

FORMÁLI

Ritgerð þessi er lokaverkefni til meistaraþrófs í lögfræði við lagadeild Háskóla Íslands og var unnin frá upphafi árs 2011 til loka sumars sama ár. Það var haustið 2009 sem hugmynd mín að ritgerðinni kviknaði en þá tók ég í áfanga í afbrotufræði við félagsfræðideild háskólans, samhliða BA-námi við lagadeild. Refsiréttur hafði alltaf heillað mig afar mikið og því fannst mér áhugavert að kynnast afbrotufræðinni og sjónarmiðum hennar. Áhugi minn á þessu viðfangsefni beindist þó fyrst og fremst að lögfræðilegri nálgun á hugtakinu skipulögð brotastarfsemi. Það var svo haustið 2010 sem ég leitaði á fund Jónatans Þórmundssonar og ráðfærði mig við hann um hvernig hægt væri að útfæra þetta efni í meistararitgerð í lögfræði. Við staðnæmdust við að gera grein fyrir 175. gr. a. almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Í ritgerð þessari er því reynt eftir fremsta megni að varpa ljósi á hlutlæg og huglæg skilyrði ákvæðisins og hvað í raun felst í skipulagðri brotastarfsemi í skilningi 175. gr. a. almennra hegningarlaga nr. 19/1940.

Að þessu sögðu vil ég þakka leiðbeinanda mínum, Jónatani Þórmundssyni, prófessor emeritus við lagadeild Háskóla Íslands, kærlega fyrir að veita mér góða og vandaða leiðsögn. Vil ég þá einnig þakka honum fyrir ófáar samræður okkar og vangaveltur um þetta flókna viðfangsefni. Einnig færi ég Maríu Grétu Guðjónsdóttur þakkir fyrir að lesa yfir ritgerðina með tilliti til málfars. Þá vil ég þakka foreldrum mínum, Nínu C. M. Blumenstein og Ingimundi T. Magnússyni, fyrir stuðninginn og afnot af sumarhúsi þeirra í Húsafelli á meðan á ritgerðarsmíðinni stóð. Að lokum vil ég þakka unnusta mínum, Ívari Erni Ívarssyni fyrir að hvetja mig alltaf áfram og veita mér ómetanlegan félagsskap í gegnum alla ritgerðarvinnuna.

Húsafelli, 20. ágúst 2011

Hinrika Sandra Ingimundardóttir

EFNISYFIRLIT

1 Inngangur	5
2 Hugtakið „skipulögð brotastarfsemi“	7
2.1 Almennt.....	7
2.2 Afbrotafræðilegt hugtak	8
2.3 Lögfræðilegt hugtak	11
3 Skipulögð brotastarfsemi í íslenskum rétti.....	15
4 Skipulögð brotasamtök.....	18
4.1 Skipulögð brotasamtök samkvæmt 2. mgr. 175. gr. a. almennra hegningarlaga nr. 19/1940.....	18
4.1.1 Skilgreiningaratriðið skipulögð.....	19
4.1.2 Félagsskapur þriggja eða fleiri manna	20
4.1.3 Meginmarkmið að fremja með skipulegum hætti refsiverðan verknað eða að verulegur þáttur í starfseminni felist í því að fremja slíkan verknað	21
4.1.4 Skilgreiningaratriðið beint eða óbeint í ávinningsskyni.....	23
4.1.5 Refsiverði verknaðurinn þarf að varða að minnsta kosti 4 ára fangelsi	24
4.2 Skipulögð brotasamtök í skilningi 2. mgr. 175. gr. a. hgl.....	25
4.3 Refsihækkun samkvæmt 60. gr. a. norsku hegningarlaganna ef brot er framið af skipulögðum brotasamtökum	29
5 Skipulögð brotastarfsemi.....	34
5.1 Almennt um skipulagða brotastarfsemi samkvæmt 1. mgr. 175. gr. a. almennra hegningarlaga nr. 19/1940.....	34
5.1.1 Fyrirmynd 1. mgr. 175. gr. a. hgl.....	35
5.2 Refsiskilyrði 1. mgr. 175. gr. a. hgl.....	37
6 Hlutlæg refsiskilyrði 1. mgr. 175. gr. a. hgl.....	40
6.1 Sammæli.....	40
6.1.1 Engilsaxneskur réttur.....	40
6.1.2 Norskur réttur	43
6.1.3 Íslenskur réttur.....	44
6.2 Fyrirhugaður verknaður þarf að varða að minnsta kosti 4 ára fangelsi.....	46
6.3 Fyrirhugaður verknaður þarf að vera liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka	47
7 Huglæg refsiskilyrði 1. mgr. 175. gr. a. hgl.....	48
7.1 Almennt um huglæg refsiskilyrði ákvæðisins	48
7.2 Andlag ásetnings og ásetningsstig.....	52
7.2.1 Ásetningsskilyrði varðandi sammæli	53
7.2.2 Ásetningsskilyrði varðandi hinn fyrirhugaða refsiverða verknað	54

7.2.2.1 Ásetningur þarf að standa til þess að brot sé liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka.....	55
7.2.2.2 Ásetningur þarf að standa til allra efnispáttanna í verknaðarlýsingu hins fyrirhugaða brots	58
7.3 Sérgreindur ásetningur í alþjóðlegum refsirétti.....	59
8 Tilraun og hlutdeild.....	64
8.1 Mörk tilraunar og sammælis um að fremja refsiverðan verknað	64
8.2 Hlutdeild í skipulagðri brotastarfsemi.....	68
9 Skýrleiki refsheimilda	70
9.1 Almenn.....	70
9.2 Ákvæði 175. gr. a. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, með tilliti til skýrleika refsheimilda.....	70
10 Fjölpjóðleg skipulögð brotastarfsemi.....	72
10.1 Samningur Sameinuðu þjóðanna gegn fjölpjóðlegri, skipulagðri brotastarfsemi	72
10.2 Skipulögð brotastarfsemi samkvæmt 175. gr. a. almennra hegningarlaga nr. 19/1940.....	74
11 Forvirkar rannsóknarheimildir	76
11.1 Almenn.....	76
11.2 Forvirkar rannsóknarheimildir á Norðurlöndum.....	77
11.2.1 Noregur.....	78
11.3 Frumvarp til laga um breyting á lögum um meðferð sakamála nr. 88/2008, með síðari breytingum (auknar rannsóknarheimildir lögreglu)	80
11.3.1 Ákvæði 1. mgr. 1. gr. frumvarps til laga um breyting á lögum um meðferð sakamála nr. 88/2008.....	82
11.3.2 Ákvæði 2. mgr. 1. gr. frumvarps til laga um breyting á lögum um meðferð sakamála nr. 88/2008.....	84
11.3.3 Ákvæði 3. mgr. 1. gr. frumvarps til laga um breyting á lögum um meðferð sakamála nr. 88/2008.....	86
12 Lokaorð	88
HEIMILDASKRÁ	93
DÓMASKRÁ	97
VIÐAUKI 1.....	98

1 Inngangur

Skipulögð brotastarfsemi hefur verið þekkt vandamál um heim allan í áraraðir. Hugtakið hefur þó oftast verið bendlað við hina svokölluðu „mafíu“ sem rekja má til héraða Suður-Ítalíu og Sikileyjar, en í seinni tíð hefur þó verið viðurkennt að um margslungna brotastarfsemi sé að ræða sem geti tekið til hvaða þjóðfélagshóps sem er. Upphaflega var hugtakið frekar afbrotafræðilegs eðlis og í höndum afbrotafræðinga að rannsaka en fyrir um 20 til 25 árum síðan hóf það innreið sína í lögfræðina og er nú ekki óalgengt að því beri fyrir í löggjöf og fræðiritum um lögfræðileg málefni. Helsta vandamál hugtaksins hefur ávallt falist í skilgreiningu þess og hafa ýmsir fræðimenn haft skiptar skoðanir á því hvernig beri að skilgreina það og út frá hverju. Mikil tímamót urðu við samþykkt samnings Sameinuðu þjóðanna um fjölþjóðlega, skipulagða brotastarfsemi hinn 15. nóvember 2000, oft nefndur Palermó-samningurinn. Þá var hugtakið skipulögð brotasamtök í fyrsta skipti skilgreint í alþjóðasamningi en skortur á slíkri skilgreiningu hafði gert alþjóðasamfélaginu erfitt fyrir að gera sér grein fyrir umfangi skipulagðrar brotastarfsemi. Ísland undirritaði Palermó-samninginn hinn 13. desember 2000 og með lögum nr. 149/2009 voru lögfestar breytingar á almennum hegningarlögum nr. 19/1940 (eftirleiðis nefnd hgl.) með það að markmiði að fullgilda samninginn. Þar var meðal annars lögfest nýtt ákvæði í almenn hegningarlög, 175. gr. a., þar sem það er lýst refsivert að sammælast við annan mann um að fremja refsiverðan verknað sem varðar að minnsta kosti 4 ára fangelsi og er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Í 2. mgr. ákvæðisins eru svo skipulögð brotasamtök skilgreind sem félagsskapur þriggja eða fleiri manna, sem hefur það að meginmarkmiði, beint eða óbeint, í ávinningsskyni að fremja refsiverðan verknað sem varðar að minnsta kosti 4 ára fangelsi eða að verulegur þáttur í starfsemi þeirra felist í að fremja slíkan verknað. Í ritgerð þessari er að finna fræðilega umfjöllun um hugtakið skipulögð brotastarfsemi og skipulögð brotasamtök. Í lok ritgerðarinnar er svo að finna kafla um forvirkar rannsóknarheimildir og beitingu þeirra í baráttunni við skipulagða brotastarfsemi.

Meginmarkmið ritgerðarinnar er kryfja ákvæði 175. gr. a. hgl. til mergjar. Ákvæðið er þó mjög sérhæft og frábrugðið öðrum ákvæðum sem er að finna í almennum hegningarlögum og er því erfitt að heimfæra reglur úr hefðbundnum refsirétti yfir á það. Uppbygging ákvæðisins er að mestu leyti byggð á 2. og 5. gr. Palermó-samningsins en við samningu laganna var einnig litið til 162. gr. c. norsku hegningarlaganna, sem fjallar um sama efni. Ákvæði i. stafliðar a-liðar 1. mgr. 5. gr. Palermó-samningsins, sem ákvæðið er að nokkru leyti byggt á, er dregið af samsærslöggjöf (e. conspiracy law) engilsaxnesks réttar og því er litið til þess

réttarfars til að skýra hugtakið sammæli sem kemur fram í 1. mgr. 175. gr. a. Víða er því leitað í ritgerð þessari til að túlka og skýra ákvæðið, en m.a. er litið til fræðirita um Palermó-samninginn, útgefins efnis frá Sameinuðu þjóðunum, túlkun sambærilegs ákvæðis í Noregi ásamt því að líta til engilsaxnesks réttar við túlkun og skýringu á hugtakinu sammæli í 1. mgr. ákvæðisins. Að lokum er litið til fræðirita um hinn almenna refsirétt.

Í fyrstu verður gerð grein fyrir hugtakinu skipulögð brotastarfsemi í skilningi afbrotafræðinnar, hvaðan það er komið og hvernig fræðimenn hafa reynt að skilgreina hugtakið. Síðan verður litið þróunar hugtaksins innan lögfræðinnar og hvernig það hefur mótast með árunum. Í 3. kafla verður fjallað um hvernig hugtakið kemur fyrir í íslenskum rétti og rakinn aðdragandi breytingarlaga nr. 149/2009 og ákvæði 175. gr. a. hgl. kynnt. Í 4. kafla er gerð grein fyrir skilyrðum 2. mgr. 175. gr. a. hgl. og þau krufin til mergjar. Þá verður reynt að skýra frá því hvernig samtök geti fallið undir skipulögð brotasamtök í skilningi ákvæðisins og að lokum verður fjallað um refsihækkunarheimild 60. gr. a. norskra hegningarlaga. Í 5. kafla er gerð grein fyrir skipulagðri brotastarfsemi í skilningi 1. mgr. 175. gr. a. hgl. sem leggur grunn að umfjöllun 6. og 7. kafla um hlutlæg og huglæg skilyrði ákvæðisins, sem segja má að sé þungamiðja ritgerðarinnar. Þar er ítarlega gerð grein fyrir refsiskilyrðum ákvæðisins. Í framhaldi af því er í 8. kafla litið til reglna um tilraun og hlutdeild og kannað hvernig þær geta komið til skoðunar við beitingu ákvæðisins. Fyrst er kannað hvar mörkin í raun liggja milli sammælis manna um að fremja refsiverðan verknað og tilraunar til hins fyrirhugaða brots. Því næst er skoðað hvernig hlutdeildarreglur geta komið til skoðunar við beitingu 175. gr. a. hgl. Í 9. kafla er litið til sjónarmiða varðandi skýrleika refsheimilda og kannað hvort 175. gr. a. hgl. uppfylli þau skilyrði. Í 10. kafla er fjallað um fjölþjóðlega skipulagða brotastarfsemi í skilningi Palermó-samningsins, litið til lögsögureglna og hvernig Ísland hefur búið um löggjöf sína til að uppfylla skilyrði samningsins. Að lokum er í 11. kafla ritgerðarinnar gerð grein fyrir forvirkum rannsóknarheimildum. Fyrst er fjallað almennt um það rannsóknarúrræði. Síðan er litið til þess hvernig framkvæmd þessara heimilda er hátað á Norðurlöndunum. Er framkvæmdin í Noregi sérstaklega könnuð. Að lokum er fjallað um frumvarp til laga um breyting á lögum um meðferð sakamála nr. 88/2008, með síðari breytingum (auknar rannsóknarheimildir lögreglu) sem lagt verður fyrir komandi löggjafarþing, en frumvarpið má finna í Viðauka 1 þessarar ritgerðar.

2 Hugtakið „skipulögð brotastarfsemi“

2.1 Almenn

Í upphafi er vert að nefna að í ritgerð þessari verður notast við hugtakið skipulögð brotastarfsemi, en það hugtak kemur fram í frumvarpi er varð að lögum nr. 149/2009, um breyting á almennum hegningarlögum nr. 19 frá 12. febrúar 1940, með síðari breytingum (upptaka, hryðjuverk, skipulögð brotastarfsemi, mansal og peningapvætti). Hugtakið kemur þó ekki beinlínis fram í 175. gr. a. hgl., en í athugasemdum með frumvarpinu er vísað til þess á eftirfarandi hátt: „Með þessari grein er lagt til að lögfest verði nýtt ákvæði í almenn hegningarlög, 175. gr. a., sem geri það refsivert að taka þátt í *skipulagðri brotastarfsemi*.“¹ Það er því ljóst að ákvæðið á að taka til skipulagðrar brotastarfsemi. Ennfremur ber að benda á að í almennri samfélagsumræðu er oftast vísað til hugstaksins skipulögð glæpastarfsemi þegar fjallað er um viðfangsefnið. Það er meðal annars vísað til þess hugtaks í mati ríkislögreglustjóra á skipulagðri glæpastarfsemi og hættu á hryðjuverkum í opinberum útgáfum frá júní 2008 og febrúar 2009.² Auk þess hefur orðið oft komið fyrir í almennri fjölmiðlaumfjöllun.³ Það sem ber þó að varast við notkun hugtaksins glæpur er að það hefur mun þrengri merkingu en afbrot, þ.e. nær einungis yfir meiri háttar ásetningsbrot, er sæta skilyrðislausri opinberri ákæru [...].⁴ Hugtakið fer ennfremur oft saman við skýringu á hugtakinu óflekkað mannorð⁵ sem kemur fram í 5. gr. laga um kosningar til Alþingis nr. 24/2000. Hugtakið glæpur kemur ekki oft fyrir lögum, það er þá helst að finna það í eldri lögum,⁶ þó er vísað til þess í 1. mgr. 49. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944.⁷ Að auki hefur verið talið að þessu hugtaki fylgi nokkur fordæmingarblær fremur en öðrum hugtökum.⁸ Hins vegar er hugtakið almennt notað í alþjóðlegum refsirétti eins og sjá má í 1. gr. Rómarsamþykktarinnar um Alþjóðlega sakamáladómstólinn, en þar kemur fram að dómstóllinn skuli hafa vald til þess að beita lögsögu sinni gagnvart einstaklingum fyrir hina alvarlegustu glæpi, enda eiga hér undir alvarlegustu glæpir sem gjörvallt samfélagið hefur áhyggjur af. Má því vel fallast á að hugtakið glæpur eigi vel við í alþjóðlegum refsirétti enda

¹ Þskj. 16, 138. lögb. 2009-10, bls. 15 (enn óbirt í A-deild Alpt.).

² Sjá *Mat ríkislögreglustjóra á skipulagðri glæpastarfsemi og hættu á hryðjuverkum*, bls. 1 og *Mat ríkislögreglustjóra á hættu á hryðjuverkum og skipulagðri glæpastarfsemi*, bls. 1.

³ Sjá m.a. „Félagar í MC Iceland orðnir Vítisenglar“, bls. 6.

⁴ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíðabyrgð I*, bls. 21-22. Í ritinu er vísað til 24. gr. hgl. en sú grein var felld úr gildi með lögum nr. 88/2008, skilgreiningin á glæp stendur þó óröskuð.

⁵ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 206-207.

⁶ Í 16. gr. fyrningarlaga nr. 14/1905 kom hugtakið glæpur fram, en þau voru felld úr gildi með lögum nr. 150/2007 um fyrningu kröfurettinda, en í þeim kemur hugtakið ekki fyrir. Að auki kemur hugtakið fram í 2. gr. hefðarlaga nr. 46/1905. Hugtakinu ber einnig fyrir í 263. gr. hgl.

⁷ Þar segir: „Meðan Alþingi er að störfum má ekki setja neinn alþingismann í gæsluvarðhald eða höfða mál á móti honum án samþykkis þingsins nema hann sé staðinn að glæp.“

⁸ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíðabyrgð I*, bls. 22.

er þar fjallað um hin alvarlegustu afbrot gegn mannkyninu. Í þessu samhengi sem hér er til umfjöllunar verður þó að teljast mun hentugra að nota hugtakið skipulögð brotastarfsemi heldur en glæpastarfsemi, þar sem hið fyrrnefnda er rýmra hugtak en hið síðarnefnda og getur þar með náð yfir mun fleiri brot, en takmarkast ekki einungis við meiri háttar ásetningsbrot sem sæta skilyrðislausri opinberri ákæru. Hér í framhaldinu verður því einungis notað hugtakið skipulögð brotastarfsemi.

2.2 Afbrotafræðilegt hugtak

Hingað til hefur skipulögð brotastarfsemi fyrst og fremst verið afbrotafræðilegt hugtak, það hefur þó á seinasta áratug þróast jafnframt í að verða lögfræðilegt. Til að skilja hvað felst í skipulagðri brotastarfsemi í raun og veru er því mikilvægt að kanna hvert hugtakið á rætur sínar að rekja og afbrotafræðilega merkingu þess. Afbrotafræðin er afar frábrugðin lögfræðinni þar sem hún felur það í sér að lýsa afbrotum, afbrotamönnum og viðbrögðum þjóðfélagsins við afbrotum, kanna félagslega þætti og hvað orsakar afbrot manna.⁹ Afbrotafræðingar hafa þó ekki verið á eitt sáttir um merkingu hugtaksins skipulögð brotastarfsemi og hafa litið á hugtakið frá mismunandi sjónarhornum og kenningum.

Hugtakið skipulögð brotastarfsemi eða eins og það nefnist á enskri tungu *organized crime* kallar oft fram þá staðalímynd sem almenningur hefur af ítölsku mafíunni. Þá ímynd má að miklu leyti rekja til bóka, bíómynda og þáttaraða allt frá öðrum áratug síðustu aldar sem hafa fjallað um brotasamtök svipuð og mafíuna.¹⁰ Það má vel segja að mafían sé ein helsta tákmynd almennings af skipulagðri brotastarfsemi en á hún rætur sínar að rekja til fjallahéraða Suður-Ítalíu og Sikileyjar og er enn bendluð við ýmsa fjárglæfrastarfsemi í stærstu borgum Bandaríkjanna.¹¹ Umræðan hefur því oft á tíðum einblínt á skipulagða brotastarfsemi sem þátt í störfum mafíunnar.¹² Það er þó ástæða fyrir því að mafíuímyndin hefur ætíð loðað við skipulagða brotastarfsemi. Í upphafi einblíndu fræðimenn á þá hugmynd að skipulögð brotastarfsemi þrifist einungis í ákveðnum lokuðum þjóðernishópi, sem oftast var af ítölskum uppruna og grundvallaðist á fjölskyldu- og ættartengslum. Þetta hefur verið nefnt Sikileyjar-heilkennið, en það er byggt á þýðingarmiklum rannsóknum á skipulagðri brotastarfsemi á Sikiley seinustu 150 árin¹³ og hefur verið fyrirmyndin að mörgum öðrum rannsóknum. Að auki var það talið hagfellt fyrir stjórnámálamenn á þessum tíma að fjalla um

⁹ G. Peter Hoefnagels: *The other side of criminology*, bls. 47. Sjá einnig Larry J. Siegel: *Criminology*, bls. 4.

¹⁰ Martin O'Brien og Majid Yar: *Criminology. The Key Concepts*, bls. 115.

¹¹ Larry J. Siegel: *Criminology*, bls. 390-391.

¹² Michael D. Lyman og Gary W. Potter: *Organized crime*, bls. 4.

¹³ Áhrifamesta rannsóknin var La Sicilia eftir Leopoldo Franchetti og Sidney Sonnino.

þetta fyrirbrigði sem samsæri útlendinga gegn friðsælu samfélagi þeirra. Engu að síður er það nú ljóst að Sikileyjar-fyrirmyndin getur verið undirstaða skipulagðrar brotastarfsemi um heim allan og verður því ekki flutt frá Sikiley og heimfærð á skipulagða brotastarfsemi í öðrum löndum og samfélögum. Að auki verður skipulögð brotastarfsemi ekki flutt inn í ríki og samfélög, heldur er um þjóðfélagslegt fyrirbrigði að ræða innan hvers samfélags.¹⁴ Fræðimenn hafa því nú staðfest að skipulögð brotastarfsemi fyrirfinnist hjá ýmsum þjóðernum og alþjóðlegum hópum og sé því ekki einungis bundin við Sikileyjar-fyrirmyndina, heldur sé um mun víðtækara hugtak að ræða.¹⁵

Þótt ekki sé vitað með vissu hvaðan hugtakið skipulögð brotastarfsemi er komið, er staðfest að það er upphaflega bandarískt hugtak. Það var að öllum líkindum fyrst opinberlega notað árið 1896 í árlegri skýrslu New York Society for the Prevention of Crime í tengslum við fjárhættuspil og vændisstarfsemi sem naut verndar opinberra embættismanna. Á þeim tíma hafði hugtakið enga fastákveðna merkingu heldur var einungis hægt að nota það í samhengi við annað. Bandarískir fréttaskýrendur notuðu hugtakið í upphafi fyrst og fremst til að vísa til ólöglegar viðskiptastarfsemi stjórnámálanna, lögreglumanna, lögfræðinga og atvinnuþjófa og í því samhengi að fjalla um brot þeirra sem vel skipulögð.¹⁶ Árið 1919 fór Chicago Crime Commission að kanna ákveðin hegðunarmynstur afbrotamanna sem skipulagða brotastarfsemi.¹⁷ Það var svo í kringum 1920-1930 þegar áfengisbannið var lagt á í Bandaríkjunum að fræðimenn og aðrir fóru af alvöru að reyna skilgreina og skýra hugtakið skipulögð brotastarfsemi, enda leiddi áfengisbannið til mikillar aukningar á ólöglegum markaði í Norður-Ameríku.¹⁸ Herbert Hoover varð svo fyrsti forseti Bandaríkjanna til að vísa til hugtaksins árið 1929.¹⁹ Þótt hugtakið skipulögð brotastarfsemi hafi orðið til á 19. öld í Bandaríkjunum, hafa fræðimenn gegnum tíðina átt erfitt með að koma sér saman um skilgreiningu þess.²⁰ Afbrotafræðingar hafa auk þess tekist á við tvenns konar vanda í meðferð hugtaksins, annars vegar skilgreiningarvanda og hins vegar vandann sem felst í upplýsingaöflun um starfsemina. Af augljósum ástæðum er ávallt vandasamt að skilgreina hugtök eða aðstæður sem ekki er vitað um með vissu. Að baki flestum hugtökum búa auk þess mismunandi merkingar, fá hugtök eru þess eðlis að þau lúti einni ákveðinni skilgreiningu.

¹⁴ Frank G. Madsen: *Transnational Organized Crime*, bls. 13-14.

¹⁵ Michael D. Lyman og Gary W. Potter: *Organized crime*, bls. 4 og sjá einnig Frank G. Madsen: *Transnational Organized Crime*, bls. 13-14.

¹⁶ Cyrille Fijnaut og Letizia Paoli: „Introduction to Part I: History of the Concept“, bls. 24.

¹⁷ Bruce Zagris: *International White Collar Crime. Cases and materials*, bls. 145.

¹⁸ Cyrille Fijnaut og Letizia Paoli: „Organized Crime in Europe. Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond“, bls. 24.

¹⁹ André Standing: „Rival views of organized crime“, <http://www.iss.co.za>.

²⁰ Frank Madsen: *Transnational organized crime*, bls. 13.

Jafnframt geta skilgreiningar hugtaka verið mismunandi milli landa, stofnana og fræðimanna. Hugtakið skipulögð brotastarfsemi hefur þó lengi vel verið talið sérstaklega vandasamt að skilgreina.²¹ Margar leiðir eru færar við að skilgreina hugtakið, meðal annars að líta til brotasamtakanna og skilgreina það út frá þeim; ennfremur er hægt að skilgreina það út frá brotastarfseminni sjálfri, þá til hvaða brota starfsemin tekur.²² Nú á dögum er oftast fjallað um hugtakið í tengslum við fíkniefnainnflutning, mansal, fjárkúgun, fjársvik og hátækni brot, en að sjálfsögðu getur það tekið til mun fleiri brota.²³ Það getur því verið nauðsynlegt að skilgreina hvað séu skipulögð brotasamtök til að geta afmarkað hvað felst í skipulagðri brotastarfsemi, því að langflestar skilgreiningar miða við að skipulögð brotastarfsemi þrífist innan brotasamtaka. Líkt og gerist með venjuleg lögleg samtök, þá eru engin tvenn skipulögð brotasamtök eins, heldur þróast hver samtök á sinn hátt. Þó að sumar skilgreiningar hugtaksins séu áþekkar er enginn samhljómur um hvað einkennir samtök sem skipulögð brotasamtök. Í raun er engin samstaða um að skipulögð brotastarfsemi verði endanlega skilgreind.²⁴ Það getur þó skipt afar miklu máli að skilgreina hugtakið því að skilgreining þess getur ákvarðað hvort til staðar sé skipulögð brotastarfsemi eða ekki.²⁵ Með slíkri skilgreiningu getur auk þess orðið til ákveðið viðmið fyrir lögfræðilega skilgreiningu á hugtakinu og getur slík viðurkennd skilgreining einnig skipt miklu máli fyrir samanburðarrannsóknir í afbrotafræði. Það er því ljóst að skilgreining hugtaksins getur haft mikil áhrif.

Líkt og áður hefur verið nefnt hefur það einnig verið vandamál við skýringu hugtaksins að upplýsingar um skipulagða brotastarfsemi eru ekki auðfengnar. Upplýsingar eru að mestu leyti fengnar frá opinberum aðilum, lögreglu og öðrum stjórnvöldum. Það getur skapað talsverðan vanda þar sem slík stjórnvöld hafa oft aðrar áherslur en til dæmis fræðimenn, svo að öflun upplýsinga getur oft á tíðum orðið afar erfið, ef ekki ómöguleg. Að auki eru þær upplýsingar sem eru aðgengilegar oft afar takmarkaðar, þar sem um opinberar skýrslur til almennings er að ræða. Fræðimenn hafa einnig bent á hve erfitt og hættulegt það getur verið að ná beinu sambandi við skipulögð brotasamtök. Að lokum þurfa fræðimenn oft að samþykka að fjalla um þau samtök á jákvæðan hátt í rannsóknnum sínum sem veitt hafa ótakmarkað leyfi til rannsókna á gögnum þeirra. Það eitt og sér getur því unnið gegn akademísku sjálfstæði rannsóknarinnar.²⁶ Þó að þessir erfiðleikar hafi steðjað að fræðimönnum, hafa sumir lagt það á sig að reyna að komast inn í innsta hring brotasamtaka

²¹ Martin O'Brien og Majid Yar: *Criminology. The Key Concepts*, bls. 115.

²² Stephen L. Mallory: *Understanding Organized Crime*, bls. 1-2.

²³ Michael Levi: „Organized crime and Terrorism“, bls. 777.

²⁴ Stephen L. Mallory: *Understanding Organized Crime*, bls. 5.

²⁵ Martin O'Brien og Majid Yar: *Criminology. The Key Concepts*, bls. 115.

²⁶ Martin O'Brien og Majid Yar: *Criminology. The Key Concepts*, bls. 117-18.

og ræða við meðlimi þeirra. Það gerði meðal annars afbrotafræðingurinn Donald Cressey, sem er talinn hafa haft gífurleg áhrif á rannsóknir á skipulagðri brotastarfsemi. Hann taldi sér þó alltaf stafa hættu af rannsóknum sínum og trúði því að leynileg brotasamtök myndu ætíð hefna sín á þeim sem stígu inn á þeirra svæði án leyfis, það varð þó ekki raunin. Á síðari árum hafa fræðimenn jafnframt áttað sig á því að félögum brotasamtaka gæti ekki staðið meira á sama um rannsóknir fræðimanna, þar sem þeir eru sjaldnast að safna upplýsingum til að beina gegn samtökunum.²⁷ Þó að helsti vandi hugtaksins hafi oft verið talinn vera skilgreining þess, þá hefur samt verið álitid að vandamálið við hugtakið sé ef til vill ekki sjálf skilgreiningin á skipulagðri brotastarfsemi heldur að ákvarða hvaða merking liggur á bak við orðið *skipulögð*. Í raun og veru getur afbrotafræðingar frá sínu fræðilega sjónarmiði og lögregluþyriföld frá lagalegu sjónarmiði oftast komið sér saman um það hvað felst í refsiverðri háttsemi, erfiðlega hefur hins vegar gengið að sættast á um það hvað geti talist *skipulögð* refsiverð háttsemi.²⁸ Að lokum hafa sumir fræðimenn talið að efnahagsbrot og svokölluð hvítflibbabrot²⁹ séu afbrigði af skipulagðri brotastarfsemi.³⁰ Það samræmist þó illa afbrotafræðilegum kenningum og skilgreiningum á skipulagðri brotastarfsemi, þar sem oftast er talið að hún eigi sér stað innan skipulagðra brotasamtaka.

Það er ljóst að ekki er til nein ein algild skilgreining á hugtakinu skipulögð brotastarfsemi innan afbrotafræðinnar, fræðimenn hafa öllu frekar sett fram ólíkar kenningar varðandi þessa tegund afbrota og litið á hugtakið frá mismunandi sjónarhornum og viðmiðunarþáttum. Óvíst er hvort einhvern tíman náist samkomulag meðal fræðimanna varðandi þetta viðfangsefni.

2.3 Lögfræðilegt hugtak

Líkt og fjallað hefur verið um í kafla 2.2 hefur hugtakið skipulögð brotastarfsemi lengst af verið af afbrotafræðilegum toga. Það var ekki fyrr en á seinustu 20 til 25 árum að hugtakið fór að koma fram í löggjöf og lögfræðiritum. Sérstök tengsl hafa þó ætíð verið á milli lögfræði og afbrotafræði að því er refsilöggjöf varðar. Afbrotafræðin lýsir oft afbrigðilegri háttsemi manna en lögfræðin afmarkar hins vegar hvaða hegðun telst vera refsiverð og þar með formlega frábrugðin annarri mannlegri háttsemi, sem hefur ávallt verið meginviðfangsefni afbrotafræðinnar. Refsilöggjöf skilgreinir þannig afbrotið og afmarkar þar með viðfangsefnið

²⁷ Joseph L. Albini: „Donald Cressey’s Contributions to the Study of Organized Crime: An Evaluation“, bls. 17-18.

²⁸ Michael D. Lyman og Gary W. Potter: *Organized crime*, bls. 5.

²⁹ Edwin Sutherland setti fram hugtakið *White Collar Crime* á fimmta áratug síðustu aldar. Hann notaði hugtakið yfir þau lögbrot sem framin eru af einhverjum sem hefur vald tengt stöðu sinni í stjórnmálum, fyrirtækjum eða atvinnulífnum.

³⁰ Vincenzo Ruggiero: *Organized and Corporate Crime in Europe. Offers that Can’t Be Refused*, bls. 20.

sem afbrotafræðinni er ætlað að kanna. Afbrotafræðileg hugtök eru að auki oftast mun víðari en sú refsiverða háttsemi sem lýst er í lögum.³¹

Það má ef til vill segja að hugtakið skipulögð brotastarfsemi hafi þróast með líkum hætti í löggjöf og hugtakið efnahagsbrot. Áður fyrr var talsvert fjallað um efnahagsbrot í afbrotafræði og viðurlagapólitík, með áherslu á þann félagslega veruleika sem það tekur til. Á seinni árum hefur það hins vegar verið að ná fótfestu í refsirétti. Skiptar skoðanir hafa þó verið um hvað felst í hugtakinu eða ætti öllu frekar að felast í því.³² Evrópuráðið tók sig til árið 1981 og listaði í 16 liðum hvaða brot gætu flokkast undir efnahagsbrot.³³ Það var svo árið 1985 sem fyrst var getið um efnahagsbrot í íslenskri löggjöf, var það gert með lagabreytingu nr. 27/1985 á þágildandi lögum um meðferð opinberra mál. Þar var í 5. gr. laganna fjallað um meðferð mála vegna „meiri háttar skatta- og efnahagsbrota“ án nokkurrar nánari skilgreiningar á hvers konar mál féllu þar undir. Þetta ákvæði féll niður með setningu nýrra heildarlaga um meðferð opinberra mála nr. 19/1991. Það var þó aftur lögfest ákvæði um sérstaka meðferð efnahagsbrota í lögreglulögum nr. 90/1996. Ákvæðinu þar fylgja þó engar skýringar á einkennum eða tegund þeirra brota, sem hér um ræðir.³⁴ Hugtakið hefur nú einnig borið fyrir í lögum um meðferð sakamála nr. 88/2008 og lögum um embætti sérstaks saksóknara nr. 135/2008, en án skilgreiningar. Ítarlegustu reglurnar um efnahagsbrot í íslenskum rétti er að finna í reglugerð nr. 804/2007 um rannsókn og saksókn efnahagsbrota.³⁵ Það má því sjá að hugtakið hefur náð fótfestu í íslenskri löggjöf þó að skilgreining þess liggja hvergi lögfest fyrir, en fræðilega hefur verið stuðst við það að efnahagsbrot feli í sér refsiverða háttsemi í fjárhagslegu hagnaðarskyni, sem fer fram kerfisbundið og reglulega í annars löglegri atvinnustarfsemi einstaklinga eða lögaðila.³⁶ Eins og komið hefur fram þá var hugtakið skipulögð brotastarfsemi fyrst og fremst afbrotafræðilegt hugtak en hefur á síðari árum færst yfir í að verða lögfræðilegt líkt og hugtakið efnahagsbrot. Lögfræðilegar skilgreiningar á skipulagðri brotastarfsemi eru þó oft byggðar upp í kringum þær aðgerðir sem löggjafinn vill beita til þess að taka á þessum brotum, bæði varðandi þá starfsemi sem fellur þar undir og gegn þess konar félagsskap manna, eða samtaka manna sem bendluð eru við starfsemina. Bæði í landsrétti- og þjóðarétti hefur því oft verið spenna á milli þeirra sem vilja a) að löggjöfin sé víðtæk og nái yfir fjölbreytt brot og aðstæður til að koma í veg fyrir að einhvers konar skipulögð brotastarfsemi falli þar utan eða b) að löggjöfin sé þó nokkuð afmörkuð til

³¹ G. Peter Hoefnagels: *The Other Side of Criminology*, bls. 49.

³² Jónatan Þórmundsson: „Einkenni auðgunarbrot. Tengsl þeirra innbyrðis og við önnur brot“, bls. 452.

³³ *Economic crime. European Committee on Crime Problems*, bls. 11-12.

³⁴ Jónatan Þórmundsson: „Einkenni auðgunarbrot. Tengsl þeirra innbyrðis og við önnur brot“, bls. 453.

³⁵ Jónatan Þórmundsson: „Einkenni auðgunarbrot. Tengsl þeirra innbyrðis og við önnur brot“, bls. 453-454.

³⁶ Jónatan Þórmundsson: „Refsiábyrgð á efnahagsbrotum í atvinnustarfsemi lögaðila“, bls. 208.

Þess að hún nái ekki yfir hópa eða brotastarfsemi sem eru á mörkum þess að teljast refsiverð. Það hefur þó verið raunin að lögfræðilegar skilgreiningar á skipulagðri brotastarfsemi hafa oftast verið afar rúmar, svo sem í skilgreiningu Evrópusambandsins í the Joint Action 1998,³⁷ sáttmála Sameinuðu þjóðanna gegn fjölþjóðlegri skipulagðri brotastarfsemi frá árinu 2000 og í bandarísku RICO³⁸ löggjöfinni frá 1970. Skilgreining skipulagðrar brotastarfsemi samkvæmt framangreindum gögnum getur þar með talist vera allt frá staðalímynd sikileysku mafíunnar til þriggja þjófa sem stunda markvissan búðarþjófnað.³⁹ Alþjóðlegar skilgreiningar hafa því markvisst verið hafðar rúmar til að geta náð yfir sem flesta þætti skipulagðrar brotastarfsemi. Ennfremur hafa ýmsar stofnanir, lögregla og aðrir sem vinna að þessum málum sett sér ákveðin viðmið og skilgreiningar til að bera niður á þessari starfsemi. Í mati ríkislögreglustjóra á hættu á hryðjuverkum og skipulagðri glæpastarfsemi (frá júní 2008) kom fram að viðtekin væri sú skilgreining að skipulögð glæpastarfsemi fæli í sér samvinnu tveggja eða fleiri manna, í langan eða óskilgreindan tíma, í formi alvarlegra brota með það að markmiði að hagnast fjárhagslega eða skapa sér völd.⁴⁰ Var þessi skilgreining því almennt notuð sem viðmið hjá lögreglunni áður en 175. gr. a. hgl. var lögfest með breytingarlögum nr. 149/2009. Byggðist hún á skilgreiningu Evrópusambandsins sem var sett fram í ellefu liðum. Þar urðu minnst sex atriði að koma fram og þar af þrjú sem þurftu ætíð að vera til staðar svo að lögbrot gæti talist skipulögð brotastarfsemi. Atriðin voru eftirfarandi: 1) samvinna fleiri en tveggja einstaklinga, 2) hver einstaklingur með fyrir fram ákveðið verkefni, 3) samvinnan stendur yfir í langan eða ótiltekinn tíma, 4) samvinna með skipulagi og stjórnun, 5) grunur um að framin hafi verið alvarleg refsiverð háttsemi, 6) starfsemi á alþjóðlega vísu, 7) beiting ofbeldis eða hótana, 8) starfsemi skipulega uppbyggð, 9) þátttaka í peningaþvætti, 10) beiting áhrifa á stjórnsmál, fjölmiðla, opinbera stjórnsýslu, réttarkerfið eða efnahagsaðstæður og að lokum 11) markmið um auðgun og/eða áhrifavald. Af framangreindum atriðum þurftu atriði 1, 5 og 11 alltaf að vera til staðar.⁴¹ Áhugavert er að nefna að ofangreind skilgreining gerir ekki þá kröfu að um ofbeldi sé að ræða og því geta efnahags- og hvítflibbabrot fallið hér undir.⁴² Það var því stuðst við þessar skilgreiningar á skipulagðri brotastarfsemi áður en 175. gr. a. hgl. var lögfest. Fyrir þann tíma voru því engin ákvæði í íslenskri löggjöf sem tóku sérstaklega til skipulagðrar brotastarfsemi. Þó hefði háttsemi hennar sem slík að öllum

³⁷ Joint action of 21 December 1998 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on making it a criminal offence to participate in a criminal organisation in the Member States of the European Union.

