



2. hefti TÍMARIT 4. árg  
**LÖGRÉTTU**  
Félags laganema við Háskólann í Reykjavík

UM JARÐRÆNAR AUÐLINDIR OG  
FRAMTÍÐARNÝTINGU ÞEIRRA

EFTIR *Karl Axelsson, Hrein Hrafnkelsson og  
Dýrleifu Kristjánsdóttur*

F

FREMST(UR) MEÐAL JAFNINGJA

EFTIR *Margræti Völu Kristjánsdóttur*

G

UMBOÐSSVIK

EFTIR *Jónatan Þórmundsson*

H

<b>F</b>	UM JARÐRÆNAR AUÐLINDIR OG FRAMTÍÐARNÝTINGU ÞEIRRA EFTIR <i>Karl Axelsson, Hrein Hrafnkelsson og Dýrleifu Kristjánsdóttur</i> _____	113
<b>G</b>	FREMST(UR) MEÐAL JAFNINGJA EFTIR <i>Margréti Völu Kristjánsdóttur</i> _____	153
<b>H</b>	UMBOÐSSVIK EFTIR <i>Jónatan Þórmundsson</i> _____	171

## ÚTGEFANDI

Lögretta, félag laganema við Háskólann í Reykjavík

## RITSTJÓRI OG ÁBYRGÐARMAÐUR

Halldór Brynjar Halldórsson

## RITNEFND

Erna Heiðrún Jónsdóttir  
Guðrún Svava Baldursdóttir  
Hjördís Birna Hjartardóttir  
Kristrún Helga Bernhöft

## RITRÝNINEFND

Simon Sigvaldason, formaður  
Gizur Bergsteinnsson  
Kristín Benediktsdóttir

## PRÓFARKALESTUR

Arnar Eggert Thoroddsen

## HÖNNUN OG UMBROT

Hörður Kristbjörnsson

## HEIMILISFANG OG NETFANG

Tímarit Lögrettu  
Ofanleiti 2  
103 Reykjavík  
ritnefnd@logretta.is

## RITRÝNDAR FRÆÐIGREINAR

Karl Axelsson, Hreinn Hrafnkelsson og Dýrleif Kristjánsdóttir:

Um jarðrænar auðlindir og framtíðarnýtingu þeirra

Margrét Vala Kristjánsdóttir: Fremst(ur) meðal jafningja

Jónatan Þórmundsson: Umboðssvik

# MEISTARANÁM Í LÖGFRÆÐI

við lagadeild Háskólans í Reykjavík

## YFIRLIT YFIR KJÖRGREINAR OG MÁLSTOFUR

### HAUST 2007

#### KJÖRGREINAR/MÁLSTOFUR

ML ritgerð  
Advanced Legal English  
Afbrotatræði  
Alþjóðleg lausafjárkaup  
Einkaleyfaréttur  
Evrópskur fjölmiðlaréttur  
Evrópuréttur IIA/Free movement of goods and adjacent areas  
Evrópuréttur III/Competition Law  
Fjárskiptaréttur  
Fjármálafyrirtæki og Evrópulöggjöf á sviði fjármálþjónustu  
Gagnaflun og málfutningur í einkamálum  
Lagakenningar  
Mannréttindasáttmáli Evrópu  
Public Procurement in the EEA: How to award Public Contracts?  
Sjó- og flutningaréttur  
Stjórnsýsluréttur II  
The Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition

#### KENNARAR

Erlendína Kristjánsson  
Svala Ólafsdóttir  
Þóroddur S. Gunnarsson  
Jón Vilberg Guðjónsson  
Páll Þórhalsson  
Peter Chr. Dyrberg  
Peter Chr. Dyrberg/Alastair Sutton  
Sigurjón Ingvason og Jóhanna H. Halldórsdóttir  
Hallgrímur Ásgeirsson og Jónas Fr. Jónsson  
Sigurður Tómas Magnússon  
Arnar Þór Jónsson  
Ódny Mjöll Arnardóttir og Guðrún Sesselja Arnardóttir  
Ódny Mjöll Arnardóttir, Davíð Þór Björgvins, og Guðrún Gauksdóttir  
Jesper Svenningsen og Poul Runge Nielsen  
Guðmundur Sigurðsson og Einar Baldvin Axelsson  
Margrét Vala Kristjánsdóttir  
Þóroddur S. Gunnarsson

### VOR 2008

#### KJÖRGREINAR/MÁLSTOFUR

ML ritgerð  
Alþjóðastofnanir  
Alþjóðlegur einkamálaréttur, lagaskil á sviði samningaréttar  
Evrópuréttur IIB/Free movement of persons, services and capital  
Evrópuréttur IV/The State and Competition  
Fjárfestingafélag, verðbréfasjóðir og lífeyrissjóðir  
Hagnýtt samningaréttur  
Heilbrigðisréttur  
Kaup á fyrirtækjum/samruni - áreiðanleikakannanir  
Mástofof í stjórnsýslurétti  
Mástofof um alþjóðlega mannréttindavarnar  
Mástofof um auðindarétt  
Mástofof um evrópskan samningarétt  
Réttarsaga  
Réttarsálarfræði  
Verktaka- og útbúðaréttur  
Vörumerkjarettur  
WICA, Willem C. Vis Int. Commercial Arbitration Moot

#### KENNARAR

Þóroddur S. Gunnarsson  
Herdís Hallmarisdóttir og Jónas Jóhannsson  
Peter Chr. Dyrberg  
Peter Chr. Dyrberg  
Tómas Njáll Möller  
Guðrún B. Birgisdóttir og Aðalsteinn Leifsson  
Dágg Pálsdóttir  
Aðalsteinn E. Jónsson  
Margrét Vala Kristjánsdóttir og Tómas Eiríksson  
Ódny Mjöll Arnardóttir og Guðrún Gauksdóttir  
Matthias G. Pálsson  
Ragnhildur Helgadóttir  
Gísli H. Guðjónsson og Jón Fríðrik Sigurðsson  
Othar Örn Petersen og Erlendur Gíslason  
Rán Tryggvadóttir  
Þóroddur S. Gunnarsson

### HAUST 2008

#### KJÖRGREINAR/MÁLSTOFUR

ML ritgerð  
Advanced Legal English  
Afbrotatræði  
Alþjóðviðskipti  
Alþjóðlegur skattaréttur  
Evrópuréttur IIA/Free movement of goods and adjacent areas  
Evrópuréttur III/Competition Law  
Gagnaflun og málfutningur í einkamálum  
Fjármálafyrirtæki og Evrópulöggjöf á sviði fjármálþjónustu  
Mástofof í bótarétti  
Mástofof í fjölmiðlarétti  
Mástofof í stjórnskipunarrétti  
Mástofof um höfundarétt  
Mástofof um stjórnhætti hlutfélaga  
Mannréttindasáttmáli Evrópu  
Stjórnsýsluréttur II  
The Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition  
Umhverfisréttur

#### KENNARAR

Erlendína Kristjánsson  
Svala Ólafsdóttir  
Þóroddur S. Gunnarsson  
James H. Mathis og Alastair Sutton  
Peter Chr. Dyrberg  
Peter Chr. Dyrberg/Alastair Sutton  
Sigurður Tómas Magnússon  
Hallgrímur Ásgeirsson og Jónas Fr. Jónsson  
Guðmundur Sigurðsson  
Páll Þórhalsson  
Ragnhildur Helgadóttir  
Rán Tryggvadóttir  
Áslaug Björgvinsdóttir  
Ódny Mjöll Arnardóttir og Guðrún Gauksdóttir  
Margrét Vala Kristjánsdóttir  
Þóroddur S. Gunnarsson  
Ragna Árnadóttir og Sigríður Auður Arnardóttir

### VOR 2009

#### KJÖRGREINAR/MÁLSTOFUR

ML ritgerð  
Almannatryggingaréttur  
Alþjóðadómstolar og fríðsamlegar úrlausnir deilmála  
Alþjóðlegir fjármagnsmarkaðir  
Bandarísk réttarsaga, réttarkerfi og lög  
Evrópuréttur IIB/Free movement of persons, services and capital  
Evrópuréttur IV/The State and Competition  
Hagnýtt réttarheimspeki  
Mannréttindasáttmáli Evrópu  
Mástofof í viðskiptum  
Mástofof: Auðindir og stjórnsýsla - Frá hugmynd til framkvæmdar  
Mástofof um alþjóðlega mannréttindavarnar  
Alþjóðlegur skattaréttur II  
Hagnýtt samningaréttur  
Fræðisálarfræði  
Skuldaskilarettur  
Vátryggingaréttur  
Mástofof um evrópskan samningarétt  
Tækniframsalsréttur

#### KENNARAR

Guðmundur Sigurðsson og Ragnhildur Helgadóttir  
Þóroddur S. Gunnarsson  
Aðalsteinn E. Jónsson og Einar Páll Tamimi  
Steinn Jóhannsson og John A. (Drew) Priser  
Peter Chr. Dyrberg  
Peter Chr. Dyrberg  
Kristrún Heimisdóttir  
Páll Ásgeir Davíðsson og Ursula Wynhoven  
Elin Smaradóttir og Margrét Vala Kristjánsdóttir  
Ódny Mjöll Arnardóttir og Guðrún Gauksdóttir  
Gunnar Gunnarsson  
Guðrún B. Birgisdóttir og Aðalsteinn Leifsson  
Gísli H. Guðjónsson og Jón Fríðrik Sigurðsson  
Steinunn Guðbjartsdóttir og Valgerður Valdimarsdóttir  
Þóra Hallgrímsdóttir  
Matthias G. Pálsson  
Jón Vilberg Guðjónsson

## HÁSKÓLINN Í REYKJAVÍK KYNNIR

# MEISTARANÁM Í LÖGFRÆÐI

- Rannsóknartengt meistaranám til ML-gráðu.
- Reiknað er með að námið taki tvö ár.
- Námið hentar ekki aðeins þeim einstaklingum sem lokið hafa grunnnámi í lögfræði heldur einnig þeim sem hafa háskólapróf í öðrum greinum.
- Nemendur sem hafa lokið grunnnámi í lögfræði geta lokið fullnaðarprófi í lögfræði með meistaranáminu.
- Markmið námsins er að þjálfar og hvetja nemendur til greinandi og gagnrýnnar hugsunar og vísindalegra vinnubragða.
- Einstaklingsbundin námsáætlun.
- Helstu einkenni námsins eru mikið val um áherslur og námsleiðir og margvíslegir möguleikar á sérhæfingu innan lögfræði og samþættingu við aðrar greinar.
- Gefinn er kostur á að ljúka meistaranámi á alþjóðasviði.

## UMSÓKNARFRESTUR UM INNGÖNGU Í MEISTARANÁMIÐ HAUSTIÐ 2007 ER TIL OG MEÐ 31. MARS.

Hægt er að nálgast nánari upplýsingar um meistaranámið í kennsluskrá á vef lagadeilda Háskólans í Reykjavík: [www.hr.is/lagadeild](http://www.hr.is/lagadeild).



HÁSKÓLINN Í REYKJAVÍK  
REYKJAVIK UNIVERSITY

Franleiti 2 • Krínglan 1 • Höfðabakki 9  
Sími: 599 6200 • [www.hr.is](http://www.hr.is)



# FRÁ RITSTJÓRA

Halldór Brynjar Halldórsson

Óhætt er að fullyrða að nú á kosningavori er heitasta deilumálið á vettvangi stjórnmalanna umhverfisvernd og nýting auðlinda. Á því máli sem öðrum er að finna lögfræðilegan vinkil, sem vart verður talinn áberandi í hinni daglegu umræðu. Það er hins vegar ákaflega mikilvægt að hann komi fram, og því er það mér mikill heiður að kynna fyrstu grein þess heftis. Greinin, sem ber yfirskriftina „Um jarðrænar auðlindir og framtíðarnýtingu þeirra“, er eftir þrjá höfunda sem allir átta sæti í nefnd iðnaðarráðherra á síðasta ári sem skilaði tillögum um mótun framtíðarstefnu um nýtingu auðlinda í jörðu og vatnsafls. Nánar tiltekið er um að ræða formann nefndarinnar, Karl Axelsson hrl., auk Dýrleifar Kristjánsdóttur hdl., og Hreins Hrafnkelssonar stjórnmaláfræðings, sem bæði komu að starfi nefndarinnar. Í grein sinni fjalla þau um þróun umræddrar stefnumótunar á þessum sviðum undanfarin ár, með sérstakri áherslu á stefnumörkun stjórnvalda um sjálfbæra þróun, tillögur auðlindanefndar frá árinu 2000 um skilgreiningu auðlinda í þjóðareigu og gjaldtöku fyrir afnot þeirra, gerð rammaáætlunar um nýtingu vatnsafls og jarðvarma, og tillögur nefndar þeirrar sem þau sátu í og áður hefur verið vikið að.

Hér er um að ræða gagnmerka grein á þessu sviði og löngu tímabæra, og ætti enginn að láta hana fram hjá sér fara.

Ætla mætti að kosningabragur sé á þessu hefti timaritsins, því önnur greinin kemur einnig inn á mál sem ekki síður er mikið kosningamál. Um er að ræða grein Margrétar Völu Kristjánsdóttur, aðjúnkts við lagadeild Háskólans í Reykjavík, sem ber heitið „Fremst(ur) meðal jafningja“. Í grein sinni

fjallar Margrét af yfirgripsmikilli þekkingu um stöðuveitingar hjá hinu opinbera. Gerð er grein fyrir þeim grundvallarreglum sem um þær gilda, sérstök áhersla er lögð á umfjöllun um heimild stjórnvalda til þess að ákveða vægi sjónarmiða, hvort og þá hvaða takmörkunum hún sætir og um kröfur til mats og samanburðar á umsækjendum. Í því sambandi er fyrst og fremst litið til þess hvernig þessar reglur birtast í álitum umboðsmanns Alþingis og íslenskrí dómaframkvæmd. Þá er vikið að sérstökum jafnræðisreglum svo sem þau áhrif sem lög um jafna stöðu kynjanna hafa á ofangreind sjónarmið.

Síðast, en alls ekki síst, ber að nefna grein Jónatans Þórmundssonar prófessors um umboðssvik. Jónatan þarf vart að kynna en á engan verður talið hallað þó hann sé hér nefndur helsti núlifandi fræðimaður landsins á sviði refsiréttar. Jónatan fer yfir þetta lítt kannaða svið refsiréttarins af þeirri fagmennsku og þekkingu sem einkenna öll hans skrif á sviði refsiréttar.

Að lokum er síðan vert að minnast á að allt bendir til þess að nú í ágúst nk. komi út 3. hefti 4. árgangs Timarits Lögréttu. Frá upphafi hefur markmið útgáfunnar verið að gefa út þrjú hefti á ári og með þessu myndi það takmark nást. Ritstjóri þessa árgangs hefur nú fylgst með starfi timaritsins í nokkurn tíma og séð þá hægu en ánægjulegu þróun að áskrifendum er að fjölga og framboð höfunda sem tilbúnir eru að birta verk sín á síðum ritsins eykst í sífellu. Staðfestir þetta þá trú mína að enginn vafi leiki á því að Timarit Lögréttu sé komið til að vera, og verði með tímanum flaggskip Lagadeildar Háskólans í Reykjavík.

# LIGGUR TÆKIFÆRIÐ ÞITT Á BORÐINU HJÁ OKKUR?

Vegna mikillar eftirspurnar leitum við að öflugum einstaklingum á skrá.

Capacent Ráðningar sérhæfir sig í störfum fyrir einstaklinga með háskólamenntun. Til okkar leita öflugustu fyrirtæki landsins eftir fólki í hvers kyns störf. Við óskum eftir efnilegum útskriftarnemum á skrá fyrir mörg af áhugaverðustu fyrirtæki landsins.

Ef þú telur þig vera tilbúinn í slaginn fyrir nýtt og spennandi starf á fjölbreyttum vinnumarkaði, þá leitum við að þér. Fyrsta skrefið er að útbúa góða ferilskrá, skrá þig á heimsíðu Capacent Ráðninga, [www.capacent.is](http://www.capacent.is), og senda ferilskrána til okkar.

Við hlökkum til að taka á móti þér.

Capacent Ráðningar er stærsta ráðningarstofa landsins og leggur mikla áherslu á trúnað við umsækjendur og fyrirtæki.

Við beitum faglegum vinnubrögðum og störfum eftir ákveðnum verkferlum sem tryggja gæði þjónustunnar.

capacent  
RÁÐNINGAR

Borgartún 27 105 Reykjavík Sími 540 1000 [www.capacent.is](http://www.capacent.is)







Karl Axelsson hrl. og lektor við lagadeild HÍ,  
Hreinn Hrafnkelsson stjórn málafræðingur og  
Dýrleif Kristjánsdóttir hdl.

# UM JARÐRÆNAR AUÐLINDIR OG FRAMTÍÐARNÝTINGU ÞEIRRA

<b>I</b>	<b>INNGANGUR</b>	114
<b>2</b>	<b>NÁNAR UM AUÐLINDAHUGTAKIÐ OG NÁTTÚRUAUÐLINDIR</b>	114
<b>3</b>	<b>UM EIGNARHALD AÐ NÁTTÚRUAUÐLINDUM</b>	115
	3.1. <i>Forráðasvæði íslenska ríkisins.</i>	116
	3.2. <i>Inntak eignarráða fasteignareiganda.</i>	116
	3.3. <i>Tvískipting í eignarlönd og þjóðlendur</i>	118
	3.4. <i>Efnislega heimildin til nýtingar auðlinda í eignarlöndum</i>	121
	3.5. <i>Efnislega heimildin til nýtingar auðlinda í þjóðlendum</i>	122
	3.6. <i>Réttarstaðan í almenningi stöðuvatna</i>	123
<b>4</b>	<b>LAGAUMHVERFI NÝTINGAR OG VERNDAR AUÐLINDA</b>	124
	4.1. <i>Lagaumhverfi nýtingar</i>	124
	4.1.1. <i>Lög nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu</i>	124
	4.1.1.1. <i>Jarðefni</i>	126
	4.1.1.2. <i>Jarðhiti</i>	126
	4.1.1.3. <i>Grunnvatn</i>	126
	4.1.2. <i>Vatnsafl til raforkuframleiðslu</i>	127
	4.2. <i>Lagaumhverfi verndar</i>	128
	4.2.1. <i>Lög nr. 44/1999, um náttúruvernd</i>	128
	4.2.2. <i>Skipulags- og byggingarlög, nr. 73/1997</i>	130
	4.2.3. <i>Lög nr. 106/2000, um mat á umhverfisáhrifum</i>	130
	4.2.4. <i>Lög nr. 105/2006, um umhverfismat áætлана</i>	131
	4.2.5. <i>Vatnalög</i>	132
	4.2.6. <i>Lög um vernd tiltekinna svæða</i>	132
	4.2.7. <i>Önnur lög</i>	133
<b>5</b>	<b>LEYFISVEITINGAR VEGNA AUÐLINDANÝTINGAR</b>	134
<b>6</b>	<b>HUGMYNDR UM FRAMTÍÐARSTEFNUMÓTUN Í AUÐLINDANÝTINGU</b>	136
	6.1. <i>Stefnumörkun um sjálfbæra þróun á Íslandi</i>	136
	6.2. <i>Tillögur auðlindanefndar frá árinu 2000</i>	139
	6.3. <i>Rammaáætlun um nýtingu vatnsafls og jarðvarma</i>	140
	6.4. <i>Tillögur auðlindanefndar frá haustinu 2006</i>	144
<b>7</b>	<b>LOKAORÐ</b>	147
	<b>HEIMILDASKRÁ</b>	149



## 1. INNGANGUR

Það mun ekki vera ofmælt að auðlindanýting sé eitt heitasta umfjöllunar- og deiluefni samtímans. Þar takast á tveir jötnar, í forni talsmanna náttúruverndar annarsvegar og auðlindanýtingar hinsvegar. Þessi umræða er að sjálfsögðu ekki ný af nálíni, spannar í raun allan síðari hluta 20. aldar og fram á þennan dag. Engin ástæða er til þess að ætla annað en að svo muni verða áfram enda ljóst að auðlindanýting og náttúruvernd verða í brennidepli á komandi árum og áratugum aldar þar sem margt bendir til þess að hratt muni gangi á auðlindir jarðar og að illa kunni að fara ef ekki finnst hinn nauðsynlegi meðalvegur skynsamlegrar nýtingar og verndar náttúrunnar.

Íslensk stjórnvöld hafa stundum verið sökuð um stefnuleysi í þessum þýðingarmiklu málaflokkum. Val nýtingarkosta hafi verið tilviljanakennt og sjónarmið náttúruverndar jafnan þurft að víkja í samkeppni við atvinnuuppbyggingu, byggðáþróun og gildi sem fyrst og fremst séu metin á hefðbundnum fjárhagslegum mælikvarða. Ekki verður nein afstaða tekin til þess hvaða sannleikur kunni að felast í sjónarmiðum af þessu tagi en ljóst er að undanfarin ár hafa þó verið stigin ákveðin skref í þeirri viðleitni að móta heildstæða stefnu á þessu mikilvæga sviði.

Hér verður fjallað um þróun umræddrar stefnumótunar á þessum sviðum undanfarin ár, með sérstaka áherslu á stefnumörkun stjórnvalda um sjálfbæra þróun, tillögur auðlindanefndar frá árinu 2000 um skilgreiningu auðlinda í þjóðareigu og gjaldtöku fyrir afnot þeirra, gerð rammaáætlunar um nýtingu vatnsafls og jarðvarma, og tillögur nefndar sem iðnaðarráðherra skipaði árið 2006 til að móta framtíðarstefnu um nýtingu þeirra auðlinda

sem falla undir lög nr. 57/1998, um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu.<sup>1</sup> Höfundar greinarinnar tóku allir með einum eða öðrum hætti þátt í starfi nefndar iðnaðarráðherra árið 2006.<sup>2</sup>

Áður en nánar verður vikið að hugmyndum hvað stefnumótun um auðlindanýtingu varðar er þó nauðsynlegt að víkja nánar að þekktum og nýtanlegum auðlindum á íslensku forráðasvæði og þá eðli málsins samkvæmt sérstaklega að stöðu þeirra auðlinda sem lög nr. 57/1998 með síðari breytingum taka til. Umfjöllunin verður þó vikkud nokkuð út þar sem jafnframt verður fjallað um nýtingu vatnsorku, sem nátengd er fyrrnefndu nýtingunni. Til grundvallar liggja þannig þær auðlindir sem stundum hafa verið skilgreindar sem **jarðrænar auðlindir** og nánari grein verður gerð fyrir hér í framhaldinu. Fjallað verður um lagaumhverfi á Íslandi, eignarhald umræddra auðlinda, gildandi löggjöf um auðlindanýtingu og stýringu og helstu þætti löggjafar á sviði umhverfis- og náttúruverndar. Sérstakur kafli er um leyfisveitingar vegna auðlindanýtingar og sjónum þá sérstaklega beint að leyfisveitingum vegna auðlindanýtingar til raforkuframleiðslu. Að síðustu er fjallað um fyrrnefnda megináfanga stefnumótunar um auðlindanýtingu hérlendis.

## 2. NÁNAR UM AUÐLINDAHUGTAKIÐ OG NÁTTÚRUAUÐLINDIR

Í upphafi er vert að staldra við og gera stuttlega grein fyrir því hvaða eignarhæfu auðlindir við Íslendingar nýtum. Svoleiðis upptalning getur þó aldrei orðið nema í dæma skyni enda í sjálfu sér ekki einfalt að skilgreina auðlindahugtakið. Í viðtækustu merkingu tekur auðlindahugtakið þannig ekki bara til náttúruauðlinda heldur jafn-

<sup>1</sup> Framtíðarsýn um nýtingu auðlinda í jörðu og vatnsafls. Skýrsla nefndar iðnaðarráðherra sem skipuð var samkvæmt bráðabirgðaaðkvæði laga nr. 5/2006 um breytingu á lögum nr. 57/1998. Reykjavík, október, 2006.

<sup>2</sup> Karl Axelsson var formaður nefndarinnar og Hreinn Hrafnkelsson og Dýrleif Kristjánsdóttir störfuðu með nefndinni.

framt ýmissa annarra verðmæta sem til hafa orðið fyrir aðgerðir manna, manna-  
auð, þekkingarkerfi, gagnagrunna eða önnur hliðstæðverðmæti. Með nokkurri einföldun má halda því fram að auðlindahugtakið nái til hvers konar gæða sem eru takmörkuð. Í þessari grein verður ekki fjallað um það í svo víðtækri merkingu heldur fyrst og fremst horft til ákvedins flokks náttúruauðlinda í þrengri merkingu.<sup>3</sup>

Enn er málið þó ekki að fullu leyst því að undir hugtakið náttúruauðlindir í þrengri merkingu fellur ekki ýmis afstæðari nýting náttúrugæða, sem að hluta til skarast við fornar reglur almennaréttar en á sér jafnframt skírskotun í umhverfisréttarlegum heimildum okkar tíma. Hér má nefna hreint loft, hreint vatn, sólarljós, ósnortna náttúru o.s.frv. Allt þættir sem sýnast skipta æ meira máli en falla utan skilgreiningar eignarhæfra náttúruauðlinda, a.m.k. í almennum skilningi.<sup>4</sup>

Helstu náttúruauðlindir okkar í þrengri skilningi eru þá þessar: Jarðefni (námur); jarðhiti, þ.m.t. til orkunýtingar; grunnvatn; önnur vatnsnýting á og yfir yfirborði jarðar, þ.m.t. til orkunýtingar; veiði ferskvatnsfiska; veiði fugla og spendýra; nýting nytjastofna sjávar; nýting örvera; gróðurnýting í víðtækum skilningi, þ.m.t. til beitar og skógræktar; kolvetni; lífrænar og ólífrænar auðlindir á og undir hafsbotni og rafsegulbylgjur til fjarSKIPTA. Það skal þó sérstaklega áréttað að hér er fráleitt um tæmandi talningu að ræða.<sup>5</sup>

Sé horft til yngstu tillagna til almennrar stefnumótunar þá taka tillögur nefndar iðnaðarráðherra samkvæmt bráðabirgða-  
ákvæði laga 5/2006 í bókstaflegum skilningi eingöngu til auðlinda í merkingu laga nr. 57/1998 með síðari breytingum, að viðbættri vatnsorku yfirborðsvatna. Það er því vert að

huga nánar að því hverjar þær auðlindir eru sérstaklega en svo sem fyrr segir er þá komið inn á svið jarðrænna auðlinda.

Að gildandi lögum er ekki til samræmd skilgreining jarðrænna auðlinda en í frumvarpi til laga um rannsóknir og nýtingu á jarðrænum auðlindum sem lagt var fram á þingi 2004-2005, en varð ekki útrætt, voru **jarðrænar auðlindir** skilgreindar sem *hvers konar jarðefni, frumefni, lífræn og ólífræn efnaambönd, vatn og orkulindir sem vinna má á landi og úr jörðu, hvort heldur er í föstu, fljótandi eða loftkenndu formi og án tillits til hitastigs sem þær kunna að finnast við*.<sup>6</sup> Þessari skilgreiningu var ætlað að taka til allra jarðrænna auðlinda, grunnvatns og yfirborðsvatns, þar á meðal auðlinda í vatnsföllum og stöðuvötnum, í botni vatnsfalla og stöðuvatna og í sjávarbotni innan netlaga. Utan skilgreiningarinnar féll hinsvegar gróður og eiginlegar lífverur. Þá er nauðsynlegt að gæta að því að utan fyrirhugaðs gildissviðs fyrrnefnds frumvarps féllu allar jarðrænar auðlindir utan netlaga. Af þessari skilgreiningu verður höfð hliðsjón í eftirfarandi umfjöllun þó svo gæta beri að því að hún verður ekki lögð afbrigðalaust til grundvallar.<sup>7</sup> Að sama skapi tekur umfjöllun greinarinnar ekki til jarðrænna auðlinda utan netlaga enda gilda um nýtingu þeirra og eignarhald sérstakar reglur, sbr. lög nr. 73/1990 um eignarrétt íslenska ríkisins að auðlindum hafsbotsins og nr. 13/2001 um leit, rannsóknir og vinnslu kolvetnis.

### 3. UM EIGNARHALD AÐ NÁTTÚRUAUÐLINDUM

Löggjafarþróun um jarðrænar auðlindir á 20. öld hefur einkennst af miklum pólitískum átökum. Sú staðhæfing á þá ekki síst við um vatnsréttindin, sbr. þau átök sem urðu

3 Sjá nánar Auðlindanefnd, bls. 15-32.

4 Auðlindanefnd, bls. 15.

5 Karl Axelsson: „Um skorður umhverfisréttar við nýtingu lands og náttúruauðlinda“, Timarit lögræðinga, 2. hefti 1996, bls. 84-85.

6 Alþt. 2004 - 2005 A, bls. 1809.

7 Að því ber að gæta að þó svo skilgreiningu í tilvitnuðu frumvarpi til laga um jarðrænar auðlindir hafi eingöngu verið ætlað að ná til auðlinda á landi og innan netlaga þá nær skilgreiningin, skv. efni sínu og eðli málsins samkvæmt, jafnframt til slíkra auðlinda sem finnast utan netlaga.

í aðdraganda að setningu vatnalaga 1923 og að nokkru leyti aftur á þingi á liðnum vetri í aðdraganda að setningu nýrra vatnalaga nr. 20/2006. Hvað aðrar jarðrænar auðlindir varðar þá má segja að þar komi fyrst og fremst til löggjöf um jarðefni og námavinnslu. Námulög 61/1907, námulög 50/1909, námulög 24/1973 og svo gildandi ákvæði í auðlindalögum nr. 57/1998. Um þann málaflokk hefur þó verið meiri sátt en um vatnsnotin og eignarhald vatns, þó svo því fari fjarri að menn hafi á hverjum tíma verið á eitt sáttir um hið eignarréttarlega fyrirkomulag þeirrar löggjafar. Á þessu stigi málsins er rétt að huga nánar að því eignarréttarlega umhverfi sem auðlindanýting okkar á sér stað í og líta fyrst til forráðasvæðis íslenska ríkisins.

### 3.1. Forráðasvæði íslenska ríkisins.

Í aðalatriðum skiptist forráðasvæði íslenska ríkisins í land, hafsvæði og lofthelgi. Til allra þessara svæða nær fullveldisréttur íslenska ríkisins. Hann felur í sér réttinn til lagasetningar, réttinn til þess að fara með stjórnýslu og réttinn til þess að fara með dómvald. Fullveldisréttur er hins vegar ekki það sama og einkaeignarréttur í stjórnskipulegum skilningi, sbr. 72. gr. stjkskr.

Afmörkun lands veldur ekki deilum í ljósi þess að Ísland er eyja. Hefðbundin einkaeignarráð ná einnig til fjöru þeirra fasteigna sem liggja að sjó, auk netlaga þeirra, þ.e. 115 metra frá stórstraumsfjöruborði. Í íslenskum rétti hefur jafnframt verið lagt til grundvallar að eigandi fasteignar sem liggur að sjó eignist þann landauka sem til kann að verða fyrir landi hans og færist þá fjara og netlög út sem landaukanum nemur. Utan netlaga lýkur hins vegar hefðbundnum einkaeignarráðum og við tekur íslenskt hafsvæði þar sem ríkið fer með fullveldisrétt í framangreindri merk-

ingu. Þar skipta máli afmörkun landhelgi, efnahags- og mengunarlögsögu, landgrunns og fiskveiðilögsögu. Utan þessara svæða tekur síðan úthafið við, en það er utan lögsögu einstakra ríkja.

Það verður þó að gera við það fyrirvara að hefðbundnum einkaeignarráðum ljúki fortakslaust utan netlaga sjávarfasteigna. Í 1. gr. laga nr. 73/1990 um eignarrétt íslenska ríkisins að auðlindum hafsbotsins er því lýst yfir að íslenska ríkið sé eigandi allra auðlinda á, í eða undir hafsbotni utan netlaga, svo langt til hafs sem fullveldisréttur íslenska ríkisins nái. Leit að umræddum auðlindum og/eða hagnýting þeirra er ávallt háð leyfi iðnaðarráðherra. Þá er nauðsynlegt að geta þess að samkvæmt 1. mgr. 1. gr. laga nr. 116/2006 um stjórn fiskveiða, sbr. einnig eldri lög um sama efni, eru nytjastofnar á Íslandsmiðum sameign íslensku þjóðarinnar. Um inntak þess réttar hafa staðið miklar eignarréttarlegar deilur. Frá fornu fari hefur í löggjöf okkar verið viðurkennt að utan netlaga séu til svokallaðir hafalmenningar, þar sem almenningi hafa verið viðurkennd ákveðin réttindi. Loks fer íslenska ríkið með fullveldisrétt í lofthelgi landsins, þ.e. loftrýminu yfir Íslandi, sem tekur til svæðisins yfir landi, innsævi og landhelginni.<sup>8</sup>

### 3.2. Inntak eignarráða fasteignareiganda.

Því fer fjarri að hugtakið eign hafi fastmótaða merkingu í íslenskum rétti. Hinu má þó slá föstu að vernd 72. gr. nær til eignarréttinda í viðtækri merkingu. Notkun hugtakanna eignarréttur og eignarréttindi er því ekki með einhlítum hætti í lagamáli. Unnt er þó að leggja það til grundvallar að eignarhald að fasteign í beinni merkingu (stundum nefnt grunneignarréttur) lúti þeirri hefðbundnu skilgreiningu eignarréttarins að eigandinn fari með einkarétt til þess að ráða yfir andlaginu innan þeirra takmarka sem þeim rétti eru sett á grundvelli laga og

<sup>8</sup> Sjá nánar um efni þessa kafla, Þorgeir Örlygsson: Kaflar úr eignarétti I, handrit, Reykjavík 1998 bls. 51-58.

af óbeinum eignarréttindum annarra. Er hér miðað við eignarrétt í beinni merkingu en með óbeinum eignarréttindum er m.a. vísað til afnotasamninga, veðsamninga o.s.frv. Þá hefur í réttarframkvæmd verið viðurkennt að löggjafanum sé heimilt að setja eignarráðum almennar takmarkanir án þess að til bótaskyldu stofnist enda lúti slíkar takmarkanir að því að verja almannahagsmuni, samfélagslega hagsmuni í viðtækri merkingu.<sup>9</sup>

Umsvifamestu takmarkanir sem auðlindanýting sætir eru af umhverfisréttarlegum toga. Lúta þær m.a. að vernd sem og skynsamlegri og sjálfbærri nýtingu. Þá er nauðsynlegt að geta þess að auðlindanýting sætir jafnframt takmörkunum á grundvelli nábylisreglna, þ.e. eigandi einnar fasteignar má ekki nýta fasteign sína eða hlunnindi hennar með þeim hætti að hann brjóti á lögvörðum hagsmunum eiganda nágretta eignar til samsvarandi notkunar.<sup>10</sup> Gott dæmi í þessu sambandi er jarðhitanýting.<sup>11</sup>

Í beinum eignarrétti að fasteign felst, svo sem fyrr segir, heimild til sérhvarrar notkunar og ráðstöfunar, innan þeirra marka sem lög og óbein eignarréttindi setja. Við nánari greiningu þessa réttar þarf að huga að nokkrum grundvallaratriðum.

Til eignarráða yfir fasteignum og fasteignarréttindum hér á landi var upphaflega stofnað með námi. Í námi (occupatio) felst það að menn slá eign sinni á land sem er einskis manns eign (res nullius). Nám var þannig og í öndverðu frumstofnunarháttur yfir fasteignarréttindum hér á landi en eftir það hafa eignarréttindi flust áfram manna og kynslóða á milli á grundvelli annarra eignarheimilda. Í þessu sambandi og til frekari upplýsinga um uppruna eignarheimilda hafa menn horft til hefðar,

venjuréttar, afsalsgerninga, erfða, almennrar rétttöku og beinna fyrirmæla í settum lögum. Þessu til viðbótar er nauðsynlegt að geta þess að á undanförunum árum hefur Mannréttindadómstóll Evrópu byggt á því með sjálfstæðum hætti að svokallaðar „lög-mætar/réttmætar væntingar“ einstaklinga og/eða lögaðila til þess að njóta eigna sinna séu verndaðar af l. gr., l. samningaviðauka sáttmálans, sbr. lög nr. 62/1994.<sup>12</sup>

Hugtakið fasteign er venjulega skilgreint á þá leið að um sé að ræða afmarkað land ásamt eðlilegum hlutum landsins, lífrænum og ólífrænum, og þeim mannvirkjum sem varanlega eru við landið skeytt. Fasteign í framangreindum skilningi fylgja síðan öll þau jarðargæði, lífræn og ólífræn, sem á fasteigninni finnast. Í því ljósi má skoða þá aðferð sem stundum er viðhöfð þegar einstakar heimildir eignarréttar yfir fasteign eru flokkaðar sérstaklega, sbr. vatnsréttindi, námuréttindi, veiðiréttindi, réttur til reka o.s.frv. Á yfirborði jarðar takmarkast fasteign af merkjum aðliggjandi fasteigna. En eignarréttur fasteignareigandans nær lengra, því að við það er miðað að hann nái til umráða undir yfirborði fasteignarinnar, sem og yfir því. Er í þessu sambandi ekki lagðar til grundvallar ákveðnar mælieiningar heldur sú almenna regla að miðað sé við þær kröfur sem eðlilegt sé að viðurkenna með tilliti til hagsmuna fasteignareigandans og að hann geti haft þau not af fasteign sinni sem heyra til venjulegrar hagnýtingar á eignarrétti yfir fasteignum. Geta þá mismunandi viðmið ráðið eftir tegund þeirra náttúruauðlinda sem unnar eru úr jörðu, svo að dæmi sé nefnt.<sup>13</sup>

Í íslenski löggjöf hefur flokkun fasteigna lengst af ekki verið með samræmdum hætti. Gilda þá mismunandi reglur um mismunandi

**9** Nánar um þetta vísað til Gauks Jörundssonar: Eignarréttur, Reykjavík 1982-’83, bls. 2-8 og Þorgeirs Örylgssonar: Kaflar úr eignarrétti I, handrit, Reykjavík 1998, bls. 51-58.

**10** Karl Axelsson: „Um skorður umhverfisréttar við nýtingu lands og náttúruauðlinda“, einkum bls. 89-101.

**11** Sjá í þessu sambandi reglu 27. gr. laga nr. 57/1998.

**12** Þorgeir Örylgsson: Kaflar úr eignarrétti I, handrit, Reykjavík 1998, bls. 80-84 og Karl Axelsson: „Landnáma í dómum Hæstaréttar“, Guðrúnarbók, Reykjavík 2006, bls. 346-347.

**13** Þorgeir Örylgsson, sama rit, bls. 59-66 og bls. 84-85 og Karl Axelsson „Um skorður umhverfisréttar við nýtingu lands og náttúruauðlinda“, bls. 83-86.

flokka fasteigna.<sup>14</sup> Nú verður vikið nánar að þeirri grundvallarflokkun fasteigna í eignarlönd og þjóðlendur sem komið var á með lögum nr. 58/1998 um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta.

**3.3. Tvískipting í eignarlönd og þjóðlendur**  
Umfjöllunin hér að framan hefur í flestu tekið mið af hefðbundnum eignarráðum að fasteignum. Lengi hefur hins vegar verið deilt um eignarrétt að ýmsum jaðarsvæðum landsins, fyrst og fremst hálandinu. Hefur sú deila öðru fremur beinst að því álítaefni hvernig eignarrétti sé farið að almenningum og afréttum landsins. Um þá fáu landalmenninga sem þekktir eru á síðari tímum hefur þó tæpast verið deilt og út frá því gengið að ekki sé þar fyrir að fara eignarréttindum einstaklinga eða lögpersóna, þ.e. þau séu eigendalaus. Um afréttina hafa hins vegar staðið miklar deilur. Hafa þær deilur snúist um það hvort afréttir séu undirorpnir beinum eignarrétti viðkomandi sveitarfélaga, jarðeigenda, annarra lögpersóna eða einstaklinga eða hvort viðkomandi landsvæði séu í grunninn ekki undirorpin beinum eignarrétti, en viðkomandi rétthafar fari hins vegar með takmörkuð eignarréttindi, svo sem rétt til beitara, veiði og eftir atvikum fleiri takmarkaðri nota, svokallaða afréttareign. Hafa gengið nokkrir grundvallardómar Hæstaréttar þessu viðvíkjandi og eru þeir helstu: **Hrd. 1955/108:** Um eignarrétt að Landmannaafreitti í Rangárvallasýslu; **Hrd. 1969/510:** Um

eignarrétt að Nýjabæjarafreitti á mörkum Skagafjarðar- og Eyjafjarðarsýslna; **Hrd. 1971/1137:** Um eignarrétt að afréttarlöndum Andakíls- og Lundarreykjadalshreppa, austan og norðan Reyðarvatns í Borgarfjarðarsýslu; **Hrd. 1981/1584:** Á ný tekist á um eignarrétt að Landmannaafreitti í Rangárvallasýslu; **Hrd. 1994/2227:** Refsimál sem laut m.a. að eignarrétti að Geitlandi í Borgarfirði; **Hrd. 1997/1162:** Um eignarrétt að Auðkúluheiði í Austur-Húnavatnssýslu; **Hrd. 1997/1183:** Um eignarrétt að Eyvindarstaðaheiði í Austur-Húnavatnssýslu; **Hrd. 1997/2420:** Refsimál sem laut m.a. að mörkum eignarlands jarðarinnar Neðri-Hundadals í Dalasýslu; **Hrd. 1999/III:** Refsimál sem laut m.a. að mörkum og stofnun eignarréttar að landi jarðarinnar Gilsár, Jökuldalshreppi í Norður-Múlasýslu og **Hrd. 1999/2006:** Refsimál sem laut m.a. að mörkum og stofnun eignarréttar að landi jarðarinnar Sandfellshaga í Öxarfirði, Norður-Þingeyjarsýslu.<sup>15</sup>

Á grundvelli dómaframkvæmdar fyrir gildistöku þjóðlendulaga á árinu 1998, varð til eldri eignarréttarleg flokkun fasteigna, sem þó var hvorki samræmd né að fullu skýr eða nákvæm. Dæmi um þá flokkun var skiptingin í eignarlönd, afrétti, almenninga og önnur eigendalaus svæði.<sup>16</sup>

Á þessar áratugalöngu deilur og réttaróvissu var hins vegar skoríð, að formi til, með lögtöku þjóðlendulaga á árinu 1998. Á grundvelli þeirra laga var tekin upp eignarréttarleg tvískipting á öllu landi í eignarland annars vegar og þjóðlendur hins vegar, sbr. l. gr. laga nr. 58/1998. Er

**14** Þorgeir Örlýgsson: Kaflar úr eignarétti I, handrit, Reykjavík. bls. 66-69.

**15** Sjá jafnframt og til hljóðjónar eftirtalda dóma: Landsyfírréttardómur (eldri) VII/223: Um eignarrétt að afréttarlandinu Bleiksmýrdal í Suður-Þingeyjarsýslu; Landsyfírréttardómur (yngri) V/327: Um eignarrétt að Hellistungum í Mýrasýslu; Hrd. 1975/30: Frávisunardómur eignardómsmáls vegna eignarréttar að Holtamannaafreitti, Þórisvatni og Þjórsártungum hinum fornu; Hrd. 1975/55: Eignarréttur í bakgrunninum við úrlausn landamerkmáls á Arnarvatnsheiði, Borgarfjarðarsýslu; Hrd. 1980/1225: Heimvísun refsímals sem laut m.a. að eignarrétti að meintu landi jarðarinnar Sandfellshaga í Öxarfirði, Norður

Þingeyjarsýslu og Hrd. 1987/1656: Varðaði að nokkru eignarrétt að Flateyrdaldsheiði í Suður-Þingeyjarsýslu. Sem dæmi um nánari umfjöllun um framangreint vístast til Karls Axelssonar, „Um eignarhald á Biskupstungnaafreitti“, Afmælisrit, Gizur Bergsteinsson niráður, Reykjavík 1992, bls. 77-83 og „Hugleiðingar varðandi dóm Hæstaréttar um réttarstöðu Geitlands í Borgarfirði“, Tímarit lögræðinga, 2. tbl. 1996, bls. 154-166.

