

EFNISYFIRLIT

1	Inngangur	3
2	Meðferð sakamála og endurskoðun refsidóma	5
2.1	Almenn atriði	5
2.2	Meginreglur sakamálaréttarfars	6
2.3	Sjónarmið um áfrýjun dóma í sakamálum	8
2.3.1	Almenn atriði	8
2.3.2	Mismunandi hagsmunagrundvöllur ákærða og ákæruvalds	8
2.4	Takmarkanir á rétti til áfrýjunar	12
3	Staða Mannréttindasáttmála Evrópu í íslenskum rétti	13
3.1	Mannréttindasáttmáli Evrópu og Mannréttindadómstól Evrópu	13
3.2	Áhrif á íslenskt lagaumhverfi	14
3.2.1	Fullgilding og lögfesting Mannréttindasáttmála Evrópu	14
3.2.2	Áhrif úrlausna Mannréttindadómstóls Evrópu á íslenskan rétt	15
3.3	Réttarheimildarleg staða 2. gr. 7. viðauka	17
3.3.1	Niðurstaða um réttarheimildarlega stöðu 2. gr. 7. viðauka	19
4	Réttur til áfrýjunar refsidóma samkvæmt 2. gr. 7. viðauka MSE	21
4.1	Almenn atriði	21
4.1.1	Lögskýringarsjónarmið	21
4.1.2	Forsaga	21
4.1.3	Almennt um 2. gr. 7. viðauka	22
4.2	Önnur ákvæði alþjóðasamninga um réttinn til áfrýjunar	25
4.2.1	Rómarsamþykkt um Alþjóðlega sakamáladómstólinn	25
4.2.2	Barnasáttmáli Sameinuðu þjóðanna	28
4.3	Tengsl 2. gr. 7. viðauka við önnur ákvæði MSE	29
4.4	Gildissvið 2. gr. 7. viðauka MSE	32
4.4.1	Afmörkun á gildissviði	32
4.4.2	Skilyrðið um að sakfelld sé fyrir afbrot	33
4.4.3	Skilyrðið um að sakfelld sé fyrir afbrot af dómstól	36
4.4.4	Vafatilvik sem snúa að gildissviðinu	37
5	Skyldur aðildarríkja og heimildir til takmarkana	42
5.1	Almennt, lögskýringarsjónarmið	42
5.2	Aðferðafræði til mats	43
5.3	Fyrirkomulag endurskoðunar	44
5.3.1	Gagnrýni fræðimanna	46
5.3.2	Samantekt og niðurstaða	47
5.4	Í hverju felast skyldur aðildarríkjanna?	48
5.4.1	Inngangur	48
5.4.2	Úrræðið þarf að vera til staðar	48
5.4.3	Úrræðið þarf að byggja á skýrum lagafyrirmælum	49
5.4.4	Úrræðið þarf að vera raunhæft og óháð yfirvöldum	50
5.4.5	Samantekt og niðurstaða	52
5.5	Takmarkanir á rétti til áfrýjunar samkvæmt 2. gr. 7. viðauka MSE	54
5.5.1	Almenn atriði	54

5.5.2	Takmarkanir sem leiddar verða af lögmætum markmiðum laga	54
5.5.3	Tímafrestrir	57
5.5.4	Samantekt og niðurstaða	58
5.6	Takmarkanir samkvæmt 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka MSE	59
5.6.1	Minniháttar brot	59
5.6.2	Samantekt og niðurstaða	62
5.6.3	Sakfelling í kjölfar sýknu	64
5.6.4	Álitaefni tengd mögulegum takmörkunum við málsmeðferð	65
5.6.5	Samantekt og niðurstaða	67
5.6.6	Sakfelling á fyrsta dómstigi af æðsta dómstól	69
5.6.7	Samantekt og niðurstaða	70
6	Réttur til áfrýjunar í íslenskum rétti	71
6.1	Inngangur	71
6.2	Hvaða mál að landsrétti falla undir gildissvið 2. gr. 7. viðauka	71
6.3	Forsaga áfrýjunarheimilda	73
6.4	Áfrýjun samkvæmt lögum nr. 88/2008 um meðferð sakamála	76
6.4.1	Inngangur	76
6.4.2	Heimild 196. gr. sml. til endurskoðunar æðri dóms	77
6.5	Réttur aðila til áfrýjunar	79
6.5.1	Almenn atriði	79
6.5.2	Réttur ríkissaksóknara	79
6.5.3	Réttur ákærða	80
6.6	Takmarkanir á rétti til áfrýjunar	81
6.6.1	Almenn atriði	81
6.6.2	Almenn skilyrði áfrýjunar í skilningi 198. gr. sml.	81
6.6.3	Útivistarmál	84
6.6.4	Tímafrestur til áfrýjunar	86
6.6.5	Hlutverk ríkissaksóknara í áfrýjunarferlinu og mögulegar takmarkanir	91
6.6.6	Samantekt og niðurstaða	94
6.7	Endurskoðun Hæstaréttar Íslands	96
6.7.1	Almenn atriði	96
6.7.2	Endurskoðun með umsókn um áfrýjunarleyfi	96
6.7.3	Almenn meðferð máls fyrir Hæstarétti	104
7	Samantekt og niðurstöður	111
7.1	Ákvæði 2. gr. 7. viðauka	111
7.2	Íslenskur réttur	112
	Heimildaskrá	114
	Dómaskrá	118

1 Inngangur

Í þessari ritgerð verður fjallað um rétt til áfrýjunar refsídóms á æðra dómstig samkvæmt þjóðréttarlegum skuldbindingum Íslands, einkum og aðallega með hliðsjón af 2. gr. 7. viðauka Mannréttindasáttmála Evrópu (hér eftir iðulega MSE). Umfjöllunin miðast við dómsmeðferð sakamála, þ.e. eftir að mál hefur verið þingfest, sbr. til hliðsjónar 158. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála.

Markmið ritgerðarinnar er að rannsaka hvernig íslenska ríkið uppfyllir skyldur sínar í ljósi 2. gr. 7. viðauka MSE. Felst rannsóknin fyrst og fremst í greiningu á fyrirliggjandi úrlausnum Mannréttindadómstóls Evrópu (MDE) og Mannréttindanefndar Evrópu (MNE). Haft var að leiðarljósi að finna viðmið sem svo mætti bera saman við íslenskan rétt. Ritgerðina mætti því líta á sem tvo sjálfstæða hluta að því er efnistöð varðar. Í fyrri hlutanum er þannig einkum fjallað um ákvæði 2. gr. 7. viðauka MSE um rétt manna til áfrýjunar refsídóma. Í þeim síðari er fjallað um hvernig búið er um réttarverndina í íslenskum rétti.

Fyrri hlutinn er svo upp byggður. Í öðrum kafla er fjallað almennt um rétt manna til áfrýjunar refsídóma auk þess sem vikið er að nokkrum meginreglum sem um sakamál gilda og viðkoma efnistöðum. Í þriðja kafla er fjallað um MSE í íslensku lagaumhverfi. Sú umfjöllun er nauðsynleg í ljósi þess að í fjórða og fimmta kafla verður spjótum beint að ákvæði 2. gr. 7. viðauka MSE. Tilefni er til að útskýra uppbyggingu umfjöllunar um ákvæði 2. gr. 7. viðauka nánar. Í fjórða kafla er fjallað almennt um 2. gr. 7. viðauka. Eru tengsl ákvæðisins rakin saman við ákvæði annarra þjóðréttarsamninga og jafnframt önnur ákvæði MSE sem tengjast rétti til áfrýjunar. Í lok kaflans er gildissviði 2. gr. 7. viðauka gerð skil, í þeim tilgangi að leiða í ljós hver skilyrði fyrir réttarvernd ákvæðisins eru. Í fimmta kafla er svo fjallað um skyldur og svigrúm aðildarríkja MSE. Leitast er við að greina aðferðafræði sem beitt er við mat á því hvort réttarverndin sé til staðar af hálfu MDE. Fjallað er um kröfur MDE til landslögjafar um úrræði til endurskoðunar og loks hverjar heimilar takmarkanir eru á því úrræði.

Annar hlutinn er svo upp byggður. Í sjötta kafla er fjallað löggjöfina hér á landi. Í upphafi er tiltekið hvaða mál að landsrétti falla að gildissviði 2. gr. 7. viðauka. Að því loknu er umfjöllunin einskorðuð við endurskoðunarúrræði í sakamálaréttarfari hér á landi. Er forsaga þeirra rakin að því marki sem nauðsynlegt er. Umfjöllunin skiptist að því loknu í þrjá hluta. Fyrst verður vikið að lagaheimildum sem um áfrýjun gilda, bæði að því er varða ákærða og ríkissaksóknara. Því næst verður fjallað um málsmeðferð þegar dómum er áfrýjað. Verður að taka fram hér að einblínt er á stöðu ákærða í þeirri umfjöllun. Að því loknu er fjallað um þá endurskoðun æðri dóms sem úrræðið felur í sér. Samhliða þessari umfjöllun eru rakin

sjónarmið úr fyrri hluta ritgerðarinnar í þeim tilgangi að greina mögulega takmarkandi þætti hér á landi er varða áfrýjun refsidóma, með hliðsjón af þjóðréttarlegum skuldbindingum íslenska ríkisins.

Í lok ritgerðarinnar er að finna heildarniðurstöður ritgerðarinnar. Í ljósi þess hve viðamikil efnistökin eru, er einnig að finna niðurstöður og samantekt í völdum köflum ritgerðarinnar.

2 Meðferð sakamála og endurskoðun refsidóma

2.1 Almenn atriði

Endurskoðun úrlausna handhafa ríkisvaldsins er þýðingarmikið úrræði fyrir réttaröryggi manna í nútímasamfélagi, hvort sem er í stjórnslu eða fyrir dómstólum.¹ Í daglegu tali er hugtakið *málskot* notað jöfnum höndum um beitingu þessa úrræðis og hugtakið *áfrýjun*. *Áfrýjun* er skilgreint svo í lögfræðiorðabók:

1 Það að aðili dómsmáls leitar endurskoðunar á dómi um efni máls með málskoti til æðra dóms, t.d. Hæstaréttar.

2 Það að aðili stjórnslumáls krefst endurskoðunar á stjórnsluákvörðun hjá æðra stjórnvaldi. [stjórnslukæra]²

Má þannig ráða að sögnin *áfrýja* lýsi réttarfarsúrræði sem felst í því að skjóta máli til endurskoðunar á efni þess hjá bæði dómstólum og stjórnvöldum. Í 1. mgr. 196. gr. sml. segir: „Með þeim takmörkunum sem leiðir af öðrum ákvæðum laga þessara er heimilt að áfrýja héraðsdómi til Hæstaréttar [...]“. Heimild til áfrýjunar dóms er samkvæmt þessu neikvætt skilgreind. Almenn er því heimilt að áfrýja nema sérstök atvik eigi við.³ Í 1. mgr. 192. gr. sml. kemur fram að unnt sé að óska endurskoðunar á ákveðnum úrskurðum dómara við meðferð máls í héraði. Það úrræði er ekki til umfjöllunar hér.

Allt frá upphafi Alþingis hins forna hefur verið mögulegt að skjóta máli á æðra dómstig með áfrýjun.⁴ Á meginlandi Evrópu hefur þetta úrræði jafnframt verið samofið meðferð sakamála í margar aldir og á rætur að rekja til hins svonefnda rannsóknarréttarfars.⁵ Einkenni rannsóknarréttarfars eru þau að skylda hvílir á dómara að upplýsa mál með rannsókn og er hlutverk sækjanda og verjanda lítið. Slík réttarskipan var lögfest hér á landi á 18. öld og var við lýði allt fram á miðbik síðustu aldar.⁶ Nú til dags á hún rætur að rekja til ákæruvéttarfars, þó bæði réttarfarskerfi hafi verið til staðar á víxl í íslensku sakamálaréttarfari. Einkenni ákæruvéttarfars eru að dómari hefur ekki afskipti af rannsókn máls og tekur það ekki til úrlausnar fyrr en eftir útgáfu ákæru, sem gefin er út af handhafa ákæruvalds.⁷ Sókn sakamála er nú í höndum ríkisvaldsins og fara ríkissaksóknari og aðrir ákærendur með ákæruvaldið í umboði þess, sbr. 18. gr. sml.

¹ Niels Viltoft: *Domsænd og retssystemet*, bls. 65, Jón Steinar Gunnlaugsson: *Um málskot í einkamálum*, bls. 11.

² *Lögfræðiorðabók með skýringum*, bls. 41.

³ *Árskýrsla Hæstaréttar Íslands 2012*, bls. 16.

⁴ Theodór B. Línal, „Æðsta dómsvald á Íslandi“, bls. 62-63.

⁵ Peter D. Marshall: „A Comparative Analysis of The Right to Appeal“, bls. 11.

⁶ Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars*, bls. 3 og 5.

⁷ Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars*, bls. 2-3 og 5.

Til að hægt sé að átta sig á sjónarmiðum sem búa að baki rétti til áfrýjunar í sakamálum er þörf á að fjalla um þann grundvöll sem meðferð sakamála byggir á. Markmið refsilöggjafar er að brotlegum sé refsað. Grundvöllurinn mótast þannig af því markmiði að upplýsa afbrot, gera menn ábyrga gjörða sinna og ná þannig fram varnaðaráhrifum refsinga. Á móti kemur að refsivörslukerfið þjónaði ekki tilgangi sínum ef saklausir menn yrðu dæmdir til að sæta refsingu. Vegast þannig á tvíþætt sjónarmið. Með réttarfarsreglum í sakamálum er ætlað að ná jafnvægi þar í milli.⁸ Meðferð sakamála byggir á því að sannleikurinn sé í ljós leiddur í hverju máli. Með því má koma í veg fyrir að saklaus maður verði dæmdur til að þola refsingu og refsikennd viðurlög og jafnframt að þeir sem sekir eru verði beittir lögmæltum viðurlögum.⁹

2.2 Meginreglur sakamálaréttarfars

Meginreglur eru rökin að baki settum lagareglum. Þær koma því að gagni við túlkun lagaákvæða.¹⁰ Engar algildar meginreglur eru til um meðferð sakamála. Þær mótast af þjóðfélagsháttum og almennu viðhorfi manna hverju sinni. Mikilvægt er að glöggva sig á þeim ríkjandi meginreglum, þar sem einstökum réttarfarsreglum er ætlað að taka mið af þeim. Í sakamálaréttarfari mótast meginreglurnar mjög af mismunandi aðstöðu aðila sakamáls.¹¹¹² Við túlkun réttarfarsreglna í sakamálum er sannleiksreglan einna mikilvægust. Hún byggir á því að hið sanna og rétta sé í ljós leitt í hverju máli. Í þeim réttarkerfum þar sem reglunni er gefinn byr undir báða vængi hafa formreglur minna vægi.¹³ Meginreglur sakamálaréttarfars tengjast þeim röksemdum sem búa að baki áfrýjun dóma og verður nú fjallað stuttlega um nokkrar þeirra út frá sjónarmiðum beggja aðila sakamáls við rekstur þess fyrir dómi, þó óhjákvæmilega eigi þær oft við á öllum stigum málsmeðferðar.

Hin svonefnda ákærulegla felur í sér að sakamál verði jafnan ekki höfðað fyrir dómi nema ákæra sé gefin út að frumkvæði ákæruvaldsins. Í 142. gr. sml. kemur fram að sérhver refsiverð háttsemi skuli sæta ákæru nema annað sé ákveðið í lögum. Er það handhafi ákæruvalds sem gefur út ákæru, sbr. 1. mgr. 152. gr. sml.¹⁴ Heimilt er að falla frá saksókn ef sérstaklega stendur á, sbr. 146. gr. sml. og er skylda til útgáfu ákæru m.a. ekki fortakslaus af

⁸ Johs. Andenæs, Tor-Geir Myhrer: *Norsk straffeprocess*, bls. 7.

⁹ Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars*, bls. 12.

¹⁰ Garðar Gíslason: *Meginreglur laga*, bls. 88.

¹¹ Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars*, bls. 1-2.

¹² Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars*, bls. 2.

¹³ Eva Smith: *Straffeprocess*, bls. 25: „Man skal imidlertid være opmærksom på, at den materielle sandhedsprincip også anvendes ved fortolkningen af retsplejelovens bestemmelser med henblik på at undgå afgørelser, der formodes at være stødende for retsbevidstheden.“

¹⁴ Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars*, bls. 11.

þeim sökum.¹⁵ Ákærvaldinu ber að hafa jafnræðisreglu 70. gr. stjkskr., sbr. 6. gr. MSE að leiðarljósi þegar ákvörðun er tekin um saksókn.¹⁶ Á ákærvaldinu hvílir jafnframt hlutlægnisskylda sem mælt er fyrir um í 3. mgr. 18. gr. sml. Leiðir hún til þess að ákærandi þarf að líta jöfnum höndum til atriða sem eru sakborningi í hag og óhag við ákvörðun um saksókn.¹⁷ Telji ákærandi vafa til staðar verður ráðið af 145. gr. sml. að fella beri mál niður.¹⁸ Hafa fræðimenn jafnframt talið að sömu sjónarmið búi að baki slíkri ákvörðun og að falla frá ákæru undir rekstri máls.¹⁹ Til þess að jafna þann aðstöðumun sem ákærði býr við í sakamáli gagnvart ákærvaldinu hefur honum verið búið margþætt réttarfarshagræði (l. *favour defensionis*) sem byggir á því sjónarmiði að betra sé að sekir gangi lausir en að saklausir verði dæmdir til refsingar.²⁰ Öðru fremur leiðir af réttarfarshagræðinu reglan um að vafi um sönnun verði ákærða til hagsbóta (l. *in dubio pro reo*). Nátengt því er meginreglan um að sönnunarbyrðin hvíli á ákærvaldinu, sbr. 2. mgr. 70. gr. stjkskr., 2. mgr. 6. gr. MSE svo og 108. gr. sml.²¹ Víða má finna réttarfarshagræðinu stað í lögum. Til að mynda á ákærði ávallt rétt til að fá skipaðan verjanda til að gæta hagsmuna sinna, hafi sakamál verið höfðað, sbr. 30. og 31. gr. sml. Ber hvorki ákærða né verjanda skylda til að veita atbeina við að upplýsa málið. Verður ákærða ekki refsað fyrir rangan framburð.²² Við áfrýjun refsisdóms af hálfu ákærða birtist réttarfarshagræðið einnig í að áfrýjun verður honum ekki til refsipýngingar (l. *reformatio in pejus*), sbr. 202. gr. sml.²³

Þrátt fyrir nefnt réttarfarshagræði er gert ráð fyrir því í íslenskum rétti að jafnræðisreglan, sem áður er minnst á, taki til meðferðar sakamáls fyrir dómi. Fræðimenn hafa talið að í sakamálum, eins og í einkamálum, séu báðir aðilar sjálfstæðir málsaðilar ef frá er talin aðstaða þeirra í réttarfarslegu tilliti. Er sú afstaða studd þeirri röksemd að er hallað væri meira á ákærvaldið en lög gera ráð fyrir, kynni að vera komið í veg fyrir að þeim sem raunverulega hefðu gerst sekir um afbrot yrði refsað. Þar með væri verið að brjóta gegn þeim

¹⁵ Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars*, bls. 12.

¹⁶ Í *Hrd.* 7. febrúar 2013 (74/2012) var tekið fram að slík ákvörðun gæti samkvæmt eðli sínu ekki sætt endurskoðun dómstóla og gæti þ.a.l. ekki sætt frávisun. Í dóminum sagði m.a.: „[Við ákvörðun um saksókn] ber að gæta jafnræðis svo sem ótvírætt leiðir af reglu 142. gr. laganna. Ákvörðun ákæranda, sem að framan greinir, er hluti af meðferð hans á valdheimildum sem honum eru fengnar að lögum. Sú ákvörðun getur eðli sínu samkvæmt ekki sætt endurskoðun dómstóla við úrlausn þessa máls, sbr. meðal annars dóm Hæstaréttar 3. mars 2011 í máli nr. 71/2010. Verður því hafnað röksemdum [...] um að ætlað brot á jafnræðisreglu eigi að leiða til frávisunar málsins að hluta eða sýknu eða hafa áhrif á ákvörðun refsingar.“

¹⁷ Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars*, bls. 7.

¹⁸ Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars*, bls. 12.

¹⁹ Eiríkur Tómasson: „Ákærvaldið í ljósi jafnræðisreglna“, bls. 51.

²⁰ Eva Smith: *Straffeprocess*, bls. 24-25, Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars*, bls. 8-9.

²¹ Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars*, bls. 9.

²² Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars*, bls. 8.

²³ Eva Smith: *Straffeprocess*, bls. 25.

almannahagsmunum sem búa að baki refsivörslukerfinu og jafnframt öðrum hagsmunum, til að mynda brotaþola.²⁴

Einna fremst meðal jafningja er meginreglan um réttláta málsmeðferð. Hún felur m.a. í sér að öllum ber réttur til að fá úrlausn ákæru á hendur sér með réttlátri málsmeðferð, innan hæfilegs tíma og fyrir sjálfstæðum og óvilhöttum dómstól, sbr. 70. gr. stjkskr. og 1. mgr. 6. gr. MSE. Dómarar eiga lokaorðið um hvort maður hafi gerst sekur um refsiverðan verknað og á grundvelli sannleiksreglunnar hvílir á þeim skyldan til að komast að hinum hlutræna sannleika í hverju máli.²⁵

2.3 Sjónarmið um áfrýjun dóma í sakamálum

2.3.1 Almenn atriði

Dómsúrlausn getur verið röng eða málsmeðferð óréttlát, þrátt fyrir markmið þeirra meginreglna sem móta meðferð sakamála, að koma í veg fyrir að saklausum verði refsað. Röng dómsúrlausn getur komið til af ýmsum ástæðum. Atriðum sem færð voru fram kann að hafa verið gefið lítið eða ekkert vægi og túlkun og beiting laga að vera röng.²⁶ Endurtekin málsmeðferð fyrir fleiri og oft reyndari dómurum á að veita auknar líkur á efnislega réttri niðurstöðu.²⁷

Það að dómsúrlausn geti sætt endurskoðun hefur jafnframt áhrif. Hvetur það dómara til vandvirkni og má koma í veg fyrir að dómarar byggji úrlausn sína á eigin geðþótta.²⁸ Endurskoðun gefur meiri líkur til að samræmis sé gætt í túlkun og beitingu laga, sem leiðir til réttrar mótunar refsivörslukerfisins. Réttar dómsúrlausnir og stöðugleiki í beitingu dómsvalds auka jafnframt traust almennings til dómstóla.²⁹

2.3.2 Mismunandi hagsmunagrundvöllur ákærða og ákæruvalds

Frá árinu 1951 hefur það verið meginregla í íslenskum rétti að áfrýjun stæði ákærða til boða.³⁰ Í 175. gr. laga nr. 27/1951 um meðferð opinberra mála var mælt fyrir um þennan rétt, sem þó var á forræði dómsmálaráðherra, sem fór með ákæruvaldið. Var honum skylt að áfrýja ef dæmd var yfir fimm ára refsing og ef um fyrsta brot var að ræða, að réttarfarssektum

²⁴ Eiríkur Tómasson: „Ákæruvaldið í ljósi jafnræðisreglna“, bls. 66-67.

²⁵ Jónatan Þórmundsson: *Opinbert réttarfar I.*, bls. 8-9.

²⁶ Johs. Andenæs og Tor-Geir Myhrer: *Norsk Straffeprosess*, bls. 462.

²⁷ Hrafn Bragason: „Takmarkanir málskotsheimilda“, bls. 150.

²⁸ Stefan Trecshel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 362.

²⁹ Peter D. Marshall: „A Comparative Analysis of The Right to Appeal“, bls. 2-3.

³⁰ Eiríkur Tómasson: „Áhrif mannréttindasáttmála Evrópu á íslenskt sakamálaréttarfar“, bls. 169.

undanskildum. Að öðru leyti hafði hann mat um hvort „*sérstakar ástæður þættu til*“.³¹ Einar Arnórsson, einn höfunda frumvarpsins, tiltók hinar sérstöku ástæður svo í tímaritsgrein á árinu 1951:³²

Til dæmis [...] ef ákærði þykir ranglega sýknaður eða ranglega sakfelldur, refsing telst að mun of há eða of lág, ákærði er ranglega sviptur réttindum eða ranglega mæltur undan þeim viðurlögum, hallað er ranglega á sýknaðan mann í forsendum dóms, töluverð vafaatriði eru í máli, hvort sem er um lög eða staðreyndir [...] Oft mundi ákærði óska áfrýjunar, ef hann telur kost sinn mundu verða betri eftir hæstaréttardómi.³³

Hafa má hliðsjón af þessum ummælum, þótt sett hafi verið fram fyrir rúmlega sex áratugum. Eins og sjá má tók rétturinn jafnframt til ákæruvaldsins. Er svo enn hér á landi, sbr. 197. gr. sml. Hagsmunagrundvöllur málsaðila er ólíkur. Ætla má að ákærði hafi fyrst og fremst hagsmuni að fá mildari dóm eða sýknudóm hafi hann verið ranglega sakfelldur.³⁴ Mannréttindavernd á alþjóðavettvangi byggir á þessu.³⁵ Ákæruvaldið áfrýjar til refsipýngingar eða refsilækkunar og loks verður sýknudómum iðulega áfrýjað, sbr. 197. og 198. gr. sml. Eru þetta áþekkar heimildir og þekkjast í nágrannalöndunum.³⁶

Áður en lengra er haldið er nauðsynlegt að rekja heimildir ákæruvaldsins nánar og þau sjónarmið sem þar búa að baki. Skoða þarf áfrýjun af hálfu ákæruvaldsins í ljósi þeirra meginreglna sem fjallað var um hér áður, þ.e. einkum sannleiksreglunnar, ákæruleglunnar, jafnræðisreglunnar svo og hlutlægnisskyldunnar. Áfrýjun refsidóms byggir iðulega á því að refsing eða refsikennd viðurlög séu ekki í samræmi við réttarframkvæmd.³⁷ Refsing samkvæmt dómi getur verið of lítilvæg eða of þung og hefur hlutlægnisskyldan hér mikið að segja.³⁸ Áfrýjun sýknudóms byggir iðulega á því að niðurstaða sé í ósamræmi við sönnunarfærslu eða réttarframkvæmd.³⁹ Álitamál kunna þrátt fyrir allt að rísa um þessa heimild ákæruvaldsins og verður nú fjallað um þrjú álitæfni út frá skrifum fræðimanna.

Í fyrsta lagi kæmi til álita hvort áfrýjun sýknudóma vegi að bannreglunni um tvöfalda refsingu (l. *Ne Bis en Idem*). Í norrænum rétti og meginlandsrétti er almennt ekki um það að ræða.⁴⁰ Í engilsaxneskum rétti sætir áfrýjun af þessu tagi takmörkunum vegna reglunnar.⁴¹

³¹ Einar Arnórsson: „Meðferð opinberra mála“, bls. 167.

³² Einar Arnórsson: „Meðferð opinberra mála“, bls. 168.

³³ Einar Arnórsson: „Meðferð opinberra mála“, bls. 168.

³⁴ Niels Viltoft: *Domsmænd og retssystemet*, bls. 67.

³⁵ Stefan Trecshel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 362.

³⁶ Eva Smith: *Straffeprocess*, 197-199. Johs. Andenæs og Tor-Geir Myhrer: *Norsk Straffeprocess*, bls. 467.

³⁷ Niels Viltoft: *Domsmænd og retssystemet*, bls. 68.

³⁸ Hans Gammeltoft-Hansen: *Strafferetspleje III*, bls. 96. Sjá einnig: Johs. Andenæs og Tor-Geir Myhrer: *Norsk Straffeprocess*, bls. 37.

³⁹ Niels Viltoft: *Domsmænd og retssystemet*, bls. 68, Hans Gammeltoft-Hansen: *Strafferetspleje III*, bls. 96.

⁴⁰ Jon Petter Rui: *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*, bls. 22.

⁴¹ Jon Petter Rui: *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*, bls. 126. Sjá einnig sama rit, bls. 85.

Í öðru lagi kann málsmeðferðartími á áfrýjunarstigi að koma niður á hagsmunum ákærða. Fræðimenn hafa bent á að mál vegna flókinna efnahagsbrota hafi verið til meðferðar í nokkur ár á fyrsta dómstigi og í lengri tíma á áfrýjunarstigi í Danmörku. Út frá hagsmunum ákærða kunni óvissa sem slíkt hefur í för með sér að vera óásættanleg.⁴²

Í þriðja lagi má telja að áfrýjun sýknudóma kunni að vera þversagnarkennd í ljósi meginreglunnar um að vafi skuli vera ákærða til hagsbóta (l. *in dubio pro reo*). Sé vafi til staðar á fyrsta dómstigi hljóti hann jafnframt að vera til staðar á öðru dómstigi.⁴³ Nú skulu rakin mismunandi sjónarmið fræðimanna. Danski fræðimaðurinn *Eva Smith* hefur talið þetta vekja upp spurningar.⁴⁴ Í tímaritsgrein á árinu 1991 kvað hún sterkt að orði og sagði að áfrýjun sýknudóma af hálfu ákæruvaldsins ætti að sæta takmörkunum að öllu leyti. Byggði hún skoðun sína á því að ákæruvaldið tæki ákvörðun um saksókn að athuguðu máli. Væri það eðlileg krafa að málið væri fullbúið á fyrsta dómstigi. Til álita kæmi hvort niðurstaða á sekt ákærða á æðra dómstigi væri hin rétta ef önnur niðurstaða hefði fengist á fyrsta dómstigi. Sérstaklega í þeim tilvikum þar sem atkvæði dómara á æðra dómstigi féllu fjögur á móti tveimur.⁴⁵ Þrátt fyrir ólíka réttarskipan geta þessi sjónarmið átt við hér á landi. Benda má á að *Róbert R. Spanó* tekur í svipaðan streng í tímaritsgrein frá árinu 2000 í umfjöllun um *Hrd. 16. júlí 1999* (264/1999). Þar kom fram það sjónarmið að takmörkun áfrýjunar sýknudóma gæti verið réttlát, sér í lagi ef um fjölskipaðan héraðsdóm var að ræða.⁴⁶ Þótt hann fjalli ekki beint um takmörkun á sama hátt og *Eva Smith* virðist nokkur samhljómur með álitum beggja, sem byggja á því að ákærði standi höllum fæti gagnvart ákæruvaldinu.

⁴² *Eva Smith: Straffeprocess*, bls. 199-200: „Og er det rimeligt at tvinge tiltalte til endnu en oplidende retssag? Der findes eksempler på, at sager vedrørende økonomisk kriminalitet har verseret i flere år for byretten og i endnu længere tid for landsretten.“ Sjá einnig: Niels Viltoft: *Domsmænd og retssystemet*, bls. 65-66.

⁴³ *Eva Smith: Straffeprocess*, bls. 199-200, Hans Gammeltoft-Hansen: *Strafferetspleje III*, bls. 96.

⁴⁴ *Eva Smith: Straffeprocess*, bls. 199-200.

⁴⁵ *Eva Smith: „Retspleje og retssikkerhed“*, bls. 411: „For det første er anklagemyndigheden rådig over påtalen. Anklagemyndigheden afgør suværent, hvilke forhold der skal rejses tiltale for, og hvornår sagen er færdigefterforsket, således at tiltale kan rejses. Forsvarets bevisførelse og producere må indrette sig efter de af anklagemyndigheden opstillede præmisser. Derfor er det næppe urimeligt at kræve, at anklagemyndigheden har sin sag helt klart allerede ved den første behandling ved domstolene. Dertil kommer >>in dubio pro reo<<-synspunktet. Hvis tiltalte er frifundet ved byretten og dømmes ved landsretten, vil der altid være en lille tvivl tilbage om, hvorvidt landsretsresultatet var det rette. Dette gælder ikke mindst, hvis tiltalte dømmes med stemmerne 4-2.“

⁴⁶ *Róbert R. Spanó: „Kio Briggs-dómurinn: Hugleiðingar um áfrýjun opinberra mála í ljósi dóms Hæstaréttar frá 16. júlí 1999 í málinu nr. 264/1999.“*, bls. 94: „Byggist sú afstaða á sanngirnissjónarmiðum og reglunni um jafnræði málsaðila í opinberum málum. Jafnræðisregla þessi, sem leiðir af 1. mgr. 6. gr. [MSE] og 1. mgr. 70. gr. [stjkskr.], felur ekki í sér að löggjöf verði að öllu leyti að tryggja að ákæruvaldið standi jafnfætis hinum ákærða. Reglan gerir aðeins ráð fyrir því að tryggt sé að ákærður maður standi ekki höllum fæti gagnvart ákæruvaldinu. Á þessu er eðlismunur.“

Hans Gammeltoft-Hansen telur á hinn bóginn margt mæla á móti takmörkunum.⁴⁷ Telur hann að formregla þess efnis kynni að veða að sannleiksreglunni. Til þess að hún gæti komið til álita þyrfti jafnframt að krefjast þess að allir dómara fjölskipaðs dóms væru einróma í niðurstöðu sinni um sakfellingu. Með sératkvæði eins dómara um sýknu væri vafi til staðar.⁴⁸ Þá væri takmörkun að þessu leyti jafnframt í andstöðu við hlutverk ákærvaldsins. Í þeim tilvikum sem áfrýjað væri af þess hálfu byggði slík ákvörðun iðulega á því að ekki væri samræmi í niðurstöðu dóms miðað við réttarframkvæmd. Telur hann að sömu sjónarmið eigi þar við um áfrýjun sýknudóms sem byggir á sönnunarfærslu. Í þessu samhengi segir hann jafnframt að álitaefni um refsíákvörðun séu nátengd lagatúlkun og sönnunarfærslu. Áfrýjun sýknudóma sé réttlætunleg sé hún byggð á því að dómsúrlausn, sem áfrýjað er, sé byggð á fráviki frá skýrri og stöðugri réttarframkvæmd.⁴⁹ Þá nefnir hann jafnframt að áfrýjun af hálfu ákærvaldsins þurfi að skoða í ljósi ákærureglunnar, þ.e. að ef ekki séu líkur til sakfellis á æðra stigi, eftir sýknudóm, þá mæli það gegn áfrýjun.⁵⁰

Hér er ljóst að sjónarmið um sanngirni gagnvart ákærða og loks sjónarmið um refsivörslu og þá almannahagsmuni vegast á. Ljóst er einnig að við ákvörðun um áfrýjun þarf að líta til sömu sjónarmiða og eiga við um útgáfu ákæru. Í því sambandi þarf að horfa til þeirra skyldna sem á ákærvaldinu hvíla, þ. á m. hlutlægnisskyldunnar, jafnræðisreglunnar og jafnframt sannleiksreglunnar. Hér skal nefnt að bæði *Eva Smith* og *Gammeltoft-Hansen* benda á að áfrýjun ákærvaldsins sé einungis í einum tíunda þeirra mála sem áfrýjað er. Þó verður að geta þess að *Eva Smith*, eins og áður sagði, kvað nokkuð afdráttarlaust á um að takmarka ætti þessa heimild í grein sinni árið 1991.⁵¹ Þessu tengt má loks nefna að samkvæmt ársskýrslu ríkissaksóknara fyrir árið 2011 var áfrýjað í 11 sakamálum af 72.⁵²

⁴⁷ Hans Gammeltoft-Hansen: *Strafferetspleje III*, bls. 96-97: „Derimod bør synspunktet om begrænsning af anke af bevismæssige frifindelser slå igennem i anklagemyndighedens egen praksis. Er anklagemyndigheden uenig i underinstansen retsanvendelse, kan det ofte af hensyn til retsenheden være ønskeligt eller ligefrem påkrævet, at spørgsmålet afklares ved højere retsinstanter.“

⁴⁸ Hans Gammeltoft-Hansen: *Strafferetspleje III*, bls. 96-97: „Ej heller er synspunktet udmøntet i et krav om, at rettens afgørelse om, at tiltalte findes skyldig, kræver enstemmighed (fordi blot én dommers ønske om at frifinde kunne siges at være udtryk for tvivl om skyldspørgsmålet). Regler af denne art ville vel også i praksis kunne fremstå som en formaliseret overspændelse af det bevismæssige grundprincip.“

⁴⁹ Hans Gammeltoft-Hansen: *Strafferetspleje III*, bls. 96-97: „[...] Spørgsmål om strafudmålingen befinder sig i en mellemposition i forhold til retsanvendelsen og bevidømmelsen. Kun ved forholdsvis klare og væsentlige afvigelser fra en øvrigt veldefineret strafudmålingspraksis bør korrektion gennem anke bringes i anvendelse.“

⁵⁰ Hans Gammeltoft-Hansen: *Strafferetspleje III*, bls. 96-97: „I anklagemyndighedens generelle praksis vedrørende anke vil også rent ressourcemæssige overvejelser kunne indgå. De hensyn af denne art, der kan føre til begrænsning af eller undladelse af påtale [...] vil endmere kunne tale imod anke.“

⁵¹ Hans Gammeltoft-Hansen: *Strafferetspleje III*, bls. 97, *Eva Smith: Straffeprocess*, bls. 200.

⁵² *Ársskýrsla ríkissaksóknara 2011*, bls. 33.

2.4 Takmarkanir á rétti til áfrýjunar

Hér hefur verið fjallað um mismunandi sjónarmið og hagsmuni beggja aðila sakamáls af áfrýjun mála. Jafnframt var á það minnst að úrræðið hefur víðtækari áhrif á samfélagið og traust almennings til refsivörslukerfisins. Það eru fleiri sjónarmið sem hér koma til og lúta að samfélagslegum hagsmunum. Það hefur verið talið megineinkenni á góðri dómsmeðferð að hún sé vönduð, fljótverk og ódýr.⁵³ Þessi lýsing endurspeglar jafnframt sjónarmið um að baki takmörkunum áfrýjunarréttarins. Gildi sönnunargagna á áfrýjunarstigi geti takmarkast ef málsmeðferðartími er langur, sem leitt geti til veikari niðurstöðu. Þá geti áfrýjunarmeðferð verið tímafrek og kostnaðarsöm fyrir báða aðila máls.⁵⁴

Áfrýjunarheimildir hvarvetna sæta ýmsum takmörkunum sem fyrst og fremst er ætlað að takmarka álag á áfrýjunardómstólum en lúta einnig að hagkvæmni. Of víðtækar takmarkanir kunna þó að koma niður á gæðum dómskerfisins og geta leitt til þess að meðferð máls telst óréttlát.⁵⁵ Ljóst er að takmarkanir eiga ekki að koma niður á hinu síðarnefnda og um vandmeðfarin veg er að fara. Hefur því verið haldið fram að réttur til endurskoðunar eigi að vera sem ríkastur vegna réttaröryggis. Það geti á hinn bóginn verið hættulegra réttarörygginu ef réttarkerfið ræður ekki við málafjölda.⁵⁶

Réttur til áfrýjunar hefur verið viðurkenndur á vettvangi alþjóðasamfélagsins allt frá síðari heimsstyrjöldinni.⁵⁷ Alþjóðasamfélagið hefur jafnframt ekki farið varhluta af því mikilvægi að takmarkanir eigi rétt á sér að uppfylltum ákveðnum skilyrðum.⁵⁸ Það sem í þessum kafla hefur verið rakið endurspeglar það sem hafa þarf í huga í umfjöllun um rétt manna til áfrýjunar.

⁵³ Jónatan Þórmundsson: *Opinbert réttarfar*, bls. 1.

⁵⁴ Hrafn Bragason: „Takmarkanir málskotsheimilda“, 151-152.

⁵⁵ *Álit nefndar um milliliðalausa sönnunarfærslu*, bls. 18

⁵⁶ Hrafn Bragason: „Takmarkanir málskotsheimilda“, bls. 152.

⁵⁷ Johs. Andenæs og Tor-Geir Myhrer: *Norsk Straffeprosess*, bls. 462.

⁵⁸ Hér má benda á tilmæli ráðherraráðs Evrópuráðsins, nr. 5/1995 en að öðru leyti vísast til umfjöllunar í 5.kafla.

3 Staða Mannréttindasáttmála Evrópu í íslenskum rétti

3.1 Mannréttindasáttmáli Evrópu og Mannréttindadómstól Evrópu

Hér að framan voru raktar nokkrar meginreglur sakamálaréttarfars, sjónarmið að baki rétti til áfrýjunar og hvers vegna báðir aðilar sakamáls njóta hans. Jafnframt var stuttlega vikið að því hvers vegna aðgengi að dómstólum á æðra stigi er takmarkað. Í þessum kafla er fjallað almennt um MSE⁵⁹ og stöðu hans í íslenskum rétti. Í næstu köflum verður fjallað um réttinn til áfrýjunar samkvæmt 2. gr. 7. viðauka. Er hér því velt upp réttarheimildarlegri stöðu ákvæðisins.

Mikilvægastur þeirra mannréttindasáttmála sem litu dagsins ljós eftir heimsstyrjöldina síðari er MSE. Hann var undirritaður í Róm þann 4. nóvember 1950 á vettvangi Evrópuráðsins.⁶⁰ Mælir hann fyrir um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi manna með það að markmiði að veita einstaklingum og samtökum vernd gegn ásælni og afskiptum ríkisvaldsins.⁶¹ Ekki er berum orðum tekið fram hvað aðildarríkjunum ber að gera til að efna skuldbindingar sínar. Gengið er að því vísu að landslöggjöf sé í samræmi við sáttmálann og að löggjöf, stjórn- og dómsýslu sé þannig hagað að réttindi séu virt.⁶² Í seinni tíð hafa verið samþykktir viðaukar við sáttmálann og nokkrum þeirra er ætlað að auka við efnisleg réttindi hans.⁶³ Þeirra á meðal er viðauki nr. 7, sem samþykktur var í ráðherranefnd Evrópuráðsins þann 22. nóvember 1984 og tók gildi þann 1. nóvember 1988, sbr. 9. gr. viðaukans.⁶⁴

Til tryggingar því að aðildarríki færu að ákvæðum MSE voru settar á legg eftirlitsstofnanir á vettvangi Evrópuráðsins, sem ætlað var að skera úr um hvort aðildarríkin brytu gegn þeim skuldbindingum sem af sáttmálanum leiða. Þessar stofnanir voru Mannréttindadómstóll Evrópu (hér eftir MDE), Mannréttindanefnd Evrópu (hér eftir MNE) og ráðherranefndin. Með viðauka nr. 11 var MNE lögð niður og raunar einnig MDE í þeirri mynd sem hann var þá.⁶⁵

MDE er ætlað að taka afstöðu til þess hvort brotið hafi verið gegn ákvæðum sáttmálans og er hann því ekki áfrýjunardómstóll. Er honum hvorki ætlað að endurskoða sönnunarmat né lagabeitingu dómstóla að landsrétti.⁶⁶ Í 19. gr. MSE kemur fram að MDE sé ætlað að tryggja

⁵⁹ Samningur um verndun mannréttinda og mannfrelsis (e. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*)

⁶⁰ Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“, bls. 33.

⁶¹ Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 12.

⁶² Alþt. 1993-1994, A-deild, bls. 784 og 788.

⁶³ Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“, bls. 33.

⁶⁴ Hér verður vísað jöfnum höndum til MSE eða sáttmálans. Sé ekki annað tekið fram er einnig átt viðauka nr. 7.

⁶⁵ Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“, bls. 34-35.

⁶⁶ Björg Thorarensen: „Um mörk endurskoðunarvalds Mannréttindadómstóls Evrópu í ljósi „fjórða stigs

að staðið verði við skuldbindingar sem aðilar sáttmálans hafa undirgengist. Lögsaga MDE kemur fram í 1. mgr. 32. gr. MSE. Nær hún til allra málefna. Málum er vísað til dómstólsins frá einstaklingum, samtökum, öðrum aðildarríkjum. Varða málin kærur jafnt sem milliríkjadeilur. Auk þess sem hann getur gefið ráðgefandi álit um túlkun ákvæða MSE. Þetta kemur fram í 33., 34. og 47. gr. MSE. Þá má nefna að sé sýnt að brotið hafi verið gegn réttindum aðila getur MDE dæmt þeim sanngjarnar bætur, sbr. 41. gr. MSE. Ráðherranefndin hefur í dag það hlutverk að fylgja því eftir að aðildarríkin hlíti dómum MDE.⁶⁷

3.2 Áhrif á íslenskt lagaumhverfi

3.2.1 Fullgilding og lögfesting Mannréttinasáttmála Evrópu

Hér á landi var MSE fullgiltur af hálfu íslenska ríkisins þann 19. júní 1953⁶⁸ og viðauki nr. 7 þann 22. maí 1987.⁶⁹ Varð sá síðarnefndi þá skuldbindandi að þjóðarétti.⁷⁰ Hér á landi er byggt á hinni svokölluðu tvíeðliskenningu. Hún felur í sér að þjóðaréttarsamningar teljast ekki til landslaga nema með lögfestingu. Hafi þeir verið fullgiltir eru þeir skuldbindandi að þjóðarétti.⁷¹ Hér á landi gildir sú grundvallarregla að landslög séu túlkuð til samræmis við þjóðréttarlegar skuldbindingar.⁷² Dómstólar hér á landi hafa iðulega beitt slíkri túlkun, sbr. til dæmis *Hrd. 2000, bls. 4480 (nr. 125/2000)* þar sem fram kemur meðal annars að landslög skuli túlka til samræmis við þjóðréttarlegar skuldbindingar sem kostur er og sé það viðurkennt í norrænum rétti.

Með lögum nr. 62/1994 um mannréttinasáttmála Evrópu var MSE og tilgreindum viðaukum hans veitt lagagildi hérlendis. Þeirra á meðal er viðauki nr. 7, með þeim breytingum sem viðauki nr. 11 kveður á um, sbr. 5. tl. 1. mgr. 1. gr. laganna. Eftir lögfestinguna var fyrst unnt að bera ákvæði sáttmálans beint undir íslenska dómstóla.⁷³ Í greinargerð með frumvarpi sem varð að lögum kemur fram að með lögfestingunni mætti líta svo á að fyrirmæli eldri laga, sem ósamþýðanleg væru ákvæðum sáttmálans, myndu að meginreglu falla niður. Að sama skapi væri ekki gefið að yngri lög gætu vikið ákvæðum MSE til hliðar. Þau kynnu að stangast

reglunnar⁶⁶, bls. 62.

⁶⁷ Alþt. 1997-1998, A-deild, bls. 3221.

⁶⁸ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 81.

⁶⁹ Alþt. 1993-1994, A-deild, bls. 1215.

⁷⁰ Róbert R. Spanó: *Ne Bis en Idem*, bls. 21.

⁷¹ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 40-41.

⁷² Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 248-249: „Að baki þessari reglu býr það sjónarmið að það er í verkahring sama handhafa ríkisvalds, Alþingis, að setja almenn lög og ákveða hvort veita skuli íslenska ríkinu heimild til að taka á sig þjóðréttarlega skuldbindingu. [...] er miðað við [...] að þá liggi [...] mat löggjafans að annað hvort samrýmist gildandi lagaákvæði þeim skuldbindingum, sem íslenska ríkið gengst undir að þjóðarétti, eða að samþykkja þurfi ný lagaákvæði af því tilefni.“

⁷³ Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttinasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 16.

á við ákvæði MSE og brytu um leið í bága við stjórnarskrá eins og hún yrði túlkuð í framtíðinni. Þrátt fyrir að yngri lög kynnu að ganga fyrir ákvæðum MSE stæði þjóðréttarleg skuldbinding íslenska ríkisins óhöggud.⁷⁴

Eftir lögfestinguna voru nokkur áhöld um réttarheimildarlega stöðu sáttmálans, þ.e.a.s. hvort honum yrði skipað meðal stjórnskipunarлага eða almennra laga.⁷⁵ Í stuttu máli má nefna að talið hefur verið að sáttmálanum sé gert hærra undir höfði en öðrum hliðsettum lagareglum vegna eðlis þeirra grundvallarréttinda sem hann verndar.⁷⁶ Hæstiréttur hefur talið að hann njóti almennra laga, sbr. til dæmis *Hrd. 2002, bls. 3686 (nr. 167/2002)* þar sem fjölskipaður dómur Hæstaréttar staðfesti dóm héraðsdóms er laut að umfjöllun um m.a. túlkun á ákvæðum MSE með þeim orðum að þau nytu ekki stöðu stjórnskipunarлага.

3.2.2 Áhrif úrlausna Mannréttindadómstóls Evrópu á íslenskan rétt

Hér að framan hefur verið fjallað almennt um réttarheimildarlega stöðu MSE hér á landi. Er því nærtækt að líta næst til þess hvort og þá hvernig úrlausnir MDE hafi áhrif í íslenskum rétti. Í 2. gr. laga nr. 62/1994 um Mannréttindasáttmála Evrópu kemur fram að úrlausnir eftirlitsstofnana Evrópuráðsins séu ekki bindandi að landsrétti. Áréttað er í greinargerð með frumvarpi sem varð að lögunum að það haggi ekki gildi íslenskrar löggjafar eða dómsúrlausna, þó eftirlitsstofnanirnar geti kveðið á um brot íslenska ríkisins að þjóðarétti.⁷⁷ Að áhrifum úrlausna þeirra í íslenskum rétti er vikið á nokkrum stöðum í greinargerðinni. Kemur fram að við túlkun ákvæða sammingsins teljist fordæmi eftirlitsstofnana ekki til landsréttar. Án þess að hafa áhrif á sjálfstæði þeirra mætti telja líklegt að fordæmin yrðu til leiðsagnar íslenskum dómstólum og stjórnvöldum.⁷⁸

Fræðimenn hér á landi hafa talið að úrlausnir stofnananna hafi áhrif að landsrétti. Ella væri um að ræða brot samkvæmt þjóðarétti. *Davíð Þór Björgvinsson* telur að gera verði ráð fyrir að úrlausnir stofnananna séu fordæmi við skýringu og framkvæmd samsvarandi reglna á Íslandi, á sama hátt og fordæmi íslenskra dómstóla, að svo miklu leyti sem þær varða túlkun

⁷⁴ Alþt. 1993-1994, A-deild, bls. 800.

⁷⁵ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 89. Þar segir einnig: „Þessar hugleiðingar hafa minni þýðingu eftir breytingu á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar með stjksl. nr. 97/1995.“ Um réttarheimildarlega stöðu MSE er m.a. fjallað um hér: *Davíð Þór Björgvinsson: Lögskýringar*, bls. 312-320.

⁷⁶ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 89, *Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“*, bls. 66.

⁷⁷ Alþt. 1993-1994, A-deild, bls. 790-791 og 805.