³⁸ RICO er skammstöfun fyrir Racketeer Influenced and Corrupt Organization.

³⁹ Michael Levi: „Organized crime and Terrorism“, bls. 779-80.

⁴⁰ *Mat ríkislögreglustjóra á hættu á hryðjuverkum og skipulagðri glæpastarfsemi*, bls. 2.

⁴¹ *Ársskýrsla Ríkislögreglustjóra 1999*, bls. 41.

⁴² Michael Levi: „The organization of serious crimes“, bls. 883.

líkindum fallið innan almennra refsiréttarreglna um samverknað eða hlutdeild manna að brotum.

3 Skipulögð brotastarfsemi í íslenskum rétti

Með 5. gr. laga nr. 149/2009, um breyting á almennum hegningarlögum, með síðari breytingum (upptaka, hryðjuverk, skipulögð brotastarfsemi, mansal og peningþvætti) var skipulögð brotastarfsemi gerð refsiverð. Ákvæði 5. gr. var skipað í 175. gr. a. í XVIII. kafla hegningarlaganna um brot sem hafa í för með sér almannahættu. Þetta er sami staður í lögunum og valinn var í norsku hegningarlögunum⁴³ fyrir sambærilegt ákvæði, þ.e. 162. gr. c. en hana er að finna í 14. kafla norsku laganna sem ber heitið almenfarlige forbrydelser. Segja má að staðsetning ákvæðisins sé eðlileg í ljósi alvarleika og eðli brotsins, þar sem skipulögð brotastarfsemi hefur almennt verið talin ógn gegn samfélaginu.⁴⁴

Ákvæði 175. gr. a. hgl. er byggt þannig upp að í 1. mgr. er skipulagðri brotastarfsemi lýst sem lið í starfsemi skipulagðra brotasamtaka en í 2. mgr. er hins vegar skilgreint hvað felst í skipulögðum brotasamtökum. Hluta þessara breytingarlaga má rekja til undirritunar íslenska ríkisins á samningi Sameinuðu þjóðanna gegn fjölþjóðlegri, skipulagðri brotastarfsemi sem samþykktur var á allsherjarþingi Sameinuðu þjóðanna 15. nóvember árið 2000 og hefur verið nefndur Palermo-samningurinn,^{45,46} með vísun til sikileysku borgarinnar Palermo þar sem samningurinn var undirritaður. Það fól í sér táknræna merkingu að undirrita sáttmála gegn skipulagðri brotastarfsemi í stærstu borg Sikileyjar, Palermo, þar sem sú borg var áður fyrr miðpunktur hinnar gömlu goðsagnakenndu ítölsku mafíu, La Cosa Nostra. Með því móti var alþjóðasamfélagið í raun og veru á táknrænan hátt að ráðast á innviði hins upprunalega óvinnar.⁴⁷ Með samþykkt samningsins sýndi alþjóðasamfélagið pólitískan vilja til að berjast gegn alþjóðlegu vandamáli. Kofi Annan, þáverandi framkvæmdastjóri Sameinuðu þjóðanna, tók svo til orða í inngangi samningsins að ef afbrot geta farið þvert á landamæri yrði löggæslustarfsemi að geta það einnig.⁴⁸ Með alþjóðavæðingu, framförum í upplýsingatækni, auðveldari samgangna, breyttrar landamæravörslu og í ljósi stórauvinna alþjóðaviðskipta hefur starfsumhverfi skipulagðra brotasamtaka gjörbreytt og hafa þau nýtt sér þessar breyttu þjóðfélagslegu aðstæður og ógna nú þjóðum án tillits til landamæra. Það er engum vafa

⁴³ Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) frá 22. maí 1905 nr. 10, eftirleiðis verður talað um norsku hegningarlögin.

⁴⁴ Verndarhagsmunir ákvæða XVIII. kafla hegningarlaganna hafa almennt þótt svipaðir, og því hefur þeim ákvæðum sem þar er að finna verið raðað saman í kafla. Þó eru einungis fjögur ákvæði kaflans sem áskilja skýrlega almannahættu sem refsiskilyrði. Í öðrum ákvæðum kaflans er það skýringaratriði hverju sinni, hvort almannahætta þurfi að vera fyrir hendi.

⁴⁵ Þskj. 16, 138. lögþ. 2009-10, bls. 5 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

⁴⁶ Með samningnum voru sama dag einnig samþykktar á vettvangi allsherjarþingsins tvær bókanir við samninginn, þ.e. bókun til að koma í veg fyrir, berjast gegn og refsa fyrir verslun með fólk, einkum konur og börn og bókun um smygl á farfólki á landi, sjó og í lofti (e. the smuggling of migrants by land, sea and air).

⁴⁷ Anthony M. DeStefano: *The war on human trafficking: U.S. policy assessed*, bls. 27-28.

⁴⁸ Samningur Sameinuðu þjóðanna gegn fjölþjóðlegri, skipulagðri brotastarfsemi, bls. IV.

undirorpið að á síðastliðnum áratugum hefur alvarleg brotastarfsemi á alþjóðlegum vettvangi þróast í að verða vaxandi vandamál fyrir þjóðfélög. Með Palermó-samningnum var því tekið skref fram á við í baráttunni gegn fjölþjóðlegri, skipulagðri brotastarfsemi.⁴⁹

Það sem einkennt hefur skipulagða brotastarfsemi eru fagmennska, skipulagning og að því er virðist, nær ótakmörkuð fjárráð. Fyrir vikið hefur verið um sífellt fleiri og erfiðari mál að ræða. Skipulögð brotastarfsemi er ekki heldur bundin af landamærum einstakra ríkja og hefur það aukið þörfina á alþjóðasamstarfi lögreglu. Jafnmikilvægt hefur verið að samræma löggjöf á milli ríkja og efla pólitíska áherslu á upprætingu þessara brota. Mismunandi framkvæmd löggæslu og ósamræmi milli landa hefur því verið til trafala, ekki síst í ljósi þess að brotamennirnir eru ekki háðir slíkum takmörkunum. Með Palermó-samningnum eiga því ríki að geta treyst hvert á annað við rannsókn, saksókn og viðurlög fyrir afbrot sem framin eru af skipulögðum brotasamtökum þar sem annaðhvort brotin eða þeir sem fremja þau tengjast á einhvern hátt milli landa. Með tilkomu samningsins hefur skipulögðum brotasamtökum verið gert erfiðara fyrir við starfsemi sína, þeim ætti því ekki lengur að vera fært að misnota glufur í löggjöf einstakra ríkja eða árekstra milli lögsögu ríkja.⁵⁰ Palermó-samningurinn felur í sér tvö meginmarkmið, annars vegar að útiloka ósamræmi í löggjöf ríkja, en það hefur oft í gegnum tíðina komið í veg fyrir gagnkvæma réttaraðstoð milli ríkja, og hins vegar að setja viðmið fyrir löggjöf einstakra ríkja, svo að þau geti á markvissan hátt barist gegn skipulagðri, fjölþjóðlegri brotastarfsemi.⁵¹ Samkvæmt 1. gr. sáttmálans er það því markmið hans að stuðla að samvinnu milli ríkja með það markmið í huga að fyrirbyggja og berjast gegn fjölþjóðlegri, skipulagðri brotastarfsemi á skilvirkari hátt en áður hefur tíðkast.

Samkvæmt 1. mgr. 5. gr. samningsins er samningsaðilum skylt að lögfesta í refsilöggjöf sinni ákvæði sem mælir fyrir um að vísvitandi þátttaka í starfsemi skipulagðra brotasamtaka sé refsínæm. Hugtakið skipulögð brotasamtök er svo skilgreint í a-lið 2. gr. samningsins. Með samningnum var hugtakið í fyrsta skipti skilgreint í alþjóðasamningi en skortur á slíkri skilgreiningu gerði alþjóðasamfélaginu erfitt fyrir að gera sér grein fyrir umfangi skipulagðrar brotastarfsemi þar sem mikill munur hefur verið á réttarfars- og refsilöggjöf einstakra landa.⁵² Eftir vandlega athugun refsiréttarnefndar var lagt til að lögfest yrði sérstakt refsíákvæði í almennum hegningarlögum nr. 19/1940, sem bannaði þátttöku í skiplagðri brotastarfsemi. Í kjölfar þess var lögfest nýtt ákvæði í almennum hegningarlögum, 175. gr. a., sem lagði

⁴⁹ Þskj. 16, 138. lögþ. 2009-10, bls. 5 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

⁵⁰ Þskj. 16, 138. lögþ. 2009-10, bls. 6 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

⁵¹ The United Nations, office of drug control and crime prevention: „After Palermo: An overview of what the convention and protocols hope to accomplish“, bls. 21.

⁵² Þskj. 16, 138. lögþ. 2009-10, bls. 15 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

refsiábyrgð við skipulagðri brotastarfsemi. Ákvæðið var byggt á 2. og 5. gr. Palermó-samningsins, en að auki var horft til þess hvernig Norðmenn höfðu lögfest ákvæði um þetta efni í 162. gr. c. norsku hegningarlaganna.⁵³ Ákvæði 175. gr. a. er þannig uppbyggt að í 1. mgr. er lögð refsing við því að sammælast við annan mann um að fremja alvarlegan verknað sem er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka og með því móti er skipulögð brotastarfsemi lýst refsiverð. Í 2. mgr. er hins vegar að finna skilgreininguna á skipulögðum brotasamtökum. Í næstu fjórum köflum verður 1. og 2. mgr. 175. gr. a. hgl. gerð ítarleg skil. Til hagræðingar verður 2. mgr. fyrst tekin til skoðunar þar sem erfitt er að greina frá skilyrðum 1. mgr. án þess að búið sé að skýra frá hvað felst í skipulögðum brotasamtökum, sbr. 2. mgr. 175. gr. a.

⁵³ Þskj. 16, 138. lögþ. 2009-10, bls. 16 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

4 Skipulögð brotasamtök

Eins og fjallað hefur verið um í kafla 2 eru ýmsar leiðir færar til að skilgreina skipulagða brotastarfsemi. Ýmist hefur hugtakið verið skilgreint með hliðsjón af brotastarfseminni sjálfri, þ.e. til hvaða afbrota starfsemin sem slík tekur til eða þá að hugtakið hefur verið skilgreint út frá brotasamtökunum sjálfum.⁵⁴ Síðari leiðin var farin í íslenskum rétti með 5. gr. laga nr. 149/2009, um breyting á almennum hegningarlögum. Skilgreining 2. mgr. 175. gr. a. hgl. á skipulögðum brotasamtökum var að mestu leyti byggð á skilgreiningu a-liðar 2. gr. Palermó-samningsins en einnig var litið til 162. gr. c. norsku hegningarlaganna.⁵⁵ Skilgreining Palermó-samningsins á skipulögðum brotasamtökum hefur ennfremur orðið að alþjóðlegu viðmiði í þessum efnum.⁵⁶ Í næstu undirköflum verða skilyrði 2. mgr. 175. gr. a. hgl. ítarlega rakin.

4.1 Skipulögð brotasamtök samkvæmt 2. mgr. 175. gr. a. almennra hegningarlaga nr. 19/1940

Framsetning lagaákvæðisins felur í sér að nauðsynlegt er að skilgreina skipulögð brotasamtök til að hægt sé afmarka hvað sé skipulögð brotastarfsemi. Samkvæmt 2. mgr. 175. gr. a. hgl. er með skipulögðum brotasamtökum átt við félagsskap þriggja eða fleiri manna sem hefur það að meginmarkmiði, beint eða óbeint í ávinningsskyni, 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. Með ákvæðinu er því áskilið að tilvist og mótun félagsskaparins sé ekki tilviljunarkennd heldur sé um að ræða meðvitað samstarf á milli þriggja eða fleiri manna, sem staðið hefur yfir í ákveðinn tíma, um skipulega framkvæmd refsiverðra verka sem fullnægja framangreindum skilyrðum. Þá geta einnig fallið þar undir tilvik þar sem verulegur þáttur í starfseminni felst í því að fremja slíkan verknað. Ennfremur verður framkvæmd refsiverðs verknaðar að vera beint eða óbeint í ávinningsskyni. Ekki er þó áskilið að ávinningurinn sé fjárhagslegs eðlis heldur getur verið um hvers konar efnislegan ávinning að ræða, ef hann fullnægir hlutrænum efnisskilyrðum ákvæðisins.⁵⁷ Það má því í raun segja að ákvæðið feli í sér fimm meginskilyrði. Í fyrsta lagi þurfa brotasamtök að vera *skipulögð*. Í annan stað þarf að vera um að ræða *félagsskap þriggja eða fleiri manna*. Í

⁵⁴ Stephen L. Mallory: *Understanding Organized Crime*, bls. 1-2.

⁵⁵ Þskj. 16, 138. lögþ. 2009-10, bls. 16 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

⁵⁶ Francesco Calderoni: *Organized Crime Legislation in the European Union. Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*, bls. 32.

⁵⁷ Þskj. 16, 138. lögþ. 2009-10, bls. 23 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

þriðja lagi þarf félagsskapurinn að hafa það að *meginmarkmiði að fremja með skipulegum hætti refsiverðan verknað* af tilteknum grófleika eða að *verulegur þáttur í starfseminni feli það í sér að fremja slíkan verknað*. Í fjórða lagi þarf refsiverði verknaðurinn að vera framinn *beint eða óbeint í ávinningsskyni*. Að lokum þarf refsiverði verknaðurinn að varða *að minnsta kosti 4 ára fangelsi*.

4.1.1 Skilgreiningaratriðið skipulögð

Þegar litið er til 2. mgr. 175. gr. a. hgl. ber fyrst að kanna hvað felst í því að brotasamtök séu skipulögð. Hér ber þess að geta að í Palermó-samningnum er sérstaklega áskilið að uppbygging samtakanna þurfi að vera *structured*, en það hefur ekki verið sett sem skýrt skilyrði í texta 2. mgr. 175. gr. a. hgl., en kemur þó fram í greinargerð með frumvarpi til breytingarlaga nr. 149/2009. Í því hugtaki fellst að samtökin séu ekki mynduð á tilviljunarkenndan hátt heldur sé um meðvitað samstarf að ræða milli þátttakenda.⁵⁸ Það hefur þó ekki verið túlkað svo að meðlimir samtakanna þurfi að hafa fastmótuð hlutverk hver um sig eða að samtökin þurfi að hafa tiltekna skipulega uppbyggingu.⁵⁹ Innan skilgreiningarinnar geta þó augljóslega fallið samtök sem hafa skipulega uppbyggingu á borð við mafíuna. Ennfremur geta fjölþjóðleg brotasamtök sem hafa bækistöðvar í mörgum löndum fallið þar undir. Utan skilgreiningarinnar falla hins vegar hópar þar sem ekki nægileg tengsl eru innbyrðis meðlima til að þeir geti talist skipulögð samtök. Hugtakið nær því ekki yfir öll tilfelli þar sem menn vinna saman að refsiverðum verknaði.⁶⁰ Nauðsynlegt er því að um einhvers konar skipuleg samtök sé að ræða en ekki til dæmis ákvörðun í verki þriggja félaga að ræna banka.

Í Palermó-samningnum er ennfremur sett það skilyrði að samtökin þurfi að hafa verið til í nokkurn tíma (e. for a period of time). Það útilokar þó ekki að ákvæði samningsins geti tekið til eins skipulegs afbrots. Tímaskilyrði samningsins er því túlkað frekar rúmt. Hins vegar ber að skýra þetta í ljósi þess að samtökin mega ekki vera tilviljunarkennd, þar með þarf að vera einhvers konar stöðugleiki í samtökunum, þó að markmið þeirra geti verið að fremja einungis einn refsiverðan verknað.⁶¹ Þar með ætti að geta fallið hér undir hópur þriggja manna sem

⁵⁸ David McClean: *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, bls. 41.

⁵⁹ Francesco Calderoni: *Organized Crime Legislation in the European Union. Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*, bls. 33.

⁶⁰ *Ot. prp. nr. 62 (2002-2003). Lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.)*, bls. 96.

⁶¹ David McClean: *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, bls. 41.

skipuleggur bankarán í nokkurn tíma, þar sem hver þátttakandi hefur ákveðið hlutverk og skyldur í ráninu. Munurinn á þessu dæmi og því ofangreinda er að hér er um að ræða vel undirbúið samstarf þriggja manna en ekki skyndiákvörðun þeirra í verki að fremja bankarán. Það virðist því þurfa einhvern ákveðinn skipulegan aðdraganda að verknaðinum. Það skiptir þó vissulega máli að því lengur sem samtökin hafa verið til staðar því auðveldara verður að fella þau undir ákvæðið. Hins vegar hefur tímaþátturinn eflaust minna vægi þegar samtökin eru skipulega uppbyggð.⁶² Þar sem ekkert er kveðið á um tímaviðmið í 2. mgr. 175. gr. a. hgl., virðist orðalag þess gefa til kynna að það nái jafnt yfir samtök sem hafa verið til í ákveðinn tíma sem og samtök sem hafa verið stofnuð til að fremja einn refsiverðan verknað. Jafnframt má ætla af orðalagi ákvæðisins að hugtakið *skipulögð* skuli túlka rúmt. Þar sem ekki er kveðið nánar á um skipulag eða uppbyggingu samtaka getur það því náð yfir hvers konar samtök sem eru mynduð af þremur einstaklingum eða fleiri svo fremi þau uppfylli önnur skilyrði ákvæðisins.

4.1.2 Félagsskapur þriggja eða fleiri manna

Í 2. mgr. 175. gr. a. hgl. er það skilyrði sett að félagsskapurinn samanstandi af þremur eða fleiri mönnum, það þurfa því að lágmarki að vera þrír þátttakendur í skipulögðum brotasamtökum. Hins vegar er ekki getið um hámarksfjölda og gefur það til kynna að engin skilyrði séu um hann, enda ljóst að markmið ákvæðisins er að vera nægilega rúmt til að ná yfir sem fjölbreyttastan hóp skipulagðra brotasamtaka.⁶³ Í Palermó-samningnum er einnig skilyrði um að minnst þrír menn þurfi að vera þátttakendur í skipulögðum brotasamtökum. Í aðdraganda sammingsins komu þó upp vangaveltur af hverju tveir einstaklingar nægðu ekki til að standa að skipulögðum brotasamtökum. Gagnrýnin beindist einkum að því að texti ákvæðisins myndi ná yfir hóp listamanna eða verkamanna sem fela tekjur sínar til að komast hjá skattgreiðslum eða þá samtök eins og Grænfríðunga, en hins vegar myndi ákvæðið ekki ná yfir tvo atvinnuleigumorðingja sem ferðuðust um heiminn árum saman til að ráða menn af dögum. Gagnrýnin hafði þó ekki áhrif þar sem tilgangur sammingsins í heild var sá að ná yfir stærri hóp manna og var því fallist á að minnst þrír þátttakendur yrðu að vera til staðar svo að um skipulögð brotasamtök væri að ræða.⁶⁴

⁶² *Ot. prp. nr. 62 (2002-2003). Lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.)*, bls. 96.

⁶³ Francesco Calderoni: *Organized Crime Legislation in the European Union. Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*, bls. 32.

⁶⁴ David McClean: *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, bls. 41.

Jafnframt ber að nefna að það er ekki er skilyrði að fjöldi þátttakenda sé viðvarandi eða að jafnaði sá sami, eða að það sé viss stöðugleiki í samsetningu samtakanna, svo framarlega sem samtökin uppfylla lágmarkskröfu ákvæðisins.⁶⁵ Það þurfa því ætíð að vera þrír þátttakendur en ef um fleiri er að ræða breytir það engu þótt fjöldi þeirra sé breytilegur. Hins vegar má velta því fyrir sér að ef tveir menn eru staðnir að broti og ljóst er að brot þeirra er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka ætti að vera hægt að sakfella þá fyrir brot á grundvelli 175. gr. a. hgl., þó að ekki væri hægt að bera kennsl á hina meðlimi samtakanna. Hér ber þó að geta þess að nauðsynlegt væri að sýna fram á að brotið væri raunverulegur þáttur í starfsemi skipulagðra brotasamtaka.

4.1.3 Meginmarkmið að fremja með skipulegum hætti refsiverðan verknað eða að verulegur þáttur í starfseminni felist í því að fremja slíkan verknað

Annaðhvort þarf það að vera meginmarkmið skipulagðra brotasamtaka að fremja með skipulegum hætti refsiverðan verknað eða að verulegur þáttur í starfseminni felist í því að fremja slíkan verknað. Í greinargerð með frumvarpi því er varð að lögum nr. 149/2009 er ekkert fjallað um það hvernig meta skuli meginmarkmið skipulagðra brotasamtaka eða hvað sé verulegur þáttur í starfsemi þeirra. Þar kemur hins vegar fram að byggt hafi verið á skilgreiningu a-liðar 2. gr. Palermó-samningsins og að sumu leyti á 162. gr. c. norsku hegningarlöganna.⁶⁶ Hér þarf því fyrst að kanna hvernig ákvæðið hefur verið skýrt í Palermó-samningnum. Þar hefur meðal annars verið talið að samtökin verði að vinna í fullu samræmi við markmið sitt (e. act in concert) með því kann í sumum tilfellum að vera átt við að allir þátttakendur samtakanna verði að taka þátt í þeirri brotastarfsemi sem er fyrirhuguð. Það getur sérstaklega átt við þegar um lítil samtök er að ræða, til dæmis þar sem þátttakendur eru þrír eða lítið eitt stærri hópur. Hins vegar er erfitt að halda því fram að þetta sé skilyrði þegar um stór samtök er að ræða, til dæmis fjölþjóðleg skipulögð brotasamtök, sem hafa aðsetur í mörgum löndum. Ennfremur hefur verið talið að refsivert verk verði að vera hluti af starfsemi samtakanna og þar með getur ekki fallið hér undir sjálfstætt verk einstakra meðlima samtakanna sem þeir vinna í eigin þágu, heldur verða þeir að fremja verknaðinn sem lið í starfsemi brotasamtakanna og á vegum þess.⁶⁷ Nánari útskýringar er hins vegar ekki að finna um túlkun ákvæðisins í athugasemdum með samningnum.

⁶⁵ *Ot. prp. nr. 62 (2002-2003). Lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.)*, bls. 96.

⁶⁶ Þskj. 16, 138. lögþ. 2009-10, bls. 23 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

⁶⁷ David McClean: *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, bls. 41.

Ákvæði 2. mgr. 175. gr. a. hgl. er nánast samhljóða 2. mgr. 162. c. norsku hegningarlaganna. Þar er þó áskilið að refsiverði verknaðurinn varði að minnsta kosti 3 ára fangelsi en ekki 4 ára líkt og í íslenska ákvæðinu. Jafnframt er ekki gerður áskilnaður um að refsiverði verknaðurinn sé framinn beint eða óbeint í ávinningsskyni, en að öðru leyti er ákvæðið samhljóða því íslenska:

Med organisert kriminell gruppe menes en organisert gruppe på tre eller flere personer som har som et hovedformål å begå en handling som kan straffes med fengsel i minst 3 år, eller hvor en vesentlig del av virksomheten består i å begå slike handlinger.

Í greinargerð með norsku lögunum (Ot. prp. nr. 62 2002-2003. Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot orgnisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.) koma fram ýmis sjónarmið sem hægt er að hafa til hliðsjónar við túlkun á ákvæðinu. Þar kemur meðal annars fram að ákvæðið geti átt við um skipulögð brotasamtök sem í raun og veru stunda alvarlega skipulagða brotastarfsemi, þótt meginmarkmið þeirra sé annað, það sé óljóst eða ef til vill ómögulegt að sanna. Þátttaka í slíkum brotasamtökum getur verið mun alvarlegri en að taka þátt í skipulögðum brotasamtökum sem hafa það að skýru meginmarkmiði að fremja refsiverða verknaði, en hafa þó aldrei framkvæmt þá. Jafnframt er vísað til þess líkt og í Palermó-samningnum að afbrotin þurfi að vera framin af hálfu brotasamtakanna sjálfra eða á þeirra vegum; það er því ekki nóg að einstaklingar sem tengjast samtökunum fremji afbrot á eigin spýtur, heldur þurfa þau að vera tengd samtökunum og markmiði þeirra. Seinni þátt ákvæðisins, um hvað getur talist verulegur þáttur í starfsemi skipulagðra brotasamtaka, hafa Norðmenn túlkað svo að þar geti fallið undir samtök sem stunda bæði löglega og ólöglega starfsemi. Með því móti þarf meginmarkmið samtaka ekki að vera af ólöglegum toga. Það ætti ekki heldur að hafa áhrif þó að löglega starfsemin væri í fyrirrúmi og umfangsmeiri en hin ólöglega. Norðmenn telja því að hér gæti til dæmis komið til álita atvinnurekstur sem gagnert fer fram til að þvætta peninga. Undir ákvæðið ætti þó að geta fallið bæði atvinnurekstur þar sem peningaþvætti er stór þáttur af starfseminni og þar sem hann er lítill hluti. Það hefur hins vegar verið talið erfitt að tiltaka að ákveðið hlutfall þurfi að vera til staðar svo að brotastarfsemi teljist verulegur þáttur í starfsemi samtaka. Sem dæmi um það má nefna að ef skipulögð brotastarfsemi er þriðjungur af heildarstarfseminni ætti hún ávallt að falla undir ákvæðið. Það verður þó að teljast afar hæpið að draga slíkar ályktanir, heldur þyrfti að meta þetta í hverju tilviki fyrir sig. Auk þess gæti þurft að meta þetta í ljósi alvarleika brotsins hverju sinni.⁶⁸ Ljóst er að litlar

⁶⁸ Ot. prp. nr. 62 (2002-2003). Lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.), bls. 96.

leiðbeiningar er að finna um þetta í greinargerð með íslensku lögnum sem og norsku lögnum og það verður ávallt undir dómstólum komið að meta hvað getur talist meginmarkmið eða verulegur þáttur í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Hvort einhver hlutfallslegur eða annar hlutlægur mælikvarði verði á þetta lagður er erfitt að segja til um en óhjákvæmilegt verður að meta heildaraðstæður hverju sinni. Þá getur ennfremur skipt máli alvarleiki brotsins í hverju tilviki fyrir sig. Erfitt er að segja hvar í raun munurinn liggur á milli þess að samtök hafi eitthvað að meginmarkmiði eða um verulegan þátt sé að ræða í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Með þessari skiptingu má frekar áætla að hér sé verið að reyna að ná til breiðs hóps skipulagðra brotasamtaka. Hér geta því ekki ákveðin brotasamtök fallið utan skilgreiningarinnar því ekki er hægt að sýna fram á að meginmarkmið samtakanna hafi verið að fremja skipuleg afbrot.

Það verður óhjákvæmilega erfitt að sanna hvert sé meginmarkmið skipulagðra brotasamtaka, sérstaklega þar sem ólíklegt er að fyrir liggja skráðar samþykktir eða áætlanir um markmið þeirra líkt og gerist með löglega skráð samtök og félög. Það mun því að öllum líkindum þurfa að ganga langt í óbeinum ályktunum um meginmarkmið þeirra samtaka sem um ræðir. Ein leið til þess væri að túlka það með hliðsjón af athöfnum samtakanna sem málin varða en þegar öllu er á botninn hvolft verður erfitt að sanna slíkt með vissu fyrr en refsiverður verknaður hefur átt sér stað.⁶⁹ Einnig er ljóst að erfitt getur reynst að sanna tengsl manna í samtökum sem þessum.

4.1.4 Skilgreiningaratriðið beint eða óbeint í ávinningsskyni

Í 2. mgr. 175. gr. a. hgl. er jafnframt áskilið að refsiverður verknaður sé framinn beint eða óbeint í ávinningsskyni. Með því er ekki áskilið að ávinningurinn þurfi að vera fjárhagslegur heldur getur hvers konar efnislegur ávinningur eftir atvikum fullnægt hlutrænum efnisskilyrðum ákvæðisins.⁷⁰ Þannig gæti hugsast að tiltekinn verknaður væri framinn í því skyni að auka hlutdeild skipulagðra brotasamtaka á tilteknum fíkniefnamarkaði, hvort heldur þá til þess að ná fjárhagslegum ávinningi eða til þess að auka áhrif sín almennt.

Samkvæmt athugasemdum með Palermó-samningnum var orðalagi ákvæðisins ætlað að ná yfir sem stærstan hóp skipulagðra brotasamtaka og ætlunin var því að túlka ákvæðið rúmt. Ákvæðið mundi yfirleitt ekki taka til brotasamtaka sem hafa það ekki að meginmarkmiði að fremja refsiverða verknaði í ávinningsskyni. Að meginstefnu ættu hryðjuverkahópar eða

⁶⁹ *Ot. prp. nr. 62 (2002-2003). Lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.)*, bls. 96

⁷⁰ Þskj. 16, 138. lögþ. 2009-10, bls. 23 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

uppreisnarhópar ekki að geta fallið undir ákvæðið þar sem markmið þeirra er vanalega ekki fjárhagslegur eða annar efnislegur ávinningur. Samt sem áður gæti ákvæðið hugsanlega tekið til ákveðinna afbrota sem framin væru af slíkum hópum, til dæmis rán framin til að fjármagna starfsemi samtakanna og markmið þeirra. Með því að áskilja fjárhagslegan eða annan efnislegan ávinning, var ætlunin að útiloka hópa með eingöngu pólitísk og þjóðfélagsleg markmið. Hins vegar er efnislegur ávinningur ekki takmarkaður við það að vera á einhvern hátt af fjárhagslegum toga. Við gerð samningsins var fallist á að túlka hugtakið mjög rúmt, til þess að það gæti meðal annars náð til persónulegs ávinnings, svo sem kynlífsþjónustu. Með þessu móti var talið tryggt að samtök, sem hafa það að markmiði að stunda mansal eða safna barnaklámi í kynferðislegum tilgangi en ekki fjárhagslegum, gætu fallið undir ákvæðið.⁷¹ Í athugasemdum með samningnum er ekki að finna neina skýringu á því hvað gæti talist óbeinn ávinningur, telja má að með orðalaginu hafi því verið ætlunin að takmarka ekki gildissvið ákvæðisins og því að ná yfir sem fjölbreyttustu tegund brota.

Orðalag 2. mgr. 175. gr. a. hgl. verður að teljast nokkuð rúmt þar sem fjallað er um framkvæmd refsiverðs verknaðar beint eða óbeint í ávinningsskyni. Í greinargerð með lögunum kemur fram að ávinningurinn geti bæði verið af fjárhagslegum toga og efnislegum. Við túlkun ákvæðisins í íslenskum rétti er því rétt að miða við rúma túlkun samningsins, þar með ætti hvaða beini eða óbeini ávinningur að falla undir, hvort sem hann er fjárhagslegur eða efnislegur, eins lengi og það samrýmist grundvallarreglum um skýrleika refsiheimilda. Ekki er heldur finna neina útskýringu á því í greinargerð með lögum nr. 149/2009 hvað gæti flokkast sem óbeinn ávinningur en erfitt er að sjá fyrir sér hvað gæti fallið hér undir. Telja má því að eðlilegast væri að styðjast við rúma túlkun Palermó-samningsins.

4.1.5 Refsiverði verknaðurinn þarf að varða að minnsta kosti 4 ára fangelsi

Fimmta og síðasta skilyrði ákvæðisins er að refsiverði verknaðurinn þarf að varða að minnsta kosti 4 ára fangelsi. Í Palermó-samningnum er talað um að verknaðurinn verði vera alvarlegt afbrot (e. serious crime). Í b-lið 2. gr. samningsins hefur það verið skilgreint sem afbrot sem varðar í minnsta lagi 4 ára fangelsi.⁷² Í íslenskum rétti er ekki áskilið að brotið þurfi að vera gegn almennum hegningarlögum, heldur geta hér einnig átt undir öll refsiverð brot sem varða að minnsta kosti fjögurra ára fangelsi.⁷³ Þar með tekur ákvæðið bæði til almennra

⁷¹ *Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*, bls. 13.

⁷² David McClean: *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, bls. 41.

⁷³ Þskj. 16, 138. lögþ. 2009-10, bls. 23 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

hegningarlaga sem og sérrefsilaga. Brot á sérrefsilögum varða þó sjaldan svo hárrí refsingu sem hér segir en þó er að finna nokkur dæmi um það, svo sem í lögum um ávana- og fíkniefni nr. 65/1974, en samkvæmt 5. gr. þeirra varða brot á þeim allt að sex ára fangelsi. Jafnframt varða brot á áfengislögum nr. 75/1998 allt að 6 ára fangelsi. Það er þó erfitt að geta sér til um hvaða önnur sérrefsilög geti reynt á í málum á grundvelli þessa ákvæðis. Þannig er hæpið að ímynda sér að brot gegn lögum um hlutafélög nr. 2/1995, lögum um einkahlutafélög nr. 138/1994 sem og lögum um virðisaukaskatt nr. 50/1988 geti í einhverjum tilfellum tengst skipulagðri brotastarfsemi. Þar að auki varða brot á þeim allt að tveggja ára fangelsi og uppfylla þau því ekki hlutrænt efnisskilyrði ákvæðisins um að brot verði að varða að minnsta lagi 4 ára fangelsi.

Í þessu tilviki má velja fyrir sér hvort refsing þurfi að vera in abstracto eða in concreto. Með refsingu in abstracto er átt við að miðað sé við lögmælt refsihámark hvernar brotategundar, þ.e. hver refsing getur þyngst legið við broti. Hins vegar á refsing in concreto við um lengd refsingar í hverju einstaka tilfelli fyrir sig.⁷⁴ Ætla má að hér sé frekar átt við refsingu in abstracto og þá verið að vísa til þess að refsihámark brots þurfi að minnsta kosti að vera 4 ára fangelsi.

4.2 Skipulögð brotasamtök í skilningi 2. mgr. 175. gr. a. hgl.

Eins og fjallað hefur verið um í fyrri köflum þá kallar hugtakið skipulögð brotasamtök oft fram í hugann staðalímynd hinnar ítölsku mafíu.⁷⁵ Í því nútímasamfélagi sem við lifum í er raunveruleikinn þó annar. Ýmist er um að ræða innlend eða erlend brotasamtök og einnig er oft fjallað um fjölbjóðleg samtök sem starfa víðs vegar um heim.

Á Íslandi hefur verið starfrækt greiningardeild ríkislögreglustjóra frá 1. janúar 2007. Hlutverk hennar er að vinna stefnumiðaða greiningu varðandi skipulagða glæpastarfsemi og ógn af hryðjuverkum til lengri tíma. Matið er unnið á víðtækum grunni sem tekur bæði mið af þróun mála héraðs og erlendis. Ennfremur er greiningardeildinni ætlað að segja til um líklega framtíðarþróun á tilgreindum sviðum.⁷⁶ Greiningardeildin hefur síðan hún var sett á fót skilað árlegri skýrslu um mat á skipulagðri glæpastarfsemi og ógn af hryðjuverkum. Skýrslurnar eru trúnaðarmál en stuttar opinberar útgáfur hafa verið birtar almenningi. Samkvæmt síðustu skýrslu frá mars 2010⁷⁷ kemur í fyrsta lagi fram að mansal sé að færast í vöxt hér á landi. Vísbendingar séu um að menn búsettir hér, Íslendingar eða erlendir

⁷⁴ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 304.

⁷⁵ Larry J. Siegel: *Criminology*, bls. 391.

⁷⁶ *Mat ríkislögreglustjóra á skipulagðri glæpastarfsemi og hættu á hryðjuverkum*, bls. 2.

⁷⁷ Ekki hefur verið birt skýrsla greiningardeildar ríkislögreglustjóra fyrir árið 2011.

ríkisborgarar, komi að þessum skipulagða vændisinnflutningi ýmist sem einyrkjar eða í samvinnu við erlend brotasamtök. Í annan stað telst fíkniefnasmygl oft á tíðum tengjast skipulögðum brotasamtökum. Talið hefur verið að slíkt smygl leiði enn fremur oft af sér annars konar skipulagða glæpastarfsemi, svo sem peningaþvætti, skjalafals, vændi, fjárkúgun og ógnanir. Greiningardeildin telur hættu á að hagnaði af fíkniefnaviðskiptum verði í auknum mæli varið til fjárfestingar, þar sem verð á fasteignum, fyrirtækjum og lausafjármunum hefur fallið mikið. Slíkar fjárfestingar leiða einkum til þess að glæpahópar geta falið starfsemi sína á bak við lögmætan atvinnurekstur. Í þriðja lagi er talið að sú hættu sé fyrir hendi að til átaka komi milli skipulagða brotasamtaka vegna samkeppni við erfiðari aðstæður á markaði. Minni fjármunir eru í umferð en áður, skuldir manna hafa hækkað og sú hættu er fyrir hendi að til átaka komi við innheimtu þeirra.⁷⁸ Að lokum liggur fyrir að innlendir og erlendir hópar stunda skipulögð innbrot og þjófnaði hér á landi. Vitað er fyrir víst að erlendir afbrotamenn koma gagngert til landsins í þeim tilgangi að skipuleggja og fremja þjófnaði. Erlend brotasamtök eru jafnframt öflugir og skera sig frá hinum íslensku að því marki að sérhæfing er meiri innan hópanna bæði hvað varðar starfsemi og verkaskiptingu.⁷⁹

Í íslenskum fjölmiðlum hefur helst verið fjallað um skipulagða glæpahópa í tengslum við vélhjólalagengi sem reynt hafa að ná fótfestu hér á landi. Þann 5. mars 2011 var vélhjólaklúbburinn MC Iceland vígður formlega inn í alþjóðlegu glæpasamtökin Hell's Angels⁸⁰ eða Vítisengla eins og þeir eru kallaðir á íslenskri tungu. Með því hefur hópur manna á Íslandi stofnað til formlegra tengsla við alþjóðleg glæpasamtök. Í skýrslu greiningardeildarinnar kemur fram að þar sem Vítisenglar hafa náð að skjóta rötum hefur aukin skipulögð glæpastarfsemi fylgt í kjölfarið.⁸¹ Þá hefur greiningardeildin talið að til átaka geti komið milli glæpahópa hér á landi og hefur lögreglan lýst yfir að um fjóra slíka hópa sé að ræða á landinu.⁸²

Framangreind atriði hafa öll verið talin eiga við um skipulagða brotastarfsemi og tengjast skipulögðum brotasamtökum. Óljóst er þó hvort framangreindir hópar eða starfsemi falli undir 175. gr. a. hgl., enda hefur aldrei reynt á ákvæðið í framkvæmd. Fróðlegt er í því ljósi að skoða nokkur atriði sem liggja fyrir og athuga hvað unnt sé að heimfæra undir ákvæðið. Þess ber þó að geta að hér verður eingöngu byggt á þeim upplýsingum sem liggja fyrir í dómaframkvæmd. Hér má sem dæmi nefna *Hrd. 16. júní 2010 (224/2010)* en þar var í fyrsta

⁷⁸ *Mat ríkislögreglustjóra á skipulagðri glæpastarfsemi og hættu á hryðjuverkum*, bls. 3-6. Sjá einnig ÖJ, 2. mars 2011, ræða hófst kl. 14:43 (enn óbirt í B-deild Alpt.).

⁷⁹ *Mat ríkislögreglustjóra á skipulagðri glæpastarfsemi og hættu á hryðjuverkum*, bls. 5-6.

⁸⁰ Rúnar Pálmason: „Íslenskum Vítisenglum fylgja afbrot“, bls. 14.

⁸¹ *Mat ríkislögreglustjóra á skipulagðri glæpastarfsemi og hættu á hryðjuverkum*, bls. 6.