**16** Þorgeir Örlýgsson, sama rit, bls. 66-69 og Karl Axelsson, „Um eignarhald á Biskupstungnaafreitti“, bls. 78-82 og „Hugleiðingar varðandi dóm Hæstaréttar um réttarstöðu Geitlands í Borgarfirði“, bls. 158-160.

eignarland skilgreint sem landsvæði sem er háð einkaeignarrétti þannig að eigandi landsins fer með öll venjuleg eignarráð þess innan þeirra marka sem lög segja til um á hverjum tíma. Þjóðlenda er hins vegar skilgreind sem landsvæði utan eignarlanda þó að einstaklingar eða lögaðilar kunni að eiga þar takmörkuð eignarréttindi. Er svokallaðri óbyggðanefnd ætlað að kanna og skera úr um það hvaða land telst til þjóðlendna og hver séu mörk þeirra og eignarlanda, sbr. 7. gr. tilvitnaðra laga.<sup>17</sup>

Á grundvelli þjóðlendulaga hefur óbyggðanefnd nú þegar tekið til meðferðar sex nánar afmarkaða hluta landsins.<sup>18</sup> Þá hafa gengið níu dómur Hæstaréttar um einstaka úrskurði óbyggðanefndar og enn frekari línur lagðar um mótun þessa réttarsviðs. Þeir eru þessir, **Hrd. frá 21.10.04 í málum nr. 47 og 48/2004**: Um eignarrétt að Biskupstungnaafrétti og landi efstu jarða í Biskupstungum; **Hrd. frá 11.05.06 í málum nr. 345 og 496/2005**: Um eignarrétt að jörðum og landspildum í Örafum og Suðursveit í Sveitarfélaginu Hornafirði; **Hrd. frá 11.05.06 í máli nr. 454/2005**: Um eignarrétt að svokölluðu Ærfjalli í Vatnajökli, fyrir landi jarðarinnar Kvískerja í Örafum, Sveitarfélaginu Hornafirði; **Hrd. frá 28.09.06 í málum nr. 497 og 498/2005**: Eignarréttur að hluta Lönsöræfa og Hoffellsambatungum, Sveitarfélaginu Hornafirði og **Hrd. frá 5.10.06 í málum nr. 67 og 133/2006**: Tekist á um eignarrétt að upprunalegum hluta Þingvallalands og svokölluðum Hrunaheiðum.<sup>19</sup>

Þar sem framangreind eignarréttarlega tvíflokkun er afar þýðingarmikil með tilliti

til auðlindanýtingar og raunar nýtingar fasteignarréttinda yfir höfuð er nauðsynlegt, með hliðsjón af lögskýringargögnum, að vika nokkrum orðum að grundvelli þessarar nýskipunar, sbr. lög nr. 58/1998, og nánara eignarréttarlegu inntaki þeirra hugtaka sem lögð eru til grundvallar og þá ekki síst hugtaksins þjóðlendu.

Eignarhaldi á landi er skipt í tvo flokka og hugtökin almenningur og afréttur ekki notuð við þá flokkun.<sup>20</sup> Annars vegar eignarlönd sem eru háð einkaeignarrétti þannig að eigandi landsins fer með öll venjuleg eignarráð þess innan þeirra marka sem lög segja til um á hverjum tíma. Hins vegar landsvæði utan eignarlanda, þó að einstaklingar eða lögaðilar kunni að eiga þar takmörkuð eignarréttindi, t.d. beitar- eða veiðiréttindi.

Tekið er upp nýtt hugtak fyrir landsvæði utan eignarlanda, þjóðlenda. Þetta hugtak tekur til þeirra landsvæða sem áður voru ýmist nefnd afréttir, almenningar, óbyggðir eða hálendi utan eignarlanda. Jökklar, sem ekki teljast innan eignarlanda, falla undir flokk þjóðlendna.

Því er lýst yfir með lögum að íslenska ríkið sé eigandi lands og hvers konar landsréttinda og hlunninda í þjóðlendum sem ekki eru þegar háð einkaeignarrétti t.d. á grundvelli laga eða venjuréttar. Settar eru sérstakar reglur um stjórn og meðferð þjóðlendna, en ekki er raskað við réttindum þeirra sem hafa nýtt land innan þjóðlendu sem afrétt fyrir búfenað eða haft þar önnur hefðbundin not sem afréttareign fylgja.

Þó svo að lýst sé yfir eignarrétti ríkis að landi og hvers konar landsréttindum utan eignarlanda eru settar sérstakar reglur um

**17** Ekki eru í lögum settar sérstakar sönnunarreglur eða lagaskilyrði fyrir því að land teljist eignarland í merkingu laganna, heldur ræðst það af almennum sönnunarreglum og réttarheimildum sem færðar eru fram í hverju einstöku tilviki. Stjórnvöldum er falið að hafa frumkvæði að því að skera með skipulögðum hætti úr um hver séu mörk eignarlanda og þjóðlendna og mörk afrétta innan þjóðlendna og úrskurða um önnur eignarréttindi innan þjóðlendna. Sérstakri nefnd, óbyggðanefnd, er falið að sinna þessu verkefni og miðað við að því verði lokið árið 2011. Karl Axelsson: „Landnáma í dómum Hæstaréttar“, bls. 358-365 og Sif Guðjónsdóttir:

„Megindrættir í þjóðlendumálum 1998-2005“ Timarit lögfræðinga, 4. hefti 2005, bls. 495-534.

**18** Sjá nánar ársskýrslur Óbyggðanefndar, 1998-2002, 2003 og 2004. Skýrslurnar eru birtar á heimasíðu Óbyggðanefndar, obyggdaneft.is.

**19** Karl Axelsson: „Landnáma í dómum Hæstaréttar“, bls. 346-347 og Sif Guðjónsdóttir, sama rit.

**20** Hugtakið afréttur er ekki lengur notað að lögum sem lýsing á ákveðnu eignarformi lands, heldur sem lýsing á ákveðnum afnotaréttindum, þ.e. beitarréttindum og hugsanlega fleiri réttindum.



forræði og meðferð þessara réttinda. Til þess að undirstrika sérstöðu þessara réttinda og að þar sé ekki um að ræða hefðbundnar eignir ríkisins fer forsætisráðherra með stjórnsýslu og forræði málefna þjóðlendna, sem ekki eru með lögum lögð til annarra ráðuneyta. Þá fara sveitarstjórnir með skammtímaráðstöfun afnota innan þjóðlendna.

Hvert landsvæði, sem hefur sjálfstæð merki frá náttúrunnar hendi eða á grundvelli sjálfstæðrar merkjalýsingar eða annarra gagna, telst ein þjóðlenda. Þau landsvæði sem við úrlausn mála samkvæmt lögnum falla í flokk þjóðlendna hafa að stærstum hluta verið nýtt sem afréttir um langt skeið. Þau afnot og löggjöf hafa búið þessum landsvæðum ákveðna sérstöðu, en af því leiðir að eignarráð ríkisins yfir landsvæðunum verða að taka mið af þessari sérstöðu. Eignarráð ríkisins yfir þessum landsvæðum hafa í ljósi þeirra dóma Hæstaréttar sem gengu um slík landsvæði fyrir gildistöku þjóðlendulaga frekar verið hluti af forræðisrétti eða fullveldisrétti ríkisins innan yfirráðsvæðis þess, rétt eins og yfir landhelginni og efnahagslögsögunni, fremur en að þar færi ríkið með hin hefðbundnu eignarráð fasteignareigenda. Við val á orðinu þjóðlenda var sérstaklega horft til sérstöðu þessara landsvæða og er orðinu ætlað að undirstrika að þarna er um að ræða landsvæði sem þjóðin fer með sem heild, þó svo að einstakir aðilar kunni vegna sérstakra nytja að hafa öðlast þar réttindi.<sup>21</sup>

Þegar setja átti lagareglur um það hver færi með eignarráð þess lands og landsréttinda sem enginn gat sannað eignarrétt sinn að, var viðfangsefnið fyrst og fremst að leysa úr því hver skyldi innan þessa lands fara með þau eignarréttindi sem á hefðbundnu

einkaeignarlandi kemur í hlut eiganda landsins að fara með. Frá lagalegu sjónarmiði var ekki nauðsynlegt að lýsa því yfir að sá sem færi með þau eignarráð væri eigandi landsins og landsréttindanna, heldur var unnt að gera það með orðalagi í lögum, sem kvæði á um að sá aðili réði yfir landi og landsréttindum utan eignarlanda eða færi með rétt til að hagnýta landið og landsréttindin. Samkvæmt íslenskum rétti var því engin óumflýjanleg nauðsyn að allt land væri háð eignarrétti í einkaeignarréttarlegri merkingu. Skýr ákvæði um forræði/fullveldi á landi utan eignarlanda hefðu nægt. Hversu langt átti að ganga í þessu efni og hver ætti að fara með eignarráðin, þ.e. ríkið, sveitarfélögin eða einhver annar aðili, var því öðru fremur pólitísk ákvörðun. Í þjóðlendulögum er skrefið stigið til fulls og því lýst yfir að íslenska ríkið sé eigandi lands og hvers konar landsréttinda og hlunninda í þjóðlendum sem ekki eru háðar einkaeignarrétti. Með því að mæla fyrir um að landið sjálft og önnur landsréttindi séu eign ríkisins er þó ekki verið að taka nein réttindi frá þeim sem rétt eiga til upprekstrar eða annarra þrengri nota. Hlutverk ríkisins er að fara með sameiginleg málefni þjóðarinnar og með sama hætti og ríkið fer með stjórn auðlinda í hafinu innan þess ramma sem settur er um þau málefni í lögum fer ríkið með forræði þess lands og landsréttinda sem enginn getur sannað eignarrétt sinn til. Þó er nauðsynlegt að benda á, vegna samanburðar við auðlindir í hafinu, að þar er sá veigamikli munur á að í lögum um þjóðlendur er verið að tala um hefðbundin einkaeignarráð fasteigna og réttinda sem þeim fylgja, ekki heimildir sem byggjast á fullveldisrétti sem slíku.<sup>22</sup>

Verður nú í framhaldinu vikið nánar að

<sup>21</sup> Alþt. 1997-1998 A, bls. 2623.

<sup>22</sup> Alþt. 1997-1998 A, bls. 2624-2625. Þess er síðan skemmt að minnast að nýlega hafa hugmyndir verið reifaðar í þá veru að stofnað verði sérstakt félag um náttúruauðlindir í þjóðareign. Á fundi Samtaka iðnaðarins um nýtingu náttúruauðlinda 21. nóvember 2006 varpaði Víglundur Þorsteinnsson, stjórnarformaður BM Vallár, fram þeirri hugmynd að sameiginlegar auðlindir þjóðarinnar yrðu lagðar í opinbert hlutafélag sem gæti t.d. borið nafnið

Íslenski auðlindasjóðurinn ohf. og á ráðstefnu á vegum Rannsóknarmiðstöðvar um samfélags- og efnahagsmál 6. desember 2006 setti Ragnar Árnason, prófessor við Háskóla Ísland, fram þá hugmynd að stofnað yrði hlutafélag, Náttúrugæði hf., sem tæki við öllum náttúrugæðum í opinberri eign. Samkvæmt hugmynd Ragnars myndu allir Íslendingar verða hluthafar í félaginu og gætu ráðstafað hlut sínum að eignin vild.

efnislegum heimildum til auðlindanýtingar í eignarlöndum annars vegar og þjóðlendum hins vegar.

### 3.4. Efnislega heimildin til nýtingar auðlinda í eignarlöndum

Til upprifjunar skal minnt á umfjöllun hér að framan um skilgreiningu fasteignarhugtaksins og staðfræðilega afmörkun fasteignar, bæði á yfirborði, sem og niður á við og upp á við. Að því sögðu er óhætt að fullyrða að heimildin til þess að hagnýta auðlindir í eignarlandi fer saman við heimildina til ráðstöfunar og hagnýtingar þeirra fasteignar þar sem auðlindina er að finna. Í þessu felst að í eignarráðum á landi felst jafnframt heimildin til að hagnýta þær auðlindir sem þar er að finna og ráðstafa þeim með öllum þeim sama hætti og fylgir eignarráðum endranær. Þær njóta jafnframt verndar eignarréttarákvæðis stjórnarskrár og verða ekki skertar bótalaust. Þrátt fyrir ríka vernd eignarréttarins að þessu leyti þá hefur löggjafinn sett nýtingu náttúruauðlinda í eignarlöndum margvíslegar skorður. Slikar skorður lúta ekki aðeins að nýtingunni sem slíkri og stýringu hennar heldur er jafnframt um að ræða takmarkanir á heimildum til aðskilnaðar náttúruauðlinda frá einstökum fasteignum, sem og ákvæði sem lúta að tiltekinni vernd almennaréttar. Hér í framhaldinu verður í stuttu máli vikið að helstu náttúruauðlindum, eignarhaldi að þeim og skorðum við nýtingu en um alla nánari útfærslu vísast til viðkomandi löggjafar.<sup>23</sup>

Um jarðefni er fjallað í lögum nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu. Er hugtakið skilgreint í 4. mgr. 2. gr. sem öll gosefni og önnur steinefni, málmar, málmblandingar og málmsteindir, kol, jarðolía, jarðgas og önnur nýtanleg efni sem finnast kunna í jörðu. Á eignarrétti

fasteignareiganda að jarðefnum, sem og öðrum auðlindum í jörðu, er hnykkt í 3. gr. en heimild til rannsókna, leitar og nýtingar er háð leyfum iðnaðarráðherra í samræmi við reglur III. og IV. kafla laganna, sbr. nánari umfjöllun í kafla 2.2. Í 9. gr. er bann lagt við því að jarðefni séu undanskilinn fasteign, nema með sérstöku leyfi ráðherra.

Um jarðhita er fjallað í lögum nr. 57/1998, um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu. Er hugtakið skilgreint í 5. mgr. 2. gr. sem annars vegar jarðvarmafordi í bergi í jarðskorpunni og hins vegar stöðugur straumur varma úr iðrum jarðar sem ekki telst grunnvatn. Á eignarrétti fasteignareiganda að jarðhita, sem og öðrum auðlindum í jörðu, er hnykkt í 3. gr. en heimild til rannsókna, leitar og nýtingar er háð leyfum iðnaðarráðherra í samræmi við reglur III. og IV. kafla laganna, sbr. nánari umfjöllun í kafla 2.2. Í 12. gr. er bann lagt við því að jarðhiti sé undanskilinn fasteign, nema með sérstöku leyfi ráðherra.

Um grunnvatn er fjallað í lögum nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu. Er hugtakið skilgreint í 6. mgr. 2. gr. sem vatn sem er neðan jarðar í samfelldu lagi, kyrrstætt eða rennandi, og fyllir að jafnaði allt samtengt holrúm í viðkomandi jarðlagi og sem unnið er í öðrum tilgangi en að flytja varma til yfirborðs jarðar eða nýta staðarorku þess. Á eignarrétti fasteignareiganda að grunnvatni, sem og öðrum auðlindum í jörðu, er hnykkt í 3. gr. en heimild til rannsókna, leitar og nýtingar er háð leyfum iðnaðarráðherra í samræmi við reglur III. og IV. kafla laganna, sbr. nánari umfjöllun í kafla 2.2.

Hagnýting annarra vatnsnota, þ.m.t. orkunýtingarréttar, byggist síðan á ákvæðum vatnalaga sem eru nr. 15/1923. Hefur ekki verið um það deilt í lagaframkvæmd að sú vatnsnýting sem gildissvið þeirra laga nær

<sup>23</sup> Þorgeir Örlygsson: Kafar úr eignarrétti I, handrit, Reykjavík 1998, bls. 59-66 og bls. 84-85 og Karl Axelsson, „Um skorður umhverfisréttar við nýtingu lands og náttúruauðlinda“, bls. 83-89.



yfir tilheyri viðkomandi fasteignareiganda og sé varinn sem eignarréttindi í skilningi 72. gr. stjórnarskrár. Í þessu sambandi skiptir svo meginmáli reglan um orkunýtingarrétt fasteignareiganda sem er í 49. gr. laganna. Heimild til orkunýtingar getur hins vegar ekki byggst á þeirri lagaheimild einni enda þarf til að koma sérstakt leyfi skv. raforkulögum o.s.frv.<sup>24</sup>

Um aðra þekktu nýtingu jarðrænna auðlinda á og undir fastalandi og innan netlaga er ekki að ræða og það fellur utan efnissviðs greinar þessarar að fjalla um aðra auðlindanýtingu.<sup>25</sup>

### 3.5. Efnislega heimildin til nýtingar auðlinda í þjóðlendum

Í þjóðlendulögum, nr. 58/1998, er á því byggt að ekki beri að fara með þjóðlendir eins og hefðbundnar eignir ríkisins, svo sem einstakar lóðir eða jarðir, heldur fari ríkið í þessu tilviki með varðveislu og forræði sameiginlegra gæða þjóðarinnar, þó svo að taka verði tillit til hagsmuna þeirra sem þegar hafa áunnið sér réttindi til nytja innan þeirra. Í ljósi þessa skal tekjum sem kunna að falla til fyrir afnot/nýtingu lands og landsgæða innan þjóðlendu varið sérstaklega í þágu verkefna innan þjóðlendna, en þær renna ekki í ríkissjóð eða einstaka sveitarsjóði. Þjóðlendir fá með þessu sérstöðu sem um margt svípar til sjálfseignarstofnana og er þá höfð í huga söguleg sérstaða þessara landsvæða.<sup>26</sup>

Meginreglan um auðlindanýtingu í þjóðlendum kemur fram í 3. gr. þjóðlendulaga sem hljóðar svo:

*Enginn má hafa afnot þjóðlendu fyrir sjálfan sig,*

*þar með talið að reisa þar mannvirki, gera jarðrask, nýta hlunnindi, vatns- og jarðhitaréttindi, sbr. þó 5. gr., nema að fengnu leyfi skv. 2. eða 3. mgr. og að uppfylltum skilyrðum laga að öðru leyti.*

*Leyfi forsætisráðherra þarf til að nýta vatns- og jarðhitaréttindi, námur og önnur jarðefni innan þjóðlendu nema mælt sé fyrir um annað í lögum. Ráðherra er jafnframt heimilt að leyfa nauðsynleg afnot af landi til hagnýtingar á þessum réttindum.*

*Til að nýta land og landsréttindi innan þjóðlendu að öðru leyti en greinir í 2. mgr. þarf leyfi hlutadæigandi sveitarstjórnar. Sé nýting heimilud til lengri tíma en eins árs þarf jafnframt samþykki forsætisráðherra. Rísi ágreiningur um veitingu leyfa samkvæmt þessari málsgrein sker forsætisráðherra úr honum.*

*Forsætisráðherra er heimilt að ákvarða eða semja um endurgjald (leigu) fyrir nýtingu réttinda sem hann heimilar skv. 2. mgr. Með sama hætti er sveitarstjórn heimilt að fengnu samþykki forsætisráðherra að semja um endurgjald vegna afnota sem hún heimilar skv. 3. mgr. Tekjum af leyfum til nýtingar lands skv. 2. mgr. skal varið til landbóta, umsjónar, eftirlits og sambærilegra verkefna innan þjóðlendna, eftir nánari ákvörðun forsætisráðherra. Tekjum af leyfum sem sveitarstjórn veitir skv. 3. mgr. skal varið til hliðstæðra verkefna innan þeirrar þjóðlendu sem leyfið tekur til. Sveitarstjórn skal árlega gera forsætisráðherra grein fyrir ráðstöfun fjárens.*

*Forsætisráðherra skal árlega gefa Alþingi skýrslu um ráðstöfun lands og landsréttinda innan þjóðlendna og tekna afgjöldum fyrir slík réttindi. Ríkisendurskoðun endurskoðar reikninga um innheimtu og ráðstöfun tekna af þjóðlendum.*

*Heimildir skv. 2. og 3. mgr. taka ekki til réttinda*

**24** Ný vatnalög nr. 20/2006 taka gildi 1. nóvember 2007. Lögtaka þeirra felur ekki í sér neinar grundvallar efnislegar breytingar hvað þetta varðar.

**25** Um eignarhald landeigenda á öllum rétti til veiða á villtum fuglum og spendýrum á fasteign sinni er fjallað í 1. gr. tilskipunar um veiði á Íslandi frá 20. júní 1849 og í 2. mgr. 8. gr. laga nr. 64/1994, um verndun, friðun og veiðar á villtum fuglum og spendýrum. Þessar heimildir sæta svo takmörkunum á grundvelli friðunarákvæða o.s.frv. Um einkarétt fasteignareiganda til veiði á vatnafiskum á og fyrir landi sínu er fjallað í 5. gr. laga nr. 61/2006 um lax- og

silungsveiði. Enn fremur er vert að geta ákvæða 34. gr. laga nr. 57/1998, þar sem gert er ráð fyrir að rannsókn og nýting örvera lúti fyrir mælum þeirra laga svo sem við á. Auk framangreindra auðlinda eru í lögum ákvæði sem varða beit og gróðurnýtingu í viðtækum skilningi, þ.m.t. ákvæði um nýtingu skóga og má í dæmaskyni nefna ákvæði í lögum um skógrækt, nr. 3/1955, og í landgræðslulögum, nr. 17/1965. Ákvæði þessara laga lúta þó fremur að þeim takmörkunum sem fasteignareigendum eru sett við nýtingu þeirra náttúruauðlinda á fasteignum sínum.

**26** Sjá jafnframt Alþt. 1997-1998 A, bls. 2626.

sem eru háð einka eignarrétti eða fengin öðrum með lögum. Leiði afnot til skerðingar á eignarréttindum sem aðrir eiga í þjóðlendunni getur viðkomandi krafist bóta úr hendi leyfishafa. Náist ekki samkomulag um greiðslu bóta skal skorð úr þeim ágreiningi samkvæmt lögum um framkvæmd eignarnáms.

Þjóðlendar skulu undanþegnar öllum sköttum og gjöldum.

Frá og með gildistöku laga þessara er ekki unnt að öðlast eignarréttindi innan þjóðlendna fyrir nám eða hefð.

Með þessum fyrirmælum er svo búið um hnútana að auðlindanýting í þjóðlendum, þ.m.t. öll nýting jarðrænna auðlinda, er háð leyfi forsætisráðherra og sveitarstjórna, svo sem sú skylda er nánar útfærð í lagagreininni. Regla 3. gr. er þannig sérregla gagnvart öllum öðrum ákvæðum laga sem varða auðlindanýtingu á og undir fasteignum. Að auðlindanýtingu í þjóðlendum er þó víðar vikið í lögum sbr. t.d. ákvæði 3. gr. laga nr. 57/1998, um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu, þar sem tekið er fram að í þjóðlendum séu auðlindir í jörðu eign íslenska ríkisins, nema aðrir geti sannað eignarrétt sinn til þeirra. Í sjálfu sér skipta einstök ákvæði af þeim toga vart máli eignarréttarlega séð enda leiðir þá sömu niðurstöðu þegar af fyrirmælum II. kafla þjóðlendulaga, nr. 58/1998.

Þau eignarráð sem íslenska ríkið fer með í þjóðlendum sæta síðan sérstökum takmörkunum. Þannig er tekið fram í 5. gr. þjóðlendulaga að þeir sem hafi nýtt land

innan þjóðlendu sem afrétt fyrir búfenað eða haft þar önnur hefðbundin not sem afréttareign fylgja skulu halda þeim rétti í samræmi við ákvæði laga þar um og að sama gildi um önnur réttindi sem maður færir sönnur á að hann eigi.<sup>27</sup>

### 3.6. Réttarstaðan í almenningi stöðuvatna

Loks er nauðsynlegt að víkja nokkrum orðum að réttarstöðunni á og undir vatnsbotni í almenningi stöðuvatna með tilliti til nýtingar þeirra jarðrænu auðlinda sem þar finnast. Í 1. gr. vatnalaga, nr. 15/1923<sup>28</sup> og 3. gr. laga um lax- og silungsvæði, nr. 61/2006, er almenningur stöðuvatns skilgreindur sem sá hluti vatns og vatnsbotns sem liggur utan 115 metra netlaga fasteignar, mældur frá vatnsbakka. Í almenningi stöðuvatna eiga eigendur aðliggjandi fasteigna veiðirétt en að öðru leyti eru almenningar stöðuvatna ekki undirorpnrir beinum eignarrétti viðkomandi landeigenda. Ekki verður skýrt ráðið af ákvæðum þjóðlendulaga hvort að almenningar stöðuvatna geti því haft stöðu þjóðlendu. Hlýtur að koma til álita að skilgreining þjóðlendu í 1. gr. laganna nái yfir slíka almenninga en allt að einu er ljóst að staða ríkisins er í krafti fullveldisréttar þess sambærileg og í þjóðlendum, sbr. niðurstaða í svokölluðu Mývatnsbotnsmáli, Hrd. 1981/182.<sup>29</sup>

**27** Sjá til hljóðsjónar 7. og 8. gr. laga nr. 6/1986, 7. gr. laga nr. 61/2006 og 8. gr. laga nr. 64/1994.

Varðandi auðlindanýtingu á þeim landsvæðum þar sem enn hefur ekki verið leyst úr ágreiningi um eignarhald, þ.e. á þeim landsvæðum sem eiga eftir að lúta lögbundinni meðferð óbyggðanefndar skv. III. kafla laga nr. 58/1998, um þjóðlendar o.fl., er það að segja að um tímabundna óvissu er að ræða. Svo sem rakið hefur verið er ýmis auðlindanýting háð leyfum stjórnvalda, óháð eignarhaldi sem slíku. Ekki verður séð að möguleg óvissa um eignarhald þurfi, í öllum tilvikum a.m.k., að seinka því að unnt sé að taka afstöðu til óska um heimildir til auðlindanýtingar, svo sem orkuvinnslu, jarðefnavinnslu, jarðhitanýtingar o.s.frv. Eru raunar fordæmi

fyrir því að á grundvelli samninga, lagaheimilda og/eða leyfis stjórnvalda sé ákvörðun um réttmæti tilkalls til endurgjalds og/eða bóta vegna umræddra auðlinda látin biða endanlegrar og efnislegrar niðurstöðu um eignarhald eða að slíkt endurgjald sé ákvarðað og/eða greitt með fyrirvara um endanlega niðurstöðu um eignarhaldið. Um auðlindanýtingu í þjóðlendum sjá nánar Þorgeir Örlýgsson, sama rit, bls. 101-105.

**28** Sjá 3. gr. viðtakandi vatnalaga nr. 20/2006.

**29** Undirliggjandi ágreiningsefni í því máli var eignarrétturinn að kislígur sem þá var tekið að vinna af vatnsbotni í almenningi til vinnslu í kislígurverksmiðjunni á staðnum. Um réttarstöðuna í almenningi stöðuvatna sjá nánar Þorgeir Örlýgsson, sama rit, bls. 128-130.

#### 4. LAGAUMHVERFI NÝTINGAR OG VERNDAR AUÐLINDA

Í þessum kafla verður í fyrsta lagi (kafla 4.1) gerð grein fyrir þeirri stjórnsýslu sem auðlindanýting lýtur, fyrst og fremst þeim lagareglum sem taka til leitar-, rannsóknar- og nýtingarleyfa stjórnvalda vegna jarðrænna auðlinda innan netlaga á forráðasvæði ríkisins. Meginlöggjöfin varðandi nýtingu þeirra jarðrænna auðlinda sem finna má innan netlaga eru lög nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu.<sup>30</sup> Í seinni hluta kaflans (kafla 4.2) verður á hinn bóginn fjallað um þær reglur umhverfisréttarins í viðtækasta skilningi sem setja þessari sömu nýtingu skorður.

##### 4.1. Lagaumhverfi nýtingar

###### 4.1.1. Lög nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu

Í 1. mgr. 1. gr. laga um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu kemur fram að þau taka til auðlinda í jörðu í landi, í botni vatnsfalla og stöðuvatna og í sjávarbotni innan netlaga. Undir gildissvið þeirra falla jarðefni, jarðhiti, grunnvatn, og rannsóknir og nýting á örverum sem vinna má á jarðhitasvæðum.<sup>31</sup> Í kjölfar breytinga með lögum nr. 5/2006 ná löginn einnig til rannsókna á vatnsafla til raforkuframleiðslu.

Fjallað er um rannsóknir og leit í III. kafla laganna. Samkvæmt 1. mgr. 4. gr. er iðnaðarráðherra heimilt að hafa frumkvæði að og/edá láta rannsaka og leita að auðlindum í jörðu hvar sem er á landinu og skiptir þá ekki máli þó að landeigandi hafi sjálfur hafið slíka rannsókn eða leit eða heimilað það öðrum, nema viðkomandi aðili hafi

gilt rannsóknarleyfi samkvæmt lögnum. Með sama hætti getur ráðherra heimilað öðrum rannsóknir og leit og skal þá gefa út rannsóknarleyfi til viðkomandi. Heimildir ráðherra í tengslum við rannsókn og leit ná samkvæmt þessu bæði til landsvæða utan eignarlands og innan. Í 2. mgr. 4. gr. laganna kemur fram að landeigandi þarf ekki að fá leyfi ráðherra til þess að láta leit eða rannsókn fara fram á eignarlandi sínu. Þó ber landeiganda að senda Orkustofnun áætlun og lýsingu á verulegum framkvæmdum sem fram fara í þessu skyni og stofnunin getur, að fengnu samþykki ráðherra, sett honum þau skilyrði sem nauðsynleg eru talin vegna öryggis o.s.frv.

Inntak rannsóknarleyfis er skilgreint í 5. gr., þ.e. það er heimild til þess að leita að viðkomandi auðlind á tilteknu svæði á leyfistímanum, rannsaka umfang, magn og afkastagetu hennar og fylgja að öðru leyti þeim skilmálum sem tilgreindir eru í lögum þessum og ráðherra telur nauðsynlega. Áður en rannsóknarleyfi er veitt skal umsagnar Orkustofnunar og umhverfisráðuneytisins leitað. Rannsóknarleyfi skal skv. 2. mgr. 5. gr. veitt einum aðila á hverju svæði. Þó er heimilt að veita fleiri en einum aðila slíkt leyfi sameiginlega hafi þeir staðið saman að rannsóknarleyfisumsókn og gert með sér samning um skiptingu rannsóknarkostnaðar.

Fjallað er um nýtingu í IV. kafla laganna. Nýting auðlinda úr jörðu er háð leyfi iðnaðarráðherra hvort sem er í eignarlöndum eða í þjóðlendum eins og fram kemur í 1. mgr. 6. gr. Landeigandi hefur ekki forgang að nýtingarleyfi vegna auðlindar í eignarlandi sínu, nema hann hafi áður fengið útgefið rannsóknarleyfi. Í þessu felst að án leyfis

<sup>30</sup> Um nýtingu jarðrænna auðlinda utan netlaga gilda lög nr. 73/1990 um eignarrétt íslenska ríkisins að auðlindum hafsbotsins og lög nr. 13/2001 um leit, rannsóknir og vinnslu kolvetnis. Annars konar auðlindanýting, s.s. veiði villtra fugla og spendýra, veiði vatnafiska og veiði sjávardýra í íslenski fiskveiðilandhelgi er einnig undirorpin viðamikilli lagasetningu sem þó fellur utan umfjöllunar þessarar greinar.

<sup>31</sup> Þrátt fyrir að örverur falli undir gildissvið laga nr. 57/1998 teljast þær varla til jarðrænna auðlinda, sbr. skilgreiningu í 2. kafla hér að framan, svo ekki verður fjallað frekar um þær í þessari grein.

ráðherra er landeiganda, með tilteknum undantekningum sem raktar verða hér síðar, eins og öðrum óheimilt að hefja nýtingu á þeim auðlindum sem undir lögin falla. Ráðherra er skv. 3. mgr. 5 gr. heimilt í rannsóknarleyfi að veita fyrirheit um forgang leyfishafa að nýtingarleyfi fyrir hitaveitur<sup>32</sup> í allt að tvö ár eftir að gildistíma rannsóknarleyfis er lokið og að öðrum aðila verði ekki veitt rannsóknarleyfi á þeim tíma.

Í 2. mgr. 6. gr. er fjallað um inntak nýtingarleyfis. Í nýtingarleyfi felst heimild til handa leyfishafa til að vinna úr og nýta viðkomandi auðlind á leyfistímanum í því magni og með þeim skilmálum öðrum sem tilgreindir eru í lögnum og ráðherra telur nauðsynlega. Áður en leyfi er veitt skal leita umsagnar Orkustofnunar, umhverfisráðuneytis og viðkomandi sveitarstjórnar. Fjárhagsleg réttindi fasteignareiganda eru síðan tryggð með reglum 1. mgr. 7. gr. um endurgjald og eignarnáms- og bótaákvæðum X. kafla laganna.

Í VIII. kafla laganna er fjallað um skilyrði fyrir veitingu leyfa, efni þeirra og afturköllun. Í leyfisumsókn, bæði vegna rannsóknar og nýtingar, skal koma skýrt fram hver tilgangur sé með öflun leyfis ásamt ítarlegum upplýsingum um hinar fyrirhuguðu framkvæmdir umsækjanda, sbr. 16. gr. Þau sjónarmið sem gæta þarf að þegar nýtingarleyfi eru veitt eru talin í 17. gr.; umhverfissjónarmið, þjóðhagsleg hagkvæmni og tillit til nýtingar sem þegar er hafin í næsta nágrenni. Ráðherra getur synjað um leyfi eða sett sérstök skilyrði telji hann að þessar kröfur séu ekki uppfylltar. Þessar forsendur fyrir veitingu nýtingarleyfa eiga einnig við vegna auðlindanýtingar í eignarlandi og ganga þá frammar hagsmunum landeiganda.<sup>33</sup>

Í 18. gr. laganna eru talin atriði sem tilgreina skal í rannsóknar- og/eða nýtingarleyfi

og er sú upptalning ekki tæmandi. Í 19. gr. segir að ráðherra sé heimilt að auglýsa í einu lagi eftir umsóknum um rannsóknarleyfi á tilteknu landssvæði og hið sama á við um nýtingarleyfi. Ráðherra getur afturkallað leyfi sé ekki farið að skilyrðum þess. Fyrst skal þó veita leyfishafa skriflega aðvörun og frest til úrbóta, sbr. 1. mgr. 20. gr. Sinni leyfishafi ekki slíkri aðvörun skal afturkalla leyfið. Í 2. mgr. greinarinnar kemur fram að heimilt sé að afturkalla leyfi ef bú leyfishafa er tekið til gjaldþrotaskipta eða hann leitar nauðasamninga.

Um vernd og eftirlit með vinnslusvæðum, upplýsingagjöf, meðferð upplýsinga o.fl. er fjallað í IX. kafla laganna. Orkustofnun annast eftirlit með leitar- og vinnslusvæðum jarðefna og jarðhitasvæðum, svo og vinnslusvæðum grunnvatns þar sem rannsóknar- eða nýtingarleyfi hefur verið veitt, sbr. 21. gr. Tekið er fram að um vernd og eftirlit með leitar- og vinnslusvæðum gilda einnig lög um náttúruvernd. Í 22. gr. er ákvæði um skýrslugjöf, sýnaskil og tilkynningarskyldu handhafa rannsóknar- eða nýtingarleyfis til Orkustofnunar. Í 23. gr. er kveðið á um meðferð upplýsinga sem veittar eru Orkustofnun eða öðrum opinberum aðilum samkvæmt lögnum. Í 1. mgr. er tekið fram að upplýsingar séu bundnar trúnaði á gildistíma leyfis, framlengingar þess, forgangsréttartíma og þegar rannsóknarleyfishafa er veitt nýtingarleyfi í beinu framhaldi af rannsókn. Þó er unnt að takmarka trúnaðarskyldu í viðkomandi leyfi. Upplýsingar sem leyfishafi veitir Orkustofnun skulu vera í vörslu Orkustofnunar samkvæmt 2. mgr. 23. gr. Orkustofnun er heimilt að ráðstafa upplýsingunum þegar trúnaðarskyldan er fallin niður og einnig að nýta sér upplýsingar almennt í vísindaskyni á meðan leyfi er í gildi, enda sé trúnaðarskylda virt.<sup>34</sup>

**32** Fyrir gildistöku laga nr. 5/2006, um breytingu á lögum um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu, var ráðherra heimilt að veita rannsóknarleyfishafa fyrirheit um forgang að nýtingarleyfi, en sú heimild var takmörkuð við hitaveitur með lögum nr. 5/2006.

**33** Sjá athugasemdir við 17. gr. í frumvarpi til laga um eignarhald og nýtingu á auðlindum í jörðu sem varð að lögum nr. 57/1998, Alþt. 1997-1998, A, þskj. 574, bls. 2567.

**34** Sjá athugasemdir með 23. gr., lbid, bls. 2568.

Í 26. gr. er fjallað um skyldu landeiganda eða umráðamanns lands til að veita leyfishöfum aðgang að landi sínu. Gert er ráð fyrir því í 27. gr. að ágreiningur milli rétthafa um nýtingu auðlindar, sem ekki fæst jafnaður, verði leystur á grundvelli mats dómkvaddra matsmanna.

Eignarnáms- og bótaákvæði laganna eru í X. kafla. Í 28. gr. er tekið fram að veiti iðnaðarráðherra öðrum en landeiganda leyfi til að leita að og rannsaka auðlind innan eignarlands geti landeigandi krafist bóta vegna tjóns sem hann verður sannanlega fyrir af þeim sökum vegna röskunar eða skemmda á landi og mannvirkjum. Náist ekki samkomulag um bætur skal ákveða þær með eignarnámsmati. Í 29. gr. er kveðið á um að nái nýtingarleyfishafi ekki samkomulagi við landeiganda um þau atriði sem leyfið tekur til, þ.m.t. endurgjald fyrir auðlindina, geti iðnaðarráðherra tekið auðlindirnar eignarnámi ásamt nauðsynlegu landi, mannvirkjum, aðstöðu til vinnslu þeirra og öðrum réttindum landeiganda að því leyti sem nauðsyn ber til svo að leyfið geti komið að notum. Nánar er fjallað um eignarnámsheimildir ríkisins á auðlindum í jörðu sem fylgja eignarlandi í 2.-4. mgr. 29. gr. og um framkvæmd þess í 30. gr.

Um endurgjald fyrir nýtingu auðlinda í eignarlöndum ríkisins og þjóðlendum er fjallað í 31. gr. Í 1. mgr. 31. gr. kemur fram að iðnaðarráðherra hefur heimild til að semja við nýtingarleyfishafa um endurgjald fyrir auðlindir í eignarlöndum ríkisins að höfðu samráði við þann aðila sem fer með forræði eignarinnar. Í 2. mgr. sömu greinar segir að til nýtingar á auðlindum í þjóðlendum þurfi, auk leyfis samkvæmt auðlindalögum, leyfi samkvæmt ákvæðum laga um þjóðlendur o.fl. Vísað er til þjóðlendulaganna um endurgjald.

#### 4.1.1.1. Jarðefni

Fjallað er um jarðefni í V. kafla laganna. Hugtakið jarðefni er skilgreint í 4. mgr. 2. gr.,

sbr. einnig kafla 3.4 hér að framan. Heimild til rannsókna, leitar og nýtingar jarðefna er háð leyfum iðnaðarráðherra í samræmi við reglur III. og IV. kafla laganna. Sú undantekning er þó gerð á því í 8. gr. laganna að heimilt er án leyfis að rannsaka og hagnýta á eignarlandi berg, grjót, mól, leir, sand, vikur, gjall og önnur slík gos- og steinefni, svo og mold, mó og surtarbrand. Óheimilt er að undanskilja eignarlandi rétt til jarðefna nema með sérstöku leyfi ráðherra, sbr. 9. gr. laganna.

#### 4.1.1.2. Jarðhiti

Um jarðhita er fjallað í VI. kafla laganna. Hugtakið er skilgreint í 5. mgr. 2. gr., sbr. einnig kafla 3.4 hér að framan. Heimild til rannsókna, leitar og nýtingar er háð leyfum iðnaðarráðherra í samræmi við reglur III. og IV. kafla laganna. Sú undantekning er þó gerð á því í 10. gr. að landeiganda er heimilt án leyfis að hagnýta jarðhita í eignarlandi sínu til heimilis- og búsparfa, þar með talið til ylækta, iðnaðar og iðju, allt að 3,5 MW miðað við vermi sem tekið er úr jörðu alls innan eignarlands. Fyrirhugaðar jarðboranir og aðrar meiri háttar framkvæmdir vegna þessa skal þó tilkynna til Orkustofnunar. Orkustofnun er heimilt, að fengnu samþykki ráðherra, að setja þau skilyrði sem nauðsynleg eru talin vegna öryggis eða af tæknilegum ástæðum. Samkvæmt 2. mgr. 10. gr. fer um heimild til nýtingar á jarðhita til raforkuvinnslu samkvæmt ákvæðum orkulaga. Í 13. gr. kemur fram að sveitarfélag skuli hafa forgangsrétt til nýtingarleyfa vegna jarðhita innan marka sveitarfélagsins vegna þarfa hitaveitu sem rekin er í sveitarfélaginu. Óheimilt er að undanskilja eignarlandi jarðhitaréttindi nema með sérstöku leyfi ráðherra, sbr. 12. gr. laganna.

#### 4.1.1.3. Grunnvatn

Um grunnvatn er fjallað í VII. kafla laganna. Hugtakið er skilgreint í 6. mgr. 2. gr., sbr. einnig kafla 3.4 hér að framan. Heimild til rannsókna, leitar og nýtingar er háð leyfum



iðnaðarráðherra í samræmi við reglur III. og IV. kafla laganna. Á þessu er þó sú undantekning gerð í 14. gr. að landeiganda er heimilt án leyfis að hagnýta grunnvatn í eignarlandi sínu til heimilis- og búþarfa, þar með talið til fiskeldis, iðnaðar og iðju, allt að 70 ltr./sek.. Fyrirhugaðar jarðboranir og aðrar meiri háttar framkvæmdir vegna þessa skal landeigandi þó tilkynna Orkustofnun. Orkustofnun er heimilt að fengnu samþykki ráðherra að setja landeiganda þau skilyrði sem nauðsynleg eru talin vegna öryggis eða af tæknilegum ástæðum o.s.frv. Í 15. gr. laganna er ákvæði um að sveitarfélög skuli hafa forgangsrétt til nýtingarleyfa vegna grunnvatns innan marka sveitarfélaganna vegna þarfa vatnsveitu sem rekin er þar.

*4.1.2. Vatnsafl til raforkuframleiðslu*  
Með lögum nr. 5/2006 var 1. gr. laga nr. 57/1998 breytt á þá leið að þau taka nú einnig til rannsókna á vatnsafl til raforkuframleiðslu. Auk þeirra skilyrða sem talin eru í lögum nr. 57/1998 skal umsækjandi um rannsóknarleyfi leggja fram mat á því hvernig tengja megi fyrirhugaða virkjun raforkukerfi landsins, sbr. 40. gr. raforkulaga nr. 65/2003. Um veitingu leyfis til nýtingar vatnsorku til raforkuframleiðslu, þ.e. virkjunarleyfis, fer sem fyrr eftir ákvæðum raforkulaga.

Raforkulög, nr. 65/2003, taka til vinnslu, flutnings, dreifingar og viðskipta með raforku á íslensku forráðasvæði án tillits til orkugjafa, sbr. 2. gr. laganna og með þeim var samkeppni í vinnslu raforku innleidd á Íslandi en fyrir gildistöku þeirra hafði Landsvirkjun forgang til virkjunar vatnsafls í samræmi við skyldu til að sjá öllum sem þess óskuðu fyrir raforku. Var framangreind breyting á lögum nr. 57/1998 gerð í því skyni að hvetja orkufyrirtækin til að stunda rannsóknir á vatnsafl.<sup>35</sup>

Leyfi ráðherra þarf til að reisa og reka raforkuver skv. 1. mgr. 4. gr. raforkulaga en

áður var vald ráðherra bundið því skilyrði að Alþingi hefði áður með sérstökum heimildarlögum veitt honum heimild til slíks.<sup>36</sup> Sú undantekning er þó gerð frá því að ekki þarf slíkt leyfi vegna raforkuvera með uppsettu afli sem er undir 1 MW nema orka frá raforkuveri sé afhent inn á dreifikerfi dreifiveitna eða flutningskerfið. Virkjunarleyfi fellur, skv. 2. mgr. 4. gr., úr gildi 10 árum eftir veitingu þess ef leyfishafi hefur þá ekki hafið framkvæmdir og 15 árum eftir veitingu þess ef virkjun er þá ekki komin í rekstur. Áður en að þessum tímamörkum kemur getur leyfishafi sótt um endurnýjun leyfis til ráðherra. Kveðið er á um það í 3. mgr. 4. gr. að áður en leyfishafi hefur framkvæmdir á eignarlandi þarf annað tveggja, samkomulag að hafa náðst við landeigendur og eigendur orkulinda um endurgjald eða ákvörðun um eignarnám skv. 23. gr. laganna að liggja fyrir. Sé hvorugt skilyrðið uppfyllt innan 90 daga frá útgáfu leyfis fellur það niður. Þetta á einnig við um nýtingu auðlinda í þjóðlendum eftir því sem við á.

Í 5. gr. raforkulaga er fjallað um skilyrði fyrir útgáfu virkjunarleyfis en það verður aðeins veitt sjálfstæðum lög- og skattaðila skv. 1. mgr. greinarinnar. Ráðherra getur sett skilyrði fyrir útgáfu virkjunarleyfis er lúta að því að tryggja nægilegt framboð raforku, öryggi, áreiðanleika og skilvirkni raforkukerfisins og nýtingu endurnýjanlegra orkulinda, sbr. 2. mgr. greinarinnar. Þar kemur einnig fram að setja megi skilyrði er lúta að umhverfisvernd, landnýtingu og tæknilegri og fjárhagslegri getu virkjunarleyfishafa. Segir í lokamálslið 2. mgr. að öll skilyrði skulu tilgreind í reglugerð og hefur það verið gert með reglugerð nr. 1040/2005. Samkvæmt 3. mgr. er unnt að setja skilyrði varðandi samrekstur virkjana, hvort sem er vatnsaflsvirkjana eða jarðgufuvirkjana. Í 6. gr. laganna er síðan talið upp hvað tilgreina skuli í virkjunarleyfi og er sú tilgreining ekki

<sup>35</sup> Alþt. 2005-2006 A, þskj. 304, bls. 1229-1230.

