

## Efnisyfirlit

Formáli.....	3
1 Inngangur.....	4
2 Samræming efnislegs refsiréttar innan Evrópusambandsins.....	6
2.1 Stoðir ESB og áhrif þeirra á efnislegan refsirétt aðildarríkjanna.....	7
2.2 Innleiðing gerða ESB í landsrétt.....	10
2.3 Þróun samvinnu á sviði sakamála í kjölfar Maastricht samningsins.....	13
2.4 Samræming á efnislegum refsirétti innan þriðju stoðarinnar.....	14
2.5 Einkenni gerða sem varða samræmingu efnislegs refsiréttar.....	16
2.5.1 Verndarandlag.....	16
2.5.2 Refsiverð háttsemi.....	17
2.5.3. Huglæg afstaða.....	17
2.5.4. Lögsaga.....	17
2.6 Áhrif Lissabonsáttmálans á samræmingu refsiréttar og samvinnu á sviði sakamála.....	18
3 Mannréttindavernd innan ESB.....	21
3.1 Evrópudómstóllinn og mannréttindavernd.....	24
3.2 Mannréttindadómstóll Evrópu.....	26
3.3 Mannréttindavernd innan þriðju stoðarinnar.....	27
4 Gerðir Evrópubandalagsins og samræming refsiréttar.....	30
4.1 Eðli EB löggjafar og 6. gr. MSE.....	30
4.2 Tilskipun 2005/60/EB gegn peningþvætti og fjármögnun hryðjuverka.....	36
5 Gerðir þriðju stoðarinnar og samræming refsiréttar.....	40

5.1 Samræming efnislegs refsiréttar og grunnreglan um lögbundnar refsheimildir.....	41
5.2 MSE og grunnreglan um lögbundnar refsheimildir.....	43
5.3 Rammaákvörðun 2002/475/DIM um baráttuna gegn hryðjuverkum.....	48
5.4 Rammaákvörðun 2008/841/DIM um baráttuna gegn skipulagðri brotaastarfsemi.....	54
5.5 Rammaákvörðun 2002/584/JHA um evrópska handtökuskipun.....	56
5.5.1 Evrópska handtökuskipunin og MSE.....	59
5.5.2 Tvöfalt refsincæmi.....	60
5.5.3 Þróunin framundan.....	64
6 Áhrif Evrópubandalagsins á íslenskan refsirétt.....	65
6.1 EES-samningurinn.....	65
6.2 Eðli EB löggjafar og íslensk refsilög.....	67
6.3 Lög nr. 64/2006 um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka.....	71
7 Áhrif Evrópusambandsins á íslenskan refsirétt.....	74
7.1 Grunnreglan um lögbundnar refsheimildir að íslenskum rétti.....	75
7.2 Ákvæði 100. gr. a. alm. hgl. um hryðjuverk.....	80
7.3 Ákvæði 175. gr. a. alm. hgl. um skipulögð brotasamtök.....	90
7.4 Evrópsk handtökuskipun.....	95
8 Lokaorð.....	100
Heimildaskrá.....	107
Dómaskrá.....	114
Lagaskrá.....	119

## Formáli

Veturinn 2008-2009 nam ég við lagadeild Utrecht háskóla í Hollandi. Sá áhugi á refsirétti sem hafði kviknað hjá mér í náminu við lagadeild Háskóla Íslands varð til þess að ég lagði áherslu á að kynna mér nánar reglur alþjóðlegs og evrópsks refsiréttar. Auk þess einbeitti ég mér að því að taka námskeið tengd mannréttindalögfræði. Sérstaklega fannst mér forvitnilegt að kynnast þeirri þróun sem hefur orðið innan ESB hvað varðar samræmingu refsiréttar aðildarríkjanna.

Hollendingar eru framarlega hvað varðar Evrópuréttarfræði og kom það mér á óvart hve mikil áhrif ESB hefur haft á hollenskan refsirétt undanfarin ár. Ýmsar spurningar vöknuðu um það hvernig þessi þróun, sem byggist að miklu leyti á því að yfirfæra reglur sem hafa gilt um innri markað EB yfir á svið refsiréttar, samræmist þeim grundvallarréttindum sem eru nátengd refsirétti. Jafnframt velti ég því fyrir mér hvaða áhrif EES-samningurinn hefur haft á íslenskan refsirétt. Um það leyti sem ég lauk námi mínu í Utrecht urðu raddir hér á landi æ háværi um það að Ísland skyldi sækja um aðild að ESB, en sú umsókn var samþykkt af Alþingi um það leyti sem ég lauk skrifum á þessari ritgerð. Þessir atburðir uku enn á vangaveltur mínar um það hvaða áhrif aðild okkar að Evrópusambandinu myndi hafa á íslenskan refsirétt, einkum með tilliti til stjórnarskrárvarinna réttinda tengdum refsirétti og sakamálaréttarfari hérlandis. Varð þetta mér innblástur til þess að kanna þetta efni nánar en afrakstur þeirrar rannsóknar er þessi ritgerð. Heimildir um evrópskan refsirétt eru af skornum skammti hér á landi og því aflaði ég heimilda fyrst og fremst í Hollandi, á bókasöfnum Utrechtháskóla, Amsterdambháskóla og á bókasafni Friðarhallarinnar í Haag. Þegar heim var komið bættust við íslensk fræðirit sem þjónuðu því hlutverki að kanna hver réttarstaðan er nú hérlandis, einkum hvað varðar mannréttindavernd tengdri íslenskum refsirétti og sakamálaréttarfari.

Ég færi öllum þakkir sem aðstoðað hafa við skrif þessarar ritgerðar. Sérstakar þakkir vil ég færa Ragnheiði Bragadóttur, Sveini Yngva Egilssyni og Braga Páli Sigurðarsyni fyrir yfirlestur á texta og ábendingar um heimildir, stíl og uppsetningu ritgerðarinnar.

5.janúar 2010

Þorbjörg Sveinsdóttir

---

## 1 Inngangur

Lítið hefur verið skrifað um áhrif Evrópusambandsins<sup>1</sup> á íslenskan refsirétt. Sú umfjöllun hefur fyrst og fremst einskorðast við þau áhrif sem gerðir Evrópska efnahagssvæðisins<sup>2</sup> hafa haft á íslenskar refsheimildir. Þessi áhrif hafa einkum varðað takmarkanir á framsali lagasetningarvalds, þ.e.a.s. að íslenskar refsheimildir verði að koma fram í íslenskum lögum, ekki sé nægjanlegt að lög vísi til EES-gerða sem hafa refsheimild að geyma ef viðkomandi verknaðarlýsingu er ekki að finna í íslenskum lögum. Hins vegar hefur lítið verið fjallað um áhrif EES-samningsins á íslensk refsilög í stærra samhengi. Undirrituð fann enga fræðilega umfjöllun um þau áhrif sem innganga Íslands í Evrópusambandið myndi hafa á refsirétt héraendis. Hér er því um ókönnuð svið að ræða í íslenskum fræðiskrifum. Ég lagði með það í upphafi að fjalla um þá þróun sem ESB hefur haft á efnislegan refsirétt aðildarríkja sambandsins, hvaða áhrif þessi þróun hefur haft á íslenskan efnislegan refsirétt fyrir tilstilli EES-samningsins og hvaða áhrif ganga Íslands í ESB myndi hafa fyrir efnislegan refsirétt héraendis og þá réttarvernd sem honum tengist. Ritgerðin einskorðast þó ekki við þessi umfjöllunarefni, en það helgast einkum af því að þetta réttarsvið er nánast ókannað hér á landi og var því þörf á að gefa heildstætt yfirlit yfir evrópskan refsirétt. Áhrif ESB á efnislegan refsirétt og sakamálaréttarfar eru mjög samvinnuð. Þess vegna var ekki hjá því komist að fjalla einnig um samvinnu aðildarríkja ESB á sviði sakamála en sú samvinna hefur haft bein áhrif á efnislegan refsirétt aðildarríkjana.

Við lok skrifa þessarar ritgerðar var Lissabonsáttmálinn samþykktur. Sáttmálinn hefur viðamiklar breytingar í för með sér, en með honum hefur stoðakerfi ESB verið afnumið. Sú mikilvæga breyting hefur því orðið að þriðja stoð ESB hefur verið færð undir hina fyrstu og öðlast því yfirþjóðlegt vald sem hún bjó ekki yfir áður. Sú umfjöllun sem er að finna í þessari ritgerð um áhrif hinna mismunandi stoða ESB á refsirétt hefur því að nokkru leyti nú sögulegt gildi. Á hinn bóginn hefur stoðakerfi ESB haft mikilvæg áhrif á þróun evrópsks refsiréttar auk þess sem skipan ESB í mismunandi stoðir hefur haft mikla þýðingu fyrir innleiðingu gerða ESB í landsrétt aðildarríkjana. Áhrif stoðakerfis ESB gætir því enn í gildandi landsrétti aðildarríkja

---

<sup>1</sup> Hér eftir skammstafað ESB.

<sup>2</sup> Hér eftir skammstafað EES.

sambandsins. Að lokum hefur fyrrum skipting ESB í þrjár stoðir sérstaka þýðingu fyrir íslenskan rétt þar sem EES-samningurinn nær aðeins til fyrstu stoðarinnar eða Evrópubandalagsins.

Hér verður því fjallað um áhrif fyrstu og þriðju stoðar Evrópusambandsins á refsirétt aðildarríkjanna. Fyrsta stoðin, Evrópubandalagið, hefur til þessa verið eina stoð ESB sem búið hefur yfir yfirþjóðlegu valdi. Hún er jafnframt eina stoðin sem EES-samningurinn nær til, sem felur í sér að íslenska ríkinu beri aðeins skylda til þess að taka gerðir þeirrar stoðar upp í íslenskan landsrétt. Hins vegar hefur hvorki samræming efnislegs refsiréttar aðildarríkja né samvinna þeirra á sviði sakamála fallið undir hlutverk stoðarinnar. Þrátt fyrir þetta hefur stoðin haft talsverð óbein áhrif á þessum sviðum. Þriðja stoðin er ekki hluti EES-samningsins og hefur ekki búið yfir yfirþjóðlegu valdi til þessa. Hefur hún byggst á milliríkjasamstarfi aðildarríkja Evrópusambandsins, m.a. á sviði sakamála og samræmingar efnislegs refsiréttar. Í öðrum kafla þessarar ritgerðar verður fjallað um þá þróun sem hefur átt sér stað innan Evrópusambandsins undanfarin ár og hefur þýðingu fyrir umfjöllunarefni þessarar ritgerðar. Í honum verður einnig farið yfir þau beinu og óbeinu áhrif sem fyrsta og þriðja stoðin hafa haft á refsirétt aðildarríkja Evrópusambandsins. Í þriðja kafla ritgerðarinnar verður síðan vikið að mannréttindavernd innan Evrópusambandsins og upp að hvaða marki stofnanir og aðildarríki sambandsins eru bundin af þeim reglum. Sérstaklega verður vikið að hlutverki Evrópudómstólsins hvað þetta varðar. Að lokum verður fjallað um tengsl Mannréttindasáttmála Evrópu og Evrópusambandsins en þýðing sáttmálans og dómaframkvæmdar Mannréttindadómstólsins fyrir þróun evrópsks refsiréttar er þungamiðja fjórða og fimmta kafla ritgerðarinnar. Í þeim köflum verður annars vegar fjallað um einkenni gerða fyrstu stoðarinnar og áhrif þeirra á refsirétt aðildarríkjanna samanborið við þær kröfur sem Mannréttindasáttmáli Evrópu gerir til refsilaga. Hins vegar verður fjallað um helstu áherslur innan þriðju stoðarinnar hvað varðar samræmingu efnislegs refsiréttar aðildarríkjanna, einkum með tilliti til þeirra krafna sem Mannréttindasáttmálinn og Mannréttindadómstóllinn gera til skýrleika refsheimilda. Í samhengi við þetta verður fjallað um þær viðamiklu breytingar á framsalsreglum innan Evrópusambandsins sem nýlega hafa orðið. Þessar breytingar hafa orðið til þess að efnislegur refsiréttur ákveðins aðildarríkis ESB getur, við ákveðnar aðstæður, gilt um verknað einstaklings sem framinn hefur verið í öðru aðildarríki, óháð því hvort verknaðurinn hafi verið refsiverður samkvæmt landsrétti hins síðarnefnda ríkis. Í sjötta kafla ritgerðarinnar verða könnuð áhrif EES-samningsins á íslenskan refsirétt. Að lokum munu niðurstöður fyrri kafla

ritgerðarinnar varðandi áhrif fyrstu og þriðju stoðarinnar á refsirétt aðildarríkjanna bornar saman við íslenskan rétt, bæði með tilliti til þeirra áhrifa sem stoðirnar hafa nú þegar haft á íslenskan refsirétt, beint eða óbeint, og einnig hvaða áhrif aðild Íslands að ESB myndi hafa hvað þetta varðar.

## 2 Samræming efnislegs refsiréttar innan Evrópusambandsins

Samræming efnislegs refsiréttar og sakamálaréttarfars hefur verið talin gegna mikilvægu hlutverki í baráttunni gegn brotastarfsemi innan Evrópu. Mismunandi rök hafa verið færð fyrir slíkri samræmingu. Fyrst má nefna þau almennu rök að samræming landsréttar innan ESB sé í hraðri þróun og að refsiréttur eigi ekki að vera nein undantekning þar á, auk þess sem skýr pólitískur vilji sé fyrir slíkri samræmingu.<sup>3</sup> Í öðru lagi er sú skoðun útbreidd að refsilöggjöf aðildarríkjanna verði öflugri ef hún er samræmd, að sameiginlegar reglur og aðgerðir séu eina leiðin til þess að bregðast við sameiginlegum vandamálum aðildarríkjanna. Í þessum rökum felst að slík samræming auðveldi bæði rannsókn og saksókn brota og torveldi brotamönnum að nýta sér mismunandi réttarkerfi sem skálkaskjól. Að lokum má nefna ýmsa samvinnu dómsmálayfirvalda aðildarríkjanna og stofnun upplýsingamiðlunar Eurojust og Europol sem byggist að mestu á hagnýtum rökum, þ.e. að auðvelda starfsemi lögreglu- og dómsyfirvalda hvers aðildarríkis fyrir sig.<sup>4</sup>

Í takt við þessi sjónarmið hafa stofnanir Evrópusambandsins unnið að samræmingu efnislegs refsiréttar og samvinnu á sviði sakamála milli aðildarríkjanna síðastliðin ár. Í þessum kafla verður þróun undanfarinna ára á þessu sviði könnuð og jafnframt skoðað hvaða áhrif sú þróun hefur haft á landsrétt aðildarríkjanna.

Samræming refsiréttar aðildarríkja ESB á sér þrenns konar uppruna.<sup>5</sup> Í fyrsta lagi á samræming sér stað fyrir tilstilli gerða Evrópusambandsins og miða eindregið að samræmingu

---

<sup>3</sup> Sjá bæði Maastrichtsamninginn og Lissabonsáttmálann.

<sup>4</sup> André Klip: *European Criminal Law. An Integrative Approach*, bls. 24-26.

<sup>5</sup> Anne Weyembergh: „The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union“, bls. 150.

efnislegs refsiréttar.<sup>6</sup> Í öðru lagi er um að ræða gerðir Evrópuráðsins og Evrópusambandsins varðandi samvinnu á sviði dómsmála. Slíkar gerðir hafa óbein áhrif á sakamálaréttarfar aðildarríkjanna<sup>7</sup> og jafnvel efnislegan refsirétt þeirra eins og síðar verður fjallað um. Að lokum má nefna ýmsa þætti sem miða ekki að samræmingu á sviði refsiréttar en geta haft óbein áhrif á refsirétt aðildarríkja Evrópusambandsins. Hér koma til skoðunar gerðir Evrópubandalagsins, Mannréttindasáttmáli Evrópu og dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu.<sup>8</sup> Einnig gegnir Evrópudómstóllinn mikilvægu hlutverki hvað þetta varðar.<sup>9</sup>

## 2.1 Stoðir ESB og áhrif þeirra á efnislegan refsirétt aðildarríkjanna

Með Maastrichtsamningnum sem tók gildi árið 1993 var Evrópusambandinu skipað niður í þrjár stoðir. Evrópubandalaginu var skipað niður í fyrstu stoðina sem var jafnframt eina stoðin sem bjó yfir yfirþjóðlegu valdi. Önnur stoðin var byggð í kringum samstarf aðildarríkja ESB á sviði utanríkis- og öryggismála. Þriðja stoðin náði til samstarfs á sviði lagalegra og innri málefna en innan hennar féll samstarf lögreglu og dómsmálayfirvalda aðildarríkjanna. Þriðju stoðinni var síðar breytt með Amsterdamsamningnum sem tók gildi árið 1999 og einskorðaðist eftir það við lögreglusamvinnu og lagalega samvinnu í sakamálum. Fyrsta og þriðja stoð ESB hafa báðar haft mikið vægi hvað varðar samræmingu refsiréttar innan ESB. Þó að samræming refsiréttar sé ekki formlega séð innan verksviðs Evrópubandalagsins hefur það haft mikil áhrif á refsilöggjöf aðildarríkjanna sökum mikilvægis þess sem löggjafarvalds innan ESB og stöðu þess sem eina stofnunar ESB sem búið hefur yfir yfirþjóðlegu valdi. Þrátt fyrir það að þriðja stoðin hafi ekki búið yfir slíku yfirþjóðlegu valdi hefur stofnun stoðar samvinnu á sviði sakamála orðið til þess að samstarf og samræming ESB á sviði refsiréttar hefur tekið mikilvægum breytingum undanfarin ár.

Skipan ESB í mismunandi stoðir hefur haft talsverða þýðingu fyrir samræmingu refsiréttar og sakamálaréttarfars aðildarríkjanna. Í fyrsta lagi hefur löggjafarvaldi innan ESB

---

<sup>6</sup> Sama rit, sama stað.

<sup>7</sup> Sama rit, bls. 151.

<sup>8</sup> Sama rit, bls. 152.

<sup>9</sup> Sjá síðari umfjöllun um dómaframkvæmd dómstólsins hvað varðar jákvæða og neikvæða aðlögun á sviði refsiréttar.

verið skipt eftir stoðunum þremur. Innan Evrópubandalagsins hefur Framkvæmdastjórnin haft frumkvæðið en löggjöf þriðju stoðarinnar hefur fyrst og fremst verið sett af Ráðherraráðinu þó að Evrópuþinginu og Framkvæmdastjórninni hafi verið veitt aukið vald hvað þetta varðar með Amsterdamsamningnum.<sup>10</sup> Í annan stað hafa mismunandi gerðir stafað frá stoðunum þremur. Fyrsta stoðin hefur sett tilskipanir, reglugerðir, ákvarðanir og gerðir sem ekki eru bindandi, s.s. tilmæli. Þriðja stoðin hefur hins vegar ákvarðað sáttmála, mótað sameiginlega afstöðu og tekið rammaákvarðanir. Þessar ólíku tegundir gerða eru mismunandi eðlis og hafa mismunandi réttaráhrif. Þannig hafa gerðir fyrstu stoðarinnar að mestu leyti haft bein réttaráhrif á landsrétt aðildarríkjanna öfugt við gerðir þriðju stoðarinnar sem aðildarríkin hafa þurft að innleiða í landsrétt sinn.<sup>11</sup> Aðildarríkjunum hefur ekki borið skylda til framfylgni samkvæmt þriðju stoðinni ólíkt þeirri fyrstu auk þess sem Framkvæmdastjórnin hefur ekki haft eftirlit með framfylgni við gerðirnar samkvæmt þriðju stoðinni og hefur því ekki getað vísað málum þar sem grunur leikur á um að aðildarríki hafi brugðist skyldum sínum til Evrópudómstólsins.<sup>12</sup> Framkvæmdastjórnin hefur því búið yfir fleiri úrræðum til þess að knýja aðildarríki til fylgni við gerðir sínar en Ráðherraráðið.<sup>13</sup> Að lokum hefur lögsaga Evrópudómstólsins verið mun takmarkaðri hvað varðar þriðju stoðina en þá fyrstu.<sup>14</sup>

Óvissa hefur ríkt um valdsvið Evrópubandalagsins þegar kemur að samræmingu refsiréttar þar sem Evrópubandalagið býr ekki yfir refsiréttarlegum heimildum samkvæmt Maastrichtsamningnum.<sup>15</sup> Þar af leiðandi hefur því almennt verið haldið fram að þau viðurlög sem gerðir Evrópubandalagsins mæla beint fyrir um geti ekki verið af refsiréttarlegum toga þó að þær hafi gengið þar mjög nærri.<sup>16</sup> Evrópudómstóllinn hefur á hinn bóginn skorið úr um það að Framkvæmdastjórnin hafi heimild til þess að mæla fyrir um refsikennd viðurlög af þeirri tegund

---

<sup>10</sup> Steve Peers: *EU Justice and Home Affairs Law*, bls. 43.

<sup>11</sup> Steve Peers: *EU Justice and Home Affairs Law*, bls. 13-15.

<sup>12</sup> André Klip: *European Criminal Law. An Integrative Approach*, bls. 37-38.

<sup>13</sup> John A. E. Vervaele: „The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy: *Ignoti nulla cupido?*“, bls. 81-84.

<sup>14</sup> Steve Peers: *EU Justice and Home Affairs Law*, bls. 13-15.

<sup>15</sup> John A. E. Vervaele: „Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?“, bls. 163.

<sup>16</sup> John A. E. Vervaele: „Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?“, bls. 170-171.



sem falla undir 6. gr. MSE.<sup>17</sup> Sú grein nær þó bæði til viðurlaga refsiréttarlegs og stjórnsýslulegs eðlis. Hér hefur það mikla þýðingu að Evrópudómstóllinn hefur skilgreint refsheimildir mjög þröngt þegar kemur að gerðum Evrópubandalagsins.<sup>18</sup> Þetta hefur leitt til þess að Evrópubandalagið hefur í raun haft svigrúm til þess að hafa mikil áhrif á samræmingu efnislegs refsiréttar aðildarríkjanna.

Togstreitu hefur gætt milli fyrstu og þriðju stoðarinnar um samræmingu refsiréttar, enda hlutverk stoðanna á reiki hvað þetta varðar. Hvað eftir annað hefur Ráðherraráðið hafnað tillögum Framkvæmdastjórnarinnar á þessu sviði, stofnanirnar hafa á víxl sett efni tillögu hinnar í búning eigin löggjafar og að lokum hafa þær báðar lagt fram tillögur sama efnis í formi sitt hvorrar gerðarinnar. Í síðastnefndu tilfellunum hefur Framkvæmdastjórnin lagt fram reglugerð eða tilskipun með efnislegum þáttum tillögunnar (þ.e. hinnar bönnuðu háttsemi og skyldu aðildarríkjanna að fylgja banninu eftir með áhrifaríkum, viðeigandi og fyrirbyggjandi aðgerðum), auk þess að samræma stjórnsýslurétt aðildarríkjanna á því sviði. Ráðherraráðið hefur hins vegar lagt fram rammaákvörðun sem varðar samræmingu refsiréttar.<sup>19</sup>

Evrópuþingurinn skar að mikilvægu leyti úr um mismunandi hlutverk þessara stofnana í máli Framkvæmdastjórnarinnar gegn Ráðherraráðinu varðandi viðurlög við mengun af völdum skipa.<sup>20</sup> Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að þar sem verndarandlag rammaákvörðunarinnar væri innan verksviðs Evrópubandalagsins, ætti Framkvæmdastjórnin að ákvarða skyldu aðildarríkjanna til þess að leggja viðurlög við brotum á gerðinni, annaðhvort refsiréttarlegs eða stjórnsýslulegs eðlis, auk efnislegra og huglægra skilyrða brotsins. Það væri hins vegar hlutverk Ráðherraráðsins að ákvarða tegund og þyngd viðurlaganna. Þessi niðurstaða leiddi til þess að tveggja texta leiðin (double text approach) hefur verið nauðsynleg, þ.e.a.s. mælt er fyrir um hina refsiverðu háttsemi í tveimur gerðum.<sup>21</sup> Auk þess komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að þó að samræming refsiréttar væri að meginreglu ekki innan valdsviðs

---

<sup>17</sup> EBD mál C-240/90, 27. október 1992.

<sup>18</sup> EBD mál C-240/90, 27. október 1992. Bert Swart: „From Rome to Maastricht and Beyond: The Problem of Enforcing Community Law.“, bls. 9.

<sup>19</sup> John A. E. Vervaele: „The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy: Ignoti nulla cupido?“, bls. 81-82.

<sup>20</sup> EBD mál C-440/05, 23. október 2007.

<sup>21</sup> John A. E. Vervaele: „The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy: Ignoti nulla cupido?“, bls. 97.

Framkvæmdastjórnarinnar, hefði hún heimild til að skylda aðildarríki til að setja refsilög þegar sú leið væri nauðsynleg til þess að tryggja að markmiðum bandalagsins yrði náð. Af þessu leiddi að tvö skilyrði þurfti að uppfylla til að Framkvæmdastjórnin gæti skyldað aðildarríkin til þess að setja refsilög. Verndarandlag gerðarinnar hefur þurft að vera innan valdasviðs fyrstu stoðarinnar og meðalhófs hefur verið gætt við val á löggjöf. Ekki hefur verið hægt að skylda aðildarríki til þess að setja refsilög ef önnur, vægari löggjöf er nægileg til þess að tryggja markmið bandalagsins.<sup>22</sup>

## 2.2 Innleiðing gerða ESB í landsrétt

Aðildarríki ESB beita mismunandi aðferðum við að innleiða gerðir sem refsheimildir í landsrétt. Í fyrsta lagi má nefna þá leið að yfirfæra hina refsiverðu háttsemi orðrétt úr viðkomandi gerð yfir í innlend refsilög. Önnur leið er að vísa til gerðarinnar með refsheimild. Einnig geta ríki þýtt inntak gerðarinnar og komið henni fyrir í refsheimildum að landsrétti. Sú aðferð er helst til þess fallin að fella refsheimildina að þeim landsrétti sem við á hverju sinni á meðan fyrstnefndu aðferðirnar tryggja frekar að aðildarríki hafi virt skyldur sínar gagnvart Evrópusambandinu.<sup>23</sup>

Eins og komið hefur fram hafa gerðir þriðju stoðarinnar ekki haft beina réttaráhrif í landsrétti, því þær hafa ekki haft áhrif á refsirétt aðildarríkjanna fyrr en þær hafa verið innleiddar. Hins vegar hefur Evrópuþingurinn staðfest að meginreglan um skyldu aðildarríkjanna til tryggrar samvinnu (loyal cooperation) þegar kemur að túlkun á gerðum Evrópubandalagsins eigi einnig við um gerðir þriðju stoðarinnar<sup>24</sup>, þrátt fyrir að þær hafi ekki haft bein réttaráhrif og aðildarríkjunum ekki borið skylda til þess að framfylgja þeim.<sup>25</sup> Þannig ber dómstólum aðildarríkjanna að túlka landslög til samræmis við rammaákvæðanir á sviði refsiréttar sem þýðir að einstaklingar geta krafist réttar síns á grundvelli slíkra gerða þó þær hafi ekki verið innleiddar á fullnægjandi hátt.<sup>26</sup> Að lokum túlka dómstólar aðildarríkjanna þær refsheimildir sem leiðir af

---

<sup>22</sup> André Klip: *European Criminal Law. An Integrative Approach*, bls. 163.

<sup>23</sup> André Klip: *European Criminal Law. An Integrative Approach*, bls. 204-205.

<sup>24</sup> EBD mál C-105/03, 16. júní 2005.

<sup>25</sup> André Klip: *European Criminal Law. An Integrative Approach*, bls. 18.

<sup>26</sup> Laviero Buono, Peter Cullen : „Creating an Area of Criminal Justice in the EU: Putting Principles into Practice“, bls. 3.

gerðum ESB í samræmi við regluverk Evrópusambandsins í heild en eru við þá túlkun að sjálfsögðu bundnir af lögmætisreglunni og sjónarmiðum um skýrleika refsheimilda.<sup>27</sup>

Gerðir Evrópubandalagsins hafa hins vegar haft bein réttaráhrif sem hefur talsverða þýðingu fyrir refsirétt aðildarríkjanna. Meginreglan er sú að það sé innan valdsviðs aðildarríkjanna að hrinda gerðum Evrópubandalagsins í framkvæmd. Þetta þýðir þó ekki að aðildarríkjunum hafi verið frjálst að innleiða gerðirnar á þann hátt sem þeim sýnist, því að þau hafa verið bundin af 3. mgr. 4. gr. Maastrichtsamningsins (áður 10. gr. samningsins um Evrópubandalagið) sem hefur verið nánar skilgreind af Evrópudómstólnum. Af 10. gr. samningsins leiðir skyldu aðildarríkjanna til þess að framfylgja gerðunum á áhrifaríkan, viðeigandi og fyrirbyggjandi hátt.<sup>28</sup> Í greininni felst bæði jákvæð skylda aðildarríkjanna til þess að framfylgja skyldum sínum samkvæmt samningnum sem og neikvæð skylda til þess að forðast nokkuð sem gæti sett markmið sambandsins í hættu.<sup>29</sup> Afleiðing þessarar skyldu fyrir aðildarríkin er óbein samræming landsréttar. Á þetta bæði við um efnislegan refsirétt og sakamálaréttarfar.<sup>30</sup>

Í fyrsta lagi er um að ræða neikvæða aðlögun (negative integration), þ.e. þegar gildandi refsiréttur er í ósamræmi við EB-gerðir. Í slíkum tilfellum víkja gildandi refsilög fyrir áhrifum EB gerða sem hafa ekki verið innleiddar á fullnægjandi hátt.<sup>31</sup> Í öðru lagi getur samræmingin átt sér stað með jákvæðri aðlögun (positive integration) en í henni felst skylda til þess að breyta lögum eða framkvæmd á sviði refsiréttar eða sakamálaréttarfars ef þau standa í vegi fyrir það að EB-gerðir séu innleiddar á áhrifaríkan hátt.<sup>32</sup> Slík aðlögun getur t.d. birst í skyldu aðildarríkjanna til þess að sækja einstaklinga til sakar fyrir brot á refsilögum sem sett hafa verið til þess að

---

<sup>27</sup> André Klip: *European Criminal Law. An Integrative Approach*, bls. 205.

<sup>28</sup> John A. E. Vervaele: „The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration“, bls. 278.

<sup>29</sup> André Klip: *European Criminal Law. An Integrative Approach*, bls. 31.

<sup>30</sup> John A. E. Vervaele: „The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration“, bls. 280.

<sup>31</sup> Sjá t.d. *EBD mál C-358/93 og C-416/93*, 23. febrúar 1995. Í því máli komst Evrópudómstóllinn að þeirri niðurstöðu að spænsk refsilög sem lögðu þá skyldu á einstaklinga að gera grein fyrir reiðufé sem þeir hygðust flytja úr landi að viðlagðri refsingu væru í andstöðu við tilskipun 88/361/EB. Þar af leiðandi úrskurðaði dómstóllinn að innlendir dómstólar skyldu byggja niðurstöðu sína á viðeigandi ákvæðum tilskipunarinnar og víkja frá þeim réttarreglum landsréttar sem færu í bága við hana.

<sup>32</sup> John A. E. Vervaele: „The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration“, bls. 280.

innleiða EB gerðir.<sup>33</sup> Neikvæð aðlögun hefur verið mun algengari en jákvæð aðlögun þegar kemur að refsirétti og hefur oftast en ekki verið afleiðing skyldu aðildarríkjanna til þess að virða fjórfrelsið.<sup>34</sup> Hvað varðar aðlögun á sviði refsiréttar og sakamálaréttarfars skal þó höfð í huga sú meginregla að bein réttaráhrif EB gerða á sviði refsiréttar geta ekki haft neikvæð áhrif á rétt einstaklinga. Því er ekki mögulegt að sækja einstaklinga til sakar á grundvelli gerða sem hafa verið innleiddar á ófullnægjandi hátt í landsrétt.

Þar að auki ber aðildarríkjunum skylda til þess að mismuna ekki innlendum og evrópskum hagsmunum sama eðlis (assimilation principle). Þannig ber aðildarríkjunum skylda til þess að veita hagsmunum Evrópubandalagsins jafnríka réttarvernd samkvæmt landslögum og sambærilegum innlendum hagsmunum er veitt. Sem dæmi má nefna að sé refsilöggjöf beitt um skattsvik innan aðildarríkis ber því ríki einnig að beita refsilöggjöf við tollalagabrotum sem beinast að hagsmunum Evrópubandalagsins.<sup>35</sup>

Evrópudómstóllinn hefur skorið úr um mikilvæg atriði varðandi skyldur aðildarríkjanna á sviði refsiréttar. Í máli Framkvæmdastjórnarinnar gegn Þýskalandi staðfesti dómstóllinn að aðildarríkjunum getur verið skylt að setja refsilög í þeim tilgangi að innleiða EB-gerðir. Í málinu hélt þýska ríkið því fram að aðildarríkjum gæti aðeins verið skylt að innleiða EB-gerðir með viðurlögum við nánar tilgreindar aðstæður. Þessari afstöðu var hafnað af dómstólnum sem komst að þeirri niðurstöðu að 5. gr. EB-samningsins legði þá skyldu á aðildarríkin að grípa til allra nauðsynlegra aðgerða til þess að tryggja að EB-gerðum yrði fylgt, þ.á m. með setningu viðurlaga.<sup>36</sup> Hins vegar er slíkri túlkun sett mörk hvað varðar skerðingu réttinda einstaklinga. Aðildarríki geta þannig ekki átt annarra kosta vöð en að fylgja eftir gerðum Evrópubandalagsins með setningu refsilaga. Aðildarríki innleiða því stóran hluta gerða sem stafa frá

---

<sup>33</sup> Sjá t.d. *EBD mál C-265/95*, 9. desember 1997. Í því máli komst Evrópudómstóllinn að þeirri niðurstöðu að frönsk stjórnvöld höfðu ekki gripið til viðeigandi aðgerða til þess að stöðva aðgerðir franskra bænda sem beindust gegn innflutningi landbúnaðarvara frá öðrum aðildarríkjum. Máli sínu til stuðnings benti dómstóllinn á að afar lítil hluti þeirra sem tekið höfðu þátt í slíkum aðgerðum hafði verið sóttur til saka. Því höfðu frönsk stjórnvöld brugðist skyldum sínum gagnvart ákvæðum EB-samningsins er vörðuðu frjálsa för ávexta og grænmetis innan bandalagsins.

<sup>34</sup> André Klip: *European Criminal Law. An Integrative Approach*, bls. 31. Fjórfrelsið er hugtak sem vísar til frelsis til flutninga fólks, varnings, þjónustu og fjármagns innan innri markaðar Evrópusambandsins.

<sup>35</sup> John A. E. Vervaele: „The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration“, bls. 279. Sjá í þessu sambandi dóm Evrópudómstólsins, *EBD mál C-68/88*, 21. september 1989. Enn fremur hefur Evrópudómstóllinn staðfest að þessi skylda nái til framkvæmdar refsilaga, sjá *EBD mál C-265/95*, 9. desember 1997.

<sup>36</sup> *EBD mál C-217/88*, 10. júlí 1990.

Evrópubandalaginu með refsheimildum. Má þar nefna tilskipanir Evrópubandalagsins um peningaþvætti og innherjavíðskipti en aðildarríki Evrópusambandsins hafa öll innleitt þær með refsilöggjöf.<sup>37</sup>

### 2.3 Þróun samvinnu á sviði sakamála í kjölfar Maastricht samningsins

Í kjölfar stofnunar þriðju stoðarinnar með Maastrichtsamningnum hefur samstarfi milli aðildarríkja ESB á sviði sakamála fleygt fram. Með Maastrichtsamningnum var sett á fót samvirkt kerfi aðila innan réttarkerfa aðildarríkjanna (líason magistrates) sem hafa það hlutverk að auðvelda lagalega aðstoð og framsal milli aðildarríkjanna. Með samningnum var Europol jafnframt stofnað. Sú stofnun þjónar hlutverki gagnabanka, greiningardeildar og upplýsingamiðlunar á sviði lögreglumála meðal aðildarríkja ESB. Með Amsterdamsamningnum var Schengen lögreglusamstarfið síðan tekið upp í Evrópusambandið. Árið 2002 var Eurojust stofnað en það gegnir hlutverki tengslanets saksóknara aðildarríkjanna til aukins samstarfs og er vettvangur fyrir sameiginlega ákvörðunartöku hvað varðar saksókn innan ESB.<sup>38</sup> Árið 2005 tók síðan gildi samningur Evrópusambandsins um gagnkvæma réttaraðstoð í sakamálum. Hann á að auðvelda samvinnu dóms-, lögreglu- og tollayfirvalda aðildarríkjanna.<sup>39</sup> Með samningnum er bein samvinna milli framkvæmdavalds aðildarríkjanna á sviði sakamála gerð að meginreglu en með því var horfið frá fyrri meginreglu um að slík samvinna færi í gegnum utanríkisráðuneyti aðildarríkjanna.<sup>40</sup> Með Lissabonsáttmálanum, sem tók gildi 1. desember 2009, er stefnt að frekara samstarfi og samræmingu lögreglu og dómsyfirvalda aðildarríkjanna.<sup>41</sup>

Einnig hefur orðið hröð þróun hvað varðar framkvæmdarvald sambandsins á sviðum sem standa í nánnum tengslum við refsirétt aðildarríkjanna. Framkvæmdastjórnin hefur rannsóknarheimildir auk heimilda til þess að leggja á viðurlög á sviði evrópsks samkeppnisréttar.

---

<sup>37</sup> Bert Swart: „From Rome to Maastricht and Beyond: The Problem of Enforcing Community Law.“, bls. 11-12.

<sup>38</sup> André Klip: *European Criminal Law. An Integrative Approach*, bls. 46. Eurojust var stofnað með ákvörðun Ráðherraráðsins 2002/187/DIM.

<sup>39</sup> Samningurinn var samþykktur af Ráðherraráðinu 29. maí 2000, á grundvelli 34. gr. Maastrichtsamningsins og tók við af rammaákvörðun 2002/465/DIM um sameiginleg rannsóknarteymi.

<sup>40</sup> John A. E. Vervaele: „The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration“, bls. 287.

<sup>41</sup> Sjá nánari umfjöllun í kafla 2.6.

Þessar heimildir eru stjórnsýslulegs eðlis og fela í sér umsjón fyrirtæka og einstaklinga, yfirheyrslur, leit og gerð afrita af gögnum sem finnast við leit. Vegna þess hve þessum heimildum svipar til heimilda sakamálaréttarfars verður Framkvæmdastjórnin að leita til innlendra dómstóla í þeim tilvikum þegar aðilar sem rannsaka á veita ekki samþykki sitt til slíkra aðgerða.<sup>42</sup> Undir Framkvæmdastjórnina heyrir stofnunin OLAF á sviði fjársvika sem hefur bæði heimildir til þess að krefjast þess að aðildarríki hefji rannsókn með þátttöku rannsóknaraðila OLAF auk heimilda OLAF til þess að standa að sjálfstæðri rannsókn innan aðildarríkja.<sup>43</sup> Með Lissabonsáttmálanum er síðan áformað að setja á fót embætti Evrópsks saksóknara, sem mun hafa það hlutverk að rannsaka og sækja mál sem varða brot gegn fjárhagslegum hagsmunum Evrópusambandsins.<sup>44</sup>

## **2.4 Samræming á efnislegum refsirétti innan þriðju stoðarinnar**

Samkvæmt Maastrichtsamningnum takmarkaðist hlutverk þriðju stoðarinnar á sviði refsímála við samvinnu milli dómsmálayfirvalda og lögreglu aðildarríkja, en ekki var gert ráð fyrir samræmingu efnislegs refsiréttar eða sakamálaréttarfars. Brátt fór þó að bera á ýmsum gerðum sem stöfuðu frá þriðju stoðinni og vörðuðu efnislegan refsirétt sem strangt til tekið var ekki innan verksviðs stoðarinnar samkvæmt ESB-samningnum. Þetta átti helst við um gerðir sem voru ekki bindandi fyrir aðildarríkin en þær varða m.a. hryðjuverkstarfsemi, peningaþvætti, umhverfisbrot, umferðarlagabrot, mansal og fölsun.<sup>45</sup>

Með Amsterdamsamningnum sem tók gildi árið 1999 var þriðju stoðinni breytt þannig að hún var skilgreind sem stoð samstarfs á sviði lögreglu og dómsvalds. Samkvæmt 29. gr. samningsins náði slík samvinna einnig til samræmingar (approximation) á löggjöf aðildarríkjanna á sviði sakamálaréttarfars. Mikilvægt skref var síðan stigið í átt að samræmingu efnislegs refsiréttar með ályktunum Tamperefundarins sama ár og samningurinn tók gildi, um að meginregla Evrópubandalagsins um gagnkvæma viðurkenningu (mutual recognition)

---

<sup>42</sup> John A. E. Vervaele: „The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration“, bls. 284.

<sup>43</sup> Sama rit, bls. 285.

<sup>44</sup> Sjá 69. gr. E Lissabonsamningsins.

<sup>45</sup> John A. E. Vervaele: „The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration“, bls. 285.

aðildarríkjanna á landsrétti hvers annars yrði gerð að hornsteini samstarfs innan þriðju stoðarinnar á sviði dómsmála. Í þessari reglu felst skylda aðildarríkja til þess að viðurkenna dóma og úrskurði sem kveðnir hafa verið upp í öðrum aðildarríkjum án mikilla formála. Með þessu er stefnt að samræmingu sakamálaréttarfars innan ESB.<sup>46</sup> Í kjölfarið hafa fylgt ýmsar gerðir sem snúast um gagnkvæma viðurkenningu, s.s. rammaákvörðun 2002/584/DIM um evrópska handtökuskipun, rammaákvörðun 2003/577/DIM um framkvæmd ákvarðana um frystingu eigna og sönnunargagna, rammaákvörðun 2005/214/DIM um gagnkvæma viðurkenningu varðandi sektir, rammaákvörðun 2006/783/DIM um gagnkvæma viðurkenningu á ákvörðunum um upptöku eigna og rammaákvörðun 2008/675/DIM um það að taka tillit til sakfellinga í öðrum aðildarríkjum við nýja dómsákvörðun. Með Haagáætluninni sem hófst árið 2004 var slík gagnkvæm viðurkenning og samvinna lögreglu aðildarríkjanna styrkt enn frekar, m.a. með því að kynna til sögunnar nýja meginreglu þess efnis að þær upplýsingar sem yfirvöld aðildarríkjanna þarfnast vegna starfsemi lögreglu skuli að meginreglu vera aðgengilegar fyrir tilstuðlan yfirvalda annarra aðildarríkja (principle of availability).<sup>47</sup> Enn fremur kveður 31. gr.

Amsterdamsamningsins á um það að settar verði lágmarksreglur sameiginlegar öllum aðildarríkjunum hvað varðar efnislega þætti refsíákvæða og viðurlög á sviði skipulagðrar brotastarfsemi, hryðjuverka og flutninga á fíkniefnum. Að lokum var ný tegund gerða, rammaákvörðanir (framework decisions), kynntar til sögunnar með Amsterdamsamningnum en þeim er ætlað það hlutverk að samræma refsirétt aðildarríkjanna. Aðildarríki þurfa ekki að samþykka rammaákvörðanir en ber að innleiða þær innan ákveðinna tímamarka. Í kjölfarið hefur frumkvæði og löggjafarvald þriðju stoðarinnar styrkst til muna.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Sama rit, bls. 289.

<sup>47</sup> Í kjölfarið hafa þær raddir orðið æ háværarí sem krefjast aukinna verndar á persónuupplýsingum einstaklinga innan aðildarríkjanna. Laviero Bueno, Peter Cullen : „Creating an Area of Criminal Justice in the EU: Putting Principles into Practice“, bls. 2.

<sup>48</sup> John A. E. Vervaele: „The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration“, bls. 291.

## 2.5 Einkenni gerða sem varða samræmingu efnislegs refsiréttar

Áður en lengra er haldið verður hér gefið stutt yfirlit yfir sameiginleg einkenni gerða sem stefna að samræmingu efnislegs refsiréttar aðildarríkjanna. Er hér mestmegnis um að ræða rammaákvæðanir þriðju stoðarinnar. Tekið skal fram að þessi kafli er að mestu byggður á skrifum fræðimannsins André Klip.

### 2.5.1 Verndarandlag

Með endurskipulagningu þriðju stoðarinnar með Amsterdamsamningnum voru áherslur samstarfsins endurskilgreindar. Þar ber hæst baráttuna gegn skipulagðri brotastarfsemi í ýmsum myndum, s.s. hryðjuverkastarfsemi, mansal, kynferðisbrot gegn börnum, ólöglega sölu og flutning á fíkniefnum og vopnum, spillingu og fjársvik.<sup>49</sup>

Mögulegt er að flokka verndarandlag réttargerða ESB á sviði refsiréttar í nokkra flokka. Fyrst er að telja þær gerðir sem settar hafa verið til verndar fjárhagslegum hagsmunum Sambandsins. Hér má nefna gerðir settar til höfuðs fjársvika sem beinast að Evrópubandalaginu (EC fraud), jafnframt því sem komið hefur verið á fót rannsóknarteymum til þess að rannsaka slík brot eins og áður hefur komið fram. Í öðru lagi má nefna gerðir á sviði samkeppnisréttar<sup>50</sup> og til verndar fjármálamarkaðinum<sup>51</sup>, í þriðja lagi gerðir til varnar spillingu innan stjórnsýslukerfis ESB og aðildarríkjanna<sup>52</sup>, í fjórða lagi gerðir settar til að stuðla að réttlátri málsmeðferð<sup>53</sup> og að lokum má nefna gerðir til verndar umhverfinu<sup>54</sup>, heilsu manna<sup>55</sup> og til að vernda mannlega reisn.<sup>56</sup> Eins og sjá má ef þessari flokkun beinist meginþorri gerða ESB að verndun fjárhagslegra hagsmuna

---

<sup>49</sup> Jaap de Zwaan, Mireille Vrouenraets: „The Future of the Third Pillar: An Evaluation of the Treaty of Amsterdam“, bls. 210.

<sup>50</sup> Sjá t.d. rammaákvörðun 2003/568/DIM um spillingu innan einkageirans.

<sup>51</sup> Sjá t.d. tilskipun 2005/60/EB um peningabætti.

<sup>52</sup> Sjá t.d. milliríkjasamning ESB um spillingu frá árinu 1997 og samskipti Framkvæmdastjórnarinnar 2003/317/COM um alhliða stefnu ESB gegn spillingu.

<sup>53</sup> Sjá t.d. stofnskrá Evrópudómstólsins.

<sup>54</sup> Sjá t.d. rammaákvörðun 2003/80/DIM um náttúruvernd.

<sup>55</sup> Sjá t.d. rammaákvörðun 2004/757/DIM um ólögleg viðskipti með fíkniefni.

<sup>56</sup> Sjá t.d. Sameiginlegar aðgerðir 97/154/DIM gegn mansali. André Klip: *European Criminal Law. An Integrative Approach*, bls. 197-202.



sem tengjast innri markaðinum.<sup>57</sup> Þær gerðir sem eftir eru varða allflestar brot sem tengjast oftast en ekki skipulagðri brotastarfsemi sem tekur til fleiri en eins lands. Hér er um að ræða sameiginlegt vandamál allra aðildarríkjanna sem tengjast fjórfrelsinu og hefur því þótt nauðsynlegt að aðildarríkin bregðist sameiginlega við því..

### 2.5.2 Refsiverð háttsemi

Engin skilyrði er að finna innan regluverks eða dómaframkvæmdar ESB hvað varðar skilgreiningu á refsiverðri háttsemi. Af þessu leiðir að skilgreiningu á slíkri háttsemi verður að ráða af þeim gerðum sem innleiddar hafa verið sem refsheimildir í landsrétti aðildarríkjanna.<sup>58</sup> Þessar gerðir eru hins vegar oft á tíðum nokkuð óljósar hvað varðar mörk hinnar refsiverðu háttsemi eins og fjallað verður um í síðari köflum þessarar ritgerðar.

