

RÓBERT R. SPANÓ

ÁKVÆÐI 1. MGR. 68. GR.
STJÓRNARSKRÁRINNAR UM BANN VIÐ
ÓMANNÚDLEGRI EÐA VANVIRÐANDI
MEÐFERÐ EÐA REFSINGU

Efnisyfirlit

1. Viðfangsefni greinarinnar
2. Réttarheimildafræðileg tengsl 1. mgr. 68. gr. stjkskr. við 3. gr. MSE
 - 2.1 Samræmisskýring og þýðing dómaframkvæmdar MDE
 - 2.2 Er rökrétt að 1. mgr. 68. gr. stjkskr. verði talin veita ríkari vernd hér á landi en leiðir af túlkun MDE á 3. gr. MSE?
3. Hugtökin „ómannúðleg“ eða „vanvirðandi“ meðferð eða refsing
 - 3.1 Hlutlægur mælikvarði á grundvelli heildstæðs mats á atvikum
 - 3.2 Lágmarkskrafa um alvarleika og sönnunarkröfur
 - 3.3 Innbyrðis samspil hugtakanna og sjálfstætt inntak þeirra
 - 3.4 Almennar ályktanir um skýringu 1. mgr. 68. gr. stjkskr.
4. Gerir 1. mgr. 68. gr. stjkskr. kröfur til ríkisins um tiltekna málsmeðferð?
5. Fullnusta refsidóma og vistun gæsluvarðhaldsfanga
 - 5.1 Inngangur
 - 5.2 Einangrunarvistun gæsluvarðhaldsfanga
 - 5.3 Vistun í afplánunarfangelsi

6. Réttarstaða útlendinga, brottvísun og framsal
7. Gerir 1. mgr. 68. gr. stjkskr. kröfu um að refsing sé í eðlilegu samræmi við eðli og grófleika refsiverðrar athafnar?
8. Samantekt og niðurstöður

1. Viðfangsefni greinarinnar

RÉTTARLEG þýðing stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 er mikil við meðferð mála þar sem reynir á lagareglur um refsíabýrgð og mat á réttarstöðu frelsissviptra manna sem ríkið hefur í sinni umsjá. Í þessari grein verður fjallað um bann 1. mgr. 68. gr. stjkskr. við ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu sem kom nýtt inn í texta stjkskr. með 6. gr. stjórnarskipunarlaganna nr. 97/1995. Málsgreinin er svohljóðandi í heild sinni:¹

¹ Í greininni verður ekki fjallað sérstaklega um hugtakið „pyndingar“ í 1. mgr. 68. gr. stjkskr. Um það efni vísast m.a. til eftirfarandi rita: Gunnar G. Schram: *Stjórnarskipunarréttur*. Háskólaútgáfan, 2. útg., Reykjavík (1999), bls. 504–506, og Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina Holst-Christensen & Jens Vedsted-Hansen: *Den Europæiske Menneskeretskonvention*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. útg., Kaupmannahöfn (2003), bls. 106–108, að því er snertir skýringu hugtaksins í 3. gr. MSE. Í upphaflegu frumvarpi til stjórnarskipunarlaganna sem lagt var fram á Alþingi 15. desember 1994, Alþt. 1994–1995, A-deild, bls. 2070, var ekki gert ráð fyrir því að orðið „pyndingar“ kæmi fram í texta 6. gr. frumvarpsins sem átti að verða ný 68. gr. stjórnarskrárinnar. Í athugasemdum greinargerðar við 6. gr. var hins vegar áréttað að þrátt fyrir að það hugtak væri ekki orðað í texta ákvæðisins „teldust pyndingar án nokkurs vafa til ómannúðlegrar meðferðar“, sjá Alþt. 1994–1995, A-deild, bls. 2093. Með breytingartillögu stjórnarskráarnefndar var orðið „pyndingar“ hins vegar tekið upp í texta 6. gr. frumvarpsins, sjá Alþt. 1994–1995, A-deild, bls. 3888. Um þessa breytingu segir aðeins í nefndaráli stjórnarskráarnefndar að hún telji „augljóst að pyndingar teljist til ómannúðlegrar og vanvirðandi meðferðar en [geti] fallist á að bann við þeim verði nefnt sérstaklega til frekari áherslu“, sjá Alþt. 1994–1995, A-deild, bls. 3883. Það athugasemdir að bæði á vettvangi Evrópuráðsins og Sameinuðu þjóðanna hafa verið gerðir sársamningar um bann við pyndingum. Það eru Evrópusamningur um varnir gegn pyndingum og ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu frá 1987, sbr. augl. nr. 19/1990 og 22/1995 og lög nr. 15/1990, um aðild Íslands að þeim samningi, og samningur Sameinuðu þjóðanna gegn pyndingum og annarri grimmelegri, ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu frá 1984, sbr. augl. nr. 19/1996, en til þeirra beggja er vísað í ofangreindum athugasemdum greinargerðar við 6. gr. er varð að 68. gr. stjkskr., sjá Alþt. 1994–1994, A-deild, bls. 2093. Þá skal einnig getið að með 1. gr. laga nr. 142/1995 var bætt við nýjum tölulíð nr. 9 við 6. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940

Engan má beita pyndingum né annarri ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu.

Í 2. kafla greinarinnar verður fjallað um réttarheimildafræðileg tengsl 1. mgr. 68. gr. stjkskr. við 3. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. 1. gr. laga nr. 62/1994 (eftirleiðis skammstafað MSE). Þar verða færð rök að því að dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu (eftirleiðis skammstafað MDE) hafi *nokkra réttarlega þýðingu* við skýringu 1. mgr. 68. gr. stjkskr. Þá verður því haldið fram að ekki sé sjálfgefið að stjórnarskrárákvæðið verði túlkað á þá leið af hálfu íslenskra dómstóla að það verði aðeins talið hafa að geyma þá lágmarksvernd sem leiðir af 3. gr. MSE. Þau sjónarmið sem verða reifuð í þeim kafla kunna einnig að hafa almenna þýðingu þegar metin eru réttarheimildafræðileg tengsl annarra mannréttindaákvæða stjkskr. og ákvæða í þjóðréttarsamningum á sviði mannréttinda.

Í kafla 3 verður leitast við að skýra efnisinntak 1. mgr. 68. gr. stjkskr. einkum með því að fjalla um orðin „ómannúðleg eða vanvirðandi meðferð eða refsing“ m.a. með vísan til dómaframkvæmdar MDE og rita fræðimanna. Í kafla 4 verður fjallað um það hvort 1. mgr. 68. gr. stjkskr. geri ákveðnar formkröfur til meðferðar mála af hálfu ríkisins. Eins og hugtakið „meðferð“ í 1. mgr. 68. gr. stjkskr. gefur til kynna nær gildissvið hennar ekki einungis til þeirra refsitögunda sem ákveðnar eru af löggjafanum með setningu refsíákvæða eða refsingar *in concreto* sem ákveðin er með dómi í einstökum tilvikum. Réttarvernd ákvæðisins nær einnig til þeirra sem sviptir hafa verið frelsi sínu og eru vistaðir á stofnunum sem reknar eru af ríkinu eins og nánar verður lýst í kafla 5. Þá verður í kafla 6 fjallað um önnur svið þar sem réttindavernd 1. mgr. 68. gr. stjkskr. hefur lagalega þýðingu, einkum um réttarstöðu útlendinga, brottvísun þeirra og framsal sakamanna. Í kafla 7 verður farið nokkrum orðum um það álitaefni hvort í 1. mgr. 68. gr. stjkskr. felist krafa til löggjafans og dómstóla um að eðlilegt samræmi sé á milli eðlis og grófleika þeirrar háttsemi sem lýst er refsiverð og dæmdir refsingar. Í kafla 8 verða niðurstöður dregnar saman.

og þannig mælt fyrir um að refsað skuli eftir íslenskum hegningarlögum fyrir háttsemi sem greinir í pyndingarsamningi Sameinuðu þjóðanna frá 1984 enda þótt það sé framið utan íslenska ríkisins og án tillits til þess hver er að því valdur. Mál samkvæmt 9. tölul. 6. gr. hgl. skal þó aðeins höfða eftir fyrirskipun dómsmálaráðherra.

2. Réttarheimildafræðileg tengsl 1. mgr. 68. gr. stjskr. við 3. gr. MSE

2.1 Samræmisskýring og þýðing dómaframkvæmdar MDE

Í 1. mgr. 68. gr. stjskr. segir að engan megi beita „pyndingum né annarri ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu“. Ákvæðið er samhljóða 3. gr. MSE.² Er vísað til 3. gr. MSE í athugasemdum greinargerðar við 6. gr. í frumvarpi því er varð að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995. Þá er því lýst í V. kafla athugasemdana að eitt af þremur markmiðum „sem höfð [voru] að leiðarljósi við endurskoðun mannréttindaákvæða stjórnarskrárinnar“ hafi verið að taka „mið af þeim þjóðréttarlegu skuldbindingum sem íslenska ríkið hefur gengist undir með aðild sinni að alþjóðlegum mannréttinasáttmálum“.³ Í ljósi þessa verður að leggja til grundvallar að það hafi verið ætlun stjórnarskrárgjafans að 1. mgr. 68. gr. stjskr. yrði skýrð af hálfu íslenskra dómstóla til samræmis við 3. gr. MSE þannig að greinin hefði a.m.k. að geyma sömu lágmarksvernd og ákvæði mannréttinasáttmálans.⁴ Að sama skapi verður að ganga út frá því að dómur MDE hafi *nokkra réttarlega þýðingu* þegar 1. mgr. 68. gr. stjskr. er túlkuð.⁵ Í eftirfarandi umfjöllun verður

² Sambærilega reglu er einnig að finna í 7. gr. Alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórn-málaleg réttindi (eftirleiðis skammstafað ABSR) sem fullgiltur hefur verið af Íslands hálfu, sbr. augl. nr. 10/1979. Greinin hljóðar svo: „Enginn maður skal sæta pyndingum eða grimmilegri, ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. Sérstaklega skal enginn sæta án frjáls samþykkis hans læknisfræðilegum eða vísindalegum tilraunum.“ Bæði í 2. mgr. 15. gr. MSE og 2. mgr. 4. gr. ABSR er lagt til grundvallar að fyrirmæli 3. gr. MSE og 7. gr. ABSR séu meðal ófrávíkjanlegra réttinda sem neyðarástand eða styrjaldartímar geta aldrei réttlætt að verði vikið frá. Í athugasemdum að baki 6. gr. frumvarps þess er varð að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 er vísað til þessa og tekið sérstaklega fram að bann ákvæðisins sé „fortakslaust“, sjá *Alþt.* 1994–1995, A-deild, bls. 2093. Almenna umfjöllun um skýringu 7. gr. ABSR er að finna í eftirfarandi ritum: Sarah Joseph, Jenny Schultz & Melissa Castan: *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary.* Oxford University Press (2000), bls. 139–197, og Manfred Nowak: *U.N. Covenant on Civil and Political Rights.* CCPR Commentary. N.P. Engel (1993), bls. 126–141.

³ *Alþt.* 1994–1995, A-deild, bls. 2080–2081.

⁴ Stóðar í greininni verður rökstutt að tengsl 1. mgr. 68. gr. stjskr. við 3. gr. MSE útiloki hins vegar ekki að réttindavernd stjórnarskrárákvæðisins geti í einhverjum tilvikum gengið lengra en leiðir af skýringu 3. gr. MSE.

⁵ Hér má hafa hliðsjón af því að samkvæmt 2. gr. laga nr. 62/1994, um mannréttinasáttmála Evrópu, eru dómur MDE ekki „bindandi að íslenskum landsrétti“. Það er því a.m.k. ljóst að slíkir dómur hafa ekki bein og milliliðalaus réttaráhrif við úrlausn tiltekins réttarágreinings hér á landi. Í athugasemdum greinargerðar með frumvarpi því er varð að lögum nr. 62/1994 segir m.a. um 2. gr. að ákvæðið feli í raun aðeins í sér áreitingu á því að

því stuðst við dóma MDE um skýringu 3. gr. MSE auk rita fræðimanna um það efni.

Ég legg á það áherslu að það verður hvorki leitt af texta 1. mgr. 68. gr. stjskr. eða lögskýringargögnum að dómstólar „skuli“ taka mið af dómaframkvæmd MDE um túlkun 3. gr. MSE við skýringu 1. mgr. 68. gr. stjskr. Aðferðin við skýringu stjórnarskrárákvæðisins verður því ávallt að miðast við að ákvæðið lifi *sjálfstæðu lifi* gagnvart 3. gr. MSE. Dómur MDE geti þó eins og fyrr greinir haft þar „nokkra réttarlega þýðingu“. Í þessu sambandi skal almennt tekið fram að dómstólar hafa í forsendum dóma sem gengið hafa um skýringu mannréttindaákvæða stjskr. ekki fært að jafnaði fram sérstök rök eða skýringar á þeirri aðferð, sem margsinnis hefur komið fram í forsendum dóma eftir stjórnarskrárbreytinguna 1995, að vísa til ákvæða MSE, eða eftir atvikum ákvæða annarra þjóðréttarsamninga sem íslenska ríkið hefur fullgilt, samhliða ákvæðum stjskr., sjá þó *Hrd.* 14. nóvember 2002 í máli nr. 167/2002 (*verklfall sjómanna*). Að því er varðar ákvæði MSE hefur gjarnan verið tekið fram að viðkomandi ákvæði sé „af sama toga og nefnt ákvæði stjórnarskrárinnar“.⁶ Af

MDE „geti sem fyrr eingöngu kveðið á um hvort íslenska ríkið hafi efnt þjóðréttarskuldbindingar sínar samkvæmt mannréttinasáttmálanum og eftir atvikum að því beri að greiða skaðabætur að tiltekinni fjárhæð ef vanefnd er leidd í ljós. [Dómur MDE geti] þannig til dæmis ekki haggð gildi íslenskrar löggjafar eða dómsúrlausnar. [...]“, sjá *Alþt.* 1993–1994, A-deild, bls. 805. Í VI. kafla almennra athugasemda með frumvarpinu segir að á hinn bóginn megi sjálfsgagt „reikna með að íslenskir dómstólar og stjórnvöld hefðu slík fordæmi til leiðsagnar þegar reyna kynni á skýringu einstakra ákvæða laganna. [...]“, sjá *Alþt.* 1993–1994, A-deild, bls. 800. Af þessu má ráða að 2. gr. laga nr. 62/1994 útilokar ekki að dómur MDE geti haft nokkra réttarlega þýðingu við túlkun og beitingu ákvæða MSE af hálfu íslenskra dómstóla. Ég tel óheppilegt að lýsa dómum MDE sem „fordæmum“ í þessu samhengi eins og gert er í tilvitnuðum athugasemdum enda er það skoðun mín að eitt af einkennum fordæmis sé bindandi gildi þess að lögum nema sérstök og knýjandi rök réttlæti að vikið sé frá því við úrlausn réttarágreinings þar sem það er að öðru leyti talið eiga við, sjá hér nánar Skúli Magnússon: *Hin lagalega aðferð og réttarheimildirnar.* Háskólaútgáfan, Reykjavík (2003), kafla IV. Ég hef því eins og fyrr greinir valið að notast fremur við orðalagið *nokkur réttarleg þýðing* þegar lýst er þeim áhrifum sem dómur MDE hafa við skýringu íslenskra dómstóla á ákvæðum MSE. Þetta á eftir atvikum einnig við um þau ákvæði stjórnarskrárinnar þar sem lagt verður til grundvallar að stjórnarskrárgjafinn hafi ætlast til þess að horft yrði til þess hvernig ákvæði mannréttinasáttmálans hafi verið túlkuð í réttarframkvæmd.