<sup>36</sup> Ibid, bls. 1229.

tæmandi. Þá segir í 2. mgr. greinarinnar að heimilt sé að kveða á um að virkjunarleyfi skuli endurskoðað að tilteknum tíma liðnum, enda hafi forsendur fyrir skilyrðum leyfisins breyst verulega.

Fjallað er um eftirlit og úrræði í VII. kafla raforkulaga en ýmis almenn ákvæði um leyfisveitingar er að finna í VIII. kafla þeirra. Í 32. gr. kemur fram að ráðherra geti framselt leyfisveitingarvald sitt til Orkustofnunar. Skyrt er að greiða gjald fyrir útgáfu leyfis í samræmi við ákvæði 33. gr. Málmeðferð vegna leyfisveitingar fer eftir ákvæðum 34. gr. en þar kemur m.a. fram að meta skuli umsókn á hlutlægan og gagnsæjan hátt. Í 3. mgr. 34. gr. kemur fram að umsókn skuli kynnt í Lögbirtingarblaði og gefa skuli þeim aðilum sem málið varðar færi til að koma að sjónarmiðum sínum. Jafnframt er kveðið á um lögbundna álitsumleitan til Orkustofnunar og viðkomandi sveitarfélaga. Án leyfis ráðherra er óheimilt að framselja leyfi eða setja þau til tryggingar fjárskuldbindingum, sbr. 35. gr. Fari leyfishafi ekki að skilyrðum laganna, reglugerða settra samkvæmt þeim, skilyrðum leyfisins, samningum sem tengjast leyfinu eða öðrum heimildum, skal ráðherra veita honum skriflega aðvörun og hæfilegan frest til úrbóta, sbr. 36. gr. Sinni leyfishafi ekki aðvörun innan tilgreindra tímamarka getur ráðherra afturkallað leyfið eða breytt því. Ef um alvarleg brot eða vanrækslu er að ræða eða ljóst er að leyfishafi getur ekki staðið við skyldur sínar samkvæmt leyfinu getur ráðherra þó afturkallað það án aðvörunar.

#### 4.2. Lagaumhverfi verndar

Meginlöggjöfin um náttúruvernd, þ.m.t. vernd náttúruauðlinda, er án efa lög nr. 44/1999, um náttúruvernd. Önnur lög af umhverfisréttarlegum toga sem máli skipta varðandi vernd jarðrænna auðlinda eru skipulags- og byggingarlög, nr. 73/1997, lög nr. 106/2000, um mat á umhverfisáhrifum og lög nr. 105/2006, um umhverfismat áætлана.

Vatnalög, nr. 15/1923, sbr. einnig vatnalög, nr. 20/2006, sem gildi taka 1. nóvember 2007 en þá falla hin eldri lög úr gildi, skipta einnig máli í þessu tilliti. Einstök afmörkuð landsvæði eru vernduð með sérlögum, sbr. lög nr. 54/1995, um vernd Breiðafjarðar, lög nr. 47/2004, um þjóðgarðinn á Þingvöllum, lög nr. 97/2004, um verndun Mývatns og Laxár í Suður-Þingeyjarsýslu, og lög nr. 85/2005, um verndun Þingvallavatns og vatnasviðs þess. Rétt er einnig að geta laga nr. 7/1998 um hollustuhætti og mengunarvarnir og laga nr. 17/1965, um landgræðslu. Þótt markmið síðastgreindra laga sé ekki vernd auðlindanna í sjálfu sér geta einstök ákvæði þeirra takmarkað nýtingu jarðrænna auðlinda. Tekið skal fram að hér er alls ekki um tæmandi talningu að ræða.

##### 4.2.1. Lög nr. 44/1999, um náttúruvernd

Eitt af markmiðum laga um náttúruvernd, nr. 44/1999, er að stuðla að vernd og nýtingu auðlinda á grundvelli sjálfbærrar þróunar, sbr. 3. mgr. 1. gr. laganna. Fjallað er um stjórn náttúruverndarmála í II. kafla laganna, bæði á miðstjórnar- og sveitarstjórnarstigi. Í 1. mgr. 4. gr. segir að umhverfisráðherra fari með yfirstjórn náttúruverndarmála og í 1. mgr. 6. gr. að Umhverfisstofnun hafi eftirlit með framkvæmda laganna og sé ráðherra til ráðgjafar. Á umhverfisþingi, en til þess skal boða alþingismenn, fulltrúa stofnana ríkis og sveitarfélaga og fulltrúa atvinnulífs og frjálsra félagasamtaka sem hafa umhverfisvernd og sjálfbæra þróun á stefnuskrá sinni, skal, skv. 10. gr. laganna, fjalla um umhverfis- og náttúruvernd og sjálfbæra þróun „að loknum hverjum alþingiskosningum og síðan tveimur árum síðar“. Í II. gr. laganna er kveðið á um náttúruverndarnefndir en skv. 1. mgr. greinarinnar starfar þriggja til sjö manna náttúruverndarnefnd á vegum hvers sveitarfélags eða héraðsnefndar og skulu þær skv. 2. mgr. vera sveitarstjórnnum til ráðgjafar um náttúruverndarmál.

Í V. kafla laganna er fjallað um landslags-  
vernd. Í 34. gr. segir að meiri háttar  
framkvæmdir sem áhrif hafa á umhverfið og  
breyta ásýnd þess, svo sem breyting lands  
með jarðvegi eða efnistöku, skuli vera í  
samræmi við skipulagsáætlanir. Samkvæmt  
37. gr. njóta tilteknar jarðmyndanir og  
vistkerfi sérstakrar verndar og skal forðast  
röskun þeirra eins og kostur er. Leita  
skal umsagnar Umhverfisstofnunar og  
náttúruverndarnefnda áður en veitt er  
framkvæmda- eða byggingarleyfi, sbr. 27.  
og 43. gr. skipulags- og byggingarlaga, nr.  
73/1997, til framkvæmda sem hafa í för með sér  
röskun jarðmyndana og vistkerfa skv. 1. mgr.  
nema fyrir liggja aðalskipulag samþykkt eftir  
gildistöku laga þessara þar sem umsögn skv.  
33. gr. liggur fyrir en þar er kveðið á um að  
leita skuli umsagnar Umhverfisstofnunar og  
náttúruverndarnefnda, sbr. 11. gr., við gerð  
svæðis- og aðalskipulagsáætlana og verulegar  
breytingar á þeim og við álit um mat á  
umhverfisáhrifum. Samkvæmt 38. gr. þarf  
leyfi Umhverfisstofnunar til framkvæmda  
þar sem hætta er á að spillt verði friðlýstum  
náttúruminum en leita skal umsagnar og  
tilkynna stofnuninni um framkvæmdir  
þar sem hætta er á að spillt verði öðrum  
náttúruminum á náttúruminjasrá, sbr. 67.  
og 68. gr. laganna. Í 39. gr. er kveðið á um  
vernd skóga og annarra gróðursamfélaga  
en skv. 40. gr. getur umhverfisráðherra,  
að fenginni tillögu Umhverfisstofnunar  
og Náttúrufræðistofnunar Íslands og  
umsögn iðnaðarráðuneytis, mælt fyrir í  
reglugerð um vernd steinda, m.a. um að leyfi  
Umhverfisstofnunar þurfi til töku ákveðinna  
tegunda þeirra úr föstum jarðlögum.

Sérstaklega er fjallað um nám jarðefna  
í VI. kafla og gilda ákvæði hans, sbr. 45.  
gr. laganna, um efnistöku í jörðu í landi, í  
botni vatnsfalla og stöðuvatna og, eftir því  
sem við á, um efnistöku af eða úr hafsbotni  
í íslenskrí landhelgi og efnahagslögsögu.  
Samkvæmt 46. gr. fer um skipulag  
efnistökusvæða eftir ákvæðum skipulags-

og byggingarlaga, nr. 73/1997, og reglum  
settum samkvæmt þeim. Í 1. mgr. 47. gr. segir  
að um leyfi til efnistöku af eða úr hafsbotni  
utan netlaga fari eftir ákvæðum laga um  
eignarrétt íslenska ríkisins að auðlindum  
hafsbotsins, nr. 73/1990 en í 2. mgr. að  
öll efnistaka á landi og af eða úr hafsbotni  
innan netlaga sé háð framkvæmdaleyfi  
hlutaðeigandi sveitarstjórnar, sbr. 27. gr.  
skipulags- og byggingarlaga, nr. 73/1997. Þar  
sem ekki liggja fyrir samþykkt aðalskipulag  
sem Umhverfisstofnun og viðkomandi  
náttúruverndarnefnd hafi gefið umsögn  
sína um, sbr. 33. gr., sé óheimilt að gefa út  
framkvæmdaleyfi fyrr en að fenginni umsögn  
framangreindra aðila. Enn fremur gildi um  
efnistöku á landi og af eða úr hafsbotni innan  
netlaga ákvæði laga um rannsóknir og nýt-  
ingu á auðlindum í jörðu, nr. 57/1998.  
Þrátt fyrir ákvæði 2. mgr. sé eiganda eða  
umráðamanni eignarlands heimil án leyfis  
minni háttar efnistaka til eigin nota nema  
um sé að ræða jarðmyndanir og vistkerfi sem  
njóti verndar skv. 37. gr. Í 48. og 49. gr. laganna  
er fjallað um annars vegar áætlun um efnis-  
töku og hins vegar frágang efnistökusvæða.

Í VII. kafla laga um náttúruvernd er  
fjallað um friðlýstar náttúruminjar en  
þær skiptast skv. 50. gr. í fimm flokka. Í  
fyrsta lagi þjóðgarða, sbr. 51. gr., í öðru lagi  
friðlönd, sbr. 1. tölul. 1. mgr. 53. gr., í þriðja  
lagi náttúruvætti á landi, sbr. 2. tölul. 1. mgr.  
53. gr., og í hafi, sbr. 1. mgr. 54. gr., í fjórða  
lagi friðlýstar lífverur, búsvæði, vistgerðir  
og vistkerfi, sbr. 3. tölul. 1. mgr. 53. gr. og 1.  
mgr. 54. gr. og í fimmta lagi fólkvanga, sbr.  
55. gr. Í 58. og 59. gr. laganna kemur fram  
að Umhverfisstofnun annist undirbúning  
friðlýsingar en umhverfisráðherra taki  
ákvörðun um friðlýsingu. Um efni  
friðlýsingar segir í 60. gr. að í friðlýsingu  
skuli m.a. kveðið á um meginatriði  
verndunar náttúruminja, hversu víðtæk  
friðunin er, að hve miklu leyti framkvæmdir  
eru takmarkaðar, umferð og umferðarrétt  
almennings og notkun veiðiréttar. Í 3. mgr.



60. gr. segir að ef ætla megi að fyrirhugaðar framkvæmdir á friðlýstu svæði raski svo náttúrulegu umhverfi að hætta sé á að ákvæðnar lífverur, búsvæði þeirra og vistkerfi eyðist eða verði fyrir verulegum skaða geti umhverfisráðherra látið friðlýsingu taka til banns við slíkum framkvæmdum, enda sé áður fengin umsögn Umhverfisstofnunar og Náttúrufræðistofnunar Íslands.

Í VIII. kafla laga um náttúruvernd er fjallað um náttúruverndaráætlun og náttúrumínjaskrá. Samkvæmt 65. gr. skal umhverfisráðherra eigi sjaldnar en á fimm ára fresti láta vinna náttúruverndaráætlun fyrir landið allt og leggja fyrir Alþingi. Í áætluninni skulu skv. 66. gr. vera sem gleggstar upplýsingar um náttúrumínjar, þ.e. náttúruverndarsvæði og lífverur, búsvæði þeirra, vistgerðir og vistkerfi, sem ástæða þykir til að friðlýsa. Þá á umhverfisráðherra skv. 67. gr. laganna að gefa út heildstæða náttúrumínjaskrá eigi sjaldnar en fimmta hvert ár og birta í Stjórnartíðindum. Efni náttúrumínjaskrár er lýst í 68. gr. og segir þar að í náttúrumínjaskrá skulu vera sem gleggstar upplýsingar um í fyrsta lagi friðlýstar náttúrumínjar, í öðru lagi náttúrumínjar sem ástæða þykir til að friðlýsa samkvæmt náttúruverndaráætlun, sbr. 65. gr. og í þriðja lagi aðrar náttúrumínjar, þ.e. landsvæði, náttúrumyndanir og lífverur, búsvæði þeirra, vistgerðir og vistkerfi sem rétt þyki að vernda.

#### 4.2.2. Skipulags- og byggingarlög, nr. 73/1997

Samkvæmt 1. gr. skipulags- og byggingarlaga, nr. 73/1997, er eitt af markmiðum þeirra að stuðla að skynsamlegri og hagkvæmri nýtingu lands og landgæða, tryggja varðveislu náttúru og menningarverðmæta og koma í veg fyrir umhverfisspjöll og ofnýtingu, með sjálfbæra þróun að leiðarljósi. Fram kemur í 1. mgr. 9. gr. laganna að landið allt sé

skipulagsskilyt og að bygging húsa og annarra mannvirkja ofan jarðar og neðan og aðrar framkvæmdir og aðgerðir sem hafa áhrif á umhverfið og breyta ásýnd þess skuli vera í samræmi við skipulagsáætlanir, sbr. ákvæði 43. gr. laganna um veitingu byggingarleyfis og ákvæði 27. gr. um veitingu framkvæmdaleyfis. Um efni skipulagsáætlana segir síðan í 5. mgr. 9. gr. að í skipulagsáætlunum skuli gera grein fyrir áhrifum áætlunarinnar, einstakra markmiða hennar og ráðgerðra framkvæmda á umhverfi, náttúruauðlindir og samfélag, m.a. með samiburði þeirra kosta sem til greina koma.

Í 1. mgr. 27. gr. segir að aflu skuli framkvæmdaleyfis sveitarstjórnar vegna meiri háttar framkvæmda sem áhrif hafa á umhverfið og breyta ásýnd þess, svo sem breytingar lands með jarðvegi eða efnistöku, og annarra framkvæmda sem falla undir lög um mat á umhverfisáhrifum. Þó þurfi ekki að afla slíks leyfis vegna framkvæmda sem háðar eru byggingarleyfi skv. IV. kafla. Í 2. mgr. 27. gr. segir að öll efnistaka á landi og af eða úr hafsbotni innan netlaga sé háð framkvæmdaleyfi hlutaðeigandi sveitarstjórnar í samræmi við ákvæði laga nr. 44/1999 um náttúruvernd. Framkvæmdaleyfi vegna efnistöku skuli gefið út til tiltöks tímá þar sem gerð er grein fyrir stærð efnistökusvæðis, vinnsludýpi, magni og gerð efnis sem heimilt er að nýta samkvæmt leyfinu, vinnslutíma og frágangi á efnistöku-svæði.

#### 4.2.3. Lög nr. 106/2000, um mat á umhverfisáhrifum

Mat á umhverfisáhrifum er ein af meginreglum umhverfisréttar<sup>37</sup>, þ.e. þegar um er að ræða fyrirhugaða starfsemi sem líkleg er til að hafa veruleg, skaðleg áhrif á umhverfið og háð er ákvörðun stjórnvalds skal fara fram mat á umhverfisáhrifum.<sup>38</sup> Lög nr. 106/2000, um mat á umhverfisáhrifum, eru grundvöllur

<sup>37</sup> Aðalheiður Jóhannsdóttir: „Er-at maðr svá goðr at galli né fylgi...“ Guðrúnarabók – Afmælisrit til heiðurs Guðrúnu Erlendsdóttur, bls. 2.

<sup>38</sup> Aðalheiður Jóhannsdóttir: „Umhverfisvernd í gislingu rökvillu? Hugleiðingar um mat á umhverfisáhrifum.“ Tímarit lögfræðinga, 3. h. 2001, bls. 164.

á tilskipun 85/337/EBE, ásamt síðari breytingum, um mat á umhverfisáhrifum tiltekinnna framkvæmda. Í 1. gr. laganna kemur fram að eitt af markmiðum þeirra er að tryggja að áður en leyfi er veitt fyrir framkvæmd, sem kann vegna staðsetningar, starfsemi sem henni fylgir, eðlis eða umfangs að hafa í för með sér umtalsverð umhverfisáhrif, hafi farið fram mat á umhverfisáhrifum viðkomandi framkvæmdar og jafnframt að dregið verði eins og kostur er úr neikvæðum umhverfisáhrifum hennar.

Fjallað er nánar um matsskyldu í III. kafla laganna og framkvæmdir flokkaðar í matskyldar framkvæmdir, sbr. 5. gr., framkvæmdir sem kunna að vera háðar mati á umhverfisáhrifum, sbr. 6. gr. og aðrar framkvæmdir sem hugsanlega eru matsskyldar, sbr. 7. gr. Í 1. mgr. 5. gr. kemur fram að þær framkvæmdir sem tilgreindar eru í 1. viðauka við lögina séu ávallt háðar mati á umhverfisáhrifum. Sem dæmi um framkvæmd sem tengist auðlindanýtingu þeirri sem hér er til umfjöllunar má nefna að skv. 2. tölul. 1. viðauka eru jarðvarmavirkjanir og önnur varmaorkuver með 50 MW uppsett varmafl eða meira og önnur orkuver með 10 MW uppsett rafafli eða meira ávallt háðar mati á umhverfisáhrifum. Í 1. mgr. 6. gr. er vísað til 2. viðauka við lögina um framkvæmdir sem kunna að vera háðar mati á umhverfisáhrifum og í 7. gr. segir, um aðrar framkvæmdir sem hugsanlega eru matsskyldar, að umhverfisráðherra sé heimilt, að fenginni umsögn Skipulagsstofnunar, að mæla svo um í reglugerð að framkvæmd sem ekki er talin upp í 1. og 2. viðauka við lögina skuli háð mati ef sýnt þykir að hún geti haft í för með sér umtalsverð umhverfisáhrif.

Kafla IV í lögnum fjallar um málsmeðferð vegna mats á umhverfisáhrifum. Það er framkvæmdaraðili sem ber ábyrgð á og kostar mat á umhverfisáhrifum. Í grófum dráttum eru fjögur skref í málsmeðferðinni, þ.e. gerð matsáætlunar, sbr. 8. gr., gerð frummatsskýrslu, sbr. 9. gr., gerð matsskýrslu,

sbr. 10. gr. og síðan skal Skipulagsstofnun skv. 11. gr. gefa rökstutt álit sitt á því hvort skýrslan uppfylli skilyrði laganna og reglugerða settra samkvæmt þeim og að umhverfisáhrifum sé lýst á fullnægjandi hátt innan fjögurra vikna frá því að hún tekur á móti matsskýrslu.

Í 1. mgr. 13. gr. laganna segir að óheimilt sé að gefa út leyfi til framkvæmdar skv. 5. eða 6. gr. fyrr en álit Skipulagsstofnunar um mat á umhverfisáhrifum liggur fyrir eða ákvörðun um að framkvæmd skv. 6. gr. sé ekki matsskyld. Í 2. mgr. sömu greinar segir að við útgáfu leyfis til framkvæmdar skv. 1. mgr. skuli leyfisveitandi kynna sér matsskýrslu framkvæmdaraðila um framkvæmdina og taka rökstudda afstöðu til álits Skipulagsstofnunar um mat á umhverfisáhrifum hennar. Leyfisveitandi skuli birta opinberlega ákvörðun sína um útgáfu leyfis og niðurstöðu álits Skipulagsstofnunar um mat á umhverfisáhrifum innan tveggja vikna frá útgáfu leyfis. Í ákvörðun skuli tilgreina kærueimild og kærufrest þegar það á við.

#### *4.2.4. Lög nr. 105/2006, um umhverfismat áætlana*

Í júní 2006 tóku gildi ný lög um umhverfismat áætlana, nr. 105/2006, en með þeim er hugað að umhverfisáhrifum á fyrri stigum ákvörðunartöku heldur en gert er með lögum nr. 106/2000. Með lögum 105/2006 er lögleidd tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins, nr. 2001/42/EB frá 27. júní 2001, um mat á áhrifum tiltekinnna skipulags- og framkvæmdaáætlana á umhverfið. Í 3. gr. laganna kemur fram að þau gilda um umhverfismat þeirra skipulags- og framkvæmdaáætlana og breytinga á þeim sem marka stefnu er varðar leyfisveitingar til framkvæmda sem tilgreindar eru í lögum um mat á umhverfisáhrifum, nr. 106/2000. Sem dæmi má nefna að skipulagsáætlun þar sem gert væri ráð fyrir jarðvarmavirkjun í samræmi við 2. tölul. 1. viðauka laga 106/2000 félli undir gildissvið laga nr. 105/2006.

Eins og segir í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum er nokkur munur á umhverfismati áætlana og mati á umhverfisáhrifum framkvæmda, sbr. lög nr. 106/2000, um mat á umhverfisáhrifum. Það eigi við um nákvæmni matsins, málsmeðferð og afgreiðslu þess og komi það til af því að um sé að ræða annars vegar almennar ákvarðanir um meginstefnu og hins vegar sértækar ákvarðanir um einstakar framkvæmdir. Þá segir að í umhverfismati áætlunar eigi einnig að felast mat á samlegðaráhrifum margra framkvæmda á tiltekna umhverfisþætti eða tiltekin svæði. Mat á umhverfisáhrifum einstakra framkvæmda, sbr. lög 106/2000 er þannig þrengra, sértækara og nákvæmara en mat á umhverfisáhrifum áætlana samkvæmt lögum nr. 105/2006.<sup>39</sup>

#### 4.2.5. Vatnalög

Í núgildandi vatnalögum, nr. 15/1923, má finna fjölda ákvæða sem miða að vernd auðlindarinnar vatns. Má þar nefna l. mgr. 7. gr. laga nr. 15/1923 þar sem segir að öll vötn skulu renna sem að fornu hafa runnið og meginregluna um að sú nýting sem hefur í för með sér tjón fyrir aðra sé óheimil. Í viðtakandi vatnalögum nr. 20/2006 er vissulega enn að finna þá meginreglu og raunar fleiri meginreglur nábylisréttarins sem leiða af hinu sérstaka eðli vatns og þeim takmörkunum eignarhalds og nýtingar sem af því leiðir. Hins vegar lúta þau lög fyrst og fremst að eignarhaldi og nýtingu en ákvæði um vatnsvernd í viðtækasta skilningi eru í öðrum lögum, s.s. náttúruverndarlögum, mengunarlöggjöf o.s.frv. í samræmi við lagahefð okkar tíma.

Evrópusambandið samþykkti sérstaka rammatilskipun um vatn (Water Framework Directive) árið 2000, en tilgangur tilskipunarinnar er m.a. að bæta gæði vatns, koma stjórn á nýtingu vatns sem auðlindar og setja ramma um verndun yfirborðsvatns

á landi, vatns í árósum og sjóblandaðs vatns, strandsjávar og grunnvatns. Samkomulag hefur náðst um að tilskipunin skuli tekin upp í EES-samninginn, með sérstakri yfirlýsingu þar sem áréttaður verði sá sameiginlegi skilningur samningsaðila um að í tilskipuninni sé tekið tillit til landfræðilegra aðstæðna hverju sinni og það sé undir stjórnvöldum komið að skilgreina hvar aðgerða sé þörf. Gert ráð fyrir að endanleg ákvörðun um að taka vatnatilskipunina inn í EES-samninginn verði tekin innan skamms og stefnt er að því að leggja fram frumvarp um vatnastjórnun, til innleiðingar á tilskipuninni hérlendis, á 133. löggjafarþingi 2006-2007.<sup>40</sup>

#### 4.2.6. Lög um vernd tiltekinna svæða

Elst núgildandi laga þar sem tiltekið svæði er verndað eru lög um vernd Breiðafjarðar, nr. 54/1995. Í 2. mgr. 6. gr. þeirra laga kemur fram að þar sem ekki séu fyrir hendi samþykktar skipulagsáætlanir á því landsvæði sem löginn taka til sé hvers konar mannvirkjagerð óheimil, svo og jarðrask, nema að fengnu leyfi Umhverfisstofnunar.

Í lögum um þjóðgarðinn á Þingvöllum, nr. 47/2004, segir í 1. másl. 3. gr. að land þjóðgarðsins skuli vera friðað í því skyni að varðveita ásynd þess sem helgistaðar þjóðarinnar og til að viðhalda eins og kostur er hinu upprunalega náttúruferi. Í 4. gr. laganna er ákvæði um vatnsvernd og í 5. gr. segir að óheimilt sé að gera nokkurt jarðrask eða reisa mannvirkni innan þjóðgarðsins á Þingvöllum nema að fengnu samþykki Þingvallanefndar og taki bann þetta m.a. til húsabygginga, vegagerðar, lagningar raf- og simalína, borunar eftir vatni, töku jarðefna og vinnslu auðlinda úr jörðu og ræktunarframkvæmda. Þingvallanefnd sé heimilt að binda samþykki á framkvæmdum innan þjóðgarðsins þeim skilyrðum sem hún telur nauðsynleg vegna friðunar samkvæmt lögum.

<sup>39</sup> Alþt. 2005-2006, A, þskj. 376, bls. 1439-1440.

<sup>40</sup> Sbr. skýrslu Valgerðar Sverrisdóttur utanríkisráðherra um utanríkis- og alþjóðamál (lögð fyrir Alþingi á 133.

löggjafarþingi 2006-2007) og þingmálaskrá ríkisstjórnarinnar 2006-2007.

Með lögum nr. 85/2005, um verndun Þingvallavatns og vatnasviðs þess, er vatnsverndarsvæði stækkað út fyrir þjóðgarðinn. Segir í 1. mgr. 3. gr. að innan verndarsvæðisins sé óheimilt að gera nokkuð það sem getur spillt vatni eða mengað það, bæði yfirborðsvatn og grunnvatn. Umhverfisráðherra setji, að höfðu samráði við hlutaðeigandi sveitarstjórnir og iðnaðarráðuneytið, nánari reglur um framkvæmd vatnsverndunarinnar, þar með talið um jarðrask, byggingu mannvirkja, borun eftir vatni, töku jarðefna, vinnslu auðlinda úr jörðu og ræktunarframkvæmdir, auk reglna um flutning og meðferð hættulegra efna.

Í lögum um verndun Mývatns og Laxár í Suður-Þingeyjarsýslu, nr. 97/2004, segir í 3. gr. m.a. að óheimilt sé að valda spjöllum eða raski á lífríki, jarðmyndunum og landslagi á landsvæði því sem um getur í 1. mgr. 2. gr. og að leita skuli leyfis Umhverfisstofnunar fyrir hvers konar framkvæmdum sem haft geta áhrif á lífríki, jarðmyndanir og landslag á landsvæði því sem um getur í 1. mgr. 2. gr. Þó skulu heimilar án sérstaks leyfis Umhverfisstofnunar framkvæmdir samkvæmt staðfestu skipulagi, enda hafi stofnunin fallist á skipulagsáætlun þá sem um er að ræða. Í 4. gr. laganna er kveðið á um verndun vatnasviðs Mývatns og Laxár.

#### 4.2.7. Önnur lög

Ýmis önnur lög hafa áhrif á nýtingu auðlinda í þá veru að takmarka hana. Eðlilegt er að nefna fyrst lög nr. 7/1998, um hollustuhætti og mengunarvarnir, en markmið þeirra er skv. 1. gr. að búa landsmönnum heilnæm lífsskilyrði og vernda þau gildi sem felast í heilnæmu og ómengðu umhverfi. Segja má því að þau lög séu fremur til að vernda umhverfið sem heild heldur en náttúruauðlindirnar sjálfar. Fram kemur í 2. gr. að lögin taki til hvers konar starfsemi og framkvæmda hér á landi, í lofthelgi, efnahagslögsögu og farkostum sem ferðast undir íslenskum fána, sem hafa

eða geta haft áhrif á þá þætti sem tilgreindir eru í 1. gr., að svo miklu leyti sem önnur lög taka ekki til þeirra. Í 5. gr. a laganna segir að allur atvinnurekstur sem geti haft í för með sér mengun skuli hafa gilt starfsleyfi, sbr. 6. gr. Óheimilt sé að hefja starfsleyfisskyldan atvinnurekstur hafi starfsleyfi ekki verið gefið út. Í 1. mgr. 6. gr. kemur fram að Umhverfisstofnun gefi út starfsleyfi fyrir atvinnurekstur sem haft geti í för með sér mengun og talinn er upp í fylgiskjali með lögnum og í 2. mgr. sömu greinar að heilbrigðisnefndir gefi út starfsleyfi fyrir atvinnurekstur sem haft geti í för með sér mengun og ekki er talinn upp í fylgiskjali, sbr. 1. mgr., eftir því sem mælt er fyrir um í reglugerð. Í fylgiskjali 2 með reglugerð nr. 785/1999, um starfsleyfi fyrir atvinnurekstur sem getur haft í för með sér mengun, er í 2. tölulið talinn upp atvinnurekstur sem felur í sér vinnslu og úrvinnslu á kalki, leir, steinum og sambærilegum jarðefnum. Í 9. tölulið undir fyrirsögninni „Ýmislegt“ kemur í lið 9.1 fram að virkjanir og orkuveitur þurfi starfsleyfi og í 10. lið, „Tímabundinn atvinnurekstur sem heilbrigðisnefnd veitir starfsleyfi“, að jarðborun þarfnist starfsleyfis.

Samkvæmt 7. gr. laga um landgræðslu, nr. 17/1965, skal Landgræðsla ríkisins afla sér fullkomins umráðaréttar yfir landi því, sem hún tekur til heftingar á jarð- og sandfoki eða endurgræðslu, annað hvort með samningi til svo langs tíma, sem landgræðslustjóra þykir þurfa eða með eignarnámi, ef umráðaréttur fæst ekki á annan hátt. Í 12. gr. laganna segir að þegar land sem Landgræðsla ríkisins hefur tekið til græðslu með samkomulagi, sbr. 7. gr., sé svo vel gróið að dómi landgræðslustjóra, að eigi sé nauðsyn frekari aðgerða frá hendi landgræðslunnar, skuli afhenda það aftur eigendum. Landgræðslustjóri setur reglur um meðferð landsins. Þá er í 17. gr. ákvæði um að land skuli nytja svo að eigi valdi rýrnun eða eyðingu landkosta. Sá sem landspjöllum valdi með mannvirkjagerð eða á annan hátt sé skyldur að bæta þau.

## 5. LEYFISVEITINGAR VEGNA AUÐLINDANÝTINGAR

Hér að framan hefur allitarlega verið gerð grein fyrir eignarhaldi og lagaumhverfi auðlindanýtingar og -verndar. Til þess að skoða hvernig nógildandi kerfi virkar í framkvæmd er sjónum hér á eftir sérstaklega beint að leyfisveitingum vegna auðlindanýtingar til raforkuframleiðslu enda er þar um að ræða umfangsmesta og umdeildasta svið auðlindanýtingar. Einnig er farið yfir núverandi stöðu umsókna um leyfi, sem og hugsanleg ný verkefni sem nú eru í skoðun í orkufrekum iðnaði.

Fjöldmörg opinber leyfi þarf áður en hægt er að ráðast í framkvæmdir vegna auðlindanýtingar til raforkuframleiðslu hérlandis og framkvæmdaaðili þarf einnig eftir atvikum að fá samþykki viðeigandi stofnana eða sveitarfélaga og uppfylla tiltekin lagafyrirmæli. Eðli máls samkvæmt geta kröfur um leyfi og samþykki verið mismunandi eftir t.d. staðsetningu og tegund virkjunar. Sækja þarf um rannsóknarleyfi og virkjunarleyfi til iðnaðarráðherra og ef um er að ræða vatns- og jarðhitaréttindi, námur og önnur jarðefni innan þjóðlendu þarf einnig leyfi forsætisráðherra til að nýta þau réttindi. Framkvæmdaaðili þarf að útbúa skýrslu um mat á umhverfisáhrifum og Skipulagsstofnun þarf á grundvelli þeirrar skýrslu að gefa rökstutt álit sitt á því hvort skýrslan uppfylli skilyrði laga og reglugerðar um mat á umhverfisáhrifum og hvort umhverfisáhrifum sé lýst á fullnægjandi hátt, en sveitastjórnnum og öðrum leyfisveitendum er ekki heimilt að gefa út leyfi fyrir matsskyldri framkvæmd og starfsemi sem henni fylgir fyrr en álit Skipulagsstofnunar liggur fyrir. Framkvæmdin þarf að vera í samræmi við svæðisskipulag, aðalskipulag og deiliskipulag á svæðinu og sveitarstjórn á viðkomandi svæði þarf á samþykkingu

breytingar á skipulagi ef framkvæmdin er ekki í samræmi við gildandi skipulag. Sveitarstjórnin á svæðinu þarf einnig að gefa út framkvæmdaleyfi og byggingarleyfi fyrir varanlegum mannvirkjum, auk þess sem fá þarf tímabundið starfsleyfi fyrir vinnubúðir og starfsleyfi fyrir virkjun frá heilbrigðisnefnd sveitarfélagsins. Ef fornleifar eru við framkvæmdasvæði þarf leyfi Fornleifaverndar ríkisins og sérlög gilda um verndun Þingvallavatns og vatnasviðs þess, sem nær m.a. til Nesjavalla, Ölfusvatns, Hagavíkur og Úlfjótsvatns. Þá þarf samþykki Landbúnaðarstofnunar vegna töku jarðefna og mannvirkjagerðar í eða við veiðivatn, ef hætta er á að slíkt hafi áhrif á lífríki vatnsins og leyfi Umhverfisstofnunar þarf til framkvæmda þar sem hætta er á að spillt verði friðlýstum náttúruminum.

Frá 2001 til september 2006 voru gefin út sjö virkjunarleyfi fyrir ný eða stækkuð raforkuver með meira en 10 MW afl. Þar var um að ræða leyfi fyrir 120 MW Búðarhálsvirkjun, 690 MW Kárahnjúka-virkjun, 100 MW Reykjanesvirkjun, Norðlingaölduveitu, stækkun Nesjavalla-virkjunar í 120 MW, stækkun Lagarfoss-virkjunar í 30 MW og stækkun Hellisheiðarvirkjunar í 160 MW.<sup>41</sup> Að auki hefur Alþingi veitt iðnaðarráðherra heimild til að veita Rafmagnsveitum ríkisins í félagi með aðilum í Skagafirði leyfi til að reisa og reka allt að 40 MW virkjun við Villinganes í Skagafirði (Villinganesvirkjun), sem og að veita Landsvirkjun leyfi til að reisa og reka allt að 40 MW jarðvarmavirkjun í Bjarnarflagi við Námafjall (Bjarnarflagsvirkjun).<sup>42</sup> Þessar heimildir hafa hins vegar ekki verið nýttar og leyfi til að reisa og reka virkjanir við Villinganes og Bjarnarflag hafa því enn ekki verið gefin út á grundvelli fyrrnefndrar heimildar Alþingis.

Í ágúst 2006 voru í gildi rannsóknarleyfi fyrir jarðhita á fimm svæðum: Hengillssvæði,

41 Heimild: Iðnaðarráðuneyti, 1. september 2006.

42 Sbr. lög nr. 48/1999, um breytingu á lögum um raforkuver, nr. 60/1981.

**Tafla.1.** Útgefin rannsóknarleyfi fyrir jarðhita, ágúst 2006.

Svæði	Leyfishafi	Útg.ár	Gildistími
Hengillssvæði (Hellisheiði,* Ölkelduháls og Hverahlíð)	Orkuveita Reykjavíkur	2001	01.06.2016
Kröflusvæði (Krafla I og Krafla II (vestursvæði))	Landsvirkjun	2002	31.05.2009
Þeistareykir	Þeistareykir ehf.	2004	31.12.2008
Hágöngur/Köldukvísarbotnar	Landsvirkjun	2004	01.08.2008
Trölladyngja	Hitaveita Suðurnesja	2000	01.06.2007

Heimild: Iðnaðarráðuneyti, 1. september 2006.

\*Virðjunarleyfi hefur verið gefið út á Hellisheiði.

Kröflusvæði, Þeistareykjum, Hágöngum og Trölladyngju. Nánari upplýsingar um leyfishafa og gildistíma þessara leyfa er að finna í töflu 1.

Að auki voru alls 21 umsókn um rannsóknarleyfi vegna jarðhita og vatnsafls á 15 svæðum sem biðu afgreiðslu í iðnaðarráðuneyti í ágúst 2006, en þar af voru 12 umsóknir vegna jarðhita og 9 umsóknir vegna vatnsafls. Svæðin sem um er að ræða vegna jarðhita eru Brennisteinsfjöll, Fremri-Námar, Gjástykkí, Grændalur, Kelduhverfi, Kerlingarfjöll, Krýsuvík og Torfajökulssvæði. Vegna vatnsafls er um að ræða Hagavatn, Hólmsá í Skaftártungu, Austari- og Vestari-Jökulsár í Skagafirði, Tungnaá ofan Sigöldustöðvar, Skaftá (efri hluti), Skjálfafljót og Þjórsá neðan Búrfells.<sup>43</sup>

Yfirstandandi rannsóknir á grundvelli áður nefndra rannsóknarleyfa, sem og fjöldi umsókna um ný rannsóknarleyfi eru m.a. tilkomnar vegna þess að gera má ráð fyrir

aukinni eftirspurn eftir jarðvarma og vatnsafl til raforkuframleiðslu hérlendis á næstu árum því a.m.k. þrjú ný verkefni eru nú í skoðun í orkufrekum iðnaði. Þar er um að ræða nýtt 250.000 tonna álver Norðuráls í Helguvík, nýtt 250.000 tonna álver Alcoa við Húsavík og stækkun álvers Alcan í Straumsvík um 280.000 tonn. Undirbúningsvinna vegna þessara framkvæmda hefur staðið yfir í nokkurn tíma, en ekki hafa enn verið teknar endanlegar ákvarðanir um það hvort af þeim verði.<sup>44</sup> Alcan, Alcoa og Norðurál hafið staðið í samningaviðræðum við orkufyrirtæki um raforkukaup vegna þessara framkvæmda og standa þær viðræður enn yfir, en áætlað er að árleg heildarafliþörf vegna þessara þriggja verkefna verði um 1.300 MW.

Gert er ráð fyrir að aflþörf vegna stækkunar álversins í Straumsvík verði um 480 MW á ári og mun orkan koma annars vegar frá jarðvarmavirkjunum Orkuveitu Reykjavíkur á Hellisheiði og hins vegar frá

**43** Ekki þurfti leyfi til rannsókna á vatnsafl til raforkuframleiðslu fyrr en í febrúar 2006 þegar lög nr. 5/2006, um breytingu á lögum nr. 57/1998, um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu, tóku gildi. Rannsóknir á vatnsafl hafa því þegar farið fram víða um land án þess að gefin hafi verið út rannsóknarleyfi og slíkar rannsóknir hafa m.a. verið gerðar í tengslum við mat á umhverfisáhrifum. Fyrirhugaðar virkjanir í Þjórsá neðan Búrfells og við Urriðafoss hafa til að mynda þegar farið í mat á umhverfisáhrifum og Skipulagsstofnun hefur á þeim grundvelli heimilað framkvæmdir þar með skilyrðum. Þeir úrskurðir Skipulagsstofnunar voru á sínum tíma kærðir til umhverfisráðherra sem staðfesti þá, en bætti við nýjum

skilyrðum varðandi þessar framkvæmdir.

**44** Mat á umhverfisáhrifum vegna stækkunar álvers Alcan í Straumsvík hefur þegar farið fram og því matsferli lauk árið 2002 þegar Skipulagsstofnun samþykkti framkvæmdina með skilyrðum. Alcan hefur ekki enn tekið ákvörðun um það hvort af stækkuninni verði og Hafnarfjarðarbær hyggst láta íbúa í bænum greiða atkvæði um það mál. Í maí 2005 undirrituðu fulltrúar Norðuráls, Reykjanesbæjar og Hitaveitu Suðurnesja samkomulag um að kanna möguleika á rekstri álvers í Helguvík og í maí 2006 skrifuðu Alcoa, Húsavíkurbær og ríkisstjórnin undir viljayfirlýsingu um áframhaldandi rannsóknir vegna álvers við Húsavík.



þremur virkjunum sem Landsvirkjun mun reisa í neðri-Þjórsá, við Hvamm, Holt og Urriðafoss.

Aflþörf fyrirhugaðs álvers Alcoa á Bakka við Húsavík verður væntanlega um 400 MW á ári, en gert er ráð fyrir að Landsvirkjun og Þeistareykir hf. útvegi þá orku frá Bjarnarflagi, Þeistareykjum, Gjástykki og vestursvæði Kröflu, auk stækkunar Kröfluvirkjunar. Mat á umhverfisáhrifum liggur fyrir um stækkun Kröfluvirkjunar og virkjun í Bjarnarflagi og hefur Skipulagsstofnun fallist á fyrirhugaðar framkvæmdir, þó að uppfylltum tilteknum skilyrðum í Bjarnarflagi, en rannsóknir standa yfir á Þeistareykjum og vestursvæði Kröflu á grundvelli útgefinna rannsóknarleyfa.

Áætlað er að árleg aflþörf vegna fyrirhugaðs álvers Norðuráls í Helgúvík verði um 420 MW, en gert er ráð fyrir að álverið verði byggt í tveimur áföngum, 2008-2010 og 2014-2015. Norðurál hefur gert viljayfirlýsingu við Hitaveitu Suðurnesja og Orkuveitu Reykjavíkur um að útvega orku í fyrri áfangann, og gert er ráð fyrir að Hitaveita Suðurnesja útvegi allt að 150 MW og Orkuveita Reykjavíkur allt að 100 MW, væntanlega frá jarðhitavirkjunum á Hengilssvæðinu. Hitaveita Suðurnesja og Orkuveita Reykjavíkur munu samkvæmt viljayfirlýsingunni einnig leitast við að útvega allt að 435 MW fyrir seinni áfanga álversins þegar fram líða stundir.

Áætla má að heildarnotkun raforku verði orðin um 29 TWst á ári ef framangreind áform um ný álver í Helgúvík og á Húsavík og stækkun álversins í Straumsvík verða að veruleika.<sup>45</sup> Áætlað hefur verið að heildarorkugeta þeirra innlendu orkulinda

sem hagkvæmt sé að virkja með tilliti til umhverfisáhrifa sé um 50 TWst á ári og því verður búið að virkja tæplega 60% af heildarorkugetu landsins í jarðvarma og vatnsafla ef ráðist verður í þær þrjár stóriðjuframkvæmdir sem nefndar eru hér að framan.<sup>46</sup>

## 6. HUGMYNDIR UM FRAMTÍÐARSTEFNUMÓTUN Í AUÐLINDANÝTINGU

Heildstæð stefna um auðlindanýtingu hefur enn ekki verið mótuð hérlendis en undanfarin ár og áratugi hafa þó verið stigin ákveðin skref í þeirri viðleitni að móta slíka stefnu á þessu mikilvæga sviði. Í þessum kafla er farið yfir helstu áfangana, en þar er um að ræða stefnumörkun stjórnvalda um sjálfbæra þróun, tillögur auðlindanefndar frá árinu 2000 um skilgreiningu auðlinda í þjóðareigu og gjaldtöku fyrir afnot þeirra, gerð rammaáætlunar um nýtingu vatnsafls og jarðvarma og tillögur auðlindanefndar iðnaðarráðherra árið 2006 um mótun verndar- og nýtingaráætlunar.

### 6.1. Stefnumörkun um sjálfbæra þróun á Íslandi

Hugtakið sjálfbær þróun hefur verið áberandi í umræðu um umhverfi og þróun og ekki síst í tengslum við nýtingu og verndun náttúruauðlinda og ákvörðunartöku á því sviði. Á vettvangi Sameinuðu þjóðanna kom árið 1987 út svokölluð Brundtland-skýrsla um sjálfbæra þróun, kennd við formann nefndarinnar sem skýrsluna vann, Gro Harlem Brundtland, fyrrverandi forsætisráðherra Noregs. Samkvæmt skýrslunni er með sjálfbærri þróun átt við að leitast sé

<sup>45</sup> Heildarraforkunotkun hérlendis var um 9 TWst árið 2005 og verður um 16 TWst árið 2008 þegar nýtt álver Alcoa Fjarðaáls hefur tekið til starfa að fullu. Gert er ráð fyrir að stóriðja verði með 78% af heildarnotkun raforku hérlendis árið 2008, sbr. skýrslu iðnaðarráðherra um raforkumálefni 2005, bls. 36-37.