### 2.5.3. Huglæg afstaða

Meginreglan er sú að ásetningur er skilyrði þess að verknaður samkvæmt gerðum ESB teljist saknæmur. Rammaákvörðanir þriðju stoðarinnar takmarkast því flestallar við að verknaður hafi verið framinn af ásetningi. Þó eru dæmi þess að rammaákvörðanir setji gáleysi sem skilyrði fyrir refsíabyrgð.<sup>59</sup> Að lokum hefur Evrópuþingurinn skorið úr um að hlutlæg refsíabyrgð sé möguleg samkvæmt Evrópurétti en að taka skuli tillit til þess að refsíabyrgð liggi á hlutlægum grundvelli þegar viðurlög við brotinu eru ákvörðuð.<sup>60</sup>

### 2.5.4. Lögsaga

Af gerðum ESB má ráða að meginreglan er sú að ríki sækja einstakling eða lögaðila til sakar ef viðkomandi hefur framið brot alfarið innan lögsögu þess eða að hluta innan hennar.<sup>61</sup> Þá eru

---

<sup>57</sup> Sama rit, bls. 202.

<sup>58</sup> Sama rit, bls. 187.

<sup>59</sup> Sjá rammaákvörðun 2003/80/DIM um náttúruvernd og rammaákvörðun 2005/667/DIM um mengun af völdum skipa.

<sup>60</sup> Sjá EBD mál C-262/99, 12. júlí 2001 og EBD mál C-177/95, 27. febrúar 1997. Sjá André Klip: *European Criminal Law. An Integrative Approach*, bls. 188-191.

<sup>61</sup> Sjá t.d. rammaákvörðun 2004/757/DIM um ólögleg viðskipti með fíkniefni.

dæmi þess að ríki hafi lögsögu vegna brota sem hafa verið framin utan landfræðilegrar lögsögu en hafa þó tengsl við hana, s.s. að brot hafi verið framið fyrir tilstilli tölvukerfis sem náðst hefur aðgangur að innan lögsögu viðkomandi ríkis<sup>62</sup> eða að eitthvert brot hryðjuverkasamtaka hafi verið framið að heild eða að hluta innan lögsögu þess.<sup>63</sup> Auk þess eru dæmi um að aðildarríki hafi lögsögu vegna brota sem eru framin á skipi eða loftfari sem siglir undir fána ríkisins.<sup>64</sup>

Auk meginreglunnar um að ríki hafi lögsögu ef brotið hefur verið framið innan landfræðilegrar lögsögu þess eru einnig dæmi um að ríki hafi lögsögu yfir ríkisborgurum sínum<sup>65</sup> eða þeim sem þar eru búsettir<sup>66</sup> þó að þeir fremji brotin erlendis. Vakin hefur verið athygli á því að í slíkum tilfellum er það almennt ekki skilyrði að brotið sé refsivert í því landi þar sem það hefur verið framið.<sup>67</sup> Þetta er til merkis um stefnu Evrópusambandsins að afmá regluna um tvöfalt refsinaemi sem mun vera til umfjöllunar síðar í þessari ritgerð. Að lokum má nefna dæmi þess að ríki hafi lögsögu vegna brota ef það ríki sem annars ætti lögsögu getur ekki saksótt fyrir brotin<sup>68</sup>, brotið hefur verið gegn verndarhagsmunum þess<sup>69</sup> og jafnvel óháð því hvar brotið er framið, jafnvel þó að það sé framið utan Evrópusambandsins.<sup>70</sup>

## 2.6 Áhrif Lissabonsáttmálans á samræmingu refsiréttar og samvinnu á sviði sakamála

Sem fyrr segir hefur stoðaskiptan ESB verið afnumin með Lissabonsáttmálanum og þriðja stoðin verið færð undir þá fyrstu. Þriðja stoðin hefur þannig öðlast yfirþjóðlegt vald sem hluti EB sem hefur m.a. þær afleiðingar að gerðir hennar munu nú öðlast beina réttarverkan. Þessar breytingar munu því hafa mikilvæg áhrif bæði á stofnanir ESB og aðildarríki sambandsins. Með 4. kafla sáttmálans, sem fjallar um samvinnu dómsyfirvalda í sakamálum, er staðfest meginreglan um gagnkvæma viðurkenningu á dómum og úrskurðum sem kveðnir hafa verið upp í öðrum

---

<sup>62</sup> Sjá t.d. rammaákvörðun 2004/68/DIM um barnaklám.

<sup>63</sup> Sjá t.d. rammaákvörðun 2002/475/DIM um baráttuna gegn hryðjuverkum.

<sup>64</sup> Sjá t.d. rammaákvörðun 2002/475/DIM um baráttuna gegn hryðjuverkum. André Klip: *European Criminal Law. An Integrative Approach*, bls. 178-181.

<sup>65</sup> Sjá t.d. rammaákvörðun 2004/757/DIM um ólögleg viðskipti með fíkniefni.

<sup>66</sup> Sameiginlegar aðgerðir 97/154/DIM gegn mansali.

<sup>67</sup> Sjá André Klip: *European Criminal Law. An Integrative Approach*, bls. 181-184.

<sup>68</sup> Sameiginlegar aðgerðir 97/154/DIM gegn mansali.

<sup>69</sup> Sjá t.d. rammaákvörðun 2002/475/DIM um baráttuna gegn hryðjuverkum.

<sup>70</sup> Sjá t.d. rammaákvörðun 2000/383/DIM um innleiðingu evrunnar og tilskipun 2005/60/EB um ráðstafanir gegn því að fjármálakerfið sé notað til peningabættis og til fjármögnunar hryðjuverka. André Klip: *European Criminal Law. An Integrative Approach*, bls. 184-186.

aðildarríkjum.<sup>71</sup> Þá er stefnt að samræmingu löggjafar aðildarríkjanna hvað varðar viðurkenningu á sönnunargögnum frá öðrum aðildarríkjum<sup>72</sup>, réttindi einstaklinga við meðferð sakamála<sup>73</sup>, réttindi brotþola<sup>74</sup> og önnur atriði sem varða meðferð sakamála<sup>75</sup>. Þá er Ráðherraráðinu og Evrópuþinginu veitt heimild til að setja tilskipanir sem kveða á um skilgreiningu alvarlegra brota sem eðli sínu samkvæmt ná yfir landamæri fleiri landa. Þessi brot eru hryðjuverk, mansal, ólöglegur flutningur fíkniefna og vopna, peningþvætti, spilling, fjársvik, tölvutengd brot og skipulögð brotastarfsemi. Ráðherraráðinu er enn fremur heimilt að fella önnur brot hér undir. Ráðherraráðinu og Evrópuþinginu er jafnframt veitt heimild til að ákvarða lágmarksviðurlög við þessum brotum.<sup>76</sup> Þá er hlutverk Eurojust og Europol staðfest með sáttmálanum.<sup>77</sup> Með 5. kafla sáttmálans, sem fjallar um samvinnu lögreglu, er Ráðherraráðinu veitt heimild til að grípa til aðgerða í því skyni að auðvelda samvinnu lögreglu aðildarríkjanna, m.a. með því að samræma rannsóknaraðferðir lögreglu aðildarríkjanna í tengslum við skipulagða brotastarfsemi.<sup>78</sup>

Af þessu er ljóst að ákvæði Lissabonsáttmálans sem varða samræmingu refsiréttar og samvinnu á sviði sakamála eru í takt við þá þróun sem hér hefur verið fjallað um. Meginreglurnar um gagnkvæma viðurkenningu og gagnkvæma aðstoð sem samstarf á sviði sakamála hefur byggst á undanfarin ár eru óbreyttar samkvæmt sáttmálanum. Þá gegna Europol og Eurojust sama lykilhlutverki og áður við samvinnu sakamála. Ráðherraráðið hefur áfram mikilvægu hlutverki að gegna hvað varðar samræmingu efnislegs refsiréttar aðildarríkjanna en deilir nú löggjafarvaldinu með Evrópuþinginu, í takt við kröfur um lýðræðislegu lagasetningarferli innan Evrópusambandsins. Mikilvægasta breytingin sem Lissabonsáttmálinn hefur í för með sér hvað varðar samræmingu efnislegs refsiréttar er án vafa afnám stoðakerfisins. Sem fyrr segir mun þriðja stoðin færð undir hina fyrstu og munu því mismunandi réttaráhrif gerða EB og þriðju

---

<sup>71</sup> 1. mgr. 69. gr. A. Lissabonsáttmálans.

<sup>72</sup> a-liður 2. mgr. 69. gr. A. Lissabonsáttmálans.

<sup>73</sup> b-liður 2. mgr. 69. gr. A. Lissabonsáttmálans.

<sup>74</sup> c-liður 2. mgr. 69. gr. A. Lissabonsáttmálans.

<sup>75</sup> d-liður 2. mgr. 69. gr. A. Lissabonsáttmálans.

<sup>76</sup> 1. mgr. 69. gr. B. Lissabonsáttmálans.

<sup>77</sup> 1. mgr. 69. gr. D. og 1. mgr. 69. gr. G. Lissabonsáttmálans.

<sup>78</sup> c-liður 2. mgr. 69. gr. F. Lissabonsáttmálans.

stoðarinnar heyra sögunni til. Gert er ráð fyrir því að tilskipanir verði settar með það fyrir augum að samræma refsirétt aðildarríkjanna<sup>79</sup> og taki þannig við af hlutverki rammaákvæðana.

### 3 Mannréttindavernd innan ESB

Evrópusambandið hefur unnið jöfnum höndum að því að bæta mannréttindavernd innan sambandsins undanfarin ár. Mannréttindayfirlýsing Evrópuþingsins árið 1989 var fyrsta tilraun Evrópubandalagsins til þess að setja á stofn mannréttindaskrá. Gildi skrárinnar var þó að mestu táknrænt, því að hún hafði ekki lagalegt gildi.<sup>80</sup> Meiri þýðingu hafði sú niðurstaða Evrópudómstólsins að mannréttindi væru hluti af grunnreglum bandalagsréttar og þar af leiðandi bindandi fyrir Evrópubandalagið. Þessar grunnreglur varða m.a. mannréttindavernd einstaklinga aðildarríkjanna og snerta efnislegan refsirétt og sakamálaréttarfar. Hér má nefna grunnreglurnar um lögbundnar refsheimildir, rétt einstaklinga til verjanda, réttláta málsmeðferð o.fl.<sup>81</sup>

Dómaframkvæmd Evrópudómstólsins var staðfest með 2. mgr. 6. gr. Maastrichtsamningsins. Samkvæmt henni á Evrópusambandið að virða grunnmannréttindi eins og þau eru tryggð með Mannréttindasáttmála Evrópu<sup>82</sup> og sameiginlegum stjórnarskrárhefðum aðildarríkja ESB þar sem þær mynda hluta bandalagsréttar.<sup>83</sup> Þessi grein hefur þó haft takmarkað gildi bæði gagnvart Evrópudómstólnum og Mannréttindadómstól Evrópu.<sup>84</sup> Hún hvorki bætti þá mannréttindavernd sem Evrópudómstóllinn hafði nú þegar staðfest með dómaframkvæmd sinni né skuldbatt hún Evrópusambandið til eftirfylgni við MSE þar sem ESB var ekki aðili að

---

<sup>79</sup> Sjá 1. mgr. 69. gr. B. Lissabonsáttmálans.

<sup>80</sup> Nanette A. Neuwahl: „The Treaty on European Union: A Step Forward in the Protection of Human Rights?“, bls. 16-17.

<sup>81</sup> John A. E. Vervaele: „European Criminal Law and General Principles of Union Law“, bls. 131. Nýleg þróun dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins hefur síðan verið á þann veg að ríki brjóti gegn skyldum sínum að bandalagsrétti brjóti þau gegn mannréttindum við innleiðingu gerða EB. Sjá *EBD mál C-5/88, 13. júlí 1989*. Nanette A. Neuwahl: „The Treaty on European Union: A Step Forward in the Protection of Human Rights?“, bls. 6-9.

<sup>82</sup> Hér eftir MSE.

<sup>83</sup> Nefna má aðra varnagla við mannréttindabrotum sem má finna í Maastrichtsamningnum s.s. 7. gr. sem veitir Ráðherraráðinu heimild til þess að grípa til ráðstafana gagnvart aðildarríkjum vegna ítrekaðra brota þeirra á mannréttindaákvæði 2. mgr. 6. gr., heimild Evrópudómstólsins til þess að hafa eftirlit með ráðstöfunum Ráðherraráðsins við fyrrnefndar kringumstæður og 49. gr. sem vísar til mannréttindaákvæðis 2. mgr. 6. gr. við aðildarumsókn ríkja að ESB. Lukasz Fonfara: „The Charter of Fundamental Rights of the European Union as an Act of Constitutional Nature“, bls. 50.

<sup>84</sup> Hér eftir MDE.

sáttmálanum og gat því ekki átt aðild að málum sem Mannréttindadómstóllinn fjallaði um.<sup>85</sup> Breytingin sem greinin hafði í för með sér fólst fyrst og fremst í því að sú mannréttindavernd sem náði áður til bandalagsréttar náði nú til Evrópusambandsins í heild<sup>86</sup> og þar af leiðandi líka til þriðju stoðar ESB sem var jafnframt stofnuð með samningnum.<sup>87</sup> Hvað varðar viðauka við MSE og aðra mannréttinasáttmála sem aðildarríki ESB eru aðilar að hefur Evrópudómstóllinn vísað til slíkra heimilda ítrekað þó að þær séu ekki nefndar í greininni.<sup>88</sup>

Árið 2000 tók mannréttindaskrá ESB síðan gildi. Hún er undir miklum áhrifum af MSE en er ætlað að veita víðtækari og áþreifanlegri vernd en sáttmálinn. Henni var ekki veitt bindandi gildi fyrst um sinn en hún hefur samt sem áður haft mikil áhrif á dómaframkvæmd Evrópudómstólsins sem hefur vísað ítrekað til hennar í niðurstöðum sínum.<sup>89</sup> Mannréttindaskráin tekur bæði til stjórnmalalegra og borgaralegra réttinda og efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda. Hún tekur til fjölda einstakra réttinda, þar á meðal réttinda sem Evrópudómstóllinn hefur ekki tekið til umfjöllunar.<sup>90</sup> Hugmyndin á bak við hina nýju mannréttindaskrá var sú að togstreita milli Evrópudómstólsins og MDE þjónuðu ekki hagsmunum evrópsks samruna. Því væri það heppilegri kostur að hvor dómstóll fyrir sig hefði sína réttindaskrá. Á hinn bóginn hefur því verið velt upp hvort heppilegt sé að Evrópudómstóllinn sé eini dómstóllinn sem túlkar hina nýju réttindaskrá með tilliti til stöðu hans innan ESB.<sup>91</sup> Mannréttindaskráin var felld inn í stjórnarskrá ESB og hefði því orðið bindandi ef stjórnarskráin

---

<sup>85</sup> Ann Sherlock: „The Protection of Rights in the Enforcement and Application of Community Rules and Procedures“, bls. 44-45.

<sup>86</sup> Nanette A. Neuwahl: „The Treaty on European Union: A Step Forward in the Protection of Human Rights?“, bls. 14.

<sup>87</sup> Hvað varðar mannréttindavernd tengda þriðju stoðinni má einnig nefna gerðir stofnana ESB sem aukið hafa mannréttindavernd. Hvað varðar sakamálaréttarfar má hér nefna grænan pappír Framkvæmdastjórnarinnar COM/2003/75 um lágmarksstaðla fyrir varnagla í réttarfarlægum fyrir grunaða og sakborninga og rammaákvörðun 2001/220/JHA varðandi stöðu brotþola í sakamálum.

<sup>88</sup> Sjá t.d. álit Advocate General í Bosphorusmálinu en hann gerði ráð fyrir því að fyrsti viðauki við MSE ætti við um málið. Steve Peers: „Human Rights and the Third Pillar“, bls. 174. Nanette A. Neuwahl: „The Treaty on European Union: A Step Forward in the Protection of Human Rights?“, bls. 6-9.

<sup>89</sup> Siw Dörte Hempfing: „European convention on Human Rights: Just a Source of Inspiration? –Jurisprudence of the European Court of Justice“, bls. 18.

<sup>90</sup> Lukasz Fonfara: „The Charter of Fundamental Rights of the European Union as an Act of Constitutional Nature“, bls. 47-48.

<sup>91</sup> Lukasz Fonfara: „The Charter of Fundamental Rights of the European Union as an Act of Constitutional Nature“, bls. 52. Sjá síðari umfjöllun um mismunandi túlkun MDE og Evrópudómstólsins á MSE.

hefði verið samþykkt.<sup>92</sup> Með stjórnarskránni stóð einnig til að Evrópusambandið gerðist aðili að MSE.<sup>93</sup>

Mannréttindaskráin hefur nú verið felld inn í Lissabonsáttmálann og hefur því verið veitt bindandi lagalegt gildi.<sup>94</sup> Þar að auki er gert ráð fyrir því í sáttmálanum að ESB gerist aðili að MSE.<sup>95</sup> Evrópusambandið hefur því loks sett sér bindandi mannréttindaskrá sem tryggir einstaklingum innan aðildarríkja þess jafnríka réttarvernd og felst í Mannréttindasáttmála Evrópu, auk þess sem ESB mun gerast aðili að MSE. Því mun ESB vera bundið við tvær mannréttindaskrár í framtíðinni.

Þar sem ekki hafði tekist að setja bindandi mannréttindaskrá fyrir ESB fyrr en Lissabonsáttmálinn var samþykktur hefur mannréttindavernd innan þess fyrst og fremst byggst á dómaframkvæmd Evrópudómstólsins og MSE en öll aðildarríki ESB eru aðilar að honum. Í þessum kafla mun dómaframkvæmd Evrópudómstólsins könnuð með tilliti til mannréttindaverndar. Einnig munu áhrif MSE á Evrópurétt skoðuð og hvaða þýðingu dómaframkvæmd MDE hefur á mannréttindavernd innan ESB.

### 3.1 Evrópudómstóllinn og mannréttindavernd

Þrjár leiðir eru færar fyrir einstaklinga innan ESB til þess að leita réttar síns telji þeir á sér brotið vegna löggjafar sem frá sambandinu stafar. Í fyrsta lagi getur viðkomandi snúið sér til dómstóla síns heimalands, í öðru lagi getur hann farið með mál sitt fyrir Evrópudómstólinn í Lúxemborg og í þriðja lagi fyrir Mannréttindadómstól Evrópu í Strassborg. Áður en unnt er að fara með mál fyrir Mannréttindadómstólinn er nauðsynlegt að láta reyna til þrautar á innlend réttarúrræði. Þetta

---

<sup>92</sup> Alicia Hinarejos: „Recent Human Rights Developements in the EU Courts: The Charter of Fundamental Rights, the European Arrest Warrant and Terror Lists“, bls. 2.

<sup>93</sup> Sjá 2. mgr. 9. gr. I-hluta stjórnarskrártillögunnar og 32. viðauka hennar. Evrópubandalagið hefur gert tvær tilraunir, árin 1979 og 1990, til þess að gerast aðilar að MSE, án árangurs. Árið 1990 komst Evrópudómstóllinn að þeirri niðurstöðu að bæði þyrfti að breyta ESB og MSE til þess að slík aðild gæti orðið að rauneruleika. Siw Dörte Hempfing: „European convention on Human Rights: Just a Source of Inspiration? – Jurisprudence of the European Court of Justice“, bls. 23.

<sup>94</sup> Sjá 1. mgr. 6. gr. Lissabonsáttmálans.

<sup>95</sup> Sjá 2. mgr. 6. gr. Lissabonsáttmálans.

felur í sér að einstaklingar verða að fara með mál sem varðar bandalagsrétt fyrir Evrópudómstólinn áður en mögulegt er að fara með það fyrir MDE.<sup>96</sup>

Ákveðinnar togstreitu hefur gætt milli Evrópudómstólsins og dómstóla aðildarríkja ESB varðandi mannréttindavernd en Evrópudómstóllinn hefur komist að þeirri niðurstöðu að ómögulegt sé að bera gerðir Evrópubandalagsins saman við þá mannréttindavernd sem einstaka aðildarríki tryggja einstaklingum með löggjöf sinni.<sup>97</sup> Af þessu leiðir að dómstólar aðildarríkjanna geta ekki látið reyna á lögmati gerða Evrópusambandsins með tilliti til þeirrar mannréttindaverndar sem landsréttur hvers ríkis tryggir heldur verða þeir að bera gerðirnar saman við þá mannréttindavernd sem Evrópusambandið tryggir. Sem fyrr segir miðar Evrópudómstóllinn þá vernd við stjórnarskrár aðildarríkjanna og MSE en hefur verið bundinn við hvoruga réttarheimildina. Því hafa getað komið upp þær aðstæður að sú mannréttindavernd sem Evrópudómstóllinn hefur ákvarðað að ESB sé bundið við sé í ósamræmi við þá mannréttindavernd sem leitt hefur af landslögum aðildarríkjanna eða MSE.<sup>98</sup> Aðildarríki hafa því átt á hættu að uppfylla ekki skyldur sínar gagnvart Evrópusambandinu með því að virða skyldur sínar gagnvart MSE en með því að innleiða gerðir ESB í samræmi við skyldur sínar hafa þau hætt á að brjóta gegn MSE.<sup>99</sup> Þó að Evrópudómstóllinn hafi alltaf litið mjög til þeirrar verndar sem MSE veitir með dómaframkvæmd sinni<sup>100</sup> eru mörg dæmi þess að ósamræmi sé í túlkun Evrópudómstólsins og Mannréttindadómstóls Evrópu á umfangi einstakra réttinda. Sem dæmi má nefna dóma beggja dómstólana sem varða 8. gr. MSE eða friðhelgi heimilisins. Evrópudómstóllinn hefur túlkað þá vernd sem MSE tryggir þrengra en MDE. Þannig hefur

---

<sup>96</sup> Heide Schulz: „EC Cases Before the European Court of Human Rights“, bls. 139. Sjá einnig *MDE, Cantoni gegn Frakklandi*, 15. nóvember 1996 (17862/91).

<sup>97</sup> Sjá *EBD mál C-1/58*, 4. febrúar 1959. Þrátt fyrir þessa niðurstöðu ákvarðaði þýski stjórnlagadómstólinn sig bærán í máli *Solange I* til þess að láta reyna á gerðir Evrópubandalagsins með tilliti til mannréttindaverndar þýsku stjórnarskrárinnar á meðan Evrópubandalagið tryggði ekki sambærilega vernd. Í kjölfarið hóf Evrópudómstóllinn að vinna harðar að mótun mannréttindareglna sem tækju til gerða bandalagsins. Að lokum endurskoðaði þýski stjórnlagadómstóllinn afstöðu sína í máli *Solange II* og komst að þeirri niðurstöðu að þar sem sú mannréttindavernd, sem nú væri tryggð innan bandalagsins væri sambærileg við þýsku stjórnarskrána og því væri honum ekki lengur skylt að prófa gerðir Evrópubandalagsins við stjórnarskrá Þýskalands, svo framarlega sem þeirri mannréttindavernd sem bandalagið tryggði myndi ekki hraka. Bundesverfassungsgericht 25. júlí 1979 (*Solange I*) og Bundesverfassungsgericht 22. október 1986 (*Solange II*). John A. E. Vervaele: „European Criminal Law and General Principles of Union Law“, bls. 132.

<sup>98</sup> Ann Sherlock: „The Protection of Rights in the Enforcement and Application of Community Rules and Procedures“, bls. 46.

<sup>99</sup> Sama rit, sama stað.

<sup>100</sup> Sama rit, bls. 44.

Evrópudómstóllinn undanskilið fyrirtæki frá vernd ákvæðisins og komist að þeirri niðurstöðu að Framkvæmdastjórnin geti fyrirskipað húsleit í fyrirtækjum staðsettum í aðildarríkjunum án samþykkis viðkomandi aðila eða dómsúrskurðar.<sup>101</sup> Annað dæmi um þrönga túlkun Evrópudómstólsins á MSE varðar 6. gr. hans en Evrópudómstóllinn hefur komist að þeirri niðurstöðu að 6. gr. undanskilji rétt sakborninga til þess að lýsa sjálfa sig saklausa, öfugt við niðurstöður MDE sem hefur talið að greinin tryggi þann rétt.<sup>102</sup> Á hinn bóginn hefur Evrópudómstóllinn ítrekað litið til túlkunar MDE á einstaka ákvæðum MSE, þ.á m. á reglunni um lögbundnar refsheimildir sem felst í 7. gr. MSE.<sup>103</sup> Af fyrirnefndri dómaframkvæmd Evrópudómstólsins má sjá að hann hefur ekki talið sig bundinn af MSE eins og hann er túlkaður af MDE nema upp að vissu marki. Á hinn bóginn hefur Evrópudómstóllinn byggt á því að framfylgni við einstök ákvæði MSE eins og þau eru túlkuð af MDE sé hluti af skyldum aðildarríkjanna gagnvart ESB.<sup>104</sup> Þó að þessar niðurstöður séu að vissu leyti misvísandi um gildi dómaframkvæmdar MDE fyrir þá mannréttindavernd sem ESB tryggir einstaklingum innan þess er ljóst að túlkun MDE á MSE hefur haft mikilvæg áhrif á þá mannréttindavernd sem einstaklingar innan Evrópusambandsins njóta. Útlit er fyrir að áhrif MSE á ESB muni aukast enn frekar á næstu árum þar sem sambandið mun loks gerast aðili að mannréttinasáttmálanum. Hins vegar er enn óvíst hvaða áhrif þetta mun hafa á túlkun Evrópudómstólsins á MSE, það er hvort að Evrópudómstóllinn muni telja sig bundinn af MSE eins og hann er túlkaður af MDE í framtíðinni.

### 3.2 Mannréttindadómstóll Evrópu

MDE gerir greinarmun á frumheimildum bandalagsréttar og afleiddum bandalagsrétti þegar kemur að ábyrgð aðildarríkja ESB vegna mannréttindabrota samfara framkvæmd bandalagsréttar. Frumheimildir bandalagsréttar eru skapaðar af aðildarríkjunum sjálfum, s.s. stofnsáttmálar

---

<sup>101</sup> Sjá *EBD mál C-46/87 og 227/88*, 21. september 1989 og *MDE, Niemietz gegn Þýskalandi*, 16. desember 1992 (13710/88).

<sup>102</sup> Sjá *EBD mál C-374/87*, 18. október 1989 og *MDE, Funke gegn Frakklandi*, 25. febrúar 1993 (10828/84). Dean Spielmann: „Comparing ECJ and ECHR Case Law“, bls. 766-769.

<sup>103</sup> Sjá *EBD mál C-74/95 og C-129/95*, 12. desember 1996. Dean Spielmann: „Comparing ECJ and ECHR Case Law“, bls. 772-773.

<sup>104</sup> Sjá *EBD mál C-105/03*, 16. júní 2005.



bandalaganna, en afleiddur bandalagsréttur er settur af stofnunum Evrópubandalagsins. MDE hefur staðfest að hvert aðildarríki fyrir sig beri ábyrgð á þeim mannréttindabrotum sem leiða af frumheimildum bandalagsréttar á þeim grundvelli að ríkjum var í sjálfsvald sett að ganga að þeim samningum.<sup>105</sup> Einnig hefur MDE skorið úr um að aðildarríki beri fulla ábyrgð gagnvart MDE á brotum gegn MSE sem leiða af innleiðingu gerða Evrópubandalagsins eða afleiddri löggjöf, svo framarlega sem ríkin njóta einhvers svigrúms til að meta innleiðinguna. Þetta á við þó að viðkomandi ríki hafi innleitt gerðina nánast orðrétt inn í landsrétt.<sup>106</sup> Að lokum hefur dómstóllinn staðfest að í þeim tilfellum sem ríkjum ber skylda til aðgerða vegna bandalagsréttar og hafa ekki svigrúm til mats í þeim efnum beri ríki samt sem áður ábyrgð gagnvart MSE. Ríki geti ekki firrt sig þeirri ábyrgð með því að gangast undir yfirþjóðlegt vald ESB. Hins vegar þurfi að taka til athugunar í slíkum tilfellum hvort stofnun sem býr yfir yfirþjóðlegu valdi tryggi sambærilega mannréttindavernd og MSE gerir. Ef sú er raunin eru aðildarríki ekki skyldug til þess að skoða í hvert skipti hvort gerðir bandalagsins standist MSE. MDE hefur komist að þeirri niðurstöðu að Evrópubandalagið og Evrópudómstóllinn tryggi slíka mannréttindavernd.<sup>107</sup> Þessi niðurstaða hefur verið gagnrýnd fyrir að kveða ekki skýrt á um skyldu aðildarríkja í slíkum tilvikum gagnvart MSE. Bent hefur verið á að þessi niðurstaða geti ekki komið í veg fyrir það að aðildarríki beri ábyrgð á eigin gjörðum.<sup>108</sup> Á sama hátt má velta fyrir sér ábyrgð aðildarríkjanna vegna gerða bandalagsins sem hafa beina réttarverkan á landsrétt. Efast má um að yfirþjóðlegt eðli bandalagsins geti í þeim tilfellum firrt aðildarríkin ábyrgð gagnvart skyldum sínum samkvæmt MSE.<sup>109</sup> MDE hefur hins vegar haldið áfram á sömu braut, en í Bosphorusmálinu<sup>110</sup> staðfesti hann að þrátt fyrir þá meginreglu að aðildarríki minnki ekki ábyrgð sína gagnvart MDE með því að gangast undir vald yfirþjóðlegra stofnana þá geri MDE ráð fyrir því að bandalagsréttur tryggi sambærilega vernd og MSE. Í málinu lagði MDE mikla áherslu á breitt valdsvið Evrópudómstólsins í málum sem varða afleidda löggjöf, öfugt við þau mál sem varða upprunalegar heimildir bandalagsréttar en í slíkum málum hefur Evrópudómstóllinn ekki

---

<sup>105</sup> *MDE, Matthews gegn Bretlandi*, 18. febrúar 1999 (24833/94). Heide Schulz: „EC Cases Before the European Court of Human Rights“, bls. 149-152.

<sup>106</sup> *MDE, Cantoni gegn Frakklandi*, 15. nóvember 1996 (17862/91). Sama rit, bls. 152-153.

<sup>107</sup> *Ákv. MNE, M & Co. gegn Þýskalandi*, 9. febrúar 1990 (13258/77). Sama rit, sama stað.

<sup>108</sup> Sama rit, bls. 155.

<sup>109</sup> Sama rit, bls. 157-158.

<sup>110</sup> *MDE, Bosphorus gegn Írlandi*, 30. júní 2005 (45036/98).

lögsögu.<sup>111</sup> Þannig virðist dómstóllinn halda að sér höndum upp að vissu marki við mat á því hvort löggjöf sem leiðir af gerðum ESB standist MSE ef Evrópudómstóllinn hefur lögsögu í málinu. Af þessari niðurstöðu leiðir að hætta er á því að ESB dragi úr þeirri vernd sem MSE veitir þegar kemur að túlkun gerða Sambandsins. Þetta á einkum við í þeim tilfellum þegar Evrópudómstóllinn beitir þrengri túlkun en MDE um þá vernd sem einstaka ákvæði MSE tryggja. Við lok skrifa þessarar ritgerðar er enn óljóst hvaða áhrif aðild ESB að MSE muni hafa hvað þetta varðar, þ.e.a.s. hvort að MDE muni kafa dýpra í það hvort gerðir ESB standist MSE en hann hefur hingað til gert.

### 3.3 Mannréttindavernd innan þriðju stoðarinnar

Bent hefur verið á aukna hættu á mannréttindabrotum sem leiði af viðfangsefnum fyrrum þriðju stoðar ESB. Athygli hefur þá verið vakin á því að það skorti varnagla við mannréttindabrotum í gerðum stoðarinnar. Á þetta bæði við um samræmingu efnislegs refsiréttar og sakamálaréttarfars og gagnkvæma aðstoð milli ríkja í sakamálu, einkum eftir að meginreglan um gagnkvæma viðurkenningu var kynnt til sögunnar. Sem dæmi má nefna óskýrar skilgreiningar gerða þriðju stoðarinnar á refsiverðri háttsemi. Einnig má nefna æ færri synjunarástæður og þar með varnagla við mannréttindabrotum þegar kemur að framsali einstaklinga, sjá m.a. síðari umfjöllun um tvöfalt refsinaemi. Að lokum má nefna hina ýmsu gagnagrunna sem komið hefur verið á fót fyrir tilstilli þriðju stoðarinnar og þá takmörkuðu persónuvernd sem tryggð er í tengslum við þá.<sup>112</sup>

Áður en Lissabonsáttmálinn tók gildi var 2. mgr. 6. gr. Maastrichtsamningsins eina ákvæðið sem tók til mannréttindaverndar innan þriðju stoðarinnar, en ákvæðið náði yfir

---

<sup>111</sup> *MDE, Matthews gegn Bretlandi, 18. febrúar 1999 (24833/94)*. Johan Callewaert: „The European Court of Human Rights and the Area of Freedom, Security and Justice“, bls. 515.

<sup>112</sup> Hér má nefna sáttmálana um gagnkvæma aðstoð í sakamálu, Europol og upplýsingakerfi Schengen. Þeir sáttmálar sem standa gagnagrunnum þriðju stoðarinnar að baki eiga það allir sameiginlegt að tryggja persónuvernd fólks innan aðildarríkjanna á mjög almennan hátt. Sáttmálarnir mæla fyrir um fáar mögulegar synjunarástæður fyrir aðgengi að gagnagrunnum og þar af engar skyldubundnar. Einnig hefur verið bent á það að heimildir eftirlitsaðila og möguleikar á því að fara með mál vegna gagnagrunnana fyrir dómstóla ráðast algjörlega af lögum hvers aðildarríkis fyrir sig. Steve Peers: „Human Rights and the Third Pillar“, bls. 177-182.

Evrópusambandið í heild.<sup>113</sup> Af greininni má ætla að aðildarríkin hafi verið að fullu bundin af MSE við það að framfylgja gerðum þriðju stoðarinnar eftir, á sama hátt og þau hafa verið talin bundin af MSE þegar þau hafa framfylgt bandalagsrétti.<sup>114</sup>

Hins vegar hefur því almennt verið haldið fram að sú mannréttindavernd sem Evrópudómstóllinn hefur mótað hafi verið einskorðuð við Evrópubandalagið. Í samræmi við þetta hefur dómstóllinn lagt áherslu á að ljóst sé að um sé að ræða bandalagsrétt áður en hann hefur tekið afstöðu til meintra mannréttindabrota.<sup>115</sup> Með Amsterdamsamningnum var hins vegar tekið mikilvægt skref í átt að aukinni lögsögu Evrópudómstólsins yfir þriðju stoðinni.

Með Maastrichtsamningnum var Evrópudómstólum veitt takmörkuð lögsaga yfir þriðju stoðinni en honum var veitt heimild til þess að túlka og úrskurða um deiluefni vegna einstakra sáttmála á þann hátt sem þeir sjálfir mæltu fyrir um.<sup>116</sup> Þar af leiðandi þurfti að taka afstöðu til þess við gerð hvers sáttmála hvort dómstóllinn skyldi hafa lögsögu yfir honum.<sup>117</sup> Með Amsterdamsamningnum var dómstólum veitt heimild til þess að dæma um ágreining varðandi gerðir sem settar eru af stofnunum Evrópusambandsins.<sup>118</sup> Þannig var staðfest skylda stofnana sambandsins til þess að virða grunnmannréttindi við setningu gerða sinna og Evrópudómstólum fengið það hlutverk að tryggja að þau réttindi væru virt.<sup>119</sup> Þó skal það tekið fram að dómstóllinn hafði hvorki heimild til þess að ógilda gerðir þriðju stoðarinnar fyrir né eftir að Amsterdamsamningurinn tók gildi.<sup>120</sup> Með Amsterdamsamningnum<sup>121</sup> var lögsaga dómstólsins rýmkuð þannig að hann hafði nú umboð til þess að gefa forúrskurði og til þess að túlka sáttmála og rammaákvæðanir þriðju stoðarinnar, ákvarða lögmæti rammaákvæðana og túlka og ákvarða

---

<sup>113</sup> Þó að greinin vísi til mannréttindaverndar sem hluta bandalagsréttar má sjá skýrt af d-lið 64. gr. að hún á jafnt við þriðju stoðina og þá fyrstu, enda dómstólum veitt heimild til þess að beita greininni jafnt um gerðir beggja stoðanna. Steve Peers: „Human Rights and the Third Pillar“, bls. 170-171.

<sup>114</sup> Steve Peers: „Human Rights and the Third Pillar“, bls. 175.

<sup>115</sup> Dean Spielmann: „Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities“, bls. 762.

<sup>116</sup> Steve Peers: *EU Justice and Home Affairs Law*, bls. 18.

<sup>117</sup> John A. E. Vervaele: „European Criminal Law and General Principles of Union Law“, bls. 132.

<sup>118</sup> 7. mgr. 35. gr. Maastrichtsamningsins, eins og henni var breytt með K. 7. mgr. 7. gr. Amsterdamsamningsins.

<sup>119</sup> Dean Spielmann: „Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities“, bls. 763. Með Amsterdamsamningnum var dómstólum einnig veitt heimild til þess að túlka mannréttindaákvæði 2. mgr. 6. gr. ESB-samningsins. Það má þó deila um þýðingu þess með tilliti til dómaframkvæmdar dómstólsins. Steve Peers: *EU Justice and Home Affairs Law*, bls. 48.

<sup>120</sup> Steve Peers: „Human Rights and the Third Pillar“, bls. 172.

<sup>121</sup> 1. mgr. 35. gr. Maastrichtsamningsins, eins og henni var breytt með 1. mgr. K. 7. mgr. Amsterdamsamningsins.

lögmæti þeirra leiða sem farnar eru við að innleiða rammaákvæðanir og sáttmála í landsrétt.<sup>122</sup> Allir dómstólar aðildarríkjanna gátu nú farið fram á að Evrópudómstóllinn veiti forúrskurð ef aðildarríkin höfðu gefið yfirlýsingu þess efnis að þau vildu nýta sér þann möguleika.<sup>123</sup> Mörg aðildarríki takmörkuðu hins vegar þá heimild við æðsta dómstig í viðkomandi ríki.<sup>124</sup> Þar sem aðildarríkin höfðu bæði möguleika á því að undanskilja dómstóla sína þegar kom að því að biðja um forúrskurði tengdum þriðju stoðinni og takmarka þá heimild við æðsta dómstig þess ríkis var sú réttarvernd sem aukin lögsaga Evrópudómstólsins hafði í för með sér varðandi þriðju stoðina mjög mismikil eftir aðildarríkjum ESB. Hún gat jafnvel verið svo skert að réttur einstaklinga til raunhæfs réttarúrræðis samkvæmt 13. gr. MSE væri ekki tryggður.<sup>125</sup> Enn fremur kvað 6. mgr. 35. gr. á um rétt aðildarríkja og Framkvæmdastjórnarinnar til að láta reyna á lögmæti ákvarðana fyrir dómstólnum á grundvelli hæfisskorts, brots á verklagi, samningsins sjálfs eða annarra reglna eða valdniðslu.<sup>126</sup> Af þessu leiðir að aðeins aðildarríkin og Framkvæmdastjórnin höfðu heimild til þess að prófa lögmæti rammaákvæðana fyrir Evrópudómstólnum.<sup>127</sup> Engin heimild var fyrir einstaklinga til þess að fara með mál sem tengdist gerðum þriðju stoðarinnar beint fyrir dómstóllinn. Auk þess tók lögsaga dómstólsins ekki til endurskoðunar á lögmæti aðgerða lögreglu eða annarra aðgerða aðildarríkjanna við að halda uppi lögum og reglu og öryggi innanlands eða hvort meðalhófs hafi verið gætt við framkvæmd slíkra aðgerða.<sup>128</sup> Að lokum hafði dómstóllinn enga heimild til að dæma um lögmæti eða túlkun sameiginlegra afstaðna Ráðherraráðsins sem stafa frá þriðju stoðinni.<sup>129</sup> Evrópudómstóllinn komst þó að þeirri niðurstöðu að hafi sameiginleg afstaða haft bein áhrif á rétt einstaklinga hafi dómstóllinn heimild til þess að taka málið til skoðunar.<sup>130</sup>

---

<sup>122</sup> Ekki er fullkomlega skýrt af orðalagi ákvæðisins hvort lögsagan nái bæði til innleiðingar sáttmála og ákvarðana eða hvort hún sé takmörkuð við innleiðingu hinna fyrrnefndu gerða. Steve Peers: *EU Justice and Home Affairs Law*, bls. 46. Þó virðist liggja beinast við að skilja ákvæðið svo samkvæmt orðanna hljóðan að vísað sé til beggja gerða.

<sup>123</sup> 3. mgr. 35. gr. Maastrichtsamningsins, eins og henni var breytt með 3. mgr. K. 7. gr. Amsterdamsamningsins.

<sup>124</sup> John A. E. Vervaele: „European Criminal Law and General Principles of Union Law“, bls. 132.

<sup>125</sup> Bleddyn Davies: „*Segi* and the Future of Judicial Rights Protection in the Third Pillar of the EU“, bls. 316-318.

<sup>126</sup> Steve Peers: *EU Justice and Home Affairs Law*, bls. 47.

<sup>127</sup> John A. E. Vervaele: „European Criminal Law and General Principles of Union Law“, bls. 132-133.

<sup>128</sup> 5. mgr. 35. gr. Maastrichtsamningsins, eins og henni var breytt með 5. mgr. K. 7. gr.

<sup>129</sup> Bleddyn Davies: „*Segi* and the Future of Judicial Rights Protection in the Third Pillar of the EU“, bls. 312-313.

<sup>130</sup> Sjá *EBD mál C-355/04*, 27. febrúar 2007. Þó má spyrja sig að því hvort rúm túlkun Evrópudómstólsins á eigin lögsögu samkvæmt 35. gr. hafi í raun leitt til lakari mannréttindaverndar en ef dómstóllinn hefði haldið sig við textaskýringu sem hefði leitt til þess að réttur einstaklinga til réttlátra réttarhalda samkvæmt 6. gr. MSE hefði ekki

Þrátt fyrir þær breytingar á lögsögu Evrópudómstólsins sem Amsterdamsamningurinn hafði í för með sér var lögsaga dómstólsins yfir þriðju stoðinni mun takmarkaðri en samkvæmt samningnum um Evrópubandalagið. Réttur einstaklinga til þess að prófa lögmæti og túlkun gerða þriðju stoðarinnar fyrir Evrópudómstólnum var mjög takmarkaður eins og sjá má af umfjölluninni að ofan. Þá má spyrja sig hvaða áhrif hin aukna lögsaga dómstólsins yfir þriðju stoðinni hafi haft á þá vernd sem einstaklingum aðildarríkjanna er tryggð með MDE. Samkvæmt niðurstöðum MDE í Bosphorusmálinu<sup>131</sup> mun Mannréttindadómstóllinn halda að sér höndum hvað varðar prófun á einstaka gerðum ESB ef það tryggir almennt jafnríka mannréttindavernd og leiðir af MSE. Með tilliti til ofanefndra takmarkana á lögsögu Evrópudómstólsins yfir þriðju stoðinni sem leiddi af Amsterdamsamningnum var einstaklingum aðildarríkja ESB ekki tryggð nálægt því jafnrík mannréttindavernd varðandi gerðir þriðju stoðarinnar og leiðir af MDE.

Hvað varðar lögsögu MDE yfir gerðum þriðju stoðarinnar vísast til 1. gr. MSE en samkvæmt henni bera aðildarríki sáttmálans ábyrgð á öllum athöfnum stofnana sinna. Þar af leiðir að aðildarríki sáttmálans eru jafnbundin af honum hvort sem um er að ræða fylgni þeirra við gerðir fyrstu eða þriðju stoðar ESB. Hins vegar hefur dómstóllinn til þessa ekki haft lögsögu yfir ESB og hefur því ekki getað skorið úr um það hvort rammaákvæðanir þriðju stoðarinnar standist MSE. Á hinn bóginn hafa einstaklingar innan aðildarríkjanna getað prófað það hvort rammaákvæðanirnar standist mannréttindavernd í ljósi þess hvaða áhrif þær hafa á landsrétt viðkomandi ríkis, svo framarlega sem þær hafa við það bein áhrif á rétt þeirra einstaklinga.<sup>132</sup> Með aðild ESB að MSE mun lögsaga dómstólsins yfir gerðum ESB ekki sæta þessum takmörkunum.

Til stóð með stjórnarskrártillögu ESB að færa þriðju stoðina undir hina fyrstu og veita þannig gerðum þriðju stoðarinnar bein réttaráhrif. Einnig átti lögsaga Evrópudómstólsins að ná til þriðju stoðarinnar að fullu á sama hátt og fyrstu stoðarinnar og aðildarríkjum var varnað að

---

verið tryggður, sem hefði aftur leitt til þess að MDE hefði haft lögsögu í málinu. Bleddyn Davies: „*Segi and the Future of Judicial Rights Protection in the Third Pillar of the EU*“, bls. 314-319.

<sup>131</sup> *MDE, Bosphorus gegn Írlandi*, 30. júní 2005 (45036/98).

<sup>132</sup> Evrópudómstóllinn hefur tekið svipaða afstöðu en hann hefur ákvarðað að einstaklingar verði að sýna fram á það að þeir hafi orðið fyrir áhrifum af gerðum aðildarríkjanna til þess að geta prófað gildi þeirra fyrir dómstólnum. Sjá *EBD mál C-355/04*, 27. febrúar 2007. Johan Callewaert: „The European Court of Human Rights and the Area of Freedom, Security and Justice“, bls. 516.

takmarka þá lögsögu. Lissabonsáttmálanum er ætlað að tryggja flestallar sömu breytingarnar fyrir utan það að dómstóllinn hefur ekki lögsögu í málum sem varða gjörðir aðildarríkjanna til þess að tryggja almanna- eða þjóðaröryggi.<sup>133</sup> Þar fyrir utan gerir Lissabonsáttmálinn ráð fyrir því að ESB gerist aðili að MSE líkt og fyrr hefur verið um fjallað. Þessar breytingar hafa í för með sér mikla réttarbót til handa einstaklingum innan aðildarríkja ESB hvað varðar raunhæf réttarúrræði innan þriðju stoðarinnar. Af þessum breytingum leiðir aukin mannréttindavernd bæði hvað varðar aukna möguleika á því að láta reyna á gerðir þriðju stoðarinnar gagnvart MSE, bæði fyrir Evrópudómstólnum og MDE. Sem fyrr segir eru gjörðir aðildarríkjanna til þess að tryggja almanna- eða þjóðaröryggi í tengslum við samvinnu á sviði sakamála og samræmingu refsiréttar þó undanskildar lögsögu Evrópudómstólsins. Hér er um að ræða takmörkun sem höfð skal í huga við lestur síðari kafla þessarar ritgerðar, en þessi undantekning getur einkum haft þýðingu í tengslum við aðgerðir aðildarríkjanna gegn hryðjuverkum.

Í næstu köflum þessarar ritgerðar mun þróun evrópsks refsiréttar síðastliðin ár verða könnuð út frá þeirri vernd sem Mannréttindasáttmáli Evrópu tryggir einstaklingum. Í kjölfarið verður þróunin borin saman við þá mannréttindavernd sem leiða má af íslenskri löggjöf, dómafrankvæmd og fræðiskrifum. Þessi umfjöllun mun miðast við fyrrum stoðaskiptan ESB, enda hafði það þýðingu fyrir eðli og innleiðingu þeirra gerða sem nú mun fjallað um frá hvaða stoð ESB þær stöfuðu.

## **4 Gerðir Evrópubandalagsins og samræming refsiréttar**

### **4.1 Eðli EB löggjafar og 6. gr. MSE**

Gagnkvæm aðstoð í sakamálum og gagnkvæm aðstoð í málum af stjórnsýslulegum toga hafa þróast hvor í sína áttina eftir stofnun þriðju stoðarinnar.<sup>134</sup> Að forminu til er ekki gert ráð fyrir því að gerðir EB séu innleiddar með refsilöggjöf í aðildarríkjunum en þær eru það engu að síður oft á tíðum. Þetta getur leitt til ósamræmis milli ríkja þar sem sum aðildarríki innleiða slíkar gerðir

---

<sup>133</sup> Sjá 240. gr. b. Lissabonsáttmálans. Sjá einnig Bleddyn Davies: „*Segi and the Future of Judicial Rights Protection in the Third Pillar of the EU*“, bls. 320-321.