⁸² „Fjögur skipulögð glæpagengi takast á“, <http://www.visir.is>.

skipti tekist á um 227. gr. a. hgl. um mansal. Í málinu voru sex menn bornir sökum um að hafa flutt 19 ára stúlku frá Litháen mansali. Fimm mannanna voru sakfelldir fyrir brotið en einn var sýknaður á grundvelli sönnunarskorts. Hér var um þaulskipulagt brot að ræða þar sem þátttakendurnir sem uppvíst var um voru fimm talsins en ljóst var að þeir höfðu unnið brotið í samstarfi við ókunna brotamenn erlendis. Hver og einn hafði ennfremur ákveðnu hlutverki að gegna í brotinu. Í málinu var talið liggja fyrir að markmið þeirra hafi verið að flytja stúlkuna mansali hingað til lands til að stunda vændi. Í dómnum kemur eftirfarandi fram:

[...] Að virtum þessum aðstæðum ásamt því, hvernig ákærðu báru sig að samkvæmt áðursögðu í tengslum við komu A hingað til lands og dvöl hennar hér, er andstætt allri skynsemi að álykta annað en að hún hafi verið flutt hingað til lands til að stunda vændi. Að því verður á hinn bóginn að gæta að samkvæmt 1. mgr. 227. gr. a. almennra hegningarlaga, eins og ákvæðið hljóðaði áður en því var breytt með 6. gr. laga nr. 149/2009, varðaði slík háttsemi, sem ákærðu eru allir sannir að samkvæmt framansögðu, því aðeins refsingu að sá, sem brot drýgir, geri það til að nýta sér sjálfur þolanda verknaðarins kynferðislega. Í málinu liggur ekkert fyrir til sönnunar því hvort ákærðu hafi framið þennan verknað í eigin þágu frekar en sem hlutdeildarmenn í broti annars manns, eins eða fleiri, sem ekki hefur orðið uppvíst um. Af þeim sökum verða ákærðu sakfelldir samkvæmt ákæru 29. desember 2009 fyrir brot gegn 1. tölulið 1. mgr. 227. gr. a., sbr. 1. mgr. 22. gr. almennra hegningarlaga.

Það er nokkuð athyglisvert að mennirnir voru allir sakfelldir fyrir hlutdeild í broti erlendra manna, sem ekki varð uppvíst um, þar sem ekki var hægt að sanna að tilgangur þeirra hafi verið að misnota þolanda kynferðislega. Þegar brotið var framið hljóðaði 227. gr. a. hgl. á þann veg að einungis var hægt að sakfella hvern þann „sem gerist sekur um eftirfarandi verknað í þeim tilgangi að notfæra sér mann kynferðislega [...]“. Ákvæðinu var hins vegar breytt með lögum nr. 149/2009, þannig að nú er einungis skilyrði að tilgangur brotsins sé að misnota mann kynferðislega. Verknaður ákærðu var framinn fyrir lagabreytinguna og var því einungis hægt að dæma þá fyrir hlutdeildarbrott, sbr. 2. gr. hgl., þar sem ekki var hægt að sýna fram á að ákærðu ætluðu sér að misnota konuna sjálfir í vændisstarfsemi. Í dómnum segir um ákvörðun refsingar:

Við ákvörðun refsingar fyrir brot ákærðu gegn 1. tölulið 1. mgr. 227. gr. a., sbr. 1. mgr. 22. gr. almennra hegningarlaga verður að líta meðal annars til þess að samverknaður þeirra laut að því að taka úr höndum ungrar konu, sem mátti sín lítils, frelsi til að ráða ferðum sínum og dvalarstað í þeim tilgangi að láta hana leggja stund á vændi hér á landi. Þessi háttsemi var greinilega þaulskipulögð með einbeittum ásetningi í samstarfi við brotamenn erlendis, sem ekki hefur orðið uppvíst um.

Í dómnum er því þar með slegið föstu að dómþolar hafi haft samstarf við brotamenn erlendis, sem ekki hafi orðið uppvíst um. Ef litið er til 175. gr. a. hgl. og þeirra skilyrða sem þurfa að vera fyrir hendi, sbr. 2. mgr. 175. gr. a., bendir margt til að í framangreindu máli hafi verið um skipulögð brotasamtök að ræða. Í fyrsta lagi voru brotamenn í málinu að minnsta

kosti fimm og þar með er skilyrði ákvæðisins um fjölda þátttakenda í skipulögðum brotasamtökum fullnægt; ennfremur er ljóst að mennirnir voru í samstarfi við erlenda brotamenn og þátttakendur í brotinu voru því fleiri, þó að einungis hafi orðið uppvíst um fimm þeirra.

Í öðru lagi þurfa samtökin að hafa það að meginmarkmiði, beint eða óbeint í ávinningsskyni, að fremja með skipulegum hætti refsiverðan verknað eða að verulegur þáttur í starfseminni felst í að fremja slíkan verknað. Líkt og rakið var í kafla 4.1.3 er ljóst að ávallt verður vandasamt að sanna þetta skilyrði fyrir dómstólum, þar sem óvíst er hvernig hægt sé sýna fram á meginmarkmið brotasamtaka. Í umræddu máli hefur Hæstiréttur þó slegið því föstu að um þaulskipulagt brot hafi verið að ræða, þar sem sannað þótti að fimm menn hefðu staðið að verknaðinum í samráði við menn erlendis. Ennfremur var það talið andstætt allri skynsemi að álykta annað en að brotþoli hafi verið flutt hingað til lands til að stunda vandi. Í ákvörðun refsingar segir að líta verði „til þess að samverknaður þeirra laut að því að taka úr höndum ungrar konu, sem mátti sín lítils, frelsi til að ráða ferðum sínum og dvalarstað í þeim *tilgangi* að láta hana leggja stund á vandi hér á landi“. Velta má fyrir sér hvort hér sé vísað í tilgang sem efsta stig ásetnings en í framhaldi af þessu segir í dómnum að háttsemin hafi verið „greinilega þaulskipulögð með *einbeittum ásetningi* í samstarfi við brotamenn erlendis“. Tilgangi hefur verið lýst sem vilja til að koma því til vegar, sem refsíákvæði lýsir afbrot. Gerandi leitast þá við að ná ákveðnum árangri eða markmiði, sem lýst er sem afleiðingu verknaðar í refsíákvæði eða felst í efni þess.⁸³ Í dómnum virðist því slegið föstu að tilgangur mannanna hafi verið sá að flytja brotþola hingað til lands til þess eins að stunda vandi. Þar af leiðandi mætti leiða líkur að því að það hafi verið meginmarkmið þeirra eða að það hafi verið verulegur þáttur í samstarfi þeirra. Miðað við hve afdráttarlaus dómurinn er um þann tilgang þeirra að selja brotþola í vandi þá mætti álykta að það hafi verið meginmarkmið samstarfsins. Eins og kom fram í kafla 4.1.1 geta skipulögð brotasamtök snúist um einn refsiverðan verknað og því þarf markmið þeirra ekki að vera að fremja mörg afbrot heldur nægir eitt skipulagt brot.

Því næst ber að sýna fram á verknaðurinn hafi verið framinn beint eða óbeint í ávinningsskyni. Ljóst er að brotþola var ætlað að stunda vandi hér á landi. Hugtakið „vandi“ kemur fram í 206. gr. hgl., þar er það þó hvorki skilgreint í lagatextanum né lögskýringargögnum. Eðlilegt er því að skilgreina vandi í samræmi við almenna málvenju, en samkvæmt henni felur vandi í sér að annar aðilinn þiggur greiðslu af hinum fyrir

⁸³ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 69.

kynferðisathafnir, þ.e. samræði eða önnur kynferðismök sem þeir hafa sín á milli. Ekki skiptir hér máli hvort greiðslan sé peningar eða önnur verðmæti.⁸⁴ Hér má því álykta að brotið hafi verið framið í ávinningsskyni þar sem markmiðið var að neyða brotþola til að stunda vandi og lykilþáttur í skilgreiningu þess hugtaks er að greiðsla sé innt af hendi fyrir kynferðisathafnir. Vændisstarfsemi hefur einnig lengi vel verið talin stór þáttur í skipulagðri brotastarfsemi. Á síðari árum hafa umsvif hennar þó minnkað samkvæmt afbrotafræðilegum rannsóknum.⁸⁵

Að lokum þarf refsiverði verknaðurinn að varða að minnsta kosti fjögurra ára fangelsi. Samkvæmt 227. gr. a. hgl. skal refsa fyrir mansal með allt að átta ára fangelsi og þar með uppfyllir brotið vel það skilyrði. Að öllu framangreindu virtu mætti því álykta að hér hafi verið um skipulögð brotasamtök að ræða í skilningi 2. mgr. 175. gr. a. hgl. Ljóst er þó að ekki hefði verið hægt að ákæra fyrir 175. gr. a. hgl. þar sem ákvæðið hafði ekki öðlast lagagildi áður en brotið var framið. Umfjöllun þessi er því einungis fræðilegs eðlis.

Afar erfitt er að ákvarða hvers konar samtök muni falli undir ákvæðið og það mat verður að lokum ávallt í höndum dómstóla. Hins vegar ef miðað er við rúma túlkun samningsins og skilyrða ákvæðisins ætti að vera ljóst að ýmiss konar samtök geti fallið hér undir. Það sem verður þó ætíð vandasamt við beitingu ákvæðisins er að sanna að um skipulögð brotasamtök sé að ræða. Þau skilyrði sem sett eru fram í ákvæðinu verða að teljast nokkuð vandmeðfarin þegar kemur að sönnun, sérstaklega skilyrðið að samtök þurfi að hafa það að meginmarkmiði, beint eða óbeint í ávinningsskyni, að fremja refsiverðan verknað. Dómstólar munu þurfa að meta þetta hverju sinni út frá þeim gögnum og aðstæðum sem uppvíst er um. Einkar ólíklegt er þó að bein sönnunargögn muni almennt liggja fyrir varðandi þetta skilyrði, dómstólar munu öllu frekar þurfa að leiða líkur að þessu atriði af aðstæðum öllum í heild sinni.

4.3 Refsihækkun samkvæmt 60. gr. a. norsku hegningarlögunum ef brot er framið af skipulögðum brotasamtökum

Í norsku hegningarlögunum er að finna sérstaka refsihækkunarheimild í 60. gr. a. sem felur það í sér að ef refsiverður verknaður er framinn sem liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka má að færa refsinguna upp fyrir almenn refsimörk laga. Ákvæðið hljóðar svo:

Dersom en straffbar handling er utøvet som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe, forhøyes maksimumsstraffen i straffebudet til det dobbelte, likevel ikke med mer enn 5 års fengsel.

⁸⁴ Ragnheiður Bragadóttir: *Kynferðisbrot*, bls. 128-129.

⁸⁵ Alexandra Gerber: „Organized Crime“, bls. 339-340.

Med organisert kriminell gruppe menes en organisert gruppe på tre eller flere personer som har som et hovedformål å begå en handling som kan straffes med fengsel i minst 3 år, eller hvor en vesentlig del av virksomheten består i å begå slike handlinger.

Forhøyelse av maksimumsstraffen etter bestemmelsen her får anvendelse i forhold til lovbestemmelser som tillegger strafferammen rettslig virkning, hvis ikke annet er bestemt.

Með ákvæðinu er heimilt að tvöfalda refsinguna ef brot telst framið af skipulögðum brotasamtökum og sem liður í starfsemi þeirra, en til þess að skilyrði ákvæðisins séu uppfyllt þurfa bæði framangreind atriði að vera fyrir hendi. Með því er átt við að auka megi refsinguna 100%, þannig að ef hámarksrefsing við broti er 4 ára fangelsi þá mætti færa hana upp í 8 ár. Refsihækkun má þó ekki vera meiri en 5 ár. Þannig gæti hámarksrefsing við manndrápi samkvæmt 211. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, sem framið væri af skipulögðum brotasamtökum og sem liður í starfsemi þeirra, að hámarki varðað 21 árs fangelsi.

Í Noregi hefur mun oftast reynt á 60. gr. A. heldur en 162. gr. c., sem er sambærilegt ákvæði við 175. gr. a. almennra hegningarlaga. Í skýrslu um afbrotatölfræði frá 1. október 2010⁸⁶ kemur fram að 58 dómar hafa fallið þar sem 131 einstaklingur hefur verið fundinn sekur um að fremja afbrot sem lið í starfsemi skipulagðra brotasamtaka, sbr. 60. gr. a. (refsihækkun). Hins vegar hafa aðeins 3 dómar fallið þar sem 4 einstaklingar hafa verið sakfelldir fyrir brot á 162. gr. c.⁸⁷ Velta má fyrir sér hvort ástæða þess sé sú að mun einfaldara sé að beita 60. gr. a., þar sem það ákvæði tekur til brota þar sem hinn refsiverður verknaður er fullframinn og framkvæmdur sem liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Hins vegar á 162. gr. c. við þegar menn hafa sammælst um að fremja refsiverðan verknað, óháð því hvort hann hafi verið framinn eða ekki. Brot gegn ákvæðinu er fullframið þegar menn hafa sammælst um að fremja hinn refsiverða verknað. Erfiðara er að sýna fram á að menn hafi sammælst um að fremja verknað áður en sá verknaður er framinn. Þar með er mun auðveldara að sanna brot þegar hið fyrirhugaða refsiverða verk telst fullframið. Má telja að þetta sé hluti af ástæðum þess að 60. gr. a. hafi komið mun oftast til kasta norskra dómstóla.

Hæstiréttur Noregs hefur í dómum sínum skerpt nokkuð á skilyrðum ákvæðisins um hvað teljist skipulögð brotasamtök. Benda má á að 2. mgr. 60. gr. a. norsku hegningarlaganna er efnislega samhljóða 2. mgr. 162. gr. c. sömu laga, sem er svo sambærileg 2. mgr. 175. gr. a. hgl. Að vissu leyti má því horfa til sjónarmiða dómsins við skýringu á íslenska ákvæðinu. Varðandi skilgreiningaratriðið *skipulögð brotasamtök* hefur Hæstiréttur Noregs talið nauðsynlegt að samtökin hafi einhverja fastávarðaða valdaskiptingu. Í því felst að samtökin þurfa að hafa ákveðna valdauppbyggingu og hafi verið starfandi í einhvern tíma. Dómstóllinn

⁸⁶ Skýrslan er unnin úr tölfræði hjá Det sentrale straffe- og politiopplysningsregisteret (SSP).

⁸⁷ *Meld. St. 7 (2010-2011). Kampen mot organisert kriminalitet – en felles innsats*, bls. 98.

hefur verið tregur til að beita 60. gr. a. þegar ljóst er að brotið sé framið skipulega og af hópi manna en ekki verið um nægilega skýra uppbyggingu eða skipulag samstarfsins að ræða. Í norskum dómi⁸⁸ árið 2008 er að finna dæmi slíka nálgun en þar voru hafðir fyrir sökum fimm einstaklingar sem tóku þátt í framkvæmd auðgunarbrot. Í dómnum lá fyrir að sakborningar í málnum hefðu skipulagt brotin og framkvæmt þau í sameiningu. Ennfremur þótti sannað að þeir hefðu skýrlega skipt með sér verkum. Ekki var hins vegar sannað að um fastávarðaða uppbyggingu samtakanna hefði verið að ræða og taldi því dómurinn að 60. gr. a. ætti ekki við í málinu þar sem skilyrði ákvæðisins væru ekki uppfyllt.⁸⁹ Það má velta fyrir sér hvort þessi þrönga túlkun á uppbyggingu samtakanna stangist á við túlkun c-liðar 2. gr. Palermó-samningsins um *structured group* en eins og kom fram í kafla 2.1.1 hefur það hugtak ekki verið túlkað svo að meðlimir samtakanna þurfi að hafa fastmótuð hlutverk hver um sig eða að samtökin þurfi að hafa tiltekna skipulega uppbyggingu.⁹⁰ Í skýrslu frá norska dómsmálaráðuneytinu til stórþingsins árið 2010 er lýst áhyggjum af þessari þröngu túlkun dómstóla á ákvæðinu um skipulögð brotasamtök. Þar er talið að samtök sem fremja skipuleg afbrot þar sem hver þátttakandi hefur ákveðið hlutverk án þess að þau hafi fastmótaða valdauppbyggingu teljist jafnmikil ógn gegn samfélaginu og samtök með fastávarðaða valdauppbyggingu. Norska dómsmálaráðuneytið hefur því talið þörf á að endurskoða ákvæðið þannig að gildissvið þess verði rýmra.⁹¹

Ekki er að finna í almennum hegningarlögum nr. 19/1940, refsihækkunarheimild vegna þess að brot sé framið af skipulögðum brotasamtökum og því er ekki hægt hækka refsingu upp fyrir almennt refsihámark ef refsiverður verknaður er framinn sem liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Hámarksrefsing við broti á 175. gr. a. hgl. er því 4 ára fangelsi nema brot „varði þyngri refsingu samkvæmt öðrum ákvæðum laga þessara eða öðrum lögum“ líkt og tekið er sérstaklega fram í ákvæðinu. Með því er átt við að brot geti varðað þyngri refsingu ef það fellur undir önnur ákvæði almennra hegningarlaga eða sérrefsilaga sem hafa hærri refsimörk. Ljóst er því að við ákvörðun refsingar fyrir brot á 175. gr. a. hgl. verður að óbreyttu ekki farið út fyrir þau refsimörk sem tiltekin eru í ákvæðinu. Miðað við framkvæmd Norðmanna hefur ákvæði 162. gr. c. norsku hegningarlaganna, sem er sambærilegt ákvæði

⁸⁸ Dómur Borgarting lagmannsrett, nr. LB-2008-20980. Reifun dóms fengin úr skýrslu *Meld. St. 7 (2010-2011). Kampen mot organisert kriminalitet – en felles innsats*, bls. 99.

⁸⁹ *Meld. St. 7 (2010-2011). Kampen mot organisert kriminalitet – en felles innsats*, bls. 98-99.

⁹⁰ Francesco Calderoni: *Organized Crime Legislation in the European Union. Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*, bls. 33.

⁹¹ *Meld. St. 7 (2010-2011). Kampen mot organisert kriminalitet – en felles innsats*, bls. 99.

175. gr. a. hgl., komið mun sjaldnar til kasta dómstóla en hin umrædda sérstaka refsihækkunarheimild í 60. gr. a.⁹²

Af framansögðu má ætla að vandasamt kunni að verða að beita ákvæði 175. gr. a. hgl., þar sem erfitt er að sanna að menn hafi sammælt um að fremja refsiverðan verknað ef ekki kemur til framkvæmda á verknaði. Hins vegar getur verið einfaldara að sýna fram á að brot sem leitt hefur verið til lykta sé liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Í íslenskum rétti er hins vegar ekkert sérstakt refsihækkunarákvæði sem tekur til þess þegar brot er framið af skipulögðum brotasamtökum og sem liður í starfsemi þeirra. Við aðstæður sem þessar mætti hugsanlega vísa til 2. mgr. 70. gr. hgl. en þar er að finna heimild til refsilyngingar ef verknaður er framinn af fleiri mönnum í sameiningu, svokallaður samverknaður. En leiðir það þá til refsilyngingar innan hinna almennu refsimarka laga. Tekið er fram í ákvæðinu að hafi fleiri menn en einn unnið refsivert verk í sameiningu, skuli að jafnaði taka það til greina til þyngingar refsingar.⁹³ Með samverknaði er átt við það þegar tveir menn eða fleiri hafa samvinnu eða samtök um framkvæmd refsiverðs verknaðar og standa nokkurn veginn jafnt að vígi um ákvarðanir og framkvæmd brots. Þótt samverkamenn teljist allir aðalmenn í afbroti, getur þátttaka þeirra einnig verið verkskipt aðild.⁹⁴ Telja má að hægt væri að beita ákvæði þessu í framkvæmd þegar ljóst er að brot hefur verið framið sem liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka, en ekki einungis verið um sammæli manna að ræða, sbr. 175. gr. a. hgl. Hins vegar er þó óljóst í slíkum tilfellum þar sem hið fyrirhugaða brot er fullframið, hvort ákvæði 175. gr. a. hgl. yrði beitt samhliða hinu fyrirhugaða broti, en nánar verður fjallað um það í kafla 6.1.3. Í ljósi reynslu Norðmanna á beitingu þessara ákvæða, þ.e. 162. gr. c. og 60. gr. a. norsku hegningarlaganna, má velta fyrir sér hvort þörf sé á að lögfesta sambærilegt refsihækkunarákvæði og er að finna í 60. gr. a. Það má vel færa rök fyrir því þar sem skipulögð brotasamtök hafa lengi verið talin afar hættuleg og skapa ógn við samfélagið. Til stuðnings má benda á að í 175. gr. a. hgl. er lýst refsivert að sammælast um að fremja refsiverðan verknað, þó að sá verknaður komi aldrei til framkvæmda. Hér er því lögð refsíabyrgð við því að ákveða það eitt að fremja afbrot. Hér getur verið um margs konar brot að ræða, en skilyrði ákvæðisins er alltaf að brotið þurfi að vera liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Þar með má segja að ef menn sammælast um að fremja refsivert brot, sem er ekki liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka, þá liggi yfirleitt ekki refsíabyrgð við þeim verknaði, nema hann sé kominn á tilraunarstig eða þá fullframinn. Lykilatriðið er því að

⁹² Sjá Meld. St. 7 (2010-2011). *Kampen mot organiseret kriminalitet – en felles innsats*, bls. 98.

⁹³ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 258.

⁹⁴ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 145.

brotið tengist skipulögðum brotasamtökum. Löggjafinn hefur með þessu móti tekið fram að verknaður framinn af skipulögðum brotasamtökum telst annars eðlis en verknaður framinn undir öðrum kringumstæðum enda hefur mikil hættu verið talin stafa af samtökum sem þessum. Það má því vel segja að eðlilegt væri að sérstök refsihækkunarheimild væri lögfest í íslenskum rétti við brotum framkvæmdum af skipulögðum brotasamtökum. Með því móti væri löggjafinn einnig búinn að mynda skýra stefnu að brot af þessu tagi teldust alvarleg og heimiluðu því hærri refsimörk. Af framkvæmd Norðmanna má sjá að ákvæði 60. gr. a. norsku hegningarlaganna hefur mun oftast komið til kasta dómstóla heldur en hliðstætt ákvæði 175. gr. a. hgl. Leiða má líkur að því að það ákvæði sé mun auðveldara í framkvæmd heldur en sú leið sem farin hefur verið hér á landi. Nánar verður fjallað um ákvæði 1. mgr. 175. gr. a. hgl. í næsta köflum og þar rakin þau refsiskilyrði sem þurfa að vera fyrir hendi.

5 Skipulögð brotastarfsemi

Í kafla 4 var fjallað um 2. mgr. 175. gr. a. hgl. og skilyrði þess að samtök manna geti talist til skipulagðra brotasamtaka. Það er grundvallarþáttur í skilgreiningu skipulagðrar brotastarfsemi í 1. mgr. 175. gr. a. hgl. að átta sig á hvað felst í skipulögðum brotasamtökum og því var hagkvæmast að skýra það atriði áður en greint væri frá refsiskilyrðum 1. mgr. Í eftirfarandi köflum verður því leitast við að skýra refsiskilyrði 1. mgr. 175. gr. a. hgl.

5.1 Almennt um skipulagða brotastarfsemi samkvæmt 1. mgr. 175. gr. a. almennra hegningarlaga nr. 19/1940

Með 1. mgr. 175. gr. a. hgl. er það lýst refsivert að sammælast við annan mann um að fremja refsiverðan verknað sem sé liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Jafnframt er áskilið að verknaðurinn sem sammælst er um varði minnst 4 ára fangelsi og því þurfi að vera um alvarlegt brot að ræða. Hugtakið skipulögð brotastarfsemi kemur ekki beinlínis fram í texta ákvæðisins en þó hefur háttsemin sem þar er lýst refsiverð verið flokkuð undir það hugtak í umfjöllun um ákvæðið. Í greinargerð með breytingarlögum nr. 149/2009 er jafnframt vísað til þess á þann hátt að með þessu nýja ákvæði sé það gert refsivert að taka þátt í skipulagðri brotastarfsemi.⁹⁵

Ákvæðið er um margt ólíkt því sem við eigum að venjast í íslenskum refsirétti. Hér er háttsemin lýst refsiverð í 1. mgr. en í 2. mgr. ákvæðisins er að finna viðbótarskilgreiningu við verknaðarlýsingu 1. mgr. Með henni er lykilatriði í 1. mgr. skilgreint í 2. mgr. Nauðsynlegt er því að lesa ákvæðið í heild sinni til að átta sig nákvæmlega á hvaða háttsemin telst refsiverð samkvæmt því. Ekki er að sjá að annað ákvæði sambærilegt að þessu leyti sé að finna í almennum hegningarlögum eða sérrefsilögum. Þá er í annan stað notast við orðalagið að *sammælast* við annan mann, en það orðalag er einungis að finna á einum öðrum stað í hegningarlögunum, í 110. gr. hgl.: *Hafi fangar, sem eru í fangelsi, sammælst um að hjálpast að að [sic] strjúka, þá varðar það fangelsi allt að 3 árum.* Varðandi það ákvæði segir í greinargerð með almennum hegningarlögum að sökum þeirrar hættu er stafar af samtökum refsifanga um að strjúka sameiginlega þyki vera nauðsynlegt að ákveða refsingu sérstaklega við samtökunum. Ennfremur kemur fram að tilraun til stroks þarf ekki að hafa átt sér stað, heldur sé nægilegt að fangarnir hafi sammælst um strokið til þess að brotið teljist fullframið.⁹⁶ Ekki er nánar skýrt í greinargerðinni hvað felist í því að sammælast. Hugtakið *sammæli* er vandskýrt, en nánar verður fjallað um það skilyrði 1. mgr. 175. gr. a. hgl. síðar. Þriðja atriðið

⁹⁵ Þskj. 16, 138. lögþ. 2009-10, bls. 23 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

⁹⁶ Alþt. 1939, A-deild, bls. 376.

sem er athyglisvert við 175. gr. a. hgl. er að refsing samkvæmt ákvæðinu er fangelsi allt að 4 árum, en tekið er fram að brot gegn ákvæðinu geti varðað þyngri refsingu samkvæmt öðrum ákvæðum almennra hegningarlaga eða öðrum lögum. Ástæða þessa er sú að ákvæðið sem slíkt getur beinst að öllum brotum sem varða að minnsta kosti 4 ára fangelsi, sbr. 1. og 2. mgr. 175. gr. a. hgl. Ákvæðið hefur því nokkurs konar stöðu sem ósérgreint safnhugtak.⁹⁷ Hin skipulagða brotastarfsemi getur því beinst að öllum refsiverðum brotum sem fullnægja þeirri kröfu að varða að minnsta kosti 4 ára fangelsi, þar eð engin skilyrði eru um ákveðnar brotategundir. Af þessu má leiða að ef brotið er gegn 175. gr. a. hgl. varði það almennt refsingu allt að 4 árum, nema brot það sem sammælt er um að fremja geti varðað þyngri refsingu.

5.1.1 Fyrirmynd 1. mgr. 175. gr. a. hgl.

Ákvæði 1. mgr. 175. gr. a. hgl. er að mestu byggt á 5. gr. Palermó-samningsins, en einnig var litið til 162. gr. c. norsku hegningarlaganna.⁹⁸ Áður en refsiskilyrði íslenska ákvæðisins eru rakin er nauðsynlegt að gera grein fyrir efni og tilgangi 5. gr. Palermó-samningsins. Samkvæmt henni er samningsaðilum skylt að lögfesta í refsilöggjöf sinni ákvæði sem mælir fyrir um að þátttaka í starfsemi skipulagðra brotasamtaka sé refsinaem, enda sé um ásetning að ræða.⁹⁹ Ákvæði 1. mgr. 5. gr. samningsins hljóðar svo:

1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally:

(a) Either or both of the following as criminal offences distinct from those involving the attempt or completion of the criminal activity:

(i) Agreeing with one or more other persons to commit a serious crime for a purpose relating directly or indirectly to the obtaining of financial or other material benefit and, where required by domestic law, involving an act undertaken by one of the participants in furtherance of the agreement or involving an organized criminal group;

(ii) Conduct by a person who, with knowledge of either the aim and general criminal activity of an organized criminal group or its intention to commit the crimes in question, takes an active part in:

a. Criminal activities of the organized criminal group;

b. Other activities of the organized criminal group in the knowledge that his or her participation will contribute to the achievement of the above-described criminal aim;

(b) Organizing, directing, aiding, abetting, facilitating or counselling the commission of serious crimes involving an organized criminal group.

⁹⁷ Sjá til samanburðar 100. gr. a. hgl. um hryðjuverk, en það flokkast sem sérgreint safnhugtak, þar sem í ákvæðinu eru sérstaklega tiltekin ákveðin brot innan hgl., sem ákvæðið tekur til.

⁹⁸ Þskj. 16, 138. lögþ. 2009-10, bls. 16 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

⁹⁹ Þskj. 16, 138. lögþ. 2009-10, bls. 15 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

Í ákvæðinu er boðið upp á tvær leiðir fyrir sammingsaðila til að lögfesta ákvæði um skipulagða brotastarfsemi. Þær þjóðir sem eru aðilar að Palermó-samningnum búa við mismunandi réttarkerfi og réttarreglur og er það ástæðan fyrir þessu fyrirkomulagi sammingsins. Markmiðið var því að gera öllum ríkjum fært að laga ákvæðið að reglum sínum og hefðum. Skiptingin beinist annars vegar að þeim ríkjum sem byggja á hinu engilsaxneska réttarfari (e. Common law) og hins vegar ríkjum sem byggja réttarfar sitt á meginlandsrétti (e. Civil law). Skiptingin endurspeglar það ennfremur að í sumum löndum er að finna refsilöggjöf um samsærisbrot (e. conspiracy laws)¹⁰⁰ en í öðrum er að finna lagaákvæði um þátttöku í brotasamtökum (f. association de malfaiteurs). Hið fyrrnefnda á einkum við um engilsaxneskan rétt en hið síðarnefnda fremur um meginlandsrétt. Samkvæmt samningnum voru þessar tvær leiðir taldar fullnægjandi til að uppfylla skilyrði sammingsins. Sammingsaðilar voru einungis skyldir til að lögfesta aðra hvora leiðina, en var þó heimilt að leggja bann við hvoru tveggja.¹⁰¹ Á Íslandi var farin sú leið sem líkist engilsaxneskum rétti um samsærislöggjöf, sbr. i. staflíð a-liðar 1. mgr. 5. gr. Ekki var hins vegar lagt bann við því að vera þátttakandi í brotasamtökum. Það er þó nokkuð erfitt að samrýma hvora leiðina sem er norrænum rétti og hefur það meðal annars verið meginástæða þess að Danmörk og Svíþjóð hafa ekki lögfest ákvæði um skipulagða brotastarfsemi. Bæði löndin hafa þó fullgilt Palermó-samninginn en telja að brot af þessum tagi falli vel innan almennra refsiréttarreglna þeirra.¹⁰² Norðmenn hafa aftur á móti bæði fullgilt samninginn og gert í því sambandi breytingar á hegningarlögum sínum, sbr. lög nr. 78 frá 4. júlí 2003.¹⁰³ Í Noregi var farin sú leið að lýsa því sem refsiverðu broti að sammælast við annan mann um að fremja refsiverðan verknað sem er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka, en sú leið var einnig farin hér á landi með breytingarlögum nr. 149/2009. Auk þess lögfestu Norðmenn refsihækkunarheimild fyrir brot framin af skipulögðum brotasamtökum í 60. gr. a. norsku hegningarlaganna. Við ákvörðun um hvaða leið væri vænlegast að fara með hliðsjón af norrænum rétti litu Norðmenn meðal annars til þess að refsíákvæði um sammæli manna uppfyllti frekar kröfur um skýrleika refsheimilda heldur en bann við þátttöku í skipulögðum brotasamtökum. Þeir töldu að ákvæði

¹⁰⁰ Í riti Jónatans Þórmundssonar *Afbrot og refsíabyrgð I* (bls. 113) er notast við hugtakið samblástur þegar fjallað er um samkomulag manna eða samtök um framningu afbrots. Vísar sú orðnotkun til enska hugtaksins conspiracy. Hér er þó stuðst við hugtakið samsæri þegar fjallað er um conspiracy þar sem höfundi finnst það heppilegra orðalag í umfjöllun um brot af þessu tagi.

¹⁰¹ *Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*, bls. 21-22.

¹⁰² Francesco Calderoni: *Organized Crime Legislation in the European Union. Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*, bls. 115.

¹⁰³ *Ot. prp. nr. 62 (2002-2003). Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.)*, bls. 5.

sem fæli í sér bann við þátttöku í brotsamtökum yrði alltaf mun matskenndara og því einungis hlutverk dómstóla að meta. Hins vegar töldu þeir að bæði ákærvaldið og dómstólar hefðu nokkra reynslu af beitingu ákvæða um sammæli manna þar sem nokkur sambærileg ákvæði væri að finna í norsku hegningarlögunum.^{104, 105}

Líkt og komið hefur fram er íslenska ákvæðið byggt á i. staflíð a-liðar 1. mgr. 5. gr. Palermó-samningsins. Hins vegar má segja að framsetning ákvæðisins sé að miklu leyti efnislega samhljóða ákvæði um skipulagða brotastarfsemi í 162. gr. c. norsku hegningarlaganna, en 1. mgr. þess hljóðar svo:

Den som inngår forbund med noen om å begå en handling som kan straffes med fengsel i minst 3 år, og som skal begås som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe, straffes med fengsel inntil 3 år, med mindre forholdet går inn under en strengere straffebestemmelse. Forhøyelse av maksimumsstraffen ved gjentakelse eller sammenstøt av forbrytelser kommer ikke i betraktning.

Af lestri ákvæðisins má ráða að það er að miklu leyti efnislega samhljóða því íslenska, utan þess að í norska ákvæðinu er það skilyrði sett að brot sem sammælt er um að fremja varði að minnsta kosti 3 ára fangelsi og brot gegn ákvæðinu sjálfu varði fangelsi allt að 3 árum, en í íslenska ákvæðinu er hvort tveggja miðað við 4 ár. Í Palermó-samningnum er áskilið að það brot sem sammælt er um að fremja flokkist undir alvarleg brot (e. serious crime) og er það hugtak svo skilgreint í b-lið 2. gr. samningsins að brot þurfi að varða að minnsta kosti 4 ára fangelsi.¹⁰⁶ Norðmenn hafa þar með kosið að lækka viðmið samningsins um „alvarlegt brot“ með því að færa refsímörkin úr 4 árum niður í 3 ár.¹⁰⁷ Þá er í norska ákvæðinu tekið fram að refsihækkun á grundvelli ítrekunar eða brotasamsteypu eigi ekki við, en í 1. mgr. 175. gr. a. hgl. er slík refsihækkun ekki undanskilin. Að öðru leyti er íslenska ákvæðið efnislega samhljóða því norska.

5.2 Refsiskilyrði 1. mgr. 175. gr. a. hgl.

Yfirleitt felur verknaðarlýsing refsíákvæðis í sér hlutræna efnisþætti, óháða hinni huglægu afstöðu geranda. Hins vegar getur lýsing verknaðar verið samofin huglægum og hlutrænum

¹⁰⁴ *Ot. prp. nr. 62 (2002-2003). Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.)*, bls. 26-27.

¹⁰⁵ Í norsku hegningarlögunum (Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) frá 22. maí 1905 nr. 10) er að finna ákvæði sem leggja við því refsíabyrgð að sammælast um að fremja refsiverðan verknað, m.a. í 8. kafla laganna sem ber heitið *Forbrydelser mod Statens Selvstændighed og Sikkerhed* eða brot gegn stjórnskipan ríkisins og öryggi.

¹⁰⁶ David McClean: *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, bls. 37.

¹⁰⁷ *Ot. prp. nr. 62 (2002-2003). Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.)*, bls. 27.

atriðum og á það einkum við þegar refsíabyrgð er byggð á tiltekinni tjáningu hugsunar.¹⁰⁸ Ákvæði 142. gr. hgl. felur til að mynda í sér refsíabyrgð fyrir að bera rangt fyrir rétti eða stjórnvaldi. Í greinargerð með hegningarlögum nr. 19/1940 segir um ákvæðið að það hvort skýrsla sé röng fari eftir því hvað sá áleit sem skýrsluna gaf. Þar með geti það verið brot ef skýrslugjafi hélt sig vera að bera rangt þótt skýrslan reynist svo vera í samræmi við hið sanna í málinu. Hins vegar ef skýrslugjafi telur sig hafa borið eftir bestu vitund verður honum ekki refsað þótt framburður hans reynist objektivt rangur.¹⁰⁹ Hér samtvinnast því huglæg og hlutlæg skilyrði ákvæðisins á þann veg að erfitt er að greina þau hvort frá öðru. Skiptir hér aðalmáli hver huglæg afstaða gerandans var sem skýrsluna gaf. Í 1. mgr. 175. gr. a. hgl. er að finna sambærilegt tilvik en þar kemur fyrir hugtakið *að sammælast*. Í því felst að maður sammælist við annan mann um að fremja tiltekinn refsiverðan verknað. Í greinargerð með breytingarlögum nr. 149/2009 segir um hugtakið að við nánari túlkun á hlutræna efnisskilyrðinu um *sammæli* manna verði 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 skilyrðum ákvæðisins og framkvæmd hans er liður í starfsemi slíkra samtaka eins og þau eru skilgreind í 2. mgr. ákvæðisins.¹¹⁰ Lagatæknilega séð má segja að *sammæli* manna sé hlutlægt skilyrði líkt og kemur fram í greinargerðinni en hins vegar sést það vel á fyrrgreindum athugasemdum að huglægir og hlutlægir þættir samtvinnast í ákvæðinu. Nánar verður fjallað um það síðar. Það má svo segja að önnur hlutlæg skilyrði ákvæðisins séu þau að refsiverður verknaður sem sammælst er um að fremja þurfi að *varða að minnsta kosti 4 ára fangelsi* og að *framkvæmd hans sé liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka*.

Samkvæmt 18. gr. hgl. getur einungis ásetningur komið til skoðunar við beitingu 175. gr. a. hgl., þar sem ekki er kveðið á um gáleysisheimild í ákvæðinu. Hér er um nokkurs konar framvirkan ásetning að ræða þar sem hann þarf að ná til atriða sem ekki hafa enn komið fram. Lykilatriði 175. gr. a. hgl. er að brot gegn ákvæðinu telst fullframið þegar menn hafa sammælst um að fremja tiltekinn refsiverðan verknað. Ásetningur hinna brotlegu þarf auk þess að ná til þess að fremja hið fyrirhugaða brot og til afleiðinga þess, eftir því sem lög áskilja. Í raun má segja að ásetningurinn sé tvíþættur, annars vegar þarf hann að ná til sammælis við annan mann og hins vegar þarf hann að ná yfir hið fyrirhugaða refsiverða verk sem er andlag sammælisins. Síðari þátturinn felur það í sér að ásetningur þarf að ná til þess að

¹⁰⁸ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 37.

¹⁰⁹ Alþt. 1939, A-deild, bls. 379.

¹¹⁰ Þskj. 16, 138. lögb. 2009-10, bls. 23 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

fremja brot sem varðar að minnsta kosti 4 ára fangelsi og er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Í kafla 6 og 7 verður ítarlega fjallað um hlutlæg og huglæg skilyrði ákvæðisins.

6 Hlutlæg refsiskilyrði 1. mgr. 175. gr. a. hgl.

Það má segja með nokkurri einföldun að hlutlæg skilyrði 1. mgr. 175. gr. a. hgl. séu þrjú, þ.e. að *sammælast* við annan mann um fremja tiltekinn verknað, að sá verknaður þurfi að varða að *minnsta kosti 4 ára fangelsi* og að hann sé *liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka*. Fyrst verður fjallað um hið vandmeðfarna skilyrði að sammælast við annan mann.

6.1 Sammæli

Eins og fram er komið er ákvæðið byggt á i. staflíð a-liðar 1. mgr 5. gr. Palermó-samningsins og þar með er 1. mgr. 175. gr. a. byggð á réttarreglum um samsærisbrot (e. conspiracy laws) svipuðum þeim sem er að finna í engilsaxneskum rétti. Í athugasemdum með Palermó-samningnum kemur fram að engu sé við þann skilning að bæta sem nú þegar er lagður í samsærislöggjöf í engilsaxneskum rétti og því verði að horfa til réttarframkvæmdar hans við túlkun á ákvæði samningsins.¹¹¹ Í ljósi þess er nauðsynlegt að reyna átta sig á hvernig réttarreglum um samsærislöggjöf hefur verið háttáð og hvernig þær geta hjálpað við greiningu á skilyrðum 1. mgr. 175. gr. a. hgl. Verður því reynt að greina frá þeim í kafla 6.1.1.