<sup>46</sup> Hér er miðað við mat Porkels Helgasonar orkumálastjóra í greinunum *Eru orkulindir okkar ofmetnar?* og *Orka handa álverum sem finna má á heimasíðu Orkustofnunar*, www.os.is. Orkumálastjóri miðar í útreikningum sínum við að 16

TWst verði nýttar árið 2008, en að auki komi 19 TWst frá virkjunarkostum í umhverfisflokki a-c í 1. áfanga rammaáætlunar um nýtingu vatnsafls og jarðvarma og um 14 TWst frá þeim virkjunarkostum sem nú eru til umfjöllunar í 2. áfanga rammaáætlunarinnar, að því gefnu að þeir kostir raðist hlutfallslega á sama hátt í umhverfisflokka a-c og kostirnir í 1. áfanga. Þá eru ótaldir þeir virkjunarkostir sem taldir eru hafa í för með sér umtalsverð umhverfisáhrif og eru í umhverfisflokki e-d í rammaáætlun, sem og þeir kostir sem ekki hafa verið teknir fyrir í rammaáætluninni.

við að mæta þörfum samtímans án þess að draga úr möguleikum komandi kynslóða til þess að mæta þörfum sínum. Nálgunin er mjög yfirgripsmikil og ekki einungis litið til umhverfislegra þátta heldur er um að ræða þriggja þátta nálgun þar sem einnig er tekið mið af efnahagslegum og þjóðfélagslegum þáttum.<sup>47</sup>

Fyrsta heildstæða stefnumótun íslenskra stjórnvalda í umhverfismálum var gerð árið 1993 og bar heitið „Á leið til sjálfbærrar þróunar“. Sú stefnumótun tók m.a. mið af samþykktum ráðstefnu Sameinuðu þjóðanna um umhverfi og þróun sem haldin var í Rio de Janeiro árið 1992. Í kjölfarið var gerð sérstök framkvæmdaáætlun undir yfirskriftinni „Sjálfbær þróun í íslensku samfélagi“ sem var lögð fyrir umhverfisþing árið 1996 og samþykkt í ríkisstjórn árið 1997. Áætlunin hefur að geyma fjölda ákvæða um skref í átt til sjálfbærrar þróunar á Íslandi og víðtæk samstaða náðist um þessi ákvæði. Mikil vinna var lögð í gerð áætlunarinnar og komu fjölmargir einstaklingar, stofnanir og samtök að þeirri vinnu, sem fólst m.a. í því að þessir aðilar kynntu sér samþykktir Ríð-ráðstefnunnar og hugmyndafræði sjálfbærrar þróunar og reyndu síðan að heimfæra þá hugmyndafræði upp á íslenskar aðstæður. Í áætluninni er fjallað sérstaklega um nýtingu vatnsafls og jarðvarma og lagt til að iðnaðarráðherra skuli í samráði við umhverfisráðherra láta gera rammaáætlun til langs tíma um nýtingu vatnsafls og jarðvarma. Fram kom að markmið rammaáætlunarinnar ætti að vera að leggja mat á og flokka virkjunarkosti, jafnt í vatnsaflni sem háhita, m.a. með tilliti til orkugetu, hagkvæmni og annars þjóðhagslegs gildis, samhliða því að skilgreina, meta og flokka áhrif þeirra á náttúruvar, náttúru- og menningarmínjar sem og á hagsmuni allra

þeirra sem nýta þessi sömu gæði. Fjallað er um rammaáætlunina síðar í þessari grein.

Meginmarkmiðið með gerð framkvæmdaáætlunarinnar var að innleiða sjónarmið sjálfbærrar þróunar við ákvarðanatöku og atvinnulíf Íslendinga og í skýrslu um mat á stöðu framkvæmdaáætlunarinnar sem út kom árið 1999 segir að mjög hafi þokast í rétta átt í því máli og segja megi að „bylting hafi orðið hvað þetta varðar á síðustu árum, bæði í stjórnsýslu og atvinnulífinu, þar sem stofnanir, fyrirtæki og félagasamtök hafa mörg hver sett sér umhverfisstefnu og komið sér upp þekkingu á sviði umhverfismála.“<sup>48</sup> Ný stefnumörkun stjórnvalda um sjálfbæra þróun var sett fram árið 2002 í skýrslunni „Velferð til framtíðar. Sjálfbær þróun í íslensku samfélagi. Stefnumörkun til 2020“. Í skýrslunni eru sett markmið til lengri tíma og skilgreind forgangsverkefni til skemmri tíma, auk þess sem leitast er við að skilgreina og þróa mælikvarða á árangur.<sup>49</sup> Stefnumörkuninni er ætlað að auðvelda stjórnvöldum og öðrum að forgangsraða verkefnum og meta árangur í að efla umhverfisvernd og lífsgæði, en í inngangskafli skýrslunnar segir að með hugtakinu velferð í heiti hennar sé ekki eingöngu átt við efnahagsleg gæði heldur sé þar verið að höfða til víðtækari skilgreiningar á lífsgæðum. Bent er á það að kröfur um lífsgæði hafi tekið breytingum og að almenningur horfi nú til fleiri þátta en hagvaxtar þegar markmiðum er forgangsraðað. „Krafan um gæði á borð við heilnæmt umhverfi, örugg matvæli og aðgang að svæðum til útivistar, s.s. skjólgóðum skógum eða óbyggðum víðernum þar sem hægt er að njóta kyrrðar, er að fá sambærilegt vægi við kröfur um efnahagsleg gæði. Samfara þessu er einnig aukin áhersla á ýmis félagsleg gæði, svo sem jafnrétti, samfélagsþjónusta og menningarlega fjölbreytni. Þessi

47 Aðalheiður Jóhannsdóttir (2004). „Er sjálfbær þróun lagalegt hugtak?“ Í Rannsóknir í félagsvísindum V, bls. 17.

48 Umhverfisráðuneyti (1999). Sjálfbær þróun í íslensku samfélagi: Mat á stöðu framkvæmdaáætlunar.

49 Sbr. Sjálfbær þróun í íslensku samfélagi. Framkvæmdaáætlun til aldamóta og Velferð til framtíðar. Sjálfbær þróun í íslensku samfélagi. Stefnumörkun til 2020.



viðhorfsbreyting kallar á nýja nálgun og má segja að sjálfbær þróun sé svar við kröfunni um viðari skilgreiningu á því hvað felist í lífsgæðum og almennri velferð.<sup>50</sup>

Í stefnumörkuninni er fjallað um sautján markmið sem tengjast ákveðnum umhverfisþáttum, nýtingu náttúruauðlinda og aðlögun atvinnuvega og starfsemi að sjálfbærri þróun. Þessum markmiðum er skipt í fjóra flokka sem snúa að heilnæmu og öruggu umhverfi, verndun náttúru Íslands, sjálfbærri nýtingu auðlinda og hnattrænum viðfangsefnum.

Hvað varðar verndun náttúru Íslands þá eru í „Velferð til framtíðar“ sett tvö markmið um viðerni, annars vegar að tryggt verði að stór samfelld viðerni verði áfram að finna í óbyggðum Íslands og hins vegar að reynt verði að byggja mannvirki utan skilgreindra viðerna en þar sem slíkt er ekki mögulegt verði þess gætt að þau valdi sem minnstu raski og sjónmengun.<sup>51</sup> Árið 2005 töldust 38.900 km<sup>2</sup> landsins til viðerna eða um 38% af heildarflatarmáli Íslands, en til samanburðar þá töldust 39.900 km<sup>2</sup> landsins til viðerna árið 2002. Friðlýsingar svæða gegna mikilvægu hlutverki varðandi verndun náttúrunnar, en með friðlýsingu eru afmörkuð þau svæði sem talið er mikilvægt að varðveita vegna landslags, lífríkis eða sérstæðra jarðmyndana, og þeim hlíft til frambúðar. Mismunandi reglur gilda um friðlýst svæði og þær reglur taka m.a. mið af markmiðum friðlýsingar, eðli svæðisins og samkomulagi við hagsmunaaðila. Friðlýstum svæðum á Íslandi hefur farið fjölgandi síðastliðin ár; þau voru um 80 talsins árið 1997, en hafði fjölgað upp í rúmlega 90 árið 2005. Heildarflatarmál friðlýstra svæða hefur aukist í samræmi við þessa fjölgun því í byrjun áttunda áratugarins náðu friðlýst svæði

hérlandis yfir um 533 km<sup>2</sup>, en árið 2005 var heildarflatarmál friðlýstra svæða komið upp í rúmlega 11.000 km<sup>2</sup> eða um 11% af heildarflatarmáli landsins.<sup>52</sup> Ljóst er að friðlýstum svæðum mun fjölga enn frekar á næstu árum og þau verða væntanlega rúmlega 100 talsins árið 2008 því nú er unnið að friðlýsingu fjórtán nýrra svæða í samræmi við náttúruverndaráætlun 2004-2008.

Varðandi nýtingu endurnýjanlegra orkugjafa þá eru í „Velferð til framtíðar“ sett fram eftirfarandi fjögur markmið: Að endurnýjanlegar orkulindir landsins verði nýttar með hagkvæmni- og umhverfissjónarmið að leiðarljósi; að hlutfall endurnýjanlegra orkugjafa í orkunotkun þjóðarinnar verði aukið og að því stefnt að notkun jarðefnaeldsneytis verði óveruleg innan fárra áratuga, stefnt verði að því að farartæki nýti orku sem framleidd er með endurnýjanlegum orkugjöfum eins fljótt og kostur er og hagkvæmt þykir, að skipulag raforku- og hitaveitumála verði með þeim hætti að skilvirkni, öryggi og heildarhagkvæmni þess verði sem best tryggð og að stuðlað verði að aukinni orkunýtni. Tölfræðilega séð er auðveldast að meta árangurinn hvað varðar markmiðin um aukið hlutfall innlendar endurnýjanlegrar orkunotkunar og minnkandi notkun jarðefnaeldsneytis. Frá árinu 1990 hefur notkun olíu dregist saman um 7% og var 25% af heildarorkunotkun hérlandis árið 2003, en sú notkun er fyrst og fremst vegna samgangna og fiskveiða. Á sama tíma hefur hlutfall innlendar endurnýjanlegrar orkunotkunar aukist úr 65% í 72% sem skýr-ist af aukinni notkun jarðhita og vatnsafls, en árið 2003 var notkun jarðhita um 54% af heildarorkunotkun hérlandis og notkun

**50** Umhverfisráðuneyti (2002). Velferð til framtíðar. Sjálfbær þróun í íslensku samfélagi. Stefnumörkun til 2020, bls. 9.

**51** Í lögum um náttúruvernd, nr. 44/1999, er ósnortid viðerni skilgreint sem landsvæði „sem er a.m.k. 25 km<sup>2</sup> að stærð eða þannig að hægt sé að njóta þar einveru og náttúrunnar án truflunar af mannvirkjum eða umferð vélknúinna farartækja á jörðu, er í a.m.k. 5 km fjarlægð frá mannvirkjum og óðrum tæknilegum ummerkjum, svo sem raflinum, orkuverum,

miðlunarlönnum og þjóðvegum, og þar sem ekki gætir beinna ummerkja mannsins og náttúran fær að þróast án álags af mannlegum umsvifum.“

**52** Umhverfisráðuneyti (1997), kafli 2.5 og (2005), bls. 32.

**53** Umhverfisráðuneyti (2005). Velferð til framtíðar. Sjálfbær þróun í íslensku samfélagi. Tölulegar vísbendingar 2005, bls. 49-51.

vatnsafls um 18%.<sup>53</sup> Varðandi orkusparnað þá hefur Orkustofnun, í samráði við Samorku og með styrk frá Evrópusambandinu, sett á laggirnar sérstakt Orkusetur, en starfsemi þess mun beinast að almennri orkunýtni og ekki síður að stuðla að orkusparnaði heimila og á sem flestum sviðum þjóðlífsins. Þá er, eins og nánar er fjallað um síðar í greininni, í gangi vinna við gerð rammaáætlunar um nýtingu vatnsafls og jarðvarma þar sem virkjunarkostir eru metnir út frá hagkvæmnis- og umhverfissjónarmiðum. Það virðist því sem þróunin á þessum sviðum hafi að mörgu leyti verið í samræmi við það sem að var stefnt með framangreindum markmiðum.

## 6.2. Tillögur auðlindanefndar frá árinu 2000

Alþingi samþykkti árið 1998 þingsályktun um að kosin yrði níu manna auðlindanefnd sem hefði það hlutverk „að fjalla um auðlindir sem eru eða kunna að verða þjóðareign, m.a. öll verðmæti í sjó og á hafsbotni innan efnahagslögsögu, svo og í almenningum, afréttum og öðrum óbyggðum löndum utan heimalanda, námur í jörð, orku í rennandi vatni og jarðhita.“<sup>54</sup> Í ályktuninni segir að nefndin skuli skilgreina þessar auðlindir á skýran hátt og hvernig farið skuli með þær, auk þess að kanna hvernig staðið skuli að gjaldtöku fyrir afnot af auðlindum í sameign þjóðarinnar, með hliðsjón af þeim gjöldum sem fyrir væru. Jafnframt átti nefndin að kanna möguleika á að nota auðlindagjald til að tryggja að afrakstur sameiginlegra auðlinda skilaði sér á réttmætan hátt til þeirra sem hagsmuna hefðu að gæta, en fram kom í ályktuninni að um yrði að ræða hóflegt gjald sem varið yrði til að standa undir rannsóknum og til að stuðla að vernd og sjálfbærri nýtingu auðlindanna og réttlátri

skiptingu afrakstursins, m.a. til að styrkja byggð í landinu.<sup>55</sup>

Auðlindanefndin skilaði niðurstöðum sínum í september árið 2000. Þar kom fram að nefndin teldi brýnt að mótuð yrði samræmd stefna og stjórn á nýtingu náttúruauðlinda á Íslandi sem myndi skapa heilsteypnan lagaramma um hlutverk og ábyrgð ríkisins á ráðstöfun og nýtingu náttúruauðlinda. Nefndin mælti einnig með því að reynt yrði eftir föngum að beita hagrænum stjórnækjum á grundvelli vel skilgreinds eignar- eða afnotaréttar þar sem því yrði við komið ásamt leiðréttandi sköttum og uppbótum þar sem það ætti við.

Auðlindanefndin benti á að mismunandi lagaákvæði giltu um þær náttúruauðlindir sem nú væru taldar í þjóðareign, en það væru nytjastofnar á Íslandsmiðum, auðlindir á eða undir hafsbotninum utan netlaga og náttúruauðlindir í þjóðlendum. Nefndin lagði því til að eignarréttarleg staða þessara auðlinda yrði samræmd með þeim hætti að tekið yrði upp nýtt ákvæði í stjórnarskrá þar sem þessar náttúruauðlindir yrðu lýstar þjóðareign eftir því sem nánar væri ákveðið í lögum. Nefndin taldi að veita mætti einstaklingum og lögáðilum heimild til afnota af þessum náttúruauðlindum gegn gjaldi að því tilskyldu að afnotaheimildin væri tímabundin eða að henni mætti breyta með hæfilegum fyrirvara eftir því sem nánar væri ákveðið í lögum, en slík afnotaheimild myndi njóta verndar sem óbein eignarréttindi. Með þessu móti væri bæði stefnt að því að sömu reglur giltu um allar náttúruauðlindir sem lýstar væru þjóðareign á hverjum tíma og að hægt væri að veita notendum þeirra tryggan og lögvarinn afnotarétt.

Auðlindanefndin fjallaði ítarlega um gjaldtöku af nýtingu náttúruauðlinda og taldi

<sup>54</sup> Þingsályktun um skipan opinberrar nefndar um auðlindagjald. Samþykkt á Alþingi 2. júní 1998, sjá: <http://www.althingi.is/altext/122/s/1504.html>

<sup>55</sup> Samkvæmt kosningu Alþingis áttu sæti í nefndinni Jóhannes Nordal, fyrrv. seðlabankastjóri, sem nefndin kaus sem formann, Ari Edwald, framkvæmdastjóri Samtaka

atvinnulífsins, Eiríkur Tómasson, prófessor, Guðjón Hjörleifsson, bæjarstjóri í Vestmannaeyjum, Lúðvík Bergvinsson, alþingismaður, Margrét Frimannsdóttir, alþingismaður, Ragnar Árnason, prófessor, Styrmir Gunnarsson, ritstjóri og Svanfríður Jónasdóttir, alþingismaður. Starfsheimum er haldið eins og þau voru við skipun í nefndina.

slíka gjaldtöku styðjast við þrenns konar rök. Í fyrsta lagi byggðist gjaldtakan á því að standa undir þeim kostnaði sem hið opinbera hefði af rannsóknum á og eftirliti með nýtingu auðlindanna, en auðlindanefndin benti á að mikill kostnaður legðist á ríkið vegna vöktunar íslenskra náttúruauðlinda, stjórnunar og rannsókna, en aðeins hluti þess kostnaðar væri greiddur af viðkomandi atvinnugreinum. Nefndin taldi að bæta mætti úr þessu með því að allir sem nýttu náttúruauðlindir í arðbærum rekstri myndu endurgreiða ríkinu slíkan kostnað að fullu og skipti þá ekki máli hvort um væri að ræða náttúruauðlindir í eign einstaklinga, lögaðila eða þjóðarinnar. Í öðru lagi væri gjaldtöku ætlað að tryggja þjóðinni sýnilega hlutdeild í þeim umframardi (auðlindarentu) sem nýting auðlinda í þjóðareign skapaði og í þriðja lagi væri um að ræða leiðréttandi skatta og uppbætur (svokallaða græna skatta) til að tryggja hagkvæma nýtingu auðlindanna.

Auðlindanefndin taldi að í framtíðinni bæri að selja nýtingarréttindi á vatnsafla sem væri í þjóðareign á uppboði til að tryggja að þjóðin myndi njóta eðlilegrar hlutdeildar í þeim umframardi sem nýting vatnsafls í þjóðareignu skapaði. Hið sama ætti við um námuréttindi og nýtingarréttindi á jarðhita á þjóðlendum eða jarðeignum ríkisins, sem og um auðlindir á eða undir hafsbotni. Uppbóðsleiðina væri þó eingöngu hægt að nýta ef markaðsadstæður leyfðu og samkeppni væri til staðar, en annars ætti að semja um nýtingu á grundvelli áætlaðrar auðlindarentu.<sup>56</sup>

### 6.3. Rammaáætlun um nýtingu vatnsafls og jarðvarma

Árið 1999 skipaði iðnaðarráðherra í samráði við umhverfisráðherra sérstaka verkefnisstjórn til að vinna að gerð rammaáætlunar um nýtingu vatnsafls og jarðvarma, í samræmi við fyrrnefnda framkvæmdaáætlun um sjálfbæra þróun í íslensku samfélagi frá árinu 1997.<sup>57</sup> Hlutverk verkefnisstjórnar var að hafa með höndum heildarstjórn við mótnun áætlunarinnar og skipulag við framkvæmd hennar, sem og að hafa umsjón með hinni faglegu vinnu.

Markmiðið með gerð rammaáætlunarinnar er að samþætta sjónarmið verndar og nýtingar og skapa betri sátt um val og undirbúning virkjunarkosta með því „að leggja mat á og flokka virkjunarkosti til raforkuframleiðslu, jafnt vatnsafls og háhita, með tilliti til orkugetu, hagkvæmni og annars þjóðhagslegs gildis, samhliða því að skilgreina, meta og flokka áhrif þeirra á náttúruferla, náttúru- og menningaminjar svo og á hagsmuni allra þeirra sem nýta þessi sömu gæði.“<sup>58</sup>

Við gerð rammaáætlunar var lögð áhersla á að það ætti að vera hlutverk fagstofnana að veita verkefnisstjórninni faglegan bakgrunn og standa fyrir rannsóknum vegna verkefnisins eftir því sem við ætti. Þar var einkum átt við Orkustofnun á sviði orkumála og Náttúrufræðistofnun Íslands og Umhverfisstofnun í málum sem vörðuðu náttúruferla og mat á verndargildi.

Fagleg vinna var unnin í fjórum faghópum, sem skipaðir voru sérfræðingum á viðkomandi sviðum. Faghópur I fjallaði um náttúru- og minjavernd, faghópur II um útivist og hlunnindi, faghópur III um þjóðhagsmál, atvinnulíf og byggðapróun og

**56** Umfjöllunin í þessum kafla byggist á álitserð auðlindanefndar frá árinu 2000.

**57** Tillaga að gerð rammaáætlunar var sett fram árið 1995 af starfshópi sem umhverfisráðherra skipaði í samræmi við þá stefnumörkun sem sett var fram árið 1993 í skýrslunni „Á leið til sjálfbærrar þróunar“. Þess ber að geta að byrjað var að huga að verndun vatnsfalla og jarðhitasvæða mun fyrr og árið 1989 samþykkti Alþingi t.d. þingsályktun um að fela

ríkisstjórninni að láta undirbúa á vegum Náttúruverndarráðs í samráði við orkumálafyrirvöld áætlun um verndun vatnsfalla og jarðhitasvæða, fossa og hvera. Samkvæmt þingsályktuninni átti að leggja drög að slíkri áætlun fyrir Alþingi til kynningar fyrir árslok 1990 og áætlunina fullbúna til staðfestingar síðar, en af því hefur ekki enn orðið.

**58** Verkefnisstjórn um gerð rammaáætlunar um nýtingu vatnsafls og jarðvarma (2003), bls. iii.

faghópur IV fjallaði um nýtingu orkulinda. Faghóparnir fjórir fóru yfir virkjunarkosti út frá sínu sjónarhorni, mátu virkjunarkosti með stigagjöf og gerðu í framhaldi af því tillögur til verkefnisstjórnarinnar.<sup>59</sup>

Að auki var settur upp sérstakur samráðs- og ráðgjafavettvangur og efnt var til almennra funda og funda með hópum hagsmunaaðila, enda þótti mikilvægt að rammaáætlunin nyti trausts í samfélaginu. Jafnframt var opnuð heimasíða fyrir verkefnið til að almenningur gæti fylgst með framvindu þess og komið sjónarmiðum sínum á framfæri. Landvernd hafði umsjón með þessum samráðsvettvangi að ósk verkefnisstjórnarinnar, en með því var verið að tryggja hæfilegan aðskilnað samráðsvettvangsins frá verkefnisstjórninni.

Í nóvember 2003 lauk 1. áfanga rammaáætlunarinnar með skýrslu verkefnisstjórnar um niðurstöður áfangans. Alls

voru teknir fyrir 19 vatnsorkukostir og 24 jarðhitakostir í þessum áfanga, en af þessum 43 virkjunarkostum voru átta sem þegar höfðu verið heimilaðir af Alþingi. Sérstök áhersla var lögð á það að ljúka mati á stærstu vatnsaflskostunum, en þeir eru flestir í jökulám og byggjast einnig flestir á miðlunarlónum á hálendinu. Hvað varðar jarðhita þá var lögð áhersla á jarðhitakosti nærri byggð, auk Torfajökulssvæðisins, en þar hafði Orkustofnun nýlega lokið umfangsmikilli forathugun á mögulegum vinnslusvæðum.

Niðurstöður 1. áfanga rammaáætlunar um nýtingu vatnsafls og jarðvarma eru sýndar í töflu 2. Niðurstöðurnar sem sýndar eru í töflunni koma fram í röðun einstakra virkjunarkosta eftir umhverfisáhrifum, með tilliti til hagkvæmni og arðsemi þeirra kosta.<sup>60</sup>

**59** Ítarlega er fjallað um aðferðafræði við mat á virkjunarkostum í skýrslu verkefnisstjórnar rammaáætlunar (2003), bls. 25-34.

**60** Þeir virkjunarkostir sem þegar höfðu verið heimilaðir af Alþingi á þessum tíma eru ekki með í töflunni, en þar er um að ræða Svartsengi, Nesjavelli, Búðarhálsvirkjun, Villinganesvirkjun, Fljótsdalsvirkjun, Norðlingaölduveitu og

Kárahnjúkavirkjun. Hætt hefur verið Fljótsdalsvirkjun og óvist er hvort af framkvæmdum verði við Norðlingaölduveitu og Villinganesvirkjun þar sem sveitastjórnir á viðkomandi svæðum hafa enn ekki gefið leyfi sitt fyrir þeim framkvæmdum.

**Tafla.2.** Niðurstöður 1. áfanga rammaáætlunar um nýtingu vatnsafls og jarðvarma, raðað eftir umhverfisáhrifum, með tilliti til hagkvæmni og arðsemi.

Nafn virkjunarstaðar	Flokkun UHA*	Orkugeta (GWst/ár)	Samánlægð ný orkugeta (GWst/ár)
<b>Umhverfisflokkur a</b>			
Núpsvirkjun	abc	1001	1001
Hágöngusvæði	acc	840	1841
Hellisheiði	acc	840	2681
Sandfell (Krýsuvík)	acc	840	3521
Þverárdalur	acc	840	4361
Ölkelduháls	acc	840	5201
Bjarnarflag	acc	560	5761
Krafla – Vestursvæði	acc	840	6601
Austurengjar (Krýsuvík)	acc	840	7441
Seltún (Krýsuvík)	acc	840	8281
Reykjanes	acc	840	9121
Innstidalur	acc	840	9961
Trölladyngja (Krýsuvík)	acc	840	10801
Hólmsárvirkjun	adc	438	11239
<b>Umhverfisflokkur b</b>			
Skaftárveita	bba	450	11689
Skaftárvirkjun	bbb	904	12593
Krafla – Leirhnjúkur	bcc	840	13433
Urriðafossvirkjun	bcc	920	14353
Brennisteinsfjöll	bcc	840	15193
Þeistareykir	bcc	840	16033
Hrafnabjargarvirkjun	bcc	575	16608
Fljótshnjúksvirkjun	bee	405	17013
<b>Umhverfisflokkur c</b>			
Grændalur	ccc	840	17853
Skatastaðavirkjun a	cdd	1046	18899
<b>Umhverfisflokkur d</b>			
Háuhverir	dcc	840	19739
Brennisteinsalda	dcc	840	20579
Reykjadalir (Kaldaklof)	dcc	840	21419
Reykjadalir austari	dcc	840	22259
Reykjadalir vestari	dcc	840	23099
<b>Umhverfisflokkur e</b>			
Jökulsá á Fjöllum	eab	4000	27099
Markarfljótsvirkjun	edd	735	27834

Heimild: Verkefnisstjórn um gerð rammaáætlunar um nýtingu vatnsafls og jarðvarma (2003), bls. 65.

\*UHA: U táknar flokk umhverfisáhrifa, H stendur fyrir flokk heildarhagnaðar og A fyrir flokk arðsemi.

Eins og sjá má í töflu 2 er virkjunarkostunum skipt í fimm flokka. Efst í töflunni, í umhverfisflokki a, eru þær virkjunarhugmyndir sem minnst umhverfisáhrif hafa, en þar á eftir koma þær virkjunarhugmyndir sem næstmínst umhverfisáhrif hafa (flokkur b). Í flokki d eru þær virkjunarhugmyndir sem hafa næst mest umhverfisáhrif og neðst í töflunni í flokki e eru þær virkjunarhugmyndir sem hafa mest umhverfisáhrif. Röðunin innan hvers flokks tekur síðan mið af umhverfisflokkinum, með tilliti til heildarhagnaðar og arðsemi viðkomandi virkjunarkosta.

Í umhverfisflokki a eru eins og fyrr segir þeir virkjunarkostir sem taldir eru hafa minnst umhverfisáhrif í för með sér. Núpsvirkjun kemur best út af nýjum virkjunarkostum í þessum flokki, en þar á eftir koma nýjar jarðvarmavirkjanir og fá þær allar sömu flokkun (acc) þar sem frekari gögn um hugsanlega arðsemi og heildarhagnað skortir. Þessum nýju jarðvarmavirkjunum er því raðað út frá vaxandi umhverfisáhrifum innan umhverfisflokks a, en vegna nálægðar við byggð gætu þær allar nema Hágöngusvæði reynst hagkvæmari ef markaður væri til staðar fyrir nýtingu varma þeirra til annarra nota en raforkuframleiðslu. Einnig er talið að virkjanir á Helliðshéið, Reykjanesi og í Bjarnarflagi geti haft jákvæð áhrif á ferðaþjónustu og virkjanir í Kröflu og Bjarnarflagi gætu haft jákvæð áhrif á atvinnusköpun í nálægri byggð. Hólmsárvirkjun og Núpsvirkjun fá sömu umhverfiseinkunn, en vegna smæðar fær Hólmsárvirkjun lægri einkunn en Núpsvirkjun fyrir heildarhagnað og lendir því neðar í töflunni.

Í umhverfisflokki b eru Skaftárveita og Skaftárvirkjun efstar að teknu tilliti til heildarhagnaðar og arðsemi, en jarðvarmavirkjanirnar í þessum flokki gætu hugsanlega reynst arðsamari en taflan sýnir ef markaður væri til staðar fyrir nýtingu varma þeirra. Fljótshnjúksvirkjun fær hins vegar

lægstu einkunn í þessum flokki fyrir arðsemi og heildarhagnað. Bent er á það að þrátt fyrir lága meðaltölu umhverfisáhrifa séu mikilvæg umhverfisverðmæti meðal virkjanakosta í þessum hópi og á það m.a. við um landslag og víðerni við Skaftárveitu (Langasjó). Einnig er bent á að Brennisteinsfjöll fá næsthæstu einkunn jarðhitasvæða fyrir landslag og að Skaftárveita gæti haft áhrif á vatnsmagn Skaftár, sem og viðkvæma náttúru á vatnasvæði hennar. Þá gæti virkjun á Kröflusvæði við Leirhnjúk haft neikvæð áhrif á ferðaþjónustu á svæðinu.

Í umhverfisflokki c eru tveir virkjunarkostir; Grændalur og Skatastaðavirkjun. Grændalur fær hæsta einkunn af jarðhitasvæðum fyrir jarðminjar og vatnafar, sem og fyrir vistgerðir, auk þess sem svæðið þykir liggja vel við til náttúruskoðunar. Verkefnisstjórnin bendir því á að Grændalur kæmi einna fyrst til greina ef varðveita ætti eitthvert jarðhitasvæðanna á Hengilssvæðinu ósnortið. Skatastaðavirkjun er talin geta haft jákvæð áhrif á ferðaþjónustu og nýting orku hennar gæti styrkt byggð í nágrenni hennar, en hún fær hins vegar lakari útkomu hvað varðar heildarhagnað og arðsemi en virkjun jarðhita í Grændal. Í umhverfisflokki d eru þær virkjunarhugmyndir sem hafa næstmest umhverfisáhrif, en þar er um að ræða fimm nýja virkjunarstaði á Torfajökullssvæðinu. Í umhverfisflokki e eru loks þær nýju virkjunarhugmyndir sem mest umhverfisáhrif hafa, en það eru virkjun Jökulsár á Fjöllum og Markarfljótsvirkjun.

Hafa verður í huga að ekki var unnt að veða alla þætti saman við röðun virkjunarkosta þar sem ekki voru til gögn til að gera upp á milli hagkvæmni einstakra jarðhitavirkjana og því er flokkun þeirra fyrst og fremst byggð á mati á annmörkum viðkomandi virkjunar. Ljóst er að með þeirri miklu vinnu sem unnin hefur verið í tengslum við gerð rammaáætlunarinnar hefur myndast mikilvægt gagnasafn um rannsóknir og náttúru-farsaðstæður virkjunarkosta sem koma



mun að miklu gagni við ákvarðanatöku um nýtingu eða verndun þessara kosta, sem og þegar hugað verður að frekari rannsóknum. Niðurstöður 1. áfanga rammaáætlunar gefa mikilvægar vísbendingar um umhverfisáhrif mismunandi virkjunarkosta, sem og um fjárhagslega hagkvæmni þeirra og fram kemur í skýrslu verkefnisstjórnar að líta megi á niðurstöður 1. áfangans sem grunn fyrir mat á frumáætlunum virkjana, með hliðsjón af nýtingar- og verndunarsjónarmiðum.<sup>61</sup>

Vinna við 2. áfanga rammaáætlunar hófst árið 2004 og var ný þriggja manna verkefnisstjórn skipuð í september 2004. Í skipunarbréfi hennar kemur fram að leggja skuli áherslu á að undirbúa fleiri virkjunarkosti til mats og bæta gögn um ýmsa kosti sem teknir voru fyrir í fyrsta áfanga eða endurskoðaða tilhögun mats. Þá á einnig að kanna sérstaklega áhrif smárra virkjana. Verkefnisstjórnin mun styðjast við fagstofnanir ráðuneytanna um áætlanir og framkvæmd verkefna, auk þess sem hún hefur sett á stofn tvo vinnuhópa sér til aðstoðar, annan til ráðgjafar um jarðhitaverkefni og hinn um þróun viðmiða fyrir mat á landslagi. Stefnt er að því að ljúka 2. áfanga árið 2009, en skila á sérstakri framvinduskýrslu í ársbyrjun 2007 þar sem m.a. verður að finna tillögur um matsaðferðir og matshópa, auk lista yfir þá virkjunarkosti sem teknir verða til mats.<sup>62</sup>

#### 6.4. Tillögur auðlindanefndar frá haustinu 2006

Í apríl 2006 skipaði iðnaðarráðherra

sérstaka nefnd sem m.a. var ætlað að marka framtíðarstefnu um nýtingu þeirra auðlinda sem lög nr. 57/1998, um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu ná til. Nefndin var skipuð á grundvelli ákvæðis til bráðabirgða í lögum nr. 5/2006, um breytingu á lögum nr. 57/1998, um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu, sem Alþingi samþykkti í febrúar 2006.<sup>63</sup>

Nefndin skilaði tillögum sínum til iðnaðarráðherra í byrjun október 2006 og þar er í samræmi við fyrrnefnt bráðabirgða-ákvæði m.a. að finna tillögur um framtíðarstefnu um nýtingu þeirra auðlinda sem lög nr. 57/1998 ná til.<sup>64</sup>

Í skýrslu nefndarinnar kemur fram að nefndin telji mikilvægt að auðlindir í jörðu og vatnsafl verði nýtt á skynsamlegan og hagkvæman hátt í þágu þjóðarinnar en jafnframt og samhliða verði gætt ytrustu krafna af umhverfisréttarlegum toga og þeirra viðurkenndu meginmarkmiða að stuðla skuli að sjálfbærri nýtingu, þar sem meginreglur umhverfisréttar verði hafðar að leiðarljósi. Með hliðsjón af framangreindu telur nefndin nauðsynlegt að breið sátt náist um skynsamlega nýtingu og verndun náttúruauðlinda hérlendis.

Nefndin leggur því til að Alþingi samþykki ekki síðar en árið 2010 lög eða þingsályktun um sérstaka verndar- og nýtingaráætlun fyrir auðlindir í jörðu og vatnsafl til raforkuframleiðslu til t.d. 25 ára í senn. Gert er ráð fyrir að þar séu tilgreindir kostir varðandi nýtingu auðlinda í jörðu og vatnsafls til raforkuframleiðslu

**61** Umfjöllunin um rammaáætlunina byggist á skýrslu verkefnisstjórnar um gerð rammaáætlunar um nýtingu vatnsafls og jarðvarma (2003) og upplýsingum frá Hákonu Aðalsteinsdóttur, Orkustofnun.

**62** Sbr. upplýsingar á heimasíðu Orkustofnunar á vefslóðinni: <http://www.os.is/Apps/WebObjects/Orkustofnun.woa/wa/dp?id=2767>.

**63** Í nefndina voru skipaðir eftirtaldir aðilar: Karl Axelsson, formaður, tilnefndur af iðnaðarráðherra; Agnar Olsen, tilnefndur af Samorku; Albert Albertsson, tilnefndur af Samorku; Arnbjörg Sveinsdóttir tilnefnd af þingflokki Sjálfstæðisflokksins; Birgir Jón Jónsson, tilnefndur af þingflokki Framsóknarflokksins; Hjörleifur B. Kvaran, tilnefndur af Samorku; Ingileif Steinunn Kristjánsdóttir,

tilnefnd af þingflokki Frjálslynda flokksins; Jóhann Ársælsson, tilnefndur af þingflokki Samfylkingarinnar; Kolbrún Halldórsdóttir, tilnefnd af þingflokki Vinstrireyfingarinnar – græns framboðs og Sigfús Ingi Sigfússon, tilnefndur af iðnaðarráðherra.

**64** Nefndinni skilaði einnig tillögum um það með hvaða hætti valið verði milli umsókna um rannsóknar- og nýtingarleyfi á grundvelli laganna, sem og með hvaða hætti taka beri afstöðu til þegar fram kominna umsókna skv. lögum nr. 57/1998 og þeirra umsókna sem fram kunna að koma til þess tímamarks þegar löggjöf hefur verið sett um þá framtíðarstefnu um verndun og nýtingu sem lögð er til af nefndinni en ekki verður fjallað um þær tillögur í þessari grein.

hótelendis næstu áratugi. Gert er ráð fyrir að í nýtingarhluta áætlunarinnar verði skilgreind og talin upp þau svæði og/eða auðlindir sem teljast nýtileg til orkuframleiðslu án umtalsverðra umhverfisáhrifa, t.d. þau svæði sem eru í tilteknum umhverfisflokkum í rammaáætluninni. Hægt verði að fara í leyfisveitingaferli á þessum svæðum án frekari umfjöllunar, en það er hins vegar ekki trygging fyrir því að önnur leyfi fái, því að eftir sem áður verður að fá öll önnur tilskilin og lögbundin leyfi eftir því sem við á, þar með talin rannsóknar- og nýtingarleyfi samkvæmt auðlindalögum og virkjunarleyfi samkvæmt raforkulögum. Í verndarhluta áætlunarinnar er gert ráð fyrir að skilgreind verði og talin upp þau svæði og/eða auðlindir sem á að vernda vegna þess að talið er að orkuvinnsla á þeim hafi í för með sér of mikil umhverfisáhrif. Í verndarhlutanum gætu t.d. verið svæði sem eru í tilteknum umhverfisflokkum í rammaáætluninni.

Nefndin telur nauðsynlegt að viðtækt samráð verði um mótun verndar- og nýtingaráætlunarinnar og leggur því til að skipaður verði starfshópur sem í eigi sæti fulltrúar forsætisráðuneytis, iðnaðarráðuneytis, umhverfisráðuneytis, Umhverfisstofnunar, Náttúrufræðistofnunar, Orkustofnunar, Íslenskra orkurannsókna, náttúruverndarsamtaka, Samorku og Sambands íslenskra sveitarfélaga.

Nefndin leggur til að við gerð verndar- og nýtingaráætlunarinnar skuli starfshópurinn sérstaklega líta til niðurstaðna rannsókna og mats á þeim hugsanlegu virkjunarkostum sem settar eru fram í skýrslu um niðurstöður 1. áfanga rammaáætlunar um nýtingu vatnsafls og jarðvarma, sem og niðurstaðna rannsókna og mats 2. áfanga rammaáætlunar-

innar, sem áætlað er að liggi fyrir árið 2009. Þá telur nefndin einnig nauðsynlegt að jafnframt verði litið til annarra rannsókna og áætlana eftir því sem við á og vísar í því sambandi sérstaklega til grunnrannsókna Náttúrufræðistofnunar og gildandi náttúruverndaráætlunar á hverjum tíma.

Samkvæmt tillögu nefndarinnar skal starfshópurinn eigi síðar en 1. janúar 2010 skila tillögum sínum til forsætisráðherra í formi lagafrumvarps sem feli í sér mótaða verndar- og nýtingaráætlun til framtíðar í samræmi við tillögur nefndarinnar, sem og útfærðar tillögur um framtíðarskipan mála og forsætisráðherra skal leggja frumvarp sem byggist á tillögum starfshópsins fyrir Alþingi í upphafi vorþings 2010.

Í framangreindum tillögum nefndarinnar er lögð áhersla á að mikilvægt sé að samþætta sjónarmið verndar og nýtingar við mat á virkjunarkostum og taka tillit til sjónarmiða sjálfbærrar þróunar og þeirra verðmæta sem felast í náttúrunni sjálfri. Í tillögum nefndarinnar eru stigin afgerandi skref í þeirri viðleitni að móta framtíðarsýn um verndun og nýtingu, með þátttöku allra helstu hagsmunaaðila, enda leggur nefndin áherslu á það að slík stefnumótun geti aldrei falist í einangræðri afstöðu til þess annars vegar hvað eigi að vernda og hins vegar hvað eigi að nýta, heldur verði við slíka heildstæða áætlunargerð að taka afstöðu til beggja þátta, eigi útkoman úr slíku starfi að skila mönnum fram á við.<sup>65</sup>

Nefndin bendir á í skýrslu sinni að viðamikil langtímaáætlun af þessu tagi feli í sér umfangsmiklar takmarkanir á nýtingu sem kalla á það að sérstaklega verði hugað að vernd eignar- og atvinnuréttinda, sbr. 72. gr. stjórnarskrár. Í því sambandi er sérstaklega

**65** Það setti verkefninu skórður að skv. bráðabirgðaaðvæði við lög nr. 5/2006, um breytingu á lögum nr. 57/1998 var tillögum nefndarinnar svo sem fyrr segir eingöngu ætlað að taka til þeirra auðlinda sem undir þau lög falla, þ.e. jarðefna, jarðhita, grunnvatns, hveraörvera og rannsókna á vatnsorku til raforkuframleiðslu. Megináhersla í starfi nefndarinnar beindist að orkunýtingu jarðvarma og vatnsafls þó nýting annarra þeirra auðlinda sem undir löginn falla sé vissulega

þýðingarmikil og er þá einkum horft til námuvinnslu, almennrar nýtingar grunnvatns og jarðhitanytingar í öðru skyni en til orkuvinnslu. Í meginatriðum er hins vegar meiri sátt um þá nýtingu, a.m.k. til samfélagslegra þarfa, enda eru umhverfisáhrif þar að jafnaði minni. Tillögur nefndarinnar líta þannig fyrst og fremst að orkunýtingunni þó svo að annarri nýtingu sé vissulega gaurm gefinn.



vísað til þess ef landsvæði eða náttúruauðlindir sem skipað er í verndarhluta fyrir hugaðrar áætlunar eru í einkaeign og þar sé hægt að sýna fram á nýtingarmöguleika, sem ekki geti komið til framkvæmda vegna verndar- og nýtingaráætlunarinnar. Í réttarframkvæmd hefur þó verið viðurkennt að löggjafanum sé heimilt að setja eignarráðum almennar takmarkanir án þess að bótaskylda stofnist enda lúti slíkar takmarkanir að því að verja almannahagsmuni og samfélagslega hagsmuni í viðtækri merkingu, en það felur þó ekki í sér heimild til þess að aftengja með öllu þær heimildir sem felast í eignarréttinum. Þessi tilhögun fæli ekki í sér sömu varanlegu takmörkunina og leiðir til að mynda af friðlýsingu á grundvelli VII. kafla náttúruverndarlaga, nr. 44/1999, sbr. eignarnámsákvæði 64. gr. laganna, en engu síður má gera ráð fyrir því að um fjölmörg takmarkatilvik verði að ræða og mögulega veigameiri bótaskyldu íslenska ríkisins en áður hefur þekkt af sambærilegum ráðstöfunum. Þessi atriði þarf að hafa í huga við mótun framtíðarreglna um verndunar- og nýtingaráætlunina sem og í hinni pólitísku umræðu sem óhjákvæmilega mun eiga sér stað samhliða.

Þó nefndin leggi til að verndar- og nýtingaráætlunin verði samþykkt í fyrsta sinn af Alþingi árið 2010 er ekki nauðsynlegt að á þeim tímamarki liggja fyrir endanleg niðurstaða til allra landshluta og allra auðlindakosta, enda er ljóst að nauðsynlegum rannsóknum verður ekki lokið í öllum tilvikum á þeim tíma. Hins vegar leggur nefndin til að ekki verði hægt að samþykkja að svæði og/eða auðlindir sem ekki hafa verið tekin fyrir í áætluninni eða svæði/auðlindir sem afla þarf betri gagna um fari í leyfisveitingaferli fyrr en að loknu sambærilegu mati, rannsóknum og gagnaöflun og liggur að baki verndar- og nýtingaráætluninni. Þetta ætti þó ekki að standa í vegi fyrir að hægt verði að

bregðast við beiðnum um að ný svæði og/eða auðlindakostir verði settir í forgang hvað varðar rannsóknir og mat.

Þá er jafnframt lagt til að starfshópurinn leggi fram tillögur um það hvernig haldið verði á þessum málum til framtíðar, þ.e. eftir að starfshópurinn hefur lokið sínu starfi. Bent er á til að mynda mætti skipa til frambúðar sérstaka verkefnisstjórn sem hefði það hlutverk að tryggja að nauðsynlegar grunnrannsóknir fari fram og taka á grundvelli þeirra afstöðu til nýrra kosta sem ekki hafa verið teknir fyrir í áætluninni. Verkefnisstjórnin myndi síðan gera tillögu um það til forsætisráðuneytis hvort viðkomandi kostir fari í verndarhlutann eða nýtingarhlutann og ráðherra í framhaldi af því gera tillögu til Alþingis. Verkefnisstjórnin myndi einnig fjalla um óskir um breytingar á verndar- og nýtingaráætluninni og leggja fram tillögur sínar þar að lútandi. Alþingi ætti því að geta endurskotið og breytt verndar- og nýtingaráætluninni ef þurfa þykir, m.a. til að taka tillit til breytinga á stefnu stjórnvalda, breyttra viðhorfa til umhverfismála og auðlindanýtingar, nýrra rannsókna, sem og nýrrar tækni og aðferða við nýtingu auðlinda á viðkomandi svæði. Það gæti til að mynda gerst a.m.k. einu sinni á fjögurra ára fresti eða oftar ef þurfa þykir. Þannig yrði reglulega tekinn afstaða til nýrra kosta eða tillagna um breytingar á verndar- og nýtingaráætluninni.

Meginmarkmiðið með tillögum nefndarinnar um mótun verndar- og nýtingaráætlunar er stuðla að því að komið verði á til frambúðar gagnsæri framtíðarsýn þar sem fyrir liggja, eftir því sem tók eru á, á hvaða svæðum Íslands nýting auðlinda í jörðu og vatnsafls verður heimil og á hvaða svæðum Íslands slík nýting verður ekki heimil. Nefndin áréttar sérstaklega að hún telur ekki mögulegt að svo stöddu að móta í neinum smáatriðum frekari útfærslu þessara áforma enda er umboð hennar takmarkað og rannsóknir og úrvinnsla í mörgum

tilvikum of skammt á veg komin. Nefndin leggur því áherslu á að grunnur verndar- og nýtingaráætlunarinnar verði unnin í samráði við alla helstu hagsmunaaðila eins og fyrir hefur verið nefnt.