<sup>134</sup> Michiel J.J.P. Luchtman: „EU influence on law enforcement and international cooperation in the field of insider dealing“, bls. 149.

með refsilögum en önnur ekki. Af þessu leiðir að gerðir EB hafa misjafnlega íþyngjandi áhrif á einstaklinga samkvæmt landsrétti aðildarríkjanna þar sem refsíabyrgð liggur við brotum á gerðunum í sumum löndum en ekki í öðrum. Að sama skapi hafa refsilög í för með sér víðtækari rétt einstaklinga til þess að verja sig auk þess sem sönnunarbyrðin liggur á ákærvaldinu og er þyngri.<sup>135</sup> Afbrotahugtak ríkja innan Evrópu er í grófum dráttum samhljóða. Skilin milli refsilöggjafar og löggjafar einkaréttarlegs eðlis ræðst því að mestu leyti af refsipólítískum áherslum hvers ríkis.<sup>136</sup> Í þessum kafla munu skil refsilaga og laga af öðrum toga verða könnuð út frá MSE og dómaframkvæmd MDE. Einnig verða dæmi um þau vandamál sem upp geta komið vegna innleiðingar aðildarríkjanna á gerðum EB með refsiheimum könnuð stuttlega, bæði hvað varðar sakamálaréttarfar og efnislegan refsirétt.

Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE á við um réttláta málsmeðferð bæði í einkamálum og sakamálum. Vernd 2. og 3. mgr. 6. gr. er hins vegar einskorðuð við þá einstaklinga sem bornir eru sökum um refsiverða háttsemi. Þessi vernd felst í því að ákærvaldið ber sönnunarbyrðina, sbr. 2. mgr. 6. gr., og að einstaklingar hafa rétt til þess að fá án tafar upplýsingar um sakarefnið á tungumáli sem viðkomandi skilur, sbr. 3. mgr. 6. gr. Einnig á sakborningur rétt á dómtúlki og verjanda, tíma og aðstöðu til þess að undirbúa vörn sína og að spyrja vitni sem leidd eru gegn honum auk þess sem vitni sem bera honum í hag skulu leidd fyrir dóm og spurð á sama hátt, sbr. 3. mgr. 6. gr. Einnig hefur MDE staðfest með dómaframkvæmd sinni að í 6. gr. felist enn frekari réttindi til handa sakborningum. Þar á meðal er réttur einstaklings til þess að vera ekki þvingaður til sagna eða til þess að lýsa sjálfan sig sekan. Þessi vernd er nátengd 2. mgr. 6. gr. MSE eða þeirri reglu að sá sem sökum er borinn skuli teljast saklaus þar til sekt er sönnuð af ákærvaldinu.<sup>137</sup>

MDE hefur staðfest að hugtakið „að vera borinn sökum“ í skilningi 6. gr. MSE hafi sjálfstæða þýðingu samkvæmt sáttmálanum, óháð skilgreiningum aðildarríkjanna á hugtakinu.<sup>138</sup>

---

<sup>135</sup> Audrey Guinchard: „Fixing the Boundaries of the Concept of Crime: The Challenge for Human Rights“, bls. 719-720.

<sup>136</sup> Sama rit, bls. 721-722.

<sup>137</sup> Clare Ovey og Robin White: *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, bls. 197.

<sup>138</sup> Þegar aðildarríki skilgreina sjálf viðurlög sem refsilög er það þó eitt og sér nægjanlegt til þess að MDE skilgreini þau einnig sem refsilög. Clare Ovey og Robin White: *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, bls. 159.

Við móttun hugtaksins hefur MDE þó lagt til grundvallar skilgreiningar aðildarríkjanna á saknæmri háttsemi upp að vissu marki. MDE hefur nálgast hinar mismunandi skilgreiningar aðildarríkjanna á refsilögum með því að bera saman refsilög aðildarríkjanna í þeim tilgangi að komast að niðurstöðu um það hvort að lög standist 6. gr. MSE.<sup>139</sup> Þannig hefur dómstóllinn skilgreint viðurlög þannig að þau séu refsiréttarlegs eðlis ef þau eru refsikennd í eðli sínu („punitive character“), þar sem það einkenni er sameiginlegt refsheimildum aðildarríkjanna.<sup>140</sup> Einnig hefur hann vísað til sameiginlegra hefða aðildarríkjanna þegar kemur að þyngd viðurlaga.<sup>141</sup> Þau réttindi sem felast í 6. gr. MSE, og eru einskorðuð við sakborninga í refsímálum, eru takmörkuð við þau tilfelli þegar einstaklingur hefur verið borinn sökum í sakamáli.<sup>142</sup> MDE hefur staðfest að það að vera borinn sökum beri að túlka rúmt og eigi sér stað með tilkynningu yfirvalda til einstaklings um að hann hafi verið sakaður um að hafa framið refsivert brot.<sup>143</sup> Þó að slík tilkynning hafi ekki verið gefin út getur upphaf þess að vera borinn sökum markast af ákveðnum athöfnum, t.d. leit á heimili viðkomandi eða upptöku eigna hans.<sup>144</sup> Það eitt að lögregluþyriföld hafi tekið mál til rannsóknar er því ekki eitt og sér nægilegt til þess að 6. gr. MSE eigi við um þann sem rannsóknin beinist að.<sup>145</sup> Í kjölfarið hefur MDE staðfest að nægjanlegt sé annaðhvort að tiltekin háttsemi sé refsiverð í eðli sínu samkvæmt 6. gr. MSE eða að við háttseminni liggi viðurlög sem eru vegna eðlis þeirra og þyngdar af refsiréttarlegum toga.<sup>146</sup>

---

<sup>139</sup> MDE, *Engel o.fl. gegn Hollandi*, 8. júní 1976 (5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72). Sjá einnig MDE, *Öztürk gegn Þýskalandi*, 21. febrúar 1984 (8544/79) en í því máli rökstuddi MDE niðurstöðu sína um það að þau viðurlög við umferðarlagabrotum sem voru til skoðunar væru refsiviðurlög með þeim rökum að í meirihluta aðildarríkja MSE væru sambærileg umferðarlagabrot refsiverð. Sama rit, bls. 160-161.

<sup>140</sup> Í máli *Öztürk gegn Þýskalandi* komst meirihluti MDE að þeirri niðurstöðu að ákvörðun þýskra stjórnvalda um að afnema refsheimildir vegna minniháttar umferðarlagabrota og leggja þess í stað annars konar viðurlög við þeim (sektir) kæmi ekki í veg fyrir að viðurlögin væru enn refsiréttarlegs eðlis samkvæmt MSE. Þessi niðurstaða byggðist á því að viðurlögunum væri bæði ætlað að hafa varnaðaráhrif og að refsa.

<sup>141</sup> *Engel o.fl. gegn Hollandi*. Audrey Guinchard: „Fixing the Boundaries of the Concept of Crime: The Challenge for Human Rights“, bls. 730-732.

<sup>142</sup> Í máli MDE, *Ganci gegn Ítalíu*, 30. nóvember 2003 (41576/98) staðfesti dómstóllinn að málsmeðferð varðandi takmarkanir á réttindum einstaklings í gæsluvarðhaldi varðaði ekki ákæru og því ætti 6. gr. MSE ekki við í málinu. Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 539.

<sup>143</sup> MDE, *Deweer gegn Belgíu*, 27. febrúar 1980 (6903/75).

<sup>144</sup> MDE, *Eckle gegn Þýskalandi*, 15. júlí 1982 (8130/78).

<sup>145</sup> Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 540-541.

<sup>146</sup> MDE, *Vastberga Taxi Aktiebolag og Vulic gegn Svíþjóð*, 23. júlí 2002 (36985/97). Róbert R. Spanó: „Bann við afturvirkni refsilaga og grunnreglan um lögbundnar refsheimildir“, bls. 270.



Í máli *Engel gegn Hollandi*<sup>147</sup> byggði dómstóllinn á nokkrum atriðum til viðmiðunar um það hvort um væri að ræða viðurlög af refsiréttarlegum toga. Þau atriði sem koma til skoðunar eru eðli brotsins, eðli, þyngd og tilgangur viðurlaganna sem við því liggja<sup>148</sup> og hve breiðan hóp einstaklinga löggjöfin á við. Auk þess ber að líta til þess hvernig viðurlögin eru skilgreind að landsrétti og hvort sanna þurfi sök.<sup>149</sup> Fangelsisvist er að meginreglu til nægjanleg til þess að viðurlög teljist til refsiviðurlaga, nema að eðli fangelsisvistarinnar, tímalengd hennar eða það hvernig hún er framkvæmd sé ekki nægjanlega íþyngjandi til þess að um sé að ræða refsingu.<sup>150</sup>

Hvað varðar eðli sekta hefur MDE greint á milli þess hvort þær þjóni því hlutverki að bæta fyrir það tjón sem ákveðin háttsemi hefur haft í för með sér eða hvort þær þjóni því hlutverki að refsa viðkomandi fyrir háttsemina.<sup>151</sup> Við mat á tilgangi sekta lítur dómstóllinn til þess hvort sektin hafi verið lögð á í kjölfar sakfellingar í sakamáli. Önnur atriði sem skipta máli eru skilgreining á sektinni samkvæmt landsrétti, framkvæmd og tilurð sektarinnar og eðli, tilgangur og þyngd sektarinnar.<sup>152</sup> Í máli *JB gegn Sviss*<sup>153</sup> komst MDE að þeirri niðurstöðu að sektir sem lagðar höfðu verið á stefnanda málinu væru refsiviðurlög og því andstæðar 6. gr. MSE. Sektirnar voru lagðar á stefnanda vegna þess að hann hafði neitað að leggja fram umbeðin gögn til stjórnvalda um tekjur sínar, en hann var grunaður um skattsvik. Niðurstaðan byggðist á því að þær sektagreiðslur sem lagðar voru á hann væru af refsiréttarlegum toga sökum þess hve háar upphæðir var um að ræða og hve refsikenndar þær væru í eðli sínu. Þau gögn sem knýja átti fram með þessum viðurlögum gætu leitt til sakfellingar. Því var brotið á rétti stefnanda í málinu til þagnar og að lýsa sjálfan sig ekki sekan.

---

<sup>147</sup> *MDE, Engel o.fl. gegn Hollandi*, 8. júní 1976 (5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72).

<sup>148</sup> Nokkurra daga fangelsisvist er í sjálfu sér ekki nægileg til þess að viðurlög teljist refsiréttarlegs eðlis. Sjá hins vegar mál MDE, *Ezeh og Connors gegn Bretlandi*, 29. október 2003 (39665/98; 40086/98) en í því máli taldi dómstóllinn að fangelsisvist í mjög skamman tíma væri nægileg til þess að agaviðurlög teldust til refsiviðurlaga. Andrew Ashworth og Michelle Strange: „Criminal Law and Human Rights“, bls. 122.

<sup>149</sup> Andrew Ashworth og Michelle Strange: „Criminal Law and Human Rights“, bls. 121.

<sup>150</sup> *MDE, Engel o.fl. gegn Hollandi*, 8. júní 1976 (5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72). Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 549.

<sup>151</sup> Í máli *MDE, Benedoun gegn Frakklandi*, 24. apríl 1994 (12547/86) komst MDE að þeirri niðurstöðu að hluti þeirra sekta sem einstaklingum var gert að greiða vegna vangoldins skatts þjónaði ekki aðeins því hlutverki að koma á löglegu ástandi heldur var einnig refsikenndur í eðli sínu.

<sup>152</sup> Ann Sherlock: „The Protection of Rights in the Enforcement and Application of Community Rules and Procedures“, bls. 50-51.

<sup>153</sup> *MDE, JB gegn Sviss*, 3. maí 2001 (31827/96).

Evrópudómstóllinn hefur á hinn bóginn skilgreint hugtakið refsheimildir mjög þröngt með dómaframkvæmd sinni. Í máli *Þýskalands gegn Framkvæmdastjórninni*<sup>154</sup> komst Evrópudómstóllinn að þeirri niðurstöðu að það form viðurlaga, að neita einstaklingum sem framið höfðu bannaðar athafnir um fjárhagslega aðstoð sem annars staði þeim til boða, væri ekki refsikennt í eðli sínu. Evrópudómstóllinn rökstuddi niðurstöðuna með því að um væri að ræða nauðsynlegan stjórnsýslulegan þátt áætlunarinnar um hina fjárhagslegu aðstoð sem gegndi því hlutverki að auðvelda framkvæmd hennar. Viðmið Evrópudómstólsins og MDE eru því mjög ólík þegar kemur að því að aðgreina refsingar frá öðrum viðurlögum.<sup>155</sup> Því virðist fangelsisvist vera sú eina tegund viðurlaga sem er utan valdsviðs Evrópubandalagsins.<sup>156</sup> Í samræmi við þessa þröngu skilgreiningu á refsingum er hættu á að öll vægari viðurlög en fangelsisvist falli utan verndar 2. og 3. mgr. 6. gr. MSE og þá frekari vernd sem MDE hefur talið felast í 6. gr. með dómaframkvæmd sinni, auk þess sem skilgreining viðurlaga sem refsiviðurlaga er vitanlega skilyrði þess að kröfur þær sem leiddar eru af 7. gr. MSE eigi við um viðkomandi viðurlög.

Gott dæmi um þann árekstur sem upp getur komið vegna áhrifa gerða EB á refsirétt er mál *Saunders gegn Bretlandi*.<sup>157</sup> Í málinu hafði Framkvæmdastjórnin rannsakað háttsemi forstjóra Guinness vegna gruns um markaðsmisnotkun en rannsóknaraðilar Framkvæmdastjórnarinnar starfa ekki samkvæmt heimildum sakamálaréttarfars enda heimildir fyrstu stoðarinnar í þessum efnum takmörkuð við stjórnsýsluviðurlög. Í framhaldinu voru gögn sem rannsóknaraðilarnir höfðu aflað við rannsóknina notuð í refsimáli gegn Saunders og þau notuð til þess að sakfella hann. Meðal gagnanna voru játningar Saunders sem höfðu verið þvingaðar fram af rannsóknaraðilum Framkvæmdastjórnarinnar við yfirheyrslur, en samkvæmt gildandi lögum um slíka rannsókn bar þeim sem yfirheyrðir voru skylda til þess að svara þeim spurningum sem lagðar voru fyrir þá. MDE úrskurðaði að slík þvingun væri ekki í sjálfu sér í andstöðu við MSE svo framarlega sem um stjórnsýsluleg viðurlög væri að ræða. Þar sem játning Saunders var notuð í sakamáli gegn honum var hins vegar brotið gegn rétti einstaklinga til að vera ekki knúðir til þess að lýsa sjálfa sig seka samkvæmt MSE.

---

<sup>154</sup> EBD mál C-240/90, 27. október 1992.

<sup>155</sup> Bert Swart: „From Rome to Maastricht and Beyond: The Problem of Enforcing Community Law“, bls. 9-10.

<sup>156</sup> Sama rit, bls. 9-11.

<sup>157</sup> MDE, *Saunders gegn Bretlandi*, 17. desember 1997 (19187/91).

Sem fyrr segir eru gerðir EB, sem eru að forminu til ekki miðaðar við það að þær séu innleiddar með refsilögum, oft á tíðum innleiddar sem refsiheimildir í landsrétt aðildarríkjanna. Því er form gerðanna stundum í litlu samræmi við meginreglur refsilöggjafar aðildarríkjanna, sbr. forúrskurð Evrópudómstólsins í máli danska ákærvaldsins gegn Hansen & Søn. Málið stafaði af innleiðingu danska ríkisins á reglugerð 543/69/EB í danskan landsrétt. Reglugerðin fjallaði um umferðaröryggi, þ. á m. lágmarkshvöldartíma ökumanna. Samkvæmt henni bar vinnuveitanda atvinnubílstjóra skylda til þess að haga starfi þeirra þannig að þeir gætu starfað samkvæmt ákvæðum gerðarinnar. Vinnuveitandanum bar jafnframt skylda til að gera viðeigandi ráðstafanir til þess að koma í veg fyrir að þau brot á reglugerðinni sem komust höfðu upp væru endurtekin. Danska ríkið innleiddi gerðina með ákvæðum um hlutræna refsíabyrgð. Samkvæmt refsilögnum báru vinnuveitendur refsíabyrgð vegna brota undirmanna þeirra á ákvæðum laganna um lágmarkshvöldartíma, svo framarlega sem aksturinn var þeim til hagsbóta, óháð því hver var huglæg afstaða vinnuveitandans (hvorki var gerð krafa um ásetning né gáleysi). Sakborningur í málinu hélt því fram að innleiðing reglugerðarinnar með hlutlægri refsíabyrgð væri í ósamræmi við reglugerðina sjálfa þar sem slík löggjöf víkkaði svið hennar. Auk þess væri innleiðing reglugerðarinnar í dönsk refsilög, en annars konar löggjöf í öðrum aðildarríkjum, í andstöðu við samræmingu landsréttar og hinn innri markað. Evrópudómstóllinn hafnaði öllum þessum rökum. Komst hann að þeirri niðurstöðu að innleiðing gerðarinnar með ákvæðum um hlutræna refsíabyrgð væri bæði í samræmi við þær skyldur danska ríkisins gagnvart EB að tryggja framfylgni við gerðina og að setja viðurlög sem væru áhrifarík, hefðu varnaðaráhrif og væru í samræmi við brotið. Jafnframt bæri aðildarríkjum skylda til þess að setja viðurlög af sama toga og lægju við sambærilegum brotum að landsrétti. Danska ríkið hefði fullnægt þessum skilyrðum og því væri innleiðing reglugerðarinnar með refsiheimildum af þessum toga í dönsk landslög í samræmi við EB rétt.<sup>158</sup>

Í þessum kafla hefur stuttlega verið vikið að þeim vandamálum sem upp geta komið vegna gerða fyrstu stoðarinnar sem samkvæmt hlutverki sínu miðar ekki beint að samræmingu refsiréttar innan aðildarríkjanna. Gerðirnar eru oft á tíðum innleiddar sem refsiheimildir í landsrétt aðildarríkjanna þrátt fyrir að ekki hafi verið gert ráð fyrir því með formi gerðanna, m.a.

---

<sup>158</sup> EBD, mál C-326/88, 19. júlí 1990.

með því að gera ráð fyrir því að þær reglur sem gilda um sakamálaréttarfar og fjallað hefur verið um í þessum kafla eigi við um gerðirnar. Við þetta bætist síðan afar þröng skilgreining Evrópudómstólsins á refsiviðurlögum sem gengur á svig við þá viðtæku vernd sem MDE hefur talið að felist í 2. og 3. mgr. 6. gr.

Sem fyrr segir stendur nú til að ESB gerist aðili að MSE. ESB mun því bundið af mannréttindasáttmálanum eins og hann er túlkaður af MDE. Sem fyrr segir hefur MDE til þessa haldið að sér höndum við skoðun á því hvort að gerðir sambandsins séu í samræmi við MSE, þar sem MDE gerir ráð fyrir því að bandalagsréttur tryggi sambærilega vernd og MSE.<sup>159</sup> Telja verður líkur á að MDE muni að einhverju leyti hverfa frá þessari stefnu og skoða gerðir ESB nánar þegar sambandið hefur gerst aðili að MSE. Hins vegar er ekki ljóst við skrif þessarar ritgerðar hvaða áhrif aðild ESB að MSE mun hafa á mismunandi skýringu MSE og Evrópudómstólsins á það hvaða viðurlög teljist til refsilaga.

Áður en lengra er haldið mun tilskipun 2005/60/EB um peningaþvætti verða skoðuð með tilliti til fyrrnefndrar niðurstöðu en tilskipunin hefur verið innleidd sem refsheimild í landslögum allra ríkja ESB.

#### **4.2 Tilskipun 2005/60/EB gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka**

Tilskipun 2005/60/EB er þriðja tilskipun Evrópubandalagsins um peningaþvætti. Vegna atburðanna 11. september 2001 breyttust áherslur í sambandi við peningaþvætti og fóru nú í auknum mæli að beinast að fjármögnun hryðjuverka.<sup>160</sup> Þessar áherslur má sjá í tilskipun 2005/60/EB en með henni var fjármögnun hryðjuverka bætt við bannið um peningaþvætti.<sup>161</sup> Tilskipunin byggir á þeirri skilgreiningu á hryðjuverkum sem er að finna í rammaákvörðun

---

<sup>159</sup> Sjá umfjöllun í kafla 3.2 um mál *MDE, Bosphorus gegn Írlandi*, 30. júní 2005 (45036/98).

<sup>160</sup> Valsamis Mitsilegas og Bill Gilmore: „The EU Legislative Framework against Money Laundering and Terrorist Finance: A Critical Analysis in the Light of Evolving Global Standards“, bls. 125. Sjá t.d. ályktun öryggisráðs SP nr. 1373(2001) um aðgerðir gegn hryðjuverkum.

<sup>161</sup> Valsamis Mitsilegas og Bill Gilmore: „The EU Legislative Framework against Money Laundering and Terrorist Finance: A Critical Analysis in the Light of Evolving Global Standards“, bls. 126.

2002/475/DIM um baráttuna gegn hryðjuverkum en nánar verður fjallað um þá skilgreiningu síðar.<sup>162</sup>

Hin nýja tilskipun gerir einnig auknar kröfur til auðkenningar á viðskiptavinum; 6. gr. tilskipunarinnar bannar t.d. nafnlausa reikninga og bankabækur.<sup>163</sup> Tilskipunin leggur einnig skyldu á aðildarríki að setja á fót einingar sem fást við fjárhagslegar upplýsingar. Þessum einingum skal veittur nánast ótakmarkaður aðgangur að gagnagrunnum hvers aðildarríkis (þ. á m. þeim gagnagrunnum sem lögreglufirvöld hafa yfir að ráða) en tilskipunin hefur sætt gagnrýni þar sem engin ákvæði um persónuvernd er þar að finna samhliða þessum heimildum.<sup>164</sup> Einnig hefur 28. gr. tilskipunarinnar sætt gagnrýni fyrir það að opna fyrir upplýsingaskipti milli aðildarríkja ESB og jafnvel til ríkja utan ESB um fjárhagslegar aðgerðir einstaklinga á meðan þeim einstaklingum er ekki gert viðvart að þeir sæti mögulega rannsókn.<sup>165</sup>

Sem fyrr segir hefur rammaákvörðunin verið innleidd sem refsilög í öllum aðildarríkjum ESB. Sú skerðing á persónuvernd sem felst í tilskipuninni stendur því í nánnum tengslum við sakamál þau sem risið geta vegna brota á henni. Vernd 2. mgr. 6. gr. MSE og grunnreglan sem í henni felst um að fólk teljist saklaust þar til sekt er sönnuð er sem fyrr segir bundin við þá sem sæta rannsókn í sakamáli. Af þessu leiðir að verndin nær ekki til öflunar persónuupplýsinga um þá einstaklinga sem ekki sæta slíkri rannsókn.<sup>166</sup> Heimildir tilskipunarinnar miðast ekki við rannsókn þar til bærra yfirvalda í sakamálum þó að þær upplýsingar sem koma fram við slíkt eftirlit geti leitt til slíkrar rannsóknar.<sup>167</sup> Af þessu leiðir að 2. mgr. 6. gr. á ekki við um upplýsingaöflun og upplýsingaskipti samkvæmt tilskipuninni. Því verður stuttlega vikið að þeirri

---

<sup>162</sup> 4. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar.

<sup>163</sup> Valsamis Mitsilegas og Bill Gilmore: „The EU Legislative Framework against Money Laundering and Terrorist Finance: A Critical Analysis in the Light of Evolving Global Standards“, bls. 126-127.

<sup>164</sup> 3. mgr. 21. gr. tilskipunarinnar. Valsamis Mitsilegas og Bill Gilmore: „The EU Legislative Framework against Money Laundering and Terrorist Finance: A Critical Analysis in the Light of Evolving Global Standards“, bls. 127.

<sup>165</sup> Valsamis Mitsilegas og Bill Gilmore: „The EU Legislative Framework against Money Laundering and Terrorist Finance: A Critical Analysis in the Light of Evolving Global Standards“, bls. 128.

<sup>166</sup> Paul de Hert: „Balancing security and liberty within the European human rights framework. A critical reading of the Court’s case law in the light of surveillance and criminal law enforcement strategies after 9/11“, bls. 85.

<sup>167</sup> Samkvæmt 3. gr. ákvörðunar Ráðherraráðsins 2000/642/DIM, sem fjallar um samstarf eininganna, ber aðildarríkjum að tryggja að sú staða sem einingarnar hafa að landsrétti, þ.e.a.s. hvort sem þær eru hluti stjórnsýslu-, lögreglu- eða dómskerfisins, hafi ekki áhrif á hlutverk þeirra samkvæmt ákvörðuninni. Þetta leiðir til þess að aðildarríkjum er ekki leyfilegt að setja á einingarnar hömlur til aukinnar persónuverndar einstaklinga innan þess ríkis sem fer í bága við verkefni þeirra samkvæmt gerðunum.

vernd sem 8. gr. MSE um friðhelgi einkalífs og fjölskyldu tryggir einstaklingum í þessu samhengi.

Þar sem einkalíf er ekki skilgreint í 8. gr. sáttmálans er nauðsynlegt að líta til dómaframkvæmdar MDE við mat á því hvernig einstakar aðgerðir stjórnvalda samræmast þeirri vernd sem greinin felur í sér.<sup>168</sup> Í 2. mgr. 8. gr. er að finna þau skilyrði sem stjórnvöldum ber að uppfylla til þess að réttlæta skerðingu á þeim réttindum sem felast í 1. mgr. 8. gr. Samkvæmt greininni skal skerðing vera lögum samkvæmt og nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi til varnar nánar tilgreindum hagsmunum, þ. á m. til verndar þjóðaröryggis og til þess að firra glundroða eða glæpum. Við mat á nauðsyn skerðingarinnar í lýðfrjálsu þjóðfélagi hefur dómstóllinn litið til þeirra hagsmuna sem eru í húfi og allra aðstæðna, auk þess hvort kjarni réttindanna hefur verið skertur og í hvaða mæli þau hafa verið skert.<sup>169</sup> Hið dýnamíska eðli sáttmálans hefur orðið til þess að ýmis skerðing á 8. gr. MSE, byggð á nútímatækni, hefur verið talin heyra undir sáttmálann. Hér má nefna símtöl,<sup>170</sup> símanúmer<sup>171</sup> og upptökur af samtölum.<sup>172</sup> Dómstóllinn hefur þó haldið að sér höndum hvað varðar endurskoðun á söfnun persónuupplýsinga með gagnagrunnum. Dómstóllinn hefur komist að þeirri niðurstöðu að persónuupplýsingar sem er safnað á þann hátt falli ekki allar eðli sínu samkvæmt undir 8. gr. MSE.<sup>173</sup> Í þessu samhengi mun litið til nokkurra stefnumótandi dóma hvað varðar öflun og aðgang að persónuupplýsingum.

Grundvallardómur á sviði persónuverndar er mál *Leander gegn Svíþjóð*<sup>174</sup>, en málið varðaði leynilegar lögregluupplýsingar um starfsmann sænska sjóhersins. Í því máli staðfesti MDE að leynileg söfnun og skráning persónuupplýsinga um einstakling hjá lögreglu og synjun lögreglu um aðgang þess einstaklings að þeim upplýsingum fæli í sér skerðingu á réttinum til einkalífs samkvæmt MSE. Hins vegar hefðu aðildarríki rúmt svigrúm til mats á því hvort slík skerðing væri nauðsynleg í þágu þjóðaröryggis. Með tilliti til hinna ríku hagsmuna sænska

---

<sup>168</sup> Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu“, bls. 291.

<sup>169</sup> Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 747.

<sup>170</sup> MDE, *Klass o.fl. gegn Þýskalandi*, 6. september 1978 (5029/71).

<sup>171</sup> MDE, *Malone gegn Bretlandi*, 2. ágúst 1984 (8691/79).

<sup>172</sup> MDE, *P.G. og J.H. gegn Bretlandi*, 25. október 2001 (44787/98), bls. 74.

<sup>173</sup> Ákv. MNE, *Pierre Herbecq og samtökin „Ligue des droits de l’homme“ gegn Belgíu*, 14. janúar 1998 (32200/96 ; 32201/96 en málið varðaði eftirlitsmyndavélar án upptöku. Paul de Hert: „Balancing security and liberty within the European human rights framework. A critical reading of the Court’s case law in the light of surveillance and criminal law enforcement strategies after 9/11“, bls. 74-75.

<sup>174</sup> MDE, *Leander gegn Svíþjóð*, 26. mars 1978 (9248/81).

ríkisins í málinu og að sýnt væri fram á að öryggi upplýsinganna væri tryggt gegn misnotkun komst dómstóllinn að því að meðalhófs hefði verið gætt í málinu og að skerðingin væri því í samræmi við 2. mgr. 8. gr. Þessi niðurstaða er í samræmi við dómaframkvæmd dómstólsins í sambærilegum málum þar sem ríkjum hefur verið veitt vítt svigrúm til takmarkana samkvæmt 2. mgr. 8. gr. í þágu þjóðaröryggis.<sup>175</sup>

Hvað varðar rétt einstaklinga til aðgangs að persónuupplýsingum um þá sjálfa má benda annars vegar á mál *Gaskin gegn Bretlandi* og hins vegar mál *Odièvre gegn Frakklandi*. Í báðum málum staðfesti dómstóllinn að í 1. mgr. 8. gr. fælist jákvæð skylda ríkja til þess að veita einstaklingum aðgang að sínum eigin persónuupplýsingum. Réttur þriðja aðila gæti þó réttlætt takmörkun á þessum rétti. Í máli *Gaskin*, sem varðaði rétt viðkomandi til aðgangs að upplýsingum um ákvarðanir barnaverndaryfirvalda um að koma honum í fóstur í æsku, þóttu hagsmunir hans vera svo ríkir að franska ríkið hefði brotið gegn 8. gr. með því að synja honum um aðgang að upplýsingunum en ekki var vitað um afstöðu þriðja aðila sem gæti haft andstæða hagsmuni. Í máli *Odièvre* þóttu hins vegar hagsmunir þriðja aðila, sem var móðir viðkomandi er heitið hafði verið trúnaði um að hún hefði fætt stefnanda, vera nægilega ríkir, miðað við hagsmuni stefnanda sem vildi fá aðgang að upplýsingunum, til þess að réttlæta skerðinguna. Af dómaframkvæmd MDE sést því að mat andstæðra hagsmuna er í forgrunni við mat á því hvort ríki hafi brotið gegn 8. gr., hvort sem um er að ræða öflun upplýsinga eða aðgang einstaklinga að persónuupplýsingum um þá sjálfa. Mat á því hvort meðalhófs hafi verið gætt við slíka skerðingu er aftur á móti afar mismunandi og veltur að miklu á þeim hagsmunum sem aðgerðirnar beinast að. Það rúma mat sem dómstóllinn hefur veitt stjórnvöldum við skerðingu á réttindum vernduðum af MSE til varnar þjóðaröryggi, skiptir hér miklu. Hvað þetta varðar vísast til síðari umfjöllunar um skerðingu á réttindum vegna hryðjuverkahættu, með tilliti til þess tilgangs tilskipunarinnar að koma í veg fyrir fjármögnun hryðjuverkastarfsemi.<sup>176</sup>

---

<sup>175</sup> Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu“, bls. 293-294.

<sup>176</sup> MDE hefur verið gagnrýndur fyrir það að gefa aðildarríkjum meira rými til mats hvað varðar aðgerðir sem skerða rétt einstaklinga samkvæmt 8. gr. MSE í þeim tilfellum þar sem slíkar aðgerðir krefjast ekki valdbeitingar. Þannig hafa aðildarríkin meira svigrúm til þess að skerða þessi réttindi með öflun persónuupplýsinga og með því að koma á fót víðtækum gagnagrunnum heldur en með einhvers konar líkamlegri valdbeitingu sem leiðir til skerðingar á 8. gr. Paul de Hert: „Balancing security and liberty within the European human rights framework. A critical reading of the Court’s case law in the light of surveillance and criminal law enforcement strategies after 9/11“, bls. 87-91.

Á það hefur verið bent að jafnvel þó að mismunandi réttarkerfi og innleiðing gerða ESB innan einstakra aðildarríkja standist MSE getur samvinna milli ríkja á sviðum sem snerta refsímál samt sem áður leitt til þess að réttur einstaklinga samkvæmt MSE sé fyrir borð borinn.<sup>177</sup> Réttarvernd einstaklinga milli landa getur verið mjög misrík, og eykst munurinn enn frekar þegar mismunandi stjórnvöld, hvert með sitt valdsviðið, veita hvert öðru gagnkvæma aðstoð.<sup>178</sup> Sem dæmi um þetta má nefna að upplýsingaskipti geta verið háð mjög misströngum skilyrðum milli landa eftir því hvort um er að ræða sakamál eða ekki.<sup>179</sup> Sú staðreynd að gerðir Evrópubandalagsins gera ekki ráð fyrir reglum sakamálaréttarfars en eru samt sem áður innleiddar sem refsheimildir auka enn á þessar áhyggjur. Nú mun sjónum beint frá áhrifum fyrstu stoðarinnar á refsirétt í aðildarríkjum ESB og nýleg þróun innan þriðju stoðarinnar hvað þetta varðar skoðuð nánar.

## 5 Gerðir þriðju stoðarinnar og samræming refsiréttar

Með Haagáætluninni<sup>180</sup> markaði þriðja stoðin áherslur í stefnumálum sínum næstu tíu árin, eða frá 2005 til 2015. Í áætluninni er að finna tíu áhersluatriði. Fyrsta áhersluatriðið miðar að því að tryggja mannréttindavernd innan ESB, m.a. með því að gefa mannréttindaskrá ESB bindandi gildi. Fjögur hinna atriðanna fjalla um fólksflutninga innan sambandsins, mál er varða hælisleitendur og ytri landamæri sambandsins. Atriðin sem eftir eru fjalla öll um samvinnu á sviði sakamála og samræmingu efnislegs refsiréttar. Fyrst má nefna áætlanir um frekari þróun á sviði gagnkvæmrar samvinnu í sakamálum og tilkomu hinnar nýju meginreglu um gagnkvæma viðurkenningu í tengslum við sakamál. Í öðru lagi er ný meginregla kynnt til sögunnar (principle of availability), þess efnis að þær upplýsingar sem yfirvöld aðildarríkjanna þarfnast vegna starfsemi lögreglu skuli að meginreglu vera aðgengilegar fyrir tilstuðlan yfirvalda annarra aðildarríkja. Hvað þetta varðar skal lögð áhersla á það að finna jafnvægi milli friðhelgi einkalífs einstaklinga innan aðildarríkjanna og meginreglunnar sem stefnir að auknu öryggi innan

---

<sup>177</sup> Michiel J.J.P. Luchtman: „EU influence on law enforcement and international cooperation in the field of insider dealing“, bls. 152.

<sup>178</sup> Sama rit, bls. 150.

<sup>179</sup> Sama rit, bls. 148.

<sup>180</sup> Samskipti Framkvæmdastjórnarinnar 2005/184/COM.



sambandsins. Síðustu áhersluatriðin fjalla síðan um sameiginlegar aðgerðir aðildarríkjanna gegn hryðjuverkum annars vegar og skipulagðri brotastarfsemi hins vegar. Þessi síðustu atriði stefna beint að samræmingu efnislegs refsiréttar innan aðildarríkjanna. Í þessum kafla verða síðastnefndu áhersluatriði þriðju stoðarinnar skoðuð með tilliti til þeirrar mannréttindaverndar sem MSE tryggir einstaklingum innan aðildarríkjanna. Fyrst verða helstu áherslur stoðarinnar samkvæmt Haagáætluninni hvað varðar efnislegan refsirétt skoðaður og þær gildandi gerðir sem um þær fjalla. Í framhaldinu verður hin nýja meginregla um gagnkvæma viðurkenningu í sakamálum skoðuð út frá evrópsku handtökuskipuninni og evrópsku tilskipuninni um öflun og afhendingu sönnunargagna með tilliti til mannréttindaverndar innan sambandsins.

## 5.1 Samræming efnislegs refsiréttar og grunnreglan um lögbundnar refsheimildir

Hin öra þróun undanfarinna ára á sviði refsiréttar innan ESB hefur verið gagnrýnd með tilliti til þeirrar grunnhugmyndar að refsilög skuli sett af lýðræðislega kjörnum fulltrúum hvers ríkis fyrir sig.<sup>181</sup> Þá hefur á það verið bent að lagasetning innan ESB byggist á umræðum fjölmargra aðila og málamiðlunum öfugt við lagasetningu innan aðildarríkjanna þar sem samning laganna er að stórum hluta sett í hendur sérfróðra aðila. Þar sem gerðirnar sem verða síðan að refsilögum eru settar fjarri hverju aðildarríki fyrir sig getur dómstólum þeirra ríkja einnig reynst erfitt að beita löggjöfinni, þar sem lagasetningarferlið er ekki ljóst og ekki liggur fyrir greinargerð með frumvarpi til gerðanna, umræður við setningu þeirra o.s.frv. líkt og á við þegar lög eru sett af löggjöfum hvers lands.<sup>182</sup> Þriðja stoðin hefur einnig verið gagnrýnd fyrir að skorta lýðræðisleg einkenni og gagnsæi við lagasetningu sína.<sup>183</sup> Lagðar hafa verið fram tillögur um úrbætur við löggjafarferli ESB þegar kemur að refsirétti, m.a. að setja eigi það skilyrði að löggjafarþing

---

<sup>181</sup> Hér vísast til tillögu hóps þýskra prófessora á sviði refsiréttar um nýjar evrópskar reglur á sviði refsiréttar og sakamálaréttarfars. Bernd Schünemann: „Alternative-project for a European criminal law and procedure“, bls. 231.

<sup>182</sup> Gunnar Persson: „Gränslös straff- och straffprocessrätt. Om EU-medlemskapets effekter på rättsvetenskapen“, bls. 227.

<sup>183</sup> Francesco Calderoni: „A Definition that Could not Work: the EU Framework Decision on the Fight against Organised Crime“, bls. 268. Lissabonsáttmálinn hefur þó veitt Evrópuþinginu mikilvægt hlutverk við lagasetninguna og þannig gert lagasetningarferlið lýðræðislega.

aðildarríkjanna samþykki gerðir sem stefna að samræmingu refsiréttar áður en þær eru innleiddar sem refsilög í viðkomandi ríki.<sup>184</sup>

Einnig hefur þróun saknæmis innan evrópsks refsiréttar verið gagnrýnd, sérstaklega í samhengi við brot gegn fjárhagslegum hagsmunum ESB. Hefur það orðið að meginreglu að sú háttsemi sem er til þess fallin að skaða fjárhagslega hagsmunum Evrópubandalagsins sé refsiverð, óháð huglægri afstöðu viðkomandi. Því er þróunin í þá átt að meginreglan verði „afbrot án sakar“.<sup>185</sup> Þó að 7. gr. MSE feli ekki í sér að hlutlæg refsíabyrgð sé í öllum tilfellum óheimil, sbr. mál *Salabiaku gegn Frakklandi*,<sup>186</sup> má ráða af forsendum dómstólsins í sama máli að heimildir ríkja til þess að setja slík refsilög séu takmarkaðar. Í málinu, sem varðaði frönsk tollalög sem mæltu fyrir um hlutlega refsíabyrgð, staðfesti dómstóllinn að aðildarríkjum væri að meginreglu frjálst að gera þær athafnir refsiverðar sem þau kysu, svo framarlega sem þær athafnir væru verndaðar af öðrum ákvæðum sáttmálans. Jafnframt væri aðildarríkjunum frjálst, við ákveðnar kringumstæður, að setja refsheimildir sem gerðu engar kröfur til huglægrar afstöðu brotamanns, svo framarlega sem þau tækju til greina þau réttindi sem skert væru með lögnum.

Atburðirnir sem áttu sér stað 11. september 2001 ollu hraðri þróun innan þriðju stoðarinnar. Á fundi Ráðherraráðsins 20. september 2001 voru teknar ákvarðanir um að hrinda af stað rammaákvörðunum um hryðjuverk og evrópska handtökuskipun. Þessar ákvarðanir voru teknar með hraði enda sambandið undir miklum pólitískum þrýstingi um að bregðast við atburðunum.<sup>187</sup> Þannig varð „stríðið gegn hryðjuverkum“ kveikjan að þróun í samstarfi aðildarríkja ESB á sviði refsiréttar sem náði mun lengra en aðeins til hryðjuverkalöggjafar. Rammaákvæðanir þriðju stoðarinnar gera nú ráð fyrir því að aðildarríkin setji sér sameiginlegar lágmarksreglur sem varða skipulagða brotastarfsemi eða hryðjuverk. Þetta form rammaákvæðana hefur verið gagnrýnt með tilliti til þeirra áhrifa sem þær hafa á þyngd refsilaga aðildarríkjanna. Þriðja stoðin hefur ekkert að segja um það hvort aðildarríkin setji í raun mun þyngri refsilög en lágmarksreglurnar gera ráð fyrir, enda stafa engar gerðir um hámarksreglur á þessu sviði frá

---

<sup>184</sup> Hér vísast til tillögu hóps þýskra prófessora á sviði refsiréttar um nýjar evrópskar reglur á sviði refsiréttar og sakamálaréttarfars. Bernd Schünemann: „Alternative-project for a European criminal law and procedure“, bls. 231.

<sup>185</sup> Sjá Reglugerð 2988/95/EB. Peter-Alexis Albrecht og Stefan Braum: „Deficiencies in the Development of European Criminal Law“, bls. 307-308.

<sup>186</sup> *MDE, Salabiaku gegn Frakklandi*, 7. október 1988 (10519/83).

<sup>187</sup> Susie Alegre og Marisa Leaf: „Criminal Law and Fundamental Rights in the European Union: Moving Towards Closer Co-operation“, bls. 326.

bandalaginu. Sú hugsun liggur að baki starfsemi þriðju stoðarinnar að styrkja lög aðildarríkjanna sem vopn gegn skipulagðri brotastarfsemi og hryðjuverkum. Þriðju stoðinni virðist ekki vera ætlað það hlutverk að hafa áhrif á það hve langt aðildarríkin ganga í þessum efnum og hvort þau skerði mannréttindi einstaklinga innan sambandsins.<sup>188</sup> Í þessu samhengi skal einnig bent á það að ýmis lykilhugtök gerða ESB hafa verið gagnrýnd fyrir það að vera illa skilgreind. Sem dæmi um allvíð hugtök hefur verið bent á „efnahagsbrot“ og „milliríkja-fjársvik“ en nánari skilgreining þessara hugtaka er í höndum aðila sem hafa pólitíska hagsmuni af framkvæmd gerðanna.<sup>189</sup> Í þessum kafla verða tvö helstu áherslatriði þriðju stoðarinnar, hvað varðar samræmingu efnislegs refsiréttar, hryðjuverkastarfsemi og skipulögð brotastarfsemi, skoðuð út frá grunnreglunni um lögbundnar refsheimildir. Þær kröfur sem 7. gr. MSE gerir til skýrleika refsheimilda verða skoðaðar ásamt dómaframkvæmd MDE hvað þetta varðar. Í kjölfarið verða könnuð þau skilyrði sem lög sem skerða réttindi samkvæmt 8.-11. gr. MSE þurfa að uppfylla. Að lokum verða gerðir ESB settar til höfuðs hryðjuverkum og skipulagðri brotastarfsemi athugaðar út frá þeim kröfum sem fyrrnefndar greinar MSE gera til refsheimilda.

## 5.2 MSE og grunnreglan um lögbundnar refsheimildir

Evrópusambandið hefur staðfest að meginreglan um lögbundnar refsheimildir sé ein af grunnreglum sambandsins. Hana er að finna í 49. gr. mannréttindayfirlýsingar ESB en í þeirri grein felst einnig bann við afturvirkni refsilaga og skilyrði um að þyngd refsingar sé í samræmi við alvarleika brotsins. Auk þess hefur Evrópudómstóllinn staðfest mikilvægi meginreglunnar í sambandi við Evrópurétt í fjölda mála.<sup>190</sup> Þannig hefur Evrópudómstóllinn staðfest að refsíabyrgð verði ekki leidd beint af reglugerðum einum og sér, þrátt fyrir að reglugerðir hafi að jafnaði bein réttaráhrif í landsrétti.<sup>191</sup> Refsíabyrgð verður heldur ekki leidd beint af tilskipunum<sup>192</sup> eða

---

<sup>188</sup> Bernd Schünemann: „Alternative-project for a European criminal law and procedure“, bls. 234. Á hinn bóginn getur grunnreglan um meðalhóf innan ESB sett aðildarríkjunum ákveðin mörk þegar kemur að innleiðingu gerða þriðju stoðarinnar. Francis G. Jacobs og Robin C. A. White: *The European Convention on Human Rights*, bls. 177.

<sup>189</sup> Peter-Alexis Albrecht og Stefan Braum: „Deficiencies in the Development of European Criminal Law“, bls. 307.

<sup>190</sup> Francis G. Jacobs og Robin C. A. White: *The European Convention on Human Rights*, bls. 167.

<sup>191</sup> EBD mál C-60/02, 7. janúar 2004.

<sup>192</sup> EBD mál C-14/86, 11. júní 1987.

rammaákvörðunum.<sup>193</sup> Dómstóllinn hefur því staðfest að refsheimildir verði alltaf að vera að finna í landslögum. Enn fremur geta gerðir ESB ekki aukið á refsíabyrgð sem á sér rætur í landslögum, t.d. með lögskýringu á innlendum refsheimildum til samræmis við gerðir sambandsins.<sup>194</sup> Evrópudómstóllinn hefur fylgt mælikvörðum MDE eftir þegar kemur að afmörkun reglunnar um lögbundnar refsheimildir, sbr. 7. gr. MSE. Þannig hefur Evrópudómstóllinn lagt áherslu á fyrirsjáanleika refsheimilda, miðað við orðalag þeirra, og ef með þarf, með tilliti til túlkunar innlendra dómstóla á refsheimildunum.<sup>195</sup>

Grunnregla 1. mgr. 7. gr. MSE um lögbundnar<sup>196</sup> refsheimildir<sup>197</sup> felur í sér að menn verða aðeins látnir sæta refsíabyrgð fyrir athafnir eða athafnaleyfi sem var refsivert samkvæmt landslögum eða þjóðarétti á þeim tíma þegar afbrotið var framið. Regla 7. gr. MSE um lögbundnar refsheimildir felur í sér tvo meginþætti. Í fyrsta lagi felur reglan í sér takmarkanir á heimildum löggjafarvalds og dómstóla aðildarríkjanna. Þessar stofnanir mega ekki setja refsilög eða túlka þau þannig að þau nái til athafna sem ekki voru refsiverðar á þeim tíma sem þær voru framkvæmdar.<sup>198</sup> Í öðru lagi setur reglan það skilyrði að refsheimildir skuli vera nægilega skýrar, en þessi síðari þáttur reglunnar er nátengdur þeim fyrri þar sem því minna rými gefst til þess að túlka refsheimildir rúmt.<sup>199</sup> MDE hefur staðfest að þær kröfur sem hann gerir til fyrirsjáanleika og aðgengileika refsheimilda samkvæmt 7. gr. MSE séu breytilegar eftir aðstæðum hvers máls. Við þetta mat hefur dómstóllinn einkum litið til inntaks viðkomandi refsheimildar, þess

---

<sup>193</sup> EBD mál C-105/03, 16. júní 2005.

<sup>194</sup> Hvað varðar reglugerðir sjá EBD mál C-60/02, 7. janúar 2004. Hvað varðar tilskipanir sjá EBD mál C-74/95 og C-129/95, 12. desember 1996 og rammaákvörðanir EBD mál C-105/03, 16. júní 2005. Francis G. Jacobs og Robin C. A. White: *The European Convention on Human Rights*, bls. 167-168.

<sup>195</sup> EBD mál C-308/06, 3. júní 2008. Francis G. Jacobs og Robin C. A. White: *The European Convention on Human Rights*, bls. 169.

<sup>196</sup> Af dómafrankvæmd MDE má ráða að dómstóllinn gerir ekki kröfur um það að uppruni refsheimilda verði rakinn til löggjafa aðildarríkjanna. Róbert R. Spanó: „Bann við afturvirkni refsilaga og grunnreglan um lögbundnar refsheimildir“, bls. 278.

