



**Hefur réttarríkið beðið hnekki?**  
**Beiting þvingunarráðstafana við rannsókn efnahagsbrota**  
**frá og með hausti 2008 með hliðsjón af**  
**nýlegum dómum Mannréttindadómstóls Evrópu**  
**og hugmyndinni um réttarríkið**

**Björn Jón Bragason**

**2015**

**ML í lögfræði**

**Höfundur: Björn Jón Bragason**  
**Kennitala: 010279-3569**  
**Leiðbeinandi: Andri Óttarsson**

**Lagadeild**  
**School of Law**

# Útdráttur

Fall íslensku viðskiptabankanna haustið 2008 er að mörgum álitinn einstæður viðburður í íslenskri sögu, enda nam ársvelta bankakerfisins margfaldri landsframleiðslu. Þá varð samhliða falli bankanna gengishrun. Hætt er við því að viðbrögð stjórnvalda verði ofsafengin þegar stóraföll dynja yfir sem eiga sér enga hliðstæðu.

Þvingunarúrræði fela í sér alvarlegt inngríp í líf borgaranna, en lögspekingar hafa nýlega haldið því fram að þeim sé mun meira beitt við rannsókn efnahagsbrota hér á landi en efni standi til. Hefur réttarríkið jafnvel beðið hnekki? Í ritgerðinni er leitað svara við þeirri spurningu og þá horft til skilgreininga á réttarríki, en flestir fræðimenn sem skilgreint hafa réttarríki gera virka vernd mannréttinda að hugtaksskilyrði þess.

Í fyrri hluta ritgerðarinnar er notkun þvingunarúrræða við meðferð efnahagsbrota skoðuð með hliðsjón af nýlegum dómum Mannréttindadómstóls Evrópu og í síðari hlutanum er horft til ábyrgðar á réttarríkinu í þessu sambandi.

## Abstract

The collapse of the Icelandic banks in the fall of 2008 is considered to be a unique event in the history of Iceland, since the annual turnover of the banking system was immensely larger than the GDP of the country. The Icelandic króna devalued at the same time. When such unprecedented crisis occur, there is a real risk of the government response being much too harsh.

Coercive means constitute a serious intervention in the daily lives of citizens, but legal minds have recently maintained that such measures are used a lot more during investigations into financial crime in Iceland than is called for. Has the rule of law been compromised? This dissertation will seek answers to that question by examining definitions of the constitutional state, but most scholars which have defined the concept see the active protection of human rights as a prime condition for the term to be valid.

The first part of the dissertation will examine the usage of coercive means in the course of financial crime investigations in contrast to recent judgments delivered by the European Court of Human Rights and the latter part will examine the responsibilities of the constitutional state in this context.

# Efnisyfirlit

1. Lagaskrá	4
1.1. Íslensk löggjöf	4
1.2. Brottfallin lög	4
1.3. Alþingistíðindi	4
1.4. Reglur	5
2. Dómaskrá	5
2.1. Dómar Hæstaréttar Íslands	5
2.2. Úrskurðir Héraðsdóms Reykjavíkur	6
2.3. Erlendir dómar	6
2.3.1. Dómar Hæstaréttar Noregs	6
2.3.2. Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu	6
2.3.3. Álit Mannréttindanefndar Evrópu	8
3. Aðrar frumheimildir	8
3.1. Skjallegar heimildir	8
4. Inngangur	9
<b>I. hluti</b>	12
5. Grundvöllur réttarríkis	12
6. Þvingunarúrræði	16
6.1. Verndarhagsmunir	17
6.2. Mannréttinasáttmáli Evrópu	19
6.2.1. Réttur til frelsis og mannhelgi	21
6.2.2. Réttlát málsmeðferð	22
6.2.3. Friðhelgi einkalífs	22
6.5. Einstakar þvingunarráðstafanir	24
6.5.1. Hútleit, haldlagning	25
6.5.1.1. Lagaumgjörð	25
6.5.1.2. Dómar Mannréttindadómstólsins	28
6.5.1.3. Íslensk framkvæmd og réttarríkið	33
6.5.1.4. Ályktanir	37
6.5.2. Símahlustun	39
6.5.2.1. Lagaumgjörð	39
6.5.2.2. Dómar Mannréttindadómstólsins	43
6.5.2.3. Íslensk framkvæmd og réttarríkið	46
6.5.2.4. Ályktanir	48
6.5.3. Handtaka og gæsluvarðhald	50
6.5.3.1. Lagaumgjörð	50
6.5.3.2. Dómar Mannréttindadómstólsins	51
6.5.3.3. Íslensk framkvæmd og réttarríkið	52
6.5.3.4. Ályktanir	55
<b>II. hluti</b>	57
7. Ábyrgð á réttarríkinu	57
7.1. Hlutverk dómara í réttarríkinu	58
7.2. Lögmenn og réttarríkið	60
7.2. Rannsakendur og handhafar ákærvalds	64
7.3. Yfirlýsingar stjórnmalamanna	66
7.4. Opinber umfjöllun	68
8. Niðurstöður	71
Heimildir	76

# **1. Lagaskrá**

## **1.1. Íslensk löggjöf**

Stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, sbr. stjórnskipunarlög nr. 97/1995.

Lög nr. 10/1979 um alþjóðasamning um borgaraleg og stjórnómálaleg réttindi.

Lög nr. 45/1987 um staðgreiðslu opinberra gjalda.

Lög nr. 50/1988 um virðisaukaskatt.

Stjórnsýslulög nr. 37/1993.

Lög nr. 62/1994 um mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 25/1998 og nr. 56/2005.

Lögregluglög nr. 90/1996.

Fjarskiptalög nr. 81/2003.

Lög um tekjuskatt nr. 90/2003.

Samkeppnislög nr. 44/2005.

Lög nr. 88/2008 um meðferð sakamála.

Lög nr. 135/2008 um embætti sérstaks saksóknara.

## **1.2. Brottfallin lög**

Lög nr. 27/1951 um meðferð opinberra mála.

Lög nr. 74/1974 um meðferð opinberra mála.

Lög nr. 19/1992 um meðferð opinberra mála.

## **1.3. Alþingistíðindi**

Alþt. 1994, A-deild.

Alþt. 2007–2008, A-deild.

Alþt. 2008–2009, A-deild.

Alþt. 2012–2013, A-deild.

## **1.4. Reglur**

Codex ethicus Siðareglur lögmannna ><http://www.lmfi.is/logmenn-og-thjonusta/log-og-reglur-um-logmenn/sidareglur-logmanna>< skoðað 6. desember 2015.

## **2. Dómaskrá**

### **2.1. Dómar Hæstaréttar Íslands**

Hrd 1989, 1095.

Hrd. 1989, 1292.

Hrd. 1992, 1914.

Hrd. 1993, 1081.

Hrd. 1996, 25.

Hrd. 2001, 1339.

Hrd. 2002, 1639.

Hrd. 2002, 1652.

Hrd. 19. janúar 2004 í máli nr. 487/2003.

Hrd. 17. nóvember 2004 í máli nr. 450/2004.

Hrd. 16. mars 2007 í máli nr. 92/2007.

Hrd. 1. nóvember 2007 í máli nr. 148/2007.

Hrd. 27. nóvember 2008 í máli nr. 611/2008.

Hrd. 10. maí 2010 í málum nr. 287 og 288/2010.

Hrd. 2. júní 2010 í máli nr. 332/2010.

Hrd. 18. janúar 2011 í máli nr. 34/2011.

Hrd. 11. ágúst 2011 í máli nr. 473/2011.

Hrd. 4. júní 2013 í máli nr. 362/2013.

## 2.2. Úrskurðir Héraðsdóms Reykjavíkur

Úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur 24. mars 2012 í máli nr. R-162/2012, heimild til húsleitar/haldlagningar hjá Samherja hf. og tengdum félögum Í vörslu höfundar.

Úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur 24. mars 2012 í máli nr. R-162/2012, heimild til húsleitar/haldlagningar hjá Þekking – Tristan hf. Í vörslu höfundar.

Úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur 27. mars 2012 í máli nr. R-166/2012, heimild til húsleitar/haldlagningar hjá Ice Fresh Seafood ehf. og öðrum félögum að Glerárgötu 30, Akureyri, og Kringlunni 7, Reykjavík. Í vörslu höfundar.

## 2.3. Erlendir dómur

### 2.3.1 Dómur Hæstaréttar Noregs

Rt. 1994, 88

### 2.3.2 Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu

*Klass o.fl. g. Þýskalandi* App no. 5029/71 (ECtHR, 6. september 1978).

*Malone g Bretlandi* App no. 8691/79 (ECtHR, 2. ágúst 1984).

*Barberà, Messagué og Jabardo g. Spáni* App no. 10590/83 (ECtHR, 6. desember 1988)

*Ciulla g. Ítalíu* App. 11152/84 (ECtHR, 22. febrúar 1989).

*Kruslin g. Frakklandi* App no. 11801/85 (ECtHR, 24. apríl 1990).

*Latellier g. Frakklandi* App no. 12369/86 (ECtHR, 26. júní 1991).

*Campell g. Bretlandi* App no. 13590/88 (ECtHR, 25. mars 1992).

*Niemietz g. Þýskalandi* App no. 13710/88 (ECtHR, 16. desember 1992).

*Miailhe g. Frakklandi* App no. 12661/87 (ECtHR, 25. febrúar 1993).

*Sigurður Sigurjónsson g. Íslandi* App no. 16130/90 (EctHR, 30. júní 1993).

*Imbroscia g. Sviss* App. 13972/88 (ECtHR, 24. nóvember 1993).

*Allenet De Ribemount g. Frakklandi* App no. 15175/89 (ECtHR, 10. febrúar 1995).

*Procola g. Lúxemborg* App no. 1470/89 (ECtHR, 28. september 1995).

*Kopp g. Sviss* App no. 23224/94 (ECtHR, 25. mars 1998).

*Banco de finanzas e inversiones S.A. g. Spáni* App no. 36876/97 (ECtHR, 27. apríl 1999).

*Withold Litwa g. Póllandi* App no. 26629/95 (ECtHR, 4. apríl 2000).

*Telfner g. Austurríki* App no. 3350/96 (ECtHR, 20. mars 2001).

*Keslassy g. Frakklandi* App no. 51578/99 (ECtHR, 8. janúar 2002).

*Société Colas Est o.fl. g. Frakklandi* App no. 37971/97 (ECtHR, 16. apríl 2002).

*Nikula g. Finnlandi* App no 31611/96 (ECtHR, 21. júní 2002) 54. mgr.

*Hilda Hafsteinsdóttir g. Íslandi* App no. 40905/98 (ECtHR, 8. júní 2004) 34. mgr

*L.M. g. Ítalíu* App no. 60033/00 (ECtHR, 8. febrúar 2005).

*Matheron g. Frakklandi* App no. 57752/00 (ECtHR, 29. mars 2005).

*Buck g. Þýskalandi* App no. 41604/98 (ECtHR, 28. apríl 2005).

*Vetter g. Frakklandi* App no. 59842/00 (ECtHR, 31. maí 2005).

*Salov g. Úkraínu* App 65518/83 (ECtHR, 6. september 2005).

*Petri Sallinen o.fl. g Finnlandi* App no. 50882/99 (ECtHR, 27. september 2005).

*Dumitri Popescu g. Rúmeníu* App no. 71525/01 (ECtHR, 26. apríl 2007).

*Smirnov g. Rússlandi* App no. 71362/01 (ECtHR, 7. júní 2007).

*Wieser og Bicos Beteiligungen GmbH g. Austurríki* App no. 74336/01 (ECtHR, 16. október 2007).

*Stefanov g. Búlgaríu* App no. 65755/01 (ECtHR, 22. maí 2008).

*Liberty o.fl. g. Bretlandi* App no. 36760/06 (ECtHR, 1. júlí 2008).

*Iordachi o.fl. g. Moldavíu* App no. 25198/02 (ECtHR, 10. febrúar 2009).

*Kolesnichenko g. Rússlandi* App no. 19856/04 (ECtHR, 9. júlí 2009).

*Kinský g. Tékklandi* App no. 42856/06 (ECtHR, 9. febrúar 2012).

*Robathin g. Austurríki* App no. 30457/06 (ECtHR, 3. júlí 2012).

*Lindströn og Mässeli g. Finnlandi* App no. 24630/10 (ECtHR, 14. janúar 2014).

### **2.3.3. Ákvarðanir Mannréttindanefndar Evrópu**

*Adler og Bivas g. Þýskalandi* App no. 5572/72 og 5670/72 (European Commission of Human Rights, 16. júlí 1976).

## **3. Aðrar frumheimildir**

### **3.1. Skjallegar heimildir**

Krafa Samherja hf. og fleiri til Héraðsdóms Reykjavíkur um úrskurð á grundvelli 2. mgr. 102. gr., sbr. og 3. mgr. 69. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála (12. mars 2014). Í vörslu höfundar.

Krafa um heimild til haldlagningar gagna til Héraðsdóms Reykjavíkur, undirrituð af Arnóri Sighvatssyni og Ingibjörgu Guðbjartsdóttur fyrir hönd Seðlabanka Íslands (23. mars 2012). Í vörslu höfundar.

Minnisblað frá Ólafi Þór Haukssyni til Rögnu Árnadóttur (6. maí 2010).  
>[https://www.innanrikisraduneyti.is/media/2010/Minnisblad\\_07.05.10.pdf](https://www.innanrikisraduneyti.is/media/2010/Minnisblad_07.05.10.pdf)< skoðað 6. desember 2015.



## 4. Inngangur

Hætt er við því að viðbrögð stjórnvalda verði ofsafengin þegar stóráföll dynja yfir sem eiga sér enga hliðstæðu. Svokölluð ættjarðarlög (*Patriot Act*) í Bandaríkjunum eru af mörgum talin dæmi þar um, en þau voru sett í kjölfar árásar hermdarverkamanna á tvíburaturnana í New York borg 11. september 2001. Alan Dershowitz, einn kunnasti lögmaður vestanhafs og kennari við lagadeild Harvard-háskóla, hefur nefnt að í kjölfar árásanna hafi stjórnvöld í Washington farið offari í eftirliti með borgurunum og um leið vegið gróflega að persónufrelsi. Ný tækni gerbreyti líka möguleikum stjórnvalda til að hafa eftirlit með borgurunum. Nú mætti hlera og skoða samskipti með hátækni sem höfundar stjórnarskrárákvæða um persónufrelsi hefðu aldrei getað ímyndað sér.<sup>1</sup> Umræða um skerðingu mannréttinda í þágu öryggis borgaranna hefur nú sprottið upp að nýju á Vesturlöndum í kjölfar hinna mannskæðu árása í París (ritað í desember 2015) og því má velta upp hvort réttarríkinu sé um leið ógnað.

Hér á landi hafa blessunarlega ekki orðið neinir atburðir í líkingu við þau hermdarverk sem að framan voru rakin. En Íslendingar hafa þó ekki farið varhluta af efnahagslegum kollsteypum. Fall íslensku viðskiptabankanna haustið 2008 var atburður sem átti sér enga hliðstæðu í íslenskri sögu, enda nam ársvelta bankakerfisins margfaldri landsframleiðslu. Þá varð samhliða falli bankanna gengishrun. Þeir atburðir verða vitaskuld ekki bornir saman við þau voðaverk sem að framan voru rakin, en engu að síður er vert rannsóknarefni hvaða áhrif stóráföll geta haft á réttarkerfi þjóða og um leið á réttarríkið.

Þau efnahagsáföll sem að framan voru rakin komu illa við nánast öll heimili landsins og því ekki að undra að sú krafa yrði rík í samfélaginu að málefni er vörðuðu fall bankanna skyldu tekin til rækilegrar rannsóknar. Þegar í byrjun október 2008 lagði Fjármálaeftirlitið fyrir skilanefndir föllnu bankanna að gera úttektir á starfsemi þeirra síðustu vikunnar fram að falli til að kanna hvort möguleg afbrot hefðu átt sér stað. Fjármálaeftirlitið hóf einnig sjálft eigin rannsóknir á þessu efni, enda voru uppi grunsemdir um lögbrot í tengslum við fall bankanna.<sup>2</sup> Skýrslur um þetta efni var skilað til Fjármálaeftirlitsins undir loks árs 2008 og í byrjun árs 2009. Í framhaldi af því þurftu starfsmenn stofnunarinnar að rannsaka ábendingar um möguleg lögbrot. Sú vinna tók eðlilega sinn tíma. En samt sem áður varð víða vart óþreyju í þjóðfélaginu og einn alþingismaður spurði hvort verið væri að „egna þjóðina til

<sup>1</sup> —, „Verjandi hins glataða málstaðar“ *Morgunblaðið* (Reykjavík 4. apríl 2008) 26–28.

<sup>2</sup> —, „Rannsóknir á vegum fjármálaeftirlitsins“ (*fme.is*, 5. nóvember 2008) ><http://www.fme.is/utgefing-efni/frettir-og-tilkynningar/frettir/nr/458>< skoðað 6. desember 2015.

uppreisnar“.<sup>3</sup> Viðhorf af þessu tagi voru á ýmsan hátt skiljanleg í því andrúmslofti sem þá ríkti.

Skömmu eftir fall bankanna voru sett lög nr. 135/2008 um embætti sérstaks saksóknara, sem rannsaka skyldi mögulega refsiverða háttsemi í aðdraganda, tengslum við og í kjölfar þeirra atburða sem leiddu til falls bankanna. Í greinargerð með frumvarpi því sem varð að lögum um embætti sérstaks saksóknara kemur meðal annars fram að með rannsókn og dómsmeðferð brota sem kynnu að hafa verið framin mætti „efla réttlætiskennd,“ „sefa reiði“ og „auka trú borgaranna á réttarríkið“.<sup>4</sup> Þá sagði einnig í greinargerðinni að gert væri ráð fyrir að „hið sérstaka rannsóknar- og saksóknaraembætti yrði ekki varanlegt heldur starfi tímabundið og við niðurlagningu þess hverfi verkefni embættisins til annarra saksóknara- og lögregluembætta í samræmi við almenn ákvæði lögreglulaga og laga um meðferð sakamála“.<sup>5</sup> Verkefni sérstaks saksóknara uxu svo mjög á næstu árum að loks var efnahagsbrotadeild Ríkislögreglustjóra lögð niður og verkefni hennar felld undir starfsemi þess embættis er áður átti að starfa um skamma hríð. Í kjölfarið hefur fylgt umfangsmesta sakamálarannsókn Íslandssögunnar, sem tekur til fjölmargra einstaklinga og lögaðila.

Á umrótstímum í sögu Evrópu hefur á stundum hrikt í stoðum réttarríkisins og almenn mannréttindi átt undir högg að sækja. Við slíkar aðstæður getur sú krafa orðið hávær að almenn mannréttindi tefji fyrir framgangi réttlætisins. En því má halda fram að einmitt á orlagatímum ríði á að mannréttindaverndin haldi.

\*\*\*

Ég hef lengi haft áhuga á rannsókn og ákærumeðferð efnahagsbrota, en ritgerð mín til meistaraprófs í sagnfræði fjallaði um gjaldþrotamál Hafskips hf. og þá sakamálarannsókn sem fylgdi í kjölfarið, auk langvinnra málaferla. Leiðbeinendur mínir við þá ritgerð voru dr. Þór Whitehead, prófessor í sagnfræði við Háskóla Íslands, og Kristján Jóhannsson, lektor við viðskipta- og hagfræðideild sama skóla. Að loknu prófi vann ég að bók um þau mál sem út kom haustið 2008.<sup>6</sup> Öll sú vinna varð kveikjan að sífellt meiri áhuga mínum á lögfræði og varð til þess að ég innritaði mig í laganám. BA-ritgerð mín í lögfræði við Háskóla Íslands fjallaði um rannsóknarnefnd Alþingis vegna Hafskipsmálsins. Sú ritgerð var unnin undir leiðsögn Sigurðar Líndal, fyrrverandi lagaprófessors, en útdráttur úr henni birtist í opnugrein í

<sup>3</sup> Ögmundur Jónasson, „Er verið að egna þjóðina til uppreisnar“ (ogmundur.is, 6. janúar 2009) ><http://ogmundur.is/annad/nr/4342>< skoðað 6. desember 2015.

<sup>4</sup> *Alþt.* 2008–2009. A-deild, þskj. 156. – 141. mál, Athugasemdir við lagafrumvarp þetta.

<sup>5</sup> sama heimild.

<sup>6</sup> Björn Jón Bragason, *Hafskip í skotlínu* (Sögn 2008).

*Morgunblaðinu* á sínum tíma.<sup>7</sup> Annað umfangsmikið efnahagsbrotamál, kennt við Baug hf., hefur einnig verið mér hugleikið og uppspretta mikilli vangaveltna minna um rannsókn efnahagsbrota og þróun ákærvalds. Orðið efnahagsbrot er nýlegt og hefur verið skilgreint sem svo að það taki til „refsiverðar háttsemi í hagnaðarskyni, sem fram fer fram kerfisbundið og reglulega í annars löglegri atvinnustarfsemi einstaklinga eða lögaðila“. Orðið getur því átt við um ýmis auðgunarbrot, fjársvik og skilasvik, en einnig bókhaldsbrot, brot gegn skattalögum, samkeppnislögum, hlutafélagalögum og svo mætti áfram telja.<sup>8</sup>

Ég hef haft sérstakan áhuga á að skoða beitingu þvingunarúrræða við rannsókn efnahagsbrota á umliðnum árum og kanna hvort gengið hafi verið lengra við beitingu úrræðanna en efni stóðu til. Í nýlegri grein í *Tímariti lögfræðinga* var spurt í þessu sambandi hvort Ísland væri réttarríki, en höfundar greinarinnar töldu að rannsakendur hefðu farið offari og horfðu þá sér í lagi til símahlustunar.<sup>9</sup> Við skoðun mína á þessu álitaefni kom í ljós að virk vernd mannréttinda voru sem rauður þráður í skilgreiningum á réttarríki og ýmsir lögfróðir menn sem ég ræddi við töldu sýnt að öruggasta leiðsögn í þessu efni væru dómar Mannréttindadómstóls Evrópu. Samanburður á niðurstöðum þeirra í ýmsum málum er snerta rannsóknir sakamála við ástand mála hérlendis sé í reynd prófsteinn á það hvort réttarríkið haldi. Í þessu sambandi er vert að skoða þvingunarúrræði sérstaklega, en þau fela í sér mikið inngríp í líf borgaranna og þar með skerðingu á ýmsum grundvallarmannréttindum, friðhelgi einkalífs, persónufrelsi og eignarrétti.

Ég hef borið þessi mál undir marga kunnáttumenn, þar á meðal má nefna Axel Kristjánsson, hæstaréttarlögmann og fyrrverandi aðstoðarbankastjóra, Brynjar Níelsson, hæstaréttarlögmann og alþingismann, Helga Sigurðsson hæstaréttarlögmann, Jóhann R. Benediktsson, fyrrverandi sýslumann, Jónas Fr. Jónsson, hæstaréttarlögmann og fyrrverandi forstjóra Fjármálaeftirlitsins, dr.juris Magnús Kjartan Hannesson MA, sérfræðing í utanríkisráðuneytinu, Matthías Johannessen, fyrrverandi ritstjóra *Morgunblaðsins*, og Sigurjón Þ. Árnason, fyrrveranda bankastjóri Landsbanka Íslands hf.

Meðferð munnlegra heimilda er vandmeðfarin, enda skoðanir manna misvel ígrundaðar, auk þess sem minnið er almennt vondur geymslustaður. Ég er þó þeirrar skoðunar að fræðimenn sem líti framhjá munnlegum heimildum fari á mis við margvíslegan fróðleik sem fræðirit, *Alþingistíðindi* og dómar geta ekki veitt. Að auki er til þess að líta að lögin eru framkvæmd af mönnum af holdi og blóði og hin gamalkunnu varnaðarorð Vísa-Gísla

<sup>7</sup> Björn Jón Bragason, „Björgunarmönnum refsað“ *Morgunblaðið* (Reykjavík, 11. október 2011) 26–27.

<sup>8</sup> Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsiaþbyrgð* I (Háskólaútgáfan 1999) 63.

<sup>9</sup> Jóhannes Sigurðsson og Þórir Júlíusson, „Hrikir í stoðum réttarríkis?“ (2014) 2 *Tímarit lögfræðinga*, 105–167.

Magnússonar, sýslumanns Rangæinga, eru enn í fullu gildi: „Betri eru góðir embættismenn en góð lög.“ Hér verður á nokkrum stöðum vísað til viðtala minna við umrædda heimildarmenn, auk þess sem notast er við frásagnir nokkurra manna um þessi mál er birst hafa opinberlega. Þessar frásagnir eru þó til hliðar við hina fræðilegu umfjöllun og þar sem ég ræði um hin einstöku þvingunarúrræði birtist þessi umfjöllun aftan við.

Efni það sem hér er undir er æði víðfemt, en umgjörð þess sæki ég til kenninga um réttarríkið sem greint er frá hér á eftir. Stóra spurningin er *hvort réttarríkið hafi beðið hnekki* eins og spurt er að hér í titli. Til að svara þeirri spurningu þarf að líta til kenninga um réttarríkið og skilgreininga þess og er sú umfjöllun hér í byrjun. Því næst verður vikið að þvingunarúrræðum og horft til mannréttindasáttmála Evrópu. Þá fylgir umfjöllun að beitingu þvingunarúrræða við rannsókn efnahagsbrota á síðustu árum með hliðsjón af nýlegum dómum Mannréttindadómstóls Evrópu og hugmyndinni um réttarríkið. Það efni sem hér er nefnt að framan er í fyrri hluta ritgerðarinnar. Síðari hlutinn lýtur að ábyrgð á réttarríkinu og hvernig hún horfir við dómurum, lögmönnum, saksóknurum og rannsakendum. Sömuleiðis er vikið að yfirlýsingum stjórnámálanna um mál sem eru til rannsóknar og sæta dómsmeðferð og sagt frá opinberri umfjöllun um sakamál. Í lokin eru dregnar ályktanir af rannsókn höfundar og leitað svara við því *hvort réttarríkið hafi beðið hnekki*. En fyrst af öllu er skylt að líta til skilgreininga á réttarríkinu.

# I. hluti

## 5. Grundvöllur réttarríkis

*Gáttir allar  
áður gangi fram  
um skoðast skyli,  
um skyggnast skyli,  
því að óvíst er að vita  
hvar óvinir  
sitja á fleti fyrir.<sup>10</sup>*

Þessi kunnu vísuorð úr Hávamálum lýsa vel sífelldum ótta þess er býr í samfélagi lögleysu. Í slíku samfélagi lifa menn í stöðugum ótta, „hætta á að hljóta miskunnarlausan dauðdaga“ og

---

<sup>10</sup> *Hávamál* (Gad 1924).

að líf manna verði „einangrað, snautt, andstyggilegt, ofbeldisfullt og stutt“, eins og Thomas Hobbes komst að orði í *Leviathan*.<sup>11</sup>

Rétturinn, réttarríkið, hefur frelsað nútímamenn undan því helsi sem forfeður þeirra bjuggu við. Réttarríki (d. *retsstaten*, þ. *Rechtsstaat*, fr. *l'état le droit*, e. *rule of law*) er eitt hinna vinsælu hugtaka í þjóðmálaumræðu samtímans. Fyrir vikið er merking þess í daglegu tali á reiki og hugtakið jafnvel látið ná yfir hvaðeina sem talið er æskilegt og gott í lögum og stjórnskipun. Samkvæmt *Orðabók Menningarsjóðs* er réttarríki „ríki sem fer eftir réttarreglum við beitingu ríkisvalds“ og gjarnan er sagt að réttarríki sé ríki sem byggir á lögum, eða eins og John Adams, annar forseti Bandaríkjanna, orðaði það: „Þar sem lögín ráða, en ekki mennirnir.“<sup>12</sup> Þessar skilgreiningar eru góðar eins langt og þær ná. Með réttarríki eru sett fram skilyrði þess að lögín geti þjónað þeim tilgangi að hafa áhrif á háttsemi þeirra sem þeim er beint til. Réttarríkið lýtur ekki að því hvernig lögín *eigi að vera* heldur hvaða formlega eiginleika þau *eigi að hafa*, svo sem að vera „framkvæmanleg, skiljanleg, birt og almenn“, svo nokkur atriði séu nefnd.<sup>13</sup>

Með hugtakinu réttarríki er fólgin sú hugmynd að ríkisvaldið sé bundið af ákveðnum reglum, sem séu fyrirframgerðar og mönnum þá kleift að „sjá fyrir með nokkuð öruggri vissu, hvernig yfirvöldin muni nota þvingunarvaldið og undir hvaða kringumstæðum, og þá geti menn skipulagt líf sitt með hjálp slíkrar vitneskju“.<sup>14</sup> Réttarríkið er nauðsynlegt, eigi lögín að virða mannlega reisn. Í því felst að menn geti skapað sér sína eigin framtíð og skipulagt líf sitt. Harðstjóri mun ekki virða réttarríkið, það setur honum of miklar hömlur.<sup>15</sup> Enda varð það eitt meginmarkmið stjórnvalda í Ráðstjórnarríkjunum og Þýskalandi þjóðernissósíalismans að afnema réttarríkið.

Hugmyndir um réttarríkið hafa mótast á umliðnum öldum. Á upplýsingaröld komu fram nýjar kenningar sem kollvörpuðu fyrri hugmyndum í stjórnlagafraeðum. Áður var almennt talið að konungur þægi vald sitt frá Guði. John Locke setti fram þá kenningu síðla á 17. öld í *Ritgerð um ríkisvald* að grundvöllur ríkisvaldsins væri nokkurs skonar sáttmáli sem tryggði allsherjarreglu, frið og frelsi borgaranna. Ríkisvaldið ætti uppruna sinn hjá borgurunum, ekki Guði.<sup>16</sup> Hugmyndin um réttarríkið er þannig nátengd kenningum um frelsi

<sup>11</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan* (Penguin 1971), 186.

<sup>12</sup> „A government of laws, and not of men.“ – „Novanglus“ (1774) 7 Boston Gazette; *Kjarni málsins. Fleyg orð á íslensku* (Bókafélagið 2010) 8.

<sup>13</sup> Skúli Magnússon, „Grunnreglur stjórnsýsluréttar og siðferði“ (2001) 2 Tímarit lögfræðinga 113–114.

<sup>14</sup> Garðar Gíslason, „Hvað er réttarríki og hverjir eru kostir þess?“ (1983) 2 Tímarit lögfræðinga 68.

<sup>15</sup> sama heimild 71.

<sup>16</sup> Atli Harðarson, „Inngangur“. John Locke, *Ritgerð um ríkisvald* (3. útg., Hið íslenska bókmenntafélag 2011); Sigríður Ingvarsdóttir, „Um dómsvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“ (2004) 4 Tímarit lögfræðinga 467.

einstaklingsins og réttarríkið þá þáttur í að tryggja friðhelgi einstaklingsins, almennt réttaröryggi og þar með frið í samfélaginu.<sup>17</sup> Til viðbótar má nefna að lögskipan þjóðfélagsins verður að fullnægja tilteknum meginreglum eigi að vera unnt að framfylgja lögnum í réttarríki, en enski réttarheimspekingurinn Joseph Raz, taldi þau verða að vera framvirk, aðgengileg, skýr og stöðug.<sup>18</sup>

Kenningar um réttarríkið eru margbreytilegar og ólíkt hvaða efnisþætti kenningasmiðir leggja megináherslu á, en í lögum er hvergi að finna skilgreiningu á hugtakinu þrátt fyrir mikla notkun þess. Skilgreiningar fræðimanna eru jafnvel stundum fólgnar í því að gert er grein fyrir þeim kröfum sem uppfylla þarf til að um réttarríki geti verið að ræða.<sup>19</sup> Garðar Gíslason, fyrrverandi hæstaréttardómari, segir hugtakið lýsa stjórnmalahugsjón – fyrirmyndarástandi sem stefna beri að. Réttarríkið sé kostur sem prýtt geti lögin og réttarkerfið. Hugtakið verði ekki skilgreint nema með hliðsjón af öðrum gildum og nefnir hann í því sambandi lýðræði, réttlæti, jafnrétti, jafnræði og mannréttindi. Þá felist í réttarríkishugtakinu að þær athafnir ríkisvaldsins sem ekki styðjist við lagaheimild séu þar af leiðandi löglausar og að engu hafandi.<sup>20</sup> Ragnar Aðalsteinsson hæstaréttarlögmaður telur að í hugtakinu réttarríki sé fólgin sá skilningur að ríkisvaldið sé takmarkað af mannréttindum og „réttarríkishugmynd sem einungis byggir á því að hinna formlega skilyrða sé gætt, sé arfur liðinnar tíðar“.<sup>21</sup> Hjá Ragnari birtist því sú hugmynd að lögin verði ekki skilin frá siðferðinu, en í hinum klassíska vildarrétti (positívismannum) fólst algjör aðskilnaður laga og siðferðis.