Framangreindar tillögur nefndarinnar fela í sér meginlínur varðandi stefnumótun um verndun og nýtingu, en nefndin taldi hins vegar hvorki mögulegt né æskilegt að útfæra þær hugmyndir frekar til að takmarka ekki um of störf þess starfshóps sem lagt er til að skipaður verði til að útfæra nánar verndar- og nýtingaráætlun fyrir auðlindir í jörðu og vatnsafl. Þar að auki er ekki gert ráð fyrir að niðurstöður 2. áfanga rammaáætlunar um nýtingu vatnsafls og jarðvarma verði tilbúnað fyrir en árið 2009 og því skortir í dag rannsóknir til að hægt sé að útfæra verndar- og nýtingaráætlunina á fullnægjandi hátt. Nefndin telur hins vegar að „ef samkomulag náist um þessa lausn gæti skapast farvegur þjóðarsattar um þetta viðkvæma deilumál undanfarinna áratuga.“<sup>66</sup>

## 7. LOKAORÐ

Ef þess er nú að leiðarlokum freistað að draga upp nokkra mynd af jarðrænum auðlindum, svo sem þær hafa verið skilgreindar hér að framan og réttastöðunni hvað þær viðvíkur, þá má í fyrsta lagi segja að greint verði á milli þess hvort um auðlindir í eignarlandi eða þjóðlendu er að ræða. Hinar fyrrnefndu lúta eignarrétti viðkomandi fasteignareiganda en sæta á hinn bóginn afar veigamiklum takmörkunum um alla nýtingu sbr. fyrirmæli gildandi laga, nr. 57/1998. Auðlindir í þjóðlendum og nýting þeirra sætir á hinn bóginn og jafnframt hinni sértæku meðferð sem nánari grein er gerð fyrir í II. kafla þjóðlendulaga nr. 58/1998. Auðlindanýtingin er jafnframt háð fjölmörgum öðrum lögbundnum skilyrðum sem grein hefur verið gerð fyrir hér að framan.

Svo sem nánari grein hefur verið gerð fyrir sætir nýting jarðrænna auðlinda vaxandi áhuga, ekki síst nýting auðlindakosta til raforkuvinnslu til stóriðju. Í greininni hefur þess verið freistað að draga upp mynd af því hvernig stefnumótun eða a.m.k. tilraunir til stefnumótunar auðlindanýtingar hafa þróast á umliðnum árum. Þó stjórnvöld hafi stundum verið sökuð um stefnuleysi á þessu sviði þá er ljóst að mikilvæg skref í átt að heildrænni stefnumótun um auðlindanýtingu hafa verið tekin undanfarin ár eins og farið hefur verið yfir í þessari grein.

Þar var fyrst nefnd til sögunnar stefnumörkun stjórnvalda um sjálfbæra þróun sem á upphaf sitt að rekja til ársins 1993, en segja má að þar hafi farið fyrsta heildstæða stefnumótun íslenskra stjórnvalda í umhverfismálum. Í kjölfarið fylgdi sérstök framkvæmdaáætlun árið 1997, en meginmarkmiðið með gerð hennar var að innleiða sjónarmið sjálfbærrar þróunar við ákvarðanatöku og atvinnulíf Íslendinga. Í skýrslu um mat á stöðu framkvæmdaáætlunarinnar sem út kom árið 1999 kemur fram að miklar breytingar hafi orðið hvað þetta varðar á síðustu árum og stofnanir, fyrirtæki og félagasamtök hafi í auknum mæli komið sér upp þekkingu á sviði umhverfismála og sett sér umhverfisstefnu. Ný stefnumörkun um sjálfbæra þróun var sett fram árið 2002, en þar eru sett markmið og skilgreind forgangsverkefni, auk þess sem leitast er við að skilgreina og þróa mælikvarða á árangur til að auðvelda stjórnvöldum og öðrum að forgangsraða verkefnum og meta m.a. árangur í að efla umhverfisvernd. Náttúruverndaráætlun og friðlýsingar gegna einnig mikilvægu hlutverki varðandi verndun náttúrunnar, en heildarflatarmál friðlýstra svæða hérlendis er nú um 11% af heildarflatarmáli landsins.

Farið hefur verið yfir vinnu við gerð rammaáætlunar um nýtingu vatnsafls og

<sup>66</sup> Framtíðarsýn um verndun og nýtingu auðlinda í jörðu og vatnsafls (2006), bls. 66.

jarðvarma, en sú vinna á rætur að rekja til fyrrnefndrar stefnumörkunar um sjálfbæra þróun, en eitt aðalmarkmiðanna með gerð áætlunarinnar er að samþætta sjónarmið verndar og nýtingar og skapa betri sátt um val og undirbúning virkjunarkosta. Fyrsta áfanga rammaáætlunar lauk með skýrslu sem skilað var í lok árs 2003 en 2. áfangi stendur nú yfir og er gert ráð fyrir að honum ljúki árið 2009.

Þá hefur verið vikið að niðurstöðum Auðlindanefndar frá árinu 2000, en starf hennar beindist annars vegar að nýtingu auðlinda sem eru eða kunna að verða í þjóðareign, skilgreiningu þeirra og hvernig með þær skyldi farið og hins vegar að hugsanlegri gjaldtöku af þessum auðlindum. Nefndin lagði til að tekið yrði upp nýtt ákvæði í stjórnarskrá þar sem þessar náttúruauðlindir yrðu lýstar þjóðareign eftir því sem nánar yrði ákveðið í lögum.

Í ársbyrjun 2006 tók Alþingi síðan mikilvægt skref í átt að mótun framtíðarstefnu um auðlindanýtingu, með samþykkt laga nr. 5/2006 um breytingu á lögum nr. 57/1998, um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu, en þar er kveðið á um að iðnaðarráðherra skuli skipa sérstaka nefnd sem eigi að marka framtíðarstefnu um nýtingu þeirra auðlinda sem löggin ná til. Nefndin tók til starfa í apríl 2006 og skilaði skýrslu með tillögum sínum í október sama ár. Eðli málsins samkvæmt hefur mest áhersla í framangreindri umfjöllun verið á þá skýrslu og tillögur þær sem nefndin setur þar fram.

Tillögur nefndarinnar um mótun verndar- og nýtingaráætlunar sem hér á undan hafa verið skýrðar og freistað að setja í nauðsynlegt samhengi lúta að nokkurskonar farvegi sáttargjörðar milli sjónarmiða nýtingar annarsvegar og verndar hinsvegar. Ef reynt er að fanga tilgang þeirra í örstuttu máli, sbr. nánari umfjöllun í 6. kafla, þá er markmiðið það til lengri tíma litið að fyrirfram liggi það jafnan fyrir hvaða nýtingakostir auðlinda eru tiltækir og heimilir og hverjir ekki. Slik

heildarsýn felur það óhjákvæmilega í sér að sjónarmið verndar og nýtingar vegist á, en með réttu má segja að í verndun geti falist ein tegund nýtingar. Þessari grundvallartilhögun er hinsvegar ekki ætlað að raska að öðru leyti og í neinum grundvallaratriðum því lögbundna fyrirkomulagi sem við nú búum við og lýtur í meginatriðum annarsvegar að nýtingu en hinsvegar verndun, með óhjákvæmilegum víxlverkunum þó. Í raun má þannig segja að tilætlunin sé sú að setja viðbót framan við kerfið eins og við búum við það og þekkjum í dag, þannig að ævinlega liggi fyrir hvar standa megi að auðlindanýtingu og hvar ekki. Þannig yrði til sú framtíðarmynd sem bent er á í inngangi greinar þessarar, framtíðarmynd sem sumir hafa talið okkur skorta.

Framangreindar hugmyndir fela þó eingöngu í sér ákveðinn aðdraganda slíkrar sáttar og ljóst er að mikil vinna bíður verði þeim hrundið í framkvæmd. Á þessu stigi er það óljóst hvort eða hvenær til slíks kemur, en hitt ljóst að tíminn er naumur eigi þau tímaáform að nást sem nefndin miðaði tillögur sínar við. Tíminn mun þannig leiða í ljós hvort tillögur þessar muni valda þeim straumhörfum sem að er stefnt eða hvort svo fari að þær bætist einungis í safn eldri tillagna í sömu veru.

## HEIMILDASKRÁ

- Aðalheiður Jóhannsdóttir: „*Er-at maðr svá góðr at galli né fylgi...*“  
Guðrúnarbók – Afmælisrit til heiðurs Guðrúnu Erlendsdóttur, Reykjavík 2006.
- Aðalheiður Jóhannsdóttir: „*Umhverfisvernd í gislingu rökvillu? Hugleiðingar um mat á umhverfisáhrifum.*“ Tímarit lögfræðinga, 3. h. 2001.
- Alþt. 1997-1998 A, þskj. 574 og 598.
- Alþt. 2004-2005 A, þskj. 459.
- Alþt. 2005-2006 A, þskj. 304.
- Alþt. 2005-2006, A, þskj. 376.
- Auðlindanefnd, *Álitsgerð með fylgiskjólum*. September 2000.
- Framtíðarsýn um nýtingu auðlinda í jörðu og vatnsafls. Skýrsla nefndar iðnaðarráðherra sem skipuð var samkvæmt bráðabirgðaákvæði laga nr. 5/2006 um breytingu á lögum nr. 57/1998. Reykjavík október 2006.
- Gaukur Jörundsson, *Eignaréttur*, Reykjavík 1982-83.
- Karls Axelsson, „*Um eignarhald á Biskupstungnaafretti*“, Afmælisrit, Gizur Bergsteinsson níræður, Reykjavík 1992.
- Karl Axelsson „*Hugleiðingar varðandi dóm Hæstaréttar um réttarstöðu Geitlands í Borgarfirði*“, Tímarit lögfræðinga, 2. tbl. 1996.
- Karl Axelsson: „*Um skorður umhverfisréttar viðnýtingu lands og náttúruauðlinda*“, Tímarit lögfræðinga, 2. hefti 1996.
- Karl Axelsson: „*Landnáma í dómum Hæstaréttar*“, Guðrúnarbók, Reykjavík 2006.
- Sif Guðjónsdóttir: „*Megindrættir í þjóðlendumálum 1998-2005*“ Tímarit lögfræðinga, 4. hefti 2005.
- Skýrsla óbyggðanefndar fyrir árin 1998-2002, Reykjavík 2004.
- Skýrsla óbyggðanefndar fyrir árið 2003, Reykjavík 2004.
- Skýrsla óbyggðanefndar fyrir árið 2004, Reykjavík 2005.
- Umhverfisráðuneyti, *Sjálfbær þróun í íslensku samfélagi. Framkvæmdaáætlun til aldamóta. Samþykkt af ríkisstjórn í febrúar 1997*, Reykjavík 1997.
- Umhverfisráðuneyti, *Sjálfbær þróun í íslensku samfélagi: Mat á stöðu framkvæmdaáætlunar*, Reykjavík 1999.
- Umhverfisráðuneyti, *Velferð til framtíðar. Sjálfbær þróun í íslensku samfélagi. Stefnumörkun til 2020*, Reykjavík 2002.
- Umhverfisráðuneyti, *Velferð til framtíðar. Sjálfbær þróun í íslensku samfélagi. Tölulegar vísbendingar 2005*, Reykjavík 2005.
- Þorgeir Örlygsson: *Kaflar úr eignarétti I*, handrit, Reykjavík 1998.

### *Dómar sem vitnað er til*

- Landsyfirréttardómur (eldri) VII/223
- Landsyfirréttardómur (yngri) V/327
- Hrd. 1955/108
- Hrd. 1969/510
- Hrd. 1971/1137
- Hrd. 1975/30
- Hrd. 1975/55
- Hrd. 1980/1225
- Hrd. 1981/1584

Hrd. 1987/1656  
Hrd. 1994/2227  
Hrd. 1997/1162  
Hrd. 1997/1183  
Hrd. 1997/2420  
Hrd. 1999/111  
Hrd. 1999/2006  
Hrd. frá 21.10.04 í máli nr. 47/2004  
Hrd. frá 21.10.04 í máli nr. 48/2004  
Hrd. frá 11.05.06 í máli nr. 345/2005  
Hrd. frá 11.05.06 í máli nr. 496/2005  
Hrd. frá 11.05.06 í máli nr. 454/2005  
Hrd. frá 28.09.06 í máli nr. 497/2005  
Hrd. frá 28.09.06 í máli nr. 498/2005  
Hrd. frá 5.10.06 í máli nr. 67/2006  
Hrd. frá 5.10.06 í máli nr. 133/2006

### *Lög sem vitnað er til*

Tilskipun um veiði á Íslandi frá 20. júní 1849  
Námulög nr. 61/1907  
Námulög nr. 50/1909  
Vatnalög, nr. 15/1923  
Lög nr. 17/1965 um landgræðslu  
Námulög, nr. 24/1973  
Lög nr. 6/1986 um afréttarmálefni, fjallskil o.fl.  
Lög nr. 64/1994, um vernd, friðun og veiðar á villtum fuglum og villtum spendýrum  
Lög nr. 73/1990 um eignarrétt íslenska ríkisins að auðlindum hafsbotsins  
Lög nr. 62/1994 um mannréttindasáttmála Evrópu  
Lög nr. 54/1995, um vernd Breiðafjarðar  
Skipulags- og byggingarlög, nr. 73/1997  
Lög nr. 7/1998 um hollustuhætti og mengunarvarnir  
Lög nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu  
Lög nr. 58/1998 um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta  
Lög nr. 44/1999 um náttúruvernd  
Lög nr. 106/2000 um mat á umhverfisáhrifum  
Lög nr. 13/2001 um leit, rannsóknir og vinnslu kolvetnis  
Raforkulög nr. 65/2003  
Lög nr. 47/2004, um þjóðgarðinn á Þingvöllum  
Lög nr. 97/2004, um verndun Mývatns og Laxár í Suður-Þingeyjarsýslu  
Lög nr. 85/2005, um verndun Þingvallavatns og vatnasviðs þess  
Lög nr. 61/2006 um lax- og silungsveiði  
Vatnalög nr. 20/2006  
Lög nr. 105/2006 um umhverfismat áætlana  
Lög nr. 116/2006 um stjórn fiskveiða









Margrét Vala Kristjánsdóttir,  
lektor við lagadeild Háskólans í Reykjavík

# FREMST(UR) MEÐAL JAFNINGJA<sup>1</sup>

G

153

1	INNGANGUR	154
2	TVÆR GRUNDVALLARREGLUR STJÓRNSÝSLURÉTTAR	155
3	ÞRIÐJA REGLAN - REGLAN UM HEILDSTÆÐAN SAMANBURÐ	156
4	FRAMKVÆMD HEILDSTÆÐS SAMANBURÐAR	159
5	FORGANGSREGLUR Í JAFNRÉTTISMÁLUM	160
6	FORGANGSREGLUR OG ÁHERSLUSJÓNARMÍÐ	164
7	LOKAORÐ	166

---

<sup>1</sup> Grein þessi er að hluta byggð á fyrirlestri á aðalfundi Lögfræðingafélags Íslands 11. nóvember 2004.

## 1. INNGANGUR

Skipun, setning eða ráðning í opinbert starf hefur oft orðið tilefni umræðna í íslensku þjóðfélagi. Umræðan snýr þá oft og tíðum að því hvort hæfasti umsækjandi um tiltekna stöðu hafi orðið fyrir valinu og að grundvelli ákvörðunarinnar og sýnist iðulega sitt hverjum. Í því sambandi má nefna ásakanir um pólitískan grundvöll stöðuveitinga og/ eða efasemdir um að tiltekin stöðuveiting byggji á réttu faglegu mati. Lögfræðileg umræða snýr einnig að því hvort staðið hafi verið rétt að stöðuveitingu m.t.t. almennra grundvallarreglna stjórnsluréttar og eftir atvikum laga um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla. Í þeirri umræðu hafa skoðanir á niðurstöðum einstakra mála einnig verið skiptar, þrátt fyrir að ekki virðist vera ágreiningur um þær grundvallarreglur sem slíkar ákvarðanir eiga að byggja á.

Í grein þessari er gerð grein fyrir þessum grundvallarreglum. Sérstök áhersla er lögð á umfjöllun um heimild stjórnvalda til þess að ákveða vægi sjónarmiða og um kröfur til mats og samanburðar á umsækjendum. Vikið verður að sérstökum jafnræðisreglum eða svonefndum forgangsreglum og athugað hvort sömu reglur gilda um beitingu þeirra og sjónarmiða sem veitingarvaldshafi ákveður að leggja áherslu á.

Þótt sjónum sé einkum beint að þeim reglum sem í grein þessari eru nefndar þrjár grundvallarreglur þarf einnig að hafa í huga að ákvarðanir um skipun, setningu og ráðningu í opinbert starf eru stjórnvalds-ákvarðanir<sup>2</sup> og lúta þar með málsmeðferðar-

og efnisreglum stjórnslulaga auk þess sem gæta þarf að öðrum meginreglum stjórnsluréttar og löggjöf um réttindi og skyldur opinberra starfsmanna. Ekki verður fjallað beint um þessar reglur eða beitingu þeirra hér.<sup>3</sup> Jafnræðisreglan fær að vísu sérstaka umfjöllun þótt sú umfjöllun snúi fyrst og fremst að sérstökum jafnræðisreglum. Meginreglan um að stjórnvöldum beri að byggja ákvarðanir sínar á málefnalegum sjónarmiðum skipar mikilvægan sess í allri umfjölluninni en hún er forsenda þeirra reglna sem meginefni greinarinnar snýr að. Byrjunarreiturinn í þessari grein er punkturinn þegar þar er komið sögu að stjórnvöld hafa sett fram þau sjónarmið sem þau vilja byggja ákvörðun sína á og ákveðið vægi þeirra innbyrðis. Þessi sjónarmið verða að vera málefnaleg og til þess fallin að ná því markmiði að fá hæfasta einstaklinginn til starfa, eins og nánar er lýst í kafla 2. Svigrúm stjórnvalda til að velja sjónarmið getur skapað ákveðna togstreitu, einkum milli þessa svigrúms og sérstakra forgangsreglna. Eftir að grunnreglurnar þrjár hafa verið kynntar til sögunnar beinist umfjöllunin einkum að þessum þætti í ákvörðunarferlinu. Leitast verður við að greina hvernig samspili sjónarmiða að baki ákvörðunum um opinberra stöðuveitingar verður háttað og hvaða áhrif það hefur á niðurstöður slíkra mála.<sup>4</sup>

Annað undirliggjandi umfjöllunarefni snýr að endurskoðunarvaldi dómstóla og umboðsmanns Alþingis og annarra eftirlitsaðila á því sem kallað hefur verið frjálst mat stjórnvalda. Margt og mikið hefur verið ritað um þetta efni.<sup>5</sup> Það er ekki tilgangur greinar

<sup>2</sup> Alþt. 1992-1993, A-deild, bls. 3283.

<sup>3</sup> En sjá nánar grein Ásmundar Helgasonar, „Löggjöf um opinberar starfsveitingar“.

<sup>4</sup> Það er því ekki markmið umfjöllunarinnar að gera með kerfisbundnum hætti grein fyrir dómum eða álitum umboðsmanns Alþingis sem snúa að þessu efni, þ.e.a.s. hvar og hvernig grundvallarreglurnar birtast og hvernig reynt hefur á mörk þeirra.

<sup>5</sup> Í dæmaskyni má nefna: Andersen, J.: „Domstolsprøvelse“ í Gammeltoft-Hansen, H. o.fl.: Forvaltningsret., Christensen, B.: Forvaltningsret- Opgaver, hjemmel, organisation, Christensen, B.: Provelse, Ólafur Jóhannesson: Stjórnarfarsréttur. Hlaðbúð. Reykjavík 1955, Davíð Þór Björgvinsson: „Lagaákvæði á sviði sífjaréttar sem fela stjórnvöldum úrskurðarvald.“ Afmælisrit-Gizur Bergsteinsson níræður 18. apríl 1992. Sleipnir. Reykjavík 1992, Eiríkur Tómasson: „Takmarkanir á úrskurðarvaldi dómenda skv. 60. gr. Stjórnarskrárinnar.“ Úlfliótur. 4. tbl. 1984., Ragnhildur Helgadóttir: „Vald dómstóla til að endurskoða stjórnvaldsákvarðanir.“ Tímarit lögfræðinga, 1. hefti 2005.

þessarar að fjalla með beinum hætti um þessi fræði heldur verður byggt á því sem aðrir hafa ritað í þeim efnum.<sup>6</sup>

## 2. TVÆR GRUNDVALLARREGLUR STJÓRNSÝSLURÉTTAR

Á Íslandi hafa ekki verið lögfestar almennar reglur um hvaða sjónarmið eigi að leggja til grundvallar við opinberar stöðuveitingar.<sup>7</sup> Eins og áður segir er þó ekki ágreiningur um að við slíkar ákvarðanir beri að fylgja tilteknum grundvallarreglum stjórnsýsluréttarins. Þannig hefur verið gengið út frá því að við skipun, setningu eða ráðningu í opinbert starf beri að velja þann umsækjanda sem talinn er hæfastur til að gegna viðkomandi starfi<sup>8</sup> með hliðsjón af þeim sjónarmiðum sem byggt er á og að það stjórnvald sem veitir viðkomandi starf ákveði hverju sinni hver þau sjónarmið skuli vera ef lög eða stjórnvaldsfyrirmæli mæla ekki fyrir um annað.<sup>9</sup>

Markmið fyrri reglunnar er að tryggja það að til opinbers starfs veljist sá eða sú úr hópi umsækjenda sem getur sinnt því best. Á henni eru í raun tvær hliðar. Önnur snýr að rétti umsækjenda, s.s. jafnræði. Hin hlið hennar snýr að hagsmunum hins opinbera, að fá til opinberra starfa það starfsfólk sem er talið hæfast til að gegna viðkomandi starfi

hverju sinni. Skylda til að auglýsa lausembætti og önnur opinber störf, sbr. 7. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins þjónar þessum hagsmunum.

Gagnrýni á tiltekna stöðuveitingar beinist oft að því að brotið hafi verið gegn þessari reglu, þ.e.a.s. að hæfasti umsækjandinn hafi ekki orðið fyrir valinu. Veitingarvaldshafar bregðast hins vegar oft við gagnrýni á ákvarðanir sínar með tilvísun til seinni reglunnar. Í henni felst eins og áður segir að stjórnvaldi sem veitir starf er heimilt að ákveða hvaða sjónarmið skuli lögð til grundvallar. Hún felur einnig í sér að viðkomandi stjórnvald ráði á hvaða sjónarmið skuli leggja sérstaka áherslu ef þau leiða ekki öll til sömu niðurstöðu.<sup>10</sup>

Hér á eftir verður aðeins fjallað um val á milli umsækjenda sem allir uppfylla almennar hæfiskröfur til að gegna því starfi sem um ræðir hverju sinni. Krafa fyrri grunnreglunnar um velja beri þann hæfasta kallar á val á milli þeirra með einhverjum hætti. Það þarf m.ö.o. að velja á milli hæfra umsækjenda um viðkomandi starf, eða finna þann sem getur talist fremstur meðal jafningja. Þótt það sé komið undir mati veitingarvaldshafa hverju sinni hvaða sjónarmið skuli lögð til grundvallar, sbr. síðari grunnregluna, hefur það ekki frjálsar hendur við val

**6** Umfjöllun um takmarkanir á endurskoðunarvaldi dómstóla á matskendum ákvörðunum stjórnvalda hafa þróast í átt til víðari endurskoðunarheimilda. Því hefur jafnvel verið haldið fram að ákvarðanir stjórnvalda um vægi einstakra lögmeðra sjónarmiða kunni að vera það eina sem eftir standi af kenningum um takmarkað endurskoðunarvald, sjá Ragnhildur Helgadóttir: „Vald dómstóla til að endurskoða stjórnvaldsákvæðanir“ bls. 107 og bls. 111. Annað dæmi úr þessum fræðum sem snerta beint umfjöllunarefni greinarinnar er mat eftirlitsaðila á því hvort stjórnvöld hafi tekið tillit til allra viðeigandi sjónarmiða í ákvörðunum sínum, sjá t.d. Christensen B.: Forvaltningsret- Oppgaver, hjemmel, organisation, bls. 315, og sami: Prøvelse: bls. 99. Einnig: Pedersen, R.D.: Det forvaltningsretlige skøn, bls. 305. Um mat á hæfni í slíkum málum sem hér um ræðir má benda á umfjöllun umboðsmanns Alþingis í máli nr. 4210/2004, sjá kafla IV.5.

**7** Til þess að mega hljóta opinbert starf og halda því verður umsækjandi að uppfylla almenn hæfiskilyrði til að gegna opinberu starfi, sbr. 6. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, eða sérstakar kröfur til að mega

gegna því tiltekna starfi sem um ræðir hverju sinni. Í greininni er ekki fjallað um þessi skilyrði heldur er fjallað um val á milli umsækjenda sem allir uppfylla þau.

**8** Þessi regla verður hér eftir nefnd: „fyrri grunnreglan“. Sjá t.d.: Larsen, K.: „Konkrete personalebeslutninger“ í Gammeltoft-Hansen, H. o.fl.: Forvaltningsret, bls. 209.

**9** Þessi regla verður hér eftir nefnd: „seinni grunnreglan“. Páll Hreinsson: Stjórnsýslulögin, skýringarrit, bls. 139 og Ásmundur Helgason: „Löggjöf um opinberar starfsveitingar“, bls. 6. Báðar reglurnar eru orðaðar í mörgum álitum umboðsmanns Alþingis, sjá t.d. UA nr. 1391/1995, kafla IV.5.

**10** Christensen, B.: Forvaltningsret – Oppgaver, hjemmel, organisation, bls. 158. Sjá einnig t.d. UA nr. 2214/1997. Veitingarvaldshafinn í málinu hafði lagt starfsreynslu og stjórnunarreynslu til grundvallar. Kærunefnd jafnréttismála hafði hins vegar talið annan aðila hæfari til viðkomandi starfs með vísan til þess að menntun hans hefði starfinu mjög vel. Umboðsmaður taldi nefndinni ekki hafa verið heimilt að byggja álit sitt á öðrum sjónarmiðum um einstaka hæfnisþætti eða vægi þeirra innbyrðis en málefnalegum sjónarmiðum veitingarvaldshafans.

þeirra. Ákvörðun um skipun, setningu eða ráðningu í opinbert starf verður að byggjast á lögmætum og málefnalegum sjónarmiðum og þau verða að vera í nægjanlegum og eðlilegum tengslum við það starf sem um er að ræða.<sup>11</sup> Menntun, reynsla, skólaganga og hæfni og aðrir persónulegir eiginleikar eru almennt talin málefnaleg sjónarmið við val á milli umsækjenda um opinbert starf.<sup>12</sup> Jafnræðissjónarmið eru einnig málefnaleg sjónarmið.

Um þetta er í sjálfu sér nokkuð almenn sátt. Rökstuðningur nýlegra stöðuveitinga þar sem vísað hefur verið til heimildarinnar til að velja á hvaða sjónarmið skuli lögð áhersla gefur hins vegar tilefni til þess að skoða nánar þennan þátt síðari grunnreglunnar.

### 3. ÞRIÐJA REGLAN – REGLAN UM HEILDSTÆÐAN SAMANBURÐ

Í seinni grunnreglunni felst, eins og áður segir, að stjórnvöld ákveða á hvaða sjónarmið þau leggja áherslu eða skuli hafa aukið vægi við mat á umsóknum um tiltekið opinbert starf. Í þessum kafla verður fjallað um áhrif fyrri grunnreglunnar á beitingu þeirrar síðari. Í dæmaskyni verður fjallað um tvö mál, skipun hæstaréttardómara þar sem þekking á tilteknu réttarsviði var lögð til grundvallar<sup>13</sup>, og skipun sýslumanns á Keflavíkurflugvelli<sup>14</sup> þar sem lögð var áhersla á starfsreynslu á tilteknu sviði.

Í raun er hér um að ræða það álitaefni hvort stjórnvöldum ber að leggja heildstætt mat á umsækjendur eða hvort þau geta byggt ákvörðun sína alfarið á einu málefnalegu og lögmætu sjónarmiði. Við athugun á þessu álitaefni þarf að hafa hliðsjón af fyrri grunnreglunni, reglunni um að velja beri

þann hæfasta úr hópi umsækjenda til opinberra starfa. Ef forræði viðkomandi stjórnvalds á vali sjónarmiða felur í sér að það geti reist ákvörðun sína á einu sjónarmiði án þess að taka tillit til annarra viðurkenndra sjónarmiða sem almennt eru talin veita vísbendingu um hæfni til starfa, er þá nægjanlega tryggt að markmiðið að fá hæfasta einstaklinginn til starfa nái fram að ganga? Þeirri spurningu má fylgja eftir með spurningunni: Hver er hæfastur? Er það sá einstaklingur sem talinn er hæfastur á grundvelli eins sjónarmiðs eða sá sem talinn er hæfastur eftir samanburð þar sem venjuleg málefnaleg sjónarmið, s.s. menntun, starfsreynsla og önnur málefnaleg sjónarmið sem veitt geta vísbendingu um hæfni til viðkomandi starfa<sup>15</sup> eru vegin saman?

Rétt er að taka fram hér að veitingarvaldshafi skoðar iðulega umsóknir m.t.t. þessara sjónarmiða að einhverju marki. Á það einnig við í málum þar sem tiltekið sjónarmið hefur ráðið úrslitum. Það er því sjaldnast um að ræða að aðeins eitt sjónarmið komi við sögu. Þótt því verði ekki slegið föstu hvað felst í heildstæðu mati verður í umfjölluninni hér á eftir gengið út frá því að á því sé munur hvort lögð er áhersla á tiltekið sjónarmið eða því gefið sérstakt vægi í heildarmati annars vegar og hins vegar því að gefa því slíkt vægi að það útiloki í raun mat á grundvelli annarra sjónarmiða. Þegar málefnaleg sjónarmið eru vegin saman, þ.m.t. það sem fengið hefur sérstakt vægi, sé um heildstætt mat að ræða.

Til að skýra þetta nánar má skoða málin tvö sem nefnd voru hér að framan. Í málinu vegna skipunar í stöðu hæstaréttardómara á árinu 2003 hafði Hæstiréttur gefið dómsmálaráðherra lögboðna umsögn um umsækjendur. Í umsögninni er gerð grein

**11** Sjá m.a. Larsen K.: „Konkrete personalebeslutninger“ í Gammeltoft-Hansen, H. o.fl.: Forvaltningsret, bls. 206 og t.d. UA nr. 3769/2003, kafli IV.5.

**12** Sjá t.d. UA nr. 1391/1995, kafli IV.5.

**13** UA nr. 3882/2003, 3909/2003 og 3980/2003 og álit kærunefndar jafnréttismála frá 5. apríl 2004 í máli nr. 14/2004.

**14** H. frá 10. október 2002 í máli nr. 121/2002.

**15** Sbr. kafli 2 og neðanmálsgrein nr. 12. Hér eftir verður vísað til slíkra sjónarmiða sem „venjulegra málefnalegra sjónarmiða.“

fyrir hæfi og hæfni umsækjenda m.t.t. venjulegra málefnalega sjónarmiða. Í rökstuðningi ráðherra til umsækjenda er einnig fjallað með almennum hætti um menntun og starfs-reynslu þess sem valinn var áður en greint er frá því að sérstök áhersla hafi verið lögð á eitt tiltekið svið lögfræðinnar. Í skýringum ráðherra til umbodsmanns Alþingis í málinu er vísað til þess að „ekkert óbrigðult stigakerfi standi hér til boða en vitaskuld [sé] reynt að leggja mat á menntun og reynslu umsækjenda svo og eðli starfsins.“<sup>16</sup> Ráðherra vísar einnig til seinni grunnreglunnar hér að framan, að veitingarvaldshafinn ákveði á hvaða sjónarmið hann leggur áherslu þegar þau sjónarmið sem hann hefur ákveðið að byggja ákvörðun sína á leiða ekki öll til sömu niðurstöðu. Í rökstuðningi hans til umsækjanda kemur fram að ráðherra hafi „í ljósi mikilla og stöðugt vaxandi áhrifa Evrópuréttarins á þróun réttarreglna hér á landi [...] ákveðið að leggja sérstaka áherslu á þekkingu á því sviði réttarins að þessu sinni.“<sup>17</sup> Samkvæmt framansögðu var við afgreiðslu umsókna litið til þeirra sjónarmiða sem almennt teljast málefnaleg við stöðuveitingar. Hins vegar kann að vera spurning um áhrif í heildarmatinu í þeim skilningi sem að framan er lýst. Nánar verður fjallað um þetta álitafni hér á eftir.

Í dómi Hæstaréttar frá 10. október 2002 er fjallað um skipun sýslumanns á Keflavíkurflugvelli<sup>18</sup> en í því máli voru niðurstöður stjórnvaldsins sem skipaði í stöðuna og meirihluta Hæstaréttar annars vegar og héraðsdóms og minnihluta Hæstaréttar hins vegar, ekki á einn veg þrátt fyrir að sömu grunnreglur lægju til grundvallar. Af hálfu utanríkisráðherra kom fram að hafa þyrfti í huga hvernig menntun,

reynsla og aðrir eiginleikar umsækjenda ættu við þau verkefni sem myndu einkenna starfsemi embættisins næstu árin. Ráðherra taldi sig hafa frjálst mat á því hvers konar reynsla væri mikilvæg miðað við inntak starfsins. „Það sem úrslitum hafi ráðið hafi verið yfirburðaþekking X á Schengen samstarfinu miðað við aðra umsækjendur og þætti rúmlega tíu ára starfsreynsla hans innan utanríkisþjónustunnar æskilegur grunnur fyrir starfið.“<sup>19</sup>

Héraðsdómur hafnaði því hins vegar að þekking X „á þessu einu sviði gæti valdið því að hann [teldist] hafa haft yfirburði yfir stefnanda“<sup>20</sup> og taldi hinn umsækjandann, A, með hliðsjón af menntun þeirra og störfum, hæfari til að gegna embættinu. Minnihluti Hæstaréttar<sup>21</sup> taldi ljóst að báðir umsækjendur væru „vel hæfir að þessu leyti.“<sup>22</sup> Um starfsreynslu innan utanríkisþjónustunnar segir í sératkvæðinu að „oheimilt hafi verið að gefa þessu sjónarmiði slíkt vægi, sem [utanríkisráðherra] gerði, og setja með því í reynd alla aðra umsækjendur um starfið skör lægra“ en X.<sup>23</sup> Meirihluti Hæstaréttar taldi hins vegar réttmætt að starfsreynsla X vægi þyngra en A og vísaði í því sambandi til sérstöðu verkefna sýslumannsembættisins á Keflavíkurflugvelli sem kæmi fram í auglýsingu um embættið.

Í öllum tilvikum var lagt mat á hæfni til að gegna starfi sýslumanns á Keflavíkurflugvelli á grundvelli venjulegra viðmiða. Meirihluti Hæstaréttar beitir síðan seinni grunnreglunni og telur að vegna sérstöðu þess embættis sem um væri að ræða megi starfsreynsla X vega þyngra en A. Hæstiréttur vísar þó einnig til þess að menntun og starfsreynsla geri hana ekki jafnhæfa X. Rétturinn virðist þannig að einhverju leyti líta til annarra sjónarmiða en

<sup>16</sup> UA nr. 3882/2003, 3909/2003 og 3980/2003, kafli III.

<sup>17</sup> UA nr. 3882/2003, 3909/2003 og 3980/2003, kafli II.

<sup>18</sup> H. frá 10. október 2002 í máli nr. 121/2002.

<sup>19</sup> H. frá 10. október 2002 í máli nr. 121/2002, kafli I.

<sup>20</sup> H. frá 10. október 2002 í máli nr. 121/2002, niðurstaða héraðsdóms, kafli IV.

<sup>21</sup> Sératkvæði tveggja dómara.

<sup>22</sup> H. frá 10. október 2002 í máli nr. 121/2002, sératkvæði, kafli III.

<sup>23</sup> H. frá 10. október 2002 í máli nr. 121/2002, sératkvæði, kafli III.



áherslusjónarmiðsins við mat á því hvort þeirra skuli telja hæfara. Samkvæmt rökstuðningi héraðsdóms og minnihluta Hæstaréttar virðist hins vegar lítið svo á að þau fyrrnefndu hafi í raun ekki haft vægi í heildarmatinu. Stjórnvaldið í málinu hafi gengið of langt við beitingu seinni grunnreglunnar, lagt áherslusjónarmiðið eitt til grundvallar og sniðgengið önnur atriði sem horfa beri til við mat á því hver umsækjenda verði talinn hæfastur.<sup>24</sup> Heildstætt mat hafi m.ö.o. ekki farið fram.

Verður þá aftur vikið að málinu um skipun hæstaréttardómara.<sup>25</sup> Í málinu voru allir umsækjendur taldir uppfylla lögmaeltar lágmarkskröfur til að verða skipaðir hæstaréttardómarar samkvæmt lögum nr. 15/1998, um dómstóla. Í umfjöllun kæruneufndar jafnréttismála í málinu kemur fram að nauðsynlegt sé að bera saman starfshæfni kæranda og þess sem embættið hlaut til að þess að unnt sé að skera úr því hvort um brot á jafnréttislögum hafi verið að ræða.<sup>26</sup> Það var álit nefndarinnar að kærandiinn í málinu væri hæfari á grundvelli lögbundinna hæfisskilyrða dómstólalaga. Að því er snertir áherslusjónarmið dómsmálaráðherra í málinu, þekkingu á Evrópurétti, var nefndin þeirrar skoðunar að slíkt sjónarmið teldist til sérstakra kosta sem ekki kæmu „til skoðunar nema í því skyni að velja á milli umsækjenda sem [teldust] jafnhæfir í ljósi starfsferils og lögræðilegrar þekkingar.“<sup>27</sup>

Í álit umboðsmanns Alþingis vegna þessa sama máls útilokaði hann hins vegar ekki að ráðherra gæti lagt þekkingu á ákveðnu

réttarsviði til grundvallar. Hann yrði hins vegar að leggja traustan grunn að slíkri ákvörðun, annars vegar með vísan til sérstakrar stöðu Hæstaréttar og umsagnarhlutverks hans<sup>28</sup> og hins vegar til grundvallarreglna stjórnsýsluréttar um undirbúning ákvarðana og mat á hæfni umsækjenda. Byggt er á því að heimildin til að ákveða á hvaða sjónarmið skuli leggja áherslu leysi veitingarvaldshafa ekki undan skyldu til að meta og bera saman hæfni umsækjenda á grundvelli annarra sjónarmiða. Áherslusjónarmiðið megi m.ö.o. ekki koma í veg fyrir heildstæðan samanburð á grundvelli málefnalegra sjónarmiða.<sup>29</sup> Umboðsmaður byggir á því að fyrirliggjandi upplýsingar hafi ekki gefið heildstæða mynd af umsækjendum þannig að unnt væri að bera hæfni þeirra saman á grundvelli þeirra sjónarmiða sem valin voru. Jafnframt kemur fram að áhersla á mjög afmarkað atriði sem er sérstakt fyrir einn umsækjanda geti leitt til þess að aðrir umsækjendur verði í raun útilokaðir frá mati.<sup>30</sup> Umboðsmaður leggur þannig áherslu á að veitingarvaldið meti stöðu allra umsækjenda með tilliti til þeirra málefnalegu sjónarmiða sem veitt geta vísbendingu um hæfni þeirra til að gegna viðkomandi starfi og þess sérstaka sjónarmiðs sem lagt var til grundvallar. Útgangspunkturinn er m.ö.o. heildstætt mat. Einnig er lögð áhersla á að samanburður sé nauðsynlegur þáttur í slíku mati.

Hér er í raun komin fram þriðja grunnreglan við veitingu opinberra starfa, regla um heildstæðan samanburð. Ef eitt tiltekið sjónarmið er látið ráða för án þess að fram fari mat á grundvelli annarra

**24** Hér liggja sviðuð sjónarmið að baki og í H. frá 5. nóvember 1998 í máli nr. 46/1998 þar sem tiltekin sjónarmið um afstöðu íbúa og starfsfríð í prestsumdæmi voru ekki ein og sér talin haldbær við veitingu prestsembættis.

**25** UA nr. 3882/2003, 3909/2003 og 3980/2003

vegna þriggja umsækjenda (karlar) og álit kæruneufndar jafnréttismála nr. 14/2003 vegna eins umsækjanda (konu).

**26** Álit kæruneufndar jafnréttismála í máli nr. 14/2003, kafli V.

**27** Álit kæruneufndar jafnréttismála í máli nr. 14/2003, kafli V. Nánar verður fjallað um afstöðu kæruneufndarinnar til „sérstakra kosta“ í kafla 6.

**28** Sjá kafla IV.4 í álit umboðsmanns Alþingis.

**29** Sjá kafla IV.5 í álit umboðsmanns Alþingis. Álit kæruneufndar jafnréttismála og umboðsmanns Alþingis er það sama að þessu leyti. Kæruneufndin telur hins vegar að um sérstakt sjónarmið sé að ræða sem ekki komi til mats á þessu stigi málsins. Umboðsmaður leggur hins vegar áherslu á að fram fari mat á grundvelli þessa sjónarmiðs eins og annarra málefnalegra sjónarmiða.

**30** UA nr. 3882/2003, 3909/2003 og 3980/2003, kafli IV.7. Sjá einnig H. frá 5. nóvember 1998 í máli nr. 46/1998, kafli II.

málefnalegra sjónarmiða er í raun komið í veg fyrir að fram fari samamburður á milli umsækjenda<sup>31</sup> og það getur haft þau áhrif að markmið fyrstu grunnreglunnar, að fá þann hæfasta til starfa, nái ekki fram að ganga.<sup>32</sup> Þar með hefur spurningunni í upphafi þessa kafla verið svarað. Hæfastur til starfa er sá einstaklingur sem talinn er hæfastur eftir heildstæðan samburð á grundvelli málefnalegra sjónarmiða m.t.t. þess starfs sem um er að ræða hverju sinni. Áherslusjónarmiðið er þáttur í þessu mati.

#### 4. FRAMKVÆMD HEILDSTÆÐS SAMANBURÐAR

Eins og fram kemur hér að framan hefur reglan um heildstæðan samburð áhrif á beitingu seinni grunnreglunnar þar sem hún gerir þá kröfu að veitingarvaldið meti og beri umsækjendur saman á grundvelli þeirra málefnalegu sjónarmiða sem byggt er á, þ.m.t. þess sjónarmiðs sem það hefur ákveðið að skuli hafa aukið vægi.

Samamburðurinn þarf að uppfylla ákveðnar kröfur, bæði formlegar og efnislegar. Til þess að hann geti farið fram verða að liggja fyrir upplýsingar um umsækjendur m.t.t. þeirra atriða sem þýðingu eiga að hafa við matið, sbr. 10. gr. stjórnsýslulaga.<sup>33</sup> Þau sjónarmið sem ætlunin er að reisa samamburðinn á verða einnig að vera í eðlilegum tengslum við þarfir starfseminnar hverju sinni.<sup>34</sup> Þá verður ákvörðun að byggja á réttum staðreyndum og ályktanir sem dregnar eru af

þeim um stöðu hvers umsækjanda að vera forsvaranlegar.<sup>35</sup> Lesa verður umfjöllunina hér á eftir með þessar og aðrar viðeigandi reglur stjórnsýsluréttarins í huga.

Fyrri grunnreglan leggur, eins og áður hefur komið fram, þá skyldu á veitingarvaldshafa að leita að hæfasta umsækjandanum úr hópi hæfra umsækjenda. Stjórnvaldið þarf því að skoða þau sjónarmið sem máli geta skipt við mat á hæfni umsækjenda til að gegna viðkomandi starfi og bera umsækjendur saman á grundvelli þeirra. Síðari grunnreglan kemur til skoðunar þegar þessi sjónarmið leiða til mismunandi niðurstöðu, A hefur t.d. betri menntun, B lengri og yfirgrípsmeiri starfsreynsla og C stendur þeim aðeins lítið eitt að baki á þessum sviðum og býður af sér bestan þokka. Í reglunni felst að stjórnvaldið má þá ákveða hver þessara sjónarmiðaskiptamestumálifyrirviðkomandi starf. Vegna kröfu þriðju reglunnar, reglunnar um heildstæðan samburð, má þó ekki leggja eitt þessara sjónarmiða alfarið til grundvallar. Umsækjandi sem metinn er hæfastur á grundvelli heildstæðs mats, þ.m.t. áherslusjónarmiðsins, verður talinn hæfari en sá sem best uppfyllir það sjónarmið eitt og sér.