⁷⁸ Alþt. 1993-1994, A-deild, bls. 800-801.

einstakra ákvæða sáttmálans.⁷⁹ *Róbert R. Spanó* telur að á grundvelli orðalags 2. gr. laganna hafi dómur MDE ekki bein og milliliðalaus áhrif. Af þjóðréttarlegum skyldum leiði að þeim sé ljáð vægi við úrlausnir mála og að þær veiti forspá um þá lágmarksvernd sem í sáttmálanum felst.⁸⁰ *Eiríkur Tómasson* telur að dómstólum beri að taka mið af úrlausnum þeirra. Annars sé fyrir hendi hætta á réttaróvissu.⁸¹

Önnur sjónarmið sem lúta að því að litið sé til úrlausna MDE eru meðal annars þau að texti ákvæða sáttmálans sé stuttur og almennt orðaður. Einnig sé æskilegt að skýring og beiting þeirra sé samræmd milli ríkja eftir því sem kostur er. Því þurfi að byggja á þeim sameiginlega grunni sem skapast hefur á vettvangi stofnananna. Auk þess sé skýring á sáttmálanum í stöðugri þróun og erfitt væri fyrir íslenska dómstóla að komast hjá því að laga sig að dómaframkvæmd varðandi hann.⁸²

Í réttarframkvæmd hefur Hæstiréttur, við túlkun og beitingu ákvæða stjórnarskrárinnar og almennra laga, iðulega vísað til úrlausna MDE.⁸³ Í *Hrd. 2005, bls. 3214 (248/2005)* var vísað til túlkunar MDE á ákvæði c-liðar 3. mgr. 6. gr. MSE, við túlkun á samsvarandi ákvæði laga um skyldu íslenska ríkisins um að sanna vanhæfni til greiðslu málsvarnarlauna í opinberu máli. Þar sagði meðal annars: „Þótt dómur mannréttindadómstóls Evrópu séu ekki bindandi að íslenskum landsrétti, sbr. 2. gr. laga nr. 62/1994, er rétt að líta til skýringa hans á áðurgreindu ákvæði.“

Í *Hrd. 22. september 2010 (371/2010)* var m.a. fjallað um tilteknar úrlausnir MDE um túlkun á ákvæði 4. gr. 7. viðauka MSE um bann við tvöfaldri refsingu. Að því er varðar rétt manna til áfrýjunar sérstaklega hefur verið vísað almennt til 2. gr. 7. viðauka en ekki til tiltekinna úrlausna.

⁷⁹ Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*, bls. 314: „Þetta má orða sem svo að samt verði að gera ráð fyrir að úrlausnir þessara stofnana, að svo miklu leyti sem þær varða skýringu einstakra ákvæða sáttmálans, séu fordæmi við skýringu og framkvæmd samsvarandi reglna á Íslandi [...]“

⁸⁰ *Róbert R. Spanó: Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 19: „Það leiðir af þeim þjóðréttarskyldum sem hvíla á íslenska ríkinu, og þar með dómkerfinu, að dómstólar hér á landi þurfa að ljá dómum MDE vægi við úrlausn mála jafnvel þótt þeir séu ekki bindandi. [...] Leiðsagnargildi dóma MDE er þannig í því fólgið að veita forspá um hver sé að efni til sú lágmarksvernd sem staðfest hefur verið að þjóðarétti við túlkun ákvæða MSE.“

⁸¹ *Eiríkur Tómasson: Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 16-17: „Þvert á móti ber dómstólum að taka mið af því við úrlausn mála hvernig þessar stofnanir hafa skýrt einstök ákvæði [MSE]. Annars kynni ríkið ekki einasta að verða talið brotlegt að þjóðarrétti gagnvart öðrum aðildarríkjum sáttmálans, heldur gæti skapast hér innanlands veruleg réttaróvissa ef íslenskir dómur tækju þann kost að virða dóma [MDE og álit MNE] að vettugi.“ (innsk. höf.)

⁸² Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*, bls. 315-316.

⁸³ Sjá nánar um þetta: Davíð Þór Björgvinsson: „Beiting Hæstaréttar Íslands á lögnum um Mannréttindasáttmála Evrópu“, bls. 166 o.áfr. Þar fjallar Davíð ítarlega um réttarframkvæmd í greininni.

Í *Hrd. 19. janúar 2012 (438/2011)* var tilkynning ákærða um áfrýjun send eftir áfrýjunarfrest. Vísaði verjandi ákærða í að ákvæði laga um áfrýjunarfrest væri í andstöðu við fyrirmæli MSE. Hæstiréttur féllst ekki á þau sjónarmið og vísaði til *Hrd. 10. október 1996 (295/1996)*. Þar sendi ákærði tilkynningu um áfrýjun til héraðsdómara en ekki ríkissaksóknara eins og lög gerðu ráð fyrir. Barst tilkynningin eftir áfrýjunarfrest. Við mat á því hvort ákvæði íslenskra laga væru í samræmi við 2. gr. 7. viðauka sagði Hæstiréttur:

Um þetta atriði er til þess að líta, að í síðari málslið 1. mgr. ívitnaðrar greinar segir, að um beitingu réttar dómfellds manns til að leita endurskoðunar dóms skuli gilda löggjöf, þar á meðal um tilefni þess, að beita megi. Samkvæmt þessu samrýmist það fyllilega umræddu ákvæði, að settar séu reglur í lögum um áfrýjunarfrest og hvernig staðið skuli formlega að áfrýjun, svo og, að það varði frávísun, ef út af þeim reglum er brugðið.

Ekki er að sjá að reynt hafi frekar á túlkun 2. gr. 7. viðauka í réttarframkvæmd. Af því sem hér hefur verið rakið er þó ljóst að almennt er litið svo á að úrlausnir MDE hafi vægi hér á landi til samræmis við þjóðréttarlegar skuldbindingar. Jafnframt sýnir réttarframkvæmd Hæstaréttar svo ekki verði um villst að tekið er mið af úrlausnum MDE við álitaefni sem kunna að koma upp um beitingu laga að landsrétti og sem eiga sér samsvörun í ákvæðum sáttmálans.

3.3 Réttarheimildarleg staða 2. gr. 7. viðauka

Hér að framan hefur verið fjallað um áhrif MSE og úrlausna MDE á löggjöf hér á landi. Kom fram að ákvæði sáttmálans njóta stöðu almennra laga. Ýmis ákvæði stjórnarskrárinnar eiga rætur að rekja til sáttmálans. Í stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands, sbr. lög nr. 33/1944 (hér eftir stjkskr.) eins og henni var breytt með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995 (hér eftir stjkskl.) er ekki að finna ákvæði sem mælir með beinum hætti fyrir um rétt til áfrýjunar í sakamálum. Fræðimenn hafa bent á að hann sé ekki sérstaklega verndaður þar.⁸⁴ Hvað sem því líður er tilefni til að kanna nánar hvort 2. gr. 7. viðauka geti í raun notið stjórnarskrárverndar, m.a. vegna þess af túlkun stjórnarskrárákvæða krefst ákveðinna fyrirvara og niðurstaðan gefur jafnframt vísbendingu um hvernig túlka beri ákvæði í réttarfarslöggjöf um réttinn til áfrýjunar.⁸⁵ Í 70. gr. stjkskr. er mælt fyrir um atriði er lúta að málsmeðferð fyrir dómi, meðal annars um rétt til aðgangs að dómstólum og rétt til réttlátrar málsmeðferðar. Helsta fyrirmynd

⁸⁴ Jón Steinar Gunnlaugsson: *Um málskot í einkamálum*, bls. 11: „Þrátt fyrir að telja megi möguleikann á að fá dóm endurskoðaðan þýðingarmikinn fyrir réttaröryggi manna, er hann ekki sérstaklega verndaður í stjórnarskránni.“

⁸⁵ Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 20 o.áfr: „Sé reglan [um að túlka landslög til samræmis við þjóðréttarlegar skuldbindingar] notuð án fyrirvara við túlkun stjórnarskrár-ákvæða er verið að fallast á að almenni löggjafinn geti með staðfestingu þjóðréttarsamnings „bakdyramegin“ haft bein réttarleg áhrif á efni og gildissvið stjórnarskrárákvæða án aðkomu stjórnarskrárgjafans.“ (innsk. höf)

ákvæðisins er 6. gr. MSE og á milli þeirra eru nán tengsl. Fræðimenn hafa talið að önnur atriði sem mælt er fyrir um í 6. gr. MSE njóti stjórnarskrárverndar.⁸⁶ Má því velta fyrir sér hvort réttur til áfrýjunar kunni að leiða af 6. gr. MSE. Þrátt fyrir að réttarvernd 6. gr. MSE taki til meðferðar máls á áfrýjunarstigi hefur MDE ekki felld rétt til áfrýjunar þar undir.⁸⁷ Í nýlegri réttarframkvæmd, þ.e. eftir gildistöku 7. viðauka, hefur dómstóllinn haldið sig við þá túlkun, sbr. mál *Lalmahomed gegn Hollandi, frá 22. febrúar 2008*⁸⁸ þar sem deilt var um synjun áfrýjunarleyfis. Ítrekaði MDE jafnframt að bæði 7. viðauki og 2. gr. hans gætu ekki dregið úr réttarvernd annarra ákvæða MSE, þó viðaukinn hafi ekki verið fullgiltur í Hollandi.

Af framansögðu má telja nokkuð ljóst að réttur til áfrýjunar verður ekki leiddur af 6. gr. MSE. Velta má vöngum yfir því hvort sá réttur geti, þrátt fyrir það, notið verndar 70. gr. eða annarra ákvæða stjkskr. Sé litið til lögskýringagagna má sjá að minnst er á 2. gr. 7. viðauka í athugasemdum við 8. gr. stjkskl., sem síðar varð að 70. gr. stjkskr.⁸⁹ Tilefni er til að taka orðrétt upp önnur ummæli í athugasemdunum:

Ekki þykir ástæða til að telja í 8. gr. frumvarpsins öll atriðin sem tryggð eru í alþjóðasamningnum um mannréttindi varðandi málsmeðferð fyrir dómstólum og eru ástæður þess einkum tvíþættar. Í fyrsta lagi má benda á að sérstakur kafla stjórnarskrárinnar, V. kafla, fjallar um skipan dómsvaldsins og er honum ætlað að tryggja sjálfstæði dómstólanna. Er því ekki þörf á að endurtaka þær reglur í mannréttindakafli stjórnarskrárinnar, en fyrirnefnd ákvæði alþjóðasamninga snúa að ýmsu leyti að þessu efni. Í öðru lagi er sú stefna höfð að leiðarljósi í þessu ákvæði, eins og öðrum ákvæðum frumvarpsins, að taka þar aðeins upp grundvallarreglur og sleppa útfærsluatriðum sem eiga við þessar aðstæður eðli sínu samkvæmt aðeins heima í réttarfarslögjöf.⁹⁰ (áh. höf.)

Eins og sést er m.a. bent á að sérstakan kafla um skipan dómsvaldsins sé að finna í V. kafla stjkskr. Markmiðið með setningu hans sé að taka upp grunnreglur en sleppa útfærsluatriðum, sem eðli sínu samkvæmt ættu heima í réttarfarslögjöf. Hér má nefna að ákvæði stjkskr. eru

⁸⁶ Eiríkur Tómasson: „Réttur til réttlátrar málsmeðferðar“, bls. 252, Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 220.

⁸⁷ Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and practice of The European Convention on Human Rights*, bls. 564. J. G. Merrills og A.H. Robertson: *Human Rights in Europe*, bls. 264. Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 364

⁸⁸ Dómur MDE, *Lalmahomed gegn Hollandi*, frá 22. febrúar 2008, mál nr. 26036/08, 39. gr.

⁸⁹ Alþt. 1994-1995, A-deild, bls. 2096. Þar segir m.a.: „Í 6. gr. mannréttinda sáttmála Evrópu, 2., 3. og 4. gr. í 7. viðauka við hann, og 14. gr. alþjóðasamningsins um borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi eru grunnreglur um dómstólavernd settar fram í ítarlegu máli og er þar lögð sérstök áhersla á réttindi sakaðs manns í refsímáli þótt ákvæðin nái einnig til einkamála.“

⁹⁰ Alþt. 1994-1995, A-deild, bls. 2096.

fámál um skipan dómsvaldsins og hafa fræðimenn gagnrýnt það.⁹¹ Af ákvæðum hennar hefur þó verið leitt að gert sé ráð fyrir tilvist Hæstaréttar.⁹² Þau viðbótarréttindi sem mælt er fyrir um í 7. viðauka hafa ekki verið felld undir 70. gr. stjkskr. þar sem þau lúta ekki beint að málsmeðferð fyrir dómi.⁹³ Í þeim dómum sem Hæstiréttur hefur fjallað um 2. gr. 7. viðauka sérstaklega hefur ekki verið vísað til ákvæða stjórnarskrárinnar samhliða. Miðað við framangreint telur höfundur nokkuð ljóst að réttur til áfrýjunar, sem slíkur, njóti ekki stjórnarskrárverndar.⁹⁴

Eins og fram kom í athugasemdum að baki 8. gr. stjkskl. hér áður var vísað til þess að útfærsluatriði ættu heima í réttarfarslögjöf. Í XXXI. kafla sml. er að finna útfærsluatriði er varða áfrýjun refsídóma til Hæstaréttar. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 88/2008 um meðferð sakamála er hvorki að finna vísun til 2. gr. 7. viðauka né annarra ákvæða MSE eða stjkskr. Kemur þó fram að ákvæði kaflans séu að meginatriðum eins og í þágildandi lögum, sem eru lög nr. 19/1991 um meðferð opinberra mála.⁹⁵ Með lögum nr. 37/1994 um breyting á lögum um meðferð opinberra mála var reglum sem giltu um áfrýjun breytt. Í almennum athugasemdum við frumvarp sem varð að lögum kemur fram að ætlunin hafi verið að breyta áfrýjunarreglum með tilliti til þeirra skyldna sem leiddu af 2. gr. 7. viðauka sem Ísland hafði fullgilt nokkru áður.⁹⁶

3.3.1 Niðurstaða um réttarheimildarlega stöðu 2. gr. 7. viðauka

⁹¹ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 287: „Stjórnarskráin hefur að geyma fá fyrirmæli um dómendur, skipun þeirra, störf og starfsháttu. Það eru t.d. hvorki ákvæði um skipun landsdóms né æðsta dómstólsins og er þó venjulegt að stjórnarskrár geymi ákvæði um það efni.“, sjá einnig: Þorgeir Örlygsson: „Hæstiréttur Íslands 75 ára“, bls. 7-8: „[...] ekki sé til of mikils mælt, að stjórnarskráin geymi skýr og afdráttarlaus ákvæði um meginatriði dómstólaskipunarinnar og jafnframt, að til skuli vera í landinu Hæstiréttur, sem sé handhafi æðsta dómsvaldsins.“

⁹² Björg Thorarensen: „Stjórnskipunarréttur“, bls. 69-70. Sjá einnig: Jón Steinar Gunnlaugsson: *Um málskot í einkamálum*, bls. 11.

⁹³ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 221. Í nmgr. 3 vísar hún í *Hrd. 2006*, bls. 2851 þar sem 4. gr. 7. viðauka kom til álitu. Hæstiréttur fjallaði sjálfstætt um ákvæðið og virðist Björg draga ályktun af því.

⁹⁴ Einkum er hér vísað til *Hrd. 10. október 1996 (295/1996)*, sbr. *Hrd. 19. janúar 2012 (438/2011)*. Þessa ályktun styður höfundur við áþekk sjónarmið og fram koma í nmgr. 93 hér að ofan. Ekki er að sjá að öðruvísi hafi verið í dómum um 2. gr. 7. viðauka.

⁹⁵ Alþt. 2007-2008, A-deild, bls. 1502.

⁹⁶ Alþt. 1993-1994, A-deild, bls. 1215.

Í fyrsta lagi verður réttur til áfrýjunar ekki leiddur af 6. gr. MSE. *Í öðru lagi* leiðir hann ekki af 70. gr. stjskr., sbr. 6. gr. MSE. *Í þriðja lagi* eru ummæli í lögskýringagögnum að baki stjskr. ekki nægilega afdráttarlaus að mati höfundar, fyrir utan að vísa almennt í V. kafla stjskr. um skipan dómsvaldsins, til að hægt sé að draga haldbæra ályktun um að 2. gr. 7. samningsviðauka hafi verið ætlað að njóta stjórnarskrárverndar, í það minnsta ekki á sama hátt og skýrt er kveðið á um í 6. gr. MSE. *Í fjórða lagi* verður ráðið af lögskýringagögnum að löggjafinn hafi leitast við að uppfylla þjóðréttarlegar skuldbindingar sem íslenska ríkið hefur undirgengist hvað rétt manna til áfrýjunar varðar. Í sjötta kafla ritgerðarinnar verður fjallað um gildandi réttarfarsreglur. Samkvæmt því sem hér hefur verið rakið ætti að túlka þær með hliðsjón af lögskýringareglunni um að túlka landslög til samræmis við þjóðréttarlegar skuldbindingar. Með þetta að leiðarljósi verður í næstu köflum reynt að varpa ljósi á gildandi réttarframkvæmd um 2. gr. 7. viðauka um réttinn til áfrýjunar í sakamálum, svo hægt sé að skoða hvort og þá hvernig löggjöf hér á landi sé í samræmi við þær skyldur sem leiða af ákvæðinu og eftir atvikum annarra mannréttindasáttmála.

4 Réttur til áfrýjunar refsíðna samkvæmt 2. gr. 7. viðauka MSE

4.1 Almenn atriði

4.1.1 Lögskýringasjónarmið

Í þessum kafla verður fjallað almennt um réttinn til áfrýjunar samkvæmt 2. gr. 7. viðauka MSE. Við túlkun ákvæða MSE hefur verið leitast við að leggja til almenna merkingu orða hans.⁹⁷ Í umfjöllun um ákvæði sáttmálans þarf þó að taka tilhlýðilegt tillit til þeirra lögskýringaaðferða sem beitt er á vettvangi MDE. Í þeim tilvikum sem ákvæði sáttmálans og viðaukar hans hafa að geyma efnislega samsvarandi hugtök hefur MDE iðulega lagt til grundvallar *heildræna samræmisskýringu* við túlkun þeirra.⁹⁸ Verða hugtök 2. gr. 7. viðauka í eftirfarandi umfjöllun túlkuð á íslensku, samkvæmt þýðingu sáttmálans, sbr. fylgiskjal með lögum nr. 62/1994. Blæbrigðamunur kann að vera á íslenskri þýðingu og frumtexta sáttmálans, sem ásamt dómum og ákvörðunum eru á ensku og frönsku. Er því óhjákvæmilegt að notast einnig við enska þýðingu. Á grundvelli þess sem hér er rakið verður í þessum kafla leitast við að fjalla um ákvæðið út frá þeim túlkunaraðferðum sem viðurkenndar eru á vettvangi MDE. Litið verður til réttarframkvæmdar og eftir því sem tilefni er til verður litið til greinargerðar með ákvæðinu (e. *Explanatory report*).⁹⁹ Loks verður litið til skýringa fræðimanna sem hafa látið sig ákvæðið varða.

4.1.2 Forsaga

Á vettvangi alþjóðamannréttinda kom áfrýjunarrétturinn nokkuð seint til umræðu samanborið við aðrar reglur mannréttinda. Var það í lok sjötta áratugs síðustu aldar við undirbúning alþjóðasamnings Sameinuðu þjóðanna um borgaraleg og stjórnfélagsleg réttindi (SBSR). Við undirbúning ákvæðis 5. mgr. 14. gr. SBSR áttu umræður um áfrýjunarréttinn sér stað í 3. nefnd allsherjarþings SP. Var inntaki hans lýst sem rétti aðila til að leita endurskoðunar æðri dóms. Fram kom að útfærsla gæti verið breytileg milli aðildarríkjanna, svo framarlega sem efnislega væri fjallað um úrlausn. Tæpum þremur áratugum síðar leit 7. viðauki dagsins ljós en tók ekki gildi fyrr en á árinu 1988. Má rekja það til þess að nokkur tregða var meðal

⁹⁷ Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttindasáttmáli Evrópu, meginatriði, skýring og beiting“, bls. 52.

⁹⁸ Róbert R. Spanó, *Ne bis in idem*, bls. 31, Davíð Þór Björgvinsson, „Mannréttindasáttmáli Evrópu, meginatriði, skýring og beiting“, bls. 52.

⁹⁹ Undirbúningsgögn eru þó ekki talin hafa mikla þýðingu í daglegu starfi MDE og er farið varlega í að leggja of mikla áherslu á þau, jafnvel þó þau veiti tiltölulega skýra leiðsögn um skilning höfunda á einstökum ákvæðum sáttmálans. Þetta má rekja til almennra viðhorfa um túlkun þjóðréttarsamninga, að undirbúningsgögn hafi takmarkað vægi, sbr. 32. gr. Vínarsáttmálans og einnig til þess að eðli MSE er í stöðugri þróun og áhersla lögð á framsækna skýringu hans. Sjá: Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“, bls. 49.

aðildarríkjanna til að fullgilda hann og er hann enn ófullgiltur í nokkrum þeirra. Markmið viðaukans var að samræma ákvæði MSE við þá réttarvernd sem leiddi af SBSR. Í þeim samanburði kom í ljós umtalsverður munur á inntaki réttinda hvors samnings.¹⁰⁰

4.1.3 Almennt um 2. gr. 7. viðauka

Í 1. mgr. 2. gr. ákvæðisins er mælt fyrir um réttinn til áfrýjunar og í 2. mgr. 2. gr. er mælt fyrir um undantekningar á honum. Ákvæðið er svohljóðandi:

1. Sérhver sá, sem dómstóll finnur sekan um afbrot, skal hafa rétt til að láta æðri dóm fjalla á ný um sakfellinguna eða refsinguna. Um beitingu þessa réttar skal gilda löggjöf, þar á meðal um tilefni þess að beita megi.
2. Réttur þessi getur verið háður undantekningum þegar um er að ræða minni háttar brot, eftir því sem fyrir er mælt í lögum, eða þegar fjallað var um mál viðkomandi manns á frumstigi af æðsta dómi, eða hann var sakfelldur eftir áfrýjun á sýknudómi.¹⁰¹

Vandasamt er að útlista nákvæmlega hvað felst í kjarna réttarins til áfrýjunar samkvæmt 2. gr. 7. viðauka.¹⁰² Af orðalagi ákvæðisins verður ráðið að réttur til áfrýjunar er fyrir hendi þegar dómstóll finnur aðila sekan um afbrot, sbr. 1. mgr. 2. gr. Skal viðkomandi eiga rétt á að fjallað sé um sakfellinguna eða refsinguna á ný af æðri dómi. Jafnframt geti þessi réttur verið háður undantekningum, sbr. 2. mgr. 2. gr., ef brot er minniháttar, fjallað hefur verið um mál viðkomandi á frumstigi af æðsta dómi eða sakfelldur eftir áfrýjun á sýknudómi.

Jafnframt verður ráðið af 1. mgr. 2. gr. að lögð sé skylda á aðildarríkin að mæla fyrir um þennan rétt í lögum. Í samanburði við önnur ákvæði sáttmálans, þar sem mælt er fyrir um að heimildum til takmarkana á réttindum skuli vera lýst í lögum (e. *prescribed by law*) eða vera í samræmi við lög (e. *in accordance with the law*), hafa fræðimenn talið að túlka verði ákvæðið þannig að löggjöf þurfi að vera bæði aðgengileg og fyrirsjáanleg.¹⁰³ Skömmu eftir að 7. viðauki tók gildi taldi MNE að hvorki mætti leiða fyrirmæli um umfang né útfærslu réttarins af ákvæðinu, sbr. til dæmis mál *Nielsen gegn Danmörku*, frá 9. september 1992.¹⁰⁴ Taldi nefndin orðalagið um að *löggjöf skuli gilda gefa skýrt til kynna að aðildarríkin hefðu vald til að útfæra fyrirkomulag réttarins og valdið gæfi þeim jafnframt svigrúm til að takmarka réttinn*. Endurskoðun dómsúrlausnar gæti í *fyrsta lagi* tekið til túlkunar og beitingar laga, í

¹⁰⁰ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 361.

¹⁰¹ Ákvæðið hljóðar svo í enska frumtextanum:

1. Everyone convicted of a criminal offence by a tribunal shall have the right to have his conviction or sentence reviewed by a higher tribunal. The exercise of this right, including the grounds on which it may be exercised, shall be governed by law.

2. This right may be subject to exceptions in regard to offences of a minor character, as prescribed by law, or in cases in which the person concerned was tried in the first instance by the highest tribunal or was convicted following an appeal against acquittal.

¹⁰² Peter D. Marshall: „A Comparative Analysis of The Right to Appeal“, bls. 26.

¹⁰³ Philip Leach: *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, bls. 382.

¹⁰⁴ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *Nielsen gegn Danmörku*, 9. september 1992, mál nr. 19028/92.

öðru lagi til sönnunar eða hvort tveggja, þ.e. annars vegar sönnun og hins vegar túlkun og beiting laga. Í þriðja lagi gæti hún falist í málsmeðferð um veitingu áfrýjunarleyfa. Þetta er í samræmi við það sem fram kemur í undirbúningsgögnum sem lágu til grundvallar ákvæðinu.¹⁰⁵ Í löggjöf getur því verið mælt fyrir um að áfrýja megi máli í heild eða að hluta.¹⁰⁶

Í réttarframkvæmd er varðar túlkun á 2. gr. viðaukans hefur æ síðan verið áréttað að þetta svigrúm sé verulegt.¹⁰⁷ Verður ekki ráðið að þau viðhorf hafi breyst.¹⁰⁸ Það svigrúm hefur verið rakið til þess að réttarkerfi aðildarríkjanna eru ekki einsleit.¹⁰⁹ Í ákvæðinu er þannig tekið tillit til þess að í aðildarríkjunum kann að vera mismunandi fyrirkomulag um áfrýjun sakamála. Til þess að koma í veg fyrir að gerðir væru fyrirvarar við ákvæðið af hálfu aðildarríkja er rétturinn því ekki án takmarkana. Þrátt fyrir það hafa nokkur ríki gert fyrirvara að því er 2. gr. varðar.¹¹⁰ Því þarf að vera til staðar æðra dómstig þar sem mögulegt er að leita endurskoðunar einu sinni, sbr. til dæmis mál *Ekelund gegn Svíþjóð*, frá 25. nóvember 2003,¹¹¹ þar sem MDE tók fram að réttur til endurskoðunar á þriðja dómstigi væri ekki innan verndarandlags 2. gr. 7. viðauka. Sé endurskoðunarúrræði á öðru dómstigi ekki til staðar má leiða af ákvæðinu skyldu aðildarríkja til aðgerða hvað það varðar.¹¹² Loks skiptir meginmáli að endurskoðun fari fram á æðra stigi. Ef endurskoðun færi fram af sama dómstól og kvað upp dóm yrði það andstætt ákvæðinu.¹¹³

Hugtakið *dómstóll* í skilningi 2. gr. 7. viðauka er túlkað til samræmis við kröfur 6. gr. MSE, sé tekið mið af undirbúningsgögnum að baki ákvæðinu. Þar er áréttað að sakfelling af hálfu annarrar stofnunar en dómstóls teljist ekki endurskoðun.¹¹⁴ Hugtakið *dómstóll* er þó ekki frekar skilgreint í 6. gr. MSE. Þar segir um dómstól að hann eigi að vera *sjálfstæður og óvilhallur*. Með *sjálfstæðum dómstól* er átt við að til staðar þurfi að vera stofnun sem telst bær

¹⁰⁵ *Explanatory Report on Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 18. gr.

¹⁰⁶ Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, bls. 1013.

¹⁰⁷ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 365-366, Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and practice of The European Convention on Human Rights*, bls. 972.

¹⁰⁸ Sjá til dæmis dóma MDE, *Gurepka gegn Úkraínu*, 6. september 2005, mál nr. 61406/00 og *Galstyan gegn Armeníu*, 15. nóvember 2007, mál nr. 26986/03.

¹⁰⁹ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 365-366, Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and practice of The European Convention on Human Rights*, bls. 972.

¹¹⁰ Sverre Erik Jebens: *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, bls. 574. Hér má nefna að Ítalía og Frakkland gerðu fyrirvara um að skilgreining á hugtakinu *afbrot* (e. *criminal offence*) ætti að vera í samræmi við skilgreiningu í landsrétti þeirra. Sjá nánar: Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 363.

¹¹¹ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Ekelund gegn Svíþjóð*, 25. nóvember 2003, mál nr. 63987/00.

¹¹² Coral Arangüena Fanego: „The Right to a Double Degree of Jurisdiction in Criminal Offences“ bls. 173.

¹¹³ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 368.

¹¹⁴ *Explanatory Report on Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 17.-19. gr.

að lögum til að taka ákvörðun í máli sem lagt er fyrir hana á grundvelli sönnunar og lagabeitingar. Ákvörðun sé tekin að undangenginni formlegri málsmeðferð sem getið er um í lögum.¹¹⁵ Síðara hugtakið, *óvilhallur*, gerir svo frekari kröfur. Þessi stofnun og aðilar innan hennar þurfa að vera óháðir handhöfum löggjafa- og framkvæmdavalds svo og málsaðilum hverju sinni. Hefur framangreint verið talið lýsa fyrirmælum 1. mgr. 6. gr. MSE um sjálfstæðan og óvilhallan dómstól.¹¹⁶ Hugtakið tekur ekki eingöngu til þeirra dómstóla sem teljast hluti eiginlegs dómskerfis. Aðrir úrskurðaraðilar, ráð, nefndir og stofnanir kunna einnig að falla undir dómstólahugtak 1. mgr. 6. gr. MSE.¹¹⁷ Hér má til hliðsjónar nefna mál *MDE, Grecu gegn Rúmeníu*, frá 30. nóvember 2006.¹¹⁸ Atvik voru þau að G var gert að sæta viðurlögum af saksóknara og leitaði endurskoðunar dómstóls á fyrsta dómstigi samkvæmt skilgreiningu þar í landi. Dómstóllinn hafði ekki fulla lögsögu, var ekki skipaður að lögum og málsmeðferð var ekki samkvæmt kröfum MSE. MDE taldi að um brot á 1. mgr. 6. gr. MSE væri að ræða svo og 2. gr. 7. viðauka.

Í 2. gr. 7. viðauka kemur fram að rétturinn nái til endurskoðunar á sakfellingu *eða* refsingu. Með textaskýringu á ákvæðinu getur endurskoðun falist í sakfellingu *eða* refsingu. Ekki hefur verið talið vandamál að túlka hugtakið refsingu í skilningi ákvæðisins, m.ö.o. eru þá tekin til endurskoðunar refsing og refsikennd viðurlög. Hugtakið sakfelling getur á hinn bóginn falið í sér tvíþætta endurskoðun, annars vegar endurskoðun í heild sem byggir á nýrri málsmeðferð og hins vegar endurskoðun að hluta sem kann þá að vera takmörkuð við ákveðin atriði.¹¹⁹

Má því næst fara fáeinum orðum um hvort nefnt svigrúm feli í sér val um hvort endurskoðun geti náð til sakfellingar og refsingar *eða* annars tveggja. Í undirbúningsgögnum er tekið fram að þess sé ekki krafist að í öllum málum fari fram endurskoðun á grundvelli hvors tveggja. Til stuðnings því er játningarmál nefnt sem dæmi og nái rétturinn þá til endurskoðunar á refsingu.¹²⁰ Fræðimenn hafa talið að réttarframkvæmd styðji þetta viðhorf,

¹¹⁵ Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and Practice of European Convention of Human Rights*, bls. 612-613 og 623. Sjá einnig: Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 231, Jørgen Aal: *Rettergang og menneskerettigheter*, bls. 150-152.

¹¹⁶ Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and Practice of European Convention of Human Rights*, bls. 612-613. Sjá einnig: Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 231, Jørgen Aal: *Rettergang og menneskerettigheter*, bls. 150-152.

¹¹⁷ Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 139.

¹¹⁸ Dómur MDE, *Grecu gegn Rúmeníu*, 30. nóvember 2006, mál nr. 75101/01.

¹¹⁹ Coral Arangüena Fanego: „The Right to a Double Degree of Jurisdiction in Criminal Offences“, bls. 174.

¹²⁰ *Explanatory Report on Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 17. gr.

þ.e. að í játningarmálum geti endurskoðun verið takmörkuð á þennan hátt.¹²¹ Svissneski fræðimaðurinn, *Stefan Trechsel* tekur fram að þröng túlkun þessara atriða myndi ganga þvert á tilgang ákvæðisins og þeirrar verndar sem í því er fólgin. Mögulegt væri að takmarka endurskoðun við refsingu í þeim tilfellum þar sem um játningarmál er að ræða. Játningu sé ekki hægt að líta á sem afsal á rétti til endurskoðunar á refsingu.¹²²

Orðalag ákvæðisins og undirbúningsgagna hefur jafnframt sætt gagnrýni. Hollensku fræðimennirnir *Pieter van Dijk* og *Godefridus J. H. van Hoof* telja orðalagið óskýrt og rökstuðning undirbúningsgagna ekki nægilega sannfærandi. Þrátt fyrir að endurskoðun sé í játningarmálum aðallega miðuð að refsingu sé það ekki einsleitt. Nauðsynlegt kunni að vera að líta til annarra þátta sem tengjast játningunni, hvernig hana bar að og þar af leiðandi hver grundvöllur sakfellingar og refsingar hafi verið á neðra dómstigi. Jafnframt sé endurskoðun á sakfellingu en ekki refsingu illmöguleg. Það geti einungis átt við ef sakfellt er en viðkomandi ekki gerð refsing.¹²³

4.2 Önnur ákvæði alþjóðasamninga um réttinn til áfrýjunar

Í þjóðréttarsamningum sem Ísland er aðili að er mælt fyrir um réttinn til áfrýjunar og í þessum kafla er fjallað um þá. Er gerð stuttlega grein fyrir Rómarsamþykkt um Alþjóðlega sakamáladómstólinn. Í framhaldi er nokkuð ítarlegar fjallað um samninga Sameinuðu þjóðanna sem efninu tengjast en nokkur tengsl eru á milli þeirra og 2. gr. 7. viðauka.

4.2.1 Rómarsamþykkt um Alþjóðlega sakamáladómstólinn

Í 8. kafla Rómarsamþykktar um Alþjóðlega sakamáladómstólinn frá 17. júlí 1998 er mælt fyrir um rétt til endurskoðunar æðri dóms. Samningurinn var fullgiltur af Íslands hálfu þann 25. maí árið 2000. Sá sem hlotið hefur refsídóm hefur, samkvæmt 81. gr. heimild til áfrýjunar vegna réttarfarsatriða, staðreyndavillna, lögvillna eða af hvers konar öðrum ástæðum sem hafa áhrif á réttlæti eða áreiðanleika dómsmeðferðar eða ákvörðunar. Auk þess er heimilt að áfrýja dómi á þeirri forsendu að ekki sé samræmi á milli glæps og refsingar. Saksóknari hefur jafnframt þessa heimild.

4.2.2 Alþjóðasamningur um borgaraleg og stjórnómáleg réttindi

¹²¹ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 366. Hann nefnir því til stuðnings ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *Nielsen gegn Danmörku*, 9. september 1992, mál nr. 19028/92 og ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *Jakobsen gegn Danmörku*, 30. nóvember 1994, mál nr. 22015/93.

¹²² Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 366.

¹²³ Pieter van Dijk o.fl: *Theory and practice of The European Convention on Human Rights*, bls. 972. Í ritinu eru fleiri meðhöfundar og hefur kaflinn um 2. gr. 7. viðauka verið endurskoðaður af öðrum höfundum, m.v. sama rit frá árinu 1998. Vísunin í van Dijk og van Hoof en ekki aðra í þessu samhengi styðst jafnframt við eldri útgáfuna, bls. 686.

Alþjóðasamningur um borgaraleg og stjórnámálaleg réttindi (SBSR) var fullgiltur hér á landi þann 28. ágúst 1979.¹²⁴ Ákvæði 5. mgr. 14. gr. SBSR er svohljóðandi: „*Hver sá sem sakfelldur hefur verið fyrir glæp skal eiga rétt á að sakfelling hans og dómur séu endurskoðuð af æðra dómi samkvæmt lögum.*“¹²⁵ Ákvæðið er talið veita víðtækari rétt en leiðir af 2. gr. 7. viðauka. Þrátt fyrir það hafa tiltölulega fá ríki gert fyrirvara við ákvæðið.¹²⁶ Hér má geta þess að íslenska ríkið gerði ekki slíkan fyrirvara.¹²⁷ Sé 5. mgr. 14. gr. SBSR borin saman við 2. gr. 7. viðauka má sjá að orðalag þess fyrrnefnda er rýmra. Mælt er fyrir um að rétturinn til endurskoðunar nái til sakfellingar og refsingar samanborið við 2. gr., þar sem hann tekur til endurskoðunar sakfellingar eða refsingar. Í undirbúningsgögnum við 5. mgr. 14. gr. var tekið fram að merking orðsins og væri sú að undirstrika að allir sem sakfelldir væru fyrir refsiverðan verknað ættu rétt til endurskoðunar á hvoru tveggja, sakfellingu og refsingu. Hafa fræðimenn því talið orðalag 2. gr. 7. viðauka vera takmarkandi hvað þetta varðar og þannig óljósara hversu víðtæk réttarverndin er samkvæmt því.¹²⁸

Réttur samkvæmt 5. mgr. 14. gr. SBSR tekur til allra sem sakfelldir eru fyrir *afbrot*. Hefur hugtakið verið túlkað rúmt af Mannréttindanefnd Sameinuðu þjóðanna (hér eftir MSP).¹²⁹ Jafnframt er það túlkað sjálfstætt í hverju tilviki ef um er að ræða aðra skilgreiningu í landslöggjöf.

Tilvísun til *æðri dóms samkvæmt lögum* er túlkuð þannig að sakfelling stofnunar sem ekki telst dómstóll myndi brjóta gegn ákvæðinu dómstól. Þetta er áþekkt og í 2. gr. 7. viðauka eins og áður er fjallað um. Fleira má finna sameiginlegt með ákvæðunum. Ekki er áskilið ákveðið fyrirkomulag um endurskoðunina.¹³⁰ Endurskoðun æðri dóms getur tekið til sönnunar, túlkunar og beitingar laga eða hvors tveggja, að því tilskyldu að efnislega sé fjallað um mál á sama grundvelli og gert var á neðra dómstigi. Þetta kom m.a. fram í máli *Mennen gegn*

¹²⁴ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 77.

¹²⁵ Ákvæði 5. mgr. 14. gr. er svohljóðandi í enska frumtextanum: „Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law.“ Í íslenskri þýðingu 5. mgr. 14. gr. SBSR eru notuð hugtökin glæpur fyrir crime, sakfelling fyrir conviction og dómur fyrir sentence. Í þessari umfjöllun er notast við hugtakið afbrot í stað glæps og refsingu í stað dóms á grundvelli enska frumtextans.

¹²⁶ Sverre Erik Jebens: *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, bls. 576.

¹²⁷ Björg Thorarensen: „Alþjóðasamningur um borgaraleg og stjórnámálaleg réttindi“, bls. 103-105.

¹²⁸ Sverre Erik Jebens: *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, bls. 579. Sjá einnig: Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and practice of The European Convention on Human Rights*, bls. 972.

¹²⁹ Sverre Erik Jebens: *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, bls. 576 og 578-579, Manfred Nowak: *UN Covenant on Civil and Political Rights*, bls. 348.

¹³⁰ Manfred Nowak: *UN Covenant on Civil and Political Rights*, bls. 348.og 351.

Sjá t.d. álit MSP, *Consuelo Salgar de Montejo gegn Kólumbíu*, 24. mars 1982, mál nr. 064/1979. Atvik voru þau að C var dæmd til árs fangelsisvistar af herdómstól fyrir ólöglega vopnasölu. Ekki var úrræði til áfrýjunar í lögum. Sami dómari og dæmði í málinu endurskoðaði refsinguna. Hvoru tveggja var talið brjóta gegn 5. mgr. 14. gr. SBSR.

Hollandi, frá 24. ágúst 2010. Var fundið að því að ákvörðun um áfrýjunarleyfi hafði ekki verið tekin á grundvelli gagna sem fyrir lágu. Orðrétt sagði:

Such review, in the frame of a decision regarding a leave to appeal, must be examined on its merits, taking into consideration on one the hand the evidence presented before the first instance judge, and on the other hand the conduct of the trial on the basis of the legal provisions applicable to the case in question.¹³¹

Í samhengi við þetta hefur MSP jafnframt talið að sé synjun æðri dóms um leyfi til áfrýjunar ekki rökstudd, kunni það að brjóta gegn ákvæðinu, sbr. mál *Aboushanif gegn Noregi*, frá 25. júlí 2008.¹³² Ekki er að sjá að MDE hafi talið brotið gegn 2. gr. 7. viðauka hvað þetta varðar.¹³³ Það sem helst skilur að á milli ákvæðanna er að í 5. mgr. 14. gr. SBSR er ekki mælt fyrir um undantekningar á réttinum til áfrýjunar. Við undirbúning ákvæðisins var talið erfitt að finna undantekningum alþjóðlegan samnefnara. Var því hreyft við að það gæti verið útfærsluatriði í löggjöf aðildarríkja.

Verður nú fjallað lítillega um 5. mgr. 14. gr. SBSR með hliðsjón af þeim undantekningum sem mælt er fyrir um í 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka MSE. Í *fyrsta lagi* er réttarvernd 5. mgr. 14. gr. SBSR ekki bundin við alvarleg brot.¹³⁴ Í 2. mgr. 2. gr. er heimilt að undanskilja *minniháttar brot* frá áfrýjun. Hér má minnast á að MSP hefur gert athugasemdir við íslenska löggjöf að því er varðar takmörkun á áfrýjun minniháttar mála til Hæstaréttar sem háð eru leyfi til áfrýjunar.¹³⁵ Í *öðru lagi* nær réttarverndin til tilvika þar sem sakfelld er eftir áfrýjun sýknudóms.¹³⁶ Ef lög gera ráð fyrir þeim möguleika getur hún því tekið til þriðja dómstigs.¹³⁷ Í *þriðja lagi* tekur verndin til sakfellingar á fyrsta dómstigi, þó um sé að ræða æðsta dóm.¹³⁸ Í

¹³¹ Álit MSP, *Thomas Wilhelmus Henricus Mennen gegn Hollandi*, frá 24. ágúst 2010, mál nr. 1797/2008, 8.3. gr.

¹³² Álit MSP, *Aboushanif gegn Noregi*, frá 25. júlí 2008, mál nr. 1542/2007.

¹³³ Sjá nánar kafla 5.3. þar sem fjallað er um sjónarmið hvað varðar áfrýjunarleyfi í tengslum við 2. gr. 7. viðauka.

¹³⁴ *Almennt álit MSP nr. 13*, 17. gr. „Particular attention is drawn to the other language versions of the word "crime"[...] which show that the guarantee is not confined only to the most serious offences.“

¹³⁵ *Fimmta áfangaskýrsla MSP um Ísland*, 87. gr. „The State party should recognize the right of everyone convicted of a criminal offence to have his/her sentence and conviction reviewed by a higher tribunal.“ Nánar verður fjallað um þessar takmarkanir í íslenskum rétti í kafla 6.8.2.

¹³⁶ Sverre Erik Jebens: *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, bls. 579.

¹³⁷ Þetta kom m.a. fram í áliti MSP, *Henry gegn Jamaíka*, 29. maí 1987, mál nr. 230/1987, 8.5.gr. „[...] the words "according to law" in article 14, paragraph 5, are to be interpreted to mean that if domestic law provides for further instances of appeal, the convicted person must have effective access to each of them.“ Sjá einnig: *Almennt álit MSP nr. 32 (2007)*, 47. gr.

¹³⁸ Manfred Nowak: *UN Covenant on Civil and Political Rights*, bls. 352.

máli *Jesús Terrón gegn Spáni*, frá 15. nóvember 2004¹³⁹ var því haldið fram af spænska ríkinu að slík dómstólaskipan og málsmeðferð, þ.e. sakfelling á fyrsta stigi af æðsta dómstól væri þekkt meðal aðildarríkjanna og ætti ekki við um 5. mgr. 14. gr. SBSR. MSP tók fram að það eitt og sér gæfi aðildarríkjum ekki frjálsar hendur til að skipa fyrirkomulaginu með þeim hætti.

MSP hefur bent á að hafa þurfi í huga hvort aðildarríki hafi gert fyrirvara við fullgildingu ákvæðisins.¹⁴⁰ Nokkur aðildarríkjanna gert þann fyrirvara að ákvæðið taki ekki til þeirra tilfella þegar t.d. mál er höfðað gegn ráðherrum.¹⁴¹ Norska ríkið gerði fyrirvara um Ríkisréttinn þar í landi. Ekki er að sjá að íslenska ríkið hafi gert slíkt varðandi Landsdóm, sem ætla verður að falli að gildissviði 5. mgr. 14. gr. SBSR.¹⁴² Landsdómur starfar samkvæmt lögum nr. 3/1963. Í 1. gr. laganna kemur fram að hlutverk hans sé að dæma í málum sem Alþingi höfðar gegn ráðherrum vegna embættisreksturs þeirra. Dómar Landsdóms eru endanlegir og sæta því ekki endurskoðun annarra dómstóla.¹⁴³

4.2.3 Barnasáttmáli Sameinuðu Þjóðanna

Barnasáttmáli Sameinuðu Þjóðanna¹⁴⁴ var fullgiltur hér á landi þann 28. október 1992 og nýlega lögfestur með lögum nr. 19/2013. Í b-lið 40. gr. BSP er réttur til áfrýjunar meðal þeirra lágmarksréttinda sem börn, einstaklingar að 18 ára aldri, skulu njóta vegna meðferðar sakamála á hendur þeim. Í v-lið segir að barn eigi rétt til þess „*Að ákvörðun um að það hafi brotið gegn refsilögum svo og ráðstafanir sem gerðar eru vegna hennar séu endurskoðaðar af æðra þar til bæru óháðu og óhlutdrægu yfirvaldi eða dómstól samkvæmt lögum.*“ Samkvæmt þessu eiga öll börn rétt til endurskoðunar æðri dóms.¹⁴⁵ Af orðalagi ákvæðisins verður ekki ráðið hve umfangsmikill áfrýjunarrétturinn er. Barnaréttarnefnd Sameinuðu Þjóðanna (hér

¹³⁹ Álit MSP, *Jesús Terrón gegn Spáni*, 15. nóvember 2004, mál nr. 1073/2002, 8.4 gr: „The Committee points out that "according to law" is not intended to mean that the very existence of a right to review is left to the discretion of the States parties. Although the State party's legislation provides in certain circumstances for the trial of an individual, because of his position, by a higher court than would normally be the case, this circumstance alone cannot impair the defendant's right to review of his conviction and sentence by a court.“

¹⁴⁰ *Almennt álit MSP nr. 32 (2007)*, 47. gr: „[...] Where the highest court of a country acts as first and only instance, the absence of any right to review by a higher tribunal is not offset by the fact of being tried by the supreme tribunal of the State party concerned; rather, such a system is incompatible with the Covenant, unless the State party concerned has made a reservation to this effect.” (áh. höf.)

¹⁴¹ Manfred Nowak: *UN Covenant on Civil and Political Rights*, bls. 352.

¹⁴² Björg Thorarensen: „Alþjóðasamningur um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi“, bls. 103-105. Þar er fjallað um þá fyrirvara sem gerðir voru og jafnframt um þá sem fallið hefur verið frá. Að því er varðar fyrirvara norska ríkisins þá er m.a. fjallað um hann í *Rt. 2009*, bls. 1192, 26. gr.

¹⁴³ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 181.

¹⁴⁴ Samningur Sameinuðu Þjóðanna um réttindi barnsins frá 20. nóvember 1989.

¹⁴⁵ Rachel Hodgkin og Peter Neveel: *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, bls. 615. Í samhengi við refsíabyrgð barna má geta þess að 4. tl. 3. mgr. 14. gr. SBSR mælir fyrir um tillit við sakamálemeðferð gagnvart *ófullveðja mönnum*. Hefur ákvæðið verið túlkað svo að það lýsi því aldursári sem börn verða látin sæta refsíabyrgð og þar til þau komast á fullorðinsaldur, til að mynda aldursbilið 15 til 18 ára samkvæmt íslenskum lögum. Sjá nánar Manfred Nowak: *UN Covenant on Civil and Political Rights*, bls. 347.

eftir BSP) hefur þó lagt á það áherslu að sú réttarvernd sem ákvæðinu er ætlað að tryggja sé áþekkt og um ræðir í 5. mgr. 14. gr. SBSR. Má því hafa hliðsjón af ákvæðinu við túlkun BSP. Réttarverndin verður því ekki takmörkuð við alvarlegri brot og er aðildarríkjum eftirlátið svigrúm um fyrirkomulag endurskoðunar. Endurskoðunin tekur því til sakfellingar og refsingar.¹⁴⁶ Eins og í 5. mgr. 14. gr. SBSR er með hugtakinu *dómstóll* átt við að endurskoðunin fari fram af stofnun sem lúti sömu kröfum og dómstóll á fyrsta dómstigi.¹⁴⁷ Nefndin hefur m.a. gert athugasemdir við aðildarríki sáttmálans sem útiloka að börn geti áfrýjað refsisdómum án milligöngu foreldra sinna.¹⁴⁸ Nefndin hefur gert athugasemdir við að hér á landi er ekki að finna sérstaka ungmennadómstóla. Að mati yfirvalda hér á landi mælir ýmislegt gegn því og er einnig í takt við þá stefnu að fækka sérdómstólum.¹⁴⁹ Að því er varðar rétt barna til áfrýjunar má að lokum nefna að í *leiðbeiningum Evrópuráðsins um barnvænlegt réttarkerfi* frá árinu 2010 kemur fram að á grundvelli meginreglu réttarríkisins (*e. Rule of Law*), sbr. 3. gr. MSE, eigi börnum að vera tryggð réttindi við meðferð sakamála, á sama hátt og fullorðnum, þ.á.m. til áfrýjunar. Því ætti barni ekki að vera neitað um þau réttindi á þeirri forsendu að það sé barninu fyrir bestu.¹⁵⁰

4.3 Tengsl 2. gr. 7. viðauka við önnur ákvæði MSE

Ákvæði 2. gr. 7. viðauka tengist óhjákvæmilega öðrum ákvæðum MSE. Verður nú fjallað um þessi tengsl þar sem þau gefa skýra mynd af ákvæðinu.

Áður er vikið að því hvernig endurskoðun æðri dóms getur haft þau áhrif að dómáramandi til verka við úrlausnir mála. Það tengist jafnframt rétti manna til að leyst sé úr máli þeirra fyrir sjálfstæðum og óvilhöllum dómstól, sbr. 6. gr. MSE og einnig 13. gr. MSE, þar sem er mælt fyrir um rétt manna til raunhæfs úrræðis til að leita réttar síns. Réttur til áfrýjunar verður þó ekki leiddur af 6. gr. MSE eins og áður er fjallað um. Slíkt hið sama á við um 13. gr. MSE.¹⁵¹ Í máli *Gurepka gegn Úkraínu*, frá 6. september 2005¹⁵² tók MDE fram að rétturinn yrði *sem slíkur* ekki leiddur af 13. gr. MSE.

¹⁴⁶ Sverre Erik Jebens: *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, bls. 578.

¹⁴⁷ *Almennt álit Barnaréttarnefndar nr. 10*, 25 apríl 2007, bls. 17-18. *Skýrsla Barnaréttarnefndar um Ísland*, 31. janúar 2003.

¹⁴⁸ Rachel Hodgkin og Peter Neveill: *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, bls. 559.

¹⁴⁹ *Skýrsla Barnaréttarnefndar um Ísland*, 31. janúar 2003, *Skýrsla nefndar um unga afbrotamenn*, bls. 9.

¹⁵⁰ *Evrópskar reglur um unga afbrotamenn*, 5. nóvember 2008 (CM/Rec (2008)11).

¹⁵¹ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 363.

¹⁵² Dómur MDE, *Gurepka gegn Úkraínu*, 6. september 2005, mál nr. 61406/00, 51. mgr: „Article 13 of the Convention does not, as such, guarantee a right of appeal or a right to a second level of jurisdiction [...]“ (áh. höf.)