⁶ Sjá eftirfarandi dóma um notkun þessa orðalags: *Hrd.* 1998:516 (*dreifing kláms*), *Hrd.* 1998:693 (*hundamál*), *Hrd.* 1999:857 (*læknamál*) og *Hrd.* 18. desember 2000 í máli nr. 419/2000 (*fadernismál*). Í *Hrd.* 1999:781 (*áfengisauklýsingar*) er tekið fram að 10. gr. MSE hafi „verið meðal fyrirmýnda að núgildandi 73. gr. stjórnarskrárinnar“.

Þessu orðalagi verður ekki með vissu ráðið hvort þar sé verið að skýra viðkomandi ákvæði stjskr. í ljósi MSE eða hvort tiltekið ákvæði sáttmálans hafi sjálfstæða þýðingu fyrir úrlausn málsins og þá hvers eðlis sú þýðing er. Það er þó a.m.k. ljóst að mínu áliti að í framangreindum dómi, *Hrd. 14. nóvember 2002 í máli nr. 167/2002 (verkfall sjómanna)*, staðfesti Hæstiréttur með skýrum hætti þann rétta og eðlilega skilning á réttarheimildafræðilegri stöðu mannréttindasáttmála Evrópu að ákvæði sáttmálans „njóta ekki stöðu stjórnarskipunarлага“ hér á landi eins og segir orðrétt í dómi héraðsdóms en vísað var til forsendna hans í heild sinni án athugasemda í sjö manna samhljóða dómi Hæstaréttar.⁷

Í *Hrd. 19. desember 2000 í máli nr. 125/2000 (öryrkjamál hið fyrra)* er lagt með skýrum hætti til grundvallar, til stuðnings þeirri niðurstöðu að skýra beri 1. mgr. 76. gr. stjskr. til samræmis við 12. og 13. gr. félagsmálasáttmála Evrópu og 11. og 12. gr. Alþjóðasamnings um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi, að það sé „viðurkennd regla að norrænum rétti, að skýra skuli lög til samræmis við alþjóðasamninga, sem ríkið hefur staðfest eftir því sem kostur er“. Ástæða er til að fara nokkrum orðum um þessa lögskýringaraðferð Hæstaréttar.

Hin almenna skýringarregla íslensks (og norræns) réttar um að leitast eigi við að skýra ákvæði landslaga til samræmis við skuldbindingar ríkisins að þjóðarétti á að jafnaði ekki við þegar um stjórnarskrárákvæði er að ræða. Hugsunin að baki skýringarreglunni er sú að rökrétt sé og eðlilegt að almennt lagaákvæði, sem felur í sér viljayfirlýsingu löggjafans, sé skýrt til samræmis við þær þjóðréttarlegu skuldbindingar sem sami handhafi ríkisvalds, löggjafinn, hefur samþykkt að ríkið skuli undirgangast. Sé reglan notuð án fyrirvara við skýringu stjórnarskrárákvæða er verið að viðurkenna að almenni löggjafinn geti með staðfestingu þjóðréttarsamnings „bakdyramegin“ haft bein réttarleg áhrif á efni og gildissvið stjórnarskrárákvæða án aðkomu stjórnarskrárgjafans. Almenni löggjafinn geti með því móti rýmkað eða eftir atvikum þrengt að stjórnarskrárvernduðum réttindum sem einkum er ætlað það hlutverk að hafa hemil á starfsemi almenna löggjafans. Það fær þannig ekki staðist að dómstólar láti reglur þjóðaréttar hafa réttarlega þýð-

⁷ Rétt er að leggja á það áherslu að Hæstiréttur vísar alfarið til forsendna héraðsdóms í niðurstöðu sinni án þess að setja fram sjálfstæðan rökstuðning. Með þessu móti gerði Hæstiréttur forsendur í dómi héraðsdóms að sínum eigin og hafa forsendurnar því að lögum nákvæmlega sömu þýðingu (og fordæmisgildi) og ef þær hefðu upphaflega verið ritaðar beint í dómi Hæstaréttar.

ingu við skýringu ákvæða stjórnarskrárinnar á þeim grundvelli einum að Alþingi hafi ákveðið að ríkið skuli undirgangast þær skyldur sem af þeim leiðir, eins og virðist lagt til grundvallar í framangreindum dómi Hæstaréttar frá 19. desember 2000.

Samkvæmt þessu verður það að vera sjálfstætt athugunarefni í hverju tilviki fyrir sig hvort dómstólum sé heimilt að horfa til skuldbindinga íslenska ríkisins að þjóðarétti við skýringu stjórnarskrárákvæða.⁸ Skiptir þar að jafnaði meginmáli hvort af texta viðkomandi stjórnarskrárákvæðis og/eða lögskýringargögnum verði ráðið að stjórnarskrárgjafinn hafi beinlínis gert ráð fyrir slíkri samræmisskýringu, t.d. með því að vísa til ákvæða í þjóðréttarsamningi eða með öðrum hætti. Ég bendi á að álit umboðsmanns Alþingis um skýringu 2. mgr. 74. gr. stjskr., *UA 12. apríl 2002 í máli nr. 3204/2001 (greiðslumiðlunarreikningur)*,⁹ og dómur Hæstaréttar, *Hrd. 14. nóvember 2002 í máli nr. 167/2002 (verkfall sjómanna)*, þar sem reyndi einnig á ákvæði 74. gr. stjskr., endurspeglar þessa aðferð með skýrum og glöggum hætti.¹⁰

⁸ Sjá hér sambærilegt viðhorf í dönskum stjórnarskipunarétti hjá Jonas Christoffersen: „Højesteret og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.“ *UFR B*, nr. 47, (2000), bls. 593–600 (599).

⁹ Í *UA 12. apríl 2002 í máli nr. 3204/2001 (greiðslumiðlunarreikningur)* ákvað umboðsmaður Alþingis að taka til athugunar að eigin frumkvæði fyrirkomulag 6. og 8. laga nr. 24/1986, um skiptaverðmæti og greiðslumiðlun innan sjávarútvegsins, um skyldu þeirra sem taka til vinnslu og sölu sjávarafurðir af opnum bátum og þilfarsbátum undir 10 lestum til að greiða hlutfall af hráefnisverði þess afla sem þeir taka inn á sérstakan greiðslumiðlunarreikning smábáta og ráðstöfun þeirrar greiðslu til Landssambands smábátateigenda. Beindist athugan hans nánar tiltekið að því hvort þetta fyrirkomulag samrýmdist 74. gr. stjskr. um félagafrelsi. Í áliti sínu sagði umboðsmaður m.a. svo: „[Ég tek] fram að við skýringu á fyrirmælum 2. mgr. 74. gr. stjórnarskrárinnar verður einnig í ljósi tengsla þessa ákvæðis við framangreinda þróun á alþjóðavettvangi, sem rakin er í tilvitnuðum lögskýringargögnum, að taka nokkurt tillit til annarra þjóðréttarreglna [en 11. gr. MSE] um félagafrelsi sem íslenska ríkið hefur undirgengist.“

¹⁰ Í forsendum héraðsdóms, sem, eins og áður greinir, er vísað til án athugasemda í sjö manna samhljóða dómi Hæstaréttar, segir m.a. svo um tengsl 1. mgr. 74. gr. stjskr. og 11. gr. MSE: „[...] Með vísan til greinargerðar með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 97/1995 um breytingu á stjórnarskránni og dóma Hæstaréttar um túlkun á ákvæðum stjórnarskrár þykir rétt að túlka félagafrelsisákvæði 74. gr. stjórnarskrár með hliðsjón af 1. og 2. mgr. 11. gr. mannréttindasáttmálans. Samkvæmt framangreindum athugasemdum við 74. gr. í greinargerð með frumvarpinu verður ákvæðið ekki talið veita félagafrelsi minni vernd en 11. gr. mannréttindasáttmálans gerir ráð fyrir.“

2.2 Er rökrétt að 1. mgr. 68. gr. stjkskr. verði talin veita ríkari vernd hér á landi en leiðir af túlkun MDE á 3. gr. MSE?

Leitast var við að rökstyðja hér að framan að það sé vilji stjórnarskrárgjafans að tekið sé mið af lágmarksvernd 3. gr. MSE við skýringu 1. mgr. 68. gr. stjkskr. Á hinn bóginn verður að hafa í huga að 3. gr. MSE hefur að geyma lágmarksvernd á grundvelli þjóðréttarsamnings sem ávallt verður að skýra með hliðsjón af þróun mannréttinda og lýðræðis í öllum aðildarríkjum Evrópuráðsins, allt frá austasta hluta Evrópu til Íslands. Þá verða íslenskir dómstólar ávallt að hafa í huga að verkefni þeirra er að skýra ákvæði í stjórnarskrá lýðveldisins Íslands. Það er því engan veginn sjálfgefið að þótt MDE hafi komist að þeirri niðurstöðu að tiltekin atvik eða aðstæður falli ekki innan 3. gr. MSE að sama gildi um heimfærslu slíks tilviks undir 1. mgr. 68. gr. stjkskr.¹¹ Frekari rök fyrir þessari staðhæfingu eru eftirfarandi:¹²

Í fyrsta lagi er ljóst að inntak hugtaks á borð við „vanvirðandi“ meðferð eða refsing er í eðli sínu afstætt með tilliti til siðferðis- og réttlætisviðhorfa á hverjum tíma. Þegar slíkt hugtak er notað í stjórnarskrá verður að ganga út frá því að það sé skýrt með tilliti til þeirra almennu siðferðis- og réttlætisviðhorfa sem uppi eru í því ríki þar sem viðkomandi stjórnarskrá er sett. Samkvæmt þessu verður að skýra 1. mgr. 68. gr. stjkskr. í ljósi íslenskra viðhorfa um hvað telst ómannúðleg eða vanvirðandi meðferð eða refsing sem eðli máls samkvæmt hljóta að taka mið af íslenskum aðstæðum og veruleika. Viðhorf íslenskra dómara um það efni geta því hæglega verið eðlisolík viðhorfum dómenda í öðrum ríkjum eða hjá dómurum MDE.¹³ Sem dæmi má nefna að það kann að vera rétt og eðlilegt miðað við aðstæður hér á landi að dómstólar geri strangari kröfur á grundvelli 1. mgr. 68. gr. stjkskr. til íslenskra stjórnvalda um meðferð frelsissviptra manna, sem vistaðir eru á stofnunum á veg-

¹¹ Þetta sjónarmið á raunar jafnan við um skýringu mannréttindaákvæða stjórnarskrárinnar með hliðsjón af ákvæðum MSE.

¹² Vakin skal athygli á því að hér er fyrst og fremst átt við þau tilvik þar sem fyrir liggur nokkur dómafrankvæmd hjá MDE um skýringu 3. gr. MSE, sem talin er koma til álita við mat íslenskra dómstóla á því hvort tiltekið tilvik falli innan 1. mgr. 68. gr. stjkskr. Ef ljóst er að MDE hefur ekki fjallað um það tilvik sem til úrlausnar er hjá íslenskum dómstól, og dómafrankvæmd MDE er ekki talin veita vísbendingar um gildissvið 3. gr. MSE í því sambandi, hafa þau atriði sem hér eru reifuð takmarkaðri þýðingu.

¹³ Því má halda fram að sératkvæði eins hæstaréttardómara í *Hrd. 1997:2828 (framsal til Bandaríkjana)*, sem síðar verður nánar vikið að, og einnig þær forsendur sem fram koma í úrskurði héraðsdóms í því máli, kunni að gefa til kynna að a.m.k. sumir dómara hér á landi telji rétt að skýra réttarvernd 1. mgr. 68. gr. stjkskr. nokkuð rúmt, sjá nánar kafla 6 í greininni.

um ríkisins, en MDE teldi mögulegt að gera til stjórnvalda í hinum nýfrjálsu ríkjum Austur-Evrópu á grundvelli 3. gr. MSE. Fjallað verður nánar um þetta í kafla 5.3 í greininni.

Í annan stað verður að hafa í huga að enda þótt ekki sé talið að MDE veiti aðildarríkjum *svigrúm til mats* (e. margin of appreciation) um þau atriði sem kunna að falla undir 3. gr. MSE¹⁴ er ljóst að aðferðir og úrlausnir MDE um það efni taka eðlilegt mið af því að um alþjóðlegan dómstól er að ræða. Það er þannig hægt að greina það í úrlausnum MDE að á stundum er örðugt í framkvæmd að endurskoða athafnir og aðstæður sem gerast fjarri Strassborg og jafnan fyrir þó nokkrum tíma síðan. Er t.d. almennt gengið út frá því að MDE endurskoði ekki sönnunarmat á atvikum sem lagt hefur verið til grundvallar hjá dómstólum í aðildarríkjum.¹⁵

Í þriðja lagi verður að líta svo á að með því að nota matskennd hugtök í texta 1. mgr. 68. gr. stjkskr., sem fela almennt ekki í sér lýsingu á ákvörðunum sem teljast pólitífsks eðlis, s.s. eins og hugtökin „allsherjarregla“, „almannahagsmunir“ og „almenningsþörf“ í texta 72.–75. gr. stjkskr., hafi stjórnarskrárgjafinn ákveðið að íslenskir dómstólar hafi nokkurt svigrúm til mats um það hvort maður hafi verið látinn sæta ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. Fyrir utan takmarkanir á möguleikum dómstóla til að staðfesta að tilvik falli undir 1. mgr. 68. gr. stjkskr., sem leiða beinlínis af hugtökum þeim sem þar eru notuð og kröfum um sönnun, er því engin ástæða til þess að dómstólar hér á landi séu varfærnir við að endurskoða athafnir löggjafans og þeirra sem fara með framkvæmdarvald út frá mælistiku 1. mgr. 68. gr. stjkskr.¹⁶

¹⁴ Sjá t.d. P. van Dijk & G.J.H. van Hoof: „Theory and Practice of the European Convention on Human Rights.“ *Kluwer Law International*, 3. útg., Hague (1998), bls. 86.

