

Álitsgerð

Til: Atvinnuveganefndar Alþingis

Frá: Tómasi Hrafni Sveinssyni lögmanni og aðjúnkt við lagadeild Háskóla Íslands

Dags: 13. maí 2019

Efnisyfirlit

1. Verkbeiðnin.....	2
2. Niðurstöður í stuttu máli	3
3. Núgildandi fyrirkomulag úthlutunar leyfa til fiskeldis	3
4. Upplýsingar frá Matvælastofnun um fjölda fyrirleggjandi umsókna um rekstrarleyfi fyrir sjókvíaeldi.....	4
5. Frumvarp til laga um breytingu á ýmsum lagaákvæðum sem tengjast fiskeldi (áhættumat erfðablöndunar, úthlutun eldissvæða, stjórnvaldssektir o.fl.), þingskjal 1060-647. mál.....	5
5.1. Tilurð og markmið frumvarpsins	5
5.2. Helstu breytingar frumvarpsins sem varða viðfangsefnið	7
5.2.1. Breyting á 8. gr. núgildandi laga nr. 71/2008.....	7
5.2.2. Skipting hafsvæða í eldissvæði, auglýsing og úthlutun þeirra samkvæmt 3. gr. frumvarpsins	8
5.3. Bráðabirgðaákvæði 23. gr. a og b frumvarpsins	9
5.4. Um álitaefnin – er um grundvallarmun að ræða?	11
6. Almenn skilyrði skaðabótaábyrgðar hins opinbera - afmörkun reglna sem gilda um viðfangsefnið.....	12
6.1. Almennt.....	12
6.2. Nánar um álitaefnið – mat á skaðabótaskyldu og andlag mögulegs tjóns	14
6.3. Valdheimildir löggjafans og lagaskil	15
6.4. Eignarréttur	18
6.5. Álitaefni um lögmætar (réttmætar) væntingar	20
7. Samantekt.....	23

1. Verkbeiðnin

Þann 5. mars 2019 var lagafrumvarpi sjávarútvegs- og landbúnaðarráðherra um breytingu á ýmsum lagaákvæðum sem tengjast fiskeldi (áhættumat erfðablöndunar, úthlutun eldissvæða, stjórnvaldssektir o.fl.), dreift á Alþingi (149. löggjafarþing 2018-19, þskj, 1060-647. mál, hér eftir nefnt „frumvarpið“). Í kjölfarið gerði Alþingi vegna atvinnuveganefndar Alþingis verksamning við undirritaðan, dags. 3. maí 2019. Með honum var undirrituðum falið að taka saman lögfræðilega álitsgerð um mögulega skaðabótaskyldu íslenska ríkisins vegna tveggja eftirfarandi afmarkaðra þátta. Nánar tiltekið var óskað eftir mati á eftirfarandi:

„[...] hvort skaðabótaskylda geti skapast gagnvart þeim umsækjendum sem þegar hafa sótt um leyfi til að stunda fiskeldi á svæðum sem búið er að burðarþolsmeta ef ákveðið verður að fella brott ákvæði til bráðabirgða í b-lið 23. gr. frumvarps til laga um breytingu á ýmsum lagaákvæðum sem tengjast fiskeldi, þingskjal 1060 og þess í stað kveðið á um að úthlutun umsókna sem liggja fyrir um þessi svæði fari skv. 3. gr. frumvarpsins (4. gr. a).

Jafnframt verði metið hvort skaðabótaskylda skapist ef kveðið verður á um að fyrirbyggjandi umsóknir um leyfi á burðarþolsmetnum svæðum falli úr gildi og um úthlutun fari skv. 3. gr. frumvarpsins (4. gr. a), sbr. ákvæði a-liðar 23. gr. frumvarpsins, um umsóknir um rekstrarleyfi á svæðum sem ekki hafa burðarþolsmetin.“

Hér verður viðfangsefnið, sem lýtur að umsóknum um leyfi til að stunda fiskeldi á burðarþolsmetnum svæðum, afmarkað í eftirfarandi tvö álitaefni:

- A. Verður íslenska ríkið skaðabótaskyldt ef ákvæði b-liðar 23. gr. frumvarpsins er fellt brott þannig að um umsóknir aðila sem þegar hafa sótt um leyfi til að stunda fiskeldi á svæðum sem hafa verið burðarþolsmetin fari samkvæmt 3. gr. frumvarpsins?
- B. Verður íslenska ríkið skaðabótaskyldt ef kveðið verður á um að fyrirbyggjandi umsóknir um leyfi á burðarþolsmetnum svæðum falli úr gildi og um úthlutun fari skv. 3. gr. frumvarpsins?

Álitsgerðin verður byggð upp með þeim hætti að í 2. kafla verður niðurstöðum hennar lýst í hnotskurn og í 3. kafla verður farið yfir núgildandi fyrirkomulag við úthlutun leyfa til fiskeldis. Í 4. kafla verður fjallað um upplýsingar frá Matvælastofnun og í 5. kafla yfir helstu ákvæði frumvarpsins sem hafa þýðingu við að greina hin lögfræðilegu álitaefni. Í 6. kafla er með ítarlegum hætti gerð grein fyrir skilyrðum fyrir skaðabótaskyldu íslenska ríkisins. Jafnframt verður fjallað um helstu réttarreglur sem máli skipta við úrlausn þeirra

álitamála sem hér er fengist við. Í 7. kafla verður að lokum efni álitargerðarinnar dregið saman ásamt niðurstöðum.

Við gerð álitargerðarinnar hefur verið litið til tiltækra heimilda um efnið, m.a. umsagna sem borist hafa við áður nefnt frumvarp sem og upplýsinga sem undirritaður aflaði sérstaklega í tengslum við gerð þessarar álitargerðar.

2. Niðurstöður í stuttu máli

Í þessari álitargerð eru færð lögfræðileg rök fyrir því að telja verði ólíklegt að það komi til skaðabótaskyldu íslenska ríkisins hvort sem löggjafinn ákveður að fara þá leið að um umsóknir aðila, sem þegar hafa sótt um leyfi til að stunda fiskeldi á burðarþolsmetnum svæðum, fari samkvæmt 3. gr. frumvarpsins eða slíkar umsóknir verði felldar úr gildi.

3. Núgildandi fyrirkomulag úthlutunar leyfa til fiskeldis

Samkvæmt lögum nr. 71/2008 um fiskeldi fer sjávarútvegs- og landbúnaðarráðherra með yfirstjórn fiskeldismála. Ráðherra fer auk þess með yfirstjórn heilbrigðiseftirlits með eldi lagardýra í samræmi við lög nr. 25/1993 um dýrasjúkdóma og lög nr. 60/2006 um varnir gegn fisksjúkdómum. Matvælastofnun gefur út rekstrarleyfi fyrir eldið og hefur eftirlit með því að ákvæðum fyrrnefndra laga sé framfylgt. Matvælastofnun hefur einnig eftirlit með heilnæmi og öryggi eldisafurða í samræmi við lög nr. 93/1995 um matvæli og lög nr. 55/1998 um sjávarafurðir. Til starfrækslu fiskeldisstöðva þarf starfsleyfi sem Umhverfisstofnun veitir á grundvelli laga nr. 7/1998 um hollustuhætti og mengunarvarnir og reglugerðar nr. 785/1999 um starfsleyfi fyrir atvinnurekstur sem getur haft í för með sér mengun. Umhverfisstofnun hefur eftirlit með starfsemi rekstraraðila. Jafnframt er fiskeldi tilkynningarskylt til Skipulagsstofnunar til ákvörðunar um matsskyldu, samkvæmt lögum nr. 106/2000 um mat á umhverfisáhrifum. Nánar tiltekið er sjókvíaeldi tilkynningarskylt til Skipulagsstofnunar, en á landi er fiskeldi ýmist tilkynningarskylt til Skipulagsstofnunar eða viðkomandi sveitarstjórnar, allt eftir umfangi áformaðs fiskeldis. Fiskistofa sinnir viðbrögðum við slyasleppingum úr fiskeldi samkvæmt 3. gr. laga nr. 71/2008 um fiskeldi og 37. gr. reglugerðar nr. 1170/2015 um fiskeldi. Rekstrarleyfishafi sem missir fisk úr fiskeldisstöð skal tafarlaust tilkynna slíkan atburð til Fiskistofu. Hafrannsóknastofnun annast gerð burðarþolsmats en tilgangur þess er að meta óæskileg staðbundin áhrif af eldisstarfsemi á tilteknu svæði, en lýtur ekki að öðru álagi á umhverfið.

Í lögum nr. 71/2008 um fiskeldi er kveðið á um að umsókn um rekstrarleyfi Matvælastofnunar skuli fylgja burðarþolsmat sem framkvæmt sé af Hafrannsóknastofnun eða öðrum bærum aðila. Samkvæmt lögnum velur umsækjandi eldissvæði og gert er ráð fyrir því í 2.-3. mgr. 4. gr. a laganna að umsóknir um starfs- og rekstrarleyfi séu afhentar Matvælastofnun, sem áframsendi starfsleyfisumsóknir til Umhverfisstofnunar.

Umhverfisstofnun tekur umsókn til meðferðar samkvæmt lögum nr. 7/1998. Í kjölfar þess að Umhverfisstofnun gefur út starfsleyfi er það sent til Matvælastofnunar.