Tengsl 6. gr. MSE og 2. gr. 7. viðauka eru nokkuð óhjákvæmileg, en eins og komið hefur fram á réttarvernd 6. gr. MSE við á áfrýjunarstigi. Því hefur verið haldið fram að þær kröfur sem MSE gerir til endurskoðunar á sönnunarmati í sakamálum séu tvíþættar, á grundvelli 2. gr. 7. viðauka að því er varðar réttinn til áfrýjunar og loks á grundvelli 6. gr. MSE um réttláta málsmeðferð.¹⁵³ Krafan um milliliðalaus sönnunarfærslu spilar jafnstórt hlutverk á áfrýjunarstigi og fyrsta dómstigi. Ef áfrýjunardómstóll dæmir um staðreyndir í máli verður hann sjálfur að taka munnlegar skýrslur ef hann hyggst snúa við sýknudómi eða þyngja refsingu. Stuttlega má minnst tveggja mála þar sem MDE hefur talið sakfellingu áfrýjunardómstóls vera andstæða reglunni. Í hinu svokallaða Vegas-máli, *Sigurþór Arnarsson gegn Íslandi*, frá 15. október 2003¹⁵⁴ hafði Hæstiréttur sakfellt S í kjölfar sýknudóms. Taldi MDE að sakfellingin hefði byggst á sönnunargögnum, munnlegum framburði sem ekki var færður fyrir réttinn. Atvik málsins, hvað meðferð þess fyrir dómstólum varðar, voru áþekkt og í máli *Botten gegn Noregi*, frá 19. febrúar 1996.¹⁵⁵ MDE taldi í báðum málum að brotið hefði verið gegn meginreglunni um milliliðalaus sönnunarfærslu.

Mæli lög fyrir um hvernig efnislegri meðferð máls skuli háttað á áfrýjunarstigi, getur takmörkun á slíkri meðferð máls brotið gegn 1. mgr. 6. gr. MSE, sbr. til dæmis mál *Biondić gegn Króatíu*, frá 2. júní 2008.¹⁵⁶ Jafnframt, mæli lög fyrir um mismunandi aðgang að áfrýjunardómstól getur, í ákveðnum tilvikum, verið um að ræða brot á 14. gr. MSE um bann við mismunun.¹⁵⁷ Í þessu samhengi má nefna að í réttarframkvæmd MDE hefur verið litið svo á að ákvörðun æðri dóms um hvort leyfi skuli veitt til áfrýjunar falli að jafnaði utan gildissviðs 6. gr. MSE.¹⁵⁸ Fræðimenn hafa bent á að rök standi til þess að slík málsmeðferð eigi að vera felld undir ákvæðið, þar sem slík ákvörðun geti falið í sér endanlega úrlausn máls.¹⁵⁹ Í máli *Lalmahomed gegn Hollandi*, frá 22. febrúar 2008¹⁶⁰ taldi MDE brotið gegn

¹⁵³ Eiríkur Tómasson: „Endurskoðun á sönnunarmati í sakamálum, m.a. með hliðsjón af Mannréttindasáttmála Evrópu“, bls. 86.

¹⁵⁴ Dómur MDE, *Sigurþór Arnarsson gegn Íslandi*, 15. júlí 2003, mál nr. 44671/98, 34.-38. gr., sbr. *Hrd.* 1998, bls. 2060.

¹⁵⁵ Dómur MDE, *Harald Botten gegn Noregi*, 19. febrúar 1996, mál nr. 16206/90. Benda má á að Eiríkur Tómasson fjallar ítarlega um þessa dóma í grein sinni, „Endurskoðun á sönnunarmati í sakamálum, m.a. með hliðsjón af Mannréttindasáttmála Evrópu“, bls. 86.

¹⁵⁶ Dómur MDE, *Biondić gegn Króatíu*, 2. júní 2008, mál nr. 38355/05. Um var að ræða einkamál. Í 28. gr sagði: „The position of the Supreme Court as to the extent of the binding effect of decisions adopted in inheritance proceedings clearly shows that the substance of the applicant's counter-claim should have been examined by the lower courts. Since that was not the case, the Court has no choice other than to conclude that the applicant did not have the right of access to the extent required under the relevant domestic law as interpreted by the Supreme Court in analogous situations.“

¹⁵⁷ Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and practice of The European Convention on Human Rights*, bls. 564.

¹⁵⁸ Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 44.

¹⁵⁹ Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and practice of The European Convention on Human Rights*, bls. 566.

réttri L til réttlátrar málsmeðferðar. Veiting áfrýjunarleyfa kynni að vera í samræmi við 6. gr. MSE þrátt fyrir að ákærði væri ekki viðstaddur málsmeðferð á áfrýjunarstigi. Það væri þó bundið þeirri forsendu að hann hafi verið viðstaddur á fyrsta dómstigi. L hafði vísað til máls *Mennet gegn Hollandi*, sem áður var vikið að í tengslum við 5. mgr. 14. gr. SBSR.¹⁶¹ Taldi MDE taldi sig ekki geta fjallað um málið með hliðsjón af máli *Mennet* þar sem viðaukni nr. 7. hefur ekki verið fullgiltur í Hollandi.

Það er viðurkennd lögskýringaregla við túlkun ákvæða MSE að líta til annarra þjóðaréttar-samninga.¹⁶² Eins og hefur verið fjallað um er ákvæði 5. mgr. 14. gr. SBSR talið veita ríkari vernd en 2. gr. 7. viðauka. Að mati höfundar sýnir mál *Lalmahomed* að ekki sé loku fyrir það skotið að MDE muni fylgja framkvæmd MSP, að því leytinu til sem þau sams konar, þar sem 7. viðauki hefur verið fullgiltur. Mætti á þeim grundvelli hafa nokkra hliðsjón af þeirri framkvæmd. Loks má draga stuttlega saman að tengsl milli 6. gr. MSE og 2. gr. 7. viðauka eru nánin. Í þeim tilvikum sem réttur til áfrýjunar er til staðar leiðir það óneitanlega til þess að réttarvernd sem leiðir af 6. gr. MSE á við um meðferð máls á áfrýjunarstigi, jafnframt sem túlkun beggja ákvæða er nokkuð lík en fjallað er um það í næsta kafla.

¹⁶⁰ Dómur MDE, *Lalmahomed gegn Hollandi*, 22. febrúar 2008, mál nr. 26036/08.

¹⁶¹ Álit MSP, *Thomas Wilhelmus Henricus Mennen gegn Hollandi*, frá 24. ágúst 2010, mál nr. 1797/2008, 8.3. gr

¹⁶² Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“, bls. 54.

4.4 Gildissvið 2. gr. 7. viðauka MSE

4.4.1 Afmörkun á gildissviði

Í umfjöllun um réttinn til áfrýjunar er þarft að afmarka gildissvið 2. gr. 7. viðauka til að skýrt sé hvaða tilvik njóti þeirrar réttarverndar sem ákvæðinu er ætlað að taka til. Af orðalagi ákvæðisins má ráða að réttarvernd þess er bundin við sakamál, þ.e. þau mál sem snúa að úrlausn um refsiverða háttsemi. Getur hún því ekki tekið til einkamála.¹⁶³ Mál á rannsóknarstigi verða heldur ekki felld undir ákvæðið. Má þar til dæmis nefna þvingunarráðstafanir lögreglu í þágu meðferðar sakamáls, svo sem gæsluvarðhald¹⁶⁴ og haldlagningu.¹⁶⁵ Ákvarðanir um að sakamál sæti ekki frekari rannsókn verða ekki taldar njóta réttarverndar ákvæðisins, til dæmis ákvarðanir lögreglu um að fella mál niður.¹⁶⁶ Ákvarðanir um málefni útlendinga, þ.e. brottvísun og framsal sakamanna falla ekki undir gildissviðið nema jafnframt sé um að ræða ákvörðun refsingar.¹⁶⁷ Loks má nefna að þrátt fyrir að sakamál séu til meðferðar fyrir dómi eftir útgáfu ákæru verða ákvarðanir er lúta að rekstri þeirra þar ekki felldar undir ákvæðið.¹⁶⁸

Gildissviðið er því bundið við tilvik þar sem úrlausn dómstóls um hvort maður hafi gerst sekur um refsiverða háttsemi er til staðar. Er þá álitaefnið að því hversu langt réttarverndin nær og hvort hún sé til staðar eftir að réttaráhrif dóms eru komin til (1. *Res Judicata*). Í máli *Kalashnikov gegn Rússlandi*, frá 18. september 2001¹⁶⁹ vísaði K m.a. til 2. gr. 7. viðauka til stuðnings endurupptökubeiðni. Sagði í niðurstöðu MDE að málavextir bæru merki þess að byggjast á endurupptökubeiðni eftir að réttaráhrif dóms voru komin til. Slíka vernd leiddi ekki af ákvæðum sáttmálans.

Samkvæmt orðalagi ákvæðisins á sá sem dómstóll finnur sekan um afbrot rétt til endurskoðunar. Falla þar undir einstaklingar og lögaðilar að því gefnu að þeir hafi verið

¹⁶³ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Pronina gegn Rússlandi*, 30. júní 2005, mál nr. 65167/01.

¹⁶⁴ Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and practice of The European Convention on Human Rights*, bls. 971-972.

¹⁶⁵ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *OOO Torgovyi Dom "Politeks" gegn Rússlandi*, 3. júlí 2003, mál nr. 72145/01. Hafnað var endurskoðun á úrskurði héraðsdóms um aðgerðarleysi saksóknarembættis vegna ætlaðra brota lögreglu í tengslum við haldlagningu. MDE taldi ekki um brot á sáttmálanum að ræða.

¹⁶⁶ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Tkacik gegn Slóvakíu*, 8. október 2002, mál nr. 42472/98. T sóttist eftir endurskoðun dómstóla á ákvörðun lögreglu og saksóknara um m.a. niðurfellingu máls á hendur þriðja manni. MDE vísaði til þess að sáttmálinn veitti ekki slíkan rétt.

¹⁶⁷ Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and practice of The European Convention on Human Rights*, bls. 971-972.

¹⁶⁸ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Kupreyanov gegn Rússlandi*, 12. febrúar 2009, mál nr. 21158/05. K var hafnað um endurskoðun á ákvörðun héraðsdóms um frávísun. MDE taldi ekki brotið á ákvæðum sáttmálans.

¹⁶⁹ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Kalashnikov gegn Rússlandi*, 18. september 2001, mál nr. 47095/99. Sömu sjónarmið komu fram í ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Matveyev og Matveyeva gegn Rússlandi*, 14. desember 2004, mál nr. 26601/02.

sakfelldir fyrir refsiverðan verknað.¹⁷⁰ Í máli *Fortum Oil and Gas Oy gegn Finnlandi*, frá 12. nóvember 2002, vísaði MDE til þess að bæði einstaklingar og lögaðilar nytu réttarverndar 2. gr. 7. viðauka á sama hátt og 6. gr. MSE.¹⁷¹ Það veitir ekki öðrum aðilum sakamáls rétt til áfrýjunar og styður réttarframkvæmd þá ályktun.¹⁷² Markmið ákvæðisins er að tryggja sakborningi vernd í þeirri stöðu sem hann er gagnvart hinu opinbera sem sækir málið gegn honum. Réttur handhafa ákærvalds til áfrýjunar væri þvert á þau markmið, þó slíkan rétt sé oft að finna í löggjöf aðildarríkjanna eins og áður er rakið. Verður að hafa í huga í því samhengi að ákvæðum MSE er ætlað að mæla fyrir um lágmarksréttindi og á sama tíma ekki ætlað að takmarka eða koma í veg fyrir ríkari réttarvernd í löggjöf aðildarríkjanna, sbr. 53. gr. MSE.¹⁷³

Hér að framan var rakið að 2. gr. 7. sammingsviðauka veitir einstaklingum og lögaðilum réttarvernd í sakamálum. Samkvæmt orðanna hljóðan ákvæðisins verður sú réttarvernd ekki virk nema að þeim skilyrðum uppfylltum að *sakfellt hafi verið fyrir afbrot af dómstól*. Nú verður fjallað um þessi hugtaksskilyrði. Í fyrsta lagi er fjallað um hvað felist í skilyrðinu að *sakfellt sé fyrir afbrot* og í öðru lagi hvað felist í skilyrðinu um að sú sakfelling þurfi að eiga sér stað af hálfu *dómstóls*. Í þriðja lagi eru svo rakin álitæfni sem tengjast sakfellingu, sýknu og refsingu.

4.4.2 Skilyrðið um að sakfellt sé fyrir afbrot

Hér að framan var vikið að því að til þess að réttarvernd ákvæðisins verði virk þurfi viðkomandi einstaklingur eða lögaðili að hafa verið sakfelldur fyrir afbrot. Næst verður fjallað um hvað geti talist vera afbrot (e. *criminal offence*) í skilningi ákvæðisins. Fræðimenn hafa talið rökrétt að hugtakið, eins og það birtist í 2. gr. 7. viðauka, sé túlkað til samræmis við hugtakið *refsivert brot* (e. *criminal charge*) eins og það birtist í 6. gr. MSE.¹⁷⁴

Álitæfni myndast í þeim tilfellum sem löggjöf mælir fyrir um að háttsemi sé ekki refsiverð. Í þeim tilvikum getur verið hætta á að aðildarríki geti rýrt réttarvernd ákvæðisins

¹⁷⁰ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 364.

¹⁷¹ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Fortum Oil & Gas Oy gegn Finnlandi*, 12. nóvember 2002, mál nr. 32559/96.

¹⁷² Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Guillemot gegn Frakklandi*, 20. mars 2006, mál nr. 21922/03. G taldi að hún hefði ekki notið réttlátrar málsmeðferðar, þar sem lög heimiluðu hvorki henni né ákærvaldinu að leita endurskoðunar á sýknudómi M, meðákærða um að hafa orðið valdur að dauða barns þeirra. MDE tók fram að slíkan rétt leiddi ekki af 6. gr. MSE og að 2. gr. 7. viðauka veitti sakfelldum manni þann rétt.

¹⁷³ Coral Arangüena Fanego: „The Right to a Double Degree of Jurisdiction in Criminal Offences“, bls. 168.

¹⁷⁴ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 364, Pieter van Dijk o.fl: *Theory and practice of The European Convention on Human Rights*, bls. 971-972.

með skilgreiningu í landslöggjöf.¹⁷⁵ Við afmörkun á gildissviði 2. gr. 7. viðauka hafa bæði MNE og MDE túlkað hugtakið *afbrot sjálfstætt*¹⁷⁶ á grundvelli hinna svokölluðu *Engelviðmiða*. Í máli *Engel o.fl. gegn Hollandi*, frá 8. júní 1976¹⁷⁷ lagði dómstóllinn grunn að þremur viðmiðum sem hafa verið ráðandi við afmörkun á því hvenær um refsivert brot er að ræða með túlkun á hugtökunum *refsivert brot* í 6. og *refsingu* í 7. gr. MSE. Hugtökin þyrfti að túlka sjálfstætt, óháð merkingu þeirra í landsrétti.¹⁷⁸ Við mat á háttsemi þarf í fyrsta lagi að líta til þess hvernig hún er skilgreind að landsrétti sem þó hefur ekki úrslitaáhrif. Í öðru lagi þarf að meta raunverulegt eðli háttseminnar. Í þriðja lagi þarf að meta hversu þungbær viðurlögin eru sem menn kunna að eiga á hættu að sæta. MDE hefur í seinni tíð tekið fram að annað og þriðja viðmiðið væru valkvæð. Nægjanlegt væri að háttsemin teldist í eðli sínu refsiverð í merkingu sáttmálans eða hún kynni að leiða til þess að manni yrði gert að sæta viðurlögum sem teldust til refsinga vegna eðlis og alvarleika.¹⁷⁹ Í úrlausnum MDE hefur þessari aðferðafræði verið beitt um gildissvið 2. gr. 7. viðauka MSE. Í máli *Gurepka gegn Úkraínu*, frá 6. september 2005,¹⁸⁰ voru atvik þau að G, sem var saksóknari við saksóknarembættið í Crimea, skirrðist við að mæta til þinghalda í héraði í tveimur meiðyrðamálum gegn honum. Með *stjórnvaldsákvörðun* dómara var honum gert að sæta varðhaldi í sjö daga fyrir að lítilsvirða réttinn (e. *contempt to court*), samkvæmt lögum um stjórnarsýsluviðurlög (e. *Code on Administrative Offences*). Yfirvöld í Úkraínu voru samþykkt því að *refsiverð háttsemi* sem félli að 6. gr. yrði jafnframt felld undir 2. gr. 7. viðauka. Í máli G væri á hinn bóginn ekki um slíkt að ræða. Málsmeðferðin væri stjórnarsýslulegs eðlis. Í landslögum væri gerður skýr greinarmunur á refsiverðri háttsemi (e. *criminal offence*) og stjórnarsýsluviðurlögum (e. *administrative offence*). Aðili sem gerðist sekur um brot á lögum um stjórnarsýsluviðurlög gæti ekki talist *sakfelldur* (e. *convicted*). Ennfremur báru þau við að viðurlögin, 7 daga varðhald, þar sem hámarksrefsing var 15 dagar, yrðu ekki skilgreind sem viðurlög við refsiverðri háttsemi. Álitafnið um hvort málið væri meðferðarhæft valt því á hvort þessi *stjórnarsýslumeðferð* samræmdist viðmiðum MDE:

¹⁷⁵ Pieter van Dijk o.fl. *Theory and practice of The European Convention on Human Rights*, bls. 543-544.

¹⁷⁶ Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“, bls. 52: „[D]ómstóllinn bindur sig ekki við það hvernig þau eru notuð í rétti einstakra ríkja. Á þann hátt byggir dómstóllinn á eigin forsendum um skilning á tilteknum hugtökum, sem reistur sé á sáttmálanum sjálfum og markmiðum hans.“

¹⁷⁷ Dómur MDE, *Engel o.fl. gegn Hollandi*, 8. júní 1976, Series A no. 22.

¹⁷⁸ Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 41.

¹⁷⁹ Róbert R. Spanó: *Ne bis in idem*, bls. 33. Róbert fjallar ítarlega um þessi viðmið, einkum á bls. 32-48, í tengslum við 4. gr. 7. viðauka MSE um bannregluna *Ne bis en idem*. Þau tilvik sem falla að 4. gr. falla að breyttu breytanda undir 2. gr. 7. viðauka, sbr. Jon Petter Rui: *Forbudet mot gjentatt straffefølgning*, bls. 225, nmgr. 881.

¹⁸⁰ Dómur MDE, *Gurepka gegn Úkraínu*, 6. september 2005, mál nr. 61406/00.

However, in the light of its settled case-law, the Court has no doubt that, by virtue of the severity of the sanction, the present case was criminal in nature and the purported administrative offence was in fact of a criminal character attracting the full guarantees of Article 6 of the Convention and, consequently, those of Article 2 of Protocol No. 7 [...] ¹⁸¹

Á grundvelli *Engel-viðmiðanna* var eðli viðurlaganna (2. viðmiðið) og alvarleiki þeirra (3. viðmiðið) fyrir hendi og var málið tekið til meðferðar á þeim forsendum. Í nýlegri úrlausnum MDE hefur mál *Gurepka* verið fordæmisgefandi hvað varðar gildissvið 2. gr. 7. viðauka og samræmisskýringu við 6. gr. MSE. ¹⁸² Í eldra máli um agaviðurlög, *Borelli gegn Swiss*, frá 2. september 1993 ¹⁸³ féllu atvik ekki að gildissviðinu. B hélt því fram að með ákvörðun um agaviðurlög innan svissneska hersins hefði m.a. verið brotið gegn rétti hans til réttlátrar málsmeðferðar, sbr. 6. gr. MSE svo og rétti hans til áfrýjunar, sbr. 2. gr. 7. viðauka. Við úrlausn á því var kannað hvort málsmeðferðin gegn kæranda félli að skilyrðum 6. gr. MSE um *refsiverða háttsemi* samkvæmt *Engel-viðmiðunum*. Háttsemin féll ekki að skilyrðum 6. gr. um refsivert brot (e. *criminal charge*) samkvæmt þeim. Álitaefnið var því hvort réttarvernd 2. gr. 7. viðauka gæti orðið virk, þ.e. hvort B hafi verið *sakfelldur fyrir afbrot* (e. *convicted of a criminal charge*) í skilningi þess ákvæðis:

[...] the proceedings instituted against the applicant did not constitute the "determination of . (a) criminal charge against him" within the meaning of Article 6 para. 1 [...] for the same reasons it cannot be said that the applicant was "convicted of a criminal offence" within the meaning of Article 2 of Protocol No. 7 (P7-2)." (áh. höfundar)

Niðurstaðan var sú að ekki hefði verið brotið gegn rétti B til áfrýjunar og var mál hans því ekki tækt til meðferðar. Að lokum má minnst aftur á mál *Fortum Oil and Gas Oy gegn Finnlandi*, frá 12. nóvember 2002 ¹⁸⁴ en þar taldi dómstóllinn að álagning stjórnvaldssektar af hálfu samkeppnisyfivalda félli að 6. gr. MSE og þar af leiðir 2. gr. 7. viðauka. ¹⁸⁵

¹⁸¹ Dómur MDE, *Gurepka gegn Úkraínu*, 6. september 2005, mál nr. 61406/00, 55. mgr.

¹⁸² Dómur MDE, *Zaicevs gegn Lettlandi*, 31. júlí 2007, mál nr. 65022/01, einnig dómur MDE, *Galstyan gegn Armeníu*, 15. febrúar 2008, mál nr. 26986/03, einkum 58-60. mgr. Síðastnefnd úrlausn var jafnframt sú fyrsta í nokkrum fjölda mála sem áttu sér stað í kringum kosningar þar í landi á árinu 2003. Sjá: *Information Note on the Court's case-law. No. 102*, bls. 3. Í öllum málunum voru stjórnarandstæðingar beittir *stjórnsýsluviðurlögum* fyrir áþekka háttsemi. Var aðferðarfræði MDE áþekk og í máli *Gurepka*. Í framhaldinu hafa m.a. fallið eftirfarandi áþekkir dómar MDE: *Kirakosyan, Mkhitaryan og Tadevosyan gegn Armeníu*, 5. maí 2009, mál nr. 31237/03, 22390/05 og 41698/04.

¹⁸³ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *Borelli gegn Swiss*, 2. september 1993, mál nr. 17571/90. Sjá einnig t.d. Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *C.B. og A.M gegn Sviss*, 2. desember 1992, nr. 17443/90, hvar reyndi á beitingu stjórnvaldssekta gagnvart stjórnarmönnum lögaðila.

¹⁸⁴ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Fortum Oil and Gas Oy gegn Finnlandi*, 12. nóvember 2002, mál nr. 32559/96. Um þetta sagði m.a.: „The Court has already assumed that Article 6 applies to legal persons in the same way as it does to individuals and that a company may be regarded as having been “charged with a criminal offence”, within the autonomous meaning of that expression for the purposes of Article 6 [...]“

¹⁸⁵ Þó má minnst á að nokkur ríki hafa gert fyrirvara við skilgreiningu 2. gr. 7. viðauka á hugtakinu refsiverð háttsemi. Kann gildissviðið að vera takmarkað hvað það varðar. Sjá: Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 363.

4.4.3 Skilyrðið um að sakfelld sé fyrir afbrot af dómstól

Í 1. málsli. 1. mgr. 2. gr. 7. viðauka er skírskotað til þess að sakfelling þurfi að eiga sér stað af hálfu dómstóls. Þrátt fyrir að hugtakið *dómstóll* sé ekki skýrt má sjá í réttarframkvæmd að kannað er hvort um sé að ræða ákvörðun af hálfu dómstóls eða annars úrskurðaraðila. Á þetta hefur meðal annars reynt í nokkrum málum er varða álagningu stjórnvaldssekta í Austurríki.¹⁸⁶ Í þeim öllum taldi dómstóllinn að stjórnvaldið sem ákvað sektina væri ekki dómstóll í skilningi ákvæðisins. Nægir hér að fjalla um mál *Hubner gegn Austurríki*, frá 31. ágúst 1999¹⁸⁷ þar sem H var gert að sæta sekt af hálfu stjórnsýslustofnunar. MDE taldi að H hefði verið *sakfelldur fyrir afbrot* í skilningi 2. gr. 7. viðauka. Næsta álitaefni laut að því hvort um væri að ræða dómstól í skilningi ákvæðisins:

[the] authority cannot be considered to have acted as a tribunal within the meaning of Article 6 § 1[...] Consequently it was not a tribunal for the purpose of Article 2 of Protocol No. 7. However, having regard to the criteria developed in its case-law for the qualification of tribunals under Article 6 § 1 of the Convention and the relevant domestic provisions on the institution and powers of Independent Administrative Tribunals, the Court finds that the Upper Austria Independent Administrative Tribunal has to be regarded as a tribunal within the meaning of Article 6 of the Convention and Article 2 § 1 of Protocol No. 7

Hér var kannað hvort þær stofnanir sem fjölluðu um málið teldust uppfylla þær kröfur sem gerðar eru til dómstóla samkvæmt 6. gr. MSE. Stjórnsýslustofnunin gerði það ekki en mál H sætti endurskoðun á tveimur dómstigum af stofnunum sem töldust til dómstóla samkvæmt sömu kröfum.¹⁸⁸ Fræðimenn hafa gert ummæli í greinargerð að baki 2. gr. 7. viðauka um *dómstól* að umtalsefni. Þar er vísað til að ákvæðið eigi ekki við um aðra úrskurðaraðila en dómstóla í skilningi 6. gr. MSE.¹⁸⁹ Þeir *Pieter van Dijk og Godefridus J. H. van Hoof* telja, á grundvelli réttarframkvæmdar MDE, að tilvísunin sýni vilja höfunda viðaukans til að gera það skýrt að það sé ekki áfrýjun í skilningi ákvæðisins, sé úrlausn af hálfu annars úrskurðaraðila skotið til dómstóls. Rétturinn til endurskoðunar taki á hinn bóginn til úrlausnar

¹⁸⁶ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 365.

¹⁸⁷ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *Hubner gegn Austurríki*, 31. ágúst 1999, mál nr. 34311/96. Sjá einnig ákvarðanir MNE um meðferðarhæfi kæru, *HS og Horst gegn Austurríki*, 28. febrúar 1996, mál nr. 26510/95 og 25809/94.

¹⁸⁸ Þetta má einnig sjá í: Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Didier gegn Frakklandi*, 27. ágúst 2002, mál nr. 58188/00. D hafði möguleika á endurskoðun æðri dóms, eftir að hafa verið látinn sæta viðurlögum í formi fjársektar af hálfu stofnunar sem sá um eftirlit með fjármálamörkuðum, sem svo sætti endurskoðun annarrar æðri stofnunar. Var það talið í lagi. Áþekk sjónarmið komu fram m.a. í ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Fortum Oil and Gas Oy gegn Finnlandi*, 12. nóvember 2002, mál 32559/96 sem fjallað var um áður.

¹⁸⁹ *Explanatory Report on Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 17. mgr. „[...] the word "tribunal" has been added to show clearly that this provision does not concern offences which have been tried by bodies which are not tribunals within the meaning of Article 6 of the Convention.“

dómstólsins.¹⁹⁰ Þetta má útskýra þannig að A lýkur máli á stjórnarsýslustigi hjá úrskurðaraðila sem ekki uppfyllir skilyrði 1. mgr. 6. gr. MSE. Háttsemin sem málið varðar fellur undir 2. gr. 7. viðauka á grundvelli þess að um er að ræða *refsiverða háttsemi*. Með málskoti til úrskurðaraðila á fyrsta stigi sem uppfyllir skilyrðin, óskar A endurskoðunar og virkjust réttarverndin þar með. Geti A því óskað endurskoðunar á úrlausn þess úrskurðaraðila á *æðra stigi*. Málskotið frá *stjórnarsýslustigi* á fyrsta dómstigi telst samkvæmt þessu ekki áfrýjun samkvæmt 2. gr. 7. viðauka. Áfrýjunin frá fyrsta dómstigi gerir það.

Í ákveðnum tilvikum getur máli lokið af hálfu úrskurðaraðila sem ekki uppfyllir skilyrði 1. mgr. 6. gr. MSE en þá með samþykki viðkomandi¹⁹¹ með afsali sem sé ótvírætt og gefið af fúsum og frjálsum vilja.¹⁹² Sem dæmi um slíkt er aðili sem greiðir sekt í stað þess að málið verði lagt til úrlausnar dómstóls.¹⁹³ Álitaefnið sem hér myndast er hvort slíkt afsal leiði jafnframt til þess að viðkomandi hafi afsalað sér rétti til áfrýjunar. Fræðimenn hafa fjallað um þetta, með vísan til þess sem kemur fram í greinargerð að baki ákvæðinu um stofnanir sem ekki uppfylla skilyrði 1. mgr. 6. gr. MSE. Þau *J. G. Merrils* og *A.H. Robertson* telja að tilvísun í undirbúningsgögnum feli í sér nokkra takmörkun. Málum sem lyki á grundvelli afsals yrði ekki áfrýjað.¹⁹⁴ *Stefan Trechsel* tekur sterkar til orða og segir málið einfalt. Afsal þess að mál verði borið undir dóm felur jafnframt í sér afsal á rétti til áfrýjunar.¹⁹⁵ Hér verður þó að hafa í huga það sem áður er rakið, að afsalið þarf að vera gefið af fúsum og frjálsum vilja.

4.4.4 Vafatilvik sem snúa að gildissviðinu

Af orðalagi 2. gr. 7. viðauka leiðir að réttur til áfrýjunar takmarkast við tilvik þar sem *sakfellt* er. Hefur það verið túlkað sjálfsætt og verða því tilvik þar sem viðkomandi er *sýknaður* vegna skorts á sönnunargögnum eða refsíabýrgð ekki felld þar undir.¹⁹⁶ Álitamál kunna að rísa um gildissviðið hvað þetta varðar og verður nú fjallað um þau. Í *fyrsta lagi* má nefna tilvik þar

¹⁹⁰ Pieter van Dijk o.fl: *Theory and practice of The European Convention on Human Rights*, bls. 972 „[...] the drafters must be assumed to have intended to make it clear that his first appeal to a tribunal is not a review in the sense of article 2; its decision on appeal must be open to review by higher instance, wich has to meet the standards of an independent tribunal.“, sbr. bls. 686 í sama riti frá árinu 1998.

¹⁹¹ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 365.

¹⁹² Eiríkur Tómasson, *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 65.

¹⁹³ Pieter van Dijk o.fl: *Theory and practice of The European Convention on Human Rights*, bls. 563.

¹⁹⁴ J. G. Merrills og A.H. Robertson: *Human Rights in Europe*, bls. 264, nmgr. 96: „Although Art. 6. requires all criminal charges to be tried by a tribunal, it will be recalled that this right can be waived. In such situation any conviction is not ‘by a tribunal’ and so there is no right of appeal

¹⁹⁵ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 365: „However, as I would regard such a waiver as also covering the right to appeal, their argument does not, in my view, provide a convincing justification for this view.“

¹⁹⁶ Pieter van Dijk o.fl: *Theory and practice of The European Convention on Human Rights*, bls. 971-972.

sem ákærði er sakfelldur en refsing látin niður falla. Þá eru til staðar lögmætir hagsmunir til að hann geti látið reyna á sakleysi sitt. Slík tilvik falla undir gildissvið 2. gr. 7. viðauka.¹⁹⁷ Í máli *Luchaninova gegn Úkraínu*, frá 9. júní 2011¹⁹⁸ reyndi á þetta. Úrlausn í máli L var endurskoðuð af forseta æðsta dóms sem taldi túlkun og beitingu laga í dómsúrlausn á neðra stigi ranga og að ekki hefði verið tekið tillit til atriða sem voru henni til refsilækkunar. Var sektin felld niður en L áminnt vegna brotsins. Þrátt fyrir að dómurinn hafi verið átalinn og refsing felld niður af æðsta dómi, stóð sakfellingin enn að mati MDE. Má einnig minnst á áður nefnt mál *Fortum Oil and Gas Oy gegn Finnlandi*¹⁹⁹ þar sem MDE tók fram að jafnvel þó N hefði ekki verið gert að sæta sekt, væri um sakfellingu að ræða en staðfest var að brotið hefði verið gegn ákvæðum samkeppnislaga þar í landi.

Í öðru lagi má nefna tilvik þar sem í sýknudómi er mælt fyrir um sekt ákærða eða látið að því liggja að hann hafi gerst sekur. Í máli *Settarov gegn Úkraínu*, frá 16. mars 2010²⁰⁰ voru atvik þau að S hafði verið kærður fyrir að hafa orðið valdur að umferðarslysi. Málið var tekið til meðferðar í dómi en vísað frá vegna fyrningar með úrskurði þess efnis. Í úrskurðinum kom fram að S hefði gerst sekur um háttsemi sem viðurlög lágu við. MDE fjallaði um hvort *sakfellt* hefði verið í málinu og sagði að jafnvel þó vikið hafi verið að sekt S í úrskurði dómsins hefði hann ekki verið formlega *sakfelldur*. Atvik þessa máls sýna að þrátt fyrir að aðilar hafi verið sýknaðir eða málsmeðferð gagnvart þeim sé hætt, getur dómsúrlausn verið orðuð á þann hátt að ekki er skýrt kveðið á um sakleysi þeirra. Réttur til áfrýjunar nær ekki til slíkra tilfella samkvæmt þessu.

Í þriðja lagi má nefna tilvik þar sem aðili sem sýknaður hefur verið telur sig hafa lögvarða hagsmuni af endurskoðun æðri dóms, til að mynda vegna starfsheiðurs þeirra. Slíkt hefur ekki verið talið geta virkjað rétt til áfrýjunar. Í málum tveggja lækna, *H og T.A gegn Svíþjóð*, frá 29. júní 1992²⁰¹ voru kærðir ákærðir fyrir manndráp. Í niðurstöðu á fyrsta dómstigi kom fram að ekki væri sannað að ákærðu hefðu gerst sekir um háttsemina. Á hinn bóginn teldist

¹⁹⁷ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 364.

¹⁹⁸ Dómur MDE, *Luchaninova gegn Úkraínu*, 9. júní 2011, mál nr. 16347/02. Í 43. mgr. sagði m.a: „In the present case, however, the applicant was not acquitted, nor were the proceedings against her formally discontinued [...] In particular, the court's resolution [...] finding the applicant guilty of the administrative offence was not quashed.”

¹⁹⁹ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kærðu, *Fortum Oil and Gas Oy gegn Finnlandi*, 12. nóvember 2002, mál nr. 32559/96.

²⁰⁰ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kærðu, *Settarov gegn Úkraínu*, 16. mars 2010, mál nr. 1798/03. Þar sagði m.a: „Though it may be argued that the charges against the applicant were in fact determined by the domestic court, the formal outcome of the proceedings was that these charges were dropped as time-barred, which did not constitute a formal finding of guilt or imposition of a penalty [...]“

²⁰¹ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kærðu, *H og T.A gegn Svíþjóð*, 29. júní 1992, mál nr. 15260/89 og 15513/89.

sannað að báðir hefðu gerst sekir um ósæmilega meðferð á líki. Ekki var ákært fyrir það, tímafrestur til endurútgáfu ákæru rann út og voru þeir sýknaðir. Orðalag í niðurstöðu dómsins gat haft áhrif á sviptingu starfsleyfis þeirra. MNE taldi að málið gæti ekki átt undir 2. gr. 7. viðauka, þar sem þeir hefðu ekki verið sakfelldir.

Í fjórða lagi má nefna tilvik þar sem almenn uppgjöf sakar hefur farið fram. Í málum *Panou og Patsouris gegn Grikklandi*, frá 8. janúar 2005²⁰² voru raunar áþekkir hagsmunir til staðar og í máli *H og T.A.* Atvik voru þau að P1 og P2 voru starfandi lögreglumenn sem voru dæmdir til fangelsisrefsingar og í kjölfarið var þeim vikið úr starfi. Í framhaldinu voru sett lög sem mæltu fyrir um að fangelsisrefsing innan ákveðinna tímamarka kæmi ekki til framkvæmda, dæmd brot færu ekki á sakaskrá og hefðu ekki ítrekunaráhrif að liðnu einu og hálfu ári frá gildistöku laganna. MDE taldi að réttaráhrif laganna væru þau sömu og þegar málsmeðferð væri hætt. Þeir gætu því ekki átt rétt til áfrýjunar.

4.4.4.1 Önnur refsikennd viðurlög

Þegar aðila hefur verið gert að sæta öðrum refsikenndum viðurlögum, sem eru viðurlög sem standa mjög nærri refsingu eða er beitt í refsimálum þótt þau séu einkaréttarræði,²⁰³ hefur verið talið að ekki sé til staðar réttur til endurskoðunar æðri dóms, á grundvelli 2. gr. 7. viðauka. Í fyrsta lagi má nefna tilvik þar sem ákærði hefur verið sýknaður en þrátt fyrir það dæmdur til að sæta öryggisgæslu. Ekki er að sjá að reynt hafi á þetta tilvik í tengslum við 2. gr. 7. viðauka í réttarframkvæmd. *Stefan Trechsel* telur að túlka beri ákvæðið þröngt samkvæmt orðanna hljóðan, þ.e. engin sakfelling, engin áfrýjun. Eftir sem áður njóti viðkomandi réttar samkvæmt 4. mgr. 5. gr. MSE til að bera lögmati frelsisskerðingarinnar undir dóm (l. *habeas corpus*). Þó réttarverndin sé ekki eins rík og leiðir af 6. gr. MSE sé hún eigi að síður mikilvæg.²⁰⁴ Í nefndri 5. gr. MSE er mælt fyrir um að allir eigi rétt til frelsis og mannhelgis með undantekningum sem eru tæmandi eru taldar í a-e. lið 1. mgr. 5. gr. Í e-lið kemur fram að lögleg gæsla manns sem er *andlega vanheill* heyri undir ákvæðið. Er hugtakið

²⁰² Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Panou og Patsouris gegn Grikklandi*, 8. janúar 2005, mál nr. 44058/05 og 44062/05. Í þessu samhengi má jafnframt nefna ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Zheltkov gegn Rússlandi*, 30. mars 2010, mál nr. 12608/03 en þar reyndi á meðferð máls eftir að lög voru sett sem mæltu fyrir um lægri refsingar fyrir tiltekin brot, framin á ákveðnu tímabili. Fyrir MDE hélt Z því fram að brotið hefði verið á rétti hans til áfrýjunar með því að veita ákæruvaldi áfrýjunarleyfi á endurskoðuðum refsidómi, eftir tímamörk, án þess að hann gæti leitað endurskoðunar þeirrar ákvörðunar. MDE tók fram að málsmeðferðin hefði ekki falið í sér ásökun um refsiverða háttsemi. Aukinheldur hefði Z haft möguleika á endurskoðun dóms við fyrri málsmeðferðina sem hann nýtti sér.

²⁰³ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 61.

²⁰⁴ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*. bls. 361: „In my view the Convention ought to be interpreted in a strictly literal sense: no conviction, no right to appeal. This does not leave the person concerned without protection. In such a case, Article 5.4. the right to habeas corpus proceedings, would apply.“ (áh. höf.)

læknisfræðilegt og túlkað svo að frelsissvipting eigi sér stað eftir umsögn læknis.²⁰⁵ Í réttarframkvæmd hefur MDE eins og áður segir ekki fjallað um 2. gr. 7. viðauka hvað þetta varðar. Á hinn bóginn má finna dæmi um mál þar sem fjallað hefur verið um rétt ósakhæfra manna, sem gert er að sæta öryggisgæslu, til endurskoðunar samkvæmt 4. mgr. 5. gr. MSE.²⁰⁶ Verður að telja að það ákvæði eigi fremur við. Í öðru lagi getur komið upp sú staða að þrátt fyrir sýknudóm sé mælt fyrir um refsikennd viðurlög á borð við eignaupptöku og skaða- og miskabætur. Áfrýjunarrétturinn tekur almennt ekki til slíkra tilfella, þar sem hagsmunirnir lúta fremur að einkamáli.²⁰⁷ Það þarf ekki að vera algilt. *Stefan Trechsel* telur að á grundvelli máls *Welch gegn Bretlandi*, frá 9. febrúar 1995,²⁰⁸ þar sem eignaupptaka taldist til refsingar, að ekki sé loku fyrir það skotið að dómstóllinn muni áfram beita sjálfstæðri túlkun um hugtakið *sakfelling* þó viðkomandi hafi verið sýknaður af refsikröfu.²⁰⁹

4.4.4.2 Samantekt og niðurstaða um gildissvið 2. gr. 7. viðauka MSE

Gildissvið 2. gr. 7. viðauka virðist vera nokkuð skýrt á grundvelli orðalagsins um að hver sá sem dómstóll finnur sekan um afbrot skuli eiga rétt til áfrýjunar. Einstaklingar og lögaðilar njóta réttarverndar ákvæðisins, sbr. mál *Fortum Oil and Gas Oy gegn Finnlandi*, frá 12. nóvember 2002.²¹⁰ Endanlegar úrlausnir þar sem sakfelld er falla undir ákvæðið, sbr. mál *Luchaninova gegn Úkraínu*, frá 9. júní 2011²¹¹ þar sem MDE taldi áminningu fela í sér slíka úrlausn. Jafnvel þó áhrif af rekstri sakamáls séu vafalaust mikil er skilyrðið skýrt. Ef viðkomandi er ekki sakfelldur á hann ekki rétt til áfrýjunar, sbr. mál *H og T.A gegn Svíþjóð*, frá 29. júní 1992²¹² og *Panou og Patsouris gegn Grikklandi*, frá 8. janúar 2005²¹³

Réttarframkvæmd í gegnum tíðina hefur verið stöðug að því er varðar álitamál um *refsiverða háttsemi* og matið á því fer fram á grundvelli *Engel-viðmiðanna*. Hefur MDE skýrt kveðið á um að ákvæðið lúti samræmisskýringu við 6. gr. MSE, sbr. mál *Gurepka gegn*

²⁰⁵ Ragnar Aðalsteinsson: „Réttur til frelsis og mannhelgis“, bls. 165.

²⁰⁶ Dómur MDE, *Proshkin gegn Rússlandi*, 9. júlí 2012, mál nr. 28869/03. Sjá ennfremur umfjöllun um endurskoðun í skilningi 4. mgr. 5. gr. MSE: Pieter van Dijk o.fl: *Theory and practice of The European Convention on Human Rights*, bls. 499 og 503 o.áfr. Ragnar Aðalsteinsson: „Réttur til frelsis og mannhelgis“, bls. 179-183.

²⁰⁷ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 364, Coral Arangüena Fanego: „The Right to a Double Degree of Jurisdiction in Criminal Offences“, bls. 169.

²⁰⁸ Dómur MDE, *Welch gegn Bretlandi*, 9. febrúar 1995, mál nr. 17440/90.

²⁰⁹ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 364.

²¹⁰ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Fortum Oil and Gas Oy gegn Finnlandi*, 12. nóvember 2002, mál nr. 32559/96.

²¹¹ Dómur MDE, *Luchaninova gegn Úkraínu*, 9. júní 2011, mál nr. 16347/02.

²¹² Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *H og T.A gegn Svíþjóð*, 29. júní 1992, mál nr. 15260/89 og 15513/89.

²¹³ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Panou og Patsouris gegn Grikklandi*, 8. janúar 2005, mál nr. 44058/05 og 44062/05.

Úkraínu, frá 6. september 2005²¹⁴ sem legið hefur til grundvallar nokkrum fjölda síðari úrlausna.

Þegar kannað er hvort sakfelld sé af hálfu dómstóls er litið til þess hvort viðkomandi stofnun sé sjálfstæð og óvilhöll í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Út frá því er kannað hvort áfrýjunarræði séu til staðar frá fyrsta stigi, sbr. til dæmis mál *Hubner gegn Austurríki*, frá 31. ágúst 1999.²¹⁵ Eins og kom fram er afsal á því að mál verði borið undir dómstóla jafnframt afsal á rétti til áfrýjunar, enda sé það gefið af fúsum og frjálsum vilja.

Þegar sýknað er og ákærða gert að sæta öðrum refsikenndum viðurlögum fellur það almennt ekki undir gildissvið 2. gr. 7. viðauka. Þegar ákærði hefur verið sýknaður af refsikröfu en jafnframt gert að sæta öryggisgæslu á stofnum verður að telja að endurskoðunarúræði 4. mgr. 5. gr. MSE eigi fremur við.

²¹⁴ Dómur MDE, *Gurepka gegn Úkraínu*, 6. september 2005, mál nr. 61406/00.

²¹⁵ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *Hubner gegn Austurríki*, 31. ágúst 1999, mál nr. 3411/96.

5 Skyldur aðildarríkja og heimildir til takmarkana

5.1 Almennt, lögskýringarsjónarmið

Nú verður fjallað um hversu ríkt svigrúm aðildarríkjanna er og jafnframt hverjar skyldur þeirra eru, þ.e. hvað þarf til að koma svo farið sé út fyrir mörk svigrúmsins. Verður vikið að aðferðafræði MDE í tengslum við beitingu 2. gr. 7. viðauka með það að markmiði að leiða í ljós hvaða kröfur séu gerðar til aðildarríkja út frá þeim jákvæðu skyldum sem fjallað var um í 4. kafla. Þær voru að dómstólar, sem uppfylla kröfur 1. mgr. 6. gr. MSE, séu til staðar á tveimur stigum, löggjöf mæli fyrir um rétt til áfrýjunar ef aðili hefur hlotið refsisdóm og endurskoðun æðri dóms sé efnisleg og taki til sakfellingar og refsingar.

Tvær skýringarreglur sem mótast hafa á vettvangi MDE og hafa verið taldar mikilvægar við túlkun og beitingu ákvæða MSE hafa mikla þýðingu í þessari umfjöllun. Annars vegar er það reglan um *svigrúm til mats* (e. *margin of appreciation*). Erfitt er að gera grein fyrir reglunni á almennan hátt²¹⁶ en henni er beitt á þeim sviðum þar sem finna þarf jafnvægi milli þess sem eðlilegt er að aðildarríki hafi ákvörðunarvald um og milli þeirra grundvallarréttinda sem ekki verður vikið frá.²¹⁷ Einn áberandi áhrifaþáttur við mat á svigrúmi er sá að ekki liggja fyrir samræmdar reglur eða viðmið sem nota má sem samnefnara.²¹⁸ Það svigrúm sem aðildarríkjum er eftirlátið við útfærslu 2. gr. 7. viðauka byggir einmitt á því að réttarkerfi aðildarríkja er ekki einsleitt. Fræðimenn hafa talið, á grundvelli réttarframkvæmdar um beitingu og túlkun 2. gr. 7. viðauka, að ekki sé um að ræða *hefðbundið* svigrúm til mats til útfærslu á takmörkunum réttinda eins og það kemur fyrir í öðrum ákvæðum, til að mynda 8.-11. gr. MSE þar sem takmarkanir lúta m.a. að því sem nauðsynlegt er í lýðræðisþjóðfélagi.²¹⁹

Auk reglunnar um *svigrúm til mats* má nefna *meðalhófsregluna*. Fræðimönnum hefur reynst erfitt að lýsa beitingu hennar á stuttan og almennan hátt. Hún birtist á einn eða annan hátt í dómum MDE og hefur verið haldið fram að breytilegt sé hvernig henni er beitt, eftir

²¹⁶ Dóra Guðmundsdóttir: „Um lögtöku Mannréttinasáttmála Evrópu og beitingu í íslenskum rétti”, bls. 171-172.

²¹⁷ Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttinasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“, bls. 62-63. Davíð fjallar ítarlega um regluna í tengslum við ákvæði 8-11. gr. MSE.

²¹⁸ Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttinasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“, bls. 62-63.

²¹⁹ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 368: „The states are said to enjoy ‘a wide margin of appreciation’, ‘discretion’ (‘faculté de décider’), a ‘pouvoir discrétionnaire’, or to retain the power to decide (‘conserver la faculté de décider’). These terms clearly demonstrate that this discretion is not the same as that normally implied by the term ‘margin of appreciation’ when it is applied, for instance, in the context of Articles 8–11.“

samhengi hverju sinni. Byggir hún á því að skerðing réttinda megi ekki ganga lengra en nauðsynlegt er til að ná því réttmæta markmiði sem að er stefnt.²²⁰

5.2 Aðferðafræði til mats

Í máli *Nielsen gegn Danmörku*, frá 9. september 1992²²¹ tók MNE fram að réttinn til áfrýjunar væri heimilt að takmarka. Úrræðið þyrfti þó að standa öllum til boða og takmarkanir mættu ekki vera þannig úr garði gerðar að rétturinn væri að engu gerður. Af sjónarmiðum sem fram komu í málinu má leiða að hafa þurfi meðalhófsregluna í huga við mat á svigrúminu.

Í máli *Krombach gegn Frakklandi*, frá 13. maí 2001²²² taldi dómstóllinn í fyrsta sinn að um brot á 2. gr. 7. viðauka væri að ræða. Þýski ríkisborgarinn K var ákærður fyrir að hafa orðið stjúpðóttur sinni, frönskum ríkisborgara, að bana í upphafi níunda áratugarins. K var búsettur í Þýskalandi og þráaðist við að mæta til meðferðar málsins fyrir dómi. Óskaði hann eftir því að lögmennt sínir yrðu viðstaddir fyrir sína hönd. Samkvæmt lögum var það ekki heimilt og raunar tekið fram að réttur ákærða til að njóta aðstoðar verjanda ætti við ef ákærði sjálfur væri viðstaddur meðferð málsins. Í fjarveru K var hann með útivistardómi sakfelldur. Í lögum var mælt fyrir um að ekki væri heimilt að áfrýja útivistardómum. Í niðurstöðu sinni tók MDE nokkuð skýrt fram hvernig takmörkunum geti verið háttáð. Við mat á þeim mætti hafa hliðsjón af takmörkunum, sem heilar væru, á rétti manna til aðgangs að dómstólum, sbr. 1. mgr. 6. gr. MSE, sem einnig væri í samræmi við undantekningar 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka:

[...] However, any restrictions contained in domestic legislation on the right to a review mentioned in that provision must, by analogy with the right of access to a court embodied in Article 6 § 1 of the Convention, pursue a legitimate aim and not infringe the very essence of that right (see *Haser v. Switzerland* (dec.), no. 33050/96, 27 April 2000, unreported). This rule is in itself consistent with the exception authorised by paragraph 2 of Article 2 [...]" (áh. höfundar)

Leiða má af máli *Nielsen* og ofangreindri niðurstöðu í máli *Krombach* að innan svigrúmsins sé heimild til takmarkana sem byggja þurfi á lögætum markmiðum. Nú er tilefni til að skoða nánar tilvitnuð ummæli í máli *Krombach* með það að leiðarljósi að rekja þetta svigrúm.

Við beitingu 1. mgr. 6. gr. MSE hefur aðildarríkjum verið talið heimilt að setja almenn skilyrði fyrir aðgengi að dómstólum. Til dæmis má nefna skilyrði um aðildarhæfi, tímafrest og málskostnaðartryggingu. Aðgengi að dómstólum á áfrýjunarstigi lýtur sömu sjónarmiðum.

²²⁰ Björg Thorarensen: „Áhrif meðalhófsreglu við beitingu stjórnarskrárákvæða“, bls. 65, Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“, bls. 63-64.

²²¹ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *Nielsen gegn Danmörku*, frá 9. september 1992, mál nr. 19028/91: „Assuming that a review within the meaning this provision guarantees to everyone the right to bring before a higher tribunal his conviction or sentence or both such examination by this tribunal may be a limited review, provided the limitations under the law would not make such a review meaningless.“

²²² Dómur MDE, *Krombach gegn Frakklandi*, 13. maí 2001, nr. 29731/96.