Annar hæstaréttarlögmaður, Sigurður G. Guðjónsson, hefur komið fram með þá skilgreiningu á réttarríkinu að þar búi borgarnir við þá vissu að stjórnvöld jafnt sem dómstólar beiti úrlausnarvaldi sínu með óhlutdrægum hætti, innan hæfilegs tíma og í samræmi við lög sem birt höfðu verið áður en ágreiningur reis. Ísland hafi verið talið í réttarríkja í þessari merkingu og vísar hann sérstaklega í því sambandi við 70. gr. stjórnarskrár, þar sem segir að allir eigi rétt til þess að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur eða um ákæru á hendur sér um refsiverða háttsemi með réttlátri málsmeðferð fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli innan hæfilegs tíma.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> Sigríður Ingvarsdóttir: „Um dómsvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“ (2004) 4 Tímarit lögfræðinga 470.

<sup>18</sup> Joseph Raz, *The Authority of Law: Essay on Law and Morality* (Clarendon Press 1997); Sigurður Línal, *Um lög og lögfræði* (Hið íslenska bókmenntafélag 2007) 47.

<sup>19</sup> Sigríður Ingvarsdóttir: „Um dómsvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“ (2004) 4 Tímarit lögfræðinga 468.

<sup>20</sup> Garðar Gíslason, *Eru lög nauðsynleg?* (Orator 1991) 68.

<sup>21</sup> Ragnar Aðalsteinsson, „... einungis eftir lögnum“ (2000) 4 Úlfjótur 584.

<sup>22</sup> Sigurður G. Guðjónsson, „Látum ekki lögfræðilega hafvillu bera okkur frá ströndum réttarríkisins“. (*visir.is*, 8. janúar 2014) ><http://www.visir.is/latum-ekki-logfraedilega-hafvillu-bera-okkur-fra-strondum-rettarrikisins/article/2014140109320>< skoðað 6. desember 2015.

Ármannt heitinn Snævarr lagaprófessor taldi tvennt skipta meginmáli við skilgreiningu réttarríkis, annars vegar að mönnum væri búið réttaröryggi og hins vegar að almenn mannréttindi væru virt. Með réttaröryggi væri horft til þess að borgarar nýtu verndar fyrir ólögmati ásælni annarra manna og einnig verndar gegn ofurþunga ríkisvalds.<sup>23</sup> Hugum nánar að því síðarnefnda. Réttarreglur eiga að setja framkvæmdarvaldinu hömlur, til að mynda að ómálefnaleg sjónarmið ráði ekki för við úrlausn mála. Miklu skiptir að borgararnir eigi þess kost að staðreyna hvort viðkomandi stjórnvald hafi haldið sig innan lögboðinna marka. Þannig hafa dómstólar frá gamalli tíð talið sér heimilt að skera úr um það hvort handhavar framkvæmdarvalds hafi virt þessi mörk. Ármannt lét þess einnig getið að á milli ríkisvalds og réttarins væru gagnvirk tengsl. Ríkið bindi ekki einasta réttinn, heldur bindi rétturinn ríkið. Við þær aðstæður að valdhafarnir telja sér heimilt að fara sínu fram án tillits til réttarins er rétt að tala um andstæðu réttarríkis.<sup>24</sup> Fleiri íslenskir fræðimenn hafa skilgreint réttarríki. Sigurður Línadal, fyrrverandi lagaprófessor, segir að réttarríkið fái ekki staðist án almennra kunnra reglna, skilgreindra réttarhugtaka og réttaröryggis sem með því er tryggt.<sup>25</sup>

Garðar Gíslason gerir í bók sinni *Eru lög nauðsynleg?* tilraun til að skilgreina hugtakið réttarríki nánar og segir það byggja á hugmyndinni um að ríkisvaldið sé bundið af ákveðnum reglum, fyrirframgerðum, en Garðar er sá íslenskra fræðimanna sem mest hefur fjallað um réttarríkið. Þrengri merking orðsins sé að ríkisvaldið skuli bundið lögum og háð lögum, að allar ákvarðanir og allar athafnir ríkisvaldsins styðjist við lagaheimild. Þessar reglur eigi að gera mönnum kleift að sjá fyrir með nokkuð öruggri vissu hvernig yfirvöld muni nota þær valdheimildir sem þeim eru búnar. Menn geti þá skipulagt líf sitt með hliðsjón af slíkri vissu. Í orðanna hljóðan felist að „rétturinn ríki“ og hugtakið réttarríki verði að skilgreina með hliðsjón af ýmsum gildum, svo sem lýðræði, réttlæti, jafnrétti, jafnræði og mannréttindum.<sup>26</sup>

Að framansögðu sést að flestir þeir fræðimenn sem fjallað hafa um réttarríkið gera vernd mannréttinda að hugtaksskilyrðum þess. Mannréttindasáttmála Evrópu, dómum Mannréttindadómstóls Evrópu og virkri vernd mannréttinda verða því gerð sérstök skil í umfjöllun hér á eftir og sérstaklega horft til beitingar þvingunarúrreða í ljósi þess alvarlega inngríps í líf borgarinnar sem felst í slíkum aðgerðum.

<sup>23</sup> Ármannt Snævarr, *Almenn lögfræði* (Orator 1989) 100.

<sup>24</sup> sama heimild, 99–100.

<sup>25</sup> Sigurður Línadal, *Um lög og lögfræði* (Hið íslenska bókmenntafélag 2007) 80.

<sup>26</sup> Garðar Gíslason, *Eru lög nauðsynleg?* (Orator 1991) 142–143.

## 6. Þvingunarúrræði

Þvingunarúrræði fela í sér alvarlegt inngríp í líf borgaranna. Um slík úrræði þurfa að gilda skýrar reglur. Úrræðunum eru settar skorður af almennum mannréttindum, en mannréttindi borgaranna hafa þróast mjög í tímans rás. Mannréttindaverndin hér á landi hefur ekki hvað síst styrkst vegna aðildar Íslands að alþjóðlegum mannréttindasamningum og vegur mannréttindasáttmáli Evrópu þar langþýngst. Nánar verður vikið að sáttmálanum hér á eftir.

Ákvæði um helstu þvingunarúrræði er að finna í lögum um meðferð sakamála, en meginreglur sakamálaréttarfars hafa breyst og mótast í tímans rás, ekki hvað síst á seinni árum. Þar hafa þjóðfélagshættir áhrif á og almenn viðhorf hverju sinni, en meginreglur sakamálaréttarfars hafa breyst mun hraðar en þær meginreglur er gilda í einkamálaréttarhari. Handhafar ríkisvalds njóta yfirburðarstöðu gagnvart sakborningi og því ná reglurnar ekki einungis yfir dómsmeðferð mála, heldur einnig meðferð þeirra hjá lögreglu og ákærvaldi. Meginreglurnar lúta sér í lagi að því að tryggja vernd mannréttinda sakborninga, koma í veg fyrir að saklausir menn verði fundnir sekir og að gengið sé lengra í skerðingu mannréttinda en þörf krefur vegna brýnna hagsmuna af framgangi réttvísinnar. Meginreglur sakamálaréttarfarsins, og settar réttarreglur með stoð í þeim, mega þó ekki binda um of hendur lögreglu og ákærvalds, ella er hætta á að framgangur réttvísinnar verði torveldaður. Hér er því á köflum um þröngt einstigi að fara. Í ljósi mikils aðstöðumunar ákærvalds og sakbornings í sakamálum hefur sakborningum verið skapað margvíslegt réttarfarshagræði (l. *favor defensionis*).<sup>27</sup>

Í IX.–XIV. kafla laga um meðferð sakamála nr. 88/2008 eru tíundaðar „þvingunarráðstafanir í þágu rannsóknar sakamáls“. Þar er vísað til símahlustunar, handtöku, haldlagningar, leitar, gæsluvarðahalds og líkamsrannsóknar. Til þvingunarráðstafana er gripið til að upplýsa um brot og afla gagna til undirbúnings málsmeðferðar fyrir dómi. Markmið þvingunarráðstafana getur þó verið annað, sbr. b-lið 1. mgr. 95. gr. sakamálalaga, en þá er markmiðið að tryggja návist sakbornings. Markmiðið getur einnig verið að afstýra því að sakborningur fremji fleiri brot, og að verja hann sjálfan fyrir árásum og áhrifum annarra, eða verja aðra fyrir árásum sakbornings.

Helstu einkenni þvingunarráðstafana er að þær verða knúnar fram með valdi ef þörf krefur og þær fela óhjákvæmilega í sér skerðingu á grundvallarmannréttindum, þar á meðal friðhelgi einkalífs, persónufrelsi og eignarétti. Þess vegna er gerður greinarmunur á þvingunarúrræðum og ýmsum öðrum aðgerðum lögreglu, svo sem að halda uppi reglu á

<sup>27</sup> Eiríkur Tómasson, *Meginreglur sakamálaréttarfars* (Úlfjljótur 2009) 7.



almannafæri. Handtaka ölvaðs manns á almannafæri flokkast þannig ekki sem þvingunarráðstöfun í þágu meðferðar sakamáls.

Þau mannréttindi sem skert eru með þvingunarráðstöfunum njóta verndar stjórnarskrár nr. 33/1944, sbr. stjórnskipunarlög nr. 97/1995. Í 67. gr. og 71. gr. stjórnarskrár er beinlínis að finna ákvæði um þvingunarúrræði, sem undirstrikar hversu alvarleg og viðurhlutamikil þessi úrræði eru. Umræddum ráðstöfunum eru einnig settar skorður í alþjóðlegum mannréttindasáttmálum sem Ísland á aðild að. Þar vegur langþyngst mannréttindasáttmáli Evrópu sem lögfestur var með lögum nr. 62/1994. Þvingunarráðstafanir í þágu rannsóknar sakamáls er ekki eingöngu að finna í sakamálalögum, því í sérlögum um toll- og skattyfirvöld er einnig að finna heimildir hlutaðeigandi stjórnvalda til að beita slíkum úrræðum.

Í langflestum tilfellum er það lögregla sem hefur frumkvæði að beitingu þvingunarráðstafana. Ákærendur geta sömuleiðis átt frumkvæði að þeim og lagt þá fram kröfu um slíkt fyrir dómara, sbr. 1. mgr. 102. gr. og 1. mgr. 103. gr. sakamálalaga. Ákærendur geta einnig gefið lögreglu fyrirmæli þessa efnis, sbr. 3. mgr. 21. gr. sakamálalaga. Í 2. mgr. 104. gr. sömu laga kemur fram að áður en dómari kveður upp úrskurð um þvingunarráðstöfun beri honum að gefa þeim sem aðgerðin beinist að kost á að tjá sig um kröfuna á dómþingi. Hér er um að ræða hina viðurkenndu andmælareglu réttarfars.<sup>28</sup>

Sakborningur eða málsvari hans getur alltaf borið undir dómara hvort þvingunarráðstöfun eða framkvæmd hennar sé lögmæt, sbr. 2. mgr. 102. gr. sakamálalaga. Hér vísast einnig til 4. mgr. 5. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Símahlustun er þó undanskilin, sem og aðrar þvingunarráðstafanir sem eru framkvæmdar án vitneskju sakbornings. Úrskurðir dómara um þvingunarráðstafanir má kæra til Hæstaréttar, líkt og kveðið er á um í g-l-liði 1. mgr. og b-lið 2. mgr. 192. gr. sakamálalaga. Samkvæmt 3. mgr. sömu greinar verður úrskurður þó ekki kærður sé aðgerð lokið að fullu.

## 6.1. Verndarhagsmunir

Andstæðum sjónarmiðum lýstur saman þegar þvingunarúrræði koma til álita. Annars vegar er það hina brýna þörf á að afbrot verði upplýst. Hins vegar er í húfi réttaröryggi þeirra manna sem aðgerðirnar beinast að. Um þetta farast Eiríki Tómassyni, hæstaréttardómara og fyrrverandi prófessor í réttarfari, svo orð: „Ef fyrrgreinda sjónarmiðinu er gert of hátt undir höfði í viðleitninni til að berjast gegn brotum, á kostnað réttaröryggisins, er hætt við að hrikti í

---

<sup>28</sup> Eiríkur Tómasson, *Þvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls* (Úlfjótur 200) 9.

stoðum réttarríkisins.“<sup>29</sup> Engu að síður er ljóst að margvísleg brot yrðu aldrei upplýst ef ekki kæmu til þvingunarræði og þess vegna getur verið varhugavert að binda hendur lögreglu og ákærvalds um of. Að svo komnu máli er rétt að huga að þeim verndarhagsmunum sem einstakar þvingunarráðstafanir beinast að, en hér er stuðst við skilgreiningar úr II. bindi *Strafferetspleje*:

1. Farbann, handtaka og gæsluvarðhald. Með þeim er gengið á persónufrelsi. Gæsluvarðhald er talið ganga lengst þvingunarráðstafana, enda allt athafnafrelsi þá skert um lengri tíma.
2. Líkamsleit og líkamsrannsókn. Þá er gengið á persónufrelsi manna, nánar tiltekið yfirráðum þeirra yfir eigin líkama.
3. Húsleit, rannsókn á skjölum og póstsendingum, símahlustun og aðrar sambærilegar ráðstafanir. Þá er friðhelgi einkalífs skert. Sér í lagi eru slíkar aðgerðir tilfinnanlegar þegar sá er aðgerð beinist að er ókunnugt um hana.
4. Haldlagning. Með henni er gengið á eignar- og ráðstöfunarrétt manna yfir munum. Slíkar þvingunarráðstafanir hafa verið taldar ganga skemur en þær sem að framan voru taldar.
5. Til viðbótar má nefna að allar þvingunarráðstafanir teljast ærumeiðandi fyrir þann sem á hlut að máli.<sup>30</sup>

Í 12. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 er orðuð svonefnd meðalhófsregla. Íþyngjandi ákvörðun skal ekki tekin nema að lögmæltu markmiði verði ekki náð fram með öðrum vægari hætti. Í lögum um meðferð sakamála er þessa reglu einnig að finna í 3. mgr. 53. gr. Hún hljóðar svo orðrétt:

Þeir sem rannsaka sakamál skulu gæta þess að mönnum verði ekki gert meira tjón, óhagræði eða miski en óhjálkvæmilegt er eftir því sem á stendur. Ekki mega þeir beita sakborning eða aðra harðræði umfram það sem lög heimila og nauðsynlegt er til að vinna bug á mótþróa þeirra gegn lögmætum aðgerðum né á annan hátt að beita þá ólögmætri þvingun í orði eða verki, svo sem með hótunum.

Sambærilega reglu er að finna í 2. mgr. 13. gr. og 14. gr. lögreglulaga nr. 90/1996. Reglan er ekki einskorðuð við rannsókn máls hjá lögreglu heldur tekur líka til ákæranda og dómara.<sup>31</sup> Aðeins skal grípa til þeirra að ekki sé hægt að ná markmiði því sem að er stefnt með vægara móti. Sé nauðsynlegt að beita þvingunarráðstöfun skal beita eins vægu úrræði og frekast er kostur. Í því sambandi má nefna að nægilegt getur verið að beita farbanni í stað gæsluvarðhalds. Þá skal forðast að fara harðar við beitingu þvingunarráðstöfunar en þörf

<sup>29</sup> Eiríkur Tómasson, *Þvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls* (Úlfljóttur 200) 6.

<sup>30</sup> Hans Gammeltoft-Hansen, *Strafferetspleje II* (2. útg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1998) 83–84; Eiríkur Tómasson, *Þvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls* (Úlfljóttur 200) 4.

<sup>31</sup> Eiríkur Tómasson, *Þvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls* (Úlfljóttur 2009) 7; Hrd. 1989, 1095.

krefur. Dæmi um slíkt er þegar farið er offari við handtöku. Þvingunarráðstafanir skulu heldur ekki vara lengur en þörf er á.

## 6.2. Mannréttindasáttmáli Evrópu

Síðari heimsstyrjöld leiddi af sér meiri hörmungar í Norðurálfu en nokkur dæmi voru um. Að ófriðnum loknum töldu leiðtogar ríkja í vestanverðri álfunni brýnt að bindast samtökum til að koma í veg fyrir frekari uppgang öfgaafna, líkt og þjóðernissósíalisms og kommúnismans, alræðisstefna sem grafið höfðu undan réttarríkinu og svipt borgarana almennum mannréttindum. Evrópuráðið var stofnað að ófriðnum loknum. Efst í huga stofnendanna var að leita allra leiða til að afstýra frekari styrjöldum og að mati þeirra væri áhrifaríkasta leiðin til þess að öll ríki virtu almenn mannréttindi, enda vel þekkt að þau ríki sem virða mannréttindi eru ólíklegri til að fara með ófriði á hendur öðrum ríkjum. Það er því ekki að undra að eitt fyrsta verk Evrópuráðsins var að leggja drög að sameiginlegum mannréttindasáttmála aðildarríkjanna. Hann var undirritaður í Róm 4. nóvember 1950 og má teljast langmikilvægastur allra þeirra þjóðréttarsamninga sem sem gerðir hafa verið á vettvangi Evrópuráðsins.

Mannréttindasáttmálinn er þjóðréttarsamningur og við skýringu hans eiga því við ákvæði Vínarsamningsins um milliríkjasamninga frá 1969. Undirbúningsgögn (fr. *travaux préparatoires*) sem urðu til við samningu sáttmálans eru lítt talin binda dómstólinn og sáttmálinn er þess eðlis að hann er í stöðugri þróun.<sup>32</sup> Komið var á fót tveimur stofnunum til að tryggja virkni sáttmálans, Mannréttindanefnd Evrópu og Mannréttindadómstól Evrópu. Hlutverk þeirra skyldi vera að fjalla um kærur aðildarríkja og einstaklinga vegna meintra brota ríkis á ákvæðum sáttmálans. Í reynd hafa þó aðeins fá mál verið rekin milli aðildarríkja sáttmálans.<sup>33</sup> Mannréttindanefndin hefur verið lögð niður en umfang dómstólsins og mikilvægi hefur aftur á móti aukist mjög á síðari áratugum.

Dómstóllinn telur mikilvægt að við skýringu ákvæða sáttmálans sé tekið mið af breyttum aðstæðum. Þetta hefur verið nefnt framsækin skýring (e. *evolutive / dynamic interpretation*, fr. *interprétation évolutive*). Þessar skýringar hafa sætt gagnrýni og á það bent að með þeim kunni dómstóllinn að fara út fyrir verksvið sitt. Það sé hlutverk dómstólsins að

---

<sup>32</sup> Davíð Þór Björgvinsson, „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“ í Björg Thorarensen, Davíð Þór Björgvinsson, Guðrún Gauksdóttir og Hjördís Björk Hákonardóttí (ritstj.), *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt* (Mannréttindastofnun Háskóla Íslands, Lagadeild Háskólans í Reykjavík 2005) 49.

<sup>33</sup> sama heimild, 30–31.

beita sáttmálanum, en ekki auka við efni hans.<sup>34</sup> Eigi vernd mannréttinda að nást fram er aftur á móti óhjákvæmilegt að skýra sáttmálann í samræmi við breyttar aðstæður og hafa þá hliðsjón af markmiðum ákvæða hans. Sáttmálinn er því það sem kallað er „lifandi gerð“ (e. *living instrument*, fr. *instrument de droit vivant*).<sup>35</sup> Dómur Mannréttindadómstólsins í máli *Sigurðar Sigurjónssonar gegn Íslandi* frá 1993 er gott dæmi um þetta. Íslenska ríkið vísaði í málalíbúnaði sínum til skýringa með 11. gr. sáttmálans. Þar kæmi fram að með ákvæðinu hefði ekki staðið til að vernda rétt manna til að standa utan félaga. Dómstóllinn taldi undirbúningsgögnin ekki hafa afgerandi þýðingu, því réttur samningsríkja, sem og alþjóðlegur réttur, hefði mótast frá því að undirbúningsgögnin voru gerð.<sup>36</sup> Á það hefur verið bent að samhæfð og virk vernd mannréttinda um gervalla álfuna náist ekki fram nema með því að dómstóllinn taki um leið þátt í að móta réttinn.

Mannréttinasáttmáli Evrópu var lögfestur hér á landi með lögum nr. 62/1994, sbr. lög nr. 25/1998 og nr. 56/2005. Meginástæða fyrir lögfestingu sáttmálans var að þeirri skoðun óx fylgi að íslensk löggjöf tryggði ekki nægilega réttindi samkvæmt sáttmálanum.<sup>37</sup> Með lögfestingu ykist réttaröryggi og réttindi einstaklinga fengju aukna vernd. Að sama skapi var bent á að í sáttmálanum væri að finna um sumt ítarlegri ákvæði um verndun mannréttinda, en væru í íslenskum lögum og um einstaka réttindi í sáttmálanum væru alls engin ákvæði í íslenskum lögum.<sup>38</sup> Með lögtöku sáttmálans skyldu ákvæði eldri laga sem gengju gegn sáttmálanum falla úr gildi samkvæmt reglunni *lex posterior derogat legi priori*. Með þessu móti varð þó ekki tryggt að yngri lög gengju framar sáttmálanum, því var talið nauðsynlegt að veita sáttmálanum með einhverjum hætti stjórnskipulegt gildi og varð það úr með setningu stjórnskipunarlaga nr. 97/1995, sem mjög tóku mið af sáttmálanum. Sigurður Línadal, fyrrverandi lagaprófessor, gerir eðli laga um mannréttinasáttmála Evrópu að umtalsefni í bók sinni *Um lög og lögfræði*. Hann lítur svo á að lögfesting sáttmálans sé ekki annað en staðfesting á óskráðum meginreglum um mannréttindi sem þegar giltu hérlendis og væri til fyllingar stjórnarskrár. Mannréttinasáttmálinn verði því flokkaður sem svokallað stjórnarskrárígildi.<sup>39</sup>

Í þeirri umfjöllun sem hér fylgir kemur 8. gr. mannréttinasáttmálans einkum til skoðunar, en einnig 5. og 6. gr. Hugum fyrst að inntaki þeirra.

<sup>34</sup> sama heimild, 55.

<sup>35</sup> sama heimild, 56.

<sup>36</sup> *Sigurður Sigurjónsson g. Íslandi* App no. 16130/90 (EctHR, 30. júní 1993) 31. mgr.

<sup>37</sup> *Alþt.* 1994, A-deild, 2080.

<sup>38</sup> sama heimild, 2079.

<sup>39</sup> Sigurður Línadal: *Um lög og rétt* (Hið íslenska bókmenntafélag 2007) 85.

## 6.2.1. Réttur til frelsis og mannhelgi

Í 5. gr. mannréttindasáttmála Evrópu segir að allir menn eigi rétt til frelsis og mannhelgis og að engan mann megi svipta frelsi nema í undantekningartilfellum sem eru tæmandi talin í greininni. Í 2. mgr. er fjallað um þann rétt handtekings manns að fá vitneskju án tafar um ástæður handtöku og sakargiftir. Í 3. mgr. er fjallað um rétt hins frelssvipta til að koma fyrir dómara án tafar og að mál hans verði tekið fyrir dómi innan hæfilegs tíma. Í 4. mgr. er fjallað um rétt til að bera frelsskerðingar undir dómstóla og í 5. mgr. er kveðið á um rétt til skaðabóta vegna tjóns er varð af völdum frelssviptingar.

Í staflíðum a–f 1. mgr. 5. gr. mannréttindasáttmálans er vísað til þess að gæsla eða handtaka manns skuli vera lögleg samkvæmt landsrétti viðkomandi ríkis.<sup>40</sup> Frelssvipting má ekki eiga sér stað nema áður fari fram málsmeðferð, sem er í samræmi við mannréttindasáttmála Evrópu og einnig kemur meðalhóf sérstaklega til skoðunar. Í dómi Mannréttindadómstólsins í máli *Withold Litwa gegn Póllandi* frá 2000 var lögð á það áhersla af hálfu dómsins að ekki yrði gengið lengra við beitingu þvingunarúrræða en nauðsynlegt er til að ná því lögmeta markmiði sem stefnt var að.<sup>41</sup> Dómstóllinn hefur einnig kveðið upp úr með það að túlka verði þröngt leyfilegar undanþágur frá 1. mgr. 5. gr. mannréttindasáttmálans. Sjá í því sambandi dóm í máli *Ciulla gegn Ítalíu* frá 1989.<sup>42</sup>

Í álitum Mannréttindanefndarinnar í máli *Adler og Bivas gegn Pýskalandi* frá 1976 komst nefndin að þeirri niðurstöðu að túlka yrði réttinn til frelsis og réttinn til mannhelgis sem ein og sömu réttindin. Þannig vísaði persónufrelsi til frelsis frá handtöku og gæslu og mannhelgi til verndar gegn geðþóttaafskiptum af þessu frelsi.<sup>43</sup>

Fjölmarginir dómur Mannréttindadómstólsins er varða 5. gr. lúta að skýringu á þeim aðstæðum sem réttlæta frelssviptingu. Hér kemur margt til skoðunar til dæmis hvort málsmeðferðin samræmist lögum aðildarríkis. Lögin þurfa sömuleiðis að vera skýr og viðkomandi ákvæði afmörkuð. Heimildir stjórnvalda mega ekki vera of rúmar og beiting frelssviptingar þarf að vera fyrirsjáanleg og reglurnar aðgengilegar.<sup>44</sup> Óbirtar vinnureglur geta þannig ekki falið í sér heimild til frelssviptingar á grundvelli 1. mgr. 5. gr.

<sup>40</sup> Lars Adam Rehof og Tyge Trier, *Menneskeret* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1990) 229.

<sup>41</sup> *Withold Litwa g. Póllandi* App no. 26629/95 (ECtHR, 4. apríl 2000).

<sup>42</sup> *Ciulla g. Ítalíu* App. 11152/84 (ECtHR, 22. febrúar 1989) mgr. 43.

<sup>43</sup> *Adler og Bivas g. Pýskalandi* App no. 5572/72 og 5670/72 (European Commission of Human Rights, 16. júlí 1976); Ragnar Aðalsteinsson: „Réttur til frelsis og mannhelgis“ í Björg Thorarensen, Davíð Þór Björgvinsson, Guðrún Gauksdóttir og Hjördís Björk Hákonardóttir (ritstj.), *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt* (Mannréttindastofnun Háskóla Íslands, Lagadeild Háskólans í Reykjavík 2005) 145.

<sup>44</sup> Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 132.

mannréttindasáttmálans, en í því sambandi má nefna dóm Mannréttindadómstólsins í máli *Hildu Hafsteinsdóttur gegn Íslandi* frá 2004.<sup>45</sup>

### 6.2.2. Réttlát málsmeðferð

Ekki verður undan því vikist að geta 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu í þessari umfjöllun. Sakborningi skal tryggður réttur til réttlátrar málsmeðferðar samkvæmt 70. gr. stjórnarskrár, en í 2. mgr. þeirrar greinar segir að hver sá sem borinn er sökum um refsiverða háttsemi skuli talinn saklaus uns sekt er sönnuð. Réttlát málsmeðferð er einn af hornsteinum réttarríkisins og reglan er einnig orðuð í 6. gr. mannréttindasáttmálans. Þar er einnig tiltekið að maður skuli teljast saklaus uns sekt sé sönnuð. Meginreglur um réttláta málsmeðferð eiga einnig við þegar mál er til rannsóknar, samanber dóm í máli *Imbroscia gegn Sviss* frá 1993.<sup>46</sup> Þegar kannað er hvort brotið hafi verið gegn rétti til réttlátrar málsmeðferðar eru atvik máls skoðuð í heild sinni. Í máli *Salov gegn Úkraínu* frá 2005 taldi dómurinn að málsmeðferð hefði í heild sinni verið óréttlát og þar með brotið gegn 1. mgr. 6. gr. sáttmálans, en til skoðunar voru fjórir tilteknir þættir í málsmeðferðinni.<sup>47</sup>

Í langri dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins hefur inntak réttlátrar málsmeðferðar verið skilgreint rækilega, en íslenskir dómstólar hafa tekið mið af dómum Mannréttindadómstólsins í úrlausnum sínum.<sup>48</sup> Í því sambandi má nefna Hrd. 16. mars 2007 í máli nr. 92/2007, en þar kom til skoðunar þagnarréttur sakbornings.

Jafnræði aðila hefur einnig verið talinn einn mikilvægasti þáttur í skilgreiningu á réttlátri málsmeðferð. Jafnræði hefur sérstaklega mikla þýðingu í sakamállum vegna þess aðstöðumunar sem er milli sakbornings og ákærvalds.<sup>49</sup> Skilyrðið um réttláta málsmeðferð og jafnræði aðila fyrir dómi getur verið samofið kröfunni um óhlutdrægni dómstóla.<sup>50</sup>

### 6.2.3. Friðhelgi einkalífs

Meðal þeirra ákvæða stjórnarskrár sem breyttust með nýjum mannréttindakafla var 66. gr. um friðhelgi heimilis, en í stað hennar kom nýtt rýmra ákvæði sem á sér að miklu leyti fyrirmynd

<sup>45</sup> *Hilda Hafsteinsdóttir g. Íslandi* App no. 40905/98 (ECtHR, 8. júní 2004) 34. mgr.

<sup>46</sup> *Imbroscia g. Sviss* App. 13972/88 (ECtHR, 24. nóvember 1993) 36. mgr.

<sup>47</sup> *Salov g. Úkraínu* App 65518/83 (ECtHR, 6. september 2005) 98. mgr.

<sup>48</sup> Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 240.

<sup>49</sup> Eiríkur Tómasson, „Réttur til réttlátrar málsmeðferðar“ í Björg Thorarensen, Davíð Þór Björgvinsson, Guðrún Gauksdóttir og Hjördís Björk Hákonardóttir (ritstj.), *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt* (Mannréttindastofnun Háskóla Íslands, Lagadeild Háskólans í Reykjavík 2005) 219.

<sup>50</sup> Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 241.

í 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu og 17. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um stjórnmalaleg og borgaraleg réttind.<sup>51</sup>

Með 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu er réttinum til friðhelgi einkalífs, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta veitt vernd. Hugtakið einkalíf er afar rúmt og nær til fjölskyldu, heimilis og allra tjáskipta manna á milli. Undir vernd einkalífs fellur einnig vernd á einkahögum einstaklings, auk andlegs og líkamlegs sjálfræðis hans. Sömuleiðis felur hugtakið í sér vernd æru og mannorðs, vernd auðkenna og nafns og vernd fyrir leynilegu eftirliti og njósnum.<sup>52</sup> Þetta víðtæka gildissvið hefur vaxið mikið við áratugalanga dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu og eftirlitsstofnanir sáttmálans hafa talið að þessi grein leggi meiri jákvæðar skyldur á aðildarríki sáttmálans en önnur ákvæði hans.<sup>53</sup> Aðildarríkjunum beri með öðrum orðum að tryggja virka vernd þeirra réttinda sem boðuð eru í greininni. Í úrlausnum dómstólsins hefur margoft verið áréttað að aðildarríkjunum beri skylda til að setja löggjöf eða beita öðrum úrræðum til að tryggja friðhelgi einkalífs í framkvæmd.

Dómstóllinn hefur sjálfur kveðið svo að orði að örðugt sé að skilgreina hugtakið einkalíf með tæmandi hætti og á tíðum sé miklum vandkvæðum bundið að draga mörk milli einkalífs og opinbers lífs.<sup>54</sup> Þau skil verða líka sífellt óljósari í flóknum tækniheimi nútímans. Í því sambandi má nefna mál *Niemietz gegn Þýskalandi* frá 1992. Þar var uppi álitamál vegna húsleitar lögreglu á lögfræðiskrifstofu og atvinnustöð kæranda og hvort hún hefði falið í sér skerðingu á einkalífi. Dómstóllinn taldi að atvinnustöð yrði ekki undanskilin einkalífsvernd, enda afar örðugt að greina á milli þeirra samskipta þar sem annars vegar teldust til einkalífs og hins vegar atvinnulífs.<sup>55</sup> Nánar verður vikið að dómnum hér á eftir. Hugtakinu heimili hefur einnig verið veitt víðfeðmara inntak en áður og getur það nú undir ákveðnum kringumstæðum náð yfir starfsstöð fyrirtækis, enda háttar oft svo til að mikið af persónulegum upplýsingum um einstaklinga eru varðveittar á rafrænu formi á starfsstöð viðkomandi, svo dæmi sé tekið. Í þessu sambandi má benda á dóm í máli *Société Colas Est o.fl. gegn Frakklandi* frá 2002.<sup>56</sup>

Dómurinn í máli *Niemietz gegn Þýskalandi* féll árið 1992. Síðan þá hefur dómstóllinn tekið enn eindregnari afstöðu til þess að starfsstöð falli undir skilgreininguna heimili. Í þessu sambandi má nefna mál *Keslassy gegn Frakklandi* frá 2002 og *Banco de finanzas e*

<sup>51</sup> Alþt. 1994, A-deild, 2100.

<sup>52</sup> Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu,“ í Björg Thorarensen, Davíð Þór Björgvinsson, Guðrún Gauksdóttir og Hjördís Björk Hákonardóttir (ritstj.), *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt* (Mannréttindastofnun Háskóla Íslands, Lagadeild Háskólans í Reykjavík 2005) 292–293.

<sup>53</sup> sama heimild, 288.