Skilyrði umsóknar um rekstrarleyfi til fiskeldis koma fram í 8. gr. laga nr. 71/2008.¹ Helstu skilyrði eru upplýsingar um eignaraðild að fiskeldisstöð, að umsækjandi hafi fullnægjandi fagþekkingu á viðkomandi sviði, að gæðakerfi stöðvarinnar og eldisbúnaður standist kröfur, sem nánar er kveðið á um í reglugerð um fiskeldi, um stærð og framleiðslugetu stöðvar, eldistegundir, eldisstofna og eldisaðferðir. Umsókn um rekstrarleyfi sjókvíaeldisstöðvar skulu fylgja upplýsingar um að eldisbúnaður umsækjanda standist ströngustu staðla sem gerðir eru fyrir fiskeldismannvirki í sjó, sbr. reglugerð um fiskeldi. Þá skal fylgja umsókn burðarþolsmat. Einnig skal fylgja umsókn afrit af ákvörðun Skipulagsstofnunar um að framkvæmdin sé ekki matsskyld eða álit stofnunarinnar um mat á umhverfisáhrifum framkvæmdarinnar samkvæmt lögum um mat á umhverfisáhrifum nr. 106/2000, nema fyrir liggi heimild Skipulagsstofnunar skv. 2. mgr. 17. gr. þeirra laga til að vinna samtímis að mati á umhverfisáhrifum og starfsleyfi. Fiskeldi er tilkynningarskylt til Skipulagsstofnunar til ákvörðunar um matsskyldu samkvæmt lögum um mat á umhverfisáhrifum nr. 106/2000.²

Umsókn um rekstrarleyfi skulu samkvæmt 4. mgr. 8. gr. laga nr. 71/2008 fylgja skilríki um heimild til afnota af landi, vatni og sjó, sbr. skilyrði laga nr. 88/2018 um skipulag haf- og strandsvæða. Umsókn skal einnig fylgja áætlun um fjármögnun mannvirkja og annars búnaðar, ásamt staðfestingu um a.m.k. 30% eigin fjármögnun eldisins, rekstraráætlun sem sýnir m.a. uppbyggingarferil eldis, öflun hrognar og seiða og leyfi til mannvirkjagerðar, svo og önnur gögn sem Matvælastofnun eru nauðsynleg til að meta hvort skilyrði til útgáfu rekstrarleyfis séu fyrir hendi. Ef umsókn er samþykkt skal Matvælastofnun afhenda umsækjanda starfsleyfi og rekstrarleyfi samtímis.

4. Upplýsingar frá Matvælastofnun um fjölda fyrirleggjandi umsókna um rekstrarleyfi fyrir sjókvíaeldi

Líkt og rakið var í 3. kafla gefur Matvælastofnun út rekstrarleyfi fyrir fiskeldi og hefur eftirlit með því að ákvæðum fyrrnefndra laga sé framfylgt. Samkvæmt upplýsingum frá Matvælastofnun³ þann 8. maí 2019 liggja fyrir tíu umsóknir um rekstrarleyfi fyrir sjókvíaeldi vegna svæða sem þegar er búið að burðarþolsmeta. Af þessum tíu varða tvær umsóknir endurútgáfu fyrra leyfis í kjölfar úrskurðar úrskurðarnefndar umhverfis- og auðlindamála frá 27. september 2018 í málum nr. 3/2018 og 5/2018, en umsækjendur þeirra

¹ Frekari útfærsla á þessum skilyrðum kemur fram í 12. gr. reglugerðar nr. 1170/2015 um fiskeldi.

² Sjá nánar *Skýrsla starfshóps sjávarútvegs- og landbúnaðarráðherra um stefnumótun í fiskeldi II. hluti – viðaukar*, bls. 14-15.

³ Tölvupóstur frá Matvælastofnun til undirritaðs þann 8. maí 2019. Ákvæði 23. gr. a og b lúta sérstaklega að rekstrarleyfum. Í ljósi afmörkunar viðfangsefnisins var því ekki óskað eftir upplýsingum frá Umhverfisstofnun um umsóknir um starfsleyfi.

leyfa hafa í gildi bráðabirgðarekstrarleyfi samkvæmt lögum nr. 108/2018. Tekið skal fram að þessar tvær umsóknir hafa þá stöðu samkvæmt flokkun Matvælastofnunar að „komið [sé] að útgáfu“, sem þýðir að líklegt er að leyfin verði gefin út innan skamms tíma, um það bil tveggja mánaða, en gildistími bráðabirgðaleyfanna rennur út innan þess tíma.

Ennfremur varða fimm umsóknanna rekstrarleyfi aðila sem sækja um breytingu á fyrirbyggjandi leyfi samkvæmt 3. mgr. 12. gr. reglugerðar um fiskeldi, en samkvæmt ákvæðinu fer um slíkar umsóknir eins og nýjar umsóknir samkvæmt 11.-14. gr. reglugerðarinnar. Þrjár slíkar umsóknir um breytingu hafa stöðuna „komið að útgáfu“, og líklegt í þeim tilvikum að leyfin verði gefin út innan mánaðar. Hinar tvær umsóknirnar um breytingu á fyrirbyggjandi leyfi hafa stöðuna „í vinnslu“. Loks eru þrjár umsóknir vegna nýrra leyfa, sem hafa stöðuna „í vinnslu“. Umsækjendur eru meðvitaðir um stöðu umsókna sinna og flokkun hjá Matvælastofnun.

Engar umsóknir eru fyrirbyggjandi hjá Matvælastofnun sem varða sjókvíaeldi á hafsvæðum sem ekki er búið að burðarþolsmeta.

5. Frumvarp til laga um breytingu á ýmsum lagaákvæðum sem tengjast fiskeldi (áhættumat erfðablöndunar, úthlutun eldissvæða, stjórnvaldssektir o.fl.), þingskjal 1060-647. mál

Í þessum kafla verður fyrst fjallað um tilurð og markmið frumvarpsins samkvæmt almennum athugasemdum í greinargerð með frumvarpinu. Því næst verður umfjöllun um 3. gr. frumvarpsins sem lýtur að skiptingu hafsvæða í eldissvæði, auglýsing og úthlutun þeirra. Loks verða ákvæði 23. gr. a og b frumvarpsins reifuð.

5.1. Tilurð og markmið frumvarpsins

Samkvæmt almennum athugasemdum í greinargerð með frumvarpinu er markmið þess að styrkja lagaumgjörð og stjórnslu fiskeldis og með því að ýta undir að fiskeldi verði sterk og öflug atvinnugrein þar sem sjálfbær þróun og vernd lífríkis er höfð að leiðarljósi.

Frumvarpið byggir á skýrslu starfshóps sjávarútvegs- og landbúnaðarráðherra um stefnumótun í fiskeldi sem skilað var þann 21. ágúst 2017. Í skýrslunni er að finna ítarlega greiningu á núverandi fyrirkomulagi fiskeldis á Íslandi. Auk þess voru settar fram tillögur til stefnumótunar.

Með frumvarpinu er leitast við að ná aukinni sátt um uppbyggingu greinarinnar til framtíðar. Ennfremur kemur fram að stefna stjórnvalda sé að gætt verði ýtrustu varúðar við uppbyggingu fiskeldis og ákvarðanir verði byggðar á ráðgjöf vísindamanna. Þess vegna sé

mikilvægt að lögfesta áhættumat erfðablöndunar og tryggja að það verði lagt til grundvallar leyfilegu magni af frjóum eldislaxi í sjókvíum á hverjum tíma. Frumvarpið gerir ráð fyrir að Hafrannsóknastofnun geri bindandi tillögur að áhættumati erfðablöndunar en tillögurnar verði áður bornar undir samráðsnefnd stjórnvalda um fiskeldi til faglegrar og fræðilegrar umfjöllunar.

Þá eru ákvæði í frumvarpinu sem heimila Matvælastofnun að breyta ákvæðum rekstrarleyfa í samræmi við breytingar á útgefnu áhættumati erfðablöndunar eða breytingar á útgefnu burðarþoli. Vegna þessarar áherslu á rannsóknir og vöktun lífríkisins er gert ráð fyrir heimild Hafrannsóknastofnunar til að stunda tímabundnar rannsóknir á fiskeldi í fiskveiðilandhelgi Íslands eða í samstarfi við aðra. Þetta á að auðvelda og greiða fyrir nauðsynlegum rannsóknum vegna fiskeldis og þá sérstaklega eldistilraunum vegna sjókvíaeldis.

Um núverandi lagaumhverfi leyfisveitinga segir að það bjóði upp á kapphlaup umsækjenda um eldissvæði. Orðrétt segir um þetta í 2. kafla í almennra athugasemda í greinargerð með frumvarpinu:

„Þetta kapphlaup getur leitt af sér ágreining milli umsækjenda varðandi afmörkun eldissvæða og ósamræmi við aðra nýtingu í viðkomandi fjörðum. Jafnframt er ekki tryggt að heildarnýting svæða sé sem hagkvæmust. Í ljósi þessa eru lagðar til breytingar á núverandi fyrirkomulagi leyfisveitinga. Þannig er lagt til að eldissvæðum verði skipt upp snemma í leyfisveitingarferlinu eftir útarlegt umsagnarferli. Frumvarpið gerir jafnframt ráð fyrir að eldissvæðum sé úthlutað eftir opinbera auglýsingu og á grundvelli hagstæðasta tilboðs. Lagt er til að við mat á hagstæðasta tilboði komi meðal annars til skoðunar reynsla af fiskeldisstarfsemi, fjárhagslegur styrkur og mælikvarðar sem mæla hvernig tilboðsgjafi hefur stundað rekstur sinn og upplýsingar um það hvernig tilboðsgjafi hyggist stunda rekstur sinn, m.a. út frá umhverfissjónarmiðum.“

Í 6. kafla almennra athugasemda kemur auk þess fram að í frumvarpinu sé gert ráð fyrir að ráðherra ákveði hvenær og hvaða firði eða hafsvæði skuli burðarþolsmeta. Auk þess ákveði ráðherra hvenær eldissvæðum verði úthlutað og hversu mörgum verði úthlutað hverju sinni. Þessar heimildir ráðherra eiga að tryggja að stjórnvöld á hverjum tíma ákveði hvernig haga skuli framtíðaruppbyggingu fiskeldis. Uppbyggingin skuli ekki lögð í hendur umsækjenda um leyfi. Núverandi lagaumhverfi býður upp á svokallað „fyrstur kemur fyrstur fær“ fyrirkomulag umsókna um eldissvæði, sem leiðir af sér að ekki er tryggt að heildarnýting svæða verði sem hagkvæmust. Kapphlaupið getur einnig leitt af sér ágreining milli aðila varðandi afmörkun svæða. Með frumvarpinu er stefnt að því að breyta þessu fyrirkomulagi með almennum hætti.