Heimild til takmörkunar hefur þar verið talin rýmri. Sem dæmi um takmarkanir á áfrýjunarstigi má sömuleiðis nefna áfrýjunarfrest og málskostnaðartryggingu.²²³ Í máli *E.M gegn Noregi*, frá 26. október 1995²²⁴ virðist fyrst skýrt tekið fram að hafa mætti hliðsjón af nefndum takmörkunum 1. mgr. 6. gr. MSE. Atvik voru þau að E var sakfelldur fyrir stórfelld auðgunarbrot á fyrsta dómstigi og var synjað um áfrýjunarleyfi af áfrýjunarnefnd Hæstaréttar Noregs. Álitaefnið var hvort málsmeðferð um áfrýjunarleyfi takmarkaði réttarverndina.

MNE tók fram að það væri ekki hennar hlutverk né ætlun að fjalla um löggjafarstefnu í Noregi við mat á því hvort og þá hvernig réttarvernd 2. gr. 7. viðauka kynni að vera skert. Aðferðafræðin var þessi. Í fyrsta lagi var löggjöfin skoðuð til að leiða í ljós hvort úrræðið væri til staðar og jafnframt hverjar takmarkanirnar væru. Þannig var leitt í ljós hvort þær gerðu úrræðið að engu. Í öðru lagi var málsmeðferðin rakin. Áfrýjunarnefnd Hæstaréttar (n. *Høyesteretts Kjæremålsutvalg*) fjallaði um hvort sýnt væri fram á mistök við málsmeðferð sem réttlætt gætu leyfi til áfrýjunar til Hæstaréttar á þriðja dómstigi. Loks fjallaði hún um hvort nálgun á sönnunargögnum eða önnur sérstök atriði væru fyrir hendi sem réttlætt gætu endurflutning málsins á öðru dómstigi. Niðurstaða MNE var að takmörkun sem fólst í þessari málsmeðferð hefði stefnt að lögmætu markmiði og byggði á réttlætanlegum sjónarmiðum í rekstri réttarkerfisins (e. *the fair administration of justice*). Endurskoðun á máli E tók til allra þátta málsins og hann gat tjáð sig um málsástæður ákærvaldsins. Á þessum grundvelli taldi MNE að áfrýjunarnefndin hefði verið innan svigrúmsins. Ákvörðun byggðist á efnislegri umfjöllun um alla þætti málsins.²²⁵

5.3 Fyrirkomulag endurskoðunar

Eftir að útskýrt hefur verið hvernig aðferðafræðinni er beitt er tilefni til að víkja að hinu mismunandi fyrirkomulagi. Að því loknu er mögulegt að draga ályktun um hvort og þá hvernig heimilt er að takmarka úrræðið.

²²³ Sjá nánar: Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 53-57.

²²⁴ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *E.M. gegn Noregi*, frá 26. október 1995, mál nr. 20087/92. Hér ber að geta, að í dómi MDE í máli *Krombach* var vísað til ákvörðunar MNE um meðferðarhæfi kæru í máli *Haser gegn Sviss*, 27. apríl 2000, mál nr. 33050/96, þar sem á almennan hátt var fjallað um aðferðafræðina og vísað til máls *E.M. gegn Noregi*. Nær samhljóða umfjöllun er einnig í ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *Peterson Sarpsborg AS o.fl. gegn Noregi*, frá 27. nóvember 1996, mál nr. 25944/94.

²²⁵ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *E.M. gegn Noregi*, frá 26. október 1995, mál nr. 20087/92. Þar sagði m.a: „Although it is not the Commission's role to assess the facts which led the Committee to adopt one decision rather than another the Commission is satisfied that the decision taken was based on a full evaluation of all relevant factors. In these circumstances the Commission does not find that the Appeals Selection Committee overstepped its margin of appreciation when refusing the applicant leave to appeal having found that the conditions therefor were not fulfilled. These conditions, as set out in the Criminal Procedure Act, cannot be said to impair disproportionately the essence of the applicant's right to a review by a higher tribunal[]“(áh. höf.)

Nokkuð lýsandi dæmi um hve svigrúmið er rúmt má sjá af þeim endurskoðunarúrræðum sem fyrirfinnast í Frakklandi. Þar endurskoðar æðsti dómur einungis túlkun og beitingu laga (f. *Cassation*) og getur staðfest dóm eða ómerkt.²²⁶ Í máli *Krombach* var brotið gegn 2. gr. 7. viðauka því löggjöfin útilokaði K frá því að geta nýtt sér úrræðið þar sem um útivistardóm var að ræða. Fyrirkomulag endurskoðunar, þ.e. ef ekki væri um útivistardóm að ræða, taldi MDE vera í samræmi við 2. gr. 7. viðauka.

Í málum *Pesti og Frodl gegn Austurríki*, frá 18. janúar 2000,²²⁷ tók endurskoðunin til málsmeðferðar á neðra dómstigi. Töldu kærendur að brotið hefði verið gegn rétti þeirra til áfrýjunar þar sem mál þeirra hefði ekki verið endurflutt með tilliti til sönnunar. MDE tók fram að báðir hefðu lýst yfir sakleysi sínu og jafnframt óskað endurskoðunar refsingar. Fjallað hafi verið um hvort tveggja, sem teldist þá endurskoðun æðri dóms í skilningi 2. gr. 7. viðauka. Svipað var upp á teningnum í máli *Jakobsen gegn Danmörku*, frá 30. nóvember 1994²²⁸. Hæstiréttur Danmerkur endurskoðaði túlkun og beitingu laga í niðurstöðu Eystri Landsréttar á þrjúþættum grunni. Í fyrsta lagi var skoðað hvort farið hefði verið að málsmeðferðarreglum, í öðru lagi hvort kviðdómur hefði, m.a. á grundvelli rangrar beitingar laga og nálgunar á ákveðnum þáttum málsins, farið út fyrir það umboð sitt að lögum og í þriðja lagi hvort refsing væri í samræmi við verknaðinn. MNE taldi þessa endurskoðun vera í samræmi við það sem hefðbundið væri hjá æðsta dómstól, sem hefði það hlutverk að endurskoða túlkun og beitingu laga. Í báðum þessum málum var mælt fyrir um áfrýjunarúrræði í löggjöf og stóð það aðilum til boða, ólíkt máli *Krombach*.

Meðferð máls um hvort áfrýjunarleyfi verði veitt, hefur verið talin í samræmi við 2. gr. 7. viðauka. Í greinargerð með ákvæði kemur jafnframt fram að sé heimilt að sækja um slíkt leyfi, geti það talist til endurskoðunar.²²⁹ Í máli *Näss gegn Svíþjóð*, frá 6. apríl 1994²³⁰ var N gefið að sök að hafa viðhaft ólögmetar rannsóknaraðferðir í starfi sínu sem lögreglumaður. Var hann sýknaður af þremur ákæruliðum af fjórum á fyrsta dómstigi. Dóminum var áfrýjað og á öðru dómstigi var hann sakfelldur fyrir alla fjóra ákæruliði. Á þriðja dómstigi hafnaði

²²⁶ Cour de Cassation er æðsti dómstóll í Frakklandi. Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 1026: „Úrlausnum franska dómstólsins Cour d’appel má t.d. skjóta til Cour de Cassation en aðeins um lagaatriði. Má hann síðan aðeins staðfesta dóminn eða ómerkja.“ Stefán fjallar um dómstólinn í tengslum við forúrskurði í EB-rétti.

²²⁷ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Pesti og Frodl gegn Austurríki*, frá 18. janúar 2000, nr. 27618/95 og 27619/95.

²²⁸ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *Jakobsen gegn Danmörku*, 30. nóvember 1994, nr. 22015/93.

²²⁹ *Explanatory Report on Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 19. gr. Þar segir m.a.: „The right to apply to a tribunal or an administrative authority for leave to appeal is itself to be regarded as a form of review within the meaning of this article.“

²³⁰ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *Näss gegn Svíþjóð*, 6. apríl 1994, mál nr. 18066/91.

Hæstiréttur Svíþjóðar beiðni N um áfrýjunarleyfi. MNE vísaði í að þessi meðferð máls væri innan svigrúms aðildarríkjanna.

Þegar æðri dómur tekur ákvörðun um að mál verði ekki tekið til meðferðar, hefur MDE talið það jafngilda þeirri endurskoðun sem felst í málsmeðferð um áfrýjunarleyfi. Í máli *Weh og Weh gegn Austurríki*, frá 4. júní 2002²³¹ var aðilum gert að greiða sekt að viðlagðri vararefsingu vegna umferðarlagabrota á stjórnarsýslustigi. Þeir andmæltu sektarboðinu og leituðu endurskoðunar á fyrsta dómstigi, þar sem sektarákvörðun var staðfest að loknu þinghaldi. Á öðru dómstigi var því hafnað að taka málið til meðferðar. Sekt náði ekki áfrýjunarfjárhæð og hagsmunir þóttu ekki nægilega mikilsverðir. MDE taldi að þessi málsmeðferð, þ.e. höfnun á að taka mál til meðferðar á öðru dómstigi, jafngilti því að tekin væri ákvörðun um veitingu áfrýjunarleyfis.

5.3.1 Gagnrýni fræðimanna

Fræðimenn hafa talið að MDE muni ekki samþykkja þá endurskoðun sem takmarkast við túlkun og beitingu laga, geti hún ekki leitt til þess að niðurstöðu verði hrundið eða sakfellingu ellegar refsingu breytt.²³² Á sama hátt hefur því verið velt upp hvort sú rúma túlkun, sem ummæli í greinargerð með 2. gr. 7. viðauka fela í sér um málsmeðferð varðandi áfrýjunarleyfi, sé í andstöðu við réttarvernd ákvæðisins. Verði ákvörðun um veitingu áfrýjunarleyfis byggð á hentisemi og sé hún án rökstuðnings geti hún raunar unnið gegn réttarverndinni. Enn fremur megi velja upp hvort slík ákvörðun jafngildi alltaf endurskoðun æðri dóms. Telja *van Dijk og van Hoof* að MDE eigi fremur að fara að orðalagi og tilgangi ákvæðisins en þeirri þröngu túlkun sem greinargerðin býður upp á.²³³ Sama viðhorfs gætir hjá *Stefan Trechsel*. Vísar hann jafnframt til réttarframkvæmdar MSP á 5. mgr. 14. gr. SBSR, sbr. það sem rakið var í kafla 4.2.2. um að brotið sé gegn ákvæðinu ef ekki verði leitt af synjun

²³¹ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *Weh og Weh gegn Austurríki*, 4. júní 2002, mál nr. 38544/97, sbr. einnig sömu sjónarmið í ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *Hauser gegn Austurríki*, frá 16. janúar 1996, mál nr. 26808/95.

²³² Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and practice of The European Convention on Human Rights*, bls. 972. Um mál *Krombach gegn Frakklandi* sagði: „It may be deduced from this that the Court will not accept a restricted form of review of question of law which cannot result in an annulment or alteration of the conviction or sentence concerned as sufficient.“

²³³ Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and practice of The European Convention on Human Rights*, bls. 973: „Whether this interpretation is in conformity with the text of the article may be doubted. The decision to grant or refuse leave of appeal may be based upon reasons of expediency and does not necessarily imply a substantive review of the conviction or sentence as 2. gr. would seem to guarantee, but may rather block such a review. Moreover, one may wonder whether such a decision can be said always to amount to review “by higher tribunal” it is submitted that the court should be guided by text and purpose of article 2 rather than by the restrictive interpretation given in the explanatory report on this point.“, sbr. sama rit, eldri útgáfa (1998), bls. 687.

um hvort efnisleg endurskoðun hafi farið fram. Telur hann réttarframkvæmd MDE vera í nokkru ósamræmi við hana.²³⁴

5.3.2 Samantekt og niðurstaða

Hér að framan var rakið hvernig metið er hvort aðili hafi notið réttar til endurskoðunar æðri dóms. Aðildarríkjum hefur verið eftirlátið verulegt svigrúm um fyrirkomulag endurskoðunar og á það rætur að rekja til fjölbreytni réttarkerfa og í löggjafarstefnu. Áskilið er að úrræðið sé til staðar í löggjöf og standi öllum til boða, sbr. mál *Nielsen gegn Danmörku* og til samanburðar mál *Krombach gegn Frakklandi* þar sem svo var ekki.

Af svigrúminu leiðir heimild til takmarkana. Þær mega ekki vera svo miklar að rétturinn sé að engu gerður. Við mat á því verður að hafa í huga skýringarreglurnar um svigrúm til mats og um meðalhóf. Aðferðafræðin byggir á frumkönnun á löggjöf, um hvort og þá hvernig mælt er fyrir um úrræðið og takmarkanir. Ef það er til staðar og jafnframt takmörkun, sem í flestum tilfellum er, skiptir máli hvernig málsmeðferð fer fram. Þá þarf að skoða hvað slík málsmeðferð leiðir af sér. Leiði hún til þess að endurskoðun nái til bæði sakfellingar og refsingar, þannig að niðurstaða sæti breytingum, getur skilyrðum 2. gr. 7. viðauka verið fullnægt. Eins og fræðimenn hafa bent á er annað í andstöðu við réttarverndina.

Takmörkunum á rétti til áfrýjunar mætti svo skipta enn frekar niður. Annars vegar má nefna almennar takmarkanir sem felast í fyrirkomulaginu sem slíku og hins vegar almennar takmarkanir í löggjöf er varða til dæmis áfrýjunarskilyrði á borð við tímafrest og fjárhæð sekta.

Undir heimildum til takmarkana sem leiddar verða af fyrirkomulagi áfrýjunarmála er þannig svigrúm til að ákveða hvaða þættir niðurstöðu á neðra dómstigi verða teknir til endurskoðunar og hvernig það er gert. Til dæmis að túlkun og beiting lægra dómstigs sé endurskoðuð, sbr. mál *Pesti og Frodl gegn Austurríki* svo og *Jakobsen gegn Danmörku*. Jafnvel hvort endurskoðun fari fram með umfjöllun um leyfi til áfrýjunar eða þá hvort mál skuli tekið til meðferðar, sbr. *Näss gegn Svíþjóð* og *Weh og Weh gegn Austurríki*. Framangreint hefur verið talið í samræmi við 2. gr. 7. viðauka, enda byggi endurskoðun á efnislegum grundvelli. Telja verður fullljóst að orðalag í greinargerð býður upp á túlkun sem kann að vera andstæð tilgangi 2. gr. 7. viðauka. Sé tekið mið af þeim sjónarmiðum sem t.d. komu fram í máli *E.M. gegn Noregi* má ætla að ekki sé farið að orðalagi greinargerðarinnar.

²³⁴ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 366-367: „[...] leave-to-appeal proceedings will not satisfy the requirement of Article 2 if the higher tribunal is competent to refuse leave to appeal for the simple reason of expediency.”

5.4 Í hverju felast skyldur aðildarríkjanna?

5.4.1 Inngangur

Hér að framan var fjallað um svigrúm aðildarríkjanna og hvernig það felur í sér heimild til takmarkana, með fyrirkomulagi. Svigrúmið felst eins og áður segir í nokkuð rúmu mati til að ákvarða fyrirkomulag og takmarkanir endurskoðunar, til dæmis til hvaða þátta hún tekur og hvernig hún fer fram. Aðferðafræðin við mat á því hvort takmarkanir séu of miklar getur jafnframt fært fram hverjar þær skyldur sem hvíla á aðildarríkjum eru.

Nú verður fjallað um réttarframkvæmd sem á við þegar leiða á í ljós þessa skyldu. Annars vegar er fjallað um tilvik þar sem úrræðið var sannarlega ekki til staðar í löggjöf og hins vegar um tilvik þar sem löggjöf mælti á einhvern hátt fyrir um úrræði til endurskoðunar. Aðrir þættir hvað varðar löggjöfina takmörkuðu réttarverndina sem eflaust mætti telja til einnar tegundar takmörkunar.

5.4.2 Úrræðið þarf að vera til staðar

Grunnforsenda þess að réttur til áfrýjunar sé til staðar byggir eins og áður sagði á því að löggjöf mæli fyrir um þann rétt. Svo aftur sé minnst á niðurstöðu MDE í máli *Krombach*, var þar skýrt tekið fram að ekki væri möguleiki að lögum til áfrýjunar eins og atvikum var háttáð. Sama niðurstaða var í máli *Mariani gegn Frakklandi*, frá 31. mars 2005²³⁵ en þar féll útvistardómur á meðan M sat í fangelsi á Ítalíu. Gat hann ekki verið við meðferð málsins ólíkt *Krombach*.

Nokkuð nærtækt er að líta til íslensks réttar og víkja að máli *Siglfirðings gegn Íslandi*, frá 7. september 1999²³⁶ sem dómstóllinn taldi tækt til efnismeðferðar. Atvik voru þau að þann 10. júní 1996 dæmdi Félagsdómur S ehf. til greiðslu 500 þúsund króna sektar vegna uppsagnar starfsmanna félagsins sem talin var brjóta gegn ákvæðum laga um stéttarfélög og vinnudeilur nr. 80/1938. Í lögnum var ekki úrræði til að áfrýja sektardómi til Hæstaréttar. Málinu var lokið með sátt og lögnum breytt í kjölfarið, svo ekki reyndi frekar á um hvort brot væri að ræða. Af málalýktum væri óvarlegt að ætla annað en að einhverjir vankantar hafi verið á löggjöfinni og með sáttinni hafi íslenska ríkið fallist á það, þó ekki hafi nánar verið fjallað um það.

²³⁵ Dómur MDE, *Mariani gegn Frakklandi*, frá 31. mars 2005, mál nr. 43640/98.

²³⁶ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *Siglfirðingur gegn Íslandi*, 7. september 1999, mál nr. 34142/96, sbr. sátt aðila, dags. 20. maí 2000 í sama máli.

5.4.3 Úrræðið þarf að byggja á skýrum lagafyrirmælum

Þrátt fyrir að því sé haldið fram að löggjöf mæli sannarlega fyrir um rétt til áfrýjunar leiðir það eitt og sér ekki til þess að skyldum verði fullnægt. Löggjöfin þarf að vera skýr og af því leiðir bæði aðgengileg og fyrirsjáanleg. Í allmörgum málum sem varða mannréttindabrot í Armeníu taldi MDE að gildandi lagaákvæði um endurskoðun æðri dóms væru óskýr, sem leiddi til ómöguleika þess að aðilar gætu neytt þessa réttar síns.²³⁷ Nægilegt er að nefna fyrsta málið hvað þetta varðar, *Galstyan gegn Armeníu*, frá 15. nóvember 2007²³⁸ sem haft hefur fordæmisgildi. Stjórnarandstæðingurinn G var handtekinn á leið heim af mótmælafundi og gefið að sök að hafa tálmað umferð og sýnt af sér andfélagslega hegðun. Samdægurs var hann færður fyrir dóm og með ákvörðun dómara sakfelldur fyrir minniháttar óspektir. Var G gert að sæta varðhaldi í þrjá daga á grundvelli 172. gr. laga um stjórnsýsluviðurlög (e. *Code of Administration Offence*, hér eftir CAO). Í ákvörðuninni kom fram að G gæti beint andmælum til saksóknara.

Kæra hans til MDE laut m.a. að því að vegna óskýrleika lagaákvæða hafi hann ekki getað leitað endurskoðunar á úrlausn dóms. Tilefni er til að rekja þau nánar svo hægt sé að gera sér í hugarlund hvaða kröfur eru gerðar til löggjafar. Í 286. gr. CAO sagði að ákvarðanir um stjórnsýsluviðurlög sættu ekki endurskoðun með þeirri undantekningu að heimild væri til í lögum. Í 289. gr. CAO sagði að saksóknari gæti andmælt slíkum ákvörðunum. Í 294. gr. CAO sagði loks hvernig ákvörðunum gæti verið hrundið eða breytt á tvíþættum grundvelli, annars vegar af dómara, eftir andmæli saksóknara samkvæmt 289. gr. CAO og hins vegar af forseta æðri dóms óháð andmælum.²³⁹

Sem sagt, í landslöggjöf var mælt fyrir um endurskoðunarúrræði. Til að rekja skýrleika þeirra fjallaði MDE fyrst um 286. gr. CAO. Var ekki talið skýrt að 294. gr. CAO gæti talist til þeirra endurskoðunarheimilda sem vísað var til í fyrrnefndu ákvæði. Með samanburðarskýringu við önnur ákvæði landslaga sem mæltu fyrir um rétt til áfrýjunar var svo fjallað um 294. gr. CAO.

²³⁷ Sjá t.d. dóma MDE: *Kirakosyan, Mkhitaryan og Tadevosyan gegn Armeníu*, 5. maí 2009, mál nr. 31237/03, 22390/05 og 41698/04.

²³⁸ Dómur MDE, *Galstyan gegn Armeníu*, 15. nóvember 2007, mál nr. 26986/03.

²³⁹ Ákvæðin voru svohljóðandi í þýðingu MDE: 286. gr.: „The court's (the judge's) decision to impose an administrative penalty is final and not subject to appeal in administrative proceedings, except for the cases prescribed by law.”, 289. gr.: „The prosecutor can lodge a protest against the decision taken on an administrative case.”, 294. gr.: „The judge's decision to impose an administrative penalty for an offence envisaged under . [inter alia] Article 172 . can be quashed or modified by the judge himself upon a protest of the prosecutor and, whether or not such a protest is lodged, by the chairman of the superior court.“

Loks var fjallað um réttarframkvæmd um viðlíka ákvarðanir sem dómstóllinn taldi óskýra.

Orðrétt sagði svo:

[The] review procedure prescribed by Article 294 of the CAO does not provide an individual with a clear and accessible right to appeal [...] This Article prescribes a power of review by the chairman of a superior court – whether or not upon the individual's request – which, moreover, lacks any clearly defined procedure or time-limits and consistent application in practice. In the Court's opinion, such a review possibility cannot be compatible with Article 2 of Protocol No. 7. It follows that the applicant did not have at his disposal an appeal procedure which would satisfy the requirements of this Article.²⁴⁰

Niðurstaðan var að ákvæði 294. gr. CAO mælti fremur fyrir um vald forseta réttarins en rétt til endurskoðunar. Loks var ekki mælt fyrir um tímafrest í ákvæðinu. Vegna óskýrleikans var brotið gegn 2. gr. 7. viðauka og taldist úrræðið ekki raunhæft. Til að átta sig betur á takmörkuninni sem þarna var til staðar má rekja þrennt. Í fyrsta lagi var lagaákvæði til staðar, þ.e. undantekning sem heimilaði að úrlausnir af þessum toga sættu endurskoðun, í öðru lagi var lagaheimild, sem vísað var í, þ.e. 294. gr. CAO, á forræði annarra en sakbornings, G, og í þriðja lagi var ekki mælt fyrir um tímafrest.

Í máli *Galstyan* leit MDE til réttarframkvæmdar þar í landi, sem var óskýr um viðlíka ákvarðanir. Ýmist gátu úrlausnir sem þessar sætt andmælum og mögulegri endurskoðun eða ekki. Úrræðið stóð því ekki öllum til boða og var ekki aðgengilegt á þann hátt. Þótt það hafi verið aðgengilegt fyrir G, valt beiting þess á saksóknara, sem hefði haft ótakmarkað vald um það hvort ákvörðun yrði mótmælt.

Í seinni tíð hefur niðurstaðan í máli *Galstyan* haft fordæmisgildi fyrir áþekkar aðstæður. Hér má nefna mál *Gurepka gegn Úkraínu* sem fjallað er um í næsta kafla og mál *Luchaninova gegn Úkraínu*, frá 9. júní 2011²⁴¹ hvar ákvæði laga mæltu fyrir um vald forseta æðri dóms en ekki úrræði fyrir L. Í síðastnefndu máli kom jafnframt fram að þrátt fyrir að ekki væri mælt fyrir um úrræðið í lögum, félli málið að undantekningum 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka. Nánar er fjallað um það í 5.6.1.

5.4.4 Úrræðið þarf að vera raunhæft og óháð yfirvöldum

Þrátt fyrir að mælt sé á skýran hátt fyrir um endurskoðunarúrræði í lögum er það eitt og sér ekki nægilegt eins og áður hefur komið fram. Ákvæði laga þurfa einnig að vera þannig úr garði gerð að úrræðið sé raunhæft, í þeirri merkingu að bæði sé hægt að nýta það og jafnframt að sá sem það gerir geti komið sínum sjónarmiðum á framfæri og tekið þannig þátt í

²⁴⁰ Dómur MDE, *Galstyan gegn Armeníu*, 15. nóvember 2007, mál nr. 26986/03, 126 gr.

²⁴¹ Dómur MDE, *Luchaninova gegn Úkraínu*, 9. júní 2011, mál nr. 16347/02.

meðferðinni sem aðili máls. Þetta má ráða af þeim málum sem fjallað er um í kaflanum hér á undan.

Í máli *Gurepka gegn Úkraínu*, frá 6. september 2005,²⁴² kvað MDE skýrar á um þetta atriði. G þurfti að leita á náðir saksóknarembættisins, sem jafnframt var vinnustaður hans, til að fá endurskoðun viðurlaga. Um þetta sagði svo:

[...] The Court also recalls that, to be effective, a remedy must be independent of any discretionary action by the authorities and must be directly available to those concerned [...] The Court has examined the extraordinary review procedure prescribed by the Code of Administrative Offences. It could only be initiated by a prosecutor or by a motion of the president of the higher court [...] Given that this procedure was not directly accessible to a party to the proceedings and did not depend on his or her motion and arguments, the Court considers that it was not a sufficiently effective remedy for Convention purposes.²⁴³ (áh. höf.)

Endurskoðunarúrræðið var á forræði saksóknara eða forseta æðri dóms og var ekki raunhæft.

Í máli *Gurepka* fór endurskoðun þó fram, ólíkt því sem var í máli *Galstyan* sem fjallað var um hér áður. Það sem einnig kom til álita í máli *Gurepka* var að ekki þótti sýnt að honum hafi staðið til boða að geta tekið þátt í meðferð þess:

As to the Government's argument that the decision ordering the applicant's administrative arrest and detention was actually reviewed by a higher court, the Court finds no evidence that the extraordinary appeal lodged by the Prosecutor's Office was initiated upon the applicant's own motion. Moreover, this appeal reflected the position of the Prosecutor's Office, and not of the applicant. During these proceedings the applicant was not given an opportunity to present any arguments, and the issue under consideration was the dispute between the Prosecutor's Office and the court over the competence to impose a sanction on the applicant. The Court considers that the mere fact that the review initiated by the Prosecutor's Office had some positive, albeit temporary, impact on the applicant's situation, namely the suspension of his sentence, was not in itself sufficient to conclude that the extraordinary appeal was an effective remedy which could have satisfied the requirements of Article 2 of Protocol No. 7.²⁴⁴ (áh. höf.)

Þrátt fyrir að G hafi getað nýtt sér úrræðið og það hafi verið honum til hagsbóta var það ekki í samræmi 2. gr. 7. viðauka. Forræðið um beitinguna var saksóknarembættisins og óljóst var hvort G hafi getað tekið þátt í meðferð þess. Hér má einnig nefna mál *Zaicevs gegn Lettlandi*, frá 31. júlí 2007²⁴⁵ þar sem MDE komst að áþekkri niðurstöðu á sömu forsendum, sbr. einnig mál *Greco gegn Rúmeníu*, frá 30. nóvember 2006²⁴⁶ þar sem leita þurfti til saksóknara til að fá endurskoðun sektarákvörðunar.

Krafan um að úrræðið sé óháð yfirvöldum á sér fleiri birtingarmyndir. Áður en fjallað er um það verður að geta þess að í greinargerð með 2. gr. 7. viðauka er tekið fram að aðrir en

²⁴² Dómur MDE, *Gurepka gegn Úkraínu*, 6. september 2005, mál nr. 61406/00.

²⁴³ Dómur MDE, *Gurepka gegn Úkraínu*, 6. september 2005, mál nr. 61406/00, 59.-60. mgr.

²⁴⁴ Dómur MDE, *Gurepka gegn Úkraínu*, 6. september 2005, mál nr. 61406/00, 61. mgr.

²⁴⁵ Dómur MDE, *Zaicevs gegn Lettlandi*, 31. júlí 2007, mál nr. 65022/01. Þess ber að geta að MDE komst svo að þeirri niðurstöðu að brot Z væri minni háttar, sbr. 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka.

²⁴⁶ Dómur MDE, *Greco gegn Rúmeníu*, 30. nóvember 2006, mál nr. 75101/01.

dómstólar, þ.e. stjórnvöld, geti tekið ákvörðun um hvort leyfi til áfrýjunar verði veitt.²⁴⁷ Ekki er að sjá að þetta hafi komið til álita til dæmis í Danmörku, þar sem nefnd sem ekki starfar innan dómstóls fjallar um umsóknir er varða óskir um áfrýjun mála. Þó má nefna að það fyrirkomulag hefur verið talið fela í sér hreina takmörkun á úrræðinu.²⁴⁸

Hvað önnur yfirvöld varðar, þar sem takmörkun gæti komið til hér á landi, er helst að nefna þá sem starfa að refsivörslukerfinu á einn eða annan hátt. Í máli *P.L. og N.L. gegn Svíþjóð* frá 5. maí 1993²⁴⁹ var því haldið fram að fangelsismálayfirvöld hefðu neytt annan kæranda til að afsala sér rétti til áfrýjunar. Þeir fengu þær upplýsingar að ef dómi yrði áfrýjað þyrftu þeir eigi að síður að vera áfram í gæsluvarðhaldi, þar sem slíkt var tekið fram í dómi. Í kjölfarið höfðu þeir samband við lögmann sinn sem ráðlagði þeim að undirrita afsalið. MNE taldi að upplýsingar yfirvalda hefðu endurspeglad það sem fram kom í dómi. Öll færi til endurskoðunar voru til staðar á bæði refsidómi og jafnframt ákvörðun um gæsluvarðhaldsvistina auk þess sem lögmaður hafi veitt þeim ráðgjöf.

5.4.5 Samantekt og niðurstaða

Eins og fram hefur komið þarf löggjöf að mæla fyrir um réttinn til áfrýjunar og hvernig hans verður neytt. Hér að framan var einkum fjallað um tilvik þar sem löggjöf var til staðar. Helstu álitafnin voru aðrir þættir sem takmörkuðu beitingu úrræðisins. Af þessari umfjöllun verða nú dregnar nokkrar ályktanir.

Eins og minnst hefur verið á má í fyrsta lagi segja að frumskylda aðildarríkja sé að löggjöf sé til staðar sem mæli fyrir um úrræðið. Löggjöfin má ekki vera þannig úr garði gerð að rétturinn sé útilokaður, t.d. eins og var í málum þeirra *Krombach og Mariani gegn Frakklandi*. Þar fékkst ekki á neinn hátt færi á að leita endurskoðunar þar sem tekið var fram í löggjöf að áfrýjun útivistardóma væri ekki heimil. Það hafði einnig áhrif að lögmonnum beggja aðila var meinað um að annast varnir þeirra, vegna ákvæða í löggjöf, þrátt fyrir að lögmenirnir væru viðstaddir meðferð mála þeirra beggja. Varðandi þessa skyldu er mál *Siglfirðings gegn Íslandi* nokkuð lýsandi dæmi. Þar var ekki á neinn hátt mælt fyrir um úrræðið í lögum um stéttarfélög og vinnudeilur nr. 80/1938 eða annars staðar.

²⁴⁷ *Explanatory Report on Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 19. gr.

²⁴⁸ *Skýrsla vinnuhóps um millidómstig*, bls. 24: „Þessi afgreiðsla getur því ekki talist fela í sér endurskoðun á æðra dómstigi heldur er um að ræða hreina takmörkun á áfrýjunarrétti.“ Vinnuhópurinn var skipaður þeim Sigurði Tómasi Magnússyni, prófessor, Ásu Ólafsdóttur, lektor og hæstaréttarlögmanni, Benedikt Bogasyni, nú hæstaréttardómara og dósent og Símoni Sigvaldasyni, héraðsdómara og formanni dómstólaráðs.

²⁴⁹ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *P.L. og N.L. gegn Svíþjóð*, 5. maí 1993, mál nr. 18751/91.

Það er skammgóður vermir að löggjöf sé til staðar ef hún er óskýr, sem leiðir til þess að erfiðleikum sé bundið að nýta úrræðið. Þetta var niðurstaðan í málum *Galstyan gegn Armeníu*, *Greco gegn Rúmeníu* og *Luchaninova gegn Úkraínu*, þar sem löggjöfin mælti fremur fyrir um heimild ákærvalds til að leita endurskoðunar og heimild forseta æðri dóms til að taka mál, að eigin frumkvæði til endurskoðunar. Af þessu verður leitt að sá sem sakfelldur er þarf að geta haft frumkvæði að því að leita endurskoðunar. MDE mun ekki samþykkja endurskoðunarúrræði af öðrum toga, jafnvel þótt það geti verið aðila til hagsbóta. Þrátt fyrir að allar framangreindar skyldur séu uppfylltar getur úrræðið á þessum grundvelli í þriðja lagi ekki talist raunhæft ef aðili fær ekki fram komið sínum sjónarmiðum við meðferð málsins á æðra dómstigi. Þetta kom skýrlega fram í máli *Gurepka*.

Nokkuð tengt kröfunni um skýrleika og frumkvæði aðila þarf úrræðið í fjórða lagi að vera óháð öðrum yfirvöldum en dómsólum. Þetta má segja að tengist jafnframt kröfunni um að úrræðið sé raunhæft. Eins og fram kom er ekki að sjá að gerðar hafi verið athugasemdir við t.d. nefndir sem taka ákvörðun um áfrýjun, enda þótt þær starfi ekki innan dómstóls, sbr. til dæmis það sem rakið var um Danmörku. Það má á hinn bóginn skýrt ráða að MDE telur það ekki í samræmi við 2. gr. 7. viðauka ef leita þarf ásjár ákærvalds eða annarra stjórnvalda sem geta í krafti valdheimilda sinna haft úrslitavald um hvort áfrýjun verði ráðin. Þetta kom fram í málum *Galstyan gegn Armeníu*, *Greco gegn Rúmeníu* og *Luchaninova gegn Úkraínu* svo og einnig máli *Zaicevs gegn Lettlandi*.

Önnur birtingarmynd af áhrifum yfirvalda á rétt manna til áfrýjunar getur verið fyrir hendi eins og rakið var. Hér má benda á mál *P.L. og N.L. gegn Svíþjóð*. Niðurstaða MNE réðst af því að tekið var fram í dómi að báðir ákærðu sættu gæsluvarðhaldi þrátt fyrir að máli yrði áfrýjað. Leiðbeiningar fangelsisyfirvalda fólu í sér að þeir þyrftu að sæta gæslu fram að meðferð máls á áfrýjunarstigi, á grundvelli þess sem fram kom í dómsorði. Setja má upp ímyndað dæmi á hinn veginn, í tilviki þar sem ekki er mælt fyrir um slíkt í dómi. Af því mætti ráða að yfirvöld eigi hvorki að hafa skoðun á því hvort áfrýjun beri árangur eða ekki né veita ráðgjöf um slíkt. Það sem einnig skipti sköpum í máli *P.L og N.L* var að þeir höfðu samband við lögmann sem ráðlagði þeim um hvað best væri að gera.

5.5 Takmarkanir á rétti til áfrýjunar samkvæmt 2. gr. 7. viðauka MSE

5.5.1 Almenn atriði

Hér áður var fjallað um svigrúm aðildarríkjanna og hvernig takmarkanir á réttinum til áfrýjunar kunna að snúa að endurskoðun á ákveðnum þáttum máls og hvernig meðferð máls getur verið mismunandi, þ.e. ýmist með hefðbundin málsmeðferð fyrir dómi eða málsmeðferð um áfrýjunarleyfi.

Hér á eftir er fjallað um takmarkanir á rétti til áfrýjunar og er umfjölluninni skipt í tvo flokka, með mikilli en nauðsynlegri einföldun til að afmarka þætti umfjöllunarinnar. Fyrst er fjallað um þær takmarkanir sem ekki eru skilgreindar nánar í 2. gr. 7. viðauka að frátöldu orðalaginu um að *löggjöf skuli gilda* um beitingu úrræðisins í 1. mgr. 2. gr. 7. viðauka. Verða þær takmarkanir leiddar af þeim lögmætu markmiðum sem minnst hefur verið á. Eins og fram kom í 2. kafla er það einkenni á góðri réttarskipan að réttarkerfið er skilvirkt og að rekstur þess sé hagkvæmur. Þessar takmarkanir byggja meðal annars á slíkum sjónarmiðum, tengdum skilvirkni og hagkvæmni í refsivörslu- og réttarkerfi almennt (e. *good or fair administration of justice*).²⁵⁰

Loks verður síðar í kaflanum fjallað um þær takmarkanir sem eiga rætur að rekja til 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka, þar sem upptaldar eru takmarkanir sem byggja nokkurn veginn á sama grundvelli og hinar fyrrnefndu. Verður nú sjónum beint að þessum takmörkunum en óhjákvæmilega tengjast þær takmörkunum sem snúa að fyrirkomulagi á endurskoðun og meðferð þess.

5.5.2 Takmarkanir sem leiddar verða af lögmætum markmiðum laga

Mat á takmörkunum til áfrýjunar að því er 2. gr. 7. viðauka varðar byggir á sömu sjónarmiðum og þeim er gilda um aðgang að dómstólum í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE eins og áður er fjallað um. Í eftirgreindum málum var iðulega um að ræða beitingu þess ákvæðis, samhliða og eingöngu. Í fyrsta lagi verður fjallað um takmarkanir þar sem ákærðu hafa verið fjarverandi við meðferð máls á fyrsta og öðru dómstigi. Í öðru lagi verður fjallað um takmarkanir sem felast í tímafrestum.

²⁵⁰ Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 574.

5.5.2.1 Fjarvera ákærðu, útvistardómar

Í réttarframkvæmd hefur MDE ítrekað afstöðu sína um mikilvægi þess að ákærði mæti til málsmeðferðar sinnar en jafnframt sé mikilvægt sjónarmið að komið sé í veg fyrir fjarvistir sem ekki teljast réttlætanlegar.

Þegar ákærðu mæta ekki við meðferð máls á áfrýjunarstigi hefur ekki verið talið brotið gegn 2. gr. 7. viðauka þegar áfrýjun er felld niður, enda byggir slík ákvörðun á lögmætum sjónarmiðum. Aðferðafræðin virðist vera sú að litið sé til m.a. lagaheimildar og til þess hver grundvöllur áfrýjunar var. Í máli *Poulsen gegn Danmörku*, frá 29. júní 2000²⁵¹ var P m.a. sakfelldur fyrir vopnalaga- og ofbeldisbrot. Hann áfrýjaði en við meðferð máls á öðru dómstigi mætti hann ekki þrátt fyrir útgefna kvaðningu. Áfrýjun var felld niður þar sem hann lét hjá líða að tilkynna yfirvöldum um breytt heimilisfang en lagaheimild þess efnis var að finna í dönskum réttarfarslögum. Leitaði M í kjölfarið áfrýjunarleyfis á þriðja dómstigi en var hafnað. MDE fjallaði ekki um það.

Það sem hér skiptir máli er að P hafði færi á að leita endurskoðunar, sem hann og gerði. Vegna atvika sem honum var sjálfum um kennt gat hann ekki nýtt sér úrræðið. MDE vék að tveimur sjónarmiðum sem lúta að refsivörslu- og réttarkerfinu, annars vegar um að meðferð máls sé vönduð og hins vegar að dómstólar þurfi að hafa úrræði til að koma í veg fyrir óréttmætar fjarvistir. Um þetta sagði í ákvörðun um að kærán væri ekki tæk til efnismeðferðar:

The Court does not find that the High Court by this decision overstepped the limits of discretion conferred on it to interpret and apply national law. [...] Furthermore, the Court considers that the provision applied served the good administration of justice in that it clearly aimed at securing the parties' presence in court and the prompt and thorough examination of the case. The Court has not overlooked that whereas it is of great importance that an accused should appear in the criminal case against him and whereas the legislative and the national courts must be able to discourage unjustified absences, this should not prevent an accused from being adequately defended [...] the applicant's appeal was not decided on its merits, but dismissed due to his failure to appear, nor did counsel for the defence intend to plead the case on its merits in the absence of the applicant.

Skýrt má ráða af tilvitnuðum ummælum að frávísun á þessum forsendum kann að vera réttmæt. MDE taldi að ekki hefði verið farið út fyrir mörk þess svigrúms sem aðildarríkjum er veitt. Að teknu tilliti til mikilvægis þess að ákærði mætti til meðferðar máls væri jafnframt mikilvægt að koma í veg fyrir fjarvistir sem ekki væru lögmætar. Til þess ber einnig að líta að fjarvist P kom ekki niður á vörnum hans og var frávísunin ekki byggð á sönnunarþætti

²⁵¹ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Poulsen gegn Danmörku*, 29. júní 2000, mál nr. 32092/96.

málsins (e. *merits*). Takmörkunin þjónaði því lögmætu markmiði og var raunar óhjákvæmileg.

Það má ekki líta fram hjá því að fjarvera ákærða kann að vera réttlætast af lögmætum forföllum, til að mynda veikindum. Í málum *Olsson gegn Svíþjóð*, frá 1. júlí 1998²⁵² og *SJÖÖ gegn Svíþjóð*, frá 21. október 1999²⁵³ báru kærendur veikindi fyrir sig sem réttlætt hefðu átt fjarveru þeirra. Málsatvik og niðurstaða í báðum málum voru áþekk, þ.e. ekki var talið brotið gegn 2. gr .7. viðauka með frávísun frá dómi. Nægir að fjalla um annað þeirra. Í máli *Olsson* bar O fyrir sig að veikindi hefðu valdið fjarveru hans við meðferð máls á áfrýjunarstigi. MDE tók fram að ákvörðun hefði verið byggð á lagaheimild, í ljósi þess mikilvæga markmiðs að aðilar væru viðstaddir málsmeðferð. Aukinheldur hefði ákvörðun um frávísun málsins verið tekin að athuguðu máli án þess að efnislega hefði verið fjallað um þá niðurstöðu sem áfrýjað var. Meðal annars með hliðsjón af ástæðu fjarvistanna svo og að verjandi hans hefði einnig tjáð sig um þær, taldist ekki vera brotið á rétti hans til áfrýjunar.²⁵⁴ Í þeim þremur málum sem hér voru rakin var ekki efnislega fjallað um mál og dómstólum aðildarríkja var eftirlátið að túlka lagaheimildir sem heimiluðu niðurfellingu.

Takmörkun sem bundin er við útivistarmál verður ekki talin heimil ef engin úrræði eru til staðar til að mál sæti endurskoðun, sbr. mál þeirra *Krombach og Mariani gegn Frakklandi* sem áður er fjallað um. Í máli *Haser gegn Sviss*, frá 27. apríl 2000²⁵⁵ reyndi á skyldur ákærða en ekki takmörkun á áfrýjunarheimildum hans. H var sakfelldur með útivistardómi. MDE tók fram að hann hefði haft möguleika á endurskoðun, þótt hann þyrfti að óska endurupptöku áður en réttur til áfrýjunar virkjaðist. Þær skyldur sem lagðar væru á ákærða með því byggðust á lögmætum markmiðum. Svo aftur sé minnst á mál *Krombach og Mariani gegn Frakklandi* til samanburðar við það sem hér hefur verið rakið má nefna að frönsk yfirvöld vísuðu til þessara sjónarmiða, um skilvirkni í refsivörslu og mikilvægi þess að aðilar tækju þátt í meðferð máls. MDE tók undir þau sjónarmið. Munurinn var á hinn bóginn sá að

²⁵² Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *Olsson gegn Svíþjóð*, frá 1. júlí 1998, mál nr. 37533/97.

²⁵³ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *SJÖÖ gegn Svíþjóð*, 21. október 1998, mál nr. 37604/97. Atvik voru þau að S hafði þrívægis fengið færi á að mæta til meðferðar málsins á áfrýjunarstigi en kvaðst hafa verið veikur. S fékk að tjá sig um fyrirhugaða ákvörðun dómsins auk þess sem lögmaður hans gat komið athugasemdum á framfæri.

²⁵⁴ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *Olsson gegn Svíþjóð*, frá 1. júlí 1998, mál nr. 37533/97. M.a. sagði: „[...] the Court of Appeal's decisions had a basis in domestic law and that the provisions applied served the good administration of justice in that they clearly aimed at securing the parties' presence in court and the prompt and thorough examination of the case. Furthermore, the appellate court reached its decisions after an evaluation of the medical evidence invoked and the submissions made by the applicant's lawyer.“

²⁵⁵ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Haser gegn Sviss*, 27 apríl 2000, mál nr. 33050/96.

löggjöfin í Frakklandi útilokaði að fjarstaddir gætu haldið uppi vörnum svo og áfrýjað og þannig gat takmörkunin ekki verið réttlætt.²⁵⁶

5.5.3 Tímafrestir

Tímafrestir til áfrýjunar verða almennt taldir leiða af lögmætum markmiðum. Í máli *Laaksonen gegn Finnlandi*²⁵⁷ taldi MDE að ákvæði finnskra réttarfarslaga um tímafrest kæmu ekki í veg fyrir að ákærði gæti notið réttar síns. L var dæmdur til sex ára fangelsisvistar fyrir fíkniefnabrot og hafði 30 daga til að tilkynna um áfrýjun dómsins. Hann póstlagði tilkynningu um áfrýjun en tilkynning barst einum degi eftir að frestur rann út. Leitaði hann í kjölfarið leyfis Hæstaréttar sem hafnaði beiðni um áfrýjun. MDE tók fram að 1. mgr. 6. gr. MSE kæmi ekki í veg fyrir að settar yrðu takmarkanir til aðgangs að dómstólum á áfrýjunarstigi og að þær þjónuðu lögmætu markmiði:

The exercise of a right of appeal may, *inter alia*, be subjected to reasonable time-limits. Rules concerning time-limits within which appeals have to be lodged undoubtedly serve the purpose of assuring a proper administration of justice. [...] However, the rules in question, or the application of them, should not prevent litigants from making use of an available remedy [...]

Eins og nokkuð skýrlega kemur fram geta takmarkanir sem fólgnar eru í fresti til áfrýjunar verið réttlætanlegar. MDE tók jafnframt fram að það væri hlutverk dómstóla aðildarríkjanna að túlka lögbundna tímafresti. Það er þó ekki algilt og kann að velta á aðstæðum.²⁵⁸ Er tilefni til að líta stuttlega á framkvæmd um 1. mgr. 6. gr. MSE hvað þetta varðar. Í máli *Pétez de Rada Cavanilles gegn Spáni*, frá 28. nóvember 1998²⁵⁹ var einkamáli vísað frá dómi þar sem áfrýjunarstefna barst of seint. Aðstæður í málinu voru sérstakar m.a. fyrir þær sakir að stefnan var send röngum dómstól, sem gerði ekki athugasemdir við það. Jafnframt var litið til þess að tímafrestur var stuttur, þrjú dagar, og að áfrýjunarstefnan hafði verið póstlögð innan hans. Var um brot á 1. mgr. 6. gr. MSE að ræða. Aðstæður voru með öðru móti í máli *Muscat gegn Möltu*, frá 17. júlí 2012²⁶⁰ þar sem M hafði verið leiðbeint um að áfrýjunarstefna hans hefði verið send á rangan stað, innan tímafrests sem annars var rúmur. Taldi MDE að ekki væri um brot að ræða. Að lokum má nefna nýlegt mál *Faniel gegn Belgíu*, frá 1. mars 2011.²⁶¹ Atvik

²⁵⁶ Dómar MDE, *Krombach gegn Frakklandi*, 13. maí 2001, nr. 29731/96, *Mariani gegn Frakklandi*, 31. mars 2005, mál nr. 43640/98.

²⁵⁷ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Laaksonen gegn Finnlandi*, 7. september 1999, mál nr. 36321/97.

²⁵⁸ Eiríkur Tómasson, *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 58. Sjá einnig: Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 574-575.

²⁵⁹ Dómur MDE, *Pétez de Rada Cavanilles gegn Spáni*, frá 28. nóvember 1998, mál nr. 28090/95.

²⁶⁰ Dómur MDE, *Muscat gegn Möltu*, frá 17. júlí 2012, mál nr. 24197/10, 51-55. gr.

²⁶¹ Dómur MDE, *Faniel gegn Belgíu*, frá 1. mars 2011, mál nr. 11892/08.

voru þau að F var sakfelldur með útivistardómi. Hafði hann ekki verið upplýstur um frest til áfrýjunar og var þar um að ræða brot á 1. mgr. 6. gr. MSE.

5.5.4 Samantekt og niðurstaða

Ef um er að ræða útivistarmál eða að ákærði mætir ekki við meðferð máls eins og fyrir hann er lagt verða þær takmarkanir almennt taldar lúta að lögmætum markmiðum. Raunar má segja að ákveðnar skyldur hvíli á honum í þessum efnum og jafnframt hvíli á dómstólum skylda til að tryggja skilvirkni. Í þessum tilvikum er ákærða um að kenna að rétturinn sé að engu gerður enda séu ekki lögmætar ástæður fyrir fjarvistunum. Í máli *Laaksonen gegn Finnlandi* hafði ákærði ekki látið vita af heimilisfangi sínu og í málum *Olsson og Sjöö gegn Svíþjóð*²⁶² voru ítrekaðar fjarvistir þeirra ekki taldar réttmætar. Hér verður að hafa í huga að í öllum málunum gátu ákærðu nýtt sér réttinn til áfrýjunar og gerðu það. Skylda ákærða hlýtur því að ná til þess að hann sjálfur nýti sér úrræðið, með því að mæta fyrir dóm.

Takmörkun á áfrýjun útivistardóms verður einnig að teljast réttmæt, eins og vikið var að í máli *Haser gegn Sviss*, frá 27. apríl 2000,²⁶³ enda liggja fyrir önnur úrræði. Má þá hafa nokkra hliðsjón af málum *Krombach og Mariani gegn Frakklandi*²⁶⁴ sem fjallað hefur verið um. Eins og rakið var er það dómstóla aðildarríkjanna að túlka löggjöf um áfrýjunarfrest. MDE virðist þó líta til aðstæðna og séu þær of takmarkandi, þannig að þær geri rétt til aðgangs að dómstólum að engu yrði talið um brot að ræða. Eins og áður var rakið gilda nokkuð sömu sjónarmið um takmarkanir tengdar 2. gr. 7. viðauka enda byggja þær á svipuðum forsendum. Sömu sjónarmið eiga við um tímafresti. Á hinn bóginn þarf að mæla skýrt fyrir um hvoru tveggja í lögum. Má hér minnast á að úrræðið þarf að vera raunhæft, eigi takmörkun að vera réttmæt, sbr. mál *Pétez de Rada Cavanilles gegn Spáni*²⁶⁵ og *Faniel gegn Belgíu*, frá 1. mars 2011.²⁶⁶ Í 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka er mælt fyrir um þær undantekningar sem aðildarríkjum er heimilt að gera á réttinum til áfrýjunar. Verður nú fjallað um sjónarmið sem þar liggja að baki.

²⁶² Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *Olsson gegn Svíþjóð*, frá 1. júlí 1998, mál nr. 37533/97 og *SJÖÖ gegn Svíþjóð*, 21. október 1998, mál nr. 37604/97.