Íslenska ákvæðið er einnig að miklu leyti efnislega samhljóða ákvæði 162. gr. c. norsku hegningarlaganna. Verður því reynt að skýra afstöðu Norðmanna til hugtaksins að sammælast, í kafla 6.1.2, en nokkur ákvæði finnast í norsku hegningarlögunum sem fela í sér refsíábyrgð við ólögsmætu sammæli manna. Að lokum verður, í kafla 6.1.3, velt vöngum yfir því hvernig líklegt sé að ákvæðið verði skýrt í íslenskum rétti með hliðsjón af túlkun engilsaxnesks og norsks réttar.

6.1.1 Engilsaxneskur réttur

Samsærisbrot hafa verið flokkuð undir svokölluð „brot á byrjunarstigi“ (e. inchoate crimes)¹¹² í engilsaxneskum rétti. Þessi brot fela vanalega í sér undirbúnings- eða framkvæmdarathafnir áður en aðalbrotið er til lykta leitt. Hér getur verið um að ræða brot sem ekki eru fullframin og því hafi engar eða takmarkaðar afleiðingar komið fram en hins vegar liggi refsíábyrgð við þeim sem tilraunarbrotum. Undir þennan brotaflokk falla auk tilraunarbrota, samsærisbrot og tiltekin æsingarbrot (e. incitement) sem eru fullframin sem slík.¹¹³ Með þessum brotum er í raun lögð refsíábyrgð við aðdraganda refsiverðs verknaðar, án þess að nauðsynlegt sé að

¹¹¹ David McClean: *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, bls. 62-63.

¹¹² Með hugtakinu inchoate er átt við eitthvað sem er ófullgert (e. incomplete) eða er gert án árangurs (e. ineffective). Er þessi tegund brota oft undanfari annarra afbrota, en þau geta þó einnig verið sjálfstæð afbrot.

¹¹³ Antonio Cassese: *International Criminal Law*, bls. 219.

efnisröskun eða önnur afleiðing eigi sér stað. Refsivörslukerfið getur í slíkum tilfellum brugðist mun fyrr við en ella. Varnaðarrök hafa að mestu leyti legið að baki þessari refsíabyrgð en einnig hefur verið talið að einstaklingar sem ganga það langt að gera samning sín á milli um að fremja refsiverðan verknað, en eru stöðvaðir áður en hið fyrirhugaða brot er framkvæmt, séu ekki minna sekir eða hættulegir en þeir einstaklingar sem sammælast um að fremja brot sem þeim tekst að framkvæma.¹¹⁴ Tilgangur slíkrar refsíabyrgðar er því að verja samfélagið eins vel og hægt er.¹¹⁵

Kjarni samsærisbrota hefur lengi verið talið vera *samkomulagið* sem tveir menn eða fleiri gera sín á milli um að fremja refsiverðan verknað.¹¹⁶ Hugtak þetta hefur verið túlkað afar rúmt með hliðsjón af samsærisbrotum.¹¹⁷ Með samkomulagi hefur í raun verið átt við sameiginlega huglæga afstöðu gerenda til verksins, en þar með er ekki gerð krafa um að menn hittist og geri formlegt samkomulag um að fremja brot, heldur nægir að þeir hafi sama skilning á því hvaða verk skal framkvæma. Hins vegar getur skipt máli á hvaða stigi sá skilningur er, þ.e. hvort hann nái því að vera kominn á það stig að teljast samkomulag, þannig eru ákveðin neðri mörk á samkomulaginu. Hér getur til dæmis verið um að ræða atvik þegar menn eru enn á viðræðustigi og hafa ekki ákveðið hvernig eða hvort þeir ætla að framkvæma verkið. Undir þessum kringumstæðum væri ekki talið að menn hefðu sammælst um að fremja ákveðið refsivert verk. Hins vegar getur verið annað mál ef menn hafa sammælst í grundvallaratriðum um framkvæmd tiltekins refsiverðs verknaðar en eiga eftir að koma sér saman um smáatriði við framkvæmd verksins. Einnig getur verið erfitt að meta aðstæður ef samkomulag hefur verið gert um framkvæmd verks, en það tekur svo breytingum þegar á líður. Í engilsaxneskri réttarframkvæmd hefur verið litið svo á að um samsærisbrot sé að ræða í þessum tilfellum. Þar að auki er ljóst að samkomulag manna er viðkvæmt fyrir breytingum sem geta orðið á aðstæðum hverju sinni. Sem dæmi má nefna skipulagt rán sem þarf að hætta við þar sem lögreglan er í eftirliti í hverfinu á þeim tíma sem ránið átti að fara fram. Slíkir atburðir hafa þó ekki áhrif á hvort um samsærisbrot sé að ræða,¹¹⁸ þar sem samsærisbrot telst fullframið þegar samkomulag hefur verið gert um framkvæmd tiltekins refsiverðs verknaðar. Það hefur því ekki áhrif á refsíabyrgð þó að samkomulagið komist aldrei til framkvæmda eða að brotið sé í raun óframkvæmanlegt. Samsærisbrot eru frábrugðin öðrum brotum á þann veg að samkomulagið sem menn gera sín á milli er viðvarandi (e. continuous and ongoing offence),

¹¹⁴ Andrew Ashworth: *Principles of Criminal Law*, bls. 471.

¹¹⁵ Antonio Cassese: *International Criminal Law*, bls. 219.

¹¹⁶ Andrew Ashworth: *Principles of Criminal Law*, bls. 471.

¹¹⁷ Mark Findlay: *Problems for the Criminal Law*, bls. 218.

¹¹⁸ Andrew Ashworth: *Principles of Criminal Law*, bls. 475.

en með því er átt við að menn geta orðið aðilar að hinu refsiverða samkomulagi hvenær sem er. Menn geta því gengið inn í samkomulagið á mismunandi tíma.¹¹⁹ Hafi hópur manna innan skipulagðra brotasamtaka til að mynda skipulagt innflutning á fíkniefnum, en á síðari stigum fengið til liðs við sig fleiri menn til að taka þátt í hinum fyrirhugaða innflutningi, teldust þeir sem síðar gengu til liðs við brotasamtökin, jafnt og þeir sem fyrir voru, aðilar að samkomulaginu og því samsærisbrotinu. Það skiptir því ekki máli á hvaða stigi menn gerast aðilar að samkomulaginu.

Í samsærisbrotum skiptir efni samkomulagsins höfuðmáli. Nauðsynlegt er eðli málsins samkvæmt að efni samkomulagsins lúti að refsiverðri háttsemi. Hins vegar geta einstaklingar ekki borið fyrir sig að þeir hafi verið í óvissu um hvort háttsemin sem slík væri refsiverð.¹²⁰ Þá má benda á að það skiptir ekki meginmáli hvort refsiverða verkið sem samkomulagið lýtur að, sé framkvæmt eða sé yfirhöfuð framkvæmanlegt.¹²¹ Ef menn til að mynda sammælast um að drepa annan mann sem er nú þegar dáinn, án þeirra vitundar, gerast þeir þrátt fyrir það sekir um refsivert samsæri.¹²² Efni samningsins lýtur ekki einungis að þeirri refsiverðu háttsemi sem samið var um að framkvæma heldur þarf það einnig að ná til afleiðinganna sem kunna að hljótask af hinu fyrirhugaða broti.¹²³ Ef menn til að mynda sammælast um að framkvæma stórfellda líkamsárás samkvæmt 2. mgr. 218. gr. hgl. þá verða þeir ekki sakfelldir fyrir samsæri til manndráps ef bani hlýst af brotinu. Í slíku tilviki væri einungis hægt að sakfella menn fyrir samsæri sem lýtur að efni samningsins sem þeir gerðu sín á milli, þó að háttsemin sem slík leiddi til annars brots.¹²⁴

Eins og fram hefur komið er grundvallarþáttur samsærisbrota samkomulagið sem menn gera sín á milli um að fremja tiltekið refsivert brot. Það er þó þannig að sjaldan í framkvæmd er hægt að ákæra fyrir brot á því stigi, þar sem oftast er um samning manna á milli sem gerður er á laun og því sjaldgæft að fullnægjandi sönnunargögn liggi fyrir. Ljóst er að það er nokkrum vandkvæðum bundið hvernig sanna eigi að um samsæri hafi verið að ræða. Í engilsaxneskum rétti hefur hins vegar verið litið svo á að ekki sé þörf að leiða fram sönnunargögn um sjálfan samninginn sem menn gera sín á milli, þar með þarf ekki að sanna að menn hafi t.d. mælt sér mót og formlega samið um að framkvæma tiltekið refsivert verk. Hér nægir að hægt sé að draga þá ályktun af athöfnum sem menn framkvæma í aðdraganda

¹¹⁹ Mark Findlay: *Problems for the Criminal Law*, bls. 218-219.

¹²⁰ Andrew Ashworth: *Principles of Criminal Law*, bls. 477-478.

¹²¹ C. M. V. Clarkson og H. M. Keating: *Criminal Law: Text and Materials*, bls. 500.

¹²² C. M. V. Clarkson og H. M. Keating: *Criminal Law: Text and Materials*, bls. 501.

¹²³ Andrew Ashworth: *Principles of Criminal Law*, bls. 477-478.

¹²⁴ C. M. V. Clarkson og H. M. Keating: *Criminal Law: Text and Materials*, bls. 496.

brotsins,¹²⁵ t.d. af undirbúningsathöfnum þeirra. Má sem dæmi nefna ef menn hafa sammælst um að sprengja upp byggingu og hafa í þeim tilgangi aflað sér sprengiefna og ritað niður áætlun um hvernig skyldi framkvæma verkið þá mætti draga þá ályktun af því að þeir hafi komið sér saman um að fremja refsivert brot. Undirbúningurinn fólst því í að útvega sér sprengiefni og rita niður áætlun um framkvæmd verksins.

Af öllu þessu er ljóst að kjarni samsærisbrota í engilsaxneskum rétti er samkomulagið sem menn gera sín á milli um að fremja refsiverðan verknað. Það breytir því ekki ábyrgðinni hvort hinn refsiverði verknaður sem slíkur verði til lykta leiddur, heldur er brotið fullframið við það eitt að samkomulag hafi verið gert um að fremja tiltekið brotið. Hins vegar ef verknaður sem sammælst var um að fremja er framkvæmdur, má sakfella gerendur fyrir bæði samsærisbrotið og hið umsamda refsiverða brot. Varnaðarrökin er liggja hér að baki er nauðsynin að geta komið í veg fyrir brot, sérstaklega þegar í hlut á hópur manna, þar sem almennt er talið að af slíkum brotum stafi mikil hættu fyrir samfélagið.¹²⁶

6.1.2 Norskur réttur

Í norskum rétti var, eins og áður sagði, farin sama leið og hér á landi, sem sagt að lögfesta ákvæði í 162. gr. c. norsku hegningarlögunum sem lýsir það refsivert að sammælast við annan mann um að fremja refsiverðan verknað sem er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Bæði Íslendingar og Norðmenn völdu því þá leið Palermó-samningsins sem leidd er af samsærislögjöf engilsaxnesks réttar.¹²⁷ Í norskum rétti voru þó fyrir sambærileg ákvæði sem leggja refsíabyrgð við því að sammælast við annan mann um að fremja refsiverð brot og því er við nokkur fordæmi þar að styðjast. Þar er meðal annars að finna ákvæði í 147. gr. a. norsku hegningarlögunum, þar sem það er lýst refsivert að sammælast við annan mann um að skipuleggja hryðjuverkaárás, en einnig er ákvæði í 269. gr. sömu laga, þar sem það er lýst refsivert að sammælast við annan mann um að fremja rán.¹²⁸ Fleiri ákvæði er raunar að finna í norskum hegningarlögunum sem fela í sér refsíabyrgð við sammæli manna sem ekki eiga sér hliðstæður hér á landi.

Hugtakið sammæli (n. forbund) í 162. gr. c. norsku hegningarlögunum hefur verið skýrt á þann hátt að í því felist að þrír menn eða fleiri geri með sér samkomulag um framkvæmd refsiverðs verknaðar eða þátttöku í honum. Hér þurfa gerendur því ekki að vera aðalmenn í fyrirhugaða brotinu, heldur nægir að þeir hafi sammælst um að fremja brotið en látið aðra um

¹²⁵ Mark Findlay: *Problems for the Criminal Law*, bls. 217-218.

¹²⁶ Antonio Cassese: *International Criminal Law*, bls. 227.

¹²⁷ *Meld. St. 7 (2010-2011). Kampen mot organisert kriminalitet – en felles innsats*, bls. 98.

¹²⁸ *Meld. St. 7 (2010-2011). Kampen mot organisert kriminalitet – en felles innsats*, bls. 99.

að framkvæma það. Brotið telst jafnframt fullframið á því augnabliki sem samkomulagið hefur verið gert. Það hefur ekki verið talið hafa áhrif á refsíabyrgðina þó að menn skipti síðar um skoðun eða falli frá framkvæmd verksins, brotið telst engu að síður fullframið á því tímamarki er komist hefur verið að samkomulagi um að fremja verkið.¹²⁹ Yfirleitt mundi slíkt ekki teljast gilt afturhvarf, enda auk þess um fullframið brot að ræða. Ekki eru gerðar kröfur til þess að slíkt samkomulag sé skriflegt heldur getur munnlegt samkomulag manna átt hér undir.¹³⁰ Samkomulagið getur hvort heldur verið með beinum orðum eða gefið skyn með látbragði.¹³¹ Mun erfiðara er þó að sanna munnlegt samkomuleg manna ef ekki liggja fyrir haldbær gögn um ráðagerðina. Í norskum fræðiritum hefur jafnframt verið litið svo á að ráðagerðir manna um framkvæmd afbrots þurfi að liggja fyrir og vera nokkuð vel mótaðar og endanlegar. Hér nægja því ekki óljósar ráðagerðir manna um fyrirhuguð afbrot.¹³² Er því um að ræða nokkurs konar lágmarksviðmið, sem þarf að uppfylla til að brot geti átt sér stað. Hins vegar hefur verið talið að ýmis smáatriði um framkvæmd verksins þurfi ekki að liggja fyrir til að samkomulag manna teljist fullframið brot.¹³³ Ef menn til að mynda skipuleggja stórfelldan fíkniefnainnflutning er brotið talið fullframið þó að þeir hafi ekki ákveðið nákvæma tímasetningu eða hvaða leið þeir ætla sér að flytja efnið.¹³⁴

Í norskum rétti er, eins og áður hefur komið fram, að finna nokkur ákvæði sem leggja refsíabyrgð við því að sammælast við annan mann um að fremja afbrot. Hafa þessi brot verið talin falla undir undirbúningsathafnir (n. forberedelseshandlinger) í norskum rétti en meginreglan er sú að undirbúningsathafnir séu ekki refsiverðar nema svo sé kveðið á í lögum.¹³⁵ Norðmenn hafa því verið varkárir að leggja refsíabyrgð við samkomulagi manna um að fremja afbrot og tekur hún því einungis til alvarlegra brota, svo sem hryðjuverka, manndráps, ráns og skipulagðrar brotastarfsemi.¹³⁶

6.1.3 Íslenskur réttur

Greinargerð með frumvarpi því er varð að lögum nr. 149/2009 er afar fáorð um túlkun hlutlægra skilyrða í 1. mgr. 175. gr. a. hgl. Í raun er ekkert fjallað um þetta vandmeðfarna

¹²⁹ *Meld. St. 7 (2010-2011). Kampen mot organisert kriminalitet – en felles innsats*, bls. 98.

¹³⁰ Johs. Andenæs: *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, bls. 36.

¹³¹ Peter Lødrup, Knut Kaasen og Steinar Tjomsland: *Norsk Lovkommentar 2008 bind 1*, bls. 112.

¹³² Johs. Andenæs: *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, bls. 36.

¹³³ Peter Lødrup, Knut Kaasen og Steinar Tjomsland: *Norsk Lovkommentar 2008 bind 1*, bls. 112.

¹³⁴ *Ot. prp. 62 (2002-2003). Lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.)*, bls. 95.

¹³⁵ Johs. Andenæs: *Alminnelig strafferett*, bls. 315 og 319.

¹³⁶ *Ot. prp. nr. 62 (2002-2003). Lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.)*, bls. 24-25.

hugtak *ad sammælast* við annan mann um að fremja tiltekinn refsiverðan verknað. Ætla verður því að við túlkun hugtaksins verði að líta til fræðilegrar umfjöllunar og framkvæmdar í erlendum rétti, sem hér hefur verið fjallað um.

Í megindráttum er grundvallarþáttur hugtaksins ávallt sá sami, þ.e. að gera samkomulag við annan mann um að fremja refsiverðan verknað. Telja verður að samkomulagið verði að hafa ákveðið mótað inntak, þó að ekki sé áskilið að um skriflegt samkomulag sé að ræða. Það verður að öllum líkindum að vera um einhverja festu að ræða, eins og komið hefur fram í engilsaxneskum og norskum rétti. Ljóst er að brot gegn 1. mgr. 175. gr. a. hgl. telst ávallt fullframið á þeirri stundu er menn hafa gert með sér samkomulag um að fremja refsiverðan verknað sem telst liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Vandinn hér er því að greina hvenær menn teljast hafa sammælst um framkvæmd brots. Erfitt er leggja einhvern efnislegan mælikvarða á það hvenær samkomulagi hefur verið náð, en þó ber að telja að ákveðnir þættir geti haft áhrif við mat á því. Samkomulagið verður að hafa einhverja festu, það getur því ekki verið óljóst og á reiki, þannig að menn séu ekki með sama skilning á því hvaða verk skuli framkvæma. Þeir sem gera með sér samkomulag verða því að hafa sambærilega huglæga afstöðu til fyrirhugaðs verks. Samkomulagið verður því að vera nokkuð endanlegt og mótað, í megindráttum. Það ætti ekki að hafa áhrif þótt menn hafi ekki komið sér saman um öll smáatriði við framkvæmd verksins. Þetta vandmeðfarna atriði verður ávallt erfitt að sanna fyrir dómstólum þar sem sjaldnast er til að dreifa beinum sönnunargögnum um samkomulagið. Ávallt þarf að leggja heildarmat á aðstæður og þær undirbúningsathafnir sem þegar hafa verið framkvæmdar og þar af leiðandi draga ályktanir af fyrirbyggjandi upplýsingum, eins og gert er í engilsaxneskum rétti.

Þá má benda á að í engilsaxneskum rétti er málum þannig háttað að þegar menn hafa sammælst um að fremja tiltekinn refsiverðan verknað og þeir svo í kjölfarið framkvæma verknaðinn má sakfella þá fyrir bæði sammælisbrotið og hinn refsiverða verknað sem þeir fremja í kjölfarið. Með því að láta aðalverknaðinn, þ.e. afleiðingu sammælisins, ekki tæma sök gagnvart sammælisbrotnu, hefur verið talið hægt að vinna á skilvirkari hátt gegn skipulagðri brotastarfsemi.¹³⁷ Það má því velta fyrir sér hvort unnt sé að sakfella menn hér á landi fyrir hvort tveggja, samsærið, þ.e. sammæli um fremja tiltekinn refsiverðan verknað og hinn refsiverða verknað sem framinn er í framhaldinu, eða þá hvort hið síðarnefnda tæmi sök gagnvart hinu fyrrnefnda broti. Í þessu tilfelli væri því samsærisbrotið fullframið og einnig hinn refsiverði verknaður sem sammælst var um að fremja. Væri því hér um tvö fullframin

¹³⁷ John Malcolm Scheb: *Criminal Law and Procedure*, bls. 103.

brot að ræða. Ef sami maðurinn fremur bæði brotin, þ.e. sammælist fyrst við annan mann um að fremja refsiverðan verknað sem lið í starfsemi skipulagðra brotasamtaka og framkvæmir svo einn þann verknað, er erfitt að hugsa sér að hann yrði sakfelldur fyrir bæði brotin sérstaklega ef ekki er hægt að upplýsa að aðrir hafi verið aðilar að samkomulaginu. Hér myndi því duga að sakfella hann fyrir síðarnefnda brotið, þar sem það væri þá fullframið. Við það að brotið sem sammælst er um fullfremst má segja að samsærisbrotið falli í raun um sjálft sig þegar um einn og sama gerandann er að ræða í málinu. Lagatæknilega séð væri þó hægt að sakfella mann fyrir bæði brotin. Hins vegar má halda því fram að ef menn sammælast um að fremja refsiverðan verknað eins og manndráp en aðeins einn þeirra framkvæmir verkið, þá geti allir þeir sem tóku þátt í samkomulaginu verið sekir um fullframið brot á 175. gr. a. hgl., en hins vegar er sá sem framkvæmdi verkið sekur um brot á 211. gr. hgl., og eftir atvikum einnig 175. gr. a. hgl. Hér mætti þó einnig ákæra aðra þátttakendur fyrir hlutdeild í manndrápinu ef það á við, sbr. 22. gr. hgl. Með tilkomu 175. gr. a. hgl. er því heimilt að sakfella þá er tóku þátt í brotinu fyrir fullframið brot gegn 175. gr. a. hgl. þótt þeir væru ekki beinir þátttakendur í framkvæmd manndrápsins.

Megintilgangur refsíabyrgðar vegna samsærisbrota hefur verið talinn sá að geta náð til þeirra er standa að baki skipulagningu brotanna en framkvæma þau ekki sjálfir. Hefur þetta verið talin meginleiðin til að ná til hinna svokölluðu „höfuðpaura“¹³⁸, það er í raun hinna raunverulegu brotamanna.¹³⁹ Með þessu móti er því til dæmis mögulegt að ná til þeirra sem í raun og veru standa að baki stórfelldum fíkniefnainnflutningi eða öðrum alvarlegum brotum, en ekki aðeins til þeirra er teljast svokölluð burðardýr eða þeirra er fremja hinn eiginlega refsiverða verknað, svo sem innflutning. Ef hægt er að sanna hverjir standa að baki skipulagningu og framkvæmd brotsins þá gæti refsíabyrgðin samkvæmt 175. gr. a. hgl. einnig náð til þeirra. Vanalega er hér um að ræða dulda þátttakendur í broti sem ómögulegt er að upplýsa um, til dæmis þá er standa að fjármögnun brotastarfseminnar. Ef hægt er að sýna fram að þeir hafi verið þátttakendur í samkomulaginu um hið refsiverða brot þá er hægt að sakfella þá fyrir brot gegn 175. gr. a. hgl. ef öll refsiskilyrði ákvæðisins eru uppfyllt.

6.2 Fyrirhugaður verknaður þarf að varða að minnsta kosti 4 ára fangelsi

Í greinargerð með frumvarpi því er varð að lögum nr. 149/2009 kemur fram að afmörkunin við að brot varði að minnsta kosti 4 ára fangelsi sé byggð á skilgreiningu b-liðar 2. gr. Palermó-samningsins. Í i. staflið a-liðar 1. mgr. 5. gr. Palermó-samningsins er áskilið að

¹³⁸ Í erlendum rétti er oft talað um hina eiginlegu „guðfeður“.

¹³⁹ Andrew Ashworth: *Principles of Criminal Law*, bls. 480.

skipulögð brotastarfsemi taki til allra stórfelldra brota (e. serious crime) í merkingu samningsins, en samkvæmt áðurnefndum b-lið 2. gr. hans falla þar undir brot sem varða að minnsta kosti 4 ára fangelsi. Í greinargerð með breytingarlögunum kemur jafnframt fram að ekki sé áskilið að um sé að ræða brot samkvæmt almennum hegningarlögum heldur geta öll refsiverð brot fallið undir ákvæðið ef þau varða að minnsta kosti 4 ára fangelsi, og framkvæmd þeirra er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Það leiðir einnig af orðalaginu í 1. mgr. 175. gr. a.: „nema brot hans varði þyngri refsingu samkvæmt öðrum ákvæðum laga þessara eða öðrum lögum“.¹⁴⁰ Nánari umfjöllun er að finna um þetta hlutlæga refsiskilyrði 1. mgr. 175. gr. a. hgl. í kafla 4.1.5 þessarar ritgerðar.

6.3 Fyrirhugaður verknaður þarf að vera liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka

Þriðja hlutlæga skilyrði ákvæðisins í 175. gr. a. hgl. er að það refsiverða brot sem sammælt er um að fremja þarf að vera liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Í greinargerð með breytingarlögum nr. 149/2009 er ekki nánar skýrt hvað þetta skilyrði felur í sér, nema að framkvæmd verknaðarins þurfi að vera liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka eins og þau eru skilgreind í 2. mgr. 175. gr. a. hgl.¹⁴¹ Túlka verður því skilyrðið með hliðsjón af 2. mgr. ákvæðisins sem felur í sér skilgreiningu á hugtakinu skipulögð brotasamtök. Með því hugtaki er í íslenskum rétti átt við félagsskap þriggja eða fleiri manna sem hefur það að meginmarkmiði, beint eða óbeint í ávinningsskyni, að fremja með skipulegum hætti refsiverðan verknað sem varðar minnst 4 ára fangelsi eða þegar verulegur þáttur í starfseminni felst í því að fremja slíkan verknað.¹⁴² Í 4. kafla ritgerðar þessarar voru framangreind skilyrði hugtaksins ítarlega rakin og vísast til þeirrar umfjöllunar við túlkun á þessu hlutlæga skilyrði 1. mgr. 175. gr. a. hgl.

¹⁴⁰ Þskj. 16, 138. lögþ. 2009-10, bls. 23 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

¹⁴¹ Þskj. 16, 138. lögþ. 2009-10, bls. 23 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

¹⁴² Þskj. 16, 138. lögþ. 2009-10, bls. 23 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

7 Huglæg refsiskilyrði 1. mgr. 175. gr. a. hgl.

7.1 Almennt um huglæg refsiskilyrði ákvæðisins

Hefðbundin refsíabyrgð felst í því að sakhæfur einstaklingur ber persónulega ábyrgð á ámælisverðum verkum sínum. Felst í þessu áskilnaður um tiltekna huglæga afstöðu geranda til verknaðar og verður sú afstaða hans að teljast ámælisverð gagnvart öðrum mönnum eða hagsmunum þeirra.¹⁴³ Sá mælikvarði sem notaður er til að kanna þessa afstöðu geranda birtist fyrst og fremst í réttarreglunum um saknæmi, sem að formi til skiptist í ásetning og gáleysi.¹⁴⁴ Í 18. gr. hgl. kemur fram að refsiverður verknaður samkvæmt lögnum sé ekki saknæmur, nema hann sé unninn af ásetningi eða gáleysi.¹⁴⁵ Ennfremur segir þar að eingöngu skuli refsa fyrir gáleysisbrot að sérstök heimild sé til þess í lögnum. Slíka heimild er ekki að finna í 175. gr. a. hgl. og kemur því ásetningur einn til greina.

Í 1. mgr. 175. gr. a. hgl. er lögð refsing við því að sammælast við annan mann um fremja tiltekinn refsiverðan verknað. Brot gegn ákvæðinu telst því fullframið þegar menn hafa gert samkomulag um framkvæmd slíks verknaðar. Hinn refsiverði verknaður þarf þó ekki að hafa komið til framkvæmda og því þarf ekkert tjón að hafa átt sér stað, ef við á. Slíku broti mætti frá sjónarmiði hefðbundinnar refsíabyrgðar lýsa sem tjónsbroti með fullframningarstigið fært fram. Meginreglan um fullframningarstig tjónsbrota er að slík brot eru ekki talin fullframin fyrir en afleiðing verknaðar er komin fram. Undantekning frá því er hins vegar tjónsbrot með fullframningarstigið fært fram. Með því er átt við að fullframningarstigið er fært frammar í atburðarásinni og því er ekki nauðsynlegt að tjón hafi hlotist af háttsemi. Ásetningur geranda þarf í slíkum tilvikum að ná út fyrir fullframningarstigið og til fyrirhugaðrar afleiðingar sem ekki er fram komin. Saknæmið í þessu tilviki hagar sér eins og um væri að ræða tjónsbrot fullframin eftir almennum skýringarreglum. Sömu reglur gilda því um saknæmisskilyrði brota með fullframningarstigið fært fram eins og um venjuleg tilraunartjónsbrot væri að ræða.¹⁴⁶ Um fullframningarreglur gegnir öðru máli eins og augljóst er. Fullframningarstig brota kann að vera fært mismunandi langt fram eins og sjá má af hinum ýmsu ákvæðum hegningarlaganna þar sem þessi gerð tjónsbrota kemur fyrir. Sem dæmi er fullframningarstigið fært nokkuð langt fram í ákvæðum eins og 150. gr. hgl., en þar telst peningafals fullframið við fölsun peninga, en ásetningur þarf samt að standa til þess að koma þeim í umferð sem ósviknum gjaldeyri. Í 86. gr. hgl. um landráð er fullframningarstigið fært mikið fram, þannig að til fullframinna brota geta talist hvers konar athafnir manna í því skyni,

¹⁴³ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 11.

¹⁴⁴ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 11-12.

¹⁴⁵ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 12.

¹⁴⁶ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 76.

að reynt verði með ólögmati aðferð að ráða íslenska ríkið eða hluta þess undir erlend yfirráð.¹⁴⁷ Segja má miðað við þennan mælikvarða að í 1. mgr. 175. gr. a. hgl. sé fullframningarstig brotsins fært nokkuð fram, en þar telst það fullframið brot að gera samkomulag við annan mann um að fremja tiltekinn refsiverðan verknað. Brotið telst því fullframið burtséð frá því hvort fyrirhugaður verknaður kemst nokkurn tíma til framkvæmda svo að tjón eða önnur afleiðing hljótist af honum. Í almennum hegningarlögum má sjá að mörg þeirra brota, sem skilgreind eru á þann hátt að fullframningarstig þeirra sé fært framar í atburðarásinni teljast mjög alvarlegs eðlis. Löggjafinn virðist hafa þennan háttinn á framsetningu refsíákvæða þegar hann telur brýnt að bera niður á refsiverðri háttsemi þegar í upphafi eða svo fljótt sem verða má. Að öðrum kosti gæti orðið of seint eða reynst mun erfiðara að upplýsa brot og koma fram refsíabyrgð. Tilgangurinn með þessu formi refsíákvæða er því að auka virkni og varnaðaráhrif ákvæðanna.¹⁴⁸ Það má vel segja að með lögfestingu 175. gr. a. hgl. hafi það sjónarmið legið að baki þar sem almennt hefur verið talið að mikil hætta og ógn stafi af skipulagðri brotastarfsemi og skipulögðum brotasamtökum.

Sú meginregla gildir um andlag ásetnings að ásetningur þarf að taka til allra efnispátta verknaðar eins og honum er lýst fullfrömdum í verknaðarlýsingu refsíákvæðis.¹⁴⁹ Eins og komið hefur fram, hefur 175. gr. a. hgl. einkenni brota með fullframningarstigið fært fram. Í 1. mgr. 175. gr. a. hgl. telst brot fullframið þegar menn hafa sammælt um að fremja refsiverðan verknað. Ásetningur geranda þarf auk þess að standa til þess að brotið sem sammælt er um að fremja komi til framkvæmda, þar með talið til afleiðinga þess verknaðar ef við á. Framsetning ákvæðisins að þessu leyti er nokkuð sérstök þar sem ákvæðið felur í raun í sér almenna og ósérgreinda viðbótarverknaðarlýsingu, sem getur tekið til hvaða brots sem er samkvæmt almennum hegningarlögum og sérrefsilögum sem varðar að minnsta kosti 4 ára fangelsi. Með þessu er átt við að þegar menn sammælast um að fremja tiltekinn refsiverðan verknað, varðar sá verknaður við annaðhvort almenn hegningarlög eða sérrefsilög. Ásetningur hinna brotlegu þarf því að ná út fyrir lykilþátt 175. gr. a. hgl. um sammæli og til efnispátta annars refsíákvæðis, þar með afleiðinga þess verknaðar ef við á. Hafi menn til að mynda sammælt um að verða öðrum manni að bana, þó að það brot komi ekki til framkvæmda, þarf ásetningur þeirra samt sem áður að standa til allra efnispátta 211. gr. hgl.

Aðrar eðlislíkar viðmiðanir 175. gr. a. hgl. er að finna í ákvæðum eins og 243. gr. hgl. um auðgunarásetning og 100. gr. a. hgl. um hryðjuverk, en í báðum ákvæðum felast nokkurs

¹⁴⁷ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 76-77.

¹⁴⁸ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 77.

¹⁴⁹ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 23.

konar viðbótarverknaðarlýsingar við aðrar sem fyrir eru. Af efni 243. gr. hgl. um auðgunarásetning má leiða viðbótarverknaðarlýsingu sameiginlega fyrir öll auðgunarbrot, þ.e. öll ákvæði XXVI. kafla hgl. Efni ákvæðisins er tvískipt, annars vegar er um að ræða hlutræna efnisþætti auðgunar og hins vegar huglæga afstöðu hins brotlega til auðgunar þar sem ásetningur er áskilinn. Að því er varðar ásetninginn, þá er andlag hans einnig tvíþætt. Annars vegar er ásetningur til auðgunar samkvæmt 243. gr. hgl. og hins vegar ásetningur til allra efnisþátta í verknaðarlýsingum einstakra auðgunarbrot, sbr. 18. gr. hgl.¹⁵⁰ Ásetningsskilyrði 18. gr. hgl. nægir því ekki eitt og sér eins og ákvæðin eru orðuð. Ef ekki væri fyrir viðbótarverknaðarlýsingu 243. gr. hgl. væri lítill sem enginn munur á þjófnaði (244. gr.) og eignasviptingu (257. gr.) eða jafnvel gertæki, (260. gr.).¹⁵¹ Ákvæði þetta er því að nokkru leyti sambærilegt við 175. gr. a hgl. þar sem í báðum ákvæðum er um eins konar viðbótarverknaðarlýsingu að ræða. Ákvæði 175. gr. a. áskilur bæði ásetning til að sammælast við annan mann um að fremja refsiverðan verknað og einnig þarf að standa ásetningur til þessa fyrirhugaða refsiverða verknaðar sem lýst er annars staðar í refsilögum og þar með talið til allra efnisþátta þess brots. Er það sambærilegt auðgunarbrotum á þann hátt að auðgunarásetningur, sbr. 243. gr., er ávallt áskilinn en hann nægir ekki einn og sér heldur þarf ásetningur einnig að standa til allra efnisþátta í verknaðarlýsingum einstakra auðgunarbrot.

Ákvæði 175. gr. a. hgl. svipar einnig að nokkru leyti til 100. gr. a. hgl. um hryðjuverk,¹⁵² en þar er að finna einhverja flóknustu verknaðarlýsingu í íslenskum refsilögum. Ákvæðið felur í raun í sér þríþætta verknaðarlýsingu. Með nokkurri einföldun má segja að í henni felist svokölluð grunnbrot, í öðru lagi almenn og sérstök skilyrði um hættu á tilteknu alvarlegu tjóni

¹⁵⁰ Jónatan Þórmundsson: „Einkenni auðgunarbrot. Tengsl þeirra innbyrðis og við önnur brot“, bls. 430-431.

¹⁵¹ Jónatan Þórmundsson: „Einkenni auðgunarbrot. Tengsl þeirra innbyrðis og við önnur brot“, bls. 436.

¹⁵² Þar sem um flókna verknaðarlýsingu er að ræða, þykir rétt að tilfæra hana í heild hér í neðanmálgrein:

100. gr. a. Fyrir hryðjuverk skal refsast með allt að ævilöngu fangelsi hverjum sem fremur eitt eða fleiri af eftirtöldum brotum í þeim tilgangi að valda almenningi verulegum ótta eða þvinga með ólögmatum 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 stjórnsmálalegar, efnahagslegar eða þjóðfélagslegar undirstöður ríkis eða alþjóðastofnunar:

1. manndráp skv. 211. gr.,

2. líkamsárás skv. 218. gr.,

3. frelsissviptingu 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.

og í þriðja lagi hinir hlutrænu efnisþættir hryðjuverkatilgangsins. Grunnbrotin eru í 6 töluliðum, og er þar að finna 12 brotategundir sem allar voru áður fyrir hendi í almennum hegningarlögum. Þá felur ákvæðið í sér skilyrði, ýmist almenns eðlis eða sérstök, um hættu á tilteknu alvarlegu tjóni, skilyrði þessi takmarka gildissvið grunnbrotanna með viðbótarefnisþáttum. Að lokum er í ákvæðinu fólgin hin eiginlegu hryðjuverkaeinkenni, þ.e. í hinum hlutrænu efnisþáttum hryðjuverkatilgangsins.¹⁵³ Ásetningur þarf því að standa til grunnbrotanna í 100. gr. a. hgl., viðbótarefnisþátta og til hinna hlutrænu efnisþátta, sem tengdir eru hryðjuverkatilgangi.¹⁵⁴ Ákvæði þessu svipar að nokkru leyti til auðgunarbrotá, þar sem ásetningur þarf í þessu tilfalli að standa til grunnbrotanna svipað og ásetningur til allra efnisþátta í verknaðarlýsingum einstakra greina auðgunarbrotakafla hegningarlaganna. Í báðum tilvikum eru nán tengsl milli ásetnings og tiltekinna hlutrænna efnisþátta, þ.e. eins konar viðbótarverknaðarlýsingar. Annars vegar eru það efnisþættir auðgunar (243. gr. hgl.) og hins vegar hryðjuverka (100. gr. a. hgl.), með því til dæmis að valda almenningi verulegum ótta. Til viðbótar koma svo tiltekin takmörkunatriði og viðbótarefnisþættir grunnbrotanna, sem einnig teljast hluti af andlagi ásetnings.¹⁵⁵ Í hryðjuverkaákvæðinu má skilgreina tengsl huglægu afstöðunnar (tilgangs) við efnisþætti verknaðarlýsingar með mismunandi hætti. Annars vegar frá hefðbundnu refsiréttarsjónarmiði getur framsetningin a.m.k. að hluta til talist fela í sér tjónsbrot með fullframningarstigið fært fram og ásetningur þurfi þá að taka til afleiðinga eða aðstæðna, sem ekki eru komnar fram. Hins vegar er hægt að líta á tilgreiningu tilgangs sem sérgreindan ásetning (dolus specialis), aðskilinn frá hinum almennu ásetningsstigum (dolus generalis). Sérgreindur ásetningur er í eðli sínu samtvinnaður tiltekinni hvöt, svo sem manndráp framið í því skyni að veikja eða skaða stjórnskipun eða stjórnsmálalegar, efnahagslegar eða þjóðfélagslegar undirstöður ríkis eða alþjóðastofnunar, sbr. 1. másl. 1. mgr. 100. gr. a. hgl. Þennan ásetning getur reynst afar erfitt að sanna, svo sem reynst hefur um hliðstæðar ásetningskröfur í alþjóðsamningnum um ráðstafanir gegn og refsingar fyrir hópmorð (1948) og í samþykktum fyrir alþjóðadómstóla um sama efni.¹⁵⁶ Nánar verður fjallað um þennan sérgreinda ásetning í kafla 7.3 og hvort hann eigi að einhverju leyti við um saknæmiskröfur 175. gr. a. hgl.

Ákvæði 175. gr. a. hgl. og 100. gr. a. hgl. hafa því nokkur sameiginleg einkenni, þó margt sé einnig ólíklegt með þeim. Í báðum ákvæðum er í fyrsta lagi að finna eins konar viðbótarverknaðarlýsingu. Í öðru lagi þarf ásetningur að standa til grunnbrota 100. gr. a. hgl.,

¹⁵³ Jónatan Þórmundsson: „Hryðjuverk – ákvæði íslenskra laga í alþjóðlegu umhverfi“, bls. 241.

¹⁵⁴ Jónatan Þórmundsson: „Hryðjuverk – ákvæði íslenskra laga í alþjóðlegu umhverfi“, bls. 248.

¹⁵⁵ Jónatan Þórmundsson: „Hryðjuverk – ákvæði íslenskra laga í alþjóðlegu umhverfi“, bls. 241.

¹⁵⁶ Jónatan Þórmundsson: „Hryðjuverk – ákvæði íslenskra laga í alþjóðlegu umhverfi“, bls. 249-250.

líkt og ásetningur þarf að vera samkvæmt 175. gr. a. til ákveðins refsiverðs verknaðar samkvæmt almennum hegningarlögum eða sérrefsilögum sem varðar að minnsta kosti 4 ára fangelsi. Sá munur er þó meðal annars á ákvæðunum að 100. gr. a. hgl. tiltekur hvaða brotategundir geta fallið undir ákvæðið en 175. gr. a. hgl. gerir það ekki beint en setur slíkum brotum ákveðið refsilágmark, þ.e. að þau varði að minnsta kosti 4 ára fangelsi. Annað sem er ólíkt með ákvæðunum er að í 175. gr. a. hgl. er ótilgreint refsimerk en í 100. gr. a. hgl. er það tilgreint sem allt að ævilangt fangelsi.