Tekið er fram í 6. kafla almennra athugasemda í greinargerð með frumvarpinu að það sé stefna stjórnvalda að byggja ákvarðanir um framþróun fiskeldis á rannsóknum og ráðgjöf vísindamanna. Fyrirhugaðar lagabreytingar eiga að stuðla að ábyrgu fiskeldi, þar sem sjálfbær þróun og vernd lífríkis er höfð að leiðarljósi á grundvelli vísinda og rannsókna. Nauðsynlegt fyrsta skref í framkvæmd þessarar stefnu er að lögfesta áhættumat erfðablöndunar þannig að það verði lagt til grundvallar leyfilegu magni frjós eldislax í sjókvíum. Vegna þessarar áherslu stjórnvalda á rannsóknir og vöktun lífríkisins gerir frumvarpið einnig ráð fyrir sérstakri heimild Hafrannsóknastofnunar til að stunda tímabundnar rannsóknir á fiskeldi í fiskveiðilandhelgi Íslands. Ef frumvarpið verður að lögum munu rannsóknir á fiskeldi aukast hérlendis. Jafnframt er fyrirhugað að auka vöktun umhverfis og lífríkis í ám og nánasta umhverfi eldissvæða. Samkvæmt frumvarpinu er gert ráð fyrir hækkuðu framlagi rekstrarleyfishafa í sjókvíaeldi með frjóan lax í Umhverfissjóð sjókvíaeldis með það að markmiði að auka fjármagn til rannsókna og vöktunar. Hér er sérstaklega horft til rannsókna á eldi ófrjórna laxfiska hér við land, rannsókna á laxalús, eldistilrauna ýmiss konar og aukinna rannsókna á áhrif eldis á lífríki og umhverfi. Meginhlutverk sjóðsins er að greiða kostnað við rannsóknir vegna burðarþolsmats, vöktunar þess og annarra verkefna sem stjórn sjóðsins ákveður. Þar sem gera má ráð fyrir að sjóðurinn þurfi að greiða sífellt hærra framlag til Hafrannsóknastofnunar vegna kostnaðar við vöktun burðarþols svæða sem þegar hafa verið metin til burðarþols er mikilvægt að fé sjóðsins sé fullnægjandi miðað við hlutverk hans og aukna áherslu á rannsóknir í fiskeldi.

Loks kemur fram í 6. kafla almennra athugasemda að með því að hrinda í framkvæmd þeirri stefnu stjórnvalda að byggja ákvarðanir um framþróun fiskeldis á ráðgjöf vísindamanna megi gera ráð fyrir að meiri sátt verði náð um uppbyggingu fiskeldisins þannig að það geti vaxið eðlilega í sátt við helstu hagsmunaaðila. Stefnt er að því að ímynd íslensks fiskeldis verði umhverfisvæn sem skapi sérstöðu íslenskra fiskeldisafurða á markaði. Jafnframt megi gera ráð fyrir að álitamálum vegna leyfisveitinga og staðsetningar sjókvía eigi eftir að fækka með lögleiðingu nýs leyfisveitingarkerfis, þar sem nýtt kerfi gerir ráð fyrir að búið sé að áætla staðsetningu og burðarþol hvers eldissvæðis þegar úthlutun fer fram og leyfishafi gerir tillögu að matsáætlun til Skipulagsstofnunar og sækir í framhaldinu um rekstrarleyfi til Matvælastofnunar. Jafnframt gerir tillagan ráð fyrir auknu samráði stofnana og fagaðila snemma í leyfisveitingarferlinu sem auka mun samræmi og heildaryfirsýn við ákvörðunartöku í ferlinu öllu.

5.2. Helstu breytingar frumvarpsins sem varða viðfangsefnið

5.2.1. Breyting á 8. gr. núgildandi laga nr. 71/2008

Með 9. gr. frumvarpsins er gert ráð fyrir breytingum á 8. gr. núgildandi laga nr. 71/2008 um umsókn um rekstrarleyfi. Þar er meginbreytingin sem snertir viðfangsefni þessarar

álitsgerðar sú að umsóknum skulu nú fylgja „gögn um heimild til afnota af landi eða vatni eða gögn um úthlutun eldissvæðis skv. 4. gr. a ef við á.“

Verði frumvarpið að lögum er það þannig gert að skilyrði fyrir rekstrarleyfi að umsækjandi verði áður að hafa fengið úthlutað eldissvæði samkvæmt 3. gr. frumvarpsins (4. gr. a verði frumvarpið að lögum). Samkvæmt nágildandi fyrirkomulagi er það umsækjandi sem velur eldissvæðið en ekki stjórnvöld. Því er um grundvallarbreytingu að ræða á þessu fyrirkomulagi verði frumvarpið að lögum.

5.2.2. Skipting hafsvæða í eldissvæði, auglýsing og úthlutun þeirra samkvæmt 3. gr. frumvarpsins

Í ljósi þess að skilyrði fyrir rekstrarleyfi samkvæmt frumvarpinu er að umsækjandi hafi áður fengið úthlutað eldissvæði er rétt að reifa hvaða skilyrði eru fyrir slíkri úthlutun. Þau koma fram í 3. gr. frumvarpsins. Þar er gert ráð fyrir að ný grein 4. gr. a verði lögfest undir yfirskriftinni „Skipting hafsvæða í eldissvæði, auglýsing og úthlutun þeirra.“ Ákvæðið er fimm málsgreinar og er svohljóðandi:

„Hafrannsóknastofnun ákveður skiptingu fjarða eða hafsvæða í eldissvæði á grundvelli burðarþol og bestu heildarnýtingar mögulegra eldissvæða að höfðu samráði við Skipulagsstofnun.

Þegar burðarþol, áhættumat erfðablöndunar og svæðaskipting skv. 1. mgr. liggur fyrir úthlutar ráðherra eldissvæðum. Ráðherra ákveður hvenær eldissvæðum er úthlutað og hversu mörgum er úthlutað hverju sinni. Heimilt er að framselja þetta vald til undirstofnunar ráðherra.

Auglýsa skal opinberlega úthlutun eldissvæða. Við mat á tilboðum kemur meðal annars til skoðunar upphæð tilboðs, reynsla af fiskeldisstarfsemi, fjárhagslegur styrkur og mælikvarðar sem mæla hvernig tilboðsgjafi hefur stundað rekstur sinn og upplýsingar um það hvernig tilboðsgjafi hyggst stunda reksturinn, m.a. út frá umhverfissjónarmiðum.

Komi í ljós að umsækjandi uppfyllir ekki skilmála úthlutunar, umsókn hans um rekstrarleyfi er hafnað af Matvælastofnun eða forsendur fyrir henni bresta af öðrum ástæðum er heimilt að úthluta eldissvæðum að nýju samkvæmt þessari grein.

Ráðherra setur með reglugerð nánari ákvæði um skiptingu hafsvæða í eldissvæði, um auglýsingu, úthlutun eldissvæða, skilmála úthlutunar, hvað teljist hagstæðasta tilboð og afturköllun tilboðs.“

Það er skilyrði fyrir úthlutun ráðherra eða stofnunar, sem vald hefur verið framselt til, að burðarþol, áhættumat erfðablöndunar og svæðaskipting fyrir umrætt hafsvæði liggi fyrir. Í

núgildandi lögum nr. 71/2008 eru ákvæði um burðarþol og viðfangsefnið lýtur eingöngu að burðarþolsmetnum svæðum.

Auk skilyrðisins um burðarþolsmat er gert ráð fyrir því í 2. mgr. 3. gr. frumvarpsins að fyrir liggi annars vegar áhættumat erfðablöndunar og hins vegar svæðaskipting samkvæmt 1. mgr. 3. gr. Með áhættumati erfðablöndunar er vísað til a-liðar 7. gr. frumvarpsins (sem verður 6. gr. a laganna verði frumvarpið að lögum). Samkvæmt 1. mgr. 7. gr. a gerir Hafrannsóknastofnun tillögu til ráðherra um það magn frjóra laxa, mælt í lífmassa, sem heimila skal að ala í sjó hverju sinni á tilteknu hafsvæði á grundvelli áhættumats erfðablöndunar. Áhættumatið mælir áhættu af erfðablöndun frjóra eldislaxa við villta laxastofna miðað við magn frjóra eldislaxa á tilteknu hafsvæði. Markmið matsins er að draga úr mögulegum skaðlegum áhrifum af erfðablöndun eldislaxa við nytjastofna villtra laxa.

Eins og heiti frumvarpsins ber með sér er áhættumat erfðablöndunar eitt af aðalatriðum frumvarpsins, ásamt nýrri úthlutunarreglu eldissvæða. Það er ítrekað í almennum athugasemdum sem eitt af tilefnum frumvarpsins:

Stefna stjórnvalda er að gætt verði ytrustu varúðar við uppbyggingu fiskeldis og ákvarðanir verði byggðar á ráðgjöf vísindamanna. Af þeim sökum er mikilvægt að lögfesta áhættumat erfðablöndunar og tryggja að það verði lagt til grundvallar leyfilegu magni af frjóum eldislaxi í sjókvíum á hverjum tíma.

Til marks um vægi áhættumats erfðablöndunar er jafnframt rétt að nefna að með frumvarpinu eru einnig ákvæði sem heimila Matvælastofnun að breyta ákvæðum rekstrarleyfa í samræmi við breytingar á útgefnu áhættumati erfðablöndunar eða breytingar á útgefnu burðarþoli, sbr. 3. mgr. 7. gr. a.

Þriðja skilyrði úthlutunar er svæðaskipting samkvæmt 1. mgr. 3. gr. frumvarpsins. Í athugasemdum við ákvæðið segir að hafsvæðum verði skipt upp í eldissvæði, þau auglýst opinberlega og þeim úthlutað til þeirra sem leggja fram tilboð. Hafrannsóknastofnun ákveður skiptingu fjarða eða hafsvæða í eldissvæði og gerir það samhliða vinnu sinni við mat á burðarþoli. Þannig er gert ráð fyrir að eldissvæði verði staðsett þar sem skilyrði eru góð fyrir aukið líffræðilegt álag. Jafnframt skal stofnunin skipta upp svæðum í eldissvæði með bestu heildarnýtingu að leiðarljósi. Áður en Hafrannsóknastofnun skiptir upp svæðum skal stofnunin leita umsagnar Skipulagsstofnunar.