<sup>54</sup> sama heimild, 292.

<sup>55</sup> *Niemietz g. Þýskalandi* App no. 13710/88 (ECtHR, 16. desember 1992) 29. mgr.

<sup>56</sup> *Société Colas Est o.fl. g. Frakklandi* App no. 37971/97 (ECtHR, 16. apríl 2002).

*inversiones S.A. gegn Spáni* frá 1999.<sup>57</sup> Þá geta lögpersónur einnig borið fram kærur um brot á friðhelgi heimilis undir vissum skilyrðum. Dæmi um það er mál *Société Colas o.fl. gegn Frakklandi* frá 2002. Kærendur í því máli voru þrjú fyrirtæki sem kvörtuðu vegna húsleitar og haldlagningar gagna, sem fram fór í tilefni rannsóknar á meintum brotum á samkeppnislögum. Fyrirtækin töldu að með aðgerðunum hefði verið brotið gegn friðhelgi heimilis. Dómstóllinn áréttaði í úrlausn sinni að sáttmálinn væri „lifandi tæki“ og að hann yrði að túlka í ljósi breyttra aðstæðna. Síðan sagði:

Building on its dynamic interpretation of the Convention, the Court considers that the time has come to hold that in certain circumstances the rights guaranteed by Article 8 of the Convention may be construed as including the right to respect for a company's registered office, branches or other business premises ...<sup>58</sup>

Með húsleit og haldlagningu lögreglu, samkeppnisyfirvalda, skattyfirvalda og annarra stjórnvalda er gengið gegn friðhelgi einkalífs. Við þessar aðgerðir, sem og fleiri rannsóknaraðgerðir, er friðhelgi bréfaskipta einnig skert. Inntak þeirra réttinda er að einstaklingar eiga að njóta leyndar um samskipti sín við aðra. Símahlustun hvers konar og lestur á upplýsingum sem fara manna á milli brjóta sömuleiðis í bága við ákvæðið. Orðalagið bréfaskipti er því afar víðfemt. Í máli *Malone gegn Bretlandi* frá 1984 staðfesti dómstóllinn að hugtakið bréfaskipti næði líka yfir skráningar á notkun síma.<sup>59</sup> Lagaheimild til leynilegs eftirlits með samskiptum manna í þágu rannsóknar sakamáls, eða annarra rannsókna stjórnvalda, verður að vera skýr. En aukinheldur þarf að gæta meðalhófs. Þá getur skipt meginmáli að hægt sé að fá skorið úr um lögmæti aðgerða að til staðar sé eftirlit með þeim.<sup>60</sup> Nánar verður vikið að eftirliti með símahlustun hér að aftan.

## 6.5. Einstakar þvingunarráðstafanir

Áður var vikið að einkennum þvingunarráðstafana, en þær fela óhjákvæmilega í sér að gengið er á grundvallarmannréttindi. Við beitingu þvingunarráðstafana þarf því að virða meðalhóf, að skerðing mannréttinda gangi ekki lengra en heimilt er. Ísland er aðili að Mannréttindadómstól Evrópu, en þúsundir mála koma til kasta dómstólsins á hverju ári, þar af mörg er varða

<sup>57</sup> Keslassy g. Frakklandi App no. 51578/99 (ECtHR, 8. janúar 2002); *Banco de finanzas e inversiones S.A. g. Spáni* App no. 36876/97 (ECtHR, 27. apríl 1999).

<sup>58</sup> *Société Colas Est o.fl. g. Frakklandi* App no. 37971/97 (ECtHR, 16. apríl 2002) 41. mgr.

<sup>59</sup> *Malone g Bretlandi* App no. 8691/79 (ECtHR, 2. ágúst 1984) 82. mgr.

<sup>60</sup> Björg Thorarensen, „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu“ í Björg Thorarensen, Davíð Þór Björgvinsson, Guðrún Gauksdóttir og Hjördís Björk Hákonardótti (ritstj.), *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt* (Mannréttindastofnun Háskóla Íslands, Lagadeild Háskólans í Reykjavík 2005) 323.



beitingu þvingunarúrræða. Hér á eftir verða þrjú flokkar þvingunarúrræða teknir til skoðunar, en umfjölluninni er skipt í fernt. Fyrst er hugað að lagaumgjörð, þá dómur Mannréttindadómstólsins er varða viðkomandi úrræði teknir til athugunar, því næst hugað að íslenskri framkvæmd og loks dregnar ályktanir.

## 6.5.1. Húsleit, haldlagning

### 6.5.1.1. Lagaumgjörð

Um haldlagningu er fjallað í IX. kafla sakamálalaga nr. 88/2008. Haldlagning felur í sér að maður er sviptur vörslum muna í þágu rannsóknar sakamáls.<sup>61</sup> Markmiðið er oft að upplýsa mál, en haldlagningin getur einnig farið fram í refsivörsluskyni. Hið haldlagna geta verið hvers kyns lausafjármunir. Hald verður ekki lagt á fasteignir eðli máls samkvæmt, en þeim er samt sem áður hægt að loka í þágu rannsóknar. Skorður eru þó reistar við því hvaða muni má leggja hald á. Hafi munir að geyma upplýsingar um það sem farið hefur milli sakbornings og verjanda hans þá er óheimilt að leggja hald á þann mun, sbr. 2. málsl. 1. mgr. 68. gr. Sjá einnig umfjöllun hér að aftan um samtöl verjanda og skjólstæðings hans.

Þegar hald er lagt á muni er gengið á réttindi manna sem njóta verndar 71. gr. stjórnarskrár, sbr. 9. gr. stjórnskipunarlaganna nr. 97/1995. Í fyrstu málsgrein þeirrar greinar er kveðið á um friðhelgi einkalífs og inntak þess. Í 2. og 3. mgr. sömu greinar segir að ekki megi skerða einkalíf manna, svo sem með rannsókn á skjölum og póstsendingum, nema með dómsúrskurði eða sérstakri lagaheimild. Haldlagning ein og sér er lögregluaðgerð og krefst ekki dómsúrskurðar, sbr. 1. mgr. 69. gr. Ef húsleit eða líkamsleit þarf að fara fram í því skyni að leggja hald á hlut er skylt að leita dómsúrskurðar. Þrátt fyrir að ekki sé þörf á dómsúrskurði til haldlagningar getur eigandi eða vörsluhafi borið haldlagninguna undir dómara, sbr. 3. mgr. 69. gr.

Í 1. mgr. 70. gr. sakamálalaga er kveðið á um að leggja megi hald á sendingar sem eru í vörslum póst- eða flutningafyrirtækis, sem og tölvubréf, símbref, símskeyti eða aðrar því um líkar sendingar. Skilyrði þessa er að úrræðinu sé beitt vegna rannsóknar brots sem varðað getur fangelsisrefsingu að lögum. Ef sendandi og viðtakandi voru ekki viðstaddir haldlagningu skal hún tilkynnt þeim svo fljótt sem verða má, án þess þó að rannsókn málsins skaðist.

Í sérögum er einnig að finna ákvæði um haldlagningu. Nefna má 2. mgr. 94. gr. tekjuskattslaga nr. 90/2003. Þar segir að yfirvöld skattamála geti við skatteftirlit „krafist þess

<sup>61</sup> Eiríkur Tómasson, *Þvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls* (Úlfjótur 2009) 12.

að framtalsskyldir aðilar leggi fram til könnunar bókhald sitt og bókhaldsögn, svo og önnur gögn er varða reksturinn, þar með talin bréf og samningar“. Skattyfirvöld hafa heimild til að leggja hald á muni í þágu skattrannsókna með samþykki hlutaðeigandi. Sé þeim hins vegar neitað um aðgang að gögnum ber þeim að leita atbeina lögreglu eða dómstóla, sbr. 4. mgr. 94. gr. og 5. mgr. 103. gr. tekjuskattslaga.<sup>62</sup> Samkeppniseftirlitið hefur einnig heimildir til haldlagningar samkvæmt 1. mgr. 20. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 þegar ríkar ástæður er til að ætla að brotið hafi verið gegn viðkomandi lögum eða ákvörðunum samkeppnisyfivalda.

Húsleit verður að meginstefnu til aðeins framkvæmd með dómsúrskurði eða á grundvelli sérstakrar lagaheimildar, sbr. 2. mgr. 71. gr. stjórnarskrár. Markmið með húsleit geta verið þrenns konar:

1. Að hafa uppi á sakborningi og handtaka hann
2. Að rannsaka andlag brots og önnur ummerki þess.
3. Að hafa uppi á munum, sem leggja skal hald á.<sup>63</sup>

Ákvörðun dómara um húsleit skal vera í formi rökstudds úrskurðar, sbr. 1. mgr. 75. gr. sakamálalaga, sbr. 3. mgr. 181. gr. sömu laga. Í úrskurði um húsleit þarf að tilgreina nákvæmlega hvar megi leita. Ef fleiri en ein íbúð eru í sama húsi, þá þarf að tilgreina í hvaða íbúð megi leita, svo dæmi sé tekið. Í þessu sambandi má nefna Hrd. 1992, 1914, en þar háttaði svo til að lögregla hafði heimild til húsleitar á jarðhæð húss, þar sem Þ starfrækti lögmannsstofu. Heimild lá þó ekki fyrir til leitar á annarri hæð, þar sem íbúð Þ var.

Húsleitarheimild getur þó kveðið á um heimild til leitar í fleiri en einni íbúð og fleiri en einu húsi. Dómara ber þó að takmarka heimildina við brýna nauðsyn í þágu rannsókna.<sup>64</sup> Almennur og opinn úrskurður um húsleit yrði því talinn ólögmatgur. Í því sambandi má nefna úrskurð Sakadóms Keflavíkur frá 17. desember 1954, þar sem lögreglu var heimilað að leita í öllum leigubifreiðum í Keflavík og Njarðvík, sem og í húsnæði allra fjögurra leigubílastöðva í bæjunum tveimur. Úrskurður um húsleit á að vera skýr og þannig er æskilegt að tekið sé fram að leitin taki einnig til læstra hirslna, svo dæmi sé tekið. Sjá í þessu sambandi Hrd. 1989, 1292 (1294).

Lögreglumenn stjórna húsleit, sbr. 1. mgr. 79. gr. sakamálalaga, og samkvæmt 2. mgr sömu greinar ber þeim að kynna eiganda eða umráðamanni fasteignar eða farartækis að heimild sé til staðar, svo sem með því að afhenda þeim afrit af úrskurði dómara. Eiganda eða umráðamanni skal veittur kostur á að vera viðstaddur húsleit, en ef hann er fjarri skulu aðrir

---

<sup>62</sup> sama heimild, 21.

<sup>63</sup> sama heimild, 23.

<sup>64</sup> sama heimild, 27.

heimilismenn eða starfsmenn til kvaddir. Ef enginn af hálfu eiganda eða umráðamanns er viðstaddur húsleit ber lögreglu að tilkynna honum um leitina „án ástæðulauss dráttar“. Við húsleit skal gæta varfærni og hlífðar, sbr. 3. mgr. 79. gr. sakamálalaga, en þar segir meðal annars að ekki skuli gera húsleit að næturlagi nema brýnir rannsóknarhagsmunir séu í húfi. Þá ber lögreglu að gæta þess að valda engu varanlegu tjóni við húsleit og skilja við húsnæði í því ástandi sem það var þegar húsleit hófst.

Í öðrum lögum eru einnig ákvæði um húsleitir. Nefna má 2. mgr. 20. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Þegar ríkar ástæður eru til að ætla að brotið hafi verið gegn samkeppnislögum eða úrskurðum samkeppnisyfirvalda getur samkeppniseftirlitið við rannsókn máls gert nauðsynlegar athuganir á starfstöð fyrirtækis og samtaka fyrirtækja og lagt þar hald á gögn. Þessar heimildir verða þó ekki nýttar nema að fengnum dómsúrskurði. Einnig er rétt að nefna lög um tekjuskatt nr. 90/2003, en í 2. mgr. 94. gr. þeirra segir að skattyfirvöld hafi í þágu skatteftirlits „aðgang að starfstöðvum framtalsskyldra aðila og birgðageymslum“. Sjá einnig 2. mgr. 25. gr. laga nr. 45/1987 um staðgreiðslu opinberra gjalda og 3. mgr. 38. gr. laga nr. 50/1988 um virðisaukaskatt. Úrskurður dómara er skilyrði fyrir beitingu þessara ákvæða.

Þvingunarrúrræðum á ekki að beita nema í undantekningartilfellum og ávallt ber að beita vægasta úrræði sé þess kostur, svo sem áður hefur verið rakið, sbr. meðalhófsreglu í 2. mgr. 53. gr. sakamálalaga. Ekki á að svipta menn vörslum muna nema þess gerist þörf og að ekki séu önnur vægari úrræði í boði. Þessi regla er orðuð í 2. mgr. 68. gr. laganna. Þar segir:

Nú er þess kostur að tryggja sönnun í því skyni sem í 1. mgr. segir án þess að leggja þurfi hald á mun og skal þá þess í stað beina því til eiganda eða vörsluhafa munarins að veita aðgang að honum eða láta í té upplýsingar, sem hann hefur að geyma, svo sem með því að afhenda afrit af skjali eða annars konar upplýsingum.

Haldlagning á ekki heldur að standa lengur en þörf krefur og aflétta á haldi í síðasta lagi þegar máli lýkur endanlega. Undantekningar frá þessu eru taldar í 72. gr. sakamálalaga, en þá er um að ræða þegar munir hafa verið gerðir upptækir með dómi, þeirra hefur verið aflað með refsiverðum hætti og þeir afhendir þeim sem eiga tilkall til þeirra og þegar munir hafa verið lagðir fram sem sönnunargagn í máli. Maður getur þó krafist þess að sönnunargagn sé afhent sér sýni hann fram á að hann þurfi á því að halda til að ná rétti sínum eða afstýra réttindamissi.

Við framkvæmd dómstóla hefur nokkrum sinnum reynt á 71. gr. stjórnarskrár í málum er varða rannsóknarheimildir stjórnvalda. Við slíkar aðstæður getur skipt höfuðmáli hvort meðalhófsregla 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 hafi verið virt. Í Hrd. 2002, 1639 og Hrd.

2002, 1652 var deilt um það hvort gætt hefði verið meðalhófs við húsleit og haldlagningu sem lögregla framkvæmdi á grundvelli dómsúrskurðar er fenginn var að kröfu Samkeppnisstofnunar. Sér í lagi var gagnrýnt að lagt var hald á mikið magn persónulegra gagna starfsmanna. Hæstiréttur taldi að ekki hefði verið farið út fyrir heimilar takmarkanir á réttindum sem nytu verndar 71. gr. stjórnarskrár. Nánar verður vikið að þessum dómi hér að aftan. Sambærilega niðurstöðu Hæstaréttar má finna í Hrd. 19. janúar 2004 í máli nr. 487/2003.

### 6.5.1.2. Dómar Mannréttindadómstólsins

Mannréttindadómstóll Evrópu hefur felld fjölmarga stefnumarkandi dóma er varða húsleit og haldlagningu á undanförunum árum. Í máli *Buck gegn Pýskalandi* frá 2005 háttaði svo til að fram fór húsleit lögreglu á grundvelli dómsúrskurðar á heimili og starfsstöð kæranda, en þaðan voru einnig fjarlægð gögn. Tildrög málsins voru þau að radarskynjari hafði mælt bifreið í eigu fyrirtækis kæranda á 28 kílómetra hraða á klukkustund umfram leyfilegan hámarkshraða. Mynd náðist af ökumanninum og var tilgangur leitarinnar að bera kennsl á hann. Við húsleitina fannst vegabréfsmynd af VB, syni kæranda, og við samanburð myndanna kom í ljós að hann var ökumaður bifreiðarinnar.<sup>65</sup>

Kærandi taldi að húsleitina á starfsstöð hans og heimili, auk haldlagningar gagna, bryti gegn friðhelgi heimilis hans í skilningi 8. gr. mannréttindasáttmálans. Að auki hefði verið brotið gegn 1. mgr. 6. gr. sáttmálans þar sem heimildin í dómsúrskurði, sem leitina byggði á, hefði ekki verið rökstudd nægilega. Mannréttindadómstóllinn taldi að um hefði verið að ræða skerðingu á rétti kæranda til friðhelgi einkalífs. Sú takmörkun á friðhelgi hefði þó átt sér lagastoð og úrskurðurinn sem kveðinn var upp um húsleit og haldlagningu gagna var á grundvelli þess að firra glæpum og glundroða og vernda réttindi annarra.<sup>66</sup>

Dómstóllinn tók þvínæst meðalhóf til sérstakrar skoðunar og hvort þess hefði verið gætt við haldlagninguna, leitina og úrskurðina sem þær aðgerðir hvíldu á. Í því sambandi yrði að líta til þess að um var að ræða minniháttar brot á umferðarlögum sem ekki væri refsivert að þýskum lögum. Hinn grunaði átti heldur ekki sögu af umferðarlagabrotum. Rannsóknin beindist í ofanálag ekki að kæranda sjálfum, heldur þriðja manni, syni hans.

Dómstóllinn benti á að haldlagningin og leitina hefðu farið fram til að sannreyna framburð VB, sonar kæranda, en hann hafði borið því við að starfsmenn fyrirtækisins föður hans hefðu allt eins getað ekið bifreiðinni. Úrskurðurinn þótti ganga út yfir meðalhóf og ekki

<sup>65</sup> *Buck g. Pýskalandi* App no. 41604/98 (ECtHR, 28. apríl 2005) 11.–21. mgr.

<sup>66</sup> sama heimild, 28.–30. mgr.

sýnt hvers vegna gögn viðskiptalegs eðlis ættu að finnast á heimili kæranda. Leit og haldlagningin hafi ekki verið eina leiðin til að slá því föstu hver hefði ekið bifreiðinni.<sup>67</sup>

Mannréttindastómstóllinn taldi einnig að leit og haldlagning gagna á heimili og starfsstöð kæranda væri fallin til að skaða orðstír hans, en hann byggði í aðeins 10 þúsund manna bæ. Brotið hefði verið gegn friðhelgi einkalífs í skilningi 8. gr. mannréttindasáttmálans með því að úrskurða um húsleit og haldlagningu gagna á einkaheimili kæranda vegna minniháttar brots sem átti að hafa verið framið af þriðja aðila.<sup>68</sup>

Í máli *L.M. gegn Ítalíu* frá 2005 háttaði svo til að lögregla framkvæmdi húsleit á heimili konu vegna gruns um að þar væri að finna ólögleg skotvopn, en sonur konunnar hafði komist í kast við lögin. Engin ólögleg vopn fundust við leitina. Konan taldi að yfirvöld hefði brostið lagaheimild til leitar á heimili hennar og þá hefði hana skort raunhæf úrræði til að leita réttar síns, en henni var ekki mögulegt að leggja fram kæru vegna húsleitarinnar. Mannréttindadómstóllinn taldi að húsleitinn fæli í sér takmörkun á friðhelgi einkalífs og heimilis kæranda. Húsleitinn var grundvölluð á ákvæðum laga um almannaoöryggi, en ekki hafði farið fram könnun á lögmæti leitarinnar eins og áskilið var í lögum. Þar með var talið að brotið hefði verið gegn 8. gr. mannréttindasáttmálans.<sup>69</sup>

Í máli *Sallinen og fleiri gegn Finnlandi* frá 2005 voru atvik þau að lögregla framkvæmdi húsleit hjá Petri Sallinen, finnskum lögmanni, vegna rannsóknar refsímáls. Sallinen var talinn vera vitni í málinu og var lagt hald á gögn við leitina. Önnur húsleit fór fram skömmu síðar á lögmannstofu og heimili Sallinen og í það sinn voru fulltrúar skattyfirvalda í för með lögreglu, en Sallinen var grunaður um að hafa aðstoðað tvo skjólstæðinga sína sem grunaðir voru um auðgunarbrot. Við húsleitina var lagt hald á mikið magn gagna, svo sem tölvubúnað og afrit voru tekin af margvíslegum rafrænum gögnum. Í kjölfar rannsóknar á þeim voru skjólstæðingar Sallinen ákærðir fyrir auðgunarbrot. Sallinen reyndi að fá haldlagningunni hnekk fyrir dómi, en það tókst ekki. Lögregla skilaði Sallinen fljótt gögnunum sem hald hafði verið lagt á en hélt þó eftir hörðu drifi í eigu hans. Þar var meðal annars að finna persónulegar upplýsingar um þrjá kærændur, sem báru haldlagninguna undir dómstóla og vildu fá henni hnekk. Hæstiréttur Finnlands komst að þeirri niðurstöðu að tölvuskránum hefði átt að skila strax eða eyða og var kærendum því greiddur málskostnaður. Sallinen og skjólstæðingar hans töldu að leitinn og haldlagning gagnanna hefði falið í sér brot gegn friðhelgi einkalífs, heimilis og bréfaskipta samkvæmt 8. gr. mannréttindasáttmálans, rétti

---

<sup>67</sup> sama heimild, 42 mgr.

<sup>68</sup> sama heimild, 51. mgr.

<sup>69</sup> *L.M. g. Ítalíu* App no. 60033/00 (ECtHR, 8. febrúar 2005).

þeirra til réttlátrar málsmeðferðar sbr. 6. gr. sáttmálans og þá hefðu þeir að auki ekki haft raunhæft úrræði til að leita réttar síns, sbr. 13. gr. sáttmálans.<sup>70</sup>

Niðurstaða Mannréttindadómstólsins var sú að aðgerðir lögreglu hefðu falið í sér takmörkun á friðhelgi heimilis og bréfaskipta Sallinen og að auki friðhelgi einkalífs og bréfaskipta skjólstæðinga hans, sbr. 1. mgr. 8. gr. Því næst kannaði dómstóllinn hvort skilyrði væru til takmörkunar samkvæmt 2. mgr. 8. gr. Taldi hann að ekki væri nægilega skýrt í finnskum lögum í hvaða tilvikum leit mætti fara fram á persónulegum gögnum og hvenær leggja mætti hald á gögn. Að auki væri ekki ljóst hver væru tengsl löggjafar um þvingunaraðgerðir lögreglu og ákvæði laga um lögmenn, þar sem fjallað væri um trúnaðarskyldu og þagnarskyldu lögmanna gagnvart skjólstæðingum sínum. Heimildir til húsleitar og haldlagningar í finnskum lögum væru almenns eðlis og ákvörðunarvald um að beita þeim á hendi þess sem stýrði rannsókn lögreglu, ekki dómstóla. Dómstóllinn taldi að kærendur hefðu verið sviptir þeirri lágmarksvernd sem þeir ættu að njóta í réttarríki, en hald hefði verið lagt á gögn er vörðuðu margvísleg samskipti Sallinen við skjólstæðinga sína án þess að skýrum reglum um haldlagningu gagna af þessu tagi væru til staðar og án þess að staðar væru lagaleg úrræði til að bregðast við aðgerðum af þessu tagi. Það var samhljóða niðurstaða dómstólsins að brotið hefði verið gegn réttindum kæranda á grundvelli 8. gr. sáttmálans þar sem ekki var mælt fyrir um takmarkanir á téðum heimildum í lögum.<sup>71</sup>

Athyglisvert er að dómurinn vísar í rökstuðningi sínum til þeirrar lágmarksverndar sem menn skuli njóta í réttarríki, þar eð nægilega skýrum reglum var ekki fyrir að fara. En líta má á skýrleika laga sem eitt hugtaksskilyrða réttarríkis, samanber umfjöllunina hér að framan.

Í máli *Bernh Larsen Holding AS og fleiri gegn Noregi* frá 2013 háttaði svo til að norsk skattyfirvöld fóru fram á að Bernh Larsen Holding heimilaði skattrannsakendum að taka afrit af öllum gögnum á tölvuþjóni fyrirtækisins. Bernh Larsen neitaði aftur á móti að leggja fram afrit af honum í heild, þar eð hann væri í eigu annars félags, Kver, en fleiri félög notuðu tölvuþjóninn. Kver mótmælti því að hald yrði lagt á tölvuþjóninn. Skattyfirvöld brugðust þá við með því að tilkynna félaginu að það myndi einnig sæta skattrannsókn. Mannréttindadómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að hefði skjalasafnið verið skipulagt með skýrum mörkum milli félaganna hefðu skattyfirvöld getað þekkt þau svæði þjónsins þar sem var að finna þær upplýsingar sem máli skiptu við rannsóknina. Þar sem því var ekki að heilsa

<sup>70</sup> *Sallinen o.fl. g. Finnlandi* App no. 50882/99 (ECtHR, 27. september 2005) 7.–29. mgr.

<sup>71</sup> sama heimild, 74–94. mgr.

höfðu yfirvöld rétt til aðgangs að þjóninum í heild sinni og afrit af þeim skjölum. Einnig taldi dómstóllinn sýnt fram á nægilegan skýrleika og fyrirsjáanleika laganna.<sup>72</sup>

Dómstóllinn vísar hér að atriði sem talið hefur verið til skilgreiningar á réttarríkinu, lögin verða að vera skýr og skiljanleg og svo stöðug að menn eigi þess kost að skipuleggja líf sitt. Af dómnum má draga þá ályktun að svo umfangsmikil haldlagning gagna hefði trauðla verið heimil hefðu gagnasöfnin verið skilmerkilega aðgreind á tölvuþjóninum. Heimildum yfirvalda til haldlagningar séu því þrátt fyrir þennan dóm miklar hömlur settar, meðal annars með tilliti til meðalhófs.

Í dómum Mannréttindadómstólsins hefur komið fram að heimildir til húsleitar og haldlagningar megi ekki vera of víðtækar. Nefna má mál *Buck gegn Þýskalandi* í þessu sambandi frá 2005, sem áður var rakið, þar sem kveðið var á um að húsleitarheimild skyldi takmarkast við þau gögn sem teldust ómissandi fyrir rannsóknina og um leið yrði að rökstyðja af hverju nánar tilgreind gögn ættu að finnast á leiðarstað. Í máli *Smirnov gegn Rússlandi* frá 2007 taldi dómstóllinn að rússnesk stjórnvöld hefðu ekki gefið út fullnægjandi ástæður fyrir leitinni. Skort hefði upplýsingar um þá rannsókn sem var í gangi, hvert markmið hennar væri og ástæðu þess að sönnunargögn kynnu að finnast á leitarstað. Þá þótti heimildin of víðtæk.<sup>73</sup>

Í máli *Stefanov gegn Búlgaríu* frá 2008 fann dómstóllinn að því að í húsleitar- og haldlagningarheimildir hefði skort tilgreiningu á þeim gögnum sem gert væri ráð fyrir að finna á leitarstað. Úrskurðurinn yrði að takmarka heimildir stjórnvalds til aðgerða við það sem nauðsynlegt teldist. Dómstólnum þóttu markmið rannsóknar óskýr og ekki ljóst hvaða gögn ættu að finnast á leitarstað sem varpað gætu ljósi á málið.<sup>74</sup> Sömu sögu eru að segja af máli *Kolesnichenko gegn Rússlandi* frá 2009.<sup>75</sup> Leitarheimild var álitin of víðtæk í máli *Robathin gegn Austurríki* frá 2012, en hún beindist að tveimur mönnum sem grunaðir voru um saknæma háttsemi. Leitarheimildin var samt sem áður nánast ótakmörkuð við hverja þá muni sem kynnu að finnast í húsnaði sakborninga. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið gegn 8. gr. sátmálans.<sup>76</sup> Í máli *Miailhe gegn Frakklandi* frá 1993 háttaði svo til að lagt var hald á fimm þúsund skjöl sem höfðu enga þýðingu við rannsókn viðkomandi sakamáls. Þetta var talið skýrt brot á 8. gr. mannréttindasáttmálans.<sup>77</sup> Sömu sögu er að segja af máli *Smirnov gegn Rússlandi* frá 2007 sem áður var nefnt þar sem dómstóllinn sagði heimild til húsleitar hafa gefið lögreglu algjört sjálfsveld við haldlagningu. Þar voru haldlögð gögn

<sup>72</sup> *Bernh Larsen Holding AS o.fl. g Noregi* App no. 24117/08 (ECtHR, 14. mars 2013) 173–175. mgr.

<sup>73</sup> *Smirnov g. Rússlandi* App no. 71362/01 (ECtHR, 7. júní 2007).

<sup>74</sup> *Stefanov g. Búlgaríu* App no. 65755/01 (ECtHR, 22. maí 2008).

<sup>75</sup> *Kolesnichenko g. Rússlandi* App no. 19856/04 (ECtHR, 9. júlí 2009).

<sup>76</sup> *Robathin g. Austurríki* App no. 30457/06 (ECtHR, 3. júlí 2012) 52. mgr.

<sup>77</sup> *Miailhe g. Frakklandi* App no. 12661/87 (ECtHR, 25. febrúar 1993), 34.–40. mgr.

sem ekki vörðuðu viðkomandi rannsókn og sú haldlagning talin brjóta gegn 8. gr. mannréttindasáttmálans. Í máli *Robathin gegn Austurríki* frá 2012 háttaði svo til að öll rafræn gögn kæranda voru haldlögð, en í leitarheimildinni var saknæm háttsemi engu að síður afmörkuð. Hin víðtæka haldlagning var talin brjóta gegn 8. gr. mannréttindasáttmálans. Í þessu sambandi er vert að taka til athugunar dóm Mannréttindadómstólsins í máli *Wieser og Bicos Beteiligungen GmbH gegn Austurríki* frá árinu 2009. Í austurrískum lögum er kveðið á um að leitarþoli skuli vera viðstaddur leit og að þegar á leitarstað sé skrifuð skýrsla þar sem haldlögð gögn eru tiltekin. Ef leitarþoli mótmælir haldlagningu þá eru viðkomandi gögn innsiglið og færð fyrir dómara. Umrætt mál snerist um vanrækslu austurrískra lögreglumanna á að skrifa skýrsluna á staðnum, en þeir tilkynntu heldur ekki hvað hafði verið haldlagt. Leitin taldist því ekki vera í samræmi við þau lögmatu markmið sem stefnt var að.<sup>78</sup>

Í rétti engilsaxneskra þjóða er stundum talað um „veiðiferðir“ þegar farið er af stað með rannsókn á grundvelli meints brots, en undirliggjandi tilgangur er í rauninni að afla ýmissa gagna, óskyldum rannsóknarefninu. Meginreglan í bandarískum rétti er sú að ef framkvæmd er húsleit vegna gruns um tiltekið brot þá sé óheimilt að nota þau gögn sem finnast við leitina til að höfða refsímál vegna annarra meintra brota, en þeirra sem upphaflega var vísað til í húsleitarheimildinni. Þessi meginregla birtist ekki með jafnskýrum hætti í rétti Evrópuþjóða. Mannréttindadómstóll Evrópu komst þó að þeirri niðurstöðu í máli *Robathin gegn Austurríki* frá 2012 að veiðiferðir væru óheimilar.<sup>79</sup> Stjórnvöld eigi að vita hvaða gögn eru þeim nauðsynleg við rannsókn og hvar þau er að finna. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur gert alvarlegar athugasemdir í þeim tilfellum þegar yfirvöld hafa réttlætt húsleit og haldlagningu með gögnum sem finnast við leitina. Í þessu sambandi má nefna dóm í áður nefndu máli *Smirnov gegn Rússlandi* frá 2007.<sup>80</sup>

Dómstóllinn hefur einnig litið til svokallaðra öryggisventla (e. *procedural safeguards*, fr. *garanties procédurales*) sem koma eiga í veg fyrir að misnotkun og handahófskennda meðferð stjórnvalda. Í máli *Stefanov gegn Búlgaríu* gagnrýndi dómstóllinn að ekki hafi verið fyrir hendi reglur sem takmörkuðu afritun og skoðun haldlagðra gagna meðan þau voru í vörslu opinberra aðila.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> *Wieser og Bicos Beteiligungen GmbH g. Austurríki* App no. 74336/01 (ECtHR, 16. október 2007) 56.–68. mgr.

<sup>79</sup> *Robathin g. Austurríki* App no. 30457/06 (ECtHR, 3. júlí 2012).

<sup>80</sup> *Smirnov g. Rússlandi* App no. 71362/01 (ECtHR, 7. júní 2007).

<sup>81</sup> *Stefanov g. Búlgaríu* App no. 65755/01 (ECtHR, 22. maí 2008).