²⁶³ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Haser gegn Sviss*, 27. apríl 2000, mál nr. 33050/96.

²⁶⁴ Dómar MDE, *Krombach gegn Frakklandi*, 13. maí 2001, nr. 29731/96, *Mariani gegn Frakklandi*, frá 31. mars 2005, mál nr. 43640/98.

²⁶⁵ Dómur MDE, *Pétez de Rada Cavanilles gegn Spáni*, frá 28. nóvember 1998, mál nr. 28090/95.

²⁶⁶ Dómur MDE, *Faniel gegn Belgíu*, frá 1. mars 2011, nr. 11892/08.

5.6 Takmarkanir samkvæmt 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka MSE

5.6.1 Minniháttar brot

Fyrsta undantekning 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka lýtur að sjónarmiðum tengdum skilvirkni í refsivörslu.²⁶⁷ Rétturinn til áfrýjunar getur samkvæmt orðalagi ákvæðisins sætt undantekningum ef um er að ræða minniháttar brot. Felur ákvæðið í sér nokkurs konar *minni háttar reglu* (l. *de minimis non curat praetor*) og áskilið er að mælt sé fyrir um slíkar undantekningar í lögum á almennan hátt. Aðildarríki hafa því ekki val um hvað teljist minniháttar í hverju tilviki.²⁶⁸ Fræðimenn hafa bent á að bent á að mörkin séu vandfundin milli þeirra brota sem talin eru minniháttar og þeirra sem talin eru alvarlegri.²⁶⁹ Orðalag ákvæðisins veitir jafnframt ekki næga vísbendingu um ytri mörk þess. Á það hefur verið bent að hafa megi hliðsjón af eðli háttseminnar og hver viðurlög eru við henni.²⁷⁰ Í greinargerð með 2. gr. 7. viðauka kemur fram að mikilvægt viðmið við mat á því hvort um minniháttar brot sé að ræða er hvort viðurlögin séu í formi frelsissviptingar.²⁷¹ Þrátt fyrir að þetta viðmið sé nokkuð skýrt hefur verið talið erfiðleikum bundið að túlka hugtakið *minniháttar brot* sjálfstætt eða að finna því samnefnara meðal aðildarríkja.²⁷²

Af réttarframkvæmd MDE má ráða að fyrrgreindum mælikvarða um frelsissviptingu er beitt við mat á því hvort undantekningin geti átt við. Í máli *Zaicevs gegn Lettlandi*, frá 31. júlí 2007²⁷³ voru atvik þau að Z var dæmdur til þriggja daga varðhalds fyrir að lítilsvirða héraðsdóminn í *Liepaja* en hámarksrefsing fyrir brot af þessu tagi var allt að 15 daga fangelsi. MDE tók fram að ekki skipti máli hvort brot væri skilgreint sem minniháttar í landslöggjöf en yfirvöld héldu því fram. Orðrétt sagði í niðurstöðu dómsins:

²⁶⁷ Fyrsti málsli. 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka hljóðar svo á frummálinu: „This right may be subject to exceptions in regard to offences of a minor character, as prescribed by law [...]“

²⁶⁸ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 369-370: „[...] it cannot be left to the discretion of the authorities to decide in each case whether the character of a specific offence is ‘minor’ or not.“

²⁶⁹ Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 974.

²⁷⁰ Coral Arangüena Fanego: „The Right to a Double Degree of Jurisdiction in Criminal Offences“, bls. 171.

²⁷¹ *Explanatory Report on Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 21. gr: „When deciding whether an offence is of a minor character, an important criterion is the question of whether the offence is punishable by imprisonment or not.“

²⁷² Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 974: „Although this criterion is a clear one, it is unlikely to lead a common scope or autonomous meaning of the concept ‘offences of a minor character’. Since the question of imprisonment is entirely regulated by domestic law, major differences may occur between the Contracting States.“

²⁷³ Dómur MDE, *Zaicevs gegn Lettlandi*, 31. júlí 2007, mál nr. 65022/01. Um þetta sagði: „As to the classification of the offence in national law, the Court has already pointed out that this has only a relative value.“

[...] the offence in question was punishable by a term of detention of up to fifteen days. Having regard to the aim of Article 2 and the nature of the guarantees for which it provides, the Court is satisfied that an offence for which the law prescribes a custodial sentence as the main punishment cannot be described as “minor” within the meaning of the second paragraph of that Article.

Af tilvitnuðum ummælum má sjá að tilvik, þar sem ákvæði laga mæla fyrir um *aðalrefsingu* í formi frelsissviptingar verði ekki felld að undantekningum. Til samanburðar má nefna að í máli *Putz gegn Austurríki*, frá 3. desember 1993²⁷⁴ taldi MNE að sektarrefsing að viðlagðri átta daga *vararefsingu* samkvæmt ákvæðum laga félli að undantekningum:

[it] respectively, constitutes a less serious offence both as to its nature and to the severity of the punishment involved. The Commission therefore considers an "offence against the order in court" as being of a minor character.

Af þessu verður ráðið að bæði eðli háttseminnar og viðurlög samkvæmt lögum ráði ferð við mat á því hvort brot teljist minniháttar. Í máli *Galstyan gegn Armeníu* má sjá aðferðafræðina nokkuð betur. Í landslöggjöf var brotið skilgreint sem minniháttar. Hafði MDE, eins og fjallað var um hér áður, á grundvelli *Engel-viðmiðanna* að það félli að 2. gr. 7. viðauka. Álitaefnið hér var hvort undantekningar 2. mgr. 2. gr. gætu þrátt fyrir það átt við. Orðrétt sagði:

The Court first notes that the applicant was convicted under the CAO, which prescribes penalties for offences that do not fall within the criminal sphere in the domestic law. This may raise a question as to whether or not the offence of which the applicant was convicted was of a minor character within the meaning of Article 2 § 2 of Protocol No. 7 and the exception contained in that provision should apply. In the present case, the applicant was sentenced to three days of detention. However, Article 172 of the CAO, under which this sentence was imposed, prescribed up to 15 days of detention as a maximum penalty. The Court considers that a penalty of 15 days of imprisonment is sufficiently severe not to be regarded as being of a “minor character” [...] ²⁷⁵

Af þessu verður ráðið að jafnvel þótt brot kunni að falla að ákvæði 2. gr. 7. viðauka á grundvelli *Engel-viðmiðanna* verði það ekki sjálfkrafa fellt undir 2. gr. 7. viðauka. Ákvæði laga mælti fyrir um viðurlög í formi tekjutengdra sekta og varðhalds allt að 15 dögum, væru sektir ófullnægjandi viðurlög (e. *insufficient*) vegna eðlis háttseminnar.²⁷⁶ Refsing í formi frelsissviptingar gat ekki fallið að undantekningum. Í nýlegum málum gegn Búlgaríu voru

²⁷⁴ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kærur, *Putz gegn Austurríki*, 3. desember 1993, mál nr. 18892/91, Áþekk atvik og niðurstaða var í ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kærur, *Reinthaler gegn Austurríki*, 20. janúar 1994, mál nr. 19360/92.

²⁷⁵ Dómur MDE, *Galstyan gegn Armeníu*, 15. nóvember 2007 mál nr. 26986/03, 124. gr.

²⁷⁶ Ákvæðið 172. gr. CAO var svohljóðandi í þýðingu MDE: „Minor hooliganism, i.e. obscene swearing at a person or an offensive annoyance of a person in a public place and other similar actions which disturb public order and peace of citizens, leads to an imposition of a fine in the amount between 150% and triple of the fixed minimum wage, or of correctional labour between one and two months with deduction of 20% of the earnings, or, in cases where, in the circumstances of the case, taking into account the offenders personality, the application of these measures would be deemed insufficient, of administrative detention not exceeding 15 days.”

atvik áþekk og niðurstöður hinar sömu.²⁷⁷ Það sem helst má sjá að skilji að á milli þeirra mála sem hér hafa verið rakin er hver viðurlög voru við háttsemi samkvæmt lögum. Í máli *Zaicevs* var aðalrefsing við háttsemi í formi frelsissviptingar. Í máli *Gurepka* var aðalrefsing í formi sekta og ef brot taldist alvarlegt var hún í formi frelsissviptingar. Í máli *Putz* var aðalrefsing við háttsemi sektarrefsing að viðlagðri vararefsingu.

Það sem næst kemur til álita er hvort miða eigi við refsingu *in abstracto*, þ.e. eins og henni er lýst í lagaákvæði eða refsingu *in concreto*, þ.e. refsíákvörðun í hverju tilviki.²⁷⁸ Af þeim málum sem fjallað hefur verið um er unnt að slá því föstu að miðað er við eðli háttseminnar og viðurlaga við henni, þrátt fyrir skilgreiningu landslaga um að brot sé minniháttar. Þrátt fyrir það kann tilvik að falla að undantekningum. Við mat á því er litið til viðurlaga samkvæmt lögum og hvort viðkomandi hafi verið gert að sæta frelsissviptingu.

Fræðimenn hafa talið ólíklegt að ætlunin hafi verið að leggja þá skyldu á aðildarríkin að heimila áfrýjun á grundvelli refsingar *in abstracto*. Löggjöf aðildarríkja sé ekki einsleit og geti jafnvel verið mælt fyrir um viðurlög í formi frelsissviptingar við brotum sem teljast minniháttar, til dæmis umferðarlagabrotum. Þeim viðurlögum sé þrátt fyrir það ekki beitt.²⁷⁹ Á hinn bóginn kann viðmið í landslöggjöf einhverra ríkja að verið bundið við hvoru tveggja, refsíákvörðun og refsingu samkvæmt lagaákvæði, þ.e. bæði *in concreto* og *in abstracto*. Hafa fræðimenn bent á að hið fyrrnefnda sé hentugra en að sama skapi geti verið hætta á misbeitingu, þar sem dómari gæti ákvarðað sekt undir viðmiðunarmörkum telji hann sakfellingu byggða á veikum grunni. Geti þannig verið komið í veg fyrir endurskoðun æðri dóms. Þó hefur verið talið skýrara að fara eftir refsingu *in concreto* í landslöggjöf.²⁸⁰

Ljóst er að viðmiðin verða ekki leidd af öðru en réttarframkvæmd og verður hún nú rakin. Miðað er við þríþætta flokkun eftir efni refsíákvæða. Eins og fjallað var um hér að framan er unnt að slá því föstu að sé um að ræða frelsissviptingu *in concreto* fellur það ekki undir undantekningarnar. Hvað önnur tilvik varðar má í fyrsta lagi nefna brot sem teljast minniháttar að lögum og þar sem refsíákvæði mæla fyrir um sekt en jafnframt vararefsingu í

²⁷⁷ Dómar MDE, *Kambourov gegn Búlgaríu II*, frá 23. apríl 2009, mál nr. 31001/02, *Stanchev gegn Búlgaríu*, 1. janúar 2010, mál nr. 8682/02 og *Zhelyazkov gegn Búlgaríu*, 9. janúar 2013, mál nr. 11332/04.

²⁷⁸ Til útskýringar á þessum hugtökum má vísa í Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíábyrgð I*, bls. 220: „Í 75. gr. hgl. var til skamms tíma notað orðalagið „ef brot varðar ekki þyngri refsingu en varðhaldi.“ Í þessu gat falist annað tveggja, að varðhald væri hámark refsingar fyrir viðkomandi brotategund (**refsing in abstracto**), eða að ekki væri unnið til þyngri refsingar en varðhalds eftir öllum atvikum tiltekins máls, óháð refsihámarki viðkomandi brotategundar (**refsing in concreto**).“ (leturbr. höf.)

²⁷⁹ Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 974.

²⁸⁰ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 370: „The specific model is perhaps preferable because the judgment at issue will have set a specific sentence. The danger is that it might invite abuse - in cases where the conviction is dubious the judge might decide to exclude the possibility of a remedy by fixing the sentence below the level which would allow an appeal.“

formi frelsissviptingar. Lítillega var vikið að þessu áður, sbr. mál *Putz gegn Austurríki*. Í máli *Von Arx-Derungs gegn Swiss*, frá 28. júní 1995²⁸¹ var V gert að greiða jafnvirði 130 evra í sekt fyrir að hafa ekki haft hemil á látum í hundi sínum. Í máli *L.K-D gegn Sviss*, frá 5. apríl 1995²⁸² var L gert að greiða jafnvirði 65 evra í sekt fyrir líkamsárás. MNE leit til þess að mælt var fyrir um í lögum að brot L væri minniháttar, þar sem engir áverkar hefðu hlotist. Í máli *Luchaninova gegn Úkraínu*, frá 9. júní 2011,²⁸³ sem áður var vikið að, taldi MDE að ekki væri hægt að líta fram hjá því að L hefði verið sakfelld fyrir lítilvægan þjófnað sem ekki lá fangelsisrefsing við. Þrátt fyrir að yfirvöld hefðu ekki látið í ljós álit sitt á því, taldist MDE brotið vera minniháttar og var það fellt að undantekningum.

Í öðru lagi má nefna brot sem að lögum teljast alvarleg og þar sem refsíákvæði mælir fyrir um sektir eða fangelsisvist. Eins og áður var fjallað í máli *Gurepka* var refsing *in concreto* í formi frelsissviptingar. Í máli *Greco gegn Rúmeníu*, frá 30. nóvember 2006²⁸⁴ var refsing í formi eignaupptöku að raunvirði EUR 12.052.70 og sekt að fjárhæð 1.000 RON.²⁸⁵ Refsíákvæðið mælti fyrir um sektir eða fangelsi allt að fimm árum. Það gat ekki fallið að undantekningum. Loks má nefna mál *K og B gegn Íslandi*, frá 10. apríl 2007²⁸⁶ þar sem MDE leit til þess að sektarrefsing var hófleg og viðurlög mild. Félli það að undantekningum. Í refsíákvæðinu var mælt fyrir um sektir eða fangelsisvist allt að þremur árum. Atvik voru þau að K og B voru sakfelldir á árinu 2003 í Héraðsdómi Austurlands fyrir brot á lögum nr. 64/1994 um veiðar á villtum fuglum og spendýrum (hér eftir vfs.) Refsiheimild var í 19. gr. vfs. en þar kom fram að brot á lögnum gætu varðað fjársektum eða fangelsi allt að tveimur árum. Auk þess var sérstaklega mælt fyrir um eignaupptöku með vísan í þágildandi 69. gr. hgl. Báðum aðilum var gert að sæta 50.000 kr. sektargreiðslu (600 EUR að jafnvirði), sviptingu á skotvopnaleyfi í eitt ár og upptöku á tveimur haglabyssum til sama tíma svo og 16 rjúpum sem voru andlag brotsins. Þeir sóttu um áfrýjunarleyfi til Hæstaréttar, sbr. núgildandi 200. gr. sml., en var hafnað. MDE fjallaði ekki um málsmeðferð um veitingu áfrýjunarleyfa.

5.6.2 Samantekt og niðurstaða

²⁸¹ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *Von Arx-Derungs gegn Swiss*, 28. júní 1995, mál nr. 23269/94.

²⁸² Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *L.K-D gegn Sviss*, 5. apríl 1995, mál nr. 20320/92.

²⁸³ Dómur MDE, *Luchaninova gegn Úkraínu*, 9. júní 2011, mál nr. 16347/02. Þar sagði m.a.: „[...] the Court cannot disregard that the offence of which the applicant was convicted concerned a petty theft and was not punishable by imprisonment. The Court therefore concludes that it was of a minor nature [...]“

²⁸⁴ Dómur MDE, *Greco gegn Rúmeníu*, 30. nóvember 2006, mál nr. 75101/01.

²⁸⁵ Rúmensk leu. Raunvirði er, þegar þetta er ritað, tæpar 35.000 kr. en atvik málsins voru á 9. áratugnum og ekki tæk viðmiðun þ.a.l.

²⁸⁶ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Kristjánsson og Bóasson gegn Íslandi*, 10. apríl 2007, mál nr. 24945/04.

Í heild má draga saman að minniháttar brot í skilningi ákvæðisins eru, samkvæmt réttarframkvæmd, miðuð út frá eðli háttseminnar og viðurlögum. Ákvæði 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka hefur að geyma undantekningar sem leiða til þess að í einhverjum tilvikum verður brot ekki fellt undir ákvæðið, þrátt fyrir að um sé að ræða viðurlög við refsiverðri háttsemi í skilningi *Engel-viðmiðanna*. Má segja að miðað sé við refsingu *in concreto* en refsing *in abstracto* hefur jafnframt áhrif. Í fyrsta lagi má slá því föstu af réttarframkvæmd, að ef um er að ræða frelsissviptingu sem aðalrefsingu getur það ekki fallið að undantekningum. Til stuðnings niðurstöðu virðist vera litið til þess hvort ákvæði laga mæla einungis fyrir um frelsissviptingu, sbr. mál *Zaicevs gegn Lettlandi*. Sé ekki um það að ræða er litið til hvoru tveggja, refsingu *in abstracto* og *in concreto*, sbr. mál *Galstyan gegn Armeníu*.

Í öðru lagi er erfiðara að draga skýrar línur af réttarframkvæmd ef einungis sektarrefsingu er beitt. Virðist fremur litið til eðlis háttseminnar og viðurlaganna í landslögum. Sé um að ræða minniháttar brot að lögum sem ekki liggur við frelsissvipting virðist það fremur falla að undantekningum, sbr. til dæmis mál *Luchaninova gegn Úkraínu*. Varhugavert er að slá því föstu, því eins og áður er rakið er það eðli viðurlaganna sem ræður för og þ.a.l. þungbærni þeirra. Hér má einnig setja nokkurn fyrirvara á mál *Luchaninova* þar sem MDE taldi jafnframt að lagaákvæði væru óskýr um rétt til áfrýjunar. Dómstóllinn felldi málið að undantekningum, þrátt fyrir að yfirvöld hefðu ekki hreyft við því að fyrra bragði.

Í þriðja lagi ef mælt er fyrir um frelsissviptingu í formi vararefsingar virðist það jafnframt geta fallið undir undantekningar, sbr. til dæmis mál *Putz og Reinthaler gegn Austurríki*. Sé mælt fyrir um hvoru tveggja, frelsissviptingu og sektir, en sektarrefsingu beitt virðist það falla fremur að undantekningum, sbr. mál *K og B gegn Íslandi*. Það er þó ekki algilt, sbr. mál *Greco gegn Rúmeníu* og hlýtur að velta á fjárhæð sekta og þ.a.l. þungbærni viðurlaganna. Það verður að hafa í huga að í síðastnefndu máli var um að ræða fleiri brot á ákvæðum MSE og erfitt kann að vera að draga ályktanir af því. Eins og áður er rakið er miðað við eðli háttseminnar og viðurlög og er það bundið við hvert tilvik. Er varhugavert að ætla sér að setja skýrar línur um hvað fellur og hvað fellur ekki að undantekningum. Þó má slá því föstu að frelsissvipting falli ekki þar undir.

5.6.3 Sakfelling í kjölfar sýknu

Þegar sakfellt er í kjölfar sýknudóms er réttur til áfrýjunar ekki til staðar, sbr. 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka. Byggir undantekningin á að réttarvernd ákvæðisins tekur til endurskoðunar æðri dóms einu sinni, eins og áður var rakið.²⁸⁷ Út frá sjónarhóli ákærða kynni undantekningin að vera óásættanleg, þar sem sakfelling á öðru dómstigi getur verið byggð á röngu mati á sönnunargögnum eða rangri beitingu laga. Á móti kemur að í flestum aðildarríkjum er mögulegt fyrir ákærða að áfrýja til þriðja dómstigs, í það minnsta að því er varðar túlkun og beitingu laga.²⁸⁸

Mikilvægt er að hafa í huga að sakfelling á æðra dómstigi í kjölfar sýknudóms er í andstöðu við réttarvernd MSE ef málsmeðferð var ekki milliliðalaus,²⁸⁹ eins og fjallað var um áður. Í ákvörðun um meðferðarhæfi í máli *Botten gegn Noregi*, frá 17. janúar 1994, sem minnst var á hér áður, taldi MNE undantekninguna eiga við.²⁹⁰ Í máli *Simsic gegn Bosnía Herzegovínu*, frá 10. apríl 2012,²⁹¹ var jafnframt um það að ræða en þar var kveðið nokkuð skýrar á um hana.

²⁸⁷ J. G. Merrills og A.H. Robertson: *Human Rights in Europe*, bls. 265.

²⁸⁸ Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 972: „For the person concerned this exception can be very unsatisfactory, especially when he thinks that the court of second instance has made an error of fact or law. [...] In that case, at least any error of law can be restored.“

²⁸⁹ Coral Arangüena Fanego: „The Right to a Double Degree of Jurisdiction in Criminal Offences“, bls. 171.

²⁹⁰ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Botten gegn Noregi*, 17. janúar 1994, nr. 16206/90.

²⁹¹ Dómur MDE, *Simsic gegn Bosnía Herzegovínu*, mál nr. 51552/10, 25. mgr: „As the situation in issue clearly falls under the exceptions [.].“

Undantekningin getur ekki átt við sé um að ræða úrlausn stofnunar sem ekki uppfyllir kröfur 1. mgr. 6. gr. MSE um sjálfstæðan og óvilhallan dómstól.²⁹² Til hliðsjónar má nefna mál *Fortum Oil and Gas Oy gegn Finnlandi*, frá 12. nóvember 2002.²⁹³ Málið snerist um hvort brotið hefði verið gegn rétti lögaðilans N til áfrýjunar í samkeppnismáli. Taldi MDE eins og áður hefur komið fram að það félli að gildissviði 2. gr. 7. viðauka, þar sem um sakfellingu við refsiverðri háttsemi hafi verið að ræða. Stjórnvöld (e. *Competition Office*) kröfðust þess fyrir samkeppnisráði (e. *Competition Council*) að staðfest yrði ákvörðun um að N hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína og að fyrirtækinu yrði gert að greiða sekt vegna þess. Ákvörðunin var staðfest en sektargreiðslan ekki. Ákvörðuninni var áfrýjað af hálfu stjórnvalda til stjórnarsýsludómstóls, sem mælti fyrir um að N yrði gert að sæta sekt. MDE taldi það jafngilda sakfellingu eftir sýknudóm:

The Court notes, moreover, that although no fine had been imposed by the Competition Council, the Competition Office's appeal to the Supreme Administrative Court had sought to have such a fine imposed. Under Article 2 § 2 of Protocol No. 7 the right guaranteed therein may be subject to exceptions in certain exhaustively enumerated cases. The Supreme Administrative Court's conclusion that a fine should be imposed on Neste can be equated with a "conviction" "following an appeal against acquittal". (áh. höf.)

Í þessu samhengi skiptir máli að MDE taldi áfrýjunarnefndina uppfylla skilyrði 1. mgr. 6. gr. MSE. Ekki hefði verið brotið gegn rétti N til áfrýjunar.²⁹⁴ Mætti telja að ef áfrýjunarnefndin hefði ekki uppfyllt skilyrðin, hefði N getað átt rétt til endurskoðunar á úrlausn stjórnarsýsludómstólsins.

5.6.4 Álitaefni tengd mögulegum takmörkunum við málsmeðferð

Í þeim málum sem rakin hafa verið hér að framan hefur undantekningunni verið beitt tiltölulega skýrt. Ekki er algilt að svo sé. Í þeim málum sem nú verður fjallað um hafa kærendur haldið því fram að vegna málsmeðferðarinnar hafi annað dómstig raunar talist fyrsta

²⁹² Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 972: „Since article 6 of the Convention requires that a determination of criminal charges be made by an independent tribunal, no consequences should ensue from a decision of non-judicial body.“

²⁹³ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Fortum Oil & Gas Oy gegn Finnlandi*, 12. nóvember 2002, mál nr. 32559/96.

²⁹⁴ Hér verður að geta þess að MDE hafði komist að þeirri niðurstöðu að ákvörðun ráðsins félli að gildissviði 2. gr. 7. viðauka, um *sakfellingu af hálfu dómstóls*. Tók MDE jafnframt fram að jafnvel þó svo væri ekki, hefði ákvörðun stjórnarsýsludómstólsins verið *sakfelling*: „For the purposes of the present complaint the Court will assume that the [decision] amounted to a “conviction” of a criminal offence [...]” Svo sagði: „Even assuming that the [decision] did not constitute a “conviction of a criminal offence” by a “tribunal” [...] the Court notes that the Supreme Administrative Court, in its decision [...] not only upheld the finding that Neste had violated the 1992 Act but also ordered that a fine should be imposed on the company – in an amount to be determined by the Competition Council. That decision of the Supreme Administrative Court can at any rate be regarded as a “conviction” by a “tribunal”, within the autonomous meaning of that expression for the purposes of Article 2 of Protocol No. 7.“

dómstig. Á þeirri forsendu hafi verið um að ræða takmörkun á réttinum til áfrýjunar, þar sem þeim hafi verið hafnað um leyfi til áfrýjunar á þriðja dómstigi.

Í fyrsta lagi var deilt um hvort dómstóll á fyrsta dómstigi hafi verið óvilhallur í máli *Lantto gegn Finnlandi*, frá 12. júlí 1999.²⁹⁵ Atvik voru þau að L var sakfelldur á fyrsta dómstigi og hélt því m.a fram að dómstóllinn hefði ekki verið óvilhallur. MDE tók fram að L hefði fengið sakfellingu og refsingu endurskoðaða á öðru dómstigi. Svo kom fram að *jafnvel* þótt dómstóll á fyrsta dómstigi hefði ekki verið óvilhallur, hefði sakfelling á öðru dómstigi sætt endurskoðun í formi málsmeðferðar um áfrýjunarleyfi. Ekki teldist brotið gegn ákvæðinu.²⁹⁶ Bent hefur verið á að MDE sýni tregðu við að beita undantekningunni. Þannig telur *Stefan Trechsel* að í máli *Lantto* hefði átt að taka skýra afstöðu til þess að annað hvort ætti undantekningin við og rétturinn tæki ekki til þriðja dómstigs eða að niðurstaða á fyrsta dómstigi kæmi ekki til álita. Þrátt fyrir það hafi viðkomandi notið réttarins á tveimur dómstigum.²⁹⁷

Í öðru lagi var deilt um hvort útgáfa framhaldsákæru á öðru dómstigi hafi gert það að verkum að sakfelling í kjölfarið teldist raunar fyrsta dómstig í málum *Landgren gegn Finnlandi*, frá 17. nóvember 2009 og *Wallin Karlsen gegn Danmörku*, frá 1. febrúar 2005. Í máli *Landgren* var bankastarfsmaðurinn L ákærður fyrir fjárdrátt í starfi. Ekki var sýnt fram á tjón og var málinu vísað frá. Ákærvaldið áfrýjaði og gaf jafnframt út framhaldsákæru, þar sem aukið var við kröfur af hálfu bankans en fyrir því var heimild í finnskum réttarfarslögum. Í kjölfar þessa var L sakfelldur og leitaði hann áfrýjunarleyfis á þriðja dómstigi en var hafnað. Í niðurstöðu sinni tók MDE fram að um væri að ræða sakfellingu í kjölfar áfrýjunar sýknudóms. Undantekning 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka ætti því við. Að því sögðu taldi MDE að *jafnvel* þó um væri að ræða sakfellingu á fyrsta dómstigi, hefðu skilyrði 2. gr. 7. viðauka verið uppfyllt með meðferð máls um veitingu áfrýjunarleyfis.²⁹⁸

²⁹⁵ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Lantto gegn Finnlandi*, frá 12. júlí 1999, nr. 27665/95.

²⁹⁶ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Lantto gegn Finnlandi*, 12. júlí 1999, nr. 27665/95. M.a sagði: „It therefore appears that the applicants had their case reviewed by two tribunals [...] However, even assuming that, in the particular circumstances of the instant case, the Court of Appeal should be regarded as the tribunal of first instance.[...]“

²⁹⁷ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 371: „It would have been preferable, in my view, to rule either that the applicant had already had access to an appeal and that the guarantee did not grant a third degree of jurisdiction or to have ruled that the District Court’s judgment could be regarded as null and void, and that the third exception of paragraph 2 applied. In fact, the applicants were deprived of one instance and respect for the administration of justice ought to have dictated that the judgment be quashed.“

²⁹⁸ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Landgren gegn Finnlandi*, frá 17. nóvember 2009, mál nr. 11459/07. Þar sagði m.a: „[...] even assuming that in the particular circumstances of the instant case, the Court of Appeal should be regarded as the tribunal of first instance [...], the leave to appeal proceedings in the present case may be regarded as a review within the meaning of the invoked Article [...]“

Í máli *Wallin Karlsen* var K sakfelldur á fyrsta og öðru dómstigi. Þar fjallaði MDE efnislega um framhaldsákærana og hvort hún hafi leitt til takmörkunar á rétti hans til áfrýjunar. MDE fjallaði fyrst um eðli þeirra breytinga sem ákæran sætti²⁹⁹ og taldi þær ekki það umfangsmiklar að þær gætu komið til álita í tengslum við 2. gr. 7. viðauka. Svo sagði:

[...] the events described in the amended indictment did not differ from the original indictment to such an extent as to raise an issue under Article 2 § 1 of Protocol 7 [.] (see e.g. *mutatis mutandis Nielsen v. Denmark*, no.19028/91 and *Jakobsen v. Denmark*, no. 22015/93, Commission decisions of 9 September 1992 and 30 November 1994 respectively, and *Poulsen v. Denmark* (dec.), no. 32092/96, 29 June 2000). Accordingly, the Court considers that the applicant was afforded the right of appeal envisaged by the said provision.

Framhaldsákæran kom ekki til álita þar sem um litla efnislega breytingu var að ræða og K hafði notið réttar til áfrýjunar. MDE vitnar, þó að breyttu breytanda, til mála sem snerta ekki álitaefnið hér heldur einkum fyrirkomulag um veitingu áfrýjunarleyfa í Danmörku.

5.6.5 Samantekt og niðurstaða

Hér vegast á tvíþætt sjónarmið um ákvæðið, annars vegar refsivörslusjónarmið þar sem sakfelling í kjölfar sýknudóms á iðulega við eftir áfrýjun af hálfu ákærvaldsins og hins vegar undantekningin sem kann að vera nauðsynleg til að undirstrika að 1. mgr. 2. gr. 7. viðauka verndi rétt til einnar endurskoðunar.

Hvað varðar réttarframkvæmd um beitingu undantekningarinnar má draga stuttlega saman. Í fyrsta lagi má nefna að skýrt var kveðið á um að hún ætti ekki við í málum *Botten gegn Noregi* og *Simsic gegn Bosníu Herzegovínu*. Jafnframt má geta þess að ekki voru uppi álitaefni við málsmeðferðina. Í slíkum tilvikum virðist MDE beita undantekningunni nokkuð óskýrar eða í það minnsta með fyrirvara, sbr. *Lantto* og *Landgren* gegn *Finnlandi* þar sem ekki var tekin bein afstaða til þeirra álitaefna sem uppi voru. Vísað var til að endurskoðun hefði farið fram á öðru dómstigi. Jafnvel þó litið yrði á annað dómstig sem fyrsta dómstig, hefðu mál þeirra sætt endurskoðun með málsmeðferð um áfrýjunarleyfi

Með hliðsjón af málum *Landgren* og *Karlsen*, mætti velta upp hvort útgáfa framhaldsákæru á öðru dómstigi, hvort sem er eftir sýknu eða sakfellingu á fyrsta dómstigi, geti leitt til þess að réttur til endurskoðunar æðri dóms (á þriðja stigi) eigi að vera rýmri. Það er, ef útgáfa framhaldsákæru verði talin fela í sér nýja meðferð máls á öðru dómstigi. Tekið skal fram að ekki var um slíkt að ræða í þessum málum. Jafnframt er á grundvelli þeirra erfitt að festa hendur á hve mikil breyting á framhaldsákæru þarf að vera, til að það leiði til

²⁹⁹ Annars vegar var tímasetningu ákæruliða breytt úr tímabilum í nákvæma dagsetningu og hins vegar var setningu viðbætt um ætlaða fjártjónsáhættu, auk þess sem fallið var frá fjórum ákæruliðum.

takmörkunar í skilningi 2. gr. 7. viðauka. Þó ekki virðist hafa reynt á það enn má ætla að það kunni að koma til álita, þá einkum með vísan í mál *Wallin Karlsen*, sbr. orðalagið „*to such an extent as to raise an issue*“.

Höfundur varhugavert að draga of víðtækar ályktanir af máli *Fortum Oil and Gas Oy gegn Finnlandi* vegna eðlis málsins, þ.e. á sviði samkeppnisréttar. Þó má leiða af málinu, að ákvörðun um brot á samkeppnislögum, án þess að kveðið sé á um refsikennnd viðurlög í formi sekta, geti talist sakfelling í skilningi 2. gr. 7. viðauka. MDE taldi að ákvörðun samkeppnisráðs um að N hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína félli að gildissviði 2. gr. 7. viðauka sem *sakfelling af hálfu dómstóls*. Var svo gerður eins konar fyrirvari, að jafnvel þótt það teldist ekki *sakfelling af hálfu dómstóls* væri ákvörðun stjórnarsýsludómstólsins *sakfelling* og í samhengi við umfjöllunarefnið hér væri um að ræða áfrýjun eftir sýknudóm. Jafnframt verður að nefna að önnur álitaefni voru uppi um brot á öðrum ákvæðum MSE.

5.6.6 Sakfelling á fyrsta dómstigi af æðsta dómstól

Þegar aðili hefur verið sakfelldur á fyrsta dómstigi af æðsta dómstól samkvæmt lögum er ekki réttur til áfrýjunar. Er hér um að ræða mál þar sem ákærði hefur verið sakfelldur vegna embættisverka sinna, til dæmis sem ráðherra, dómari eða háttsettur embættismaður.³⁰⁰ Slíkir dómstólar lúta iðulega ekki einungis sérstöðu að lögum að því er varðar málsmeðferð, heldur lúta þeir einnig sérstökum málsmeðferðarreglum.³⁰¹ Hér þarf einnig að hafa í huga að aðrir dómstólar skipaðir leikmönnum og lærðum fyrirfinnast í mörgum aðildarríkjanna. Má hér nefna mál *Taxquet gegn Belgíu*, frá 16. nóvember 2010 sem snerist um sakfellingu kviðdóms en um var að ræða brot á 3. mgr. 6. gr. MSE þar sem dómurinn var ekki skýr.³⁰²

Áður en 7. viðauki tók gildi hafði MDE fjallað um þessi atriði í málum gegn Ítalíu þar sem um var að ræða embættisbrot ráðherra. Þar voru dómurarnir æðsta dóms jafnframt á fyrsta dómstigi og því ekki möguleiki á áfrýjun. Var ekki talið um brot á ákvæðum MSE að ræða.³⁰³ Í nýlegum málum hefur dómstóllinn verið sama sinnis, þ.e. á þann hátt að ekki hafa verið gerðar athugasemdir við dómstólaskipanina sem slíka. Í máli *Erik Ninn-Hansen*, frá 18. maí 1999³⁰⁴ var fjallað um málsmeðferð og skipan danska ríkisréttarins, sbr. 1. mgr. 6. gr. MSE en ekki var sérstaklega fjallað um dómstigið sem slíkt. Norrænir fræðimenn hafa bent á að þessi skipan dómstóla á Norðurlöndum sé þannig ekki í andstöðu við 2. gr. 7. viðauka, til dæmis Ríkisrétturinn í Noregi og Danmörku.³⁰⁵ Hafa fræðimenn hér á landi talið skipan Landsdóms áþekka.³⁰⁶ Fræðimenn hafa talið augljóst í þeim tilvikum sem hér hefur verið lýst að endurskoðun æðri dóms yrði ekki möguleg.³⁰⁷ Ef réttur til áfrýjunar ætti að vera til staðar væri jafnframt lögð skylda á aðildarríkin að hafa sérstakan endurskoðunardómstól, sem þætti ekki réttlætanlegt.³⁰⁸ Þó hafa aðrar raddir heyrst. Á grundvelli þeirrar verndar sem leiðir af ákvæði 2. gr. 7. viðauka hefur spænski lagaprófessorinn *Coral Arangüena Fanego* talið að sömu sjónarmið eigi við um dómstól af þessu tagi og um aðra dómstóla á fyrsta dómstigi.

³⁰⁰ Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 972, Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 370, J. G. Merrils og A.H. Robertson: *Human Rights in Europe*, bls. 265.

³⁰¹ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 370.

³⁰² Dómur MDE, *Taxquet gegn Belgíu*, frá 16. nóvember 2010, mál nr. 926/05.

³⁰³ Stefan Trechsel: *Human Right In Criminal Proceedings*, bls. 370.

³⁰⁴ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Erik Ninn-Hansen gegn Danörku*, 18. maí 1999, nr. 28972/95.

³⁰⁵ Peer Loranzen o.fl.: *Den Europæiske Menneskeretskonvention*, bls. 499.

³⁰⁶ Eiríkur Tómasson: „Landsdómur. Á slíkur sérdómstóll með pólitísku ívafi rétt á sér eða er hann tímaskekkja?“, bls. 107-111. Einnig má benda á grein Eiríks: „Íslensk lög um ráðherraábyrgð“, bls. 136-137.

³⁰⁷ Van Dijk og Van Hoof: *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 972.

³⁰⁸ J. G. Merrils og A.H. Robertson: *Human Rights in Europe*, bls. 265.

Takmörkun geti því verið andstæð þeirri réttarvernd sem ákvæði 2. gr. 7. viðauka er ætlað að veita.³⁰⁹

5.6.7 Samantekt og niðurstaða

Stuttlega má draga saman að iðulega er ekki vandkvæðum bundið hvaða merkingu ber að leggja í orðalag ákvæðisins. Réttarframkvæmd MDE er nokkuð skýr um beitingu þess og er þá átt við skipan slíkra dómstóla á einu dómstigi en ekki málsmeðferðina fyrir þeim, sem ótækt yrði að slá föstu að væri ávallt í samræmi við ákvæði MSE. Annars vegar í þeim ríkjum þar sem kviðdómar eru á fyrsta dómstigi og hins vegar hvað varðar sérdómstóla vegna embættisbrota. Í þessari ritgerð gefst hvorki rúm til að fjalla um málsmeðferð fyrir slíkum dómstólum né önnur þau sjónarmið er lúta að mannréttindavernd í tengslum við sérdómstóla af þessum toga. Þó má nefna að réttarvernd þeirra sem sóttir eru til saka fyrir slíkum dómstól á ekki að vera takmörkuð, m.a. í ljósi þeirrar réttarverndar sem ákvæði 2. gr. 7. viðauka er ætlað að veita.

³⁰⁹ Coral Arangüena Fanego: „The Right to a Double Degree of Jurisdiction in Criminal Offences“, bls. 171:„[...] the provision is not entirely justifiable because the restriction on the right does not appear to be proportional in relation to the guarantee which it is supposed to justify and legitimate. If there are serious risks with a single instance in criminal proceedings, whatever the judicial body it is entrusted to, those same risks become actual damage here as any possibility of ordinary or extraordinary appeal has been vetoed. Strasbourg, however, does not share this opinion.“ (áh. höf.)

6 Réttur til áfrýjunar í íslenskum rétti

6.1 Inngangur

Hér að framan hefur verið fjallað um ákvæði 2. gr. 7. viðauka MSE um rétt manna til áfrýjunar í sakamálum. Í þessum kafla verður umfjöllunarefnið skoðað í ljósi löggjafar hér á landi, með hliðsjón af því svigrúmi sem aðildarríkjum MSE er eftirlátið og jafnframt þeim skyldum sem á þeim hvíla, í þeim tilgangi að sjá hvernig íslenska ríkið uppfyllir þjóðréttarlegar skyldur sínar í þessum efnum.

Umfjöllunin verður þannig uppbyggð að í fyrsta lagi verður fjallað um hvaða mál að landsrétti verða felld að gildissviði ákvæðisins, á áþekkan hátt og gert var um gildissvið 2. gr. 7. viðauka. Að því loknu verður fjallað um hvernig endurskoðun æðri dóms er háttað í sakamálaréttarfari, þ.e. samkvæmt lögum nr. 88/2008 um meðferð sakamála. Í þeirri umfjöllun verður málsmeðferðin allt frá uppkvaðningu dóms í héraði og fram til endurskoðunar æðri dóms rakin en eins og fram kom hér áður eru margir þættir sem haft geta í för með sér takmörkun á réttinum til áfrýjunar. Eins og fjallað var um í 2. kafla ritgerðarinnar á ákærvaldið jafnan heimild til áfrýjunar að sama skapi og ákærði. Óhjákvæmilegt er því að fjalla um þær heimildir jafnframt. Samhliða þessari umfjöllun verða þær kröfur sem leiða má af 2. gr. 7. viðauka bornar saman við fyrirkomulagið hér á landi.

6.2 Hvaða mál að landsrétti falla undir gildissvið 2. gr. 7. viðauka

Það veldur ekki vandkvæðum að fella rétt til áfrýjunar undir þau sérlög sem um sakamál gilda hér á landi. Það eru þau mál sem handhafar ákærvalds höfða til *refsingar* eða *refsikenndra viðurlaga*, sbr. 1. gr. sml. nema öðruvísi sé mælt í lögum. Hugtakið *refsing* er ekki skilgreint nánar í lögnum né í forvera þeirra. Er við það miðað að lögin byggji á hinu formlega refsiréttarhugtaki.³¹⁰ Annað gildir um úrlausnir stjórnvalda hér á landi, sem samkvæmt eðli sínu geta talist til refsikenndra viðurlaga, í skilningi áður nefndra *Engel-viðmiða*. Hér gefst ekki rúm til að fjalla ítarlega um álitaefni tengd slíkum úrlausnum. Í stuttu máli má segja að sé komist að þeirri niðurstöðu að stjórnvaldsákvörðun feli í sér viðurlög við refsiverðri háttsemi þurfi á sama tíma að skoða hvernig úrræðum um endurskoðun dómstóla er háttað. Á þetta sérstaklega við í þeim tilvikum þar sem mál eru ekki send lögreglu til meðferðar. Hér má sem dæmi nefna ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins um stjórnvaldssektir á hendur

³¹⁰ Björg Thorarensen: „Réttur aðila að stjórnslumáli til að fella ekki á sig sök“, bls. 38, Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsiaþbyrgð I*, bls. 14 o.áfr: „*Afbrot og refsing* eru grundvallarhugtök refsiréttar. Þau má að formi til skilgreina í tengslum hvort við annað, þ.e. afbrot er hver sú háttsemi, athöfn eða athafnaleysi, sem refsing liggur við samkvæmt þeim refsheimildum, sem gildandi eru taldar á hverjum tíma.“

fyrirtækjum samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Í slíkum tilvikum er til að mynda mikilvægt að hafa í huga að málskot frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála til dómstóla, sbr. 41. gr. skl. er ekki sú endurskoðun sakfellingar sem ákvæði 2. gr. 7. viðauka veitir rétt til.³¹¹

Nú hefur verið rakið hvaða úrlausnir falla að gildissviðinu. Þá kemur til skoðunar hvaða stofnanir að landsrétti uppfylla skilyrði 1. mgr. 6. gr. MSE og hafa vald til að kveða á um refsiverða háttsemi manna. Eins og fjallað hefur verið um er sakfelling slíkrar stofnunar frumskilyrði fyrir réttarvernd 2. gr. 7. viðauka. Hér í upphafi skal nefnt að í ákveðnum tilvikum hafa stjórnvöld hér á landi heimild að lögum til að kveða á um refsiverða háttsemi manna og ákveða þeim viðurlög. Vilji menn ekki hlíta slíkri meðferð er í nær öllum tilvikum heimild til að fara með mál fyrir dómstóla eða að máli sé vísað til lögreglu.³¹²

Mikilvægt er að hafa í huga að ákvæði 2. gr. 7. viðauka kemur til skoðunar eftir úrlausn dómstóls, þ.e. ekki eftir ákvörðun stjórnvalds eða aðila máls að fara með mál fyrir dómstóla. Sem dæmi um þetta má nefna sektarákvarðanir Samkeppniseftirlitsins, eins og minnst var á í síðasta kafla, á þeirri forsendu að um væri að ræða úrlausn um refsiverða háttsemi.

Að þessu sögðu skal vikið að þeim stofnunum, dómstólum, sem löggjafinn hefur eftirlátið vald til að kveða á um refsiverða háttsemi manna. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 15/1998 um dómstóla (hér eftir dsl.) kemur fram að þær stofnanir ríkisins sem til dómstóla teljast í lagalegu tilliti, sbr. ákvæði stjksr., séu tæmandi taldar í lögunum.³¹³ Þeim er skipt í almenna dómstóla sem eru Hæstiréttur Íslands, sem er áfrýjunardómstóll og jafnframt æðsti dómstóll ríkisins, og dómstólar í héraði, sbr. 1. og 2. gr. dsl. Sérdomstólar eru Félagsdómur og Landsdómur sem um gilda sérlög, sbr. 3. gr. dsl. Sammerkt er með þeim öllum að þeir hafa að lögum vald til að kveða á um refsiverða háttsemi manna en þó er eðli þeirra mismunandi.

Sakamál í skilningi sml. eru rekin fyrir dómstólum í héraði, sbr. 1. mgr. 3. gr. sml. Heimilt er að áfrýja úrlausnum héraðsdóms til Hæstaréttar, sbr. 1. mgr. 196. gr. sml.

³¹¹ Í riti sínu *Ne Bis en Idem* rökstyður Róbert R. Spanó ítarlega hvernig ákvarðanir stjórnvalda, t.a.m. Samkeppniseftirlitsins falla að gildissviði 4. gr. 7. viðauka MSE. Sjá einkum: Róbert R. Spanó: *Ne Bis en Idem*, bls. 63-80. Hér má minna á að gildissvið 2. gr. 7. viðauka er áþekkt og 4. gr. 7. viðauka. Í þessu samhengi má minna á áðurgreint mál *Fortum oil & Gas gegn Finnlandi* til hliðsjónar. Eins og tekið er fram gefst ekki rúm til að fjalla um slíkar ákvarðanir hér. Þó má benda á að í ritinu fjallar Róbert t.a.m. um ákvarðanir barnaverndaryfirvalda um þvingaða vistun sakhæfs barns og álitafni sem upp kunna að koma vegna slíkra ákvarðana í tengslum við 4. gr. 7. viðauka, sé um að ræða refsimeðferð vegna sömu háttsemi síðar meir, sjá bls. 85-86. Róbert bendir jafnframt á að óheppilegt sé að efnisatriði um vistun sem þessa séu ekki lögbundin. Í tengslum við 2. gr. 7. viðauka telur höfundur þessarar ritgerðar að færa megi fyrir því gild rök að sömu álitafni kunni að vera til staðar að því er varðar endurskoðun ákvörðunar barnaverndaryfirvalda á tveimur dómstigum.

³¹² Markús Sigurbjörnsson, *Einkamálaréttarfar*, bls. 31.

³¹³ Alþt. 1997-1998, A-deild, bls. 1138.

Félagsdómur er dómstóll sem dæmir um ætluð brot á lögum nr. 80/1938 um stéttarfélög og vinnudeilur, sbr. 40. gr. þeirra. Í 67. gr. laganna kemur fram að dómar og úrlausnir Félagsdóms séu endanlegar en heimilt sé að skjóta tilteknum úrlausnum til Hæstaréttar. Þeirra á meðal eru sektarákvarðanir, sbr. 4. tl. 67. gr. laganna. Með vísan í mál *Siglfirðings gegn Íslandi*, frá 7. september 1999³¹⁴ þar sem MDE hafði hug á að fjalla um úrræði til endurskoðunar dómsins samkvæmt 2. gr. 7. viðauka, Í ljósi sáttar milli aðila og lagabreytingar í kjölfarið verður að telja að dómstóllinn falli undir gildissvið 2. gr. 7. viðauka.

Landsdómur er dómstóll með „pólítisku ívafi“ og um hann gilda að ýmsu leyti aðrar reglur en um venjuleg sakamál.³¹⁵ Hann hefur lögsögu til að kveða á um refsíabyrgð ráðherra, ef Alþingi hefur höfðað mál vegna embættisrekstur þeirra, sbr. 1. gr. laga nr. 3/1963 um landsdóm., 14. gr. stjkskr. svo og laga nr. 4/1964 um ráðherrabyrgð. Dómar og aðrar úrlausnir Landsdóms eru endanlegar. Eins og fjallað var um í 5. kafla er heimild í 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka til að undanþiggja rétt til áfrýjunar í áþekktum tilvikum. Veitir ákvæðið aðildarríkjum því rýmri rétt til takmörkunar en 5. mgr. 14. gr. SBSR, eins og fjallað var um í 4. kafla.

Nú hefur verið rakið á almennan hátt hvert gildissvið 2. gr. 7. viðauka er hér á landi. Í næsta kafla verður umfjöllunin afmörkuð við endurskoðun Hæstaréttar á úrlausnum héraðsdóms í sakamálum samkvæmt sml.

6.3 Forsaga áfrýjunarheimilda

Löggjöf er jafnan reist á mati löggjafans á þeim samfélagslegu aðstæðum sem til staðar voru við samþykkt laga. Kann túlkun lagaákvæða í fyrstu að taka mið af upphaflegri forsögu en á sama hátt ekki útilokað að kanna þurfi að nýju þá forsögu hafi samfélagslegar aðstæður breyst.³¹⁶ Þegar fjallað er um áfrýjunarréttinn í núgildandi réttarskipan er þörf á að líta til forsögu úrræðisins svo og annarra atriða sem veitt geta vísbendingar um hvernig túlka beri gildandi rétt. Verður nú löggjöf rakin frá árinu 1951 í þeim tilgangi.

Eins og kom fram í 2. kafla hefur lögfest heimild til áfrýjunar dóms í sakamálum verið til staðar í íslenskum rétti frá gildistöku laga nr. 27/1951 um meðferð opinberra mála. Í 175. gr. laganna var kveðið á um þá heimild og var málið þá endurskoðað í heild. Ákvörðun um áfrýjun var á forræði ákærvaldsins, fyrst dómsmálaráðherra og síðar ríkissaksóknara, sem

³¹⁴ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *Siglfirðingur gegn Íslandi*, 7. september 1999, mál nr. 34142/96, sbr. sátt aðila í sama máli, 20. maí 2000.

³¹⁵ Alþt. 1962-63, A-deild, bls. 161. Þar segir einnig: „Jafnframt er reynt að fullnægja [i]trustu kröfum um réttaröryggi, án þess þó að sleppt sé því pólítíska ívafi sem frá upphafi hefur tíðkapt í þvítíkum dómstólum.“ (áh. höf.)

³¹⁶ Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 159-160.

var skylt að áfrýja ef refsivist var meiri en fimm ár, sbr. 1. mgr. 175. gr. laganna. Í 2. mgr. 175. gr. var mælt fyrir um takmarkanir, hvort sem ákærði eða ríkissaksóknari skaut máli til Hæstaréttar. Eins og minnst var á í 2. kafla var réttur til áfrýjunar víðtækur en þó ekki án takmarkana. Var að meginreglu skylt að áfrýja en nefna má að lítilsverðum málum var ekki áfrýjað ef ákærði hafði áður hlotið refsidóm og jafnframt voru takmarkanir bundnar við fjárhæð sektar og refsivistar, sbr. 2. mgr. 175. gr. laganna. Ástæða takmarkana var að koma í veg fyrir að „*tvímæla laust réttum dómum*“ um svo að segja „*einskisverð mál*“ væri komið fyrir Hæstarétt aftur og aftur eins og *Einar Arnórsson* lýsti þeim.³¹⁷

Fræðimenn hafa sagt að frá árinu 1991 hafi ákærða verið áskilinn fortakslaus réttur til áfrýjunar.³¹⁸ Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að síðastnefndum lögum kemur fram að takmarkanir sem ákærða voru settar í gildistíð eldri laga væru ekki lengur til staðar, þ.e. ákærði þurfti ekki að leita á náðir ákærvalds til að áfrýja refsidómi, þó það hafi ekki verið takmörkun í framkvæmd. Með lögnum höfðu þ.a.l. báðir aðilar heimild til þess, ákærði ef hann hafði hlotið áfellsdóm og ríkissaksóknari bæði hvað varðar sakfellingu og sýknu.