5.3. Bráðabirgðaákvæði 23. gr. a og b frumvarpsins

Ákvæði 23. gr. a frumvarpsins er svohljóðandi:

Umsóknir um rekstrarleyfi fyrir sjókvíaelði á hafsvæðum sem ekki er búið að meta til burðarþols við gildistöku ákvæðis þessa falla úr gildi. Um úthlutun þessara svæða fer þá skv. 4. gr. a laganna. Gilt rekstrarleyfi á hafsvæði sem ekki er búið að meta til burðarþols heldur gildi sínu eftir gildistöku þessa ákvæðis en skal taka breytingum þegar burðarþolsmat hefur farið fram. Að öðru leyti gilda ákvæði laganna um slík rekstrarleyfi.

Í athugasemdum við ákvæðið í greinargerð með frumvarpinu segir að það lúti að umsóknum um rekstrarleyfi sem eru til meðferðar hjá Matvælastofnun við gildistöku ákvæðisins í fjörðum eða hafsvæðum sem ekki er búið að meta til burðarþols við gildistöku ákvæðisins. Ákvæðið gerir ráð fyrir að þessar umsóknir falli úr gildi verði frumvarpið að lögum. Samkvæmt athugasemdunum er þetta tímamark talið eðlilegt þar sem 1. mgr. 8. gr. gildandi laga mælir fyrir um að umsókn um rekstrarleyfi fylgi burðarþolsmat fyrir viðkomandi sjókvíaelðissvæði. Ef burðarþol viðkomandi hafsvæðis liggur ekki fyrir þá er umsókn ekki fullnægjandi samkvæmt gildandi lögum.

Í kafla 3.4. í almennum athugasemdum við frumvarpið segir enn fremur að fyrirtæki sem hafa tilkynnt Skipulagsstofnun um áform sín um fiskeldi á tilteknum hafsvæðum, sem eftir er að meta til burðarþols, munu því ekki geta tryggt sér tiltekið svæði samkvæmt reglu gildandi laga heldur verður þessum svæðum úthlutað á grundvelli opinberrar auglýsingar.

Ákvæði 23. gr. b er svohljóðandi:

Umsóknir um rekstrarleyfi fyrir sjókvíaelði á hafsvæðum sem hafa verið metin til burðarþols halda gildi sínu við gildistöku þessara laga. Svæðum sem sótt er um samkvæmt þessum umsóknum skal ekki úthlutað skv. 4. gr. a laganna. Umsóknir um rekstrarleyfi á sama svæði skv. 1. málsl. skulu teknar til meðferðar í þeirri röð sem þær berast Matvælastofnun. Að öðru leyti gilda ákvæði laganna um þessar umsóknir og rekstrarleyfi útgefin samkvæmt þeim.

Í athugasemdum við ákvæðið í greinargerð frumvarpsins segir að með því sé áréttað í samræmi við 23. gr. a, að umsóknir um rekstrarleyfi fyrir sjókvíaelði á hafsvæðum *sem hafa verið* metin til burðarþols við gildistöku ákvæðisins haldi gildi sínu. Ekki eigi að auglýsa opinberlega og úthluta þessum tilteknu eldissvæðum sem fyrirliggjandi umsóknir lúta að. Eldri regla gildandi laga um afgreiðsluröð umsókna, sem stefnt er að breyta með þessu frumvarpi, á sama sjókvíaelðissvæði er áréttuð en umsóknir skal afgreiða í þeirri röð sem þær berast Matvælastofnun, enda fullnægi umsókn skilyrðum laganna eftir breytinguna að öðru leyti.

Þá segir í athugasemdunum að við endurnýjun rekstrarleyfa útgefinna á grundvelli þessara umsókna skulu gilda kröfur laga, sem um þau gilda þegar gildistími þeirra rennur út. Rekstrarleyfi útgefin á grundvelli þessara umsagna ber þannig ekki að auglýsa og úthluta skv. 4. gr. a þegar kemur að endurnýjun þeirra ef þau uppfylla lagakröfur á þeim tíma þegar þau renna út. Að öðru leyti gilda ákvæði laganna um þessar umsóknir og rekstrarleyfi útgefin samkvæmt þeim.

5.4. Um álitafnin – er um grundvallarmun að ræða?

Í kjölfar þess að helstu markmið frumvarpsins og viðeigandi ákvæði hafa verið reifuð þykir rétt að kanna hvort grundvallarmunur sé á lagalegri aðstöðu umsækjenda um rekstrarleyfi á svæðum sem hafa verið burðarþolsmetin, A) eftir því hvort farið verði með fyrirbyggjandi umsóknir samkvæmt skilyrðum 3. gr. frumvarpsins (4. gr. a verði frumvarpið að lögum) eða B) umsóknirnar verði felldar úr gildi og gert er ráð fyrir því að umsækjendur sækji að nýju um leyfi samkvæmt samkvæmt skilyrðum 3. gr. frumvarpsins (4. gr. a verði frumvarpið að lögum).

Þegar fjallað er um álitafni þessarar álitsgerðar, með vísan til framangreindrar umfjöllunar annars vegar í almennum athugasemdum frumvarpsins og athugasemdum við tiltekin ákvæði þess, þá er það lykilatriði að eitt af grundvallarmarkmiðum þess er að breyta svokölluðu „kapphlaupi“ eða „fyrstur kemur fyrstur fær“ fyrirkomulagi um fiskeldissvæði á sjó. Fram kemur að þetta fyrirkomulag geti leitt af sér ágreining milli umsækjenda varðandi afmörkun eldissvæða og ósamræmi við aðra nýtingu í viðkomandi fjörðum. Jafnframt sé ekki tryggt að heildarnýting svæða sé sem hagkvæmust.

Líkt og áður greinir kemur fram í 9. gr. frumvarpsins að umsóknum skuli nú fylgja „gögn um heimild til afnota af landi eða vatni eða gögn um úthlutun eldissvæðis skv. 4. gr. a ef við á.“ Forsenda fyrir því að unnt verði að sækja um rekstrarleyfi á hafsvæði er þannig að umsækjandi hafi áður fengið úthlutað eldissvæði í samræmi við 3. gr. frumvarpsins.

Ef ákveðið verður með lögum að fyrirbyggjandi umsóknir um rekstrarleyfi til að stunda fiskeldi á hafsvæðum sem hafa verið burðarþolsmetin fari samkvæmt 3. gr. frumvarpsins þá er ljóst að slíkar umsóknir myndu ekki uppfylla skilyrði ákvæðisins. Verði frumvarpið að lögum verður ferli rekstrarleyfisumsóknar með allt öðrum hætti en nú er. Eins og áður segir er gert ráð fyrir því að umsóknum um rekstrarleyfi fylgi úthlutun eldissvæðis. Fyrst þarf svæðið að hafa verið burðarþolsmetið, áhættumat erfðablöndunar þarf að hafa farið fram og svæðaskipting samkvæmt 1. mgr. ákvæðisins liggja fyrir. Þegar þessi þrjú skilyrði liggja fyrir þá skal í samræmi við 3. mgr. auglýsa opinberlega eftir úthlutun þessara eldissvæða. Gert er ráð fyrir að hagstæðasta tilboðinu verði tekið. Lagt er til að við mat á hagstæðasta tilboði komi meðal annars til skoðunar reynsla af fiskeldisstarfsemi, fjárhagslegur styrkur og mælikvarðar sem mæla hvernig tilboðsgjafi hefur stundað rekstur

sinn og upplýsingar um það hvernig tilboðsgjafi hyggist stunda rekstur sinn, m.a. út frá umhverfissjónarmiðum.

Í ljósi framangreindra atriða verður að telja afar lítinn mun, ef nokkurn, á réttarstöðu þeirra aðila sem eiga nú fyrirbyggjandi umsóknir um rekstrarleyfi á svæðum sem hafa verið burðarþolsmetin, hvort sem farin er sú leið að kveða á um að umsóknirnar verði að fara eftir 3. gr. frumvarpsins eða fella þær úr gildi með lögum. Umsóknaraðilar væru í svipaðri aðstöðu eftir sem áður því í báðum tilvikum þurfa þeir að bíða eftir úthlutun eldissvæða samkvæmt ákvæðinu. Fyrirbyggjandi umsóknir myndu því hafa afar litla þýðingu, ef einhverja, í nýja fyrirkomulaginu þar sem umsækjendur hefðu ekki fengið eldissvæði úthlutað. Auk þess sem umsækjendur myndu ekki njóta þess að hafa sótt um eldissvæði á undan öðrum, svo sem áður er rakið.

Helsti munur á réttarstöðunni væri mögulega fölginn í því að hluti kostnaðar við umsóknir sem felldar yrðu úr gildi með lögum, svo sem gjöld samkvæmt XI. kafla reglugerðar nr. 1170/2015 kann að ónýtast umsækjendum. Það gæti mögulega talist tjón umsækjenda að öðrum skilyrðum skaðabótaábyrgðar uppfylltum. Matskostnaður, svo sem vegna mats á umhverfisáhrifum myndi að öllum líkindum áfram nýtast umsækjendum, hafi þeir lagt út fyrir slíkum kostnaði, enda áfram gert að skilyrði í hinu nýja frumvarpi við tilteknar aðstæður.

Í kjölfarið á þessu mati á réttarstöðu verður við eftirfarandi umfjöllun um skaðabótaskyldu fjallað um viðfangsefnið í einu lagi, en það sem talið er frábrugðið nefnt jöfnum höndum sérstaklega.

6. Almenn skilyrði skaðabótaábyrgðar hins opinbera - afmörkun reglna sem gilda um viðfangsefnið

6.1. Almenn

Við upphaf umfjöllunar um skaðabótaskyldu íslenska ríkisins þarf að kanna hvaða regla gildir um bótagrundvöllinn. Með því er átt við regluna sem á við um skilyrði skaðabótaábyrgðar hverju sinni. Bótagrundvöllurinn getur verið reistur á fjórum mismunandi reglum, þ.e. sakarreglunni, reglunni um hlutlæga ábyrgð, reglunni um vinnuveitendaábyrgð eða sakarlíkindareglunni. Hver og ein þessara reglna áskilur sérstök skilyrði fyrir bótarétti. Útilokað er að stofnast geti til skaðabótaábyrgðar nema ljóst sé að fullnægt sé þeim skilyrðum sem eiga við samkvæmt þeirri reglu sem gildir um bótagrundvöllinn hverju sinni.