<sup>197</sup> Vernd 7. gr. MSE er bundin við refsiverða háttsemi og refsingu, sbr. 1. og 2. mgr. 7. gr. Hvað varðar mörk refsinga og viðurlaga af öðrum toga vísast til fyrri umfjöllunar um 6. gr. MSE. Þar sem greinin er einskorðuð við refsímál á hún hvorki við framsal einstaklinga til annarra ríkja, sbr. MDE, *Moustaquim gegn Belgíu*, 18. febrúar 1991 (12313/86), né fyrirbyggjandi varðhald yfir grunuðum hryðjuverkamanni, sbr. MDE, *Lawless gegn Írlandi*, 1. júlí 1996 (332/57). David Harris o.fl.: *Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 332.

<sup>198</sup> Dómstólar mega hvorki túlka refsheimildir of rúmt né beita lögjöfnun sakborningi í óhag. Sjá m.a. MDE, *Kokkinakis gegn Grikklandi*, 25. maí 1993 (14307/88). Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 652.

<sup>199</sup> Clare Ovey og Robin White: *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, bls. 209.

réttarsviðs sem henni er ætlað að taka til og fjölda og stöðu þeirra aðila sem henni er beint að.<sup>200</sup> Í máli *Laukkanen gegn Finnlandi*<sup>201</sup> skilgreindi MDE þær kröfur sem hann gerir til skýrleika refsheimilda þannig að einstaklingar verði að geta gert sér grein fyrir því hvaða verknaður baki þeim refsíabýrgð með lestri viðkomandi refsheimildar og ef með þarf, túlkun dómstóla á refsheimildinni.<sup>202</sup> Einnig hefur dómstóllinn tekið tillit til þess hvort viðkomandi hafi leitað sér lögfræðiaðstoðar um inntak refsheimildarinnar áður en brotið var framið.<sup>203</sup> Auk þess hefur mannréttindanefndin staðfest að lægra settar réttarheimildir geti verið til fyllingar refsheimild og stuðlað að því að hún standist kröfur 7. gr. MSE.<sup>204</sup> Að lokum hefur dómstóllinn staðfest að þó að óljóst sé hvort refsíákvæði eigi við um ákveðinn fjölda mála valdi það í sjálfu sér ekki því að brotið sé gegn 7. gr. MSE, svo framarlega sem það sé nægilega skýrt í flestum tilfellum.<sup>205</sup>

MDE hefur verið gagnrýndur fyrir það að rýra vernd 7. gr. MSE með því að gera mjög miklar kröfur til sönnunar á því að refsheimildir séu ekki nægilegar skýrar.<sup>206</sup> Þó er að finna þó nokkur dæmi í dómaframkvæmd MDE þar sem dómstóllinn hefur talið að aðildarríkin hafi brotið gegn skýrleikakröfu 7. gr. MSE. Sem dæmi má nefna niðurstöðu dómstólsins í máli *Steel o.fl. gegn Bretlandi*.<sup>207</sup> Í því máli gagnrýndi rétturinn hve ónákvæmt hugtakið „to be of good behaviour“ væri og að sú verknaðarlýsing á refsiverðri háttsemi sem fælist í hugtakinu byði upp á afar takmarkaðar leiðbeiningar um það hvers konar verknaður væri refsiverður. Annað dæmi um þetta er mál *Hashman og Harrup gegn Bretlandi*<sup>208</sup> en í því komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að refsheimild sem byggðist á háttseminni „contra bonos mores“ stæðist ekki kröfur

---

<sup>200</sup> *MDE, Groppera Radio o.fl. gegn Sviss, 28. mars 1990 (10890/84).*

<sup>201</sup> *MDE, Laukkanen gegn Finnlandi, 1. júní 2004 (48910/99).*

<sup>202</sup> Dómstóllinn hefur lagt áherslu á nauðsyn þess að dómstólar hvers ríkis fyrir sig hafi rými til þess að móta nánar inntak refsheimilda með dómaframkvæmd sinni. Hvað þetta varðar má benda á mál *MDE, CR gegn Bretlandi, 22. nóvember 1995 (20190/92)*. Í því máli viku enskir dómstólar frá fyrri dómvenju sinni um að eiginmaður gæti ekki nauðgað eiginkonu sinni, sakborningi í óhag. MDE komst að þeirri niðurstöðu að sú þróun í enskri löggjöf að eiginmenn nytu ekki undanþágu frá slíku broti væri nægilega fyrirjáanleg og því ekki í andstöðu við 7. gr. MSE.

<sup>203</sup> *MDE, Rieg gegn Austurríki, 24. mars 2005 (63207/00).*

<sup>204</sup> *Ákv. MNE, Ainsworth gegn Bretlandi, 22. nóvember 1998 (35095/97).*

<sup>205</sup> Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 652. Sjá einnig *MDE, Cantoni gegn Frakklandi, 15. nóvember 1996 (17862/91)*.

<sup>206</sup> Í þessu samhengi hefur mál *MDE, Kokkinakis gegn Grikklandi, 25. maí 1993 (14307/88)* verið nefnt sem dæmi en í því máli ákvarðaði MDE að mjög matskennt refsíákvæði sem bannaði viðleitni til að hafa áhrif á trúarskoðanir fólks með hvatningum, blekkingum eða misneytingu stæðist 7. gr. MSE. Róbert R. Spanó: „Bann við afturvirkni refsilaga og grunnreglan um lögbundnar refsheimildir“, bls. 279.

<sup>207</sup> Skýrleiki refsheimildarinnar kom til skoðunar í tengslum við 5. gr. MSE í málinu. *MDE, Steel o.fl. gegn Bretlandi, 23. september 1998 (67/1997/851/1058)*.

<sup>208</sup> *MDE, Hashman og Harrup gegn Bretlandi, 25. nóvember 1999 (25594/94).*

2. mgr. 10. gr. um skýrleika refsheimilda.<sup>209</sup> Af dómaframkvæmd MDE leiðir að dómstóllinn gerir allríkar kröfur til sönnunar á því að refsheimildir séu ekki nægilega skýrar. Dómstóllinn lítur sem fyrr segir til ýmissa atriða til fyllingar refsheimildum. Þá fyrst telur dómstóllinn að refsheimildir standist ekki kröfur MSE um skýrleika þegar einstaklingar geta ekki gert sér grein fyrir því hvaða háttsemi fellur undir heimildina þrátt fyrir að hafa litið til ofanefndra atriða. Þar að auki gerir MDE mismiklar kröfur til skýrleika refsheimilda eftir því hvaða réttindi er takmörkuð með viðkomandi heimild.

Ákvæði 7. gr. MSE á helst við í þeim tilfellum þar sem ekki reynir á skerðingu á öðrum réttindum samkvæmt sáttmálanum, s.s. 2. mgr. 8. gr., 2. mgr. 9. gr., 2. mgr. 10. gr. og 2. mgr. 11. gr. Í þeim tilfellum hefur 7. gr. sjálfstætt gildi en er að öðru leyti til fyllingar fyrrnefndum undanþágureglum sáttmálans,<sup>210</sup> en MDE hefur lagt sambærilegan mælikvarða um skýrleika refsheimilda í þeim tilfellum sem varða 7. gr. og 8.-11. gr. MSE.<sup>211</sup> Í öllum tilfellum lítur dómstóllinn til þess hvort að einstaklingar geti gert sér grein fyrir því hvaða athafnir séu refsiverðar með því að lesa viðkomandi refsheimild og ef með þarf, með hjálpar túlkunar dómstóla á heimildinni.<sup>212</sup> Áður en lengra er haldið verður gefið stutt yfirlit yfir þær kröfur sem MDE hefur gert til skýrleika refsheimilda samkvæmt fyrrnefndum undanþágureglum.

Í 8.-11. gr. MSE er nefndur fjöldi tilvika sem réttlætir takmörkun á hverjum réttindum fyrir sig. Greinarnar nefna misjafnlega margar takmörkunarástæður. Ákvæði 9. gr. sem fjallar um hugsana-, samvisku- og trúfrelsi nefnir fæstar takmörkunarástæður af greinunum en 10. gr., sem fjallar um tjáningarfrelsi, flestar. Mat dómstólsins á takmörkunum samkvæmt þessum greinum er þrjúþætt. Í fyrsta lagi lítur dómstóllinn til þess hvort þær takmarkanir sem til skoðunar eru séu í samræmi við lög þess aðildarríkis sem á hlut að máli.<sup>213</sup> Hér lítur dómstóllinn til þess hvort

---

<sup>209</sup> Háttsemin „contra bonos mores“ var skilgreind sem „röng frekar en rétt háttsemi í augum meirihluta borgara þess ríkis á þeim tíma sem brotið var framið“. Þessa refsheimild skorti þann fyrirsjáanleika sem krafist verður af þeim lagareglum sem skerða réttindi samkvæmt 10. gr. Í *Lucas gegn Bretlandi* komst dómstóllinn hins vegar að þeirri niðurstöðu að refsíakvæði um þá háttsemi að „breach the peace“ væri nægilega skýr refsheimild. *MDE, Lucas gegn Bretlandi, 18. mars 2003 (39013/02)*.

<sup>210</sup> Róbert R. Spanó: „Bann við afturvirkni refsilaga og grunnreglan um lögbundnar refsheimildir“, bls. 267.

<sup>211</sup> Róbert R. Spanó: Sama rit, bls. 277.

<sup>212</sup> Clare Ovey og Robin White: *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, bls. 213.

<sup>213</sup> Þrátt fyrir það að orðalag 8. gr. annars vegar („opinber stjórnvöld skulu eigi ganga á rétt þennan nema samkvæmt því sem lög mæla fyrir um“) og 9.-11. gr. hins vegar (réttindi „einungis háð þeim takmörkunum, sem lög mæla fyrir um“) sé ólíkt hvað þetta varðar hefur dómstóllinn úrskurðað í *MDE, máli Malone gegn Bretlandi, 2. ágúst 1984*

heimild sé fyrir takmörkuninni í lögum eða öðrum réttarheimildum, hvort lögin séu aðgengileg og fyrirsjáanleg. Þær skýrleikakröfur sem gerðar eru til réttarheimilda miðast við tegund réttarheimildanna, það réttarsvið sem þær taka til og þann hóp manna sem þær beinast að.<sup>214</sup> Í öðru lagi skoðar dómstóllinn hvort takmörkunin sé í samræmi við þær takmörkunarástæður sem upp eru taldar í hverri grein fyrir sig. Aðildarríkjum hefur alla jafna reynst auðvelt að sýna fram á að takmarkanir þær sem þau hafa lagt á réttindi einstaklinga samkvæmt 8.-11. gr. og eru til skoðunar eigi við einhverjar þeirra takmörkunarástæðna sem ákvæðin kveða á um. Hvað varðar tengsl þessara takmarkana og hryðjuverkhalaga má nefna þau fjölmörgu mál sem varðað hafa takmarkanir tyrkneska ríkisins á tjáningarfrelsi í sambandi við Kúrda, sjá nánari umfjöllun í næsta kafla. Dómstóllinn hefur óhikað litið svo á að þessar takmarkanir hafi miðað að hinu lögmeta markmiði að vernda þjóðaröryggi. Takmarkanir sem stefna að því að koma í veg fyrir glundroða og glæpi er sú takmörkunarástæða sem oftast er byggt á og myndi líklega vera samþykkt í flestum tilfellum þar sem refsheimildir eru til skoðunar á annað borð. Í þriðja lagi lítur dómstóllinn til þess hvort takmörkunin hafi verið nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi.<sup>215</sup> Hvað varðar mat á nauðsynlegri skerðingu í lýðræðislegu þjóðfélagi hefur dómstóllinn litið til sameiginlegs mælikvarða löggjafar aðildarríkjanna á því hvað getur talist nauðsynlegt í slíku þjóðfélagi.<sup>216</sup> Þetta mat er þó að mestu byggt á því hvort meðalhófs hafi verið gætt við framkvæmd takmörkunarinnar sem miðaði að lögmetu markmiði. Þannig skoðar dómstóllinn hvort takmörkunin sé til komin vegna aðkallandi samfélagslegrar nauðsynjar og hvort sú takmörkun sé meira íþyngjandi en nauðsynlegt er til þess að taka á hinn aðkallandi samfélagslegu nauðsyn. Olnbogaráymi aðildarríkjanna við þessa takmörkun miðast bæði við þau

---

(8691/79) að allar greinarnar skuli skilja á sama veg hvað þetta varðar. David Harris o.fl.: *Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 344.

<sup>214</sup> Hefur MDE á tíðum túlkað hugtakið lög rúmt í þessu samhengi s.s. í máli *Leyla Sahin gegn Tyrklandi* en í því máli taldi dómstóllinn hugtakið ná jafnt til stjórnarskrár Tyrklands og reglna einstakra tyrkneskra háskóla. *MDE, Leyla Sahin gegn Tyrklandi*, 10. nóvember 2005 (44774/98). David Harris o.fl.: *Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 346.

<sup>215</sup> Clare Ovey og Robin White: *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, bls. 222-237.

<sup>216</sup> Dómstóllinn hefur einkum litið til slíks almenns samkomulags aðildarríkjanna í þeim tilfellum sem um siðferðisleg ágreiningsefni er að ræða, sjá m.a. mál *MDE, Marckx gegn Belgíu*, 13. júní 1979 (6833/74) sem varðaði mismunun gagnvart óskilgetnum börnum og mál *MDE, Dudgeon Norris gegn Bretlandi*, 22. október 1981 (7525/76) er varðaði mismunun gagnvart samkynhneigðum. Dómstóllinn hefur hins vegar hvorki mótað nákvæm viðmið um það hvað teljist sameiginleg afstaða aðildarríkjanna í þessum efnum né hefur dómstóllinn talið sér skylt að líta til slíks viðmiðs þó að á því sé byggt í málalíbúnaði málsaðila. David Harris o.fl.: *Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 353-354.

einstaklingsréttindi sem skert eru og þá hagsmuni sem eru í húfi fyrir aðildarríkin. Dæmi um tilvik þar sem aðildarríkjunum er veitt mikið svigrúm til mats eru þau mál sem varða takmarkanir á réttindum einstaklinga til verndar þjóðaröryggis.<sup>217</sup> Þessi niðurstaða dómstólsins hefur sérstaka þýðingu fyrir rammaákvörðun 2002/475/DIM um baráttuna gegn hryðjuverkum.

### 5.3 Rammaákvörðun 2002/475/DIM um baráttuna gegn hryðjuverkum

Sem fyrr segir varð ESB fyrir miklum þrýstingi að bregðast við atburðunum sem áttu sér stað 11. september 2001. Rammaákvörðun 2002/475/DIM um baráttuna gegn hryðjuverkum var samþykkt örskömmu eftir árásirnar, pólitísk samstaða hafði náðst um sameiginlega skilgreiningu aðildarríkjanna á hryðjuverkum um jólin 2001 og ákvörðunin tók gildi í júlí 2002. Í kjölfarið hefur þriðja stoðin sett fjölmargar gerðir sem beinast gegn hryðjuverkastarfsemi. Má þar m.a. nefna gerðir er varða frýstingu eigna nafngreindra einstaklinga og hópa,<sup>218</sup> gerðir sem miða að því að auka gagnsæi fjármagnsflutninga innan ESB í þeim tilgangi að koma í veg fyrir fjármögnun hryðjuverkastarfsemi<sup>219</sup> og gerðir sem miða að auknum upplýsingaskiptum milli aðildarríkjanna í tengslum við hryðjuverkastarfsemi.<sup>220</sup> Auk þessara gerða hefur áhersla ESB á baráttuna gegn hryðjuverkum haft mikil áhrif á ýmsar gerðir sem hafa mun víðtækara svið en ofanefndar gerðir.<sup>221</sup> Hér verður sjónum beint að rammaákvörðun 2002/475/DIM um baráttuna gegn hryðjuverkum og þeirri grunnskilgreiningu á hryðjuverkastarfsemi sem hún hefur að geyma.

Í 1. gr. rammaákvörðunarinnar er skilgreining á hryðjuverkum. Samkvæmt greininni þarf ásetning til brotanna og að þau séu, vegna eðlis þeirra eða samhengis, til þess fallin að valda ríki eða alþjóðasamtökum miklum skaða. Einnig er sett það skilyrði að brotin séu jafnframt framin í þeim tilgangi að valda almenningi verulegum ótta eða þvinga með ólögætum hætti stjórnvöld

---

<sup>217</sup> Hér má nefna mál *MDE, Klass o.fl. gegn Þýskalandi*, 6. september 1978 (5029/71) en í því máli staðfesti dómstóllinn að aðildarríkjum gæti verið nauðsynlegt, vegna hryðjuverkaógnar, að koma á fót kerfi sem myndi fylgjast leynilega með síma- og póstsamskiptum og að ríkin hefðu ákveðið mat um útfærslu slíks kerfis. Á hinn bóginn varaði dómstóllinn við því að aðgerðir ætlaðar til þess að viðhalda lýðræðislegu þjóðfélagi geta í raun eytt því. Clare Ovey og Robin White: *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, bls. 222-237.

<sup>218</sup> Sjá sameiginlega afstöðu Ráðherraráðsins 2001/931/CFSP og reglugerðir EB 2001/2580/EB og 2002/881/EB.

<sup>219</sup> Sjá samskipti Framkvæmdastjórnarinnar 2004/700/COM og 2005/620/COM.

<sup>220</sup> Sjá ákvörðun Ráðherraráðsins 2005/671/JHA.

<sup>221</sup> Má hér nefna rammaákvörðun 2002/584/JHA um evrópska handtökuskipun sem er umfjöllunarefni kafla 5.5.



eða alþjóðastofnun til að gera eitthvað eða láta eitthvað ógert eða í því skyni að veikja eða skaða stjórnskipun eða stjórnmalalegar, efnahagslegar eða þjóðfélagslegar undirstöður ríkis eða alþjóðastofnunar. Í seinni hluta greinarinnar er að finna upptalningu á þeim brotum sem aðildarríkjunum ber að gera refsiverð sem hryðjuverk að fyrrnefndum skilyrðum uppfylltum. Sá listi nær til fjölda brota sem mörg hver eru skilgreind rúmt. Sem dæmi má nefna líkamsárásir, hvort sem þær eru líklegar til að valda dauða eður ei, mannrán, gíslatöku, stórfelld eignaspjöll á almanna- eða einkaeign, það að gera samgöngu- eða flutningstæki upptæk, framleiðslu, eign eða öflun vopna, rannsókn á efnavopnum og þann verknað að eiga við náttúruauðlindir ef það er til þess fallið að stofna lífi fólks í hættu.

Eins og má lesa af þessari skilgreiningu á hryðjuverkum er hún samsett úr mörgum þáttum sem margir hverjir eru rúmt orðaðir og getur því tekið til fjölmargra athafna samkvæmt orðanna hljóðan sem myndu ekki falla undir hryðjuverkahugtakið í hugum flestra. Rammaákvörðunin hefur verið gagnrýnd fyrir það að skilgreina hugtakið of rúmt en viðurkenna verður að ekki er hlaupið að því að skilgreina hugtakið, enda hefur ekki náðst samstaða um neina alþjóðlega skilgreiningu á hryðjuverkum. Skoðanir eru afar skiptar um ástæður og lögmæti hryðjuverkstarfseminnar<sup>222</sup> og aðildarríki eru oft á tíðum ósammála um það hvenær tiltekin félagssamtök geti talist hryðjuverkasamtök.<sup>223</sup> Skilgreiningar á hryðjuverkum ráðast því að miklu leyti af alþjóðasamfélaginu og því hvaða ríki innan þess eru áhrifamikil.<sup>224</sup>

Samkvæmt 9. gr. rammaákvörðunarinnar er lögsaga aðildarríkjanna yfir brotum á rammaákvörðuninni afar víðtæk. Aðildarríki hefur lögsögu yfir brotum ef eitthvert brot hryðjuverkasamtaka hefur verið framið að heild eða að hluta innan landfræðilegrar lögsögu þess. Aðildarríki hafa jafnframt heimild til þess að víkka lögsögu sína þannig að hún nái til brota sem eru framin innan annarra aðildarríkja. Auk þess hafa aðildarríki lögsögu vegna brota sem eru framin á skipi eða loftfari sem siglir undir fána ríkisins, ef hinn brotlegi er ríkisborgari þess ríkis eða búsettur þar, brotið er framið til hagsbóta fyrir lögpersónu sem er staðsett innan þess ríkis eða

---

<sup>222</sup> Jean-Marc Sorel: „Some Questions About the Definition of Terrorism and the Fight Against Its Financing“, bls. 368.

<sup>223</sup> Björg Thorarensen: „Viðbrögð alþjóðasamfélagsins við hryðjuverkum“. Erindi á málstofu í lagadeild HÍ 27. febrúar 2002. <http://www3.hi.is/~bjorgtho/docs/Erindin/malstofa-hrydjuverk.doc>

<sup>224</sup> Jean-Marc Sorel: „Some Questions About the Definition of Terrorism and the Fight Against Its Financing“, bls. 370.

að brotið beinist gegn fólki innan þess ríkis, stofnunum þess eða að stofnunum ESB sem eru staðsettar innan þess ríkis. Af þessu leiðir að oftast en ekki eiga mörg aðildarríki innan sambandsins lögsögu yfir brotum gegn rammaákvörðuninni. Þar sem skilgreining rammaákvörðunarinnar á hinum refsiverðu brotum er jafnvíðtæk og raun ber vitni er líklegt að aðildarríki skilgreini hryðjuverkahugtakið á mismunandi hátt, annað hvort með innleiðingu í landslög eða túlkun dómstóla á hugtakinu. Við þetta bætist rúm lögsaga yfir brotunum. Því eru líkur til þess að fleiri en ein skilgreining á hryðjuverkum eigi við um sama brotið.

Í 2. mgr. 1. gr. rammaákvörðunarinnar er tekið fram að hún skuli ekki verða þess valdandi að grundvallarréttindi einstaklinga samkvæmt 6. gr. Maastrichtsamningsins verði skert. Sem fyrr segir kveður 2. mgr. 6. gr. Maastrichtsamningsins á um að Evrópusambandinu beri að virða grunnmannréttindi eins og þau eru tryggð með Mannréttindasáttmála Evrópu og sameiginlegum stjórnarskrárhefðum aðildarríkja ESB þar sem þær mynda hluta bandalagsréttar. Með tilliti til þessa verða nú skoðaðar þær kröfur sem MDE hefur gert til skýrleika refsheimilda á sviði hryðjuverkalöggjafar.

MDE hefur staðfest að refsilög þurfi að vera sveigjanleg til þess að þjóna tilgangi sínum, sem aftur á móti gefur yfirvöldum aðildarríkjanna meira olnbogaráymi til þess að setja rúmar refsheimildir. Sem fyrr segir hefur það réttarsvið sem refsheimildin tekur til talsvert vægi. Einkum hefur MDE veitt aðildarríkjum víðtækar heimildir hvað þetta varðar þegar þjóðaröryggi er í húfi sökum hryðjuverkaógnar. Sem dæmi má nefna mál *Başkaya og Okçuoğlu gegn Tyrklandi*<sup>225</sup> en í því máli tók dómstóllinn til skoðunar refsíákvæði tyrkneskrar hryðjuverkalöggjafar sem gerði „útbreiðslu áróðurs sem beindist gegn samheldni (indivisibility) tyrkneska ríkisins“ refsiverða. Stefnendur í málinu höfðu verið sakfelldir á grundvelli ákvæðisins fyrir það að gefa út fræðirit þar sem stefna tyrkneska ríkisins gagnvart Kúrdum var m.a. gagnrýnd en þeir báru því við að refsíákvæðið stæðist ekki kröfur 7. gr. MSE um skýrleika refsheimilda. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að þessi matskennda refsheimild stæðist 7. gr. MSE, sérstaklega með það í huga að viðkomandi réttarsvið væri þess eðlis að erfitt væri að setja um brotið nákvæmlega afmarkaða brotalýsingu og að jafnframt væri nauðsynlegt að dómstólar

---

<sup>225</sup> MDE, *Başkaya og Okçuoğlu gegn Tyrklandi*, 8. júlí 1999 (23536/94; 24408/94).

aðildarríkjanna hefðu rými til mats á því hvort háttsemi félli undir slík ákvæði.<sup>226</sup> Að lokum báru verjendur því við að brotið hefði verið á réttindum þeirra samkvæmt 10. gr. MSE um réttinn til tjáningarfrelsis. Dómurinn komst að þeirri niðurstöðu að sú skerðing sem fólst í sakfellingu beggja hefði lögmætan tilgang í samræmi við 2. mgr. 10. gr., það er að tryggja almannaoöryggi og öryggi ríkisins, sérstakleg með tilliti til þáverandi ástands í Suðaustur-Tyrklandi. Hins vegar taldi dómstóllinn að fræðiskrifin hefðu hvorki hvatt til ofbeldis né væru líkleg til þess að valda slíkum afleiðingum. Við mat á því hvort að skerðing tyrkneska ríkisins á 10. gr. stæðist 2. mgr. 10. gr. leit dómstóllinn sérstaklega til þess hve þung refsing báðum aðilum var dæmd og með tilliti til skorts á meðalhófi komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að skerðingin hefði ekki verið nauðsynleg í lýðræðislegu samfélagi. Því hefði tyrkneska ríkið brotið gegn 2. mgr. 10. gr. MSE.

Sú dómaframkvæmd MDE sem varðar átök milli tyrkneskra stjórnvalda og þjóðernishreyfingar Kúrda PKK bendir til þess að dómstóllinn gefi aðildarríkjunum mikið svigrúm til þess að setja rúmt orðuð refsilög sem beinast gegn hryðjuverkum og skerða réttindi samkvæmt 7. og 8.-11. gr. MSE.<sup>227</sup> Í þeim tilfellum sem dómstóllinn hefur talið að brotið væri gegn réttindum einstaklinga samkvæmt sáttmálanum (yfirleitt 10. gr. MSE) hefur niðurstaðan byggst á því að ekki hafi verið sýnt fram á að athafnir viðkomandi hafi hvatt til ofbeldis og því takmarkanirnar ekki nauðsynlegar í lýðræðislegu þjóðfélagi, frekar en að refsheimildirnar sjálfar hafi verið of víðtækar. Dómstóllinn hefur í þessum málum skoðað þá hættu sem stafaði af tjáningunni í hverju tilfelli og borið hana saman við mælikvarða 2. mgr. 10. gr. MSE sem réttlæta

---

<sup>226</sup> Hins vegar var talið að 7. gr. hefði ekki verið virt gagnvart öðrum stefnanda sem hafði gefið út ritið þar sem hann hafði verið sakfelldur á grundvelli refsíákvæðis sem tók til ritstjóra en ekki útgefenda. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að slík lögjöfnun væri í andstöðu við grunnregluna um lögbundnar refsheimildir sem fælist í 7. gr. MSE.

<sup>227</sup> Helst virðist dómstóllinn hafa talið að refsheimildir vegna hryðjuverka stæðust ekki MSE þegar um lögjöfnun hefur verið að ræða, s.s. í máli *MDE, E.K. gegn Tyrklandi, 7. febrúar 2002 (28496/95)* en þar komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að tyrkneska ríkið hefði brotið gegn 7. gr. þar sem stefnandi hafði verið sakfelld fyrir það að gefa út bók sem gagnrýndi afstöðu tyrkneska ríkisins til Kúrda. Refsheimildin gerði hins vegar aðeins ráð fyrir því að ritstjórar fræðirita, dagblaða og tímarita gætu sætt refsíabyrgð en bækur voru ekki í upptalningunni. Slík lögjöfnun væri andstæð 7. gr. MSE. Auk þess staðfesti dómstóllinn að brotið hafði verið gegn 10. gr. með sakfellingu stefnanda þar sem undantekningarákvæði 2. mgr. 10. gr. hefði ekki verið uppfyllt, skrifin hefðu hvorki hvatt til ofbeldis, fjandskapar eða haturs milli tyrkneskra borgara né væri takmörkunin sem fælist í sakfellingunni nauðsynleg í lýðræðislegu samfélagi. Sjá einnig mál *MDE, Piroğlu og Karakaya gegn Tyrklandi, 18. mars 2008 (36370/02 og 37581/02)* en í því máli taldi dómstóllinn að skilyrði 2. mgr. 10. gr. um að takmarkanir á tjáningarfrelsi einstaklinga skyldu eiga sér stoð í lögum væri ekki fullnægt. Í málinu höfðu stefnendur sem voru stjórnarmeðlimir í mannréttindasamtökum tekið þátt í sameiginlegri fréttatilkynningu sem þeir sættu refsíabyrgð fyrir. Dómstóllinn taldi að tyrknesk lög væru ekki nægilega skýr um það að stefnendur gætu borið refsíabyrgð við slíkar aðstæður og því var talið að tyrkneska ríkið hefði brotið gegn 10. gr. MSE.

takmörkun á slíkri tjáningu. Sem dæmi um framkvæmd þessa mats má annars vegar nefna mál *Incal gegn Tyrklandi*<sup>228</sup> en þar komst rétturinn að þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið gegn 10. gr. með því að refsastefnanda fyrir það að dreifa dreifibréfi þar sem tyrknesk stjórnvöld voru ásökuð um að mismuna Kúrdum. Í máli *Zana gegn Tyrklandi*<sup>229</sup> mat dómstóllinn hins vegar orð stefnanda, sem hann hafði látið falla í viðtali við útbreitt dagblað þess efnis að liðsmenn PKK myrtu konur og börn óviljandi, þannig að þau hefðu skapað slíka hættu að fangelsisvistin sem honum var dæmd væri í samræmi við brotið og því í samræmi við 2. mgr. 10. gr. MSE.<sup>230</sup> Að meginreglu hefur dómstóllinn þannig ekki talið að skilyrði 2. mgr. 10. gr. væru uppfyllt nema um hafi verið að ræða hvatningu til ofbeldis. Þó hefur skilgreining dómstólsins á því hugtaki á tíðum verið allvíðtæk, s.s. í máli *Sürek gegn Tyrklandi*<sup>231</sup> þar sem útgáfa greinar um þjóðernisbaráttu Kúrda sem kallaði á algera sjálfstæðisbaráttu þjóðarbrotisins þótti falla undir hugtakið og í samræmi við það var skerðingin talin standast 2. mgr. 10. gr. Í sama máli þótti útgáfa bréfa þar sem tyrknesk stjórnvöld voru ásökuð um fjöldamorð og pyndingar á Kúrdum fela í sér nægilega hættu til þess að réttlæta skerðingu á 10. gr. þó að bréfin hvettu ekki lesendur til ofbeldisfullra aðgerða. Dómstóllinn taldi að í bréfunum fælist hatursáróður og upphafning ofbeldis.<sup>232</sup>

Sú afstaða MDE að halda að sér höndum varðandi hryðjuverkalöggjöf er ekki ný af nálinni. Í máli *Brogan o.fl. gegn Bretlandi*<sup>233</sup> tók dómstóllinn það fram að hann myndi taka tillit til hins sérstaka eðlis hryðjuverkalöggjafar svo framarlega sem honum væri unnt og það rúmaðist innan marka einstakra ákvæða MSE. Af þessu leiðir að MDE mun að öllum líkindum frekar horfa í gegnum fingur sér við stjórnvöld aðildarríkjanna hvað varðar rúma túlkun á undantekningarákvæðum sáttmálans, m.a. 8.-11. gr., þegar skerðingin helgast af „baráttunni gegn hryðjuverkum“.<sup>234</sup> Þar fyrir utan er aðildarríkjum leyfilegt að skerða réttindi samkvæmt 8.-11. gr. á stríðstímum eða vegna annars almenns neyðarástands, sem ógnar tilveru þjóðarinnar,

---

<sup>228</sup> MDE, *Incal gegn Tyrklandi*, 9. júní 1998 (22678/93).

<sup>229</sup> MDE, *Zana gegn Tyrklandi*, 25. nóvember 1997 (18954/91).

<sup>230</sup> Mark W. Janis o.fl.: *European Human Rights Law. Text and Materials*, bls. 279.

<sup>231</sup> MDE, *Sürek gegn Tyrklandi* 8. júlí 1999 (24735/94).

<sup>232</sup> Mark W. Janis o.fl.: *European Human Rights Law. Text and Materials*, bls. 280.

<sup>233</sup> MDE, *Brogan o.fl. gegn Bretlandi*, 29. nóvember 1988 (11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85).

<sup>234</sup> Wilson Finnie: „Anti-Terrorist Legislation and the European Convention on Human Rights“, bls. 290.

samkvæmt 15. gr. MSE.<sup>235</sup> Þó skal tekið fram að „baráttan gegn hryðjuverkum“ ein og sér er ekki nægileg ástæða til þess að nýta heimild 15. gr. heldur verður hryðjuverkaógnin jafnframt að „skapa almennt neyðarástand sem ógnar tilveru þjóðarinnar“.<sup>236</sup> Samkvæmt dómaframkvæmd Evrópudómstólsins er þó ljóst að hryðjuverkaárásir þurfa ekki að vera margar, reglulegar eða viðamiklar til þess að 15. gr. eigi við.<sup>237</sup>

Bent hefur verið á að það hefði að öllu jöfnu tekið margfalt lengri tíma fyrir aðildarríkin að komast að sameiginlegri niðurstöðu um skilgreiningu á hryðjuverkum ef ekki hefði verið fyrir fyrrnefndan þrýsting um það að bregðast við hryðjuverkaárásunum þann 11. september 2001.<sup>238</sup> Skilgreining 1. gr. rammaákvörðunarinnar á hryðjuverkum hefur sætt gagnrýni fyrir það að vera of víðtæk. Spyrja má hvort líkur séu til þess að skilgreiningunni verði t.d. beitt um hópa mótmælenda sem sýnt hafa borgaralega óhlýðni. Þó að aðildarríki séu almennt ekki líkleg til þess að túlka hugtakið svo vítt kemur skilgreiningin á hryðjuverkum hins vegar ekki í veg fyrir slíka notkun.<sup>239</sup> Jafnframt hefur evrópska handtökuskipunin þær afleiðingar í för með sér að ef eitt aðildarríki kys að beita hryðjuverkalöggjöf með svo víðtækum hætti er sú ákvörðun heimfæranleg í öllum hinum aðildarríkjunum.<sup>240</sup> Í ljósi dómaframkvæmdar MDE virðist MSE ekki gera ríkari kröfur til skýrleika refsheimilda sem eru settar til höfuðs hryðjuverkum en 1. gr. rammaákvörðunarinnar hefur að geyma. Aðildarríki MSE virðast einnig hafa nokkuð frjálsar hendur þegar kemur að túlkun innlendra refsheimilda. Í þeim tilfellum sem refsheimildirnar skerða réttindi einstaklinga samkvæmt 8.-11. gr. munu aðildarríkin þó þurfa að sanna að skerðingin hafi verið nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi sem mun felast í sönnun á því hvort athöfnin hafi falið í sér hvatningu til ofbeldis. Sem fyrr segir hefur dómstóllinn þó oft á tíðum túlkað hvatningu til ofbeldis rúmt.

---

<sup>235</sup> Í kjölfar atburðanna 11. september 2001 nýtti Bretland sér þessa heimild vegna hryðjuverkaógnarinnar, eitt aðildarríki MSE. Bendir þetta til þess að önnur aðildarríki samningsins hafa talið þær heimildir til skerðingar á réttindunum sem felast í greinunum sjálfum nægilegar til þess að bregðast við hættunni. David Harris o.fl.: *Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 618-619. Athuga skal að ekki er heimilt að víkja frá 7. gr. á hættutímum samkvæmt 15. gr.

<sup>236</sup> David Harris o.fl.: *Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 623.

<sup>237</sup> Sama rit, bls. 625.

<sup>238</sup> Susie Alegre og Marisa Leaf: „Criminal Law and Fundamental Rights in the European Union: Moving Towards Closer Co-operation“, bls. 327.

<sup>239</sup> M.a. hafa Íslendingar gagnrýnt Breta fyrir að beita slíkri löggjöf um hryðjuverk í sambandi við fjármálastofnanir, sbr. umsvif íslenskra banka í Bretlandi. Þær aðgerðir Breta eru gott dæmi um það hvaða afleiðingar svo rúm skilgreining á hugtakinu getur haft í för með sér.

<sup>240</sup> Sama rit, sama stað.

## 5.4 Rammaákvörðun 2008/841/DIM um baráttuna gegn skipulagðri brotastarfsemi

Fyrir utan baráttunna gegn hryðjuverkum er skipulögð brotastarfsemi megin áherslumál þriðju stoðarinnar hvað varðar samræmingu efnislegs refsiréttar. Í kjölfar fyrri skoðunar á rammaákvörðun um hryðjuverk er forvitnilegt að skoða þá gerð sem sett hefur verið til höfuðs skipulagðri brotastarfsemi í samhengi við skýrleika refsheimilda. Skipulögð brotastarfsemi er flókið hugtak og skarast m.a. við hryðjuverkastarfsemi og efnahagsbrot.<sup>241</sup> Á það hefur verið bent að þrátt fyrir það að hryðjuverkastarfsemi og skipulögð brotastarfsemi eigi sér ýmis sameiginleg einkenni eru þær einnig ólíkar um margt. Í samræmi við þetta ætti ekki að taka á þessum tveimur brotum með sömu aðgerðum.<sup>242</sup> Þær gerðir ESB sem settar hafa verið til höfuðs skipulagðri brotastarfsemi hafa á hinn bóginn lagt hryðjuverk og skipulagða brotastarfsemi að jöfnu og lagt áherslu á það að aðgerðir gegn skipulagðri brotastarfsemi verði hertar og samræmdar aðgerðum gegn hryðjuverkastarfsemi.<sup>243</sup>

Rammaákvörðun 2008/841/DIM um baráttuna gegn skipulagðri brotastarfsemi hefur verið gagnrýnd fyrir skilgreiningu sína á skipulögðum brotasamtökum. Samkvæmt 1. mgr. 1. gr. rammaákvörðunarinnar eru „brotasamtök“ skipulögð (structured) samtök sem hafa orðið til á ákveðnu tímabili og samanstanda af fleiri en tveimur einstaklingum sem starfa saman að því að fremja brot sem við liggur a.m.k. fjögurra ára fangelsisvist, til þess að hafa af því beinan eða óbeinan fjárhagslegan eða annars konar ávinning. Í 2. mgr. eru skipulögð brotasamtök skilgreind neikvætt, það er að þau séu ekki mynduð á tilviljunarkenndan hátt í þeim tilgangi að fremja tafarlaust brot. Að lokum er það ekki skilyrði að um sé að ræða samtök með formlega skilgreint hlutverk meðlima, samfellda félagsaðild eða flókna uppbyggingu.

Brotasamtök eru þannig skilgreind á mjög víðan hátt samkvæmt greininni þar sem aðeins efri og neðri mörk skipulagsins eru mörkuð.<sup>244</sup> Þessi skilgreining hefur verið gagnrýnd fyrir það

---

<sup>241</sup> Francesco Calderoni: „A Definition that Could not Work: the EU Framework Decision on the Fight against Organised Crime“, bls. 265.

<sup>242</sup> Sama rit, bls. 269.

<sup>243</sup> Sjá samskipti Framkvæmdastjórnarinnar 2004/221/ COM.

<sup>244</sup> Francesco Calderoni: „A Definition that Could not Work: The EU Framework Decision on the Fight against Organised Crime“, bls. 271.

að vera of víðtæk og þar af leiðandi í andstöðu við grunnregluna um lögbundnar refsheimildir. Færð hafa verið rök fyrir því að þetta geti neytt aðildarríkin til þess að skilgreina hugtakið nánar við innleiðingu rammaákvörðunarinnar í þeim tilgangi að hún standist kröfur landsréttar viðkomandi ríkis um skýrleika refsheimilda sem stuðlar aftur að ósamræmi í skilgreiningum á skipulagðri brotastarfsemi milli aðildarríkja ESB.<sup>245</sup> Skilyrði 1. mgr. um að starfsemi beinist að brotum sem við liggur a.m.k. fjögurra ára fangelsisvist hefur einnig verið gagnrýnt fyrir það að auka á ósamræmi innan aðildarríkjanna, þar sem viðurlög eru ekki samræmd og oft á tíðum mjög ólík innan aðildarríkjanna. Getur þetta orðið til þess að mjög mismunandi er hvort brotastarfsemi falli undir hugtakið eða ekki. Þetta ósamræmi er sérstaklega mikið vandamál þar sem slík brot eiga sér að jafnan stað í fleiri en einu ríki.<sup>246</sup> Ennfremur hefur verið bent á það að skilgreininguna skorti ýmis einkenni skipulagðrar brotastarfsemi sem leiða má af rannsóknum á sviði afbrotafræði, s.s. samfellda félagsaðild, notkun ofbeldis, markmið sem tengjast valdi og gróða og ákveðna friðhelgi sem þau njóta vegna þess valds sem þau hafa.<sup>247</sup> Segja má að um sé að ræða refsipólítískt tískuhugtak,<sup>248</sup> enda hefur baráttan gegn skipulagðri brotastarfsemi orðið æ útbreiddara hitamál undanfarin ár, bæði meðal ríkja innan og utan Evrópu og innan fjölþjóðlegra samtaka, s.s. Sameinuðu þjóðanna.<sup>249</sup>

Í 2. gr. rammaákvörðunarinnar er þátttaka í samtökum þeim sem lýst er í 1. gr. gerð refsiverð. Hvað varðar skýrleika þess hluta verknáðarlýsingarinnar sem felst í 1. gr. og kröfur MSE til skýrleika refsheimilda vísast til fyrri umfjöllunar um dómaframkvæmd MDE. Hér koma einkum til skoðunar þær kröfur sem gerðar verða til skerðingar á réttinum til félagafrelsis sem verndaður er af 11. gr. MSE. Þessar kröfur ráðast af þrjúþættu mati MDE sem áður hefur verið um fjallað um. Í fyrsta lagi kemur til skoðunar hvort að skerðingin sé í samræmi við lög hvers aðildarríkis fyrir sig. Þessi þáttur ræðst því af innleiðingu gerðarinnar í landslög aðildarríkjanna. Í öðru lagi kemur til skoðunar hvort að takmörkunin sé í samræmi við takmörkunarástæður sem er að finna í 2. mgr. 11. gr. MSE, þ.e. vegna þjóðaröryggis eða almannaeilla, til þess að firra

---

<sup>245</sup> Sama rit, bls. 272.

<sup>246</sup> Sama rit, bls. 274.

<sup>247</sup> Sama rit, bls. 273.

<sup>248</sup> Peter-Alexis Albrecht og Stefan Braum: „Deficiencies in the Development of European Criminal Law“, bls. 308-309.

<sup>249</sup> Sjá Palermó-samning SP gegn fjölþjóðlegri skipulagðri brotastarfsemi og rammaákvörðun 2008/841/JHA um baráttuna gegn skipulagðri brotastarfsemi.

glundroða eða glæpum, til verndar heilsu eða siðgæði manna eða réttindum og frelsi. Takmarkanir sem stefna að því að koma í veg fyrir glundroða og glæpi er sem fyrir segir sú takmörkunarástæða sem oftast er byggt á og myndi líklega vera samþykkt í flestum tilfellum þar sem refsheimildir eru til skoðunar á annað borð. Myndi að öllum líkindum helst vera byggt á þessari takmörkunarástæðu í tengslum við rammaákvörðunina. Í þriðja lagi lítur dómstóllinn til þess hvort takmörkunin hafi verið nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi, þ.e.a.s. hvort takmörkunin sé til komin vegna aðkallandi samfélagslegrar nauðsynjar og hvort takmörkunin sé meira íþyngjandi en nauðsynlegt er til þess að taka á hinni aðkallandi samfélagslegu nauðsyn. Sem fyrir segir miðast heimildir aðildarríkjanna til að takmarka réttindi samkvæmt 8.-11. gr. MSE bæði við þau einstaklingsréttindi sem skert eru og þá hagsmuni sem eru í húfi fyrir aðildarríkin. Þó að sú takmörkunarástæða að vernda þjóðaröryggi eigi síður við um skipulagða brotastarfsemi en hryðjuverk er ljóst að dómstóllinn myndi telja að aðildarríkin hefðu ríkra hagsmuna að gæta í slíkum málum. Því eru líkur á því að aðildarríki MSE hafi nokkuð rúmt mat um það hvaða samtök falli undir skilgreininguna, svo framarlega sem sannað þykir að skerðingin hafi verið nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi.

## **5.5 Rammaákvörðun 2002/584/JHA um evrópska handtökuskipun**

Árið 2004 tók rammaákvörðun 2002/584/JHA um evrópska handtökuskipun gildi.

Rammaákvörðunin tók við af framsalssamningi ESB frá árinu 1996 ásamt þeim greinum Schengensamningsins sem varða framsal. Handtökuskipunin hefur flestöll einkenni framsals en byggir þó á meginreglunni um gagnkvæma viðurkenningu og býr því yfir nokkrum mikilvægum einkennum sem skilja hana frá hefðbundnu framsali. Í samræmi við þetta ber aðildarríkjum skylda samkvæmt 2. mgr. 1. gr. rammaákvörðunarinnar að annast framkvæmd á hverri þeirri handtökuskipun sem gefin er út á grundvelli meginreglunnar um gagnkvæma viðurkenningu. Meginreglan um gagnkvæma viðurkenningu er mikilvægur þáttur hvað varðar evrópsku handtökuskipunina en þessi grunnregla, sem hefur löngum verið ein af grunnreglum innri markaðar ESB, hefur verið harðlega gagnrýnd í samhengi evrópsks refsiréttar. Bent hefur verið á einstakt eðli refsilaga í þessu sambandi, s.s. það einkenni þeirra að þau fjalla um samband ríkis og einstaklinga (en ekki samband einstaklinga innbyrðis líkt og löggjöf á sviði einkamála) og



mikilvæg tengsl refsilaga og mannréttinda. Reglan hefur því almennt mun meiri íþyngjandi áhrif á einstaklinga sé henni beitt í tengslum við refsirétt. Af þessu leiðir að meginreglan um gagnkvæma viðurkenningu hefur allt aðra þýðingu fyrir evrópskan refsirétt en hún hefur fyrir innri markað ESB.<sup>250</sup>

Rammaákvörðun 2002/584/JHA um evrópska handtökuskipun hefur sem fyrr segir nokkrar grundvallarbreytingar í för með sér. Þar ber fyrst að nefna að tvöfalt refsinaemi verknaðar er ekki lengur skilyrði framsals hvað varðar þau 32 brot sem talin eru upp í 2. gr. rammaákvörðunarinnar. Þannig er fallið frá þeirri meginreglu að sakamaður skuli ekki framseldur úr landi vegna verknaðar sem ekki er refsiverður þar sem hann dvelst. Í rammaákvörðuninni felst að nægilegt sé að verknaður sé skilgreindur sem eitt þeirra 32 brota sem talin eru upp í greininni að landsrétti þess ríkis sem gefið hefur út handtökuskipunina. Ef verknaðurinn er skilgreindur sem eitt þeirra brota, samkvæmt handtökuskipuninni, skiptir ekki máli hvort verknaðurinn er skilgreindur sem sama brot að landsrétti þess ríkis sem framkvæmir handtökutílskipunina, eða hvort verknaðurinn sé refsiverður yfir höfuð í því ríki. Afnáam reglunnar um tvöfalt refsinaemi hefur verið harðlega gagnrýnt en nánar verður fjallað um afleiðingar þessarar breytingar síðar í þessum kafla.

Önnur grundvallarbreyting sem felst í rammaákvörðuninni er sú að með henni er framsalsferlið fært yfir til dómstóla aðildarríkjanna. Samkvæmt 6. gr. rammaákvörðunarinnar gefa dómstólar aðildarríkjanna út handtökuskipunir og í kjölfarið ber þar til bærum yfirvöldum í því landi sem sakborningurinn dvelst að framselja hann til þess ríkis þar sem handtökuskipunin var gefin út, án þess að handtökuskipunin sé skoðuð frekar af dómstólum eða innan stjórnslukerfisins. Hugmyndin á bak við það að færa framsalsferlið til dómstólanna er sú að þannig sé ferlið ónæmara fyrir pólitískum þrýstingi sem hefur hingað til valdið því að „pólitísk skjól“ hafa myndast innan ESB.<sup>251</sup>

Rammaákvörðunin felur einnig í sér mikilvægar breytingar hvað varðar heimildir aðildarríkjanna til að synja um framkvæmd handtökuskipunarinnar. Í 3. gr.

---

<sup>250</sup> Valsamis Mitsilegas: „The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU“, bls. 1280-1281.