Með lögnum frá árinu 1991 var fyrirkomulagi endurskoðunar breytt töluvert. Var mögulegt að áfrýja í heild eða að hluta og ætlunin var að gera meðferð fljótvirkari í ákveðnum málum. Endurskoðunarheimildin var rúm en áfrýja mátti í heild sinni um sönnun, túlkun og beitingu laga og ákvörðun um viðurlög eða að hluta um eitthvað þessara atriða.

Takmarkanir voru litlar en ef ákærði hafði verið dæmdur með útvistardómi þurfti hann að leita leyfis Hæstaréttar til áfrýjunar, sbr. 2. mgr. 150. gr. oml. Gat endurskoðun Hæstaréttar þá tekið til túlkunar og beitingar laga svo og viðurlaga.

Á árinu 1994 voru gerðar verulegar breytingar á áfrýjunarheimildum með lögum nr. 37/1994 um breytingu á lögum um meðferð opinberra mála. Um var að ræða framhald á þeirri vinnu sem ráðist var í eftir aðskilnað dóms- og framkvæmdavalds í héraði.³¹⁹ Markmið laganna var tvíþætt. Í fyrsta lagi átti að minnka álag á dómstóla og í öðru lagi að aðlaga lagaumhverfið að skuldbindingum íslenska ríkisins samkvæmt 2. gr. 7. viðauka MSE svo og 6. gr. MSE að því er varðar milliliðalaus sönnunarfærslu.³²⁰ Fyrirnefnda markmiðið var einnig ráðandi við breytingu á lögum nr. 91/1991 um meðferð einkamála (hér eftir eml.), sbr. lög nr. 38/1994, og voru sömu sjónarmið að baki ákveðnum þáttum um takmarkanir

³¹⁷ Einar Arnórsson: *Meðferð opinberra mála* bls. 169.

³¹⁸ Eiríkur Tómasson: „Áhrif Mannréttindasáttmála Evrópu á íslenskt sakamálaréttarfar“, bls. 169.

³¹⁹ Alþt. 1993-1994, A-deild, bls. 1214.

³²⁰ Alþt. 1993-1994, A-deild, bls. 1215.

áfrýjunarheimilda.³²¹ Í nógildandi lögum er sem fyrr segir mælt fyrir um heimildir til áfrýjunar í ákvæðum XXXI. kafla sml. Þau ákvæði eru að efni til áþekk og í eldri lögum að því er segir í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum.³²²

Ef þessi yfirferð á forsögu laganna er tekin saman verður ráðið í fyrsta lagi að ákærða hefur verið áskilinn réttur til áfrýjunar að lögum, allt frá árinu 1951, en á mismunandi hátt. Í öðru lagi lúta takmarkanir réttarins að því að minnka málafjölda í Hæstarétti. Eiga þar við áþekk sjónarmið og um takmarkanir áfrýjunar í einkamálum. Í þriðja lagi eiga þær breytingar sem hafa átt sér stað rætur að rekja til lögfestingar MSE, sbr. lög nr. 62/1994. Samfélagslegar aðstæður, sem vikið var að í upphafi, mætti þá í þessu tilfelli rekja til réttarfarsbreytinga í kjölfar aðskilnaðar dóms- og framkvæmdavalds í héraði og loks til lögfestingar MSE. Ráða má af forsögu beggja lagabreytinga að sjónarmið um skilvirkni hafi verið ríkjandi, þ.e. að tryggja skyldi framgang þeirra mála sem erindi ættu við Hæstarétt ef svo má segja og loks að tryggja endurskoðun refsidóms í samræmi við kröfur 2. gr. 7. viðauka.

Við túlkun á nógildandi lagaákvæðum um áfrýjunarheimildir verður fyrst og fremst horft til þeirra skyldna sem ákvæði 2. gr. 7. viðauka leiðir af sér, í samræmi við lögskýringaregluna um að túlka landslög til samræmis við þjóðréttarlegar skuldbindingar. Í því samhengi verður jafnframt litið til réttarframkvæmdar um lögin frá 1994 að því leyti sem óbreytt eru.³²³ Jafnframt verður, eftir því sem tilefni er til, að hafa hliðsjón af lögum nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Þó verður að gera þann fyrirvara á að fylgni við formreglur í sakamálaréttarfari er talin minni vegna sannleiksreglunnar.³²⁴

³²¹ Alþt. 1993-1994, A-deild, bls. 1214.

³²² Alþt. 2007-2008, A-deild, bls. 1502.

³²³ Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 166: „Þá almennu leiðbeiningu má orða að yngra ákvæði, sem óbreytt er frá eldra ákvæði um sama efni, beri að jafnaði að túlka með sama efni. [...] Stundum er það beinlínis orðað í lögskýringagögnum að nýtt lagaákvæði sé orðað með sama hætti og eldra ákvæði svo ekki verði breytingar á skilningi þess í réttarframkvæmd.“

³²⁴ Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 13.

6.4 Áfrýjun samkvæmt lögum nr. 88/2008 um meðferð sakamála

6.4.1 Inngangur

Í XXXI. kafla sml. er mælt fyrir um áfrýjun og sem fyrir segir eru ákvæði sem þar er að finna í meginatriðum eins og í þágildandi lögum, oml. Verður nú fjallað um þau lagaákvæði sem um áfrýjun gilda samkvæmt sml.

Umfjöllunin hér er þríþætt. Í fyrsta lagi verður gerð almenn grein fyrir heimildum til áfrýjunar og takmörkunum á þeim með það að leiðarljósi að kanna hvort þær uppfylli kröfur 2. gr. 7. viðauka. Í öðru lagi verður fjallað um málsmeðferð við áfrýjun og áfrýjunarleyfi, þ.e. þegar aðilar máls hyggjast nýta sér endurskoðunarúrræði með því að áfrýja, og velt upp mögulegum takmörkunum á þeim og í þriðja lagi verður fjallað um endurskoðun Hæstaréttar, bæði hvað varðar hefðbundna málsmeðferð fyrir Hæstarétti og loks málsmeðferð sem fólgin er í veitingu áfrýjunarleyfa. Hér ber að geta þess í upphafi að endurskoðun, í skilningi 2. gr. 7. viðauka, getur farið fram á tvíþættum grundvelli hér á landi. Er annars vegar um að ræða endurskoðun sem kalla má hefðbundna málsmeðferð fyrir Hæstarétti eftir áfrýjun samkvæmt 196. gr. sml., en hún á sér stað eftir að áfrýjun er ráðin, sbr. 1. mgr. 202. gr. sml., og hins vegar er um að ræða endurskoðun þeirra mála sem teljast minniháttar og ekki uppfylla skilyrði áfrýjunar. Þau mál verða rakin nánar hér á eftir. Endurskoðun þeirra mála felst í því að tekin er afstaða til þess hvort veitt verði áfrýjunarleyfi samkvæmt 3. mgr. 200. gr. sml. í kjölfar þess að aðilar æskja slíks leyfis. Hér er sem áður segir ætlunin að fjalla um endurskoðunarúrræði í skilningi 2. gr. 7. viðauka.

6.4.2 Heimild 196. gr. sml. til endurskoðunar æðri dóms

Áskilið er í 2. gr. 7. viðauka að endurskoðunarúrræði sé til staðar í löggjöf og að jafnframt sé mælt fyrir um tilefni þess að beita því. Heimild til áfrýjunar er að finna í 1. mgr. 196. gr. sml. Þar er jafnframt mælt fyrir um hvað sætt geti endurskoðun og til hvers hún geti leitt, sé mál tekið til meðferðar í Hæstarétti. Bæði ákærði og ríkissaksóknari hafa heimild til áfrýjunar, sbr. 197. gr. sml., sem nánar verður fjallað um hér á eftir. Ákvæði 1. mgr. 196. gr. sml. er svohljóðandi:

Með þeim takmörkunum sem leiðir af öðrum ákvæðum laga þessara er heimilt að áfrýja héraðsdómi til Hæstaréttar til þess að fá:

- a. endurskoðun á ákvörðun viðurlaga,
- b. endurskoðun á niðurstöðum sem byggðar eru á skýringu eða beitingu réttarreglna,
- c. endurskoðun á niðurstöðum sem byggðar eru á mati á sönnunargildi annarra gagna en munnlegs framburðar fyrir héraðsdómi,
- d. ómerkingu á dómi og heimvísun máls,
- e. frávísun máls frá héraðsdómi.

Samkvæmt orðalagi 1. mgr. 196. gr. sml. er heimild til áfrýjunar fyrir hendi, með takmörkunum, sem fjallað er um hér á eftir. Samkvæmt ákvæðinu er unnt að óska endurskoðunar í fyrsta lagi á efnisúrlausn héraðsdóms, samkvæmt a-c. lið, í heild eða að hluta.³²⁵ Í öðru lagi er hægt að leita eftir því að héraðsdómur verði ómerktur og máli sé vísað heim í hérað til nýrrar meðferðar, sbr. d-lið 1. mgr. 196. gr. Í þriðja lagi er hægt að leita eftir því að máli verði vísað frá dómi, sbr. e-lið 1. mgr. 196. gr. sml. Samhliða því að máli er áfrýjað samkvæmt 1. mgr. 196. gr. sml. er ennfremur hægt að óska endurskoðunar á öðrum atriðum, sbr. 2. og 3. mgr. 196. gr. sml. sem eru svohljóðandi:

Við áfrýjun dóms er jafnframt heimilt að leita endurskoðunar á úrskurðum sem kveðnir hafa verið upp og ákvörðunum sem teknar hafa verið undir rekstri máls í héraði.

Nú er héraðsdómi áfrýjað í einhverjum þeim tilgangi sem um ræðir í 1. mgr. og er þá um leið heimilt að leita endurskoðunar á niðurstöðum hans um kröfu skv. XXVI. kafla, enda hafi verið leyst úr henni að efni til og ákærði eða kröfuhafi hafi krafist endurskoðunar fyrir sitt leyti. Verði héraðsdómi ekki áfrýjað samkvæmt framansögðu er ákærða og kröfuhafa hvorum um sig heimilt að áfrýja sérstaklega úrlausn dómsins um kröfuna að efni til en um það málskot fer eftir reglum um áfrýjun dóms í einkamáli.

Er því jafnframt hægt að óska endurskoðunar á uppkveðnum úrskurðum og ákvörðunum við rekstur málsins í héraði, sbr. 2. mgr. 196. gr. sml. og loks er hægt að óska endurskoðunar á einkaréttarkröfum sem leyst hefur verið úr að efni til í héraði, sbr. 3. mgr. 196. gr. sml. Þar kemur jafnframt fram að sé héraðsdómi ekki áfrýjað samkvæmt 1. mgr. 196. gr. sml., fari endurskoðun einkaréttarkrafna fram samkvæmt reglum laga nr. 91/1991.

³²⁵ Alþt. 1993-1994, A-deild, bls. 1225.

Áfrýjunar frestar fullnustu dóms um refsingu og önnur viðurlög. Dómur verður því ekki bindandi fyrir aðila fyrir en afráðið er hvort honum verði áfrýjað, sbr. 4. mgr. 185. gr. sml. Tiltækin atriði geta þó komið þegar til framkvæmda sé þess krafist af hálfu ákærvalds og kveðið á um í héraðsdómi, sbr. 5. mgr. 183. gr. sml. Í fyrsta lagi má nefna ákvörðun um réttindamissi, sé mælt fyrir um það í lögum eða að almanna- og einkahagsmunir krefjist þess. Þrátt fyrir að sviptingartími réttinda sé liðinn þegar mál er tekið til meðferðar í Hæstarétti kemur það ekki í veg fyrir heimild ákærvalds til að krefjast þvingingar þeirra, sbr. *Hrd.* 563/2008, 26. mars 2009.³²⁶ Í öðru lagi mætti nefna ráðstafanir samkvæmt 62., 63. og 67. gr. hgl., svo sem öryggisgæslu, sbr. til dæmis *Hrd.* 13. október 2011, (198/2011.). Í þriðja lagi skulu hér nefndar þvingunarráðstafanir samkvæmt XIV. kafla sml. Sé þess krafist af hálfu ákærvalds getur dómari úrskurðað, að öðrum skilyrðum uppfylltum, að ákærði sæti slíkum ráðstöfunum uns áfrýjunarfrestur er liðinn eða dómur gengur í Hæstarétti, sbr. 4. mgr. 197. gr. og 2. mgr. 100. gr. sml. Síðastnefnt gæti komið til álita með hliðsjón af máli *P.L. og N.L. gegn Svíþjóð* frá 5. maí 1993 og verður fjallað um hér á eftir.

³²⁶ Sama niðurstaða var í *Hrd.* 627/2008, 6. maí 2009. Hafa má ákveðna hliðsjón af ummælum í grein Einars Arnórssonar: *Meðferð opinberra mála*, bls. 170. Þar kemur m.a. fram: „Til dæmis mætti nefna sviptingu skipstjórnarréttar af algerlega óhæfum manni, ökuréttinda af sjónlitlum manni eða [að maður sem á við veruleg vímuefnavandamál að stríða] væri látinn reka áfram trúnaðarstarf [...] Héraðsdómara ber að gæta fullrar varúðar í þessu efni, með því að ákvörðun hans kann að orka skaðabótaskyldu [...]“ (innsk. höf.)

6.5 Réttur aðila til áfrýjunar

6.5.1 Almenn atriði

Samkvæmt 1. mgr. 196. gr. sml. er til staðar nokkuð rúm heimild til endurskoðunar á sakfellingu og refsingu, sem uppfyllir við fyrstu sýn 2. gr. 7. viðauka. Næst kemur til skoðunar hvernig rétturinn er tryggður í lögum. Í 1. og 2. mgr. 197. gr. sml. er mælt fyrir um rétt ríkissaksóknara og ákærða til áfrýjunar. Aðrir hafa ekki heimild til að óska endurskoðunar dóms í sakamáli en þó geta einkaréttarkröfur í sakamáli sætt endurskoðun, á sama grundvelli og fer þær á sama hátt og um aðild að einkamálum, sbr. 3. mgr. 196. gr. sm. Ákvæði 197. gr. sml. er svohljóðandi:

Ríkissaksóknari getur áfrýjað héraðsdómi ef hann telur ákærða hafa ranglega verið sýknaðan eða refsingu eða önnur viðurlög ákveðin að mun of væg, sbr. þó 1. mgr. 198. gr. Hann getur einnig áfrýjað dómi ákærða til hagsbóta.

Ákærði sem sakfelldur hefur verið í héraði getur áfrýjað héraðsdómi, sbr. þó 1. mgr. 198. gr. Nú er ákærði látinn og getur þá maki hans, börn, aðrir niðjar, foreldrar eða systkini áfrýjað dómi fyrir hans hönd.

Skilyrði áfrýjunar fyrir hvorn aðila eru samkvæmt þessu mismunandi en báðir eru bundnir almennum skilyrðum áfrýjunar, sem mælt er fyrir um í 1. mgr. 198. gr. sml.³²⁷ hafi ákærði verið sakfelldur. Ríkissaksóknari hefur þannig rýmri heimildir en ákærði samkvæmt þessu og er ekki bundinn takmörkunum 1. mgr. 198. gr. sml. Verður nú fyrst vikið að heimildum beggja en svo fjallað sérstaklega um takmarkanir og er þá umfjöllunin að mestu miðuð við ákærða, með hliðsjón af því að 2. gr. 7. viðauka tekur ekki til ákæruvaldsins.

6.5.2 Réttur ríkissaksóknara

Sjónarmið að baki rétti ríkissaksóknara til áfrýjunar byggja á refsivörslusjónarmiðum annars vegar og jafnframt því sjónarmiði að hið sanna og rétta verði leitt í ljós, eins og fjallað var um í 2. kafla.³²⁸ Ef ríkissaksóknari metur það svo að ákvörðun refsingar eða annarra viðurlaga sé of væg getur hann áfrýjað til refsipýngingar. Er hann ekki bundinn yfirlýsingum sínum í héraði um viðurlög, sbr. *Hrd.* 344/1996, þar sem Hæstiréttur tók fram að málsforræðisreglan gildi ekki í sakamálum.

Ríkissaksóknari getur einnig áfrýjað ákærða til hagsbóta. Er þessi heimild einn angi hlutlægnisskyldunnar og mótast af því að koma í veg fyrir að saklausir verði dæmdir sekir og að þeir sem sekir eru séu beittir lögmæltum viðurlögum, sem þó verða að vera í samræmi við

³²⁷ Alþt. 2007-2008, A-deild, bls. 1503.

³²⁸ Johs. Andenæs, Tor-Geir Myhrer: *Norsk straffeprosess*, bls. 467-468.

brot.³²⁹ Á þetta því við þegar í ljós hefur komið að niðurstaða héraðsdóms um refsingu eða refsikennd viðurlög er í verulegu ósamræmi við lög og dómafordæmi.³³⁰ Í *Hrd. 12. febrúar 2004 (467/2003)* krafðist ríkissaksóknari sýknu fyrir Hæstarétti, þar eð sýnt þótti að ákærða hefði verið ranglega sakfelld í héraði. Í *Hrd. 9. desember 2010 (481/2010)* var refsíakvörðun í héraði vegna fíkniefnaaksturs ákærðu byggð á því að um væri að ræða ítrekunarbrot. Þar eð hún var ekki fullra 18 ára við fyrsta brot var áfrýjað henni til hagsbóta. Hér má velta upp, í tengslum við lögfestingu BSP, sbr. lög nr. 19/2013 um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, hvort rýmri heimildir séu til staðar að lögum, um rétt ungmenna til áfrýjunar refsidóma. Með hliðsjón af því að í lögum gilda sérákvæði um afbrot og refsingar ungmenna hefur ekki verið talið að lögfesting BSP hafi í för með sér aðra réttarframkvæmd en leiðir af lögum.³³¹

Loks hefur ríkissaksóknari heimild til að áfrýja sýknudómum. Skiptir þá ekki máli hvort almenn skilyrði áfrýjunar séu uppfyllt, sbr. það sem fram kemur í síðari málsl. 1. mgr. 198. gr. sml. Hæstiréttur hefur tekið afstöðu til jafnræðis ákærða og ákærvaldsins tengdum áfrýjun sýknudóma af þess hálfu, að því er séð verður í málum sem ekki uppfylla almenn skilyrði áfrýjunar, sé miðað við refsingu *in abstracto*. Ákærðu hafa haldið fram að ríkissaksóknari hljóti að þurfa að lúta sömu skilyrðum um áfrýjun sýknudóma eins og þeir til áfrýjunar áfellsidóma, þ.e. að sækja um áfrýjunarleyfi. Hæstiréttur hefur ekki fallist á þessi sjónarmið. Í *Hrd. 570/2002, 10. apríl 2003 (tollalagabrot)* hélt verjandi ákærða því fram að brotið væri gegn jafnræði aðila af þessum sökum. Hæstiréttur taldi kröfuna með öllu haldlausa.³³²

6.5.3 Réttur ákærða

Ákærði hefur samkvæmt 2. mgr. 197. gr. sml. rétt til áfrýjunar hafi hann verið sakfelldur. Jafnframt hafa tilteknir ættingjar hans sama rétt, sé ákærði látinn. Refsing ákærða fellur niður, sbr. 83. gr. b. hgl. svo áfrýjun af hálfu ættingja hans eru í slíkum tilfellum af siðferðislegum toga. Þó geta þeir haft fjárhagslega hagsmuni af áfrýjun, til dæmis vegna upptöku fjármuna ákærða vegna brots, sbr. 2. mgr. 83. gr. sml.³³³ Sé um að ræða sakfellingu, jafnvel þó ákærða

³²⁹ Johs. Andenæs, Tor-Geir Myhrer: *Norsk straffeprosess*, bls. 467. Kemur jafnframt fram að heimildir ríkissaksóknara til að óska endurupptöku byggji á þessum sjónarmiðum, í þeim tilvikum sem réttaráhrif dóms eru komin til, sbr. 4. og 1. mgr. 211. gr. sml.

³³⁰ Sigríður Friðjónsdóttir ríkissaksóknari, *munleg heimild*, 16. apríl 2013.

³³¹ Sigríður Friðjónsdóttir ríkissaksóknari, *munleg heimild*, 17. apríl 2013.

³³² Áþekk sjónarmið komu fram í *Hrd. 328/2002, 12. desember 2002 (smán við erlend ríki)*. Hæstiréttur tók fram að áfrýjun byggði á því að ríkissaksóknari teldi ákærðu ranglega sýknaða. Gæti ekki verið um að ræða að refsing eða önnur viðurlög væru of væg.

³³³ Hans Gammeltoft-Hansen: *Strafferetsplej III*, bls. 97.

sé ekki gerð refsing, eru hagsmunirnir til staðar.³³⁴ Í slíkum tilfellum nýtur ákærði verndar 2. gr. 7. viðauka. Þá koma til skoðunar þær takmarkanir sem hér hefur verið fjallað um og þá hvort brot teljist minni háttar í skilningi 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka.

Hafi ákærði verið sýknaður hefur hann ekki lögmæta hagsmuni af áfrýjun, jafnvel þó hann sætti sig ekki við niðurstöðu dóms að einhverju leyti.³³⁵ Í slíkum tilfellum nýtur ákærði ekki verndar 2. gr. 7. viðauka, jafnvel þótt ráða mætti af dómsúrlausn um sekt hans að einhverju leyti. Á hinn veginn gæti slík úrlausn verið í andstöðu við 2. mgr. 70. gr. stjkskr., sbr. 2. mgr. 6. gr. MSE.³³⁶ Hafi fleiri en ákærði verið sakfelldir í héraði eru skilyrðin metin út frá hverjum þeirra.³³⁷ Samkvæmt þessu er ákærða og ættingjum hans, sé hann látinn, tryggður réttur til áfrýjunar hafi hann verið sakfelldur. Þá er tilefni til að skoða takmarkanir á réttinum.

6.6 Takmarkanir á rétti til áfrýjunar

6.6.1 Almenn atriði

Nú verður fjallað um takmarkanir á réttinum til áfrýjunar. Í þessari umfjöllun verður á áþekkan hátt og í kafla 5.5. fjallað um takmarkanir samkvæmt 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka, þar sem fram kemur heimild aðildarríkja til takmörkunar, teljist brot vera minni háttar³³⁸ og loks þær takmarkanir sem leiddar verða af lögmætum markmiðum laga, þ.e. að því er varðar útivistarmál og tímafresti. Eins og fram kom má finna þeim stoð í orðalagi ákvæðisins, um að löggjöf skuli gilda um beitingu úrræðisins (e. *governed by law*).

6.6.2 Almenn skilyrði áfrýjunar í skilningi 198. gr. sml.

Vert er að minnast á það aftur að við mat á takmörkunum þarf að hafa hliðsjón af 6. gr. MSE. Nefndum almennum skilyrðum áfrýjunar er lýst í 1. mgr. 198. gr. sml. en ákvæðið í heild er svohljóðandi:

Áfellisdomi verður aðeins áfrýjað ef ákærði hefur verið dæmdur í fangelsi ellegar til að greiða sekt eða sæta upptöku eigna sem nær áfrýjunarfjárhæð í einkamáli. Ríkissaksóknara er ávallt heimilt að áfrýja dómi um sýknu ákærða.

³³⁴ Johs. Andenæs, Tor-Geir Myhrer: *Norsk straffeprosess*, bls. 469.

³³⁵ Johs. Andenæs, Tor-Geir Myhrer: *Norsk straffeprosess*, bls. 469.

³³⁶ Hér má hafa hliðsjón af álitum UA, 30. desember 2003, mál 3786/2003 þó það eigi við á stjórnslustigi. Umboðsmaður Alþingis komst að þeirri niðurstöðu að orðalag um refsiverða háttsemi manns, í tilkynningu ríkissaksóknara um niðurfellingu saksóknar, hefði verið í andstöðu við 2. mgr. 70. gr. stjkskr. og 2. mgr. 6. gr. MSE.

³³⁷ Alþt. 1993-1994, bls. 1227.

³³⁸ Hér ber að nefna að aðrar takmarkanir samkvæmt 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka verða ekki teknar til umfjöllunar. Þær takmarkanir eru, eins og áður hefur komið fram sakfelling í kjölfar sýknudóms, sem á einkum við í þriggja dómstiga réttarkerfi og loks sakfelling af æðsta dómstóls á fyrsta dómstigi.

Þrátt fyrir ákvæði 1. mgr. má áfrýja héraðsdómi með leyfi Hæstaréttar sem veita má ef úrslit málsins hafa verulegt almennt gildi eða varða mikilvæga hagsmuni ellegar ekki er útilokað samkvæmt fyrirbyggjandi gögnum að dómi kunni að verða breytt svo að einhverju nemi.

Af orðalagi 1. mgr. 198. gr. sml. verður ráðið að við mat á því hvort almenn skilyrði séu til staðar sé viðmiðið tvíþætt, í fyrsta lagi fangelsisrefsing og í öðru lagi heildarfjárhæð sektar eða eignaupptöku. Séu framangreind skilyrði ekki uppfyllt er hægt að óska eftir leyfi til áfrýjunar, sbr. 2. mgr. 198. gr. sml Sérstaklega verður fjallað um atriði er lúta að áfrýjunarleyfum og þ.a.l. þessum skilyrðum hér á eftir kafla. Nú verður fjallað um mat á almennum skilyrðunum.

6.6.2.1 Fangelsisdómur í skilningi 1. mgr. 198. gr. sml.

Fyrsta skilyrði 1. mgr. 198. gr. sml. er fangelsisdómur, samkvæmt orðalagi ákvæðisins. Er það hugtak almennt skýrt en álitafni vaknar um hvort rétturinn sé til staðar þegar um skilorðsbundna fangelsisrefsingu eða vararefsingu fésekta er að ræða. Í athugasemdum við ákvæðið segir m.a.:

Hér er á sama hátt og í 2. mgr. 150. gr. núgildandi laga ráðgert að réttur til áfrýjunar á héraðsdómi, þar sem ákærði hefur verið sakfelldur, stofnist í fyrsta lagi ef hann hefur verið dæmdur til frelsissviptingar, sem eftir breytingu á 1. mgr. 31. gr. almennra hegningarlaga með lögum nr. 82/1998 getur einungis verið í formi fangelsis, án tillits til þess hvort um sé að ræða skilorðsbundið fangelsi að einhverju leyti eða öllu.³³⁹ (leturbr. höf.)

Samkvæmt þessu skiptir ekki máli hvort fangelsisrefsing er skilorðsbundin eður ei. Í athugasemdum við 149. gr. oml. kom fram að miða eigi við aðalrefsingu samkvæmt dómsorði og falla því vararefsingar, samkvæmt 53. gr. hgl. ekki undir almennum skilyrðin.³⁴⁰

Næst kemur til álita hvort manni sem gert er að sæta öryggisgæslu sé búinn réttur til áfrýjunar. Í athugasemdum um 149. gr. oml. sagði að „[...]með frelsissviptingu [væri átt við] fangelsi eða varðhald [...] svo og öryggisgæslu.“³⁴¹ Samkvæmt ákvæðum sml. er öryggisgæslu ekki getið í tengslum við áfrýjunarrétt. Í íslenskum rétti er öryggisgæsla úrræði sem mælt er fyrir um í 62. og 63. gr. hgl. Er því beitt þegar um ósakhæfa brotamenn er að ræða, samkvæmt 15. gr. hgl. eða þegar refsing verður ekki talin hafa árangur, samkvæmt 16. gr. hgl.³⁴² Dómstólar eiga endanlega ákvörðun um sakhæfi eða sakhæfisskort manna og meta í hverju tilviki hvort skilyrði 15. gr. hgl. séu til staðar.³⁴³

Réttarvernd 2. gr. 7. viðauka tekur ekki til slíkra tilvika, þar sem skilyrði hennar eru að ákærði hafi verið sakfelldur og honum gerð refsing, eins og rakið var í umfjöllun um

³³⁹ Alþt. 2007-2008, A-deild, bls. 1503

³⁴⁰ Alþt. 1993-1994, A-deild, bls. 1226-1227.

³⁴¹ Alþt. 1993-1994, A-deild, bls. 1225, Alþt. 2007-2008, A-deild, bls. 1503-1504

³⁴² Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 26.

³⁴³ Jónatan Þórmundarsson: „Sakhæfi“, bls. 284.

gildissvið ákvæðisins. Á þá 4. mgr. 5. gr. MSE fremur við. Í 3. málsl. 1. mgr. 62. gr. hgl. kemur fram að dómur skipi ákærða tilsjónarmann sem þá hefur eftirlit með því að dvöl hans í öryggisgæslu sé ekki lengri en þörf krefur en dómþoli í slíku tilviki hefur ekki heimild til að leita úrlausnar dómstóla. Tilsjónarmaður getur leitað endurskoðunar á vistuninni þegar ár er liðið frá dómsúrlausn og jafnframt sem ráðherra getur leitað eftir slíku.³⁴⁴

Ef um tvö eða fleiri brot er að ræða og sakhæfisskortur nær ekki til þeirra beggja getur fangelsisvist og úrræðum samkvæmt 62. gr. og 63. gr. hgl. verið beitt saman.³⁴⁵ Það sem kæmi til álita í tengslum við rétt til áfrýjunar er slík sambeiting viðurlaga. Verður að telja að ákærði hefði þá rétt til áfrýjunar í því tilviki sem hann telst sakhæfur. Að því sögðu verður að telja að endurskoðunarúrræði séu til staðar á mismunandi grundvelli samkvæmt eðli viðurlaganna, þ.e. hvort ákærði sé sakhæfur eður ei. Í fyrsta lagi í því tilviki sem ákærði teldist ósakhæfur, í öðru lagi í því tilviki sem ákærði yrði dæmdur til fangelsisrefsingar ef úrræðunum yrði beitt saman og hefði hann þá möguleika á áfrýjun samkvæmt 2. mgr. 197. gr. sml., um þann hluta dómsúrlausnar og loks í þriðja lagi ef refsing væri ekki talinn bera árangur, sbr. 16. gr. hgl., hefði ákærði endurskoðunarúrræði samkvæmt 62. gr. hgl.

6.6.2.2 *Sektir eða upptaka eigna samkvæmt 1. mgr. 198. gr. sml.*

Annað skilyrði 1. mgr. 198. gr. er að sektir eða eignaupptaka nemi áfrýjunarfjárhæð í einkamáli, sbr. 152. gr. laga um meðferð einkamála.³⁴⁶ Þeir munir sem gerðir eru upptækir með dómi þurfa að hafa verðgildi samkvæmt skýru orðalagi ákvæðisins. Þarf að vera um áþreifanleg verðmæti að ræða.³⁴⁷ Þetta fær stoð í *Hrd.* 1996, bls. 778. Þar hafði ákærði verið dæmdur til að greiða 200.000 kr. sekt að viðlagðri vararefsingu í héraði. Jafnframt voru gerðir upptækir munir, tæki og tól til fíkniefnaneyslu, sem gátu ekki haft verðgildi í þessu sambandi. Álitafni hér væri hvort miða beri við bæði sekt og upptöku eigna eða annað hvort. Á grundvelli orðalags ákvæðisins verður að teljast rökrétt að beita megi rýmkaði lögskýringu þannig að hvor þessara viðurlagategunda geti saman myndað aðalviðmiðið, áfrýjunarfjárhæðina.

Ekki er vikið að annars konar refsikenndum viðurlögum, til dæmis leyfissviptingu. Sé tekið mið af lögskýringagögnum þágildandi laga verða slík viðurlög ekki felld undir almennu

³⁴⁴ Jónatan Þórmundarsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 202.

³⁴⁵ Jónatan Þórmundarsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 196.

³⁴⁶ Alþt. 2007-2008, A-deild, bls. 1503. Fjárhæðin fyrir árið 2013 er kr. 734.860, sbr. auglýsingu Innanríkisráðuneytis frá 19. desember 2012.

³⁴⁷ Einars Arnórssonar: „Meðferð opinberra mála“, bls. 170. Um mat á verðgildi upptækra muna sagði: „Hér þarf að meta eignina lögum samkvæmt, nema hún sýni sjálf verðmæti sitt í krónutali, t. d. verðbréf.“

skilyrðin nema frelsissvipting hafi verið dæmd samhliða.³⁴⁸ Í nýlegum dómum Hæstaréttar, þ.e. eftir gildistöku sml., þar sem einungis hefur reynt á sektarfjárhæð undir nefndum viðmiðunarmörkum og jafnframt sviptingu ökuréttar er iðulega um að ræða tilvik þar sem áfrýjunarleyfi var veitt, sbr. til dæmis *Hrd. 26. mars 2009* (Nr. 563/2008) og *Hrd. 21. júní 2011* (Nr. 668/2010). Ekki kemur fram á hvaða forsendu slíkt leyfi var veitt, þ.e. hvort slík ákvörðun byggði á því að áfrýjað var eftir tímafrest eða hvort hin almennu áfrýjunarskilyrði kæmu til álita. Færa mætti fyrir því rök að áfram verði þau ekki felld undir almennu skilyrðin, með vísan í að viðurlögin sem hér um ræðir fela ekki í sér frelsissviptingu og ekki er mælt fyrir um breytingar í lögskýringagögnum, sbr. það sem rakið var um almennar athugasemdir við XXXI. kafla sml. Á hinn bóginn verður að gefa því gaum að um takmörkun á áfrýjunarréttinum er að ræða. Jafnvel þó viðurlög af þessu tagi kunni í einhverjum tilvikum að teljast minniháttar má setja spurningamerki við hvort ákvæðið uppfylli skýrleikakröfu um takmarkanir á réttinum til áfrýjunar, sbr. 2. gr. 7. viðauka og 6. gr. MSE.³⁴⁹ Hér má hafa hliðsjón af öllu skýrara ákvæði norsku sakamálaganna en takmarkanir réttarins eru upptaldar í 1. mgr. 321. gr. laganna.³⁵⁰

6.6.3 Útivistarmál

Nú hefur verið fjallað um almenn skilyrði áfrýjunar í skilningi 1. mgr. 198. gr. sml. Næst verður því vikið að takmörkunum sem segja má að leiddar séu af lögætum markmiðum laga. Er hér einkum átt við útivistarmál og tímafresti. Sérstaklega verður fjallað um tímafresti í næstu köflum á eftir, þar sem þeir tengjast náið málsmeðferð við áfrýjun.

Í athugasemdum að baki 196. gr. sml. er vísað sérstaklega til nýmælis laganna, um takmörkun áfrýjunar í útivistarmálum. Í 161. gr. sml er kveðið á um skilyrði þess að mál verði dæmd að ákærða fjarstöddum. Ákvæðið er svohljóðandi:

³⁴⁸ Alþt. 1993-1994, A-deild, bls, 1227.

³⁴⁹ Minnst má á dóm MDE, *Luchaninova gegn Úkraínu*, 9. júní 2011, mál nr. 16347/02 sem fjallað var um, þar sem MDE komst að þeirri niðurstöðu að löggjöfin hefði verið óskýr, þó niðurstaðan hefði verið sú að brot L félli að undantekningum.

³⁵⁰ Ákvæði 1. mgr. 321. gr. laganna (n. *Straffeprosessloven*) hljóðar svo á frummálinu: „Anke til lagmannsretten om forhold hvor påtalemyndigheten ikke har påstått og det ikke er idømt annen reaksjon enn bot, inndragning eller tap av retten til å føre motorvogn mv., kan ikke fremmes uten rettens samtykke. Samtykke skal bare gis når særlige grunner taler for det. Samtykke er likevel ikke nødvendig når siktede er et foretak, jf straffeloven kapittel 3 a.“

Nú kemur ákærði ekki fyrir dóm við þingfestingu máls þótt honum hafi verið löglega birt ákæra og þess getið í fyrirkalli að mál kunni að vera dæmt að honum fjarstöddum, sbr. 1. mgr. 155. gr., og má þá leggja dóm á málið ef ekki er kunnugt um að ákærði hafi lögmat forföll og svo stendur á:

- a. að brot þykir ekki varða þyngri viðurlögum en sekt, upptöku eigna og sviptingu réttinda og dómari telur framlögð gögn nægileg til sakfellingar eða
- b. að ákærði hefur komið fyrir dóm við rannsókn máls, játað skýlaust þá háttsemi sem honum er gefin að sök og dómari telur ekki ástæðu til að draga í efa að játningin sé sannleikanum samkvæm, enda verði ekki dæmd þyngri refsing en sex mánaða fangelsi.

Slíkum dómi getur ákærði ekki áfrýjað, en þess í stað getur hann leitað eftir endurupptöku skv. XXIX. kafla.

Samkvæmt 1. mgr. 161. gr. sml. er heimilt að dæma mál að ákærða fjarstöddum að uppfylltum nánari skilyrðum, enda hafi þess verið getið í fyrirkalli og ekki sé kunnugt um að hann hafi lögmat forföll. Skilyrðin samkvæmt orðalagi a-liðar hafa nokkurn samhljóm með hinum almennu skilyrðum áfrýjunar, að því undanskyldu að í fyrrnefndu ákvæði er mælt skýrlega fyrir um sviptingu réttinda. Samkvæmt orðalagi b-liðar er heimildin bundin við játningu ákærða fyrir dómi á rannsóknarstigi og að ekki verði dregið í efa að hún sé sannleikanum samkvæm.

Í 2. mgr. 161. gr. sml. er mælt fyrir um að útivistardómum verði ekki áfrýjað en hægt sé að leita endurupptöku. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum kom fram að eðlilegra þætti að mál fengi að fullu meðferð fyrir héraðsdómi að teknu tilliti til sjónarmiða ákærða áður en það gæti komið til kasta Hæstaréttar. Skoða þarf þá heimild sem ákærði hefur til að fá mál endurupptekið til að meta takmörkun 2. mgr. 161. gr. sml. Í 187. gr. sml. segir:

Nú hefur ákærði ekki sótt þing við þingfestingu máls fyrir héraðsdómi og því hefur verið lokið með dómi samkvæmt því sem segir í 161. gr. Getur hann þá innan fjögurra vikna frá því að dómur var birtur fyrir honum eða dómur var kveðinn upp ef birtingar var ekki þörf skv. 3. mgr. 185. gr. krafist þess að málið verði tekið upp á ný fyrir héraðsdómi, enda berist beiðni hans um endurupptöku innan þess frests.

Ákærði getur ekki beiðst endurupptöku ef dómi hefur þegar verið áfrýjað til Hæstaréttar af ákæruvaldsins hálfu að því er hann varðar.

Þegar frestur skv. 1. mgr. er liðinn verður mál ekki tekið upp á ný nema með ákvörðun Hæstaréttar skv. XXXII. kafla.

Samkvæmt 1. mgr. 187. gr. sml. hefur ákærði nokkuð rúma heimild til að fá mál endurupptekið og eru þar að baki ákveðin réttaröryggissjónarmið fyrir ákærða. Hefur Hæstiréttur vísað málum frá án kröfu, sem þrátt fyrir það hafa komið til kasta réttarins hafi heimildin ekki verið nýtt, sbr. *Hrd. 16. september 2010 (89/2010)*.³⁵¹ Á hinn bóginn er mælt

³⁵¹ Jafnvel þó veitt hafi verið leyfi til áfrýjunar í Hæstarétti er máli vísað frá án kröfu, sbr. *Hrd. 16. september 2010 (89/2010)*: X var gefið að sök umferðarlagabrot með því að hafa ekið undir áhrifum fíkniefna og án þess að hafa ökuskríteini meðferðis. Með dómi héraðsdóms var X sakfelld og dómur lagður á málið að henni fjarstaddri samkvæmt heimild í 1. mgr. 161. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála. Samkvæmt 2. mgr. 161. gr. sömu laga gat X ekki áfrýjað slíkum dómi, en þess í stað leitað endurupptöku eftir reglum XXIX kafla laganna. Var málinu því vísað frá Hæstarétti án kröfu.

fyrir um takmörkun á endurupptökuheimild ákærða í 2. mgr. 187. gr. sml., hafi ríkissaksóknari áfrýjað málinu, til að koma í veg fyrir að mál sé rekið á tveimur dómstigum. Jafnframt, hafi fleiri verið ákærðir í sama máli og það sé til meðferðar í Hæstarétti tekur áfrýjun ekki til ákærða ef hann óskar endurupptöku.³⁵² Telja má að þessi takmörkun sé réttmæt.

6.6.4 Tímafrestur til áfrýjunar

Það leiðir af kröfum 2. gr. 7. viðauka að ekki er nægilegt að heimild til áfrýjunar sé til staðar. Hún þarf einnig að vera raunhæf og óháð yfirvöldum. Það er því mikilvægt að skoða málsmeðferðina nánar svo hægt sé að meta hvort takmörkun kunni að felast í því. Í 199. gr. og 200. gr. sml. er fjallað um upphaf málsmeðferðar um áfrýjun, tímafresti og loks það lykilhlutverk sem ríkissaksóknari gegnir varðandi málsmeðferð um áfrýjun.

6.6.4.1 Upphaf tímafrests ákærða – birting dóms

Tímafrestur er takmörkun sem mikilvægt er að velta upp, enda frestar áfrýjun réttaráhrifum dóms, sbr. 4. mgr. 185. gr. sml. Er mikilvægt, bæði hvað aðila sakamáls varðar jafnt sem dómstóla að skýrt sé á hvaða tímamarki réttaráhrif dómsúrlausna koma til.³⁵³ Takmörkun sem fólgin er í tímafresti kann að vera réttmæt, enda byggji hún á lögmætum markmiðum og sé ekki það takmarkandi að hún geri úrræðið að engu, sbr. til dæmis mál *Laaksonen gegn Finnlandi*.³⁵⁴ Verður nú fjallað um tímafrest til áfrýjunar og hvað miðað er við svo fresturinn byrji að líða að því er ákærða varðar.

Tímafrestur til áfrýjunar er fjórar vikur hvað bæði ákærða og ríkissaksóknara til að lýsa yfir áfrýjun, sbr. 1. og 3. mgr. 199. og jafnframt er sami frestur til að sækja um áfrýjunarleyfi ef svo ber undir, sbr. 1. og 2. mgr. 200. gr. sml. Áfrýjunarfrestur ákærða byrjar að líða við uppkvaðningu dóms, ellegar við birtingu. Í 1. mgr. 199. gr. sml. segir:

Ef ákærði er staddur við uppkvaðningu héraðsdóms skal dómari kynna honum rétt hans til áfrýjunar og frest til að lýsa henni yfir. Þegar annars er þörf á að birta dóm skv. 3. mgr. 185. gr. skal sá sem birtir kynna ákærða þetta. Skal getið að þessa hafi verið gætt með bókun í þingbók eða í birtingarvottorði.

Hafi ákærði verið viðstaddur uppkvaðningu telst dómur birtur. Ef svo er ekki þarf að birta honum dóm af birtingarmanni, sbr. 3. mgr. 185. gr. og 156. gr. sml. Skylt er að kynna ákærða rétt til áfrýjunar og hver tímafrestur er. Hvíllir þessi skylda bæði á dómara og birtingarmanni, eins og fram kemur í ákvæðinu. Þess skal jafnframt vera getið í þingbók eða birtingarvottorði,

³⁵² Alþt. 2007-2008, A-deild, bls. 1502.

³⁵³ Asbjörn Strandbakken: *Uskyldspresumsjonin*, bls. 514-515.

³⁵⁴ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kærðu, *Laaksonen gegn Finnlandi*, 7. september 1999, mál nr. 36321/97.

sbr. síðari máls. 1. mgr. 199. gr. sml. Tilvist verjanda eða talsmanns breytir ekki þessari skyldu, jafnvel þótt viðkomandi myndi að öðru jöfnu veita ákærða slíka leiðsögn.³⁵⁵ Reynt hefur á birtingu dóms í tengslum við áfrýjun. Í *Hrd. 11. maí 2006, (42/2005)* hélt ákærði því fram, til stuðnings frávísunarkröfu, að birta hefði átt forráðamönnum hans dóm þar sem þeir tækju ákvörðun um áfrýjun.³⁵⁶ Hæstiréttur tók fram að það ætti ekki við um birtingu dóms auk þess sem ákærði hefði haft verjanda sér við hlið þegar dómur var upp kveðinn.

Ef óvíst er um dvalarstað ákærða verður dómur birtur í Lögbirtingablaði, samkvæmt 3. mgr. 185. gr., sbr. 156. gr. sml., hafi honum verið gerð þyngri viðurlög en sekt eða upptaka eigna sem nær áfrýjunarfjárhæð í einkamáli og ekki næst í hann.³⁵⁷ Eru þannig kröfur gerðar til ákærða hvað þetta varðar sem réttlætanager eru taldar af MDE, sbr. til dæmis mál *Poulsen gegn Danmörku*, frá 29. júní 2000,³⁵⁸ þar sem hann tilkynnti ekki um dvalarstað sinn til yfirvalda þegar mál var tekið fyrir á áfrýjunarstigi. Taldi MDE að ákvæði laga sem takmörkuðu endurskoðun æðri dóms á þessari forsendu væru réttlætanager. Í *Hrd. 27. september 2007 (203/2007)* studdi ákærði frávísunarkröfu sína við að birting áfrýjunarstefnu hafi verið of sein, tólf vikum eftir útgáfu. Í dómi Hæstaréttar var frávísunarkröfu hafnað. Var litið til þess m.a. að hafa upp á ákærða þrátt fyrir ítrekaðar tilraunir.³⁵⁹

Hér gæti komið til álita hvernig birtingu er háttað og hvernig leiðbeiningar um áfrýjun eru gefnar. Í máli *P.L. og N.L. gegn Svíþjóð* frá 5. maí 1993³⁶⁰ var því haldið fram að fangelsismálayfirvöld hefðu neytt annan kæranda til að afsala sér rétti til áfrýjunar, það er, þeir óskuðu ekki áfrýjunar dómsins samkvæmt birtingarvottorði. Hér á landi er áþekk viðmiðun, þ.e. í birtingarvottorði þarf ákærði að staðfesta að honum hafi verið leiðbeint og jafnframt getur hann látið í ljós hvort hann hyggist nýta sér frestinn. Nánar verður það útskýrt hér á eftir. Um birtingu dóms fer sem fyrr segir samkvæmt 3. mgr. 185. gr. sml., sbr. 156. gr. sml., þar sem þó er mælt fyrir um birtingu ákæru. Þar kemur fram að lögreglumenn, fangaverðir og aðrir starfsmenn Fangelsismálastofnunar geti birt fyrir ákærða. Með hliðsjón af máli *P.L. og N.L. gegn Svíþjóð* mætti ef til vill velta upp hvort áþekkar aðstæður kunni að

³⁵⁵ Alþt. 1993-1994, A-deild, bls, 1227.

³⁵⁶ 2. mgr. 149. gr. oml var svo hljóðandi: „Lögráðamaður kemur í stað ákærða um ákvarðanir um áfrýjun ef ákærði er ósjálfráða.“

³⁵⁷ Alþt. 2007-2008, A-deild, bls. 1504.

³⁵⁸ Ákvörðun MDE um meðferðarhæfi kæru, *Poulsen gegn Danmörku*, 29. júní 2000, mál nr. 32092/96.

³⁵⁹ Í dómi Hæstaréttar sagði einnig: „Samkvæmt síðbúnum gögnum, sem ákærvaldið hefur lagt fyrir Hæstarétt, sendi ríkissaksóknari áfrýjunarstefnuna til lögreglustjórans á höfuðborgarsvæðinu 17. janúar 2007 með beiðni um að hún yrði birt ákærða. Í tölvubréfi lögreglustjóraembættisins 17. september 2007 til ríkissaksóknara kemur fram að hvorki hafi tekist að finna dvalarstað ákærða né að ná sambandi við hann. Hafi hann verið hættur störfum hjá fyrri launagreiðendum. Birting stefnunnar hafi svo tekist „á lögreglustöðinni Hverfisgötu þann 11. apríl 2007 vegna eftirlýsingar.“

³⁶⁰ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *P.L. og N.L. gegn Svíþjóð*, 5. maí 1993, mál nr. 18751/91.

koma upp hér á landi í þeim tilvikum sem til dæmis birting fer fram á vegum Fangelsismálastofnunar. Svo minnst sé aftur á atvik í því máli taldi MNE að leiðbeiningar sem kærendum í málinu voru gefnar hefðu endurspeglað það sem fram kom í dómi og má af því máli ráða að kanna beri hvernig leiðbeiningum er háttað. Með öðrum orðum, að ef leiðbeiningar stjórnvalda fela jafnframt í sér ráðgjöf um áfrýjun, þá má ætla að MDE teldi það andstætt 2. gr. 7. viðauka, á þeirri forsendu að ákærða hafi verið ráðið frá áfrýjun. Þetta er nefnt hér til samanburðar og einnig í ljósi þess að e.t.v. eru meiri samskipti milli til dæmis fangavarda og refsifanga en lögreglumanns sem birtir dómþola sem ekki er í fangelsi. Samkvæmt upplýsingum frá Fangelsimálastofnun er birting dóma sjaldgæf af hálfu starfsmanna þeirra og eiga starfsmenn ekki að ráðleggja föngum um slíkt. Er þá mönnum bent á að ráðfæra sig við lögmann.³⁶¹

6.6.4.2 Tilkynning um áfrýjun rýfur frest

Hafi dómur verið birtur á þann hátt sem hér hefur verið lýst og ákærði tekið ákvörðun áfrýjun dómi fer um það samkvæmt 2. mgr. 199. gr. sml. Í 1. másl. 2. mgr. segir:

Ákærði skal lýsa yfir áfrýjun héraðsdóms í bréflægri tilkynningu sem berast verður ríkissaksóknara innan fjögurra vikna frá birtingu dómsins, hafi birtingar verið þörf skv. 3. mgr. 185. gr., en ella innan fjögurra vikna frá uppkvaðningu hans.

Samkvæmt þessu er áskilið að ákærði tilkynni ríkissaksóknara um áfrýjun og eru minni kröfur gerðar til birtingar vegna mála sem teljast minni háttar, sbr. vísun í 3. mgr. 185. gr. sml. í síðari hluta 1. másl. 2. mgr. Sömu reglur gilda um áfrýjunarleyfi, sbr. 1. mgr. 200. gr. sml. Þó ákærði lýsi yfir áfrýjun munnlega er ekki um tilkynningu að ræða, sbr. *Hrd. 19. janúar 2012 (438/2011)*. Í 2. másl. 2. mgr. 199. gr. sml. eru svo kröfur um hvernig tilkynning skuli vera úr garði gerð. Þar segir:

Í tilkynningunni skal tekið nákvæmlega fram í hverju skyni áfrýjað sé og hverjar dómkröfur ákærða séu, þar á meðal varðandi kröfur skv. XXVI. kafla ef því er að skipta, svo og hvern hann vill fá skipaðan sem verjanda fyrir Hæstarétti eða hvort hann óskar eftir að flytja mál sitt sjálfur.