7.2 Andlag ásetnings og ásetningsstig

Eins og fjallað hefur verið um eru í 18. gr. hgl. tilgreind saknæmisskilyrði fyrir hegningarlögin sjálf, þ.e. ásetningur og gáleysi. Reglan þar er sú að ásetningur er ætíð áskilinn, nema sérstök heimild sé til þess í lögunum að refsa fyrir gáleysisbrot.¹⁵⁷ Í 175. gr. a. hgl. er ekki tekið fram að heimilt sé að refsa fyrir gáleysisbrot og er ásetningur því saknæmisskilyrði ákvæðisins. Sú meginregla gildir um andlag ásetnings að hann taki til allra efnisþátta verknaðar eins og honum er lýst fullfrömdum í verknaðarlýsingu refsíákvæðis. Í 175. gr. a. hgl. má í raun segja að andlag ásetnings sé tvíþætt, þ.e. annars vegar þarf ásetningur að ná til þess að sammælast við annan mann um að fremja refsiverðan verknað og hins vegar þarf ásetningur að vera til hins fyrirhugaða refsiverða verknaðar. Ákjósanlegast er því að skipta þessu upp svo að fyrst sé litið til ásetningsskilyrða varðandi sammæli og síðan sé fjallað um ásetningsskilyrði með tilliti til hins fyrirhugaða refsiverða verks.

Almennt má skipta ásetningi í þrjú mismunandi ásetningsstig, þ.e. beinan ásetning, líkindaásetning og dolus eventualis. Beinn ásetningur skiptis síðan í tvö undirstig, tilgang og óhjálkæmilega afleiðingu.¹⁵⁸ Eins og áður hefur verið nefnt gildir sú meginregla um andlag ásetnings að hann þarf að taka til allra efnisþátta verknaðar eins og honum er lýst fullfrömdum í verknaðarlýsingu refsíákvæðis. Það er þó ekkert því til fyrirstöðu að mismunandi stig ásetnings standi til einstakra efnisþátta, t.d. beinn ásetningur til frumverknaðar, en líkindaásetningur eða dolus eventualis til afleiðinga verknaðar.¹⁵⁹ Óvíst er að öll ásetningsstigin komi til greina þegar metið er hvort gerandi hafi haft ásetning til að fremja brot gegn 175. gr. a. hgl. Hér í undirköflum þessa kafla verður því m.a. reynt að varpa ljósi á hvernig getur reynt á hin þrjú ásetningsstig þegar um er að ræða brot á 175. gr. a. hgl. Eins og komið hefur fram má líta á ákvæðið sem tjónsbrot með fullframningarstigið fært fram. Í öllum

¹⁵⁷ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 41.

¹⁵⁸ Hvort tveggja miðast við tjónsbrot hér.

¹⁵⁹ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 41.

tilvikum þarf því ásetningurinn að ná út fyrir fullframningarstig þess brots (sammæli) og til fyrirhugaðs verknaðar, þar með afleiðingar ef um tjónsbrot er að ræða, jafnvel þótt framkvæmd þess sé ekki hafin eða stutt á veg komin. Almennt hefur verið talið að öll stig ásetnings geti komið til greina þegar um er að ræða brot með fullframningarstigið fært fram.¹⁶⁰ Það er samt nokkrum vandkvæðum bundið að greina hér ásetningsstigin sem við eiga þar sem ákvæðið skiptist í nokkra efnisþætti sem falla undir andlag ásetnings. Í fyrsta lagi þarf ásetningur að standa til þess að sammælast við annan mann um ákveðinn refsiverðan verknað. Í annan stað þarf ásetningur að standa til hins fyrirhugaða refsiverða verknaðar, þ.e. til allra efnisþátta hins fyrirhugaða verknaðar, þar með afleiðinga hans ef um það er að ræða, og loks þarf ásetningurinn að ná yfir tiltekna verknaðaraðstæður, þ.e. að framkvæmd verknaðarins sé liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka.

7.2.1 Ásetningsskilyrði varðandi sammæli

Í 1. mgr. 175. gr. a. hgl. er það lýst refsivert að sammælast við annan mann um að fremja refsiverðan verknað sem er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Eins og fram er komið getur ásetningur einn komið hér til skoðunar. Hér ber að líta til þess að maður þurfi að hafa ásetning til að sammælast við annan mann um framkvæmd tiltekins afbrots. Ljóst er að þetta hlutlæga skilyrði um *sammæli* verður oft erfitt að sanna fyrir dómstólum þar sem slíkar samræður manna fara yfirleitt fram í leyni. Túlka þarf því skilyrðið með hliðsjón af aðstæðum hverju sinni, bæði hvað varðar fullframningu brots gegn 175. gr. a. hgl. og ásetningsstig þess. Í þessu tilviki er því nauðsynlegt að draga ályktanir af undirbúningsathöfnum til að framkvæma hið fyrirhugaða brot og sem benda til þess að menn hafi gert með sér samkomulag um framkvæmdina. Að vissu leyti er hér um sambærileg atriði að ræða og eiga við um tilraunarásætning, sbr. 20. gr. hgl. Almennt hefur verið litið svo á að áskilja þurfi beinan ásetning¹⁶¹ um undirbúningsathafnir tilraunar, þegar hann lýtur að næstu athöfnum geranda sjálfs. Þessu getur verið á annan veg háttað, ef gerandi reiknar með að annar maður taki við og fullfremji verkið. Það yrði til dæmis talið fullnægja ásetningskröfu að sá, sem falsar skjal, telji yfirgnæfandi líkur til þess að hið falsaða skjal verði notað af öðrum en

¹⁶⁰ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 68.

¹⁶¹ Almennt hefur verið litið svo á að beinn ásetningur skiptist í tilgang og óhjákvæmilega afleiðingu ef um tjónsbrot er að ræða. Með tilgangi er átt við þá huglægu afstöðu geranda á verknaðarstundu að hann hefur vilja til að koma því til vegar sem refsíakvæði lýsir afbrot og reynir eftir megni að ná markmiðinu sem fram kemur sem afleiðing refsiverðs verknaðar í ákvæðinu. Óhjákvæmilega afleiðing felst hins vegar í vitund geranda um að tiltekin afleiðing af verki hans sé óhjákvæmileg. Horft er á líkur á slíkri afleiðingu frá sjónarhorni geranda en ekki endilega raunverulegar líkur á afleiðingu af verknaði hans. Vitundarstig geranda (og yfirleitt einnig líkindastig afleiðingar) þarf því a.m.k. að nálgast 100% vissu við þetta ásetningsstig. Sjá nánari umfjöllun um beinan ásetning í *Afbrotum og refsíabyrgð II* eftir Jónatan Þórmundsson, bls. 65-76.

honum sjálfum.¹⁶² Nánar verður fjallað um tengsl tilraunar og brots gegn 175. gr. a. hgl. í kafla 8.1. Ofangreind umfjöllun bendir til þess að hæsta stig ásetnings þurfi almennt að liggja til sammælis manna, hvort sem um er að ræða geranda sem er bæði þátttakandi í sammælisbrotnu og hinu fyrirhugaða broti eða geranda sem er einungis þátttakandi í sjálfu sammælisbrotnu en tekur ekki virkan þátt í hinum fyrirhugaða refsiverða verknaði. Erfitt er að hugsa sér að lægri stig ásetnings nægi til sammælis manna, þ.e. líkindaásetningur¹⁶³ eða dolus eventualis. Eflaust verður að gera þá kröfu til geranda að honum sé ljóst að hann hafi samþykkt að standa að tilteknu broti eða brotum í samstarfi við aðra. Þar sem nær ómögulegt er að sanna slíkt samkomulag án einhverra ytri atvika eða játningar, er ljóst að túlka verður samkomulagið út frá athöfnum sem gerandi framkvæmir í aðdraganda eða í kjölfar sammælisbrotsins. Erfitt er því að hugsa sér að hér geti nægt lægsta stig ásetnings, þ.e. dolus eventualis.¹⁶⁴

7.2.2 Ásetningsskilyrði varðandi hinn fyrirhugaða refsiverða verknað

Ásetningur þarf að standa til hins fyrirhugaða refsiverða verknaðar sem menn sammælast um að fremja. Þar með þarf ásetningurinn að ná til allra verknaðarþátta þess brots og einnig þarf hann að ná yfir tilteknar verknaðaraðstæður, þ.e. að framkvæmd verknaðarins sé liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Ákjósanlegast er að skipta þessu svo upp að fyrst sé litið til þess að ásetningur þurfi að standa til þess að brot sé liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka og síðan sé litið til þess að ásetningur standi til allra verknaðarþátta hins fyrirhugaða refsiverða verknaðar.

¹⁶² Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 120.

¹⁶³ Í líkindaásetningi felst annars vegar sú vitund geranda að yfirgnæfandi líkur séu á að tilteknar afleiðingar komi fram við verknað hans (tjónsbrot) eða hins vegar að hann búist ákveðið við því að tilteknar aðstæður séu fyrir hendi (samhverf brot, hættubrot o.fl.). Ásetningsstiginu er oft lýst þannig að geranda geti ekki dulist eða honum hljóti að vera það ljóst að langlíklegast sé að afleiðingin komi fram. Líkurnar á að afleiðing komi fram þurfa að minnsta kosti að vera 65-70%. Sjá nánari umfjöllun í riti Jónatans Þórmundssonar, *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 76-78.

¹⁶⁴ Dolus eventualis er þriðja og lægsta ásetningsstigið. Þetta ásetningsstig áskilur raunverulega vitund geranda um að refsinnæm afleiðing verknaðar kunni að koma fram (tjónsbrot) eða að tilteknar aðstæður kunni að vera fyrir hendi (samhverf brot). Þetta almenna einkenni samsvarar meðvituðu gáleysi og nægir ekki eitt og sér til að sýna fram á þetta ásetningsstig. Sérstök viðbótarskilyrði (takmörkunarviðmið) eru nauðsynleg til þess að huglæga afstaðan geti talist ásetningur. Ásetningsstigið tekur við þar sem líkindaásetningi sleppir. Þrjú afbrigði eru til af dolus eventualis sem lýsa viðbótarskilyrðum hans, skilyrtur ásetningur, jákvæð afstaða til afbrots og dolus Alexanderson. Sjá nánari umfjöllun í riti Jónatans Þórmundssonar, *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 78-91.

7.2.2.1 Ásetningur þarf að standa til þess að brot sé liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka

Fyrst ber að líta til þess að hið fyrirhugaða brot sem sammælt er um að fremja þurfi að vera liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka, sbr. 2. mgr. 175. gr. a. hgl. Brotið þarf samkvæmt því að hafa verið liður í starfsemi samtaka, sem telja a.m.k. þrjá þátttakendur og hafa það að meginmarkmiði, beint eða óbeint í ávinningsskyni, að fremja með skipulegum hætti refsiverðan verknað sem varðar að minnsta kosti 4 ára fangelsi eða þá að verulegur þáttur í starfsemi samtakanna felist í því að fremja slíkan verknað. Í greinargerð með breytingarlögum nr. 149/2009 kemur fram að við túlkun á hlutlæga efnisskilyrðinu um *sammæli manna* verði að horfa til þess að maður hafi vitandi vits tekið þá ákvörðun að taka virkan þátt í starfsemi skipulagðra brotasamtaka með því að fremja refsiverðan verknað sem fullnægir refsiskilyrðum ákvæðisins.¹⁶⁵ Er hér um að ræða nokkurs konar samtvinnun huglægra og hlutlægra þátta í hugtakinu sammæli. Sá er sammælist við annan mann verður því að hafa ákveðna vitneskju um aðstæður, þ.e. að brot það er hann sammæltist um að taka þátt í hafi verið liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka, eða þá að honum hafi hlotið að vera það ljóst að brotið væri liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Það má meðal annars líta svo á að ef maður, sem ekki er viðriðinn hin skipulögðu brotasamtök, er fenginn til þess að fremja tiltekinn refsiverðan verknað verði hann að gera sér að einhverju leyti grein fyrir því að verknaðurinn sé liður í starfsemi samtakanna. Velta má fyrir sér hvort hér geti verið um mismunandi ásetningsstig að ræða. Í 175. gr. a. hgl. kemur ekkert fram í lagatextanum sjálfum sem bendir til ákveðins ásetningsstigs, hins vegar er vísað til orðalagsins „vitandi vits“ í greinargerð með breytingarlögum nr. 149/2009.¹⁶⁶ Ekki er beint hægt að draga ályktanir af þessu orðalagi um ákveðið ásetningsstig, en þó er áhugavert að íhuga hvað felst í þessu orðalagi. Með því er vissulega gefin ákveðin mynd af því að maður verði að hafa haft vitneskju um að það sem sammælið laut að hafi verið liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Örfá dæmi er að finna í íslenskum lögum og réttarframkvæmd þar sem hugtökin vitund og vilji eru lögð til grundvallar sem ásetningsskilyrði. Í 3. mgr. 100. gr. umferðarlaga nr. 50/1987, er m.a. mælt fyrir um refsíabyrgð eiganda ökutækis eða stjórnanda í starfi, auk ábyrgðar ökumanns sjálfs, ef brot gegn lögnum er framið eftir fyrirmælum eða með vitund og vilja eigandans. Hugtakið „fyrirmæli“ hér gefur ótvírætt til kynna beinan ásetning, en svo er líklega ekki hægt að segja um hugtökin „vitund og vilja“, þótt orðin gætu

¹⁶⁵ Þskj. 16, 138. lögb. 2009-10, bls. 23 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

¹⁶⁶ Þskj. 16, 138. lögb. 2009-10, bls. 23 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

vel bent til þess. Í þessu samhengi hefur það líklegast verið talið eiga við ásetning almennt.¹⁶⁷ Í greinargerð með breytingarlögum nr. 149/2009 er hins vegar einungis talað um vitund en ekki vilja. Í íslenskri orðabók segir um hugtakið vitund að í því felist annars vegar meðvitund, það er að vita til sín og hins vegar það að vita eða þekkja.¹⁶⁸ Með vitund í þessu tilviki er því að öllum líkindum frekar verið að vísa til þess að gerandi geri sér grein fyrir aðstæðum hins fyrirhugaða brots, þ.e. að þau séu liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Hugtökin vitund og vilji eiga sér þó nokkra hliðstæðu við skýringu á engilsaxneska saknæmishugtakinu *mens rea*.¹⁶⁹ Í engilsaxneskum réttarkerfum má segja að hugtakið áskilji tvö mismunandi form ásetnings sem eigi á mismunandi hátt við eftir því hvernig efnisþættir hins refsiverða brots eru tilgreindir í refsíákvæði. Annars vegar, ef um er að ræða brot sem lýsir tilteknum staðreyndum og aðstæðum, á hugtakið við um skilning og vitneskju á hinum tilteknu staðreyndum og aðstæðum. Hins vegar, ef refsíákvæði áskilur tilteknar afleiðingar, á hugtakið við um það að maður verði að gera sér grein fyrir að verknaðurinn muni leiða til tiltekinna afleiðinga og eftir atvikum vill koma þeim til leiðar.^{170, 171} Í ljósi þessa mætti lýsa ásetningskröfum svo í 1. mgr. 175. gr. a. hgl. að gerandi hafi a.m.k. haft vitneskju um að fyrirhugað brot er hann sammæltist um við aðra um að fremja hafi verið liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Skýrari hliðstæðu hugtakanna vilja og vitundar er hins vegar að finna í alþjóðlegum refsirétti, sjá 30. gr. Rómarsamþykktarinnar frá 17. júlí 1998 um Alþjóðlega sakamáladómstólinn. Þar segir að sé ekki kveðið á um annað skuli maður því aðeins bera refsíabyrgð og sæta refsingu fyrir glæp, sem fellur undir lögsögu dómstólsins, að efnisþættir glæpsins hafi verið framdir *viljandi og vitandi vits* (e. with intent and knowledge). Eru hugtökin nánar skilgreind í ákvæðinu,¹⁷² en þar kemur fram að með hugtakinu *vitandi vits* sé átt við að hinn brotlegi hafi vitneskju um eða geri sér grein fyrir að ákveðnar kringumstæður brots séu fyrir hendi eða geri sér grein fyrir að ákveðin háttsemi muni leiða af sér ákveðnar afleiðingar miðað við venjulega framvindu atvika.¹⁷³ Má sjá að um nokkuð sambærileg saknæmisskilyrði er að ræða og kemur fram hér að ofan um hugtakið *mens rea* í engilsaxneskum rétti.

¹⁶⁷ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 62.

¹⁶⁸ Árni Böðvarsson: *Íslensk orðabók handa skólum og almennungi*, bls. 801.

¹⁶⁹ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 62.

¹⁷⁰ Með nokkurri einföldun mætti segja að hugtakið „vilji“ svaraði til efsta stigs ásetnings til tjónsbrot, en „vitund“ til efsta stigs ásetnings til hættu brota og samhverfra brota.

¹⁷¹ Antonio Cassese: *International Criminal Law*, bls. 62.

¹⁷² Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 62.

¹⁷³ Sjá 3. mgr. 30. gr. Rómarsamþykktarinnar um Alþjóðlega sakamáladómstólinn: Í þessari grein merkir „vitandi vits“ að viðkomandi geri sér grein fyrir því hvaða aðstæður eru fyrir hendi eða hvaða afleiðingar atburðarásin hljóti að hafa í för með sér. „Vita“ og „vitandi“ skal túlkað í samræmi við það.

Það má því telja að öll ásetningsstig geti komið til skoðunar þegar meta ber hvort maður hafi af ásetningi sammælt um að taka þátt í broti sem væri liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Maður verður því yfirleitt að hafa gert sér grein fyrir að brot það er hann sammæltist við aðra um að taka þátt í hafi verið liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Ólíklegt er því að hér sé áskilinn beinn ásetningur, heldur ætti líkindaásetningur að nægja og í sumum tilvikum jafnvel dolus eventualis. Þar með má velta fyrir sér hvort ekki sé nægilegt að um svokallaðan skilyrtan ásetning¹⁷⁴ sé að ræða varðandi þetta skilyrði 1. mgr. 175. gr. a. hgl. Gerandi hefði því engu að síður framið tiltekinn verknað þótt hann hefði talið víst að tiltekna refsinaemar aðstæður væru fyrir hendi,¹⁷⁵ þ.e. að verknaðurinn væri liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Eins kemur til álita að telja nægilegt að gerandi hafi ákveðna jákvæða afstöðu til afbrots.¹⁷⁶ Með því er einkum átt við að gerandi láti sér í léttu rúmi liggja hvort tiltekna aðstæður séu fyrir hendi,¹⁷⁷ í þessu tilviki að brotið sem sammælt er um að fremja sé liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Sama má segja um ásetningsstigið dolus Alexanderson en í því felst að gerandi lætur meðvitað hjá líða að kynna sér staðreyndir sem hann óttast að séu sér óþægilegar. Gerandinn hefur því tekið meðvitaða ákvörðun um að athuga ekki hvernig tiltekna aðstæður eru.¹⁷⁸ Raunar er það yfirleitt mjög sjaldan sem reynir á dolus eventualis í dómsmálum¹⁷⁹ og því ef til vill ólíklegt að það komi til skoðunar. Hins vegar gæti það fræðilega séð átt sér stað við þessar aðstæður. Hér má einnig velta fyrir sér hvort mögulega gæti reynt á staðreyndarvillu. Þannig gæti maður verið í villu um að brotið sem hann hefur sammælt um að taka þátt í sé liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Hann getur því hafa haft ásetning til að sammælast við annan mann um að fremja tiltekinn refsiverðan verknað en hins vegar hafi hann ekki vitað að hinn tiltekni verknaður væri liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Því væri hér um villu að hluta að ræða þar sem villan tæki ekki til allra efnisþátta verknaðarlýsingar 1. mgr. 175. gr. a. hgl.¹⁸⁰ Í þessu tilviki er um að ræða ákveðna vitneskju sem er undirstaða verknaðarlýsingar ákvæðisins. Í ákvæðinu, eins

¹⁷⁴ Í skilyrtum ásetningi felst það sérstaka viðbótarskilyrði eða takmörkunarviðmið að gerandi hefði framið tiltekinn verknað, þótt hann hefði talið víst að afleiðing hans kæmi fram eða tiltekna aðstæður væru fyrir hendi. Með þessu viðmiði er horfið frá eiginlegri raunveruleikakröfu, og það jafnvel þótt gerandi teldi sjálfur eftir á, að hann mundi hafa unnið verkið. Slíkt hugarástand geranda á verknaðarstundu er nær ómögulegt að sanna fyrir dómstólum. Sjá nánari umfjöllun í riti Jónatans Þórmundsson, *Afbrot og refsíbyrgð II*, bls. 80-82.

¹⁷⁵ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíbyrgð II*, bls. 80.

¹⁷⁶ Í jákvæðri afstöðu til afbrots felst það viðbótarskilyrði að gerandi hefur grun eða hugboð um tiltekna refsinaema afleiðingu verknaðar síns eða tilvist ákveðinna aðstæðna en lætur sér í léttu rúmi liggja hvort afleiðingin kemur fram eða aðstæðurnar séu fyrir hendi. Hér má lýsa þessu svo að gerandi hafi tekið ákveðna áhættu með í reikninginn og láti sér á sama standa eða í léttu rúmi liggja, hver afleiðing verknaðarins verður. Sjá nánari umfjöllun í riti Jónatans Þórmundsson, *Afbrot og refsíbyrgð II*, bls. 82-86.

¹⁷⁷ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíbyrgð II*, bls. 82.

¹⁷⁸ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíbyrgð II*, bls. 83.

¹⁷⁹ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíbyrgð II*, bls. 80.

¹⁸⁰ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíbyrgð III*, bls. 21.

og áður hefur komið fram, felst ákveðin samtvinnun hlutlægra og huglægra þátta með því að maður verði að hafa haft vitneskju um að brot það sem hann sammæltist um að fremja hafi verið liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Í slíkum tilvikum getur oft reynst erfitt að greina glögg á milli hlutlægra efnispátta og ásetnings.¹⁸¹ Ólíklegt er þó að slík villa myndi almennt leiða til sýknu fyrir dómi.

Í þessu tilviki getur einnig skipt máli varðandi greiningu á ásetningsstigi hvort gerandi brotsins sé þátttakandi í hinum skipulögðu brotasamtökum eða hvort hann stendur utan þeirra. Ef hægt er að sýna fram á að um félagi í samtökunum sé að ræða, þá á honum að hafa hlotið að vera það ljóst að með því sammælast við aðra í samtökunum um fremja tiltekinn refsiverðan verknað, væri hann að taka virkan þátt í starfsemi skipulagðra brotasamtaka og því ef til vill hærra ásetningsstig sem kæmi til skoðunar. Hins vegar ef um utanaðkomandi mann er að ræða, sem ekki er beinn þátttakandi í skipulögðum brotasamtökum og hann ber fyrir sig að hafa ekki gert sér grein fyrir að hann hafi verið að taka þátt í starfsemi þeirra, gæti verið að um lægra stig ásetnings að ræða. Athuga þarf því aðstæður hverju sinni og hvað geranda hefur verið ljóst eða hlýtur að hafa verið ljóst í hverju tilviki fyrir sig. Það getur þó oft verið erfiðleikum bundið að sanna, svo að óyggjandi sé, tiltekna huglæga afstöðu geranda til verknaðar. Sérstaklega á það við þegar ekki liggur fyrir full játning geranda, hvort sem það er vegna minnisleysis eða einfaldlega vegna þess að hann neitar alfarið sök. Sé vitnum ekki heldur til að dreifa, verður að ráða hina huglægu afstöðu af ytri atvikum. Reynir oft á slíka sönnun fyrir dómstólum. Í forsendum refsidóma tíðkast því gjarnan orðalag sem felur í sér samtvinnun sakarmats og sönnunarmats. Oft er því vísað til þess með ákveðnum hætti, líkt og geranda *hlyti að vera ljóst eða geranda gat ekki dulist*.¹⁸²

7.2.2.2 Ásetningur þarf að standa til allra efnispátta í verknaðarlýsingu hins fyrirhugaða brots

Ásetningur þess er sammælist við annan mann um að taka þátt í framkvæmd tiltekins brots þarf að standa til þess að hið fyrirhugaða brot sé fullframið af honum sjálfum eða þá öðrum, en með því er átt við að ásetningur hans þarf að standa til allra efnispátta verknaðarins, eins og honum er lýst fullfrömdum í refsíákvæði um hið fyrirhugaða brot, þar með til afleiðinga verknaðar ef við á. Ljóst er að vandasamt getur verið að sýna fram á ásetning til hins fyrirhugaða brots ef ákveðnar undirbúningsathafnir veita ekki vísbendingu um framkvæmd hins refsiverða verknaðar. Að einhverju leyti má líkja þessu við andlag tilraunarásetnings, en

¹⁸¹ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð III*, bls. 26.

¹⁸² Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 64-65.

þar er einnig áskilið að ásetningurinn taki til allra efnisþátta í verknaðarlýsingu afbrots, eins og því er lýst fullfrömu í refsíákvæði. Ef maður er t.d. sakaður um tilraun til manndráps (211. gr., sbr. 20. gr. hgl.), þarf ákærvaldið að geta sýnt fram á að ásetningur hans hafi ekki einungis náð til ofbeldisverksins, sem unnið var, heldur einnig til þeirrar afleiðingar, þ.e. dauðans, sem hann stefndi að, en kom ekki fram. Ef ásetningur nær ekki sannanlega út fyrir tilraunarstigið, er háttsemin refsilaus, nema hún feli í sér annað sjálfstætt brot fullframið. Þá er yfirleitt um að ræða minna brot, t.d. líkamsárás skv. 217. gr. eða 218. gr. hgl. sem getur þannig verið þáttur í misheppnaðri tilraun til manndráps.¹⁸³ Þegar fjallað er um styrkleika tilraunarásetnings, er talið að ekki sé nægilegt, að gerandi hafi til dæmis ákveðið að svipta tiltekinn mann lífi og útvegað sér skotvopn í því skyni. Það verða að vera a.m.k. yfirgnæfandi líkur á að þessi ásetningur haldist til loka verknaðar, þegar tekið er tillit til þess, sem vitað er um skapgerð geranda og aðrar aðstæður. Í þessu felst samt ekki, að ákvörðun þurfi að vera óhagganleg, heldur má hún hins vegar ekki einkennast af slíku hiki eða fyrirvörum, að það er allt eins líklegt, að ekkert verði úr framkvæmd brotsins.¹⁸⁴ Munurinn hér er þó sá að frá sjónarmiði hefðbundinnar refsíabyrgðar felst í 175. gr. a. hgl. tjónsbrot með fullframningarstigið fært fram og gildir því sú sérregla að ásetningurinn þarf að ná út fyrir fullframningarstigið og til afleiðingar, sem ekki er komin fram. Er þetta frábrugðið reglunni um andlag tilraunarásetnings að því leyti að hér nær ásetningurinn lengra en fullframningarstigi nemur, en við tilraunarverknað er brot ekki fullframið. Reglurnar eiga það hins vegar sammerkt að ásetningur þarf að ná yfir tiltekna óorðna afleiðingu sem tilgreind er í verknaðarlýsingu.¹⁸⁵ Ætla má að þegar um brot gegn 175. gr. a. hgl. er að ræða, eigi því öll stig ásetnings við um hið fyrirhugaða brot, eins og við getur átt.¹⁸⁶

7.3 Sérgreindur ásetningur í alþjóðlegum refsirétti

Í alþjóðlegum refsirétti og í hliðstæðum lagaákvæðum í innanlandsrétti margra ríkja, þó að takmörkuðu leyti í íslenskum rétti, er í sumum tilvikum áskilinn sérgreindur ásetningur (dokus specialis) til ákveðinna glæpa. Það ásetningsstig er aðskilið frá hinum almennu ásetningsstigum (l. dokus generalis)¹⁸⁷, sem þekkt eru í hinum almenna hefðbundna refsirétti. Í hinum sérgreinda ásetningi felst að gerendur þurfa ekki einungis að hafa ásetning til hins

¹⁸³ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 121.

¹⁸⁴ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 120.

¹⁸⁵ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 93.

¹⁸⁶ Einnig má benda á að m.a. umboðssvik (249. gr. hgl.) og skilasvik (250. gr. hgl.) eru tjónsbrot með fullframningarstigið fært fram og geta öll ásetningsstig komið þar til álita sem fullnægjandi saknæmisgrundvöllur refsíabyrgðar, eftir því sem við á hverju sinni.

¹⁸⁷ Hinar almennu tegundir ásetnings eftir íslenskum rétti (l. dokus generalis) eru beinn ásetningur, líkindaásetningur og dokus eventualis.

undirliggjandi refsiverða verks (grunnbrots), heldur er einnig áskilið að um sé að ræða aukinn framvirkan ásetning (tilgang) sem er í eðli sínu samtvinnnaður tiltekinni hvöt. Það getur sem dæmi verið manndráp framið í því skyni að veikja eða skaða stjórnskipun eða stjórnmalalegar, efnahagslegar eða þjóðfélagslegar undirstöður ríkis eða alþjóðastofnunar, sbr. ákvæði 1. tölul. 100. gr. a. hgl um hryðjuverk.¹⁸⁸ Þekktasta dæmið um sérgreindan ásetning í alþjóðlegum refsirétti er hópmorð¹⁸⁹ (e. genocide),¹⁹⁰ sbr. alþjóðasamning um ráðstafanir gegn og refsingar fyrir hópmorð sem samþykktur var á allsherjarþingi Sameinuðu þjóðanna hinn 9. desember 1948. Í 2. gr. hans er skilgreint hvað felst í hópmorði og er þar áskilinn sérgreindur ásetningur. Ákvæðið hljóðar svo:

In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group, as such: a) Killing members of the group; b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; d) Imposing measures intended to prevent births within the group; e) Forcibly transferring children of the group to another group.

Saknæmisskilyrði hópmorðs fela annars vegar í sér almennan ásetning til að fremja refsivert grunnbrot, til dæmis morð, og hins vegar sérgreindan ásetning sem þarf til þess að um hópmorð sé að ræða. Í hinum síðarnefnda ásetningi felst „intent to destroy, in whole or in part, a protected group [...] as such“. Hér þarf því að vera sá sérgreindi tilgangur eða markmið morðsins „að útrýma með öllu eða að hluta vernduðum hópi manna sem slíkum.“¹⁹¹ Þessi viðbótarverknaðarlýsing verður því að hafa verið til staðar samhliða þeim grunnbrotum sem talin eru upp í a. – e. liðum ákvæðisins. Það er þessi sérstaki aukni ásetningur, samofinn tiltekinni hvöt, sem skilur hópmorð frá öðrum alþjóðlegum glæpum, eins og glæpum gegn mannúð. Hér skiptir því máli að gerandinn hafi framið brotin með því hugarfari að tilgangur þeirra hafi verið að ná fram ákveðinni niðurstöðu, þ.e. útrýmingu tiltekins hóps með öllu eða að hluta.¹⁹² Það er ekki nægilegt að gerandinn hafi séð fyrir sér eða hlotið að sjá fyrir að glæpaverk sín myndu leiða til hópmorðs heldur verður að sýna fram á að hann hafi haft hinn sérstaka ásetning til að svo færi.¹⁹³ Það er ekki skilyrði að þeir einir sem stjórna árásaðgerðum eða skipuleggja grunnbrotin geti orðið refsíabyrgir fyrir hópmorðum, heldur

¹⁸⁸ Jónatan Þórmundsson: „Hryðjuverk – ákvæði íslenskra laga í alþjóðlegu umhverfi“, bls. 250 og sjá einnig Antonio Cassese: *International Criminal Law*, bls. 65.

¹⁸⁹ Hugtakið hópmorð er hið viðurkennda heiti í íslenskum rétti á hugtakinu genocide, en það kemur m.a. fram í 6. gr. Rómarsamþykktarinnar sem fullgilt var af Íslands hálfu hinn 25. maí 2000. Hins vegar má benda á að hugtakið genocide er oftast þýtt sem þjóðarmorð í ensk-íslenskum orðabókum og kemur það hugtak einnig oft fyrir í almennri umfjöllun um þetta efni.

¹⁹⁰ Antonio Cassese: *International Criminal Law*, bls. 65.

¹⁹¹ Robert Cryer o.fl.: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, bls. 220.

¹⁹² Guénaél Mettraux: *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, bls. 209.

¹⁹³ Guénaél Mettraux: *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, bls. 210.

geta óbreyttir liðsmenn allt eins orðið aðalmenn í hópmorði, en það er því skilyrði háð að þeir hafi hinn sérgreinda ásetning til brotsins.¹⁹⁴ Áskilin huglæg afstaða til brotsins þarf að hafa orðið til áður en grunnbrot er framið, en það er þó ekki skilyrði að hinn sérgreindi ásetningur til hópmorðs sé eina ástæðan eða meginforsendan við framkvæmd brotanna, heldur nægir að hann sé þáttur í heildarásetningi geranda til brots á verknaðarstundu.¹⁹⁵

Erfitt hefur oft reynst í réttarframkvæmd að sanna þennan sérgreinda ásetning til hópmorða þar sem sjaldan liggja fyrir bein sönnunargögn eins og játning, sem benda til þessa aukna ásetnings. Þar af leiðandi hefur þurft að leiða ásetninginn af ákveðnum kringumstæðum í heild sinni, svo sem eðli aðgerða og orðum geranda ef um þau er að ræða, sjá dóm í máli *Seromba* fyrir Alþjóðlega stríðsglæpadómstólnum í Rúanda¹⁹⁶ þar sem reyndi á sönnun um sérgreindan ásetning til hópmorðs. Þar hafði gerandinn, sem var prestur, samþykkt að eyðileggja skyldi kirkju með þeim afleiðingum að þeir yrðu drepnir sem þar voru inni. Hann hafði sýnt jarðtústjóra hvar kirkjan var veikust fyrir og hvar hann ætti því að láta til skarar skríða til að jafna kirkjuna við jörðu og skipaði honum í kjölfarið að gera það. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að gerandinn hefði vitað að um það bil 1500 Tútsar væru inni í kirkjunni sem flóttamenn og að eyðilegging hennar myndi valda dauða fólksins. Í ljósi athafna geranda í aðdraganda verknaðarins og yfirlýsinga hans í garð Tútsa taldi dómstóllinn ljóst að hann hefði haft hinn sérgreinda ásetning aðalmanns til hópmorðs.¹⁹⁷ Hefur þessi aðferð við ákvörðun hins sérgreinda ásetnings verið nokkuð gagnrýnd og nefnt sem dæmi um að almennur liðsmaður fari vanalega eftir skipunum yfirmanna sinna án þess að hafa ákveðinn ásetning til að tortíma sérgreindum hópi manna og því væri ekki raunhæft að kanna ásetning til hópmorðs út frá gjörðum eins liðsmanns. Í dómaframkvæmd hefur því verið byggt á að gerendur verði að hafa hver um sig hinn sérgreinda ásetning til verksins.¹⁹⁸

Ekki eru mörg lagaákvæði í íslenskum rétti sem styðjast við þetta ásetningsstig, heldur er algengara eins og fram hefur komið að finna vísun til þess í alþjóðlegum refsirétti og í rétti margra annarra ríkja.¹⁹⁹ Eitt helsta dæmið um refsíákvæði af þessu tagi í íslenskum rétti er þó að finna í 100. gr. a. hgl. um hryðjuverk, sem áður hefur verið fjallað um. Í fáeinum ákvæðum íslensks réttar er þó viðhaft orðalag eins og *að hafa eitthvað að markmiði* eða framkvæma einhvern verknað, *í þeim tilgangi* eða *í því skyni* að ná einhverju fram (ávinningi eða öðrum árangri). Refsivert brot er því framið með ákveðið markmið í huga og segja má að ákveðin

¹⁹⁴ Robert Cryer o.fl.: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, bls. 223.

¹⁹⁵ Guénaël Mettraux: *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, bls. 210.

¹⁹⁶ *Prosecutor v. Seromba* (Case No. ICTR-2001-66-A. Ch. 2008, paras. 177-182).

¹⁹⁷ Robert Cryer o.fl.: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, bls. 225-226.

¹⁹⁸ Robert Cryer o.fl.: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, bls. 226-227.

¹⁹⁹ M.a. er að finna vísun til þess í 147. gr. a. norsku hegningarlögganna um hryðjuverk.

hvöt liggja þar að baki. Þó ber að benda á að þetta orðalag vísar ekki til sérgreinds ásetnings í öllum tilvikum, sjá t.d. 86. gr. og 150. gr. hgl. Í athugasemdum greinargerðar með frumvarpi því er varð að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 er meðal annars vísað til þessa orðlags þegar fjallað er um hugtakið „vanvirðandi meðferð“ í 1. mgr. 68. gr. stj.skr., en þar segir:

Þó má helst lýsa inntaki vanvirðandi meðferðar með því að þar sé átt við athafnir eða athafnaleysi *sem hafa það að markmiði* að niðurlægja eða auðmýkja mann eða má almennt líta á sem auðmýkjandi.²⁰⁰

Framangreind setning gæti gefið tilefni til að ætla að meðferð til dæmis frelsissvipts manns gæti ekki verið vanvirðandi í merkingu 1. mgr. 68. gr. stj.skr., nema sannaður væri sérgreindur ásetningur til þess að láta viðkomandi þola slíka meðferð. Er þá horft til þess orðalags í athugasemdunum að átt sé „[...] við athafnir eða athafnaleysi sem hafa það að markmiði að niðurlægja eða auðmýkja mann.“ Hins vegar hefur dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu um 3. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994 (hér eftir nefndur MSE), verið skýr um að ekki sé nauðsynlegt að sanna að markmið eða tilgangur viðkomandi athafna hafi verið sá að láta mann þola meðferð sem sé ómannúðleg eða vanvirðandi. Samkvæmt þessu mætti halda því fram að gerðar séu sönnunarkröfur um huglæga afstöðu geranda í lögskýringargögnum að baki 68. gr. stj.skr. sem ekki hafa verið gerðar á vettvangi MSE. Ætla verður þó, m.a. af öðru orðalagi athugasemdanna, að 1. mgr. 68. gr. stj.skr. veiti ekki lakari réttarvernd en 3. gr. MSE og ganga verður út frá því að stjórnarskrárákvæðið geri ekki þá kröfu að sannaður sé í hverju tilviki fyrir sig ásetningur til að láta einstakling þola ómannúðlega eða vanvirðandi meðferð.²⁰¹ Þar með er hér ekki áskilinn sérgreindur ásetningur þó að orðalag athugasemdanna með ákvæðinu gefi það til kynna. Þó ber einnig að benda á að þetta orðalag kemur einungis fyrir í lögskýringargögnum, en ekki er vísað til þess í sjálfu lagaákvæðinu. Er hér heldur ekki um refsíákvæði að ræða.

Í þessu samhengi má velja því fyrir sér hvort hafður sé í huga einhvers konar sérgreindur ásetningur með því orðalagi sem fram kemur í 2. mgr. 175. gr. a. hgl. Eins og áður hefur verið nefnt er það refsivert samkvæmt 1. mgr. 175. gr. a. hgl. að sammælast við annan mann um að fremja refsiverðan verknað sem sé liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Er það hugtak síðan skilgreint í 2. mgr. ákvæðisins sem félagsskapur þriggja eða fleiri manna sem *hefur það að meginmarkmiði*, beint eða óbeint í ávinningskyni, að fremja með skipulegum hætti refsiverðan verknað. Hér má því velja því fyrir sér hvort hafður sé í huga einhvers konar sérgreindur ásetningur með því að nota orðalagið sem *hefur það að meginmarkmiði* að fremja

²⁰⁰ Alþt. 1994-95, A-deild, bls. 2094.