<sup>251</sup> Michael Plachta: „European Arrest Warrant: Revolution in Extradition?“, bls. 184.

rammaákvörðunarinnar er að finna þær ástæður sem valda því að aðildarríkjum ber að synja um framkvæmd handtökuskipunarinnar. Í fyrsta lagi er um þá ástæðu að ræða að viðkomandi hafi verið veitt almenn sakaruppgjöf í því ríki að því gefnu að ríkið hafi haft lögsögu í málinu, í öðru lagi að viðkomandi hafi verið dæmdur fyrir sama brot í öðru aðildarríki og að lokum að viðkomandi sé ekki sakhæfur vegna aldurs í því ríki sem hann dvelst í. Ákvæði 4. gr. hefur síðan að geyma þær ástæður sem heimila aðildarríkjum að synja um framkvæmd handtökuskipunarinnar. Hvað varðar mikilvægar breytingar á heimild ríkja til þess að synja um framsal má fyrst nefna að rammaákvörðunin hefur fellt úr gildi þá útbreiddu ástæðu fyrir synjun á framsali að ríki það sem sakborningur dvelst í telur að sækja eigi viðkomandi til saka fyrir pólitískt afbrot.<sup>252</sup> Sú meginregla framsals að því ríki sem einstaklingur er framseldur til sé aðeins leyfilegt að sækja hann til saka á grundvelli þess brots sem það ríki gaf upp við framsalsbeiðnina er einnig felld úr gildi með rammaákvörðuninni. Einnig hefur sú regla gilt um framsal í fjölmörgum aðildarríkjum að ríki áskilja sér heimild til þess að synja framsali á eigin ríkisborgurum.<sup>253</sup> Rammaákvörðunin veitir aðildarríkjunum hins vegar ekki heimild til þess að synja um framkvæmd handtökuskipunarinnar á grundvelli þjóðernis þess einstaklings sem handtaka á. Þó hefur verið á það bent að 3. mgr. 5. gr. rammaákvörðunarinnar sem veitir ríkjum heimild til þess að setja framkvæmd handtökutílskipunarinnar það skilyrði, að þeim einstaklingi sem handtökuskipunin beinist að skuli leyft að afplána þann dóm sem honum verður dæmdur í kjölfar handtökunnar í því ríki sem framkvæmir tilskipunina, svo framarlega sem hann er ríkisborgari þess ríkis. Þessi heimild byggir á sömu grunnhugmyndinni og áður nefndar synjunarástæður en færir formreglurnar hins vegar nær grunnreglunni um gagnkvæma viðurkenningu.<sup>254</sup>

Að lokum er framsalsferlinu ætlað að taka mun styttri tíma en tíðkast hefur til þessa. Rammaákvörðunin leggur áherslu á það að handtökutílskipunin sé framkvæmd með hraða og á

---

<sup>252</sup> Að meginreglu var þó horfið frá þessari synjunarástæðu með framsalssamningnum frá 1996.

<sup>253</sup> Framsalssamningurinn frá 1996 fól einnig í sér breytingu á þessari reglu.

<sup>254</sup> Bill Gilmore: „The EU Framework Decision on the European Arrest Warrant: An Overview from the Perspective of International Criminal Law“, bls. 145.

sjálfvirkan hátt, og er þannig byggð á þeirri hugmynd að stjórnvöld eigi að meginreglu að framkvæma tilskipunina á grundvelli formreglna.<sup>255</sup>

### 5.5.1 Evrópska handtökuskipunin og MSE

Í 12.-14. gr. formála rammaákvörðunarinnar er að finna viðamikil mannréttindaákvæði. Ákvæði 12. gr. formála rammaákvörðunarinnar vísar til þess að réttindi samkvæmt mannréttindaskrá ESB skuli ekki skert með rammaákvörðuninni. Því hefur verið haldið fram að mannréttindaskráin sé þannig innlimuð í rammaákvörðunina.<sup>256</sup> Hins vegar hefur verið á það bent að gildi formálans sé óljóst þar sem samsvarandi ákvæði er ekki að finna í rammaákvörðuninni sjálfri. Því er óvíst í hvaða mæli aðildarríkin hafagetað byggt á ákvæðum mannréttindaskrárinnar sem synjunarástæðu vegna hættu á því að mannréttindavernd verði ekki tryggð ef einstaka handtökutílskipun verður framkvæmd.<sup>257</sup> Með Lissabonsáttmálanum var mannréttindaskránni sem fyrr segir gefið bindandi gildi og er bæði ESB og aðildarríkin nú bundin við ákvæði hennar við framkvæmd rammaákvörðunarinnar. Aðildarríkjum ESB ber sem fyrr segir skylda til þess að túlka landslög eftir fremsta megni til samræmis við gerðir sambandsins. Því er óvíst í hvaða mæli dómstólum aðildarríkjanna er mögulegt að beita mannréttindavernd samkvæmt landsrétti um handtökuskipunina.<sup>258</sup> Á hinn bóginn kveður 3. mgr. 1. gr. á um að réttindi þau sem stafa af 6. gr. Maastrichtsamningsins skuli ekki skert með framkvæmd rammaákvörðunarinnar. Sem fyrr segir vísar sú grein til þeirrar verndar sem MSE veitir. MDE hefur tekið á málum sem varða framsal milli aðildarríkjanna og hefur staðfest að MSE komi ekki í veg fyrir slíkt samstarf svo framarlega sem réttindi einstaklinga samkvæmt MSE séu ekki skert fyrir vikið.<sup>259</sup> Jafnframt hefur MDE, í máli *Soering gegn Bretlandi*,<sup>260</sup> staðfest að aðildarríkjum að sáttmálanum beri skylda til þess að líta til þess hvort framsal sé líklegt til þess að valda því að réttindi þess einstaklings sem krafist hefur verið framsals á verði skert. Aðildarríki geti þannig gerst brotleg við MSE ef sýnt hefur

---

<sup>255</sup> Valsamis Mitsilegas: „The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU“, bls. 1284.

<sup>256</sup> Paul Garlick: „The European Arrest Warrant and the ECHR“, bls. 172.

<sup>257</sup> Nial Fennelly: „The European Arrest Warrant: Recent Developments“, bls. 527.

<sup>258</sup> Sama rit, bls. 528

<sup>259</sup> MDE, *Ocalan gegn Tryklandi*, 12. mars 2003 (46221/99).

<sup>260</sup> MDE, *Soering gegn Bretlandi*, 7. júlí 1989 (14038/88).

verið fram á það á áþreifanlegan hátt að veruleg hættu sé á því að brotið verði gegn réttindum viðkomandi einstaklings samkvæmt sáttmálanum.<sup>261</sup>

Með tilliti til þess að rammaákvörðunin skilgreinir handtökuskipunina ekki sem framsal hefur þeirri spurningu verið velt upp hvort fyrrnefnd dómaframkvæmd eigi við um evrópsku handtökuskipunina. Í þessu hefur þó verið minnt á dýnamískt eðli MSE sem túlka eigi til samræmis við breytilegar aðstæður.<sup>262</sup> Framkvæmdastjórnin staðfesti þetta sjónarmið í frumtillögu sinni að rammaákvörðuninni er hún tók fram að rammaákvörðunin skyldi ekki hafa áhrif á þær grunnreglur sem felast í MSE.<sup>263</sup>

Með tilliti til þessa verður nú fjallað um þær breytingar sem rammaákvörðunin hefur haft í för með sér með tilliti til MSE. Helst mun skoðuð viðamesta og umdeildasta breyting rammaákvörðunarinnar í þessu samhengi, afnám reglunnar um tvöfalt refsinsæmi.<sup>264</sup>

### 5.5.2 Tvöfalt refsinsæmi

Ekki er að finna skilgreiningu í rammaákvörðuninni á þeim 32 brotum sem er að finna í 2. gr. hennar. Mörg þeirra eru því afar víðtæk, s.s. þau víðtæku brot sem hafa verið umfjöllunarefni undanfarandi kafla, „hryðjuverk“ og „skipulögð brotastarfsemi“. Önnur dæmi sem nefna má eru „tölvutengd brot“ („computer related crime“), „skemmdarverk“ („sabotage“) og „svik“ („swindling“). Hin efnislega samræming refsiréttar innan ESB hefur tekið til sumra þeirra 32 brota sem er að finna í 2. gr. en ákvæði um önnur brotanna er einungis að finna í landslögum.<sup>265</sup>

---

<sup>261</sup> Í málinu höfðu bresk stjórnvöld verið beðin um að framselja stefnanda til Bandaríkjanna þar sem hann átti á hættu að vera dæmdur til dauða. Stefnandi byggði á því að sú langa bið sem hann þyrfti að þola innan bandaríska réttarkerfisins þar til hann yrði tekinn af lífi (að meðaltali 6-8 ár) jafngilti pyndingum samkvæmt 3. gr. MSE. MDE staðfesti að veruleg hættu væri á því að sú bið myndi jafngilda pyndingum samkvæmt 3. gr. og breskum stjórnvöldum bæri því að synja um framsalið.

<sup>262</sup> Paul Garlick: „The European Arrest Warrant and the ECHR“, bls. 168-169.

<sup>263</sup> Tillaga Ráðherraráðsins um evrópska handtökuskipun 2001/0522/COM.

<sup>264</sup> Þau réttindi sem varin eru af MSE og handtökutílskipunin hefur verið talin líkleg til að hafa áhrif á eru m.a. bann við pyndingum samkvæmt 3. gr., réttur einstaklinga samkvæmt 4. mgr. 5. gr. til þess að bera lögmati frelsisskerðingarinnar undir dómstól, rétturinn til réttlátrar málsmeðferðar fyrir dómi samkvæmt 6. gr., rétturinn til þess að vera ekki dæmdur til refsingar án laga sbr. 7. gr. og rétturinn til friðhelgi einkalífs og fjölskyldu sbr. 8. gr. Susie Alegre og Marisa Leaf: *European Arrest Warrant. A solution ahead of its time?*, bls. 20-24.

<sup>265</sup> Valsamis Mitsilegas: „The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU“, bls. 1285.

Þó að flest þeirra brota sem falla undir 2. gr. rammaákvörðunarinnar séu refsiverð í öllum aðildarríkjum ESB eru þó nokkrar undantekningar þar á. Má þar nefna líknardráp sem er ekki refsivert að ákveðnum skilyrðum uppfylltum í hollenskum og belgískum rétti en fellur hins vegar undir manndráp að rétti flestra ríkja sem er eitt af brotum 2. gr. rammaákvörðunarinnar þar sem tvöfalt saknæmi þarf ekki við. Af þessu leiðir að hollensk og belgísk stjórnvöld eru að meginreglu skyldug til þess að framfylgja handtökutilskipun á grundvelli líknardráps þó að það sé ekki refsivert í þeim ríkjum.<sup>266</sup> Annað dæmi um athöfn sem ekki er refsiverð í öllum aðildarríkjunum er húsbrot, en í Belgíu er slík athöfn ekki refsiverð nema hún miði að fjárhagslegum ávinningi. Ákvæði um brotið er samt sem áður að finna í 2. gr. rammaákvörðunarinnar sem veldur því að belgískum stjórnvöldum ber skylda til þess að framselja einstaklinga á grundvelli slíkra athafna til annarra aðildarríkja. Einnig hefur verið á það bent að fóstureyðingar eru refsiverðar innan ákveðinna aðildarríkja og skilgreindar sem fósturdráp, sem aftur gæti fallið undir manndráp samkvæmt 2. gr. rammaákvörðunarinnar.<sup>267</sup> Þar fyrir utan eru þau brot sem falla undir 2. gr. misjafnlega skilgreind í lögum aðildarríkjanna.<sup>268</sup> Sú staðreynd að efnislegur refsiréttur aðildarríkja ESB er ekki samræmdari en raun ber vitni getur því orðið til þess, fyrir tilstuðlan handtökuskipunarinnar, að þau lög sem eru mest íþyngjandi fyrir einstaklinga verða ofan á. Þessar niðurstöður vekja einnig upp spurningar um það hvernig sé komið fyrir þeirri grunnhugmynd að refsilög skuli sett af lýðræðislega kjörnum fulltrúum hvers ríkis fyrir sig þar sem ríki eru nú bundin af refsipólitískum áherslum annarra aðildarríkja ESB upp að vissu marki. Meginreglurnar um gagnkvæma aðstoð og gagnkvæma viðurkenningu geta því orðið til þess að lægsti samnefnarinn hvað varðar mannréttindavernd bæði í tengslum við sakamálaréttarfar og efnislegan refsirétt verður ofan á.<sup>269</sup>

---

<sup>266</sup> Þó skal athuga að belgísk stjórnvöld hafa undanþegið líknardráp frá þeim brotum sem 2. gr. tekur til með innlendra löggjöf.

<sup>267</sup> Susie Alegre og Marisa Leaf: *European Arrest Warrant. A solution ahead of its time?*, bls. 23.

<sup>268</sup> Anne Weyembergh: „The functions of approximation of penal legislation within the European Union“, bls. 158.

<sup>269</sup> Litið hefur verið til samstarfs Norðurlandanna á sviði sakamála sem fyrirmyndar í tengslum við þessa þróun evrópsks refsiréttar. Bent hefur verið á það að ástæðan fyrir því hve góða raun það samstarf hefur gefið sé sú hve samræmdur refsiréttur sé milli Norðurlandanna. Anne Weyembergh: „The functions of approximation of penal legislation within the European Union“, bls. 159. Ekki verður hjá því litið að innan ESB er mun fjölbreytilegri lagahefð að finna en innan Norðurlandanna. Það stóra landsvæði sem ESB nær yfir býr yfir ólíkri menningu, gildismati og þar af leiðandi mismunandi refsipólitískum áherslum.

Afnám reglunnar um tvöfalt refsinaemi getur haft víðtækar afleiðingar fyrir réttindi einstaklinga samkvæmt 7. gr. MSE þar sem refsilög allra hinna aðildarríkja sambandsins geta gilt um þau brot sem framin eru í einhverju ríki þess, sem hefur talsverð áhrif á skýrleikakröfu MSE.<sup>270</sup> Grunnreglan um gagnkvæma viðurkenningu byggir á þeirri forsendu að öll aðildarríki ESB tryggji mannréttindavernd samkvæmt MSE.<sup>271</sup> Sem fyrr segir eru öll aðildarríki ESB aðilar að MSE. Þar af leiðandi hefur mörgum þótt réttindi samkvæmt MSE nægilega tryggð þrátt fyrir þá lágmarks mannréttindavernd sem rammaákvörðunin veitir. Hins vegar hefur verið bent á það að öll aðildarríki MSE hafa gerst brotleg við sáttmálann að mati MDE og geta að sama skapi gerst brotleg við hann í náinni framtíð.<sup>272</sup> Einnig hefur verið bent á það að gagnkvæm viðurkenning aðildarríkjanna á refsilögum hvers annars leiði til kerfis óhæfilegra þungra refsinga sem er ekki samsvarandi neinu réttarkerfi aðildarríkjanna. Því hefur því verið haldið fram að heppilegra væri að ein refsilög og ein réttarfarslög giltu um þau mál sem vörðuðu fleira en eitt aðildarríki ESB.<sup>273</sup> Jafnframt hefur verið bent á það að með afnámi reglunnar um tvöfalt saknæmi og áherslu á það að tilskipunin sé framkvæmd með sem minnstum formálum sé meiri hætta á því að brotið sé rétti einstaklinga til réttlátrar málsmeðferðar. Þá hefur því verið haldið fram að réttindi einstaklinga samkvæmt MSE séu ekki nægilega tryggð í því ríki sem gefið hafa út handtökutilskipunina, m.a. hvað varðar réttláta málsmeðferð samkvæmt 6. gr. og bann við pyndingum samkvæmt 3. gr. MSE.<sup>274</sup>

Sérstaklega hefur það verið gagnrýnt að hryðjuverk sé eitt þeirra brota sem nefnt er í 2. gr. með tilliti til grunnreglunnar um lögbundnar refsheimildir. Engin alþjóðleg skilgreining liggur fyrir á hryðjuverkum og sú skilgreining sem ESB hefur lagt til grundvallar var sem fyrr segir mótuð í flýti og hefur verið harðlega gagnrýnd.<sup>275</sup>

---

<sup>270</sup> Susie Alegre og Marisa Leaf: *European Arrest Warrant. A solution ahead of its time?*, bls. 22-23.

<sup>271</sup> Sama rit, bls. 14.

<sup>272</sup> Valsamis Mitsilegas: „The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU“, bls. 1291.

<sup>273</sup> Bernd Schünemann: „Alternative-project for a European criminal law and procedure“, bls. 231.

<sup>274</sup> Valsamis Mitsilegas: „The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU“, bls. 1289.

<sup>275</sup> Michael Plachta: „European Arrest Warrant: Revolution in Extradition?“, bls 185-186.

Þrátt fyrir þessa gagnrýni hefur Evrópudómstóllinn, í máli *Advocaten voor de Weld*,<sup>276</sup> komist að þeirri niðurstöðu að afnám skilyrðisins um tvöfalt refsineami hafi ekki áhrif á grunnregluna um lögbundnar refsheimildir þar sem refsíabyrgð í hverju tilfalli sé byggð á lögbundnum refsheimildum í því aðildarríki sem gefur út handtökuskipunina.<sup>277</sup> Í málinu reyndi á lögmæti rammaákvörðunarinnar um evrópska handtökuskipun fyrir Evrópudómstólnum. Í fyrsta lagi var lögð fram sú spurning hvort rammaákvörðunin væri innan valdsviðs þriðju stoðarinnar þar sem hlutverk hennar væri takmarkað við samræmingu refsilaga. Í öðru lagi var lögð fyrir dómstóllinn spurning um það hvort fráhrarf frá meginreglunni um tvöfalt sagnæmi stæðist 2. mgr. 6. gr. MSE, meginregluna um lögbundnar refsheimildir og meginregluna um jafnræði og bann við mismunun. Evrópudómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að rammaákvörðunin væri efnislega innan valdsviðs þriðju stoðarinnar og stæðist einnig þær mannréttindareglur sem komu til skoðunar. Dómstóllinn lagði áherslu á þá mannréttindavernd sem Evrópusambandið veitir, sérstaklega með tilliti til gildis mannréttindaskrár ESB við skýringar á gerðum þess. Hvað varðar lögmætisregluna vísaði dómstóllinn til þess að jafnvel þó að listi 2. gr. rammaákvörðunarinnar yrði þýddur orðrétt við innleiðingu ákvörðunarinnar stæðist sú innleiðing samt sem áður lögmætisregluna þar sem refsíabyrgð myndi ávallt byggjast á lögum þess ríkis sem gæfi út handtökuskipunina. Hvað varðar jafnræðisregluna staðfesti dómstóllinn að þar sem málefnalegar ástæður réttlæti þann greinarmun sem gerður er á þeim brotum sem heyra undir 2. gr. og þeim brotum sem heyra enn undir regluna um tvöfalt sagnæmi, væri sá mögulegi mismunur á einstaklingum sem gæti fylgt í kjölfarið, eftir því hvaða afbrot þeir eru sakaðir um, líka réttlættur á grundvelli málefnalegra ástæðna.<sup>278</sup>

---

<sup>276</sup> *EBD mál C-303/05, 3. maí 2007*. Einstaklingar hafa sem fyrr segir afar takmörkuð réttarúrræði hvað varðar rammaákvörðanir, enda er einstaklingum ekki veitt heimild til þess að láta reyna á lögmæti þeirra fyrir Evrópudómstólnum samkvæmt Maastrichtsamningnum. Í þessu samhengi hefur verið á það bent að aðildarríki eru ekki líkleg til þess að nýta heimild sína hvað þetta varðar og láta reyna á lögmæti rammaákvörðana sem þau hafa sjálf samþykkt. Úrræði einstaklinga innan aðildarríkjanna eru enn frekar takmörkuð með því að ekki hafa öll aðildarríki gefið út viðeigandi yfirlýsingu um það að innlendum dómstólum sé heimilt að leita undanfarandi álits Evrópudómstólsins hvað varðar gildi rammaákvörðana. Nial Fennelly: „The European Arrest Warrant: Recent Developments“, bls. 529.

<sup>277</sup> *EBD mál C-303/05, 3. maí 2007*.

<sup>278</sup> Reynt hefur á rammaákvörðunina fyrir dómstólum aðildarríkjanna. Þýski stjórnlagadómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu í máli 2 BvR 2236/04 að þau landslög sem innleiddu rammaákvörðunina væri í andstöðu við þýsku stjórnarskrána. Þungamiðja rökstuðnings dómstólsins fólst í sérstökum tengslum þýska ríkisins og ríkisborgara þess og þeim réttmætu væntingum þýskra ríkisborgara að þýsk refsilög gildi um athafnir þeirra innan landamæra þýska ríkisins. Enn fremur lagði dómstóllinn áherslu á þá mannréttindavernd sem þýska stjórnarskráin veitir sakborningum

### 5.5.3 Þróunin framundan

Innan þriðju stoðarinnar hefur nýtt kerfi gagnkvæmrar viðurkenningar á sviði sakamála leitt til þess að reynt hefur verið að útrýma meginneitunarástæðum vegna beiðni á gagnkvæmri aðstoð auk reglunni um tvöfalt saknæmi. Því hefur verið haldið fram að þessi þróun dragi mjög úr þeirri réttarvernd sem er til staðar við gagnkvæma aðstoð.<sup>279</sup> Svo framarlega sem ríki hafa lögsögu yfir brotum samkvæmt landsrétti, sem er oft á tíðum enn rýmri en ella fyrir tilstuðlan gerða ESB, sbr. t.d. rammaákvörðun 2002/475/DIM um baráttuna gegn hryðjuverkum, geta ríki gefið út handtökuskipun sem ber að meginreglu að framkvæma með sem minnstum formálum. Þetta hefur þær afleiðingar að einstaklingar innan ESB geta verið sóttir til saka samkvæmt landslögum annarra ríkja sambandsins en þeir frömdu athöfnina í, óháð því hvort athöfn þeirra myndi vera refsiverð að landsrétti þess ríkis þar sem hún var framín. Rammaákvörðunin um evrópska handtökuskipun hefur verið gagnrýnd fyrir það að bjóða aðeins upp á vernd gegn grófum mannréttindabrotum. Lagt hefur verið til að heimild verði bætt við rammaákvörðunina til handa dómstólum aðildarríkjanna að prófa lögmæti hvernar handtökutílskipunar fyrir sig hvað varðar mannréttindavernd.<sup>280</sup>

Þrátt fyrir háværa gagnrýni á hendur evrópsku handtökuskipuninni hefur evrópskur refsiréttur haldið áfram að þróast í sömu átt á grundvelli meginreglunnar um gagnkvæma viðurkenningu. Meginreglan um fjórfrelsið hefur verið yfirfærð á svið sakamálaréttarfars með

---

í refsímálum. Þessi afstaða dómstólsins er þvert á þá niðurstöðu Evrópu dómstólsins að mannréttindavernd sú sem stjórnarskrár aðildarríkjanna fela í sér eigi ekki við um gerðir ESB, sjá kafla 3.1 í þessari ritgerð. Rökstuðningur þýska dómstólsins hefur verið gagnrýndur með tilliti til jafnræðisreglunnar, ekki sé eðlilegt að þýskir ríkisborgara njóti mun ríkari réttar en t.d. einstaklingar sem eru frá löndum utan sambandsins en hafa verið búsettir í Þýskalandi um áraaðir. Helmut Satzger og Tobias Pohl: „The German Constitutional Court and the European Arrest Warrant. “Cryptic Signals” from Karlsruhe“, bls. 698-699. Auk þess hafa bæði dómstólar innan Póllands og Kýpur komist að þeirri niðurstöðu að rammaákvörðunin væri í andstöðu við stjórnarskrár viðkomandi ríkja sem bönnuðu báðar framsal ríkisborgara þeirra ríkja. Valsamis Mitsilegas: „The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU“, bls. 1294-1298.

<sup>279</sup> Michiel J.J.P. Luchtman: „EU influence on law enforcement and international cooperation in the field of insider dealing“, bls. 150.

<sup>280</sup> J.A.E. Vervaele: „European Criminal Law and General Principles of Union Law. Research Papers in Law. 5/2005“, <http://www.coleurop.be/template.asp?pagenam=lawpapers>, bls. 6-7. Á hinn bóginn hefur verið á það bent að viss mannréttindavernd felist í hinum nýju reglum. Sömu formreglur gilda nú fyrir allt sambandið og mismunandi meðferð mála eftir því hvort framsalssamningur var til staðar milli ríkja eða ekki er nú úr sögunni. Nial Fennelly: „The European Arrest Warrant: Recent Developments“, bls. 522.



rammaákvörðun 2008/978/DIM um evrópska skipun um öflun og afhendingu sönnunargagna en hún byggir á grunnhugmyndinni um óheftan flutning sönnunargagna innan ESB.

Rammaákvörðunin byggir á meginreglunni um gagnkvæma viðurkenningu og með henni er horfið frá meginreglunni um tvöfalt refsináemi. Rammaákvörðunin stefnir að því að afnema mismunandi réttarframkvæmd milli ríkja sem synjunarástæðu. Hún tekur hins vegar ekki á lögmæti sönnunargagna. Bent hefur verið á að öflun sönnunargagna miðist að verulegu leyti við þær kröfur sem dómstólar hvers ríkis fyrir sig geri til sönnunargagna í sakamálum. Óheftur flutningur sönnunargagna geti leitt til þess að minni kröfur verði gerðar til þeirra til þess að gera óheftan flutning þeirra milli réttarkerfa mögulegan.<sup>281</sup> Rammaákvörðunina skortir enn fremur mannréttindaákvæði sem tryggir réttláta málsmeðferð til jafns við 6. gr. Maastrichtsamningsins, líkt og er að finna í 3. mgr. 1. gr. rammaákvörðunarinnar um evrópska handtökutílskipun.<sup>282</sup> Sú gagnrýni sem nýleg þróun evrópsks refsiréttar hefur sætt hefur því ekki komið í veg fyrir það að æ nýjar gerðir hafa verið settar af þriðju stoðinni sem eykur samvinnu innan ESB á sviði sakamála og gerir hana æ hraðvirkari.<sup>283</sup>

## 6 Áhrif Evrópubandalagsins á íslenskan refsirétt

### 6.1 EES-samningurinn

Ísland hefur verið aðili að EES-samninginum frá árinu 1994, er lög nr. 2/1993 um evrópska efnahagssvæðið tóku gildi. Markmið samningsins er að EFTA-ríkin sem eru aðilar að samninginum verði þátttakendur í sameiginlegum innri markaði EB, með nokkrum

---

<sup>281</sup> S. Gless: „Mutual recognition, judicial enquiries, due process and fundamental rights“, bls. 123.

<sup>282</sup> Sama rit, bls. 127. Sem fyrr segir eru öll aðildarríki ESB aðilar að MSE og þar af leiðandi gildir vernd 6. og 7. gr. MSE um sönnunargögn innan allra þeirra ríkja sem innleitt hafa rammaákvörðunina. Hins vegar lætur MSE og MDE aðildarríkjunum eftir ákveðið svigrúm hvað varðar útfærslu á inntaki greinanna að landsrétti, eins og áður hefur verið um fjallað. Hvorki í MSE né í dómaframkvæmd MDE er að finna nákvæmar reglur um öflun og gildi sönnunargagna í sakamálum. Að lokum er dómaframkvæmd MDE óskýr um það í hvaða mæli mögulegt er að nota sönnunargögn sem fengin hafa verið á ólöglegan hátt í sakamáli án þess að brotið sé gegn MSE. Sama rit, bls. 123-125.

<sup>283</sup> Sýrja má hvernig þróun gagnkvæmrar aðstoðar í sakamálum innan ESB verði á næstu árum. Líkt og hér hefur verið um fjallað hafa verið gerðar viðamiklar breytingar á framsalsreglum og reglum um flutninging sönnunargagna milli landa síðastliðin ár innan ESB. Bent hefur verið á að enn sé óljóst hvernig ýmsir þættir sakamálaréttarfars verði útfærðir með tilliti til gagnkvæmrar aðstoðar og viðurkenningar, s.s. yfirheyrslur og vitnaleiðslur. Sjá Malin Thunber Schunke: „Förslaget till rambeslut om ett europeiskt bevisupptagningsbeslut inom EU. – Början till slutet för internationell rättslig hjälp i brottmål?“.“

undantekningum. EES-samningurinn tekur til hluta Evrópubandalagsins eða fyrstu stoðarinnar. Fyrir utan hann falla málefni tengd sameiginlegri landbúnaðar- og sjávarútvegsstefnu, tollastefnu og myntbandalagi fyrstu stoðarinnar. Önnur og þriðja stoð ESB falla algjörlega utan samningsins.<sup>284</sup> EB gerðir sem varða málefni sem falla innan EES-samningsins eru teknar upp í EES-samninginn í gegnum sameiginlegu EES-nefndina samkvæmt reglum 97.-104. gr. EES-samningsins. EFTA-ríkin eru síðan skuldbundin til þess að innleiða þær reglugerðir og tilskipanir sem teknar hafa verið þannig upp í samninginn í landsrétt sinn, sbr. 7. gr. EFTA-ríkjunum ber að innleiða EES-gerðir sem samsvara reglugerðum EB sem slíkar í landsrétt sinn, sbr. a-lið 7. gr. en er frjálst hvaða formi og aðferð þau beita við innleiðingu EES-gerða sem samsvara EB tilskipunum, sbr. b-liður 7. gr.<sup>285</sup> EES-samningurinn gerir þannig ráð fyrir því að EFTA-ríkin innleiði EES-gerðir með landslögum í öllum tilfellum. EES-samninginn skortir því að verulegu leyti þá yfirþjóðlegu þætti sem bein réttaráhrif og forgangsáhrif EB réttar eru byggð á. Því hefur verið talið að þær EES-gerðir sem ekki hafa verið innleiddar fullnægjandi í landsrétt hafi ekki bein réttaráhrif og forgangsáhrif í skilningi EB réttar á íslenskan rétt.<sup>286</sup>

EFTA-dómstóllinn hefur staðfest að ákvæði EES-samningsins beri að túlka til samræmis við mannréttindareglur. Hefur dómstóllinn vísað til MSE og byggt á dómaframkvæmd MDE og Evrópudómstólsins hvað varðar mannréttindavernd.<sup>287</sup> Af 6. gr. EES-samningsins leiðir að túlka beri EES-samninginn með tilliti til dómafordæma Evrópudómstólsins. Af þessu leiðir að dómaframkvæmd Evrópudómstólsins varðandi mannréttindareglur þær sem eru hluti af bandalagsrétti á einnig við um EES-samninginn. Þá má velta því fyrir sér hvernig fyrrnefnd niðurstaða Evrópudómstólsins að aðildarríki ESB geti ekki dæmt um gildi gerða sambandsins út frá þeirri mannréttindavernd sem stjórnarskrár ríkja þeirra hafa upp á að bjóða<sup>288</sup> samræmist EES-samningnum. Talið hefur verið að sú niðurstaða dómstólsins gildi ekki um EES-samninginn þar sem hann skortir yfirþjóðlegt vald á við það vald sem EB hefur í aðildarríkjum ESB. Því er ekki tilefni til þess að ætla að EES-samningurinn breyti þeirri skýru reglu að íslenskum rétti að

---

<sup>284</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 31.

<sup>285</sup> Sama rit, bls. 85-86.

<sup>286</sup> Sama rit, bls. 195-196.

<sup>287</sup> Dóra Guðmundsdóttir: „Vernd mannréttinda í rétti Evrópusambandsins og EES“, bls. 188-189.

<sup>288</sup> Sjá umfjöllun um *EBD mál C-1/58, 4. febrúar 1959* í kafla 3.1.

dómstólar hér á landi hafa heimild til þess að kveða á um stjórnskipulegt gildi íslenskra laga.<sup>289</sup> Í samræmi við þessa niðurstöðu hefur Hæstiréttur gert ákveðnar kröfur til innleiðinga EES-gerða þegar brot á þeim varðar refsingu, með tilliti til grunnreglu 69. gr. stjkskr. um lögbundnar refsheimildir.

## 6.2 Eðli EB löggjafar og íslensk refsilög

Í kafla 4.1 voru skil refsilaga og laga af öðrum toga skoðuð út frá MSE og dómaframkvæmd MDE í samhengi við eðli EB réttar. Í þessum kafla mun sama umfjöllunarefni vera kannað út frá áhrifum EES-samningsins á íslenskan rétt. Við þá umfjöllun er nauðsynlegt að bera saman fyrri niðurstöður um MSE og dómaframkvæmd MDE við þann mælikvarða sem leiðir af 70. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands um það hvaða lög teljist til refsilaga.

Mannréttindasáttmáli Evrópu var lögfestur á Íslandi með lögum nr. 62/1994. Formlega séð hefur sáttmálinn því stöðu sem almenn lög að íslenskum rétti. Sáttmálinn hefur þó haft mikilsverð áhrif á ákvæði íslensku stjórnarskrárinnar, þá sérstaklega hvað varðar mannréttindakafla hennar sem var breytt með lögum nr. 97/1995, en mjög var litið var til MSE við setningu hinna nýju mannréttindaákvæða. Í greinargerð með frumvarpi til laganna er ítrekað vísað til MSE auk þess sem sú lögskýringaraðferð að skýra mannréttindaákvæði til samræmis við MSE hefur löngum tíðkast í íslenskri dómaframkvæmd. Því hefur verið talið að þó að MSE hafi ekki öðlast formlegt stjórnskipulegt gildi sé raunveruleg þýðing hans ekki langt í frá sú sama og ef hann hefði verið lögleiddur sem stjórnskipunarlög.<sup>290</sup> Þannig hefur það verið orðað svo að MSE hafi stjórnarskrárigildi að íslenskum rétti. Með tilliti til þessa mun sú vernd sem MSE felur í sér og fjallað hefur verið um borin saman við þá vernd sem stjórnarskrá lýðveldisins Íslands<sup>291</sup> veitir sömu réttindum.

Orðalag 1. mgr. 6. gr. MSE og 70. gr. stjórnarskrá Íslands er nokkuð ólíkt. Ekki er gerður greinarmunur á einkamálum og sakamálum hvað varðar vernd 1. mgr. 70. gr. stjkskr., í ákvæðinu

---

<sup>289</sup> Davíð Þór Björgvinsson: „Evrópuréttur og vernd grundvallarréttinda“, bls. 189-190.

<sup>290</sup> Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting.“, bls. 65-67.

<sup>291</sup> Hér eftir skammstafað stjkskr.

felst almennur réttur til réttlátrar málsmeðferðar, óháð tegund málsins. Í 2. mgr. 70. gr. felst grunnreglan um að sá sem er borinn sökum um refsiverða háttsemi teljist saklaus þar til sekt er sönnuð, þ.e.a.s. að sönnunarbyrðin hvíli á ákærvaldinu í sakamálum. Sú regla er því einskorðuð við sakamálaréttarfar og er efnislega samhljóða 2. mgr. 6. gr. MSE. Ekki er að finna nánari ákvæði um rétt sakbornings í stjórnarskránni sambærileg við 3. mgr. 6. gr. MSE. Hins vegar hefur Hæstiréttur staðfest að þar sem skýra skuli stjórnarskránni með tilliti til MSE felist réttindi 3. mgr. 6. gr. í réttinum til réttlátrar málsmeðferðar, sbr. 70. gr. stjkskr.<sup>292</sup> Hvað varðar sérstök réttindi sakbornings í refsímáli vísar 70. gr. til þess að sá réttur stofnist í kjölfar þess að ákæra sé gefin út á hendur viðkomandi. Hins vegar er vernd 6. gr. MSE ekki bundin við það að formlega ákæra hafi verið gefin út að landsrétti eins og fyrr hefur verið um fjallað. Íslenskir dómstólar virðast þó ekki hafa talið að 70. gr. stjkskr. bjóði upp á takmarkaðri vernd en MSE hvað þetta varðar, enda ber að skýra stjórnarskránni með hliðsjón af MSE.<sup>293</sup>

Ekki er að finna mælikvarða um það hvaða viðurlög teljast til refsinga í stjórnarskránni, frekar en í MSE. Sem fyrr segir hefur MDE við mat á því hvort að viðurlög séu refsing litið til eðlis brotsins, eðli, þyngdar og tilgangs viðurlaganna sem við því liggja, hve breiðan hóp einstaklinga löggjöfin á við, hvernig viðurlögin eru skilgreind að landsrétti og hvort sanna þurfi sök.<sup>294</sup> Hvað varðar eðli sekta hefur MDE greint á milli þess hvort þær þjóni því hlutverki að bæta fyrir þann skaða sem ákveðin háttsemi hefur haft í för með sér eða hvort þær þjóni því hlutverki að refsa viðkomandi fyrir þá háttsemi.<sup>295</sup> Bent hefur verið á það að ýmsum stjórnarsýsluviðurlögum að íslenskum rétti svipi mjög til refsinga. Þá hefur verið gerður greinarmunur á stjórnarsýsluviðurlögum eftir því hvort þau teljast til lögmæltra þvingunarúrræða sem hafa það hlutverk að knýja á um lögbundna skyldu, s.s. beiting dagsekta samkvæmt 53. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, eða refsikenndra stjórnarsýsluviðurlaga sem þjóna einnig þeim tilgangi að refsa viðkomandi, s.s. með álagningu stjórnvaldssekta sbr. 51. og 52. gr. sömu laga. Jafnframt

---

<sup>292</sup> Sjá *Hrd.* 1992, bls. 174 (*dómtúlkur*). Í því máli staðfesti Hæstiréttur að réttur sakbornings til aðstoðar ókeypis dómtúlks sbr. e-lið 3. mgr. 6. gr. fælist í réttinum til réttlátrar málsmeðferðar samkvæmt 70. gr. stjkskr. Því var ákvæðum þágildandi laga um meðferð opinberra mála vikið til hliðar þar sem þau kváðu um það að kostnaður dómtúlks teldist til sakarkostnaðar.

<sup>293</sup> Sjá *Hrd.* 1996, bls. 731. Eiríkur Tómasson: „Réttur til réttlátrar málsmeðferðar“, bls. 201-202.

<sup>294</sup> MDE, *Engel o.fl. gegn Hollandi*, 8. júní 1976 (5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72).

<sup>295</sup> Önnur atriði sem skipta máli eru skilgreining á sektinni samkvæmt landsrétti, framkvæmd og tilurð sektarinnar og eðli, tilgangur og þyngd sektarinnar. Sjá fyrri umfjöllun í kafla 4.1.

hefur það verið lagt til að þar sem refsikenndum stjórnsluviðurlögum svipi verulega til refsinga eða viðurlaga í skilningi 69. gr. stjkskr. sé ákjósanlegt að hafa til hliðsjónar þær kröfur sem stjórnarskrárákvæðið felur í sér um form og efni slíkra viðurlaga við skýringu á þeim.<sup>296</sup> Þessi niðurstaða er í takt við þann mælikvarða sem MDE hefur lagt til grundvallar við mat á því hvort að sektir teljist til refsinga eða ekki. Með tilliti til gildis MSE við túlkun stjórnarskrárinnar má færa rök fyrir því að þau atriði sem dómstóllinn leit til í máli *Engel gegn Hollandi* um mörk refsilaga og annars konar viðurlaga almennt eigi einnig við í íslenskum rétti.

Ekki hefur á það reynt fyrir íslenskum dómstólum hvort að lagaákvæði sem fjalla um stjórnsluviðurlög fari í bága við 69. gr. stjkskr.<sup>297</sup> Hins vegar hefur Hæstiréttur staðfest að heimildir stjórnvalda í málum sem varða stjórnsluviðurlög megi ekki skerða rétt einstaklinga til réttlátrar málsmeðferðar samkvæmt 70. gr. stjkskr. Í máli *Hrd. 16. mars 2007 (92/2007)* voru samkeppnislög nr. 8/2003 tekin til skoðunar út frá því hvort þau væru nægjanlega skýr um það hvaða afleiðingar það hefði ef ákveðið væri að hefja sakamálarannsókn samhliða meðferð samkeppnisfyrivalda á málinu. Hæstiréttur skoðaði stöðu sakborninga í málinu, en hún fólst í því að þeir tóku þátt í viðræðum og samningum við Samkeppnisstofnun og veittu henni upplýsingar, en felldu á sama tíma á sig sök þar sem málið var síðar tekið til meðferðar sem sakamál. Var því ekki talið nægjanlega fram komið að í lögreglurannsókninni, sem fór fram í kjölfar meðferðar samkeppnisfyrivalda, hefðu þeir, eins og þeirri rannsókn var hagað, fengið notið þeirra réttinda sakborninga, sem mælt er fyrir um í 70. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944 og meginreglum laga nr. 19/1991 um meðferð opinberra mála. Yrði því ákæra ekki reist á þeirri lögreglurannsókn. Þessi niðurstaða er í samræmi við niðurstöðu MDE í máli *Saunders gegn Bretlandi*<sup>298</sup> sem fjallað var um í kafla 4.1.

Áður hefur verið vikið að þeim vandamálum sem upp geta komið vegna gerða fyrstu stoðarinnar sem hlutverki sínu samkvæmt miða ekki beint að samræmingu refsiréttar innan aðildarríkjanna. Gerðirnar eru oft á tíðum innleiddar sem refsheimildir í landsrétt aðildarríkjanna þrátt fyrir að ekki hafi verið gert ráð fyrir því með formi gerðanna. Dæmi eru um að innleiðing

---

<sup>296</sup> Róbert R. Spanó: „Stjórnarskráin og refsíabýrgð (fyrri hluti) —grunnreglan um lögbundnar refsheimildir—“, bls. 26-31.

<sup>297</sup> Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 198.

<sup>298</sup> *MDE, Saunders gegn Bretlandi, 17. desember 1997 (19187/91)*.

EB gerða í íslenskan rétt með tilvísunaraðferð hafi farið í bága við grunnregluna um lögbundnar refsheimildir, sjá t.d. *Hrd. 2004, bls. 4014 (251/2004)*, sem varðaði innleiðingu á reglugerð 1985/3820/EB um lögboðinn hvíldartíma ökumanna. Í því máli komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að sú refsheimild sem fólst í gerðinni væri í andstöðu við 69. gr. stjkskr. þar sem hvorki var að finna sjálfstæða verknaðarlýsingu í íslensku reglugerðinni sem EES-gerðin var innleidd með né umferðarlögum sem reglugerðin var sett með stoð í. Óljóst var af niðurstöðum dómsins hvort aðeins hafi skort lagastoð eða hvort að verknaðarlýsingin í EB reglugerðinni sjálfri hafi einnig verið of óskýr.<sup>299</sup> Héraðsdómur leit til þeirrar verknaðarlýsingar sem fólst í EB reglugerðinni en 2. mgr. 6. gr. reglugerðarinnar kvað á um það að ökumanni væri skylt að taka vikulegan hvíldartíma eftir sex akstursdaga. Héraðsdómur taldi að skýra ætti ákvæðið þannig að 2. mgr. 6. gr. EB reglugerðar nr. 3820/1985 ætti fyrst og fremst við þegar um væri að ræða samfelldan akstur með lögboðnum hvíldum, þar sem aksturinn stendur í t.d. 10-12 tíma á dag með nauðsynlegum hléum.<sup>300</sup> Hæstiréttur fjallaði einnig um þá verknaðarlýsingu sem felst í EB gerðinni með svofelldum orðum:

Efnislýsingu þess brots sem ákærða er gefið að sök telur ákærvaldið vera í ákvæðum sem með réttu eru 2. mgr. 1. töluliðar 6. gr. og 3. töluliður 8. gr. reglugerðar ráðsins (EBE) nr. 3820/85. Í 2. mgr. 1. töluliðar 6. gr. reglugerðarinnar kemur fram að ökumaður skuli „eftir sex akstursdaga hið mesta taka sér vikulegan hvíldartíma“ eins og skilgreint er í 3. tölulið 8. gr. Í þeirri grein eru einnig ákvæði um svokölluð hvíldartímabil. Þar segir meðal annars að ökumaður skuli á sólarhrings fresti fá daglegan tilgreindan hvíldartíma. Í 3. tölulið greinarinnar segir að í hverri viku skuli framlengja eitt þeirra hvíldartímabila sem um geti í 1. og 2. tölulið með vikulegum hvíldartíma sem sé í allt 45 klukkustundir samfelld. Heimilt sé að stytta þennan hvíldartíma niður í 36 klukkustundir samfelld hið minnsta ef hann er tekinn á bækistöð ökutækis eða ökumanns eða í minnst 24 klukkustundir samfelld ef hann er tekinn annars staðar. Þá er komist svo að orði að sérhverja styttingu beri að bæta upp með jafnlangri hvíld sem tekin sé óslitið fyrir lok þriðju viku eftir þá viku sem um ræðir.

Í kjölfar þessarar umfjöllunar um hina margþættu verknaðarlýsingu sem felst í gerðinni sneri rétturinn sér að hinni íslensku reglugerð sem sett var með stoð í umferðarlögum og vísaði til

---

<sup>299</sup> Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 203

<sup>300</sup> Aðeins tveir dagar á umræddu akstur tímabili hjá ákærða féllu undir þessa skilgreiningu og var hann því sýknaður í héraði.

EB gerðarinnar. Hæstiréttur lagði áherslu á það að hvorki hafi verið að finna sjálfstæða verknaðarlýsingu á viðkomandi broti í íslensku reglugerðinni né umferðarlögum og þar af leiðandi hafi verknaðarlýsingin ekki uppfyllt kröfur 69. gr. stjkskr. um skýrleika refsheimilda. Hins vegar má spyrja sig að því, með tilliti til umfjöllunar Hæstaréttar á hinni flóknu verknaðarlýsingu gerðarinnar og skýringu héraðsdóms á henni, hvort að rétturinn hafi talið að verknaðarlýsing gerðarinnar væri full óljós til að uppfylla skýrleikakröfu grunnreglunnar um lögbundnar refsheimildir. Þar sem framsal lagasetningarvalds var í ósamræmi við 69. gr. stjkskr. þurfti rétturinn hins vegar ekki að taka á skýrleika verknaðarlýsingar EB reglugerðarinnar skýrum orðum.

### **6.3 Lög nr. 64/2006 um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka**

Í 4. kafla þessarar ritgerðar var tilskipun 2005/60/EB gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka skoðuð með tilliti til eðlis EB réttar. Að lokinni athugun á áhrifum EB réttar á íslenskan refsirétt er forvitnilegt að skoða áhrif tilskipunarinnar hérlendis. Allar þrjár gerðir EB um peningabætti hafa verið innleiddar í íslenskan rétt. Lög nr. 64/2006 um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka veittu tilskipun 2005/60/EB gildi að íslenskum rétti og tóku við af lögum nr. 80/1993 um aðgerðir gegn peningabætti. Lög nr. 64/2006 vísa til skilgreiningar 100. gr. a. alm. hgl. á hryðjuverkastarfsemi, sbr. 2. tölul. 3. gr. en sú skilgreining á hryðjuverkum er nánast samhljóða þeirri skilgreiningu sem ESB hefur stuðst við, eins og síðar verður fjallað um. Samkvæmt greinargerð með frumvarpi til laga nr. 64/2006 um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka, hafa löggin m.a. þær breytingar í för með sér að fleiri aðilar falla undir löggin en féllu undir lög nr. 80/1993, auknar kröfur eru gerðar til tilkynningarskyldra aðila og ríkari kröfur eru gerðar til upplýsingaöflunar starfsaðila og könnunar á áreiðanleika upplýsinganna. Þá eru lagðar til víðtækari undanþágur frá þeirri meginreglu að utanaðkomandi aðilar megi ekki fá upplýsingar um að aðili sæti rannsókn vegna brota á lögnum. Þannig er heimilt að miðla upplýsingum um tilkynningu, rannsókn eða mögulega rannsókn innan samstæðu og milli lögmannna og endurskoðenda hjá sama lögaðila eða neti fyrirtækja.<sup>301</sup> Samkvæmt 17. gr. laganna ber tilkynningaskyldum aðilum að láta athuga gaumgæfilega öll

---

<sup>301</sup> Alþt. 2005-06, A-deild, bls. 3923.

viðskipti og fyrirhuguð viðskipti sem grunur leikur á að rekja megi til peningaþvættis eða fjármögnunar hryðjuverka og tilkynna lögreglu um viðskipti þar sem slík tengsl eru talin vera fyrir hendi. Samkvæmt 20. gr. ber tilkynningarskyldum aðilum og stjórnendum, starfsmönnum og öðrum sem vinna í þágu þeirra að sjá til þess að viðskiptamaður eða annar utanaðkomandi aðili fái ekki vitneskju um að lögreglu hafi verið sendar upplýsingar skv. 17. og 18. gr., um að rannsókn sé hafin vegna gruns um peningaþvætti eða fjármögnun hryðjuverka eða að slíkri rannsókn kunni að verða hrundið af stað. Í 2. mgr. 20. gr. eru gerðar þó nokkrar undantekningar frá þessari reglu. Þannig eru upplýsingaskipti leyfileg ef báðir aðilar tilheyrja sömu starfsgrein, málið varðar einstakling eða lögaðila sem er viðskiptavinur hjá báðum aðilum, upplýsingarnar varða viðskipti sem snerta báða aðila, báðir aðilar hafa sambærilegar skyldur hvað varðar þagnarskyldu og vernd persónuupplýsinga, og að upplýsingarnar séu eingöngu notaðar í þeim tilgangi að hindra peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka.<sup>302</sup> Með innleiðingu gerðarinnar er lögreglu fengið það hlutverk sem einingum sem fást við fjárhagslegar upplýsingar er fengið samkvæmt tilskipunin 2005/60/EB.<sup>303</sup> Þannig fara þær upplýsingar sem tilskipunin kveður á um frá þeim aðilum sem afla upplýsinganna á viðskiptagrundvelli og beint þaðan til lögreglu. Í þessu fyrirkomulagi felst því ríkari vernd en ef aðrir aðilar sem ekki ynnu samkvæmt lögum um meðferð sakamála myndu hafa umsjón með þeim upplýsingum sem gætu verið grundvöllur refsímáls. Þannig fara mál sem varða grun um peningaþvætti eða fjármögnun hryðjuverkastarfsemi í sama farveg og öll önnur mál sem varða grun um refsiverða háttsemi að íslenskum rétti.<sup>304</sup> Ekki er að finna í lögnum sambærilegt ákvæði við 28. gr. tilskipunarinnar, sem opnar fyrir upplýsingaskipti milli landa sem varða einstakling án þess að viðkomandi viti af mögulegri rannsókn.