### 6.5.1.3. Íslensk framkvæmd og réttarríkið

Opinberlega hefur því verið haldið fram að dómarrar taki ekki alltaf sjálfstæða afstöðu til beiðna um húsleit, heldur láti nægja að vísa til rökstuðnings lögreglu eða stjórnvalda fyrir beiðninni.<sup>82</sup> Eiríkur Tómasson, þá lagaprófessor, gagnrýndi árið 2002 að sumir úrskurðir héraðsdómara um húsleit bæru það með sér að dómarrar hefðu ekki tekið sjálfstæða afstöðu til beiðna um húsleit, heldur „einvörðungu látið nægja að vísa til rökstuðnings lögreglu eða stjórnvalda fyrir beiðninni. Þar með lítur það svo út í augum þeirra sem húsleitarúrskurður beinist að, að dómari hafi fallist á sjónarmið og röksemdir beiðandans án þess að hann hafi tekið sjálfstæða afstöðu til beiðni hans“. Eiríkur sagði hin fleygu ummæli engilsaxnesks réttar eiga við um þetta: „Justice must not only be done, justice must also be seen to be done.“<sup>83</sup>

Í Hrd. 2002, 1639, máli Samkeppnisstofnunar gegn Olíverslun Íslands hf., háttaði svo til að Samkeppnisstofnun hafði framkvæmt húsleit hjá Olíversluninni vegna gruns um brot á samkeppnislögum með samráði við tvö önnur olúfélög. Við húsleitirnar var lagt hald á mikið magn gagna. Olíverslunin krafðist þess fyrir dómi að stofnuninni yrði gert að eyða afritum af öllum skjölum á rafrænu formi, en til vara öllum tölvupósti sem stofnunin hafði afritað. Kröfur fyrirtækisins vörðuðu um sumt hvort heimilt hafi verið að leggja hald á gögn starfsmanna, en samt var talið rétt að Olíverslunin ætti aðild að málinu.

Fyrir lá að Samkeppnisstofnun hafði afritað verulegt magn tölvutækra gagna án þess að efni þeirra væri athugað nánar þá þegar. Hæstiréttur taldi að athugun allra tölvutækra gagna á starfsstöð Olíverslunarinnar hefði tekið langan tíma og truflað starfsemi fyrirtækisins. Hæstiréttur taldi einnig að Samkeppnisstofnun hefði verið heimilt að taka afrit af persónulegum gögnum starfsmanna. Leit rétturinn svo á að með því að varðveita persónuleg gögn í tækjabúnaði á starfsstöð Olíverslunarinnar tækju starfsmenn fyrirtækisins þá áhættu að þau kæmust í hendur annarra vegna lögmætra aðgerða handhafa opinbers valds. Hæstiréttur hafnaði því kröfum Olíverslunarinnar.

Vandséð er að þessi niðurstaða Hæstaréttar fengist staðist kröfur Mannréttindadómstóls Evrópu sem að framan voru nefndar um afmörkun leitar og þau sjónarmið sem fram hafa komið á síðari árum um skilin á milli heimilis og starfsstöðvar.

\*\*\*

<sup>82</sup> \_ \_ „Um húsleit“ 4 Tímarit lögfræðinga 2002, 308.

<sup>83</sup> Eiríkur Tómasson, „Efni og form verður að fara saman“ *Morgunblaðið* (Reykjavík 20. september 2002) 25.

Ásakanir um svonefndar veiðiferðir hafa komið upp hér á landi. Til að mynda hefur verið nefnt að um hafi verið að ræða veiðiferð þegar slitastjórn Glitnis höfðaði mál gegn kaupsýslumanninum Jóni Ásgeiri Jóhannessyni og öðrum Íslendingum fyrir rétti í New York.<sup>84</sup> Í byrjun júlí 2009 taldi sérstakur saksóknari efnahagsbrota rétt að framkvæma húsleitir vegna rannsóknar embættisins á tryggingafyrirtækisinu Sjóvá. Starfsmaður embættisins taldi rannsóknina ekki nægilega langt á veg komna. Viðkomandi starfsmaður fékk engu um það ráðið og fór húsleit fram hinn 7. júlí. Hún var alltof viðamikil að mati starfsmannsins, en þar sem málið var lítt rannsakað af hálfu embættisins hefði verið lagt hald á mun meira magn gagna en nauðsynlegt hefði verið ella. Viðkomandi starfsmaður orðar þetta svo: „Við vissum einfaldlega ekki að hverju við vorum að leita og tókum því bara allt sem mögulega gæti skipt máli.“<sup>85</sup> Frá því var sagt í fjölmiðlum í lok árs 2014 að rannsókn sérstaks saksóknara á Sjóvá hefði verið felld niður vegna þess að ekki væru taldar líkur á sakfellingu. Málið hafði þá verið til rannsóknar hjá embættinu í hálf tít sjötta ár.<sup>86</sup> Í þessu sambandi má nefna dóm Mannréttindadómstólsins í máli *Smirnov gegn Rússlandi* sem áður var nefndur en þar þóttu markmið rannsóknar óskýr og ekki ljóst hvaða gögn ættu að finnast á leitarstað sem varpað gætu ljósi á málið. Leit rétturinn svo á að brotið hefði verið gegn 8. gr. sáttmálans.

\*\*\*

Hinn 23. mars 2012 fór Seðlabankinn þess á leit við Héraðsdóm Reykjavíkur að veitt yrði heimild til húsleitar og haldlagningar gagna hjá útgerðarfélaginu Samherja og 19 nánar tilgreindum fyrirtækjum á Akureyri og í Reykjavík. Seðlabankinn byggði beiðni sína um húsleit á þeim grunni að Samherji hefði selt dótturfélögum sínum karfa á allt að 73% lægra verði en almennt var í viðskiptum með karfa síðustu mánuði ársins 2011. Aðrar röksemdir bankans voru þær að ósamræmi væri í skilum Samherja á erlendum gjaldeyri, að grunur léki á að raunveruleg framkvæmdastjórn tveggja erlendra félaga væri á Íslandi og að félögin, sem beiðnin laut að, væru starfrækt sem ein heild.<sup>87</sup>

Heildarupphæð hinna meintu brota Samherja er hvergi getið í kröfugerð Seðlabankans og umfang útflutningsins var ekki sjáanlegt í kröfugerðinni. Ekki var þess getið hver fjárhæð hins meinta brots var og þá kom hvergi fram að sambærileg mál hefðu verið kærð beint til lögreglu án húsleitar og án annarra aðgerða af hálfu Seðlabankans. Ekki var heldur sýnt fram

<sup>84</sup> \_ \_ „Veiðiferðir eru ekki mannréttindabrot“ *Viðskiptablaðið* (Reykjavík 5. júlí 2012) 10.

<sup>85</sup> Eggert Skúlason, *Andersen skjölin* (Almenna bókafélagið 2015) 57.

<sup>86</sup> \_ \_ „Sjóvár-málið látið niður falla“ (*mbl.is*, 31. desember 2014)

>[http://www.mbl.is/vidskipti/frettir/2014/12/31/sjova\\_malid\\_latid\\_nidur\\_falla/](http://www.mbl.is/vidskipti/frettir/2014/12/31/sjova_malid_latid_nidur_falla/)< skoðað 6. desember 2015.

<sup>87</sup> Krafa um heimild til haldlagningar gagna til Héraðsdóms Reykjavíkur, undirrituð af Arnóri Sighvatssyni og Ingibjörgu Guðbjartsdóttur fyrir hönd Seðlabanka Íslands (23. mars 2012). Í vörslu höfundar.

á það í beiðninni hvernig það kynni að varða við lög að umræddum dótturfélögum Samherja væri í raun stjórnað frá Íslandi.<sup>88</sup> Krafa byggði á 4. mgr. 15. e gr. laga nr. 87/1992 um gjaldeyrismál, en á grundvelli hennar er Seðlabankanum heimilt að gera sérstaktar athuganir og haldleggja gögn í samræmi við ákvæði laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála. Í ákvæðinu sjálfu er ekki minnst á húsleit og heldur ekki í greinargerð með frumvarpi til laganna.

Með kröfugerð bankans voru talin upp 26 fylgiskjöl, en þar af voru 23 útprentanir frá Creditinfo, en það fyrirtæki sérhæfir sig í miðlun fjárhags- og viðskiptaupplýsinga. Hin þrjú fylgiskjöl innihéldu upplýsingar úr útflutningsskýrslum fyrir heilan karfa frá október og fram í desember 2011, upplýsingar frá Seðlabankanum um meðalgengi frá október og fram í desember 2011 (opinberar upplýsingar) og bréf frá Samherja til Verðlagsstofu skiptaverðs, dags. 28. ágúst 2011. Í bréfinu er ekki að finna upplýsingar um verð og því vandséð hvernig skjalið gat talist sönnunargagn um meinta undirverðlagningu á karfa. Í þeim gögnum sem lögð voru fram var ekki að finna nein skjöl sem vörðuðu fullyrðingar í kröfunni um stjórnun hinna erlendu félaga og að þau væru rekin sem ein heild. Umrædd sönnunargögn með kröfunni er ekki að finna í skjalasafni Héraðsdóms Reykjavíkur.<sup>89</sup>

Þrátt fyrir framangreinda annmarka á kröfu Seðlabankans féllst Héraðsdómur á að veita Seðlabankanum heimild til húsleitar og haldlagningar, en úrskurður þar að lútandi var kveðinn upp laugardaginn 24. mars 2012 í máli nr. 162/2012. Heimildin var án allra afmarkana og náði til „leitar og haldlagningar á munum og gögnum í húsnæði og læstum hirslum og einnig til afritatöku á gögnum sem geymd eru á tölvutæku formi“. Að auki var veitt heimild til haldlagningar farsíma tíu nánar tilgreindra lykilstarfsmanna.<sup>90</sup> Þetta er áhugavert að bera saman við mál *Stefanov gegn Búlgaríu*, en Mannréttindadómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu í því máli að í húsleitar- og haldlagningarheimildir hefði skort tilgreiningu á þeim gögnum sem gert væri ráð fyrir að finna á leitarstað. Í úrskurði dómara yrði að takmarka heimildir stjórnvalds til aðgerða við það sem nauðsynlegt gæti talist.<sup>91</sup> Einnig er rétt að líta til dóms Mannréttindadómstólsins í máli *Robathin gegn Austurríki* frá 2012 í þessu sambandi. Þar var leitarheimild álitin of umfangsmikil, en hún var ótakmörkuð við hverja þá muni sem kynnu að finnast í húsnæði sakborninga. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið gegn 8. gr. sátmálans.<sup>92</sup>

<sup>88</sup> Krafa Samherja hf. og fleiri til Héraðsdóms Reykjavíkur um úrskurð á grundvelli 2. mgr. 102. gr., sbr. og 3. mgr. 69. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála (12. mars 2014). Í vörslu höfundar.

<sup>89</sup> sama heimild.

<sup>90</sup> Úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur 24. mars 2012 í máli nr. R-162/2012, heimild til húsleitar/haldlagningar hjá Samherja hf. og tengdum félögum. Í vörslu höfundar.

<sup>91</sup> *Stefanov g. Búlgaríu* App no. 65755/01 (ECtHR, 22. maí 2008).

<sup>92</sup> *Robathin g. Austurríki* App no. 30457/06 (ECtHR, 3. júlí 2012).

Í rökstuðningi héraðsdóms með húsleitarheimildinni segir að ríkar ástæður séu til að ætla að þeir lögaðilar og einstaklingar sem krafan beinist að hafi brotið gegn fyrirmælum laga nr. 87/1992 um gjaldeyrismál, sem og reglum settum á grundvelli þeirra. Krafa Seðlabankans miðaði að því að afla sem gleggstra upplýsinga og gagna svo unnt væri að taka afstöðu til frekari rannsóknar. Héraðsdómur taldi að auki að augljósir rannsóknarhagsmunir væru í húfi, þar eð rannsókn beindist að broti sem varðað gæti fangelsisrefsingu.

Sama dag veitti Héraðsdómur Seðlabankanum heimild til húsleitar hjá tölvufyrirtækinu Þekkingu – Tristan hf., sem er með starfstöðvar á Akureyri og í Kópavogi. Í úrskurðinum stendur að veitt sé heimild

til haldlagningar og afritunar allra gagna af sameiginlegum svæðum Samherja hf., heimasvæðum og öllum tölvupósti, ásamt viðhengjum, sem sendur hefur verið til eða frá netföngum starfsmanna Samherja ... sem starfsmenn félagsins áttu og/eða notuðu, á tímabilinu frá og með 1. mars 2008 til og með 27. mars 2012.<sup>93</sup>

Dómarinn vísaði í úrskurði sínum til 4. mgr. 15. e gr. laga nr. 87/1992 um gjaldeyrismál, þrátt fyrir að ekki verði séð af greininni að Seðlabankunum sé heimilt að framkvæma húsleit.<sup>94</sup>

Lögmenn Samherja bentu fulltrúum Seðlabankans þegar á að ekki væri unnt að framfylgja úrskurðum um húsleit og haldlagningu vegna þess hversu víðtækir þeir væru og ónákvæmir, þannig skorti skilgreiningu á hugtakinu „sameiginlegt svæði,“ svo dæmi sé tekið. Einnig var gagnrýnt að heimild hafði verið veitt til leitar hjá ýmsum fyrirtækjum á starfsstöð Samherja sem ekki áttu í neinum erlendum viðskiptum og gátu því traudla verið rannsóknarandlag vegna meintra brota á gjaldeyrislöggjöf. Starfsmenn Seðlabankans öfluðu sér því nýs úrskurðar þegar í stað.<sup>95</sup> Á grunni þess úrskurðar voru öll gögn á skrifstofu Samherja haldlögð án þess að gerð væri tilraun til að aðskilja þau gögn er vörðuð meint brot frá öðrum gögnum. Kassar með áþreifanlegum gögnum voru vel á annað hundrað. Utanumhald hinn haldlögðu gagna var gagnrýnt, en skýrslur um hin haldlögðu gögn voru ónákvæmar.

Rétt er að velta því upp hvort umræddar húsleitir og haldlagningar samræmist 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Í því sambandi er rétt að kanna hvort inngripið var í samræmi við landslög og hvort það var nauðsynlegt í lýðræðisþjóðfélagi. Þvingunaraðgerðir verða að samræmast landslögum, sbr. mál *Camenzind gegn Sviss* og mál *Sallinen gegn Finnlandi*. Í

<sup>93</sup> Úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur 24. mars 2012 í máli nr. R-162/2012, heimild til húsleitar/haldlagningar hjá Þekking – Tristan hf. Í vörslu höfundar.

<sup>94</sup> sama heimild.

<sup>95</sup> Úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur 27. mars 2012 í máli nr. R-166/2012, heimild til húsleitar/haldlagningar hjá Ice Fresh Seafood ehf. og öðrum félögum að Glerárgötu 30, Akureyri, og Kringlunni 7, Reykjavík. Í vörslu höfundar.

áðurnefndri 4. mgr. 15. gr. e laga nr. 87/1992 um gjaldeyrismál segir að Seðlabankanum sé heimilt að „gera sérstakar athugunir og leggja hald á gögn í samræmi við ákvæði laga um meðferð sakamála“. Í lögum um gjaldeyrismál er þó ekki minnst á húsleit. Hugtakið „sérstakar athugunir“ er heldur ekki skilgreint í lögum nr. 88/2008 um meðferð sakamála og kemur þar hvergi fram. Ef löggjafinn stefndi að því að veita Seðlabankanum heimild til húsleitar hefði farið best á að þess yrði getið í lögum með skýrum hætti.

#### 6.5.1.4. Ályktanir

Fastmótaðar venjur hafa skapast hér á landi varðandi forsendur þær sem verða að vera til staðar svo húsleit sé heimiluð. Sama gildir um framkvæmd hennar. Á það hefur verið bent að íslensk lög skorti vernd gegn mögulegri misnotkun á þvingunarúrræðum. Í IX. kafla sakamálalaga nr. 88/2008 er ekki fjallað um framkvæmd haldlagningar að öðru leyti en því að kveðið er á um að skrá skuli muni og aflétta haldi þegar þess gerist ekki lengur þörf. Sömu sögu er að segja af þeim kafla laganna sem lýtur að leit. Í þessu sambandi má vísa til áðurnefnds dóms í máli *Stefanov gegn Búlgaríu* þar sem gagnrýnt var að ekki væru fyrir hendi reglur sem takmörkuðu afritun og skoðun haldlagðra gagna.

\*\*\*

Að framansögðu má ljóst vera að Seðlabankinn gekk mun harðar fram við beitingu þvingunarúrræða á hendur Samherja hf., en nokkur efni stóðu til, en embætti sérstaks saksóknara hefur að fullu fellt niður rannsókn á málefnum útgerðarfélagsins.<sup>96</sup> Ekki er heldur annað að sjá en ófullnægjandi ástæður liggi til grundvallar heimildum til húsleitar og haldlagningar í málinu. Þar var ekki að finna upplýsingar um þá rannsókn sem var í gangi, hvert markmið leitarinnar var og ástæður þess að sönnunargögn um refsivert athæfi kynnu að finnast á leitarstað. Þá má ætla að húsleitarheimildin hafi verið of víðtæk með hliðsjón af dómafordæmum Mannréttindadómstóls Evrópu, en heimilt var að leggja hald á allan tölvupóst, allt bókhald og „gögn af heimasvæðum og sameiginlegum svæðum“ eins og það er orðað í úrskurðinum. Heimildin var því ekki einskorðuð við gögn er vörðuðu rannsóknina. Með úrskurðinum var heimiluð ótakmörkuð leit og haldlagning.

Ekki er heldur tilgreint í úrskurðinum, og kröfum sem lágu þeim til grundvallar, hvaða gögn eða muni mætti gera ráð fyrir að finna og að hvaða leyti þau gætu skipt máli fyrir

<sup>96</sup> \_\_, „Mál gegn Samherja fellt niður“ *ruv.is* (Reykjavík 4. september 2015) ><http://www.ruv.is/frett/mal-gegn-samherja-fellt-nidur>< skoðað 6. desember 2015.

rannsóknina. Ljóst er að þúsundir skjala voru haldlögð sem sýnt var að höfðu enga þýðingu fyrir rannsóknina. Í þessu sambandi er athyglisvert að heimildir til haldlagningar gagna Þekkingar – Tristans ná allt aftur 1. mars 2008, en gjaldeyrishöft voru ekki lögð á fyrr en níu mánuðum síðar. Þá voru haldlögð gögn fjölda fyrirtækja á sama stað, en ekki hefur annað komið fram en að viðkomandi gögn hafi verið aðgreinanleg á starfsstöðvum Samherja. Í þessu sambandi er rétt að huga að því sem áður var nefnt í nýlegum dómi Mannréttindadómstólsins í máli máli *Bernh Larsen Holding AS og fleiri gegn Noregi*. Af þeim dómi má draga þá ályktun að ekki hefði þurft að koma til svo umfangsmikillar haldlagningar hefðu gögnin verði aðgreinanleg.

Vörslu og skrásetningu haldlagðra gagna virðist vera ábótavant hér á landi. Í máli Samherja sem áður var nefnt er uppi sú staða að sönnunargögn þau sem fylgdu með kröfu Seðlabanka Íslands finnast ekki í skjalasafni Héraðsdóms Reykjavíkur.<sup>97</sup> Skjalavarsla Héraðsdóms verður að teljast ámælisverð, en sakborningur eða málsvari hans á alltaf að geta borið undir dómara hvort þvingunarráðstöfun eða framkvæmd hennar sé lögmæt, sbr. 2. mgr. 102. gr. sakamálalaga. Hér vísast einnig til 4. mgr. 5. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Ekki er unnt að bera bríður á úrskurð Héraðsdóms á meðan fylgiskjölin finnast ekki. Þá hefðu fulltrúar Seðlabankans getað takmarkað leitina með stikkorðaleit í tölvukerfum Samherja í stað þess að afrita öll tölvugögn í heild sinni. Í því sambandi má nefna áður nefnan dóm Mannréttindadómstólsins í máli *Sallinen gegn Finnlandi*.

Áður var minnst á dóm *Buck gegn Pýskalandi* frá 2005, en þar var sérstaklega tiltekið að leit á heimili og fyrirtæki kæranda í tíu þúsund manna bæ væri til þess fallin að svarta mannorð kæranda, sem ekki hafði verið grunaður um brot á lögum.<sup>98</sup> Í þessu sambandi er vert að skoða að Akureyri er um 18 þúsund manna bæjarfélag og íslenskt samfélag fámennt. Það var því óhjákvæmilegt að aðgerðir Seðlabankans hefði áhrif á orðspor forsvarsmanns Samherja, sem er búsettur þar. Rétt er þó að líta til þess að málsatvik eru ekki fyllilega sambærileg í þessum málum, þar sem sakargiftir í máli Buck voru afar litlar. Hvað sem því líður þá verður ekki séð að Seðlabanki Íslands hafi gert tilraun til að draga úr neikvæðum áhrifum húsleitarinnar, heldur sendi þvert á móti út fréttatilkynningu um málið.

Í þessu sambandi er einnig vert að taka til athugunar meðalhöfsreglu í 2. mgr. 53. gr. sakamálalaga, en þvingunarræðum á ekki að beita nema í undantekningartilfellum og ávallt ber að notast við vægasta úrræði sé þess kostur, svo sem áður hefur verið rakið. Þessi regla er orðuð í 2. mgr. 68. gr. laganna. Þar segir:

---

<sup>97</sup> sama heimild.

<sup>98</sup> *Buck g. Pýskalandi* App no. 41604/98 (ECtHR, 28. apríl 2005).

Nú er þess kostur að tryggja sönnun í því skyni sem í 1. mgr. segir án þess að leggja þurfi hald á mun og skal þá þess í stað beina því til eiganda eða vörsluhafa munarins að veita aðgang að honum eða láta í té upplýsingar, sem hann hefur að geyma, svo sem með því að afhenda afrit af skjali eða annars konar upplýsingum.

Ekki hefur annað komið fram en að það útgerðarfélag sem hér átti í hlut hefði getað afhent allar þær upplýsingar sem Seðlankinn sæktist eftir. Mál er vörðuðu meint brot Samherja á gjaldeyrisreglum hafa að fullu verið felld niður og aldrei kom til útgáfu ákæru.<sup>99</sup>

## 6.5.2. Símahlustun

### 6.5.2.1. Lagaumgjörð

Í XI. kafla sakamálalaga eru tíundaðar margvíslegar þvingunaraðgerðir sem gjarnan eru nefndar símahlustun, en erfitt er að fella allar þær aðgerðir undir þetta eina hugtak. Í dönsku réttarfarslögnum ber sambærilegur kafli heitið „Indgreb i meddelelseshemmeligheden“ (71. kafli), en allar þessar aðgerðir eiga það sammerkt að þær skerða friðhelgi einkalífs og sá sem aðgerðirnar beinast að veit ekki af þeim.

Hér verður notast við hugtakið símahlustun og það látið ná yfir hvers kyns fjarskipti, sem eru skilgreind svohljóðandi í greinargerð með frumvarpi því sem varð að lögum um meðferð sakamála: „... með orðinu „fjarskipti“ er átt við hvers konar sendingu og móttöku tákna, merkja, skriftar, mynda og hljóða eða hvers konar boðmiðlun eftir leiðslum, með þráðlausri útbreiðslu eða öðrum rafsegulkerfum“.<sup>100</sup>

Þessum aðgerðum má skipta upp í sex flokka.

1. Að leggja fyrir fjarskiptafyrirtæki að veita upplýsingar um símtöl eða önnur fjarskipti við tiltekinn síma, tölvu eða annars konar fjarskiptatæki, sbr. 80. gr. sakamálalaga.
2. Að leggja fyrir fjarskiptafyrirtæki að leyfa að hlustað sé á eða tekin séu upp símtöl eða önnur fjarskipti við tiltekinn síma, tölvu eða annars konar fjarskiptatæki ellegar við síma eða annars konar fjarskiptatæki í eigu eða umráðum tilgreinds manns, sbr. 1. máls. 81. gr. sömu laga.
3. Að fylgjast með eða taka upp fjarskipti með þar til gerðum búnaði, sbr. 2. máls. 81. gr. laganna.
4. Að taka upp samtöl eða nema annars konar hljóð eða merki með því að nota til þess sérstaka hljóðupptökutækni eða sambærilega tækni án þess að þeir sem í hlut eiga viti af því, sbr. a-lið 1. mgr. 82. gr.

<sup>99</sup> \_ \_ „Mál gegn Samherja felld niður“ *ruv.is* (Reykjavík 4. september 2015) ><http://www.ruv.is/frett/mal-gegn-samherja-felld-nidur>< skoðað 6. desember 2015.

<sup>100</sup> Alþt. 2007–2008. A-deild, þskj. 252 – 233. mál, athugasemdir.

5. Að taka myndir af fólki, hvort sem er ljósmyndir eða kvikmyndir án þess að þeir sem í hlut eiga viti af því, sbr. 1. mgr. 82. gr.
6. Að koma fyrir búnaði á eða inni í bifreið eða öðru farartæki, í varningi eða á manni til að veita honum eftirför eða í öðrum lögmætum tilgangi, t.d. í veski, fatnaði eða handtösku hans, sbr. c-lið 1. mgr. 82. gr.<sup>101</sup>

Hér er um að ræða mikið inngríp í friðhelgi einkalífs, sem nýtur verndar 71. gr. stjórnarskrár. Í 2. og 3. mgr. þeirrar greinar segir að dómsúrskurð eða sérstaka lagaheimild þurfi fyrir hvers konar þvingunarráðstöfunum sem skerða friðhelgi einkalífs, þar með talið símahlustun.

Lagaheimildin verður þá að vera skýr en ef hún er matskennd eða óljós er hættu á að hinn almenni borgari geti ekki gert sér grein fyrir því við hvaða kringumstæður er heimilt að skerða friðhelgi hans.<sup>102</sup> Hér er aftur að líta til skilgreininga á réttarríkinu. Lögin verða að vera skýr og skiljanleg og mikilvægt að sérhver einstaklingur eigi þess kost að skipuleggja líf sitt. Forsenda þess að mönnum sé það kleift er að beiting laga sé fyrirsjáanleg og menn viti við hvaða aðstæður þeir geti átt á hættu að vera beittir þvingunarúrræðum.

Símahlustanir er gríðarlega íþyngjandi úrræði og rannsakenndur komast þannig „á snoðir um dýpstu leyndarmál einstaklinga“.<sup>103</sup> Í ljósi þess hversu alvarlegt inngríp þessar aðgerðir eru í friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu er það fortakslaust skilyrði fyrir beitingu þeirra að fyrir liggi úrskurður dómara. Samþykki umráðamanns eða eiginlegs notanda fjarskiptatækis nægir ekki. Þá verður að vera ástæða til að ætla að upplýsingarnar sem nást fram með þessum hætti muni skipta miklu fyrir rannsókn máls, sbr. 1. mgr. 83. gr. sakamálalaga, og að rannsókn beinist að broti sem varðað getur að lögum átta ára fangelsi, ellegar að ríkir almannahagsmunir og einkahagsmunir krefjist þess, sbr. 2. mgr. 83. gr.

Lagaákvæði um símahlustun litu fyrst dagsins ljós með lögum um meðferð opinberra mála nr. 27/1951, en þá hafði átt sér stað umræða um þörf á nýsnum hér og í nágrannalöndunum vegna þess að viðsjár voru í heimsmálunum. Fyrsta íslenska ákvæðið um þetta efni átti sér sænska fyrirmynd. Skilyrði símahlustunar voru í upphafi þrjú:

1. Um ætlaða refsiverða háttsemi væri að ræða.
2. Við ætluðum brotum lægi að minnsta kosti tveggja ára fangelsisvist.
3. Úrskurð dómara þyrfti til símahlustunar.<sup>104</sup>

<sup>101</sup> Eiríkur Tómasson, *Þvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls* (Úlfjótur 2009) 37.

<sup>102</sup> Jóhannes Sigurðsson og Þórir Júlíusson, „Hriktir í stöðum réttarríkis?“ (2014) 2 Tímarit lögfræðinga 136.

<sup>103</sup> \_\_, „Kæran setti lífið úr skorðum“ (*visir.is*, 13. september 2014) ><http://www.visir.is/kaeran-setti-lifid-ur-skordum/article/2014709139915>< skoðað 6. desember 2015.

<sup>104</sup> Erindi Símons Sigvaldasonar héraðsdómara á fundi Lagastofnunar og Orators (Reykjavík, 12. nóvember 2014).



Með nýjum lögum um meðferð opinberra mála nr. 74/1974 var skilyrðunum breytt og símahlustun talin heimil á grundvelli öryggishagsmuna ríkisins eða vegna mikilsverðra hagsmuna við rekstur sakamáls. Skilyrðin voru því víkkuð mikið og má telja það til marks um að ríkisvald hérlendis hafði styrkst mjög á áratugunum eftir miðja síðustu öld.<sup>105</sup> Skilyrðin voru aftur þrengd með nýjum lögum um meðferð opinberra mála sem tóku gildi 1992, lög nr. 19/1991. Hið meinta brot yrði að varða að minnsta kosti átta ára fangelsi, eða þá að mikilsverðir almanna- eða einkahagsmunir krefðust hlustunar.

Í 2. mgr. 84. gr. sakamálalaga segir að í úrskurði sem heimilar símahlustun skuli taka fram hvaða síma eða annað fjarskiptatæki sé um að ræða og hver eigandi þess eða umráðamaður sé, ellegar hvar og hvaða aðferð skuli viðhöfð til að taka upp hljóð, taka myndir, fylgjast með fólki eða koma fyrir eftirfararbúnaði. Í 3. mgr. 84. gr. skal marka aðgerð ákveðin tíma í úrskurðinum, sem má ekki vera lengur en fjórar vikur í senn. Telji lögregla þörf á að framlengja tímenn þarf að óska eftir dómsúrskurði á nýjan leik. Eiríkur Tómasson segir í riti sínu um þvingunarráðstafanir að dómari eigi aldrei að kveða á um lengri tíma til beitingar þvingunarráðstöfunar en nauðsyn krefur.<sup>106</sup>

Í athugasemdum með frumvarpi til laga um meðferð sakamála segir að nauðsynlegt sé að reisa þröngar skorður við símahlustun og skyldum aðgerðum enda leiði þær af sér tilfinnanlega skerðingu á friðhelgi þeirra sem henni eru beittir.<sup>107</sup> Áskilnaður um dómsúrskurð á að tryggja að heimildin sé ekki misnotuð, en dómara ber að meta í hvert sinn hvort skilyrði fyrir símahlustun séu til staðar. Dómari á ekki að veita lögreglu heimild til símahlustunar sjálfkrafa sé tilteknum formskilyrðum fullnægt.<sup>108</sup>

Lögregla getur sjálf framkvæmt hlustun ráði hún yfir nauðsynlegum búnaði til þess, ella getur hún leitað til fjarskiptafyrirtækja, en starfsmönnum þeirra er skylt að aðstoða lögreglu vegna þeirra aðgerða sem tíundaðar eru í 80. og 81. gr. sakamálalaga. Hér vísast einnig til fjarskiptalaga nr. 81/2003, en þar segir í 6. mgr. 6. gr. að fjarskiptafyrirtækjum sé skylt að tryggja þar til bærnum yfirvöldum aðgang að búnaði til hlerunar símtala og annarrar löglegrar gagnaöflunar í fjarskiptanetum sínum eða fjarskiptaþjónustu.

Í úrskurði um símahlustun er ýmist kveðið á um að hlusta megi á tiltekið númer eða tiltekið tæki. Umsjón með þessum málum hefur tölvurannsóknardeild Lögreglunnar á höfuðborgarsvæðinu og sér hún um samskipti við fjarskiptafyrirtæki sem skylt er að afhenda gögn á grundvelli dómsúrskurðar. Gögnunum er komið fyrir á kerfi sem kallað er „Hlerinn“

---

<sup>105</sup> sama heimild.

<sup>106</sup> Eiríkur Tómasson, *Þvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls* (Úlfjótur 2009) 39.

<sup>107</sup> Alþt. 2007–2008. A-deild, þskj. 252 – 233. mál, athugasemdir.

<sup>108</sup> sama heimild.

og þar geta rannsakendur nálgast þau. Afar fátítt er að hlustað sé á símtöl í rauntíma, en aðstaða til slíks er aðeins til staðar á skrifstofu tölvurannsóknardeildarinnar.<sup>109</sup> Kolbrún Benediktsdóttir, saksóknari hjá embætti ríkissaksóknara, telur ágalla vera á þessu kerfi. Eyðing gagna þurfi að vera markvissari og þá sé ekki skráð hverjir fari inn í kerfið. Vilji sé til þess að færa þessi gögn inn í annað kerfi lögreglu sem nefnist „Löke“ þar sem aðgangsstýring er betri.<sup>110</sup>

Eftir að máli er lokið ber að eyða öllum þeim gögnum sem lögregla hefur aflað með símahlustun eða eins og segir í 1. másl. 1. mgr. 85. gr. sakamálalaga: „... jafnskjótt og þeirra er ekki lengur þörf, enda hafi þær ekki verið lagðar fyrir dóm“. Þessi regla nær einnig yfir hvers konar endurrit af viðkomandi gögnum, sbr. 2. máls. sömu greinar. Í 3. másl. er að finna ófrávíkjanlega reglu er hljóðar svo: „Ef framangreind gögn hafa að geyma samtöl eða önnur samskipti sakbornings við verjanda sinn, svo og upplýsingar sem 2. mgr. 119. gr. tekur til, skal eyða þeim þegar í stað.“ Segir meira af þeim málslið hér að aftan. Í lögunum er þó ekki að finna neina reglu um það hvernig beri að tryggja að þessu sé framfylgt, ef undan er skilið eftirlit ríkissaksóknara með tilkynningaskyldu lögreglu, sbr. 3. mgr. 85. gr. sömu laga. Lögreglustjóra ber að tilkynna þeim sem aðgerð beinist að um hana svo fljótt sem verða má, þó þannig að það skaði ekki rannsókn málsins, sbr. 2. mgr. 85. gr. Héraðssaksóknarar hafa það hlutverk að fylgjast með því að lögreglustjórar ræki þessa skyldu. Þeir hafa þó ekki enn tekið til starfa (desember 2015) og hvílir þessi skylda því á ríkissaksóknara, sbr. 6. mgr. VII. ákvæðis til bráðabirgða með sakamálalögum.