Í ljósi viðfangsefnisins, sem varðar mögulega lagasetningu, þarf að kanna hvort meginreglur skaðabótaréttar um bótagrundvöllinn eigi við eða ákvæði stjórnarskrárinnar

sérstaklega.⁴ Þótt hið opinbera greiði bætur vegna þess að eignarréttindi aðila samkvæmt 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (hér eftir STS) hafi verið skert með ólögðum hætti, er ekki endilega staðfest að slík eignaskerðing jafngildi eignarnámi í skilningi ákvæðisins. Skerðing á eignarrétti getur verið andstæð 1. mgr. 72. gr. ef lagafyrirmæli skortir til hennar. Ástæða bótaskyldunnar er þá af öðrum toga en þeim sem getið er um í 1. mgr. 72. gr. Þar sem ákvörðun um eignarskerðingu er ólögð hvílir bótaskyldan á almennum reglum skaðabótaréttar. Við þær aðstæður hvílir bótarétturinn á sömu reglum og eiga almennt við um aðstæður þar sem stjórnarskrárvernduð mannréttindi hafa verið skert án slíkrar heimildar.⁵

Um skaðabótaábyrgð hins opinbera gilda almennt sömu reglur um bótagrundvöllinn og um skaðabótaábyrgð annarra. Þetta á við um framkvæmd opinbers valds í rúmri merkingu, svo sem lagasetningu. Þegar til álita kemur að íslenska ríkið verði skaðabótaskyld er aðstaðan oftast sú að starfsmenn þess hafa bakað einhverjum tjón með háttsemi sinni. Í því felst að hið opinbera ber ábyrgð sem vinnuveitandi á tjóni sem valdið er með saknæmum og ólögðum hætti af hálfu starfsmanna þess. Stundum verður ábyrgðin ekki reist á reglunni um vinnuveitandaábyrgð, svo sem þegar ákvarðanir teknar af æðstu valdastofnunum ríkisins, leiða til skaðabótaskylds tjóns. Það hefur verið kallað stofnanaábyrgð þegar tjón verður vegna ákvörðunar slíkrar stofnunar, t.d. Alþingis. Þá er ekki eðlilegt að tala um ábyrgð vinnuveitanda á skaðaverkum sem starfsmaður hans veldur, heldur er um að ræða ábyrgð stofnunarinnar sjálfrar.⁶

Þegar dómstólar og fræðimenn fjalla um skaðabótaábyrgð hins opinbera þegar lög fara í bága við stjórnarskrá eða mannréttindasáttmála er bótagrundvöllurinn almennt óljós. Dregin hefur verið sú ályktun að Hæstiréttur telji stundum heimilt að leggja á ríkið hlutlæga ábyrgð á tjóni sem verður vegna þess að stjórnarskrárvarin réttindi borgaranna hafi verið skert. Þá hefur einnig verið nefnt til sögunnar afbrigði af sakarreglunni, svokallað „reglufest saknæmi“. Samkvæmt þessari beitingu sakarreglunnar, sbr. *Hrd.* 1996, bls. 2956 og *Hrd.* 1999, bls. 1709, er ekki skilyrði að sýnt hafi verið fram á saknæmi.⁷ Telja verður óheppilegt að bótagrundvöllurinn sé óskýr í málum sem varða þennan flokk skaðabótaábyrgðar hins

⁴ Sjá til dæmis forsendur héraðsdóms í *Hrd. frá 23. febrúar 2006 í máli nr. 371/2005* „Þá lítur dómari svo á að krafa um bætur vegna skerðingar ríkisins á eignarréttindum í andstöðu við eignarréttarákvæði stjórnarskrár sé krafa um skaðabætur, enda þótt bótagrundvöllurinn sé í því tilviki ekki sakarregla skaðabótaréttar heldur 72. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 10. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995, ásamt ólögfestum reglum um skaðabótaskyldu ríkisins.“ Síðar segir einnig orðrétt í forsendunum „Kom umrædd aðferð við ákvörðun aflahlutdeildar þannig með óvenjulegum og verulega íþyngjandi hætti niður á stefnanda samanborið við aðra sem stundað höfðu veiðar á sömu tegundum. Að þessu virtu telur dómari að stefnandi hafi verið sviptur umræddum fjárhagslegum hagsmunum bótalaut í andstöðu við 72. gr. stjórnarskrárinnar og eigi rétt til bóta af þeim sökum.“

⁵ Björg Thorarensen. *Stjórnarskipunarréttur – Mannréttindi*, 2. útg., bls. 517.

⁶ Viðar Már Matthíasson: „Skaðabótaábyrgð hins opinbera vegna laga og stjórnvaldsákvæðna sem fara í bága við stjórnarskrá og/eða mannréttindasáttmála“. *Rannsóknir í félagsvísindum V. Lagadeild (2004)*, bls. 219-220. Sjá einnig Eiríkur Jónsson og Viðar Már Matthíasson: *Bótaréttur I - Skaðabótaréttur*, bls. 263.

⁷ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 574. Sjá einnig Eiríkur Jónsson og Viðar Már Matthíasson: *Bótaréttur I - Skaðabótaréttur*, bls. 259.

opinbera enda er það réttaröryggisjónarmið fyrir borgarana að vita fyrirfram hvort byggja skuli mál á grundvelli hlutlægrar ábyrgðar eða sakarreglunni þar sem skilyrði reglnanna eru ólík.

Svo virðist sem það sé grundvallaratriði fyrir skaðabótaskyldu íslenska ríkisins vegna lagasetningar, þrátt fyrir framangreindan óskýrleika um bótagrundvöllinn, að tiltekið lagaákvæði fari í bága við ákvæði stjórnarskrár eða mannréttindasáttmála sem Ísland er aðili að. Matið ræðst einkum af því hvort Alþingi hafi við setningu laga virt þær takmarkanir valdheimilda sinna sem felast í ákvæðum stjórnarskrárinnar. Af dómaframkvæmd síðustu áratuga er ljóst að dómstólar hafa aukið eftirlit sitt með lögum frá Alþingi. Dómstólar ganga nú lengra í því að endurskoða hvort löggjafinn hafi byggt á málefnalegum sjónarmiðum við setningu laga og þá einkum hvort gætt hafi verið grundvallarreglna um jafnræði og meðalhóf.⁸

Auk þessa „reglufesta saknæmis“ eru skilyrði fyrir skaðabótaskyldu þau að tjónþola er skylt að sanna tjón sitt, þ.e. umfangið, svo hann geti fengið sér tildæmdar skaðabætur. Þannig getur ekki komið til skaðabótaskyldu nema tjónþoli hafi sýnt fram að hann hafi orðið fyrir tjóni eða líklega orðið fyrir tjóni. Af þessu leiðir jafnframt að sýna þarf fram á orsakasamband milli tjónsins og saknæmrar og ólögætrar háttsemi (eða hins „reglufesta saknæmis“) og að tjónið sé sennileg afleiðing háttseminnar. Þá gildir sú regla einnig, að tjónþola er skylt að leitast við að takmarka tjón sitt og ef hann sinnir ekki þeirri skyldu getur hann ekki fengið bætur fyrir það tjón, sem hann verður fyrir af þessum ástæðum.

6.2. Nánar um álitaefnið – mat á skaðabótaskyldu og andlag mögulegs tjóns

Viðfangsefni þessarar álitsgerðar lýtur að umsóknum um rekstrarleyfi og mögulegri skaðabótaábyrgð íslenska ríkisins verði skilyrðum breytt vegna fyrirbyggjandi umsókna eða umsóknir felldar niður með lögum. Í ljósi framangreindra sjónarmiða um bótagrundvöll á þessu sviði verður því að kanna hvert andlag tjónsins kann að vera í ljósi viðfangsefnisins, þ.e. hvaða réttindi eða hagsmunir kunna að verða fyrir borð borin.

Mögulegir tjónþolar, þ.e. umsækjendur um leyfi, kunna annars vegar að halda því fram að þeir verði fyrir almennu fjártjóni, svo sem vegna missis hagnaðar af því að umsóknir þeirra verði fyrir töfum vegna nýrra skilyrða eða beinlínis vegna þess að þeir fái ekki leyfi. Hins vegar gætu þeir haldið því fram að tjónið felist í töpuðum útlögðum kostnaði við umsóknirnar sem ekki nýtist við úrvinnslu umsóknar samkvæmt 3. gr. frumvarpsins.

Þá verður að fara yfir það hvort sú fyrirhugaða lagasetning, annað hvort að breyta skilyrðum fyrirbyggjandi umsókna eða fella þær niður, kunni að brjóta gegn ákvæðum

⁸ Björg Thorarensen. *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, 2. útg., bls. 65.

stjórnarskrár eða mannréttindasáttmálum sem Ísland er aðili að. Slíkt er eins og áður segir skilyrði fyrir skaðabótaskyldu í málum af þessu tagi.

6.3. Valdheimildir löggjafans og lagaskil

Ef Alþingi ákveður að fara þá leið að kveða á um að fyrirbyggjandi umsóknir um rekstrarleyfi haldi gildi sínu, en meðferð þeirra og úthlutun eldissvæða fari samkvæmt 3. gr. frumvarpsins verður að fjalla um valdheimildir löggjafans og lagaskil.

Í íslenskum rétti gildir það grundvallarsjónarmið um skil eldri laga og yngri að réttarstaða manna ákvarðast af lögum eins og þau eru hverju sinni. Þannig verði almennt að ráða málum til lykta á grundvelli reglna í nýjum lögum, enda þótt atvik sem ráða beitingu lagareglu hafi átt sér stað að einhverju leyti fyrir gildistöku hennar.⁹

Þannig er meginreglan um lagaskil á sviði stjórnisýsluréttar á þann veg að nýjum lögum verði beitt frá og með gildistöku þeirra í hverju stjórnisýslumáli sem er ólokið, og réttarreglur laganna taka til samkvæmt efni sínu, án tillits til þess hvort málsatvik eiga rót sína að rekja til atburða sem gerðust fyrir gildistöku laganna, enda mæli lögin sjálf ekki á annan veg.

