

Til: Reykjavíkurborgar.
Frá: Einari Páli Tamimi hrl., f.h. Spor í sandinn ehf., kt. 690709-0150.
Varðar: Tilkynningu Hollvinasamtaka Elliðaárdalsins um fyrirhugaða undirskriftasöfnun til að knýja fram íbúakosningu um deiliskipulag.
Dags.: 8. janúar 2019

Inngangur.

Á 5482. fundi borgarráðs, sem fram fór hinn 7. desember 2017, var samþykkt að veita Spor í sandinn ehf. vilyrði fyrir lóð fyrir gróðurhvelvingu („BioDome“) við Stekkjarbakka, á þróunarreit Þ73 samkv. aðalskipulagi, með fyrirvara um samþykki deiliskipulags.

Í kjölfar hins samþykta vilyrðis réðist Spor í sandinn ehf. í áframhaldandi útfærslu og hönnun gróðurhvelvinga sem rúmast gæti innan gildandi aðalskipulags fyrir svæði Þ73. Í ferlinu öllu, frá upphafi, var haft náið samstarf við umhverfis- og skipulagssvið Reykjavíkurborgar og skrifstofu eigna og atvinnuþróunar (SEA). Hugmyndin að staðsetningunni kemur upphaflega frá SEA þar sem hún var talin henta einkar vel m.t.t. skilgreiningu aðalskipulags.

Niðurstaða frumhönnunar gróðurhvelvingarinnar haustið 2018 var samtals 4.500 fermetra bygging (að gólfleti) sem hæst risi níu metra.

Reykjavíkurborg auglýsti deiliskipulag fyrir svæði Þ73, er rúmaði á einni af fjórum lóðum gróðurhvelvingarnar eins þær hefðu verið frumhannaðar, frá 21. janúar 2019 til og með 4. mars s.á. Haldinn var íbúafundur hinn 20. febrúar 2019, í Gerðubergi í Breiðholti þar sem deiliskipulagið var kynnt af skipulagshönnuði og Biodome verkefnið kynnt af framkvæmdaraðila. Deiliskipulagið var samþykkt á 41. fundi skipulags- og samgönguráðs hinn 26. júní 2019. Borgarráð samþykkti deiliskipulagið á 5550. fundi ráðsins hinn 4. júlí 2019. Borgarstjórn samþykkti deiliskipulagið á fundi sínum hinn 19. nóvember 2019 og var það auglýst í B-deild Stjórnartíðinda hinn 25. nóvember 2019.

Fram kemur á Facebook-síðu svokallaðra Hollvinasamtaka Elliðaárdalsins að samtökin hafi áformað að tilkynna Reykjavíkurborg eigi síðar en 19. desember sl. um undirskriftasöfnun til að knýja fram íbúakosningu um deiliskipulag svæðis Þ73. Jafnframt kom fram í viðtali við Halldór Pál Gíslason, formann samtakanna, í Morgunblaðinu hinn 19. desember sl. að tilkynningu verði skilað inn kl. 14 þann dag. Verður hér út frá því gengið að tilkynningunni hafi verið skilað inn svo sem boðað var. Þá hafa eigendur átta fasteigna í Stekkjahverfi í Breiðholti kært deiliskipulagið til úrskurðarnefndar umhverfis- og auðlindamála.

Helstu réttarheimildir.

107. gr. sveitastjórnarlaga nr. 138/2011 fjallar um íbúakosningar almennt og 2.–5. mgr. 108. gr. laganna um slíkar kosningar að frumkvæði íbúa sveitarfélags.

Samkvæmt 1. mgr. 107. gr. ákveður sveitarstjórn hvort fram skuli fara almenn atkvæðagreiðsla meðal íbúa sveitarfélagsins um einstök málefni þess, sbr. þó frumkvæði íbúa skv. 108. gr. Í 2. mgr. er mælt fyrir um að boðað skuli til atkvæðagreiðslu skv. 1. mgr. með

a.m.k. fjögurra vikna fyrirvara með opinberri auglýsingu og að samhliða skuli sveitarstjórn opinberlega kynna þá tillögu sem borin verður undir atkvæði og þær upplýsingar sem kjósendum eru nauðsynlegar til að geta tekið til hennar upplýsta afstöðu. Eftir 3. mgr. eiga rétt til þátttöku í atkvæðagreiðslu skv. 1. mgr. þeir sem eiga kosningarrétt í sveitarfélaginu. Atkvæðagreiðsla skal vera leynileg og atkvæðisréttur jafn samkvæmt fyrirmælum 4. mgr. og samkvæmt 5. mgr. eru atkvæðagreiðslur skv. 107. og 108. gr. ráðgefandi, nema sveitarstjórn ákveði að atkvæðagreiðslan skuli binda hendur hennar til loka kjörtímabils.