¹⁵ Sjá P. van Dijk & G.J.H. van Hoof: sama rit, bls. 321, og *MDE 22. september 1993, Klaas gegn Pýskalandi*, 17. mgr.

¹⁶ Einnig má halda því fram að bannregla 1. mgr. 68. gr. stjkskr. sé nátengd því lýðræðishugtaki sem stjórnarskráin er reist á enda vart hægt að hugsa sér áhrifaríkari leið fyrir ríkjandi meirihluta á hverjum tíma til að koma í veg fyrir samkeppni um vald á hinum pólitíska vettvangi en að kúga minnihlutann með pyndingum eða annarri ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. Það er stjórnskipulegt hlutverk dómstólanna að leitast við að tryggja að réttindavernd stjórnarskrárinnar sé raunhæf og virk gagnvart handhöfum meirihlutavalds á hverjum tíma þannig að framgangur lýðræðisins sé tryggður. Ekki er tómt til að fjalla nánar um þetta á þessum vettvangi en það er skoðun mín að þessi sjónarmið um lýðræðishvetjandi stjórnarskrárskýringu dómstóla hafi að geyma eina frambærilegustu réttlættinguna fyrir beitingu endurskoðunarvalds dómstóla gagnvart ákvörðunum löggjafans og stjórnvalda sem völ er á í stjórnarskrárbundnum lýðræðisríkjum.

3. Hugtökin „ómannúðleg“ eða „vanvirðandi“ meðferð eða refsing

3.1 Hlutlægur mælikvarði á grundvelli heildstæðs mats á atvikum

Óhætt er að fullyrða að sú réttindavernd sem 1. mgr. 68. gr. stjkskr. veitir liggja nærri hjarna þeirrar mannréttindaverndar sem stjórnarskráin mælir fyrir um. Í athugasemdum greinargerðar með frumvarpi því er varð að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 segir meðal annars að „greinin [feli] í sér nýmæli meðal skráðra mannréttindaákvæða í stjórnarskránni, en reglurnar, sem þar [komi] fram, [hafi] til þessa verið taldar meðal mikilvægustu óskráðra grundvallarreglna“.¹⁷ Fyrirmæli ákvæðisins eru fortaklaus¹⁸ og því verður ekki vikið frá þeim undir nokkrum kringumstæðum. Þessi aðstaða hefur ekki einungis táknræna þýðingu heldur mótar hún þá aðferðafræði sem ber að viðhafa við skýringu ákvæðisins. Ganga verður út frá því að gildissvið 1. mgr. 68. gr. stjkskr. verði almennt ekki skýrt með þrengjandi hætti enda hefur stjórnarskrárgjafinn valið að notast við matskennd hugtök til að lýsa þeirri réttindavernd sem þar er veitt.¹⁹ Hugtökin „ómannúðleg eða vanvirðandi“ meðferð eða refsing eru þannig því marki brennd að erfitt verður að skapa með túlkun eina almenna og hlutlæga lýsingu á inntaki þeirra. Þau gera ráð fyrir því að metið verði í hverju tilviki á grundvelli heildstæðrar athugunar á aðstæðum og atvikum hvort meðferð eða refsing, sem einstaklingur hefur þurft að þola, verði talin „ómannúðleg“ eða „vanvirðandi“.

Erfitt er að setja skýr mörk á milli þess sem telst „ómannúðleg“ meðferð eða refsing eða „vanvirðandi“. Í athugasemdum greinargerðar við frumvarp það er varð að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 segir meðal annars svo um orðalagið „vanvirðandi meðferð“:

[Helst] má 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. Í því sambandi má t.d. nefna persónulegar þvinganir sem frelsissviptum manni er gert að sæta, svo sem skyldu til að ganga í ákveðnum klæðnaði, t.d. fangabúningi, að hann sé krúnurakaður gegn vilja sínum eða að honum sé nauðugum stillt upp til sýnis fyrir aðra. Rétt-

¹⁷ Alþt. 1994–1995, A-deild, bls. 2093.

¹⁸ Sjá UA 7. júlí 2000 í máli nr. 2426/1998 (læknishjónusta við fanga í einangrun), sbr. einnig UA 21. nóvember 2001 í máli nr. 2805/1999 (frumkvæðisathugun um réttarstöðu fanga).

¹⁹ Sjá hér til hliðsjónar Peer Lorenzen o.fl.: *Den Europæiske Menneskeretskonvention*. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2. útg., Kaupmannahöfn (2003), bls. 104, þar sem byggt er á slíku sjónarmiði við túlkun 3. gr. MSE.

ur manns til þess að þurfa ekki að þola vanvirðandi meðferð getur að vissu leyti skarast við rétt hans til friðhelgi einkalífs, en ekki er ástæða til að skilgreina hér nánar hvar mörkin þar á milli liggja nákvæmlega.²⁰ (skáletur höf.)

Fyrsta setningin í framangreindum athugasemdum gæti gefið tilefni til að ætla að meðferð t.d. frelsissvipts manns gæti ekki verið vanvirðandi í merkingu 1. mgr. 68. gr. stjkskr. nema sannaður væri sérgreindur ásetningur (l. dolus specialis) til þess að láta viðkomandi þola slíka meðferð.²¹ 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“ (skáletur höf.). Dómaframingvæmd MDE um 3. gr. MSE er skýr um það að ekki sé nauðsynlegt að sanna að markmið eða tilgangur viðkomandi athafna (eða athafnaleysis) hafi verið sá að láta mann þola meðferð sem sé ómannúðleg eða vanvirðandi, sjá grundvallardóm MDE 18. janúar 1978, Írland gegn Englandi, og nýlegri dóma MDE 6. febrúar 2001, Bensaid gegn Englandi, og MDE 19. apríl 2001, Peers gegn Grikklandi.²² Það sem ræður úrslitum er samkvæmt þessu ekki huglæg afstaða gerandans heldur áhrif meðferðarinnar á þolandann, sbr. MDE í Peers og MDE 10. júlí 2001, Price gegn Englandi. Fræðimenn hafa byggt á því að við mat á því hvort meðferð eða refsing telst ómannúðleg eða vanvirðandi í merkingu 3. gr. MSE verði að

²⁰ Alþt. 1994–1995, A-deild, bls. 2094.

²¹ Hugtakið sérgreindur ásetningur (l. dolus specialis) ber ekki að skilja sem eitt af stigum hinnar almennu tegundar ásetnings (l. dolus generalis), þ.e. beinan ásetning, líkindaásetning eða dolus eventualis. Ásetningur er sérgreindur þegar hann er samtvinnuður tiltekinni hvöt, s.s. manndráp framið í því skyni að veikja eða skaða stjórnskipun eða stjórn-málalegar, efnahagslegar eða þjóðfélagslegar undirstöður ríkis eða alþjóðastofnunar, sbr. ákvæði 1. tölul. 100. gr. a almennra hegningarlaga nr. 19/1940, sbr. 2. gr. laga nr. 99/2002 (hryðjuverk), eða, eins og hér er ræðir, að tiltekinn verknaður sé framinn í því skyni að niðurlægja eða auðmýkja mann. Hugtakið sérgreindur ásetningur hefur almennt ekki verið notað í norrænum saknæmisfræðum til þessa enda jafnan gerður skýr greinarmunur á inntaki ásetnings og hvötum, sjá hér nánar almenna umfjöllun um ásetning og hvatir hjá Jónatan Þórmundssyni: *Afbrot og refsiaþbyrgð II*. Háskólaútgáfan, Reykjavík (2002), þriðji og fjórði þáttur.

²² Sjá hér nánar Peer Lorenzen o.fl.: sama rit, bls. 107 og áfr. Í MDE 6. febrúar 2001, Peers gegn Grikklandi, sagði m.a. svo í 74. mgr. dómsins: „[i]n light of the foregoing, the Court considers that in the present case there is no evidence that there was a positive intention of humiliating or debasing the applicant. However, the Court notes that, although, the question whether the purpose of the treatment was to humiliate or debase the victim is a factor to be taken into account, the absence of any such purpose cannot conclusively rule out a finding of violation of Article 3 [...]“.

miða við *hlutlægan mælikvarða* þar sem sjálft inntak og lýsing þeirra at-
hafna, sem um ræðir, ráða úrslitum.²³

Samkvæmt þessu mætti halda því fram að gerðar séu sönnunarkröfur um
huglæga afstöðu geranda í lögskýringargögnum að baki 68. gr. stjkskr. sem ekki
hafa verið gerðar á vettvangi MSE. Ef þessi skilningur yrði lagður til grund-
vallar er ljóst að réttindavernd 1. mgr. 68. gr. stjkskr. væri að jafnaði minni en
leiðir af 3. gr. MSE. Af síðari hluta þeirrar setningar úr lögskýringargögnum að
baki 1. mgr. 68. gr. stjkskr., sem að framan er skáletruð, verður hins vegar ráð-
ið að nægilegt sé að athöfn verði „almennt“ talin „auðmýkjandi“ til þess að
hún falli undir gildissvið ákvæðisins. Þá verður 1. mgr. 68. gr. stjkskr. ekki
skýrð þröngt eins og rakið er hér í upphafi. Í ljósi þessa, orðalags 1. mgr. 68.
gr. stjkskr. og dómaframkvæmdar MDE um skýringu á 3. gr. MSE, sem eins og
fyrr greinir hefur hér *nokkra réttarlega þýðingu*, verður að ganga út frá því að
stjórnarskrárákvæðið geri ekki þá kröfu að sannaður sé í hverju tilviki ásetn-
ingur til að láta einstakling þola ómannúðlega eða vanvirðandi meðferð. Nægj-
anlegt sé að viðkomandi athöfn verði á grundvelli *hlutlægs mælikvarða* talin
ómannúðleg eða vanvirðandi eins og atvikum er háttað.²⁴

3.2 Lágmarkskrafa um alvarleika og sönnunarkröfur

Almennt hefur verið lagt til grundvallar að þær athafnir sem falla undir 3. gr.
MSE verði að uppfylla vissa *lágmarkskröfu um alvarleika*, sbr. áðurnefndan
dóm MDE í máli Írlands gegn Englandi frá 1978 þar sem fjallað var um að-
ferðir lögreglu gagnvart grunuðum hryðjuverkamönnum IRA:

As was emphasised by the Commission, ill-treatment must attain a minimum
level of severity if it is to fall within the scope of Article 3 (art. 3). The assess-
ment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the
circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical
or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the vict-
im, etc.²⁵

²³ Sjá Peer Lorenzen o.fl.: sama rit, bls. 108.

²⁴ Almenn hlýtur það þó að hafa veruleg áhrif við heildarmat á því hvort athöfn (eða at-
hafnaleysi) telst falla innan gildissviðs 1. mgr. 68. gr. stjkskr. ef sannað þykir að hún hafi
verið framkvæmd með það að markmiði að láta einstakling þola þá meðferð eða refsingu
sem lýst er í ákvæðinu, sjá hér til hliðsjónar Peer Lorenzen o.fl.: sama rit, bls. 107.

²⁵ MDE 18. janúar 1978, Írland gegn Englandi, 162. mgr. Almenna umfjöllun um þetta at-
riði er m.a. að finna í P. van Dijk & G.J.H. van Hoof: „Theory and Practice of the Europe-
an Convention on Human Rights.“ *Kluwer Law International*, 3. útg., Hague (1998), bls.
311–315.

Eins og kemur fram í tilvitnuðum dómsforsendum hefur af hálfu MDE verið
lagt til grundvallar, sjá einnig MDE 16. desember 1999, V gegn Englandi, að
við mat á því hvort viðkomandi athafnir uppfylli lágmarkskröfuna um alvar-
leika sé litið til *allra atvika og aðstæðna málsins í heild*, s.s. lengdar með-
ferðar, áhrifa þeirra á líkamlegt og andlegt ástand þolandans, og einnig í
sumum tilvikum til kynferðis hans, aldurs og heilsufars.

MDE hefur að jafnaði gert þá kröfu um sönnun atvika sem uppfylla fram-
angreinda lágmarkskröfu að það sé hafið yfir skynsamlegan vafa (e. beyond
reasonable doubt) að þau hafi átt sér stað.²⁶ Almenn ber sá, sem heldur því
fram að 3. gr. MSE hafi verið brotin, sönnunarbyrðina fyrir þeirri staðhæf-
ingu. Frá þessari meginreglu hafa þó verið viðurkenndar mikilvægar undan-
tekningar, t.d. að því er varðar aðstæður frelsissviptra manna í umsjá ríkis-
ins.²⁷ Þar hefur MDE á stundum talið rétt að snúa sönnunarbyrðinni við eins
og nánar verður rakið í kafla 5.3.

3.3 Innbyrðis samspil hugtakanna og sjálfstætt inntak þeirra

Efni hugtakanna „inhuman“ og „degrading“ í 3. gr. MSE hefur verið skýrt af
MDE og fræðimönnum að nokkru leyti með hliðsjón af hugtakinu „torture“
(pyndingar) sem kemur fram í upphafi ákvæðisins, eins og í 1. mgr. 68. gr.
stjkskr. Pyndingar hafa almennt verið skýrðar sem „deliberate inhuman treat-
ment causing very serious and cruel suffering“.²⁸ Í áðurnefndum dómi MDE

²⁶ MDE 18. janúar 1978, Írland gegn Englandi, 161.–162. mgr. Sjá einnig dóma MDE 30.
janúar 2001, Dulaş gegn Tyrklandi, 53. mgr., og MDE 27. febrúar 2001, Çiçek gegn Tyrk-
landi, 154. mgr.

²⁷ Peer Lorenzen o.fl.: sama rit, bls. 113.