Í nokkur skipti hafa álitæfni tengd símahlustun komið til kasta Hæstaréttar. Í Hrd. 1. nóvember 2007 í máli nr. 148/2007 krafðist hlustunarþoli miskabóta vegna ólögættra þvingunaraðgerða. Hlustunarþolinn var grunaður um íkveikju en við brunann hafði orðið manntjón. Athugun fór fram á símnotkun hins grunaða skömmu áður en bruninn átti sér stað, auk þess sem veitt var heimild til hlustunar á sömu númer og til hljóðritunar. Hæstiréttur greindi þarna á milli og taldi athugun á símnotkun í skamman tíma áður en bruninn varð ekki hlustunarþola til íþyngingar svo teljandi væri. Fulltrúi ákærvaldins taldi að með hlustuninni „myndi kannski eitthvað detta inn“. Hæstiréttur áleit að þarna hefði brostið lögmet skilyrði fyrir aðgerðinni og það eitt og sér að hlustunarþoli játaði ekki brotið gæfi ekki tilefni til aðgerðinnar.

---

<sup>109</sup> Erindi Kolbrúnar Benediktsdóttur saksóknara á málfundi Lagastofnunar og Orators (Reykjavík, 12. nóvember 2014).

<sup>110</sup> sama heimild.

Í Hrd. 17. nóvember 2004 í máli nr. 450/2004 hafði sýslumaður gert kröfu um að M yrði gert að veita upplýsingar um það hver væri handhafi tiltekinnar IP tölu, þ.e. einkennisnúmers tölvu. Háttaði svo til að notandi tölunnar hafði hótad öðrum manni með smáskilaboðum. Hótunin var á þá lund að maðurinn skyldi „passa sig“ ella yrði hann „bráðin í veiðinni“. Héraðsdómur komst að þeirri niðurstöðu að skilyrði hlustunar væru ekki uppfyllt og staðfesti Hæstiréttur þann úrskurð með vísan til forsendna, enda væri hótunin óljós og ekki séð að henni fylgdi bráð hættu. Ríkir almanna- og einkahagsmunir væru ekki til staðar.

Í dómi Hrd. 2001, 1339 var kröfu lögreglu um að tiltekinn sími yrði hleraður hafnað með svofelldum orðum: „Við úrlausn málsins verður að leggja til grundvallar að heimildum til að beita rannsóknarúrræðum samkvæmt 86. gr. og 87. gr. laga nr. 19/1991 eru settar þröngar skorður vegna tillits til friðhelgi einkalífs manna, sbr. 71. gr. stjórnarskrárinnar. Með kröfu sóknaraðila er gengið lengra en rúmast innan þessara heimilda og verður henni því hafnað.“

#### 6.5.2.2. Dómar Mannréttindadómstólsins

Símtöl manna njóta verndar 1. mgr. 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu.<sup>111</sup> Í framkvæmd hefur Mannréttindadómstóll Evrópu sett þröngri skilyrði fyrir beitingu símahlustunar, en annarra þvingunarúrræða í ljósi þess að þessu inngripi í friðhelgi einkalífs er að jafnaði beitt án vitundar þess sem úrræðið beinist að. Þess vegna hefur dómstóllinn talið þörf á virkum raunhæfum úrræðum til að tryggja vernd friðhelgis einkalífs í þessum tilfellum. Dómstóllinn hefur settt sem skilyrði að lagaheimild sé til staðar, sbr. dóm í máli *Kruslin gegn Frakklandi* frá 1990.<sup>112</sup> Lagaheimildin verður að vera almenningi aðgengileg og skýr, meðal annars um tímalengd og að hverjum hún getur beinst, sbr. dóma í málum *Liberty o.fl. gegn Bretlandi* frá 2008, *Kopp gegn Sviss* frá 1998 og *Iordachi o.fl. gegn Moldavíu* frá 2009.<sup>113</sup> Þá hefur dómstóllinn kveðið sérstaklega á um það í dómum sínum að grípa verði til ráðstafana til að vernda einkasamtöl lögmanna og skjólstaðinga þeirra, sjá einnig dóma í málum *Kopp gegn Sviss* og *Iordachi o.fl. gegn Moldavíu*.<sup>114</sup> Sjá einnig umfjöllun um þau mál í kafla hér á eftir um störf lögmanna. Dómstóllinn hefur einnig mótað þá reglu að tryggja þurfi með raunhæfum og árangursríkum hætti að lögum um þetta efni sé fylgt, sbr. dóm í máli *Klass o.fl. gegn*

<sup>111</sup> Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 286–290.

<sup>112</sup> *Kruslin g. Frakklandi* App no. 11801/85 (ECtHR, 24. apríl 1990) 33. mgr.

<sup>113</sup> *Liberty o.fl. g. Bretlandi* App no. 36760/06 (ECtHR, 1. júlí 2008) 59. mgr; *Kopp g. Sviss* App no. 23224/94 (ECtHR, 25. mars 1998) 64. mgr; *Iordachi o.fl. g. Moldavíu* App no. 25198/02 (ECtHR, 10. febrúar 2009) 40. mgr.

<sup>114</sup> *Kopp g. Sviss* App no. 23224/94 (ECtHR, 25. mars 1998) 73. mgr; *Iordachi o.fl. g. Moldavíu* App no. 25198/02 (ECtHR, 10. febrúar 2009) 73. mgr.

*Pýskalandi* frá 1978.<sup>115</sup> Þá verður eftirlitið að vera framkvæmt af öðru og ótengdu stjórnvaldi en því sem framkvæmdi símahlustunina, sjá dóma í málum *Kopp gegn Sviss*, *Dumitri Popescu gegn Rúmeníu* frá 2007 og *Iordachi o.fl. gegn Moldavíu*.<sup>116</sup> Í síðastnefnda málinu háttaði svo til að kærendur töldu 8. gr. sáttmálans hafa verið brotna, þar sem raunveruleg hættu væri á að símtæki þeirra væru hleruð, en kærendur voru allir félagsmenn í samtökum mannréttindalögfræðinga. Fyrir dóminn voru lögð tölfræðigögn sem sýndu að 99,24% allra beiðna um símahlustun á árunum 2007–2009 hefðu verið samþykktar. Að mati dómstólsins var þetta óeðlilega hátt hlutfall og þótti sanna að varfærni skorti við beitingu úrræðisins. Dómstóllinn taldi að í þeim lögum sem á reyndi væri ekki kveðið skýrlega á um eðli viðkomandi afbrota og heldur væru ekki tilgreindir flokkar þeirra einstaklinga sem beita mætti símahlustun. Víkjum að orðum dómsins:

Still, the nature of the offences which may give rise to the issue of an interception warrant is not, in the Court's opinion, sufficiently clearly defined in the impugned legislation. In particular, the Court notes that more than one half of the offences provided for in the Criminal Code fall within the category of offences eligible for interception warrants (see paragraph 14 above). Moreover, the Court is concerned by the fact that the impugned legislation does not appear to define sufficiently clearly the categories of persons liable to have their telephones tapped. It notes that Article 156 § 1 of the Criminal Code uses very general language when referring to such persons and states that the measure of interception may be used in respect of a suspect, defendant or other person involved in a criminal offence. No explanation has been given as to who exactly falls within the category of "other person involved in a criminal offence."<sup>117</sup>

Í lögnum voru heldur engin tímamörk þar sem tiltekið væri hversu lengi heimild til símahlustunar gæti varað. Þá væri heldur ekki skýrt í lögnum hvað teldist rökstuddur grunur sem réttlætt gæti símahlustun.<sup>118</sup> Innlendir dómstólar bæru líka litla ábyrgð á eftirliti með símahlustun.<sup>119</sup> Engar reglur væri að finna um það í moldóvskum lögum hvernig vernda ætti trúnaðarsamband lögmanns við skjólstæðing sinn og engar skýrar reglur væru um hlustun og varðveislu og eyðslu gagna sem aflað væri með leynilegum hlustunum.<sup>120</sup>

Mannréttindadómstóllinn tók fram að dómstólar í Moldavíu hefðu heimilað nánast allar beiðnir um símahlustanir sem yfirvöld höfðu óskað eftir á árinu 2007. Að mati

<sup>115</sup> *Klass o.fl. g. Pýskalandi* App no. 5029/71 (ECtHR, 6. september 1978) 49. og 50. mgr.

<sup>116</sup> *Kopp g. Sviss* App no. 23224/94 (ECtHR, 25. mars 1998) 74. mgr; *Dumitri Popescu g. Rúmeníu* App no. 71525/01 (ECtHR, 26. apríl 2007) 70.–73. mgr; *Iordachi o.fl. g. Moldavíu* App no. 25198/02 (ECtHR, 10. febrúar 2009) 40. mgr.

<sup>117</sup> *Iordachi o.fl. g. Moldavíu* App no. 25198/02 (ECtHR, 10. febrúar 2009) 44. mgr.

<sup>118</sup> sama heimild, 45. og 46. mgr.

<sup>119</sup> sama heimild, 47. mgr.

<sup>120</sup> sama heimild, 48.–50. mgr.

dómstólsins var ástæða til að ætla að þarlendir dómara tækju ekki afstöðu til þess hvort skilyrði væru fyrir hendi, heldur samþykktu beiðnir án athugunar. Grípum aftur niður í texta dómsins:

The Court notes further that in 2007 the Moldovan courts authorised virtually all the request for interception made by the prosecuting authorities ... Since this is an uncommonly high number of authorisations, the Court considers it necessary to stress that telephone tapping is a very serious interference with a person's rights and that only very serious reasons based on a reasonable suspicion that the person is involved in serious criminal activity should be taken as a basis for authorising it. The Court notes that the Moldovan legislation does not elaborate on the degree of reasonableness of the suspicion against a person for the purpose of authorising an interception.

Að mati dómsins þótti tölfræðin sýna að símahlustun væri í meira lagi ofnotað rannsóknarúrræði í Moldavíu.<sup>121</sup> Það var einróma niðurstaða að brotið hefði verið gegn 8. gr. sáttmálans.

Athygli vekur að dómstóllinn kemst að svo óyggjandi niðurstöðu þrátt fyrir að eiginlegt brot hafi ekki verið til umfjöllunar, heldur einungis ótti tiltekinna lögmanna við að verða hleraðir í ljósi opinna og ofnotaðra lagaheimilda um símahlustun. Það sýnir út af fyrir sig hversu alvarlegum augum dómstóllinn lítur misnotkun símahlustunar.

Í máli *Vetter gegn Frakklandi* frá 2005 voru atvik þau að grunur hafði vaknað um aðild manns að nafni Christophe Veters (kærandi) að manndrápi.<sup>122</sup> Lögregla brá á það ráð að koma fyrir hlustunarbúnaði í íbúð sem Vetter heimsótti reglulega. Á grundvelli samtala sem hlustað var á var kærandi úrskurðaður í gæsluvarðhald. Hann taldi að ekki væri heimild til þess í frönskum lögum að nota hlustunartæki og sönnunargögn sem fengjust með notkun þeirra mætti þar af leiðandi ekki nota í refsímáli. Áfrýjunarréttur komst að þeirri niðurstöðu að hlustanir á samtölum kæranda hefðu ekki farið í bága við ákvæði franska laga. Kærandi var sakfelldur fyrir manndráp og dæmdur til 20 ára fangelsisvistar, meðal annars á grundvelli sönnunargagna sem aflað var með téðum upptökum.

Mannréttindadómstóllinn taldi að umrædd hlustun og upptökur hefðu falið í sér takmörkun á friðhelgi einkalífs kæranda. Frönsk lög heimiluðu ekki uppsetningu hlerunarbúnaðar. Í lögunum væri aðeins fjallað um hlustun á símtölum, en ekkert minnst á almenn hlustunartæki. Frönsk lög mæltu ekki fyrir um það með nægilega skýrum hætti hversu ríkt mat stjórnvöld hefðu til hlustunar og hvernig aðgerðir af því tagi yrðu framkvæmdar. Það var einróma niðurstaða dómsins að brotið hefði verið gegn 8. gr. sáttmálans.

<sup>121</sup> sama heimild, 52. mgr.

<sup>122</sup> *Vetter g. Frakklandi* App no. 59842/00 (ECtHR, 31. maí 2005). Aðeins til á frönsku.

Eins og sjá má af þessum dómi gerir dómstóllinn mjög miklar kröfur um skýrleika lagaákvæða um símahlustun. Í tilfelli símahlustunar er ekki rúm fyrir matskennd sjónarmið.

Í máli *Matheron gegn Frakklandi* frá 2005 hafði kærandi, Robert Matheron, verið ákærður fyrir ætluð alþjóðleg fíkniefnaviðskipti.<sup>123</sup> Ákærvaldið lagði fram í refsímáli gegn honum sönnunargögn sem aflað hafði verið í refsímáli gegn öðrum sakborningi. Kærandi hélt því fram að óheimilt væri að taka sönnunargögnin til greina en ekki var fallist á kröfu hans. Hann var fundinn sekur og dæmdur til 15 ára fangelsisvistar. Matheron kærði málið til Mannréttindadómstólsins þar sem hann taldi að brotið hefði verið gegn friðhelgi sinni, sbr. 8. gr. sáttmálans, með því að notuð hefðu verið sönnunargögn gegn honum sem aflað hafði verið í tengslum við annað mál. Hann hefði ekki verið aðili að því máli og því fyrirmunað að vefengja hvort formskilyrða laga varðandi símahlustunina hefðu verið uppfyllt.

Dómstóllinn benti á að löggjöf sem símahlustununarheimildin byggðist á væri í samræmi við ákvæði sáttmálans. Aftur á móti taldi dómstóllinn að niðurstaða áfrýjunardómstólsins í máli kæranda og röksemdir fyrir henni takmörkuðu möguleika þeirra, sem þyrftu að sæta því að sönnunargögn sem aflað væri með símahlustun í öðrum refsímálum og lögð fram í málum þeirra, til að fá skorið úr um lögmæti aðgerða. Með tilliti til málsatvika allra taldi dómstóllinn að kærandi hefði ekki haft aðgang að skilvirkum úrræðum til að vefengja framangreind sönnunargögn. Var það því einróma niðurstaða dómstólsins að brotið hefði verið gegn 8. gr.

### 6.5.2.3. Íslensk framkvæmd og réttarríkið

Símahlustun hefur verið beitt í mjög miklum mæli við rannsókn mála hjá sérstökum saksóknara og að því er virðist hefur þeim verið beitt kerfisbundið í tengslum við skýrslutökur vitna og sakborninga.<sup>124</sup> Frá því í júlí 2009 og fram í desember 2012 lagði embætti sérstaks saksóknara fram alls 116 beiðnir um símahlustun í héraðsdómi og fékk þær allar samþykktar.<sup>125</sup> Á sama tíma hefur lögbundið eftirlit ríkissaksóknara með þessum úrræðum ekki verið til staðar. Um það fórust Valtý Sigurðssyni, fyrrverandi ríkissaksóknara, svo orð í grein í *Tímariti lögfræðinga*:

Það er alvarlegt mál að embætti ríkissaksóknara, sem sérstaklega er falið með lögum að sinna þessu mikilvæga eftirlitshlutverki, skuli ekki vera í stakk búið til að sinna því. Með því er harkalega vegið að réttaröryggi borgaranna á þessu sviði. Þessi

<sup>123</sup> *Matheron g. Frakklandi* App no. 57752/00 (ECtHR, 29. mars 2005).

<sup>124</sup> Jóhannes Sigurðsson og Þórir Júlíusson, „Hriktir í stoðum réttarríkis?“ (2014) 2 *Tímarit lögfræðinga* 135.

<sup>125</sup> Alpt. 2012–2013, þskj. 1022 – 517. mál.

brotalöm á eftirlitinu gerir því auknar kröfur á hendur þeim sem úrræðinu beita. Því er mikilvægt að til séu sérstakar verklagsreglur á þessu sviði, auk þess sem gera verður kröfur um varkárni við beitingu úrræðisins.<sup>126</sup>

Reimar Pétursson hæstaréttarlögmaður telur vafasamt að ákvæði sakamálalaga um símahlustun standist ákvæði mannréttindasáttmála Evrópu um friðhelgi einkalífs. Nýlega hafa fallið dómar Mannréttindadómstólsins gegn Búlgaríu og Moldóvíu, en ákvæði þarlandra sakamálalaga um símahlustun voru ekki talin standast kröfur mannréttindasáttmálans. Reimar hefur bent á að ákvæði íslenskra laga um símahlustun séu opnari en heimildir búlgarskra og moldóvska laga og því hæpið að íslensk lög um þetta efni fái staðist mannréttindasáttmála Evrópu.<sup>127</sup> Reimar vísar hér meðal annars til dómsins í máli *Iordachi o.fl. gegn Moldóvíu*, sem áður var nefndur. Þar háttaði svo til að kærendur töldu 8. gr. sáttmálans hafa verið brotna, þar sem raunveruleg hættu væri á að símtæki þeirra væru hleruð, en kærendur voru allir félagsmenn í samtökum mannréttindalögfræðinga. Margt sé líkt með ástandi þessara mála í Moldóvíu og hér á landi. Sakamálalög kveði ekki með nægilega skýrum hætti á um eðli þeirra afbrota, þar sem beita má símahlustun. Lögin séu ekki skýr um það hvað teljist rökstuddur grunur. Engin tímamörk séu í lögunum um það hversu lengi heimild til símahlustunar getur varað. Og dómstólar gegni litlu hlutverki í eftirliti með heimildum til símahlustunar. Þá hafi lengst af engar reglur gilt um framkvæmd símahlustunar og hvernig háttu skuli varðveislu og eyðingu gagna eða hvernig vernda eigi trúnaðarsamband lögmanns og skjólstaðings. Nokkur bót var unnin á þessu með setningu fyrir mæla ríkissaksóknara nr. 1/2012, en þar er að finna ákvæði um tilkynningarskyldu og skyldu til að eyða gögnum. Tölfræðiupplýsingar hér á landi gefa til kynna að úrræðið sé ofnotað, séu dómsniðstöður Mannréttindadómstóls Evrópu hafðar til hliðsjónar. Hér á landi hafa rannsakendur sakamála haft aðgang að öllum símahlustunum, gögnum hefur ekki verið eytt þegar í stað og eftirliti ríkissaksóknara verið ábótavant.<sup>128</sup>

Í grein sinni í *Tímariti lögfræðinga* árið 2014 draga lögmenirnir Jóhannes Sigurðsson og Þórir Júlíusson í efa að skilyrðin um ríka almanna- og einkahagsmunir hafi verið fullnægt í þeim tilfellum sem hér voru nefnd. Þeir fóru yfir hluta þeirra úrskurða sem héraðsdómarar felldu á grundvelli beiðna frá sérstökum saksóknara, en þessir úrskurðir hafa ekki verið gerðir opinberir og höfundur hefur ekki slíka úrskurði undir höndum. Einkahagsmunir þeir sem í húfi voru hafi verið hagsmunir ógjaldfærra fjármálafyrirtækja í slitameðferð og kröfuhafa þeirra. Almanahagsmunirnir lúti aftur á móti að því að meint brot í aðdraganda falls

<sup>126</sup> Valtýr Sigurðsson, „Símahlustun, kröfur til slíkra aðgerða og eftirlit með þeim“ (2011) 2 *Tímarit lögfræðinga* 175–177.

<sup>127</sup> Erindi Reimars Péturssonar hæstaréttarlögmanns á málfundi Lagastofnunar og Orators (Reykjavík, 12. nóvember 2014).

<sup>128</sup> Jóhannes Sigurðsson og Þórir Júlíusson, „Hriktir í stoðum réttarríkis?“ (2014) 2 *Tímarit lögfræðinga* 145.

bankanna varði almenning miklu.<sup>129</sup> Með hliðsjón af 2. mgr. 8. gr. mannréttindasáttmálans er í þessu sambandi litið til yfirvofandi hættu, skerðingu á hagsmunum og nauðsyn vegna þjóðaröryggis, almannaheilla eða efnahagslegrar farsældar þjóðarinnar. Erfitt er að sjá þessi skilyrði hafi verið uppfyllt.

#### 6.5.2.4. Ályktanir

Af eldri dómum Hæstaréttar um þetta efni sem áður voru raktir verður ekki annað ráðið en Hæstiréttur geri fremur strangar kröfur til að símahlustun verði heimiluð og skýri skilyrðin þröngt.<sup>130</sup> Aftur á móti má ætla að farið hafi verið mun frjálst með símahlustun á allra seinustu árum og horfið frá þeim þröngu viðmiðum sem Hæstiréttur hafði áður sett. Við þetta bætist að héraðsdómarar hafa samþykkt allar beiðnir sérstaks saksóknara um símahlustun, en trúlega eru ekki fordæmi fyrir jafnumfangsmikilli athugasemdalausri afgreiðslu mála hér á landi.<sup>131</sup>

Svo sem kunnugt er hefur sérstakur saksóknari haft til meðferðar mál er áttu sér stað í aðdraganda falls viðskiptabankanna haustið 2008. Því var í öllum tilvikum nokkuð um liðið frá hinum meintu brotum þegar rannsóknir hans hófust. Símahlustun við aðstæður sem þessar hefur því umfram allt átt að hafa þá þýðingu að fá upplýsingar um samskipti sakborninga sem máli gætu skipt við rannsókn, en í ljósi þess hversu langt er um liðið frá því að hin meintu brot áttu sér stað, fjölda húsleita, handtaka, gæsluvarðhaldsvista sakborninga og haldlagningar á miklu magni gagna, má telja ólíklegt að símahlustun geti veitt upplýsingar sem skipt geti miklu fyrir rannsókn máls.<sup>132</sup> Í ljósi þessa er rétt að dómarar geri meiri kröfur um rökstuðning við slíkar aðstæður. Þá skiptir þeim mun meira máli að hin lögboðna tilkynningarskylda sé virt.<sup>133</sup>

Hér að framan var ítarlega greint frá dómi Mannréttindadómstólsins í máli *Iordachi o.fl. gegn Moldóvíu*, en líkt og bent hefur verið á er margt líkt með þessum málum hér á landi og raunar virðast heimildir íslenskra laga opnari en þeirra moldóvsku. Það að rannsókn verði að beinast að broti sem varði átta ára fangelsi er skýrt og fyllilega í samræmi við áskilnað 2. mgr. 71. gr. stjórnarskrár. Ákvæði um „rika almannahagsmuni og einkahagsmuni“ verða aftur á móti að teljast afar matskennd. Þá hefur eftirlit með framkvæmd þessara mála vart verið til

<sup>129</sup> sama heimild, 141.

<sup>130</sup> Eiríkur Tómasson, *Sakamálaréttarfar: Rannsókn – Þvingunarræði* (Bókaútgáfan Codex 2012) 209–214.

<sup>131</sup> Jóhannes Sigurðsson og Þórir Júlíusson, „Hriktir í stoðum réttarríkis?“ (2014) 2 Tímarit lögfræðinga 142.

<sup>132</sup> sama heimild, 140.

<sup>133</sup> Valtýr Sigurðsson, „Símahlustun, kröfur til slíkra aðgerða og eftirlit með þeim“ (2011) 2 Tímarit lögfræðinga 176–177.



staðar. Í Danmörku og Noregi er það mun virkara. Samkvæmt 784. og 785. gr. dönsku réttarfarslaganna skal dómari skipa sakborningi eða öðrum þeim er aðgerð beinist að sérstakan lögmann sem gætir hagsmuna þeirra, en starfar án vitneskju viðkomandi. Sami háttur er hafður á í Noregi. Þessi tilhögun kom til umræðu réttarfarsnefndar við samningu frumvarps til sakamála og fórust henni svo orð um það mál í athugasemdum með frumvarpinu:

... gerði nefndin það að tillögu sinni, samkvæmt danskri og norski fyrirmynd, að í hvert skipti sem slík beiðni kæmi fram af hálfu lögreglu yrði skipaður lögmaður til að gæta hagsmuna þess sem aðgerð ætti að beinast gegn. Rökin fyrir þessari skipan eru fyrst og fremst þau að með þessu móti sé réttaröryggi þeirra sem hlut eiga að máli betur tryggt en ella væri. Á henni eru hins vegar þeir ágallar að skjólstæðingur lögmannsins hefði þá ekki hugmynd um að honum hefði verið skipaður maður til að gæta hagsmuna sinna og jafnframt ætti lögmaðurinn ekki kost á því að ræða við skjólstæðing sinn og ráðgast við hann um málið. Vegna þessa má halda því fram að hér sé um að ræða falskt öryggi sem bæti litlu sem engu við aðkomu sjálfstæðs og óvilhalls dómara að málinu. Nær sé því að beita ráðum til að veita lögreglu og dómurum aðhald í þessu efni, t.d. með því að tilkynna þeim sem aðgerð beinist að um hana eftir á, sbr. 2. mgr. 85. gr. Með vísan til þessa er ekki lagt til að þessi skipan verði tekin upp hér á landi.<sup>134</sup>

Höfundur á erfitt með að fallast á þessar röksemdir, en með sömu rökum mætti velta því upp hvort sakborningar þurfi yfir höfuð á verjendum að halda þar eð dómara eru „sjálfstæðir og óvilhallir“. Mikilvægt er að bæta úr því skerta réttaröryggi sem símhlustunarþolar búa við. Höfundur telur heppilegast að hér á landi verði innleidd sama skipan er í Danmörku og Noregi, enda þau tvo ríki sem búa við réttarfar áþekkast því sem hér er við lýði.

Í þessu sambandi er rétt að víkja að því að meðal frumvarpshöfunda eru dómara við Hæstarétt Íslands. Í máli *Procola gegn Lúxemborg* frá 1995 hélt kærandi því fram að tiltekið lagaákvæði sem Hæstiréttur þar í landi hafði átt þátt í að semja bryti í bága við stjórnarskrá landsins. Rétturinn taldi svo ekki vera, en fjórir af fimm dómurunum sem felldu dóminn höfðu komið að samningu ákvæðisins. Mannréttindadómstóllinn taldi að með þessu hefðu dómaraþeir komið fram sem ráðgjafar framkvæmdarvalds og löggjafans og dómendur í sama máli. Mannréttindadómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að rétturinn teldist ekki óvilhallur í ljósi þessa og brotið hefði verið gegn 1. mgr. 6. gr. sáttmálans.<sup>135</sup>

Á það var bent í gildisstíð eldri laga að þeirri tilkynningaskyldu, sem að framan var getið, væri ekki eða lítið sinnt af hálfu lögreglu, en Björg Thorarensen lagaprófessor hélt því fram að réttaröryggi væri stefnt í hættu með því að fylgja ekki fyrirmælum þágildandi 2. mgr.

<sup>134</sup> Alþt. 2007–2008, A-deild, þskj. 252 – 233. mál.

<sup>135</sup> *Procola g. Lúxemborg* App no. 1470/89 (ECtHR, 28. september 1995) 32.–37. mgr.

88. gr. laga um meðferð opinberra mála.<sup>136</sup> Í greinargerð með frumvarpi til laga um meðferð sakamála er viðurkennt að misbrestur hafi verið á þessari tilkynningarskyldu.<sup>137</sup>

## 6.5.3. Handtaka og gæsluvarðhald

### 6.5.3.1. Lagaumgjörð

XIII. kafli sakamálalaga nr. 88/2008 fjallar um handtöku. Lögreglu er heimilt að handtaka mann leiki rökstuddur grunur á að hann hafi framið brot sem sætt geti ákæru „enda sé handtaka nauðsynleg til að koma í veg fyrir áframhaldandi brot, til að tryggja návist hans eða öryggi hans eða annarra ellegar til að koma í veg fyrir að hann spilli sönnunargögnum“ eins og það er orðað í 1. mgr. 90. gr. sakamálalaga. Á grundvelli 1. mgr. 92. gr. getur dómari fyrirskipað handtöku manns að kröfu lögreglu séu ofangreind skilyrði fyrir hendi. Handtekinn mann skal leiða fyrir dómara innan sólarhrings frá því að hann var sviptur frelsi, sbr. 94. gr. sömu laga.

Í XIV. kafla sakamálalaga er fjallað um gæsluvarðhald. Þar segir í 1. mgr. 95. gr. að sakborningur verði því aðeins úrskurðaður í gæsluvarðhald að fram sé kominn rökstuddur grunur um að hann hafi gerst sekur um háttsemi sem fangelsisrefsing er lögð við, enda hafi hann náð 15 ára aldri. Auk þess verður að vera fyrir hendi eitthvert eftirtalinna skilyrða:

- a. að ætla megi að sakborningur muni torvelda rannsókn málsins, svo sem með því að afmá merki eftir brot, skjóta undan munum ellegar hafa áhrif á samseka eða vitni,
- b. að ætla megi að hann muni reyna að komast úr landi eða leynast ellegar koma sér með öðrum hætti undan málsókn eða fullnustu refsingar,
- c. að ætla megi að hann muni halda áfram brotum meðan máli hans er ekki lokið eða rökstuddur grunur leiki á að hann hafi rofið í verulegum atriðum skilyrði sem honum hafa verið sett í skilorðsbundnum dómi,
- d. að telja megi gæsluvarðhald nauðsynlegt til að verja aðra fyrir árásum sakbornings ellegar hann sjálfan fyrir árásum eða áhrifum annarra manna.

Á grundvelli 2. mgr. 95. gr. er heimilt að mæla fyrir um gæsluvarðhald í þágu almannahagsmuna. Í lögnum er þetta orðað svo að heimilt sé að úrskurða menn til gæsluvarðhalds þótt ofangreind skilyrði stafliða a–d séu ekki uppfyllt leiki sterkur grunur á að brot hafi verið framið sem varðar „10 ára fangelsi, enda sé brotið þess eðlis að ætla megi varðhald nauðsynlegt með tilliti til almannahagsmuna“. Ekki er skilgreint í athugasemdum

<sup>136</sup> \_\_, „Skýrsla um sérstakar rannsóknaraðferðir lögreglu“ (Dóms- og kirkjumálaráðuneyti 28. apríl 1999) 25 >[https://www.innanrikisraduneyti.is/utgefing-efni/skyrslur\\_til\\_radherra/nr/691](https://www.innanrikisraduneyti.is/utgefing-efni/skyrslur_til_radherra/nr/691)< skoðað 6. desember 2015.

<sup>137</sup> Alpt. 2007–2008, A-deild, þskj. 252 – 233. mál.

með frumvarpinu hvað felist í hugtakinu almannahagsmunir.<sup>138</sup> Eiríkur Tómasson kemur inn á þetta atriði í riti sínu *Þvingunarráðstöfunum í þágu meðferðar sakamáls*. Hann nefnir þar að markmið gæsluvarðhalds á grundvelli almannahagsmuna sé sér í lagi „að lægja öldur í þjóðfélaginu í kjölfar alvarlegra ofbeldisbrota sem að öllu jöfnu eru talin svívirðileg í augum almennings“.<sup>139</sup>

Meðahófsreglu er að finna í 3. mgr. 53. gr. sakamálalaga nr. 88/2008 og hún á við um beitingu gæsluvarðhalds, sem og annarra þvingunarúrræða. Í dómi Hrd. 27. nóvember 2008 í máli nr. 611/2008 segir orðrétt um þetta atriði:

Verður við val á þvingunarráðstöfun að líta til þess úrræðis sem vægast er og að gagni getur komið. Í því sambandi er farbann mun vægara úrræði heldur en gæsluvarðhald og þá sérstaklega þegar því er beitt gagnvart íslenskum ríkisborgara sem á lögheimili hér á landi. Í reglunni felst einnig að hóf verður að vera í beitingu þess úrræðis sem valið er miðað við þá hagsmuni sem í húfi eru og ekki ganga lengra en nauðsyn ber til.

### 6.5.3.2. Dómar Mannréttindadómstólsins

Að mati Mannréttindadómstóls Evrópu er talið að sum brot séu svo alvarleg og órói í þjóðfélaginu slíkur vegna þeirra að réttlætun sé að hneppa menn í gæsluvarðhald af þeim sökum. Slíkt verði þó aðeins gert í undantekningartilfellum (e. *exceptional circumstances*, fr. *circonstances exceptionnelles*). Eingöngu sé þó heimilt að byggja á sjónarmiðum af þessu tagi séu þau reist á staðreyndum sem sýna og sanna að það að láta sakborning lausan muni valda óróa í þjóðfélaginu (e. *disturb public order*, fr. *troubler l'ordre public*).