Samkvæmt 2. mgr. 108. gr. skal sveitarstjórn, ef minnst 20% af þeim sem kosningarrétt eiga í sveitarfélagi óska almennrar atkvæðagreiðslu skv. 107. gr., verða við því eigi síðar en innan árs frá því að slík ósk berst; sveitarstjórnin á ákvörðunarrétt um þá spurningu sem borin verður upp. Í 3. mgr. kemur fram að almennrar atkvæðagreiðslu skv. 107. gr. verði ekki krafist um efni fjárhagsáætlunar og viðauka við hana, um tekjustofna sveitarfélaga eða álagningu annarra lögheimilla gjalda, um ráðningu í störf hjá sveitarfélagi, um laun og önnur starfskjör sveitarstjórnarmanna eða starfsmanna sveitarfélags eða tillögu sem gengur gegn lögum eða myndi leiða til þess að lagaskyldu yrði ekki fullnægt af hálfu sveitarfélags. Fjallað er nánar um framkvæmd undirskriftasöfnunar í 4. og 5. mgr.

Í 2. mgr. 2. gr. reglugerðar nr. 155/2013 um undirskriftasafnanir vegna almennra atkvæðagreiðslna samkvæmt sveitarstjórnarlögum, segir að ef undirskriftasöfnun lýtur að ósk um atkvæðagreiðslu um tiltekna ákvörðun sem sveitarstjórn hefur þegar tekið, skuli frestur til þess að tilkynna um fyrirhugaða undirskriftasöfnun vera fjórar vikur frá því að ákvörðunin var birt.

Samkvæmt 1. mgr. 38. skipulagslaga nr. 123/2010, ber sveitarstjórn ábyrgð á og annast gerð deiliskipulags. Í 38 - 42. gr. laganna er deiliskipulagsferlið nýrvað niður í öllum atriðum. Í 1. mgr. 43. gr. laganna er kveðið á um að breyting á deiliskipulagi fari í öllum meginráttum fram með sama hætti og gerð nýs deiliskipulags.

Tilkynning – undirskriftasöfnun – íbúakosning.

Þótt samþykkt deiliskipulagstillaga beri ákveðin einkenni stjórnvaldsfyrirmæla hefur Hæstiréttur tekið af allan vafa um að afgreiðsla sveitarstjórnar á tillögu um breytingu á deiliskipulagi teljist vera stjórnvaldsákvörðun, sbr. t.a.m. dóm réttarins í málinu nr. 439/2012. Af því leiðir að um slíkar ákvarðanir gilda allar form- og efnisreglur stjórnisýslulaga nr. 37/1993 og aðrar ólögfestar reglur stjórnisýsluréttarins er varða stjórnvaldsákvörðanir.

Ákvörðun borgarstjórnar Reykjavíkur, um breytingu á deiliskipulagi svæðis Þ73 sem tekin var á fundi borgarstjórnar hinn 19. nóvember 2019, var auglýst í B-deild Stjórnartíðinda samkvæmt fyrirmælum 1. mgr. 42. gr. skipulagslaga hinn 25. nóvember sl. Af framangreindu er ljóst að bæði Reykjavíkurborg og aðrir sem málið kann að varða voru bundnir af ákvörðun þeirri um breytingu á deiliskipulagi svæðisins Þ73 hið minnsta frá birtingardegi.

Þegar breytingin á deiliskipulagi svæðis Þ73 tók gildi varð jafnframt bindandi vilýrði Reykjavíkurborgar um úthlutun lóðar til Spor í sandinn ehf. til byggingar gróðurhvelfinga, sem samþykkt var á fundi borgarráðs hinn 7. desember 2017 með þeim eina fyrirvara að samþykkt yrði deiliskipulag sem rúmaði áform félagsins. Þannig er Reykjavíkurborg nú annars vegar

bundin af eigin deiliskipulagsákvörðun og hins vegar af vilyrði um úthlutun lóðar á svæði Þ73 til Spor í sandinn ehf.