Ný lög, sem ætlað er að koma í stað eldri laga, leysa þau af hólmi frá og með gildistöku degi hinna nýju laga, nema annað sé sérstaklega tekið fram í nýju lögum. Frá þeim tíma verða allar stjórnvaldsákvæðanir sem byggðar eru á þeim lögum, að vera í samræmi við nýju lögin.¹⁰

Í *Hrd. frá 20. nóvember 2008 í máli nr. 187/2008* var litið til fyrrnefndrar meginreglu um lagaskil á sviði stjórnisýsluréttar jafnvel þótt að yngri lagaregla væri að öllum líkindum

⁹ Sigurður Línal: „Um lagaskil og afturvirkni laga.“ *Úlfjótur* 2006, bls. 17. Sjá einnig forsendur Hæstaréttar í máli nr. 614/2011 þar sem segir orðrétt: „Að meginreglu verður nýjum lögum beitt um lögskipti sem undir þau falla þótt til lögskiptanna hafi verið stofnað fyrir gildistöku þeirra, enda ræðst réttarstaða manna af lögum eins og þau eru hverju sinni. Þegar meta þarf hvort efni séu til að víkja frá þeirri meginreglu verður að gæta að því hvort réttarsamband, sem stofnað var til í gildistíð eldri laga, hafi verið fullmótað og komið í endanlegt horf þegar hin nýju lög tóku gildi. Sé með nýjum lögum ekki hróflað við þeim þáttum í myndun réttarsambands eða réttarstöðu sem liðnir voru við gildistöku þeirra verða þau að móta þá þætti réttarsambandsins, sem varða tímann eftir það, þótt þau kunni að hrófla við þeirri réttarstöðu sem ella hefði verið uppi eftir eldri lögum.“

¹⁰ Sjá frekari umfjöllun um þetta atriði í *UA frá 12. febrúar 2007 í máli nr. 4747/2006* þar sem fram kemur orðrétt í forsendum umboðsmanns: „Sú regla er þó ekki einhlít heldur kunna skil milli eldri laga og yngri enn fremur að ráðast að verulegu leyti af eðli og túlkun þeirrar lagaheimildar sem beita á hverju sinni. Þannig hefur það óhjákvæmilega áhrif hvort lagaregla tekur samkvæmt orðalagi sínu aðeins til atvika sem gerast á tilteknum stað og tíma eða hvort efnisleg skilyrði fyrir beitingu lagareglu eru afmörkuð á þann hátt að hún eigi við um tilteknar aðstæður, sem ekki eru bundnar ákveðnum tímamörkum. Þá hefur það jafnframt þýðingu hver niðurstaðan er af beitingu yngri reglu fyrir aðila máls í samanburði við þegar eldri regla er lögð til grundvallar. Hefur þá verið miðað við að yngri reglum skuli að jafnaði ekki beitt ef þær leiða til niðurstöðu sem er aðila óhagstæðari en ef eldri reglum er beitt.“

óhagstæðari fyrir borgarann en sú eldri. Í málinu krafðist X þess að felldir yrðu úr gildi tveir úrskurðir dóms- og kirkjumálaráðuneytisins þar sem umsókn hans um leyfi til að ættleiða stjúpdætur sínar A og B var synjað. Umsóknin var send til ráðuneytisins í 22. júlí 2005. Ráðuneytið synjaði um leyfi 18. október 2006, m.a. á þeim forsendum að umsækjandi hefði ekki uppfyllt skilyrði um samfellda sambúð þess sem sækir um stjúpættleiðingu með foreldri barns í að minnsta kosti fimm ár. Umsækjandi hélt því fram að ekkert slíkt skilyrði hafi verið í lögum um ættleiðingar þegar hann sótti um. Breyting á 41. gr. ættleiðingalaga, þar sem segi að ráðherra sé heimilt að setja reglugerð um þau skilyrði sem umsækjendur þurftu að uppfylla samkvæmt ættleiðingarlögum, var þannig ekki í gildi þegar X afhenti ráðuneytinu umsóknirnar. Lagabreytingin tók gildi 30. júní 2006, næstum ári eftir umsóknirnar. Því var haldið fram að lagabreytingin hefði haft afturvirk áhrif á umsóknina og að það gæti ekki staðist. Um þessa röksemd sagði orðrétt í forsendum Hæstaréttar:

Með 9. gr. laga nr. 69/2006, sem tóku gildi 30. júní 2006, var bætt aftan við 41. gr. laga nr. 130/1999, sem heimilaði ráðherra að setja nánari ákvæði um framkvæmd laga þessara í reglugerð, orðunum „þar á meðal um þau skilyrði sem umsækjendur þurfa að uppfylla.“ Þegar úrskurðir stefnda voru kveðnir upp 18. október sama ár var 41. gr. svo orðuð því í gildi og stefnda bar að fara þá að gildandi lögum.

Tekið skal fram að skilyrðið um samfellda sambúð þess sem sækir um stjúpættleiðingu með foreldri barns í að minnsta kosti fimm ár var í reglugerð þegar umsóknirnar voru sendar til ráðuneytisins og einnig í samræmi við áralanga framkvæmd. Hins vegar virðist ljóst að lagaákvæðið sem heimilaði ráðherra að setja þetta skilyrði í reglugerðina hafði ekki öðlast gildi þegar umsóknirnar bárust ráðuneytinu. Af þessum dómi má ráða, einkum tilvitnuðum ummælum Hæstaréttar (ef helstu málsatvik eru rétt tímasett í dóminum¹¹), að löggjafinn geti með málefnalegum og almennum hætti sett reglur sem breyta skilyrðum sem umsækjendur um opinber leyfi þurfa að uppfylla. Sú breyting hefur áhrif á umsóknir sem bárust stjórnvöldum fyrir gildistöku laganna jafnvel þótt hún sé umsækjanda ekki til hagsbóta.

Framangreindar meginreglur og dómur Hæstaréttar benda til þess að umsækjendur um opinber leyfi verði almennt að búa við þá áhættu að lögum verði breytt áður en erindi þeirra hljóti endanlega afgreiðslu.¹²

Þá verður heldur ekki, með vísan til framangreindra sjónarmiða um lagaskil, talið að viðfangsefni þessarar álitserðar feli í sér afturvirkni laga enda hafa fyririggjandi umsóknir

¹¹ Tekið skal fram að dagsetningar og ártöl í þessum dómi eru nokkuð á reiki, sem er aðfinnsluvert og kann að draga úr fordæmisgildi dómsins.

¹² Öðru máli kann þó að gegna um þá aðstöðu ef stjórnvöld hafa með ómálefnalegum hætti haldið að sér höndum og það leiði til þess að umsækjendur hljóti ekki leyfi sem sótt var um. Þá kann skaðabótaréttur umsækjanda að vera fyrir hendi. Slík aðstaða er hins vegar ekki uppi hér.

ekki hlotið endanlega afgreiðslu stjórnvalda, jafnvel þótt meðferð fimm þeirra sé langt komin. Sú viðmiðun sem fram kemur í meginreglunni um lagaskil er sú að miða skuli lagaskil við það hvort stjórnáskilumáli hafi verið lokið eða ekki fyrir gildistöku nýrra laga. Ef því er ólokið gildir sú regla að nýjum lögum verði beitt um það stjórnáskilumál og hefur ekki þýðingu fyrir lagaskilin hvort málsatvik eigi rót að rekja til atburða er gerðust fyrir gildistöku laganna.

Talið er að löggjafinn geti almennt hert kröfur til leyfisbundinnar starfsemi, þannig að endurnýja verði leyfi og þeir sem geti ekki fullnægt hertum kröfum verði jafnvel að hætta starfsemi. Löggjafinn getur sett almennar reglur um atvinnustarfsemi sem hafa afturvirk áhrif þótt með þeim sé horft fram á við. Við þær kringumstæður er hins vegar talið æskilegra að veittur sé hæfilegur aðlögunartími.¹³ Sem dæmi má nefna *Hrd. frá 27. september 2007 í máli nr. 182/2007* en þar voru málavextir þeir að iðnaðarráðuneytið veitti Björgun ehf. árið 1990 leyfi til þrjátíu ára til vinnslu á hafsbotni á grundvelli laga um eignarrétt íslenska ríkisins að auðlindum hafsbotsins nr. 73/1990. Með lögum nr. 101/2000 samþykkti Alþingi svo breytingar á þeim lögum og í 6. gr. breytingarlaganna, sem varð að ákvæði II til bráðabirgða í lögum nr. 73/1990, var kveðið á um að þeir sem höfðu leyfi til leitar eða hagnýtingar efna á, í eða undir hafsbotni, skyldu halda þeim í fimm ár frá gildistöku laganna. Samhliða var jafnframt áréttað að við veitingu leyfa skyldi gætt ákvæða laga um mat á umhverfisáhrifum nr. 106/2000. Með vísan til bráðabirgðaákvæðisins var Björgun ehf. tilkynnt í september 2004 að leyfi félagsins frá 1990 myndi falla úr gildi í maí 2005. Björgun ehf. tilkynnti þá til Skipulagsstofnunar að það ætlaði að sækja um endurnýjun á leyfi sínu og í kjölfar þeirrar tilkynningar kunngerði stofnunin félaginu að fyrirhuguð efnistaka þess skyldi háð mati á umhverfisáhrifum. Björgun ehf. kærði ákvörðunina til umhverfisráðherra sem staðfesti niðurstöðu Skipulagsstofnunar. Félagið höfðaði því mál til ógildingar ákvörðun Skipulagsstofnunar og bar því m.a. við að framangreindar lagabreytingar brytu gegn eignarréttarákvæði 72. gr. STS og atvinnufrelsisákvæði 75. gr. STS. Í forsendum Hæstaréttar segir um þá málsástæðu:

Löggjafinn hefur metið það svo að almannahörf hafi krafist þeirra breytinga sem fólust í lögum nr. 101/2000, en dómstólar hafa úrskurðarvald um hvort við það mat hafi verið gætt réttra og lögmætra sjónarmiða. Ríkir og augljósir almannahagsmunir eru bundnir við verndun og hagkvæma nýtingu á auðlindum hafsbotsins. Krefjast almannahagsmunir þess að frelsi manna til að nýta þessar auðlindir í atvinnuskyni séu settar skörður. Ljóst er af því sem rakið hefur verið hér að framan að þær breytingar sem gerðar voru með lögum nr. 101/2000 helguðust af auknum skuldbindingum íslenska ríkisins á alþjóðavettvangi og breyttum viðhorfum til verndar umhverfisins. Breytingarnar voru almennar og málefnalegar og er ekki sýnt fram á að þær hafi ekki stuðst við haldbær rök eða viðurkennd löggjafarsjónarmið. Standa

¹³ Sigurður Línadal: „Um lagaskil og afturvirkni laga.“ *Útljótur* 2006, bls. 32.

