fyrirtækin gætu þá verið nauðbeygð til þess að samþykkja slíka skilmála af ótta við að missa að öðrum kosti rekstrarleyfi sitt.

Rökstyðja mætti betur í frumvarpinu hvers vegna nauðsynlegt sé að aðeins einn rekstrarleyfishafi sé á hverju smitvarnasvæði. Líkt og tekið er fram í athugasemdum með 12. gr. frumvarpsins er gengið lengra í þessum efnunum en lagt var til hjá starfshópi um varnir gegn sjúkdómum frá janúar 2023. Segir það eitt um ástæður þess að við samningnu frumvarpsins „þótti réttlæt看legt að ganga lengra en áður í að koma einstaklingsbundinni ábyrgð á smitvarnasvæðum, áður sjókvíaeldissvæðum, þar sem einstaklingsábyrgð styður við dýravelferð og vernd vistkerfa með því að gera eftirlit og eftirfylgni skilvirkari.“ Ákvörðunin um þessa útfærslu virðist ekki byggja á nauðsyn eða vísindalegri vissu, heldur á varkárni og mögulega pólitískri stefnumörkun. Stefnumörkun af þessu tagi getur í sjálfu sér verið málefnaleg, sérstaklega þegar kemur að fyrirtækjum sem sækja um ný rekstrarleyfi á grundvelli

⁷¹ Þetta er í hagfræði oft nefnt vandamálið um eftirlegukindur (e. *holdout problem*) og er oft nefnt sem réttlæt看ing fyrir því að ríkið hafi heimild til eignamáms. Ef ríkið hefði ekki slíkar heimildir, og þyrfti í staðinn að kaupa eignir á almennum markaði, kynnu eigendur að „kreista“ út peninga umfram markaðsvirði og knýja þannig fram ósanngjama niðurstöðu, enda vita þeir að verkefnið er þýðingarmikið og ríkið því tilbúið að reiða fram umtalsverða fjármuni til þess að af því verði.

hinna nýju laga. Á hinn bóginn er útfærslan í bráðabirgðaákvæðum I og II tvímælalaust íþyngjandi og kemur með mjög misjöfnum hætti niður á núverandi rekstrarleyfishöfum. Þegar svo háttar til, og fyrirkomulagið er byggt á varúð frekar en nauðsyn, er mikilvægara en ella að gæta að meðalhófi í þrengri merkingu, þannig að gætt sé sanngjarns jafnvægis á milli þeirra augljósu almannahagsmuna sem búa að baki ákvæðum um smitvarnasvæði og atvinnuréttinda rekstrarleyfishafa, sérstaklega með hliðsjón af þeim jafnræðis- og meðalhófsrökum sem áður er vikið að.

Undirritaður er ekki með neina töfralausn í þessum efnunum, en veltir því upp hvort heimila megi rekstrarleyfishöfum á sama smitvarnasvæði að stofna til sameiginlegs verkefnis (e. *joint venture*) um rekstur sjókvíaeldis á viðkomandi smitvarnasvæði, þannig að til verði nýtt félag í eigu umræddra rekstrarleyfishafa í skiptihlutföllum sem viðkomandi fyrirtæki þurfa að koma sér saman um. Ef aðilar velji þann möguleika, en greinir á um skiptihlutföll, væri hægt að útfæra leið til þess að jafna þann ágreining, t.d. þannig að aðilar kæmu sér saman um gerðardóm eða fengju flýtimeðferð fyrir innlendum dómstólum. Nokkuð algengt er að dómstólar leysi úr ágreiningi um skiptihlutföll sem þessi, s.s. um skiptingu sérstakrar sameignar, sbr. *Hrd. 488/2009 (Ásbjarnarnes)* og *Hrd. 509/2015 (Tunguás)*⁷², og ef ágreiningur er uppi um eignaskiptayfirlýsingar í fjöleignarhúsi, sbr. 18. gr. laga nr. 26/1994 um fjöleignarhús. Báðir (eða allir) aðilar gætu þá fengið að starfa áfram á sama smitvarnasvæðinu í stað þess að gera „skiptisamning“, m.a. um ný smitvarnasvæði, sem þeir þekkja væntanlega ekki eins vel. Þá er áfram virt samningsfrelsi aðila í þessum efnunum, auk þess sem þeim er veittur vettvangur til þess að leysa úr ágreiningi ef deilt er um skiptihlutföll í hinu nýja félagi. Með þessari útfærslu mætti gefa rekstrarleyfishöfum enn skemmri frest til samninga en til ársins 2028 og jafnvel leyfa þeim að starfa áfram með óbreyttu sniði fram að þeim fresti í stað þess að knýja þá til samstarfs. Undirritaður hefur þó ekki útfært umrædda hugmynd frekar, en nefnir hana til athugunar.

Loks má nefna að í bráðabirgðaákvæði II segir að ný rekstrar- og starfsleyfi sem gefin séu út samkvæmt greininni skuli „auglýst með hefðbundnum hætti“ og er þá væntanlega verið að vísa efnislega til 29. gr. frumvarpsins. Ekki er hins vegar tekið fram að úthlutun smitvarnasvæðanna sé undanþegin útboðsskyldu samkvæmt 24. gr., þótt það megi leiða af efni og tilgangi bráðabirgðaákvæðis II. Eðlilegt væri að taka af skarið um þetta atriði.

⁷² Sjá einnig Þorgeir Örlygsson, Karl Axelsson og Víðir Smári Petersen: *Eignaréttur II*, bls. 118-120.

V. NIÐURSTÖÐUR

Það er niðurstaða undirritaðs að endurskoða þurfi þá útfærslu sem fram kemur í bráðabirgða-ákvæðum I og II við frumvarpið til þess að gætt sé betur að kröfum um jafnræði og meðalhóf. Þá er erfitt að fullyrða hvort sektarákvæði 48. gr. frumvarpsins standist sjónarmið um meðalhóf, en nokkuð sannfærandi rök hníga í þá átt. Aðrar athugasemdir, tillögur og ábendingar undirritaðs eru smávægilegar og þarfnast þess einkum að ráðuneytið bregðist við með orðalagsbreytingum í frumvarpinu eða frekari skýringum eða rökstuðningi varðandi tilteknar útfærslur þess.

Reykjavík, 3. mars 2024



Víðir Smári Petersen, dósent