²⁰¹ Róbert Ragnar Spanó: „Ákvæði 1. mgr. 68. gr. stjórnarskrárinnar um bann við ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu“, bls. 644-646.

refsiverð brot. Ljóst er að sýna þarf fram á að verknaður hafi verið framinn eða að honum hafi verið ætlað að vera framinn sem liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka og þarf því í upphafi að leiða í ljós að um skipulögð brotasamtök hafi verið að ræða í skilningi 2. mgr. ákvæðisins. Í þessu tilfalli vísar orðalagið *hefur það að meginmarkmiði* á brotasamtökin sem slík, en ekki einstaka gerendur sammælisins. Þar með þarf sá er sammælist við annan mann um að fremja refsiverðan verknað ekki að hafa þann sérgreindan ásetning að fremja, beint eða óbeint, í ávinningsskyni, skipuleg afbrot, hann þarf ekki að hafa þetta tilgreinda markmið þegar hann framkvæmir hið fyrirhugaða brot og því þarf þetta ekki að vera þáttur í huglægri afstöðu hans til brotsins. Hins vegar þarf hann að hafa ásetning til sjálfs sammælisins og hins fyrirhugaða refsiverða verknaðar. Hin skipulögðu brotasamtök sem slík þurfa þó að hafa þennan sérgreinda tilgang, þ.e. að hafa þetta ákveðna *meginmarkmið, beint eða óbeint, í ávinningsskyni að fremja með skipulegum hætti brot*. Ekki er því hægt að heimfæra þetta markmið undir sérgreindan ásetning einstaklings heldur er þetta eitt af hlutlægum skilyrðum skipulagðra brotasamtaka sem má sjá nánar um í kafla 4 hér að framan.

8 Tilraun og hlutdeild

Þar sem ákvæðið 175. gr. a. hgl. er frekar frábrugðið öðrum ákvæðum almennra hegningarlaga má velta fyrir sér hvort almennar reglur um tilraun og hlutdeild geti komið til skoðunar við beitingu ákvæðisins. Eins og fjallað hefur verið um þá er ekki ljóst hvar mörkin í raun liggja milli þess að sammælast um að fremja refsiverðan verknað og tilraunar til hins fyrirhugaða brots og verður því í kafla 8.1 reynt að kanna hvar mörkin eru, þ.e. ef þau eru þá skýr. Einnig verður athugað hvort almennar reglur um tilraun geti átt við um ákvæðið.

Almennt getur reynt á hlutdeildarreglur, þegar tveir eða fleiri einstaklingar eiga aðild að einu eða fleiri afbrotum. Þegar um er að ræða brot gegn 175. gr. a. hgl., er ljóst að samtök manna standa að baki brotinu. Í kafla 8.2 verður því reynt að skýra frá hvort reglur um hlutdeild geti átt við um ákvæðið.

8.1 Mörk tilraunar og sammælis um að fremja refsiverðan verknað

Í íslenskum lögum finnst engin almenn regla um það hvenær afbrot skuli teljast fullframin. Það er því skýringaratriði við hvert einstakt refsíákvæði, enda er afbrotum þar lýst sem fullfrömdum.²⁰² Eins og fram hefur komið þá líkist brot gegn 175. gr. a. hgl. tjónsbrotum með fullframningarstigið fært fram. Hefur þessi lagasetningaraðferð verið talin þrengja efnissvið tilraunarábyrgðar, en útilokar hana þó ekki.²⁰³ Tjónsbrot með fullframningarstigið fært fram eru lagatæknilega fullframin, þótt afleiðing verknaðar sé ekki fram komin. Því gilda ekki tilraunarreglur 20. og 21. gr. hgl. um þessi brot þannig fullframin, en hins vegar getur undirbúningur að þessum brotum verið refsiverð tilraun skv. 20. gr. hgl.²⁰⁴ Til að um tilraunarverk sé að ræða þurfa þó að vera fyrir hendi ákveðin lágmarksskilyrði. Í því felst, sbr. orðalag 1. mgr. 20. gr. hgl., að refsíábyrgð er ekki fyrir hendi fyrr en ásetningur hefur verið sýndur í verki sem miðar að eða er ætlað að miða að framkvæmd brotsins. Í 175. gr. a. hgl. er lögð refsíábyrgð við því að sammælast við annan mann um að fremja tiltekinn refsiverðan verknað. Brotið er því fullframið við það að gera samkomulag um slíkt við annan mann. Erfitt er að hugsa sér að mögulegt væri að gera tilraun til sammælis, þó er ekki hægt að útiloka að í einhverju tilfelli gæti reynt á slíkt, svo sem ef maður reynir að gera samkomulag við skipulögð brotasamtök um að fremja tiltekinn verknað, en án árangurs eða að menn séu í viðræðum um framkvæmd tiltekins refsiverðs verks en geta ekki komið sér saman um aðalatriði varðandi framkvæmdina, þá er óljóst hvort skilyrði samkomulags séu uppfyllt.

²⁰² Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíábyrgð I*, bls. 103.

²⁰³ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíábyrgð I*, bls. 103-104.

²⁰⁴ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíábyrgð I*, bls. 76.

Samsærisbrot og hefðbundin tilraunarbrot hafa nokkur sameiginleg einkenni. Fyrst ber að nefna að hliðstæð regla gildir um andlag tilraunarásetnings og andlag sammælis samkvæmt 175. gr. a. hgl., að ásetningur verður að ná til allra efnispáttá í verknaðarlýsingu afbrots, eins og því er lýst fullfrömu í refsíákvæði, að breyttu breytanda. Sem dæmi má nefna ef maður er sakaður um tilraun til manndráps, þá þarf ákærvaldið að geta sýnt fram á að ásetningur hans hafi ekki einungis náð til ofbeldisverksins, sem unnið var, heldur og til þeirrar afleiðingar (dauðans), sem hann stefndi að en kom þó ekki fram.²⁰⁵ Eins er það með samsærisbrotið, það er ekki nægilegt að ásetningur standi einungis til þess að sammælast við annan mann um að fremja einhvern verknað heldur þarf ásetningur að standa til þess að framkvæma tiltekinn verknað og þar af leiðandi til afleiðinga hans ef um tjónsbrot er að ræða. Annað atriði sem hægt er að nefna í þessu samhengi er hve sérgreindur tilraunarásetningur þarf að vera. Með því er átt við að ákvörðun geranda þarf að beinast að tilteknu refsiverðu verki, að minnsta kosti að ákveðinni brotategund eins og t.d. þjófnaði. Áætlun geranda þarf þó að vera eitthvað skýrari en þetta, þó að erfitt sé að fullyrða hvað þurfi til. Tilraunarandlagið þarf því að vera nokkurn veginn sérgreint við ákvörðunina, t.d. innbrot í verslanir eða iðnaðarhús á tilteknu svæði, en gerandinn þarf þó ekki að vera búinn að leggja niður fyrir sér í einstökum atriðum, hvernig hann ætlar að framkvæma verkið. Það þarf því ekki að vera skipulagt út í ystu æsar. Það útilokar jafnframt ekki refsíabyrgð fyrir tilraun þótt beðið sé með nánari ákvörðun um stað, tíma, aðferð og verknaðarandlag þar til að framkvæmd brotsins kemur. Hins vegar er afar ólíklegt að um sakfellingu verði að ræða ef allt þetta vantar.²⁰⁶ Það sem svipar hér til samsærisbrota er að ásetningur þarf að standa til einhvers ákveðins refsinaems verks, og þarf andlagið að vera nokkuð sérgreint. Menn þurfa því að sammælast um að fremja einhvern tiltekinn verknað og þurfa þeir að leggja nokkurn veginn sama skilning í það hvað í verknaðinum felst. Hins vegar er ekki nauðsynlegt að búið sé að skipuleggja framkvæmd verknaðar út í ystu æsar heldur nægir að ákveðið sé að fremja brotið en nánari smáatriði varðandi framkvæmdina séu ákveðin síðar.

Verknaðarlýsingu 1. mgr. 175. gr. a. hgl. svipar, eins og fram hefur komið, til tjónsbrota með fullframningarstigið fært fram og því er eins og við þau takmarkað svigrúm til þess að sakfella fyrir tilraunarbrot þegar um sammælisbrot er að ræða. Skilin á milli undirbúningsathafna²⁰⁷ og framkvæmdaathafna²⁰⁸ tilraunar skipta minna máli í íslenskum og

²⁰⁵ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 121.

²⁰⁶ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 121.

²⁰⁷ Með undirbúningsathöfnum er átt við þær athafnir eða ráðstafanir geranda, sem miða að framkvæmd brots eða er ætlað að miða að framkvæmd þess, en þær nægja þó ekki til þess, að brotið geti fullframist. Nánari umfjöllun um þetta atriði má finna í riti Jónatans Þórmundssonar *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 114-117.

dönskum rétti en víðast hvar í rétti annarra ríkja. Undirbúningsathafnir geta nefnilega bakað mönnum refsíabyrgð gagnstætt því sem tíðkast í rétti flestra annarra ríkja.²⁰⁹ Í norskum rétti er sem dæmi meginreglan að undirbúningsathafnir séu ekki refsiverðar.²¹⁰ En í undantekningartilvikum eru slíkar athafnir lýstar refsiverðar í norskum lögum. Slíkt var gert með lögfestingu 162. gr. c. norsku hegningarlaganna sem er sambærilegt 175. gr. a. hgl. Á þessi undantekning frá meginreglunni sérstaklega við þegar brot eru talin afar alvarleg og því talið nauðsynlegt að leggja refsíabyrgð við þeim.²¹¹ Sem dæmi er í b-lið 1. mgr. 222. gr. d. norsku laganna um meðferð sakamála²¹² að finna sérstakt ákvæði sem heimilar lögreglu að hefja rannsókn þegar grunur leikur á að fyrirhugað sé að fremja nánar tiltekið alvarlegt brot. Er hér um að ræða nánar tilgreind alvarleg brot svo sem manndráp, rán og alvarleg fíkniefnabrot sem skipulögð eru í starfsemi skipulagðra brotasamtaka.

Í athugasemdum með frumvarpi því er varð að lögum nr. 149/2009 er sérstaklega tekið fram að af 5. gr. Palermó-samningsins verði að draga þá ályktun að til þess að fullnægja skuldbindingum samningsins sé það ekki viðhlítandi að gera háttsemi þessa refsinaema á grundvelli tilraunarákvæða í landslögum. Í því sambandi var þó bent á að íslensk lög um tilraunarábyrgð, sbr. hið almenna ákvæði 20. gr. hgl., gangi töluvert lengra en tíðkist í rétti flestra Evrópuríkja við það að heimila refsíabyrgð fyrir undirbúningsathafnir, jafnvel þótt fjarlægjar séu frá framkvæmdarathöfn. Þar með gæti sammæli um að fremja refsiverðan verknað verið nægur grundvöllur refsíabyrgðar samkvæmt íslenskum tilraunarákvæðum,²¹³ einkum og sér í lagi þegar áætlun lægi fyrir um hvernig framkvæma skyldi verknaðinn eða hafist hefði verið handa um að útvega eitthvað til undirbúnings í tengslum við framkvæmdina,²¹⁴ sbr. m.a. *Hrd. 1948, bls. 1 (13-14)*. Í því máli var m.a. sakfelld fyrir ráðagerðir og samtök fjögurra manna um að útvega bát og sökkva honum með váttryggðum vörum. Ákærðu voru sakfelldir fyrir tilraun til brots (165. gr. og 248. gr. sbr. 20. gr. hgl.) þar sem þeir höfðu haft nokkurn viðbúnað í þessu skyni þótt sá viðbúnaður hefði ekki verið langt á veg kominn. Af þessu leiðir að ekki er ólíklegt að sammæli manna um refsiverðan verknað í skilningi 175. gr. a. hgl. geti í einstaka tilfellum fallið undir tilraun til hins fyrirhugaða brots.

²⁰⁸ Með framkvæmdaathöfnum er átt við þær athafnir sem nægja, eru taldar nægja eða eru til þess fallnar að fullfremja tiltekið brot. Nánari umfjöllun um þetta atriði má finna í riti Jónatans Þórmundssonar *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 114-117.

²⁰⁹ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 116.

²¹⁰ *Meld. St. 7 (2010-2011). Kampen mot organiseret kriminalitet – en felles innsats*, bls. 98, og Johs. Andenæs: *Alminnelig strafferett*, bls. 319.

²¹¹ Johs. Andenæs: *Alminnelig strafferett*, bls. 319.

²¹² Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) frá 22. maí 1981 nr. 25.

²¹³ Sjá nánar um lágmarksskilyrði tilraunarverks í riti Jónatans Þórmundssonar *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 113.

²¹⁴ Þskj. 16, 138. lögb. 2009-10, bls. 15 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

Auk þess er ljóst að erfitt getur verið að sanna samkomulag manna af þessu tagi, nema ytri atvik bendi til ráðagerðarinnar sem að öllu jöfnu myndu þá falla undir undirbúningsathafnir tilraunar. Því má segja að ekki séu skýr mörk á milli sammælis manna og tilraunar til hins fyrirhugaða brots. Áhugavert er því að íhuga hvar mörkin í raun liggja milli þess að brot falli undir tilraunarbrot með tilliti til hins fyrirhugaða verknaðar eða sammælisbrot, þar sem ljóst er að ekki er alltaf um skýr skil að ræða. Brot gegn 1. mgr. 175. gr. a. hgl. telst fullframið á því tímamarki sem samkomulag manna er gert um að fremja tiltekinn refsiverðan verknað, sem lið í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Fræðilega séð er brotið því fullframið við það eitt að menn sammælast um að fremja verknaðinn. Ekki er víst að samkomulagið eitt og sér gæti fallið undir tilraunarábyrgð íslensks réttar á grundvelli undirbúningsathafna þar sem hæpið er að það uppfylli lágmarksskilyrði undirbúningsathafna.²¹⁵ En þar sem nær ómögulegt er að sanna samræður manna sem fram fara í leyni, nema til komi játningar eða vitnisburðir um einhverra sem viðstaddir voru, er ljóst að í reynd þurfa einhver ytri atvik að liggja fyrir sem benda til samkomulagsins. Geta hér fallið undir ýmsar undirbúningsathafnir manna sem framkvæmdar eru í aðdraganda eða kjölfar sammælisbrotsins. Þar sem tilraunarábyrgð í íslenskum refsirétti er töluvert rýmri fræðilega séð en tíðkast í rétti annarra Evrópuþjóða geta undirbúningsathafnir verið grundvöllur tilraunarábyrgðar. Erfitt er því draga ályktanir um hvar mörkin liggja á milli sammælisbrota og tilraunarbrot. Meginmunurinn er auðvitað sá að samkomulag manna um að fremja tiltekinn refsiverðan verknað telst fullframið brot í skilningi 1. mgr. 175. gr. a. hgl., en þegar um tilraun til hins fyrirhugaða brots er að ræða er brotið ekki fullframið.

Þá má velta fyrir sér hverju það skiptir að greina mörkin milli sammælis og tilraunar til hins fyrirhugaða verknaðar, en hér geta komið til skoðunar álitaefni varðandi sakartæmingu eða sambeitingu refsíákvæða. Árekstur refsíákvæða á sér stað þegar verknaðarlýsingar tveggja eða fleiri refsíákvæða taka til eins og sama afbrotsins. Tvennt er þá í stöðunni, að báðum ákvæðunum sé beitt samtímis um afbrotið eða að annað þeirra tæmi sökina.²¹⁶ Þar sem 175. gr. a. hgl. felur í raun í sér viðbótarverknaðarlýsingu, sem getur tekið til hvaða afbrots sem varðar að minnsta kosti 4 ára fangelsi, er erfitt að heimfæra almennar reglur um sakartæmingu eða sambeitingu refsíákvæða yfir á ákvæðið. Það er almenn skýringarregla að sérhæfð ákvæði tæmi sök gagnvart öðrum almennari.²¹⁷ Í þessu tilfelli er erfitt að segja að 175. gr. a. hgl. geti talist sérhæfðara brot gegn tilraunarbroti hins fyrirhugaða brots þar sem brot gegn ákvæðinu

²¹⁵ Sjá umfjöllun um lágmarksskilyrði tilraunarverks í riti Jónatans Þórmundssonar: *Afbrot og refsíábyrgð I*, bls. 112-113.

²¹⁶ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíábyrgð I*, bls. 254.

²¹⁷ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíábyrgð I*, bls. 255.

þarf ávallt að tengjast öðru broti og getur því ekki staðið eitt og sér. Erfitt er því að álykta hvort í þessu tilfelli 175. gr. a. hgl. myndi tæma sökina gagnvart 1. mgr. 20. gr. hgl. Það má þó benda á að það ætti ekki að skipta máli varðandi refsingu hvort ákvæðunum yrði beitt saman eða ekki, þar sem refsing við broti gegn 175. gr. a. hgl. er allt að 4 ára fangelsi, nema brot varði þyngri refsingu samkvæmt öðrum ákvæðum almennra hegningarlaga eða sérrefsilaga. Þar með miðast brot gegn ákvæðinu við refsihámark hins fyrirhugaða brots, eins og áður hefur komið fram. Ef hins vegar er um að ræða tilraun til hins fyrirhugaða brots, miðast það einnig við hámarksrefsingu hins fyrirhugaða brots, þar sem aðalreglan er sú að refsimörk tilraunarbrota eru þau sömu og gilda um brotin fullframin, sbr. upphaf 2. mgr. 20. gr. hgl. Því ætti refsiramminn að vera sá sami, hvort sem um brot gegn 175. gr. a. hgl. er að ræða eða tilraunarbrot til hins fyrirhugaða refsiverða verknaðar.

8.2 Hlutdeild í skipulagðri brotastarfsemi

Hið almenna ákvæði 1. mgr. 22. gr. hgl. kveður á um, að hver sá maður, sem með liðsinni í orði eða verki, fortölum, hvatningum eða á annan hátt á þátt í því að brot samkvæmt almennum hegningarlögum er framið, skuli sæta þeirri refsingu, sem við brotinu er lögð. Almenn getur reynt á hlutdeildarreglur, þegar tveir eða fleiri einstaklingar eiga aðild að einu eða fleiri afbrotum.²¹⁸ Þegar um er að ræða brot gegn 175. gr. a. hgl. er ljóst að samtök manna standa að baki brotinu. Í athugasemdum með frumvarpi því er varð að lögum nr. 149/2009 kemur fram að 5. gr. Palermó-samningsins virðist ekki útiloka samkvæmt efni sínu að ríki geri þátttöku í skipulögðum brotasamtökum refsiverða með hlutdeildarákvæðum refsilaga. Hins vegar voru ekki taldar forsendur til að rýmka 22. gr. hgl. á þann veg að brot það sem hér um ræðir geti tekið til athafna þegar ekki er fyrir hendi ásetningur til hlutdeildar í hinu fyrirhugaða broti.²¹⁹ Með því móti þarf þátttakandi í sammæli að hafa ásetning til þess að sammælast við annan mann um fremja refsiverðan verknað og einnig þarf ásetningur að standa til hins fyrirhugaða refsiverða verknaðar, hvort sem hann er aðalmaður eða hlutdeildarmaður í brotinu.

Aðalreglan varðandi sammælisbrot er að þátttakendur í sammælinu teljast aðalmenn (samverkamenn) í brotinu. Eins og fyrr hefur komið fram má segja að brot af þessu tagi séu viðvarandi (e. continuous and ongoing) en með því er átt við að menn geta orðið aðilar að hinu refsiverða samkomulagi hvenær sem er og orðið því aðalmenn í brotinu þó þeir hafi komið inn á síðara stigi. Hlutdeildarreglur ættu þrátt fyrir það að geta komið til skoðunar í

²¹⁸ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsiaþbyrgð I*, bls. 131.

²¹⁹ Þskj. 16, 138. lögb. 2009-10, bls. 15 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

einhverjum tilvikum þegar um brot gegn 175. gr. a. hgl. er að ræða. Menn ættu annars vegar að geta átt hlutdeild í sjálfu sammælisbrotnu og hins vegar í hinu fyrirhugaða broti. Þannig er hægt að hugsa sér fáein dæmi. Í fyrsta lagi gætu menn verið hlutdeildarmenn í sjálfu sammælisbrotnu svo sem þegar félagi skipulagðra brotasamtaka hvetur aðra menn innan samtakanna til að sammælast um að framkvæma ákveðið brot, án þess þó að hann sé beinn aðili að samkomulaginu. Í öðru lagi gætu menn einungis verið hlutdeildarmenn í hinu fyrirhugaða broti. Þá hafa menn ekki komið að sjálfu samkomulaginu um að fremja hinn refsiverða verknað, en þeir hafa hins vegar hjálpað til við framkvæmd eða undirbúning hins fyrirhugaða brots. Til að vera hlutdeildarmaður í broti gegn 175. gr. a. hgl. þarf maður að öllum líkindum að gerast beint eða óbeint aðili að samkomulaginu. Þar sem sammælið er viðvarandi í eðli sínu getur maður því slegist í hópinn á síðara stigi. Það mætti þó einnig halda því fram að sá sem slæst í hópinn á síðara stigi og verður þar með aðili að samkomulaginu, gerist með því aðalmaður í brotnu og þá kæmi 1. mgr. 22. gr. hgl. ekki til skoðunar. Þar sem aðalregla sammælisbrota er sú að þátttakendur í sammælinu teljast aðalmenn (samverkamenn) getur verið erfitt að skera úr um hvort þátttaka manns í broti er þess eðlis að líta beri á hana sem hlutdeild gagnvart verknaði aðalmanna eða líta beri á verknaðinn sem samverknað tveggja eða fleiri manna.²²⁰

Meginreglan um andlag ásetnings gildir um hlutdeild og því þarf ásetningur að taka til allra efnispátta verknaðar eins og honum er lýst fullfrömdum í verknaðarlýsingu refsíákvæðis.²²¹ Þegar menn eiga þannig hlutdeild að sammælisbrotnu verða þeir að hafa ásetning til sammælisbrotsins sem slíks og einnig til hins fyrirhugaða refsiverða verknaðar, þ.e. til allra efnispátta hins fyrirhugaða brots og að lokum þarf ásetningurinn að ná yfir tiltekna verknaðaraðstæður, þ.e. að framkvæmd verknaðarins sé liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Hins vegar ef menn eiga einungis hlutdeild í hinu fyrirhugaða broti þá þarf ásetningur þeirra aðeins að ná til allra efnispátta hins fyrirhugaða brots.

²²⁰ Sigurður Tómas Magnússon og Hildigunnur Ólafsdóttir: *Ákvörðun refsingar. Rannsókn á refsíákvörðunum vegna manndrápa, rána og líkamsmeiðinga, 1951-2000*, bls. 97.

²²¹ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 142.

9 Skýrleiki refsheimilda

9.1 Almenn

Það leiðir af grundvallarreglunni um lögbundnar refsheimildir að verknaðarlýsingar refsíákvæða þurfa að vera aðgengilegar og skýrar, sbr. 1. gr. hgl. og 1. mgr. 69. gr. stj.skr., sem og 1. mgr. 7. gr. MSE, sbr. lög nr. 62/1994.²²² Skýrleikakrafa 1. mgr. 69. gr. stj.skr. hefur verið talin fela í sér að refsheimildir séu ætíð orðaðar á þann veg að á því sé enginn vafi að tiltekin háttsemi, athöfn eða athafnaleysi, falli undir verknaðarlýsingu refsíákvæðis.²²³ Í þessu felst að einstaklingur á rétt á að vita hvaða háttsemi getur bakað honum refsíabyrgð, að minnsta kosti að hann geti nokkurn veginn kynnt sér það með því að lesa viðkomandi lagatexta. Eins dregur skýr og vel skilgreind verknaðarlýsing úr hættu á mismunun og geðþóttaákvörðunum í refsivörslukerfinu. Ekki er þó nægilegt, að verknaðarlýsing refsíákvæðis sé skýr heldur þurfa einnig viðurlögin við brotum á því að vera skýrlega skilgreind í lögum og framkvæmd þeirra í refsivörslukerfinu að vera fyrirsjáanleg innan skynsamlegra marka.²²⁴

Í raun má leggja ákveðinn mælikvarða á verknaðarlýsingu brots til að staðreyna hvort hún sé of almenn og óljós. Í fyrsta lagi ber þá að íhuga hvort borgararnir teljist geta átt þess kost að kynna sér efni viðkomandi reglu og laga sig að kröfum hennar. Refsíákvæði laga þarf því að uppfylla kröfu um sanngjarna og eðlilega viðvörðun af hálfu löggjafans. Í öðru lagi þarf verknaðarlýsing að vera nægilega sérgreind til þess að reglan um andlag ásetnings þjóni tilgangi sínum. Í þriðja lagi eykur óljós verknaðarlýsing refsíákvæðis hættu á mismunun og geðþóttaákvörðunum í refsivörslukerfinu. Í fjórða lagi er erfitt að verjast ákæru með efnislegum rökum, ef refsíákvæði það sem ákæra vísar til er torskilið og margrætt. Að lokum verður skýrleikakrafan að vera raunhæf og sanngjörn, en því nauðsynlegra er að ákvæði sé skýrt sem meira er í húfi, svo sem afbrot er getur varðað ævilöngu fangelsi.²²⁵

9.2 Ákvæði 175. gr. a. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, með tilliti til skýrleika refsheimilda

Í 1. mgr. 175. gr. a. hgl. er það lýst refsivert að sammælast við annan mann um að fremja refsiverðan verknað sem varðar að minnsta kosti 4 ára fangelsi og er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Í 2. mgr. ákvæðisins eru svo skipulögð brotasamtök skilgreind sem

²²² Jónatan Þórmundsson: „Hryðjuverk – ákvæði íslenskra laga í alþjóðlegu umhverfi“, bls. 244-245.

²²³ Róbert Ragnar Spanó: „Stjórnarskráin og refsíabyrgð (síðari hluti) meginreglan um skýrleika refsheimilda“, bls. 7.

²²⁴ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 167-168.

²²⁵ Jónatan Þórmundsson: „Hryðjuverk – ákvæði íslenskra laga í alþjóðlegu umhverfi“, bls. 245.

félagsskapur þriggja eða fleiri manna sem hefur það að meginmarkmiði, beint eða óbeint í ávinningsskyni, 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. Það má með sanni segja að verknaðarlýsing ákvæðisins sé nokkuð flókin, en eins og áður hefur komið fram er ekki að finna fyllilega sambærilegt ákvæði í almennum hegningarlögum. Þrátt fyrir það er erfitt að segja að ákvæðið sé það óskýrt að vafi leiki á að það uppfylli skilyrði sem gerð eru til skýrleika refsheimilda sem talin voru upp í kafla 6.1. Hugsanlega mætti þó deila um skýrleika nokkurra atriða, svo sem hugtaksins sammælis og að brot það sem sammælst er um að fremja verði að varða að minnsta kosti 4 ára fangelsi. Í greinargerð með breytingarlögum nr. 149/2009 er ekki að finna ítarlega umfjöllun um hvað felst í hugtakinu sammæli. Hugtakið hefur ennfremur enga fastmótaða skilgreiningu eins og er með önnur hugtök, svo sem þjófnað í 244. gr. hgl.²²⁶ Þá kemur hugtakið einungis fyrir á einum stað í hegningarlögunum, en ekki er vitað til þess að reynt hafi á það ákvæði fyrir dómi og því er ekki við mikla framkvæmd þar að styðjast. Því verður að telja að hugtakið sé ekki eins skýrt og það gæti verið, þó að ljóst sé að grundvöllur þess sé samkomulag manna, eins og fjallað hefur verið um í fyrri köflum. Að auki er ekki skýrt hvað felst í því að brot það sem sammælst er um að fremja verði að varða að minnsta kosti 4 ára fangelsi. Í því tilviki má velta fyrir sér hvort refsing þurfi að vera in abstracto eða in concreto. Í kafla 4.1.5 var talið líklegra að hér væri átt við refsingu in abstracto og þá væri verið að vísa til þess að refsihámark brots þyrfti að minnsta kosti að vera 4 ára fangelsi. Það er þó ljóst að endanlegt mat um skýrleika ákvæðisins verður ávallt í höndum dómstóla.

²²⁶ Sjá Jónatan Þórmundsson: *Þættir um auðgunarbrot. Sérstakur hluti*, bls. 66.

10 Fjölþjóðleg skipulögð brotastarfsemi

10.1 Samningur Sameinuðu þjóðanna gegn fjölþjóðlegri, skipulagðri brotastarfsemi

Samningurinn gegn fjölþjóðlegri, skipulagðri brotastarfsemi var samþykktur á allsherjarþingi Sameinuðu þjóðanna þann 15. nóvember árið 2000 og hefur hann oftast gengið undir nafninu Palermó-samningurinn. Samningurinn markaði stórt skref fram á við í baráttunni gegn fjölþjóðlegri, skipulagðri brotastarfsemi og við undirritun hans viðurkenndu samningsaðilar alvarleika þessara brota og nauðsyn þess að efla alþjóðlegt samstarf til að vinna gegn fjölþjóðlegri, skipulagðri brotastarfsemi.²²⁷

Samkvæmt 1. gr. samningsins er markmið hans að stuðla að samvinnu milli ríkja með það markmið í huga að fyrirbyggja og berjast gegn fjölþjóðlegri, skipulagðri brotastarfsemi á skilvirkari hátt en áður hefur tíðkast. Samningurinn felur í raun í sér tvö meginmarkmið, annars vegar að eyða ósamræmi í löggjöf og réttarframkvæmd ríkja og hins vegar að setja viðmið fyrir löggjöf einstakra ríkja, svo að þau geti á markvissan hátt barist gegn fjölþjóðlegri, skipulagðri brotastarfsemi.²²⁸ Í a-lið 2. gr. samningsins er í fyrsta skipti að finna alþjóðlega skilgreiningu á því hvað felist í skipulögðum brotasamtökum, en vöntun slíkrar skilgreiningar gerði alþjóðasamfélaginu erfitt fyrir að gera sér grein fyrir umfangi skipulagðrar brotastarfsemi.²²⁹ Með því að skilgreina hugtakið skipulögð brotasamtök var hægt að ná betur yfir þá starfsemi sem felst í fjölþjóðlegri, skipulagðri brotastarfsemi. Í samningnum er svo skilgreint í 2. mgr. 3. gr. hvernig brotastarfsemi getur verið fjölþjóðleg. Ákvæðið hljóðar svo:

1. This Convention shall apply, except as otherwise stated herein, to the prevention, investigation and prosecution of:
 - (a) The offences established in accordance with articles 5, 6, 8 and 23 of this Convention; and
 - (b) Serious crime as defined in article 2 of this Convention;where the offence is transnational in nature and involves an organized criminal group.
2. For the purpose of paragraph 1 of this article, an offence is transnational in nature if:
 - (a) It is committed in more than one State;
 - (b) It is committed in one State but a substantial part of its preparation, planning, direction or control takes place in another State;
 - (c) It is committed in one State but involves an organized criminal group that engages in criminal activities in more than one State; or
 - (d) It is committed in one State but has substantial effects in another State.

Í 1. mgr. 3. gr. er gildissvið samningsins afmarkað við ákveðin nánar skilgreind brot samkvæmt samningnum ef þau eru alvarlegs eðlis, sbr. b-lið 2. gr. samnings og í eðli sínu

²²⁷ „United Nations Convention against Transnational Organized Crime and its Protocols“, <http://unodc.org>.

²²⁸ The United Nations, office of drug control and crime prevention: „After Palermo: An overview of what the convention and protocols hope to accomplish“, bls. 21.

²²⁹ Þskj. 16, 138. lögb. 2009-10, bls. 15 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

fjölþjóðleg og tengd skipulögðum brotasamtökum. Í 2. mgr. ákvæðisins er skilgreint í fjórum liðum hvernig brotastarfsemi geti verið fjölþjóðleg. Í fyrsta lagi getur brotastarfsemi verið fjölþjóðleg ef hún á sér stað í fleiri en einu ríki. Í öðru lagi ef brot er framið í einu ríki en verulegur hluti af undirbúningi þess, skipulagningu, skipunarvaldi og eftirliti á sér stað í öðru ríki. Í þriðja lagi ef brot er framið í einu ríki en það er á vegum skipulagðra brotasamtaka sem stunda brotastarfsemi í fleiri en einu ríki. Í fjórða lagi getur brotastarfsemi verið fjölþjóðleg samkvæmt ákvæðinu ef um er að ræða brot sem er framið í einu ríki en hefur umtalsverð áhrif í öðru ríki. Ákvæðið felur í sér rúma en þó nokkuð nákvæma skilgreiningu á hugtakinu fjölþjóðlegt brot. Innan hvers liðar er skilgreint brot sem er annaðhvort framkvæmt í ákveðnu ríki eða þá nokkrum ríkjum. Þar sem skilgreining fjölþjóðlegrar brotastarfsemi felur í sér að brot kunni að vera framið í einu eða fleiri ríkjum, geta vaknað spurningar um hvaða ríki hafi refsilögsögu.²³⁰ Er því í 1. mgr. 15. gr. samningsins að finna ákvæði sem kveður á um að samningsaðilar skuli haga löggjöf sinni þannig að hvert ríki hafi í ákveðnum tilvikum refsilögsögu yfir brotum gegn 5., 6., 8. og 23. gr. samningsins. Ákvæði 1. mgr. 15. gr. hljóðar svo:

1. Each State Party shall adopt such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences established in accordance with articles 5, 6, 8 and 23 of this Convention when:
 - (a) The offence is committed in the territory of that State Party; or
 - (b) The offence is committed on board a vessel that is flying the flag of that State Party or an aircraft that is registered under the laws of that State Party at the time that the offence is committed.

Af þessu má sjá að ef þessi ákveðnu brot eru framin á yfirráðasvæði ríkis þá hefur það refsilögsögu í málinu og eins ef brot er framið á skipi sem ber fána ríkisins eða flugvél sem er skráð eftir lögum þess ríkis á verknáðartíma er brotið er framið. Ríki eru með þessu ákvæði því skyldug til að búa svo um löggjöf sína að þau hafi refsilögsögu yfir slíkum brotum.²³¹ Kallast þetta forráðasvæðislögsaga og er grundvallarlögsöguregla þjóðaréttar, en hún felur í sér algeran fullveldisrétt ríkis á yfirráðasvæði þess.²³² Hins vegar felur ákvæðið ekki í sér skyldu til að beita refsilögsögunni í hverju máli fyrir sig.²³³ Í 5. mgr. 15. gr. samningsins kemur enn fremur fram:

²³⁰ David McClean: *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, bls. 52.

²³¹ Að auki má benda á að í 2. mgr. 15. gr. er kveðið á um að ríkjum sé heimilt að virtri 4. gr. samningsins að áskilja sér lögsögu yfir brotum á samningnum þegar brotin eru framin gegn þegnum samningsríkis (hagsmunaregla) eða brot er framið af ríkisborgurum samningsríkis eða ríkisfangslausum einstaklingum sem hafa heimilisfesti á forráðasvæði samningsríkisins (þegnregla). Þó ber að telja að ákvæði þess efnis séu nú þegar til staðar í almennum hegningarlögum, sbr. 5. gr. og 6. gr. hgl.

²³² Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: *Kaflar úr þjóðarétti*, bls. 66.

²³³ David McClean: *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, bls. 167.

5. If a State Party exercising its jurisdiction under paragraph 1 or 2 of this article has been notified, or has otherwise learned, that one or more other States Parties are conducting an investigation, prosecution or judicial proceeding in respect of the same conduct, the competent authorities of those States Parties shall, as appropriate, consult one another with a view to coordinating their actions.

Ákvæðið er í samræmi við þann veruleika að tvö eða fleiri ríki geti haft refsilögsögu í hverju máli, en það getur verið nokkuð algengt. Ef til að mynda ákveðin brot gegn samningnum (þ.e. brot gegn 5., 6., 8. eða 23. gr.) eru framin á skipi frá ríki A, sem er innan landhelgi ríkis B, gætu bæði ríkin átt refsilögsögu í málinu. Eins og fram kemur í ákvæðinu þá ber ríkjum að hafa samráð eða samvinnu um framhald málsins þegar svo háttar að brot er framið innan lögsögu tveggja eða fleiri ríkja.²³⁴ Í þjóðarétti er þó ekki að finna neina almenna reglu um forgangsöröðun refsilögsögu þar sem fleiri ríki en eitt hafa samkvæmt lögum sínum tekið sér refsilögsögu út fyrir landsteina sína.²³⁵ Erfitt er því að átta sig á hvernig úr slíkum lögsöguárekstri yrði leyst. Þar geta þó oft komið til skoðunar alþjóðasamningar, bæði marghliða og tvíhliða, sem ríki hafa gert sín á milli til að leysa úr árekstrum um lögsögu.

10.2 Skipulögð brotastarfsemi samkvæmt 175. gr. a. almennra hegningarlaga nr. 19/1940

Tildrög breytingarlaga nr. 149/2009 var undirritun og gildistaka Palermó-samningsins, en með lögunum voru m.a. lagðar til nokkrar breytingar á almennum hegningarlögum til að uppfylla skilyrði samningsins. Í 1. mgr. 175. gr. a. hgl. er það lýst refsivert að sammælast við annan mann um að fremja refsiverðan verknað sem varðar að minnsta kosti 4 ára fangelsi og framkvæmd hans er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Er ákvæði þetta byggt á 5. gr. Palermó-samningsins sem felur í sér að aðildarríkjum samningsins beri að lögfesta ákvæði sem leggja refsíabyrgð við þátttöku í skipulagðri brotastarfsemi eða virkri þátttöku í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Grundvöllur samningsins er að vinna gegn fjölþjóðlegri, skipulagðri brotastarfsemi. Í 175. gr. a. hgl. er ekki sérstaklega kveðið á um að brotastarfsemi þurfi að vera fjölþjóðleg og í greinargerð með frumvarpi því er varð að lögum nr. 149/2009 er ekkert fjallað um það efni. Af lestri ákvæðisins má því álykta að brotastarfsemi sú er ákvæðið nær til geti hvort heldur verið innlend eða fjölþjóðleg, þar sem ekkert í texta ákvæðisins bendir til annars.

²³⁴ David McClean: *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, bls. 167.

²³⁵ Rebecca M. M. Wallace og Olga Martin-Ortega: *International Law*, bls. 121.

Með refsilögsögu er átt við vald hvers ríkis til að setja sér refsilög og til að framfylgja þeim með rannsókn, dómi og refsifullnustu.²³⁶ Í 6. gr. hgl. eru heimildir til að sækja mann til saka eftir íslenskum hegningarlögum fyrir tiltekin brot enda þótt þau séu framin utan íslenska ríkisins og án tillits til þess hver er að þeim valdur. Ákvæðið felur m.a. í sér öryggisreglu, hagsmunareglu og allsherjarlögsögu samkvæmt ýmsum alþjóðasamningum.²³⁷ Er hér um að ræða reglur um rýmkaða refsilögsögu, en til hennar teljast allar reglur sem rýmka refsilögsöguna út fyrir forráðasvæðið. Með breytingarlögum nr. 149/2009 var lögfest viðbót við 6. gr. hgl., þ.e. 19. tölul. 6. gr. hgl., en þar er mælt svo fyrir að það ákvæði taki einnig til háttsemi sem greinir í samningi Sameinuðu þjóðanna gegn fjölþjóðlegri, skipulagðri brotastarfsemi frá 15. nóvember 2000. Með þessu var því tryggt að íslensk lög fullnægðu kröfum um refsilögsögu sem mælt er fyrir um í 15. gr. Palermó-samningsins.²³⁸ Af þessu má ráða að Ísland hafi fullnægt þeim skuldbindingum er það gekkst undir með undirritun og fullgildingu Palermó-samningsins.

²³⁶ Páll Sigurðsson: *Lögfræðiorðabók með skýringum*, bls. 337.

²³⁷ Sjá m.a. Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: *Kaflar úr þjóðarétti*, bls. 69-71.

²³⁸ Þskj. 16, 138. lögb. 2009-10, bls. 16 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

11 Forvirkar rannsóknarheimildir

11.1 Almenn

Í lögum um meðferð sakamála nr. 88/2008, (hér eftir skammstöfuð sml.) er að finna fyrirmæli um úrræði eða ráðstafanir sem nefna má einu nafni „þvingunarráðstafanir í þágu rannsóknar sakamáls“. Með þessu heiti er átt við þær ráðstafanir sem teljast til rannsóknarúrræða lögreglu, svo sem haldlagningu, leit, líkamsrannsókn, símahlustun, handtöku og gæsluvarðhald, sbr. IX. – XIV. kafla sml. Í 1. mgr. 53. gr. sml. kemur fram að markmið rannsóknar sé að afla allra nauðsynlegra gagna til þess að ákæranda sé fært að ákveða, að henni lokinni, hvort sækja skuli mann til saka, svo og að afla gagna til undirbúnings málsmeðferðar fyrir dómi. Rannsókn beinist því fyrst og fremst að því að upplýsa brot.²³⁹ Ljóst er að það verður nokkuð vandamt fyrir lögreglu að upplýsa brot gegn 175. gr. a. hgl., þar sem erfitt verður að sanna samkomulag manna um framkvæmd refsiverðs verknaðar sem fer fram í leyni. Til að svo eigi að vera hægt þarf lögregla að hafa sérstakar heimildir til að rannsaka brot af þessu tagi.