ákvæði 72. gr. og 75. gr. stjórnarskrárinnar samkvæmt þessu því ekki í vegi að mælt sé fyrir um stjórnun á nýtingu auðlinda á hafsbótnei eins og gert var með lögum nr. 101/2000.

Af þessum dómi verður ráðið að ef Alþingi telur að „ríkir og augljósir almannahagsmunir séu bundnir við verndun og hagkvæma nýtingu“ hafsvæða þar sem fiskeldi er stundað, að almannahagsmunir krefjist þess að nýting auðlindanna séu settar skorður, breytingar eru almennar og málefnalegar og styðjast við viðurkennd löggjafarsjónarmið þá verði að telja heimilt að mæla fyrir með lögum um breytingu á málsmeðferð umsókna. Með hliðsjón af 5. kafla, þar sem lýst var markmiðum, tilurð og helstu ákvæða frumvarpsins sem varða viðfangsefnið, verður að telja að þau ákvæði frumvarpsins sem varða viðfangsefnið uppfylli fyrirnefnd skilyrði sem dómstólar hafa sett fyrir slíkum lagabreytingum.

Með vísan til framangreindra sjónarmiða, svo sem markmiðs frumvarpsins og *Hrd. frá 27. september 2007 í máli nr. 182/2007* og *Hrd. frá 20. nóvember 2008 í máli nr. 187/2008*, verður að telja að Alþingi geti á lögmatan, almennan og málefnalegan hátt breytt lagaskilyrðum vegna umsókna um rekstrarleyfi fiskeldis, jafnvel þótt að það hafi áhrif á umsóknir sem nú þegar hafa borist Matvælastofnun.

6.4. Eignarréttur

Í ljósi þess hvaða mögulegu réttindi eða hagsmunir gætu verið andlag tjóns og að um er að ræða umsókn um opinbert leyfi frá stjórnvöldum hefur það ótvíræða þýðingu að fjalla um hvort það brjóti gegn eignarréttindum umsækjenda að fella niður umsóknir þeirra um tiltekin rekstrarleyfi með lagasetningu.

Eignarréttur er verndaður samkvæmt 72. gr. STS. Ef gengið er of langt í að skerða hann á eigandi rétt á bótum sem samsvara skulu fullu verði fyrir það tjón sem hann hefur orðið fyrir. Samkvæmt 1. gr. 1. viðauka mannréttindasáttmála Evrópu (hér eftir MSE) nýtur eignarréttur verndar sáttmálans, sbr. og lög nr. 62/1994 um mannréttindasáttmála Evrópu. Almenn er talið að skýra beri mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar, sem eiga sér skírskotun í ákvæðum MSE, til samræmis við MSE og að STS hafi að lágmarki að geyma sömu réttarvernd og ákvæði sáttmálans.¹⁴ Samkvæmt 1. gr. 1. viðauka MSE er rúmur skilningur lagður í hugtakið eign. Ákvæðið felur í sér rétt til sanngjarnra bóta ef komist er að þeirri niðurstöðu að það brjóti gegn meðalhófsreglu að svipta mann eign bótalaust. Ákvæðið er þó ekki túlkað með þeim hætti að það tryggi rétt til fullra bóta við eignarnám líkt og 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar.¹⁵ Náin tengsl eru á milli 1. gr. 1. viðauka og 14. gr. MSE um bann við mismunun, einkum varðandi almennar takmarkanir eignarréttarins.

¹⁴ Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 17.

¹⁵ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, 2. útg., bls. 470-471.

Mannréttindadómstóll Evrópu (hér eftir MDE) leggur áherslu á að ákvæðið feli í sér kröfu um að takmarkanir séu almennar og hlutlægar, jafnræðis sé gætt og að þær bitni ekki óeðlilega þungt á fáum eða litlum hópi þegar litið er til markmiðs þeirra.¹⁶

Hugtakið eignarréttur er ekki fastmótað í íslenskum rétti. Talið er að hagsmunir eða verðmæti þurfi að vera í nánnum tengslum við ákveðinn eða ákveðna aðila öðrum fremur. Almennt er skilyrðinu um nán tengsl ekki fullnægt nema réttarreglur fái viðkomandi aðila ákveðnar heimildir í hendur og hann eigi kost á einhverju úrræði til verndar rétti sínum.¹⁷ Almennt eru leyfi sem stjórnvöld veita lögum samkvæmt aðilum í té til að stunda ýmis konar arðbæra starfsemi talin eignarréttindi eða eign í skilningi 72. gr. STS og 1. gr. 1. viðauka MSE. Málsatvikum verður að vera þannig háttað að þau gefi leyfishafa tilefni til lögmætra (réttmætra) væntinga um að leyfið muni gilda um ákveðinn tíma og hann muni áfram njóta réttar til að njóta arðs af hinni leyfisskyldu starfsemi.¹⁸

Rekstrarleyfi samkvæmt 8. gr. laga nr. 71/2008 eru eignarréttindi í fyrrnefndum skilningi, en fjalla þarf sérstaklega um hvort umsóknir um slík leyfi feli í sér eignarréttindi. Almennt verður að slá því föstu að umsókn um leyfi jafngildi því ekki að leyfið hafi verið veitt eða verði veitt. Umsækjandi um opinbert leyfi hefur yfirleitt enga tryggingu fyrir því frá stjórnvöldum um að fá leyfi uns það hefur verið veitt. Á það líka við um rekstrarleyfi sem veitt eru á grundvelli laga nr. 71/2008, sbr. og skilyrði þeirra samkvæmt 8. gr. laganna og 12. gr. reglugerðar nr. 1170/2015. Telja verður þó að atvik eða aðstæður geti verið með þeim hætti að umsækjandi teljist hafa lögmætar (réttmætar) væntingar til þess að fá leyfi gefið út. Það hefur því sérstaka þýðingu vegna viðfangsefna þessarar álitsgerðar að kanna hvort sambærileg atvik kunni að vera uppi varðandi fyrirbyggjandi umsóknir um rekstrarleyfi fyrir sjókvíaeldi á svæðum sem þegar hafa verið burðarþolsmetin.

Mannréttindadómstóll Evrópu telur að líta beri heildstætt á kringumstæður eða atvik máls við úrlausn á því hvort hagsmunir teljast eign í skilningi eignarréttarákvæðis MSE.¹⁹ Þegar metið er hvort umsókn um rekstrarleyfi teljist til eignarréttinda verður að meta hvort ákveðin tengsl hafi komist á milli eiganda (umsækjanda) og eignar (rekstrarleyfisins) til að réttindin njóti verndar 72. gr. STS. Ákvæðið verndar ekki rétt manna til að eignast verðmæti. Ef um ræðir skilyrt eða óvirk réttindi, svo sem að tilteknir aðilar geti öðlast réttindi yfir tilteknum verðmætum að ákveðnum skilyrðum uppfylltum, verða þau skilyrði að vera komin fram svo að réttindin falli undir gildissvið 1. mgr. 72. gr. Ávinningsvon sem er óákveðin og lítt tengd einum aðila fremur en öðrum kemur því ekki til greina. Jafnvel þótt tilkall til ákveðinna verðmæta að uppfylltum skilyrðum sé tengt ákveðnum aðila

¹⁶ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, 2. útg., bls. 471.

¹⁷ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, 2. útg., bls. 478.

¹⁸ Torfi Ragnar Sigurðsson: „Hugtakið „eign“ samkvæmt 1. gr. sammingsviðauka nr. 1 við Mannréttindasáttmála Evrópu – sjónarmiðið um lögmætar væntingar.“ *Úlfjótur* 2005, bls. 709-710.

¹⁹ Guðrún Gauksdóttir: „Eru aflaheimildir eign í skilningi 72. gr. stj.skr?“ *Guðrúnarbók – Afmælisrit til heiðurs Guðrúnu Erlendsdóttur 3. maí 2006*, bls. 264.

skapast eignarréttindi hans ekki fyrr en heimild hans til verðmætanna er raunhæf og virk.²⁰ Kjarni eignarréttarins felst í rétti eiganda til umráða, nota og ráðstöfunar eignar sem þegar fyrirfinnst. Ákvæðið er þó ekki takmarkað við það heldur telst það eign í skilningi ákvæðisins ef sýnt er fram á að aðili eigi lögmæta (réttmæta) væntingu um að réttur til tiltekinna hagsmuna verði virkur. Vænting tengd tilteknum hagsmunum telst ekki eign nema til grundvallar henni liggi eitthvað áþreifanlegt eins og t.d. lagaákvæði.²¹ Ef niðurstaðan er sú að hagsmunir teljist ekki eign er útilokað að þeir njóti verndar eignarréttarákvæðis 72. gr. stjórnarskrárinnar og 1. gr. 1. viðauka MSE.

6.5. Álitafni um lögmætar (réttmætar) væntingar

Þegar leyst er úr álitafni um hvort lögmætar (réttmætar) væntingar umsækjanda um rekstrarleyfi hafi leitt til þess að þeir hafi öðlast eignarrétt verður að líta til eftirfarandi þátta.

Legið hefur fyrir að stjórnvöld hafi ætlað að breyta núverandi fyrirkomulagi um skilyrði til umsókna um rekstrarleyfi og hvernig eldissvæðum verði úthlutað. Frumvarpið byggir á skýrslu starfshóps sjávarútvegs- og landbúnaðarráðherra um stefnumótun í fiskeldi sem skilað var þann 21. ágúst 2017. Umsækjendur hafa því mátt búast við breytingum á lögnum og fyrirkomulagi úthlutunar eldissvæða um nokkurt skeið.