Næst verður vikið að framkvæmd þessa mats, nánar tiltekið hvenær áherslusjónarmiðið kemur inn í matið en það getur haft áhrif á niðurstöðu matsins. Til skýringar má nefna dæmið um A, B og C hér að framan. Ef niðurstaða samamburðar allra þátta samanlagðra sem til skoðunar koma vegna

31 Sjá t.d. UA nr. 3882/2003, 3909/2003 og 3980/2003 kafla IV.3 og UA nr. 4210/2004, kafla IV.6.b.

32 Andersen, J.: „Udfyldning“ í Gammeltoft-Hansen, H. o.fl.; Forvaltningsret, bls. 364.

33 Sjá t.d. UA nr. UA 3882/2003, 3909/2003 og 3980/2003, kafla IV.6.

34 Sjá t.d. UA nr. 3769/2003, kafla IV.5 og í UA nr. 3882/2003, 3909/2003 og 3980/2003, kafla V.5.

35 Sbr. UA nr. 4210/2004, kafla IV.5. Eins og áður hefur komið fram útilokaði umboðsmaður Alþingis ekki að dómsmálaráðherra gæti ákveðið að leggja áherslu á þekkingu á einu réttarsviði til grundvallar við ákvörðun um skipun hæstaréttardómara. Þar sem undirbúningur ákvörðunar var ekki fullnægjandi var hins vegar ekki tekin bein afstaða til þess hvort mat ráðherra á hæfni umsækjanda hafi verið rétt.

Í framangreindu máli nr. 4210/2004 er fjallað um skipun ráðuneytisstjóra í félagsmálaráðuneytinu. Niðurstaðan í því máli er enn skýrari að því er snertir heildarmatið. Þar tekur umboðsmaður skýra afstöðu til matsins sjálfs, þ.e.a.s. hvort ráðherra hafi komist að rétttri niðurstöðu m.t.t. fyrirbyggjandi upplýsinga. Má segja að þar sé komin fjórða reglan, að ályktanir sem dregnar eru af nauðsynlegum upplýsingum verði að vera forsvaranlegar. Hið sama er uppi á teningnum í H. frá 16. nóvember 2006 í máli nr. 195/2006, um skipun sendiráðsprests í London, þar sem Hæstiréttur telur að líta hafi átt til þess að munur hafi verið á umsækjendum við mat á starfsreynslu og matið því ekki verið málefnalegt, sbr. hins vegar H. frá 22. janúar 2004 í máli nr. 330/2003, þar sem mat á umsækjendum um starf leikhússtjóra var talið málefnalegt.

tiltekings starfs er sú að B fær flest stig verður A ekki ráðinn þótt stjórnvaldið hafi ákveðið að leggja áherslu á menntunarþáttinn. Heildarstigafjöldi B er einfaldlega meiri. Stigin sem A fær fyrir menntunarþáttinn skilar honum ekki nægilega mörgum stigum til þess að komast yfir B vegna þess að aukið vægi menntunarþáttarins er ekki með í matinu. Ef umsækjendur hljóta hins vegar jafnmörg heildarstig á þessu stigi samanburðarins,<sup>36</sup> eru m.ö.o jafnhæfir áður en tekið er tillit til hins aukna vægis, getur áherslusjónarmiðið ráðið úrslitum.

Þetta dæmi getur litið öðru vísi út ef tekið er tillit til mismunandi vægis sjónarmiða fyrir við samanburðinn. Hver þáttur margfaldaður með sínu vægi segir þá til um heildarmatið. Aukið vægi menntunarþáttarins í heildarmatinu getur þá fleytt A yfir B. Á þessu verður þó að hafa þann fyrirvara að veitt vægi sé forsvaranlegt<sup>37</sup> og útiloki ekki með öllu samanburð á milli umsækjenda.

Til þess að unnt sé að beita samanburðarreglunni á þann hátt sem seinna dæmið gerir ráð fyrir hlýtur veitingarvalds-hafi að þurfa að ákveða fyrirfram, í fyrsta lagi að tiltekið sjónarmið skuli hafa aukið vægi<sup>38</sup> og í öðru lagi hvert það vægi skuli vera í samanburði við önnur sjónarmið. Af dómum og álitum á þessu sviði verður hins vegar ekki ráðið að stjórnvöld ákveði vægi sjónarmiða með nákvæmum hætti. Rökstuðningur stjórnvalda einkennist almennt fremur af upptalningu á þeim sjónarmiðum sem lögð eru til grundvallar. Tilgreining á einstöku sjónarmiði kemur einkum fram sem rökstuðningur fyrir því hvað ráðið hafi úrslitum. Það virðist því fremur vera notað til aðgreiningar frá öðrum málefnalegum

sjónarmiðum eftir að mat hefur farið fram en að ákveðið hafi verið hvaða vægi það skuli hafa í samanburði við önnur.<sup>39</sup> Í UA 4427/2005 vegna ráðningar í stöðu sérfræðings við Landspítala-Háskólasjúkrahús kemur þó fram að byggt hafi verið á ákveðnu kerfi þar sem umsækjendum voru gefnar ein-kunnir „á fimm breytum á kvarðanum 0-10“<sup>40</sup>. Í álitum umboðsmanns í máli nr. 4210/2004 vegna skipunar ráðuneyttisstjóra í félagsmálaráðuneytinu eru einnig vís-bendingar um að sjónarmið hafi mismikið vægi inni í heildarmatinu en þar er tekið fram að fái tiltekið sjónarmið aukið vægi hafi önnur minni þýðingu.<sup>41</sup>

Ef tekið er tillit til áherslusjónarmiðsins á þessu stigi samanburðarins virðist sem öðrum aðferðum sé beitt við samanburð valkvæðra áherslusjónarmiða en við beitingu sérstakra jafnræðisreglna á grundvelli jafnréttis laga, sem ekki verður beitt fyrir en það liggur fyrir að umsækjendur eru jafnhæfir, sbr. kafla 5. Gefur það tilefni til að skoða nánar hvort sömu aðferðum verður beitt við samanburð vegna áherslusjónarmiða<sup>42</sup> og sérstakra jafnræðisreglna eða forgangsreglna, sbr. kafla 6. En fyrst verður gerð grein fyrir forgangsreglum og beitingu þeirra.

## 5. FORGANGSREGLUR Í JAFNRÉTTISMÁLUM

Þó hvers kyns mismunun eftir kynferði sé óheimil, sbr. l. mgr. 22. gr. laga nr. 96/2000, um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla, ganga sérstakar tímabundnar aðgerðir sem ætlaðar eru til að bæta stöðu karla eða kvenna eða auka möguleika annars kynsins sérstaklega til að koma á jafnrétti og jafnri

**36** Hafa þá allir sömu niðurstöðu þótt stigin séu fyrir ólíka þætti.

**37** Sbr. t.d. UA nr. 4210/2004 og H. frá 16. nóvember 2006 í máli nr. 195/2006.

**38** Í álitum umboðsmanns Alþingis í máli nr. 4279/2004 kemur fram að ef ætlunin væri að ljá ákveðnu sjónarmiði sérstakt vægi yrði að telja það í samræmi við vandaða stjórnsýsluhætti að það kæmi fram í auglýsingu um starfið, sjá niðurlag kafla III.2.

**39** Í UA nr. 3882/2003, 3909/2003 og 3980/2003 tók dómsmálaráðherra fram í svörum til umboðsmanns Alþingis að „ekkert óbrigðult stigakerfi“ standi til boða og í UA nr. 4210/2004 tók félagsmálaráðherra fram að „ekki hafi verið sett á [sjónarmiðin] hlutfallslegt vægi, þannig að eitt gildi 10%, annað 50% o.s.frv.“

**40** UA nr. 4427/2005, kafla 1.

**41** UA nr. 4210/2004, kafla VI.d.

**42** Um skýringu á notkun hugtaksins áherslusjónarmið í þessu samhengi, sjá neðanmálsgrein 73.

stöðu kynjanna ekki gegn lögnum, sbr. 2. mgr. sömu greinar. Lögin mæla hins vegar ekki beint fyrir um forgangsreglu. Sú regla að veita skuli konu starf ef hún er a.m.k. jafnt að því komin að því er varðar menntun og annað sem máli skiptir og karlmaðurinn, sem við hana keppir, ef á starfssviðinu eru fáar konur, telst hins vegar grundvallarregla á þessu sviði og byggir hún á skýringu Hæstaréttar frá árinu 1993<sup>43</sup> á þágildandi jafnréttislögum. Hér er um að ræða sérstaka jafnræðisreglu sem mælir fyrir um að umsækjandi af öðru kyninu<sup>44</sup> skuli hafa forgang til starfs að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Reglan er því forgangsregla og „virðist stundum á því byggt að sjónarmið sem [slíkar reglur] geyma ákvæði um, skuli hafa aukið vægi“ við val á milli umsækjenda um tiltekið starf.<sup>45</sup> Ef forsendum hennar er fullnægt, sbr. framangreindan dóm Hæstaréttar, ber að leggja áherslu á það sjónarmið sem hún byggir á, þ.e.a.s. að jafna hlut kynjanna á viðkomandi starfssviði og ráða þann umsækjanda sem er af því kyni sem er í minnihluta. Forgangsregla á grundvelli jafnréttis laga hefur því áhrif á valfrelsi við stöðuveitingar þar sem hún á við.

Reglan er hins vegar skilyrt, hún kemur ekki til skoðunar og getur því ekki haft

framangreind áhrif nema þegar tveir eða fleiri umsækjendur hafa verið metnir jafnhæfir á grundvelli málefnaþgra sjónarmiða.<sup>46</sup> Í þeim málum sem komið hafa til kasta kærufndar jafnréttismála og dómstóla hefur verið lagt mat á menntun, reynslu og aðra eiginleika og vægi þessara þátta. Í sumum þeirra hefur einn umsækjanda verið metinn hæfastur og í öðrum hefur reynt á forgangsreglu vegna þess að umsækjendur hafa verið metnir jafnhæfir.<sup>47</sup> Hér er ekki ætlunin að fjalla um mismunandi mat á þessum þáttum og vægi þeirra í einstökum málum heldur athuga hvaða kröfur verða gerðar til samanburðarins sem forsendu fyrir því að slíkum reglum verði beitt. Í dómum eða álitum kærufndar jafnréttismála er ekki fjallað með skýrum hætti um það hversu langt þarf að ganga í þá átt að greina og bera saman sérstaka eiginleika hvers einstaklings áður en forgangsreglunni verður beitt.<sup>48</sup>

Slík álítaefni hafa hins vegar komið til kasta Evrópudómstólsins. Dómur Evrópudómstólsins í hinu svokallaða Kalanke máli<sup>49</sup> vakti mikla umræðu um undanþáguákvæði jafnréttis tilskipunar Evrópusambandsins<sup>50</sup> gagnvart meginreglu tilskipunarinnar sem bannar mismunun kynjanna á þeim

**43** H. frá 2. desember 1993 í máli nr. 339/1990. Sjá einnig t.d. H. frá 28. nóvember 1995 í máli nr. 431/1995, H. frá 5. nóvember 1998 í máli nr. 46/1998 og nú síðast í dómi Hæstaréttar frá 16. nóvember 2006 í máli nr. 195/2006.

**44** Regluna verður að skýra m.t.t. þess að jafnréttislöggjöf í dag leggur áherslu á jafna stöðu og jafnan rétt karla og kvenna og að gert er ráð fyrir að þörf á sérstækum aðgerðum getur átt jafnt við karla sem konur sbr. 2. mgr. 22. gr. laga nr. 96/2000, að uppfylltum skilyrðum.

**45** Starfskilyrði stjórnvalda, bls. 41 og Páll Hreinsson: Stjórnsýslulögin, skýringarrit, bls. 140.

**46** Kynjaskipting á viðkomandi starfssviði hefur einnig áhrif á beitingu reglunnar. Nýjasti dómur Hæstaréttar á þessu sviði, frá 16. nóvember 2006, í máli nr. 195/2006 er gott dæmi um áhrif skilyrðingarinnar. Talið var að kvennum sækjandi um prestsembætti í London hefði verið jafnhæfur eða hæfari til að gegna umræddu embætti. Jafnhæfismatið og sú staðreynd að engin kona gegndi prestsembætti erlendis gerðu forgangsregluna virka enda hafði veitingarvaldshafinn ekki sýnt fram á að aðrar ástæður en kynferði hefðu legið til grundvallar ákvörðun í málinu, sjá IV. kafla dómsins.

**47** Þess ber nú að geta að merkja má breytta nálgun kærufndarinnar í þessum efnum í nýlegri álitum nefndarinnar. Áður bar meira á því að nefndin legði sjálfstætt mat á hvaða sjónarmið hefðu þýðingu fyrir það starf sem um væri að ræða hverju sinni, sbr. UA t.d. nr. 2214/1997. Nú

visar nefndin markvisst til síðari grunnreglunnar og leggur mat á hæfni umsækjenda m.t.t. þeirra sjónarmiða sem veitingarvaldshafinn nefnir hverju sinni.

**48** Ath. þó aðurnefnt álit kærufndar jafnréttismála í máli nr. 14/2003 en nánar verður vikið að því hér á eftir.

**49** Case C-450/93, Kalanke (1995) ECR I-3051.

**50** Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions.

**51** Í grein 2(1) í tilskipuninni segir í: „...the principle of equal treatment shall mean that there shall be no discrimination whatsoever on grounds of sex either directly or indirectly by reference in particular to marital or family status.“ Eftir að svokallaður Amsterdamsamningur tók gildi á árinu 1999 kveður Evrópusamningurinn/Rómarsamningurinn á um jafnrétti kynjanna á vinnumarkaði (áður tók hann ádeins til jafnra launa) sjá nú 141. gr. samningsins. Í 4. mgr. 141. gr. samningsins er nú sérstaklega fjallað um jákvæðar aðgerðir á vinnumarkaði. Þar segir: „With a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the under-represented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers.“

sviðum sem hún tekur til.<sup>51</sup> Í þágildandi undanþáguákvæði<sup>52</sup> kom fram að sérstakar aðgerðir sem hefðu þann tilgang að stuðla að jöfnum tækifærum kynjanna og vinna gegn ójafnræði sem hefði áhrif á tækifæri kvenna brytu ekki gegn tilskipuninni. Í málinu þurfti dómurinn að svara spurningunni hvort þýsk jafnréttislög, sem mæltu fyrir um það að konur sem uppfylltu hæfiskröfur til jafns við meðumsækjendur þeirra af karlkyni skyldu ganga fyrir ef konur væru í minnihluta starfsfólks,<sup>53</sup> samræmdust ákvæðum tilskipunarinnar. Samkvæmt lögnum voru konur í minnihluta ef þær voru ekki a.m.k. helmingur starfsfólks. Í stuttu máli var niðurstaða dómsins sú að þýska lagaákvæðið tryggði konum algjöran og skilyrðislausan forgang og gengi því lengra en undanþáguákvæðið heimilaði. Það bryti því gegn meginreglu tilskipunarinnar um bann við mismunum.<sup>54</sup>

Þessi skýring dómstólsins leiddi til mikillar umræðu um réttmæti og tilgang forgangsreglna og mörk þeirra m.t.t. tilskipunarinnar. Ráðinu<sup>55</sup> var í mun að

dómurinn hefði ekki viðtækari áhrif en efni stæðu til og lagði áherslu á að jákvæðar aðgerðir samræmdust tilskipuninni ef þær gerðu ráð fyrir mati m.t.t. aðstæðna í hverju máli. Niðurstaðan í Kalanke málinu ætti aðeins við þar sem forgangsreglan væri skilyrðislaus og útilokaði að hæfni annarra umsækjenda yrði metin.<sup>56</sup> Þessi skilningur var síðan prófaður í svonefndu Marschall máli á árinu 1997.<sup>57</sup> Forgangsreglan sem deilt var um í því máli var svipuð og í Kalanke að því er snertir kröfur um jafnhæfi og minnihluta í viðkomandi starfsgrein en hafði einnig að geyma sérstakan fyrirvara eða öryggisákvæði<sup>58</sup> um skyldu vinnuveitandans til að tryggja það að karlmaður sem keppir við konu um starf fái að njóta sérstakra eiginleika sinna í matinu. Niðurstaða dómstólsins var að reglur sem uppfylltu þessi skilyrði væru innan marka tilskipunarinnar. Ef niðurstaða hlutlægs mats á þessum grundvelli setti umsækjanda skör framfar yrði forgangsreglunni hins vegar ekki beitt.<sup>59</sup> Sama mælikvarða hefur í öllum aðalatriðum verið beitt í síðari dómum Evrópu dómstólsins.<sup>60</sup>

**52** Þágildandi undanþáguákvæði (2(4)) í tilskipuninni hljóðaði svo: „This Directive shall be without prejudice to measures to promote equal opportunity for men and women, in particular by removing existing inequalities which affect women’s opportunities...“ Þetta ákvæði var fellt niður með tilskipun um breytingu á þeirri fyrri, Directive 2002/73/EC, og í staðinn kom nýtt ákvæði í 8. mgr. 2. gr. um jákvæðar aðgerðir þar sem segir: „Member States may maintain or adopt measures within the meaning of Article 141(4) of the Treaty with a view to ensuring full equality in practice between men and women.“ Rétt er að taka fram að tímaritsgrein þessari er ekki ætlað að gera með tæmandi hætti grein fyrir reglum og þróun Evrópuréttar á þessu sviði og gildi þeirra hér á landi vegna EES-samningsins. Athuginin tekur aðeins til þess hvort og þá hvaða kröfur megi lesa úr dómaframkvæmd í Evrópu um mat og samanburð áður en að forgangsregla sem byggir á jafnhæfi getur orðið virk.

**53** e: under-represented.

**54** Case C-450/93, Kalanke (1995) ECR I-3051, málsgreinar 21-23.

**55** e: The Council.

**56** Kom fyrst fram í tillögu til breytinga á tilskipun 76/207 á árinu 1996 O.J. C 179/8, sjá nánar Explanatory memorandum. Þessi hugsun kemur síðan fram í fyrmefndri grein 141 samningsins og tilskipun 2002/73/EC, sjá nánar tillögu til breytinga á tilskipuninni: O.J. C 337 E, Explanatory memorandum.

**57** Case C-409/95, Marschall (1997) ECR I-6363.

**58** e: saving clause.

**59** Case C-409/95, Marschall (1997) ECR I-6363, málsgrein 33. Sjá nánar samantekt um reglur á þessu sviði, sbr. dómaframkvæmd Evrópu dómstólsins, í tillögu um breytingu á tilskipun 76/207/EEC: O.J. C 337 E 28/11/2000, Explanatory memorandum, málsgrein 29.

**60** Niðurstöðurnar hafa verið mismunandi eftir því hvort forgangsreglur hafa uppfyllt þessi skilyrði eða ekki. Sem dæmi má nefna svokallað Badeck mál: Case C-158/97, (2000) ECR I-1985. Í því máli var grein 141 samningsins komin inn í myndina. Dómstóllinn fylgdi þeim línum sem lagðar höfðu verið í Marschall málinu. Í þessu máli kemur hins vegar fram að í hæfnismatinu megi taka tillit til sjónarmiða sem ætlað er að stuðla að efnislegu jafnrétti. Þetta mál hefur því þá þýðingu að slík sjónarmið teljast málefnaleg sjónarmið sem litið verður til í heildarmatinu. Hins vegar verður ekki annað séð en að skilyrði beitingar forgangsreglu um jafnhæfi á grundvelli mats samkvæmt Marshall reglunum standi áfram. Öryggisákvæðið sem um var að ræða uppfyllti samanburðarkröfurnar og því mátti beita forgangsreglunni sem málið snérist um. Um umfjöllun um þennan dóm sjá t.d. Fredman, S.: Discrimination law, bls. 140-143 og Barnard, C.: EC Employment law, bls. 426-428. Sem dæmi um forgangsreglur sem ekki uppfylltu skilyrði má nefna svonefnt Abrahamson mál: Case C-407/1998, (2000) ECR I-5539. Var um að ræða forgangsreglur sem veittu hæfum konum forgang án jafnhæfiskröfu sem ekki töldust í samræmi við tilskipunina eða 141. gr. samningsins.

Sérstakar aðgerðir verða, eins og áður segir, að hafa ákveðið markmið til þess að falla undir undanþáguákvæði tilskipunarinnar.<sup>61</sup> Þeim verður að vera ætlað að vinna gegn tilteknum aðstæðum og miða að því að koma á jafnrétti. Evrópudómstóllinn hefur lagt áherslu á að undanþáguákvæðið feli í sér frávík frá meginreglunni um jafnrétti kynjanna á vinnumarkaði og að gæta verði meðalhófs við beitingu þess. Slikar aðgerðir verða því ekki aðeins að vera til þess fallnar heldur einnig nauðsynlegar til að ná settu markmiði til þess að geta talist heimilar og mega ekki ganga lengra en nauðsyn krefur til að því markmiði verði náð.<sup>62</sup> Undanþáguákvæðið gerir því kröfur til aðgerðanna sjálfra, þær verða að vera í samræmi við markmiðið og gæta verður meðalhófs við beitingu þeirra. Til þess að forgangsreglum af þessu tagi verði beitt þarf jafnframt að byggja á hlutlægu og heildstæðu mati sem veitir nægjanlegt svigrúm til að allir umsækjendur njóti hugsanlegrar sérstöðu sinnar.

Framangreindar kröfur koma skýrt fram í máli Eftirlitsstofnunar EFTA gegn Noregi.<sup>63</sup> Í því máli taldi EFTA dómstóllinn að löggjöf í Noregi sem mælti fyrir um að tiltekinn fjöldi stöðugilda við háskólann í Ósló skyldi eingöngu vera fyrir konur gengi lengra en þágildandi grein 2(4) jafnréttistilskipunarinnar heimilaði. Dómurinn tók til skoðunar hvort hin umdeilda regla norskra laga veitti nægilega mikið svigrúm til hlutlægs mats og gengi lengra en nauðsynlegt væri til þess að hún næði tilgangi sínum. Í samræmi við dómaframkvæmd Evrópudómstólsins taldi dómstóllinn að lögmælt frávík frá grundvallarreglunni um jafnrétti kynjanna væru „því aðeins heimil

þegar lög eða lagaframkvæmd [væri] nægilega sveigjanleg og [fæli] í sér jafnvægi milli þess markmiðs að bæta stöðu þess kyns sem höllum fæti stendur í tiltekinni starfsgrein og möguleika umsækjanda af öðru kyni til að fá hæfni sína metna á hlutlægan hátt. Reglur og lagaframkvæmd verði að vera með þeim hætti að sá sem hæfastur er til að gegna stöðu eigi möguleika á að hljóta hana.“<sup>64</sup>

Eins og áður hefur komið fram<sup>65</sup> er sá einstaklingur hæfastur sem stendur öðrum framar eftir heildstæðan samanburð á grundvelli venjulegra hlutlægra mælikvarða. Það þýðir að meta verður umsækjendur og bera þá saman á grundvelli málefnalega sjónarmiða m.t.t. þess starfs sem um ræðir hverju sinni. Samkvæmt því sem að framan hefur verið rakið um viðhorf Evrópudómstólsins verða forgangsreglur að uppfylla strangar kröfur til þess að geta talist í samræmi við undantekningarákvæði jafnréttistilskipunarinnar. Slikum reglum verður ekki beitt nema umsækjendur hafi verið metnir jafnhæfir á grundvelli einstaklingsbundins mats þar sem tekið hefur verið tillit til allra málefnalega sjónarmiða sem borið geta vitni um hæfni hvers umsækjanda til að gegna viðkomandi starfi.

Þessar kröfur eru nokkuð sérstakar í ljósi þess að þeim forgangsreglum sem til umfjöllunar voru í þessum málum var aðeins ætlað að taka til tilvika þar sem umsækjendur hefðu verið metnir jafnhæfir. Er því nærtækt að ætla að málefnalegt mat og samanburður hafi þegar leitt í ljós jafnhæfi. Að öðrum kosti hefði sérstaða einhvers umsækjanda þegar skilað honum besta hæfnismatinu og því vandséð að forgangsreglan kæmi yfir höfuð til skoðunar. Er því heldur óljóst hvað felst í raun í kröfu um svigrúm til mats eða hvað það er sem eftir er að meta og öryggisákvæðinu er

61 Á það jafnt við hvort sem litíð er til eldra eða nýrra ákvæðis tilskipunarinnar og 141. gr. samningsins.

62 Sjá t.d. Case C-476/99, Lommers (2002) ECR I-2891.

63 Case E-1/02 (2003), Eftirlitsstofnun EFTA gegn Noregi.

64 Úr fréttatilkynningu EFTA dómstólsins á íslensku 03/03 frá 24. janúar 2003 vegna Case E-1/02, Eftirlitsstofnun EFTA

gegn Noregi. Aðgengilegt á <http://www.eftacourt.lu>. Sjá einnig 45. málsgrein dómsins. Einnig má benda á umfjöllun um dóminn í Barnard, C.: EC Employment law, bls. 428-429.

65 Sjá niðurstöðu í kafla 3.

66 Fredman, S.: Discrimination law, bls. 139.



ætlað að taka til.<sup>66</sup> Einnig hefur verið gagnrýnt hversu ríka áherslu Evrópuðómstóllinn leggur á jafnrétti einstaklingsins á kostnað efnislegs jafnréttis<sup>67</sup> við túlkun forgangsreglna,<sup>68</sup> auk þess sem alfarið er byggt á forsendum jafnhæfis.<sup>69</sup> Það er því enn ýmislegt óljóst í umræddri dómaframkvæmd og gagnrýnivert út frá jafnréttissjónarmiðum.<sup>70</sup> Hvað sem því líður tekur undanþáguákvæði jafnréttistilskipunarinnar, sbr. nú 141. gr. Rómarsamningsins, aðeins til forgangsreglna þar sem umsækjendur hafa verið metnir jafnhæfir samkvæmt þeim kröfum sem lýst er að framan.<sup>71</sup> Þótt jafnhæfishugtakið sé í eðli sínu óljóst og erfitt að fullyrða að tveir hæfir einstaklingar séu nákvæmlega jafnhæfir er ljóst að mat þarf að fara fram og að þessir einstaklingar verða ekki metnir jafnhæfir, sem er forsenda þeirra forgangsreglna sem hér eru til umfjöllunar, nema að litið hafi verið til allra sjónarmiða sem borið geta vitni um hæfni þeirra til viðkomandi starfs. Af þessu verður ráðið að forgangsreglur<sup>72</sup> hafi ekki áhrif fyrir en eftir að hæfni umsækjenda hefur verið metin á grundvelli venjulegra

málefnalega sjónarmiða sem geta haft mismikið vægi eftir nánari ákvörðun veitingarvaldshafans hverju sinni.

## 6. FORGANGSREGLUR OG ÁHERSLUSJÓNARMÍÐ<sup>73</sup>

Beiting forgangsreglna við stöðuveitingar lýtur í öllum grundvallaratriðum sömu grunnreglum og almennt gilda um slíkar ákvarðanir. Skilyrt forgangsregla vegna jafnréttissjónarmiða eins og hún birtist í dómaframkvæmd á Íslandi og í Evrópu gefur engan afslátt á fyrri grunnreglunni um að ráða beri hæfasta umsækjandann. Henni verður ekki beitt fyrir en umsækjendur hafa verið metnir jafnhæfir.

Þær ströngu kröfur sem gerðar eru til jafnhæfismatsins byggja eins og áður hefur komið fram á því að rétturinn til jafnræðis sé meðal grundvallarréttinda einstaklinga og frávik frá þeirri reglu verði að uppfylla tiltekin skilyrði.<sup>74</sup> Auk fyrri grunnreglunnar er því einnig horft til réttinda þeirra sem um slík störf sækja<sup>75</sup> hvort sem um forgangsreglur

**67** Fredman, S.: Discrimination law, bls. 136. Hugtakið efnislegt jafnrétti vísar til þessa að efni laga sé til þess fallið að stuðla að raunverulegu jafnrétti með áherslu á jafnar niðurstöður. Formlegt jafnrétti snýr fremur að því að jafnræðis sé gætt við beitingu laga án tillits til efnis þeirra eða þeirra ójöfnu niðurstaða sem hin jafna beiting lagareglna kann að leiða til. Um skýringu hugtaksins og fræðilega umfjöllun vísast til: Oddný Mjöll Arnardóttir: Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human rights, bls. 18 og áfram. Sjá einnig t.d.: Catherine Barnard: EC Employment law, bls. 335-336.

**68** Þótt sjónarmið um efnislegt jafnræði komi við sögu í Badeck málinu, sbr. neðanmálgrein 60, er eins og þar kemur fram heimilt að lita til slíkra sjónarmiða í matinu. Forgangsreglunni varð hins vegar ekki beitt nema um jafnhæfi hafi verið að ræða. Í þessu sambandi má einnig benda á dóminn í máli Eftirlitsstofnunar EFTA gegn Noregi, sbr. neðanmálgrein 63, en þar var lögð áhersla á að tiltekin viðmið sem notuð eru við mat á hæfni einstaklinga geti verið til þess fallin að gera hluta kvenna lakari í samanburði við karla. Mikilvægt sé að hafa þessa þætti í huga og jafnframt að sérstök reynsla kvenna geti verið mikilvægur þáttur í slíku mati. En einnig þar var sú forgangsregla sem um var að ræða talin ganga lengra en undanþáguákvæði jafnréttistilskipunarinnar heimilaði. Sjá nánar, E-1/02, málgrein 57.

**69** Fredman, S.: Discrimination law, bls. 136.

**70** Ekki er tilefni til að fjalla nánar um þá gagnrýni hér. Umfjöllunarefni greinarinnar snýr fyrst og fremst að því hvaða kröfur hafa verið gerðar til mats og samanburðar á

umsækjendum.

**71** Evrópuðómstóllinn hefur hafnað forgangsreglum sem ekki uppfylla þær kröfur, sbr. Case C-407/1998, Abrahamson (2000) ECR I-5539. Sjá einnig dóm EFTA dómstólsins í máli E-1/02.

**72** Lögð er áhersla á að hér er aðeins um umfjöllun um beitingu forgangsreglna að ræða en ekki um almenna umfjöllun um jafnræðissjónarmið sem taka þarf tillit til í hæfnismatinu, sbr. Badeck og norska málið.

**73** Hugtakið áherslusjónarmið er hér notað um þau málefnalega sjónarmið sem veitingarvaldshafi getur ákveðið að skuli hafa aukðið vægi í mati og samanburði á umsækjendum um tiltekið starf. Þau geta verið valkvæð en hafa verður í huga að efnisreglur stjórnýsluréttarins, s.s. jafnræðisregla, sbr. 11. gr. stjórnýslulaga, getur haft áhrif á beitingu þeirra auk þess sem jafnræðissjónarmið er í sjálfu sér málefnalegt sjónarmið. Hugtakið forgangsreglur er hins vegar notað um sérstaka jafnræðisreglu við stöðuveitingar sem lýst er í upphafi 5. kafla. Rétt er að taka fram hér að þegar skilyrði forgangsreglna eru fyrir hendi er skylt að taka tillit til þeirra. Í umfjölluninni hér á eftir er því ekki haldið fram að veitingarvaldshafinn geti komið sér hjá að beita skyldubundnum forgangsreglum með því að velja önnur sjónarmið. Mat á grundvelli þeirra síðarnefndu skapar hins vegar grundvöll fyrir beitingu þeirra fyrrnefndu.

**74** Í kafla 5 er vikið að gagnrýni vegna strangra krafna þar að lútandi.

**75** Rétturinn til jafnræðis er ekki bundinn við jafnrétti kynjanna, sbr. 11. gr. stjórnýslulaga og 65. gr. stjórnarskrárinnar.

eða áherslusjónarmið er að ræða.

Markmiðskröfur eiga einnig við hvort sem um er að ræða áherslusjónarmið eða forgangsreglur. Þannig verður sjónarmið sem veitt hefur verið aukið vægi á grundvelli seinni grunnreglunnar að vera til þess fallið og nauðsynlegt til að ná settu markmiði, þ.e.a.s. að fá hæfasta umsækjandann til starfa. Markmið forgagnsreglna er hins vegar að bæta stöðu karla eða kvenna eða auka möguleika annars kynsins sérstaklega til að koma á jafnrétti og jafnri stöðu kynjanna, sbr. 2. mgr. 22. gr. laga nr. 96/2000. Áherslusjónarmiðin, hvort sem þau birtast í þeirri merkingu sem hér er lögð til grundvallar eða sem forgagnsregla, mega ekki útiloka möguleika annarra umsækjenda til að fá hæfni sína metna á hlutlægan hátt þar sem hver og einn fær notið þeirra eiginleika sem eru sérstakir fyrir hann. Matið þarf einnig að vera forsvaranlegt. Sjónarmið sem á að hafa aukið vægi getur því ekki útilokað heildstætt mat heldur er þáttur í slíku mati, hvort sem hið aukna vægi er tilkomið vegna sérstakra reglna þar að lútandi eins og þegar um forgagnsreglur er að ræða, eða vegna ákvörðunar þess sem veitir stöðuna.

Í kafla 4 var m.a. vikið að framkvæmd heildstæðs mats. Ef litið er til Evrópuréttarins í málum vegna jafnréttistilskipunarinnar er ljóst að forgagnsreglum verður ekki beitt fyrir en það liggur fyrir að umsækjendur eru jafnhæfir. Í því hæfnismati hafa umsækjendur verið bornir saman á grundvelli málefnalegra sjónarmiða m.t.t. viðkomandi starfs og lögð er áhersla á að ekki verði litið fram hjá atriðum sem skipt geta máli í þeim samanburði. Forgagnsreglu verður þá fyrst beitt að ekki verði gerður greinarmunur á umsækjendum eftir slíkan samanburð. Ef sömu kröfur væru gerðar til samanburðar á grundvelli áherslusjónarmiða veitingarvaldshafans kæmust þau ekki að

í matinu fyrir en umsækjendur hafa verið metnir jafnir að öðru leyti.<sup>76</sup>

Standa þá eftir spurningarnar hvort kröfunni um heildstætt mat verður beitt með sama hætti um áherslusjónarmið og um forgagnsreglur og hvernig samspili þessara sjónarmiða verður háttað. Sú síðari er áhugaverð í ljósi þess að forgagnsreglur eru í raun fyrirmæli um að veita skuli þeim sjónarmiðum sem þær byggja á sérstakt vægi við veitingu starfa.<sup>77</sup> Minnt er á að beiting síðari grunnreglunnar er háð því að lög eða stjórnvaldsfyrirmæli mæli ekki fyrir um hvaða sjónarmið skuli leggja til grundvallar við veitingu tiltekins starfs. Ef forgagnsreglur eru dæmi um slík fyrirmæli myndu þær takmarka svigrúm veitingarvaldshafa til að ákveða áherslur og vægi sjónarmiða.

Kærunefnd jafnréttismála virðist leggja þennan skilning til grundvallar í málinu um skipun hæstaréttardómara sem áður hefur verið fjallað um. Í niðurstöðu nefndarinnar kemur fram að sjónarmið um „sérstaka kosti tiltekinnar umsækjenda [geti] ekki komið til skoðunar nema í því skyni að velja á milli umsækjenda sem teljast jafnhæfir í ljósi starfsferils og lögfræðilegrar þekkingar.“<sup>78</sup>

Ef spurningunni hér að framan væri svarað á þennan hátt myndi það m.a. hafa þau jákvæðu áhrif að takmarka möguleika veitingarvaldshafa til að réttlæta ákvarðanir sínar með málamyndaskýringum um sérstakt vægi tiltekinnar sjónarmiða. Slík niðurstaða virðist hins vegar stangast á við þær reglur sem lagðar hafa verið til grundvallar við beitingu forgagnsreglna. Eins og áður segir er jafnhæfi forsenda fyrir beitingu slíkra reglna og gerðar eru strangar kröfur til þess að þær veiti nægjanlegt svigrúm til hlutlægs mats á grundvelli þeirra málefnalegu sjónarmiða sem kunna að hafa áhrif á matið hverju sinni. Ef eitthvert þeirra fleytir einum umsækjanda fram fyrir aðra kemur forgagnsreglan ekki

**76** Umsækjendur hafa þá sama heildarstigafjölda þótt stigin séu fyrir ólíka þætti, sbr. eðanmálgrein nr. 36.

**77** Sbr. Starfsskiýrði stjórnvalda, bls. 41, sbr. umfjöllun um

sérstakar jafnræðisreglur í kafla 4.

**78** Sbr. 2. mgr. 4. mgr. laga nr. 15/1998, um dómstóla. Sjá álit kærunefndar jafnréttismála í máli nr. 14/2003, V. kafla.

til álita. Þetta verður ekki skilið öðru vísi en svo að meta beri umsækjendur á grundvelli þeirra sjónarmiða sem almennt verður litið til í hæfnismati, s.s. menntun og starfsreynslu. Sérstakar menntunarkröfur eða starfsreynsla á tilteknu sviði, s.s. stjórnun, hljóta að falla þar undir enda eru þær málefnaleg sjónarmið sem veitt geta vísbendingu um hvernig umsækjendur koma til með að gegna viðkomandi starfi m.t.t. þarfa veitingarvaldshafans. Hlýtur því að þurfa að líta til þeirra í matinu.

Í þessu sambandi má einnig benda á ummæli umboðsmanns Alþingis vegna þeirrar ákvörðunar um skipun hæstaréttardómara sem hér hefur verið gerð að umtalsefni þess efnis að heildstæður samanburður á umsóknum sé nauðsynlegur til þess að ganga úr skugga um hvort í viðkomandi máli reyni á þær reglur sem leiða af jafnréttislögum.<sup>79</sup> Ummæli þessi styðja þá niðurstöðu að leggja verði hlutlægt mat á öll málefnaleg sjónarmið sem gefið geta til kynna hæfni umsækjenda til að inna viðkomandi starf af hendi til þess að ganga úr skugga um hver þeirra geti talist hæfastur eða eftir atvikum hvort beita beri hinni sérstöku forgangsreglu.

Með vísan til framangreinds geta sérstakar forgangsreglur, þrátt fyrir sérstöðu sína, ekki gengið framar áherslusjónarmiðum veitingarvaldshafa. Hin síðarnefndu eru þáttur í jafnhæfismatinu. Hlýtur því að þurfa að taka tillit til vægis þeirra í heildarmatinu. Þar skilur því á milli beitingar sérstakra jafnræðisreglna og áherslusjónarmiða veitingarvaldshafa við stöðuveitingar. Fyrirvarinn um að umsækjendur hafi verið metnir jafnhæfir til þess taka megi tillit til vægis áherslusjónarmiðsins á aðeins við þegar um sérstakar forgangsreglur er að ræða.

## 7. LOKAORÐ

Í grein þessari hefur verið fjallað um reglur sem gilda um veitingu opinberra starfa. Markmið þeirra er að tryggja að til starfa veljist hæfasti umsækjandinn um tiltekið starf. Viðurkennt er að veitingarvaldshafanum er heimilt að ákveða hverju sinni að tiltekin sjónarmið skuli hafa meira vægi en önnur. Beiting þeirrar heimildar í nokkrum málum gefur hins vegar tilefni til að útfæra hana nánar. Í því sambandi er bent á að til þess að markmiði fyrri grunnreglunnar verði náð, þ.e.a.s. að finna hæfasta einstaklinginn úr hópi umsækjenda verði að fara fram heildstæður og forsvaranlegur samanburður á grundvelli venjulegra málefnalega sjónarmiða. Er þessi fyrirvari nefndur þriðja grunnreglan í greininni. Þau sjónarmið sem stjórnvöld kunna að leggja áherslu á mega þannig ekki útiloka heildstætt mat heldur verða að vera þáttur í slíku mati.

Vakin er athygli á því í greininni að það geti haft þýðingu fyrir niðurstöðu heildarmatsins hvort tekið er tillit til mismunandi vægis sjónarmiða í samanburðinum eða hvort það getur aðeins haft áhrif að öllu öðru jöfnu. Niðurstaða þeirrar umfjöllunar er sú að áherslusjónarmiðið sé þáttur í jafnhæfismatinu. Er að þessu leyti beitt annarri aðferð en þegar um er að ræða beitingu sérstakra forgangsreglna á grundvelli jafnréttissjónarmiða sem fá fyrst vægi eftir að umsækjendur hafa verið metnir jafnhæfir. Að öðru leyti er aðferðafræðin sú sama hvort sem um er að ræða sérstakar forgangsreglur eða áherslusjónarmið. Mismunurinn á þessu stigi samanburðarins stafar af kröfum, sem m.a. annars koma fram í dómaframkvæmd Evrópuðómstólsins, um að umsækjendur skuli njóta eiginleika sinna sem skipt geta máli áður en slíkum forgangsreglum verði beitt. Því þarf að leggja mat á og bera saman alla þá þætti sem gefið

geta vísbendingu um hæfni til viðkomandi starfs áður en þær koma til álita.

Framangreind niðurstaða getur gefið til-efni til spurninga um hvort veitingarvalds-hafa sé í löfa lagið að draga fram tiltekin sjónarmið og veita þeim aukið vægi og jafnvel sníða kröfur sínar að tilteknum umsækjendum í þeim tilgangi að stýra málum framhjá þeim reglum sem hér hafa verið til umfjöllunar. Því má einnig halda fram að hin ríka áhersla á rétt einstaklingsins við túlkun forgangsreglna hafi áhrif á það hvort slíkar reglur geti talist virkt úrræði til að bæta stöðu kvenna á vinnumarkaði.<sup>80</sup> Þannig geti reynst erfitt að ná fram tilgangi jafnréttis laga eins og þeim er lýst í dómi Hæstaréttar þar sem hin skilyrta jafnræðisregla íslensks réttar er orðuð. Er það verðugt umhugsunarefni nú á afmælisári og við endurskoðun jafnréttis laga. Í þessu sambandi er rétt að minna á skyldu stjórnvalda til að auglýsa laus embætti og önnur opinber störf. Sú staða sem lýst hefur verið hér að framan eykur enn mikilvægi þeirrar skyldu. Auknar kröfur um efni slíkra auglýsinga gætu e.t.v. unnið gegn misnotkun þeirra grunnreglna sem hér hefur verið fjallað um.

## HEIMILDASKRÁ

### Alþingistiðindi

- Andersen, J.: „Domstolsprøvelse“ og „Udfyldning“ i Gammeltoft-Hansen, H. og fl.: Forvaltningsret. 2. útg. Jurist og Økonomforbundets forlag. Kaupmannahöfn 2002.
- Ásmundur Helgason: „Löggjöf um opinberar starfsveitingar.“ Stjórnmal og stjórnsýsla, vef tímarit, 1. tbl. 2006.
- Barnard, C.: EC Employment law. 3. útg. Oxford University Press. New York 2006.
- Christensen, B.: Forvaltningsret - Opgaver, hjemmel, organisation. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. Kaupmannahöfn 1997.
- Christensen, B.: Forvaltningsret – Prøvelse. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. Kaupmannahöfn 1994.
- Pedersen R.D.: Det forvaltningsretlige skøn. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. Kaupmannahöfn 2006.
- Fredman, S.: Discrimination law. Oxford University Press 2002.
- Larsen, K.: „Retsgrundlaget for ansættelse i forvaltningen“ og „Konkrete personalebeslutninger“ i Gammeltoft-Hansen, H. og fl.: Forvaltningsret. 2. útg. Jurist og Økonomforbundets forlag. Kaupmannahöfn 2002.
- Nielsen, R.: „EU Law and Multiple Discrimination“ CBS Law Studies. WP 2006-01. Aðgengilegt á: <http://ir.lib.cbs.dk/download/ISBN/8791759013.pdf>.
- Oddný Mjöll Arnardóttir: Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human rights. International Studies in Human Rights. Martinus Nijhoff Publishers. Haag 2003.
- Páll Hreinsson: Stjórnsýslulögin, skýringarrit. Forsætisráðuneytið. Reykjavík 1994.
- Ragnhildur Helgadóttir: „Vald dómstóla til að endurskoða stjórnvaldsákvæðanir.“ Tímarit lögfræðinga, 1. hefti 2005, bls. 99-112.
- Starfsskilyrði stjórnvalda. Skýrsla nefndar um starfsskilyrði stjórnvalda, eftirlit með starfsemi þeirra og viðurlög við réttarbrotum í stjórnsýslu. Forsætisráðuneytið. Reykjavík 1999.

### *Dómar Hæstaréttar*

- H. frá 2. des 1993 í máli nr. 339/1990 (2993:2230)
- H. frá 28. nóvember 1996 í máli nr. 431/1995 (1996:3760)
- H. frá 5. nóvember 1998 í máli nr. 46/1998 (1998:3599)
- H. frá 10. október 2002 í máli nr. 121/2002 2002:3066)
- H. frá 22. janúar 2004 í máli nr. 330/2003 (2004:153)
- H. frá 16. nóvember 2006 í máli nr. 195/2006

### *Dómar Evrópu dómstólsins*

- Case C-450/93, Kalanke (1995) ECR I-3051
- Case C-409/95, Marschall (1997) ECR I-6363
- Case C-158/97, Badeck (2000) ECR I-1975
- Case C-407/1998, Abrahamson (2000) ECR I-5539
- Case C-476/99, Lommers (2002) ECR I-2891

*Dómur EFTA dómstólsins*

Case E-1/02, Eftirlitsstofnun EFTA gegn Noregi (2003)

*Álit umboðsmanns Alþingis*

UA nr. 1391/1995

UA nr. 2214/1997

UA nr. 3769/2003

UA nr. 3882/2003, 3909/2003 og 3980/2003

UA nr. 4210/2004

UA nr. 4279/2004

UA nr. 4427/2005

*Álit kærunefndar jafnréttismála*

Mál nr. 14/2003







Jónatan Þórmundsson,  
prófessor.