²⁸ Sjá hér MDE 18. janúar 1978, Írland gegn Englandi, 167. mgr., MDE 28. júlí 1999,
Selmouni gegn Frakklandi, 96. mgr., og MDE 28. mars 2000, Mahmut Kaya gegn Tyrk-
landi, 117. mgr. Sjá einnig Peer Lorenzen o.fl.: *Den Europæiske Menneskeretskonvention*.
Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. útg., Kaupmannahöfn (2003), bls. 110. Það athug-
ast að í 1. mgr. 1. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna gegn pyndingum og annarri grimmi-
legri, ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu frá 1984, sbr. augl. nr. 19/1996, er
að finna almenna skilgreiningu á hugtakinu pyndingar (e. torture) sem er svohljóðandi
samkvæmt enska frumtextanum: „For the purposes of this Convention, torture means any
act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted
on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a
confession, punishing him for an act he or a third person committed, or intimidating or
coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when
such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acqui-
escence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not inclu-
de pain or suffering arising from, inherent or in incidental to lawful sanctions.“

í máli Írlands gegn Englandi var *inhuman og degrading treatment* lýst með eftirfarandi hætti við mat á því hvort fimm tiltekna aðferðir („five techniques“)²⁹ sem lögreglan hafði beitt gegn grunuðum hryðjuverkamönnum féllu undir gildissvið 3. gr. MSE:

The five techniques were applied in combination, with premeditation and for hours at a stretch; they caused, if not actual bodily injury, at least intense physical and mental suffering to the persons subjected thereto and also led to acute psychiatric disturbances during interrogation. They accordingly fell into the category of inhuman treatment within the meaning of Article 3 (art. 3). The techniques were also degrading since they were such as to arouse in their victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them and possibly breaking their physical or moral resistance.³⁰

MDE leggur hér til grundvallar að þótt umræddar aðferðir hafi ekki valdið eiginlegu líkamstjóni þá hafi þær leitt til mikilla líkamlegra og andlegra þjáninga („intense physical and mental suffering“) auk þess að valda geðtruflunum („psychiatric disturbances“) við yfirheyrslur. Í ljósi þessa hafi aðferðirnar falið í sér *ómannúðlega meðferð* í merkingu 3. gr. MSE. Því er bætt við að aðferðirnar hafi einnig verið *vanvirðandi* þar sem þær hafi verið til þess fallnar að valda ótta hjá fórnarlömbunum, angist og vanmáttarkennd („fear, anguish and inferiority“) sem leitt gat til niðurlægingar þeirra og auðmýkingar („capable of humiliating and debasing them“) og jafnvel til niðurbrots á líkamlegri eða andlegri mótstöðu fórnarlambins („physical or moral resistance“). Athyglisvert er að MDE dregur ályktanir sínar um ómannúðlegt og vanvirðandi eðli þeirra aðferða ríkisins sem um var að ræða í þessu máli af almennri lýsingu á þeim í gögnum málsins. Dómurinn virðist ekki gera þá kröfu að sannað sé að aðferðirnar hafi *í raun* haft þessi áhrif á hina grunuðu hryðjuverkamenn. Nægilegt sé að hægt verði að draga þá almennu ályktun af lýsingu á sönnuðum athöfnum að þær séu til þess fallnar að valda þeirri

²⁹ Aðferðirnar fimm voru: (1) að láta menn standa gleiða við vegg tímum saman; (2) að setja svarta eða dökkbláa tösku yfir höfuð hins grunaða og láta hana vera þar öllum stundum nema við yfirheyrslur; (3) að vista menn í herbergi þar sem var stanslaus suðkenndur hávaði; (4) að koma í veg fyrir svefn manna; (5) að takmarka fæðu og drykkjarföng manna. Sjá hér nánari lýsingu á aðferðunum fimm í D.J. Harris, M. O'Boyle & C. Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*. Butterworths, London (1995), bls. 65–66.

³⁰ MDE 18. janúar 1978, Írland gegn Englandi, 167. mgr. Sjá hér einnig MDE 26. október 2000, Kudla gegn Póllandi, 92. mgr. og MDE 16. desember 1997, Raninen gegn Finnlandi, 55. mgr.

þjáningu og þeim tilfinningum sem lýst er í ofangreindri tilvitnun úr dómum. Það er því t.d. ekki nauðsynlegt að sýna fram á að viðkomandi fórnarlamb hafi *sjálft* talið þær athafnir eða aðgerðir sem um er að ræða sársaukafullar, niðurlægjandi eða auðmýkjandi.³¹

Á milli þeirra athafna sem flokkast sem pyndingar í merkingu 3. gr. MSE annars vegar og ómannúðlegar hins vegar er aðeins stigsmunur. Allar athafnir sem teljast pyndingar eru í eðli sínu einnig ómannúðlegar en ekki endilega öfugt. Hins vegar virðist gengið út frá því í dómum MDE að „ómannúðleg“ meðferð eða refsing feli að jafnaði í sér einhvers konar líkamstjón eða tjón á andlegu heilbrigði eða verulegan líkamlegan eða andlegan sársauka, sem þó nær ekki því stigi að teljast falla undir hugtakið pyndingar, sbr. ofangreindan dóm MDE í máli Írlands gegn Englandi.³² Á hinn bóginn er ljóst að þótt meðferð eða refsing verði ekki talin valda varanlegu líkams- eða heilsutjóni eða verulegum sársauka útilokar það ekki að meðferðin (eða refsingin) teljist „vanvirðandi“, sjá t.d. MDE 25. apríl 1978, Tyrer gegn Englandi, þar sem 15 ára drengur var sleginn þrisvar á afturendann með priki fyrir að hafa veitt öðrum nemanda í skóla líkamsáverka.³³ MDE byggði niðurstöðu sína á mati á atvikum öllum, m.a. eðli refsingarinnar, hvernig hún var framkvæmd og við hvaða aðstæður. Taldi MDE að sú niðurlæging fyrir drenginn sem refsingin hefði haft í för með sér hefði náð því stigi að falla innan kjarna hugtaksins „vanvirðandi refsing“ í merkingu 3. gr. MSE („[...] the element of humiliation attained the level inherent in the notion of „degrading punishment“).³⁴

³¹ Sjá P. van Dijk & G.J.H. van Hoof: sama rit, bls. 313.

³² Í MDE 18. janúar 1978, Írland gegn Englandi, sagði m.a. svo í 167. mgr.: „[...] it was the intention that the Convention, with its distinction between „torture“ and „inhuman or degrading treatment“, should by the first of these terms attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering“. Sjá Peer Lorenzen o.fl.: sama rit, bls. 111.

³³ Jónatan Þórmundsson telur að ætla megi að „flest afbrigði líkamsrefsinga“ geti fallið undir 3. gr. MSE og 7. gr. Alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi, sjá hér rit Jónatans: *Viðurlög við afbrotum*. Bókautgáfa Orators, Reykjavík (1992), bls. 66.

³⁴ Ekki er rétt að draga þá ályktun af framangreindu að hugtökin þrjú í 3. gr. MSE séu að öllu leyti sjálfstæð hvert um sig og taki til athafna sem beri að telja misalvarlegar. Líta ber á hugtökin sem sameiginlega afmörkun á athöfnum sem eru fortakslaus bannaðar enda þótt pyndingar verði að jafnaði taldar alvarlegastar í eðli sínu, sjá hér Peer Lorenzen o.fl.: sama rit, bls. 112–113. Rétt er að taka fram að MDE hefur lagt á það áherslu að tálkun 3. gr. MSE sé ávallt í framþróun, sbr. MDE 28. júlí 1999, *Selmouni gegn Frakklandi*, 101. mgr.: „[...] the Court considers that certain acts which were classified in the past as

Túlkun MDE á inntaki hugtaksins *degrading* í 3. gr. MSE er þýðingarmikil við nánari afmörkun á hugtakinu *vanvirðandi* í 1. mgr. 68. gr. stjkskr. Það er ljóst af samspili og aðgreiningu þess frá hugtakinu *ómannúðleg* meðferð að ekki er gerð krafa um að eiginlegur sársauki eða líkamleg þjáning leiði af meðferð til að hún teljist *vanvirðandi*. Þetta skiptir verulegu máli við túlkun 1. mgr. 68. gr. stjkskr. þar sem almennt má ætla að það reyni í meiri mæli á það hvort tiltekna athafnir eða ákvarðanir af hálfu íslenska ríkisins teljist falla undir hugtakið *vanvirðandi* meðferð eða refsing fremur en að beinlínis sé á því byggt að maður hafi verið látinn sæta ómannúðlegri meðferð eða refsingu í ljósi þeirrar kröfu um beina líkamlega valdbeitingu og þjáningu sem það hugtak felur í sér. Nægilegt er að þeim athöfnum og aðgerðum, sem um er að ræða, sé svo háttað á grundvelli hlutlægs mælikvarða að þær séu til þess fallnar að niðurlægja viðkomandi fórnarlamb. Rétt er að leggja á það áherslu að túlkun hugtaksins kann eðli máls samkvæmt að vera mismunandi eftir því hvort um *meðferð* er að ræða eða *refsingu*.

3.4 Almennar ályktanir um skýringu 1. mgr. 68. gr. stjkskr.

Áður er rakið að við skýringu 1. mgr. 68. gr. stjkskr. ber að horfa til þess að sú réttindavernd sem ákvæðið veitir liggur nærri *kjarna* þeirrar mannréttindaverndar sem stjórnarskráin mælir fyrir um. Leiðir þetta m.a. af lögskýringargögnum að baki ákvæðinu þar sem fram kemur að fyrirmæli ákvæðisins hafi áður verið talin *ein mikilvægasta óskráða grundvallarreglan*.³⁵ Verður af þessu dregin sú ályktun að við skýringu 1. mgr. 68. gr. stjkskr., og þá með hliðsjón af 3. gr. MSE, verði að ganga út frá því að kjarni réttindaverndar stjórnarskrárákvæðisins felist í því að á ríkinu hvíli skylda til að koma fram við hvern einstakling af virðingu fyrir sjálfstæði hans, líkama og persónu bæði sem þátttakanda í samfélaginu og í samskiptum hans við handhafa ríkisvalds.

Ekki getur sérhver íhlutun ríkisins (eða athafnaleysi) í málefni borgaranna valdið vandkvæðum á grundvelli 1. mgr. 68. gr. stjkskr. Með hliðsjón af orðalagi ákvæðisins verður að leggja til grundvallar að þar sé gerð krafa um ákveðinn alvarleika þeirra athafna eða ráðstafana sem um er að ræða. Lítils-

„inhuman and degrading treatment“ as opposed to „torture“ could be classified differently in the future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies.“

³⁵ *Alþt.* 1994–1995, A-deild, bls: 2093.

háttar móðgun eða óvirðing einstakra starfsmanna hins opinbera í garð manns (eða eftir atvikum af hálfu annarra einstaklinga) getur ekki fallið innan marka 1. mgr. 68. gr. stjkskr. Það er ekki fyrr en umræddar athafnir eru á grundvelli heildstæðs mats á atvikum og eftir hlutlægum mælikvarða farnar að valda tilteknum manni tjóni á líkama eða sál eða verulegri hættu á slíku tjóni (ómannúðleg meðferð eða refsing), eða eru til þess fallnar að niðurlægja hann eða setja hann í þá aðstöðu að hann óttist um líf sitt eða líkamlegt eða andlegt heilbrigði (vanvirðandi meðferð eða refsing), að réttindavernd 1. mgr. 68. gr. stjkskr. kann að verða virk.

4. Gerir 1. mgr. 68. gr. stjkskr. kröfur til ríkisins um tiltekna málsmeðferð?

Fyrirmæli 1. mgr. 68. gr. stjkskr. lúta einkum að skyldu ríkisins sem afmörkuð er neikvætt, þ.e. að gera ekki þegnum sínum að þola meðferð af hendi ríkisins sem fellur undir ákvæðið. Af orðalagi ákvæðisins um að maður þurfi ekki að þola tiltekna tegund „meðferðar“ og af lögskýringargögnum verður ráðið að á ríkinu kunni þó einnig að hvíla vissar jákvæðar skyldur til athafna. Á það ekki einungis við gagnvart þeim einstaklingum sem það hefur í umsjá sinni heldur hugsanlega einnig gagnvart öðrum sem eiga í samskiptum við einkaaðila.³⁶

³⁶ Af athugasemdum greinargerðar með frumvarpi því er varð að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 verður ráðið að 1. mgr. 68. gr. stjkskr. kann einnig að leggja jákvæðar skyldur á ríkið til að koma eftir mátti í veg fyrir að einstaklingur sæti meðferð sem telst ómannúðleg eða vanvirðandi hjá öðrum einstaklingi. Þannig segir í *Alþt.* 1994–1995, A-deild, bls. 2093 að ekki sé einhlítt að ákvæðið eigi aðeins við þegar um frelsisviptingu er að ræða. Þá segir að „[...] ómannúðleg og vanvirðandi meðferð [geti] birst á margvíslegum öðrum sviðum sem ógerlegt [sé] að telja með tæmandi hætti. [Megi] í því sambandi sérstaklega nefna aðstæður þar sem einstaklingur er háður boðvaldi annarra eða settur undir yfirburðastöðu annars einstaklings. Sem dæmi [megi] nefna meðferð barns í skóla eða á öðrum stofnunum þar sem annast er um börn, en ákvæðið [geti] jafnvel skfrskotað til meðferðar foreldra á börnum“. Þessi sjónarmið eru í samræmi við túlkun MDE á 3. gr. MSE sem talin hefur verið leggja jákvæðar skyldur á aðildarríkin til að leitast við að koma í veg fyrir athafnir í samskiptum einstaklinga sín á milli sem falla undir efnissvið ákvæðisins, einkum með því að mæla fyrir um að slík háttsemi teljist refsiverð að landslögum, sjá hér t.d. *MDE* 26. nóvember 2002, *E. o.fl. gegn Englandi*, og *MDE* 10. maí 2001, *Z. o.fl. gegn Englandi*. Sjá hér enn fremur Björgu Thorarensen: „Einkaréttaráhrif Mannréttindasáttmála Evrópu og skyldur ríkja til athafna samkvæmt sáttmálanum.“ *Afmælissrit, Gaukur Jörundsson sextugur* 24. september 1994. Bókaútgáfa Orators (1994), bls.