Þrátt fyrir það er gert ráð fyrir því að umsóknir um rekstrarleyfi á svæðum sem hafa verið burðarþolsmetin haldi gildi sínu, sbr. 23. gr. b. frumvarpsins auk þess sem það er margítrekað í greinargerð með frumvarpinu. Það eitt og sér jafngildir því hins vegar ekki að umsækjendur hafi öðlast eignarrétt í framangreindum skilningi. Telja verður að meira verði að koma til, enda er á valdsviði Alþingis að leggja til breytingar á frumvarpinu.²²

Líta verður til þess að fimm þeirra umsókna, sem farið var yfir í 4. kafla, hafa stöðuna „komið að útgáfu“ hjá Matvælastofnun og þær varða allar breytingu á fyrirliggjandi rekstrarleyfi, þ.e. umsóknir um að auka við núverandi framleiðslu umsækjenda. Aðrar umsóknir, flokkaðar „í vinnslu“ samanstanda annars vegar af tveimur sem lúta að breytingum á fyrirliggjandi rekstrarleyfi og þremur sem eru vegna nýrra leyfa.

Samkvæmt upplýsingum frá Matvælastofnun²³ eru umsækjendur meðvitaðir um flokkun og stöðu umsókna sinna. Þessi flokkun virðist þó ekki styðjast við skráða réttarheimild. Engu að síður kann að vera hægt að færa rök fyrir því að réttaröryggisjónarmið geti leitt til þess að þeir fimm umsækjendur leyfa sem hafa stöðuna „komið að útgáfu“ megi reikna

²⁰ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, 2. útg., bls. 479-480.

²¹ Guðrún Gauksdóttir: „Friðhelgi eignarréttar“. *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*, 2. útg., bls. 480.

²² Sjá t.d. Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Undirstöður og handhafar ríkisvalds*, bls. 455-458.

²³ Tölvupóstsamskipti á milli undirritaðs og Matvælastofnunar dags. 13. maí 2019.

með því að réttarstaða þeirra njóti verndar vegna þess og trausts sem þeir hafa haft á 8. gr. laga nr. 71/2008 og 23. gr. b. frumvarpsins. Slík sjónarmið kunna að leiða til þess að þessir hagsmunir njóti verndar sem eign. Ekki er því hægt að útiloka að umsækjendur um rekstrarleyfi sem hafa stöðuna „komið að útgáfu“ gætu átt lögmeta (réttmæta) væntingu um að réttur þeirra til tiltekinna hagsmuna verði virkur.

Sú grundvallarbreyting skilyrða, sem vikið var að í kafla 5.4, kann að leiða til þess að núverandi umsækjendur fái ekki það leyfi sem þeir hafa sótt um eða fái það mun síðar en ella. Vegna fyrrnefndra skilyrða um að sýna fram á tjón og að takmarka tjón sitt þurfa þeir hins vegar að gera tilboð í úthlutun eldissvæða og sækja í kjölfarið um leyfi samkvæmt hinu nýja fyrirkomulagi. Ef þeir verða sannanlega fyrir tjóni annað hvort vegna þess að leyfi var ekki veitt, sem þeir telja sig hafa átt tilkall til samkvæmt eldra fyrirkomulagi, eða þeir verða fyrir tjóni vegna missis hagnaðar í kjölfar tafar á veitingu leyfis samkvæmt nýju fyrirkomulagi, gætu þeir talið það leiða til skaðabótaskyldu ríkisins. Það verður hins vegar að mati undirritaðs að teljast ólíklegt á eftirfarandi forsendum.

Líta verður til þess, svo sem farið var yfir í köflum 6.3. og 6.4, að almennt er löggjafanum fengið rúmt svigrúm til að mæla fyrir um skipulag í atvinnulífi til að tryggja gæði, friða auðlindir eða vinna að skynsamlegri nýtingu þeirra og vernda umhverfi, jafnvel þótt það kunni að raska atvinnuréttindum manna og eignarrétti. Litið er til þess hvort það er samræmi við viðurkennd löggjafarsjónarmið, almannahagsmuni og meðalhóf. Þeir hagsmunir sem hér eru undir eru m.a. almannahagsmunir af því að nýting hafsvæða sé sem hagkvæmust, að gætt verði ýtrustu varúðar við uppbyggingu fiskeldis og ákvarðanir verði byggðar á ráðgjöf vísindamanna. Dómstólar hafa talið slíka hagsmuni „ríka og augljósa almannahagsmuni“. Hins vegar er um að ræða fjárhagslega hagsmuni þeirra tíu umsækjenda um rekstrarleyfi af því að farið verði með fyrirliggjandi umsóknir þeirra samkvæmt núgildandi lögum og þannig fái þeir að velja sér eldissvæði. Slíkir aðilar munu eftir sem áður hafa jafna möguleika á því að sækja um og fá rekstrarleyfi samkvæmt hinu nýja fyrirkomulagi að því gefnu að þeir fái úthlutað eldissvæði með almennum og málefnalegum hætti. Sérstaklega verður að hafa í huga að þeir fimm umsækjendur sem hafa stöðuna „komið að útgáfu“ sækja um breytingu á fyrirliggjandi leyfi og eitt af þeim sjónarmiðum sem líta skal til samkvæmt 3. mgr. 3. gr. frumvarpsins er reynsla af fiskeldisstarfsemi. Þá verður einnig telja líkur á því að þrjár þessara umsókna hafi verið afgreiddar af hálfu Matvælastofnunar, og þannig búið að gefa út rekstrarleyfi, áður en frumvarpið verður að lögum.

Það er frumskilyrði skaðabótaábyrgðar að tjón verði. Á þessum tímapunkti er ekki hægt að slá því föstu að þessir umsækjendur verði fyrir tjóni ef farið verði með umsóknir þeirra samkvæmt 3. gr. frumvarpsins. Ennfremur verður að líta til þess, við mat á því hvort viðfangsefnin samkvæmt fyrirliggjandi frumvarpi gæti meðalhófs og jafnræðis gagnvart þeim umsækjendum sem þegar hafa sótt um leyfi til að stunda fiskeldi á burðarþolsmetnum svæðum, að fyrirkomulagið næði jafnt til allra umsækjenda. Við mat á meðalhófi er talið

að löggjafinn hafi rúmt svigrúm til að ákveða þau markmið sem stefnt er að og leiðir til að ná þeim.²⁴ Með úthlutunarreglu 3. gr. frumvarpsins er stefnt að ábyrgu fiskeldi, umhverfissvænni í mynd íslensks fiskeldis þar sem sjálfbær þróun og vernd lífríkis er höfð að leiðarljósi á grundvelli vísinda og rannsókna, m.a með áhættumati erfðablöndunar. Jafnframt að ákvarðanir um framþróun fiskeldis verði ávallt byggðar á ráðgjöf vísindamanna til að tryggja meiri sátt við helstu hagsmunaaðila.

Ef ákveðið verður með lögum að fyrirbyggjandi umsóknir um rekstrarleyfi á burðarþolsmetnum svæðum verði að fara eftir úthlutunarreglu 3. gr. frumvarpsins yrði litið svo á að löggjafinn hafi sérstaklega kosið þessa útfærslu til að ná fyrrnefndum markmiðum. Vandasamt yrði fyrir dómstóla að endurmeta gildi þess löggjafarvals enda um málefnalegt löggjafarsjónarmið að ræða, svo sem áður greinir. Þá er einnig erfitt að benda á önnur og vægari úrræði til að ná markmiðunum, en löggjafinn á val um hvaða leiðir verða farnar og hvernig þær verða útfærðar.

Með hliðsjón af framangreindri umfjöllun verður að telja ólíklegt að það komi til skaðabótaskyldu vegna fyrirbyggjandi umsókna, hvort sem löggjafinn ákveður að fara þá leið að um umsóknir aðila sem þegar hafa sótt um leyfi til að stunda fiskeldi á burðarþolsmetnum svæðum fari samkvæmt 3. gr. frumvarpsins eða slíkar umsóknir verði felldar úr gildi. Gera verður þó þann lögfræðilega fyrirvara að viðfangsefnin eru nær fordæmalaus og byggja á mati á réttarheimildum í víðum skilningi. Ekki er hægt að útiloka að dómstólar kæmust að annarri niðurstöðu.

²⁴ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, 2. útg., bls. 107-110 og bls. 527-528.

7. Samantekt

- 1) Þessi álitargerð er unnin að beiðni atvinnuveganefndar Alþingis. Hún lýtur að því að kanna hvort skaðabótaskylda íslenska ríkisins geti skapast gagnvart þeim umsækjendum sem þegar hafa sótt um leyfi til að stunda fiskeldi á svæðum sem búið er að burðarþolsmeta ef kveðið verður á um að úthlutun umsóknanna fari í stað þess samkvæmt 3. gr. frumvarpsins og mögulegri skaðabótaskyldu íslenska ríkisins ef ákveðið verði með lögum að fella slíkar umsóknir úr gildi.
- 2) Forsenda við mat á skaðabótaábyrgð ríkisins í slíkum málum er að lagaákvæði fari í bága við ákvæði stjórnarskrár eða mannréttindasáttamála sem Ísland er aðili að. Löggjafinn hefur rúmt svigrúm til að setja lög um viðfangsefnið. Með hliðsjón af dómum Hæstaréttar og fræðiskrifum er ljóst að þetta svigrúm rýmkar þegar um er að ræða heimildir til að mæla fyrir um skipulag í atvinnulífi til að tryggja gæði, friða auðlindir eða vinna að skynsamlegri nýtingu þeirra og vernda umhverfi, jafnvel þótt það kunni að raska atvinnuréttindum manna og eignarrétti.
- 3) Með hliðsjón af valdheimildum löggjafans er talið ólíklegt að það komi til skaðabótaskyldu íslenska ríkisins hvort sem löggjafinn ákveður að fara þá leið að um umsóknir aðila sem þegar hafa sótt um leyfi til að stunda fiskeldi á burðarþolsmetnum svæðum fari samkvæmt 3. gr. frumvarpsins eða slíkar umsóknir verði felldar úr gildi.

Reykjavík, 19. maí 2019,


Tómas Hrafn Sveinsson hrl.