Í máli *Letellier gegn Frakklandi* frá 1991 háttaði svo til að kona lá undir grun um að hafa ráðið menn til að bana eiginmanni sínum.<sup>140</sup> Málið vakti mikla reiði í samfélaginu svo jaðraði við upplausnarástand. Dómstóllinn taldi að sýna yrði fram á að lausn konunnar myndi valda röskun á almannafríði (e. *disturb public order*). Dómstóllinn tiltók að einungis væri heimilt að beita gæsluvarðhaldi á þeim grundvelli í algjörum undantekningartilfellum (e. *in exceptional circumstances*). Það varð niðurstaða dómsólsins að ekki væru efni til gæsluvarðhaldsvistar vegna mögulegrar röskunar á almannafríði. Franskir dómstólar hefðu þar með brotið gegn 5. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. En samkvæmt 1. mgr. þeirrar greinar má engan svipta frelsi nema í samræmi við málsmeðferð sem mælt er fyrir um í lögum.

<sup>138</sup> Alþt. 2007–2008. Þskj. 252 – 233. mál.

<sup>139</sup> Eiríkur Tómasson, *Þvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls* (Úlfljóttur 2009) 74.

<sup>140</sup> *Letellier g. Frakklandi* App no. 12369/86 (ECtHR, 26. júní 1991).

Dómstóllinn gagnrýndi franska dómstóla harkalega fyrir staðlað og almennt orðalag um röskun á almannafriði.

Í dómi Mannréttindadómstólsins í máli *Lindström og Mässeli gegn Finnlandi* frá 2014 voru málavextir voru þeir að kærendur héldu því fram að þeir hefðu sætt vanvirðandi og ómannúðlegri meðferð vegna fangabúninga sem þeir höfðu þurft að klæðast og olli þeim margvíslegum óþægindum sem teljast máttu niðurlægjandi. Dómstóllinn sagði óumdeilt að réttur kæranda til friðhelgi einkalífs hefði verið skertur á grundvelli 8. gr. mannréttindasáttmálans. Hins vegar var deilt um það hvort sú skerðing hafi átt sér lagastoð. Kærendur sögðu skerðinguna ekki hafa byggst á öðru en verklagsreglum og fyrirmælum stjórnenda fangelsa, en ekki settum lögum. Finnska ríkið var á öndverðum meiði. Niðurstaða dómstólsins var sú að lög þyrftu að vera aðgengileg viðkomandi einstaklingi og um leið fyrirsjáanleg, en hér er aftur vikið að skilgreiningaratriðum réttarríkis. Hvergi væri minnst á viðkomandi búninga í settum lögum, né heldur í lögskýringargögnum og reglugerðum og þar sem skerðingin átti sér ekki stað í lögum hefði verið brotið gegn 8. gr. sáttmálans.<sup>141</sup> Af dómnnum má ráða að skerðingar á mannréttindum fanga á grundvelli 8. gr. verði að eiga sér skýra lagastoð. Ekki nægi til fyrirmæli fangelsisstjóra eða annara embættismanna eða almennar verklagsreglur.

### 6.5.3.3. Íslensk framkvæmd og réttarríkið

Allnokkrir sakborningar hafa síðustu árin sætt gæsluvarðahalds vegna rannsókna mála er snerta fall viðskiptabankanna haustið 2008. Hinn 6. maí 2010, hálfu öðru ári eftir fall bankanna, voru þeir Hreiðar Már Sigurðsson, fyrrverandi forstjóri Kaupþings, og Magnús Guðmundsson, fyrrverandi forstjóri Kaupþings í Lúxemborg úrskurðaðir í gæsluvarðhald, Hreiðar í tólf daga, en Magnús í viku. Nokkrum dögum síðar voru Ingólfur Helgason, fyrrverandi forstjóri Kaupþings á Íslandi, og Steingrímur Kárasón, fyrrverandi forstjóri áhættustýringar bankans, handteknir í Leifsstöð við komuna til landsins. Í framhaldinu var Ingólfur úrskurðaður í gæsluvarðhald um vikutíma og Steingrímur settur í farbann.<sup>142</sup> Sigurður Einarsson, fyrrverandi stjórnarformaður Kaupþings, sinnti ekki tilmælum sérstaks saksóknar um að mæta heim til skýrslutöku og setti þau skilyrði að hann yrði ekki handtekinn. Ekki var fallist á það og fékk sérstakur saksóknari þá gefna út alþjóðlega handtökuskipun á Sigurð.<sup>143</sup>

<sup>141</sup> *Lindström og Mässeli g. Finnlandi* App no. 24630/10 (ECtHR, 14. janúar 2014).

<sup>142</sup> \_\_ „Ingólfur og Steingrímur fyrir dómara“ *Morgunblaðið* (Reykjavík 12. maí 2010) 1.

<sup>143</sup> \_\_ „Eftirlýstur af Interpol“ *Morgunblaðið* (Reykjavík 12. maí 2010) 1.

Í þessu sambandi er vert að huga að því að bankastjórar gömlu viðskiptabankanna þriggja létu af störfum í október 2008 og höfðu eftir það ekki haft neinn aðgang að gögnum í vörslum bankanna. Alls liðu tvö ár þar til sérstakur saksóknari hóf að gera kröfu um að þessir menn yrðu hnepptir í gæsluvarðhald vegna rannsókna á sakargiftum sem að þeim beindust. Um gæsluvarðhaldskröfurnar farast Jóni Steinari Gunnlaugssyni, hæstaréttarlögmanni, fyrrverandi hæstaréttardómara og fyrrverandi prófessor, svo orð:

Til þess að dómstólar mættu verða við þessu þurfti saksóknari í fyrsta lagi að sýna fram á fram væri kominn „rökstuddur“ grunur um að sá sem í hlut ætti hefði gerst sekur um háttsemi sem fangelsisrefsing væri lögð við. Þá þurfti hann einnig að sýna fram á „að ætla megji að sakborningur muni torvela rannsókn málsins, svo sem með því að afmá merki eftir brot, skjóta undan munum ellar hafa áhrif á samseka eða vitni“. Þetta var enginn samkvæmisleikur. Dómstólum bar einfaldlega að hafna kröfum um að svipta þessa menn frelsi sínu í rannsóknarþágu nema sýnt væri að þessum skilyrðum samkvæmt lögum væri fullnægt.<sup>144</sup>

Í dómi Hrd. 10. maí 2010 í máli nr. 287/2010 voru tveir af þremur dómurum þeirrar skoðunar að rétt væri að staðfesta dóm héraðsdóms um gæsluvarðhald yfir Hreiðar Má Sigurðssyni, fyrrverandi forstjóra Kaupþings, sem var undir rannsókn hjá embætti sérstaks saksóknara. Einn dómari skilaði sératkvæði. Hann kvaðst fallast á þau rök sérstaks saksóknara að fyrir lægi rökstuddur grunur um brot sakbornings sem fangelsisrefsing væri lögð við. Til þess yrði þó að líta að þau meintu brot hefðu verið framin á árunum 2005–2008. Í sératkvæðinu sagði svo:

Á þeim tíma, sem liðinn hefur þrúfaldlega verið fjallað um hin ætluðu brot á opinberum vettvangi og fyrir hefur legið að þau kynnu að koma til opinberrar rannsóknar. Þá hefur [...] á þessu tímabili verið yfirheyrður hjá lögreglu sem sakborningur að því er nokkur atriði þeirra varðar.

Í sératkvæðinu sagði enn fremur að sérstakur saksóknari hefði framkvæmt húsleit á heimili og vinnustað Hreiðars Má og aflað skjala hjá Kaupþingi. Þá lægi fyrir að sakborningur hefði ekki aðgang að gögnum sem voru í vörslu bankans í október 2008 þegar bankinn var settur undir slitastjórn á vegum Fjármálaeftirlitsins. Ekki væru því nein efni til að ætla að Hreiðar Már gæti torvelað rannsóknina með því að koma skjallefum sönnunargögnum undan. Ekki væru heldur neinar líkur á að varnaraðili myndi reyna að hafa áhrif á aðra grunaða og vitni, þar sem svo langur tími væri liðinn frá hinum meintu brotum „og ekki fái staðist að svipta megji hann frelsi sínu af slíku tilefni,“ eins og segir í sérálitnu.

<sup>144</sup> Jón Steinar Gunnlaugsson, *Í krafti sannfæringar* (Almenna bókafélagið 2014) 304.

Höfundur sérálitsins var Jón Steinar Gunnlaugsson, þáverandi hæstaréttardómari. Sá er þetta ritar átti viðtal við Jón Steinar við nokkrum árum vegna umfangsmikils efnahagsbrotamáls sem kennd er við skipafélagið Hafskip hf. Þar háttaði einnig svo til að sakborningar voru hnepptir í gæsluvarðhald alllöngu eftir að hin meintu brot áttu að hafa verið framin. Jón Steinar var þá verjandi eins sakborninga í málinu og telur einsýnt að hægt hefði verið að beita mun vægari úrræðum án þess að það ylli réttarspjöllum. Að hans mati voru engin efni til að úrskurða fyrrverandi forsvarsmenn og löggiltan endurskoðanda skipafélagsins í gæsluvarðhald og lítur hann á þá ákvörðun sem „niðurlægingarblett á íslensku réttarkerfi“.<sup>145</sup>

Í dæmiskyni má einnig nefna dóm Hrd. 18. janúar 2011 í máli nr. 34/2011. Þar féllust tveir dómáttarar á kröfu saksóknara um gæsluvarðhald og vísuðu til forsendna héraðsdóms, en forsendur héraðsdómsins fólust í því að endurtaka almennar athugasemdir saksóknarans um þörf fyrir gæsluvarðhaldið. Einn dómara hæstaréttar skilaði séráliti. Þar sagði meðal annars:

Svo sem fram kemur í hinum kærða úrskurði er krafa sóknaraðila um gæsluvarðhald varnaraðila reist á a. lið 1. mgr. 95. gr. laga nr. 88/2008. Ég tel að fallast beri á með sóknaraðila að fram sé kominn rökstuddur grunur um að varnaraðili hafi gerst sekur um háttsemi sem fangelsisrefsing er lögð við, svo sem tilskilið er í 1. mgr. 95. gr. laga nr. 88/2008. Kemur þá til athugunar hvort „ætla megji að sakborningur muni torvelda rannsókn málsins, svo sem með því að afmá merki eftir brot, skjóta undan munum ellegar hafa áhrif á samseka eða vitni,“ eins og þetta er orðað í a. lið 1. mgr. nefndrar lagagreinar.

Þegar metið er hvort síðastgreindum skilyrðum gæsluvarðhalds sé fullnægt, verður að hafa í huga að ætluð brot varnaraðila, sem rannsókn sérstaks saksóknara beinist að, eru talin hafa verið framin á árunum 2003 til 2008. Á þeim tíma, sem liðinn er síðan, hefur þrífaldlega verið fjallað um hin ætluðu brot á opinberum vettvangi og fyrir hefur legið að þau kynnu að koma til opinberrar rannsóknar

...

Svo sem fyrr var nefnt er ekki heimilt samkvæmt a. lið 1. mgr. 95. gr. laga nr. 88/2008 að fallast á kröfu sóknaraðila nema ætla megji að varnaraðili muni torvelda rannsókn málsins. Sóknaraðili styður kröfu sína meðal annars með því að rannsókn málsins sé flókin og yfirgripsmikil og hafi ný gögn komið fram í málinu sem ekki hafi verið gerð opinber og ekki eigi að vera kunn varnaraðila og vitnum. Gögn þessi þurfi að bera undir varnaraðila og vitni eftir atvikum og enn eigi eftir að yfirheyra fjölda manns.

Sóknaraðili hefur hins vegar látið við það sitja að fjalla almennt um þetta án þess að gera sérstaka grein fyrir hver þessi gögn séu og hverja eigi eftir að yfirheyra. Er sérstaklega brýnt að han geri grein fyrir þessu í einstökum atriðum þar sem svo langur tími er liðinn frá ætluðum brotum og varnaraðili hefur haft rúman tíma til að spilla fyrir rannsókninni hafi vilji hans staðið til þess, sem reyndar eru engar vísbendingar um sem Hæstarétti hefur verið gerð grein fyrir. Þá hefur sóknaraðili

---

<sup>145</sup> Björn Jón Bragason, *Hafskip í skotlínu* (Sögn 2008) 171.

heldur ekki skýrt út hvers vegna hann telji meiri hættu á að varnaraðili spilli fyrir rannsókn málsins heldur en aðrir sem grunaðir munu vera um sömu brot og hafa verið yfirheyrðir, en sæta ekki gæsluvarðhaldi í þágu rannsóknarinnar.<sup>146</sup>

Taldi dómariinn rétt að fella hinn kærða úrskurð úr gildi en þess í stað væri rétt með vísan til 1. mgr. 100. gr. laga nr. 88/2008 að banna sakborningi för frá landinu. Nóg væri að tryggja návist hans með þeim hætti, en engin efni til gæsluvarðhalds. Hér er með öðrum orðum byggt á meðalhófsreglu sakamálagaga sem áður var nefnd – að beita vægasta úrræði sem að notum getur komið án þess þó að hætta sé á réttarspjöllum.

Sigurður G. Guðjónsson hæstaréttarlögmaður, verjandi Sigurjóns Þ. Árnasonar, fyrrverandi bankastjóra Landsbanka Íslands hf., hefur á opinberum vettvangi gagnrýnt rannsakendur, ákærvald og dómstóla vegna mála er tengjast gömlu viðskiptabönkunum. Þannig hafi aldrei staðið á dómurum að kveða upp gæsluvarðhaldsúrskurði yfir starfsmönnum þeirra banka. Fjármálaeftirlitið hafi haft öll gögn föllnu viðskiptabankanna undir höndum og þá höfðu hinir handteknu gengið frjálssir í um hálf tannað ár frá því að bankarnir féllu.<sup>147</sup>

Rannsókn Ragnars Aðalsteinssonar hæstaréttarlögmanns og Fanneyjar Hrundar Hilmarsdóttur lögfræðings leiddi í ljós að dómstólar hafa á umliðnum árum gert litlar tilraunir til að útskýra hvað átt væri við með almannahagsmunum, þegar kveðnir hafa verið upp úrskurðir um gæsluvarðhald. Almennt var miðað við staðlað orðalag sem var á þessa lund: „... er brotið þess eðlis, að telja verður gæsluvarðhald nauðsynlegt með tilliti til almannahagsmuna“.<sup>148</sup> Rannsóknin leiddi í ljós að rökstuðningi dómstóla hefur hrakað enn á undanförunum árum. Í greininni segir orðrétt: „Allt að einu virðist rökstuðningur íslenskra dómstóla fyrir beitingu heimildarinnar, sem og tíðni beitingarinnar, vera langt frá því að uppfylla skilyrði mannréttindasáttmála Evrópu eins og Mannréttindadómstóllinn hefur skýrt ákvæði hans.“<sup>149</sup>

#### 6.5.3.4. Ályktanir

Orðalagið „almannahagsmunir“ í sambandi við gæsluvarðhaldsúrskurði hefur verið gagnrýnt opinberlega af lögmonnum og fræðimönnum. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur notast við hliðstætt hugtak sem er „röskum á almannafríði“ (e. *disturb public order*, fr. *troubler l'ordre*

<sup>146</sup> Svipuð viðhorf eru reifuð í sératkvæðum þessa sama dómara í Hrd. 10. maí 2010 í málum nr. 287 og 288/2010.

<sup>147</sup> Sigurður G. Guðjónsson, „Látum ekki lögfræðilega hafvillu bera okkur frá ströndum réttarríkisins“. (*visir.is*, 8. janúar 2014) ><http://www.visir.is/latum-ekki-logfraedilega-hafvillu-bera-okkur-fra-strondum-rettarrikisins/article/2014140109320>< skoðað 6. desember 2015.

<sup>148</sup> sama heimild; Hrd. 1996, 25; Hrd. 2. júní 2010 í máli nr. 332/2010; Hrd. 11. ágúst 2011 í máli nr. 473/2011.

<sup>149</sup> Ragnar Aðalsteinsson og Fanney Hrund Hilmarsdóttir: „Misbeita dómstólar heimild til gæsluvarðhalds á grundvelli almannahagsmuna?“ (2012) 3 Úlfjótur, 358.

*public*) en dómstólar á hinum Norðurlöndunum hafa notast við hugtakið „viðbrögð almennings“ (n. *allmenn reaksjon*) í þessu samhengi.<sup>150</sup> Þá hefur einnig sætt gagnrýni að dómstólar virðast lítt gera ráð fyrir því að almannahagsmunir þverri eftir því sem lengra líður frá brotum. Því hefur verið haldið fram með rökum að heimild til gæsluvarðhalds á grundvelli almannahagsmuna sé misnotuð hér á landi í ljósi fjölda úrskurða. Hér eigi að vera um undantekningarreglu að ræða. Hið opinbera njóti yfirburðarstöðu og réttur til frelsis og mannhelgi eigi að takmarka mjög beitingu þessarar heimildar. Sömuleiðis meginreglan um að sérhver maður sé saklaus uns sekt er sönnuð.<sup>151</sup>

Áður var greint frá máli *Latellier gegn Frakklandi*, en niðurstaða þess máls þrengdi mjög heimildir dómstóla til að kveða upp úrskurði um gæsluvarðhaldsúrskurði á grundvelli almannahagsmuna. Í Danmörku var lögunum breytt í kjölfar dómsins, en í Noregi voru lögin óbreytt. Hins vegar hóf málið að hafa áhrif í Noregi með dómi Hæstaréttar Noregs sem birtist í Rt. 1994, 88. Þar sagði dómstóllinn að niðurstaða undirréttar uppfyllti ekki þau skilyrði sem Mannréttindadómstóll Evrópu hefði sett í máli *Latellier*. Ekki væri rökstutt í úrskurði undirréttar að almannafríði væri ógnað. Hæstiréttur Noregs vísaði í dómi sínum beinlínis til umrædds dóms Mannréttindadómstólsins. Þessi afstaða var svo áréttuð margoft á komandi árum.<sup>152</sup> Athygli vekur að ekki er að sjá sem áhrifa máls *Latellier* hafi gætt í dómum Hæstaréttar Íslands, en skilyrði laga hafa heldur ekki verið þrengd til samræmis við dóminn í máli *Latellier gegn Frakklandi*. Í kjölfar þessa dóms hafa Danir breytt sakamálalögum sínum til samræmis við niðurstöðuna og þá breyttust niðurstöður dómstóla í Noregi til samræmis við afstöðu Mannréttindadómstólsins, uns heimildin var þrengd í norskum lögum 2003.<sup>153</sup> Íslenskir dómstólar ganga aftur á móti gegn túlkun og beitingu Mannréttindadómstólsins 24 árum eftir að dómur féll í máli *Lattelier gegn Frakklandi* og notast við staðlað orðalag með vísan til almannahagsmuna.

\*\*\*

Því hefur verið haldið fram að farið hafi verið ógætilega við handtökur hjá embætti sérstaks saksóknara undanfarin ár. Helgi Sigurðsson hæstaréttarlögmaður segir svo frá að skjólstaðingur sinn hefði verið handtekinn „með miklum látum í götunni heima hjá sér“ og

<sup>150</sup> Ragnar Aðalsteinsson og Fanney Hrund Hilmarsdóttir: „Misbeita dómstólar heimild til gæsluvarðhalds á grundvelli almannahagsmuna?“ (2012) 3 Úlfjótur, 344.

<sup>151</sup> Eiríkur Tómasson, *Þvingunarráðstafanir í þágu meðferðar máls* (Úlfjótur 2009) 24, 26.

<sup>152</sup> sama heimild, 358.

<sup>153</sup> Einar Baldvin Árnason, „Gæsluvarðhald í þágu almannahagsmuna“ (2000) 6 Lögmannablaðið, 24; Ragnar Aðalsteinsson og Fanney Hrund Hilmarsdóttir: „Misbeita dómstólar heimild til gæsluvarðhalds á grundvelli almannahagsmuna?“ (2012) 3 Úlfjótur, 358–359.



hann sakaður um „fjármálamisferli“ sem varðaði 84 milljarða króna, en menn á ómerktum lögreglubílum óku í veg fyrir hann rétt við heimili hans. Sakborningurinn hringdi við svo búið til Helga og sagði: „Þetta getur ekki verið.“ Sakborningurinn og Helgi hafi fljótt komið auga á að um var að ræða samlagningarvillu. Engin leið hafi verið að koma þeirri skýringu á framfæri. Enginn hafi viljað hlusta.<sup>154</sup> Umræddur sakborningur var Erlendur Hjaltason, fyrrverandi forstjóri Existu og stjórnarmaður í Vátryggingarfélagi Íslands. Erlendur var yfirheyrður allan daginn, en hann var meðal annars beðinn um að svara fyrir umrædda lánveitingu VÍS til Existu upp á rúma 84 milljarða króna. Um þetta farast honum svo orð:

Áttatíu og fjórir milljarðar er í raun fjórfaldur bótasjóðurinn. Að þessi reiknivitleysa og fleiri skyldu fara svona langt er mér óskiljanlegt. Fyrst er einhver endurskoðandi sem reiknar þetta, svo fer Fjármálaeftirlitið yfir þetta og loks sérstakur saksóknari. Þetta er algerlega óskiljanlegt og sýnir hversu mjög mönnum var í mun að finna einhverja glæpi.<sup>155</sup>

Illskiljanlegt er að sjá hvaða tilgangi það átti að þjóna að handtaka Erlend og fleiri sakborninga í þessu máli vegna rannsóknar sem laut að meintum brotum sem áttu að hafa verið framin þremur árum fyrr. Þá vekur furðu hversu vanreifað málið virðist hafa verið.

Erfitt er að sjá hvaða efni voru til að hneppa ýmsa forkólfa gömlu viðskiptabankanna í gæsluvarðhald. Ekki hefur verið sýnt fram á að hætta væri á að hann kæmi gögnum undan. Þá var mjög langt liðið frá þeim atburðum er til rannsóknar voru og því höfðu sakborningar haft mjög langan tíma til að samhæfa framburð sinn, hefði vilji þeirra staðið til þess.

## II. hluti

### 7. Ábyrgð á réttarríkinu

Að svo komnu máli er rétt að víkja að ábyrgð á réttarríkinu. Áður var greint frá skilgreiningum á réttarríkinu, þar sem vernd mannréttinda vegur þyngst. Meðal þátta í skilgreiningu Garðars Gíslasonar á réttarríkinu eru eftirtalin atriði:

1. Dómstólar verða að njóta sjálfstæðis, en dómendur hafa það hlutverk að beita lögunum, túlka þau – og eiga síðasta orðið. Því skiptir meginmáli að dómendur séu engum háðir nema réttinum. Dómstólar verða að starfa fyrir opnum tjöldum, sem felst meðal annars í því að dómar þurfa að vera rökstuddir og þá þarf að birta.

<sup>154</sup> Viðtal við Helga Sigurðsson hæstaréttarlögmann (Reykjavík, 3. febrúar 2015).

<sup>155</sup> Eggert Skúlason, *Andersen skjölin* (Almenna bókafélagið 2015) 164.

2. Reglur um dómstóla verða að vera strangar og þeir þurfa að virða jafnræði aðila.
3. Dómstólar eiga að meta gildi laga og úrskurða og ákvarðana annarra stjórnvalda.
4. Dómstólar verða að vera öllum opnir. Fjárhagslegar hindranir mega ekki gera fólki ókleift að sækja rétt sinn. Mál mega ekki dragast fyrir dómi, af því geta hlotist réttarspjöll.
5. Lögmenn verða að vera sjálfstæðir og óháðir ríkisvaldinu.
6. Ákærvaldið má ekki hafa of frjálsar hendur um ákærur. Lögregla má heldur ekki hafa of frjálsar heimildir, svo sem til handtöku.
7. Þeir sem framfylgja lögum í ráðuneytum og ríkisstofnunum verða að fara eftir reglum í sínum störfum og virða jafnan rétt manna.<sup>156</sup>

Garðar telur meginábyrgð á réttarríkinu hvíla á herðum dómara og lögmanna.<sup>157</sup> Hér mætti bæta við saksóknurum og þeim sem koma að rannsókn sakamála. Afar brýnt er að allir þeir sem starfa við réttarvörsluna geri sér glögga grein fyrir því að einstaklingurinn er grunneining samfélagsins. Einstaklingurinn er ekki til fyrir ríkisvaldið, ríkisvaldið er þvert á móti til fyrir einstaklingana. Hlutverk þess er að vernda réttindi einstaklinganna. Hér er einnig rétt að nefna stjórnámamenn, sér í lagi ráðherra. Hætt er við að undirmenn ráðherra túlki yfirlýsingar þeirra um sekt tiltekinna manna sem hvatningu til aðgerða. Í þessu sambandi þarf einnig að huga að opinberri umfjöllun um sakamál og hvernig hún getur beinlínis orðið til að afvegaleiða réttvísina.

Víkjum þá nánar að einstökum stéttum í þessu sambandi.

## 7.1. Hlutverk dómara í réttarríkinu

Dómarar bera hvað þyngsta ábyrgð á viðgangi réttarríkisins, en samkvæmt hugmyndinni um réttarríki er það meginhlutverk dómstóla að leysa úr réttarágreiningi lögum samkvæmt. Verkefni þeirra er að stuðla að allsherjarfriði í samfélaginu og vernda einstaklinga og þau réttindi sem þeim eru búin.<sup>158</sup> Dómstörf verða að fara fram fyrir opnum tjöldum og dóma þarf að birta. Fleira heyrir undir skilgreininguna. Dómar skulu vera rökstuddir og dómstólar verða að virða jafnræði aðila. Þeir meta gildi laga og ákvarðana stjórnvalda og þeir verða að vera öllum opnir. Þá mega mál ekki dragast í meðförum dómstóla.<sup>159</sup>

Frá því um miðja síðustu öld hafa Íslendingar búið við ákæruréttarfar, en meðal helstu einkenna þess er að dómari hefur ekki frumkvæði að málum og engin afskipti af rannsókn þess. Dómarinn á að vera óhlutdrægur og óháður úrskurðaraðili.<sup>160</sup> Óháðir og óhlutdrægir

<sup>156</sup> Garðar Gíslason, *Eru lög nauðsynleg?* (Orator 1991) 144–145.

<sup>157</sup> sama heimild, 71

<sup>158</sup> Sigríður Ingvarsdóttir: „Um dómsvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“ (2004) 4 Tímarit lögfræðinga 466.

<sup>159</sup> Garðar Gíslason, *Eru lög nauðsynleg?* (Orator 1991) 144–145.

<sup>160</sup> Gammeltoft-Hansen, Hans, *Strafferetspleje II* (2. útg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1998) 15.

dómstólar eru ein grundvallarforsenda þess að réttarríki fái þrífist. Dómarar mega hvorki láta hagsmuni einhverra aðila né almenningsálitið hafa áhrif á úrlausnir mála.<sup>161</sup> Þessi grundvallarregla var orðuð svo í nýlegri grein í *Tímariti lögfræðinga*, þar sem sagði:

Þegar dómari tekur til meðferðar mál sem hefur verið mikið til umfjöllunar í fjölmiðlum verður hann að gæta sín sérstaklega og jafnvel ganga út frá því að sú umfjöllun sem hann hafi séð og heyrt kunni að vera lituð af einhverjum tilteknum hagsmunum. Sá dómari sem gerir sér ekki grein fyrir þessu uppfyllir ekki þær skyldur sem á honum hvíla við beitingu dómsvalds.<sup>162</sup>

Óháðir og óhlutdrægir dómstólar eru ein grundvallarforsenda þess að réttarríki fái þrífist. Dómarar mega hvorki láta hagsmuni einhverra aðila né almenningsálitið hafa áhrif á úrlausnir mála.<sup>163</sup>

Takist ákærvaldinu ekki að sýna fram á sekt hins ákærða ber dómara að sýkna hann í samræmi við þá meginreglu að sérhver maður sé saklaus uns sekt er sönnuð.<sup>164</sup> Dómari á heldur ekki að ganga út frá því í sínum störfum að hinn ákærði hafi framið það brot sem hann er ákærður fyrir. Vafa um sekt hins ákærða skal skýra honum í hag. Álitaefni þessu tengd hafa oft komið til kasta Mannréttindadómstóls Evrópu. Í dómi í máli *Barberà, Messagué og Jabardo gegn Spáni* sagði orðrétt:

Paragraph 2 (art. 6-2) embodies the principle of the presumption of innocence. It requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused. It also follows that it is for the prosecution to inform the accused of the case that will be made against him, so that he may prepare and present his defence accordingly, and to adduce evidence sufficient to convict him.<sup>165</sup>

Jón Steinar Gunnlaugsson, hæstaréttarlögmaður, fyrrverandi hæstaréttardómari og prófessor, hefur oftsinnis í ræðu og riti gagnrýnt að dómara láti utanaðkomandi þætti hafa áhrif á úrlausn dómsmála. Dómstólar láti undan þrýstingi í samfélaginu og jafnvel sé felld sök á sakborninga án fullnægjandi sönnunarfærslu og þar með aukist hættan á að saklausum mönnum sé gerð refsing. Hann telur að þessum röngu sakfellingum hafi fjölgað á seinni

<sup>161</sup> Sigríður Ingvarsdóttir: „Um dómsvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“ (2004) 4 *Tímarit lögfræðinga* 469.

<sup>162</sup> Jóhannes Sigurðsson og Þórir Júlíusson, „Hriktir í stoðum réttarríkis?“ (2014) 2 *Tímarit lögfræðinga* 113.

<sup>163</sup> Sigríður Ingvarsdóttir: „Um dómsvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“ (2004) 4 *Tímarit lögfræðinga* 469.

<sup>164</sup> Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 275.

<sup>165</sup> *Barberà, Messagué og Jabardo g. Spáni* App no. 10590/83 (ECtHR, 6. desember 1988) 77. mgr; Eiríkur Tómasson, „Sitt er hvað, sönnunarbyrði og sönnunarmat. Umfjöllun um dóm Hæstaréttar 20. október 2005 í máli nr. 148/2005“ (2007) 3 *Úlfjótur* 481–516.

árum.<sup>166</sup> Jón Steinar telur einnig að valdþjónkun hafi ráðið alltof miklu við lögskýringar héraðs er varða mannréttindi borgaranna.<sup>167</sup>

## 7.2. Lögmenn og réttarríkið

Þegar horft er til hlutverks lögmanna í réttarríki er rétt að nefna í upphafi ákvæði í fyrsta kafla síðareglu Lögmannafélags Íslands, þar sem fjallað er almennt um „góða lögmannahætti“. Samkvæmt 1. gr. ber lögmanni að „efla rétt og hrinda órétti“. Lögmaður skal samkvæmt 2. mgr. 3. gr. ekki láta „óviðkomandi hagsmuni, hvort heldur eigin eða annarra, hafa áhrif á ráðgjöf sína, meðferð máls fyrir stjórnvaldi eða dómi eða á annað það sem lögmaður vinnur í þágu skjólstæðings síns“.<sup>168</sup> Lögfræðingurinn Abraham Lincoln, síðar forseti Bandaríkjanna, sagði í *Notes for a Law Lecture* árið 1850 að lögfræðingar skyldu ætíð hafa heiðarleika að keppikefli. Gætu þeir ekki verið heiðarlegir í starfi sínu sem lögfræðingar skyldu þeir vera heiðarlegir á öðrum starfsvettvangi.<sup>169</sup>

Hvað sem líður göfugum ásetningi og heiðarleika er ljóst að öllum munu verða á mistök. Í samræmi við hina vísindalegu aðferð þurfa lögfræðingar í öllum störfum sínum að vera tilbúnir að skipta um skoðun ef nýjar röksemdir eða nýjar upplýsingar breyta skilningi á því viðfangsefni sem til úrlausnar er. Þetta hefur verið orðað svo: „Hafi maður breytt rétt, eftir bestu samvisku, getur enginn gert honum neitt. Maður getur staðið aleinn gagnvart málæði, hávaða og fordæmingum án þess að slíkt hreyfi við honum, aðeins ef hann hefur hlýtt kalli samvisku sinnar.“<sup>170</sup>

Í 3. mgr. 1. gr. lögmannalaga nr. 77/1998 segir að lögmenn séu „opinberir sýslunarmenn“, en þeim ber þó ekki skylda til hlutlægni heldur þvert á móti skuli þeir „neyta allra lögmaðra úrræða til að gæta lögvarinna hagsmuna umbjóðenda sinna,“ sbr. 18. gr. sömu laga. Í dómi Mannréttindadómstólsins í máli *Nikula gegn Finnlandi* sagði orðrétt: „... defence counsel's duty to defend their clients' interests zealously“.<sup>171</sup> Með öðrum orðum er það skylda lögmanna að verja hagsmuni skjólstæðinga sinna af kappi, það er þeirra hlutverk og af þeim sökum ljóst að lögmenn muni ganga langt við þær varnir gerist þess þörf. Þess verður heldur ekki krafist að lögmenn sakborninga gæti fyllstu hlutlægni í umfjöllun um viðkomandi sakamál. Slíka kröfu verður aftur á móti að gera til rannsakenda og handhafa ákærvalds og

<sup>166</sup> Jón Steinar Gunnlaugsson, *Í krafti sannfæringar* (Almenna bókafélagið 2014) 228.