Ekki verður séð að 107. gr., sbr. 108. gr. sveitarstjórnarlaga geri nokkurs staðar ráð fyrir því að íbúakosningar geti farið fram um ákvörðun sveitarstjórnar sem þegar hefur verið tekin. Þannig kveður 1. mgr. 107. gr. á um ákvörðun sveitarstjórnar um almenna atkvæðagreiðslu um *málefni sveitarfélags* og í 2. mgr. er talað um *þá tillögu* sem borin verður undir atkvæði. Þá er í 2. mgr. 108. gr. fjallað um að sveitarstjórn eigi ákvörðunarvald um *þá spurningu* sem borin verður upp í almennri atkvæðagreiðslu. Hvergi er vikið að atkvæðagreiðslu um ákvörðun sveitastjórnar. Ekkert í skýringargögnum bendir heldur til þess að slíkar kosningar geti varðað málefni sem sveitarstjórn hefur þegar tekið ákvörðun um.

Engin skýringarsjónarmið standa til þeirrar niðurstöðu að réttur íbúa til að krefjast íbúakosningar sé víðtækari en réttur sveitarstjórnar til að boða til slíkrar kosningar og nái því til málefna sem sveitarstjórn hefur þegar tekið ákvörðun um. Ákvæði 3. mgr. 108. gr. styðja þvert á móti þá niðurstöðu að íbúakosningar skv. 107. gr., sbr. 108. gr. sveitastjórnarlaga geti ekki náð til stjórnvaldsákvörðana sem sveitastjórn hefur þegar tekið en þar kemur fram að slíkrar almennrar atkvæðagreiðslu verði ekki krafist um tillögu sem gengur gegn lögum eða myndi leiða til þess að lagaskyldu yrði ekki fullnægt af hálfu sveitafélagsins. Samkvæmt 25. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 getur stjórnvald aðeins afturkallað ákvörðun sína ef það er ekki til tjóns fyrir aðila eða ákvörðun er ógildanleg. Þannig er ljóst að alla jafna færi tillaga um afturköllun þegar tekinna stjórnsýsluákvörðanna sveitastjórnar í bága við lög og því verður ekki krafist íbúakosningar um slíka tillögu. Að sama skapi er ljóst að stjórnvaldsákvörðun sem tekin er með íbúakosningu getur alla jafna ekki uppfyllt efnis- og formreglur stjórnsýslulaga, svo sem reglur III. kafla laganna, og gengur því gegn lögum.

Af ofangreindu verður ekki önnur ályktun dregin en að íbúakosningar verði einungis krafist á grundvelli 108. gr. sveitastjórnarlaga að því marki sem um er að ræða málefni sem sveitastjórn hefur ekki tekið ákvörðun um og jafnframt að slíkar kosningar geti einungis varðað almennar stefnumótandi ákvarðanir sveitarfélags en ekki einstakar stjórnvaldsákvörðanir. Óhjákvæmileg afleiðing þessa er sú niðurstaða að 2. mgr. 2. gr. reglugerðar nr. 155/2013 um undirskriftasafnanir vegna almennra atkvæðagreiðslna samkvæmt sveitarstjórnarlögum skorti lagastoð og sé að engu hafandi. Af framangreindu leiðir aftur að ákvörðun Reykjavíkurborgar frá 19. nóvember sl. um breytingu deiliskipulags svæðisins Þ73, verður ekki endurskoðuð í íbúakosningum.

Ekki verður heldur betur séð en að 3. mgr. 108. gr. girði fyrir að ákvarðanir um deiliskipulag verði teknar í íbúakosningum skv. 107. gr., sbr. 108. gr. sveitarstjórnarlaga. Þannig er í ófrávíkjanlegu lagaákvæði, 1. mgr. 38. gr. skipulagslaga, kveðið á um að það sé sveitarstjórn sjálf sem beri ábyrgð á og annist gerð deiliskipulags. Ekki verður séð að nein heimild sé fyrir hendi í lögnum til þess að framselja þetta vald til meirihluta íbúa sveitarfélags eða annarra. Á grundvelli skipulagslaga hefur ráðherra sett skipulagsreglugerð nr. 90/2013 þar sem nánar er kveðið á um hvernig sveitarstjórn framkvæmir skipulagsvald sitt og sem endurspeglar séreðli þessa flókna og tæknilega krefjandi málaflokks. Þar er í grein 2.3 fjallað um hlutverk skipulagsnefnda í deiliskipulagsferlinu, í grein 2.5 gerðar ríkar kröfur til skipulagsfulltrúa hvað varðar hæfni á sviði skipulagsgerðar, í grein 4.4.1 er fjallað um tengsl deiliskipulags og umhverfismats auk þess sem 5. kafli reglugerðarinnar um deiliskipulag fjallar um fjölmarga