Loks segir í 4. másl. 2. mgr. 199. gr. sml. hvenær dómi telst áfrýjað:

Þegar tilkynning hefur borist frá ákærða innan framangreinds frests telst héraðsdómi áfrýjað af hans hálfu.

Á sama hátt telst áfrýjunarfrestur rofinn sæki ákærði um leyfi til áfrýjunar, sbr. 1. mgr. 200. gr. Er miðað við þann dag sem tilkynning berst ríkissaksóknara, sbr. *Hrd. 3. júní 2010, 612/2009* þar sem fram kom að tilkynning hefði borist ríkissaksóknara degi eftir frest, þrátt fyrir að hafa verið send fyrir lok frestsins. Hér má loks nefna að hafi annar aðila lýst yfir

³⁶¹ Páll Winkel, forstjóri Fangelsismálastofnunar, *munleg heimild*, 29. apríl 2013.

áfrýjun innan frests þarf sá sem ekki áfrýjar ekki að aðhafast sérstaklega innan tímamarka, sbr. 4. mgr. 201. sml., til að koma að kröfum um breytingu á niðurstöðum héraðsdóms sem eru honum í óhag.³⁶² Sé frestur til að tilkynna um áfrýjun liðinn hafa aðilar einnig heimild til að leita áfrýjunarleyfis innan þriggja mánaða, sbr. 4. mgr. 199. gr. sml.

³⁶² Alþt. 2007-2008, A-deild, bls. 1502 og 1504. Ákvæðið á einnig við um þann sem gerir einkaréttarkröfu skv. XXVI. kafla sml.

6.6.4.3 Útreikningur tímafrests

Mikilvægt er að hafa í huga hvernig tímafrestur sem mælt er fyrir um í 199. gr. sml. er metinn, enda er máli vísað frá sé ekki áfrýjað innan hans. Ekki kemur skýrt fram í ákvæðinu hvernig Tímafresti lýkur í lok þess vikudags sem hann hófst, sbr. *Hrd. 2000, bls. 2338 (90/2000)* þar sem Hæstiréttur túlkaði frestina með hliðsjón af lögum um meðferð einkamála. Tilefni er til að líta nánar á dóminn en ákærvaldið krafðist frávísunar á grundvelli þess að frestur væri liðinn. Hinn áfrýjaði dómur var kveðinn upp að viðstöddum ákærða kl. 13.30 miðvikudaginn 19. janúar 2000 en tilkynning barst til ríkissaksóknara en kl. 13.54 miðvikudaginn 16. febrúar s.á. Hæstiréttur túlkaði frestinn svo:

Ekki er í lögnum kveðið nánar á um mörk þessa frests eða annarra, sem ákvæði þeirra taka til. Fyrir því er hins vegar rótgróin venja að skýra verði ákvæði um fresti í lögum nr. 91/1991 um meðferð einkamála, meðal annars í 91. gr. þeirra, á þann veg að frestur, sem ákveðinn er í sólarhringum, hefjist og renni út á sama tíma innan sólarhrings, en frestur, sem ákveðinn er í vikum, sé á enda við lok sama vikudags og hann hófst. Standa ekki rök til að beita annarri reglu á sviði opinberra mála og takmarka með því rétt dómfelllds manns til áfrýjunar. Verður kröfu ákærvaldsins um frávísun málsins frá Hæstarétti því hafnað.

Af þessu verður leitt að frestinum ljúki að fjórum viknum liðnum, í lok dagsins sem hann hófst. Áþekk sjónarmið komu fram í *Hrd. 3. júní 2010 (612/2009)* þar sem reyndi á hvort áfrýjað hafi verið innan frests:

Samkvæmt 2. mgr. 199. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála skal ákærði „lýsa yfir áfrýjun héraðsdóms í bréflægri tilkynningu sem berast verður ríkissaksóknara innan fjögurra vikna frá birtingu dómsins“. [...] Með bréfi til ríkissaksóknara 15. október 2009 lýsti ákærði þeirri ákvörðun sinni að áfrýja héraðsdómi fyrir sitt leyti. Bréfið barst ríkissaksóknara 16. október 2009. Þá var áfrýjunarfrestur liðinn.

Eins og þarna kemur fram er miðað við tímamarkið frá birtingu, sbr. birtingarvottorð og loks hvenær tilkynning berst ríkissaksóknara. Samkvæmt þessu er ekki litið til þess hvenær tilkynning er póstlögð. Er jafnframt um að ræða aðra frestreglu en finna má í 8. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 (hér eftir ssl.) sem hljóðar svo:

Þar sem kveðið er á um frest í lögum telst sá dagur, sem fresturinn er talinn frá, ekki með í frestinum.

Ef lokadagur frests er almennur frídagur lengist fresturinn til næsta opnunardags þar á eftir. Að öðru leyti ber að telja frídaga með sem eru innan frestsins þegar fresturinn er reiknaður.

Svo sem sjá má er í 1. mgr. 8. gr. ssl. að finna skýringareglu hvað þetta varðar.³⁶³ Fyrsti dagur við talningu frestsins er því sá dagur sem kemur á eftir þeim degi sem fresturinn er reiknaður frá. Eins og kom fram í *Hrd. 2000, bls. 2338 (90/2000)*, sbr. *Hrd. 3. júní 2010 (612/2009)* er um að ræða „rótgróna venju.“

³⁶³ Páll Hreinsson: Stjórnslulögin, skýringarrit, bls. 96.

6.6.4 Sönnun um upphaf áfrýjunarfrests

Fræðimenn hafa nefnt að þrátt fyrir réttarfarshagræðið sem af áfrýjun leiði sé jafnframt hægt að líta svo á, að ákveðin takmörkun felist í tímafrestum. Það velti á því hvor aðila áfrýji og jafnframt þurfi að hafa í huga hver ber sönnun um að áfrýjað sé eftir frest.³⁶⁴ Þingbók eða birtingarvottorð er sönnun um tímamark áfrýjunarfrests. Í birtingarvottorði þarf ákærði að staðfesta að honum hafi verið leiðbeint og jafnframt getur hann látið í ljós hvort hann hyggist nýta sér frestinn. Birtingarvottorð hlýtur eðli máls samkvæmt að vera nokkuð skýr sönnun um birtingu og leiðbeiningar. Í *Hrd. 3. júní 2010 (612/2009)* reyndi á hvort birt hafi verið ákærða og var tímamarkið miðað við birtingarvottorð. Þar sagði:

Hinn áfrýjaði dómur var kveðinn upp 16. janúar 2009, en birtur ákærða 17. september sama ár. Í birtingarvottorði, sem ákærði undirritaði, segir: „Framanskráður dómur er birtur mér í dag. Ég hef tekið við leiðbeiningum um rétt til áfrýjunar og áfrýjunarfrest ... tek áfrýjunarfrest.“

Ákærði taldist hafa áfrýjað eftir frest. Fræðimenn hafa á það bent, að sá aðili sem heldur því fram að áfrýjað sé innan frests beri sönnunarbyrði fyrir því.³⁶⁵

6.6.5 Hlutverk ríkissaksóknara í áfrýjunarferlinu og mögulegar takmarkanir

Ríkissaksóknari er æðsti handhafi ákærvaldsins og sækir mál á áfrýjunarstigi jafnframt sem hann gegnir lykilhlutverki í áfrýjunarferlinu. Með hliðsjón af máli *Gurepka gegn Úkraínu*, frá 6. september 2005³⁶⁶ þarf úrræðið að vera raunhæft og óháð yfirvöldum. Er þarft að rekja hvort og þá hvernig ákærði er óháður ríkissaksóknara og hvort einhverjir takmarkandi þættir séu til staðar.

Ríkissaksóknari hefur það hlutverk að taka við tilkynningum og umsóknum svo og að gefa út áfrýjunarstefnu þegar áfrýjun hefur verið ráðin, sbr. 2. mgr. 201. gr. sml. Þrátt fyrir þær kröfur sem gerðar eru til ákærða er að finna varnagla honum til hagsbóta í 3. máls. 2. mgr. 199. gr. sml. Þar segir:

Ríkissaksóknara er skyld að veita ákærða leiðbeiningar um gerð tilkynningar ef eftir því er leitað en jafnframt ber honum að benda á hvernig bæta megi úr annmörkum á efni hennar ef um þá er að ræða.

Af orðalagi ákvæðisins verður ráðið að rík skylda er á ríkissaksóknara til að leiðbeina um áfrýjun máls.

³⁶⁴ Asbjørn Strandbakken: *Uskylspresumsjonen*, bls. 514: „Mens processforutsetningene verner tiltalte mot at saken ikke kommer for domstolene med mindre vilkårene er oppfylt, kan man ikke generelt si at ankefristen verner den tiltalte. Dette beror på hvem som anker, og hva anken i tilfelle går ut på.“

³⁶⁵ Asbjørn Strandbakken: *Uskylspresumsjonen*, bls. 514: „[...] hver av partene ha bevisbyrden for at vedkommende har anvendt rettsmiddel innenfor lovens frist.“

³⁶⁶ Dómur MDE, *Gurepka gegn Úkraínu*, 6. september 2005, mál nr. 61406/00.

6.6.5.1 Leiðbeiningaskylda ríkissaksóknara

Starfsemi ákærvaldsins er stjórnarsýsla í skilningi 1. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993.³⁶⁷ Í athugasemdum við 199. gr. sml. kemur fram að leiðbeiningarskyldan sé til staðar, jafnvel þó ákærði hafi notið aðstoðar annarra við gerð hennar. Jafnframt kemur fram að samsvarandi reglu hafi ekki verið að finna í þágildandi lögum en af henni hafi verið ráðið að „[...] ríkissaksóknari geti ekki neitað að hefjast handa um frekari aðgerðir varðandi áfrýjun þótt gallar kunni að vera á tilkynningu ákærða.“³⁶⁸ Þessi ummæli ítreka mikilvægi leiðbeininga ríkissaksóknara í áfrýjunarferlinu.

Það sem hér hefur verið fjallað um svarar þó ekki spurningunni um hvert sé inntak þessarar skyldu og hvort hún geti leitt til takmörkunar. Er því nauðsynlegt að skoða réttarframkvæmd nánar. Hér áður kom fram að ákærði þyrfti að tilkynna bréflega um áfrýjun sína. Í *Hrd. 19. janúar 2012 (438/2011)* var frestur liðinn og málinu vísað frá Hæstarétti. Fyrir lá í málinu að ákærði hafði leitað á skrifstofu ríkissaksóknara þann 24. júní s.á. eða sama dag og áfrýjunarfrestur rann út. Hæstiréttur taldi ekki skipta máli að skort hefði á leiðbeiningar:

Það fær ekki haggð þeirri niðurstöðu þótt skort hafi á leiðbeiningar af hálfu ríkissaksóknara þegar ákærði kom á skrifstofu hans innan hins lögmælda áfrýjunarfrests eins og að framan greinir. Í munnlegum málflutningi fyrir Hæstarétti var því hreyft af verjanda ákærða að fyrrgreint ákvæði um áfrýjunarfrest væri í andstöðu við fyrirmæli mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Ekki er fallist á að svo sé, sbr. dóm Hæstaréttar frá árinu 1996, bls. 2972 í dómasafni réttarins það ár.

Ekki kemur fram í dóminum á hvað skorti í leiðbeiningum ríkissaksóknara. Það sem á hinn bóginn virðist hafa ráðið úrslitum er að ákærði hafði ekki sent tilkynningu bréflega innan frestsins. Mætti af þessum dómi ráða að leiðbeiningaskyldan, um tilkynninguna sem slíka verði virk þegar tilkynning er til komin bréflega. Þó verður að hafa hliðsjón af 8. gr. stjórnarsýslulaga.

Í *Hrd. 8. maí 2007 (475/2007)* hafði ákærða lýst yfir áfrýjun bréflega þann 27. mars 2007, áður en dómur var birtur henni. Dómurinn var loks birtur þann 11. apríl s.á þar sem hún lýsti yfir áfrýjun. Þann 30. apríl s.m. óskaði ríkissaksóknari nánari útlistunar á því hverjar kröfur væru gerðar og upplýsti að embættið veitti aðstoð við gerð áfrýjunaryfirlýsingar. Bréf frá lögmanni barst loks þann 28. ágúst s.á. en var dagsett 9. maí og var svar við erindi ríkissaksóknara frá 30. s.m. Hæstiréttur taldi annmarka á tilkynningunni svo og að tímafrestur væri löngu liðinn leiða til þess að málinu væri vísað sjálfkrafa frá. Af þeim dómi má ráða að

³⁶⁷ Eiríkur Tómasson: „Ákærvaldið í ljósi jafnræðisreglna“, bls. 51.

³⁶⁸ Alþt. 2007-2008, A-deild, bls. 1504.

tilkynningin sem slík þurfi að berast fullbúin, samkvæmt kröfum 2. mgr. 199. gr. sml., til að ákærði teljist hafa áfrýjað innan frests.

Ríkissaksóknari er stjórnvald eins og komið hefur fram. Umboðsmaður Alþingis lét sig varða leiðbeiningarskyldu ríkissaksóknara í *UA. 21. júní 1996 (1818/1996)*. Atvik voru þau að ákærði hafði sent tilkynningu um áfrýjun dóms þann 15. febrúar 1996, sem var sami dagur og áfrýjunarfrestur rann út. Hafði ákærði fengið rangar upplýsingar en ríkissaksóknari taldi ekki efni til að gefa út áfrýjunarstefnu. Umboðsmaður fjallaði um 2. gr. 7. viðauka og mikilvægi þess að takmarkanir á rétti til áfrýjunar væru skýrar svo og að leiðbeiningar ákærvaldsins myndu ekki skerða þann rétt:

Því er mikilvægt að slíkar reglur séu skýrar og að leiðbeiningar ákærvaldsins þar að lútandi séu ekki til þess fallnar að skerða þennan rétt, sé þeim fylgt. Þegar litið er til þess, að hinar lögboðnu leiðbeiningar, sem dómþola voru veittar fyrir hönd ákærvaldsins, voru rangar, að villan í leiðbeiningunum var ekki augljós og að af hálfu dómþola var send tilkynning um ákvörðun hans um áfrýjun málsins innan þess frests, sem honum var leiðbeint um, tel ég, að ríkissaksóknara hafi borið að gefa út áfrýjunarstefnu í málinu, eins og mál þetta var vaxið.³⁶⁹

Var það niðurstaða umboðsmanns að það væri dómstóla, ekki ríkissaksóknara, að taka afstöðu til þess hvort ákærði hefði fyrirgert rétti sínum til áfrýjunar. Taldi hann að ríkissaksóknara bæri að gefa út áfrýjunarstefnu í málinu í ljósi þess hvernig atvikum var háttað. Samkvæmt þessu eiga dómstólar ákvörðunarvald um hvort áfrýjun verði ráðin.

Leiki vafi á því hvort heimila eigi áfrýjun er sá vafi almennt túlkaður ákærða í hag og hefur Hæstiréttur síðasta orðið um það.³⁷⁰ Í *Hrd. 1995, bls. 551* og *Hrd. 1996, bls. 2972* beindu ákærðu tilkynningum sínum ranglega til héraðsdóms. *Eiríkur Tómasson* veltir því upp í riti sínu *Réttur til réttlátrar málsmeðferðar*, hvort túlkun Hæstaréttar á fresti til áfrýjunar kunni á tíðum að hafa verið of einstrengingsleg í tilvikum þar sem mögulegt er að leiðbeiningar um áfrýjun hafi verið rangar. Telur hann að líta verði til 1. mgr. 6. gr. MSE og ef til vill einnig 1. mgr. 70. gr. stjkskr. þegar leyst er úr slíkum álitaeftum. Jafnframt tekur hann fram að varhugavert gæti verið að víkja frá fortakslausum ákvæðum um áfrýjunarfrest vegna réttaróvissu og hættu á mismunum sem það kynni að hafa í för með sér.³⁷¹ Hér má að lokum

³⁶⁹ Í áliti umboðsmanns Alþingis sagði einnig: „Það er grundvallarregla í íslensku réttarhari, að öllum beri réttur til að fá úrlausn um réttindi sín með réttlátri málsmeðferð fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli, sbr. 70. gr. Stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands. Í því sambandi kemur 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu einnig til athugunar. Eins og að framan hefur verið rakið, á sakfelldur maður ótvíræðan rétt til að leita endurskoðunar á máli sínu fyrir æðra dómi. Ég tel, að í framangreindum sjónarmiðum um réttláta málsmeðferð felist réttur dómþola til að dómstólar fjalli um mál hans og að í þessu tilviki leysi þeir úr ágreiningi um áfrýjunarrétt hans.“

³⁷⁰ Sigríður Friðjónsdóttir ríkissaksóknari, *munleg heimild*, 18. apríl 2013.

³⁷¹ Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 58-59.

nefna að fræðimenn telja að túlka eigi vafa um hvort áfrýjað hafi verið innan frests á sama hátt hvað báða aðila sakamáls varðar.³⁷²

6.6.6 Samantekt og niðurstaða

Af því sem að framan er rakið hvíla skyldur á bæði ákærða og ríkissaksóknara við áfrýjun þess fyrrnefnda. Ekki verður séð að of miklar skyldur séu lagðar á ákærða í þessum efnum, með tímafrestum eða kröfu um að hægt sé að ná í hann við birtingu dóms. MDE hefur talið að svigrúm aðildarríkjanna til takmarkana nái einmitt til þess að settar séu reglur um form og tímafresti til að tryggja að meðferð mála fyrir dómstólum sé skilvirk. Minnst var á mögulega takmörkun þegar dómar eru birtir. Ótækt er að fullyrða um hvort slík takmörkun geti eða geti ekki átt sér stað, til dæmis í fangelsum. Nema sýnt sé fram á annað verður að gera ráð fyrir því að stjórnvöld fari að lögum hvað þetta varðar og veiti leiðbeiningar, ekki ráðgjöf, um áfrýjun. Nú skal vikið nánar að álitaefnum tengdum tímafrestum og málsmeðferð um áfrýjun.

Í fyrsta lagi má nefna að framkvæmd um hvert sé upphaf og lok áfrýjunarfrests er skýr. Birtingarvottorð verður almennt að telja nægilega sönnun um upphaf frests. Á hinn bóginn kemur til álita hvort dómstólar kunni að túlka tímafresti of einstrengingslega, svo vitnað sé í *Eirík Tómasson*, í þeim vafatilvikum um hvort gætt hafi verið að þeim reglum sem snúa að leiðbeiningaskyldu um áfrýjun og áfrýjunarfresti. Með hliðsjón af þeirri réttarvernd sem ákvæði 2. gr. 7. viðauka veitir verður að taka undir orð Eiríks, að líta skuli til 1. mgr. 6. gr. MSE og 1. mgr. 70. gr. stjkskr. í þeim efnum. Þrátt fyrir að hætta sé á mismunun ef vikið er frá fortakslausum ákvæðum laga um áfrýjunarfrestum má þó einnig færa rök fyrir því að hætta sé á mismunun í hina áttina. Það er, í þeim tilvikum sem sannarlega er sýnt fram á að leiðbeiningar ríkissaksóknara hafi ekki verið sem skyldi. Þetta má rökstyðja með hliðsjón af þeirri kröfu að ákærði eigi ekki að vera háður öðrum stjórnvöldum þegar hann hyggst leita endurskoðunar, sbr. það sem rakið var hér rétt áður. Ef reglur mæla skýrt fyrir um hlutverk stjórnvalda í áfrýjunarferlinu, sem sýnt er fram á að brotið sé gegn, hljóta að standa rök til þess að dómstólar túlki jafnframt þann vafa ákærða í hag með hliðsjón af þeim hagsmunum sem í húfi eru og verndaðir eru í 2. gr. 7. viðauka. Þó verður að gera þann fyrirvara að slíkt gæti haft í för með sér að allir þeir sem bæru fyrir sig slíkum atvikum en eftir sem áður hlýtur það mat að vera bundið við hvert einstakt tilfelli.

³⁷² Asbjørn Strandbakken: *Uskyldspresumsjonen*, bls. 515: „Det kan anføres at man bør kunne opere med ulike beviskravet kommer alt etter hvem som anker, for eksempel slik at påtalemyndigheten må bevise ut over rimelig tvil at anken er uttatt i tide, mens tiltales anke kan tas under behandling såfremt han påviser at det er rimelig tvil om ankens rettidighet. Hensynet til i størst mulig grad å operere med ens beviskrav, tilsier imidlertid etter mitt skjønn at man bør velge samme beviskrav uavhengig af hvem som anker.“

Í öðru lagi má færa fyrir því gild rök að þrátt fyrir að ákærði kunni að vera „háður“ ríkissaksóknara í áfrýjunarferlinu verði telja að hlutverk ríkissaksóknara í þessu ferli sé fremur til að tryggja skilvirkni refsivörslukerfisins í heild. Hér má minnast á að í gildistíð eldri laga þurfti ákærði að beiðast þess að ríkissaksóknari óskaði áfrýjunar. Þrátt fyrir að ákærða hafi ekki verið neitað um slíkt svo vitað sé, væri það skýrlega í andstöðu við 2. gr. 7. viðauka. Í þessu samhengi verður að horfa til þess að ákærði getur leitað úrræða á stjórnslustigi ef ekki er gefin út áfrýjunarstefna, þá hvort um hvort ríkissaksóknari hafi farið að lögum. Þá sýnir réttarframkvæmd að ríkissaksóknari lætur fremur dómstóla eiga síðasta orðið í vafatilvikum.

Nú hefur verið fjallað um hverjar takmarkanir eru og jafnframt hvernig málsmeðferð um áfrýjun er háttáð, þó þvert á móti sé um tæmandi umfjöllun að ræða. Í næsta kafla verður fjallað um hvernig endurskoðun æðri dóms, Hæstaréttar Íslands, er háttáð.

6.7 Endurskoðun Hæstaréttar Íslands

6.7.1 Almenn atriði

Nú er komið að því að fjalla um hvernig endurskoðun Hæstaréttar fer fram. Rakið hefur verið hver skilyrði séu fyrir því að mál sæti meðferð fyrir Hæstarétti en minnst var á það einnig að þau mál sem uppfylla ekki þau skilyrði geti, í skilningi 2. gr. 7. viðauka sætt endurskoðun sem felst þá í meðferð um veitingu eða synjun áfrýjunarleyfa. Að lokinni þessari umfjöllun ætti að vera hægt að draga ályktun um hvort og þá hvernig skilyrðum 2. gr. 7. viðauka er fullnægt í íslenskum rétti. Samhengisins vegna verður fyrst fjallað áfrýjunarleyfi og því næst um hefðbundna meðferð máls fyrir réttinum. Niðurstöður verða eins og áður dregnar saman í lok hverrar umfjöllunar.

6.7.2 Endurskoðun með umsókn um áfrýjunarleyfi

Grundvöllur áfrýjunarleyfa byggist á tveimur mismunandi þáttum, að almenn skilyrði séu ekki uppfyllt eða að áfrýjunarfrestur sé liðinn. Ef áfrýjunarleyfi er veitt sætir mál hefðbundinni meðferð fyrir Hæstarétti. Ákvæði 2. mgr. 198. gr. sml. geymir heimild til að leita áfrýjunarleyfis, eins og fram hefur komið. Ákvæðið hljóðar svo:

Þrátt fyrir ákvæði 1. mgr. má áfrýja héraðsdómi með leyfi Hæstaréttar sem veita má ef úrslit málsins hafa verulegt almennt gildi eða varða mikilvæga hagsmuni ellegar ekki er útilokað samkvæmt fyrirbyggjandi gögnum að dómi kunnri að verða breytt svo að einhverju nemi. (áh. höf.)

Þessa heimild hafa bæði ákærði og ríkissaksóknari. Í 1. mgr. 200. gr. sml. er fjallað um heimild ákærða til að leita leyfis og er eins og áður var minnst á um áþekka málsmeðferð að ræða og við tilkynningu um áfrýjun. Ákvæðið hljóðar svo:

Nú vill ákærði leita leyfis Hæstaréttar til að áfrýja héraðsdómi og skal hann þá senda ríkissaksóknara tilkynningu skv. 2. mgr. 199. gr. ásamt skriflegri umsókn um leyfið þar sem rökstutt skal ítarlega hvernig ákærði telur að skilyrðum fyrir áfrýjunarleyfi sé fullnægt. Leiti ákærði áfrýjunarleyfis skv. 2. mgr. 198. gr. verður umsókn hans ásamt tilkynningu um áfrýjun að berast ríkissaksóknara innan áfrýjunarfrests sem þar með telst rofinn.

Ákærði þarf þannig að senda tilkynningu til ríkissaksóknara, sem jafnframt getur leitað leyfis, sbr. 2. mgr. 200. gr. sem hljóðar svo:

Leiti ríkissaksóknari áfrýjunarleyfis skal hann beina til Hæstaréttar skriflegri umsókn um það. Skal hún vera sama efnis og um ræðir í 1. mgr. Sé leitað áfrýjunarleyfis skv. 2. mgr. 198. gr. verður umsóknin að berast réttinum innan áfrýjunarfrests sem þar með telst rofinn.

Sendar eru athugasemdir af hálfu ríkissaksóknara samhliða og umsókn ákærða er send Hæstarétti. Leiðir það af verklagi sem ákveðið hefur verið af hálfu embættisins og réttarins,

þar sem þá sparast tími við meðferð umsókna. Í eldri tíð var umsókn send til Hæstaréttar og var síðan ríkissaksóknara gefinn frestur og kostur til að tjá sig um framkomna umsókn.³⁷³

6.7.2.1 Uppfyllir málsmeðferðin „endurskoðun æðri dóms“ í skilningi 2. gr. 7. viðauka?

Ljóst má vera að sú endurskoðun sem felst í að leita þurfi áfrýjunarleyfis er takmörkun á rétti til áfrýjunar.³⁷⁴ Nú verður fjallað um hvort og þá hvernig endurskoðunin sem slík uppfylli kröfur þær sem leiða af 2. gr. 7. viðauka MSE.

Í gildistíð eldi laga var leyfi ekki veitt nema að því skilyrði uppfylltu að sérstakar ástæður mæltu með því, sbr. þágildandi 3. mgr. 150. gr. oml. Ákvæðið var þó talið mega túlka með hliðsjón af ítarlegri ákvæðum eml.³⁷⁵ Skilyrði sem nú gilda í sakamállum byggja á ákvæðum eml. og eru því ítarlegri.³⁷⁶ Í athugasemdum með 200. gr. sml. kemur fram að ákvæðið sæki að mestu fyrirmynd í ákvæði laga um meðferð einkamála.³⁷⁷ Á þeirri forsendu og með vísan í forsögu beggja lagabálka á sviði réttarfars, og með hliðsjón af lagabreytingum á árinu 1994 verður litið til beggja réttarsviða til skýringar.

Löggjafinn hefur talið að réttaröryggi í minniháttar málum geti verið tryggt á annan hátt en með almennri meðferð máls fyrir Hæstarétti, í þeim skilningi sem fjallað var um áður. Jafnvel þótt hagsmunir séu þeir sömu og í þeim málum sem stærri teljast. Þetta kemur fram í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 38/1994 um breyting á lögum um meðferð einkamála. Verður ekki annað talið en að sjónarmiðin eigi, að breyttu breytanda, við um meðferð sakamála, sbr. það sem áður var rakið. Orðrétt sagði:

Þannig eru yfirleitt sömu rök fyrir heimild til málskots til að leita leiðréttingar á rangri niðurstöðu, hvort sem hagsmunirnir, sem eru í húfi, eru miklir eða litlir. Þar með er þó ekki sagt að öll mál, sem gæti komið til álita að sækjast eftir að fá endurskoðuð á þessari forsendu, þurfi að fá sams konar meðferð fyrir æðra dómi. Eftir því sem hagsmunir í máli eru minni er einmitt frekar ástæða til að mál fái einfalda og ódýra meðferð ef unnt er að tryggja að réttaröryggi sé borgið með henni.³⁷⁸

Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 37/1994 um breyting á lögum um meðferð opinberra mála sagði um takmörkunina:

³⁷³ Sigríður Friðjónsdóttir ríkissaksóknari, *munleg heimild*, 18. apríl 2013.

³⁷⁴ Alþt. 1993-1994, A-deild, bls. 1217.

³⁷⁵ Hrafn Bragason: „Hugleiðingar um áfrýjunarleyfi“, bls. 313.

³⁷⁶ Alþt. 2007-2008, A-deild, bls. 1505.

³⁷⁷ Alþt. 2007-2008, A-deild, bls. 1501.

³⁷⁸ Alþt. 1993-1994, A-deild, bls. 1249.

[...] þótt takmarkanir yrðu gerðar á rétti til áfrýjunar á dómi í minni háttar málum yrði endurskoðun æðra dóms engan veginn útilokuð því [...] sakfelldur maður [gæti] leitað leyfis Hæstaréttar til áfrýjunar [...] Á þann hátt gæti endurskoðun [...] einnig átt sér stað í minni háttar málum og þá í sambandi við ákvörðun Hæstaréttar um hvort leyfi yrði veitt til áfrýjunar en eftir atvikum yrði leyfið veitt ef breyting á niðurstöðu þætti ekki ósennileg eða málið varðaði mikilsverða hagsmuni.³⁷⁹

Eins og fram hefur komið hér áður, þarf að vera efnislega fjallað um umsókn, samkvæmt kröfum MDE. Jafnframt var rakið að fræðimenn hafi talið að túlka beri ákvæði 2. gr. 7. viðauka í ljósi þeirrar réttarverndar sem ákvæðinu er ætlað að vernda, óháð undirbúningsgögnum að baki ákvæðinu, þar sem fram kom að nægjanlegt gæti verið að fært væri að óska eftir endurskoðun og mátti af orðalagi undirbúningsgagna álykta að ekki þyrfti að fara fram efnisleg endurskoðun. Til þess að hægt sé að rekja nánar hvort takmörkunin sé í samræmi við 2. gr. 7. viðauka þarf að skoða hvernig meðferð umsókna um áfrýjunarleyfi er háttað Í 3. mgr. 200. gr. sml. kemur fram hvernig meðferð leyfis er háttað hjá Hæstarétti:

Hæstiréttur gefur öðrum málsaðilum kost á að tjá sig um umsókn um áfrýjunarleyfi. Þegar meðferð umsóknar er lokið tilkynnir rétturinn aðilunum skriflega um niðurstöðuna. Sé leyfið veitt verður ekki krafist rökstuðnings fyrir þeirri ákvörðun en sé umsókn hafnað skal greint frá ástæðum þess í tilkynningu til aðilanna.

Ekki er nánar rakið hvað átt er við með Hæstarétti í þessu samhengi. Samkvæmt 5. mgr. 7. gr. dsl. getur Hæstiréttur, það er dómarrar sem í honum sitja, falið þremur eða fimm dómurum að taka afstöðu til einstakra málaflokka, til dæmis umsókna um áfrýjunarleyfi. Er þá um að ræða svokallaða áfrýjunarleyfisnefnd.³⁸⁰ Samkvæmt upplýsingum frá Hæstarétti eiga þrír dómarrar sæti í nefndinni í dag. Ekki er um að ræða reglubundna skipan þeirra, þ.e. til ákveðins tíma.³⁸¹

Eins og fram kemur í 3. mgr. 200. gr. sml. fær hvor aðili kost á því að tjá sig um framkomna umsókn. Byggir rökstuðningsreglan, sem mælt er fyrir um í ákvæðinu, á því að gagnaðila sé veitt færi á að koma sínum sjónarmiðum á framfæri. Þannig liggi fyrir allar röksemdir um hugsanlegar breytingar á niðurstöðu héraðsdóms.³⁸² Sömu sjónarmið gilda um umsóknina og um skriflegar greinargerðir aðila fyrir Hæstarétti.³⁸³

Meðferð máls fyrir nefndinni er efnisleg og fer fram í kjölfar undirbúnings af hálfu aðstoðarmanna dómara.³⁸⁴ Þegar leyfisumsókn berst er hún fengin aðstoðarmanni sem kannar beiðni og þau gögn sem henni fylgja. Gerir hann svo stutta skýrslu þar sem gerð er grein fyrir

³⁷⁹ Alþt. 1993-1994, A-deild, bls, 1217.

³⁸⁰ Hrafn Bragason: „Hugleiðingar um áfrýjunarleyfi“, bls. 313.

³⁸¹ Þorsteinn A. Jónsson, skrifstofustjóri Hæstaréttar Íslands, *munleg heimild*, 17. apríl 2013.

³⁸² Alþt. 1993-1994, A-deild, bls. 1249-1250.

³⁸³ Alþt. 1993-1994, A-deild, bls, 1222.

³⁸⁴ Þorsteinn A. Jónsson, skrifstofustjóri Hæstaréttar Íslands, *munleg heimild*, 17. apríl 2013.

málsatvikum, málsástæðum, lagaákvæðum, dómafordæmum og gerir tillögu að svari. Að því loknu fá dómara skýrsluna í hendur til kynningar. Eftir að þeir hafa kynnt sér gögnin koma þeir saman til fundar þar sem ákvörðun er tekin. Getur niðurstaðan falist í að fallist sé á tillögu aðstoðarmannsins, henni breytt eða beðið um frekari gögn. Sé afgreiðslu ekki frestað til frekari gagnaöflunar eða könnunar, er málið á ný fengið aðstoðarmanni til afgreiðslu og tilkynningar til aðila. Nefndin leggur þannig mat á gögn og röksemdir leyfisbeiðanda fyrir beiðni um áfrýjunarleyfi og það sem kann að hafa borist í kjölfar hennar.³⁸⁵

Þegar meðferð umsóknar er lokið er aðilum tilkynnt skriflega um niðurstöðu.³⁸⁶ Veiting leyfis er ekki rökstutt sérstaklega, sbr. 5. mgr. 200. gr. sml., enda væru dómara þá að tjá sig um mál sem rétturinn á eftir að fjalla um. Endurskoðun æðri dóms fer fram á þeim grundvelli sem hér hefur verið lýst af þremur dómurum réttarins.³⁸⁷ Synjun er ekki rökstudd sérstaklega, heldur er hún stuttur og með vísan í skilyrði 2. mgr. 198. gr. sml.³⁸⁸

Það leiðir af eðli málsmeðferðar um áfrýjunarleyfi að vandkvæðum er bundið að festa hendur á hvað þurfi að koma til svo mál hljóti almenna meðferð Hæstaréttar. Jafnframt er iðulega ekki tekið fram í dómum réttarins á hvaða grundvelli leyfi er veitt ef svo ber undir. Á árunum 2010, 2011 og 2012 voru umsóknir um áfrýjunarleyfi í sakamálum samtals 38. Af þeim voru 13 sem hlutu leyfi.³⁸⁹ Telja má að endurskoðun á þennan hátt uppfylli skilyrði 2. gr. 7. viðauka. Takmörkun á þennan hátt er lögfest, þó eflaust mættu takmarkanir sem felast í skilyrðum fyrir áfrýjun, vera skýrari að mati höfundar. Þeirri spurningu er enn ósvarað hvort rökstuðningur synjunar sé í samræmi við 2. gr. 7. viðauka.

³⁸⁵ Hrafn Bragason: „Hugleiðingar um áfrýjunarleyfi“, bls. 312-313.

³⁸⁶ Hrafn Bragason: „Hugleiðingar um áfrýjunarleyfi“, bls. 312-313.

³⁸⁷ Hrafn Bragason: „Hugleiðingar um áfrýjunarleyfi“, bls. 313.

³⁸⁸ Þorsteinn A. Jónsson, skrifstofustjóri Hæstaréttar Íslands, *munleg heimild*, 17. apríl 2013.

³⁸⁹ Byggt á skriflegum upplýsingum frá skrifstofu Hæstaréttar, 26. mars 2013.

6.7.2.2 Uppfyllir rökstuðningur synjunar skýrleikakröfur 2. gr. 7. viðauka?

Það hefur sætt gagnrýni að synjun á veitingu leyfa sé ekki rökstudd, nema þá með vísan í að ekki þyki lagaskilyrði fyrir hendi að verða við beiðni.³⁹⁰ Sjónarmið að baki því að leyfi séu ekki rökstudd lúta að því að mjög yrði dregið úr þeim verksparnaði sem verður, við að fara með mál á þennan hátt.³⁹¹ Verður að mati höfundar að skoða þau í ljósi þeirra markmiða sem urðu til lagabreytinganna á árinu 1994, að minnka málafjölda og þ.a.l. álag á Hæstarétti. Rétt er nú að rekja lokamálsl. 3. mgr. 200. gr. sml. sem hljóðar svo:

Sé leyfið veitt verður ekki krafist rökstuðnings fyrir þeirri ákvörðun en sé umsókn hafnað skal greint frá ástæðum þess í tilkynningu til aðilanna.

Eins og fram kom áður eru nán tengsl milli 200. gr. sml. og ákvæða eml.³⁹² Í 5. mgr. 154. gr. eml. segir svo:

Ef synjað er um áfrýjunarleyfi skal þeim sem sótti um það tilkynnt bréflega um þá niðurstöðu. Í tilkynningunni skal greint stuttlega frá ástæðum fyrir synjuninni.

Í athugasemdum að baki 5. mgr. 154. gr. eml., með síðari breytingum, sagði um rökstuðning:

Þá ber að nefna að skv. 5. mgr. 3. gr. laga nr. 75/1973 eru það dómarrar við Hæstarétt sem taka afstöðu til umsóknar um áfrýjunarleyfi. Loks verður að vekja athygli á að eins og orðalagi er hagað í c-lið 4. mgr. 5. gr. frumvarpsins ætti ekki að synja um áfrýjunarleyfi nema næsta vísit þyki að engar eða aðeins mjög óverulegar breytingar yrðu gerðar á niðurstöðu í héraðsdómi ef áfrýjun yrði leyfð. **Er þannig ráðgert að Hæstiréttur tæki eingöngu endanlega afstöðu til efnisatriða í máli í tengslum við höfnun umsóknar um áfrýjunarleyfi og þá aðeins á þeim grunni að málið varði ekki mikilvæga hagsmuni og ekki sé annars að vænta en að héraðsdómur í því yrði staðfestur að undangenginni áfrýjun. Slík höfnun yrði að vera rökstudd, sbr. [nú 5. mgr. 154. gr. eml.] Ef vafi væri hins vegar um hugsanleg málalok yrði að veita áfrýjunarleyfið og þá án þess að neinu væri slegið föstu um hvernig endanlegar lyktir málsins gætu síðan orðið.**³⁹³ (áh. höf.)

Samkvæmt þessu og einkum í ljósi þess er greinir í feitletraða textanum má ráða að Hæstiréttur taki efnislega afstöðu til umsóknar með höfnun, á þann hátt að hann telji dómi ekki verða breytt. Ef áfrýjunarleyfi er ekki veitt, hefur því verið haldið fram að jafnframt sé það þá mat réttarins, að héraðsdómur yrði staðfestur, í það minnsta í öllu verulegu, þótt mál sættu meðferð samkvæmt hinni leiðinni.³⁹⁴ Af þessu mætti ráða, að í synjun felist jafnframt efnisleg afstaða og ef „[...] vafi væri hins vegar um hugsanleg málalok yrði að veita áfrýjunarleyfið“ eins og sagði í tilvitnuðum ummælum í lögskýringagögnum. Þar sagði einnig að slík „höfnun yrði að vera rökstudd.“ Verða nú rakin sjónarmið er lúta að rökstuðningi fyrir höfnun á veitingu áfrýjunarleyfis.

³⁹⁰ Ragnar H. Hall: „Nokkur orð um lagaframkvæmd í Hæstarétti“, bls. 7. Ragnar fjallar um þetta einkum í tengslum við ákvæði laga nr. 91/1991. Að breyttu breytanda eiga sömu sjónarmið við um sakamál.

³⁹¹ Hrafn Bragason: „Hugleiðingar um áfrýjunarleyfi“, bls. 313.

³⁹² Alþt. 2007-2008, A-deild, bls. 1505.

³⁹³ Alþt. 1993-1994, A-deild, bls. 1249-1250.

³⁹⁴ Hrafn Bragason: „Hugleiðingar um áfrýjunarleyfi“, bls. 313.

Ragnar H. Hall, hæstaréttarlögmaður hefur látið sig þetta varða og segir í grein frá árinu 2000: „Hæstiréttur hefur talið nægja að skýra ástæður synjunar með einni setningu: Ekki þykja vera fyrir hendi lagaskilyrði til að verða við beiðninni.“³⁹⁵

Hrafn Bragason fyrrverandi hæstaréttardómari fjallar ítarlega um veitingu áfrýjunarleyfa í einka- og sakamálum, í grein sinni, „Hugleiðingar um áfrýjunarleyfi“ sem birtist á árinu 2001. Þar segir að Hæstiréttur hafi rökstutt synjun: „með því að vitna til lagaákvæðisins og á þann hátt talið greint frá ástæðum fyrir synjuninni“³⁹⁶

Annar fyrrverandi hæstaréttardómari, Jón Steinar Gunnlaugsson, fjallar um þessi ummæli Hrafns í riti sínu, *Um málskot í einkamálum* á árinu 2005 og segir: „Slíkur rökstuðningur getur varla talist uppfylla kröfu 5. mgr. 154. gr. [eml.] Þess ber að geta að í framkvæmd mun aðili geta óskað frekari rökstuðnings en þetta og mun hann þá látinn í té.“³⁹⁷

Höfundur fékk þær upplýsingar í Hæstarétti að synjun væri ekki rökstudd sérstaklega heldur væri rökstuðningur stuttur og með vísan í skilyrði 2. mgr. 198. gr. sml.³⁹⁸ Erfitt er að festa hendur á hver framkvæmdin er, eins og áður er rakið, þar sem ekki er opinbert hvaða málum er synjað né þá hvers vegna. Hvað rökstuðningur fyrir synjun áfrýjunarleyfis varðar má hér til hliðsjónar líta til nýlegrar réttarframkvæmdar í Noregi, með fyrirvara um ólíka dómstólaskipan og lagaframkvæmd. Verður það nú gert.

Í kjölfar áður nefnds álits MSP, *Aboushanif gegn Noregi*, frá 25. júlí 2008,³⁹⁹ að því er varðar rökstuðningur fyrir áfrýjunarleyfum í Noregi, kvað fullskipaður Hæstiréttur Noregs upp fordæmisgefandi dóm þann 19. desember 2008 í *Rt. 2008, bls. 1764*. Í stuttu máli sagt var niðurstaða dómsins að neitun um áfrýjunarleyfi þyrfti að rökstyðja. Hvernig rökstuðningur væri ylti svo á eðli máls. Hann þyrfti í það minnsta að vera þannig úr garði gerður að hægt væri að sjá að endurskoðun hafi farið fram.⁴⁰⁰ Í kjölfar þessa hafa fræðimenn velt dómnum

³⁹⁵ Ragnar H. Hall: „Nokkur orð um lagaframkvæmd í Hæstarétti“, bls. 9.

³⁹⁶ Hrafn Bragason: „Hugleiðingar um áfrýjunarleyfi“, bls. 312

³⁹⁷ Jón Steinar Gunnlaugsson, *Um málskot í einkamálum*, bls. 44, nmgr. 38.

³⁹⁸ Þorsteinn A. Jónsson, skrifstofustjóri Hæstaréttar Íslands, *munleg heimild*, 17. apríl 2013.

³⁹⁹ Álit MSP, *Aboushanif gegn Noregi*, frá 25. júlí 2008, mál nr. 1542/2007.

⁴⁰⁰ Í 116. gr. dómsins sagði: „Ogsá jeg legger til grunn at SP artikkel 14 nr. 5 ikke krever ankerrett i tilfelle omhandlet i straffeprosessloven § 321 første ledd. Av den grunn vil det heller ikke foreligge begrunnelsesplikt i disse tilfellene. Jeg utelukker ikke at det kan forekomme spesielle situasjoner der en begrunnelse for ikke å tillate anke vil være på sin plass, for eksempel det er tale om en særlig høy bot eller inndragning.“ (áh. höf.)

fyrir sér, í ljósi þjóðréttarlegra skuldbindinga norska ríkisins.⁴⁰¹ Hér ber að geta þess að lagmannsréttirnir í Noregi (annað dómstig af þremur) hafa í gegnum tíðina haft heimild til synjunar eða neitunar (n. *ankesiling*) á að taka mál til meðferðar og hefur umræðan þróast út frá því. Hefur verið talið, á grundvelli réttarframkvæmdar, að ekki sé skylt að rökstyðja synjanir af þessu tagi en það geti átt við í einhverjum tilvikum. Hafa fræðimenn jafnframt talið að réttarþróunin í Noregi muni ef til vill veita ríkari réttarvernd en leiðir af þjóðréttarlegum skuldbindingum norska ríkisins.⁴⁰²

6.7.2.3 Samantekt og niðurstaða um endurskoðun með málsmeðferð um áfrýjunarleyfi

Í fyrsta lagi má draga þá ályktun, miðað við þá framkvæmd sem gildandi er innan Hæstaréttar að sú endurskoðun með málsmeðferð um áfrýjunarleyfi sem þar tíðkast sé í samræmi við þær kröfur sem gerðar eru á vettvangi MDE, sbr. til hliðsjónar mál *E.M gegn Noregi, frá 26. október 1995*. Í öðru lagi má færa rök fyrir því að íslensk löggjöf veiti hvað þetta varðar raunar rýmri heimildir en krafist er í 2. gr. 7. viðauka. Áður var rakið að þær takmarkanir sem felast í áfrýjunarheimildum um mál sem teljast minniháttar væru í samræmi við undantekningar 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka. Hér verður að minnast á að þau mál sem heimilt er að undanþiggja endurskoðun æðri dóms hljóta í raun endurskoðun með málsmeðferð um áfrýjunarleyfi. Hér má til dæmis hafa hliðsjón af máli *Luchaninova gegn Úkraínu, frá 9. júní 2011*,⁴⁰³ þar sem ekki var heimild til að óska endurskoðunar á broti sem taldist minniháttar, hvorki með hefðbundinni málsmeðferð né með áfrýjunarleyfi. Var slík undantekning talin heimil. Í þriðja lagi má draga saman að erfitt sé að slá því föstu að rökstuðningur synjunar sé nógur eða ónógur í hverju máli. Byggist sú afstaða einkum á því að framkvæmd um veitingu áfrýjunarleyfa er ekki opinber, sem leiðir nokkuð af eðli máls. Þó má velta upp sjónarmiðum sem lúta að rökstuðningskröfu.

⁴⁰¹ Í þessu samhengi má t.d. vísa til skrifa norska hæstaréttardómarans *Jens Edvin A. Skoghøy Skoghøy*: „Ankesiling og begrunnelse“, bls. 129-130 í 3. töl. Lov og Rett. Þess ber einnig að geta að í kjölfar dómsins fóru fram umræður um breytingu á 321. gr. norsku sakamálaganna að því er varðar rökstuðning fyrir ákvörðun um áfrýjunarleyfi. Nánar um þau sjónarmið má vísa til umsagnarbeiðna í frumvarpi norska dómsmálaráðuneytisins til Stórbingsins, 141 L, 2009-2010, einkum bls. 18-20. Þar er meðal annars vikið að því að hættulegur þröskuldur kunni að felast í því að rökstyðja allar synjanir. Í stuttu máli sagt má segja að það verði að velta á eðli máls, svo sem einnig kemur fram í dómnum.

⁴⁰² Mads Andenæs og Andreas Motzfeldt Kravik: „Norske verdier og EMK“, bls. 591, hvar segir m.a.: „Legger en til grunn at Høyesterett gikk utover det rettighetsnivå som fulgte af EMK, vil det han påvirke retningen til den dynamiske rettsutviklingen i EMD.“

⁴⁰³ Dómur MDE, *Luchaninova gegn Úkraínu*, 9. júní 2011, mál nr. 16347/02, í 43. mgr sagði m.a.: “In the present case, however, the applicant was not acquitted, nor were the proceedings against her formally discontinued [...] In particular, the court’s resolution [...] finding the applicant guilty of the administrative offence was not quashed

Í athugasemdum að baki 5. mgr. 154. gr. eml. sagði að synjun þyrfti að rökstyðja. Í 3. mgr. 200. gr. sml. segir m.a. að mál þurfi að hafa í fyrsta lagi „*verulegt almennt gildi*“ eða í öðru lagi að „*varða mikilvæga hagsmuni*“ ellegar í þriðja lagi að „*ekki sé útilokað samkvæmt fyrirbyggjandi gögnum að dómi kunni að verða breytt svo að einhverju nemi*“ til að hljóta endurskoðun með hefðbundinni áfrýjunarmeðferð. Þessi skilyrði eru matskennd og skal hér ekki efast um það að ákvarðanir séu teknar á réttmætum forsendum. Sé vitnað til orðalags rökstuðnings, sem Ragnar H. Hall lét í ljós um að „*Ekki [þættu]vera fyrir hendi lagaskilyrði til að verða við beiðn[i]*“ má vissulega velta upp hvort slíkur rökstuðningur sé í samræmi við þjóðréttarlegar skuldbindingar íslenska ríkisins, að því er varðar bæði 2. gr. 7. viðauka MSE og 5. mgr. 14. gr. SBSR.

Hér skal tekið fram í upphafi að sú endurskoðun Hæstaréttar, sem fram fer með málsmeðferð um áfrýjunarleyfi, er í fyllilegu samræmi við þjóðréttarlegar skuldbindingar íslenska ríkisins, sem gera kröfu um að ákvörðun um slíkt leyfi sé byggð á efnislegum forsendum.⁴⁰⁴ Í kafla 5.3.1. var fjallað um skoðanir fræðimanna um að takmörkun, sem fólgin er í málsmeðferð um áfrýjunarleyfi, sé andstæð réttarvernd 2. gr. 7. viðauka ef hætta er á að hún geti verið byggð á hentugleika, þ.e. að ekki sé efnislega fjallað um mál. Því má velta því upp, hvort rökstuðningur á þennan hátt sem Ragnar nefnir, þ.e. með vísan í að ekki séu lagaskilyrði fyrir hendi til að verða við beiðni, geti fyllilega verið í samræmi við þá kröfu að sá sem leitar endurskoðunar æðri dóms viti með réttu að mál hans hafi verið endurskoðað.

Hér skal einnig tekið fram að MDE hefur ekki gert kröfur eða fjallað um rökstuðning synjunar, svo vitað sé, í þeim skilningi sem hér hefur verið fjallað um. Þetta sjónarmið hefur komið mun skýrar fram í réttarframkvæmd MSP um 5. mgr. 14. gr. svo sem rakið var, svo og einnig að MDE virðist líta til réttarframkvæmdar MSP hvað varðar ákvæði 2. gr. 7. viðauka MSE, enda er það í samræmi við það sjónarmið að haga túlkun sáttmálans í samræmi við aðra alþjóðlega mannréttindasáttmála.

Eins og fjallað var um í kafla 4.2. komst MSP að þeirri niðurstöðu að *neitun* um áfrýjunarleyfi væri í andstöðu við ákvæði 5. mgr. 14. gr. SBSR og byggir sá dómur Hæstaréttar Noregs á sjónarmiðum sem þar komu fram. Mikilvægt er að nefna að lagmannsréttirnir þar í landi hafa heimild til að *neita* að taka mál til meðferðar og varða þessi sjónarmið einkum slík tilfelli. Gera verður fyrirvara um ólíka réttarskipan og lagaframkvæmd í umfjöllun um rökstuðning synjunar, út frá þessum sjónarhóli. Það breytir því þó ekki að

⁴⁰⁴ Þó vissulega megi nefna að MSP hafi gert athugasemdir hvað efnislegar takmarkanir varðar, þ.e. almenn skilyrði.

réttarframkvæmd í Noregi sýnir að rökstuðningskrafan á upp á pallborðið nú til dags. Hefur þar komið fram að það geti oltið á eðli máls hvort rökstyðja ber ákvörðun um synjun áfrýjunarleyfis. Eins og áður segir og hafa fræðimenn þar í landi jafnframt látið í veðri vaka að þróunin sé að Hæstiréttur Noregs muni ef til vill ganga lengra en þjóðréttarlegar skuldbindingar Noregs, þ.e. SBSR og MSP krefjast.