Í kafla 4.2 var fjallað um hvernig tilskipunin 2005/60/EB samræmist 8. gr. MSE um friðhelgi einkalífs og fjölskyldu, eins og MDE hefur túlkað það ákvæði. Nú mun sjónum beint að því hvernig lög nr. 64/2006 um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka samræmist þeirri vernd sem íslensk lög veita friðhelgi einkalífs og fjölskyldu.

---

<sup>302</sup> Sjá thugasemdir með 19. gr. frumvarpsins, Alþt. 2005-06, A-deild, bls. 3932.

<sup>303</sup> Sjá umfjöllun í kafla 4.2.

<sup>304</sup> Sjá athugasemdir með 18. gr. frumvarpsins, Alþt. 2005-06, A-deild, bls. 3932.



Lög nr. 77/2000 um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga hafa að geyma umfangsmestu reglur íslensks réttar um öflun og geymslu persónuupplýsinga. Lögin gilda bæði um rafræna og handvirka geymslu persónuupplýsinga sem er ætlað að vera hluti af skrá. Upplýsingalög nr. 50/1996 veita almenningi síðan rétt til aðgangs að gögnum um mál sem eru til meðferðar innan stjórnslukerfisins. Þessi réttur er þó háður takmörkunum vegna tillits til einkahagsmuna, sbr. 5. gr. laganna. Að lokum veitir 15. gr. stjórnslulaga aðila stjórnslumáls rétt til aðgangs að gögnum sem málið varðar. Íslenskir dómstólar virðast líta til svipaðra atriða og MSE við mat á því hvort að skerðing á réttinum til friðhelgi einkalífs og fjölskyldu standist 71. gr. stjkskr. Þannig líta báðir dómstólarnir til þess hvort að skerðingin byggist á skýrri lagaheimild, hvort hún stefni að réttmætu markmiði og hvort að meðalhófs hafi verið gætt við framkvæmd skerðingarinnar. Af *Hrd. 2003, bls. 4153 (151/2003)* má leiða að íslenskir dómstólar geri ríkar kröfur til laga sem hafa að geyma heimildir fyrir skerðingu einkalífs samkvæmt 71. gr. stjkskr. með öflun og geymslu persónuupplýsinga í gagnagrunnum. Í málinu, sem varðaði lög nr. 139/1998 um gagnagrunn á heilbrigðisviði, staðfesti dómstóllinn að þó að skýrt væri af lögnum að upplýsingarnar sem geymdar væru í gagnagrunninum ættu að vera ópersónugreinanlegar, þætti ekki nægilega tryggt að þessum tilgangi yrði náð með lögnum. Lögin höfðu ekki að geyma nægilega skýrar verklagsreglur hvað varðar eftirlit með gerð og starfsrækslu gagnagrunnsins. Ekki væri nægilegt að ráðherra setti slíkar verklagsreglur sökum þeirrar víðtæku skerðingar sem fælist í starfsemi gagnagrunnsins.<sup>305</sup> Af þessu er ljóst að Hæstiréttur gerir þær kröfur til laga sem varða öflun og geymslu persónuupplýsinga í gagnagrunnum að þau hafi að geyma ákveðna varnagla sem tryggja eigi rétt einstaklinga til friðhelgi einkalífs. Því er ljóst að réttinum til friðhelgi einkalífs samkvæmt 71. gr. stjkskr. er veitt rík vernd samkvæmt íslenskum rétti í tengslum við öflun og geymslu persónuupplýsinga í gagnagrunnum. Þar sem þær heimildir sem felast í tilskipuninni eru í hendi lögreglu samkvæmt lögum nr. 64/2006 um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka er ljóst að innleiðing tilskipunarinnar hér á landi tryggir persónuvernd þeirra einstaklinga sem hlut eiga að máli upp að vissu marki. Hins vegar má spyrja að því hvernig 2. mgr. 20. gr. laganna samræmist þeirri vernd sem íslensk lög veita réttinum til einkalífs. Líkt og áður hefur verið fjallað um veitir það ákvæði tilkynningaskyldum aðilum, við ákveðnar aðstæður, rétt til upplýsingaskipta um að lögreglu hafi verið sendar

---

<sup>305</sup> Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu“, bls. 332-335.

upplýsingar skv. 17. og 18. gr. án þess að sá sem upplýsingarnar varðar hafi vitneskju um það. Auk þess hefur áður verið á það bent að jafnvel þó að mismunandi réttarkerfi og innleiðing gerða EB innan einstakra aðildarríkja standist kröfur MSE um persónuvernd getur samvinna milli ríkja á sviðum sem snerta refsímál samt sem áður leitt til þess að réttur einstaklinga samkvæmt MSE sé ekki virtur. Þetta helgast einkum af því að gerðir Evrópubandalagsins gera ekki ráð fyrir reglum sakamálaréttarfars en eru innleiddar í samræmi við sakamálaréttarfar í sumum aðildarríkjum þess, líkt og með lögum nr. 64/2006 um aðgerðir gegn peningabætti, en í öðrum ekki. Þetta leiðir til þess að mismunandi stjórnvöld, hvert með sitt valdsvið, veita hvert öðru gagnkvæma aðstoð sem getur haft þau áhrif að upplýsingaskipti séu misströngum skilyrðum háð milli landa eftir því hvort um er að ræða sakamál eða ekki. Lög nr. 64/2006 slá þó ákveðinn varnagla við þessu þar sem ekki er að finna í lögnum sambærilegt ákvæði við 28. gr. tilskipunarinnar, sem opnar fyrir upplýsingaskipti milli landa sem varða einstakling án þess að viðkomandi viti af mögulegri rannsókn.

## **7 Áhrif Evrópusambandsins á íslenskan refsirétt**

Í 5. kafla þessarar ritgerðar var nýleg þróun refsiréttar innan þriðju stoðarinnar skoðuð með tilliti til grunnreglunnar um lögbundnar refsheimildir. Nú mun aftur vikið að því umfjöllunarefni, að þessu sinni í tengslum við íslenskan rétt.

Á þeim tíma sem skrifum á þessari ritgerð lauk stóð yfir undirbúningur á aðildarviðræðum íslenska ríkisins við ESB. Þrátt fyrir að Ísland hafi ekki enn gerst aðili að ESB við skrif þessarar ritgerðar hafa gerðir þriðju stoðarinnar samt sem áður haft töluverð áhrif á íslenskan refsirétt og sakamálaréttarfar. Í takt við fyrri umfjöllun mun sjónum beint að aðaláherslum þriðju stoðarinnar samkvæmt Haagáætluninni, aðgerðum gegn hryðjuverkum og skipulagðri brotastarfsemi. Auk þess verður fjallað um áhrif evrópsku handtökuskipunarinnar á íslenskar framsalsreglur.

## 7.1 Grunnreglan um lögbundnar refsheimildir að íslenskum rétti

Ákvæði 1.mgr. 69. gr. stjkskr. hefur að geyma grunnregluna um lögbundnar refsheimildir en samkvæmt greininni verður engum gert að sæta refsingu nema hann hafi gerst sekur um háttsemi sem var refsiverð samkvæmt lögum á þeim tíma þegar hún átti sér stað eða má fullkomlega jafna til slíkrar háttsemi. Síðari málsliður greinarinnar felur í sér bann við afturvirkni refsilaga eða að viðurlög mega ekki verða þyngri en heimiluð voru í lögum þegar háttsemin átti sér stað. Greint hefur verið á milli tveggja þátta sem felast í 1. mgr. 69. gr. og tengjast kröfum um gæði refsilaga. Í fyrsta lagi felst í greininni krafa um að refsheimildirnar sé að finna í lögum í þrengri merkingu, þ.e.a.s. lögum settum af Alþingi. Í öðru lagi felst í 69. gr. krafa um að refsilög séu skýr. Hugmyndin að baki þessari kröfu er sú að verknaðarlýsing skuli vera það skýr að menn geti gert sér grein fyrir því fyrirfram hvort að athafnir þess séu refsiverðar eða ekki. Þannig sé skýr og vel skilgreind verknaðarlýsing betur til þess fallin að virka sem viðvörðun og síður til þess fallin að hafa í för með sér mismunun og geðþóttaákvæðanir í refsivörslukerfinu.<sup>306</sup> Í samræmi við þetta hefur Hæstiréttur lagt áherslu á viðvörðunarsjónarmið við mat á því hvort að lög fullnægi skýrleikakröfu 69. gr. og að refsheimildir séu ekki of almennar eða óljósar.<sup>307</sup>

Helst hafa komið upp álitamál í tengslum við grunnregluna um lögbundnar refsheimildir í íslenskri dómaframkvæmd vegna þess að löggjafinn hefur framselt stjórnvaldi heimild til þess að setja fyrirmæli um skilgreiningar á refsiverðri háttsemi eða að stjórnvald hafi sett refsheimild í stjórnsýslufyrirmæli sem skortir lagastoð.<sup>308</sup> Umfjöllun þessa kafla um grunnreglu 69. gr. um lögbundnar refsheimildir mun einskorðast við þann þátt hennar sem snýr að skýrleika refsheimilda.<sup>309</sup>

---

<sup>306</sup> Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 167.

<sup>307</sup> Róbert R. Spanó: „Stjórnarskráin og refsíabyrgð (síðari hluti) —meginreglan um skýrleika refsheimilda—“, bls. 41.

<sup>308</sup> Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 201. Hins vegar getur nánari og fyrirsjáanlegri útfærsla á almennt orðaðri verknaðarlýsingu í stjórnvaldsfyrirmælum orðið til þess að refsheimildin fullnægi 69. gr. stjkskr. þó að lagaákvæðið eitt og sér myndi ekki gera það. Róbert R. Spanó: „Stjórnarskráin og refsíabyrgð (síðari hluti) —meginreglan um skýrleika refsheimilda—“, bls. 45-49.

<sup>309</sup> Róbert R. Spanó hefur greint 69. gr. stjkskr. í tvær sjálfstæðar reglur, regluna um lögbundnar refsheimildir sem felur í sér kröfur til lýðræðislegs uppruna refsheimilda og setur þannig hömlur á framsal lagasetningavalds og hins vegar grunnregluna um skýrleika refsheimilda. Róbert R. Spanó: „Stjórnarskráin og refsíabyrgð (síðari hluti) —meginreglan um skýrleika refsheimilda—“, bls. 11-12. Sá greinarmunur mun ekki gerður hér þar sem bornar munu saman kröfur íslensks réttar og MSE til skýrleika réttarheimilda en MDE hefur talið að reglan um skýrleika

Skilið hefur verið á milli almenns og sérgreinds óskýrleika refsheimilda að íslenskum rétti. *Sérgreindur óskýrleiki* refsheimilda felst í því að refsheimildin sé of óljós í því tilfalli sem til skoðunar er, þ.e.a.s. að miðað við málsatvik hafi það ekki verið nægilega ljóst að háttsemi ákærða félli undir refsíákvæðið. Þrátt fyrir þetta er ljóst og fyrirsjáanlegt að fjöldi tilvika falli undir ákvæðið og er því ekki ástæða til að telja refsheimildina í andstöðu við 69. gr. stjskr. *Almennur óskýrleiki* refsheimilda felst hins vegar í því verknaðarlýsingin sé í öllum tilvikum of almenn og óljós til þess að uppfylla kröfur 69. gr. um skýrleika refsheimilda.<sup>310</sup> Þessi flokkun á skýrleika refsheimilda er í takt við dómaframkvæmd MDE en sem fyrr segir hefur dómstóllinn komist að þeirri niðurstöðu að refsheimildar séu nægilega skýrar ef það er ljóst í meirihluta tilfella að viðkomandi athöfn falli undir verknaðarlýsingu refsheimildarinnar, það er ekki nauðsynlegt að það sé skýrt í öllum tilfellum.

Það hefur verið talin almenn lögskýringarregla í íslenskum rétti að túlka eigi refsheimildir þröngt. Rýmkandi túlkun á refsheimildum hefur almennt verið talin andstæð 1. mgr. 69. gr. stjskr. jafnt og 7. gr. MSE. Hins vegar er oft á tíðum óljóst hvort að túlkun á refsíákvæðum feli í sér rýmkandi skýringu þar sem mörg refsíákvæði veita nokkurt svigrúm um það hvernig þeim verður beitt. Þetta á við þó nokkur hugtök í íslenskum refsirétti. Inntak sumra þessara hugtaka er fastmótað samkvæmt dómvenju en önnur eru breytilegri og ófyrirsjáanlegri, s.s. „guðlast“ sbr. 125. gr. alm. hgl.<sup>311</sup>, „klám“ sbr. 210. gr. alm. hgl.<sup>312</sup> og „mánun“ á erlendri þjóð og ríki sbr. 1. mgr. 95. gr. alm. hgl.<sup>313</sup> Hæstiréttur hefur byggt á þessum hugtökum í dómum sínum á þeim grundvelli að þau standist skýrleikakröfur 69. gr. stjskr., þrátt fyrir breytilegt og upp að vissu marki ófyrirsjáanlegt eðli þeirra.

Hæstiréttur hefur þó oft á tíðum gert ríkar kröfur til skýrleika refsheimilda. Rétturinn virðist t.d. almennt gera ríkar kröfur til þess að afbrigðileg refsíabyrgð komi skýrt fram í lögum.

---

refsheimilda sé kjarni reglunnar um lögbundnar refsheimildir enda lítur dómstóllinn ekki til lýðræðislegs uppruna lagaheimildarinnar heldur aðeins að hún sé skýr og fyrirsjáanleg með tilliti til dómaframkvæmdar, lögskýrningargagna, lögfræðilegs álits o.s.frv.

<sup>310</sup> Róbert R. Spanó: „Stjórnarskráin og refsíabyrgð (síðari hluti) —meginreglan um skýrleika refsheimilda—“, bls. 51-52.

<sup>311</sup> Sjá *Hrd.* 1984, bls. 855 (Spegilsnál).

<sup>312</sup> Sjá *Hrd.* 1973, bls. 452 (veggspjald) og *Hrd.* 1990, bls. 1103 (sjónvarpsstjóri). Á hin bóginn hefur Hæstiréttur mótað nánar inntak kláms með vísan til skilgreiningar Menningarstofnunar Sameinuðu þjóðanna. Sjá *Hrd.* 1998, bls. 969 og *Hrd.* 2000, bls. 4418 (321/2000).

<sup>313</sup> Sjá *Hrd.* 2002, bls. 4166 (328/2002) (molotovkotteill). Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 213-214.

Hæstiréttur hefur talið að hlutlæg refsíabyrgð stæðist 69. gr. stjkskr. en að eðli slíkrar refsíabyrgðar verði að koma skýrt fram í viðkomandi refsheimild.<sup>314</sup> Dæmi um þetta er *Hrd. 1995, bls. 3149* (Bjartsmál) en þar komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að lög nr. 81/1976 sem gerðu aðeins ráð fyrir refsíabyrgð skipstjóra vegna brota á þeim hefðu þurft að kveða skýrt um það ef sú ábyrgð ætti að vera reist á hlutlægum grundvelli. Þar sem hlutlæg refsíabyrgð hefði ekki komið skýrt fram uppfylltu lögin ekki kröfur 69. gr. stjkskr. um skýrleika refsheimilda og því var sýknað í málinu.<sup>315</sup> Hæstiréttur komst að sambærilegri niðurstöðu í *Hrd. 2000, bls. 280 (442/1999)* þar sem ekki þótti koma nægilega skýrt fram í tollalögum nr. 55/1987 að refsíabyrgð væri hlutlæg.<sup>316</sup>

Bent hefur verið á að sérrefsilög hafa oft að geyma lítt afmarkaðar háttænisreglur þar sem aðeins er að finna ákvæði í lok þeirra um að brot á þeim séu refsiverð, án frekari skýringar á því við hvaða verknaði liggur refsíabyrgð.<sup>317</sup> Hæstiréttur hefur almennt ekki talið að þetta form á verknaðarlýsingu refsheimilda gangi gegn grunnreglunni um lögbundnar refsheimildir. Sem dæmi um þetta má nefna *Hrd. 2003, bls. 3991 (219/2003)* en þar komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að refsheimild siglingalaga sem vísaði bæði til siglingalaga og annarra laga um skyldur skipstjóra uppfyllti kröfur 69. gr. stjkskr. um skýrleika. Því væri það nægilega skýrt að þar sem skipstjóri bæri refsíabyrgð samkvæmt 1. mgr. 6. gr. siglingalaga nr. 34/1985 á því að skip hans væri nægilega mannað bæri hann einnig refsíabyrgð ef áhöfn hans uppfyllti ekki skilyrði laga nr. 112/1984 og 113/1984 um að stýrimenn og vélamenn á skipinu hefðu tilskilin réttindi.

Hæstiréttur hefur á hinn bóginn ítrekað komist að þeirri niðurstöðu að refsheimild sem felur í sér almenna varúðarskyldu standist ekki þá skýrleikakröfu sem gerð er í 1. mgr. 69. gr. stjkskr. Sem dæmi má nefna *Hrd. 18. janúar 2007 (458/2006)* en í því máli komst rétturinn að

---

<sup>314</sup> Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 207-208. Ákvæði 69. gr. stjkskr. gerir aftur á móti ráð fyrir fullkominni löggjöfnun sem refsheimild en MDE hefur sem fyrr segir talið löggjöfnun andstæða 7. gr. MSE, sbr. fyrri umfjöllun um mál *Kokkinakis gegn Grikklandi*. Vekur þetta upp þá spurningu hvort að 69. gr. stjkskr. standist MSE. Þó hafa íslenskir fræðimenn talið að mögulega geti fullkomin löggjöfnun rúmast innan 1. mgr. 7. gr. MSE. Sjá Róbert R. Spanó: „Bann við afturvirkni refsilaga og grunnreglan um lögbundnar refsheimildir“, bls. 284.

<sup>315</sup> Hlutlæg ábyrgðaregla verður ekki leidd af almennu orðalagi ákvæðis, jafnvel þó að gera megi ráð fyrir að löggjafinn hafi ætlast til þess. Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I I*, bls. 35.

<sup>316</sup> Í máli *Hrd. 5. júní 2008 (385/2007)* (Baugsmál II) reyndi á það hvort að hlutafélagalög nr. 2/1995 fælu í sér nægilega skýra refsheimild, miðað við kröfur 69. gr. stjkskr. Byggt var á því í málinu að refsheimild 2. töluliðs 153. gr. laganna fullnægði ekki kröfum um skýrleika þar sem ekki væri tekið fram að einstaklingar gætu borið refsíabyrgð samkvæmt lögnum. Hæstiréttur hafnaði þessum rökum og staðfesti að þar sem lögin kváðu á um skyldur einstaklinga innan hlutafélaga og bann við ákveðnum athöfnum þeirra væri sú staðreynd að viðlögð refsíabyrgð væri lögð á einstaklinga yfir allan skynsamlegan vafa hafin.

<sup>317</sup> Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I I*, bls. 168.

þeirri niðurstöðu að 2. mgr. 12. gr. laga nr. 44/1999 um náttúruvernd stæðist ekki skýrleikakröfur 69. gr. stjkskr. en samkvæmt greininni var „öllum skylt að ganga vel um náttúru landsins og sýna ýrtrustu varúð þannig að henni verði ekki spillt“.<sup>318</sup> Dómaframkvæmd Hæstaréttar hefur verið gagnrýnd hvað þetta varðar, að þær kröfur sem gerðar séu til skýrleika refsheimilda að íslenskum rétti gangi lengra en hefðbundnar skýringaraðferðir í refsirétti geri ráð fyrir og sé í ósamræmi við dómaframkvæmd MDE í tengslum við 7. gr. MSE.<sup>319</sup> Í þessu samhengi hefur verið bent á *Hrd. 2003, bls. 1363 (449/2002)* (arnarvarpsdómur). Í því máli var sakborningur sótt til saka á grundvelli laga nr. 64/1994 en samkvæmt 2. mgr. 6. gr. þeirra skal ávallt „gæta fyllstu varkárni gagnvart villtum dýrum og lífsvæðum þeirra og forðast óþarfa truflun“. Ekki þótti ljóst af lögunum sjálfum eða lögskýringargögnum hvort undir lífsvæði félli sá staður sem örn verpir í raun eða hvort ákvæðið næði einnig til svæða þar sem hann kynni að verpa. Refsheimildin uppfyllti því ekki þær kröfur sem gera verður til skýrleika refsheimilda.<sup>320</sup> Dómurinn hefur verið gagnrýndur fyrir það að gera óraunhæfar kröfur til skýrleika refsheimilda. Í stað þess að skýra hugtakið lífsvæði dýra þröngt eftir almennum reglum um túlkun refsíákvæða komst rétturinn að þeirri niðurstöðu að hugtakið væri of almennt til að standast 69. gr. stjkskr. Samkvæmt þessum dómi gerir Hæstiréttur mun ríkari kröfur til skýrleika refsheimilda en MDE gerir til 7. gr. MSE. Þessar kröfur eru einnig mun meiri en danskir dómstólar hafa gert til grunnreglunnar um lögbundnar refsheimildir.<sup>321</sup> Á hinn bóginn hefur verið á það bent að ekkert komi í veg fyrir það að íslenskir dómstólar telji ríkari vernd til handa sakborningum felast í 69. gr. stjkskr. en felst í 7. gr. MSE, enda felur sáttmálinn aðeins í sér lágmarksvernd.<sup>322</sup>

Talið hefur verið að sérgreindar lagaáskilnaðarreglur 64.-66. gr. og 71.-75. gr. stjkskr. feli í sér aðrar og eftir atvikum ríkari kröfur til skýrleika refsheimilda þegar réttindi samkvæmt þessum ákvæðum er skert en leiðir af hinni almennu lagaáskilnaðarreglu 69. gr.<sup>323</sup> Þessi niðurstaða er í samræmi við dómaframkvæmd MDE og mismunandi kröfur sem MDE gerir til

---

<sup>318</sup> Annað dæmi um þetta er *Hrd. 1997, bls. 1253*.

<sup>319</sup> Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 210.

<sup>320</sup> Róbert R. Spanó: „Bann við afturvirkni refsilaga og grunnreglan um lögbundnar refsheimildir“, bls. 282-283.

<sup>321</sup> Róbert R. Spanó: „Stjórnarskráin og refsíabyrgð (síðari hluti) —meginreglan um skýrleika refsheimilda—“, bls. 45.

<sup>322</sup> Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 210.

<sup>323</sup> Róbert R. Spanó: „Stjórnarskráin og refsíabyrgð (síðari hluti) —meginreglan um skýrleika refsheimilda—“, bls. 10. Sjá einnig Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 206.

refsilaga samkvæmt 7. gr. MSE og refsilaga sem takmarka réttindi samkvæmt 8.-11. gr. MSE. Eins og fyrr hefur verið fjallað um eru þær refsheimildir sem leiðir af núverandi áherslum innan þriðju stoðarinnar til þess fallnar að skerða ákveðin réttindi sambærileg við réttindi samkvæmt 8.-11. gr. MSE eða 71. gr., 73. gr. og 74. gr. stjkskr. Af dómaframkvæmd MDE má álykta að refsheimildir vegna brota sem tengjast hryðjuverkum séu einna helst til þess fallnar að skerða tjáningarfrelsi einstaklinga, sbr.10. gr. MSE eða 73. gr. stjkskr. Hæstiréttur hefur litið mjög til dómaframkvæmdar MDE varðandi 10. gr. við mótun inntaks 73. gr. stjkskr. Þannig hefur Hæstiréttur litið til þess hvort skerðing á tjáningarfrelsi uppfylli þau skilyrði að vera byggð á skýrum lagaheimildum, þjóna lögmætu markmiði og vera nauðsynleg. Hæstiréttur hefur jafnframt staðfest að lagaheimildir sem feli í sér skerðingu á réttindum samkvæmt 73. gr. beri að túlka þröngt. Jafnframt hefur hann gert auknar kröfur til skýrleika lagaheimilda eftir því sem hann hefur talið skerðinguna viðurhlutameiri. Þannig hefur Hæstiréttur talið að handtaka manna sem haft hafa í frammi friðsamleg mótmeili af pólitískum toga teljist viðurhlutamikil skerðing á tjáningar- og fundafrelsi.<sup>324</sup> Einnig hefur Hæstiréttur lagt áherslu á mikilvægi tjáningarfrelsi fjölmiðla í dómaframkvæmd sinni.<sup>325</sup> Á hinn bóginn virðist af dómaframkvæmd Hæstaréttar að hann láti á tíðum við það sitja að skoða hvort fullnægjandi lagaheimild hafi verið til staðar sem stefnt hafi að réttmætu markmiði, án þess að skoða hvort að það markmið falli undir 2. mgr. 73. gr. eða hvort skerðingin hafi verið nauðsynleg í því tilfalli.<sup>326</sup> Annað dæmi um stjórnarskrárvarin réttindi sem geta verið skert með refsheimildum sem beinast gegn hryðjuverka- og skipulögðum brotasamtökum er rétturinn til þess að stofna félög samkvæmt 74. gr. stjkskr. Samkvæmt ákvæðinu er sá réttur bundinn við það skilyrði að tilgangur félagsins sé löglegur. Því er það í raun í höndum löggjafans að ákveða það hvaða félög séu lögleg. Þá skal það tekið fram að talið hefur verið að stjórnsmálaflokkar njóti sérstakar verndar stjórnarskrárinnar.<sup>327</sup> Greinin hefur ekki að geyma sambærileg viðmið við 11. gr. MSE hvað varðar skerðingu á félagafrelsinu. Hins vegar hefur Hæstiréttur staðfest í máli Hrd. 2002, bls. 3686 að réttindi samkvæmt ákvæðinu verði skert að

---

<sup>324</sup> *Hrd. 1999, bls. 3386 (65/1999)*. Í málinu staðfesti Hæstiréttur að mótmeili sem felast í því að hrópa sameiginleg slagorð gegn aðgerðum erlends ríkis, bera spjöld með áletrunum og fána, sem vísa til stjórnsmálalegra hugmynda falli undir tjáningu samkvæmt 73. gr. stjkskr.

<sup>325</sup> Sjá m.a. *Hrd. 1995, bls. 408* og *Hrd. 1997, bls. 3618*. Páll Þórhallsson: „Tjáningarfrelsi“, 380-382.

<sup>326</sup> Sjá m.a. *Hrd. 1998, bls. 516* er varðaði dreifingu á klámi og *Hrd. 2002, bls. 1485 (461/2001)* er varðaði blaðaviðtal við forsvarsmann félags íslenskra þjóðernissinna undir yfirskriftinni „Hvíta Ísland“. Páll Þórhallsson: „Tjáningarfrelsi“, 385-389.

<sup>327</sup> Elín Blöndal: „Funda- og félagafrelsi“, bls. 409-410.

sambærilegum skilyrðum uppfylltum og felast í 2. mgr. 11. gr., þ.e.a.s. að takmarkanir séu lögmæltar og nauðsynlegar í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna þjóðaröryggis eða almannaheilla, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu eða siðgæði manna eða réttindum og frelsi.<sup>328</sup>

Af þessu leiðir að Hæstiréttur leggur til grundvallar sambærilegan mælikvarða og MDE hvað varðar þau réttindi sem er að finna í sérgreindum lagaáskilnaðarreglum 64.-66. gr. og 71.-75. gr. stjkskr. og helst eiga á hættu að vera skert með refsheimildum þriðju stoðarinnar sem hér hafa verið til skoðunar. Því má gera ráð fyrir að dómaframkvæmd MDE hvað þetta varðar hafi verulegt gildi fyrir íslenskan rétt. Eftir stendur hins vegar að íslenskir dómstólar virðast gera talsvert meiri kröfur til skýrleika refsheimilda samkvæmt hinni almennu lagaáskilnaðarreglu eða grunnreglunni um lögbundnar refsheimildir. Með þessar niðurstöður í huga mun nú sjónum beint að því hvernig áherslur þriðju stoðarinnar samræmast hinni íslensku lagaáskilnaðarreglu. Fyrst munu þau áhrif sem stoðin hefur nú þegar haft á almenn hegningarlög skoðuð eða hryðjuverkahugtak 100. gr. a. alm. hgl.

## 7.2 Ákvæði 100. gr. a. alm. hgl. um hryðjuverk

Með lögum nr. 99/2002 var skilgreiningu á hryðjuverkum bætt við almenn hegningarlög.<sup>329</sup> Fyrir þá breytingu sem fólst í lögnum var hugtaksins hryðjuverks hvergi getið sem sjálfstæðs refsiverðs verknaðar í íslenskum refsilögum og ekki er þar að finna sérstaka skilgreiningu á hryðjuverkum eða hryðjuverkastarfsemi. Vegna aðildar Íslands að ýmsum samningum um hryðjuverk sem gerðir hafa verið á vegum Sameinuðu þjóðanna og beinast að ákveðnum sviðum hafa þó verið gerðar margvíslegar breytingar á ákvæðum almennu hegningarlaganna, s.s. XVIII. kafla sem fjallar um brot sem hafa í för með sér almannahættu.<sup>330</sup> Einnig eiga ýmis ákvæði alm.

---

<sup>328</sup> Sama rit, bls. 421-422.

<sup>329</sup> Með lögnum var einnig beinn eða óbeinn fjárhagslegur stuðningur við mann, félag eða hóp, sem fremur eða hefur þann tilgang að fremja hryðjuverk skv. 100. gr. a. gerður refsiverður sbr. 100. gr. b. Auk þess sem annars konar stuðningur við refsiverða starfsemi eða sameiginlegt markmið félags eða hóps, sem framið hefur eitt eða fleiri brot gegn 100. gr. a eða 100. gr. b var gerður refsiverður sbr. 100. gr. c. Íslensk lögsaga yfir hryðjuverkabrotum var einnig víkkuð til muna, sbr. 6. gr. alm. hgl.

<sup>330</sup> Tveimur síðari málsgreinum 165. gr. var bætt við greinina með lögum nr. 41/1973 sem voru sett í tilefni af aðild íslenska ríkisins að þremur alþjóðasamningum um hryðjuverk um borð í loftförum eða í tengslum við



hgl. við um hryðjuverk eðli máls samkvæmt, s.s. almenn ákvæði um manndráp og líkamsmeiðingar og ákvæði um brot gegn frjálssræði manna.<sup>331</sup> Með því að gera hryðjuverk að sjálfstæðu broti var stefnt að því að leggja áherslu á alvarleika hryðjuverka með því að láta þau brot sem framin eru sem hryðjuverk varða þyngri refsingu en þegar þau brot sem talin eru í greininni eru framin í öðru skyni.<sup>332</sup> Þannig er refsihámark vegna brota sem falla undir 100. gr. a. allt að ævilöngu fangelsi en tímabundið fangelsi liggur annars við þeim brotum sem ákvæðið tekur til.<sup>333</sup>

Samkvæmt greinargerð með frumvarpi til laga nr. 99/2002 sem gera hryðjuverk að sjálfstæðu broti, sbr. 100. gr. a. alm. hgl., er tilgangur þeirra að „gera nauðsynlegar breytingar á lögum til þess að íslenska ríkið uppfylli skuldbindingar samkvæmt þremur alþjóðasamþykktum á vegum Sameinuðu þjóðanna gegn hryðjuverkum“.<sup>334</sup> Sem fyrr segir hefur ekki tekist sátt á alþjóðavettvangi varðandi skilgreiningu á hryðjuverkum. Því hefur ekki neinn samninga Sameinuðu þjóðanna sem frumvarpið vísar til að geyma skilgreiningu á hryðjuverkum sambærilega við 100. gr. a. alm. hgl.<sup>335</sup> Í greinargerðinni er hins vegar tekið fram að „þótt íslenska ríkið verði ekki skuldbundið til þess að koma rammaákvörðun ESB um baráttuna gegn hryðjuverkum í framkvæmd þykir eðlilegt og til samræmingar að notast við sömu skilgreiningu og flest Evrópuríkja. Því eru skilgreiningar á hryðjuverkum og brot tengd hryðjuverkastarfsemi byggð á samsvarandi skilgreiningum rammaákvörðunar Evrópusambandsins.“<sup>336</sup> Því var ákveðið

---

flugsamgöngur. Þetta eru Tókýósamningurinn frá 1963, Haagsamningurinn frá 1970 og Montrealsamningurinn frá 1971.

<sup>331</sup> Alþt. 2001-02, A-deild, bls. 3058-60.

<sup>332</sup> Alþt. 2001-02, A-deild, bls. 3065.

<sup>333</sup> Þetta á þó ekki við um 211. gr. laganna um manndráp af ásetningi en slíkt brot getur einnig varðað allt að ævilöngu fangelsi. Þó er tekið fram í frumvarpinu með lögnum að þó að hámark refsinga sé það sama er gert ráð fyrir að það hafi áhrif til þyngingar refsingu að manndráp sé framið sem hryðjuverk.

<sup>334</sup> Þetta eru alþjóðasamningur um að koma í veg fyrir hryðjuverkastarfsemi frá 15. desember 1997, alþjóðasamningur um að koma í veg fyrir fjármögnun hryðjuverkastarfsemi frá 9. desember 1999 og ályktun öryggisráðs Sameinuðu þjóðanna nr. 1373 frá 28. september 2001. Með lögnum var einnig gerð breyting á ákvæðum alm. hgl. um lögsögu og laga um refsíabýrgð lögaðila vegna mútugreiðslna og hryðjuverka, nr. 144/1998. Alþt. 2001-02, A-deild, bls. 3044.

<sup>335</sup> Sú skilgreining sem hefur komist því næst er hin víðtæka skilgreining sem er að finna í 1. mgr. 2. gr. Samnings SP frá árinu 1999 um að koma í veg fyrir fjármögnun hryðjuverkastarfsemi. Sú skilgreining er á þá leið að hryðjuverk séu þau brot sem miðast að því að valda dauða eða alvarlegum líkamlegum skaða á óbreyttum borgurum, þegar tilgangur verknadans er að valda almenningi verulegum ótta eða þvinga með ólögumætum hætti íslensk eða erlend stjórnvöld eða alþjóðastofnun til að gera eitthvað eða láta eitthvað ógert. Jónatan Þórmundarson:

„Hryðjuverkaákvæði íslenskra laga í alþjóðlegu umhverfi“, bls. 236.

<sup>336</sup> Alþt. 2001-02, A-deild, bls. 3057.

að byggja á hinni umdeildu skilgreiningu ESB á hryðjuverkahugtakinu sem fjallað hefur verið um, þrátt fyrir það að íslenska ríkinu bæri ekki skylda til þess, enda nær EES-samningurinn ekki til gerða þriðju stoðarinnar. Spyrja má í kjölfarið hvernig sú skilgreining samræmist kröfum íslensks réttar til skýrleika refsheimilda. Er því fullt tilefni til að bera saman skilgreiningu ESB og hina íslensku skilgreiningu á hryðjuverkum. Skilgreining 1. gr. rammaákvörðunar 2002/475/DIM um baráttuna gegn hryðjuverkum er svohljóðandi:

## **Article 1**

### **Terrorist offences and fundamental rights and principles**

1. Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the intentional acts referred to below in points (a) to (i), as defined as offences under national law, which, given their nature or context, may seriously damage a country or an international organisation where committed with the aim of:

— seriously intimidating a population, or  
— unduly compelling a Government or international organisation to perform or abstain from performing any act, or  
— seriously destabilising or destroying the fundamental political, constitutional, economic or social structures of a country or an international organisation,  
shall be deemed to be terrorist offences:

- (a) attacks upon a person's life which may cause death;
- (b) attacks upon the physical integrity of a person;
- (c) kidnapping or hostage taking;
- (d) causing extensive destruction to a Government or public facility, a transport system, an infrastructure facility, including an information system, a fixed platform located on the continental shelf, a public place or private property likely to endanger human life or result in major economic loss;
- (e) seizure of aircraft, ships or other means of public or goods transport;
- (f) manufacture, possession, acquisition, transport, supply or use of weapons, explosives or of nuclear, biological or chemical weapons, as well as research into, and development of, biological and chemical weapons;
- (g) release of dangerous substances, or causing fires, floods or explosions the effect of which is to endanger human life;
- (h) interfering with or disrupting the supply of water, power or any other fundamental natural resource the effect of which is to endanger human life;
- (i) threatening to commit any of the acts listed in (a) to (h).

Fjallað hefur verið um þessa skilgreiningu á hryðjuverkum í kafla 5.3 og vísast hér til hans hvað varðar umfjöllun um einstaka þætti þessarar skilgreiningar. Til samanburðar er orðalag 100. gr. a. alm. hgl. svohljóðandi:

**100. gr. a.** Fyrir hryðjuverk skal refsa með allt að ævilöngu fangelsi hverjum sem í þeim tilgangi að valda almenningi verulegum ótta eða þvinga með ólögmaetum hætti íslensk eða erlend stjórnvöld eða alþjóðastofnun til að gera eitthvað eða láta eitthvað ógert eða í því skyni að veikja eða skaða stjórnskipun eða stjórnmalalegar, efnahagslegar eða þjóðfélagslegar undirstöður ríkis eða alþjóðastofnunar fremur eitt eða fleiri af eftirtöldum brotum, þegar verknaðurinn í ljósi eðlis hans eða með hliðsjón af aðstæðum þegar og þar sem hann er framinn getur skaðað ríki eða alþjóðastofnun alvarlega:

1. manndráp skv. 211. gr.,
  2. líkamsárás skv. 218. gr.,
  3. frelssviptingu skv. 226. gr.,
  4. raskar umferðaröryggi skv. 1. mgr. 168. gr., truflar rekstur almennra samgöngutækja o.fl. skv. 1. mgr. 176. gr. eða veldur stórfelldum eignaspjöllum skv. 2. mgr. 257. gr. og þessi brot eru framin á þann hátt að mannlífum sé stefnt í hættu eða valdið miklu fjárhagslegu tjóni,
  5. flugrán skv. 2. mgr. 165. gr. eða veitist að mönnum sem staddir eru í flughöfn ætlaðri alþjóðlegri flugumferð skv. 3. mgr. 165. gr.,
  6. brennu skv. 2. mgr. 164. gr., veldur sprengingu, útbreiðslu skaðlegra lofttegunda, vatnsflóði, skipreika, járnbrautar-, bifreiðar- eða loftfarsslysi eða óförum annarra slíkra farar- eða flutningatækja skv. 1. mgr. 165. gr., veldur almennum skorti á drykkjarvatni eða setur skaðleg efni í vatnsból eða vatnsleiðslur skv. 1. mgr. 170. gr. eða lætur eitruð eða önnur hættuleg efni í muni, sem ætlaðir eru til sölu eða almennrar notkunar, skv. 1. mgr. 171. gr.
- Sömu refsingu skal sá sæta sem í sama tilgangi hótar að fremja þau brot sem talin eru í 1. mgr.]

Eins og sést af þessum samanburði er sú skilgreining á tilgangi og hættueiginleika brotanna sem er að finna í fyrsta hluta beggja skilgreininga samhljóða. Þessi þáttur skilgreininganna er jafnframt sá þáttur sem gerir eftirfarandi brot sem er að finna í tölulíðunum að hryðjuverkum, séu þau framin í fyrrnefndum tilgangi og geti skaðað ríki og alþjóðastofnun alvarlega. Þau brot sem er að finna í a)-h) lið 1. gr. rammaákvörðunarinnar og 1.-6. tölul. 100. gr. a. alm. hgl. eru að mestu leyti sambærileg. Þó hafa sum þeirra brota sem er að finna í rammaákvörðuninni ekki verið felld undir hryðjuverkahugtak alm. hgl., s.s. ákvæði d)-liðar 1. gr. rammaákvörðunarinnar, þ.e. meiriháttar eyðilegging á aðstöðu ætlaðri ríkisstjórn eða almenningi, samgöngukerfi, innra kerfi, þ.á.m. upplýsingakerfi, palli föstum á landgrunninum, stað ætluðum almenningi eða eignum í einkaeign sem er til þess fallin að leggja mannlíf í hættu eða valda miklu fjárhagslegu tjóni. Þó falla stórfelld eignaspjöll framin á þann hátt að mannlífum sé stefnt í hættu eða miklu fjárhagslegu tjóni valdið undir 4. tl. 100. gr. a. alm. hgl. en þau brot sem d)-liður 1. gr. rammaákvörðunarinnar hefur að geyma gætu að stórum hluta átt hér undir. Önnur brot sem er að finna í rammaákvörðuninni en ekki í 100. gr. a. alm. hgl. eru inngríp í stjórn annarra samgöngutækja en loftfara og skipa sem sjá um vöruflutninga, sbr. e)-lið 1. gr.

rammaákvörðunarinnar,<sup>337</sup> brot tengd vopnum sbr. f)-lið, losun hættulegra efna sbr. g)-lið og það brot að eiga við uppruna vatns, rafmagns eða aðrar auðlindir nauðsynlegar mönnum sbr. h)-lið. Jafnframt er að finna nokkur brot í 100.gr. a. alm. hgl. sem ekki eru að finna í rammaákvörðuninni s.s. röskun á umferðaröryggi sbr. 4. tölul., að veitast að mönnum sem staddir eru í flughöfn ætlaðri alþjóðlegri flugumferð sbr. 5. tölul., það að valda skipreika, járnbrautar-, bifreiðar- eða loftfarsslysi eða óförum annarra slíkra farar- eða flutningatækja og að láta eitruð eða önnur hættuleg efni í muni, sem ætlaðir eru til sölu eða almennrar notkunar, sbr. 6. tölul.

Form hryðjuverka í hverju tilviki byggist á greindum brotum á alm. hgl. sem töluliðir 100. gr. a. vísa til. Sú leið að fella brot sem eru nú þegar refsiverð samkvæmt alm. hgl. undir hryðjuverkahugtakið hefur eflaust haft áhrif á það hvaða brot rammaákvörðunarinnar voru tekin upp í skilgreiningu alm. hgl. og hver þeirra voru ekki tekin upp. Fyrirnefnd brot sem er að finna í töluliðum rammaákvörðunarinnar en voru ekki tekin upp í 100. gr. a. alm. hgl. eru ekki refsiverð samkvæmt ákvæðum alm. hgl.

Einnig er ljóst að sú skilgreining á hryðjuverkum sem er að finna í dönsku hegningarlögunum hefur miklu ráðið um samsvarandi skilgreiningu í þeim íslensku<sup>338</sup> en hryðjuverkahugtak dönsku hegningarlaganna er svohljóðandi:

**114.** For terrorisme straffes med fængsel indtil på livstid den, som med forsæt til at skræmme en befolkning i alvorlig grad eller uretmæssigt at tvinge danske eller udenlandske offentlige myndigheder eller en international organisation til at foretage eller undlade at foretage en handling eller at destabilisere eller ødelægge et lands eller en international organisations grundlæggende politiske, forfatningsmæssige, økonomiske eller samfundsmæssige strukturer begår en eller flere af følgende handlinger, når handlingen i kraft af sin karakter eller den sammenhæng, hvori den begås, kan tilføje et land eller en international organisation alvorlig skade:

- 1) Manddrab efter § 237.
  - 2) Grov vold efter § 245 eller § 246.
  - 3) Frihedsberøvelse efter § 261.
  - 4) Forstyrrelse af trafiksikkerheden efter § 184, stk. 1, retsstridige forstyrrelser i driften af almindelige samfærdselsmidler m.v. efter § 193, stk. 1, eller groft hærværk efter § 291, stk. 2, hvis disse overtrædelser begås på en måde, der kan bringe menneskeliv i fare eller forårsage betydelige økonomiske tab.
  - 5) Kapring af transportmidler efter § 183 a.
  - 6) Grove våbenlovsovertrædelser efter § 192 a eller lov om våben og eksplosivstoffer § 10, stk. 2.
  - 7) Brandstiftelse efter § 180, sprængning, spredning af skadevoldende luftarter, oversvømmelse, skibbrud, jernbane- eller anden transportulykke efter § 183, stk. 1 og 2, sundhedsfarlig forurening af vandforsyningen efter § 186, stk. 1, sundhedsfarlig forurening af ting bestemt til almindelig udbredelse m.v. efter § 187, stk. 1.
- Stk. 2. På samme måde straffes den, som med det i stk. 1 nævnte forsæt transporterer våben eller eksplosivstoffer.

---

<sup>337</sup> Ákvæði 2. mgr. 165. gr. tekur aðeins til loftfara, skipa og botnfastra mannvirkja á landgrunni, sbr. 5. tölul. 100. gr. a. alm. hgl. og 1. mgr. 176. gr. nær aðeins til almennra samgöngutækja.

<sup>338</sup> Alþt. 2001-02, A-deild, bls. 3045.

Stk. 3. Endvidere straffes på samme måde den, der med det i stk. 1 nævnte forsæt truer med at begå en af de i stk. 1 og 2 nævnte handlinger.

Við samanburð 100. gr. a alm. hgl. og 114. gr. dönsku hegningarlagna sést að ákvæðin eru nánast samhljóða fyrir utan það að í dönsku lögunum eru brot tengd vopnum felld undir hryðjuverkahugtakið með 6. tölulið 114. gr. auk þess sem í dönsku lögunum er ekki að finna það brot að veitast að mönnum sem staddir eru í flughöfn ætlaðri alþjóðlegri flugumferð sbr. 5. tölul. íslensku laganna.<sup>339</sup> Með tilliti til þeirra miklu áhrifa sem dönsk réttarþróun hefur haft á íslenskan refsirétt, sem er m.a. bersýnileg af því hve mjög alm. hgl. eru byggð á þeim dönsku, má ætla að sú staðreynd að hryðjuverk hafa verið gerð að sjálfstæðu broti samkvæmt dönskum hegningarlögum hafi haft afar hvetjandi áhrif á hið íslenska löggjafarvald að taka sambærilega skilgreiningu upp í íslensk hegningarlög. Því eru líkur til þess að aðild Danmerkur að ESB sem leiddi til skyldu danska ríkisins til að taka rammaákvörðun 2002/475/DIM um baráttuna gegn hryðjuverkum upp í dönsk refsilög hafi haft talsvert að segja um það að samsvarandi brotalýsing var tekin upp í íslensk refsilög, þrátt fyrir það að íslenska ríkinu bæri ekki skylda til þess. Jafnframt má spyrja hvort sú framkvæmd sem löngum hefur tíðkast í íslenskri lagasetningu að líta eindregið til danskrar löggjafar á viðkomandi sviði hafi orðið til þess að skilgreiningin hafi verið tekin upp í íslenskan rétt án þess að hún hafi verið skoðuð á jafn gagnrýninn hátt og nauðsynlegt hefði verið miðað við aðstæður. Því má einnig spyrja hvort það traust sem borið er til danskrar löggjafar hérlendis hafi orðið til þess að skerða þá vernd sem tryggð hefur verið í íslenskri réttarframkvæmd í tengslum við 69. gr. stjkskr. Eins og fjallað hefur verið um virðist sem strangari kröfur hafi verið gerðar til grunnreglunnar um lögbundnar refsheimildir í íslenskum en dönskum rétti, enda er ekki að finna ákvæði sambærilegt við 69. gr. stjkskr. í dönsku stjórnarskránni heldur er reglan byggð á 1. gr. dönsku hgl.<sup>340</sup> Fræðirit Lars Bo Langsted, Peter

---

<sup>339</sup> Jafnframt eru 100. gr. b. og 100. gr. c. alm. hgl. samhljóða 114. gr. a. og 114. gr. b. dönsku hegningarlagna.