þætti sem það varðar í 64 greinum og undirgreinum. Telja verður útilokað að sveitarfélag geti með ákvörðun sveitarstjórnar, hvort sem er að hennar frumkvæði eða frumkvæði 20% íbúa þess, farið á svig við það flókna regluverk sem um deiliskipulag gildir með því að fela meirihluta íbúa að taka ákvörðun um deiliskipulag eða breytingu þess. Með því móti færu enda íbúar sveitarfélags á mis við þau réttindi sem þeim eru veitt í skipulagslögum og -reglugerð, þar sem þeim er tryggð aðkoma og andmælaréttur í vel skilgreindu ferli.

Eina leiðin til þess að ákvörðun Reykjavíkurborgar um deiliskipulag á svæðinu Þ73 frá 19. nóvember sl. verði breytt er með annarri breytingu á deiliskipulagi svæðisins sem tekin væri ákvörðun um eftir ákvæðum 1. mgr. 43. gr., sbr. 38. – 42. gr. skipulagslaga. Eins og á stendur í máli þessu verður ekki um það deilt að breyting á deiliskipulaginu sem kæmi í veg fyrir að Spor í sandinn ehf. geti reist fyrirhugaða gróðurhvelvingar á lóð sem félaginu verði úthlutað á svæðinu, myndi leiða til bótaskyldu fyrir Reykjavíkurborg.

Eins og á stendur í máli þessu hefur Reykjavíkurborg gefið Spor í sandinn ehf. vilyrði fyrir úthlutun lóðar undir byggingu gróðurhvelvinga á svæði Þ73 sem varð bindandi þegar Reykjavíkurborg samþykkti deiliskipulag fyrir svæðið og auglýsti það hinn 25. nóvember sl. Á borginni hvílir því lagaskylda til efnda og til þess að úthluta Spor í sandinn ehf. lóðinni leggi félagið fram umsókn um úthlutun lóðarinnar innan tveggja ára frá því að ákvörðun borgarinnar um breytingu deiliskipulags svæðisins var samþykkt. Íbúakosning um tillögu sem fæli í sér breytingu á deiliskipulagi svæðisins Þ73 þannig að ekki væri lengur unnt að reisa þar fyrirhugaða gróðurhvelvingu, væri því kosning um tillögu sem leiddi til þess að lagaskyldu, þeirri að úthluta Spor í sandinn ehf. lóð á svæðinu til byggingar hvelvingarnna, yrði ekki lengur fullnægt af hálfu Reykjavíkurborgar. Slík tillaga væri því ekki tæk til íbúakosningar.

Þeir íbúar Reykjavíkur sem eiga lögvarða hagsmuni af úrlausn slíkrar kæru njóta kærueimildar á ákvörðun borgarinnar um breytingu á deiliskipulagi svæðis Þ73 frá 19. nóvember sl. til úrskurðarnefndar um umhverfis- og auðlindamál skv. 52. gr. skipulagslaga, sbr. lög nr. 130/2011 um nefndina. Þar kemur til skoðunar lögmati ákvörðunarinnar, ekki huglæg afstaða kosningabærra íbúa Reykjavíkur til nýtingar svæðisins, og hafa eigendur átta fasteigna sem telja sig eiga slíka lögvarinna hagsmuna að gæta þegar kært umrædda ákvörðun til nefndarinnar. Hefur sú málsmeðferð ekkert með mögulega íbúakosningu að gera þó svo margir þeirra sem standa að fram komnum kærum séu jafnframt í fylkingarbrjósti þeirra sem krefjast slíkrar kosningar.

Niðurstaða.

Að öllu ofangreindu virtu verður ekki komist að annarri niðurstöðu en þeirri að Reykjavíkurborg sé rétt að hafna beiðni um fyrirhugaða undirskriftasöfnun þar sem hún varðar tillögu sem lýtur að stjórnvaldsákvörðun sem þegar hefur verið tekin og fellur ekki undir ákvæði 107. gr., sbr. 2.–5. mgr. 108., gr. og jafnframt á grundvelli 3. mgr. 3. gr. reglugerðar nr. 155/2013, þar sem tillaga sú sem safna á undirskriftum vegna, samrýmist ekki 3. mgr. 108. gr. sveitarstjórnalaga.