Skýra verður 1. mgr. 68. gr. stjkskr. á þá leið, með hliðsjón af túlkun MDE á 3. gr. MSE, að stjórnarskrárákvæðið geri undir vissum kringumstæðum tilteknar formkröfur til stjórnvalda, t.d. um rannsókn og undirbúning máls, þannig að sýnt þyki að gerðar hafi verið viðhlítandi ráðstafanir til að koma í veg fyrir athafnir eða aðgerðir sem falla undir ákvæðið.³⁷

Í UA 21. nóvember 2001 í máli nr. 2805/1999 (*frumkvæðisathugun um réttarstöðu fanga*),³⁸ sem síðar verður nánar rakið, vísaði umboðsmaður Alþingis til MDE 26. október 2000, *Kudla gegn Póllandi*, MDE 19. apríl 2001, *Peers gegn Grikklandi*, og MDE 25. júlí 2001, *Valasinas gegn Lítáen*, til stuðnings þeirri niðurstöðu að „með því að fanga [væri] ekki tryggð nauðsynleg lækniþjónusta við vistun hans í fangelsi, og þá einkum þegar honum væri gert að sæta einangrun, [ættu] stjórnvöld á hættu að meðferð slíks máls [yrði] talin brjóta í bága við 3. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. 1. gr. laga nr. 62/1994“. Umboðsmaður lagði á það áherslu að samkvæmt þessu yrði að gera þá kröfu að fangelsisyrðöld leituðu álits lækni um líkamlegt og andlegt ástand fanga áður en honum væri gert að sæta einangrun á grundvelli 30. eða 31. gr. laga nr. 48/1988, um fangelsi og fangavist.³⁹

Í samræmi við ofangreind sjónarmið verður einnig að gera þá kröfu til stjórnvalda að berist þeim trúverðug ábending eða kæra um athafnir eða aðgerðir af þeim toga sem 1. mgr. 68. gr. stjkskr. lýsir beri þeim að jafnaði að láta fara fram fullnægjandi rannsókn á fyrirbyggjandi atvikum, sbr. til hliðsjónar MDE 11. apríl 2000, *Veznedaroglu gegn Tyrklandi*,⁴⁰ og MDE 6. apríl 2000, *Labita gegn Ítalíu*.⁴¹

106–107 og 114, þar sem fjallað er um MDE 29. október 1992, *Y gegn Englandi*, og MDE 25. mars 1993, *Costello-Roberts gegn Englandi*, en málin vörðuð líkamlegar refsingar í breskum einkaskólum. Í síðara málinu komst meirihluti MDE að þeirri niðurstöðu að breska ríkinu bæri skylda til að tryggja að allir nemendur, þar með taldir nemendur í einkaskólum, þyrftu ekki að þola meðferð sem bönnuð væri samkvæmt 3. gr. MSE, sjá hér nánar bls. 106–107 í ofangreindri ritgerð.

³⁷ Sjá Peer Lorenzen o.fl.: *Den Europæiske Menneskeretskonvention*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. útg., Kaupmannahöfn (2003), bls. 114–115.

³⁸ Álitid er birt í heild sinni í skýrslu umboðsmanns til Alþingis (SUA) fyrir árið 2001, bls. 46–102.

³⁹ Umboðsmaður lagði þó á það áherslu að nauðsyn þessarar málsmeðferðar ætti hins vegar ekki að girða fyrir að gerðar væru nauðsynlegar ráðstafanir til að aðgreina fanga í skammán tíma ef brýn þörf væri á slíku vegna ástands í fangelsinu enda væri kostur á öðrum úrræðum en einangrun í framangreindum skilningi, sjá SUA 2001, bls. 74.

⁴⁰ Í MDE 11. apríl 2000, *Veznedaroglu gegn Tyrklandi*, hélt kona því fram að hún hefði verið látin sæta ofbeldi þegar hún var vistuð hjá lögreglu og lagði fram kæru þess efnis hjá

5. Fullnusta refsíðoma og vistun gæsluvarðhaldsfanga

5.1 Inngangur

Þegar litið er til lögskýringargagna virðist sem orðalag 1. mgr. 68. gr. stjkskr. um bann við ómannúðlegri eða vanvirðandi „meðferð“ vísi einkum til aðstæðna þar sem maður hefur verið sviptur frelsi af hálfu ríkisins. Hugtakið beinist því einkum að athöfnum eða ráðstöfunum sem framkvæmdar eru sem liður í meðferð opinbers valds. Réttarvernd 1. mgr. 68. gr. stjkskr. tekur einkum til handtekinna manna og gæsluvarðhaldsfanga, manna sem afplána fangelsisdóma,⁴² manna sem hafa verið sviptir frelsi vegna andlegrar vanheilsu og er haldið nauðugum á sjúkrahúsi svo og ósakhæfra ungmenna sem haldið er á unglingaheimili.⁴³ Samkvæmt þessu og að virtri skýringu MDE á 3. gr. MSE, sem nánar verður rakin hér síðar, virðist mega leggja til grundvallar að samskipti fangelsisyrðvalda við afplánunarfanga og gæsluvarðhaldsfanga, en þeir eru nú almennt vistaðir í ríkisfangelsinu á Litla-Hrauni, verði að jafnaði metin á grundvelli 1. mgr. 68. gr. stjkskr.

5.2 Einangrunarvistun gæsluvarðhaldsfanga

MDE hefur lagt til grundvallar að 3. gr. MSE verði ekki skýrð á þá leið að hún banni beitingu einangrunarvistunar enda þótt langvarandi einangrun verði almennt talin óheppileg (e. undesirable), einkum þegar um gæsluvarðhaldsfanga er að ræða, sbr. MDE 9. desember 1999, *Erdem gegn Pýskalandi*.⁴⁴ Í sama máli tók MDE fram að aðstæður og atvik að baki einangrunarvistun yrðu metin á grundvelli 3. gr. MSE með eftirfarandi hætti:

[In each case] regard must be had to the surrounding circumstances, including the particular conditions, the stringency of the measure, its duration, the objective pursued and its effect on the person concerned.

yfirvöldum. Um þetta sagði MDE, sjá 32. mgr.: „The inertia displayed by the authorities in response to her allegations was inconsistent with the procedural obligation which devolves on them under Article 3 of the Convention.“

⁴¹ Það athugast að MDE hefur á stundum lagt til grundvallar að ákvæði 13. gr. MSE verði fremur beitt um þau tilvik þar sem því er haldið fram að fullnægjandi málsmeðferð og rannsókn hafi ekki farið fram um atvik sem kunna að falla undir 3. gr. MSE, sjá Peer Lorenzen o.fl.: sama rit, bls. 114–115.

⁴² Vakin skal athygli á því að í MDE 2. mars 1987, *Weeks gegn Englandi*, tók MDE fram að ævilangt fangelsi, sjá hér á landi 86., 87., 98., 100., 193., 211. og 2. mgr. 226. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, bryti eitt og sér ekki gegn 3. gr. MSE.

⁴³ *Alpt.* 1994–1995, A-deild, bls. 2093.

⁴⁴ *Admissibility decision* (ákvörðun um hvort málið sé tækt til efnismeðferðar).

Í samræmi við 3. mgr. 67. gr. stjkskr. og ákvæði XIII. kafla laga nr. 19/1991, um meðferð opinberra mála, verður engum manni gert að sæta gæsluvarðhaldi nema samkvæmt úrskurði dómara. Í 108. gr. laga nr. 19/1991 og reglugerð nr. 179/1992, um gæsluvarðhaldsvist, er að finna almennar reglur um fyrirkomulag gæsluvarðhalds.⁴⁵ Með 4. mgr. sömu greinar er gæsluvarðhaldsfanga veitt heimild til að bera „atriði sem varða gæsluvarðhaldsvist undir dómara“, sbr. 75. gr. laga nr. 19/1991, sbr. t.d. *Hrd. 28. ágúst 2002 í máli nr. 398/2002 (fjölmiðlabann)*, *Hrd. 15. mars 2002 í máli nr. 123/2002 (heimsóknar- og fjölmiðlabann)*, *Hrd. 4. október 2001 í máli nr. 371/2001 (breytingar á fyrirkomulagi)* og *Hrd. 3. júlí 2001 í máli nr. 246/2001 (útteg-un fæðis)*.

Samkvæmt b-lið 1. mgr. 108. gr. sömu laga skulu „gæslufangar [...] því aðeins látnir vera í einrúmi að rannsóknarnauðsynjar krefji, en þó skulu þeir ekki gegn vilja sínum hafðir með öðrum föngum“. Í 4. gr. reglugerðar nr. 179/1992 er mælt fyrir um að þegar gæsluvarðhaldsfangi kemur í gæsluvarðhald skuli afhenda starfsmanni fangelsis staðfest endurrit af gæsluvarðhaldsúrskurði eða yfirlýsingu dómara um úrskurðinn. Jafnframt skuli afhenda honum *vistunarseðil*, „sem sá sem rannsókn stýrir gefur út, þar sem fram kemur nafn, kennitala og heimilisfang fanga, hvar og hvenær úrskurður var kveðinn upp og tímalengd hans, hver stýrir rannsókn og hver sé verjandi fanga og símanúmer verjandans. *Á vistunarseðli skal ennfremur tilgreina fyrirkomulag gæsluvarðhalds*“ (skáletur höf.).

Um fyrirkomulag gæsluvarðhalds er nánar fjallað í III. kafla reglugerðar nr. 179/1992. Þar er áréttað í 1. mgr. 16. gr. að sá sem rannsókn stýrir ákveði hvort gæsluvarðhaldsfangi skuli hafður í einangrun vegna rannsóknarnauðsynjar. Samkvæmt 2. mgr. 21. gr. sömu reglugerðar lýkur einangrun gæsluvarðhaldsfanga samkvæmt ákvörðun þess sem rannsókn stýrir „þegar hann ákveður það eða þegar dómstóll fellir slíka ákvörðun úr gildi“. Einangrun er skilgreind með svohljóðandi hætti í 2. mgr. 15. gr. reglugerðarinnar:

Þegar gæsluvarðhaldsfangi er í einangrun er átt við að hann sé útilokaður frá félagsskap við aðra fanga. Það hefur ekki sjálfkrafa í för með sér aðrar takmarkanir á réttindum hans. Í reglugerð þessari þýðir einangrun það þegar í lögum er talað um einangrun, einangrun frá öðrum föngum eða vistun í einrúmi.

⁴⁵ Reglugerðin er sett með stöð í 3. mgr. 108. gr. laga nr. 19/1991, um meðferð opinberra mála.

Samkvæmt c- til e-lið 1. mgr. 108. gr. laga nr. 19/1991 er það meginregla að gæsluvarðhaldsfangi eigi rétt á heimsóknnum, að senda og taka við bréfum og öðrum skjölum og að lesa dagblöð og bækur, svo og að fylgjast með útvarpi. Þeim, sem rannsókn stýrir, er þó heimilt að takmarka þessi réttindi. Er það oft og tíðum gert í framkvæmd samfara því að maður er settur í einangrun af hálfu rannsóknara á grundvelli rannsóknarhagsmuna.

Ekki er ástæða til að ætla að löggjöf og framkvæmd gæsluvarðhalds hér á landi sé almennt í andstöðu við 3. gr. MSE. Þó eru nokkur atriði sem vert er að skoða nánar, ekki síst í ljósi framangreindrar afstöðu höfundar um að ekki sé útilokað að 1. mgr. 68. gr. stjkskr. verði skýrð með nokkuð rýmri hætti heldur en MDE hefur skýrt 3. gr. MSE.

Framkvæmdin hér á landi á grundvelli ofangreindra fyrirmæla laga nr. 19/1991 og reglugerðar nr. 179/1992 hefur verið sú að sé maður úrskurðaður í gæsluvarðhald á grundvelli a-liðar 1. mgr. 103. gr. laga nr. 19/1991 („að ætla megi að sakborningur muni torvelda rannsókn málsins“) þá er hann að jafnaði vistaður í einangrunarklefa á Litla-Hrauni. Ákvörðun um slíka einangrunarvistun er, eins og fyrr greinir, tekin af þeim sem stýrir rannsókn en gæsluvarðhaldsfangi getur borið hana undir dómstóla, sbr. 4. mgr. 108. gr. og 75. gr. laga nr. 19/1991, sbr. t.d. *Hrd. 1995:1908 (fallist á einangrun)*, *Hrd. 1997:3739 (einangrun aflétt)* og *Hrd. 1999:2957 (fallist á einangrun)*.⁴⁶

Samkvæmt 1. mgr. 76. gr. reglugerðar nr. 179/1992 á gæsluvarðhaldsfangi rétt á útivist í a.m.k. eina klukkustund á degi hverjum nema sérstakar aðstæður hamli. Það sama gildir þótt hann sé í einangrun. Gæsluvarðhalds-

⁴⁶ Í *Hrd. 1997:3239 (einangrun aflétt)* krafðist gæsluvarðhaldsfanginn Ó þess að „algerri einangrun“ lyki og að um gæslu hans giltu almenn skilyrði a- til f-liðar 1. mgr. 108. gr. laga nr. 19/1991. Héraðsdómur úrskurðaði að fyrirkomulagið skyldi standa óbreytt að öðru leyti en því að fallist var á að fjölmiðlabanni yrði aflétt. Hæstiréttur sagði m.a. svo um kröfur Ó: „Samkvæmt gögnum málsins er rannsókn þess lokið, og hefur það verið sent ríkissaksóknara til ákvörðunar um saksókn. Hafa varnaraðili og annar sakborningur í málinu gefið skýrslu um atvik málsins fyrir dómi. Að þessu gættu hefur sóknaraðili ekki fært fram viðhlitandi rök fyrir því, að varnaraðila verði áfram gert að sæta þeim takmörkunum á gæsluvarðhaldsvist, sem gilt hafa til þessa, enda er unnt að haga vistinni þannig, að samgangur verði ekki á milli varnaraðila og þess, sem einnig er borinn sökum í málinu. Verða þessar takmarkanir því felldar niður.“ Í *Hrd. 1999:2957 (fallist á einangrun)* staðfesti Hæstiréttur úrskurð héraðsdóms um að X skyldi sæta einangrun í gæsluvarðhaldi. Í dómi Hæstaréttar segir svo: „Með vísan til b-liðar 1. mgr. 108. gr. laga nr. 19/1991 verður á það fallist, að rannsóknarnauðsyn réttlæti, að svo stöddu, að varnaraðili sæti einangrun í gæsluvarðhaldi.“ Í málinu lá fyrir að X var í sambandi við aðila erlendis sem ekki höfðu verið yfirheyrðir vegna málsins.

fangar sem vistaðir eru í einangrunarklefum fangelsisins á Litla-Hrauni á grundvelli rannsóknarhagsmuna fá þannig að hreyfa sig úti við í lokuðu rými í a.m.k. klukkutíma á sólarhring. Þó virðist sem föngum sé á stundum leyft að vera lengur úti við en lágmarkstími 1. mgr. 76. gr. reglugerðar nr. 179/1992 gerir ráð fyrir, eftir því sem aðstæður leyfa, en ekki liggja fyrir heildstæðar upplýsingar um framkvæmdina að þessu leyti. Gæsluvarðhaldsfanga sem sætir einangrun vegna rannsóknarhagsmuna er í flestum tilvikum bannað að fá heimsóknir frá öðrum en réttargæslumanni, verjanda, lækni eða eftir atvikum umboðsmanni Alþingis. Þá má hann að jafnaði ekki fylgjast með dagblöðum, útvarpi eða sjónvarpi eða senda eða taka við bréfum eða öðrum skjölum. Allar ákvarðanir um hvort fyrirkomulag gæsluvarðhalds skuli vera með þessu móti er í höndum þess sem stýrir rannsókn.