# UMBOÐSSVIK

<b>I</b>	<b>STAÐA UMBOÐSSVIKA MEÐAL AUÐGUNARBROTA</b>	172
1.1	<i>Verndarhagsmunir og verknaðarandlag</i>	172
1.2	<i>Lögformleg flokkun auðgunarbrot</i>	172
1.3	<i>Umboðssvik – lagatexti og brotaheiti</i>	173
1.4	<i>Fræðileg skilgreining umboðssvika</i>	173
<b>2</b>	<b>SÉRSTÖK FLOKKUNAREINKENNI UMBOÐSSVIKA</b>	174
2.1	<i>Almenn og sérstök flokkunareinkenni</i>	174
2.2	<i>Hlutverk 249. gr. hgl.</i>	175
2.3	<i>Einhliða ráðstöfunarbrot</i>	176
2.4	<i>Verknaðarandlag umboðssvika</i>	177
2.5	<i>Umboðssvik sem trúnaðarbrot</i>	177
<b>3</b>	<b>VERKNAÐARLÝSING UMBOÐSSVIKA OG FULLFRAMNING</b>	178
3.1	<i>Misnotkun aðstöðu</i>	178
3.2	<i>Ólögæt misnotkun</i>	178
3.3	<i>Fyrri verknaðarþáttur 249. gr.</i>	180
3.4	<i>Síðari verknaðarþáttur 249. gr.</i>	182
3.5	<i>Fullframing umboðssvika</i>	183
3.6	<i>Afmörkun umboðssvika gagnvart fjáðrætti o.fl.</i>	184
<b>4</b>	<b>ALMENNT ÁSETNINGSSKILYRÐI OG AUÐGUNARÁSETNINGUR</b>	185
4.1	<i>Almenna ásetningsskilyrðið</i>	185
4.2	<i>Huglæg og hlutræn einkenni auðgunarásetnings</i>	185
4.3	<i>Veruleg fjártjónshætta</i>	186

## 1. STAÐA UMBOÐSSVIKA MEÐAL AUÐGUNARBROTA

### 1.1. Verndarhagsmunir og verknáðarandlag.

Umboðssvik teljast til auðgunarbrot, sem fjallað er um í XXVI. kafla almennra hegningarlaga nr. 19 frá 12. febrúar 1940 með áorðnum breytingum (eftirleiðis skammstöfuð hgl.). Auðgunarbrot falla undir rýmri flokk hagnaðarbrota og þau aftur undir fjármunabrot, sem er víðtækast þessara þriggja hugtaka.<sup>1</sup> Verndarhagsmunir refsíákvæða um fjármunabrot, þar með talin auðgunarbrot og önnur hagnaðarbrot, lúta að hvers konar fjárhagslegum verðmætum, ýmist þannig að verknáður beinist að áþreifanlegum verðmætum, sem eru fyrir hendi (verknáðarandlag), eða að því að afla ávinnings eða spara útgjöld með ólögætum hætti án þess að um eiginlega fjármunayfirfærslu sé að ræða. Auðgunarbrot eru af fyrri gerðinni, sem hér er nefnd. Þau beinast yfirleitt að tilteknu verknáðarandlagi og felast í ólögætri yfirfærslu þessara verðmæta til annarra manna eða lögaðila, sem ekki eiga rétt til umráða yfir þeim.

### 1.2. Lögformleg flokkun auðgunarbrot.

Auðgunarbrot eru vel afmarkaður brotaflokkur, bundinn við XXVI. kafla hgl. Allar þær brotategundir, sem lýst er í XXVI. kafla, eru auðgunarbrot í samræmi við heiti kaflans, en aðrar brotategundir eru útilokaðar samkvæmt fortakslausri flokkun löggjafans. Eðli máls samkvæmt hafa ýmis önnur hagnaðarbrot einkenni auðgunarbrot, en teljast samt ekki til þeirra, sbr. 243. gr. hgl. um auðgunarásetning. Af þessu leiðir enn fremur, að skjalafals samkvæmt 155. gr. hgl. er ekki auðgunarbrot, þótt í skjalafalsbrotum felist

að jafnaði háttsemi á borð við auðgunarbrot (oftast fjársvik eða fjárdráttur), enda tæmir 155. gr. þá sökina. Með því er átt við, að auðgunarþátturinn er innifalinn í skjalafalsi og 155. gr. einni beitt, ef sakfellt er fyrir háttsemina.<sup>2</sup>

Framsetning auðgunarbrotákvæða er sérstæð fyrir íslenskan rétt. Hún átti sér fyrirmynd í dönsku hegningarlögum nr. 126 frá 15. apríl 1930, með nokkrum frávikum. Þar var t.d. ekki almennt ákvæði um auðgunarásetning hliðstætt 243. gr. hgl. Í hverju einstöku ákvæði dönsku laganna var áskilnaður um auðgunarásetning. Í greinargerð dönsku hegningarlaganna var hugtakið auðgunarásetningur skilgreint efnislega á líkan veg og í greinargerð íslensku laganna.<sup>3</sup> Þetta atriði varðandi auðgunarásetning er enn óbreytt í dönsku hegningarlögum. Hins vegar var gerð sú breyting þar, að kaflarnir um auðgunarbrot (Berigelsesforbrydelser) og um önnur refsiverð fjármunabrot (Andre strafbare formuekrænkelser) voru sameinaðir í einum kafla undir heitinu Fjármunabrot (Formueforbrydelser), sbr. lög nr. 465/2001. Eldri skiptingin er sem sagt enn við lýði í íslensku lögum, sjá XXVI. og XXVII. kafla. Ýmis tengsl eru milli ákvæða í þessum tveimur köflum og því nokkur rök fyrir hliðstæðri breytingu á íslensku lögum. Slík breyting yrði þó nokkru flóknari en hjá Dönum vegna almenna ákvæðisins í 243. gr. Mismunandi leiðir væru hugsanlegar: (1) Hafa tilvísun í 243. gr. til þeirra ákvæða í lögum, sem nú eru auðgunarbrot. (2) Rýmka svið auðgunarbrot. (3) Hafa sama hátt á og Danir með áskilnaði um auðgunarásetning í hverju ákvæði. (4) Breyta inntaki auðgunarásetnings í það horf, sem nú er lagt til grundvallar m.a. í norskum rétti.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Jónatan Þórmundsson: Afbrot og refsíabýrgð I (1999), bls. 62; sami: Fjármuna- og efnahagsbrot, I. hluti (1995), bls. 1-6.

<sup>2</sup> Sjá um sakartæmingu og sambeitingu refsíákvæða Jónatan Þórmundsson: Afbrot og refsíabýrgð I (1999), bls. 254-260.

<sup>3</sup> Betænkning afgiven af Straffelovskommissionen, U III (1923), dálkur 366.

<sup>4</sup> Sjá um vinningsforbrytelsur og vinningshensikt í riti Johs. Andenæs: Formuesforbrytelsene (1992), bls. 1 og 22-23; sami: Alminnelig strafferett (1997), bls. 222.

1.3. *Umboðssvik – lagatexti og brotaheiti.* Ákvæði 249. gr. hgl. hefur að geyma verknaðarlýsingu umboðssvika og hljóðar ákvæðið svo:

*Ef maður, sem fengið hefur aðstöðu til þess að gera eitthvað, sem annar maður verður bundinn við, eða hefur fjárreiður fyrir aðra á hendi, misnotar þessa aðstöðu sína, þá varðar það fangelsi allt að 2 árum, og má þynja refsinguna, ef mjög miklar sakir eru, allt að 6 ára fangelsi.*

Ákvæði þetta er óbreytt frá setningu hegningarlaganna 1940. Það var þá nýmæli.<sup>5</sup> Heitið umboðssvik kemur ekki fram í texta ákvæðisins, né heldur í athugasemdum greinargerðar með ákvæðinu.<sup>6</sup> Brotaheiti þetta er samt almennt notað í refsirétti og réttarframkvæmd, þótt það sé of þröngt miðað við efni ákvæðisins. Orðið umboð kemur ekki heldur fyrir í textanum, en þess í stað er þar notað orðið *aðstæða* og orðasambandið *að misnota aðstöðu sína*. Í athugasemdum greinargerðar, sem fyrr er vísað til, segir að ákvæðið eigi ekki einungis við um umboð, heldur og aðra raunverulega aðstöðu til þess að gera eitthvað, er bindur annan mann. Síðari verknaðarþáttur 249. gr. gerir í raun ráð fyrir stöðumboði manns, sem hefur fjárreiður fyrir aðra á hendi og misnotar þessa aðstöðu sína.

Ákvæði nátengt 249. gr. er lögfest í 261. gr. hgl., þ.e. í XXVII. kafla laganna um ýmis brot, er varða fjárréttindi. Slík brot eru því ekki auðgunarbrot, sbr. 243. gr. um auðgunarásetningu. En brot gegn 261. gr. er hlutrænt séð fólgið í sams konar athöfnum og þeim, sem lýst er í 249. gr. (einnig 248. gr. eða 250. gr., þegar við á). Þó að auðgunarásetningur þyki ekki sannaður til slíkra athafna, eru samt gerðar almennar ásetningskröfur til þess manns, er þær fremur, sbr. 18. gr. hgl.

1.4. *Fræðileg skilgreining umboðssvika.* Skilgreining umboðssvika miðast við texta ákvæðisins í 249. gr. hgl., stöðu þess meðal annarra auðgunarbrot og þróun þess í íslenskri réttarframkvæmd. Samkvæmt þessu getur skilgreining hljóðað svo: Umboðssvik fela í sér einhliða og ólögsmæta misnotkun aðstöðu eða trúnaðar til þess að gera eitthvað eða láta eitthvað ógert, sem annar maður eða lögaðili verður bundinn við, enda sé verkið af ásetningu unnið og í auðgunarskyni.

Helsta sérkenni umboðssvika er misnotkun aðstöðu eða trúnaðar (trúnaðarbrots) og fjárhagsleg ráðstöfun í skjóli hennar til þess að afla sér eða öðrum fjárvinninga á kostnað annarra, án þess að fyrir hendi þurfi að vera sérgreind og áþreifanleg fjárverðmæti í vörslum.

Saknæmisskilyrði eru tvíþætt samkvæmt 249. gr. hgl. Í fyrsta lagi þarf ásetningur að standa til brots og taka til allra efnisþátta verknaðar eins og honum er lýst fullfrömdum í verknaðarlýsingu ákvæðisins, sbr. 18. gr. hgl. Í öðru lagi þarf að sýna fram á auðgunarásetningu í samræmi við 243. gr. hgl. Bæði þessi skilyrði þurfa fortakslaut að vera fyrir hendi, til þess að unnt sé að sakfella mann fyrir brot gegn 249. gr. Ef ekki tekst að sanna auðgunarásetningu til umboðssvika, gæti verknaðurinn varðað við 261. gr. hgl., en þó því aðeins að uppfylltar séu almennar ásetningskröfur samkvæmt 18. gr. hgl.

Í hinni fræðilegu skilgreiningu umboðssvika er gert ráð fyrir, að athafnaleysi sé lagt að jöfnu við athöfn, þótt það sé ekki nefnt í texta lagaákvæðisins, sbr. orðalagið: „til þess að gera eitthvað eða láta eitthvað ógert“. Ákvæði 249. gr. hgl. hefur að geyma verknaðarlýsingu athafnabrots (bannbrots), en hefur eins og mörg önnur ákvæði laganna rýmri merkingu eðli máls samkvæmt. Af bannreglum laganna um athafnabrot má að jafnaði leiða reglur um óbein athafnaleysis-

<sup>5</sup> Alþt. 1939, A-deild, bls. 395; Gizur Bergsteinsson: Auðgunarbrot. Úlfjótur, 2. tbl. 1955, bls. 10.

<sup>6</sup> Alþt. 1939, A-deild, bls. 395-396.

brot, sjá m.a. almenna leiðbeiningu þess efnis í greinargerð hegningarlaganna.<sup>7</sup> Á þessum grundvelli gæti saknæmur eftirlitsskortur fyrirsvarsmanns í fyrirtæki eða stofnun bakað honum refsíabyrgð samkvæmt 249. gr., ef starfsmaður fyrirtækisins hefur misnotað aðstöðu sína í skilningi ákvæðisins.

Lagatexti 249. gr. hgl. gefur til kynna, að bæði *gerandi* og *verknadarþoli*, sem bundinn verður vegna misnotkunar geranda, þurfi að vera sakhæfir einstaklingar, sbr. orðalagið: „Ef maður, sem fengið hefur aðstöðu til þess að gera eitthvað, sem annar maður verður bundinn við...“. Í skilgreiningu umboðssvika að ofan er gert ráð fyrir rýmri skilningi hugtaksins *maður*, þegar það er notað um verknadarþola, þannig að það taki til lögaðila auk einstaklinga. Lagatextinn gerir ráð fyrir því, sem almennast var á þeim tíma, er hegningarlögin voru sett, sem sé að fjármálaviðskipti færu fyrst og fremst fram milli einstaklinga. Má því líta á þetta orðalag sem eins konar auðkennatalningu í dæmaskyni (*denominatio a potiori*).<sup>8</sup> Miðað við aðstæður nú á dögum væri það ótækt frá samræmingarsjónarmiði, að refsíabyrgð réðist af því, hvort gerandi hefði bundið annan einstakling eða lögaðila með ráðstöfun sinni. Því má telja víst, að lögaðili geti einnig orðið bundinn í skilningi ákvæðisins. Sá skilningur hefur verið staðfestur í réttarframkvæmd, sbr. H 1966:772 (H/f Eimskipafélag Íslands) og H 1995:2610 (Búnaðarbanki Íslands).

Áskilið er í 249. gr. hgl., að *gerandi* sé maður, þ.e. einstaklingur. Gerendur geta verið fleiri en einn, ýmist sem aðalmenn (samverkamenn) eða aðalmaður/menn og hlutdeildarmaður/menn. Til skamms tíma hefur engin heimild verið í hegningarlögum til að leggja refsíabyrgð á lögaðila. Slík

heimild var lögfest með lögum nr. 74/2006, þar sem bætt var við nýju ákvæði í II. kafla A um refsíabyrgð lögaðila, 19. gr. d. Þessi kafla laganna fjallar annars um gildissvið lögaðilaábyrgðar, ábyrgðarskilyrði og viðurlög, í þeim tilvikum þegar lög heimila slíka refsíabyrgð og ekki er kveðið á með öðrum hætti um tilhögun hennar. Hið nýja ákvæði í 19. gr. d. veitir almenna heimild, er nær til hegningarlaganna í heild, og tekið er fram, að skilyrði II. kafla A þurfi að vera uppfyllt. Vitaskuld er mjög mismunandi í hegningarlögum, hvort eða hvernig á heimild þessa getur reynt.

## 2. SÉRSTÖK FLOKKUNAREINKENNI UMBOÐSSVIKA

**2.1. Almenn og sérstök flokkunareinkenni.** Með almennum flokkunareinkennum er átt við þau einkenni, sem eru sameiginleg öllum auðgunarbrotum.<sup>9</sup> Ber þá í fyrsta lagi að nefna hið lögbundna skilyrði 243. gr. um auðgunarásetning, sem nánar er fjallað um í 4. kafla ritgerðarinnar. Í öðru lagi leiðir það af 18. gr. hgl., að eingöngu ásetningur getur verið saknæmisskilyrði tengt einstökum verknadarlýsingum í XXVI. kafla hgl. Gáleysi er hvergi heimilað í þessum ákvæðum, eins og áskilið er í 18. gr. laganna.<sup>10</sup> Í þriðja lagi hefur andlag auðgunarbroti ætíð eitthvert fjárhagslegt gildi. Í fjórða lagi eru auðgunarbrot tjónsbrot í eðli sínu, sjá um skilgreiningu auðgunarásetnings í 4. kafla. Þetta síðasta skilyrði er þó ekki einhlitt, þegar um er að ræða brot eins og fjárdrátt og umboðssvik. Verður komið að því efni síðar.

Hin sérstöku flokkunareinkenni varða ýmist einstaka brotategund, t.d. umboðssvik, eða eru sameiginleg einkenni tveggja eða fleiri brotategunda innan XXVI. kafla

<sup>7</sup> Alþt. 1939, A-deild, bls. 354; Jónatan Þórmundsson: Afbrot og refsíabyrgð I (1999), bls. 83-84, 221 og 241.

<sup>8</sup> Jónatan Þórmundsson: Afbrot og refsíabyrgð I (1999), bls. 206-207.

<sup>9</sup> Jónatan Þórmundsson: Fjármuna- og efnahagsbrot, 1. hluti (1995), bls. 8.

<sup>10</sup> Sjá hins vegar 263. gr. í XXVII. kafla hgl. (stórfellt gáleysi). Þetta ákvæði er skylt hylmingu samkvæmt 254. gr., en telst ekki auðgunarbrot eins og hylming.

hgl. Auðgunarbrot eru ólík um margt, en einstakar brotategundir þeirra má flokka saman eftir mismunandi efnisatriðum. Samsetning slíkra flokka er þá ólík eftir því, hvaða efnisatriði miðað er við. Því fer þó fjarri, að þessi flokkaskil séu ætíð skýr og raunar getur verið erfitt að greina á milli einstakra auðgunarbrot, þegar á hólminn er komið. Það eru þessi sérstöku einkenni, sem fjallað verður um hvert um sig í þessum kafla, með sérstöku tilliti til umboðssvika.

## 2.2. Hlutverk 249. gr. hgl.

Það verður ekki ráðið af brotalytingu 249. gr. hgl., né heldur af athugasemdum greinargerðar,<sup>11</sup> að hlutverk ákvæðisins sé eitthvert annað eða veigaminna en annarra ákvæða í XXVI. kafla laganna. Áður fyrr var það viðhorf algengt í fræðiritum og réttarframkvæmd, bæði hér á landi og í Danmörku, að umboðssvikaákvæðið væri eins konar varaskeifa fyrir önnur og alvarlegri afbrot, einkum fjárdrátt og fjársvik. Samkvæmt því þótti þá ekki fært í slíkum tilvikum að beita ákvæðum eins og 247. gr. eða 248. gr. hgl.<sup>12</sup> Sá munur er raunar á danska ákvæðinu og því íslenska, að í því fyrrnefnda er beinlínis gert ráð fyrir, að 280. gr. (hliðstæð 249. gr. hgl.) sé varaskeifa fyrir ákvæðin í 276.-279. gr. a (hliðstæð 244.-248. gr. og 249. gr. a hgl.).

Í réttarframkvæmd reyndi lítið á 249. gr. fyrstu áratuginu eftir lögfestingu hennar 1940 og því ekki skýr mynd af viðhorfum refsivörslukerfisins á þeim tíma. Gamall dómur Hæstaréttar frá þessu tímabili, H 1960:1, gefur þó vísbandingu um þau sjónarmið, sem að framan er lýst.

*H 1960:1. Í dómi Hæstaréttar er tekið fram, að lánveitingar ákærða úr sjóðum, er hann hafði undir hendi sem skólastjóri, varði við 247. gr. hgl.*

*(fjárdráttur). Síðan segir í niðurstöðu réttarins: „Fyrir brot þessi er hins vegar aðeins ákært eftir 261. gr. sbr. 249. gr. og 138. gr. nefndra laga. Þar sem ákæru er þannig háttað og í greindum brotum ákærða felast atriði, sem lýst er í 249. gr., ber að staðfesta heimfærslu héraðsdómara til refsíákvæða...“.*

Athygli er vakin á því, að í máli þessu var ákært og dæmt eftir 261. gr. hgl., sem m.a. vísar um „athafnir“ til 249. gr., án þess að auðgunarásetningur<sup>13</sup> þyki sannaður.

Umboðssvik geta að nokkru leyti skarast við fjárdrátt. Ekki má þó gera of mikið úr þeirri skörun. Í umræddum dómi Hæstaréttar segir einungis, að í tilteknum brotum ákærða, sem rétturinn taldi varða við 247. gr., felist atriði, sem lýst er í 249. gr. Má það vissulega til sanns vegar færa. Verknáðarandlag og verknáðarlýsingar þessara ákvæða eru með ólíkum hætti, en geta farið saman í þeim tilvikum, þegar andlag umboðssvika er áþreifanlegt verðmæti, lausafjarmunir eða peningar í vörslum hins brotlega. Ákvæði 249. gr. getur nú tæpast talist varaskeifa fyrir ákvæði um fjárdrátt, fjársvik eða önnur auðgunarbrot. Að því leyti sem efnissvið umboðssvika og fjárdráttar falla saman, er þó hugsanlegt, að 247. gr. sé látin tæma sök gagnvart 249. gr. Einnig sést í ákæruskjólum, að höfðað sé mál fyrir fjárdrátt eða fjársvik aðallega, en til vara fyrir umboðssvik. Það styður þessa framkvæmd, að 247. gr. og 248. gr. hafa sérhæfðari og nákvæmari brotalytingar að geyma, auk þess sem vægari refsímörk 249. gr. stuðla að því viðhorfi, að fjárdráttur og fjársvik séu alvarlegri brot en umboðssvik.

Mikilvægi umboðssvikaákvæðisins hefur farið vaxandi á síðari árum, og þeim málum hefur fjölgað töluvert, þar sem dómstólar hafa sakfellt menn fyrir umboðssvik einvörðungu

<sup>11</sup> Alpt. 1939, A-deild, bls. 395-396.

<sup>12</sup> Stephan Hurwitz: Den danske Kriminalret, Speciel del (1955), bls. 471; Knud Waaben: Strafferettens specielle del (1999), bls. 138.

<sup>13</sup> Í 261. gr. er notað hugtakið auðgunartilgangur, en það hefur hér sömu merkingu og auðgunarásetningur, sjá nánar Jónatan Þórmondsson: Auðgunarásetningur. Líndæla. Sigurður Líndal sjötugur (2001), bls. 339 og 344; sami: Afbrot og refsíabyrgð II (2002), bls. 12.



eða í tengslum við önnur auðgunarbrot, einkum fjárdrátt. Á 10 ára tímabili, 1997-2006, gengu alls 12 dómur í Hæstarétti, þar sem sakfelld var fyrir umboðssvik. Í 5 þessara mála voru umboðssvik eina auðgunarbrotið, sem dómur gekk um, í 5 málum var dæmt fyrir umboðssvik og fjárdrátt (aðskildir ákæruliðir) og í 2 málum fyrir umboðssvik og fjársvik (aðskildir ákæruliðir). Það er athyglisvert, að aðeins einu þessara 12 mála er þannig farið, að ákært hafi verið fyrir fjársvik eða fjárdrátt aðallega, en fyrir umboðssvik til vara (248. gr. aðallega, en 249. gr. til vara). Og hvergi reynir hér á árekstur auðgunarbrotarákvæða, þannig að eitt ákvæði tæmi sök gagnvart öðru.

Þróun samfélagsins, viðskiptabylting, tæknivæðing, gjörbreytt og flókið fyrirtækjaform í atvinnurekstri og síðast en ekki síst nýtt gildismat hefur kallað á breyttar refsiparfir og viðeigandi lagasetningu á flestum sviðum samfélagsins. Úr þessari deiglu hafa sprottið ný fyrirbæri og hugtök í refsirétti eins og efnahagsbrot.<sup>14</sup> Kerfisbundin brotastarfsemi í atvinnurekstri getur m.a. lýst sér í tilteknum auðgunarbrotum. Þar gegna umboðssvik oft lykilllutverki, þar sem verknáðarlýsing 249. gr. nær betur en önnur ákvæði auðgunarbrotakafans yfir það flókna viðskiptaferli, sem liggur að baki ýmsum efnahagsbrotum.<sup>15</sup>

Umboðssvik kunna að vera *undanfari* annarra auðgunarbrot, sem drýgð eru í framhaldi af þeirri misnotkun aðstöðu, sem í upphaflega brotinu fólst. Slík eftirfarandi brot gætu verið sjálfstæð fylgibrot, t.d. með því að gerandi fer út fyrir heimild sína við gerð umboðs sjálfum sér til hagsbóta og notar síðan umboðið til þess að blekkja annan mann í auðgunarskyni til viðskipta við geranda sjálfan eða fyrirtæki hans. Í slíku máli gæti reynt á tvö sjálfstæð brot, umboðssvik og

fjársvik. Samvinnu og verkaskiptingu tveggja manna, þar sem annar aflar hinum tækifæris til brota (misnotkun aðstöðu í starfi), má væntanlega virða sem samverknáð um eitt og sama brotið. Í því sambandi má nefna dóm Hæstaréttar í dómabindi H 1961:538. Annar ákærðu í máli þessu hafði lykklavöld að frímerkjageymslu póststjórnarinnar og veitti meðákærða aðgang að henni, og voru brot þeirra beggja heimfærð undir 1. mgr. 247. gr. og 138. gr. hgl. Loks skal reifaður hæstaréttardómur frá árinu 1966, þar sem umboðssvik manns voru undanfari og forsenda skilasvika annars manns.

*H 1966:772. Ákærði S misnotaði aðstöðu sína sem starfsmaður Eimskipafélags Íslands í vörugymslu félagsins við Borgartún í Reykjavík með því að afhenda meðákærða Ó, framkvæmdastjóra innflutningsfyrirtækis, 25 ótollafgreiddar bifreiðar, sem voru í vörslum Eimskipafélagsins, og án þess að greiddir hefðu verið af þeim tollar, aðflutningsgjöld og önnur gjöld við innflutninginn. Ákærði Ó seldi síðan umræddar bifreiðar til viðskiptavina sinna. Brot ákærða S þóttu varða beint við 249. gr. (aðalverknáður) og við 2. tl. 1. mgr. 250. gr., sbr. 1. mgr. 22. gr. hgl. (hlutdeild í skilasvikum Ó). Brot ákærða Ó töldust hins vegar varða beint við 2. tl. 1. mgr. 250. gr. (aðalverknáður) og við 249. gr., sbr. 1. mgr. 22. gr. hgl. (hlutdeild í umboðssvikum S).*

### 2.3. Einhliða ráðstöfunarbrot.

Umboðssvik eru einhliða brot eins og þjófnaður, gripdeild, fjárdráttur, skilasvik o.fl. Við framningu slíkra brota þarf ekki atbeina þess, sem misgert er við (brotaþola), hvorki á verknáðar- né fullframningarstigi. Einhliða aðgerðir hins brotlega einkenna verknáðinn. Sé brot tvihliða, þarf atbeina brotaþola til framningar brotsins, t.d. fjársvik, misneyting og fjárkúgun.<sup>16</sup> Yfirleitt er auðvelt

<sup>14</sup> Um hugtakið sjá Jónatan Þórmundsson: Refsiábyrgð á efnahagsbrotum í atvinnustarfsemi lögaðila. Tímarit lögfr. 1988, bls. 208-210; sami: Fjármuna- og efnahagsbrot, 1. hluti (1995), bls. 35-37; sami: Afbrot og refsiábyrgð I (1999), bls. 63.

<sup>15</sup> Finn Meilby og Ulla Høg: Mandatsvíg. Juristen 1985, bls. 41.

<sup>16</sup> Jónatan Þórmundsson: Fjármuna- og efnahagsbrot, 1. hluti (1995), bls. 8-9.

að gera greinarmun á umboðssvikum og fjársvikum. Þar sem fjársvik eru tvíhliða brot og áskilja blekkingarásetning við samningsgerð, þarf að sýna fram á, að slíkur ásetningur hafi verið til staðar í upphafi og að samningur hafi beinlínis komist á fyrir svikin, sjá H 1974:870. Í máli þessu hafði verið ákært fyrir brot gegn 248. gr. eða 249. gr. hgl. Hæstiréttur taldi ósannað, að ásetningur ákærða hefði staðið til þess í öndverðu að nota skjalið í því skyni, sem raun varð á. Þótti brot hans því varða við 249. gr. auk 157. gr. hgl.

Einhliða auðgunarbrot eru ólík um margt, m.a. fullframningarstig og verknaðaradferð. Sum eru tökubrot, t.d. þjófnaður og gripdeild, önnur eru tileinkunarbrott, svo sem fjárdráttur og ólögmat meðferð fundins fjár. Aftur á móti er hliðstætt einkenni umboðssvika fólgið í ólöglegri ráðstöfun fjárhagslegra verðmæta í skjóli einhvers konar aðstöðu, sem getur verið til komin með ýmsum hætti, oftast löglegum.

#### 2.4. Verknaðarandlag umboðssvika.

Af texta 249. gr. hgl. verður ekki beinlínis ráðið, hvert sé verknaðarandlag umboðssvika. Þar er þó tekið fram um „fjárreiður fyrir aðra“ og í því sambandi misnotkun aðstöðu. Orðalagið „eitthvað, sem annar maður verður bundinn við“ gefur ekki beinlínis til kynna fjárhagslega skuldbindingu, en þann skilning má samt leiða af ákvæðinu óbeint og af 243. gr. um auðgunarásetning. Athugasemdir greinargerðar með ákvæðinu hafa ekki aðrar leiðbeiningar að geyma en þær, að ákvæðið sé sett til verndar gegn því, að menn, sem hafa á hendi fjárreiður fyrir aðra, misnoti aðstöðu sína sér eða öðrum til hags, en umbjóðanda sínum til tjóns.<sup>17</sup>

Það eru tvær ástæður til að ætla, að andlag umboðssvika sé mjög viðtækt, svipað

og t.d. andlag fjársvika. Fyrri ástæðan er sú, að í ákvæðinu finnst engin afmörkun andlagsins eins og getur að líta í 244. og 247. gr. hgl. Afmörkun andlagsins í þessum ákvæðum hefur í réttarframkvæmd fengið mun skýrara, en jafnframt þrengra inntak en orðalag ákvæðanna gefur til kynna, sjá enn fremur athugasemdir greinargerðar með 247. gr.<sup>18</sup> Hin ástæðan er sú, að umboðssvik lúta ekki einungis að ólögmatrí ráðstöfun fjárverðmæta, sem fyrir hendi eru í vörslum geranda, heldur öllu fremur að ólögmatrí öflun fjárvinnings, sem hvorki hinn brotlegi né annar viðtakandi á lögmatrí tilkall til. Andlag umboðssvika getur samkvæmt þessu verið hvers konar áþreifanleg eða óáþreifanleg fjárverðmæti, sem hafa viðskiptagildi, svo sem lausafjármunir, peningar, fasteignir, óbein eignarréttindi eða kröfuréttindi.<sup>19</sup>

#### 2.5. Umboðssvik sem trúnaðarbrot.

Í fræðilegri skilgreiningu umboðssvika hér að framan er notað orðalagið „misnotkun aðstöðu eða trúnaðar“ í ákveðnu skyni. Það er mjög áberandi einkenni umboðssvika, að með þeim sé verið að bregðast trausti og trúnaði þess aðila, sem veitt hefur geranda umboð, heimild eða aðra aðstöðu til einstakra fjárhagsráðstafana eða til almennrar fjárvörslu og fjárhagskuldbindinga í þágu aðilans. Þetta er þó ekki einhlítt, eins og nánar verður skýrt í 3. kafla um verknaðarþætti umboðssvika. Trúnaðarbrestur einkennir vissulega fleiri brotategundir en umboðssvik, sérstaklega fjárdrátt og misneytingu, en í minna mæli brot eins og fjársvik og skilasvik.

Það má enn fremur greina misneytingar eða misbeitingarþátt í umboðssvikum. Hann horfir raunar allt öðruvísi við en í misneytingarákvæði 253. gr. hgl. Í því ákvæði er lýst tvíhliða broti, þar sem gerandi hefur

<sup>17</sup> Alþt. 1939, A-deild, bls. 395-396.

<sup>18</sup> Alþt. 1939, A-deild, bls. 395.

<sup>19</sup> Sjá athugasemdir greinargerðar með 248. gr. hgl., Alþt. 1939, A-deild, bls. 395.

misbeitt tiltekinni yfirburðaðstöðu eða misnotað trúnað annars manns (aðila) til þess að hafa óhæfileg og ólöglegt áhrif á gerðir viðsemjanda síns eða annars aðila, sem hann á skipti við.<sup>20</sup> Þessi hefðbundna skilgreining misneytingarbrotá gildir ekki um umboðssvik. Síðarnefnda brotategundin felur í sér einhliða misnotkun aðstöðu af hálfu þess, sem er í þjónustu annars einstaklings eða lögaðila og oftast háður honum um vinnu eða verkefni (og þar með endurgjald).

Launung er ekki hugtaksatriði umboðssvika, en er þó oftast fylgifiskur þeirrar háttsemi, sem þar um ræðir. Launung er sterkt einkenni trúnaðarbrotá og tengist þá iðulega öðrum brotum, eins og fjádrætti og skjalabrotum, sjá H 1969:935 (1006).

*H 1997:1765. Ákærði gerði stjórn lífeyrissjóðsins, sem hann var framkvæmdastjóri fyrir, ekki grein fyrir óheimilum lánveitingum úr sjóðnum, fyrr en honum var orðið ljóst, að sennilega væri féð glatað (lánað án ábyrgða eða trygginga).*

Launung getur enn fremur skipt verulegu máli sem sönnunatriði, þegar skera þarf úr um tilvist tiltekinna efnisþátta, t.d. sem sannindamerki um tileinkun eða óheimila ráðstöfun.

### 3. VERKNAÐARLÝSING UMBOÐSSVIKA OG FULLFRAMNING

#### 3.1. Misnotkun aðstöðu.

Það er lykilatriði í skilgreiningu umboðssvika, að gerandi hafi gerst sekur um misnotkun aðstöðu eða trúnaðar til þess að gera eitthvað eða láta eitthvað ógert, sem annar maður eða lögaðili verður bundinn við. Verknáðarlýsing 249. gr. hgl. er sýnu fáorðari.

Í fyrsta lagi nefnir hún einungis misnotkun aðstöðu, en slík misnotkun er í eðli sínu fyrst og fremst trúnaðarbrot. Í annan stað tekur ákvæðið beinlínis til þess að gera eitthvað, en við það má leggja að jöfnu að láta eitthvað ógert (óbeint athafnaleysi til jafns við athöfn), þegar það á við.<sup>21</sup> Í þriðja lagi má ráða af verknáðarlýsingu, að athöfn geranda leiði til þess, að annar maður verði bundinn. Eins og áður hefur verið skýrt, er óhjákvæmilegt frá samræmingarsjónarmiði að leggja lögaðila að jöfnu við einstakling í þessu sambandi. Almennu skilgreiningaratriðin, sem hér er lýst, varða báða verknáðarþætti ákvæðisins, að svo miklu leyti sem við getur átt.

Aðdragandi umboðssvika, þ.e. þeirrar aðstöðu, sem gerandi misnotar, getur verið með ýmsum hætti og ekki ósvipaður aðdragandi fjádráttar. Aðstaðan er langoftast tilkomin með einhvers konar samningi eða samkomulagi milli geranda og verknáðarþola. Þetta er ekki einhlitt hugtaksatriði að því er varðar fyrri verknáðarþátt ákvæðisins. Í undantekningartilvikum liggur ekkert slíkt samkomulag til grundvallar, heldur einungis raunveruleg aðstaða,<sup>22</sup> sem stundum er til orðin fyrir tilviljunarkennd atvik, svo sem við fund á skjali, í neyðarréttarstöðu, við óbeðinn erindrektur<sup>23</sup> eða sjálftöku réttar. Tilurð aðstöðunnar af þessum ástæðum er að jafnaði löglegt, þótt einhver tilvik kunni að vera á mörkum hins löglega, t.d. við sjálftöku réttar.

#### 3.2. Ólöglegt misnotkun.

Með misnotkun aðstöðu er átt við ólögmeta misnotkun, þótt það komi ekki beinlínis fram í 249. gr. hgl. Það er fortakslaus regla í refsirétti, að refsínæmur verknáður þurfi einnig að fullnægja ólögmetisskilyrði, þótt það skilyrði sé iðulega undirskilið í einstökum refsíákvæðum.<sup>24</sup> Formgreining

**20** Jónatan Þórmundsson: Fjármuna- og efnahagsbrot, 1. hluti (1995), bls. 12.

**21** Alþt. 1939, A-deild, bls. 354; Jónatan Þórmundsson: Afbrot og refsíabyrgð I (1999), bls. 83-84.

**22** Alþt. 1939, A-deild, bls. 395.

**23** Jónatan Þórmundsson: Afbrot og refsíabyrgð III (2004), bls. 163.

**24** Jónatan Þórmundsson: Afbrot og refsíabyrgð I (1999), bls. 38-39; sami: Ólögmeti verknáðar og refsíleysisástæður. Tímarit lögfr. 2005, bls. 358-359.

ólögmætis lýtur að því að útiloka tiltekin atvik eða aðstæður, sem hefðu getað réttlætt refsinaeman verknad eins og á stöð (hlutrænar refsileysisástandur). Það er vissulega fræðilegur möguleiki, að verknadur geranda, sem á ytra borði varðar við 249. gr., réttlætist af neyðarrétti eða óbeðnum erindrekstri og sé því refsilaus. Þar sem refsinaemi umbodssvika byggist fyrst og fremst á heimildarleysi geranda til fjármálaráðstafana, mundi samþykki þess, sem með á, kippa grundvellingnum undan refsíabyrgð. Refsinaemi verknadar væri þar með horfið og því óþarft að ræða um ólögmæti hans.<sup>25</sup> Við efnisgreiningu ólögmætis reynir á það álitaefni, hvort hvers konar misnotkun aðstöðu, hversu lítillvæg eða skammvinn sem hún hefur verið, teljist ólögmæt í skilningi ákvæðisins. Telja má eðlilegt að setja ólögmæti einhver nedri mörk, þau sömu fyrir báða verknadarþætti, en þau hljóta að vera matskennd og því ekki auðskýrð með almennum orðum. Sé tekið mið af íslenskri dómaframkvæmd, mætti ætla, að mörkin liggja nærri *verulegri* misnotkun. En dómaframkvæmdin er ekki einhlítur mælikvarði, þar sem hrein takmarkatilfelli hafa ekki komið til kasta dómstóla. Úr slíkum málum er yfirleitt leyst, án þess að til málshöfðunar komi (ámíning, brottvikning úr starfi, niðurfelling saksóknar o.fl.). Í dómi Hæstaréttar frá 1995 er að nokkru leyti fjallað um mörkin milli lögmætra og ólögmætra viðskiptahátta.

*H 1995:2610. Ákærði, sem var forstöðumaður hageildar Búnaðarbanka Íslands, stundaði um langt skeið spákaupmennsku með erlenda gjaldeyri á innlendum gjaldeyrisreikningum, allt á áhættubankans. Ákærði nýtti sér m.a. upplýsingar bankans um hreyfingar á gjaldeyrismarkaði og þróun gengismála. Hann stundaði viðskiptin skipulega og kerfisbundið með því markmiði, að vísbendingar um gengisskráningu næsta dags kæmu honum að sem fyllstum notum án tillits til*

*afleiðinga þess fyrir bankann. Var hagnaður hans rakinn til þessa aðverulegum hluta. Heimildir þær, sem hann hafði frá stjórnendum bankans, leystu hann á engan hátt undan trúnaðarskyldum hans gagnvart bankanum. „Hlaut honum fljótlega að verða ljóst, að hin eindregna kaupmennska hans á áhættu bankans væri ósamrýmanleg stöðu hans í bankanum og að umfang viðskiptanna væri orðið annað en það, sem stjórnendurnir gerðu sér grein fyrir; þegar við hann var samið um sérstök kjör. Eigi að síður hélt hann viðskiptunum áfram og tvöfaldaði einnig stofnsé sitt með nýrri innborgun tæpu ári eftir viðræður sínar við stjórnendurna, án þess að þeim væri kynnt sú ráðstöfun.“ Niðurstáða réttarins var sú, að ákærði hefði misnotað aðstöðu sína sér til ávinnings og tjóns fyrir bankann og um leið brotið gegn starfsskyldum sínum. Var hann sakfelldur fyrir brot gegn 249. gr., sbr. 138. gr. hgl.*

Dómur þessi gefur tilefni til að rýna í fáein álitaefni varðandi efnislegan mælikvarða á ólögmæta misnotkun aðstöðu. Í fyrsta lagi kann það að ráða nokkru um mælikvarðann, hvort gerandi er í opinberu starfi eða ekki, þegar hann misnotar aðstöðu sína. Strangt tekið er eðlilegt að líta svo á, að refsiverð háttsemi opinbers starfsmanns, sem telja verður misnotkun á stöðu hans, sé metin sem sérstök refsihækkunarástæða samkvæmt 138. gr. hgl., en verki ekki þar að auki á misnotkunarmatið, sjá H 1998:583 (sveitarstjóri) og H 2003:435 (formaður opinberrar byggingarnefndar). Annað atriði, sem íhugunarvert kann að vera, er trúnaðarskylda hins brotlega, hversu skýr hún er og afdráttarlaus samkvæmt lögum eða eðli máls. Ætla má, að því ríkari sem þessi skylda er, en aðhald og eftirlit jafnframt minna, þeim mun meiri kröfur séu gerðar til starfsmannsins um að virða allar reglur, fyrirmæli eða venjur og sýna ráðdeild við meðferð fjármuna. Á hinn bóginn kunna óglögg mörk varðandi skyldur starfsmanns að valda sönnunarvafa um heimildir starfsmannsins, sjá H 1998:677. Í

<sup>25</sup> Jónatan Þórmundsson: Afbrot og refsíabyrgð III (2004), bls. 170.

dómi þessum var ekki talið nægilega sannað, að ákærða hefði sem sparisjóðsstjóra skort heimild til að gangast undir abyrgð í nafni sparisjóðsins. Í þriðja lagi kann að vera óhjákvæmilegt að leggja strangan mælikvarða á heimildarþrest í einstakt skipti, ef farið er í bága við ráðstöfunar- eða veðsetningarheimild, sem bundin er við ákveðna fjárhæð, sbr. H 1983:2088.

**3.3. Fyrri verknaðarþáttur 249. gr.** Ákvæði 249. gr. hgl. tilgreinir tvo aðskilda verknaðarþætti, sem verða þó ekki skýrt aðgreindir.<sup>26</sup> Fyrri þátturinn er almenns eðlis og tilgreinir aðstöðu ótiltekið. Hann felur í sér misnotkun aðstöðu af hálfu manns, „sem fengið hefur aðstöðu til þess að gera eitthvað, sem annar maður verður bundinn við.“ Áður er komið fram, að efni þessarar lýsingar er nokkru rýmra en orð hennar gefa til kynna. Tilurð og einkenni þeirrar aðstöðu, sem gerandi misnotar, geta verið með afar ólíkum hætti. Brot þessi eru langoftast framin í skjóli aðstöðu, sem til er orðin vegna vinnusambands eða vegna samkomulags um umboð, heimild eða samþykki til einstakra löggæringa. Í undantekningartilvikum getur til þess komið fyrir tilviljun eða misgáning, að gerandi fái til þess raunverulega aðstöðu eða tækifæri að gera fjárhagslega ráðstöfun, er bindur annan mann eða lögaðila, þótt hvorki stöðuumboði, samningi né umsaminni heimild hafi verið til að dreifa.

Þess eru dæmi, að dómur lúti að tilfallandi aðstöðu í einstakt eða einstök skipti. Venjulega hefur þá verið fyrir hendi einhver skjalfest eða munnleg heimild, sem ákærði hefur ekki virt, sjá H 1983:2088, H 1999:2239 og H 2004:3232.

*H 1983:2088. Ákærði ritaði hærri fjárhæð á tryggingarvixil en sá hafði heimilað, sem ritaði á vixilinn óútfylltan sem ábekingur. Heimild var fyrir 2.600.000 kr., en ákærði ritaði fjárhæðina*

*6.000.000 kr. Ákærði afhenti þriðja manni vixilinn svo frágenginn, og var hann afsagður vegna greiðslufalls. Ákærði var sakfelldur fyrir umboðssvik.<sup>27</sup>*

Af dómi þessum má ráða, að handhöfn skjalsins var sú aðstaða eða tækifæri, sem ákærði fékk í hendur í þetta einstaka skipti, en þó ekki af hendingu, heldur með tiltekinni hámarksheimild. Sennilega má telja það misnotkun aðstöðu í skilningi 249. gr., ef á annað borð er farið út fyrir slíka heimild, hversu lítið sem frávikið er. Ef gerandi á hinn bóginn kemst yfir undirritað vixileyðublað af hendingu, finnur það t.d. á förnum vegi og fénytir, telst brotið væntanlega varða við 246. gr. hgl. um ólögmdæta meðferð fundins fjár.

Í máli einu var atvikum svo háttað, að ráðstöfun ákærða á tryggingarvixli líkist helst sjálfstöku réttar, en þó ekki á þann veg, að hún gæti talist lögmæt.