<sup>340</sup> Róbert R. Spanó: „Stjórnarskráin og refsíabyrgð (síðari hluti) —meginreglan um skýrleika refsheimilda—“, bls. 18-20. Róbert Spanó vísar til þess að dómstólar hafa gefið löggjafanum mikið svigrúm hvað varðar lýðræðislegan grundvöll refsheimildarinnar enda hafi Hæstiréttur Danmerkur aðeins einu sinni komist að þeirri niðurstöðu að almennt lagaákvæði færi í bága við stjórnarskrána, eða dómur *UfR 1999*, bls. 842. Hvað varðar kröfur til skýrleika refsheimilda dregur Róbert þá ályktun af dönskum fræðiskrifum að hún takmarkist að verulegu leyti við þá reglu að sýkna beri sakborning af verknaði sem óvíst er hvort falli undir viðeigandi refsákvæði, þ.e.a.s. hún tekur ekki á því hvort lagaákvæðið uppfylli almennt skýrleikakröfu grunnreglunnar um lögbundnar réttarheimildir.

Garde og Vagn Greve um danskan refsirétt, „Criminal Law in Denmark“ styður þessa niðurstöðu, en þar segir:

„Neither the Danish Constitution nor the principle „Nulla poena...“ contains a ban on *vague descriptions of criminal behaviour*. If the words describing the criminal act or omission are vague enough, the rule could be applied to any act whatsoever. Such descriptions are, however, regarded as being opposite to the fundamental rights of the citizens. It is true, that vague descriptions like that are not according to the rule of law, since it is not possible for the single citizen to judge beforehand whether a given act is unlawful or not. On the other hand vague descriptions are useful when the legislator want the courts to be able to apply to standards and norms changing over time, e.g., Criminal Code Section 232: „Any person who by obscene behaviour violates public decency...“<sup>341</sup>

Því er það mögulegt að sú samhljóða skilgreining á hryðjuverkum sem er að finna í dönskum og íslenskum hegningarlögum standist þær kröfur sem gerðar eru til skýrleika refsheimilda að dönskum rétti en séu á skjön við sömu kröfur hvað varðar íslenskan rétt.

Sem fyrr segir er skilgreining 100. gr. a. alm. hgl. á hryðjuverkum samansett úr tveimur meginþáttum. Fyrri hluti skilgreiningarinnar tiltekur tilgang og hættueiginleika brotanna og síðari hluta hennar sem hefur að geyma lista yfir þau brot á alm. hgl. sem teljast hryðjuverk séu skilyrði fyrri hluta skilgreiningarinnar uppfyllt. Þessi brot á alm. hgl. hafa verið nánar mótuð í íslenskri dómaframkvæmd og eru ekki til skoðunar hér hvað varðar skýrleika refsheimilda.<sup>342</sup> Hér verður tekin til skoðunar sú verknaðarlýsing sem felst í fyrri hluta ákvæðisins sem skilur fyrrnefnd brot á alm. hgl. frá öðrum brotum á þessum ákvæðum og gerir þau að hryðjuverkum.

Á það hefur verið bent að 100. gr. a. hafi að geyma eina allra flóknustu verknaðarlýsingu alm. hgl. Við skrif þessarar ritgerðar hefur enn ekki reynt á 100. gr. a alm. hgl. fyrir Hæstarétti og því enn óljóst hvernig ákvæðið verður skýrt í íslenskri réttarframkvæmd. Þó er ljóst ýmis matskennd atriði felast í verknaðarlýsingu hryðjuverkabrotsins. Í fyrsta lagi er nauðsynlegt að hinir hlutrænu efnisþættir hryðjuverkatilgangsins séu uppfylltir<sup>343</sup> eða það skilyrði að brotið sé framið annað hvort í þeim tilgangi að „valda almenningi verulegum ótta“, að „veikja eða skaða

---

<sup>341</sup> Lars Bo Langsted, Peter Garde og Vagn Greve : *Criminal Law in Denmark*, bls. 39.

<sup>342</sup> Þó hefur verið á það bent að þau grunnbrot sem er að finna í tölulíðum 100. gr. a. hgl. eru ekki öll nákvæmlega eins orðuð og samsvarandi brot alm. hgl. Þetta geti leitt til ágreinings við flutning máls vegna hryðjuverkaákæru. Jónatan Þórmundarson: „Hryðjuverk-ákvæði íslenskra laga í alþjóðlegu umhverfi“, bls. 244.

<sup>343</sup> Jónatan Þórmundarson: „Hryðjuverk-ákvæði íslenskra laga í alþjóðlegu umhverfi“, bls. 241.

stjórnskipun eða stjórnmalalegar, efnahagslegar eða þjóðfélagslegar undirstöður ríkis eða alþjóðastofnunar“ eða að „þvinga með ólögætum hætti íslensk eða erlend stjórnvöld eða alþjóðastofnun til að gera eitthvað eða láta eitthvað ógert“. Í öðru lagi er sett almennt og sérstakt skilyrði um hættu á tjóni<sup>344</sup> eða það skilyrði að „verknaðurinn í ljósi eðlis hans eða með hliðsjón af aðstæðum þegar og þar sem hann er framinn getur skaðað ríki eða alþjóðastofnun alvarlega“. Ekki er skýrt hvað þurfi til að þessi skilyrði teljist uppfyllt. Til að mynda má velja því upp hvað falli undir stjórnmalalegar, efnahagslegar eða þjóðfélagslegar undirstöður ríkis eða alþjóðastofnunar og við hvaða kringumstæður verknaður sem veikir það verndarandlag sem felst í þessum hugtökum teljist til hryðjuverka. Athafnir sem miða að mikilsverðum stjórnmalalegum, efnahagslegum og þjóðfélagslegum breytingum geta verið af ýmsum toga og skoðanir geta verið mjög skiptar um ágæti slíkra athafna. Einnig hefur verið bent á að það sé algjört matsatriði stjórnvalda hvers konar eðli og aðstæður séu til þess fallnar að valda ríki eða alþjóðastofnun skaða. Að lokum sé það ekki skýrt hvers konar tjón sé um að ræða.<sup>345</sup> Hér virðist því fjölmargt geta fallið undir sem seint yrði talið til hryðjuverka. Einnig má velja því fyrir sér hvers konar pólitískur þrýstingur falli undir þá verknaðarlýsingu að „þvinga með ólögætum hætti íslensk eða erlend stjórnvöld eða alþjóðastofnun til að gera eitthvað eða láta eitthvað ógert“. Sérstaklega virðist þetta skilyrði víðtækt þegar litið er til þess að fram kemur í frumvarpi með lögnum að ákvæðið tekur til stjórnvalda af hvaða tagi sem er, bæði til æðstu stjórnvalda ríkisins sem og lægra settra stjórnvalda, auk staðbundinna stjórnvalda. Hvað varðar síðara skilyrði ákvæðisins um það að verknaðurinn geti skaðað ríki eða alþjóðastofnun alvarlega er ekki lagður neinn mælikvarði á það hvað teljist til alvarlegs skaða. Því virðist íslenska ríkið hafa nokkuð frjálssar hendur um það að skilgreina aðstæður þannig að skaðinn hafi verið mögulegur og alvarlegs eðlis. Af orðalagi 100. gr. a. alm. hgl. má leiða að hætta sé á því að mögulegt sé að skilgreina allmargar athafnir á þá vegu að þær falli undir brotalýsingu ákvæðisins. Að lokum hefur á það verið bent að hvorki form né fullframningarstig hótunar sbr. 2. mgr. 100. gr. a. alm. hgl. sé skilgreint. Hún þarf því hvorki að vera opinber né þarf hún að hafa borið árangur.<sup>346</sup>

---

<sup>344</sup> Jónatan Þórmundarson: „Hryðjuverk-ákvæði íslenskra laga í alþjóðlegu umhverfi“, bls. 241.

<sup>345</sup> Sama rit, bls. 245.

<sup>346</sup> Sama rit, bls. 246-247.

Með tilliti til þessarar niðurstöðu um fyrri hluta verknaðarlýsingar 100. gr. a. alm. hgl. má spyrja hvort verknaðarlýsingin sé í öllum tilvikum of almenn og óljós til þess að uppfylla kröfur 69. gr. stjkskr. um skýrleika refsheimilda. Sem fyrr segir eru ýmis hugtök alm. hgl. matskennd og nokkuð breytileg en hafa þrátt fyrir það ekki verið talin andstæð 69. gr. stjkskr. af Hæstarétti. Ákvæði 100. gr. a. alm. hgl. skilur sig þó frá þeim ákvæðum á þann hátt að í því felst fjöldi matskenndra hugtaka en fyrrnefnd ákvæði alm. hgl. búa aðeins yfir einu matskenndu hugtaki hvert, s.s. „guðlast“ sbr. 125. gr. alm. hgl., „klám“ sbr. 210. gr. alm. hgl. og „smánun“ á erlendri þjóð og ríki sbr. 1. mgr. 95. gr. alm. hgl. Verknaðarlýsing sem samanstendur af mörgum illskilgreinanlegum hugtökum hlýtur eðli málsins samkvæmt að skapa meiri óvissu og ófyrirsjáanleika en verknaðarlýsing sem inniheldur aðeins eitt slíkt hugtak. Sem fyrr segir er það meginregla í íslenskum rétti að refsheimildir beri að skýra þröngt. Hefur Hæstiréttur sem fyrr segir sætt gagnrýni fyrir að víkja refsheimildum úr vegi á þeim grundvelli að þær standist ekki skýrleikakröfur 69. gr. stjkskr. í stað þess að skýra þær þröngt, sbr. *Hrd. 2003, bls. 1363 (449/2002)* (arnarvarpsdómur). Hins vegar er sú gagnrýni byggð á þeirri forsendu að aðeins tvær mögulegar skýringar væru fyrir hendi (hvort undir lífsvæði falli sá staður sem örn verpir í raun eða hvort að ákvæðið nái einnig til svæða þar sem hann kunni að verpa).<sup>347</sup> Ákvæði 100. gr. a. alm. hgl. hefur hins vegar að geyma mörg matskennd ákvæði með samsvarandi mörgum mögulegum skýringum. Því má spyrja sig upp að hvaða marki sé mögulegt að beita nægilega þröngri skýringu til þess að ákvæðið nái aðeins til fyrirsjáanlegra tilfella. Því benda ýmis rök til þess að verknaðarlýsing 100. gr. a. alm. hgl. standist ekki þær kröfur sem Hæstiréttur hefur gert til skýrleika refsheimilda, sérstaklega ekki ef tekið skal mið af dómi *Hrd. 2003, bls. 1363 (449/2002)* (arnarvarpsdómur). Því mætti segja að 100. gr. a. alm. hgl. sé almennt séð of óljóst.<sup>348</sup>

Með lögum um breytingu á almennum hegningarlögum sem samþykkt voru þann 18. desember 2009<sup>349</sup> voru samþykktar breytingar á ákvæði 100. gr. a. alm. hgl.<sup>350</sup> Líkt og fram

---

<sup>347</sup> Sjá Róbert R. Spanó: „Stjórnarskráin og refsíabýrgð (síðari hluti) —meginreglan um skýrleika refsheimilda—“, bls. 42-45.

<sup>348</sup> Sjá fyrri umfjöllun um almennan og sérgreindan óskýrleika refsheimilda.

<sup>349</sup> Lög um breytingu á almennum hegningarlögum, nr. 19 12. febrúar 1940, með síðari breytingum (upptaka, hryðjuverk, skipulögð brotastarfsemi, mansal og peningabætti). Við lok skrifa þessarar ritgerðar höfðu lögin hvorki verið birt í Alþt. né hafði þeim verið fengið númer. Undirrituð nálgadist því lögin á heimasíðu Alþingis, <http://www.althingi.is/altext/138/s/0513.html> (síðast skoðuð 4. janúar 2010).



kemur í frumvarpi með greinargerð til laganna var sú gagnrýni sem 100. gr. a. hefur sætt af hálfu íslenskra fræðamanna, FATF (Financial Action Task Force) og Mannréttindanefndar Sameinuðu Þjóðanna kveikjan að þeim breytingum sem samþykkt hefur verið að gera á ákvæðinu.

Breytingarnar felast í því að síðasti setningaliður upphafsmálsliðs 100. gr. a hegningarlaga mun felldur brott en hann er eftirfarandi:

„þegar verknaðurinn í ljósi eðlis hans eða með hliðsjón af aðstæðum þegar og þar sem hann er framinn getur skaðað ríki eða alþjóðastofnun alvarlega“

Í frumvarpinu kemur fram að þessi setningaliður feli í sér of matskennda og óljósa lýsingu á hlutrænum efnisþáttum hryðjuverkabrotsins sem ekki sé áskilin samkvæmt þeim alþjóðasamningum um hryðjuverk sem urðu til þess að hryðjuverk voru gerð að sjálfstæðu broti samkvæmt alm. hgl.<sup>351</sup> Jafnframt kemur fram að sú viðbót sem hann felur í sér sé óþörf í ljósi annarra efnisþátta ákvæðisins. Að lokum er það tekið fram að ekki verði hjá því komist að orða verknaðarlýsingu hryðjuverkabrotsins þannig að notaðir séu matskenndir efnisþættir en að þessi breyting feli í sér nauðsynlega einföldun á ákvæðinu og geri það skýrara.<sup>352</sup>

Líkt og áður hefur verið um fjallað var ekki lagður neinn mælikvarði á það hvað teljist til alvarlegs skaða samkvæmt fyrrnefndum setningalið. Því hefði íslenska ríkið haft nokkuð frjálssar hendur um það að skilgreina aðstæður þannig að skaðinn hafi verið mögulegur og alvarlegs eðlis, hefði ákvæðinu verið beitt á sínum tíma. Því þykir ljóst að ákvæði 100. gr.a. alm. hgl. muni samræmast betur þeim kröfum sem gerðar hafa verið til skýrleika refsheimilda að íslenskum rétti eftir að þær breytingar hafa verið gerðar á alm. hgl. sem til stendur að gera við skrif þessarar ritgerðar. Þó mun fyrri málsliður 100. gr. a. alm. hgl. enn hafa að geyma fjölmarga matskennda þætti eftir að þessar breytingar hafa gengið í garð, líkt og áður hefur verið um fjallað. Því má deila um það hvort fyrrnefndar breytingar á 100. gr. a. alm. hgl. séu nægilegar til að ákvæðið uppfylli kröfur 69. gr. stjkskr. um skýrleika refsheimilda. Að lokum skal á það bent að sá þáttur

---

<sup>350</sup> Sjá 4. gr. laganna.

<sup>351</sup> Þetta er alþjóðasamningur um að koma í veg fyrir hryðjuverkasprengingar frá 15. desember 1997 og alþjóðasamningur um að koma í veg fyrir fjármögnun hryðjuverkastarfsemi frá 9. desember 1999.

<sup>352</sup> Við lok skrifa þessarar ritgerðar hafði frumvarp með lögnum ekki verið birt í Alþt. Undirrituð nálgadist því frumvarpið, sem er þingskj. 16, lagt fyrir á 138. löggjafarþingi 2009-10, á heimasíðu Alþingis, <http://www.althingi.is/alttext/138/s/0016.html> (síðast skoðuð 4. janúar 2010).

skilgreiningar á hryðjuverkum sem hér hefur verið um fjallað og sem til stendur að fella brott úr 100. gr. a. alm. hgl. er að finna í skilgreiningu 1. gr. rammaákvörðunar 2002/475/DIM um baráttuna gegn hryðjuverkum. Því eru líkur á að íslenska ríkið muni finna sig knúið til að taka þennan þátt skilgreiningarinnar aftur upp í alm. hgl. verði Ísland aðili að ESB.

### 7.3 Ákvæði 175. gr. a. alm. hgl. um skipulögð brotasamtök

Við skrif þessarar ritgerðar er ekki að finna refsíákvæði í íslenskum lögum sem kveður á um að þátttaka í skipulögðum brotasamtökum sé refsiverð. Þó stendur til að gera breytingar í þessum efnunum. Með lögum um breytingu á almennum hegningarlögum sem samþykkt voru þann 18. desember 2009<sup>353</sup> var samþykkt að bæta ákvæði 175. gr. a. við almenn hegningarlög sem gerir þátttöku í brotum slíkra samtaka refsiverða.<sup>354</sup> Ákvæðið er svohljóðandi:

**175. gr. a.** Sá er sammælist við annan mann um að fremja verknað sem varðar að minnsta kosti 4 ára fangelsi og framkvæmd hans er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka skal sæta fangelsi allt að 4 árum, nema brot hans varði þyngri refsingu samkvæmt öðrum ákvæðum laga þessara eða öðrum lögum.

Með skipulögðum brotasamtökum er átt við félagsskap þriggja eða fleiri manna sem hefur það að meginmarkmiði, beint eða óbeint í ávinningskyni, að fremja með skipulegum hætti refsiverðan verknað sem varðar að minnsta kosti 4 ára fangelsi, eða þegar verulegur þáttur í starfseminni felst í því að fremja slíkan verknað.

Samkvæmt greinargerð með frumvarpi til laganna<sup>355</sup> kemur fram að sú breyting sem til stendur að gera á alm. hgl. sé m.a. gerð með það í huga að fært sé að fullgilda samning Sameinuðu þjóðanna gegn fjölþjóðlegri, skipulagðri brotastarfsemi (Palermó-samning) frá 15. nóvember 2000. Þá er á það bent að líklegt sé að stækkun sem orðið hefur á ESB undanfarin ár auki tækifæri skipulagðra brotasamtaka til að sækja sér nýja markaði og auðveldi þeim að skipuleggja

---

<sup>353</sup> Lög um breytingu á almennum hegningarlögum, nr. 19 12. febrúar 1940, með síðari breytingum (upptaka, hryðjuverk, skipulögð brotastarfsemi, mansal og peningapvætti). Við lok skrifa þessarar ritgerðar höfðu lögin hvorki verið birt í Alþt. né hafði þeim verið fengið númer. Undirrituð nálgast því lögin á heimasíðu Alþingis, <http://www.althingi.is/alttext/138/s/0513.html> (síðast skoðuð 4. janúar 2010).

<sup>354</sup> Sjá 5. gr. laganna.

<sup>355</sup> Við lok skrifa þessarar ritgerðar hafði frumvarp með lögnum ekki verið birt í Alþt. Undirrituð nálgast því frumvarpið, þingskj. 16, lagt fyrir á 138. löggjafarþingi 2009-10, á heimasíðu Alþingis, <http://www.althingi.is/alttext/138/s/0016.html> (síðast skoðuð 4. janúar 2010).

brotastarfsemi sína. Þá er það tekið fram að skipulögð brotastarfsemi sé ekki bundin af landamærum einstakra ríkja og eykur það þörfina fyrir alþjóðasamstarf lögreglu og samræmingu löggjafar á milli ríkja. Bent er á að með tilkomu Palermosamningsins ætti skipulögðum brotasamtökum að vera gert erfiðara að starfa, t.d. með því að misnota glufur í löggjöf einstakra ríkja eða vandamál varðandi lögsögu ríkja.<sup>356</sup> Hér um að ræða svipuð rök og færð hafa verið fyrir samræmingu efnislegs refsiréttar og sakamálaréttarfars innan ESB og fjallað var um í 2. kafla þessarar ritgerðar.

Af greinargerð með frumvarpi til laganna er ljóst að við samningu 175. gr. a. alm. hgl. var litið til skilgreiningar Sameinuðu Þjóðanna á skipulagðri brotastarfsemi<sup>357</sup>, auk skilgreiningar þeirrar sem er að finna í norskum hegningarlögum, en öll hin Norðurlöndin eru aðilar að ESB og hafa því innleitt þá skilgreiningu á skipulagðri brotastarfsemi sem rammaákvörðun 2008/841/DIM hefur að geyma og fjallað var um í kafla 5.4. Því virðist jafnvel hafa verið sneitt hjá því að taka skilgreiningu ESB á skipulagðri brotastarfsemi upp í íslensk refsilög, m.a. með því að líta ekki til sambærilegrar skilgreiningar í dönskum hegningarlögum, líkt og hefur löngum tíðkast við setningu íslenskra refsilaga. Ef Ísland gerist aðili að ESB mun íslenska ríkinu hins vegar bera skylda til að innleiða þá skilgreiningu sem er að finna í fyrrnefndri rammaákvörðun í íslensk lög. Því er forvitnilegt að bera saman ákvæði 1. og 2. gr. rammaákvörðunarinnar við ákvæði 175. gr. a. alm. hgl. Ákvæði 1. og 2. gr. rammaákvörðunar 2008/841/DIM eru svohljóðandi:

#### *Article 1* **Definitions**

For the purposes of this Framework Decision:

1. ‘criminal organisation’ means a structured association, established over a period of time, of more than two persons acting in concert with a view to committing offences which are punishable by deprivation of liberty or a detention order of a maximum of at least four years or a more serious penalty, to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit;
2. ‘structured association’ means an association that is not

---

<sup>356</sup> Sjá II. kafla greinargerðar með frumvarpi til laganna, þingskj. 16, lagt fyrir á 138. löggjafarþingi 2009-10.

<sup>357</sup> Sbr. fyrri umfjöllun um Palermo samninginn.

randomly formed for the immediate commission of an offence, nor does it need to have formally defined roles for its members, continuity of its membership, or a developed structure.

#### *Article 2*

#### **Offences relating to participation in a criminal organisation**

Each Member State shall take the necessary measures to ensure that one or both of the following types of conduct related to a criminal organisation are regarded as offences:

(a) conduct by any person who, with intent and with knowledge of either the aim and general activity of the criminal organisation or its intention to commit the offences in question, actively takes part in the organisation's criminal activities, including the provision of information or material means, the recruitment of new members and all forms of financing of its activities, knowing that such participation will contribute to the achievement of the organisation's criminal activities;

(b) conduct by any person consisting in an agreement with one or more persons that an activity should be pursued, which if carried out, would amount to the commission of offences referred to in Article 1, even if that person does not take part in the actual execution of the activity.

Af samanburði á skilgreiningu rammaákvörðunarinnar og 175. gr. a. alm. hgl. á skipulögðum brotasamtökum og refsiverðum brotum þeim tengdum er ljóst að ákvæðin eru að meginstefnu sambærileg. Hvað varðar skilgreiningu á skipulögðum brotasamtökum eiga 2. mgr. 175. gr. a. alm. hgl. og 1. gr. rammaákvörðunarinnar það sameiginlegt að það er hugtaksskilyrði skipulagðra brotasamtaka að um sé að ræða félagsskap þriggja eða fleiri manna, að brotin séu framin beint eða óbeint í ávinningsskyni og að þau varði a.m.k. fjögurra ára fangelsi. Skilyrði um skipulagningu og markmið samtakanna eru hins vegar ekki þau sömu. Samkvæmt 2. mgr. 175. gr. a. alm. hgl. skulu samtökin annað hvort hafa það að meginmarkmiði að fremja hinn refsiverða verknað eða að verulegur þáttur í starfseminni felist í því að fremja slíkan verknað. Því er ekki nauðsynlegt að það sé meginmarkmið eða yfirlýstur tilgangur samtaka að fremja refsiverð brot til þess að þau geti fallið hér undir. Verður að telja þessa skilgreiningu nauðsynlega með tilliti til

þess að fjölmörg skipulögð brotsamtök starfa að hluta til í löglegum tilgangi.<sup>358</sup> Til samanburðar kveður 1. gr. rammaákvörðunarinnar aðeins á um að samtökin (fleiri en tveir einstaklingar) skuli starfa sameiginlega og í þeim tilgangi („with a view to“) að fremja hin refsiverðu brot. Því er ákvæði alm. hgl. fastmótaðra en ákvæði rammaákvörðunarinnar hvað þetta varðar en 1. gr. rammaákvörðunarinnar tiltekur ekki hvort að um megintilgang samtakanna þurfi að vera að ræða. Því verður að telja að 175. gr. a. alm. hgl. sé í betra samræmi við kröfur þær sem gerðar verða til skýrleika refsheimilda að íslenskum rétti. Á hinn bóginn hefur rammaákvörðunin að geyma nákvæmari skilgreiningu hvað varðar skipulag samtakanna en 175. gr. a. alm. hgl. Samkvæmt 1. mgr. 1. gr. rammaákvörðunarinnar skulu skipulögð brotasamtök vera skipulögð (structured) og hafa orðið til á ákveðnu tímabili. Í 2. mgr. 1. gr. rammaákvörðunarinnar eru skipulögð brotasamtök skilgreind neikvætt, það er að þau séu ekki mynduð á tilviljunarkenndan hátt í þeim tilgangi að fremja tafarlaust brot. Að lokum er það ekki skilyrði að um sé að ræða samtök með formlega skilgreint hlutverk meðlima, samfellda félagsaðild eða flókna uppbyggingu. Ákvæði 2. mgr. 175. gr. a. alm. hgl. kveður hins vegar aðeins á um að hinn refsiverði verknaður skuli framinn með skipulegum hætti. Af orðalagi 2. mgr. 175. gr. a. má ætla að hér sé vísað til þess hvernig verknaðurinn sé framinn frekar en innra skipulag samtakanna sjálfra. Athugasemdir í greinargerð með 2. mgr. 175. gr. a. skera þó um að bæði sé gerð krafa um skipulega framkvæmd hinna refsiverðu verka og til skipulags samtakanna sjálfra, en þar kemur fram að „það sé áskilið að tilvist og mótun félagsskaparins sé ekki tilviljunarkennd heldur sé um að ræða meðvitað samstarf á milli þriggja eða fleiri manna um skipulega framkvæmd refsiverðra verka sem fullnægja framangreindum skilyrðum eða að verulegur þáttur í starfseminni felist í því að fremja slíkan verknað“.<sup>359</sup> Þó að ljóst sé af greinargerðinni að með ákvæðinu sé gerð krafa um að tilvist og mótun félagsskaparins sé ekki tilviljunarkennd, að samstarfið sé meðvitað og hin refsiverðu verk skipulega framkvæmd er hvorki að finna í 175. gr. a. alm. hgl. né greinargerð með lögnum nánari skýringu á því hvaða kröfur verði gerðar til skipulags samtakanna.

Hinn refsiverði verknaður samkvæmt 1. mgr. 175. gr. a. alm. hgl. felst í að sammælast við annan mann um að fremja verknað sem varðar að minnsta kosti 4 ára fangelsi og að framkvæmd

---

<sup>358</sup> Ekki er ólíklegt að mótorhjólasamtökin Hell's Angels hafi verið höfð í huga við samningu laganna, enda hafa þau gert ítrekaðar tilraunir til að skjóta rötum hérlendis undanfarin ár undir á þeim forsendum að þau starfi í löglegum tilgangi.

<sup>359</sup> Sjá athugasemdir í greinargerð með 5. gr. laganna.

hans sé liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Þessi verknaðarlýsing er að meginefni til sú sama og er að finna í b-lið 2. gr. rammaákvörðunarinnar. Í athugasemdum í greinargerð með 1. mgr. 175. gr. a. kemur skýrt fram að refsiverð brot, sem fullnægja þeirri kröfu að varða a.m.k. fjögurra ára fangelsi, geti orðið grundvöllur að verknaði sem er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka., hvort sem verknaðurinn sé refsiverður samkvæmt alm. hgl. eða sérrefsilögum. Þá kemur fram að við nánari túlkun á hlutræna efnisskilyrðinu um *sammæli* manna verður að horfa til þess hvort maður hafi vitandi vits tekið þá ákvörðun að taka virkan þátt í starfsemi skipulagðra brotasamtaka með því að fremja verknað sem fullnægir framangreindum skilyrðum og framkvæmd verknaðarins er liður í starfsemi slíkra samtaka eins og þau eru skilgreind í 2. mgr.<sup>360</sup> Því liggur fyrir að sanna þarf vitneskju aðila um brotstarfsemi slíkra samtaka.

Ákvæði 175. gr. a. alm. hgl. hefur ekki að geyma sambærilega verknaðarlýsingu við a-lið 2. gr. rammaákvörðunarinnar en það ákvæði kveður á um að virk þáttaka í brotum sem framin eru af skipulögðum brotasamtökum séu refsiverð, jafnvel þó að fjögurra ára fangelsi liggja ekki við þeim brotum. Hér getur verið um að ræða upplýsingagjöf eða öflun annars konar gagna til handa skipulögðum brotasamtökum, aðstoð við nýliðun þeirra eða að afla þeim fjár. Skilyrði er að viðkomandi hafi haft ásetning til brotanna og haft vitneskju um brotastarfsemi þá sem iðkuð er af samtökunum auk vitneskju um að háttsemi sín feli í sér framlag til brotastarfsemi samtakanna. Gerist Ísland aðili að ESB mun íslenska ríkinu þó ekki bera skylda til að gera brot þau sem a-liður 2. gr. rammaákvörðunarinnar hefur að geyma þar sem aðildarríkjunum ber aðeins að gera annað hvort þeirra brota sem lýst er í a-lið eða b-lið ákvæðisins refsiverð.

Í kafla 5.4 var fjallað um rammaákvörðun 2008/841/DIM um baráttuna gegn skipulagðri brotastarfsemi í tengslum við þær skerðingar sem gerðar verða á funda- og félagafrelsi samkvæmt 2. mgr. 11. gr. MSE. Þá var fjallað um þær takmarkanir sem gerðar verða á réttinum til funda- og félagafrelsis samkvæmt 74. gr. stjkskr. í kafla 7.1. Komist var að þeirri niðurstöðu að réttindi samkvæmt ákvæðinu verði skert að sambærilegum skilyrðum uppfylltum og felast í 2. mgr. 11.

---

<sup>360</sup> Í almennum athugasemdum í greinargerð með frumvarpi til laganna ( V. kafla), þingskj. 16, lagt fyrir á 138. löggjafarþingi 2009-10, kemur fram að eftir vandlega athugun af hálfu refsiréttarnefndar sé í frumvarpinu lagt til grundvallar að rök standi til að lögfesta sérstakt refsíákvæði í almenn hegningarlög um bann við þátttöku í skipulagðri brotastarfsemi, einkum þar sem það kunnir eftir atvikum að vera vafamál hvort og þá að hvaða marki hin almennu tilraunar- og hlutdeildarákvæði 20. og 22. gr. almennra hegningarlaga taki til þeirrar háttsemi sem skilgreind er í 5. gr. Palermó-samningsins.

gr., þ.e.a.s. að takmarkanir séu lögmæltar og nauðsynlegar í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna þjóðaröryggis eða almannaheilla, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu eða siðgæði manna eða réttindum og frelsi. Líkt og áður hefur verið um fjallað eru heimildir ríkja til slíkrar takmarkana rýmri eftir því sem mikilvægari hagsmunir eru í húfi. Því er tilefni til að ætla að íslenska ríkið hafi nokkuð rúmar heimildir til að skerða réttinn til félaga- og fundafrelsis í þeim tilgangi að uppræta skipulagða brotastarfsemi. Á hinn bóginn verða refsheimildir sem settar verða í þessum tilgangi að samræmast þeim kröfum sem 69. gr. stjkskr. gerir til skýrleika refsheimilda.

Áður hefur verið um það fjallað að rammaákvörðun 2008/841/DIM um skipulagða brotastarfsemi hafi sætt gagnrýni fyrir að skilgreina skipulögð brotasamtök á of víðtækan hátt og vera þannig í andstöðu við grunnregluna um lögbundnar refsheimildir. Þá hefur verið á það bent að skilgreininguna skorti ýmis einkenni skipulagðrar brotastarfsemi sem leiða má af rannsóknnum á sviði afbrotafræði, s.s. samfellda félagsaðild, notkun ofbeldis, markmið sem tengjast valdi og gróða og ákveðna friðhelgi sem þau njóta vegna þess valds sem þau hafa.<sup>361</sup> Þessi gagnrýni á einnig rétt á sér í tengslum við ákvæði 175. gr. a. alm. hgl., sérstaklega hvað varðar skilyrði ákvæðisins um að brotasamtökin séu skipulögð. Heppilegt hefði verið að þessi þáttur skilgreiningarinnar á skipulögðum brotasamtökum væri skýrari í takt við þær kröfur sem gerðar eru til skýrleika refsheimilda að íslenskum rétti.

## 7.4 Evrópsk handtökuskipun

Þann 16. mars 2007 var samþykkt með þingsályktun<sup>362</sup> að veita ríkisstjórninni heimild að staðfesta fyrir Íslands hönd þrjá samninga ESB sem færa íslenskan rétt nær þróun ESB hvað varðar gagnkvæma aðstoð og gagnkvæma viðurkenningu í sakamálum. Í greinargerð með þingsályktunartillögunni er það tekið fram að Schengen-samningurinn frá 1990 hafi að geyma ákvæði um gagnkvæma réttaraðstoð í sakamálum og framsal sakamanna. Með þingsályktuninni

---

<sup>361</sup> Francesco Calderoni: „A Definition that Could not Work: The EU Framework Decision on the Fight against Organised Crime“, bls. 273. Sjá fyrri umfjöllun í kafla 5.4.

<sup>362</sup> Alþt. 2006-07, A-deild, bls. 7093.

var ákvörðun ráðherraráðs Evrópusambandsins nr. 2003/169/JHA samþykkt þar sem mælt er fyrir um hvaða ákvæði framsalssamninganna frá 1995 og 1996 teldust vera þróun á Schengen-gerðunum samkvæmt samningnum um þátttöku lýðveldisins Íslands og konungsríkisins Noregs í framkvæmd, beitingu og þróun Schengen-gerðanna. Hins vegar fellur samstarf aðildarríkjanna á sviði gagnkvæmrar aðstoðar í sakamálum aðeins að hluta til undir Schengen-samstarfið og standa því þau aðildarríkjanna sem ekki eru aðilar að ESB, s.s. Ísland, utan þessarar þróunar. Því var ákveðið, vegna sameiginlegra hagsmuna Schengen-ríkjanna hvað varðar baráttuna gegn afbrotum og í þeim tilgangi að styrkja aðgerðir stjórnvalda í þessum ríkjum gegn skipulagðri afbrotastarfsemi, að stuðla að nánara samstarfi allra ríkja Schengen-samningsins á sviði sakamála. Því voru tveir samningar milli aðildarríkja ESB og Íslands og Noregs samþykktir; annars vegar er um að ræða samning um beitingu þeirra ákvæða samnings aðildarríkja Evrópusambandsins um gagnkvæma réttaraðstoð í sakamálum sem töldust ekki varða Schengen-gerðirnar og hins vegar samning um málsmeðferð við afhendingu milli aðildarríkja Evrópusambandsins og Íslands og Noregs.<sup>363</sup> Með þingsályktun nr. 19/133 var ríkisstjórninni veitt heimild til þess að samþykkja báða þessa samninga.

Hinn síðarnefndi samningur, um málsmeðferð við afhendingu milli aðildarríkja Evrópusambandsins og Íslands og Noregs, var undirritaður fyrir Íslands hönd í Vín 28. júní 2006. Í honum felst heimild til þess að taka hina evrópsku handtökuskipun að mestu leyti upp í íslensk lög þrátt fyrir það að afstaða Evrópusambandsins hefur verið sú að rammaákvörðun ráðherraráðsins nr. 2002/584/JHA um evrópsku handtökuskipunina teldist í engu tengjast Schengen-gerðunum.<sup>364</sup> Efni samningsins er á flestum sviðum hliðstætt rammaákvörðun Evrópusambandsins um hina evrópsku handtökuskipun. Hins vegar eru gerðar nokkrar undantekningar þar á. Mikilvægasta undantekningin er eflaust sú að skilyrðinu um tvöfalt refsinaemi er framfylgt í samningnum, sbr. 2. mgr. 3. gr. samningsins, en fulltrúar Íslands höfðu frá upphafi viðræðna lagt áherslu á það skilyrði. Brot sem stendur að baki afhendingarbeiðni verður því að vera refsivert í báðum þeim ríkjum sem hlut eiga að máli, öfugt við rammaákvörðun 2002/584/JHA um evrópska handtökuskipun, en heimilt er að hverfa frá þessu með sérstakri yfirlýsingu samkvæmt 4. mgr. 3. gr. samningsins. Gert er ráð fyrir því í

---

<sup>363</sup> Alþt. 2006-07, A-deild, bls. 5391-93.

<sup>364</sup> Alþt. 2006-07, A-deild, bls. 5391-97 og 5401-28 (Fylgiskjal I).



þingsályktunartillögunni að slík yfirlýsing verði ekki gefin af hálfu Íslands.<sup>365</sup> Þó gerir samningurinn ráð fyrir því að afhendingar verði ekki synjað vegna brota sem teljast til hryðjuverka, sbr. 3. mgr. 3. gr. samningsins þegar þau eru framin af samtökum manna í þeim tilgangi sem getið er um í Evrópusamningi um varnir gegn hryðjuverkum og rammaákvörðun ráðherraráðs Evrópusambandsins.<sup>366</sup> Því gildir reglan um tvöfalt refsinemi ekki um framsalsbeiðnir vegna hryðjuverkabrota samkvæmt samningnum. Í öðru lagi felst sú mikilvæga regla í samningnum að Íslandi sé heimilt að neita um framsal einstaklinga telji það að um stjórn málaafbrot sé að ræða, sbr. 2. mgr. 6. gr. samningsins. Sú heimild samkvæmt greininni nær þó ekki til hryðjuverkabrota samkvæmt 1. og 2. gr. Evrópusamnings um varnir gegn hryðjuverkum og rammaákvörðun um hryðjuverk, sbr. 6. gr. samningsins.<sup>367</sup> Að lokum er Íslandi samkvæmt 2. mgr. 7. gr. heimilt að leggja fram yfirlýsingu um að það muni ekki afhenda eigin ríkisborgara eða afhenda þá einungis við sérstakar, tilgreindar kringumstæður. Ætla má að slík yfirlýsing verði gefin af hálfu Íslands.<sup>368</sup> Af þessum undantekningum samningsins leiðir að mikilvægustu breytingarnar sem rammaákvörðun um evrópska handtökuskipun hefur í för með sér eru valkvæðar fyrir íslenska ríkið, að þeim tilvikum slepptum sem varða hryðjuverk sbr. 3. mgr. 3. gr. og 2. mgr. 6. gr. samningsins. Samningurinn milli Evrópusambandsins og Lýðveldisins Íslands og konungsríkisins Noregs um málsmeðferð við afhendingu milli aðildarríkja Evrópusambandsins og Íslands og Noregs er að öðru leyti samhljóða rammaákvörðuninni um evrópska handtökuskipun.

Í þingsályktunartillögunni er tekið fram að samningurinn kalli á breytingar á lögum nr. 13/1984 um framsal sakamanna og aðra aðstoð í sakamálum og að dóms- og kirkjumálaráðuneytið vinni að undirbúningi frumvarps af þeim sökum.<sup>369</sup> Í lögnum er aftur á móti ennþá enga tilvísun að finna til samningsins um málsmeðferð við afhendingu milli aðildarríkja Evrópusambandsins og Íslands og Noregs.<sup>370</sup> Því hafa þær breytingar sem nauðsynlegt er að gera á lögnum til þess að innleiða evrópsku handtökuskipunina upp að því

---

<sup>365</sup> Alþt. 2006-07, A-deild, bls. 5393.

<sup>366</sup> Sjá Alþt. 2006-07, A-deild, bls. 5403.

<sup>367</sup> Sjá Alþt. 2006-07, A-deild, bls. 5406-7.

<sup>368</sup> Sjá Alþt. 2006-07, A-deild, bls. 5407.

<sup>369</sup> Alþt. 2006-07, A-deild, bls. 5393.

<sup>370</sup> Þær breytingar sem voru gerðar á lögum nr. 13/1984 um framsal sakamanna í kjölfar þingsályktunarinnar eru einskorðaðar við samning um gagnkvæma réttaraðstoð, sbr. lög nr. 71/2006.

marki sem samningurinn kveður á um ekki enn verið gerðar. Í lögunum er ekki að finna nein ákvæði um hina einfölduðu málsmeðferð sem rammaákvörðunin og samningurinn byggður á henni kveða á um. Hvað varðar fyrrnefndar meginreglur sem rammaákvörðunin og samningurinn hafa áhrif á má helst nefna að reglan um tvöfalt refsinaemi gildir samkvæmt lögunum án undantekninga en samkvæmt 1. mgr. 3. gr. laganna er framsal á manni aðeins heimilt ef verknaður eða sambærilegur verknaður getur varðað fangelsi í meira en 1 ár samkvæmt íslenskum lögum.<sup>371</sup> Samkvæmt 5. mgr. 3. gr. er framsal óheimilt ef rökstudd ástæða er til að ætla að grunur um refsiverða háttsemi eða niðurstaða dóms, sem óskað er framsals vegna, þykir eigi fullnægja grunnreglum íslenskra laga um rökstuddan grun um refsiverða háttsemi eða um lögfulla sönnun sakar í refsimálum. Því er ljóst að fullt mat fer fram samkvæmt íslenskum rétti í öllum þeim tilfellum sem íslenska ríkið er beðið um að framselja einstaklinga til annarra landa um það hvort verknaðurinn sé refsiverður að íslenskum rétti. Ekki er að finna í lögunum neinar undantekningar frá þessari reglu hvað varðar hryðjuverkabrot.<sup>372</sup> Því er ljóst að breytingu þarf að gera hvað þetta varðar á framsalsreglum íslensks réttar ef innleiða á samning um málsmeðferð við afhendingu milli aðildarríkja Evrópusambandsins og Íslands og Noregs. Slík breyting hefði að sama skapi mikilvæg áhrif fyrir réttarvernd þeirra einstaklinga innan íslenskrar lögsögu sem sakaðir hafa verið um hryðjuverk innan aðildarríkja ESB.

Eins og sést af þessu yfirliti yfir þau ákvæði laga um framsal sakamanna og aðra aðstoð í sakamálum sem varða þær meginbreytingar sem rammaákvörðunin hefur haft í för með sér þyrfti víðtækar breytingar á í íslenskum lögum til þess að innleiða handtökuskipunina að fullu. Til samanburðar hefur rammaákvörðunin verið innleidd í dönsku framsalslögin, lov om udlevering af lovovertrædere nr. 110, 18. febrúar 1998, með breytingarlögum nr. 433, 10. júní 2003. Samkvæmt lögunum er danska ríkinu ekki lengur heimilt að neita um framsal eigin ríkisborgara.

---

<sup>371</sup> Þó er einnig tekið fram í greininni að heimilt sé að semja við önnur ríki um framsal vegna verknaðar sem samkvæmt íslenskum lögum getur varðað fangelsi um styttri tíma.

<sup>372</sup> Einnig er framsal vegna stjórn málaafbrotu óheimilt samkvæmt 5. gr. laganna án þess að undantekning sé gerð hvað þetta varðar í þeim tilfellum sem um hryðjuverk hefur verið að ræða, sbr. 2. mgr. 6. gr. samningsins. Hins vegar kveður 3. mgr. 5. gr. á um að með samningi við önnur ríki má ákveða að tiltekin brot skuli ekki talin stjórn málaafbrot, auk þess sem skilyrði 5.-7. gr. eiga ekki við um framsal til þeirra ríkja sem taka þátt í Schengen-samstarfinu, sbr. 4. mgr. 22. gr. laganna. Því virðist sem ekki sé nauðsynlegt að breyta lögunum hvað varðar samninginn í núverandi mynd. Að lokum kveður 2. gr. laganna skilyrðislaust á um það að óheimilt sé að framselja íslenska ríkisborgara. Með tilliti til þeirrar heimildar sem samningurinn hefur í för með sér fyrir íslenska ríkið að gefa út yfirlýsingu þess efnis að það muni ekki framselja eigin ríkisborgara er ekki nauðsynlegt að breyta lögunum með tilliti til samningsins að þessu leyti.

Hins vegar hefur danska ríkið nýtt sér heimild 3. mgr. 5. gr. rammaákvörðunarinnar sem kveður á um að ríki megi setja það skilyrði við framsal ríkisborgara þess að þeim verði skilað til síns heimaríkis til afplánunar, sbr. 10. gr. b. laganna. Einnig hefur heimild danska ríkisins til þess að synja um framsal vegna pólitísku afbrots verið afnumin. Hins vegar er danska ríkinu heimilt að synja um framsal vegna hættu á því að viðkomandi einstaklingur verði sóttur til sakar vegna pólitískra ástæðna, sbr. 10. gr. h. Skilyrðið um tvöfalt refsinaemi hefur verið afnumið að dönskum rétti hvað varðar brotin 32 sem er að finna í 2. gr. rammaákvörðunarinnar, sbr. 10. gr. a. framsalslaganna. Danska ríkið lýsti ítrekað yfir áhyggjum sínum við tilurð rammaákvörðunarinnar hvað þetta varðar sérstaklega þar sem samræming efnislegs refsiréttar innan ESB væri ekki lengra á veg komin. Hvað varðar tilvik sem heyra undir 2. gr. rammaákvörðunarinnar skal á það bent að Danmörk hefur nýtt sér heimild þá sem er að finna í rammaákvörðuninni til synjunar á framsali vegna brota sem hafa verið framin í heild eða að hluta innan lögsögu þess ríkis sem beðið hefur verið um að framkvæma handtökuskipunina, sbr. 10. gr. f. Samkvæmt dönsku framsalslögunum ber dönskum yfirvöldum skylda til þess að synja um framsal í þeim tilfellum þegar jafnframt er um að ræða eitthvert þeirra brota sem reglan um tvöfalt refsinaemi gildir ekki um.<sup>373</sup>

Ljóst er að breyta þyrfti íslenskum framsalsreglum að miklu leyti til þess að innleiða evrópsku handtökuskipunina. Hvað varðar áhrif slíkra breytinga á réttarvernd hér á landi í samræmi við MSE vísast til umfjöllunar kafla 5.5. Í kafla 5.5.2 var fjallað um þau áhrif afnáms reglunnar um tvöfalt refsinaemi sem leiðir af rammaákvörðun 2002/584/JHA um evrópska handtökuskipun getur haft á a grunnregluna um lögbundnar refsheimildir. Í fyrsta lagi var á það bent að afnám reglunnar um tvöfalt refsinaemi hafi áhrif á þá grunnhugmynd að refsilög skuli sett af lýðræðislega kjörnum fulltrúum hvers ríkis fyrir sig þar sem ríki eru nú bundin af refsipólitískum áherslum annarra aðildarríkja ESB upp að vissu marki. Sem fyrr segir hefur 69. gr. stjkskr. verið talin fela í sér sjálfstæða reglu um lögbundnar refsheimildir sem felur í sér kröfur til lýðræðislegs uppruna refsheimilda og setur þannig hömlur á framsal lagasetningavalds.<sup>374</sup> Þá hefur verið talið að afnám reglunnar um tvöfalt refsinaemi geti haft víðtækar afleiðingar fyrir

---

<sup>373</sup> Jørn Vestergaard: „Appendix 3- The Danish Extradition Act 2003“, bls. 91-93.