Í skýrslu *Evrópunefndar um varnir gegn pyndingum og annarri ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu (CPT)* til íslenskra stjórnvalda frá 16. febrúar 1999 er fjallað sérstaklega um fyrirkomulag gæsluvarðhalds hér á landi. Þar tekur nefndin fram að samkvæmt upplýsingum frá fangelsinu á Litla-Hrauni væru næstum því allir gæsluvarðhaldsfangar vistaðir í einangrun á grundvelli rannsóknarhagsmuna. Þá væri meðaltími vistunar um tvær til þrjár vikur en á stundum væri hann miklu lengri. Vísar nefndin til fjögurra tilvika á tímabilinu frá upphafi árs 1997 til fyrsta ársfjórðungs 1998 þar sem einangrun hefði varað í næstum þrjá mánuði. Lýsir nefndin því yfir að af þessum sökum valdi fyrirkomulag gæsluvarðhalds á Íslandi enn áhyggjum hjá nefndarmönnum.⁴⁷

⁴⁷ „Report to the Icelandic Government on the visit to Iceland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 29 March to 6 April 1998“, útgefin 16. febrúar 1999, 49. mgr. Samkvæmt Evrópusamningnum um varnir gegn pyndingum og ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu frá 1987 starfar sérstök nefnd sem getur heimsótt þá staði í aðildarríkjunum þar sem frjálssræðissviptir menn eru vistaðir. Nefndin gerir skýrslu um heimsóknina og þær athaganir sem hún hefur gert og er skýrslan send viðkomandi ríki. Ef aðildarríkið fer ekki að tillögum nefndarinnar um úrbætur eða neitar samvinnu getur nefndin gefið út opinbera yfirlýsingu um málið. Vegna aðildar Íslands að Evrópusamningnum um varnir gegn pyndingum voru sett sérstök lög nr. 15/1990, sem áður er vísað til, þar sem settar eru reglur varðandi heimsóknir og störf áðurgreindrar nefndar hér á landi. Á árunum 1993 og 1998 heimsótti nefndin Ísland og í kjölfar heimsóknanna gerði hún ítarlegar skýrslur þar sem fram kom álit hennar á aðbúnaði manna sem dvelja í fangelsum, á lögreglustöðvum eftir handtöku og meðferðarstofnun fyrir ósakhæfa afbrotamenn og um önnur atriði, sjá hér einkum ofangreinda skýrslu nefndarinnar vegna síðari heimsóknarinnar, dags. 16. febrúar 1999. Ekki er tóm til að fjalla hér ítarlega um þau fjölmörgu atriði og tilmæli sem þar koma fram.

Í annarri reglubundinni skýrslu Íslands frá nóvember 2001, sbr. 19. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna gegn pyndingum og annarri grimmmilegri, ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu frá 1984, sem Ísland hefur fullgilt, sbr. augl. nr. 19/1996, er að finna upplýsingar um beitingu einangrunar í gæsluvarðhaldi frá 1. janúar 1997 til 31. október 2001 en fram kemur að um var að ræða 358 tilvik á þessu tímabili. Af þeim upplýsingum virðist mega ráð að meðaltími einangrunar gæsluvarðhaldsfanga hafi nokkuð styst frá því sem greinir í framangreindri skýrslu Evrópunefndar um varnir gegn pyndingum frá 1999.⁴⁸

Hér að framan er rakið að skýra verði 1. mgr. 68. gr. stjkskr. með þeim hætti að á stjórnvöldum hvíli ákveðnar skyldur til að rannsaka aðstæður og atvik þannig að ekki sé hætt á því að maður sæti ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð. Í ljósi þessa vaknar sú spurning hvort fyrirkomulagi í löggjöf og framkvæmd verði ekki einnig að haga með þeim hætti á grundvelli stjórnarskrárákvæðisins að almennt sé tryggt að málsmeðferð við töku verulega íþyngjandi ákvarðana eins og um einangrun gæsluvarðhaldsfanga sé háttáð þannig að ekki skapist hætt á því að *ófullnægjandi mat sé lagt á andstæða hagsmuni* í slíkum tilvikum. Þar sem dómstólar hafa ekki enn sem komið er tekið almenna afstöðu til efnisinntaks 1. mgr. 68. gr. stjkskr. eru ekki forsendur til þess að fullyrða neitt um það hvort núgildandi löggjöf og framkvæmd um fyrirkomulag gæsluvarðhalds kunni að ganga nærri því banni sem þar er lýst að teknu tilliti til þeirra formkrafa sem telja verður að felist í stjórnarskrárákvæðinu.⁴⁹ Þá verður ekki séð að fyrir liggi dómur MDE sem varpi fullnægjandi ljósi á þetta álitaefni.

Ég minni hins vegar á þá afstöðu umboðsmanns Alþingis sem áður er lýst, sbr. *UA 7. júlí 2000 í máli nr. 2426/1998*, að lögfesting mannréttindasáttmálans hér á landi hafi falið í sér skuldbindingu af hálfu íslenska ríkisins um að „haga löggjöf sinni og stjórnsýslu þannig að réttindi samkvæmt honum [séu] virt“. Þá vek ég sérstaka athygli á því að í *skýrslu nefndar Sameinuðu þjóðanna gegn pyndingum og annarri grimmmilegri, ómannlegri eða vanvirðandi*

⁴⁸ „Iceland's Second Periodic Report under Article 19 of the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment“, nóvember 2001, sjá 65. og 66. mgr. Þar er rakið að af 358 tilvikum um beitingu einangrunar gæsluvarðhaldsfanga hafi viðkomandi í 196 tilvikum verið þar vistaður í viku eða skemur, í 75 tilvikum í 1–2 vikur, í 42 tilvikum í 2–3 vikur, í 19 tilvikum í 3–4 vikur, í 13 tilvikum í 4–5 vikur, í 6 tilvikum í 5–6 vikur og í 7 tilvikum í 6 vikur eða lengur. Nánari upplýsingar um vistunartíma í einangrun er að finna í viðauka IV með skýrslunni.

⁴⁹ Sjá kafla 4 í greininni.

meðferð eða refsingu (CAT), dags. 17. nóvember 1998, sem starfar á grundvelli ofangreinds samnings SÞ um það efni frá 1984, sem Ísland hefur fullgilt eins og fyrr greinir, sbr. augl. nr. 19/1996, eru sett fram tilmæli um að íslensk stjórnvöld endurskoði þær reglur sem gilda um einangrunarvistun gæsluvarðhaldsfanga í því skyni að takmarka verulega fjölda þeirra tilvika þar sem einangrun er beitt.⁵⁰ Í áður nefndri annarri reglubundinni skýrslu Íslands, sbr. 19. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna gegn pyndingum frá 1984, frá nóvember 2001, er því lýst af þessu tilefni að sjaldgæft sé að ákvörðun þess, sem stýri rannsókn, um að setja gæsluvarðhaldsfanga í einangrun, sé borin undir dómstóla. Segir í skýrslunni að draga megi þá ályktun, m.a. að virtri breytingu á 2. mgr. 16. gr. reglugerðar nr. 179/1992 með 1. gr. reglugerðar nr. 259/1995, að ástæðan sé sú að gæsluvarðhaldsfangar sætti sig almennt við þessar ákvarðanir. Ég vek athygli á því að með framangreindri breytingu frá 1995 á reglugerð um gæsluvarðhaldsvist nr. 179/1992 var gert skylt að kynna gæsluvarðhaldsfanga með sannanlegum hætti rétt hans til að bera ákvörðun um einangrun undir dómara. Í nefndri skýrslu íslenskra stjórnvalda frá nóvember 2001 er í ljósi framangreinds lýst þeirri almennu afstöðu að núgildandi ákvæði íslenskra laga tryggja að „hin þrönga heimild“ sem veiti heimild til að vista gæsluvarðhaldsfanga í einangrun sé beitt í hófi og að þær upplýsingar sem liggja fyrir sýni fram á að svo sé í reynd. Jafnframt er þeirri afstöðu lýst að

⁵⁰ „Concluding observations of the Committee against Torture: Iceland. 17/11/98, A/54/44, paras. 53–60. (Concluding Observations/Comments)“, sjá hér b-lið 60. mgr. þar sem sett eru fram eftirfarandi tilmæli: „The Icelandic authorities review the provisions regulating solitary confinement during pre-trial detention in order to reduce considerably the cases to which solitary confinement could be applicable.“ Þá er rétt að vekja athygli á því að *mannréttindanefnd Sameinuðu þjóðanna* hefur lagt áherslu á mikilvægi þess að fyrirkomulag gæsluvarðhalds í einstökum aðildarríkum sé endurskoðað með kerfisbundnum hætti enda sé það raunhæf leið (e. effective means) til að draga úr hættunni á að gæsluvarðhaldsfangar þurfi að þola þá meðferð sem áður nefnd 7. gr. Alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi bannar, sjá hér *almenn álit mannréttindanefndar Sameinuðu þjóðanna* (e. General Comment no. 20) frá árinu 1992 um inntak 7. gr. Alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi sem Ísland hefur fullgilt, sbr. augl. nr. 10/1979. Þar segir eftirfarandi í 11. mgr. um þýðingu ákvæðisins þegar ákvarðað er m.a. fyrirkomulag gæsluvarðhalds: „[...] It should be noted that keeping under systematic review interrogation rules, instructions, methods and practices as well as arrangements for the custody and treatment of persons subjected to any form of arrest, detention or imprisonment is an effective means of preventing cases of torture and ill-treatment.“

hagsmunir gæsluvarðhaldsfanga sem vistaðir eru í einangrun séu að fullu tryggðir að lögum með því að þeim sé veitt heimild til að bera ákvörðun um einangrun undir dómstóla. Því sé engin þörf á að gera breytingar á núverandi fyrirkomulagi.⁵¹

Enda þótt þau tilvik séu ekki mörg þar sem gæsluvarðhaldsfangar ákveða að skjóta ákvörðun um einangrun til dómstóla fæ ég ekki séð að af því einu verði lagt til grundvallar, án frekari upplýsingaöflunar og athugunar en byggt er á í framangreindri skýrslu, að gæsluvarðhaldsfangar sætti sig almennt við þessar ákvarðanir. Það kunna aðrar og líklegri ástæður að búa að baki því að gæsluvarðhaldsfangi, sem vistaður er í einangrun, hugi ekki að því að láta reyna á gildi slíkrar ákvörðunar fyrir dómstólum.

Í fyrsta lagi kann það að hafa áhrif hvernig „kynning“ á rétti gæsluvarðhaldsfanga til að bera ákvörðunina undir dómstóla er framkvæmd. Skiptir þar eftir atvikum máli hvort það er gert munnlega af rannsóknara eða fanga-verði eða hvort um að ræða skriflega lýsingu á málskotsréttinum á vistunar-seðli. Það er reyndar mín að hugarástand þeirra, sem úrskurðaðir eru í gæsluvarðhald og vistaðir í einangrun, er oft og tíðum með þeim hætti að þeir eru ekki sérlega móttækilegir fyrir leiðbeiningum um lagalegan rétt þeirra er beinist að málsmeðferðaratriðum, tala nú ekki um það ef slíkar leiðbeiningar koma aðeins fram með skriflegum hætti án nánari útskýringar munnlega um hvernig bera eigi sig að.

Í öðru lagi má halda því fram að þessi fáu tilvik endurspegli fremur þá afstöðu hjá réttargæslumönnum og verjendum að með tilliti til framkvæmdarinnar sé það nánast eðlilegur fylgifiskur gæsluvarðhaldsúrskurðar, sem byggður er á rannsóknarnaúðsyn, sbr. a-lið 1. mgr. 103. gr. laga nr. 19/1991, að gæsluvarðhaldsfangi skuli vistaður í einangrun. Það sé því borin von að bera slíkar ákvarðanir undir dómstóla auk þess sem það kosti allt of mikla fyrirhöfn og kostnað með tilliti til þess að um tiltölulega stuttan tíma er

⁵¹ „Iceland's Second Periodic Report under Article 19 of the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment“, nóvember 2001, sjá 71. mgr. þar sem segir svo í enskri þýðingu: „[In] light of the foregoing, the Government of Iceland considers that Icelandic legislation guarantees that the narrow authorisation permitting solitary confinement is employed in moderation, and that the evidence shows that this is in fact the case. In addition, the Government of Iceland considers that the interests of those who are subjected to detention in solitary confinement are fully guaranteed under the present legislation, as they are able to refer a decision on solitary confinement to a judge at any stage. Thus, the government believes that there is no need to change the present arrangements.“

almennt að ræða þegar horft er til þess tíma sem það tekur alla jafna að fá úrlausn dómstóla um réttarágreiningu.

Að mínu mati er það verulega óheppilegt fyrirkomulag að það sé í höndum þess, sem rannsókn stýrir, að taka ákvarðanir um hvort maður sem úrskurðaður er í gæsluvarðhald skuli sæta einangrun og þá jafnvel að svipta hann öllum möguleikum til samneytis við fjölskyldu og umheiminn um tiltekinn tíma. Eðli ákvörðunar um fyrirkomulag gæsluvarðhalds og þau atriði og hagsmunir sem þar reynir á eru þess eðlis að það á að vera hlutverk dómstóla að taka slíkar ákvarðanir þegar í upphafi, samfara aðalkröfu rannsóknara um að viðkomandi verði yfir höfuð úrskurðaður í gæsluvarðhald, en ekki að gera aðkomu dómstóla að mati á lögmati slíkrar ákvörðunar háð því að sá, sem fyrir henni verður, taki ákvörðun um að leita til dómara eftir á.⁵² Ég bendi á að í Danmörku og Noregi eru það dómstólar sem úrskurða bæði um hvort fallist er á kröfu um gæsluvarðhald og um hvort maður skuli sæta einangrun í gæsluvarðhaldinu.⁵³ Slíkt fyrirkomulag mun að mínu áliti draga úr þeirri raunverulegu hættu sem er samfara því að rannsóknari taki ekki nægjanlegt tillit til þeirra hagsmuna sem í húfi eru og láti hjá líða að leggja heildstætt mat á atvik og aðstæður í máli áður en slík ákvörðun er tekin, sbr. þær kröfur sem fram koma í *MDE 9. desember 1999, Erdem gegn Pýskalandi*, að því er varðar 3. gr. MSE, og að framan eru reifaðar.