Hér verður einnig að taka undir og nefna þau sjónarmið sem lúta að tilgangi endurskoðunarúrræða sem felast í málsmeðferð um áfrýjunarleyfi, þ.e. að minnka málafjölda án þess að skerða réttaröryggi og gera meðferð máls hagkvæmari en ella. Fram hefur komið að þetta endurskoðunarúrræði þjónaði ekki tilgangi sínum, þ.e. að vera hagkvæmt, ef rökstyðja þyrfti synjanir. Höfundur er sammála þessu að nokkru leyti. Á hinn bóginn hlýtur mestu máli að skipta að af rökstuðningi megi leiða að efnislega hafi verið fjallað um mál. Ef svo er ekki má á sama hátt halda fram að endurskoðunarúrræðið þjónaði ekki tilgangi sínum. Auk þess má nefna að samkvæmt 53. gr. MSE er sáttmálanum ekki ætlað að hindra aðildarríkin í að veita ríkari réttarvernd í landslöggjöf sinni eða samkvæmt öðrum þjóðaréttarsamningum.

6.7.3 *Almenn meðferð máls fyrir Hæstarétti*

Víkur nú umfjölluninni að þeirri endurskoðun sem felst í almennri meðferð máls fyrir Hæstarétti og þá fyrst og fremst hvernig hún samræmist þeim kröfum sem leiðir af 2. gr. 7. viðauka. Eins og rakið hefur verið virðast heimildir til endurskoðunar Hæstaréttar á niðurstöðum dómsúrlausna rúmar.

Almennt er hægt að óska endurskoðunar á öllum þáttum sakfellingar eða sýknu enda hafi niðurstaða í héraði ekki byggt á munnlegum framburðum, svo sem tekið er fram í c-lið 1. mgr. 196. gr. sml. Til þess að hægt sé að meta hvort réttur til endurskoðunar æðri dóms sé tryggður á þann hátt sem honum er ætlað í 2. gr. 7. viðauka þarf að skoða nánar inntak þessara heimilda og reyna að leiða í ljós hvaða gildi þær hafa við beitingu úrræðisins og hvort um mögulega takmörkun á endurskoðunarréttinum sé að ræða.

Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 37/1994 segir að samhliða því að 2. gr. 7. viðauka tæki gildi væri rökrétt að tryggja um leið að ekki yrði lagt mat á sönnunargildi munnlegs framburðar á neðra dómstigi. Sá varnagli væri jafnframt gerður að

mögulegt væri að vísa málum heim í hérað til nýrrar meðferðar.⁴⁰⁵ Hér er vísað til meginreglunnar um milliliðalaus sönnunarfærslu. Reglan kemur fram í 1. mgr. 111. og 112. gr. sml. og nýtur verndar 1. mgr. 70. gr. stjkskr. og 1. mgr. 6. gr. MSE um réttláta málsmeðferð, sbr. ákvæði d-liðar 3. mgr. 6. gr. MSE. Rökin fyrir reglunni eru einkum þau að kynni dómari sér framlögð sönnunargögn af eigin raun aukist líkur á að dómur byggist á efnislega réttum forsendum. Þannig eigi hann auðveldara með að leiða hið sanna og rétta í ljós.⁴⁰⁶ Í þeim tilvikum sem áfrýjunardómstól er falið að skera úr um sekt eða sýknu gildir meginreglan um milliliðalaus sönnunarfærslu.⁴⁰⁷ Áður fyrr var tekið til endurskoðunar mat héraðsdómara á sönnunargildi munnlegs framburðar en ákvæði 2. mgr. 208. gr. sml. er ætlað að koma í veg fyrir það.⁴⁰⁸

6.7.3.1 Skýrslutökur fyrir Hæstarétti

Samkvæmt því sem að framan er rakið hefur Hæstiréttur því ekki heimild að lögum til að fella dóm nema að undangenginni skýrslutöku fyrir réttinum, byggji niðurstaða í héraði á munnlegum framburðum. Heimild til slíkrar skýrslutöku er í 3. mgr. 205. gr. sml. Heimildin til skýrslugjafar fyrir Hæstarétti hlýtur að vega þungt þegar metið er hvort þær skyldur sem leiða af 2. gr. 7. viðauka séu uppfylltar.⁴⁰⁹ Sé það gert uppfyllir sú meðferð máls þá endurskoðun sem krafist er en þá nær hún fyllilega til sakfellingar og þess grundvallar sem hún byggir á. Í kafla 4.3. var fjallað um dóm MDE, *Sigurþór Arnarsson gegn Íslandi*, frá 15. október 2003⁴¹⁰ en í málinu hafði Hæstiréttur sakfellt S í kjölfar sýknudóms. Taldi MDE að sakfellingin hefði byggst á sönnunargögnum sem ekki voru færð fyrir réttinn. Fræðimenn hafa talið mál *Botten gegn Noregi*, frá 19. febrúar 1996⁴¹¹ vera áþekkt. Hér má nefna að MNE tók afstöðu til 2. gr. 7. viðauka, með ákvörðun um hvort kæra B væri tæk til efnismeðferðar. Þar kom fram að undantekning 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka ætti við um sakfellingu hans en eins og nefnt hefur verið var um brot á 1. mgr. 6. gr. MSE að ræða.

⁴⁰⁵ Alþt. 1993-1994, bls. 1217. „Þegar ákvæði 2. gr. 7. viðauka hafa tekið gildi og tryggja með vissum takmörkunum rétt til að leita endurskoðunar á sakfellingu fyrir æðra dómi má telja ákveðin rök standa orðið til þess að við þá endurskoðun þurfi að virða regluna um að mat verði ekki lagt þar á sönnunargildi munnlegs framburðar sem hefur ekki verið gefinn fyrir æðra dómstól.“

⁴⁰⁶ Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars*, bls. 24.

⁴⁰⁷ Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 233 og 250.

⁴⁰⁸ Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars*, bls. 24.

⁴⁰⁹ Róbert R. Spanó: „Kio Briggs-dómurinn: Hugleiðingar um áfrýjun opinberra mála í ljósi dóms Hæstaréttar frá 16. júlí 1999 í málinu nr. 264/1999.“, bls. 93.

⁴¹⁰ Dómur MDE, *Sigurþór Arnarsson gegn Íslandi*, 15. júlí 2003, mál nr. 44671/98, 34.-38. gr., sbr. *Hrd.* 1998, bls. 2060.

⁴¹¹ Dómur MDE, *Harald Botten gegn Noregi*, 19. febrúar 1996, mál nr. 16206/90. Eiríkur Tómasson fjallar ítarlega um þessa dóma í grein sinni, „Endurskoðun á sönnunarmati í sakamáli, m.a. með hliðsjón af Mannréttindasáttmála Evrópu“, bls. 86.

6.7.3.2 Heimvísun máls

Séu líkur á að niðurstaða héraðsdómara um sönnunargildi munnlegs framburðar kunni að vera röng liggur fyrir annað tveggja, að taka skýrslu fyrir réttinum eða að ómerkja héraðsdóm og vísa máli heim, sbr. 3. mgr. 208. gr. sml. og er mál þá að nýju dæmt í héraði með fjölskipuðum dómi, þ.e. héraðsdómi. Þessi regla hefur verið túlkuð sem svo að í henni geti falist heimild til að taka mál til endurskoðunar hvað varðar ákveðna þætti þess, þ.m.t. sönnunarmat héraðsdóms, en þó ekki á eins ítarlegan hátt og ef um endurskoðun máls í heild sinni er að ræða.⁴¹² Færa má rök fyrir því að sá varnagli sem felst í úrræðinu, að máli sé heimvísað, feli í sér endurskoðun á öllum þáttum málsins og taki því bæði til sakfellingar og refsingar. Verður að ætla að í slíkum tilfellum hafi endurskoðun leitt til þess mats að fyrirbyggjandi niðurstaða hafi verið röng. Á þeim grundvelli má halda fram að skyldur sem leiða af 2. gr. 7. viðauka séu uppfylltar, þ.e. endurskoðun hefur þá farið fram eins og ákvæðið gerir ráð fyrir. Hæstiréttur hefur beitt þessari heimild ítrekað og þá metið sem svo að sönnunarmat þurfi að endurtaka.⁴¹³ Hefur ákvæði 2. gr. 7. viðauka ekki verið talið standa því í vegi.⁴¹⁴

6.7.3.3 Takmörkun sem skapast hefur í framkvæmd og gagnrýni fræðimanna

Hér hefur verið rakið hvernig báðar framangreindar heimildir til endurskoðunar, þ.e. skýrslutaka fyrir Hæstarétti og heimvísun máls, geta uppfyllt það skilyrði 2. gr. 7. viðauka að aðili fái endurskoðaðan grundvöll sakfellingar sinnar. Í framkvæmd hafa bæði úrræði verið talin takmarkandi vegna þess hvernig þeim er beitt. Hæstiréttur hefur aðeins einu sinni nýtt sér heimild til skýrslugjafar fyrir réttinum⁴¹⁵ og er það rakið til þess að mikið álag hvílir á réttinum.⁴¹⁶ Þegar dómur sem ómerktur hefur verið og mál kemur til kasta Hæstaréttar í annað sinn geta dómara staðið frammi fyrir tveimur kostum séu þeir ósammála niðurstöðu í héraði. Það er að ómerkja dóm á ný eða taka skýrslu fyrir réttinum.⁴¹⁷

Sú staðreynd að þessari heimild til skýrslutöku hefur ekki verið beitt hefur skapað tvíþætt vandamál, einkum vegna meginreglunnar um milliliðalaus sönnunarfærslu og því banni sem sett er við endurmati á sönnun sem byggir á munnlegum framburðum. Fræðimenn hafa talið, á grundvelli réttarframkvæmdar, að dæmi séu um að rétturinn endurmeti í raun sönnunargögn

⁴¹² Róbert R. Spanó: „Kio Briggs-dómurinn: Hugleiðingar um áfrýjun opinberra mála í ljósi dóms Hæstaréttar frá 16. júlí 1999 í málinu nr. 264/1999.“, bls. 93.

⁴¹³ *Skýrsla nefndar um millidómstig*, bls. 24.

⁴¹⁴ Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 251.

⁴¹⁵ *Skýrsla nefndar um millidómstig*, bls. 24.

⁴¹⁶ *Álit nefndar um milliliðalaus sönnunarfærslu*, bls. 9.

⁴¹⁷ Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars*, bls. 24.

sem fengin hafa verið með munnlegum framburði fyrir héraðsdómi, þar sem málum var ekki heimvísað.⁴¹⁸ Hafi dómur um sakfellingu þannig verið staðfestir þrátt fyrir meginregluna um milliliðalaus sönnunarfærslu og jafnframt hafi verið gengið svo langt að snúa sýknudómum við, með skírskotun til framburða í héraðsdómi, án þess að skýrsla hafi verið gefin fyrir réttinum.⁴¹⁹ Á þann hátt sem hér er lýst hefur verið talið að slíkt fyrirkomulag sönnunarfærslu fyrir Hæstarétti geti verið í andstöðu við 2. gr. 7. viðauka.⁴²⁰

Fræðimenn hafa þannig talið að í nefndu ákvæði c-liðar 1. mgr. 196. gr. felist mjög vandmeðfarin heimild Hæstaréttar til endurskoðunar. Einkum er það rökstutt í ljósi þeirrar staðreyndar að niðurstaða flestra dómsmála byggist á heildstæðu mati skjallegra sönnunargagna og munnlegra framburða. Jafnframt væri erfitt að meta í hverju tilviki hvenær unnt sé að halda því fram að niðurstaða byggji einungis á öðrum sönnunargögnum en munnlegum framburðum.⁴²¹

Á það hefur verið bent að jafnvel þó máli sé heimvísað fari, eftir sem áður, fram mat á munnlegum sönnunargögnum.⁴²² Til þess að komast að þeirri niðurstöðu að heimvísa þurfi máli þarf að leggja mat á gögn máls og þar með talið munnlega framburði, án þess að skýrslutökur fari fram fyrir Hæstarétti.⁴²³ Þá hefur jafnframt verið bent á að sæti sakamál þessari meðferð kunni það að brjóta gegn rétti sakaðra manna til fljótvirkrar málsmeðferðar, sbr. 1. mgr. 6. gr. MSE.⁴²⁴ Hér má sem dæmi benda á *Hrd. 27. janúar 2012 (447/2011)* þar sem máli var heimvísað í annað sinn, sem leiðir til þriðju meðferðar þess fyrir dómstólum.

Vandamálið sem hér hefur verið lýst er rakið til þeirrar staðreyndar að hér á landi eru aðeins tvö dómstig sem helst greinir íslenskt réttarkerfi frá öðrum ríkjum sem iðulega eru til samanburðar. Á mörgum vígstöðum og þá einkum með hliðsjón af endurskoðun dóma í sakamálum hefur þessi skipan verið talin geta valdið vandkvæðum þar sem meginreglan um milliliðalaus sönnunarfærslu lýtur í lægra haldi.⁴²⁵ Í nýlegu álit *nefndar um milliliðalaus sönnunarfærslu og skýrslu vinnuhóps um millidómstig* er talið að fyrirkomulag

⁴¹⁸ *Álit nefndar um milliliðalaus sönnunarfærslu*, bls. 18-21. Þar er vísað til álits Jóhannesar R. Jóhannessonar hrl. og Sigurðar Tómasar Magnússonar lagaprófessors.

⁴¹⁹ Eiríkur Tómasson: „Áhrif Mannréttindasáttmála Evrópu á íslenskt sakamálaréttarfar“, bls. 170.

⁴²⁰ *Álit nefndar um milliliðalaus sönnunarfærslu*, bls. 13.

⁴²¹ *Álit nefndar um milliliðalaus sönnunarfærslu*, bls. 24 hvar vitnað er til álits Sigurðar Tómasar Magnússonar lagaprófessors.

⁴²² Eiríkur Tómasson: „Endurskoðun á sönnunarmati í sakamálum, m.a. með hliðsjón af Mannréttindasáttmála Evrópu.“, bls. 86.

⁴²³ *Skýrsla nefndar um millidómstig*, bls. 24.

⁴²⁴ *Skýrsla nefndar um millidómstig*, bls. 28.

⁴²⁵ Eiríkur Tómasson: „Endurskoðun á sönnunarmati í sakamálum, m.a. með hliðsjón af Mannréttindasáttmála Evrópu.“, bls. 86. *Skýrsla nefndar um millidómstig*, bls. 29. *Álit nefndar um milliliðalaus sönnunarfærslu*, bls. 30.

sönnunarfærslu fyrir Hæstarétti brjóti gegn meginreglunni um milliliðalaus sönnunarfærslu og kunni að vera í andstöðu við 2. gr. 7. viðauka, vegna þess að ekki fari fram sjálfstætt sönnunarmat, sem ætti undir venjulegum kringumstæðum að vera með þeim hætti að rétturinn hlýði á framburð vitna og ákærða. Hefur krafan um millidómstig í sakamálum verið talin leysa þann vanda sem blasir við íslenskri réttarskipan.⁴²⁶

Hér gefst ekki rúm til að fjalla frekar um kosti og galla íslenskrar dómstólaskipunar enda ætlunin að leiða inntak þeirra réttinda sem leiða af 2. gr. 7. viðauka í ljós og kanna mögulegar takmarkanir íslenskrar löggjafar í þeim efnunum. Áður en krafan um endurskoðun dómstólaskipunar að því er varðar fjölda dómstiga varð eins áberandi í opinberri umræðu og hún er í dag, benti *Eiríkur Tómasson* á mögulegar leiðir til úrbóta í grein sinni í *Úlfjót* á árinu 2002. Eiríkur bendir á að til að koma í veg fyrir að meginreglan um milliliðalaus sönnunarfærslu verði brotin gæti komið til greina að takmarka endurskoðun á æðra stigi þannig að hún geti ekki tekið til endurskoðunar niðurstöðu um sýknu eða sakfelli. Hæstiréttur gæti þá jafnframt vísað máli heim í hérað að nýju í kjölfar ómerkingar. Bendir hann á að slík takmörkun væri líkast til heimil skv. 2. gr. 7. viðauka, sem verður að telja rétt, þar sem fyrirkomulag endurskoðunarinnar er eftirlátið aðildarríkjum. Á hinn bóginn telur hann að slík breyting yrði vafasöm með tilliti til réttaröryggis. Væri þannig hægt að takmarka endurskoðunina á þann hátt að fara þyrfti fram á leyfi réttarins til endurskoðunar á slíkri niðurstöðu og að loknum skýrslutökum þar fyrir dómi gæti rétturinn tekið afstöðu til staðfestingar og breytingar niðurstöðu héraðsdóms eða heimvísunar.⁴²⁷

6.7.3.4 Samantekt og niðurstaða um almenna meðferð máls fyrir Hæstarétti

Hér að framan hefur verið fjallað um hvernig íslensk löggjöf gerir ráð fyrir því að endurskoðun æðri dóms fari fram með þeim hætti sem áður er lýst og með því markmiði að sannleiksreglan sé virt. Úrræðið er því til staðar hér á landi. Jafnframt má færa sannfærandi rök fyrir því að sú endurskoðunarheimild sem felst í áfrýjunarmedferð fyrir Hæstarétti og boðin er í lögum hér á landi sé mjög rúm. Hún telst raunar rýmri en leiðir af kröfum 2. gr. 7. viðauka, sbr. til dæmis mál *Pesti og Frodl gegn Austurríki*, frá 18. janúar 2000 svo og mál *Jakobsen gegn Danmörku*, frá 30. nóvember 1994.⁴²⁸ Þar tók endurskoðun til ágalla á málsmeðferð, en litið var til þess að með því sætti hvoru tveggja sakfelling og refsing endurskoðun.

⁴²⁶ *Álit nefndar um milliliðalaus sönnunarfærslu*, bls. 13 og 29.

⁴²⁷ Eiríkur Tómasson: „Endurskoðun á sönnunarmati í sakamálum, m.a. með hliðsjón af Mannréttinasáttmála Evrópu.“, bls. 95.

⁴²⁸ Ákvörðun MNE um meðferðarhæfi kæru, *Jakobsen gegn Danmörku*, 30. nóvember 1994, nr. 22015/93.

Með hliðsjón af því sem fjallað var um í tengslum við þær kröfur sem leiða af 2. gr. 7. viðauka verður að telja ljóst að báðar lausnir myndu fullnægja kröfunum. Í ákvæðinu er þess ekki krafist að endurskoðuð sé niðurstaða sem byggist á munnlegum framburði. Eins og fram hefur komið er svigrúm aðildarríkja til útfærslu á endurskoðunarfyirkomulagi mjög rúmt. Til að mynda gæti hún verið takmörkuð við túlkun og beitingu laga einungis. Þær leiðir sem Eiríkur bendir á lýsa vel því vandamáli sem til staðar er hér á landi, fyrst og fremst í tengslum við þær kröfur sem leiða af 2. gr. 7. viðauka. Mjög mikilvægt er að hafa í huga að endurskoðun á niðurstöðum sem byggjast á munnlegum framburði leika óhjákvæmilega stórt hlutverk í því að með henni verði hið sanna og rétta leitt í ljós í hverju máli. Ákvæði 2. gr. 7. viðauka setur fyrst og fremst þá skyldu að til staðar sé úrræði til endurskoðunar á tveimur dómstigum með þessi markmið að leiðarljósi. Á þennan hátt má lýsa nánnum tengslum annarra meginreglna MSE við inntak og markmið 2. gr. 7. viðauka. Þannig eiga bæði reglan um milliliðalausá sönnunarfærslu svo og um réttláta málsmeðferð að vera í fyrirrúmi við meðferð máls á áfrýjunarstigi, hafi aðildarríki undirgengist þær þjóðréttarlegu skuldbindingar sem leiða af 2. gr. 7. viðauka.

Á grundvelli þeirra endurskoðunarheimilda sem lögboðnar eru, sem leitt geta til heimvísunar eða efnisdóms, verður að telja að úrræði til endurskoðunar sé til staðar hérlendis. Eins og bent hefur verið á og engum vafa er undirorpið er heimild til skýrslutöku á öðru dómstigi ríkur þáttur í endurskoðun æðri dóms. Samkvæmt því sem að framan er rakið hefur hún ekki verið nýtt í framkvæmd. Jafnframt hafa fræðimenn bent á að c-liður 1. mgr. 196. gr. sml. sé vandmeðfarinn og hefur verið sýnt fram á að hann kunni að leiða til réttarspjalla með þeim hætti að brotið kann að vera gegn meginreglunni um milliliðalausá sönnunarfærslu og réttinum til réttlátrar málsmeðferðar, sem MDE hefur ítrekað staðfest að eigi við á áfrýjunarstigi einnig.

Ákvæði 2. gr. 7. viðauka gerir þær kröfur að úrræðið sé *raunhæft*, sbr. til hliðsjónar mál *Gurepka gegn Úkraínu* þar sem endurskoðunarúrræði var á forræði saksóknara eða forseta æðra dóms. Hér má ekki leggja þann skilning í viðfangsefnið, að um áþekk álitæfni sé að ræða. Á hinn bóginn má velja því upp hvort sú takmörkun á endurskoðunarheimild Hæstaréttar, sem felst í því að leggja bann við því að mat sé lagt á munnleg sönnunargögn nema þau séu færð fyrir dóminn, feli í sér að endurskoðunarúrræðið sé raunhæft, á sama tíma og sýnt er að hætta getur verið á því að farið sé á svig við regluna um milliliðalausá sönnunarfærslu. Þá má jafnframt hafa í huga að með því kunni að vera farið á svig við önnur réttindi MSE.

Hér má jafnframt nefna að MDE hefur talið að í þeim tilvikum sem landslöggjöf gerir ráð fyrir endurskoðun á öllum þáttum máls og sú endurskoðun er ekki virk í raun, sé um að ræða brot á réttinum til aðgangs að dómstólum.⁴²⁹ Á þennan hátt má segja að sú takmörkun sem mótast hefur í réttarframkvæmd við beitingu heimilda sem í boði eru, sem annars eru rúmar, geti orðið til þess að þær séu í andstöðu við markmið og inntak 2. gr. 7. viðauka með hliðsjón af nánu samspili við nefndar meginreglur 6. gr. MSE.

⁴²⁹ Sbr. til hliðsjónar: Dómur MDE, *Biondić gegn Króatíu*, 2. júní 2008, mál nr. 38355/05.

7 Samantekt og niðurstöður

Með þessari ritgerð var markmiðið að rannsaka hvort og þá hvernig íslensk löggjöf samræmist rétti manna til áfrýjunar refsidóma samkvæmt þeim þjóðréttarlegu skuldbindingum sem íslenska ríkið hefur undirgengist, einkum með hliðsjón af ákvæði 2. gr. 7. viðauka MSE. Umfjölluninni var skipt upp í tvo hluta eftir efnistöfum. Í fyrsta hluta var fjallað almennt um sjónarmið sem búa að baki rétti til áfrýjunar refsidóma svo og um áhrif MSE og úrlausna MDE og MNE á íslenskan rétt. Meginrannsóknarefni ritgerðarinnar var svo að finna í öðrum hluta. Ætlunin var að greina þær skyldur sem ákvæði 2. gr. 7. viðauka leggur á herðar aðildarríkjum og bera þær saman við íslenskan rétt. Leitast var við að rannsaka réttarframkvæmd um ákvæðið allt frá fullgildingu viðaukans í lok níunda áratugar síðustu aldar og fram til dagsins í dag með hliðsjón af skrifum fræðimanna um efnið. Þau viðmið sem leidd voru af ákvæðinu voru svo borin saman við íslenska löggjöf. Helstu niðurstöður verða nú teknar saman.⁴³⁰

7.1 Ákvæði 2. gr. 7. viðauka

Eins og rökstutt var í þriðja kafla skipar ákvæði 2. gr. 7. viðauka sér sess hér á landi meðal almennra laga, sbr. lög nr. 62/1994 um mannréttindasáttmála Evrópu. Byggðist sú ályktun á því að ekki væri skýrlega hægt að taka afstöðu til þess hvort ætlun stjórnarskrárgjafans hafi verið að skipa ákvæðinu sess meðal ákvæða stjórnarskrárinnar, eins og til dæmis bersýnilega mátti ráða af lögskýringagögnum um ákvæði 6. gr. MSE. Í þessu samhengi var einnig fjallað um að ákvæði 2. gr. 7. viðauka yrði hvorki fellt undir 6. gr. MSE né þá leitt af 70. gr. stjkskr.

Umfjöllun um ákvæði 2. gr. 7. viðauka er að finna í fjórða og fimmta kafla ritgerðarinnar. Í fyrsta lagi verður ákvæði 2. gr. 7. viðauka ekki túlkað á annan hátt en að löggjöf skuli gilda um endurskoðun æðri dóms sem taki til bæði sakfellingar og refsingar. Yrði af ákvæðinu leitt að aðildarríkin hafi umtalsvert svigrúm til að ákveða fyrirkomulag endurskoðunar.

Í öðru lagi verður að hafa hliðsjón af *Engel-viðmiðunum* þegar metið er hvort tilvik falli undir gildissvið ákvæðisins. Sakfelling af hálfu *dómstóls* í skilningi 6. gr. MSE er skilyrði fyrir réttarvernd samkvæmt 2. gr. 7. viðauka. Jafnvel þótt niðurstaða á neðra dómstigi sé óvarlega orðuð þannig að mögulega megi ráða að viðkomandi hafi, þrátt fyrir sýknudóm, gerst sekur um þá háttsemi sem honum var gefið að sök, nægir það ekki til að viðkomandi njóti réttar til áfrýjunar. Hann þarf að hafa verið *sakfelldur*. Skipta aðrir hagsmunir, til að mynda áhrif á störf eða einkalíf, vegna slíks orðalags ekki máli í þessum efnun. Með

⁴³⁰ Þess verður að geta að ítarlegri niðurstöður er að finna í lok hvers kafla ritgerðarinnar eftir því sem tilefni er til.

framsækinni túlkun ákvæða MSE er þó ekki loku fyrir það skotið að MDE muni fella *önnur refsikennnd viðurlög* undir ákvæðið þrátt fyrir að ákærði hafi verið sýknaður, til dæmis ef um er að ræða eignaupptöku.

Í þriðja lagi verður að hafa hugfast að umtalsverðar skyldur felast í ákvæðinu þrátt fyrir svigrúm til mats á útfærslu úrræðisins. Þær lúta að því að í löggjöf sé á skýran hátt mælt fyrir um úrræðið og hvernig sakfelldur maður geti nýtt sér það. Úrræðið þarf að standa öllum til boða og vera raunhæft, bæði á þann hátt að yfirvöld geti ekki haft áhrif á það eftir hentisemi og loks að ákærði geti komið sínum sjónarmiðum á framfæri við meðferð máls á áfrýjunarstigi. Löggjöfin má ekki takmarka þessi atriði. Þó verða heimildir til takmarkana leiddar af svigrúminu og eiga þær sér ýmsar birtingamyndir. Þær mega ekki vera svo miklar að rétturinn sé að engu gerður. Takmarkanir geta lotið að fyrirkomulagi endurskoðunar og loks hvort og þá hvernig endurskoðun verði háttáð í hverju tilviki á grundvelli lögmætra takmarkana og leyfilegra undantekninga 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka.

7.2 Íslenskur réttur

Umfjöllun um áfrýjunarúrræðið í íslenskum rétti samanborið við kröfur 2. gr. 7. viðauka er að finna í sjötta kafla ritgerðarinnar. Eins og áður segir var lagt upp með að svara því hvort og þá hvernig íslensk löggjöf samræmist þeim skyldum sem leiddar verða af 2. gr. 7. viðauka. Í stuttu máli má segja að réttur til endurskoðunar á tveimur dómstigum hér á landi sé rúmur. Jafnframt verður þó að minnast á takmarkanir sem mótast hafa í réttarframkvæmd Hæstaréttar að því er varðar nýtingu þeirra heimilda sem rétturinn hefur. Slíkar takmarkanir eru í fyrsta lagi verða þær „lögmæltu takmarkanir“ sem felast í tímafrestum, kröfum til ákærða við tilkynningu um áfrýjun eða umsókn um áfrýjunarleyfi og loks áfrýjun útvistarmála. Eru þær taldar vera í samræmi við 2. gr. 7. viðauka svo og 6. gr. MSE. Þær takmarkanir sem heimilar eru samkvæmt undantekningarákvæði 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka er að finna í almennum skilyrðum 1. mgr. 198. gr. sml. Þær felast í því hvort dæmd hafi verið frelsissvipting annars vegar og hins vegar hvort heildarfjárhæð sektar eða eignaupptöku nemi áfrýjunarfjárhæð í einkamáli. Þær verða að teljast í samræmi við heimilar undantekningar. Þó má telja ákvæðið óskýrt að því leytinu til að takmarkanir eru ekki allar skýrar í 1. mgr. 198. gr. sml., til að mynda varðandi réttindasviptingu.

Í öðru lagi verður ekki talið að ákærði sé „háður“ ríkissaksóknara á þann hátt að það hafi áhrif á beitingu úrræðisins, þar sem ákærði hefði þá úrræði á stjórnisýslustigi til að æskja úrlausn sinna mála teldi hann brotalöm vera til staðar. Auk þess virðist ríkissaksóknari láta dómstóla skera úr um vafatilvik með útgáfu áfrýjunarstefnu. Hvort túlkun dómstóla geti verið

of einstrengingsleg í þeim tilvikum sem leiðbeiningum kann að hafa verið ábótavant er erfitt að festa hendur á án þeirra gagna sem liggja að baki slíkum niðurstöðum. Eins og rakið var hlýtur mat á því að vera bundið við hvert einstakt tilfelli.

Í þriðja lagi verður talið að sú endurskoðun Hæstaréttar sem felst í málsmeðferð um áfrýjunarleyfi veiti raunar ákærða rýmri rétt en leiðir af 2. gr. 7. viðauka. Þetta má útskýra svo að undir slíka málsmeðferð falla dómur sem heimilt er að undanskilja endurskoðun æðri dóms, sbr. 2. mgr. 2. gr. 7. viðauka. Miðað við hvernig fyrirkomulagi endurskoðunar er háttað hvað þetta varðar má telja það í samræmi við kröfur sem gerðar eru til slíkrar endurskoðunar. Eins og fram kemur er erfitt að slá því föstu hvort rökstuðningur sé nægilegur í hverju máli. Staldrá má við og kanna hvort það úrræði, sem veitir annars rýmri rétt, þjóni tilgangi sínum ef rökstuðningur fyrir synjun leiðir ekki til þess að sá sem leitar áfrýjunarleyfis geti verið viss um að endurskoðun hafi farið fram.

Í fjórða lagi verður talið að réttarframkvæmd hvað varðar ákveðna þætti endurskoðunar Hæstaréttar, þ.e. sem felst í því að heimildir til skýrslutöku fyrir réttinum eru ekki nýttar sem skyldi og loks sú hættá á að meginreglan um milliliðalausá sönnunarfærslu sé ekki virt, kunni að vera andstæð tilgangi 2. gr. 7. viðauka. Það var rökstutt þannig að úrræði sem annars veitir rúman rétt kunni að vera óraunhæft, þar sem sú hættá geti verið til staðar að farið sé á svig við önnur réttindi sem MSE er ætlað að vernda. Geti það haft í för með sér takmörkun sem kann að gera úrræði 2. gr. 7. viðauka að engu. Þrátt fyrir að hér hafi að meginstefnu verið fjallað um ákvæði 2. gr. 7. viðauka verður að hafa hugfast að íslenska ríkið hefur undirgengist aðrar þjóðréttarlegar skuldbindingar er lúta að rétti manna til áfrýjunar. Hér vísast til sammings Sameinuðu þjóðanna um borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi sem fullgiltur var árið 1979 svo og sammings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins sem nýlega var lögfestur. Ákvæði 5. mgr. 14. gr. SBSR hefur verið talið veita ríkari vernd en leiðir af 2. gr. 7. viðauka þar sem ekki er mælt fyrir um undantekningar á rétti til áfrýjunar. Með lögfestingu MSE og viðauka hans taldi löggjafinn að líta yrði svo á að fyrirmæli eldri laga, sem væru í ósamræmi við ákvæði sáttmálans, myndu almennt falla niður. Í ritgerðinni gafst ekki rúm til að rekja nánar ákvæði 5. mgr. 14. gr. SBSR en gert var. Minna má á að ekki voru gerðir fyrirvarar við ákvæði 5. mgr. 14. gr. SBSR af hálfu íslenska ríkisins. Í ritgerðinni var ekki ætlunin að fjalla um kosti og galla dómstólaskipunar hér á landi. Komi til þess að endurskoðuð verði úrræði íslenskrar löggjafar að því er áfrýjun refsídóma varðar, verður að hafa hliðsjón af öllum þeim þjóðréttarskuldbindingum sem íslenska ríkið hefur undirgengist.

HEIMILDASKRÁ

Alþingistíðindi.

Asbjørn Strandbakken: *Uskyldspresumsjonen <<In dubio pro reo>>*. Bergen 2003.

Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*. Reykjavík 2008.

Björg Thorarensen: „Stjórnskipunarréttur“. *Um lög og rétt*. 2. útgáfa. Ritstj. Róbert R. Spanó. Reykjavík 2009, bls. 21-97.

Björg Thorarensen: „Réttur aðila að stjórnáslumáli til að fella ekki á sig sök“. *Rannsóknir í félagsvísindum VI. Lagadeild*. Ritstj. Róbert R. Spanó. Reykjavík 2005, bls. 33–70.

Björg Thorarensen: „Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða“ *Lögberg. Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands*, bls. 51-105. Reykjavík 2003.

Björg Thorarensen: „Um mörk endurskoðunarvalds Mannréttindadómstóls Evrópu í ljósi „fjórða stigs reglunnar““. *Rannsóknir í félagsvísindum VII. Lagadeild*, bls. 61-83. Ritstj. Eyvindur G. Gunnarsson, Reykjavík 2006.

Coral Arangüena Fanego: „The Right to a Double Degree of Jurisdiction in Criminal Offences“. *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*. Ritstj. Javier García Roca. Holland 2012, bls. 167-177.

Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“. *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Ritstj. (formaður ritstjórnar) Björg Thorarensen. Reykjavík 2005, bls. 29-88.

Davíð Þór Björgvinsson: „Beiting Hæstaréttar Íslands á lögnum um Mannréttindasáttmála Evrópu“. *Tímarit lögfræðinga*, 4. hefti 2003, bls. 345-371.

Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*. Reykjavík 2008.

Dóra Guðmundsdóttir: „Um lögtöku Mannréttindasáttmála Evrópu og beitingu í íslenskum rétti“. *Tímarit lögfræðinga*, 3. hefti 1994, bls. 154-190.

Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi. Íslensk lög og lagaframkvæmd í ljósi 1. og 3. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu*. Reykjavík 1999.

Eiríkur Tómasson: „Réttur til réttlátrar málsmeðferðar“. *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Ritstj. (formaður ritstjórnar) Björg Thorarensen. Reykjavík 2005, bls. 196-265.

Eiríkur Tómasson: „Íslensk lög um ráðherraábyrgð og samanburður á þeim og dönskum lögum um sama efni“ *Rannsóknir í félagsvísindum VI*. Ritstj. Róbert R. Spanó. Reykjavík 2005, bls. 117-142.

Eiríkur Tómasson: „Landsdómur: Á slíkur sérdómstóll með pólitísku ívafi rétt á sér eða er hann tímaskekkja?“ *Bifröst, rit lagadeildar Háskólans á Bifröst*. Bifröst, 2006, bls. 103-118.

Eiríkur Tómasson: „Meginreglur Sakamálaréttarfar“ *Sakamálaréttarfar – ritsafn*. Reykjavík 2010.

Eiríkur Tómasson: „Ákærvaldið í ljósi jafnræðisreglna“. *Rannsóknir í félagsvísindum Iv. Lagadeild*. Ritstj. Viðar Már Matthíasson. Reykjavík 2003, bls. 45-70.

Eiríkur Tómasson: „Áhrif mannréttindasáttmála Evrópu á íslenskt sakamálaréttarfar“, *Afmælisrit. Þór Vilhjálmsson sjötugur, 9. júní 2000*. Reykjavík 2000, bls. 149-172.

Eiríkur Tómasson: „Endurskoðun á sönnunarmati í sakamálum, m.a. með hliðsjón af Mannréttindasáttmála Evrópu“. *Úlfjótur*, 1. tbl. 2002.

Einar Arnórsson: „Meðferð opinberra mála“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. tbl. 1951, bls. 77-102.

Eva Smith: „Retspleje og retssikkerhed“, *Juristen*, 1991. bls. 399-421

Eva Smith: *Straffeprocess. Grundlæggende regler og principper*. 6. útgáfa. Kaupmannahöfn 2007.

Garðar Gíslason: „Meginreglur laga“. *Eru lög nauðsynleg? Og fleiri greinar úr réttarheimspeki*. Reykjavík, 1991, bls. 77-91.

Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*. Reykjavík 1999.

Hans Gammeltoft-Hansen: *Strafferetspleje III*. Kaupmannahöfn, 2010.

Hrafn Bragason: „Hugleiðingar um áfrýjunarleyfi“, *Líndæla. Sigurður Líndal sjötugur*. Reykjavík 2001, bls. 301-317.

Hrafn Bragason: „Takmarkanir málskotsheimilda“, *Tímarit lögfræðinga*, 3. tbl. 1993, bls. 149-152.

Jens Edvin A. Skoghøy Skoghøy: „Ankesiling og begrunnelse“, *Lov og rett*, 3. hefti, 2009, bls. 129-130.

Johs. Andenæs og Tor-Geir Myhrer. *Norsk straffeprocess*. 4. útgáfa. Osló, 2009.

Jón Steinar Gunnlaugsson: *Um málskot í einkamálum*. Reykjavík, 2005.

Jon Petter Rui: *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*. Osló, 2009.

Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsiaþbyrgð I*. 2. útgáfa. Reykjavík 2005.

Jónatan Þórmundarsson: „Sakhæfi“. *Úlfjótur*, 3. tbl. 1991, bls 227-297.

Jónatan Þórmundsson: *Opinbert réttarfar I. 1. hefti*. 2. útgáfa. Reykjavík 1979.

Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*. Reykjavík 1992.

J. G. Merrils og A.H. Robertson: *Human Rights in Europe*. 4. útgáfa. Manchester 2004.

Jørgen Aaal: *Rettergang og menneskerettigheter. Den europeiske menneskerettighetskonvensjons artikkel 6 og norsk straffeprocess.* Bergen 1996.

Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. For praktikere. 3. útgáfa.* Kaupmannahöfn 2010.

Lögfræðiorðabók með skýringum. Ritstj. Páll Sigurðsson. Lagastofnun Háskóla Íslands. Reykjavík 2008.

Manfred Nowak: *UN Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary. 2. útgáfa.* Þýskalandi 2005.

Markús Sigurbjörnsson: *Einkamálaréttarfar. 2. útgáfa.* Reykjavík 2003.

Niels Viltoft: *Domsænd og retssystemet.* Kaupmannahöfn 1999.

Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin. Skýringarrit.* Reykjavík 1994.

Peer Loranzen o.fl: *Den Europæiske Menneskeretskonvention. Med kommentarer.* Kaupmannahöfn 2009.

Peter D. Marshall: „A Comparative Analysis of The Right to Appeal”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2011, bls. 1-46.

Peter van Dijk o.fl.: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. 4. útgáfa.* Antwerpen 2006.

Pieter van Dijk o.fl: *Theory and practice of The European Convention on Human Rights. 3. útgáfa,* Haag 1998.

Philip Leach: *Taking a Case to the European Court of Human Rights. 2. útgáfa.* New York 2005.

Rachel Hodgkin og Peter Nevell: *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child.* Genf 2007.

Ragnar Aðalsteinsson: „Réttur til frelsis og mannhelgis“ *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt.* Ritstj. (formaður ritstjórnar) Björg Thorarensen. Reykjavík 2005, bls. 143-193.

Ragnar H. Hall: „Nokkur orð um lagaframkvæmd í Hæstarétti“, *Lögmannaþingið.* 3. tbl. 2000, bls. 7-9.

Róbert R. Spanó: *Ne Bis en Idem.* Reykjavík 2011.

Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar.* Reykjavík 2012.

Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða.* Reykjavík 2007.

Stefan Trecshel: *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford, New York, 2006.

Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*. Reykjavík 2000.

Sverre Erik Jebens: *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo 2004.

Mads Andenæs og Andreas Motzfeldt Kravik: „Norske verdier og EMK“, *Lov og rett*, 10. hefti, 2009, bls. 579-599.

Theodór B. Líndal, „Æðsta dómsvald á Íslandi“ *Tímarit lögfræðinga*. 20. tbl. 1979, bls. 62-69.

OPINBERAR SKÝRSLUR

Almennt álit Barnaréttarnefndar nr. 10: Children's rights in Juvenile Justice, frá 25 apríl 2007.

Álit nefndar um milliliðalausá sönnunarfærslu í sakamálum. Dóms- og kirkjumálaráðuneytið, 2008.

Ársskýrsla Ríkissaksóknara 2011. Ríkissaksóknari, Reykjavík 2013.

Ársskýrsla Hæstaréttar Íslands 2012. Hæstiréttur Íslands, 2013.

Explanatory Report on Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Evrópuráðið. 1985.

Evrópskar reglur um unga afbrotamenn, 5. nóvember 2008 (CM/Rec (2008)11).

Fimmta skýrsla Íslands um framkvæmd alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórn mála réttindi. Innanríkisráðuneytið, 2010.

Lokaathugasemdir Barnaréttarnefndar CRC/C/15/Add.203, 31. janúar 2003.

Skýrsla nefndar um unga afbrotamenn. Dóms- og kirkjumálaráðuneytið 1999.

Skýrsla vinnuhóps um millidómstig. Innanríkisráðuneytið, 2010.

AÐRAR HEIMILDIR

Viðtal og tölvupóstsamskipti við Þorstein A. Jónsson, skrifstofustjóra Hæstaréttar, dags. 17. apríl 2013. Upplýsingar frá Hæstarétti Íslands um fjölda og niðurstöður beiðna um áfrýjunarleyfi, fengnar með tölvubréfi 26. mars 2013.

Páll Winkel, forstjóri Fangelsismálastofnunar, tölvupóstur 29. apríl 2013.

Sigríður Friðjónsdóttir, ríkissaksóknari. tölvupóstur, 16. og 17. apríl 2013.

DÓMASKRÁ

Dómar Hæstaréttar Íslands

Hrd. 1998, bls. 2060
Hrd. 3. júní 2010 (612/2009)
Hrd. 9. desember 2010 (481/2010)
Hrd. 10. október 1996 (195/1996)
Hrd. 12. febrúar 2004 (467/2003)
Hrd. 13. október 2011 (198/2011)
Hrd. 16. september 2010 (89/2010)
Hrd. 19. janúar 2012 (438/2011)
Hrd. 1995, bls. 551
Hrd. 1996, bls. 2972
Hrd. 2000, bls. 2338 (90/2000)
Hrd. 2000, bls. 4480 (125/2000)
Hrd. 2002, bls. 3686 (167/2002)
Hrd. 2005, bls. 3214 (248/2005)
Hrd. 2006, bls. 2851
Hrd. 21. júní 2011 (668/2010).
Hrd. 22. september 2010 (371/2010)
Hrd. 26. mars 2009 (563/2008)
Hrd. 3. júní 2010 (612/2009)
Hrd. 12. desember 2002 (328/2002)
Hrd. 10. apríl 2003 (570/2002)
Hrd. 6. maí 2009. (627/2008)
Hrd. 8. maí 2007 (475/2007)

Álit Umboðsmanns Alþingis

UA. 21. júní 1996 (1818/1996)
UA, 30. desember 2003 (3786/2003)

Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu

Biondić gegn Króatíu, 2. júní 2008, mál nr. 38355/05.
Engel o.fl. gegn Hollandi, 8. júní 1976, Series A no. 22.
Faniel gegn Belgíu, 1. mars 2011, mál nr. 11892/08.
Galstyan gegn Armeníu, 15. nóvember 2007, mál nr. 26986/03.
Greco gegn Rúmeníu, 30. nóvember 2006, mál nr. 75101/01.
Gurepka gegn Úkraínu, 6. september 2005, mál nr. 61406/00.
Harald Botten gegn Noregi, 19. febrúar 1996, mál nr. 16206/90.
Kambourov gegn Búlgaríu II, 23. apríl 2009, mál nr. 31001/02.
Krombach gegn Frakklandi, 13. maí 2001, mál nr. 29731/96.
Lalmahomed gegn Hollandi, 22. febrúar 2008, mál nr. 26036/08.
Luchaninova gegn Úkraínu, 9. júní 2011, mál nr. 16347/02.
Mariani gegn Frakklandi, 31. mars 2005, mál nr. 43640/98.
Muscat gegn Möltu, 17. júlí 2012, mál nr. 24197/10, 51-55. gr.
Pétez de Rada Cavanilles gegn Spáni, 28. nóvember 1998, mál nr. 28090/95.
Sigurþór Arnarsson gegn Íslandi, 15. júlí 2003, mál nr. 44671/98.
Simsic gegn Bosníu Herzegóvínu, mál nr. 51552/1025.
Taxquet gegn Belgíu, 16. nóvember 2010, mál nr. 926/05.
Welch gegn Bretlandi, 9. febrúar 1995, mál nr. 17440/90.

Zaicevs gegn Lettlandi, 31. júlí 2007, mál nr. 65022/01.
Mariani gegn Frakklandi, 31. mars 2005, mál nr. 43640/98.
Proshkin gegn Rússlandi, 9. júlí 2012, mál nr. 28869/03.
Stanchev gegn Búlgaríu, 1. janúar 2010, mál nr. 8682/02
Zhelyazkov gegn Búlgaríu, 9. janúar 2013, mál nr. 11332/04.

Ákvarðanir Mannréttindadómstóls Evrópu um meðferðarhæfi kærnu

Ekelund gegn Svíþjóð, 25. nóvember 2003, mál nr. 63987/00.
Fortum Oil and Gas Oy gegn Finnlandi, 12. nóvember 2002, mál nr. 32559/96.
Frodl gegn Austurríki, 18. janúar 2000, mál nr. 27619/95.
Guillemot gegn Frakklandi, 20. mars 2006, mál nr. 21922/03.
Haser gegn Sviss, 27. apríl 2000, mál nr. 33050/96.
Kristjánsson og Bóasson gegn Íslandi, 10. apríl 2007, mál nr. 24945/04.
Kupreyanov gegn Rússlandi, 12. febrúar 2009, mál nr. 21158/05.
Laaksonen gegn Finnlandi, 7. september 1999, mál nr. 36321/97.
Landgren gegn Finnlandi, 17. nóvember 2009, mál nr. 11459/07.
Lannto gegn Finnlandi, 12. júlí 1999, nr. 27665/95.
Matveyev og Matveyeva gegn Rússlandi, 14. desember 2004, mál nr. 26601/02.
OOO Torgovyi Dom "Politeks" gegn Rússlandi, 3. júlí 2003, mál nr. 72145/01.
Panou gegn Grikklandi, 8. janúar 2005, mál nr. 44058/05.
Patsouris gegn Grikklandi, 8. janúar 2005, mál nr. 44062/05.
Pesti gegn Austurríki, 18. janúar 2000, mál nr. 27618/95.
Poulsen gegn Danmörku, 29. júní 2000, mál nr. 32092/96.
Pronina gegn Rússlandi, 30. júní 2005, mál nr. 65167/01.
Settarov gegn Úkraníu, 16. mars 2010, mál nr. 1798/03.
Tkacik gegn Slóvakíu, 8. október 2002, mál nr. 42472/98.
Zheltkov gegn Rússlandi, 30. mars 2010, mál nr. 12608/30.

Ákvarðanir Mannréttindanefndar Evrópu um meðferðarhæfi kærnu

Borelli gegn Sviss, 2. september 1993, mál nr. 17571/90.
Botten gegn Noregi, 17. janúar 1994, mál nr. 16206/90.
C.B. og A.M gegn Sviss, 2. desember 1992, nr. 17443/90.
Erik Ninn-Hansen gegn Danörku, 18. maí 1999, nr. 28972/95.
E.M. gegn Noregi, 26. október 1995, mál nr. 20087/92.
H og T.A gegn Svíþjóð, 29. júní 1992, mál nr. 15260/89.
Haser gegn Sviss, 27. apríl 2000, mál nr. 33050/96
Hauser gegn Austurríki, 16. janúar 1996, mál nr. 26808/95.
Horst gegn Austurríki, 28. febrúar 1996, mál nr. 26510/95 og 25809/94.
HS gegn Austurríki, 28. febrúar 1996, mál nr. 26510/95.
Hubner gegn Austurríki, 31. ágúst 1999, mál nr. 34311/96.
Jakobsen gegn Danmörku, 30. nóvember 1994, mál nr. 22015/93.
Kalashnikov gegn Rússlandi, 18. september 2001, mál nr. 47095/99.
L.K-D gegn Sviss, 5. apríl 1995, mál nr. 20320/92.
Laaksonen gegn Finnlandi, 7. september 1999, mál nr. 36321/97.
Näss gegn Svíþjóð, 6. apríl 1994, mál nr. 18066/91.
Nielsen gegn Danmörku, 9. september 1992, mál nr. 19028/91.
Nielsen gegn Danmörku, 9. september 1992, mál nr. 19028/92.
Olsson gegn Svíþjóð, 1. júlí 1998, mál nr. 37533/97.
P.L. og N.L. gegn Svíþjóð, 5. maí 1993, mál nr. 18751/91.
Peterson Sarpsborg AS o.fl. gegn Noregi, 27. nóvember 1996, mál nr. 25944/94.

Putz gegn Austurríki, 3. desember 1993, mál nr. 18892/91.
Reinthalter gegn Austurríki, 20. janúar 1994, mál nr. 19360/92.
Siglfirðingur gegn Íslandi, 7. september 1999, mál nr. 34142/96.
SJÖÖ gegn Svíþjóð, 21. október 1998, mál nr. 37604/97.
T.A gegn Svíþjóð, 29. júní 1992, mál nr. 15513/89.
Von Arx-Derungs gegn Sviss, 28. júní 1995, mál nr. 23269/94.
Weh og Weh gegn Austurríki, 4. júní 2002, mál nr. 38544/97.

Álit Mannréttindanefndar Sameinuðu þjóðanna

Álit MSP, *Aboushanif gegn Noregi*, frá 25. júlí 2008, mál nr. 1542/2007.

Álit MSP, *Thomas Wilhelmus Henricus Mennen gegn Hollandi*, frá 24. ágúst 2010, mál nr. 1797/2008.

Álit MSP, *Consuelo Salgar de Montejo gegn Kólumbíu*, 24. mars 1982, mál nr. 064/1979.

Álit MSP, *Jesús Terrón gegn Spáni*, 15. nóvember 2004, mál nr. 1073/2002.

Almennt álit MSP nr. 32 (2007).