Í nútímasamfélagi hefur verið talið að eðli og umfang skipulagðrar brotastarfsemi sé breytt frá því sem áður var og því þurfi starfsemi lögreglu að taka mið af þeirri þróun. Í nágrannaríkjum sem og að einhverju leyti hér á landi hefur nokkuð borið á alvarlegri og skipulagðri brotastarfsemi, svo sem mansali, fíkniefnainnflutningi, hryðjuverkum²⁴⁰ og auknum umsvifum skipulagðra brotasamtaka. Vegna aukinnar hörku og útsmoginna aðferða sem notaðar eru við skipulagða brotastarfsemi hefur verið talið nauðsynlegt að veita lögreglu auknar heimildir til að geta barist gegn starfseminni.²⁴¹ Hafa nágrannaríki okkar meðal annars aukið heimildir lögreglu til að sporna við slíkri starfsemi. Í þeim heimildum felst að lögreglan fær heimild til að safna upplýsingum um einstaklinga eða lögaðila þótt ekki liggi fyrir rökstuddur grunur um tiltekið afbrot sem framið hefur verið. Rannsókn fer þannig fram áður en brot er framið og markmiðið er því að koma í veg fyrir brot. Rannsóknin beinist helst að atferli sem talið er ógna almenningi, öryggi ríkisins og sjálfstæði þess. Lögreglan í Svíþjóð, Finnlandi, Noregi og Danmörku telur að þessar heimildir hafi verið ómetanlegar í baráttunni gegn m.a. skipulagðri brotastarfsemi, jafnt innlendri sem erlendri, mansali, fíkniefnainnflutningi og hryðjuverkaógn. Hér á landi hafa þessar víðtæku heimildir lögreglu

²³⁹ Eiríkur Tómasson: *Þvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls*, bls. 1.

²⁴⁰ Hryðjuverk hafa ekki tengst Íslandi enn, hins vegar hafa nágrannalönd okkar orðið fyrir barðinu á þeim.

²⁴¹ Paul Larsson: *Organisert kriminalitet*, bls. 118.

verið kallaðar forvirkar rannsóknarheimildir. Rannsóknarheimildir þessar eru því nýttar til að rannsaka og fyrirbyggja alvarlega og skipulagða brotastarfsemi.²⁴²

Í umræðunni um auknar rannsóknarheimildir lögreglu hafa komið fram ákveðin varúðarsjónarmið hvað varðar beitingu heimildanna og þá sérstaklega um mannréttindi eins og friðhelgi einkalífs.²⁴³ Umræðan hefur að einhverju leyti snúist um að lögreglan fái með þessu heimildir til að rannsaka hvern þann sem á einhvern hátt er viðriðinn ákveðna brotastarfsemi og gangi þannig á réttindi hans, svo sem friðhelgi einkalífs, sbr. 71. gr. stj.skr. og 8. gr. MSE, sbr. lög nr. 62/1994. Nokkur umræða hefur átt sér stað síðastliðin ár um þessa tegund rannsóknarúrreða lögreglu og hafa tveir fyrrverandi dómsmálaráðherrar fært rök fyrir því að rétt sé að gera lögreglunni kleift að beita forvirkum rannsóknaraðferðum.²⁴⁴ Núverandi innanríkisráðherra hefur gengið skrefinu lengra og látið semja drög að frumvarpi til breytinga á lögum um meðferð sakamála nr. 88/2008, sem mun verða lagt fram á komandi löggjafarþingi, en það mælir fyrir um auknar rannsóknarheimildir lögreglu.

11.2 Forvirkar rannsóknarheimildir á Norðurlöndum

Í Noregi, Danmörku og Svíþjóð eru starfræktar öryggisþjónustudeildir sem heyra undir lögreglu og falið hefur verið að sinna sömu eða mjög áþekktum verkefnum og greiningardeild ríkislögreglustjóra er gert að vinna samkvæmt lögum nr. 46/2006. Í Noregi er starfrækt öryggisþjónusta lögreglunnar, þ.e. Politiets sikkerhetstjeneste eða PST. Auk þess er þar sérstök rannsóknarlögregla ríkisins sem ber heitið Kripos (Kriminalpolitisen) – Den nasjonale enhet for bekjempelse av organisert og annen alvorlig kriminalitet. Í Danmörku er starfrækt öryggisþjónusta lögreglunnar sem ber heitið Politiets Efterretningstjeneste eða PET. Að lokum hefur sænsku öryggisþjónustunni Säkerhetspolisen eða SÄPO verið falið þetta verkefni í Svíþjóð.²⁴⁵

Allar þessar sérdeildir lögreglu á Norðurlöndum eiga það sameiginlegt að þær hafa heimildir til að beita forvirkum rannsóknarheimildum í starfi sínu. Í kafla þessum verður einungis litið til þess hvernig framkvæmdin er í Noregi varðandi beitingu þessara heimilda, þar sem Noregur er hið eina Norðurlandanna ásamt Íslandi sem hefur lýst það refsivert að sammælast við annan mann um að fremja brot sem lið í starfsemi skipulagðra brotasamtaka, en hvorki Danmörk né Svíþjóð hafa sérstakt ákvæði í lögum sem taka sérstaklega til þessarar tegundar brotastarfsemi. Sérdeildir lögreglunnar í Noregi, Svíþjóð og Danmörku eiga það þó

²⁴² Þskj. 829, 139. lögþ. 2010-2011, bls. 1 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

²⁴³ Þskj. 829, 139. lögþ. 2010-2011, bls. 1 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

²⁴⁴ Þskj. 829, 139. lögþ. 2010-2011, bls. 2 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

²⁴⁵ Upplýsingar fengnar af www.pst.politiet.no, www.politi.no/kripos, www.pet.dk og www.sakerhetspolisen.se.

sameiginlegt að hafa heimildir til beitingar þessara rannsóknaraðgerða þegar um alvarlegra brot er að ræða, þá ýmist brot er ógna öryggi ríkisins eða hafa í för með sér hryðjuverkahættu.²⁴⁶

11.2.1 Noregur

Í Noregi er starfrækt öryggisþjónusta innan norsku lögreglunnar sem heitir PST eða Politiets sikkerhetstjeneste og heyrir hún beint undir norska dómsmálaráðuneytið. Stórþingið hefur það hlutverk að setja viðmiðunarreglur um hvaða afbrot henni ber að rannsaka og berjast gegn. Meginhlutverk öryggisþjónustunnar er að fyrirbyggja og rannsaka brot sem ógna öryggi ríkisins og almannahagsmunum. Til þess hefur hún ákveðnar heimildir. Áherslan í starfi hennar er að safna upplýsingum í tengslum við einstaklinga og hópa manna sem talið er að ógni samfélaginu. Hún undirbýr einnig ýmsar greiningar og hættumöt ásamt því að hafa undir höndum fyrirbyggjandi rannsóknarheimildir.²⁴⁷ Meginheimildir öryggisþjónustunnar er að finna í 3. kafla a. norsku lögreglulaganna.²⁴⁸ Í 1. mgr. 17. gr. b. þeirra laga kemur fram í fimm liðum hvaða brot öryggisþjónustunni ber að koma í veg fyrir og rannsaka.²⁴⁹ Í 3. mgr. 17. gr. b. er svo einnig heimild fyrir ráðuneytið til að heimila öryggisþjónustunni að rannsaka og koma í veg fyrir brot vegna skipulagðrar brotastarfsemi, mansals, hópmorða og alþjóðaglæpa.²⁵⁰ Getur hún því fengið sérstakar heimildir til að rannsaka og koma í veg fyrir brot er skipulögð brotasamtök hafa hug á að fremja.

Árið 1959 var Kripos eða rannsóknarlögregla ríkisins gerð að sérstakri stofnun innan lögreglunnar. Fyrst hafði hún einungis heimild til að aðstoða aðrar stofnanir innan lögreglunnar en hafði enga heimild til að rannsaka mál upp á eigin spýtur. Hún hefur hins vegar vaxið mikið á seinustu tíu árum og verið úthlutað ýmsum verkefnum, þá einna helst á sviði alþjóðasamstarfs lögreglu og einnig séð um rannsókn á skipulagðri brotastarfsemi. Árið 2005 fékk stofnunin heimild til saksóknar í flóknum og alvarlegum málum tengdum

²⁴⁶ Sjá www.pst.politiet.no, www.politi.no/kripos, www.pet.dk og www.sakerhetspolisen.se.

²⁴⁷ Vefsíða Politiets sikkerhetstjeneste (PST), <http://www.pst.politiet.no>. Sjá einnig reglugerð um öryggisþjónustuna (Politiets sikkerhetstjeneste), FOR 2005-08-19 nr 920: Instruks for Politiets sikkerhetstjeneste.

²⁴⁸ Lov om politiet (politiloven) frá 4. ágúst 1995 nr. 53.

²⁴⁹ Eru þar í 1. lið talin upp brot gegn 8. og 9. kafla norsku hegningarlögreglunnar og laga um varnarleyndarmál ríkisins (Lov om forsvarshemmeligheter) og öryggislögin (Sikkerhetsloven). Í 2. lið ber öryggisþjónustunni að fyrirbyggja og rannsaka ólöglega upplýsingaöflun (n. ulovlig etterretningsvirksomhet). Í 3. lið skal hún koma í veg fyrir og rannsaka útbreiðslu geryðingarvopna og búnaðar, efna, tækniþekkingar og notkunar þess konar vopna. Í 4. lið eru talin upp brot gegn lögum um eftirlit með útflutningi á hernaðarlegri vöru, þjónustu eða tækni (Lov om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi m.m.) og laga til að hrinda í framkvæmd bindandi ákvæðunum Öryggisráðs Sameinuðu þjóðanna eða öðrum lögum sem fela í sér svipaðar sérstakar ráðstafanir. Í 5. lið eru að lokum talin upp skemmdarverk og ofbeldi eða þvinganir í stjórn mála lögum tilgangi sem og brot á ákvæðum 147. gr. a., 147. gr. b. og 147. gr. c. norsku hegningarlögreglunnar.

²⁵⁰ Í norska ákvæðinu kemur fram hugtakið grove krigsforbrytelse.

skipulagðri brotastarfsemi. Á sama tíma fékk hún það hlutverk að bera ábyrgð á og rannsaka mál vegna skipulagðrar brotastarfsemi. Er meginhlutverk hennar nú því rannsókn og saksókn mála vegna skipulagðrar brotastarfsemi og annarra alvarlegra brota.²⁵¹

Í norskum rétti er að finna tvær heimildir í lögum sem fjalla um forvirkar rannsóknarheimildir, annars vegar er heimild í 17. gr. d. lögreglulaganna og hins vegar er heimild í 222. gr. d. laga um meðferð sakamála.²⁵² Í 17. gr. d. lögreglulaganna er einungis að finna heimild sem tekur til öryggisþjónustunnar en í 222. gr. d. laga um meðferð sakamála er að finna heimild sem nær til lögreglunnar, þá einnig Kripos og öryggisþjónustunnar. Í 222. gr. d. er lögreglu veitt heimild til að beita forvirkum rannsóknarheimildum þegar nægilegur grunnur (n. rimelig grunn) leikur á að skipulögð brotasamtök séu að fyrirhuga að fremja refsiverðan verknað, sbr. 60. gr. a. norsku hegningarlaga en 1. mgr. ákvæðisins hljóðar svo:

- § 222d. Retten kan ved kjennelse gi politiet tillatelse til som ledd i etterforskning å nytte tvangsmidler som nevnt i kapittel 15, 15 a, 16, 16 a og 16 b når det er rimelig grunn til å tro at noen kommer til å begå en handling som rammes av
- a) straffeloven § 147 a første eller annet ledd,
 - b) straffeloven §§ 233, 268 annet ledd jf. 267 eller 162 tredje ledd, jf. straffeloven § 60 a, eller
 - c) straffeloven § 233, jf. straffeloven § 132 a.

Norska lögreglan hefur því heimild til að beita þvingunarráðstöfunum sem finna má í 15. kafla, 15. kafla a., 16. kafla, 16. kafla a., og 16. kafla b. í lögum um meðferð sakamála. Í 15. kafla (Ransaking) er að finna heimildir til húsleitir og líkamsleitir, í 15. kafla a. (Skjult fjernsynsovervæking og teknisk sporing) er að finna heimildir til að beita földum myndavélum og öðrum eftirfylgnisheimildum. 16. kafli laganna (Beslag og utleveringspálegg) hefur að geyma heimildir til að leggja hald á muni og í 16. kafla a. (Avlytting og annen kontroll av kommunikasjonsanlegg) eru heimildir til hlerunar og annarra sambærilegra úrræða og að lokum hefur lögreglan heimild að beita úrræðum sem er að finna í 16. kafla b. (Annen avlytting av samtaler ved tekniske midler), sem fjallar um heimildir til símahlustunar.²⁵³ Er hér að finna afar rúmar heimildir fyrir lögreglu varðandi rannsókn brota er varða skipulögð brotasamtök.

Norska lögreglan hefur þar með rúmar heimildir til rannsóknar þegar um er að ræða alvarleg brot á lögum. Virðist lögreglan, Kripos og öryggisþjónustan því geta beitt forvirkum rannsóknarheimildum í störfum sínum, bæði til að rannsaka brot og til að koma í veg fyrir þau.

²⁵¹ Paul Larsson: *Organisert kriminalitet*, bls. 136. Sjá einnig vefsíðu Kripos, <http://www.politi.no/kripos>.

²⁵² Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) frá 22. maí 1981 nr. 25.

²⁵³ Sjá nánar um þessar heimildir í Johs. Andenæs: *Norsk Straffeprosess*, bls. 307-338.

11.3 Frumvarp til laga um breyting á lögum um meðferð sakamála nr. 88/2008, með síðari breytingum (auknar rannsóknarheimildir lögreglu)

Á ríkisstjórnarfundum þann 7. júní 2011 kynnti innanríkisráðherra drög að frumvarpi um breyting á lögum um meðferð sakamála nr. 88/2008, með síðari breytingum (auknar rannsóknarheimildir lögreglu) (sem eftirleiddis verður nefnt frumvarpið). Áætlað er að leggja frumvarpið fram á komandi löggjafarþingi, en frumvarpið má finna í Viðauka 1 þessarar ritgerðar. Með frumvarpinu er lagt til að rannsóknarheimildir lögreglu séu styrktar gagnvart brotum sem eru ráðgerð eða í undirbúningi þegar þau tengjast starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Lögregla getur þannig hafið rannsókn ef hún fær vitneskju eða hefur grun um að brotasamtök séu að leggja á ráðin um brot gegn 175. gr. a. hgl. Samkvæmt frumvarpinu verður lögreglu einnig heimilt að beita rannsóknarúrræðum á borð við símhleranir og eftirfararbúnaði sem kveðið er á um í XI. kafla sml. til að upplýsa skipulagða brotastarfsemi, þó að brotin sem um ræðir varði ekki 8 ára fangelsi, eins og gert er ráð fyrir í 2. mgr. 83. gr. sml. Með þeim úrræðum sem frumvarpið leggur til er stefnt að því að koma í veg fyrir að alvarleg brot verði framin og stemma stigu við starfsemi skipulagðra brotasamtaka.²⁵⁴ Í frumvarpinu er því lagt til að á eftir 52. gr. sml. bætist við ný grein, 52. gr. a., sem hljóðar svo:

Lögreglu er heimilt að hefja rannsókn út af vitneskju eða grun um að verið sé að undirbúa eða leggja á ráðin um að fremja brot gegn 175. gr. a. almennra hegningarlaga.

Lögregla getur gert ráðstafanir sem hún telur nauðsynlegar í þágu rannsóknar skv. 1. mgr., enda sé henni það heimilt lögum samkvæmt. Þá er lögreglu heimilt að grípa til ráðstafana skv. XI. kafla þó svo ekki sé fullnægt skilyrði 2. mgr. 83. gr. um að brot geti varðað átta ára fangelsi að lögum. Ekki þarf að leika rökstuddur grunur á að framið hafi verið brot til að dómsúrskurður verði kveðinn upp ef skilyrði 1. mgr. eru til staðar.

Ríkissaksóknari hefur eftirlit með rannsókn og aðgerðum lögreglu samkvæmt þessari grein. Í því skyni skal hann setja reglur um skyldu lögreglu til að tilkynna honum um framvindu rannsóknar. Ríkissaksóknari skal gefa allsherjarnefnd Alþingis skýrslu árlega um framkvæmd ákvæðis þessa.

Að öðru leyti gilda ákvæði laga þessara um rannsókn og aðgerðir lögreglu samkvæmt þessari grein, eftir því sem við á.

Samkvæmt 1. málsl. 2. mgr. 52. gr. sml. skal lögregla hvenær sem þess er þörf hefja rannsókn þegar hún hefur vitneskju eða grun um að refsivert brot hafi verið framið. Þannig hefur lögreglan þegar heimild til að hefja rannsókn hvort sem brot er fullframið eða þegar um tilraun til brots er að ræða.²⁵⁵ Undirbúningsathafnir tilraunar geta í íslenskum rétti fallið undir hið almenna tilraunarákvæði í 20. gr. hgl. en þær þurfa þó að uppfylla ákveðin skilyrði og geta því ekki hvers konar undirbúningsathafnir fallið undir refsiverða tilraun. Þannig þarf sá sem í

²⁵⁴ „Lagafrumvarp um rannsóknarheimildir kynnt í ríkisstjórn“, <http://www.irr.is>.

²⁵⁵ Drög að frumvarpi til laga um breyting á lögum um meðferð sakamála, nr. 88/2008, með síðari breytingum (auknar rannsóknarheimildir lögreglu), bls. 1-2.

hlut á að hafa ótvírætt sýnt þann ásetning sinn í verki að fremja tiltekið brot.²⁵⁶ Í athugasemdum við 20. gr. í greinargerð þeirri er fylgdi frumvarpi því sem varð að almennum hegningarlögum nr. 19/1940, segir að ásetningurinn verði að vera það ákveðinn að ákvörðun um framkvæmd brotsins hafi verið tekin þótt viðkomandi hafi ef til vill ekki verið búinn að leggja niður fyrir sér í einstökum atriðum hvernig framkvæmdinni skyldi háttað. Er það sérstaklega tekið fram að „frásögn eða hótun um framkvæmd brots [sé] því ekki nægileg“ enda þurfi að hafa verið framinn tiltekinn verknaður sem ótvírætt beri vitni um ásetninginn.²⁵⁷

Í almennum athugasemdum með frumvarpinu kemur fram að lögreglan geti á grundvelli gildandi löggjafar hafið rannsókn máls samkvæmt 52. gr. sml., þegar hún hefur vitneskju eða grun um að verið sé að skipuleggja t.d. innflutning á fíkniefnum. Til þess að unnt sé að hefja rannsókn á þessum grunni þarf líkt og áður sagði að vera ljóst að einhver hafi sýnt ásetning í verki sem miðar að eða er ætlað að miða að því að brot sé framið. Með þeirri breytingu sem lögð er til með frumvarpi þessu er skotið enn sterkari stoðum undir ákvæði 20. gr. hgl. að því er varðar refsinemi undirbúningsathafna afbrota þegar um starfsemi skipulagðra brotasamtaka er að ræða sem og heimildir lögreglu til að bregðast við slíkum tilraunum. Með ákvæðinu á lögreglunni því að vera heimilt, við tilteknar aðstæður, að hefja rannsókn þótt ekki verði sýnt fram á að tiltekinn eða tilteknir einstaklingar hafi sýnt ótvíræðan ásetning í verki um að fremja brot. Verður lögreglunni með þessu ákvæði því t.d. heimilt að beita þeim rannsóknarræðum sem hún hefur samkvæmt sml. þegar hún hefur vitneskju um að einhverjir hyggist fremja alvarlegt afbrot án þess að vitneskja eða rökstuddur grunur sé um hvar og hvenær tiltekið afbrot kunni að eiga sér stað. Í ákvæði þessu er þó engu breytt um það, að almennur grunur nægir í báðum tilvikum, munurinn er þó sá að í 1. málsl. 2. mgr. 52. gr. þarf að vera grunur eða vitneskja um að brot hafi verið framið en hins vegar í 1. mgr. 1. gr. frumvarpsins (1. mgr. 52. gr. a.) kemur fram að brot þurfi ekki að vera framið heldur þarf einungis að vera vitneskja eða grunur um að verið sé að undirbúa eða leggja á ráðin um að fremja brot. Samkvæmt ákvæði frumvarpsins (2. mgr. 52. gr. a.) verður lögreglu ennfremur heimilt að beita öllum þeim úrræðum sem hún hefur til að rannsaka mál, þar á meðal að beita þeim rannsóknaraðgerðum sem kveðið er á um í XI. kafla sml. enda þótt grunur sé um að í undirbúningi sé brot þar sem viðurlögin eru að lágmarki 4 ára fangelsi en ekki 8 ára fangelsi

²⁵⁶ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsiaðbyrgð I*, bls. 112.

²⁵⁷ Alþt. 1939, A-deild, bls. 359.

eins og skilyrði er samkvæmt 2. mgr. 83. gr. sml.²⁵⁸ Í næstu undirköflum verður hverri málsgrein hins nýja ákvæðis (52. gr. a.) samkvæmt breytingarlögunum gerð skil.

11.3.1 Ákvæði 1. mgr. 1. gr. frumvarps til laga um breyting á lögum um meðferð sakamála nr. 88/2008

Samkvæmt 1. mgr. 1. gr. frumvarpsins (1. mgr. 52. gr. a.) er lagt til að lögreglu verði heimilt að hefja rannsókn út af vitneskju eða grun um að verið sé að undirbúa eða leggja á ráðin um að fremja brot gegn 175. gr. a. hgl. Heimild lögreglu til að hefja rannsókn á grundvelli þessa ákvæðis er því nokkuð þröngur stakkur skorinn þar sem áskilið er að verið sé að ræða verknað sem unnt er að heimfæra undir 175. gr. a. hgl. um skipulagða brotastarfsemi. Hafi lögreglan með þessu móti vitneskju eða grun um að í starfsemi skipulagðra brotasamtaka sé verið að undirbúa eða leggja á ráðin um brot sem varðar að minnsta kosti 4 ára fangelsi er henni samkvæmt frumvarpinu heimilt að hefja lögreglurannsókn. Í athugasemdum með frumvarpinu kemur fram að heimildir þær sem kveðið er á um beinist að skipulögðum brotasamtökum sem stunda brotastarfsemi í ávinningsskyni, en ekki öðrum hópum svo sem pólitískum samtökum eða grasrótarhópum.²⁵⁹ Af þessu má ráða að lögreglan verður að telja samtökin sem rannsókn hennar beinist að uppfylla skilyrði 2. mgr. 175. gr. a. hgl. um skipulögð brotasamtök. Eins og kom fram í 4. kafla er hér um nokkuð flókna skilgreiningu að ræða sem felur í sér 5 hlutlæg atriði, þ.e. (1) að samtökin séu skipulögð, (2) að um félagsskap að minnsta kosti þriggja þátttakenda sé að ræða, (3) að meginmarkmið samtakanna þurfi að vera að fremja með skipulegum hætti refsiverðan verknað eða að starfsemi þeirra þurfi að verulegu leyti að felast í því að fremja slíkan verknað, (4) að framkvæmd refsiverða verknaðarins þurfi að vera beint eða óbeint í ávinningsskyni og að lokum (5) að hinn fyrirhugaði verknaður varði að minnsta kosti 4 ára fangelsi. Lögreglan þarf því að meta hvort öll þessi skilyrði séu fyrir hendi áður en hún beitir heimild 1. gr. frumvarpsins (52. gr. a.). Þar sem hér er um að ræða nokkuð flókna skilgreiningu er óljóst hve miklar kröfur beri að gera til lögreglu við beitingu lagaheimildarinnar. Í 3. mgr. 1. gr. frumvarpsins er þó að finna öryggisventil en þar er gert ráð fyrir að ríkislögreglustjóri hafi eftirlit með beitingu þessara heimilda og kemur fram í athugasemdum með frumvarpinu að lögreglu verði skylt að tilkynna ríkissaksóknara um sérhverja rannsókn, sem hafin er í þessum tilgangi, hvernig rannsókninni miðar áfram og loks með hverjum hætti henni lýkur. Nánar verður fjallað um þetta í kafla 11.3.3.

²⁵⁸ Drög að frumvarpi til laga um breyting á lögum um meðferð sakamála, nr. 88/2008, með síðari breytingum (auknar rannsóknarheimildir lögreglu), bls. 2.

²⁵⁹ Drög að frumvarpi til laga um breyting á lögum um meðferð sakamála, nr. 88/2008, með síðari breytingum (auknar rannsóknarheimildir lögreglu), bls. 3.

Með ákvæði 1. mgr. 1. gr. frumvarpsins (1. mgr. 52. gr. a.) er gert ráð fyrir að lögreglu verði heimilt að hefja rannsókn þótt ekki liggi fyrir vitneskja eða grunur um að refsivert brot hafi verið framið. Þannig verði talið nægjanlegt að fyrir hendi sé vitneskja eða grunur um að verið sé að undirbúa eða leggja á ráðin um að fremja tiltekið alvarlegt afbrot sem sé þáttur í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Í athugasemdum með 1. gr. frumvarpsins (52. gr. a.) kemur fram að með því að áskilja að vitneskja eða grunur þurfi að vera fyrir hendi sé vísað til þess að einhverjar upplýsingar, sem lögreglu hafa borist, bendi til að afbrot sé eða kunni að vera yfirvofandi. Ennfremur kemur fram að með orðalaginu „*að verið sé að leggja á ráðin um að fremja brot*“ sé átt við að upplýsingar bendi annaðhvort til þess að gripið hafi verið til einhverra ráðstafana til undirbúnings broti eða að menn hafi að minnsta kosti rætt eða skipst á skoðunum um það sín á milli að fremja brot, svo sem samskipti manna gegnum síma eða tölvu.²⁶⁰ Menn gætu til að mynda verið búnir að gera áætlun um innflutning á fíkniefnum og þar með skipst á skoðunum og ráðagerðum um framkvæmd verksins í gegnum tölvupóstssamskipti. Menn þurfa því að hafa átt einhver samskipti sín á milli eða hafið ákveðinn undirbúning hver í sínu horni sem bendi til þess að þeir séu að leggja á ráðin um að fremja refsiverðan verknað. Með þessum ákveðna undirbúningi eða samskiptum sem hér eru áskilin geta menn í raun og veru verið búnir að gera með sér samkomulag um að fremja refsiverðan verknað sem lið í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Því gæti háttsemi þeirra þegar á þessu stigi í einhverjum tilfellum flokkast sem fullframið brot gegn 175. gr. a. hgl., ef öll refsiskilyrði ákvæðisins eru fyrir hendi. Orðalag 1. mgr. 1. gr. frumvarpsins (1. mgr. 52. gr. a.) getur talist villandi að því leytinu til að brot gegn 175. gr. a. hgl. telst fullframið þegar menn hafa gert með sér samkomulag um að fremja tiltekinn refsiverðan verknað. En í 1. mgr. 1. gr. frumvarpsins (1. mgr. 52. gr. a.) segir að lögreglu sé heimilt að hefja rannsókn út af vitneskju eða grun um að verið sé að undirbúa eða leggja á ráðin *um fremja brot gegn 175. gr. a. hgl.* Það orðalag bendir til þess að fyrirhugað sé að fremja brot gegn ákvæðinu en eins og fjallað hefur verið um í fyrri köflum þá telst brot gegn 175. gr. a. hgl. fullframið þegar menn hafa gert með sér samkomulag um að fremja tiltekinn refsiverðan verknað. Samkomulag manna má svo leiða af ákveðinni háttsemi sem er framkvæmd í aðdraganda eða kjölfar sammælisbrotsins. Því gæti brot verið fullframið þegar rannsókn er hafin á grundvelli ákvæðisins. Orðalag ákvæðisins (1. mgr. 52. gr. a.) gefur hins vegar frekar til kynna að verið sé að undirbúa eða leggja á ráðin um framkvæmd hins fyrirhugaða brots, sem væri þá þegar búið að sammælst um að fremja, sbr. 175. gr. a. hgl.

²⁶⁰ Drög að frumvarpi til laga um breyting á lögum um meðferð sakamála, nr. 88/2008, með síðari breytingum (auknar rannsóknarheimildir lögreglu), bls. 3.

Þá má benda á að ef um fullframið brot gegn 175. gr. a. hgl. er að ræða, er lögreglu, samkvæmt 1. másl. 2. mgr. 52. gr. sml., skylt að hefja rannsókn hvenær sem þess er þörf, þegar hún hefur vitneskju eða grun um að refsivert brot hafi verið framið. Í því sambandi skiptir ekki máli hvort kæra hafi verið lögð fram eða ekki. Í ljósi ofangreinds er ljóst að ef menn sammælast um að fremja tiltekið refsivert brot, sem lið í starfsemi skipulagðra brotasamtaka, telst það fullframið brot gegn ákvæði 175. gr. a. hgl. Því ber lögreglu, samkvæmt 1. másl. 2. mgr. 52. gr. sml., að hefja rannsókn á slíku broti, að því gefnu að hún hafi grun eða vitneskju um að brot hafi verið framið. Því gæti lögregla, á grundvelli þeirra heimilda sem hún hefur í dag, í sumum tilvikum hafið rannsókn þegar hún hefur vitneskju eða grun um að menn hafi sammælst um að fremja refsiverðan verknað sem lið í starfsemi skipulagðra brotasamtaka og séu því að undirbúa framkvæmd hins fyrirhugaða refsiverða verknaðar. Þó má benda á að með frumvarpi þessu er lögreglu veitt mun opnari heimild til að hefja rannsókn. Því þarf lögregla ekki að telja að menn hafi gert með sér samkomulag um að fremja tiltekinn verknað, heldur nægir að hún hafi grun eða vitneskju um að verið sé að undirbúa eða leggja á ráðin um að fremja brot gegn 175. gr. a. hgl., enda getur verið erfitt að sýna fram á samkomulag manna. Með þessu móti hefur lögregla víðtækari heimild til að hefja rannsókn, þegar um brot skipulagðra brotasamtaka er að ræða. Auk þess er í 2. mgr. 1. gr. frumvarpsins (2. mgr. 52. gr. a.) dregið úr ákveðnum skilyrðum, sem almennt þurfa að vera fyrir hendi við beitingu rannsóknarheimilda lögreglu. Því eru minni kröfur gerðar til beitingu rannsóknarheimilda þegar um brot skipulagðra brotasamtaka er að ræða. Nánar verður fjallað um það í kafla 11.3.2. Þó má hafa það í huga að afar óskýr mörk geta verið á milli þess að um fullframið brot á 175. gr. a. hgl. sé að ræða eða þess að verið sé að undirbúa eða gera ráðagerð um að fremja slíkt brot, þar sem brotið telst fullframið við samkomulagið.

11.3.2 Ákvæði 2. mgr. 1. gr. frumvarps til laga um breyting á lögum um meðferð sakamála nr. 88/2008

Í 2. mgr. 1. gr. frumvarpsins (2. mgr. 52. gr. a.) er miðað við að heimildir lögreglu til þess að gera þær ráðstafanir, sem hún telur nauðsynlegar í þágu rannsóknar samkvæmt 1. mgr. 1. gr. frumvarpsins, séu hinar sömu og hún hefur endranær lögum samkvæmt og að sömu skilyrðum uppfylltum. Þó hafa verið gerðar tvær tilslakanir. Í fyrsta lagi þarf ekki að leika rökstuddur grunur á að framið hafi verið brot til að dómsúrskurður verði kveðinn upp, ef skilyrði þau sem fram koma í 1. mgr. ákvæðisins, eru fyrir hendi. Í athugasemdum með frumvarpinu til breytingarlaganna kemur fram að þetta hefði t.d. í för með sér að unnt væri að kveða upp úrskurð um húsleit, þótt ekki léki rökstuddur grunur á að framið hefði verið brot, sbr. 3. mgr.

74. gr. sml. Hins vegar yrðu önnur skilyrði fyrir húsleit sem fram koma í þeirri grein að vera fyrir hendi svo að úrskurður yrði kveðinn upp, sbr. 4. mgr. 1. gr. frumvarpsins (4. mgr. 52. gr. a.), en þar kemur fram að ákvæði laganna gildi að öðru leyti um umrædda rannsókn og aðgerðir lögreglu, eftir því sem við á.²⁶¹ Í öðru lagi leiðir af 2. mgr. frumvarpsins (2. mgr. 52. gr. a.) að lögreglu sé heimilt í þágu rannsóknar máls samkvæmt 1. mgr. 1. gr. frumvarpsins (1. mgr. 52. gr. a.) að beita símahlustunum og öðrum sambærilegum úrræðum skv. XI. kafla sml. þó svo að skilyrðum 83. gr. sml., um að brot það sem rannsókn beinist að varði 8 ára fangelsi að lögum, sé ekki uppfyllt, heldur nægir að brot varði 4 ára fangelsi. Með ákvæði þessu er því dregið nokkuð úr kröfum þeim sem almennt eru gerðar í lögum um meðferð sakamála. Annars vegar þarf einungis grunur, þótt órökstuddur sé, að liggja fyrir þegar rannsóknarheimild er beitt en almennt er þess krafist að rökstuddur grunur þurfi að vera fyrir hendi til þess að dómsúrskurður verði kveðinn upp. Erfitt hefur verið að gera nákvæma grein fyrir því hvað er átt við með skilyrðinu um að grunur þurfi að vera rökstuddur, en þó er ljóst af dómafordæmum og ritum fræðimanna að eitthvað meira þarf að koma til en grunsemdir, einar og sér. Einhver gögn þurfa því að styðja grunsemdirnar. Ef lögreglumenn hafa sem dæmi ekki sjálfir orðið vitni að broti verður að liggja fyrir frásögn eins eða fleiri sjónarvotta svo að grunur geti talist rökstuddur.²⁶² Í ákvæði þessu er því dregið úr þeim kröfum sem almennt eru gerðar. Þannig er nægilegt að beita þeim rannsóknarúrræðum sem áskilja almennt rökstuddan grun, ef einungis grunur er um verið sé að undirbúa eða leggja á ráðin um að fremja brot sem lið í starfsemi skipulagðra brotasamtaka og þar með þyrftu önnur gögn, svo sem framburður sjónarvotta, ekki að liggja til grundvallar heldur nægði grunur einn og sér. Hins vegar er gert ráð fyrir að lögreglu verði heimilt að grípa til ráðstafana samkvæmt XI. kafla þó svo að skilyrði 2. mgr. 83. gr. sé ekki fullnægt, um að brot geti varðað 8 ára fangelsi. Samkvæmt frumvarpinu nægir að brot varði að minnsta kosti 4 ára fangelsi og framkvæmd þess sé liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Í athugasemdum við 1. gr. frumvarpsins (52. gr. a.) kemur fram að starfsemi skipulagðra brotasamtaka sé alvarleg ógn við almenning og því mætti segja að almennt krefjist ríkir almannahagsmunir þess að komið sé í veg fyrir slík brot. Slík brot geta því fallið undir skilyrði 83. gr. sml. um að ríkir almanna- eða einkahagsmunir krefðust aðgerða lögreglu. Í athugasemdum frumvarpsins þótti rétt að taka af allan vafa um að skilyrðið um að brot geti varðað 8 ára fangelsi þurfi ekki að vera uppfyllt svo að unnt sé að

²⁶¹ Drög að frumvarpi til laga um breyting á lögum um meðferð sakamála, nr. 88/2008, með síðari breytingum (auknar rannsóknarheimildir lögreglu), bls. 3.

²⁶² Eiríkur Tómasson: *Þvingunarráðstafanir á þágu meðferðar sakamála*, bls. 45-46.

beita úrræðum XI. kafla sml. við rannsókn þessara mála.²⁶³ Með því móti er dregið úr þeim kröfum sem almennt gilda um rannsókn mála þegar grunur er um að refsiverður verknaður sé liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Byggist það á því sjónarmiði að skipulögð brotasamtök eru almennt talin mikil ógn fyrir samfélagið og almannahagsmunum. Samrýmist þetta einnig þeim sjónarmiðum að erfitt sé að uppræta starfsemi skipulagðra brotasamtaka og rannsókn þessara mála sé annars eðlis en annarra brota. Því þurfi að beita annars konar úrræðum en almennt tíðkast til að stemma stigu við þessari brotastarfsemi.

11.3.3 Ákvæði 3. mgr. 1. gr. frumvarps til laga um breyting á lögum um meðferð sakamála nr. 88/2008

Í 3. mgr. 1. gr. frumvarpsins (3. mgr. 52. gr. a.) er lagt til að ríkissaksóknari hafi eftirlit með rannsókn og aðgerðum lögreglu samkvæmt þessari grein. Í því skyni skal hann setja reglur um skyldu lögreglu til að tilkynna honum um framvindu rannsóknar á fyrirhuguðum brotum. Í athugasemdum með frumvarpinu kemur fram að með því orðalagi sé ráðgert að samkvæmt þeim reglum verði lögreglu skylt að tilkynna ríkissaksóknara um sérhverja rannsókn, sem hafin er í þessum tilgangi, hvernig rannsókninni miðar áfram og loks með hverjum hætti henni lýkur. Með þessu móti á ríkissaksóknari að geta haft eftirlit með því hvernig heimild á grundvelli þessarar greinar er nýtt og veitt lögreglu aðhald við beitingu hennar. Þá er það jafnframt lagt til í ákvæðinu að ríkissaksóknari skuli árlega gefa allsherjarnefnd Alþingis skýrslu um framkvæmd ákvæðisins. Í athugasemdum með frumvarpinu kemur fram að með því móti geti löggjafarvaldið fylgst með þróun úrræðisins auk þess sem slík skýrslugjöf þyki til þess fallin að veita mikilvægar upplýsingar um eðli skipulagðrar brotastarfsemi hér á landi.²⁶⁴ Þess ber þó að geta að ef lögregla nýtir heimildir 1. gr. frumvarpsins til beitingu rannsóknarúrræða sem greinir í 80.-82. gr. sml. ber henni samkvæmt 2. mgr. 85. gr. sml. að tilkynna þeim sem rannsókn beinist að, eða eftir atvikum eiganda eða umráðamanni fjarskiptatækis, húsnæðis eða farartækis, um rannsóknina svo fljótt sem verða má, eftir að henni er lokið. Þó með þeim fyrirvara að slík tilkynning skaði ekki frekari rannsókn málsins. Þar með á sá sem liggur undir grun alltaf að fá að vita að rannsókn lokinni að lögregla hafi verið að rannsaka hann með framangreindum aðferðum.

Í umræðu um auknar rannsóknarheimildir lögreglu hafa komið fram ákveðin varúðarsjónarmið varðandi beitingu heimildanna og þá sérstaklega með tilliti til ákveðinna

²⁶³ Drög að frumvarpi til laga um breyting á lögum um meðferð sakamála, nr. 88/2008, með síðari breytingum (auknar rannsóknarheimildir lögreglu), bls. 4.