<sup>167</sup> sama heimild, 122.

<sup>168</sup> Codex ethicus Síðareglur lögmanna ><http://www.lmf.is/logmenn-og-thjonusta/log-og-reglur-um-logmenn/sidareglur-logmanna>< skoðað 6. desember 2015.

<sup>169</sup> >[abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/lawlect.htm](http://abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/lawlect.htm)< skoðað 6. desember 2015.

<sup>170</sup> Jón Steinar Gunnlaugsson, *Í krafti sannfæringar* (Almenna bókafélagið 2014) 39.

<sup>171</sup> *Nikula g. Finnlandi* App no 31611/96 (ECtHR, 21. júní 2002) 54. mgr.

einnig til fræðimanna sem fjalla um sakamál. Í nýlegri grein í *Tímariti lögfræðinga* var nefnt að hlutverk lögmannna í víðtæku réttarríki væri ekki hvað síst það „að vernda mannréttindi fyrir ágangi opinbers valds og stórfyrirtækja“.<sup>172</sup> En vernd mannréttinda er sem áður sagði lykilþáttur í viðgangi réttarríkisins.

Hér ber þó einnig að líta til 2. mgr. 8. gr. siðareglna Lögmannafélagsins þar sem segir að lögmönnum beri að forðast að samkenna sig skjólstæðingi sínum. Lögmenn eigi með öðrum orðum að halda ákveðinni fjarlægð við skjólstæðinginn og skjólstæðingurinn getur ekki ráðið algjörlega ferðinni. Arnar Þór Jónsson, hæstaréttarlögmaður og settur héraðsdómari, orðar þetta svo: „Lögmaður má ekki láta það henda sig að verða háður skjólstæðingi sínum. Jafnvel verðmætasti kúnninn er ekki það dýrmætur að lögmaður geti leyft honum að setjast við stjórnvölinn og segja lögmanninum fyrir verkum í einu og öllu.“ Og bætir við: „Vart þarf að fjölýrða um að þegar þátttakendur í lagaframkvæmd temja sér þröngsýni og sérgæsku á kostnað samfélagslegra markmiða eða hugsjóna geta afleiðingarnar orðið alvarlegar þegar til lengdar lætur.“<sup>173</sup> Lögmaður getur á stundum gengið of langt í kappsemi og hollustu.<sup>174</sup> Í 20. gr. siðareglna lögmannna er lagt bann við því að lögmenn afvegaleiði dómstóla. Þeim er þannig ekki heimilt að leggja fram villandi upplýsingar, hvað þá rangar. Skylda lögmannna við skjólstæðinga sína á sér því takmörk.

\*\*\*

Um samtöl sakborninga og verjenda þarf að ríkja trúnaður og það trúnaðarsamband er talin ein meginstoða réttarríkisins. Á þeim trúnaði eru engar undantekningar leyfilegar.<sup>175</sup> Eftir að máli er lokið ber að eyða öllum þeim gögnum sem lögregla hefur aflað með símahlustun eða eins og segir í 1. másl. 1. mgr. 85. gr. sakamálalaga: „... jafnskjótt og þeirra er ekki lengur þörf, enda hafi þær ekki verið lagðar fyrir dóm“. Þessi regla nær einnig yfir hvers konar endurrit af viðkomandi gögnum, sbr. 2. máls. sömu greinar. Í 3. másl. er að finna ófrávíkjanlega reglu er hljóðar svo: „Ef framangreind gögn hafa að geyma samtöl eða önnur samskipti sakbornings við verjanda sinn, svo og upplýsingar sem 2. mgr. 119. gr. tekur til, skal eyða þeim þegar í stað.“

Réttur sakbornings til að eiga trúnaðarsamskipti við lögmann hefur verið álitinn grundvallarþáttur í skilningi á 6. gr. mannréttindasáttmálans. Í dómi Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *Campell gegn Bretlandi* frá 1992 sagði orðrétt:

<sup>172</sup> Arnar Þór Jónsson, „Dul og rangvirðing“ (2013) 3 Úlfjótur, 264.

<sup>173</sup> sama heimild, 262, 265.

<sup>174</sup> sama heimild, 248.

<sup>175</sup> Eiríkur Tómasson, *Sakamálaréttarfar: Rannsókn – Þvingunarúræði* (Bókaútgáfan Codex 2012) 363–364.

It is clearly in the general interest that any person who wishes to consult a lawyer should be free to do so under conditions which favour full and uninhabited discussion. It is for this reason that the lawyer-client relationship is, in principle, privileged.<sup>176</sup>

Þessi sjónarmið hafa verið staðfest margoft í dómum Mannréttindadómstólsins. Ef rannsakendur geta hlustað á samtöl verjenda við skjólstæðinga sína þá nýtur sakborningur ekki réttlátrar málsmeðferðar. Í þessu sambandi er rétt að líta til dóms Mannréttindadómstólsins í máli *Kinsky gegn Tékklandi* frá 2012, þar sagði meðal annars:

The Court notes that the Government stressed throughout their submissions that the applicant had failed to prove any causal link between the alleged activities at the political and administrative level on the one hand and the decision in his case on the other. Yet, Article 6 is not concerned with the outcome of proceedings but guarantees fairness in the proceedings themselves. The Court also observes that the applicant's action was in fact dismissed by the domestic courts. It is not for the Court to speculate whether the applicant's lack of success before the domestic courts was a direct consequence of the deficiencies complained of.<sup>177</sup>

Hafi rannsakendur hlustað á samtöl sakborninga og verjenda ætti ekki annað að koma til álita en að málum verði vísað frá dómi eða sakborningar sýknaðir.

Í dómi Héraðsdómi Reykjavíkur í svokölluðu Imon-máli, frá 3. júní 2014 sagði orðrétt:

Með vísan til 1. mgr. 36. gr. laga um meðferð sakamála bar rannsakanda að láta af símhlustun og stöðva upptöku þegar ljóst var að um var að ræða samtál milli ákærðu og verjenda þeirra. Samkvæmt lokamálslið 1. mgr. 85. gr. sömu laga bar jafnframt að farga upptökum símtalanna þegar í stað. Hvorugt var gert og fólu framangreindar rannsóknaraðgerðir, eins og að þeim var staðið, í sér brot gegn tilvitnuðum ákvæðum laga um meðferð sakamála.

En fram hefur komið í nokkrum sakamálum sem rekin hafa verið gegn stjórnendum gömlu íslensku viðskiptabankanna að rannsakendur hafi haft aðgang að samtölum lögmanna og skjólstæðinga þeirra, líkt og getið er í Hrd. 4. júní 2013 í máli nr. 362/2013 og fleiri málum.<sup>178</sup> Í þeim dómi staðfesti Hæstiréttur kærða niðurstöðu héraðsdóms um að leggja mætti fram fyrir héraðsdómi endurrit af samtölum sakbornings og lögmanna. Rökstuðningur héraðsdóms var á þá lund að umræddir aðilar hefðu ekki verið verjendur ákærða á þeim tíma þegar símahlustunin fór fram.

<sup>176</sup> *Campell g. Bretlandi* App no. 13590/88 (ECtHR, 25. mars 1992) 46. mgr.

<sup>177</sup> *Kinsky g. Tékklandi* App no. 42856/06 (ECtHR, 9. febrúar 2012) 112. mgr.

<sup>178</sup> Jóhannes Sigurðsson og Þórir Júlíusson, „Hriktir í stoðum réttarríkis?“ (2014) 2 Tímarit lögfræðinga 148.

Hörður Felix Harðarson hæstaréttarlögmaður fékk sjálfur að hlusta á upptöku sérstaks saksóknara af hleruðum samtölum sínum við skjólstæðing sinn. Hann krafðist því að mál skjólstæðings síns yrðu felld niður eða þeim vísað frá dómi á grundvelli þess að beitt hafi verið ólögættum rannsóknaraðferðum. Þeim kröfum var hafnað. Hörður hefur í þessu sambandi nefnt sérstaklega fjögur símtöl þar sem sérstakur saksóknari hleraði samtöl Harðar við skjólstæðing sinn skömmu eftir og skömmu áður en skjólstæðingur hans hafði verið úrskurðaður í gæsluvarðhald.<sup>179</sup> Ólafur Þór Hauksson, sérstakur saksóknari, svaraði fyrirspurn Harðar Felix um þetta mál á þá lund að umrædd samtöl hefðu verið tekin upp með aðstoð tölvurannsóknardeildar Lögreglunnar á höfuðborgarsvæðinu. Brýnt hafi verið fyrir þeim sem síðan hlustuðu á samtölin að skrá alls ekki niður neitt ef í ljós kæmi að sakborningur var að ræða við verjanda sinn. Ólafur Þór sagði að þarna hafi orðið þau mistök að ekki var getið „um þessi símtöl í því minnisblaði sem útbúið var vegna hlustunarinnar“.<sup>180</sup>

Helgi Sigurðsson hæstaréttarlögmaður lét þess getið í samtali við höfund að hjá embætti sérstaks saksóknara hefði verið hlustað á samtöl verjanda við skjólstæðinga sína, en verst væri að ekkert eftirlit væri með þessum málum og að það hefði engin eftirmál fyrir dómi ef rannsakendur brytu lög.<sup>181</sup> Reimar Pétursson hæstaréttarlögmaður hefur viðrað svipuð sjónarmið og segir rannsakendur og dómara bera of litla virðingu fyrir trúnaðarsambandi lögmanna og skjólstæðinga þeirra í sakamálum. Hann segir þetta trúnaðarsamband mikilvæg fyrir

... þjóðfélagið í heild. Rökin sem mæla með trúnaði lögmanna eru þau að umræður sem fara fram í fullkomnum trúnaði verða hreinskiptari en ella. Hreinskipta umræður eru sérstaklega mikilvægar. Þær eru forsendur fullnægjandi málalíbúnaðar fyrir dómi, en það er forsenda þess að réttur dómur verði lagður á mál. Að sama skapi er trúnaðurinn forsenda þess að menn leiti sér góðrar lögfræðilegrar ráðgjafar,<sup>182</sup>

segir Reimar og bætir því við að lögmenn séu „í reynd tannhjól í gangvirki réttarríkisins“.

Brot á þessum rétti geti leitt til þess að rannsókn máls ónýtist í heild sinni.<sup>183</sup>

Ragnar Aðalsteinsson hæstaréttarlögmaður segir trúnaðarskyldu lögmanna mikilvægan þátt í réttarríkinu, enda viðunandi dómsniðurstaða ófær án sjálfstæðra lögmanna. Hann segir dómstólana „grafa undan stöðu sinni sem sjálfstæðir dómstólar ef þeir gera sér ekki grein fyrir

<sup>179</sup> \_ \_ „Ólöglegar hleranir undir smásjóni“ (*Kjarninn*, 19. júní 2014) ><http://kjarninn.is/frettir/ologlegar-hleranir-undir-smasjanni>< skoðað 6. desember 2015.

<sup>180</sup> sama heimild.

<sup>181</sup> Viðtal við Helga Sigurðsson hæstaréttarlögmann (Reykjavík, 3. febrúar 2015).

<sup>182</sup> \_ \_ „Hlerað fyrir og eftir yfirheyrslu“ (*mbl.is*, 14. mars 2013)

>[http://www.mbl.is/frettir/innlent/2013/03/14/hlerad\\_fyrir\\_og\\_eftir\\_yfirheyrslu](http://www.mbl.is/frettir/innlent/2013/03/14/hlerad_fyrir_og_eftir_yfirheyrslu)< skoðað 6. desember 2015.

<sup>183</sup> sama heimild.

því að tilvist þeirra og árangur í störfum er algjörlega háður því að til sé í landinu sjálfstæði lögmannastétt“.<sup>184</sup>

## 7.2 Rannsakendur og handhafar ákærvalds

Að svo komnu máli er rétt að huga að rannsakendum og handhöfum ákærvalds, en hlutverk þeirra og annarra opinberra embættismanna sem framfylgja lögum er tundað í skilgreiningu Garðars Gíslasonar á meginreglum réttarríkis. Ákærvaldið má ekki hafa of frjálsar hendur til að ákæra og að sama skapi verða að vera hömlur á því að mál séu tekin til rannsóknar. Aðrir embættismenn í refsivörslukerfinu verða einnig að fara að lögum í sínum störfum og virða jafnan rétt aðila.

Hlutverk ákæranda er að tryggja í samvinnu við lögreglu að þeir sem afbrot fremja séu beittir viðhlítandi viðurlögum. Sönnunarfærsla í sakamálum er í höndum ákærvalds, sem ber skylda til að gæta jafnt að þeim atriðum sem horfa til sýknu og sektar, sbr. 1. másl. 3. mgr. 18. gr. sakamálalaga nr. 88/2008, en hlutlægnireglan nær einnig yfir störf lögreglu, sbr. 53. gr. sömu laga. Í 1. másl. 3. mgr. 18. gr. sakamálalaga er kveðið á um að ákærhendur skuli vinna að því að hið sanna og rétta komi í ljós. Varnaraðilinn er oft í þeirri stöðu að eiga lítið undir sér og því hefur verið talið nauðsynlegt að búa honum margvíslegt réttarfarshagræði, svo sem að framan er rakið. Það er ekki hvað síst hin ríka hlutlægniskylda ákærvaldsins sem hefur mótað meginreglur sakamálaréttarfarsins. Það á ekki að vera kappsmál ákærvaldsins að koma sem flestum bakvið lás og slá. Ákærvaldið má heldur ekki undir neinum kringumstæðum falla í þá gryfju að líta aðeins til þeirra atriða er leitt geta til sektar.<sup>185</sup> Hér ræður sú grundvallarregla sérhvers réttarríkis sem rakin er til enska réttarheimspekingsins Williams Blackstone: „Betra er að tíu sekir sleppi en að einn saklaus líði“.<sup>186</sup> Aftur á móti hendir það af og til að sekir menn eru sýknaðir. Þetta hefur verið sagt að sé „fórnarkostnaður sem samfélagið hefur ákveðið að taka á sig í því skyni að draga úr hættunni á að saklausum sé refsað“.<sup>187</sup> Fræg eru ummæli enska píslarvottsins Johns Bradford (1510–1555) er hann sá brotamenn leidda á aftökustað: „Fyrir Guðs náð fer hér ekki John Bradford.“ Hann skyldi um leið að gæfa og gengi í lífinu gæti verið háð duttlungum örlaganna og tilviljunum.<sup>188</sup>

<sup>184</sup> \_\_, „Lögmenn nauðsynlegir réttarríkinu“ (*mbl.is*, 14. mars 2013)

>[http://www.mbl.is/frettir/innlent/2013/03/14/logmenn\\_naudsynlegir\\_rettarrikinu](http://www.mbl.is/frettir/innlent/2013/03/14/logmenn_naudsynlegir_rettarrikinu)< skoðað 6. desember 2015.

<sup>185</sup> Eiríkur Tómasson, *Meginreglur sakamálaréttarfars* (Úlfjótur 2009) 7

<sup>186</sup> „It is better that ten guilty persons escape than one innocent suffer.“ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 4 (Clarendon Press 1773) 27. kafli.

<sup>187</sup> Jón Steinar Gunnlaugsson, *Í krafti sannfæringar* (Almenna bókafélagið 2014) 227.

<sup>188</sup> \_\_, *Dictionary of National Biography*, L.G. Wickham Legg og E.T. Williams (ritstj.) (Oxford University Press 1972) 1067.



Nútímamenn geta ekki sætt sig við að slíkt réttarfar. Þeir hljóta að gera kröfu um að ekki sé ákært í málum nema yfirgnæfandi líkur séu á sakfellingu. Handhafar ákærvalds verða sjálfir að vera þess umkomnir að taka þær ákvarðanir og mega ekki undir neinum kringumstæðum vísa málum til dómsmeðferðar til þess eins að láta dómstóla kveða upp úr um sýknu. Ef hinn ákærði er látinn færa sönnur á sakleysi sitt í stað þess að ákærvaldið axli ábyrgð á sönnunarbyrðinni er brotið gegn fyrrnefndri meginreglu að mati Mannréttindadómstólsins og vísast í því sambandi til máls *Telfner gegn Austurríki*.<sup>189</sup>

Frá því var greint í fjölmiðlum á sínum tíma að sérstakur saksóknari hefði hinn 6. maí 2010 sent dómsmálaráðherra minnisblað þar sem tíundaður er rökstuðningur embættisins fyrir auknum fjárveitingum. Í kjölfarið fór dómstólaráð fram á fjölgun dómara vegna þess að dómsmálum myndi fyrrsjáanlega fjölga mjög á komandi árum. Í bréfi dómstólaráðs til ráðherra, dagsettu 30. júní 2010, er vísað til þess að sérstakur saksóknari geri ráð fyrir útgáfu níu ákæra það ári og 81 ákæru árin 2011–2013. Helgi Sigurðsson hæstaréttarlögmaður telur að sú ákvörðun á frumstigi rannsóknar að ákæra í tilteknum fjölda mála gangi gegn meginreglum laga um réttláta málsmeðferð. Að svo komnu máli vorið 2010 hafi aðeins lítill hluti þeirra mála er sérstakur saksóknari hafði til meðferðar verið sendur til ákærumeðferðar. Í sínum huga sé ljóst að rannsókn mála var í flestum tilfellum skammt á veg komin voruð 2010. Hlutlægniskyldan sé að engu höfð þegar ljóst sé að rannsókn miðist alfarið við útgáfu ákæru. Hér kemur til skoðunar 2. mgr. 70. gr. stjórnarskrár og um leið 2. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Hlutlægniskyldan er einnig árétt í 3. mgr. 18. gr. og 2. mgr. 53. gr. sakamálagaga nr. 88/2008. Á rannsakendum hvílir sú grundvallarskylda að leiða hið sanna og rétta í ljós. Þar af leiðandi er óheimilt að lýsa yfir sekt sakbornings eða gefa hana í skyn á meðan mál er enn til rannsóknar.

\*\*\*

Algengt er að lögmenn sakborninga beri brigður á hlutlægni ákærvalds og oft með nokkrum rétti, enda hætt við að sá sem rannsaki sakamál leiti frekar að þeim gögnum sem leitt geta til sektar en sýknu. Í þessu sambandi má nefna dóm Héraðsdóms Reykjavíkur frá 5. júní 2014 í máli nr. S-906/2012. Þar háttaði svo til að fyrrverandi stjórnendur og hluthafi Glitnis banka hf. voru ákærðir fyrir umboðssvik og hlutdeild í þeim. Ákærvaldið byggði málatilbúnað sinn á því að verðmæti hlutabréfa í félaginu Aurum Holdings Limited hafi verið mun lægra en byggt var á við lánveitingu Glitnis, en bankinn fékk bréf Aurum sem tryggingu. Svo virðist

---

<sup>189</sup> *Telfner g. Austurríki* App no. 3350/96 (ECtHR, 20. mars 2001) 15.–18. og 20. mgr.

sem mat ákærvaldsins á verðmæti hlutabréfanna hafi byggst á undirmatsgerð í öðru máli, sem var einkamál. Hins vegar lágu fyrir þrjú verðmöt sem öll sýndu hærra verð en miðað hafði verið við þegar lánið var veitt.<sup>190</sup>

Jónas Fr. Jónsson, hæstaréttarlögmaður og fyrrverandi forstjóri Fjármálaeftirlitsins, hefur látið þess getið við höfund að það hafi verið í hæsta máta óeðlilegt að stofna sérstakt saksóknaraembætti til að rannsaka mál er vörðuðu fall viðskiptabankanna haustið 2008. Þar með hafi menn „glæpavætt hrunið“. Vegna múgæsingar í samfélaginu væri hlutlægniskyldan að engu höfð og stanslaust búin til ný mál.<sup>191</sup> Sigurður G. Guðjónsson hæstaréttarlögmaður tekur í sama streng. Hann telur að stofnun þess embættis hafi verið misráðin og segir réttaröryggi í réttarríki ekki fást með „patentlaustnum“ af þessu tagi. Ekki hafi verið þörf fyrir embættið að hans mati, þar sem handhafar ákærvalds og lögregla hafi frá árinu 1992 í megindráttum þekkt valdmörk sín og valdheimildir og sú framkvæmd öll samrýmst ágætlega hugmyndinni um réttarríkið.<sup>192</sup> Í þessu sambandi hafa verið nefnd ýmis sérrúrræði sem talin hafa gefist illa, svo sem sérstakur Sakadómur í ávana- og fíkniefnamálum sem starfaði um hríð. Best sé að réttarumhverfið og þar með leikreglurnar séu sem almennastar.

Jóhann R. Benediktsson, fyrrverandi sýslumaður á Keflavíkurflugvelli, segir felast í því áfellingdóm að sæta rannsókn að ekki sé talað um ákæru. Því þurfi grunur að vera vel rökstuddur áður en mál séu tekin til rannsóknar. Embættin beri ábyrgð og ríkissjóður er skaðabótaskyldur séu ekki efni til handtöku. Að mati Jóhanns þyrftu embættismenn að geta verið sveigjanlegir, en þá skipti miklu máli að í embættunum sitji menn sem kunni að fara með vald sitt. Með öðrum orðum góðir og réttsýnir menn.<sup>193</sup>

### 7.3. Yfirlýsingar stjórnmalamanna

Þegar rætt er um ábyrgð á réttarríkinu er vert að huga að yfirlýsingum stjórnmalamanna, en málefni er snertu fall viðskiptabankanna haustið 2008 voru aðalviðfangsefni stjórnmalanna næstu árin á eftir og ýmsir stjórnmalamenn ósparir á stóryrðin í þessu efni. Sem dæmi má nefna að 6. maí 2010 voru þeir Hreiðar Már Sigurðsson, fyrrverandi forstjóri Kaupþings, og Magnús Guðmundsson, fyrrverandi forstjóri Kaupþings í Lúxemborg, teknir höndum og í kjölfarið dæmdir til gæsluvarðhaldsvistar að beiðni séstaks saksóknara. Degi síðar átti

<sup>190</sup> Jóhannes Sigurðsson og Þórir Júlíusson, „Hriktir í stoðum réttarríkis?“ (2014) 2 Tímarit lögfræðinga 110 neðanmáls.

<sup>191</sup> Viðtal við Helga Sigurðsson hæstaréttarlögmann (Reykjavík, 3. febrúar 2015).

<sup>192</sup> Sigurður G. Guðjónsson, „Látum ekki lögfræðilega hafvillu bera okkur frá ströndum réttarríkisins“. (*visir.is*, 8. janúar 2014) ><http://www.visir.is/latum-ekki-logfraedilega-hafvillu-bera-okkur-fra-strondum-rettarrikisins/article/2014140109320>< skoðað 6. desember 2015.

<sup>193</sup> Viðtal við Jóhann R. Benediktsson, fyrrverandi sýslumann (Reykjavík, 23. mars 2010).

fréttamiðillinn *Vísir* viðtal við Jóhönnu Sigurðardóttur forsætisráðherra og Steingrím J. Sigfússon fjármálaráðherra. Þau fögnuðu handtökunum. Jóhanna sagði orðrétt: „Ég held að við séum á ákveðnum tímamótum í þessu máli og handtökum sem átti sé stað í gær vegna þess að þær eru stór liður í því að við getum náð sáttum í þessu samfélagi að þeir axli ábyrgð sem hana bera.“<sup>194</sup> Undir þetta tók Steingrímur J. Sigfússon, fjármálaráðherra og leiðtogi hins stjórnarflokksins: „Nú hefur það gerst í stórum málum sem þarna eru á ferðinni og það styttest í fyrstu ákæru að sagt er. Þannig að ég vona að þetta séu skilaboð út í samfélagið að þessi rannsókn er unnin af fullum krafti. Það er verið að setja í þetta mjög mikla fjármuni. Þetta mun verður dýr og mikil aðgerð þegar upp verður staðið.“<sup>195</sup> Fjármálaráðherrann var að þessu tilefni einnig inntur áhlits á því í fréttaviðtali hvort hann teldi að handtökurnar myndu „sefa reiði almennings“ og kvaðst hann vonast til þess. Ríkisstjórnin myndi aukinheldur gera allt sem í hennar valdi stæði til að tryggja að sérstakur saksóknari gæti leyst sín verkefni „myndarlega“.<sup>196</sup> Ári síðar sagði Steingrímur J. Sigfússon í útvarpsviðtali:

Við reynum að hundelta þessa gaura [fyrirverandi stjórnendur gömlu viðskiptabankanna og ýmsa úr menn úr viðskiptalífinu]. Saksóknari, skatturinn og Serious Fraud Office í Bretlandi eru allir í því að reyna að ná í alla peninga sem hægt er að sækja, jafnvel til Tortóla, Lúxemborg [svo] eða hvert það er.<sup>197</sup>

Valtýr Sigurðsson, fyrirverandi ríkissaksóknari, sagði í útvarpsviðtali 2. ágúst 2014 í tilefni af meintum afskiptum innanríkisráðherra af rannsókn sakamáls að það væri að hans mati „alveg nóg að rannsakandinn hafi það á tilfinningunni að það sé verið að horfa yfir öxlina á honum og stýra rannsókninni og gagnrýna seinagang. Hvað þýðir það? Þýðir það að það eigi ekki að rannsaka þetta nógu vel? Á bara að fella þetta niður? Hvað þýðir það?“<sup>198</sup>

Eva Joly, norsk-franskur rannsóknardómari sem fengin var sérstökum saksóknara til aðstoðar, kom fram í viðtali í Kastljósi ríkissjónvarpsins hinn 10. júní 2009. Þar sagði hún að Valtýr Sigurðsson ríkissaksóknari yrði að víkja alfarið úr starfi sínu. Í kvöldfréttum ríkissjónvarpsins daginn eftir kvaðst Jóhanna Sigurðardóttir forsætisráðherra styðja Joly og bætti við: „Ég get líka tekið undir það sem hún segir varðandi vanhæfi ríkissaksóknara og á því verður að taka.“<sup>199</sup> Valtýr var staddur í ráðstefnu í Eistlandi þegar hann heyrði þessar

<sup>194</sup> \_ \_\_, „Handtökurnar marka tímamót í endurreisninni“ (*vísir.is*, 7. maí 2010) ><http://www.visir.is/handtokurnar-marka-timamot-i-endurreisninni/article/2010632600581> < skoðað 6. desember 2015.

<sup>195</sup> sama heimild.

<sup>196</sup> sama heimild.

<sup>197</sup> \_ \_\_, „Hundeltum þessa gaura“ (X-ið 977, 8. apríl 2011) ><http://www.visir.is/steingrimur-i-harmageddon--hundeltum-thessa-gaura/article/2011110409041> < skoðað 6. desember 2015.

<sup>198</sup> \_ \_\_, „Valtýr: Síðustu forvöð að víkja“ (*ruv.is*, 2. ágúst 2014) ><http://www.ruv.is/frett/valtyr-sidustu-forvod-ad-vikja> < skoðað 6. desember 2015.

<sup>199</sup> \_ \_\_, „Eva Joly tekin til starfa“ Kvöldfréttir ríkisútvarpsins, 28. mars 2009. Í vörslu höfundar.

fregnir. Hann ákvað þrátt fyrir allt að láta þessi orð ekki á sig fá – standa yrði vörð um embætti ríkissaksóknara.<sup>200</sup> Í framsöguræðu sinni á ráðstefnunni í Eistlandi sagði Valtýr að skort hefði upp á að stjórnvöld fordæmdu þegar almenningur tæki lögin í eigin hendur. Stjórnvöld hefðu þvert á móti

... kynnt undir ásakanir um undanskot eigna og lögbrot svokallaðra auðmanna. Þá hafa ýmis lögbrot, til dæmis brot á bankaleynd, verið réttlætt. Lífsgæði þjóða eru iðulega mæld með vísan til þjóðartekna. Til eru þó aðrir mælikvarðar. Það að búa í réttarríki er að margra mati meðal eftirsóknarverðustu lífsgæða hveirrar þjóðar, í það minnsta í hugum þeirra sem ekki búa í slíku ríki. Meðal einkenna slíks ríkis er að borgararnir virði lög og reglur en ekki síður að stjórnvöld geri það. Því ef við glötum því er að mínu mati endanlega ekkert eftir. En það er nú önnur saga.<sup>201</sup>

Inngrip æðstu embættismanna í málsmeðferð sakamála og hvatning þeirra til sakfellingar getur leitt til þess að sakborningur teljist ekki hafa notið réttlátrar málsmeðferðar.<sup>202</sup> Í því sambandi má nefna dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *Kinsky gegn Tékklandi* frá 2012, þar segir orðrétt:

Having regard to the above considerations, namely, statements of the politicians, the activities of the Ministry of Justice, and the criminal investigation brought against the applicant, and without expressing any opinion on the outcome of the proceedings, the Court concludes that the proceedings in question, taken as a whole, did not satisfy the requirements of a fair hearing.<sup>203</sup>

Reglan um að sérhver maður sé saklaus uns sekt sé sönnuð nær ekki eingöngu til dómara, heldur einnig stjórnvalda í skilningi Mannréttindadómstólsins. Hér má einnig nefna dóm Mannréttindadómstólsins í máli *Allenet De Ribemount gegn Frakklandi* frá 1992.<sup>204</sup> Telja má líkur á að þeir sem annast annast rannsókn mála og saksókn taki orðum embættismanna sem hvatningu til að sækja menn til saka – líti á slík ummæli jafnvel sem fyrimæli um aðgerðir. Ráðamenn, sér í lagi ráðherrar, verða því að halda sig til hlés í opinberri umræði um sakamál og virða mörk framkvæmdarvalds og dómgæslu.

## 7.4. Opinber umfjöllun

Ekki verður skilið við umfjöllun um ábyrgðarmenn réttarríkisins án þess að tæpa á opinberri umfjöllun, en hvers kyns fjölmiðlaumfjöllun um sakamál hefur aukist stórum á síðustu árum

<sup>200</sup> Eggert Skúlason, *Andersenskjölin* (Almenna bókafélagið 2015) 54–55.

<sup>201</sup> sama heimild, 83.

<sup>202</sup> Jóhannes Sigurðsson og Þórir Júlíusson, „Hriktir í stoðum réttarríkis?“ (2014) 2 Tímarit lögfræðinga 108.

<sup>203</sup> *Kinsky g. Tékklandi* App no. 42856/06 (ECtHR, 9. febrúar 2012) 113. mgr.

<sup>204</sup> *Allenet De Ribemount g. Frakklandi* App no. 15175/89 (ECtHR, 10. febrúar 1995) 35.–36. mgr.

og áratugum. Þjóðkirkjan efndi til ráðstefnu um siðfræði fjölmiðlamanna fyrir allmörgum árum. Meðal framsögumanna var Þórir Oddsson, vararannsóknarlögreglustjóri ríkisins. Í máli sínu sagði hann meðal annars:

Pannig má vera að maður sé í raun dæmdur af dagblöðunum, löngu áður en dómstóll sker úr um sekt hans eða sýknu. Og þeim mun tilfinnanlegri er „dómurinn“ sem blaðið er óvægnara í frétttaflutningi, til dæmis með nafnbirtingum, myndum og fleira.<sup>205</sup>

Hvað síðastnefnda atriðið snertir má nefna dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *Buck gegn Pýskalandi*, sem áður var nefnt. Dómstóllinn tók tillit til þess í niðurstöðu sinni að leit og haldlagning gagna á starfsstöð og heimili kæranda í bæ með aðeins 10 þúsund íbúa væri til þess fallið að skaða orðstír hans og fyrirtækis hans. Með tilliti til aðstæðna málsins komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að ekki hefði verið gætt meðalhófs í ljósi þess markmiðs sem stefnt var að. Dómstóllinn taldi því að brotið hefði verið gegn réttindum kæranda samkvæmt 8. gr. Mannréttinasáttmálans.<sup>206</sup>

Hinn 29. janúar 2010 voru fjórir sakborningar í svokölluðu Aserta-máli handteknir og framkvæmd húsleit á heimili þeirra og starfsstöð. Fjölmiðlum höfðu verið veittar allnákvæmar upplýsingar um rannsóknina og þáverandi ritstjóri eins helsta dagblaðs landsins tjáði höfundu að honum hefðu borist upplýsingar innan úr stjórnkerfinu um það hverjir sakborningar væru áður en til handtökunnar kom.<sup>207</sup> Síðar þennan sama dag var efnt til blaðamannafundar í húsakynnum Ríkislögreglustjóra. Þar sátu fyrir svörum Ingibjörg Guðbjartsdóttir, forstöðumaður gjaldeyriseftirlits Seðlabankans, Helgi Magnús Gunnarsson, saksóknari efnahagsbrotadeildar Ríkislögreglustjóra, og Gunnar Þ. Andersen, forstjóri Fjármálaeftirlitsins. Helgi Magnús gat þess að málið varðaði „fyrst og fremst ólögsmæta miðlun á gjaldeyri“ og væri líklegt að viðskiptin hefðu „haft neikvæð áhrif á tilraunir stjórnvalda og Seðlabankans til þess að hafa eða vinna gegn veikingu krónunnar“. Hann bætti því við að til skoðunar kæmi einnig „í tengslum við þetta hugsanlegt peningþvætti, skattalagabrot og fleira og ekki hvað síst hugsanleg skilaskyldubrot þeirra sem áttu viðskipti við þetta félag“.<sup>208</sup>

Ingibjörg Guðbjartsdóttir sagði á blaðamannafundinum að málið væri eitt af 26 málum sem gjaldeyriseftirlitið hefði tilkynnt til Fjármálaeftirlitsins og þar af eitt af sjö sem kærð

<sup>205</sup> Þórir Oddsson, „Fjölmiðlasiðfræði“ (1986) 4 Kirkjuritið 8.