*H 1999:2239. Ákærði leigði stúlku nokkurri íbúð sína til sex mánaða og afhenti stúlkan honum vixil að fjárhæð 200.000 kr. til tryggingar réttum efnudum leigusamningsins. Mánuði síðar fór leigjandinn úr íbúðinni vegna breyttra aðstæðna sinna. Seldi ákærði þá vixilinn í banka án þess að gæta skýrra ákvæða húsaleigulaga um meðferð tryggingarfjár frá leigjanda og gerð bótakrafna á hendur honum. Ákærði abyrgðist vixilinn við sóluna og innleysti hann að lokum, eftir að leigutakinn og útgefandi vixilsins höfðu itrekað neitað að greiða hann. Þetta gerði hann þó ekki fyrr en 6 mánuðum síðar, eftir að vixillinn var kominn til innheimtu hjá lögfræðingi á vegum bankans. Ákærði hafði ekki sýnt fram á, svo að viðhlítandi væri, að leigutakinn hefði valdið spjöllum á íbúðinni, og tekjutap hans vegna brottflutnings leigutakans virðist ekki hafa verið meira en eins mánaðar leiga, eða um 50.000 kr. Bæði í héraðsdómi og með dómi Hæstaréttar var ákærði sakfelldur og talinn hafa gerst brotlegur við ákvæði 249. gr. hgl. með misnotkun á aðstöðu*

**26** Sjá dæmi um óskýr skil hjá Knud Waaben: *Strafferettens specielle del* (1999), bls. 139.

**27** Sjá keimlíkt dæmi í ritgerð Gizurar Bergsteinssonar: *Auðgunarbrot. Úlfliótur*, 2. tbl. 1955, bls. 10.



sinni gagnvart leigjandanum. Í forsendum Hæstaréttar var niðurstaðan rökstudd svo: „Ákærði naut ekki sammingsbundins réttar til að selja víxilinn án undanfarandi aðgerða gagnvart leigjanda sínum, þótt slit hins síðarnefnda á leigusamningnum væru fyrirvaralaus að kalla. Telja verður, að hann hafi með þeirri gerð sinni valdið röskun á hagsmunum leigjandans, sem var ung stúlka, og verulegri hættu á því, að þeir yrðu fyrir borð bornir.“ Um ákvörðun auðgunarásætnings í máli þessu verður rætt í næsta kafla.

Þess eru einnig dæmi í réttarframkvæmd, að skjöl séu notuð með öðrum hætti en til er ætlast, t.d. veðleyfi nýtt til annars en samið var um. Skiptir þá ekki meginmáli, hvort skjalið er fullkomlega formrétt, ef vilji þess, sem með á, hefur komið skýrt fram og hinum brotlega var það ljóst eða hlýtur að hafa verið það ljóst.

H 1974:870. Ákærði gekkst við því fyrir dómi, að sér hefði verið ljóst, að skjal það, sem tiltekin hjón höfðu undirritað varðandi veðsetningu húseignar sinnar, væri bundið við það, að yfirlýsingin yrði notuð í ákveðnu skyni, þ.e. til þess að stuðla að bankatryggingu vegna tilboðs ákærða í ákveðið verk. Skilyrði þetta mun hafa verið sett munnlega, en viðurkennt af hálfu ákærða fyrir dómi, eins og áður sagði. Ákærði undirritaði síðan veðbréf, sem gefið var út til tryggingar vegna viðskipta ákærða við Útvegsbanka Íslands, þ.á m. til þess að afla honum aukinna yfirdráttarheimilda hjá bankanum. Ákærði notaði því veðleyfi þetta gagnstætt því, sem til var ætlast, með saknæmum hætti. Var hann sakfelldur fyrir umboðssvik samkvæmt 249. gr. og jafnframt fyrir skjalamisnotkun samkvæmt 157. gr. hgl.

Um hliðstætt sakarefni var dæmt í H 1997:2981. Ákærði hafði misnotað tvær ábyrgðaryfirlýsingar. Hann nýtti þær í eigin þágu, en ekki samkvæmt þeim forsendum, sem við var miðað, þegar hlutaðeigandi hreppur gaf út ábyrgðaryfirlýsingu sína.

Með þessum hætti hafði ákærði almannafé af hreppnum.

Algengast er í umboðssvikamálum, að aðstaða sú, sem gerandi hefur misnotað, sé fengin í skjóli starfs og sé því varanleg eðlis, meðan hann gegnir starfinu. Aðstaða þessi getur verið með afar mismunandi hætti. Starfið kann að vera þess eðlis, að það veiti í sjálfu sér engar heimildir til fjármálaráðstafana, heldur sé það aðgangurinn einn, sem gefur tækifæri, sbr. H 1966:772. Hitt er þó algengara, að gerandi hafi í starfi sínu varanlegar eða tímabundnar heimildir til fjármálaráðstafana, og er þá orðið skammt yfir í síðari verknáðarþáttinn, sem fjallað er um í efnislið 3.4. Heimildir geranda eru þó ekki ætíð svo skýrar sem skyldi, og skiptir þá verulegu máli, hvaða efnismælikvarði er lagður á hugtakið *misnotkun*, sjá m.a. H 1995:2610. Í slíkum tilvikum þarf ákærvaldið að sýna fram á veruleg eða gróf frávik frá þeim starfsháttum, sem geranda hlaut að vera ljóst, að af honum var krafist.

H 1997:1765. Ákærði var sakfelldur fyrir umboðssvik með því að hafa lánað erlendu flugfélagi nær 100 milljónir króna af fé Lífeyrissjóðs bænda, sem hann var framkvæmdastjóri fyrir, án nokkurra ábyrgða eða trygginga. Ákærði, sem átti jafnframt sæti í stjórn flugfélagsins, gerði stjórn lífeyrissjóðsins ekki grein fyrir lánveitingum þessum, fyrr en honum var orðið ljóst, að sennilega væri féð glatað. Ekkert var fram komið um það, að ákærði hefði notið persónulegs ávinning af broti sínu. Ákærði hélt því fram við meðferð málsins í héraði, að sér hefðu engin fyrirmæli verið gefin um skammtíamafjórðingastjóri og hefði sú venja myndast, að framkvæmdastjóri sæi um slík mál og að hann tilkynnti ekki stjórn sjóðsins um þær. Taldi ákærði, að á 10 ára ferli sínum sem framkvæmdastjóri sjóðsins hefðu aldrei verið gerðar athugasemdir við fjórðingastjóri sínar.

Vissulega má fallast á þær forsendur héraðsdóms, sem Hæstiréttur gerði ekki



athugasemdir við, að umræddar lánveitingar ákærða hefðu verið mjög óvenjulegar, sérstaklega í ljósi þess, að um verulegar fjárhæðir var að ræða. Þótti ákærði með þessu hafa farið verulega út fyrir þær heimildir, sem hann hafði til lánveitinga sem framkvæmdastjóri sjóðsins. Sakarefni þetta gæti einnig fallið undir síðari verknaðarþátt 249. gr., sem fjallar um misnotkun aðstöðu af hálfu manns, sem hefur fjárreiður fyrir aðra á hendi. Hugsanlega má greina nokkurn áherslumun á forsendum héraðsdóms og Hæstaréttar í máli þessu. Í hinum fyrrnefndu virðist mest áhersla lögð á heimildarskort ákærða, hann hefði þurft að bera svo óvenjulega lánveitingu undir stjórn sjóðsins, og var í því sambandi einnig vitnað til laga nr. 50/1984 um Lífeyrissjóð bænda, en þar er kveðið á um tryggilega ávöxtun á fjármunum sjóðsins. Í forsendum hæstaréttardómsins sýnist áherslan fremur lögð á það atriði, að það sé óforsvaranlegt og ólöglegt í sjálfu sér að lána stórfé annarra án nokkurra ábyrgða eða trygginga, auk þess sem ákærði sat beggja vegna borðsins við þá lánveitingu.

Alloft stendur svo á í málum af þessu tagi, að heimild geranda byggist á samningi, en er tímabundin eða sérhæfð í eðli sínu. Misnotkun heimildar kann þá eftir atvikum að varða eina eða fleiri athafnir innan þeirrar heimildar.

*H 1987:1773. Ákærði hafði gert samning við tiltekinn sparisjóð þess efnis, að hann fengi Visa-greiðslukort og mætti nota það til greiðslu á allt að 20.000 kr. á mánuði hér á landi. Ákærði notaði kort sitt á þeim ferslutímabilum, sem um var að ræða, til mun hærri úttekta en um hafði verið samið (alls rúmlega 160.000 kr. á fjórum tímabilum). Engin greiðsla kom upp í kröfu sparisjóðsins. Niðurstæða dómsins var sú, að úttektir ákærða umfram 20.000 kr., sem ekki höfðu verið greiddar, vörðudu hann refsingu eftir 249. gr. hgl.*

*H 1998:1716. Ákærði var sakfelldur eftir 249. gr. hgl. fyrir að hafa notað 45 tékka á nær 2 mánaða tímabili, án þess að innstæða væri fyrir þeim, samtals að fjárhæð um 220.000 kr., sem samkvæmt samningi voru á ábyrgð banka, að því er varðaði fjárhæðir tékka allt að 10.000 kr., við framvísun bankakorts reikningsseiganda. Var þessi ákæruliður miðaður við þá tékka, sem voru að fjárhæð 10.000 kr. eða lægri hver tékki.*

### 3.4. Síðari verknaðarþáttur 249. gr.

Þessi verknaðarþáttur ákvæðisins er sérhæfðari en sá fyrri, þar sem hann lýtur að misnotkun aðstöðu einungis af hálfu þeirra, sem hafa fjárreiður fyrir aðra á hendi, fjárvörslu eða fjármálaumsýslu. Í þessu felast tvö samþætt atriði, sem ekki eru hugtaksatriði í fyrri verknaðarþættinum, þ.e. annars vegar stöðuumboð geranda fyrir annan mann (lögaðila) í skjóli starfslýsingar, lagaheimildar, samningsumboðs eða annars samkomulags, og hins vegar tiltekna starfskyldur eða skuldbindingar, enda liggja ýmis viðurlög eða önnur úrræði við vanefndum á slíkum skyldum.<sup>28</sup> Í athugasemdum greinargerðar með ákvæðinu eru taldir upp í dæmaskyni fjárhaldsmenn, framkvæmdastjórar félaga og stofnana.<sup>29</sup> Til viðbótar má nefna gjaldkera, bókhaldara, lögmenn og lögráðamenn (fjárhaldsmenn) ófjárráða barna.<sup>30</sup> Þó að umboðssvik af þessu tagi séu ætíð framin í skjóli stöðu, starfs eða sérstakra verkefna í þágu brotapolá (tjónpolá), er enginn áskilnaður um, að allir þættir starfs eða verkefnis snúist um fjármálastjórn og fjárvörslu.

Þegar verknaðarþættir 249. gr. eru bornir saman, kemur í ljós, að mörkin milli þeirra eru mjög óskýr, t.d. um misnotkun aðstöðu í framkvæmdastjórastarfi, sjá H 1997:1765. Í reynd má segja, að síðari verknaðarþátturinn sé óþarfur, þar sem dæmigerð brot gegn honum varða einnig við fyrri verknaðarþátt ákvæðisins. Oftast er

<sup>28</sup> Knud Waaben: Strafferettens specielle del (1999), bls. 139.

<sup>29</sup> Alþt. 1939, A-deild, bls. 395-396.

<sup>30</sup> Sjá 51. gr. löggræðisla nr. 71/1997.

þarna um tvær hliðar á sama máli að ræða. Framkvæmdastjóri fyrirtækis eða sjóðs getur misnotað þá aðstöðu, sem hann nýtur vegna starfsins, t.d. til rangrar færslu í bókhaldi og með því skuldbundið vinnuveitanda sinn honum til tjóns. Á sama hátt má segja, að framkvæmdastjóra beri skylda til að gæta hagsmuna vinnuveitanda síns, m.a. með réttum bókhaldsfærslum, og að hann gerist sekur um misnotkun aðstöðu, ef hann brýtur í bága við þær skyldur sínar.<sup>31</sup> Í íslenskri dómaframkvæmd er aldrei greint á milli verknaðarþáttanna, enda er þeim ekki skipt í ákvæðinu sjálfu í tölulíði eða málsgreinar.<sup>32</sup> Af nokkrum dómum Hæstaréttar má ráða, að eina verkefni eða helsta verkefni gerenda hefur verið að annast fjárreiður fyrir vinnuveitendur sína, sjá H 1969:935, H 1997:1765, H 2005:893, H 2005:3336 og H 2006: 6. apríl.

H 1969:935. Ákærða var gefið að sök að hafa sem aðalgjaldkeri Landssmiðjunnar ritað í heimildarleysi framsal fyrir hönd Landssmiðju á 3 víxla, sem voru smiðjunni öldungis óviðkomandi, og gerði hann fyrirtækið (ríkisstofnun) með þessu skuldara að víxlunum. Með þessari misnotkun á aðstöðu sinni var ákærði talinn hafa brotið gegn 249. gr., sbr. 138. gr. hgl. (þessum þætti ekki áfrýjað).

H 2005:893. Ákærða var gefið að sök að hafa sem framkvæmdastjóri Lífeyrissjóðsins Framsýnar misnotað aðstöðu sína með því að hafa farið út fyrir umboð sitt til fjárfestinga í nafni lífeyrissjóðsins, þegar hann keypti fyrir hönd sjóðsins veðskuldabréf, sem ýmist hann sjálfur eða fyrirtæki honum tengd voru skuldarar að, án samþykkis eða vitundar stjórnar lífeyrissjóðsins. Var ákærði sakfelldur fyrir umboðssvik samkvæmt 249. gr. hgl.

H 2005:3336. Ákærði, sem var löggiltur fasteignasali, veðsetti þrívægis eignarhluta annars manns án heimildar eða vitundar þess manns. Ákærði hirti hvorki um að tryggja rétt meðeigandans með því að gefa út afsal fyrir eignarhluta hans, né heldur að sjá svo um, að eignaskiptasamningur yrði gerður um eign þeirra. Með veðsetningum þessum misnotaði ákærði aðstöðu sína og stefndi fjárhagslegum hagsmunum meðeigandans í verulega hættu og braut þannig gegn 249. gr. hgl.

H 2006: 6. apríl. Ákærða var um nokkurt skeið í fyrirsvari fyrir tvö tryggingamiðlunarfyrirtæki, HMS og VM, sem framkvæmdastjóri beggja félaganna, og fór þannig með fjárreiður þeirra beggja á því tímabili. Henni bar því einnig að gæta hagsmuna beggja. Sannað þótti, að ákærða hefði af ásetningi staðið fyrir því, að tilteknum erlendum tryggingafélögum voru sendar í nafni HMS umsóknir um tryggingar, sem gerðar voru af VM, með þeim afleiðingum að umboðslaun vegna samninganna voru greidd til HMS. Með þessari háttsemi var ákærða talin hafa misnotað aðstöðu sína sem framkvæmdastjóri beggja félaganna og var sakfelld fyrir brot gegn 249. gr. hgl.

### 3.5. Fullframing umboðssvika.

Verknaðarlýsing 249. gr. hgl. miðast við, að umboðssvikaverknaður sé fullframinn við misnotkun aðstöðu. Nánar tiltekið er misnotkun yfirleitt fólgin í ólögmaetri ráðstöfun fjárverðmæta, þ.m.t. undirritun skuldbindingar. Nægilegt er, að hagsmunum annarra sé stefnt í hættu með skuldbindingu, endanlegt tjón þarf ekki að hafa hlotist af ráðstöfun geranda, sjá H 1999:2239 (sala tryggingarvixils), H 1978:1055 (veðsetning íbúða). Þetta lýsir engu að síður tjónsbroti, þar sem tilteknum árangri er náð með skuldbindingunni. Ef ráðstöfunargerningur mistekst (undirritun ógild eða hefur ekki tilætluð áhrif), kann slík framkvæmdar-

31 Knud Waaben: Strafferettens specielle del (1999), bls. 139.

32 Í samsvarandi ákvæði dönsku hegningarlaganna (280. gr.) eru verknaðarþættirnir í tveimur tölulíðum og oftast

vitnað til almenna ákvæðisins í tölulíð nr. 1, sjá Knud Waaben: Strafferettens specielle del (1999), bls. 139.

athöfn að vera virt sem tilraunarverk. Ef brot beinist að sérgreindum verðmætum annarra í vörslum geranda og ekki er dæmt fyrir fjárdrátt, kann að mega miða fullframningarstig umboðssvika við til-einkun verðmætanna, án tillits til þess hvort þeim hefur síðan verið ráðstafað eða ekki. Í reynd skiptir ekki máli um fullframningarstigið, hvort misnotkun aðstöðu á sér stað við einstaka ólögmeta ráðstöfun eða við framkvæmd þess fasta starfa hins brotlega að hafa fjarreiður fyrir aðra á hendi.

### 3.6. Afmörkun umboðssvika gagnvart fjárdrætti o.fl.

Yfirleitt eru bæði fjárdráttur og umboðssvik auðgreinanleg frá fjársvikum. Fjársvik samkvæmt 248. gr. hgl. eru tvíhliða brot, þar sem gerandi beitir blekkingum, t.d. gagnvart umbjóðanda sínum eða stjórnendum lögaðila, sem hann starfar fyrir. Þá er áskilið, að blekkingum hafi verið beitt frá upphafi sammingsgerðar eða í tengslum við einhver erindi hans til þessara aðila í því skyni að fá þá til að gera tiltekna fjárhagslegar ráðstafanir eða láta þær vera. Samkvæmt íslenskum rétti og réttarframkvæmd eru fjársvik talin alvarlegra brot en bæði fjárdráttur og umboðssvik, enda refsing fyrir fjársvik að jafnaði þyngri. Refsimörk eru þó hin sömu fyrir fjárdrátt og fjársvik (247. gr. og 248. gr.), en nokkru vægari fyrir umboðssvik (249. gr.). Mismunandi vægi þessara afbrota stafar m.a. af því, að fjársvik eru tvíhliða brot, þar sem hinn brotlegi viðhefur blekkingar gagnvart öðrum manni eða lögaðila og kemur honum til athafna eða athafnaleysis. Áskilið er og, að ásetningur standi til blekkingar þegar í upphafi, en ekki einhvern tíma síðar í viðskiptaferlinu. Slíkan ásetningur er oft erfitt að sanna og er því stundum ákært fyrir

fjársvik aðallega, ef við á, en fyrir fjárdrátt eða umboðssvik til vara, sjá H 1974:870 og H 1997:2981.

Andlag umboðssvika er miklu viðtækara en andlag fjárdráttar. Hið síðarnefnda er reyndar sett fram með tvennum hætti, þ.e. annars vegar í 1. mgr. 247. gr. hgl. (fjármunir eða önnur verðmæti) og hins vegar í 2. mgr. ákvæðisins (peningar). Meginreglan er sú samkvæmt báðum málsgreinum, að andlagið tekur til sérgreindra eigna, sem fyrir hendi eru og í vörslum geranda, þ.á m. sérgreindra peninga og peninga, sem geranda er skylt að halda aðgreindum frá eigin fé.<sup>33</sup> Sem dæmi má taka óheimila úttekt geranda úr sparisjóðsbók, sem hann hafði í vörslum sínum, en annar maður var eigandi að, sjá H 1999:2641. Þetta var sérgreind peningaeign, sem gerandi hafði í vörslum sínum, og varðaði því brot hans við 247. gr. hgl. Nú á dögum eru sparisjóðsbækur að mestu horfnar úr umferð, en í staðinn komin rafræn bankaviðskipti, annaðhvort úr bankaútibúi gegnum bókarlausu reikninga eða úr heimabanka með rafrænum færslum milli reikninga. Í banka þarf nú að leggja fram umboð frá reikningseiganda og gefa upp reikningsnúmer og leyninúmer viðkomandi reiknings. Í heimabanka þarf að skrá notandanafn, lykilorð og leyninúmer á reikningi, auk hins nýja auðkennislykils. Ef tilteknum manni er treyst fyrir þessum upplýsingum í þágu reikningseiganda, t.d. vegna fjarveru hans eða veikinda, eða komist maður yfir upplýsingarnar af hendingu og misnotar þessa aðstöðu sína með færslum til tjóns fyrir reikningseiganda, varðar sú háttsemi við 249. gr. sem umboðssvik, en ekki við 247. gr. sem fjárdráttur eins og í dómi H 1999:2641.

Um andlag umboðssvika má almennt segja, að það getur verið fylgð í hvers konar fjarverðmætum, sem hafa viðskiptagildi, sjá

**33** Ákvæðið um peningafjárdrátt í 2. mgr. 247. gr. hgl. er yfirleitt túlkað fremur þröngt, þannig að það taki einungis til peninga, sem manni er heimilt að blanda saman við sitt eigið fé (depositum irregulare), sjá Alþt. 1939, A-deild, bls. 395. Verður ekki fjallað nánar um það ákvæði hér.

nánar efnislið 2.4. Í því efni skiptir mestu máli sú aðstaða geranda að geta stofnað til óheimilla fjárskuldbindinga öðrum til tjóns. Hlutverk 249. gr. er oftast það í reynd að veita einstaklingum og lögaðilum vernd gegn óheimilli skuldastofnun eða öðrum fjárhagsskuldbindingum af hálfu manns, sem heimildarlaust getur bundið einstakling eða lögaðila með undirskrift sinni, án þess að um fjádrátt, fölsun eða fjársvik sé að ræða, sjá H 1999:2239. Af þessu leiðir einnig, að vörsluhugtakið á ekki við um umboðssvik með þeim hætti, sem áskilið er um fjádrátt.

Tengsl ólögmetra fjármálaráðstafana við starf eða sérstök verkefni geranda skipta máli um skilin á milli fjádráttar og umboðssvika, ef aðstæður eru að öðru leyti líkar, svo sem ef maður brýtur af sér í starfi hjá öðrum. Heimildarlaus notkun á fé annarra telst yfirleitt fjádráttur, ef gerandi eyðir fé vinnuveitanda síns eða skjólstaðings í eigin þarfir eða lánar t.d. fé opinberrar stofnunar til óviðkomandi aðila, sjá H 1960:1. Á sama veg fer, ef ráðstöfun af hálfu fyrirsvarsmanns lögaðila fellur bersýnilega utan starfssviðs hans, svo sem ráðstöfun fjár úr sjóði fyrirtækis til eigin þarfa eða til annarra þarfa lögaðilanum algerlega óviðkomandi, enda séu önnur skilyrði fjádráttar uppfyllt. Aftur á móti mundi ráðstöfun fyrirsvarsmanns, sem á ytra borði sýnist falla undir verksvið hans, teljast umboðssvik, ef ráðstöfunin felur í sér ólögmetra misbeitingu á starfsskyldum hans, sérstakri heimild eða umboði til fjármálagerninga fyrir hönd lögaðila.<sup>34</sup> Sem dæmi má nefna, að framkvæmdastjóri fyrirtækis lánar vini sínum vörur út á reikning, þótt hann telji víst, að vinurinn sé á barmi gjaldþrots, eða bankastjóri veitir lán til mjög áhættusamra verkefna án nægra trygginga, sjá H 1997:1765.

#### 4. ALMENNT ÁSETNINGSSKILYRÐI OG AUÐGUNARÁSETNINGUR

##### 4.1. Almenna ásetningsskilyrðið.

Athugun á saknæmisskilyrðum auðgunarbrota er tvíþætt. Annars vegar lýtur hún að huglægri afstöðu geranda til efnisþátta í verknáðarlýsingum einstakra auðgunarbrota, sem lýst er í 244.-254. gr. hgl., og hins vegar að huglægri afstöðu hans til hlutrænna efnisþátta auðgunar, sem fölgir eru í efnisinntaki auðgunarásetnings samkvæmt 243. gr. hgl. Verður nú vikið stuttlega að fyrri atriðinu, þ.e. hinu almenna saknæmisskilyrði. Skilyrðið er almenns eðlis, vegna þess að það lýtur sömu reglum, hvort sem auðgunarbrott eða önnur afbrot eftir hegningarlögum eiga í hlut. Af 18. gr. hgl. leiðir, að ásetningur er undantekningarlaust saknæmisskilyrði auðgunarbrota í XXVI. kafla laganna. Almennar ásetningsreglur gilda um einstakar verknáðarlýsingar, m.a. reglur um andlag ásetnings og áhrif staðreyndavillu. Öll stig ásetnings geta verið grundvöllur refsíabyrgðar, eftir því sem við á hverju sinni, þ.e. beinn ásetningur, líkindaásetningur og dolus eventualis.<sup>35</sup>

##### 4.2. Huglæg og hlutræn einkenni auðgunarásetnings.

Hugtakið auðgunarásetningur er skilgreint í athugasemdum greinargerðar með 243. gr. hgl. á þennan veg: „Er þá átt við, að ásetningur brotamanns hafi verið sá að afla sér eða öðrum fjárvinnings á þann hátt, að annar maður biði ólöglega fjártjón að sama skapi.“<sup>36</sup> Efni ákvæðisins er tvíþætt, annars vegar hlutrænir efnisþættir auðgunar og hins vegar tiltekin huglæg afstaða, þ.e. ásetningur hins brotlega til auðgunar. Í ákvæðinu sjálfu er reyndar notað orðalagið í *auðgunarskyni*, og gæti það verið vísbending um tengsl við

<sup>34</sup> Knud Waaben: *Strafferettens specielle del* (1999), bls. 139-140.

<sup>35</sup> Ítarleg umfjöllun um almennar ásetningskröfur er hjá Jónatan Þórmundssyni: *Afbrot og refsíabyrgð II* (2002), bls. 58-98.

<sup>36</sup> Alpt. 1939, A-deild, bls. 394.

hugtakið auðgunartilgangur, sem talsvert var notað í lagamáli áður fyrr og finnst enn í 261. gr. hgl. Ekki var ætlunin með þessu að þrengja ásetningskröfur og áskilja beinan ásetning (tilgang), enda er í athugasemdum greinargerðar notað orðið ásetningur.<sup>37</sup> Ásetningur tekur til ákveðinna efnisatriða, sem koma ekki fram í verknaðarlýsingum einstakra brotategunda í XXVI. kafla hgl. Hér er því um viðbótarverknaðarlýsingu að ræða, sameiginlega fyrir öll auðgunarbrotin, og ásetning til einstakra þátta hennar.

Í skilgreiningunni að framan felst, að um samhverf eða samsvarandi verðmæti er að tefla, þ.e. fjárvinningur eins er samsvarandi fjártjón annars. Auðgunarbrot eru fölgín í *ólöglegri yfirfærslu* þessara verðmæta frá einum manni til annars. Lögadili getur komið í stað einstaklings, jafnt tjónþola sem viðtakanda verðmæta. Viðtakandi fjárvinnings getur verið hvort heldur sem er hinn brotlegi sjálfur eða einhver annar, t.d. lögadili, sem hann starfar fyrir, sjá annars vegar H 1974:870 og H 1995:2610 (hinn brotlegi) og hins vegar 1966:772 og H 1997:1765 (þriðji aðili að nokkru eða öllu leyti). Á sama hátt getur tjónþoli verið sá, sem brot bitnar beinlínis á, eða einhver annar en brotþoli, ef tjónið lendir á þeim aðila, t.d. ef starfsmaður fyrirtækis er hlunnfarinn á saknæman hátt í viðskiptum fyrir fyrirtækið.

Hlutrænir efnisþættir auðgunar, sem felast í skilgreiningu auðgunarásætnings, eru þrenns konar: Efnisleg skerðing, röskun á fjárskiptagrundvellingum og ólög-mæt fjármunayfirfærsla. Það er hin efnis-lega skerðing, sem leiðir til ólög-mætrar fjármunayfirfærslu. Auðgunarbrot eru að þessu leyti dæmigerð tjónsbrot.<sup>38</sup> Tjón þarf þó ekki í öllum tilvikum að hafa hlotist af ráðstöfun geranda. Annars vegar kann að vera um tilraunarverk að ræða, sbr. 20. gr. hgl. Hins vegar háttar svo til um ákveðnar

tegundir auðgunarbrota, að óeðlilegt verður að teljast að áskilja endanlegt tjón, heldur nægir veruleg fjártjónshætta af völdum verksins, sjá nánar efnislið 4.3.

### 4.3. Veruleg fjártjónshætta.

Áskilnaði um raunverulega efnisskerðingu verður ekki alltaf haldið til streitu við ákvörðun refsíabyrgðar fyrir fullframin auðgunarbrot. Stundum nægir að sýna fram á, að háttsemi hins brotlega hafi valdið tiltekinni fjártjónshættu. Venjulegur hættuásetningur (vitund um hugsanlega hættu á fjártjóni) telst þó ekki fullnægjandi mælikvarði á auðgunarásætning, því að þá gengju sönnunarkröfur of skammt. Hins vegar verður a.m.k. að vera unnt að sýna fram á, að nokkurn veginn sömu líkur séu á fjártjóni vegna tiltekkinnar fjárhagsráðstöfunar og á hagstæðum málalokum, eins og líkurnar horfa við geranda hverju sinni. Þykir það því eðlileg krafa að miða við vitund eða vitneskju hins brotlega um, að hann hafi valdið verulegri fjártjónshættu með ráðstöfun sinni. Með þessum hætti er tekið mið bæði af tilteknu hlutrænu hættustigi og huglægum hættulikum (í vitund hins brotlega). Þessi tilslökun getur átt við brot eins og fjársvik, fjárdrátt og umboðssvik. Tilslökunarreglan er í því fölgín, að vitund eða vitneskja hins brotlega um að hafa valdið verulegri fjártjónshættu nægir til sakfellingar, en almenna reglan er sú, að ásetningur þarf að standa til sjálfs fjártjónsins, þegar um tjónsbrot er að ræða.

Fullframningarstig brota mótast af tilhögun verknaðarlýsingar í hverju ákvæði um sig og af skýringu þess og þróun í réttarframkvæmd. Almennit má gera ráð fyrir, að brot eins og fjársvik og umboðssvik séu fullframin, þegar einhver sú athöfn hefur átt sér stað, sem veldur verulegri fjártjónshættu, t.d. undirritun fjárhagsskuldbindingar.

37 Jónatan Þórmundsson: Afbrot og refsíabyrgð II (2002), bls. 12.

38 Um einstaka hlutræna efnisþætti sjá Jónatan Þórmundsson: Auðgunarásætningur. Lindæla. Sigurður Lindal sjötugur (2001), bls. 339-344.



Í fasteignaviðskiptum geta miklir fjárhagslegir hagsmunir verið í hættu, ef annar hvor aðilanna veðsetur eign ranglega eða í trássi við samninga og gerir síðan tryggingarráðstafanir af því tilefni í eigin þágu.

H 1978:1055. Ákærða var gefið að sök að hafa, eftir að hann hafði selt tvær tilteknar íbúðir með kaupsamningum, í heimildarleysi veðsett þessar íbúðir og látið þinglýsa tveimur tryggingarbréfum þar að lútandi. Í ákæru voru brot þessi talin varða við 2. tl. 1. mgr. 250. gr. hgl. Bæði í sakadómi og Hæstarétti var ákærði sakfelldur fyrir umbodssviksamkvæmt 249. gr. hgl., endavarr málið flutt með tilliti til þess með heimild í þágildandi réttarfarslögum. Við atburðarás þá, er lá til grundvallar þessum dómi, hafði eignarrétturinn færst yfir til kaupenda. Ákærði átti því ekki íbúðirnar, þegar hann veðsetti þær. Ákvæði 249. gr. tekur til þess, er maður misnotar aðstöðu sína til þess að gera eitthvað, sem annar maður verður bundinn af. Kaupendur höfðu ekki sjálfir þinglýst kaupsamningunum, og þess vegna hafði ákærði aðstöðu til veðsetningar. Ólokið var einstökum greiðslum, sem tilteknar voru í samningnum um aðra íbúðina, á þeim tíma er ákærði gaf út veðbréfið og lét þinglýsa því, en þessum greiðslum var þá að fullu lokið varðandi hina íbúðina. Kaupendur beggja íbúðanna áttu hins vegar eftir að greiða fé vegna ákvæðis í kaupsamningum um hækkun kaupverðs vegna hækkunar byggingarvísitölu. Í dómi sakadóms var á því byggt, að veðsetningar ákærða hefðu ekki verið til tryggingar lögmætum kröfum ákærða á hendur kaupendunum, þar sem ákvæðin um hækkun kaupverðs til samræmis við vísitölubreytingar væru andstæð lögum og því ógild. Rétturinn taldi þetta athæfi hafa miðað að ólögmætri auðgun á kostnað kaupenda. Hæstiréttur taldi hins vegar auðgunarásætning fyrir hendi óháð vísitöluákvæðunum, sbr. þessi úmmæli: „Ákærða brast heimild til að veðsetja framangreindar íbúðir með þeim hætti, sem lýst er í héraðsdómi, án tillits til þess, hvort hann átti

lögvarða kröfu á hendur kaupendum íbúðanna vegna framangreindrar hækkunar á kaupverði þeirra.“

Fjártjón mun ekki hafa hlotist af háttsemi ákærða í umrætt sinn, en af henni stafaði veruleg fjártjónshætta, langt umfram þær fjárhæðir, sem ákærði gat með nokkru móti vænst frá kaupendunum miðað við fyllstu kröfur hans. Verknáðaraðferð ákærða og trúnaðarbrot hans voru svo vítaverð í sjálfsu sér, að þau voru talin nægja, hvað sem annars leið möguleikum ákærða á að afletta veðböndunum.<sup>39</sup>

Í dómi Hæstaréttar H 1999:2239, sem áður var reifaður, stóð þannig á, að íbúðareigandi hafði leigt ungri stúlku íbúð sína og fengið í hendur frá henni víxil til tryggingar réttum efndum leigusamnings. Þegar stúllan yfirgaf íbúðina mánuði síðar vegna breyttra aðstæðna, seldi íbúðareigandinn, ákærði í málinu, víxilinn í banka án þess að gæta skýrra ákvæða húsaleigulaga um meðferð tryggingarfjár frá leigjanda. Víxillinn fór að lokum í innheimtu, en ákærði leysti hann til sín, án þess að leigjandinn bæri endanlegan skaða af. Í forsendum Hæstaréttar segir m.a., að ákærði hafi með háttsemi sinni valdið rökun á hagsmunum leigjandans og verulegri hættu á því, að þeir yrðu fyrir borð bornir. Niðurstaða réttarins var sú, að ákærði hefði gerst sekur um fullframið brot gegn ákvæði 249. gr. hgl. með misnotkun á aðstöðu sinni gagnvart leigjandanum. Við ákvörðun refsingar var það m.a. virt ákærða til málsbóta, að hann leysti tryggingarvíxilinn til sín með áföllnum kostnaði, án þess að leigjandinn bæri fjárhagslegan skaða af.

## HEIMILDASKRÁ

### Ritaskrá

*Alþingistiðindi*, A-deild: 1939.

Andenæs, Johs. *Formuesforbrytelsene*. 5. útg. Oslo 1992.

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 4. útg. Oslo 1997.

*Betænkning afgiven af Straffelovskommissionen* (U III). Khöfn 1923, dálkur 366.

Gizur Bergsteinsson. *Audgunarbrot*. Úlfjótur, 2. tbl. 1955, bls. 3-16.

Hurwitz, Stephan. *Den danske Kriminalret, Speciel del*. Khöfn 1955.

Jónatan Þórmundsson. *Refsiábyrgð á efnahagsbrotum í atvinnustarfsemi lögaðila*.

Tímarit lögfr. 1988, bls. 207-233.

Jónatan Þórmundsson. *Fjármuna- og efnahagsbrot*, 1. hluti. Rvík 1995.

Jónatan Þórmundsson. *Afbrot og refsíbyrgð I*. Rvík 1999.

Jónatan Þórmundsson. *Audgunarásetningur*. Lindæla. Sigurður Lindal sjötugur.

Rvík 2001, bls. 339-356.

Jónatan Þórmundsson. *Afbrot og refsíbyrgð II*. Rvík 2002.

Jónatan Þórmundsson. *Afbrot og refsíbyrgð III*. Rvík 2004.

Jónatan Þórmundsson. *Ólögmeti verknaðar og refsileysisástæður*. Tímarit lögfr. 2005, bls. 357-385.

Meilby, Finn og Høg, Ulla. *Mandatsvig*. Juristen 1985, bls. 41-54.

Waaben, Knud. *Strafferettens specielle del*. 5. útg. Khöfn 1999.

### Dómaskrá

H 1960:1 (172/1958)

H 1961:538 (208/1960)

H 1966:772 (143/1966)

H 1969:935 (150/1968)

H 1974:870 (5/1974)

H 1978:1055 (199/1977)

H 1983:2088 (85/1983)

H 1987:1773 (209/1987)

H 1995:2610 (146/1995)

H 1997:1765 (6/1997)

H 1997:2981 (297/1997)

H 1998:583 (458/1997)

H 1998:677 (435/1997)

H 1998:1716 (448/1997)

H 1999:2239 (22/1999)

H 1999:2641 (136/1999)

H 2003:435 (393/2002)

H 2004:3232 (8/2004)

H 2005:893 (244/2004)

H 2005:3336 (524/2004)

H 2006: 6. apríl (150/2005)





# ÞÖKKUM EFTIRTÖLDUM AÐILUM

## VEITTAN STUÐNING

### AM KREDIT.

Nóatúni 17, Reykjavík

### ATVINNUHÚS EHF.

Skúlagötu 30, Reykjavík

### ÁS FASTEIGNASALA EHF.

Fjarðargötu 17, Hafnarfirði

### BEDCO OG MATHIESEN EHF.

Bæjarhrauni 10, Hafnarfirði

### EFLING STÉTTARFÉLAG.

Sætúni 1, Reykjavík

### EIGNAMIÐLUN EHF

Síðumúla 21, Reykjavík

### FASTEIGNASALA MOSFELLSBÆJAR,

Þverholti 2, Mosfellsbæ

### FÉLAG VÉLSTJÓRA OG MÁLMIÐNAÐARMANNA.

Borgartúni 18, Reykjavík

### FOSS, FASTEIGNA- OG SKIPSALA EHF.

Hátúni 6a, Reykjavík

### GÍSLI BALDUR GARÐARSSON HRL.

Pósthússtræti 13, Reykjavík

### HÉRAÐSDÓMUR AUSTURLANDS.

Lyngási 12, Egilsstaðir

### HÉRAÐSDÓMUR NORÐURLANDS EYSTRÁ

Hafnarstræti 107, Akureyri

### HÉRAÐSDÓMUR REYKJANESS.

Fjarðargötu 9, Keflavík

### HÉRAÐSDÓMUR VESTFJARÐA.

Hafnarstræti 9, Ísafjörður

### HÉRAÐSDÓMUR NORÐURLANDS VESTRA.

Skagfirðingabraut 21, 550 Sauðakrókur

### HUGSJÁ EHF.

Ármúla 36, Reykjavík

### HÚSFRÍÐUNARNEFND RÍKISINS,

Lyngási 7, Reykjavík

### HÖFUÐBÓL EHF/

### FASTEIGNASALAN HÖFÐI.

Suðurlandsbraut 20, Reykjavík

### KLAPPAVÖR EHF.

Tryggvagötu 11, Reykjavík

### KR.ST. LÖGMANNSSTOFA EHF.

Pósthólf 712, Reykjavík

### LÖGFRÆDISTOFA SUÐURNESJA.

Hafnargötu 51-55, Keflavík

### LÖGFRÆDISTOFA

### INGA TRYGGVASONAR.

Borgarbraut 61, Akranes

### LÖGMANNSSTOFA JÓNS EGILSSONAR.

Knarrvogi 4, Reykjavík

### LÖGMENN HAFNARFIRÐI EHF.

Reykjavíkurvegi 60, Reykjavík

### LÖGMENN THORSPLAN EHF.

Fjarðargötu 11, Reykjavík

### LÖGSÝN EHF.

Björn Jóhannesson hdl.

Hafnarstræti 1, Ísafirði

### MAGNÚS BALDURSSON HRL.

Engjateig 9, Reykjavík

### MÁLFLUTNINGSSTOFA

### SNÆFELLSNESS,

Aðalgötu 2, Stykkishólmi, sími 438 1199

### MENTIS HF.

Sigtún 42, Reykjavík

### RAGNAR AÐALSTEINSSON

Klapparstíg 25-27, Reykjavík

### REYKJANESBÆR

### SJÁVARÚTVEGSRÁÐUNEYTIÐ

Skúlagötu 4, Reykjavík

## SPARISJÓÐUR MÝRARSÝSLU.

Borgarbraut 14, Akranes

## SÝSLUMAÐURINN Á AKUREYRI

Hafnarstræti 107, Akureyri

## SÝSLUMAÐURINN Á AKRANESI

Stíllholti 16-18, Akranes

## SÝSLUMAÐURINN Á BLÖNDUÓSI

Hnjúkabyggð 33, Blönduós

## SÝSLUMAÐURINN Á HVOLSVELLI

Austurvegi 4, Hvolsvöllur

## SÝSLUMAÐURINN Á SAUÐÁRKRÓKI

Suðurgötu 1, Sauðárkróki

## SÝSLUMAÐURINN Í BÚÐARDAL

Miðbraut 11, Búðardal

## TOLLSTJÓRINN Í REYKJAVÍK

Tryggvagötu 19, Reykjavík



**LANDSLÖG**  
LOGFRÆÐISTOFA

**Eigendur:**  
Garðar Garðarsson hrl.  
Jóhannes K. Sveinsson hrl.  
Jón Sveinsson hrl.  
Vilhjálmur H. Vilhjálmsson hrl.  
Viðar Lúðvíksson hrl.

**Fulltrúar:**  
Nökkvi Már Jónsson hdl.  
Grimur Sigurðsson hdl.  
Elrikur Jónsson hdl.

Tryggvagötu 11, 101 Reykjavík, Sími: 5202900  
Hafnagötu 31, 230 Keflavík, Sími: 421 1733  
Kirkjubraut 28, 300 Akranes

[www.landslog.is](http://www.landslog.is)



**LÖGMÁL**

[ÁSGEIR ÞÓR ÁRNASON HRL.](#)  
[ELVAR ÖRN UNNSTEINSSON HRL.](#)  
[LÚDVÍK ÖRN STEINARSSON HRL.](#)  
[MAGNÚS GUÐLAUGSSON HRL.](#)  
[ELÍSABET JÚLIUSDÓTTIR HDL](#)

Lögmál ehf.  
Skólavörðustíg 12 • 101 Reykjavík  
Sími 511 2000 • Fax 511 2001  
[logmal@logmal.is](mailto:logmal@logmal.is) • [www.logmal.is](http://www.logmal.is)




LÝÐHEILSUSTÖÐ



**RARIK**  
*lifandi afl*

**Síminn**




*Hér á ég heima*

Hugsaðu vel um heimili þitt.  
Þú ert öðrum fyrirmynd.

**VINBÚÐ**  
*lifum, lærum & njótum*

[www.vinbud.is](http://www.vinbud.is)

MIKA • 11



Endurvinnslustöðvar Sorpu á 8 stöðum á höfuðborgarsvæðinu taka við flöskum og dösum til flokkunar og endurnýtingar.



BACKMAN & BJÖRGVINSSON  
málflutningsskrifstofa



Lögfræðistofa Reykjavíkur



ÓSKAR SIGURÐSSON HDL. GUÐJÓN ÆGIR SIGURJÓNSSON HDL.

Austurvegi 6, 800 SELFOSS  
Sími: 482 2299 Símbréf: 482 2229  
www.mal.is

**EIK**  
FASTEIGNAFÉLAG



Sími 550 8800 • Fax 550 8850  
Gjaldfrjálst númer 800 5088  
Borgartúni 7 • 150 Reykjavík  
www.skattfrann.is



**FULLTINGI**  
lögfræðipjónusta  
[www.fulltingi.is](http://www.fulltingi.is)



**Mörkin** lögmannsstofa hf.



HITAVEITA  
SUÐURNESJA HF

Brekkustíg 36  
260 Reykjanesbær  
Sími: 422 5200  
Fax: 421 4727  
Netfang: hs@hs.is

**juris**  
LÖGFRÆÐISKRIFSTOFA



Ólafur Björnsson hrl.  
Sigurður Sigurjónsson hrl.  
Christiane L. Bahner hdl.  
Torfi R. Sigurðsson lögfr.

Austurvegi 3, Selfossi  
Sími 480 2900 - Fax 482 2801  
www.log.is





Gjaldheimtan



PRICEWATERHOUSECOOPERS 



SKATTRANNSÓKNARSTJÓRI  
RÍKISINS



RÍKISLÖGREGLUSTJÓRINN



UTANRÍKISRÁÐUNEYTIÐ



FJÁRMÁLARÁÐUNEYTIÐ



LÁNASÝSLA RÍKISINS

SÝSLUMAÐURINN Á SELFOSSI

SÝSLUMAÐURINN Í KEFLAVÍK

INNHEIMTUSTOFNUN SVEITAFÉLAGA

LÖGMENN SKÓLAVÖRÐUSTÍG

LÖGMENN ÁRBÆ EHF.

LÖGGARÐUR EHF.

LÖGMANNSTOFAN FORTIS





FILTON/SIA



# Hundrað ára forskot

LOGOS rekur sögu sína allt aftur til ársins 1907, þegar Sveinn Björnsson opnaði fyrstu málf lutningssskrifstofu landsins. Áhersla á fagmennsku og framsækni hefur skilað LOGOS forystuhlutverki í þjónustu við viðskiptalífíð.

Við veitum viðskiptavinum okkar alla þá liðveislu sem þeir þarfnast hér heima og vinnum náið með þeim til að uppfylla metnaðarfull áform í útlöndum, með öflugri starfsemi í Reykjavík og einnig London sem Sveinn Björnsson hefði verið afar stoltur af.

Efstaleiti 5  
103 Reykjavík IS  
+354 5 400 300  
+354 5 400 301

42 New Broad Street  
London EC2M 1JD  
+44 (0) 207 920 3000  
+44 (0) 207 920 3099

logos@logos.is  
www.logos.is

## LOGOS

LÖGMANNSPJÓNUSTA  
SÍÐAN 1907