²⁶⁴ Drög að frumvarpi til laga um breyting á lögum um meðferð sakamála, nr. 88/2008, með síðari breytingum (auknar rannsóknarheimildir lögreglu), bls. 4.

mannréttinda eins og friðhelgi einkalífs. Því hefur verið talið nauðsynlegt að traust eftirlit fylgdi beitingu þessara auknu rannsóknarheimilda.²⁶⁵ Með 3. mgr. 1. gr. frumvarpsins (3. mgr. 52. gr. a.) hefur því verið reynt að koma til móts við þessi sjónarmið og ríkissaksóknara verið falið það eftirlit ásamt því að allsherjarnefnd Alþingis verði árlega gefin skýrsla um framkvæmd þessara heimilda. Það er ljóst að alls staðar í nágrannaríkjum okkar og þeim ríkjum sem við oftast miðum okkur við hefur lögregla slíkar heimildir sem hér um ræðir og má þá halda því fram að engin rök séu til þess að lögreglan á Íslandi hafi minni og þrengri heimildir en lögregla annars staðar á Norðurlöndunum.²⁶⁶

²⁶⁵ Þskj. 829, 139. lögþ. 2010-2011, bls. 1 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

²⁶⁶ Þskj. 829, 139. lögþ. 2010-2011, bls. 1 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

12 Lokaorð

Nú þegar lokið hefur verið fræðilegri umfjöllun um hugtakið skipulögð brotastarfsemi hefur ýmislegt áhugavert komið í ljós. Upphaflega var um afbrotafræðilegt hugtak að ræða en á síðari árum hefur það færst í vöxt að því beri fyrir í löggjöf og fræðiritum um lögfræði. Með því móti hefur hugtakið öðlast ákveðna lögfræðilega skilgreiningu sem miða skuli við í framkvæmd. Samþykkt Palermó-samningsins markaði stórt skref í baráttu alþjóðasamfélagsins gegn skiplagðri brotastarfsemi. Í samningnum er að finna fyrstu alþjóðlegu skilgreininguna á skipulögðum brotasamtökum og með tilkomu hennar var betur hægt að gera sér grein fyrir umfangi skipulagðrar brotastarfsemi. Með undirritun ríkja á samningnum tóku þau á sig þá skyldu að lögfesta ákvæði sem tækju til skipulagðrar brotastarfsemi. Þannig var talið að samræmt lagaumhverfi gæti hjálpað til í baráttunni við þessa ógn sem steðjar að ríkjum. Ísland hefur undirritaði samninginn og fullgilt. Með lögum nr. 149/2009 voru lagðar til ýmsar breytingar á almennum hegningarlögum í þeim tilgangi að fullgilda samninginn, var þar meðal annars lagt til að lögfest yrði nýtt ákvæði 175. gr. a. Meginmarkmið þessarar ritgerðar hefur verið að gera grein fyrir refsiskilyrðum þess ákvæðis og verður því greint frá helstu niðurstöðum þeirrar umfjöllunar, sem kom fram í 4.-7. kafla ritgerðarinnar.

Í 4. kafla ritgerðarinnar var ítarlega fjallað um 2. mgr. 175. gr. a. hgl. Ákvæðið felur í sér skilgreiningu á hugtakinu skipulögð brotasamtök en það er grundvallarþáttur í að greina hvað felst í 1. mgr. ákvæðisins. Því var talið hentugra að hefja umfjöllun um 2. mgr. áður en 1. mgr. yrðu gerð skil. Í ákvæðinu felst að með skipulögðum brotasamtökum sé átt við félagsskap þriggja eða fleiri manna sem hefur það að meginmarkmiði, beint eða óbeint, í ávinningsskyni, að fremja með skipulegum hætti refsiverðan verknað sem varðar að minnsta kosti 4 ára fangelsi, eða að verulegur þáttur í starfseminni felist í að fremja slíkan verknað. Er hér um nokkuð flókna og ítarlega skilgreiningu að ræða, en í henni felast fimm meginþættir. Í fyrsta lagi þurfa brotasamtök að vera *skipulögð*, með því hefur m.a. verið átt við að samtökin séu ekki mynduð á tilviljunarkenndan hátt heldur sé um meðvitað samstarf að ræða milli þátttakendanna. Í Palermó-samningnum er ennfremur það skilyrði sett að samtökin þurfi að vera til í nokkurn tíma og ber að skýra það í ljósi þess að samtökin megi ekki vera tilviljunarkennd, þar með þarf að vera um einhvern stöðugleika að ræða. Í öðru lagi þurfa samtökin að samanstanda af *félagsskap þriggja eða fleiri manna*. Hins vegar er ekkert getið um hámarksfjölda og gefur það til kynna að engin skilyrði séu um hann. Í þriðja lagi þurfa samtök að hafa það að *meginmarkmiði að fremja með skipulegum hætti refsiverðan verknað*

eða að verulegur þáttur í starfseminni felst í því að fremja slíkan verknað. Í greinargerð með breytingarlögum nr. 149/2009 er ekkert fjallað um hvað skuli lagt til grundvallar við mat á því. Til skýringar var því litið til athugasemda með Palermó-samningnum og einnig greinargerðar með norsku breytingarlögunum. Í athugasemdum með samningnum kemur m.a. fram að samtökin þurfi að vinna í fullu samræmi við markmið sitt og með því hefur í sumum tilfellum verið átt við að allir þátttakendur samtakanna verði að taka þátt í þeirri brotastarfsemi sem er fyrirhuguð, það hefur þó ekki verið talið eiga við um stærri samtök. Ennfremur hefur verið talið að refsivert verk þurfi að vera hluti af starfsemi samtakanna en geti ekki fallið undir sjálfstætt verk einstaka þátttakenda í samtökunum. Í greinargerð með norsku breytingarlögunum koma upp svipuð sjónarmið og í samningnum. Auk þess kemur þó fram, að varðandi síðari þátt ákvæðisins, um hvað getur talist verulegur þáttur í starfsemi skipulagðra brotasamtaka, geti fallið undir samtök sem stunda bæði löglega og ólöglega starfsemi, svo sem atvinnurekstur sem gagnert fer fram til að stunda peningþvætti. Undir ákvæðið ætti þó bæði að geta fallið atvinnurekstur þar sem peningþvætti er stór þáttur af starfseminni og þar sem hann er lítill hluti. Í fjórða lagi er áskilið að refsiverður verknaður sé framinn *beint eða óbeint í ávinningsskyni*. Með því er ekki áskilið að ávinningurinn þurfi að vera fjárhagslegur heldur getur hvers konar efnislegur ávinningur eftir atvikum fullnægt efnisskilyrðum ákvæðisins. Þannig gæti tiltekinn verknaður verið framinn í því skyni að auka hlutdeild skipulagðra brotasamtaka á tilteknum fíkniefnamarkaði, hvort heldur til að ná fjárhagslegum ávinningi eða til þess að auka áhrif sín almennt. Í athugasemdum með samningnum kemur fram að með því að áskilja fjárhagslegan eða annan efnislegan ávinning hafi ætlunin verið að útiloka hópa sem eingöngu hafa pólitísk eða þjóðfélagsleg markmið. Í athugasemdum með samningnum er ekki að finna neina skýringu á því hvað geti talist óbeinn ávinningur, en telja má að með því hugtaki hafi ætlunin verið að takmarka ekki gildissvið ákvæðisins um of. Í fimmta og síðasta lagi þarf hinn refsiverði verknaður að *varða að minnsta kosti 4 ára fangelsi* og geta bæði fallið hér undir brot gegn almennum hegningarlögum og sérrefsilögum. Í ritgerðinni var talið að hér væri frekar átt við refsingu in abstracto fremur en in concreto en í því felst að refsihámark brots þurfi að minnsta kosti að vera 4 ára fangelsi.

Í 5., 6. og 7. kafla ritgerðarinnar var ítarlega fjallað um 1. mgr. 175. gr. a. hgl., en segja má að það hafi verið þungamiðja ritgerðarinnar. Í ákvæðinu felst að sá er sammælist við annan mann um að fremja verknað sem varðar að minnsta kosti 4 ára fangelsi og er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka skuli sæta fangelsi allt að 4 árum, nema brot hans varði þyngri refsingu samkvæmt ákvæðum almennra hegningarlaga eða sérrefsilaga. Í 5. kafla ritgerðarinnar var fjallað um fyrirmyndi 1. mgr. 175. gr. a. hgl., en við samningu ákvæðisins

var bæði litið til Palermó-samningsins og ákvæði norskra hegningarlaga. Er í kaflanum gerð grein fyrir i. staflið a-liðar 1. mgr. 5. gr. Palermó-samningsins en byggir það ákvæði á samsærisslökkjöf engilsaxnesks réttar. Ákvæði 1. mgr. 175. gr. a. hgl. byggir einnig á 162. gr. c. norskra hegningarlaga, en er það ákvæði efnislega samhljóða hinu íslenska og var því einnig gerð grein fyrir því. Í 6. kafla voru hlutlæg skilyrði 1. mgr. 175. gr. a. rakin, en með nokkurri einföldun má segja að þau séu þrjú. Í fyrsta lagi að *sammælast* við annan mann um að fremja tiltekinn verknað, í öðru lagi að sá verknaður þurfi að *varða að minnsta kosti 4 ára fangelsi* og í þriðja lagi að hann sé *liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka*. Ítarlega var fjallað um hugtakið sammæli, en litið var bæði til engilsaxnesks og norsks réttar við greiningu á því skilyrði ákvæðisins. Í meginráttum var niðurstaðan sú að grundvallarþáttur hugtaksins fælist í samkomulagi manna um framkvæmd refsiverðs verknaðar. Ekki er áskilið að um skriflegt samkomulag sé að ræða, en þó verður samkomulagið að hafa einhverja ákveðna festu, það verður því í meginráttum að vera nokkuð endanlegt og mótað. Brot gegn 175. gr. a. hgl. telst jafnframt fullframið við það að menn hafa gert með sér samkomulag um framkvæmd refsiverðs verknaðar sem er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka og því er mikilvægt að greina hvenær samkomulagi hefur verið náð. Því næst var fjallað um hin tvö hlutlægu skilyrði ákvæðisins, þ.e. að brot varði a.m.k. 4 ára fangelsi og sé liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Bæði skilyrðin ber að skýra út frá 2. mgr. 175. gr. a. hgl., sem rakin var hér að framan. Í 7. kafla var fjallað um huglæg skilyrði ákvæðisins. Í kafla 7.1. kemur fram að ásetningur komi einn til greina, þar sem ekki sé kveðið á um gáleysisheimild í ákvæðinu. Eins og kom fram í kaflanum má frá sjónarmiði hefðbundinnar refsíabyrgðar lýsa broti gegn 175. gr. a. hgl. sem nokkurs konar tjónsbroti með fullframningarstigið fært fram og því þurfi ásetningur að ná út fyrir fullframningarstigið og til fyrirhugaðar afleiðingar, ef við á. Ennfremur var fjallað um tvær eðlislíkar viðmiðanir 175. gr. a. hgl. sem finna má í 243. gr. hgl. um auðgunarásetning og 100. gr. a. um hryðjuverk en í báðum ákvæðum felast nokkurs konar viðbótarverknaðarlýsingar við aðrar sem fyrir eru. Í kafla 7.2 var fjallað um andlag ásetnings og ásetningsstig. Þar er komist að því að andlag ásetnings 175. gr. a. hgl. sé tvíþætt, annars vegar þurfi ásetningur að ná til þess að sammælast við annan mann um að fremja tiltekinn refsiverðan verknað og hins vegar þurfi ásetningur að vera til hins fyrirhugaða refsiverða verknaðar, þ.e. til allra efnispátta hins fyrirhugaða brots, þar með talið til afleiðinga ef um það er að ræða og loks þarf ásetningur að ná yfir tiltekna verknaðaraðstæður, þ.e. að framkvæmd verknaðarins sé liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Varðandi athugun á ásetningsstigum, var komist að því að hæsta stig ásetnings þyrfti að öllum líkindum að standa til þess að sammælast við annan mann, hins vegar gætu öll ásetningsstig komið til greina

varðandi ásetning til hins fyrirhugaða verknaðar, bæði hvað varðar alla efnispáttu hins fyrirhugaða brots, þar með talið til afleiðing ef við á og til þess að brot sé liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Að lokum var fjallað um sérgreindan ásetning í alþjóðlegum refsirétti og athugað hvort hafður væri í huga einhvers konar sérgreindur ásetningur með orðalaginu *að hafa það að meginmarkmiði* að fremja refsiverðan verknað sem kemur fram í 2. mgr. ákvæðisins. Telja verður að svo sé ekki, þar sem orðalagið beinist að skipulögðum brotasamtökum sem slíkum og er þar með ekki þáttur í huglægri afstöðu einstaklingsins til brotsins.

Ákvæði 175. gr. a. hgl. á sér í raun enga hliðstæðu í almennum hegningarlögum. Í ákvæðinu felst viðbótarverknaðarlýsing sem tekur til allra ákvæða almennra hegningarlaga og sérrefsilaga sem uppfylla það skilyrði að varða a.m.k. 4 ára fangelsi. Með ákvæðinu er lögð refsíabýrgð við að sammælast við annan mann um að fremja tiltekinn refsiverðan verknað, en aðeins er að finna eitt ákvæði í hgl. sem felur í sér sams konar refsíabýrgð, þ.e. 110. gr. hgl. sem fjallar um sammæli fanga um að strjúka. Hins vegar er ekki vitað til þess að reynt hafi á það ákvæði í framkvæmd. Því er lítið við að styðjast þegar kemur að beitingu þessa vandmeðfarna ákvæðis í íslenskum rétti. Ákvæðið er ennfremur svo sérhæft að erfitt getur reynst að heimafæra reglur hins hefðbundna refsiréttar upp á það, eins og komið hefur áður fram. Í ritgerð þessari hefur verið reynt eftir fremsta megni að skýra frá þeim refsiskilyrðum sem þurfa að vera uppfyllt, til að um fullframið brot gegn ákvæðinu sé að ræða. Ljóst er ákvæðið er afar flókið og frábrugðið öðrum ákvæðum almennra hegningarlaga en auk þess krefst það annarra rannsóknarúræða lögreglu vegna þess sérstaka eðlis. Í 11. kafla ritgerðarinnar var fjallað um svokallaðar forvirkar rannsóknarheimildir en fyrirhugað er að leggja fram á komandi þingi frumvarp til breytinga á lögum um meðferð sakamála sem felur í sér auknar rannsóknarheimildir lögreglu. Með því frumvarpi er lagt til að veita lögreglu heimild til að hefja rannsókn þegar hún hefur grun um eða vitneskju að verið sé að undirbúa eða leggja á ráðin um að fremja brot gegn 175. gr. a. Með frumvarpinu er því m.a. lagt til að lögregla geti beitt heimildum sem hún hefur á grundvelli XI. kafla sml., án þess að brot þurfi að varða 8 ára fangelsi. Þar sem brot gegn ákvæðinu er fullframið við sammæli manna, sem að jafnaði fer fram í leyni, er afar erfitt að sýna fram á brot gegn ákvæðinu. Ýmsar vangaveltur voru raktar í kaflanum um framsetningu frumvarpsins. Þrátt fyrir það er ljóst að þegar öllu er á botninn hvolft, eru þær breytingar sem lagðar eru til, til þess fallnar að styrkja heimildir lögreglu svo hún geti á skilvirkari hátt unnið gegn þeirri ógn sem stafar af skipulögðum brotasamtökum og starfsemi þeirra. Með því móti væri löggjafinn ekki einungis búinn að lýsa það refsivert að taka þátt í skipulagðri brotastarfsemi heldur væri hann einnig

búinn að veita lögreglu skilvirkt verkfæri til að uppræta slíka starfsemi. Má því segja að ef frumvarpið verður að lögum sé baráttan gegn skipulögðum brotasamtökum raunverulega hafin.

HEIMILDASKRÁ

Alþingistíðindi.

Andrew Ashworth: *Principles of Criminal Law*. 3. útgáfa. Oxford 1999.

Anthony M. DeStefano: *The war on human trafficking: U.S. policy assessed*. New Jersey 2007.

Antonio Cassese: *International Criminal Law*. 2. útgáfa. Hampshire 2008.

Alexandra Gerber: „Organized Crime“. *Encyclopedia of Prostitution and Sex Work. Volume 2*. Westport 2006, bls. 339-340.

Árni Böðvarsson: *Íslensk orðabók handa skólum og almenningi*. Reykjavík 1963.

Ársskýrsla ríkislögreglustjóra 1999. Ríkislögreglustjórinn, Reykjavík 2000.

Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: *Kaflar úr þjóðarétti*. 2. útgáfa. Reykjavík 2005.

Bruce Zagris: *International White Collar Crime. Cases and materials*. New York 2010.

C. M. V. Clarkson og H. M. Keating: *Criminal Law: Text and Materials*. London 1994.

Cyrille Fijnaut og Letizia Paoli: „Introduction to Part I: The History of the Concept“. *Organized Crime in Europe. Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*. Dordrecht 2004, bls. 21-46.

David McClean: *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*. Oxford 2007.

Economic crime. European Committee on Crime Problems. Evrópuráðið, Strasbourg 1981.

Eiríkur Tómasson: *Þvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls*. 2. útgáfa. Reykjavík 2010.

„Félagar í MC Iceland orðnir Vítisenglar“. *Fréttablaðið*, 5. mars 2011, bls. 6.

Francesco Calderoni: *Organized Crime Legislation in the European Union. Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*. Berlín 2010.

Frank G. Madsen: *Transnational organized crime*. New York 2009.

Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*. 2. útgáfa. Reykjavík 1999.

G. Peter Hoefnagels: *The Other Side of Criminology*. Deventer 1969.

Guénaél Mettraux: *International Crimes and the ad hoc Tribunals*. Wiltshire 2005.

- I. G. Carvell og E. Swinfen Green: *Criminal Law and Procedure*. London 1970.
- John Malcolm Scheb: *Criminal Law and Procedure*. 2. útgáfa. New York 1994.
- Johs. Andenæs: *Alminnelig Strafferett*. 4. útgáfa. Osló 1997.
- Johs. Andenæs: *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*. Osló 2008.
- Johs. Andenæs: *Norsk straffeprosess*. 4. útgáfa. Osló 2009.
- Joseph L. Albini: „Donald Cressey’s Contributions to the Study of Organized Crime: An Evaluation“. *Understanding Organized Crime in Global Perspective. A Reader*. Thousand Oaks 1997, bls. 16-25.
- Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*. Reykjavík 1999.
- Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð II*. Reykjavík 2002.
- Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð III*. Reykjavík 2004.
- Jónatan Þórmundsson: „Einkenni auðgunarbrot. Tengsl þeirra innbyrðis og við önnur brot“. *Tímarit lögfræðinga*, 4. hefti 58. árgangur 2008, bls. 403-464.
- Jónatan Þórmundsson: „Hryðjuverk – ákvæði íslenskra laga í alþjóðlegu umhverfi“. *Rannsóknir í félagsvísindum VI. Lagadeild*. Reykjavík 2005, bls. 229-252.
- Jónatan Þórmundsson: „Refsíabyrgð á efnahagsbrotum í atvinnustarfsemi lögaðila“. *Tímarit lögfræðinga*, 4. hefti 38. árgangur 1988, bls. 207-233.
- Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*. Reykjavík 1992.
- Larry J. Siegel: *Criminology*. 10. útgáfa. Belmont 2009.
- Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*. Sameinuðu þjóðirnar, New York 2004.
- Mark Findlay: *Problems for the Criminal Law*. Oxford 2001.
- Martin O’Brien og Majid Yar: *Criminology. The Key Concepts*. New York 2008.
- Mat ríkislögreglustjóra á hættu á hryðjuverkum og skipulagðri glæpastarfsemi*. Greiningardeild ríkislögreglustjóra, Reykjavík 2008.
- Mat ríkislögreglustjóra á skipulagðri glæpastarfsemi og hættu á hryðjuverkum*. Greiningardeild ríkislögreglustjóra, Reykjavík 2009.
- Mat ríkislögreglustjóra á skipulagðri glæpastarfsemi og hættu á hryðjuverkum*. Greiningardeild ríkislögreglustjóra, Reykjavík 2010.

- Meld. St. 7 (2010-2011). Kampen mot organisert kriminalitet – en felles innsats.* Det Kongelige Justis- og Politidepartement, Oslo 2010.
- Michael Levi: „Organized crime and Terrorism“. *The Oxford Handbook of Criminology*. 4. útgáfa. New York 2007, bls. 771-809.
- Michael Levi: „The Organization of Serious crimes“. *The Oxford Handbook of Criminology*. 3. útgáfa. New York 2002, bls. 878-913.
- Michael D. Lyman og Gary W. Potter: *Organized crime*. 3. útgáfa. New Jersey 1997.
- Ot. prp. nr. 62 (2002-2003). *Lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.)*. Det Kongelige Justis- og Politidepartement, Oslo 2003.
- Paul Larsson: *Organisert kriminalitet*. Oslo 2009.
- Páll Sigurðsson: *Lögfræðiorðabók með skýringum*. Reykjavík 2008.
- Peter Lødrup, Knut Kaasen og Steinar Tjomsland: *Norsk Lovkommentar 2008, bind 1*. Oslo 2008.
- Ragnheiður Bragadóttir: *Kynferðisbrot*. Reykjavík 2006.
- Rebecca M.M. Wallace og Olga Martin-Ortega: *International Law*. 6. útgáfa. London 2009.
- Robert Cryer o.fl.: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 2. útgáfa. Cambridge 2010.
- Róbert Ragnar Spanó: „Ákvæði 1. mgr. 68. gr. stjórnarskrárinnar um bann við ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu“. *Lögberg: rit Lagastofnunar Háskóla Íslands*. Reykjavík 2003, bls. 635-682.
- Róbert Ragnar Spanó: „Stjórnarskráin og refsíabyrgð: (síðari hluti) meginreglan um skýrleika refsíheimilda“. *Tímarit lögfræðinga*, 1. hefti 55. árgangur 2005, bls. 5-69.
- Rúnar Pálmason: „Íslenskum Vítisenglum fylgja afbrot“. *Morgunblaðið*, 5. mars 2011, bls. 14.
- Sigurður Tómas Magnússon og Hildigunnur Ólafsdóttir: *Ákvörðun refsingar. Rannsókn á refsíákvörðunum vegna manndrápa, rána og líkamsmeiðinga, 1951-2000*. Reykjavík 2003.
- Stephen L. Mallory: *Understanding Organized Crime*. London 2007.
- The United Nations, Office of Drug Control and Crime Prevention: „After Palermo: An Overview of What the Convention and Protocols Hope to Accomplish“. *Trends in Organized Crime*, 4. tbl. 5. árgangur 2000, bls. 21-29.

United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto. United Nations, New York 2004.

Vincenzo Ruggiero: *Organized and Corporate Crime in Europe. Offers that Can't Be Refused.* Bretland 1996.

Vefslóðir

André Standing: „Rival Views of Organized Crime“, <http://www.iss.co.za/pubs/monographs/No77/Content.html>, febrúar 2003 (skoðað 3. febrúar 2011).

„Fjögur skipulögð glæpagengi takast á“, <http://www.visir.is>, 10. mars 2011 (skoðað 12. apríl 2011)

„Lagafrumvarp um rannsóknarheimildir kynnt í ríkisstjórn“, <http://www.irr.is>, 8. júní 2011 (skoðað 25. júlí 2011).

„United Nations Convention against Transnational Organized Crime and its Protocols“, <http://unodc.org> (skoðað 15. júlí 2011).

DÓMASKRÁ

Dómar Hæstaréttar:

Hrd. 1948, bls. 1.

Hrd. 16. júní 2010 (224/2010).

Norskir dómar:

Borgarting lagmannsrett nr. LB-2008-20980.

Alþjóðlegi stríðsglæpadómstóllinn sem fjallar um stríðsglæpi í Rúanda (International Criminal Tribunal for Rwanda):

ICTR, Prosecutor v. Seromba, Judgement, ICTR-2001-66-A, 12. mars 2008.

VIÐAUKI 1

Frumvarp til laga

um breyting á lögum um meðferð sakamála, nr. 88/2008, með síðari breytingum
(auknar rannsóknarheimildir lögreglu).

(Lagt fyrir Alþingi á 139. löggjafarþingi 2010-2011)

1. gr.

Á eftir 52. gr. laganna bætist við ný grein, 52. gr. a., sem hljóðar svo:

Lögreglu er heimilt að hefja rannsókn út af vitneskju eða grun um að verið sé að undirbúa eða leggja á ráðin um að fremja brot gegn 175. gr. a almennra hegningarlaga

Lögregla getur gert ráðstafanir sem hún telur nauðsynlegar í þágu rannsóknar skv. 1. mgr., enda sé henni það heimilt lögum samkvæmt. Þá er lögreglu heimilt að grípa til ráðstafana skv. XI. kafla þó svo ekki sé fullnægt skilyrði 2. mgr. 83. gr. um að brot geti varðað átta ára fangelsi að lögum. Ekki þarf að leika rökstuddur grunur á að framið hafi verið brot til að dómsúrskurður verði kveðinn upp ef skilyrði 1. mgr. eru til staðar.

Ríkissaksóknari hefur eftirlit með rannsókn og aðgerðum lögreglu samkvæmt þessari grein. Í því skyni skal hann setja reglur um skyldu lögreglu til að tilkynna honum um framvindu rannsóknar. Ríkissaksóknari skal gefa allsherjarnefnd Alþingis skýrslu árlega um framkvæmd ákvæðis þessa.

Að öðru leyti gilda ákvæði laga þessara um rannsókn og aðgerðir lögreglu samkvæmt þessari grein, eftir því sem við á.

2. gr.

Lög þessi öðlast þegar gildi.

Athugasemdir við frumvarp þetta.

Frumvarp þetta er samið að tilhlutan innanríkisráðherra. Með frumvarpinu er lögreglu fengin heimild til að hefja rannsókn á grundvelli vitneskju eða gruns um að verið sé að undirbúa eða leggja á ráðin um að fremja brot sem fellur undir ákvæði 175. gr. a almennra hegningarlaga, nr. 19/1940, um starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Jafnframt er lögreglu heimilað að beita rannsóknarúrræðum þeim sem kveðið er á um í XI. kafla almennra hegningarlaga þegar grunur leikur á að verið sé að undirbúa brot þó svo að refsirammai þess brots sem grunur leikur á að sé í undirbúningi sé að lágmarki fjögur ár en ekki átta ár eins og kveðið er á um í 2. mgr. 83. gr. Með hliðsjón af því að skipulögð glæpastarfsemi grefur undan grundvallarmannréttindum þarf að beita öllum tiltækum rannsóknarúrræðum til þess að koma í veg fyrir að alvarleg brot verði framin og að unnt verði að stemma stigu við skipulagðri glæpastarfsemi hér á landi.

Á fundi ríkisstjórnarinnar hinn 4. mars 2011 kynnti innanríkisráðherra það mat greiningardeildar ríkislögreglustjóra að alvarleg skipulögð glæpastarfsemi væri að færast í vöxt hérlandis og að alþjóðlegir glæpahringir væru að skjóta hér rótum. Samþykkti

ríkisstjórnin að veita 47 m.kr. til þess að ráðast í átak lögreglu til að vinna gegn skipulagðri brotastarfsemi á næstu 12-18 mánuðum. Á fundi innanríkisráðherra með stýrihópi lögreglunnar um aðgerðir gegn skipulagðri glæpastarfsemi kom fram að hópurinn teldi brýnt að rannsóknarheimildir lögreglu gerðu þeim kleift að rannsaka starfsemi skipulagðra glæpahópa. Markmiðið með frumvarpi þessu er að koma til móts við þessar þarfir lögreglunnar.

Samkvæmt 52. gr. laga um meðferð sakamála getur lögregla hafið rannsókn þegar hún hefur vitneskju eða grun um að refsivert brot hafi verið framið. Þannig hefur lögreglan í dag heimild til að hefja rannsókn þegar ljóst er að brot er fullframið en einnig þegar um tilraun til brots er að ræða. Samkvæmt íslenskum rétti geta undirbúningsathafnir fallið undir hið almenna tilraunaákvæði í 20. gr. almennra hegningarlaga og hið sama á við í dönskum rétti. Er staðan því önnur í þessum efnum en skv. rétti margra annarra ríkja þar sem miðað er við að athöfn hafi að einhverju leyti komið til framkvæmda til þess að unnt sé að beita ákvæðum laga um tilraun. Í löggjöf annarra ríkja t.d. Svíþjóðar og Noregs er því þannig háttáð að undirbúningsathafnir vegna margvíslegra brota eru sérstaklega lýstar refsiverðar. Þannig er í norskum lögum um meðferð sakamála sérstakt ákvæði sem heimilar lögreglu að hefja rannsókn þegar grunur leikur á að tiltekið alvarlegt brot hafi verði framið svo unnt sé að koma í veg fyrir brotið. Er þar um að ræða nánar tilgreind alvarleg brot svo sem manndráp, rán og alvarleg fíkniefnabrot sem skipulögð eru í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Það eru þó ekki hvers konar undirbúningsathafnir sem geta fallið undir ákvæði 20. gr. almennra hegningarlaga um tilraun heldur þurfa ákveðin skilyrði að vera fyrir hendi til þess að svo geti verið. Þannig þarf sá sem í hlut á að hafa ótvírætt sýnt þann ásetning sinn að fremja tiltekið brot í verki. Í athugasemdum við 20. gr. í frumvarpi til almennra hegningarlaga segir að ásetningurinn verði að vera það ákveðinn að ákvörðun um framkvæmd brotsins hafi verið tekin þótt viðkomandi hafi ekki verið búinn að leggja niður fyrir sig í einstökum atriðum hvernig framkvæmdinni skuli háttáð. Er þar sérstaklega tekið fram að „*frásögn eða hótun um framkvæmd brots [sé] ekki nægileg*“ enda þurfi að hafa verið framinn tiltekinn verknaður sem ótvírætt beri vitni um ásetninginn. Fá dæmi eru í íslenskri réttarframkvæmd um sakfellingu fyrir refsiverðar tilraunir þar sem um undirbúningsathöfn hefur verið að ræða. Þó má benda á að í dómi Hæstaréttar 1948:1 var sakfelld fyrir ráðagerðir og samtök fjögurra manna um að útvega bát og sökkva honum ásamt váttryggðum vörum. Var sakfelld fyrir tilraun til brots þar sem umræddir menn hefðu haft nokkurn viðbúnað í þessu skyni þótt sá viðbúnaður hefði ekki verið langt á veg kominn.

Á grundvelli gildandi löggjafar getur lögreglan því hafið rannsókn máls skv. 52. gr. laga um meðferð sakamála, þegar hún hefur vitneskju eða grun um að verið sé að skipuleggja t.d. innflutning á fíkniefnum. Til þess að unnt sé að hefja rannsókn á þessum grunni þarf líkt og áður sagði að vera ljóst að einhver hafi sýnt ásetning í verki sem miðar að eða er ætlað að miða að því að brot sé framið. Með þeirri breytingu sem hér er lögð til er skotið enn sterkari stöðum undir ákvæði 20. gr. almennra hegningarlaga að því er varðar refsinaemi undirbúningsathafna afbrota þegar um starfsemi skipulagðra glæpahópa er að ræða sem og heimildir lögreglu til þess að bregðast við slíkum tilraunum. Þannig verði lögreglunni heimilt, við tilteknar aðstæður að hefja rannsókn þrátt fyrir að ekki verði sýnt fram á að tilteknir einstaklingar hafi sýnt ótvíræðan ásetning í verki um að fremja brot. Verður lögreglu þannig t.d. heimilt að beita þeim rannsóknarræðum sem hún hefur skv. lögum um meðferð sakamála þegar hún hefur vitneskju um að einhverjir hyggist fremja alvarlegt afbrot án þess að vitneskja eða rökstuddur grunur sé um hvar og hvenær tiltekið afbrot kunni að eiga sér stað. Í þessum tilvikum verði lögreglu heimilt að beita öllum þeim úrræðum sem hún hefur til að rannsaka mál, þ. á m. að beita þeim rannsóknaraðgerðum sem kveðið er á um í XI. kafla laga um meðferð sakamála þrátt fyrir að grunur sé um að í undirbúningi sé brot þar sem

viðurlögin eru að lágmarki fjögurra ára fangelsi en ekki átta ára fangelsi eins og skilyrðið er skv. 2. mgr. 83. gr. laga um meðferð sakamála.

Athugasemdir við einstakar greinar frumvarpsins:

Um 1. gr.

Samkvæmt 2. mgr. 52. gr. laga um meðferð sakamála nr. 88/2008 skal lögregla hvenær sem þess er þörf hefja rannsókn út af vitneskju eða grun um að refsivert brot hafi verið framið, auk þess sem henni er ætlað að rannsaka mannlát, mannhvörf, eldsvoða, slys og aðrar ófarir, þótt ekki liggi fyrir grunur um refsiverða háttsemi. Samkvæmt þessu er gengið út frá því að lögregla hefji því aðeins rannsókn á grundvelli laga um meðferð sakamála að vitað sé um að grunur leiki á að refsivert brot hafi verið framið.

Eins og gerð er grein fyrir almennum athugasemdum með frumvarpinu er í íslenski löggjöf gert ráð fyrir því að undirbúningsaðgerðir geti að vissum skilyrðum uppfylltum talist til tilraunar til brots og þar með sé lögreglu heimilt að hefja rannsókn máls. Í 1. mgr. þessarar greinar frumvarpsins er gert ráð fyrir að lögreglu verði heimilt að hefja rannsókn, þótt ekki liggi fyrir vitneskja eða grunur um að refsivert brot hafi verið framið. Þannig verði talið nægjanlegt að fyrir hendi sé vitneskja eða grunur um að verið sé að undirbúa eða leggja á ráðin um að fremja alvarlegt afbrot og brot það sé hluti af starfsemi skipulagðra glæpasamtaka. Með því að áskilja að vitneskja eða grunur þurfi að vera fyrir hendi er er vísað til þess að einhverjar upplýsingar, sem lögreglu hafa borist, bendi til að afbrot sé eða kunni að vera yfirvofandi. Með orðalaginu „*að verið sé að leggja á ráðin um brot*“ er átt við að upplýsingar bendi til þess að annað hvort hafi verið gripið til einhverra ráðstafana til undirbúnings broti eða menn hafi að minnsta kosti rætt eða skipst á skoðunum um það sín á milli að fremja brot, svo sem í símtölum eða með tölvusamskiptum.

Heimildum lögreglu til að hefja rannsókn á þessum grunni er þröngur stakkur skorinn. Gert er að skilyrði að um sé að ræða verknað sem unnt er að heimfæra undir 175. gr. a í almennum hegningarlögum en þar er kveðið á um að sá sem 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 skuli sæta fangelsi allt að 4 árum, nema brot hans varði þyngri refsingu samkvæmt öðrum ákvæðum almennra hegningarlaga eða annarra laga. Hafi lögreglan vitneskju eða grun um að í starfsemi skipulagðra brotasamtaka sé verið sé að undirbúa eða leggja á ráðin um brot sem varðar a.m.k. 4 ára fangelsi er henni samkvæmt frumvarpi þessu heimilt að hefja lögreglurannsókn. Með skipulögðum brotasamtökum er skv. 2. mgr. 175. gr. almennra hegningarlaga átt við félagsskap þriggja eða fleiri manna sem hefur það að meginmarkmiði, beint eða óbeint í ávinningsskyni, 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. Er þessi skilgreining í samræmi við ákvæði svokallaðs Palermó samnings, þ.e. samnings Sameinuðu þjóðanna gegn fjölþjóðlegri, skipulagðri brotastarfsemi, sem samþykktur var á allsherjarþingi Sameinuðu þjóðanna 15. nóvember 2000. Samkvæmt þessu er það 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 felst í því að fremja slíkan verknað. Þá verður framkvæmd refsiverðs verknaðar að vera beint eða óbeint í ávinningsskyni. Með þessu móti er skýrt að heimildir þær sem kveðið er á um hér beinast að skipulögðum glæpasamtökum sem stunda

glæpastarfsemi í ávinningsskyni, en ekki að öðrum hópum, s.s. pólitískum samtökum eða grasrótarhópum.

Í 2. mgr. er miðað við að heimildir lögreglu til þess að gera þær ráðstafanir, sem hún telur nauðsynlegar í þágu rannsóknar skv. 1. mgr., séu hinar sömu og hún hefur endranær lögum samkvæmt og með sömu skilyrðum. Hins vegar þarf ekki að leika rökstuddur grunur á að framið hafi verið brot til að dómsúrskurður skv. 2. mgr. verði kveðinn upp séu skilyrði þau, sem fram koma í 1. mgr., fyrir hendi. Þetta hefði það t.d. í för með sér að unnt væri að kveða upp úrskurð um húsleit, þótt ekki léki rökstuddur grunur á að framið hafi verið brot, sbr. 3. mgr. 74. gr. laga nr. 88/2008. Hins vegar yrðu önnur skilyrði fyrir húsleit, sem fram koma í þeirri grein, að vera fyrir hendi svo að úrskurður yrði upp kveðinn, sbr. 4. mgr. þessarar greinar, þar sem tekið er fram að ákvæði laganna gildi að öðru leyti um umrædda rannsókn og aðgerðir lögreglu, eftir því sem við á. Þá yrði lögreglu heimilt í þágu rannsóknar máls skv. 1. mgr. að beita símhlustunum og öðrum sambærilegum úrræðum skv. XI. kafla laga um meðferð sakamála þó svo skilyrðum 83. gr. laganna um að brot það sem rannsókn beinist að varði átta ára fangelsi að lögum sé ekki uppfyllt.

Eins og fram hefur komið hér að framan er lögreglu einungis heimilt að hefja rannsókn á þessum grunni þegar grunur leikur á verið sé að undirbúa brot sem varða a.m.k. fjögurra ára fangelsi og sá undirbúningur er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka. Starfsemi skipulagðra brotasamtaka er alvarleg ógn við almenning. Unnt væri með réttu að segja að almennt krefðust ríkir almannahagsmunir þess að komið væri í veg fyrir slík brot og það gæti því fallið undir skilyrði 83. gr. sakamálalaga um að ríkir almanna- eða einkahagsmunir krefjist aðgerða lögreglu. Rétt þykir að taka af allan vafa um að skilyrðið um að átta ára fangelsi liggi við broti sem rannsókn beinist að þurfi ekki að vera uppfyllt svo unnt sé að beita úrræðum XI. kafla sakamálalaga við rannsókn máls þessara mála. Þá er rétt að hafa í huga að 175. gr. a. almennra hegningarlaga gerir að skilyrði að um sé að ræða brot a.m.k. fjögurra ára fangelsisrefsing liggur við. Samkvæmt framangreindum Palermó-samningi eru brot sem varða a.m.k. fjögurra ára fangelsi talin stórfelld brot (e. serious crime). Þykir því ekki óvarlegt að veita lögreglu heimild til að beita þessum úrræðum við rannsókn á brotum skipulagðra brotasamtaka en eins og kveðið er á um í 84. gr. sakamálalaga þarf úrskurð dómara til beitingar þessara heimilda.

Með það að markmiði að veita lögreglu eðlilegt aðhald við framkvæmd þessarar greinar er í 3. mgr. lagt til að ríkissaksóknari skuli hafa eftirlit með rannsókn og aðgerðum hennar samkvæmt greininni. Í því skyni skuli hann setja reglur um skyldu lögreglu til að tilkynna honum um framvindu rannsóknar á fyrirhuguðum brotum. Með því orðalagi er ráðgert að samkvæmt þeim reglum verði lögreglu skylt að tilkynna ríkissaksóknara um sérhverja rannsókn, sem hafin er í þessum tilgangi, hvernig rannsókninni miðar áfram og loks með hverjum hætti henni lýkur. Þannig geti ríkissaksóknari haft eftirlit með því hvernig heimild á grundvelli þessarar greinar er nýtt og veitt lögreglu aðhald við beitingu hennar. Þá er það jafnframt lagt til að ríkissaksóknari gefi allsherjarnefnd Alþingis skýrslu um hvernig þeim heimildum sem lögreglu eru hér færðar á hverju ári en með því móti getur löggjafarvaldið fylgst með þróun úrræðisins auk þess sem slík skýrslugjöf þykir til þess fallin að veita mikilvægar upplýsingar um eðli skipulagðrar brotastarfsemi hér á landi. Samkvæmt 85. grein laga um meðferð sakamála hefur ríkissaksóknari eftirlit með því að lögreglustjórar ræki þá skyldu sína að tilkynna þeim sem aðgerð skv. 80.-82. gr. sömu laga beindist að svo fljótt sem verða má um aðgerðina, þó þannig að það skaði ekki frekari rannsókn málsins. Ríkissaksóknara er einnig falið eftirlitshlutverk í reglugerð um sérstakar aðferðir og aðgerðir lögreglu við rannsókn sakamála, skv. 89. gr. sakamálalaga. Þótt ekki sé sérstaklega kveðið á um það í frumvarpi þessu er rétt að stefna að því að ríkissaksóknari gefi allsherjarnefnd Alþingis árlega skýrslu um hvernig rannsóknarúrræðum lögreglu er beitt þannig að þar komi

fram hversu oft tilteknum rannsóknaraðferðum var beitt, vegna hvaða brota og hvaða embætti hafa óskað eftir þeim.

Um 2. gr.

Ákvæðið þarfnast ekki sérstakra skýringa.