<sup>206</sup> *Buck g. Pýskalandi* App no. 41604/98 (ECtHR, 28. apríl 2005).

<sup>207</sup> Viðtal við ónafngreindan heimildarmann nr. 1 (Reykjavík, 5. október 2015).

<sup>208</sup> \_\_\_\_, Endurrit blaðamannafundar Seðlabankans, Fjármálaeftirlitsins og efnahagsbrotadeilar ríkislögreglustjóra (29. janúar 2010). Í vörslu höfundar.

hefðu verið til lögreglu. Þá tundaði hún þær fjárhæðir sem um ræddi og setti þær í samhengi við heildarveltu á gjaldeyrismarkaði. Athygli vekur að Ingibjörg fullyrti um sekt sakborninga í svari til eins blaðamanns er hún sagði: „Þeir [sakborningar] eru að brjóta af sér já bæði náttúrulega með því að nýta sér milligöngumann til að kaupa krónur á aflandsmarkaði,“ og bætti við: „Hins vegar eru þeir náttúrulega fyrst og fremst að brjóta á skilaskyldunni. Þá er um að ræða annað hvort tekjur eða annan erlendan ávinning sem að ber að skila heim í erlendum gjaldeyri en ekki í íslenskum krónum.“ Már Guðmundsson seðlabankastjóri sagði síðar að blaðamannafundurinn hefði verið haldinn að beiðni efnahagsbrotadeildar lögreglunnar. Seðlabankanum væri ekki heimilt að halda slíka fundi.<sup>209</sup>

Sigurjón Þ. Árnason, fyrrverandi bankastjóri Landsbanka Íslands, er afar gagnrýninn á það hversu miklar upplýsingar embætti sérstaks saksóknara hefur veitt fjölmiðlum um rannsókn mála. Hann telur að þar hafi rannsóknardómarinn Eva Joly haft mikil áhrif á. Í „stóra markaðsmisnotkunarmálinu“ hefði gögnum málsins til að mynda verið leikið til Kastljóss ríkissjónvarpsins.<sup>210</sup>

Í nútímaheimi síkvikrar fjölmiðlunar verður æ mikilvægara að stuðla að vandaðri umfjöllun fjölmiðla um sakamál. Þó má það ekki undir nokkrum kringumstæðum gerast að rannsóknarembætti og saksóknarar notist við fjölmiðla í áróðursstríði. Ljóst er að ýmsir lögmenn hafa gengið of langt í málarekstri í fjölmiðlum með þeim afleiðingum að stundum hallar á ákærvaldið í opinberri umræðu. Lausnin á þessum vanda getur þó aldrei falist í því að ákærvaldið og rannsakendur beri trúnaðarupplýsingar í fjölmiðla. Jafnræði aðila hefur verið álitinn einn mikilvægasti þáttur í skilgreiningur á réttlátri málsmeðferð, líkt og að framan var rakið og hefur jafnræðið sérstaklega mikla þýðingu í sakamálum vegna þess aðstöðumunar sem er milli sakbornings og ákærvalds.<sup>211</sup> Ef þetta jafnræði raskast er réttarríkinu hættu búin.

---

<sup>209</sup> \_\_, „Blaðamannafundur haldinn að beiðni efnahagsbrotadeildar“ *Viðskiptablaðið* (Reykjavík 9. desember 2010) 10.

<sup>210</sup> Viðtal við Sigurjón Þ. Árnason, fyrrverandi bankastjóra (Reykjavík, 13. febrúar 2015).

<sup>211</sup> Eiríkur Tómasson, „Réttur til réttlátrar málsmeðferðar“ í Björg Thorarensen, Davíð Þór Björgvinsson, Guðrún Gauksdóttir og Hjördís Björk Hákonardóttir (ritstj.), *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt* (Mannréttindastofnun Háskóla Íslands, Lagadeild Háskólans í Reykjavík 2005) 219.

## 8. Niðurstöður

Embættismönnum jafnt sem stjórnámálönnum getur reynst erfitt að standa fastir á grundvallarréttindum þegar stóráföll verða. En einmitt við slíkar aðstæður skiptir mestu að réttarríkið haldi. Fjöldamorðin í Útey teljast til mestu voðaverka sem framin hafa verið í okkar heimshluta. Norskir ráðamenn lögðu áherslu á að réttarríkið héldi. Hlutverk stofnana réttarkerfisins væru ekki eingöngu að takast á við hin hversdagslegu viðfangsefni – þær yrðu ekki síður að ráða við hin allra erfiðustu mál – og það þrátt fyrir að ekki sé hægt að dæma menn til lífstíðarfangelsisvistar í Noregi eins og hér á landi.

Gjaldþrot þriggja banka á Íslandi er ákaflega lættvægur viðburður í samanburði við fjöldamorðin í Noregi. Samt sem áður samþykkti Alþingi lög um stofnun embættis sérstaks saksóknara og setti á fót sérstaka rannsóknarnefnd, en líkt og að framan er rakið bendir margt til þess að betur hefði farið á að viðhalda fyrri skipan og styrkja þau umbætti sem fyrir voru, efnahagsbrotadeild Ríkislögreglustjóra og fjármunabrotadeild Lögreglunnar á höfuðborgarsvæðinu.

Hér hefur þvingunarúrræðum verið gerð sérstök skil í ljósi þess hversu alvarlegt inngríp þau eru í líf borgaranna. Þar skiptir máli að líta til meðalhófs og beita því vægasta úrræði sem að haldi getur komið án þess að valda réttarspjöllum. Fjölmarginir dómur Mannréttindadómstóls Evrópu hafa verið nefndir í þessu sambandi, en dómstóllinn hefur tekið virkan þátt í að móta réttinn. Vernd mannréttinda verður ekki tryggð í álfunni nema með því að rétturinn þróist.

Ný ríkisstjórn sem tók við völdum hinn 1. febrúar 2009 hugðist taka málefni fjármálakerfisins til rækilegrar skoðunar og í stjórnarsáttmálanum sagði að ríkisstjórnin myndi gera það sem í hennar valdi stendur til að tryggja öfluga og skilvirka efnahagsbrotarannsókn. En opinber umræða um þessi mál hafði einkennst mjög af „kröfu um árangur“. Ekki er óvarlegt að ætla að þessi krafa hafi skapað óeðlilegan þrýsting á hið nýja embætti. Sakamálaöld gera ráð fyrir hlutlægri rannsókn mála, en krafa dagsins hefur verið „árangur“ sem er mældur í fjölda rannsókna, fjölda handtaka, fjölda gæsluvarðhaldsúrskurða og svo mætti áfram telja. Þá má nefna að það að embættið starfi tímabundið, sbr. 7. gr. laga nr. 135/2008, dregur úr starfsöryggi og hætta skapast á að starfsmenn leggi kapp á að réttlæta tilvist embættisins og þá um leið þóknast þeim sem fara með fjárveitingarvaldið á hverjum tíma. Í þessu sambandi má einnig nefna aðra stofnun, gjaldeyriseftirlit Seðlabankans, sem starfrækt skyldi tímabundið, en lét fljótlega til sín taka með blaðamannafundi vegna

rannsóknar máls sem var á frumstigi og síðar með afar umfangsmikilli húsleit og haldlagningu gagna hjá Samherja hf. svo sem að framan var rakið.

Ekki er annað að sjá en ófullnægjandi ástæður hafi legið til grundvallar heimildum til húsleitar og haldlagningar í máli Samherja og tengdra félaga. Ætla má að húsleitarheimildin hafi verið of víðtæk með hliðsjón af dómafordæmum Mannréttindadómstóls Evrópu, en heimildin var svo að segja ótakmörkuð. Í þessu sambandi er einnig vert að taka til athugunar meðalhófsreglu í 2. mgr. 53. gr. sakamálalaga, en þvingunarráðum á ekki að beita nema í undantekningartilfellum og ávallt ber að notast við vægasta úrræði sé þess kostur, svo sem áður hefur verið rakið. Ekki hefur annað komið fram en að það útgerðarfélag sem hér átti í hlut hefði getað afhent allar þær upplýsingar sem Seðlabankinn sæktist eftir. Mál er vörðuðu meint brot Samherja á gjaldeyrisreglum hafa að fullu verið felld niður og aldrei kom til útgáfu ákæru.

Áður var fjallað um dóm Mannréttindadómstólsins í máli *Smirnov gegn Rússlandi* en þar þóttu markmið rannsóknar óskýr og ekki ljóst hvaða gögn ættu að finnast á leitarstað sem varpað gætu ljósi á málið. Leit rétturinn svo á að brotið hefði verið gegn 8. gr. sáttmálans. Svo sem að framan er rakið hefur verulega skort á að í kröfum um húsleit og haldlagningu séu þau gögn nægilega tilgreind sem finnast eigi á leitarstað. Þá er brýnt að settar verði skýrar reglur um skrásetningu og varðveislu haldlagðra muna.

Eins og kunnugt er hefur sérstakur saksóknari haft til meðferðar mál er áttu sér stað í aðdraganda falls viðskiptabankanna haustið 2008. Því var í öllum tilvikum nokkuð um liðið frá hinum meintu brotum þegar rannsóknir hans hófust. Símahlustun við aðstæður sem þessar hefur því umfram allt átt að hafa þá þýðingu að fá upplýsingar um samskipti sakborninga sem máli gætu skipt við rannsókn, en í ljósi þess hversu langt er um liðið frá því að hin meintu brot áttu sér stað, fjölda húsleita, handtaka, gæsluvarðhaldsvista sakborninga og haldlagningar á miklu magni gagna, má telja ólíklegt að símahlustun geti veitt upplýsingar sem skipt geti miklu fyrir rannsókn máls. Við slíkar aðstæður er rétt að dómara geri meiri kröfur um rökstuðning en ella.

Áður var rakið að frá því í júlí 2009 og fram í desember 2012 hafði embætti sérstaks saksóknara lagt fram alls 116 beiðnir um símahlustun í héraðsdómi og fengið þær allar samþykktar. Á sama tíma hefur lögbundið eftirlit ríkissaksóknara með þessum úrræðum ekki verið til staðar. Vart eru nokkur fordæmi fyrir svo umfangsmikilli athugasemdalausri afgreiðslu mála, en í máli *Iordachi o.fl. gegn Moldóvíu* frá 2009 komst Mannréttindadómstóllinn að þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið gegn 8. gr. mannréttindasáttmálans í ljósi þess að nánast allar beiðnir þarlanda stjórnvalda um



símahlustun höfðu verið samþykktar. Á það hefur einnig verið bent að heimildir íslenskra laga um þetta efni séu meira að segja opnari en þær moldóvsku.

Samkvæmt 784. og 785. gr. dönsku réttarfarslaganna skal dómari skipa sakborningi, eða öðrum þeim er símahlustun beinist að, sérstakan lögmann sem gætir hagsmuna viðkomandi á laun. Sami háttur er hafður á í Noregi. Þessi tilhögun kom til umræðu réttarfarsnefndar við samningu frumvarps til sakamála og taldi nefndin að sú aðferð sem viðhöfð væri í Noregi og Danmörku veitti falskt öryggi sem bæti litlu sem engu við aðkomu sjálfstæðs og óvilhalls dómara að málinu. Höfundur á erfitt með að fallast á þessar röksemdir, en með sömu rökum mætti velta því upp hvort sakborningar þurfi yfir höfuð á verjendum að halda þar eð dómarar eru „sjálfstæðir og óvilhallir“. Mikilvægt er að bæta úr því skerta réttaröryggi sem þeim er sæta símahlustun er búið. Höfundur telur heppilegast að hér á landi verði innleidd sama skipan og er viðhöfð í Danmörku og Noregi, enda þau tvö ríki sem búa við réttarfar áþekktast því sem hér er við lýði.

Að framan var fjallað um þá aðstöðu þegar gögn sem aflað er við rannsókn tiltekins sakamáls eru notuð við rannsókn annars máls, en íslenskir fræðimenn hafa talið að heimilt geti verið að nota gögn með þeim hætti. Höfundur telur annmarka á þessari túlkun en eigi hún að gilda er um þröngt einstigi að fara og vafamál óteljandi, þá er einnig til þess að líta að Mannréttindadómstóll Evrópu hefur komist að þeirri niðurstöðu í *Robathin gegn Austurríki* frá 2012 að svokallaðar veiðiferðir séu óheimilar. Stjórnvöld eigi að vita hvaða gögn eru þeim nauðsynleg við rannsókn og hvar þau megi finna. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur gert alvarlegar athugasemdir í þeim tilfellum þegar yfirvöld hafa réttlætt húsleit og haldlagningu með gögnum sem finnast við leitina. Þegar ákærvaldið styðst til að mynda við sönnunargögn sem aflað var við rannsókn annars máls blasir við að sakborningur var aldrei í aðstöðu til að bera bríður á rannsókn málsins og þær þvingunarráðstafanir sem kann að hafa verið beitt við slíkar aðstæður. Þar með hefur mikilvægum grundvallarreglum sakamálaréttarfars verið ýtt til hliðar og mögulega vegið að stoðum réttarríkisins.

Nokkur fjöldi sakborninga í málum er tengjast föllnu bönknum hefur verið dæmdur til gæsluvarðhaldsvistar, en í öll skiptin var allnokkuð liðið frá því að hin meintu brot áttu að hafa átt sér stað. Hafi vilji sakborninga staðið til að samhæfa framburð sinn eða koma gögnum undan höfðu þeir haft til þess rúman tíma. Það er því erfitt að sjá að nokkur efni hafi verið til þess að hneppa menn í gæsluvarðhald við þessar aðstæður.

Hér að framan var fjallað um rannsókn Ragnars Aðalsteinssonar hæstaréttarlögmanns og Fanneyjar Hrundar Hilmarsdóttur lögfræðings, sem leiddi í ljós að dómstólar hafa á umliðnum árum gert litlar tilraunir til að útskýra hvað átt væri við með almannahagsmunum,

þegar kveðnir hafa verið upp úrskurðir um gæsluvarðhald. Almennt sé miðað við staðlað orðalag. Rannsóknin leiddi í ljós að rökstuðningi dómstóla hefur hrakað enn á undanförunum árum. Einnig hefur verið minnst á rannsókn tveggja annarra lögmanna, Jóhannesar Sigurðssonar og Þóris Júlíussonar, á símahlustun. Í þessum tveimur rannsóknum eru fólgnir alvarlegir áfellsdómar yfir beitingu þvingunarúrræða hér á landi. Æskilegt er að opin umræða eigi sér stað um þessi mál og fulltrúar lögreglu, ákærvalds og dómstóla ræði þessar alvarlegu ásakanir.

Að framan var fjallað um gildi óháðra og óhlutdrægra dómstóla, sem eru ein grundvallarforsenda þess að réttarríki fái þrifist. Dómarar mega hvorki láta hagsmuni né almenningsálitið hafa áhrif á úrlausnir mála. Að sama skapi er sjálfstæð lögmanna stétt einn af hornsteinum réttarríkisins. Um samtöl sakborninga og verjenda þarf að ríkja trúnaður og það trúnaðarsamband er talin ein meginstoða réttarríkisins. Á þeim trúnaði eru engar undantekningar leyfilegar. Hér að framan var vikið að því sjónarmiði að rannsakendur og dómarar beri of litla virðingu fyrir trúnaðarsambandi lögmanna og skjólstæðinga þeirra í sakamálum, en hreinskiptar umræður eru sérstaklega mikilvægar. Réttarríkinu er hætta búin ef þetta samband brestur. Hafi rannsakendur hlustað á samtöl sakborninga og verjenda ætti ekki annað að koma til álita en að málum verði vísað frá dómi eða sakborningar sýknaðir.

Í andrúmslofti árána eftir fall viðskiptabankanna var rík krafa um árangur af rannsóknum og hann yrði mældur í fjölda ákæra og öðrum umsvifum embættis sérstaks saksóknara og fleiri rannsóknarembættis, svo sem gjaldeyriseftirlits Seðlabanka Íslands. Margt sérstakt átti sér stað á þessum árum. Þar á meðal var aðkoma norsk-franska rannsóknardómarans Evu Joly sem var óspör þar á yfirlýsingar og hvatningar. Á rannsakendum hvílir sú grundvallarskylda að leiða hið sanna og rétta í ljós. Þar af leiðandi er óheimilt að lýsa yfir sekt sakbornings eða gefa hana í skyn á meðan mál er enn til rannsóknar.

Eitt hugtaksskilyrði réttarríkis er að það sé bundið af ákveðnum fyrirframgerðum reglum. Mönnum sé þannig kleyft að sjá fyrir með nokkuð öruggri vissu hvernig þvingunarvaldi verði beitt og við hvaða aðstæður. Miklu skiptir að mönnum sé þetta ljóst svo þeir geti skipulagt líf sitt. Margvísleg dæmi sem að framan eru rakin sýna að gengið hefur verið lengra í beitingu þvingunarúrræða en efni standa til og ítrekað hefur of viðurhlutamiklum úrræðum verið beitt. Sjónarmið um meðahóf virðast hafa mátt sín lítils á undanförunum árum. Afleiðingin er sú að *réttarríkið hefur beðið hnekki*. Samanburður við dóma Mannréttindadómstóls Evrópu sýnir að framkvæmd þessara mála héraendis stenst að mörgu leyti ekki þær kröfur sem dómstóllinn gerir.

Mikilvægt er að auka þekkingu á dómstólnum hérlendis og að þeir sem fást við réttarvörsluna kljúfi dóma Mannréttindadómstólsins til mergar. Í grunninn snýst það um að íslenskt þjóðfélag skipi sér á bekk með öðrum vestrænum lýðræðisþjóðum, sem virða niðurstöður dómstólsins og laga löggjöf og réttarframkvæmd að þeim. Þeir eru hin öruggasta leiðsögn okkar til að tryggja virka vernd mannréttinda, en án hennar er hætt við *réttarríkið bíði hnekki*. Með virkari mannréttindavernd getur þrennt unnist, friðhelgi einstaklingsins verði tryggt, almennt réttaröryggi sömuleiðis og þar með friður í samfélaginu.

# Heimildir

- , >[abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/lawlect.htm](http://abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/lawlect.htm)< skoðað 6. desember 2015.
- , „Ákveðið að styrkja enn frekar embætti sérstaks saksóknara“ (*innanrikisraduneyti.is*, 18. maí 2010) ><https://www.innanrikisraduneyti.is/frettir/frettatilkynningar/nr/7564>< skoðað 6. desember 2015.
- , „Ársskýrsla ríkislögreglustjóra 2010“ 13 ><http://www.logreglan.is/wp-content/uploads/2014/12/%C3%81rssk%C3%BDrsla-RLS-2010.pdf>< skoðað 6. desember 2015.
- , „Blaðamannafundur haldinn að beiðni efnahagsbrotadeildar“ *Viðskiptablaðið* (Reykjavík 9. desember 2010) 10.
- , *Dictionary of National Biography*, L.G. Wickham Legg og E.T. Williams (ritstj.) (Oxford University Press 1972).
- , „Eftirlýstur af Interpol“ *Morgunblaðið* (Reykjavík 12. maí 2010) 1.
- , Endurrit blaðamannafundar Seðlabankans, Fjármálaeftirlitsins og efnahagsbrotadeilar ríkislögreglustjóra (29. janúar 2010). Í vörslu höfundar.
- , „Eva Joly tekin til starfa“ Kvöldfréttir ríkisútvarpsins, 28. mars 2009. Í vörslu höfundar.
- , „Fékk 3.560 skilaboð á einum degi“. *Viðskiptablaðið* (Reykjavík 14. febrúar 2014) ><http://www.vb.is/frettir/fekk-3560-skilabod-einum-degi/101858>< skoðað 6. desember 2015.
- , „Handtökurnar marka tímamót í endurreisninni“ (*visir.is*, 7. maí 2010) ><http://www.visir.is/handtokurnar-marka-timamot-i-endurreisninni/article/2010632600581>< skoðað 6. desember 2015.
- , *Hávamál* (Gad 1924).
- , „Hlerað fyrir og eftir yfirheyrslu“ (*mbl.is*, 14. mars 2013) >[http://www.mbl.is/frettir/innlent/2013/03/14/hlerad\\_fyrir\\_og\\_eftir\\_yfirheyrslu](http://www.mbl.is/frettir/innlent/2013/03/14/hlerad_fyrir_og_eftir_yfirheyrslu)< skoðað 6. desember 2015.
- , „Hundeltum þessa gaura“ (X-ið 977, 8. apríl 2011) ><http://www.visir.is/steingrimur-i-harmageddon--hundeltum-thessa-gaura/article/2011110409041>< skoðað 6. desember 2015.
- , „Ingólfur og Steingrímur fyrir dómara“ *Morgunblaðið* (Reykjavík 12. maí 2010) 1.
- , *Íslensk orðabók handa skólum og almennungi* (Bókaútgáfa Menningarsjóðs 1963).
- , *Kjarni málsins. Fleyg orð á íslensku* (Bókafélagið 2010).
- , „Kæran setti lífið úr skordum“ (*visir.is*, 13. september 2014) ><http://www.visir.is/kaeran-setti-lifid-ur-skordum/article/2014709139915>< skoðað 6. desember 2015.

\_\_ , „Lögmenn nauðsynlegir réttarríkinu“ (*mbl.is*, 14. mars 2013)  
>[http://www.mbl.is/frettir/innlent/2013/03/14/logmenn\\_naudsynlegir\\_rettarrikinu](http://www.mbl.is/frettir/innlent/2013/03/14/logmenn_naudsynlegir_rettarrikinu)< skoðað 6. desember 2015.

\_\_ , „Mál gegn Samherja fellt niður“ *ruv.is* (Reykjavík 4. september 2015)  
><http://www.ruv.is/frett/mal-gegn-samherja-fellt-nidur>< skoðað 6. desember 2015.

\_\_ , „Novanglus“ (1774) 7 Boston Gazette.

\_\_ , „Ólöglegar hleranir undir smásjóni“ (*Kjarninn*, 19. júní 2014)  
><http://kjarninn.is/frettir/ologlegar-hleranir-undir-smasjoni>< skoðað 6. desember 2015.

\_\_ , „Rannsókn brota á gjaldeyrislögum dagar uppi“ (*vb.is*, 24. maí 2012)  
><http://www.vb.is/frettir/rannsokn-brota-gjaldeyrislogum-dagar-uppi/72439>< skoðað 6. desember 2015.

\_\_ , „Rannsóknir á vegum fjármálaeftirlitsins“ (*fme.is*, 5. nóvember 2008)  
><http://www.fme.is/utgefid-efni/frettir-og-tilkynningar/frettir/nr/458>< skoðað 6. desember 2015.

\_\_ , „Ólöglegar hleranir undir smásjóni“. (*Kjarninn*, 19. júní 2014)  
><http://kjarninn.is/frettir/ologlegar-hleranir-undir-smasjoni/>< skoðað 6. desember 2015.

\_\_ , „Samstarfssamningur við Evu Joly kynntur“ (*innanrikisraduneyti.is*, 28. mars 2009)  
><https://www.innanrikisraduneyti.is/frettir/frettatilkynningar/nr/6720>< skoðað 6. desember 2015.

\_\_ , „Samstarfsyfirlýsing ríkisstjórnar Samfylkingar og Vinstrihreyfingarinnar – græns framboðs“ >[http://www.stjornarrad.is/media/Skjol/rikisstjorn\\_8mai09.pdf](http://www.stjornarrad.is/media/Skjol/rikisstjorn_8mai09.pdf)< skoðað 6. desember 2015.

\_\_ , „Sjóvár-málið látið niður falla“ (*mbl.is*, 31. desember 2014)  
>[http://www.mbl.is/vidskipti/frettir/2014/12/31/sjova\\_malid\\_latid\\_nidur\\_falla/](http://www.mbl.is/vidskipti/frettir/2014/12/31/sjova_malid_latid_nidur_falla/)< skoðað 6. desember 2015.

\_\_ , „Skýrsla um sérstakar rannsóknaraðferðir lögreglu“ (Dóms- og kirkjumálaráðuneyti 28. apríl 1999) >[https://www.innanrikisraduneyti.is/utgefid-efni/skyrslur\\_til\\_radherra/nr/691](https://www.innanrikisraduneyti.is/utgefid-efni/skyrslur_til_radherra/nr/691)< skoðað 6. desember 2015.

\_\_ , „Um húsleit“ 4 Tímarit lögfræðinga 2002.

\_\_ , „Valtýr: Síðustu forvöð að víkja“ (*ruv.is*, 2. ágúst 2014) ><http://www.ruv.is/frett/valtyr-sidustu-forvod-ad-vikja>< skoðað 6. desember 2015.

\_\_ , „Veðiferðir eru ekki mannréttindabrot“ *Viðskiptablaðið* (Reykjavík 5. júlí 2012) 10.

\_\_ , „Verjandi hins glataða málstaðar“. *Morgunblaðið* (Reykjavík 4. apríl 2008) 26–28.

\_\_ , „Þrjú hrunmál eru órannsökuð“ (*DV*, 10. mars 2015)  
><http://www.dv.is/frettir/2015/3/10/thrju-hrunmal-eru-orannsokud>< skoðað 6. desember 2015.

Arnar Þór Jónsson, „Dul og rangvirðing“ (2013) 3 *Úlfjótur*, 243–270.

Atli Harðarson, „Inngangur“. John Locke, *Ritgerð um ríkisvald* (3. útg., Hið íslenska bókmenntafélag 2011).

Ármann Snævarr, *Almenn lögfræði* (Orator 1989).

Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu,“ í Björg Thorarensen, Davíð Þór Björgvinsson, Guðrún Gauksdóttir og Hjördís Björk Hákonardótti (ritstj.), *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt* (Mannréttindastofnun Háskóla Íslands, Lagadeild Háskólans í Reykjavík 2005) 292–293.

\_\_ , *Stjórnskipunarréttur Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008).

Björn Jón Bragason, „Björgunarmönnum refsað“ *Morgunblaðið* (Reykjavík, 11. október 2011) 26–27.

Björn Jón Bragason, *Hafskip í skotlínu* (Sögn 2008).

Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England* 4 (Clarendon Press 1773) 27. kafli.

Davíð Þór Björgvinsson, „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“ í Björg Thorarensen, Davíð Þór Björgvinsson, Guðrún Gauksdóttir og Hjördís Björk Hákonardótti (ritstj.), *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt* (Mannréttindastofnun Háskóla Íslands, Lagadeild Háskólans í Reykjavík 2005) 29–88.

Eggert Skúlason, *Andersen skjölin* (Almenna bókafélagið 2015).

Einar Baldvin Árnason, „Gæsluvarðhald í þágu almannahagsmuna“ (2000) 6 *Lögmannablaðið*, 22–26.

Eiríkur Tómasson, „Efni og form verður að fara saman“ *Morgunblaðið* (Reykjavík 20. september 2002) 25.

\_\_ , *Meginreglur sakamálaréttarfars* (Úlfjótur 2009).

\_\_ , „Réttur til réttlátrar málsmeðferðar“ í Björg Thorarensen, Davíð Þór Björgvinsson, Guðrún Gauksdóttir og Hjördís Björk Hákonardótti (ritstj.), *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt* (Mannréttindastofnun Háskóla Íslands, Lagadeild Háskólans í Reykjavík 2005) 196–265.

\_\_ , *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi: Íslensk lög og lagaframkvæmd í ljósi 1. og 3. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu* (Orator 1999).

- \_\_ \_\_, *Sakamálaréttarfar: Rannsókn – Þvingunarúrræði* (Bókaútgáfan Codex 2012).
- \_\_ \_\_, „Sitt er hvað, sönnunarbyrði og sönnunarmat. Umfjöllun um dóm Hæstaréttar 20. október 2005 í máli nr. 148/2005“ (2007) 3 Úlfjótur 481–516.
- \_\_ \_\_, *Þvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls* (Úlfjótur 2009).
- Erindi Reimars Péturssonar hæstaréttarlögmanns á málfundi Lagastofnunar og Orators (Reykjavík, 12. nóvember 2014).
- Erindi Kolbrúnar Benediktsdóttur saksóknara á málfundi Lagastofnunar og Orators (Reykjavík, 12. nóvember 2014).
- Erindi Símons Sigvaldasonar héraðsdómara á málfundi Lagastofnunar og Orators (Reykjavík, 12. nóvember 2014).
- Gammeltoft-Hansen, Hans, *Strafferetspleje II* (2. útg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1998).
- Garðar Gíslason, *Eru lög nauðsynleg?* (Orator 1991).
- \_\_ \_\_, „Hvað er réttarríki og hverjir eru kostir þess?“ (1983) 2 Tímarit lögfræðinga 66–72.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan* (Penguin 1971).
- Jóhannes Sigurðsson og Þórir Júlíusson, „Hriktir í stoðum réttarríkis?“ (2014) 2 Tímarit lögfræðinga 105–167.
- Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð I* (Háskólaútgáfan 1999).
- Jón Steinar Gunnlaugsson, *Í krafti sannfæringar* (Almenna bókafélagið 2014).
- Ragnar Aðalsteinsson, „... einungis eftir lögnum“ (2000) 4 Úlfjótur 569–600.
- \_\_ \_\_ og Fanney Hrund Hilmarsdóttir, „Misbeita dómstólar heimild til gæsluvarðhalds á grundvelli almannahagsmuna?“ (2012) 3 Úlfjótur, 329–261.
- \_\_ \_\_, „Réttur til frelsis og mannhelgis“ í Björg Thorarensen, Davíð Þór Björgvinsson, Guðrún Gauksdóttir og Hjördís Björk Hákonardótti (ritstj.), *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt* (Mannréttindastofnun Háskóla Íslands, Lagadeild Háskólans í Reykjavík 2005) 143–195.
- Raz, Joseph, *The Authority of Law: Essay on Law and Morality* (Clarendon Press 1997).
- Rehof, Lars Adam, og Tyge Trier, *Menneskeret* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1990).
- Sigríður Ingvarsdóttir: „Um dómsvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“ (2004) 4 Tímarit lögfræðinga 465–499.

Sigurður G. Guðjónsson, „Látum ekki lögfræðilega hafvillu bera okkur frá ströndum réttarríkisins“. (*visir.is*, 8. janúar 2014) ><http://www.visir.is/latum-ekki-logfraedilega-hafvillu-bera-okkur-fra-strondum-rettarrikisins/article/2014140109320>< skoðað 6. desember 2015.

Sigurður Líndal, *Um lög og lögfræði* (Hið íslenska bókmenntafélag 2007).

Skúli Magnússon, „Grunnreglur stjórnisýsluréttar og siðferði“ (2001) 2 Tímarit lögfræðinga 107–126.

Valtýr Sigurðsson, „Símahlustun, kröfur til slíkra aðgerða og eftirlit með þeim“ (2011) 2 Tímarit lögfræðinga 173–177.

Viðtal við Axel Kristjánsson, hæstaréttarlögmann og fyrrverandi aðstoðarbankastjóra (Reykjavík, 27. mars 2015).

Viðtal við Brynjar Níelsson, hæstaréttarlögmann og alþingismann (Reykjavík, 3. október 2015).

Viðtal við Helga Sigurðsson hæstaréttarlögmann (Reykjavík, 3. febrúar 2015).

Viðtal við Jóhann R. Benediktsson, fyrrverandi sýslumann (Reykjavík, 23. mars 2010).

Viðtal við Jónas Fr. Jónsson, hæstaréttarlögmann og fyrrverandi forstjóra Fjármálaeftirlitsins (Reykjavík, 3. febrúar 2015).

Viðtal við dr. juris Magnús Kjartan Hannesson, sérfræðing í utanríkisráðuneytinu (Reykjavík, 15. janúar 2015).

Viðtal við Matthías Johannessen, fyrrverandi ritstjóra (Reykjavík, 15. desember 2007).

Viðtal við ónafngreindan heimildarmann nr. 1 (Reykjavík, 5. október 2015).

Viðtal við Sigurjón Þ. Árnason, fyrrverandi bankastjóra (Reykjavík, 13. febrúar 2015).

Vilhjálmur Þorsteinsson, „Vafasöm stjórnisýsla gæti dregið úr trúverðugleika Evu Joly“. (*vthorsteinsson.blog.is*, 4. apríl 2009)  
><http://vthorsteinsson.blog.is/blog/vthorsteinsson/entry/845555>< skoðað 6. desember 2015.

Þórir Oddsson, „Fjölmíðlasiðfræði“ (1986) 4 Kirkjuritið 6–14.

Ögmundur Jónasson, „Er verið að egna þjóðina til uppreisnar“. (*ogmundur.is*, 6. janúar 2009)  
><http://ogmundur.is/annad/nr/4342>< skoðað 6. desember 2015.