⁵² Vakinn skal athygli á því að ákvörðun um að vista gæsluvarðhaldsfanga í einangrun kann að vera talin fela í sér skerðingu á rétti hans til samskipta við fjölskyldu og aðra nána vandamenn, sbr. 1. mgr. 71. gr. stjkskr. og 1. mgr. 8. gr. MSE, sbr. 1. gr. laga nr. 62/1994. Slík ákvörðun verður því í hverju tilviki að samrýmast þeim kröfum, bæði hvað varðar form og efni, sem fram koma í 3. mgr. 71. gr. stjkskr. og 2. mgr. 8. gr. MSE. Að því er varðar ákvæði mannréttindasáttmálans verður slík ákvörðun að byggja á fullnægjandi heimild í lögum, styðjast við eitt af þeim markmiðum sem greinir í 2. mgr. 8. gr. MSE, t.d. til þess að *firra glæpum*, og ganga ekki lengra en nauðsyn ber til í *lýðræðislegu þjóðfélagi*. Það skal tekið fram að í 3. mgr. 71. gr. stjkskr. virðist samkvæmt orðalagi ákvæðisins að eins veitt heimild til að takmarka rétt manna til að fríðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu með sérstakri lagaheimild ef *bryna nauðsyn ber til vegna réttinda annarra*. Ekki er tómt til að fjalla nánar um þetta atriði hér.

⁵³ Sjá hér t.d. „*Pre-trial Detention in the Baltic Sea Area. A Survey with Recommendations based on the Seminar „Pre-Trial Detention in the Baltic Sea Area“ in St. Petersburg/Pushkin, 2–4 February 2003*“. Justis- og Politidepartementet, Norway, & Commissioner, Council of the Baltic Sea States, 2003. Á bls. 17–20 er fjallað um fyrirkomulag gæsluvarðhalds í Danmörku og á bls. 40–44 er fjallað um það fyrirkomulag í Noregi. Sjá einnig nánar um danskan rétt. Eva Smith: *Straffeprocess. Grundlæggende regler og principper*. Forlaget Thompson, 5. útg., Kaupmannahöfn (2003), bls. 72–74.

Ég tel rétt að tekið verði til skoðunar hvort ekki sé rétt að gera breytingar á lögum nr. 19/1991 þannig að þessu fyrirkomulagi verði breytt til samræmis við þær lagareglur sem um þetta gilda í Danmörku og Noregi. Hef ég þá meðal annars haft hliðsjón af áður nefndum athugasemdum úr skýrslum Evrópunefndar um varnir gegn pyndingum og nefndar Sameinuðu þjóðanna á grundvelli pyndingarsamningsins frá 1984 að því er varðar fyrirkomulag gæsluvarðhalds hér á landi.⁵⁴

5.3 Vistun í afplánunarfangelsi

Á ríkinu hvílir almenn skylda samkvæmt 1. mgr. 68. gr. stjkskr. til að haga fullnustu refsíðoma þannig að gætt sé að líkamlegri og andlegri velferð fanga, sbr. til hliðsjónar *UA 7. júlí 2000 í máli nr. 2426/1998 (læknisþjónusta við fanga í einangrun)*.⁵⁵ Fjölmörg mál sem komið hafa til kasta MDE hafa beinst að því hvort aðbúnaður í fangelsi sé almennt þess eðlis að brjóti í bága við 3. gr. MSE.⁵⁶ Ekki er ástæða til að ætla að þessir dómar hafi verulega þýðingu hér á landi miðað við hvernig aðbúnaði fanga er nú háttað, sbr. til hliðsjónar skýrsla Evrópunefndar um varnir gegn pyndingum og ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu frá 1987 frá 16. febrúar 1999.

Einangrun á grundvelli 1. mgr. 30. gr. eða 4. tölul. 1. mgr. 31. gr. laga nr. 48/1988, eða „skammtímavistun“ fanga í öðrum klefa en sínum eigin, sjá *úrlausn UA 18. mars 2002 í máli nr. 3399/2001*,⁵⁷ og framkvæmd slíkra

⁵⁴ Þá minni ég á áður nefndar athugasemdir úr *almennu áliti mannréttindanefndar Sameinuðu þjóðanna nr. 20* (e. General Comment no. 20) frá árinu 1992 um inntak 7. gr. Alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi sem Ísland hefur fullgilt, sbr. augl. nr. 10/1979.

⁵⁵ Álitid er birt í heild sinni í SUA 2000, bls. 35–46.

⁵⁶ Sjá hér t.d. *MDE 15. júlí 2002, Kalashnikov gegn Rússlandi*, og *MDE 6. mars 2001, Dougoz gegn Grikklandi*, er lutu að stærð klefa og þrengslum í fangelsi, sjá hér nánar Peer Lorenzen o.fl.: *Den Europæiske Menneskeretskonvention*. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2. útg., Kaupmannahöfn (2003), bls. 119. Í *MDE 10. júlí 2001, Peers gegn Grikklandi*, komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að 3. gr. MSE hefði verið brotin vegna ófullnægjandi hreinlætisáðstöðu og loftræstingar.

⁵⁷ Í skýrslu umboðsmanns til Alþingis fyrir árið 2002 er á bls. 59–62 birt bréf sem umboðsmaður ritaði A og sjö öðrum föngum á Litla-Hrauni, (*úrlausn UA 18. mars 2002 í máli nr. 3399/2001*), sem höfðu kvartað yfir úrskurði dóms- og kirkjumálaráðuneytisins meðal annars í tilefni af kæru vegna „einangrunar“ sem þeir höfðu þurft að sæta. Í bréfinu segir meðal annars svo: „Samkvæmt 1. mgr. 27. gr. laga nr. 48/1988, um fangelsi og fangavist, er fangelsisyrirvöldum heimilt að gera upptækt áfengi, önnur vímuefni og lyf, sem fangi hefur í fórum sínum við komu í fangelsið eða kemst yfir í því. Þá eru heimildir í 28.

ákvarðana, kunna í ákveðnum tilvikum að leiða til minniháttar sársauka eða óþæginda fanga eða jafnvel að hann finni að hann hafi verið lítilsvirtur. Séu slíkar ákvarðanir framkvæmdar á grundvelli málefnalegra og lögmætra ástæðna, t.d. vegna hættu á því að öryggi verði raskað í fangelsinu, brýtur slík ráðstöfun ekki í bága við 1. mgr. 68. gr. stjkskr. þrátt fyrir framangreindar afleiðingar.⁵⁸ Í þessu sambandi skiptir miklu að viðkomandi ráðstöfun gangi ekki lengra en nauðsynlegt er til að ná því markmiði sem að er stefnt, sjá hér til hliðsjónar *MDE 4. desember 1995, Ribitsch gegn Austurríki*, þar sem dómstóllinn sagði m.a.:

[...] in respect of a person deprived of his liberty, any recourse to physical force which has not been made strictly necessary by his own conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3.⁵⁹

Sjónarmið um meðalhóf eru þannig órjúfanlegur þáttur í mati á því hvort íþyngjandi aðgerðir eða ráðstafanir fangelsisyrvalda séu þess eðlis að þær teljist ómannúðleg eða vanvirðandi meðferð gagnvart föngum, sbr. 1. mgr. 68. gr. stjkskr. Þess skal getið að MDE hefur ekki gert athugasemdir við *beitingu handjárna í fangelsi* svo framarlega sem slík ráðstöfun byggist á sjón-

gr. til að gera líkamsleit á fanga, m.a. vegna gruns um að fangi feli á sér innan klæða slík efni. Af þessum lagareglum verður ráðin almenn heimild fangelsisyrvalda til að gera eðlilegar ráðstafanir að virtri meðalhófsreglu til að stemma stigu við innstreymi og tilvist vímuefna í fangelsinu, m.a. með því að gera leit í klefum fanga og líkamsleit á þeim ef ákveðinn grunur er til staðar. Ég tel að gera verði ráð fyrir því að undir þessa almennu heimild fangelsisyrvalda í slíkum tilvikum falli ráðstafanir sem eru í málefnalegum og eðlilegum tengslum við aðgerðir til að sporna við innstreymi vímuefna og tilvist þeirra á meðal fanga, s.s. að vista fanga í skamman tíma í öðrum klefa á meðan leitað er í þeim klefa þar sem hann hefur verið vistaður. Ég tek fram að gera verður hins vegar ríkar kröfur til þess að allar slíkar ráðstafanir hafi það aðeins að markmiði að auðvelda eðlilega framkvæmd leitar og koma í veg fyrir að fangar komi vímuefnum undan af því tilefni. Tel ég því t.d. vafasamt að heimilt sé að beita slíkri ráðstöfun í því skyni að rannsaka þátttöku og hlutdeild fanga í ætluðu broti á refsilögum, sbr. álit mitt frá 15. ágúst 2001 í máli nr. 3123/2000. Samkvæmt þessu tel ég að fangelsisyrvaldum sé heimilt að lögum að vista fanga í öðrum klefum í skamman tíma á meðan leit fer fram í tilefni af ákvörðun um að leita í tilteknum klefa, eða eftir atvikum í öllum klefum á tiltekinni deild, og þá án þess að slík ráðstöfun verði talin vera einangrun í merkingu 30. gr. laga nr. 48/1988, sjá hér álit mitt í tilefni af athugun á tilgreindum þáttum um réttarstöðu afplánunarfanga og meðferð mála hjá fangelsisyrvaldum frá 27. nóvember 2001, mál nr. 2805/1999, bls. 39.“

⁵⁸ Sjá Peer Lorenzen o.fl.: sama rit, bls. 113–119.

⁵⁹ *MDE 4. desember 1995, Ribitsch gegn Austurríki*, 26. mgr.

armiðum um öryggi en hafi ekki þann tilgang að niðurlægja eða lítilsvirða þann sem fyrir henni verður, sjá hér til hliðsjónar *MDE 16. desember 1997, Raninen gegn Finnlandi*, og gangi ekki lengra en beinlínis er nauðsynlegt í viðkomandi tilviki.⁶⁰

Almennt verður að ganga út frá því að sá, sem heldur því fram að hann hafi þolað meðferð sem brýtur í bága við 1. mgr. 68. gr. stjkskr., beri *sönnunarbyrðina* fyrir slíkri staðhæfingu. Vakin skal athygli á því að MDE hefur talið rétt að gera mikilvægt frávik frá þessari meginreglu um þá sem sviptir hafa verið frelsi sínu og eru vistaðir í umsjá ríkisins. Á þetta jafnt við um þá sem handteknir eru og vistaðir í fangageymslu um stuttan tíma og þá sem sæta lengri vistun, t.d. sem afplánunar- eða gæsluvarðhaldsfangar. Þegar sýnt þykir að sá, sem vistaður hefur verið, hafi verið í góðu líkamlegu ásigkomulagi við upphaf vistunar, en hefur orðið fyrir einhvers konar tjóni á líkama eða andlegu heilbrigði meðan á henni stóð, hvílir sönnunarbyrðin á stjórnvöldum um að sýna fram á að málefnalegar og trúverðugar ástæður búi þar að baki. Ef slík skýring liggur ekki fyrir hefur MDE eftir atvikum lagt til grundvallar að um brot á 3. gr. MSE hafi verið að ræða, sbr. *MDE 28. júlí 1999, Selmouni gegn Frakklandi, MDE 10. október 2000, Satik o.fl. gegn Tyrklandi*, og *MDE 9. júní 1998, Tekin gegn Tyrklandi*.⁶¹

Þegar maður er vistaður gegn vilja sínum á stofnun á vegum ríkisins verður almennt að ganga út frá því að stjórnvöld beri meginábyrgð á heilbrigði hans. Athafnaleysi stjórnvalda að þessu leyti kann að falla undir 1. mgr. 68. gr. stjkskr. og 3. gr. MSE, sjá hér til hliðsjónar *UA 7. júlí 2000 í máli nr. 2426/1998 (læknisþjónusta í fangelsum)* og *UA 21. nóvember 2001 í máli nr. 2805/1999 (frumkvæðisathugun um réttarstöðu fanga)*.⁶² Sé afplánunarföngum t.d. ekki tryggður *fullnægjandi aðgangur að læknisþjónustu*, sbr. til hliðsjónar 2. mgr. 2. gr. laga nr. 48/1988, um fangelsi og fangavist, kann slík vanræksla að brjóta í bága við 1. mgr. 68. gr. stjkskr., sjá hér til hliðsjónar *MDE 29. júlí 2003, McGlinchey o.fl. gegn Englandi*, þar sem einnig voru rakin almenn sjónarmið um skyldur ríkis-

⁶⁰ Sjá hér einnig um beitingu handjárna *úrlausn umboðsmanns Alþingis, dags. 18. mars 2002 í máli nr. 3399/2001*, sem birt er í skýrslu umboðsmanns til Alþingis fyrir árið 2002, bls. 59–62 (61).

⁶¹ Sjá Peer Lorenzen o.fl.: sama rit, bls. 113–114.

⁶² Rétt er að ítreka þá afstöðu umboðsmanns Alþingis, sbr. *UA 21. nóvember 2001 í máli nr. 2805/1999*, að gera verði þá kröfu til fangelsisyrvalda, m.a. að teknu tilliti til 3. gr. MSE, að þau leiti álits læknis á líkamlegu og andlegu ástandi fanga áður en honum er gert að sæta einangrun á grundvelli 30. eða 31. gr. laga nr. 48/1988, um fangelsi og fangavist.

ins gagnvart afplánunar- og gæsluvarðhaldsföngum. Í 46. mgr. dómsins segir m.a. svo:

Under [Article 3] the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for her human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject her to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, her health and well-being are adequately secured by, among other things, providing her with the requisite medical assistance (see, *mutatis mutandis*, *Aerts v. Belgium*, judgment of 30 July 1998, Reports 1998-V, p. 1966, §§ 64 et seq.; *Kudla v. Poland* [GC], no. 30210/96, ECHR 2000-XI, § 94).