<sup>374</sup> Róbert R. Spanó: „Stjórnarskráin og refsíabyrgð (síðari hluti) — meginreglan um skýrleika refsheimilda—“, bls. 11-12.

réttindi einstaklinga samkvæmt 7. gr. MSE þar sem refsilög allra hinna aðildarríkja sambandsins geta gilt um þau brot sem framin eru í einhverju ríki þess, sem hefur talsverð áhrif á skýrleikakröfu MSE. Líkt og fjallað hefur verið um í þessari ritgerð eru gerðar jafnvel meiri kröfur til skýrleika refsheimilda samkvæmt 69. gr. stjkskr. en samkvæmt 7. gr. MSE. Því má spyrja að því hvernig það myndi samræmast kröfum íslensks réttar um skýrleika refsheimilda að innleiða rammaákvörðun 2002/584/JHA um evrópska handtökuskipunin hér á landi. Þá hefur 2. gr. rammaákvörðunarinnar um evrópska handtökuskipun sem fyrr segir verið gagnrýnd fyrir að hafa að geyma rúmt orðaðar brotalýsingar. Sérstaklega hefur það verið gagnrýnt að hryðjuverk séu ein þeirra brota sem nefnd eru í 2. gr. rammaákvörðunarinnar með tilliti til grunnreglunnar um lögbundnar refsheimildir, en hér hefur verið fjallað um ákvæði rammaákvörðunar 2002/475/DIM um hryðjuverk í tengslum við 69. gr. stjkskr. í kafla 7.2. Þá er skipulagða brotastarfsemi einnig að finna í 2. gr. rammaákvörðunar um evrópska handtökuskipun en fjallað var um skilgreiningu rammaákvörðunar á skipulagðri brotastarfsemi í samhengi við 69. gr. stjkskr. í kafla 7.3. Því liggur ljóst fyrir að rammaákvörðun 2002/584/JHA um evrópska handtökuskipun snertir ákvæði 69. gr. stjkskr. um lögbundnar refsheimildir á fleiri en einn máta.

## 8 Lokaorð

Í þessari ritgerð hefur inntak fjögurra gerða ESB sem áhrif hafa haft á refsirétt aðildarríkja sambandsins og Íslands verið kannað í viðleitni til að öðlast dýpri skilning á áhrifum Evrópusambandsins á refsirétt. Um er að ræða gerðir settar bæði af fyrstu og þriðju stoð ESB. Allar þessar gerðir hafa annars vegar verið skoðaðar út frá þeirri mannréttindavernd sem MSE tryggir og hins vegar sambærilegri vernd stjórnarskrár lýðveldisins Íslands, eins og inntak hennar hefur verið mótað af íslenskum dómstólum.

Í fyrsta lagi var efni tilskipunar 2005/60/EB gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka skoðað, sérstaklega með tilliti til þeirra upplýsingaskipta í gegnum gagnagrunna sem af henni leiða. Þau upplýsingaskipti geta orðið grundvöllur refsímáls. Hins vegar gerir tilskipunin ekki ráð fyrir reglum sakamálaréttarfars, enda ekki innan verksviðs fyrstu stoðarinnar að samræma reglur um refsirétt eða sakamálaréttarfar innan aðildarríkjanna. Tilskipunin er því dæmi um það hvaða vandamál innleiðing gerða fyrstu stoðarinnar hafa fyrir refsirétt aðildarríkjanna þar

sem form þeirra og efni gerir ekki ráð fyrir reglum sakamálaréttarfarars. Heimildir tilskipunarinnar voru skoðaðar með tilliti til þeirrar verndar sem 8. gr. MSE um rétt til friðhelgi einkalífs tryggir einstaklingum. Við skoðun dómaframkvæmdar MDE kom í ljós að dómstóllinn hefur haldið að sér höndum hvað varðar endurskoðun á söfnun persónuupplýsinga með gagnagrunnum.

Aðildarríki sáttmálans hafa rúmt svigrúm til mats á því hvort að skerðing á þeim rétti sem felst í 8. gr. MSE sé nauðsynleg í þágu þjóðaröryggis en sem fyrr segir vísar bæði tilskipunin og lög nr. 64/2006 um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka til skilgreiningar ESB á hryðjuverkum. Í kjölfarið var athuguð vernd réttarins til friðhelgi einkalífs að íslenskum rétti. Komist var að þeirri niðurstöðu að 71. gr. stjkskr., eins og hún hefur verið túlkuð af Hæstarétti, felur í sér ríka vernd í tengslum við upplýsingaskipti persónuupplýsinga í gegnum gagnagrunna. Einnig auka íslensk lög á persónuvernd í tengslum við slíka gagnagrunna. Að lokum tryggir sú leið sem farin var að innleiða tilskipunina í íslensk lög, með lögum nr. 64/2006, að farið sé að reglum um sakamálaréttarfar um leið og grunur er um að brotið hafi verið gegn tilskipuninni. Hins vegar var bent á að þrátt fyrir það að réttur einstaklinga til friðhelgi einkalífs samkvæmt íslenskri löggjöf sé tryggður getur samvinna milli ríkja á sviðum sem snerta refsímál samt sem áður leitt til þess að réttur einstaklinga samkvæmt MSE sé ekki virtur. Í tengslum við þetta var einnig fjallað stuttlega um þau vandkvæði sem leitt geta af innleiðingu gerða EB með refsilögum, einkum í samhengi við innleiðingu reglugerðar 543/69/EB í danskan landsrétt og reglugerðar 1985/3820/EB um lögboðinn hvíldartíma ökumanna í íslenskan rétt og þá dóma sem af þessum refsheimildum spruttu.

Í öðru lagi var fjallað um rammaákvörðun 2002/475/DIM um baráttuna gegn hryðjuverkum í tengslum við þær kröfur sem MDE hefur gert til skýrleika refsheimilda, sbr. 7. gr. MSE, en skilgreining sú á hryðjuverkum sem í rammaákvörðuninni felst er afar matskennd. Komist var að þeirri niðurstöðu að dómstóllinn gerir strangar kröfur til sönnunar um það að refsheimildir séu ekki nægilega skýrar og því andstæðar 7. gr. MSE. Því er aðildarríkjum sáttmálans veitt mikið svigrúm við setningu rúmt orðaðra refsheimilda. Hins vegar gerir MDE ríkari kröfur þegar kemur að skerðingu réttinda 8.-11. gr. MSE með refsilögum í tengslum við það hvort skerðingin hafi verið nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi. Þetta mat er að mestu byggt á því hvort meðalhófs hafi verið gætt við framkvæmd takmörkunarinnar. Hins vegar er aðildarríkjunum veitt mikið svigrúm til mats á nauðsyn takmörkunarinnar þegar sú takmörkun er

til verndar þjóðaröryggis, líkt og rammaákvörðunin miðar að. Í samhengi við þetta var dómaframkvæmd MDE sem varðar átök milli tyrkneskra stjórnvalda og þjóðernishreyfingu Kúrda PKK skoðuð. Hún bendir til þess að dómstóllinn gefi aðildarríkjunum mikið rými hvað varðar skýrleika hryðjuverkalaga samkvæmt 7. og 8.-11. gr. MSE. Með tilliti til þessa var túlkun íslenskra dómstóla á grunnreglu 69. gr. stjkskr. um lögbundnar refsheimildir skoðuð. Virðast íslenskir dómstólar gera talsvert meiri kröfur til skýrleika refsheimilda en MDE. Í kjölfarið var hryðjuverkahugtak 100. gr. a. alm. hgl. skoðað út frá þeim kröfum sem gerðar eru til skýrleika refsheimilda í íslenskum rétti. Ákvæðið, sem er að mestu leyti samhljóða hryðjuverkahugtaki því sem er að finna í rammaákvörðun 2002/475/DIM um baráttuna gegn hryðjuverkum, virðist ekki standast þær kröfur sem gerðar eru til skýrleika refsheimilda og felast í 69. gr. stjkskr. eins og hún hefur verið skýrð í íslenskri dómaframkvæmd. Ákvæði 100. gr. a. alm. hgl. hefur hins vegar sætt mjög takmarkaðri gagnrýni hérlandis.<sup>375</sup> Mannréttindanefnd SP hefur hins vegar gagnrýnt skilgreininguna sem felst í ákvæðinu fyrir það að vera of óljósa og hún gæti því tekið til lögmætra athafna í lýðræðisþjóðfélagi.<sup>376</sup> Að lokum var fjallað stuttlega um þær breytingar á 100. gr. a. alm. hgl. sem samþykktar voru af Alþingi um það leyti sem skrifum á þessari ritgerð lauk. Þessar breytingar miða að því að gera ákvæði 100. gr. a. alm. hgl. skýrara, m.a. með tilliti til gagnrýni íslenskra fræðimanna og Mannréttindanefndar SP. Hins vegar er ekki ljóst hvort að þessar breytingar séu nægilegar til þess að ákvæðið samræmist þeim kröfum sem 69. gr. stjkskr. gerir til skýrleika refsheimilda.

Hryðjuverkahugtakið er sem fyrr segir afar pólitískt í eðli sínu. Flest átök í heiminum um þessar mundir eiga sér stað milli ríkishers og vopnaðra andspyrnuhópa, s.s. átök Bandaríkjahers og vopnaðra andspyrnuhópa í Írak og Afganistan og átök Ísraelshers og Hamas í Palestínu og Ísrael og átök Ísraelshers og Hezbollah í Suður-Líbanon. Þessir andspyrnuhópar hafa oft stjórn á ákveðnum svæðum og starfa upp að vissu marki sem *de facto* stjórnvöld á þeim svæðum í upplausnarástandi þar sem miðstýrt ríkisvald og her eru veik fyrir. Þeim verður þó ekki jafnað til formlegra stjórnvalda eða stjórnarhers, auk þess sem oft er erfitt að greina slíka hópa frá almenningi þess lands. Þessir hópar eru jafnframt í mun veikari hernaðalegri stöðu en

---

<sup>375</sup> Jónatan Þórmundarson: „Hryðjuverk-ákvæði íslenskra laga í alþjóðlegu umhverfi“, bls. 238.

<sup>376</sup> Skýrsla Mannréttindaverndar Sameinuðu þjóðanna um Ísland frá árinu 2005.

andstæðingurinn.<sup>377</sup> Við þessar aðstæður er það ríki sem tekur þátt í átökunum með ríkisher sínum í þeirri aðstöðu að geta skilgreint hvort um alþjóðleg eða innlend átök er að ræða í skilningi Genfarsáttmálanna. Bandaríkjustjórn hefur bæði skilgreint yfirstandandi átök í Írak og Afganistan þess eðlis að þau standi utan við Genfarsáttmálanna þar sem viðkomandi andspyrnuhópar séu hryðjuverkahópar sem njóti ekki þeirrar verndar sem alþjóðlegar reglur sem gilda um stríðsástand veita einstaklingum.<sup>378</sup> Afstaða Ísraels vegna átaka hers síns í Palestínu<sup>379</sup> og Suður-Líbanon<sup>380</sup> er sú sama. Einnig vísast til fyrri umfjöllunar um þjóðfrelshóp Kúrda, PKK, sem tyrkneska ríkið hefur skilgreint sem hryðjuverkahóp. Af þessi þykir ljóst að skilgreining á andspyrnuhópi eða þjóðernishreyfingu sem hryðjuverkahópi ræðst mjög af hagsmunum þeirra ríkja sem í hlut eiga og þess hernaðarlega og pólitíska valds sem þau búa yfir.

Með sameiginlegri afstöðu Ráðherraráðsins 2009/67/CFSP hefur ESB skilgreint 47 andspyrnuhópa víðsvegar um heiminn sem hryðjuverkasamtök. Samkvæmt rammaákvörðun 2002/475/DIM um baráttuna gegn hryðjuverkum er stuðningur við hryðjuverkahópa og hvatning refsiverð. Hvers konar stuðningur við hryðjuverkahópa er einnig refsiverður samkvæmt 100. gr. b. og 100. gr. c. alm. hgl. Af þessu leiðir að refsivert er samkvæmt íslenskum lögum að styðja og hvetja fjölda andspyrnu- og þjóðfrelshópa í ýmsum löndum.<sup>381</sup> Svið skilgreiningarinnar nær síðan enn lengra þar sem vísað er í hana í öðrum gerðum ESB og landslögum aðildarríkjanna sem innleiða þær gerðir, t.d. tilskipun 2005/60/EB gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka og lögum nr. 64/2006 um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka. Af þessu er ljóst að sú skilgreining sem felst í rammaákvörðuninni getur eðli málsins samkvæmt átt við um fjölda einstaklinga.

Ljóst er að ef Ísland gerist aðili að ESB myndi það hafa í för með sér að íslenska ríkinu bæri skylda til þess að taka upp í íslenskan rétt gerðir þriðju stoðarinnar sem miða að samræmingu refsiréttar en þær innihalda margar hverjar illa skilgreind lykilhugtök, sbr. fyrri umfjöllun um rammaákvörðun 2008/841/DIM um baráttuna gegn skipulagðri brotastarfsemi. Hins vegar er erfitt að segja til um það hver þróunin verður í þessu tilliti ef aðild Íslands verður

---

<sup>377</sup> Slík átök kallast „symmetric warfare“. Leslie C Green: *The contemporary law of armed conflict* Green, bls. 88-89.

<sup>378</sup> Leslie C Green: *The contemporary law of armed conflict*, bls. 74.

<sup>379</sup> Sama rit, bls. 83.

<sup>380</sup> Sama rit, bls. 345.

<sup>381</sup> Sjá álit minnihluta allsherjarnefndar, Alþt. 2007-08, A-deild, bls. 5714.

ekki að veruleika, þar sem áhrif slíkra skilgreininga á íslenskan rétt eru jafnmikil og raun ber vitni.

Í þriðja lagi var fjallað um rammaákvörðun 2008/841/DIM um baráttuna gegn skipulagðri brotastarfsemi. Bent var á að þrátt fyrir að hryðjuverkastarfsemi og skipulögð brotastarfsemi eigi sér ýmis sameiginleg einkenni eru þær einnig ólíkar um margt. Í samræmi við það er ekki heppilegt að taka á þessum tveimur brotum með sömu aðgerðum. Sjónum var beint að skilgreiningu 1. og 2. gr. rammaákvörðunarinnar á skipulögðum brotasamtökum. Þá var litið til gagnrýni sem þessi skilgreining hefur sætt á þeim grundvelli að hún sé of víðtæk og þar af leiðandi í andstöðu við grunnregluna um lögbundnar refsheimildir. Þá var litið til þeirra krafna sem MDE hefur gert til skerðingar á funda- og félagafrelsi samkvæmt 2. mgr. 11. gr. MSE. Komist var að þeirri niðurstöðu að aðildarríki MSE og ESB hefðu rúmar heimildir til skerðingar á réttindum 11. gr. MSE með tilliti til þeirra miklu hagsmuni sem eru í húfi við aðgerðir gegn skipulagðri brotastarfsemi. Þá var ákvæði 175. gr. a. alm. hgl. skoðað en til stendur að bæta ákvæðinu við almenn hegningarlög. Ákvæðið hefur að geyma skilgreiningu á skipulögðum brotasamtökum og var það borið saman við samsvarandi skilgreiningu rammaákvörðunar 2008/841/DIM. Komist var að þeirri niðurstöðu að skilgreiningarnar væru að stórum hluta samhljóða. Þá var komist að þeirri niðurstöðu að þær kröfur sem gerðar verða til skerðingar á féлага- og fundafrelsi samkvæmt 74. gr. stjkskr. eru sambærilegar við samsvarandi kröfur 2. mgr. 11. gr. MSE. Á hinn bóginn verða refsheimildir sem settar verða í þessum tilgangi að samræmast þeim kröfum sem 69. gr. stjkskr. gerir til skýrleika refsheimilda, en mögulegt er að skilgreining sú sem 175. gr. a. alm. hgl. hefur að geyma standist ekki þessar kröfur. Að þessu athuguðu skal áhersla lögð á það að gefa verður löggjafanum ákveðið rými til þess að setja refsilög sem gefa eitthvert rúm til mats, enda ekki hægt að sjá öll tilvik fyrir við setningu refsilaga. Þetta sjónarmið hefur sérstakt vægi í þeim tilvikum sem verndarhagsmunir tiltekins refsíákvæðis eru miklir, s.s. á við um 175. gr. a. alm. hgl.

Að lokum var rammaákvörðun 2002/584/JHA um evrópska handtökuskipun skoðuð, einkum með tilliti til þess hvaða afleiðingar afnám reglunnar um tvöfalt refsinemi varðandi fjölda brota, sbr. 2. gr. rammaákvörðunarinnar, getur haft fyrir réttindi einstaklinga samkvæmt 7. gr. MSE. Af rammaákvörðuninni leiðir að refsilög allra hinna aðildarríkja sambandsins geta gilt um þau brot sem framin eru í einhverju ríki þess, sem hefur talsverð áhrif á skýrleikakröfu MSE.



Sérstaklega hefur það sætt gagnrýni að hryðjuverk sé eitt þeirra brota sem nefnt er í 2. gr. með tilliti til grunnreglunnar um lögbundnar refsheimildir. Í framhaldinu voru lög nr. 13/1984 um framsal sakamanna og aðra aðstoð í sakamálum skoðuð með tilliti til handtökuskipunarinnar og þeirra breytinga sem samningur um málsmeðferð við afhendingu milli aðildarríkja Evrópusambandsins og Íslands og Noregs hefði í för með sér en samkvæmt samningnum ber Íslandi skylda til þess að afnema regluna um tvöfalt refsinaemi hvað varðar hryðjuverkabrot. Því eru nán tengsl milli fyrrnefnds samnings og skilgreiningar ESB á hryðjuverkum og skipulagðri brotastarfsemi, en af samningnum leiðir að túlkun aðildarríkja ESB á þessum hugtökum hefur gildi að íslenskum rétti, þar sem rammaákvörðunin veitir aðildarríkjunum jafnvíðtæka lögsögu hvaða varðar brot gegn henni og fyrr hefur verið um fjallað.

Af þessu er ljóst að þó að íslensk stjórnvöld hafi t.d. ekki beitt hryðjuverkahugtakinu í refsimáli eru einstaklingar innan íslenskrar lögsögu útsettir fyrir rúmri túlkun annarra ríkja á því hugtaki, verði íslenskum framsalslögum breytt í samræmi við samninginn um málsmeðferð við afhendingu milli aðildarríkja Evrópusambandsins og Íslands og Noregs. Ef Ísland gerist aðili að ESB, sem myndi hafa í för með sér innleiðingu handtökuskipunarinnar, öðlast skilgreiningar aðildarríkja ESB á fjölda brota einnig gildi að íslenskum rétti, í samræmi við afnám reglunnar um tvöfalt refsinaemi. Má hér nefna hina rúmu skilgreiningu á skipulagðri brotastarfsemi, sbr. rammaákvörðun 2008/841/DIM um baráttuna gegn skipulagðri brotastarfsemi.

Sem fyrr segir hefur ESB lagt til grundvallar MSE í tengslum við þá mannréttindavernd sem sambandið og Evrópudómstóllinn hefur miðað við. Hins vegar hefur dómaframkvæmd Evrópudómstólsins á stundum verið á skjön við túlkun MDE á þeirri vernd sem felst í MSE. Þannig hefur Evrópudómstóllinn í sumum tilfellum ekki tryggt einstaklingum innan ESB jafnríka vernd og MDE hefur talið að fælist í MSE, m.a. hvað varðar mat á því hvenær viðurlög teljist til refsiviðurlaga. Við þetta bætist að Mannréttindadómstóllinn virðist halda að sér höndum upp að vissu marki við mat á því hvort löggjöf sem leiðir af gerðum ESB standist MSE ef Evrópudómstóllinn hefur lögsögu í málinu. Við samanburð á þeirri mannréttindavernd sem er tryggð af MSE annars vegar og stjórnarskrá Íslands hins vegar í tengslum við refsirétt er ljóst að réttindi einstaklinga er oft á tíðum veitt ríkari vernd að íslenskum rétti en samkvæmt sáttmálanum. Því er ljóst að mannréttindavernd tengd refsirétti og sakamálaréttarfari hérlendis er á tíðum ríkari en sambærileg vernd sem leiðir af þeim reglum sem ESB telur sig bundið af. Þessar

niðurstöður hafa mikið vægi þegar kemur að innleiðingu gerða ESB í íslenskan landsrétt. Sem fyrr segir kemur EES-samningurinn ekki í veg fyrir að íslenskir dómstólar séu fullbærir um að dæma um það hvort íslensk lög sem innleiða gerðir Evrópubandalagsins séu í samæmi við ákvæði íslensku stjórnarskrárinnar. Hins vegar hefur Evrópudómstóllinn komist að þeirri niðurstöðu að yfirþjóðlegt eðli ESB feli í sér að ekki sé mögulegt fyrir aðildarríki sambandsins að dæma um gildi gerða sambandsins út frá þeirri mannréttindavernd sem er tryggð með stjórnarskrám aðildarríkjanna. Því er ljóst að heimildir íslenskra dómstóla munu breytast hvað þetta varðar ef Ísland verður aðili að Evrópusambandinu.

Í þessari ritgerð hefur verið fjallað um áhrif ESB á refsirétt aðildarríkja sambandsins og þau vandkvæði sem innleiðing gerða fyrstu og þriðju stoðarinnar í landsrétt aðildarríkjanna getur ollið. Litið hefur verið til þeirra áhrifa sem Evrópubandalagið hefur haft á íslenskan refsirétt í gegnum EES-samninginn, út frá fyrri niðurstöðum um þau vandkvæði sem upp geta komið sökum eðlis EB gerða. Einnig hefur verið tekið á þeim óbeinu áhrifum sem þriðja stoðin hefur haft á íslenskan refsirétt. Þar sem Ísland er ekki aðili að ESB samningnum á þeim tíma sem þessi ritgerð er skrifuð ber ríkinu ekki skylda til þess að taka upp gerðir þriðju stoðarinnar í íslenskan rétt. Hins vegar hefur nýleg þróun innan ESB, bæði á sviði samræmingar efnislegs refsiréttar og samvinnu á sviði sakamála, haft áhrif á íslenskan rétt. Þannig hefur annars vegar hryðjuverkahugtak það sem ESB hefur mótað verið tekið upp í íslenskan rétt með þeim rökum að rétt sé að Ísland styðjist við sama hryðjuverkahugtak og flest önnur Evrópuríki. Hins vegar hefur Ísland gert samning við Evrópusambandið um það að hin evrópska handtökuskipun gildi héraendis hvað varðar framsal til aðildarríkja ESB, með nokkrum undantekningum þó, í þeim tilgangi að færa Ísland nær evrópsku samstarfi á sviði sakamála. Þrátt fyrir það að íslenskum framsalslögum hafi enn ekki verið breytt til samræmis við þennan samning er þessi þróun til marks um það að íslenskur réttur er langt frá því að vera ónæmur fyrir þróun refsiréttar innan þriðju stoðarinnar.

## HEIMILDASKRÁ

*Alþingistíðindi*

Vefur Alþingis: <http://www.althingi.is/>

Alicia Hinarejos: „Recent Human Rights Developments in the EU Courts: The Charter of Fundamental Rights, the European Arrest Warrant and Terror Lists“. *Human Rights Law Review*, 4. tbl. 2007, bls. 793-811.

André Klip: *European Criminal Law. An Integrative Approach*. Antwerpen 2009.

Ann Sherlock: „The Protection of Rights in the Enforcement and Application of Community Rules and Procedures“. *Enforcing European Community Rules. Criminal Proceedings, Administrative Procedures and Harmonization*. Ritstj. Bert Swart og Christopher Harding. Dartmouth 1996, bls. 43-61.

Anne Weyembergh: „The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union“. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2. tbl. 2005, bls. 149-172.

Audrey Guinchard: „Fixing the Boundaries of the Concept of Crime: The Challenge for Human Rights“. *International and comparative law quarterly*, 3. tbl. 2005, bls. 719-734.

Bernd Schünemann: „Alternative-project for a European criminal law and procedure“. *Criminal Law Forum*. 18. volume, issue 2, 2007, bls. 227-251.

Bert Swart: „From Rome to Maastricht and Beyond: The Problem of Enforcing Community Law.“ *Enforcing European Community Rules. Criminal Proceedings, Administrative Procedures and Harmonization*. Ritstj. Bert Swart og Christopher Harding. Dartmouth 1996, bls.1-21.

Bill Gilmore: „The EU Framework Decision on the European Arrest Warrant: An Overview from the Perspective of International Criminal Law“. *ERA-Forum*, 3. tbl. 2002, bls. 144-147.

Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu“. *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Ritstj. Björg Thorarensen o.fl. Reykjavík 2005, bls. 286-341.

Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*. Reykjavík, 2008.

Björg Thorarensen: „Viðbrögð alþjóðasamfélagsins við hryðjuverkum“. Erindi á málstofu í lagadeild HÍ. 27. febrúar 2002. <http://www3.hi.is/~bjorgtho/docs/Erindin/malstofa-hrydjuverk.doc> (skoðað 13. ágúst 2009).

Bleddyn Davies: „*Segi* and the Future of Judicial Rights Protection in the Third Pillar of the EU“. *European Public Law*, 3. tbl. 2008, bls. 311-321.

Clare Ovey og Robin White: *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*. 4. útgáfa. New York 2006.

David Harris o.fl.: *Law of the European Convention on Human Rights*. 2. útgáfa. Oxford 2009.

Davíð Þór Björgvinsson: „Evrópuréttur og vernd grundvallarréttinda“. *Afmælisrit — Gaukur Jörundsson sextugur*. Reykjavík 1994, bls. 163-195.

Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting.“ *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Ritstj. Björg Thorarensen o.fl. Reykjavík 2005, bls. 29-88.

Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*. Reykjavík, 2006.

Dean Spielmann: „Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities“. *The EU and Human Rights*. Ritstj. Philip Alston. Oxford 1999, bls. 757-780.

Dóra Guðmundsdóttir: „Vernd mannréttinda í rétti Evrópusambandsins og EES“. *Bifröst: rit lagadeildar Háskólans á Bifröst*. Ritstj. Jóhann Haukur Hafstein o.fl. Bifröst 2006, bls. 155-202.

Eiríkur Tómasson: „Réttur til réttlátrar málsmeðferðar“. *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Ritstj. Björg Thorarensen o.fl. Reykjavík 2005, bls. 196-265.

Elín Blöndal: „Funda- og félagafrelsi“. *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Ritstj. Björg Thorarensen o.fl. Reykjavík 2005, bls. 390-422.

Francesco Calderoni: „A Definition that Could not Work: The EU Framework Decision on the Fight against Organised Crime“. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 3. tbl. 2008, bls. 265-282.

Francis G. Jacobs og Robin C. A. White: *The European Convention on Human Rights*. 2. útgáfa. Oxford 1996.

Gunnar Persson: „Gränslös straff- och straffprocessrätt. Om EU-medlemskapets effekter på rättsvetenskapen“. *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*. Ritstj. Annika Norée o.fl. Stokkhólmur 2007, bls. 219-230.

Heide Schulz: „EC Cases Before the European Court of Human Rights“. *Human Rights within the European Union*. Ritstj. Tobias Gries og Ralf Alleweldt. Berlín 2004, bls. 139-164.

Helmut Satzger og Tobias Pohl: „The German Constitutional Court and the European Arrest Warrant. “Cryptic Signals” from Karlsruhe“. *Journal of International Criminal Justice*, 4. tbl. 2006, bls. 686-701.

Jaap de Zwaan, Mireille Vrouenraets: „The Future of the Third Pillar: An Evaluation of the Treaty of Amsterdam“. *The European Union after Amsterdam*. Ritstj. Ton Heukels, Niels Blokker og Maecel Brus. Haag 1998, bls. 203-214.

Jean-Marc Sorel: „Some Questions About the Definition of Terrorism and the Fight Against Its Financing“. *European Journal of International Law*, 2. tbl. 2003, bls. 365-378.

Johan Callewaert: „The European Court of Human Rights and the Area of Freedom, Security and Justice“. *ERA-Forum*, 4. tbl. 2007, bls. 511-518.

John A. E. Vervaele: „Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?“. *Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands*. Ritstj. John A. E. Vervaele. Haag 1994, bls. 161-174.

John A. E. Vervaele: „European Criminal Law and General Principles of Union Law“. *European Evidence Warrant. Transnational Judicial Enquiries in the EU*. Ritstj. John A. E. Vervaele. Antwerpen 2005, bls. 131-156.

John A. E. Vervaele: „The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration“. *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe, Brussel*. Ritstj. Dominik Hanf, Inge Govaere og Paul Demaret. Brussel 2005, bls. 277-298.

John A. E. Vervaele: „The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy: Ignoti nulla cupido?“. *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedermann zum 70.* Ritstj. Ulrich Sieber o.fl. Köln 2008, bls. 7-28.

Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíábyrgð I*. Reykjavík, 1999.

Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíábyrgð II*. Reykjavík, 2002.

Jónatan Þórmundsson: „Hryðjuverk - ákvæði íslenskra laga í alþjóðlegu umhverfi“. *Rannsóknir í félagsvísindum VI. Lagadeild. Erindi flutt á ráðstefnu í október 2005*. Ritstj. Róbert R. Spanó. Félagsvísindadeild 2005, bls. 229-252.

Jørn Vestergaard: „Appendix 3- The Danish Extradition Act 2003“. *European arrest warrant. A solution ahead of its time?* London 2003, bls. 91-96.

Lars Bo Langsted, Peter Garde og Vagn Greve : *Criminal Law in Denmark*. Holland, 1998.

Laviero Buono, Peter Cullen : „Creating an Area of Criminal Justice in the EU: Putting Principles into Practice“. *ERA-Forum*, 2. tbl. 2007, bls. 169-176.

Leslie C Green: *The contemporary law of armed conflict*. Manchester 1998.

Loukis G. Loucaides: *The European Convention on Human Rights. Collected Essays*. Leiden 2007.

Lukasz Fonfara: „The Charter of Fundamental Rights of the European Union as an Act of Constitutional Nature“. *Human Rights within the European Union*. Ritstj. Tobias Gries og Ralf Alleweldt. Berlin 2004, bls. 45-56.

Malin Thunber Schunke: „Förslaget till rambeslut om ett europeiskt bevisupptagningsbeslut inom EU. – Början till slutet för internationell rättslig hjälp i brottmål?“. *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*. Ritstj. Annika Norée o.fl. Stokkhólmur 2007, bls. 303-314.

Mark W. Janis o.fl.: *European Human Rights Law. Text and Materials*. 3. útgáfa. Oxford 2008.

Michael Plachta: „European Arrest Warrant: Revolution in Extradition?“. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2. tbl. 2003, bls. 178-194.

Michiel J.J.P. Luchtman: „EU influence on law enforcement and international cooperation in the field of insider dealing“. <http://www.utrechtlawreview.org/>, 2. tbl., 2006, bls. 136-155.

Nanette A. Neuwahl: „The Treaty on European Union: A Step Forward in the Protection of Human Rights?“ *The European Union and Human Rights*. Ritstj. Nanette A. Neuwahl og Allan Rosas. Haag 1995, bls. 1-22.

Nial Fennelly: „The European Arrest Warrant: Recent Developments“. *ERA-Forum*, 4. tbl. 2007, bls. 519-534.

Paul Garlick: „The European Arrest Warrant and the ECHR“. *Handbook on the European Arrest Warrant*. Haag 2005, bls. 167-182.

Paul de Hert: „Balancing security and liberty within the European human rights framework. A critical reading of the Court’s case law in the light of surveillance and criminal law enforcement strategies after 9/11“. <http://utrechtlawreviewonline.org> 1. hefti, 1. tbl. 2005, bls. 68-96.

Peter-Alexis Albrecht og Stefan Braum: „Deficiencies in the Development of European Criminal Law“. *European Law Journal*, 3. tbl. 1999, bls. 293-310.

Pieter van Dijk o.fl.: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 4. útgáfa. Antwerpen-Oxford 2006.

Ragnhildur Helgadóttir: „Hugsana-, samvisku- og trúfrelsi“. *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Ritstj. Björg Thorarensen o.fl. Reykjavík 2005, bls. 342-358.

Róbert R. Spanó: „Stjórnarskráin og refsíabyrgð (fyrri hluti) — grunnreglan um lögbundnar refsíheimildir —“. *Tímarit lögfræðinga*, 1. tbl. 2004, bls. 5-48.

Róbert R. Spanó: „Stjórnarskráin og refsíabyrgð (síðari hluti) — meginreglan um skýrleika refsíheimilda —“. *Tímarit lögfræðinga*, 1. tbl. 2005, bls. 5-70.



Róbert R. Spanó: „Bann við afturvirkni refsilaga og grunnreglan um lögbundnar refsheimildir“. *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Ritstj. Björg Thorarensen o.fl. Reykjavík 2005, bls. 266-282.

S. Gless: „Mutual recognition, judicial enquiries, due process and fundamental rights“. *European Evidence Warrant. Transnational Judicial Enquiries in the EU*. Ritstj. J.A.C. Varvaele. Antwerpen 2005, bls. 121-129.

Siw Dörte Hempfing: „European convention on Human Rights: Just a Source of Inspiration? – Jurisprudence of the European Court of Justice“. *Human Rights within the European Union*. Ritstj. Tobias Gries og Ralf Alleweldt. Berlín 2004, bls. 9-26.

Steve Peers: „Human Rights and the Third Pillar“. *The EU and Human Rights*. Ritstj. Philip Alston. Oxford 1999, bls. 167-186.

Steve Peers: *EU Justice and Home Affairs Law*. 2. útgáfa. Oxford 2006.

Susie Alegre og Marisa Leaf: *European Arrest Warrant. A solution ahead of its time?* London 2003.

Valsamis Mitsilegas: „The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU“. *Common Market Law Review*, 5. tbl. 2006, bls. 1277-1311.

Valsamis Mitsilegas og Bill Gilmore: „The EU Legislative Framework against Money Laundering and Terrorist Finance: A Critical Analysis in the Light of Evolving Global Standards“. *International and Comparative Law Quarterly*, 1. tbl. 2007, bls. 119-141.

Wilson Finnie: „Anti-Terrorist Legislation and the European Convention on Human Rights“. [http://heinonline.org\\_HOL\\_PDF\\_handle=hein.journals\\_modlr54&collection=journals&id=289&print=&29=sect](http://heinonline.org_HOL_PDF_handle=hein.journals_modlr54&collection=journals&id=289&print=&29=sect), 2. tbl. 1991, bls. 288-293.

## DÓMASKRÁ

Dómar Hæstaréttar:

*Hrd. 1973, bls. 452*

*Hrd. 1984, bls. 855*

*Hrd. 1990, bls. 1103*

*Hrd. 1992, bls. 174*

*Hrd. 1995, bls. 408*

*Hrd. 1995, bls. 3149*

*Hrd. 1996, bls. 731*

*Hrd. 1997, bls. 3618*

*Hrd. 1998, bls. 516*

*Hrd. 1998, bls. 969*

*Hrd. 1999, bls. 3386 (65/1999)*

*Hrd. 2000, bls. 280 (442/1999)*

*Hrd. 2000, bls. 4418 (321/2000)*

*Hrd. 2002, bls. 1485 (461/2001)*

*Hrd. 2002, bls. 3686 (167/2002)*

*Hrd. 2002, bls. 4166 (328/2002)*

*Hrd. 2003, bls. 3991 (219/2003)*

*Hrd. 2003, bls. 1363 (449/2002)*

*Hrd. 2003, bls. 4153 (151/2003)*

*Hrd. 2004, bls. 4014 (251/2004)*

*Hrd. 18. janúar 2007 (458/2006)*

*Hrd. 16. mars 2007 ( 92/2007)*

*Hrd. 5. júní 2008 (385/2007)*

Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu:

*MDE, Engel o.fl. gegn Hollandi, 8. júní 1976 (5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72)*

*MDE, Leander gegn Svíþjóð, 26. mars 1978 (9248/81)*

*MDE, Klass o.fl. gegn Þýskalandi, 6. september 1978 (5029/71)*

*MDE, Marckx gegn Belgíu, 13. júní 1979 (6833/74)*

*MDE, Deweer gegn Belgíu, 27. febrúar 1980 (6903/75)*

*MDE, Dudgeon Norris gegn Bretlandi, 22. október 1981 (7525/76)*

*MDE, Eckle gegn Þýskalandi, 15. júlí 1982 (8130/78)*

*MDE, Öztürk gegn Þýskalandi, 21. febrúar 1984 (8544/79)*

*MDE, Malone gegn Bretlandi, 2. ágúst 1984 (8691/79)*

*MDE, Salabiaku gegn Frakklandi, 7. október 1988 (10519/83)*

*MDE, Brogan o.fl. gegn Bretlandi, 29. nóvember 1988 (11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85)*

*MDE, Soering gegn Bretlandi, 7. júlí 1989 (14038/88)*

*MDE, Groppera Radio o.fl. gegn Sviss, 28. mars 1990 (10890/84)*

*MDE, Moustaquim gegn Belgíu, 18. febrúar 1991 (12313/86)*

*MDE, Niemietz gegn Þýskalandi, 16. desember 1992 (13710/88)*

*MDE, Funke gegn Frakklandi, 25. febrúar 1993 (10828/84)*

*MDE, Kokkinakis gegn Grikklandi, 25. maí 1993 (14307/88)*

*MDE, Benedoun gegn Frakklandi, 24. apríl 1994 (12547/86)*

*MDE, CR gegn Bretlandi, 22. nóvember 1995 (20190/92)*

*MDE, Lawless gegn Írlandi, 1. júlí 1996 (332/57)*

*MDE, Cantoni gegn Frakklandi, 15. nóvember 1996 (17862/91)*

*MDE, Zana gegn Tyrklandi, 25. nóvember 1997 (18954/91)*

*MDE, Saunders gegn Bretlandi, 17. desember 1997 (19187/91)*

*MDE, Incal gegn Tyrklandi, 9. júní 1998 (22678/93)*

*MDE, Steel o.fl. gegn Bretlandi, 23. september 1998 (67/1997/851/1058)*

*MDE, Matthews gegn Bretlandi, 18. febrúar 1999 (24833/94)*

*MDE, Başkaya og Okçuoğlu gegn Tyrklandi, 8. júlí 1999 (23536/94; 24408/94)*

*MDE, Sürek gegn Tyrklandi 8. júlí 1999 (24735/94)*

*MDE, Hashman og Harrup gegn Bretlandi, 25. nóvember 1999 (25594/94)*

*MDE, JB gegn Sviss, 3. maí 2001 (31827/96)*

*MDE, P.G. og J.H. gegn Bretlandi, 25. október 2001 (44787/98 )*

*MDE, E.K. gegn Tyrklandi, 7. febrúar 2002 (28496/95)*

*MDE, Vastberga Taxi Aktiebolag og Vulic gegn Svíþjóð, 23. júlí 2002 (36985/97)*

*MDE, Ocalan gegn Tryklandi, 12. mars 2003 (46221/99)*

*MDE, Lucas gegn Bretlandi, 18. mars 2003 (39013/02)*

*MDE, Ezech og Connors gegn Bretlandi, 29. október 2003 (39665/98 ; 40086/98)*

*MDE, Ganci gegn Ítalíu, 30. nóvember 2003 (41576/98)*

*MDE, Laukkanen gegn Finnlandi, 1. júní 2004 (48910/99)*

*MDE, Rieg gegn Austurríki, 24. mars 2005 (63207/00)*

*MDE, Bosphorus gegn Írlandi, 30. júní 2005 (45036/98)*

*MDE, Leyla Sahin gegn Tyrklandi, 10. nóvember 2005 (44774/98)*

*MDE, Piroğlu og Karakaya gegn Tyrklandi, 18. mars 2008 (36370/02 og 37581/02)*

Ákvarðanir Mannréttindanefndar Evrópu:

Ákv. MNE, M & Co. gegn Þýskalandi, 9. febrúar 1990 (13258/77)

Ákv. MNE, Pierre Herbecq og samtökin „Ligue des droits de l’homme“ gegn Belgíu, 14. janúar 1998 (32200/96 ; 32201/96)

Ákv. MNE, Ainsworth gegn Bretlandi, 22. nóvember 1998 (35095/97).

Dómar Evrópudómstólsins

(fáanlegir á vef Evrópusambandsins EUR-Lex, slóð <http://eur-lex.europa.eu/JURISIndex.do?ihmlang=en>) :

EBD mál C-1/58, 4. febrúar 1959

EBD mál C-14/86, 11. júní 1987

EBD mál C-374/87, 18. október 1989

EBD mál C-46/87 og 227/88, 21. september 1989

EBD mál C-5/88, 13. júlí 1989

EBD mál C-68/88, 21. september 1989

EBD mál C-217/88, 10. júlí 1990

EBD, mál C-326/88, 19. júlí 1990

EBD mál C-240/90, 27. október 1992.

EBD mál C-358/93 og C-416/93, 23. febrúar 1995

EBD mál C-74/95 og C-129/95, 12. desember 1996

EBD mál C-177/95, 27. febrúar 1997

EBD mál C-265/95, 9. desember 1997

EBD mál C-262/99, 12. júlí 2001

*EBD mál C-60/02, 7. janúar 2004*

*EBD mál C-105/03, 16. júní 2005*

*EBD mál C-440/05, 23. október 2007*

*EBD mál C-355/04, 27. febrúar 2007*

*EBD mál C-303/05, 3. maí 2007*

*EBD mál C-308/06, 3. júní 2008*

Aðrir dómur:

*Bundesverfassungsgericht 25. júlí 1979 (Solange I)*

*Bundesverfassungsgericht 22. október 1986 (Solange II)*

*UfR 1999, bls. 842*

## LAGASKRÁ

Íslensk lög:

*Almenn hegningarlög nr. 19/1940*

*Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944*

*Lög nr. 41/1973 um breytingu á almennum hegningarlögum nr. 19/1940*

*Lög nr. 81/1976 um veiðar í fiskveiðilandhelgi Íslands*

*Lög nr. 13/1984 um framsal sakamanna og aðra aðstoð í sakamálum*

*Lög nr. 112/1984 um atvinnuréttindi skipstjórnarmanna á íslenskum skipum*

*Lög nr. 113/1984 um atvinnuréttindi vélfræðinga, vélstjóra og vélavarða á íslenskum skipum*

*Siglingalög nr. 34/1985*

*Tollalög nr. 55/1987*

*Lög nr. 19/1991 um meðferð opinberra mála*

*Lög nr. 2/1993 um evrópska efnhagssvæðið*

*Samkeppnislög nr. 8/1993*

*Lög nr. 64/1994 um vernd, friðun og veiðar á villtum fuglum og villtum spendýrum*

*Lög nr. 2/1995 um hlutafélög*

*Stjórnskipunarlög nr. 97/1995 um breytingu á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944, með síðari breytingum*

*Upplýsingalög nr. 50/1996*

*Lög nr. 139/1998 um gagnagrunn á heilbrigðissviði*

*Lög nr. 44/1999 um náttúruvernd*

*Lög nr. 77/2000 um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga*

*Lög nr. 99/2002 um breytingu á almennum hegningarlögum og lögum um refsíabyrgð lögaðila vegna mútugreiðslu til opinbers starfsmanns (hryðjuverk)*

*Samkeppnislög nr. 8/2003*

*Lög nr. 64/2006 um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka*

*Lög nr. 71/2006 um breytingu á lögum um frmasal sakamanna og aðra aðstoð í sakamálum, nr. 13/1984, með síðari breytingum*

*Lög um breyting á almennum hegningarlögum, nr. 19 12. febrúar 1940, með síðari breytingum (upptaka, hryðjuverk, skipulögð brotastarfsemi, mansal og peningaþvætti). Samþykkt á Alþingi 18. desember 2009. Aðgengileg á slóð <http://www.althingi.is/altext/138/s/0513.html> (síðast skoðuð 4. janúar 2010)*

*Pingsályktun nr. 19/133 um staðfestingu samninga milli Evrópusambandsins og lýðveldisins Íslands og konungsríkisins Noregs um málsmeðferð við afhendingu milli aðildarríkja Evrópusambandsins og Íslands og Noregs og gagnkvæma réttaraðstoð og staðfestingu ákvörðunar ráðherraráðs Evrópusambandsins nr. 2003/169/JHA*

Stofnsamningar ESB:

*Stofnskrá Evrópudómstólsins 1951*

*Maastrichtsamningurinn 1992*

*Amsterdamsamningurinn 1997*

*Stjórnarskrártillaga ESB 2004*

*Lissabonsáttmálinn 2007*

Gerðir EB

(fáanlegar á vef Evrópusambandsins EUR-Lex, slóð [http://eur-lex.europa.eu/RECH\\_legislation.do](http://eur-lex.europa.eu/RECH_legislation.do)):

*Reglugerð 1969/543/EB*

*Reglugerð 1985/3820/EB um lögboðinn hvíldartíma ökumanna*

*Reglugerð EB 2001/2580/EB*

*Reglugerð EB 2002/881/EB*



*Grænn pappír Framkvæmdastjórnarinnar 2003/75/COM um lágmarksstaðla fyrir varnagla í réttarfarslögum fyrir grunaða og sakborninga*

*Samskipti Framkvæmdastjórnarinnar 2003/317/COM um alhliða stefnu ESB gegn spillingu*

*Samskipti Framkvæmdastjórnarinnar 2004/700/COM*

*Tilskipun 2005/60/EB um ráðstafanir gegn því að fjármálakerfið sé notað til peningaþvættis og til fjármögnunar hryðjuverka*

*Samskipti Framkvæmdastjórnarinnar 2005/184/COM*

*Samskipti Framkvæmdastjórnarinnar 2005/620/COM.*

Gerðir þriðju stoðarinnar  
(fáanlegar á vef Evrópusambandsins EUR-Lex, slóð [http://eur-lex.europa.eu/RECH\\_legislation.do](http://eur-lex.europa.eu/RECH_legislation.do)):

*Milliríkjasamningur ESB um spillingu frá árinu 1997*

*Sameiginlegar aðgerðir 1997/154/DIM gegn mansali.*

*Rammaákvörðun 2000/383/DIM um innleiðingu evrunnar*

*Ákvörðun Ráðherraráðsins 2000/642/DIM*

*Samningur Evrópusambandsins frá 29. maí 2001 um gagnkvæma réttaraðstoð í sakamálum*

*Rammaákvörðun 2001/220/DIM varðandi stöðu brotaþola í sakamálum.*

*Sameiginleg afstaða Ráðherraráðsins 2001/931/CFSP*

*Ákvörðun 2002/187/DIM um að setja á fót Eurojust með það fyrir augum að styrkja baráttuna gegn skipulagðri glæpasstarfsemi*

*Rammaákvörðun 2002/465/DIM um sameiginleg rannsóknarteymi*

*Rammaákvörðun 2002/475/DIM um baráttuna gegn hryðjuverkum*

*Rammaákvörðun 2002/584/DIM um evrópska handtökutillskipun*

*Rammaákvörðun 2003/80/DIM um náttúruvernd.*

*Ákvörðun Ráðherraráðsins 2003/169/DIM*

*Rammaákvörðun 2003/568/DIM um spillingu innan einkageirans*

*Rammaákvörðun 2003/577/DIM um framkvæmd ákvarðana um frystingu eigna og sönnunargagna*

*Rammaákvörðun 2004/68/DIM um barnaklám*

*Rammaákvörðun 2004/757/DIM um ólögleg viðskipti með fíkniefni*

*Rammaákvörðun 2005/214/DIM um gagnkvæma viðurkenningu varðandi sektir*

*Rammaákvörðun 2005/667/DIM um mengun af völdum skipa.*

*Ákvörðun Ráðherraráðsins 2005/671/DIM.*

*Rammaákvörðun 2006/783/DIM um gagnkvæma viðurkenningu á ákvörðunum um upptöku eigna*

*Rammaákvörðun 2008/675/DIM um það að taka tillit til sakfellinga í öðrum aðildarríkjum við nýja dómsákvörðun*

*Rammaákvörðun 2008/841/DIM um baráttuna gegn skipulagðri brotastarfsemi.*

*Rammaákvörðun 2008/978/DIM um evrópska skipun um öflun og afhendingu sönnunargagna*

Fjölpjódlegir samningar:

*Tókýósamningurinn varðandi lögbrot og aðra verknaði í loftförum frá 14. september 1963.*

*Haagsamningurinn um að koma í veg fyrir ólöglega töku loftfara frá 16. desember 1970.*

*Montrealsamningurinn um að koma í veg fyrir ólögætar aðgerðir gegn öryggi flugsamgangna frá 23. september 1971.*

*Schengen-samningurinn 1985.*

*Palermó-samningur Sameinuðu þjóðanna gegn fjölpjódlegri skipulagðri brotastarfsemi 2000.*

Dönsk lög:

*Straffeloven.*

*Lov om udlevering af lovovertrædere. Lög nr. 110, 18. febrúar 1998.*

*Lög nr. 433, 10. júní 2003 um breytingu á lov om udlevering af lovovertrædere.*