Það er ljóst að meta verður í hverju tilviki hvort viðkomandi fangi hafi haft fullnægjandi aðgang að viðeigandi og nauðsynlegri (e. requisite) lækniþjónustu. Samkvæmt fyrri málsl. 2. mgr. 2. gr. laga nr. 48/1988, um fangelsi og fangavist, skulu fangar njóta sambærilegrar heilbrigðisþjónustu í fangelsum „og almennt gildir, auk þeirrar sérstöku heilbrigðisþjónustu sem lög og reglur um fanga segja til um“. Samkvæmt síðari málslið 2. mgr. 2. gr. sömu laga er það heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytið sem ber lagalega ábyrgð á heilbrigðisþjónustu við fanga í fangelsum að höfðu samráði við fangelsismálastofnun. Líta verður svo á að niðurlag fyrri málsl. 2. mgr. 2. gr. laga nr. 48/1988 geri ráð fyrir því að stjórnvöld ræki þær skyldur sem meðal annars hvíla á þeim samkvæmt 1. mgr. 68. gr. stjkskr. til að sinna heilbrigðismálum fanga. Það dugar stjórnvöldum ekki í þessu sambandi að vísa til þess að aðgangur fanga t.d. að sérhæfðri lækniþjónustu sé sá hinn sami og hjá almenningi. Fyrirmæli 1. mgr. 68. gr. stjkskr., 3. gr. MSE, sbr. 1. gr. laga nr. 62/1994, og ofangreindur fyrri málsl. 2. mgr. 2. gr. laga nr. 48/1988, um fangelsi og fangavist, gera einfaldlega ráð fyrir því að föngum verði eftir atvikum tryggður aðgangur að tiltekinni lækniþjónustu sem er umfram þann sem almennt er til staðar úti í samfélaginu. Í því sambandi verður að horfa til þess að afhafnafrelsi fanga er skert með vistun þeirra í fangelsi. Þeir hafa ekki tök á því að sækja slíka aðstoð á eigin spýtur, t.d. með því að velja á milli lækna eða gera ráðstafanir að öðru leyti til þess að fá slíka þjónustu. Þá verður að horfa til þess að það er eitt af einkennum lýðræðislegs þjóðfélags að sjá til þess að þeir, sem vistaðir eru í fangelsi, þurfi ekki að þola aðstæður og „lífskjör“ sem eru lakari en þau sem leiðir eðli máls samkvæmt af frelsissviptingunni.⁶³

⁶³ Sjá hér *UA 21. nóvember 2001 í máli nr. 2805/1999* þar sem hugtakið „lífskjör“ er notað

Því hefur verið haldið fram að *vistun geðsjúkra manna í afplánunarfangelsi* geti talist brot á 3. gr. MSE og ákvæði 7. gr. Alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi, sbr. augl. 10/1979.⁶⁴ Þess ber að geta að í lögskýringargögnum að baki 1. mgr. 68. gr. stjkskr. er samhliða tilvísun til 3. gr. MSE vísad sérstaklega til nefndrar 7. gr. ABSR.⁶⁵ Ganga verður út frá því að ef geðsjúkur maður, sem sakfelldur hefur verið fyrir refsilagabrot, er vistaður í afplánunarfangelsi hér á landi kunni slík ráðstöfun að ganga nærri því að teljast brot á fyrirmælum 1. mgr. 68. gr. stjkskr., a.m.k. ef honum er ekki tryggð þar viðeigandi lækniþjónusta, sjá hér til hliðsjónar *MNE X gegn Englandi frá 1973* að því er varðar 3. gr. MSE.⁶⁶ Í 2. mgr. 16. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 segir að „verði til stofnun, ætluð [mönnum sem teljast sakhæfir en eru „andlega miður sín“, sbr. 1. mgr., megi] ákveða í refsidómi, að sakborningur skuli taka út refsingu sína í stofnuninni“. Í *Hrd. 1998:1503 (Heiðmörk)* voru tveir menn A og B ákærðir fyrir manndráp og rán, sbr. 211. gr. og 252. gr. hgl., fyrir að hafa veist að manni í Heiðmörk og orðið honum að bana. Ákærði A var sakfelldur í héraði og fyrir Hæstarétti samkvæmt ákæru. Við ákvörðun refsingar sagði Hæstiréttur svo um A:

[...] Í bréfi Fangelsismálastofnunar ríkisins til ríkissaksóknara 23. mars 1998 kemur fram, að stofnun, sem um er rætt í 2. mgr. 16. gr. almennra hegningarlaga, hafi ekki verið komið á fót. Hins vegar hafi réttargeðdeildin að Sogni í Ölfusi í einstaka tilvikum tekið við föngum um nokkurra mánaða skeið, meðan þeir afplána refsivist. Sé það liður í heilbrigðisþjónustu við fanga, sem heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytið sjái um að veita samkvæmt lögum nr. 123/1997 um breyting á lögum um fangelsi og fangavist nr. 48/1988. Að þessu virtu þykja ekki skilyrði til þess að mæla í dómi þessum fyrir um afplánun refsingar ákærða á stofnun, *en við það verður að miða, að vistun hans við afplánun verði í samræmi við heilsu hans.* (skáletur höf.)

til lýsingar á aðstæðum fanga í afplánun; sbr. skýrsla umboðsmanns til Alþingis fyrir árið 2001, bls. 94.

⁶⁴ Sjá Ståle Eskeland: *Strafferett*. Cappelen Akademisk Forlag, Oslo (2000), bls. 95: „Efter min oppfatning er det som hovedregel i strid med [EMK artikkel 3 og SP artikkel 7] å ha alvorlig sinnslidende i fengsel.“

⁶⁵ Alþt. 1994–1995, A-deild, bls. 2093.

⁶⁶ *MNE X gegn Englandi, Appl. 5229/71, Coll. 42 (1973)*, bls. 140. Sjá hér nánar P. van Dijk & G.J.H. van Hoof: „Theory and Practice of the European Convention on Human Rights.“ *Kluwer Law International*, 3. útg., Hague (1998), bls. 320. Sjá hér til hliðsjónar *Hrd. 24. janúar 2002 í máli nr. 446/2001 (læknismeðferð)*. A var sýknaður af ákæru fyrir líkamsárásarbrott, sbr. 1. mgr. 218. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, vegna sakhæfisskorts. Í forsendum héraðsdómsins, sem Hæstiréttur staðfesti að þessu leyti, sagði

Svo lengi sem ekki er sett á laggirnar sérhæfð stofnun fyrir geðsjúka en sakhæfa afbrotamenn, sem annars eru vistaðir í aflánunarfangelsi, ber fangelsisýfirvöldum hér á landi að ganga tryggilega úr skugga um það í hverju tilviki fyrir sig að fangi þoli vegna ástands síns að vera vistaður þar. Athafnaleysi fangelsisýfirvalda gagnvart geðsjúkum afbrotamönnum verður metið á grundvelli 1. mgr. 68. gr. stjkskr. Ekki er útilokað að það verði talið fela í sér „ómannúðlega eða vanvirðandi meðferð“ gagnvart þeim mönnum sem eru alvarlega geðsjúkir. Vakin skal athygli á því að samkvæmt 1. mgr. 11. gr. laga nr. 48/1988 getur fangelsismálastofnun leyft að „dómfelldur maður sé um stundarsakir eða allan refsittímann vistaður á sjúkrahúsi eða annarri stofnun þar sem hann nýtur sérstakrar meðferðar eða forsjár, enda sé slíkt talið henta vegna heilsu hans, aldurs eða annarra sérstakra ástæðna“. Lagahæðir skortir því ekki til að flytja fanga, sem sætir aflánun, á sjúkrahús eða aðra stofnun þar sem hægt er að veita honum þá sérhæfðu meðferð sem nauðsynleg er vegna geðrænna sjúkdóma. Þess skal getið að í áður nefndri skýrslu sinni til íslenskra stjórnvalda frá 16. febrúar 1999 fjallar Evrópunefndin um varnir gegn pyndingum og ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu (CPT) um aðgang fanga í fangelsinu að Litla-Hrauni að geðlæknisþjónustu. Þar segir m.a. svo í 87. mgr.:

[...] Of course, mentally ill prisoners should be kept and cared for in a hospital facility which is adequately equipped and possesses appropriately trained staff. That facility could be a civil mental hospital or a specially equipped psychiatric facility within the prison system.⁶⁷

Í umræddri skýrslu sinni setur Evrópunefndin um varnir gegn pyndingum fram þau tilmæli að þágildandi fyrirkomulag um aðgang fanga í ríkisfangels-

m.a. svo: „Vegna eðlis brots ákærða og þess sem fram er komið um geðhagi hans, þykir bera nauðsyn til, vegna réttaröryggissjónarmiða, að gera ráðstafanir til að varna því að háski stafi af ákærða. Með vísan til 62. gr. almennra hegningarlaga er ákveðið að ákærði undirgangist viðeigandi meðferð vegna geðsjúkdóms sem hann er haldinn. Skal meðferðin vera í höndum Sjúkrahússins í Vestmannaeyjum/Heilbrigðisstofnunarinnar í Vestmannaeyjum, í formi forðasprautu á hálfsmánaðar fresti, og á ábyrgð yfirlæknis þar. Er ákærða í þessu skyni gert að mæta til lyfjatöku, eftirlits og meðferðar á hálfsmánaðar fresti, eftir ákvörðun yfirlæknis hverju sinni.“

⁶⁷ „Report to the Icelandic Government on the visit to Iceland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 29 March to 6 April 1998“, útgefin 16. febrúar 1999, sjá 87. mgr. skýrslunnar.

inu að Litla-Hrauni til aðstoðar geðlæknis verði endurskoðað og það látið hafa forgang („reviewed as a matter of urgency“).⁶⁸ Í athugasemdum íslenskra stjórnvalda til nefndarinnar af þessu tilefni, dags. 30. september 1999, er því lýst að allir læknar séu nú viðstaddir á Litla-Hrauni með reglulegu millibili. Þá segir að geðlæknir hafi svarað öllum beiðnum hins almenna læknis fangelsisins um aðstoð og hafi auk þess farið í sérstakar heimsóknir og að þær fari að jafnaði fram á fimmtudögum. Loks segir að þess hafi verið óskað að geðlæknirinn fari í slíkar heimsóknir með eins reglubundnum hætti og mögulegt er.⁶⁹ Rétt er að geta þess til upplýsingar að til þess hefur komið á undanförunum árum að aflánunarfangar á Litla-Hrauni, sem átt hafa við verulega geðræna sjúkdóma að stríða, hafi verið vistaðir tímabundið á réttargeðdeildinni að Sogni vegna ástands síns, sbr. 1. mgr. 11. gr. laga nr. 48/1988.

MDE hefur verið gagnrýndur af fræðimönnum fyrir varfærni sína við túlkun og beitingu 3. gr. MSE í málum er varða vistun manna í stofnunum á vegum ríkisins.⁷⁰ Það er skoðun mín, m.a. í ljósi þessa, að þegar frelsisviptir menn eiga í hlut beri íslenskum dómstólum, jafnvel umfram önnur tilvik sem falla undir 1. mgr. 68. gr. stjkskr., að leggja sjálfstætt mat á réttarleg áhrif stjórnarskrárákvæðisins við mat á aðstæðum í fangelsi og athöfnunum þeirra sem fara með opinbert vald á sviði refsifullnustu og taki þar mið af íslenskum veruleika. Dómaframkvæmd MDE um skýringu 3. gr. MSE á því ekki að öllu leyti við um skýringu 1. mgr. 68. gr. stjkskr. í tilvikum sem þessum.

⁶⁸ Sjá 87.–89. mgr. sömu skýrslu.

⁶⁹ „Response of the Icelandic Government to the Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its visit to Iceland from 29 March to 6 April 1998“, dags. 30. september 1999, sjá 88. mgr. þar sem segir svo: „Reply: It should be noted that all doctors now are regularly present. The psychiatrist has responded to every request of the health care doctor for assistance, and also makes special visits. The psychiatrist has been asked to make his visits as regularly as possible. He ordinarily visits the prison on Thursdays.“

⁷⁰ D.J. Harris, M. O'Boyle & C. Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*. Butterworths, London (1995), bls. 88–89: „Given the absence of any other provision in the Convention that could be used to protect persons vulnerable to ill-treatment in the custody of the state, a more demanding interpretation might be adopted that would not devalue or „trivialise“ Article 3.“ Sjá hér einnig Peer Lorenzen o.ö.: *Den Europæiske Menneskeretskonvention*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. útg., Kaupmannahöfn (2003), bls. 116.

6. Réttarstaða útlendinga, brottvísun og framsal

Á 3. gr. MSE hefur reynt í málum er beinast að réttarstöðu útlendinga, og þá einkum hælisleitenda, t.d. að því er varðar brottvísun þeirra úr landi, sbr. t.d. *MDE 20. mars 1991, Cruz Varas o.fl. gegn Svíþjóð*, sem snerist um brottvísun hælisleitanda frá Svíþjóð til Chile. Þar var 3. gr. MSE túlkuð með þeim hætti að hælisleitendur nytu verndar ákvæðisins þegar teknar væru ákvarðanir um að vísa þeim úr landi en þá túlkun að því er varðar framsal sakamanna á milli landa hafði MDE lagt til grundvallar í dómi frá 7. júlí 1989; *Soering gegn Englandi*.⁷¹ Í þessum tilvikum hefur MDE byggt á því að ríki sem t.d. vísar hælisleitendum úr landi eða framselji sakamenn til lands þar sem vitað er að þeir munu sæta meðferð sem lýst er í 3. gr. MSE brjóti gegn fyrimælum ákvæðisins.⁷² Sú meðferð sem viðkomandi fær þegar ákvörðun um brottvísun eða framsal er framkvæmd verður einnig metin á mælistiku 3. gr. MSE, sbr. *MDE 28. október 1996, Nsona gegn Hollandi*, sem snerist um endursendingu 9 ára gamals barns til Zaire.⁷³ Í ljósi framangreinds og tengsla 1. mgr. 68. gr. stjkskr. við 3. gr. MSE verður að leggja til grundvallar að íslensk stjórnvöld og dómstólar verði að taka til fullnægjandi athugunar í hverju tilviki, að virtri 1. mgr. 68. gr. stjkskr., hvort skilyrði séu til brottvísunar útlendinga á grundvelli IV. kafla laga nr. 96/2002, um útlendinga, eða til framsals sakamanna, sbr. lög nr. 13/1984, um framsal sakamanna og aðra aðstoð í sakamálum,⁷⁴ sjá hér til hliðsjónar *Hrd. 1997:2828 (framsal til Bandaríkjana)*, sem síðar verður nánar rakinn.

⁷¹ Sjá nánar Peer Lorenzen o.fl.: sama rit, bls. 122.

⁷² Þess skal getið að samkvæmt 33. gr. alþjóðasamnings um stöðu flóttamanna frá 28. júlí 1951, sem Ísland hefur fullgilt, sbr. augl. nr. 74/1955, er lagt bann við brottvísun og endursendingu flóttamanna til landa þar sem þeirra biða ofsóknir eða líf þeirra og frelsi eru í hættu, sjá Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*. Háskólaútgáfan, 2. útg., Reykjavík (1999), bls. 509. Vakin skal athygli á því að MDE hefur lagt til grundvallar að ekki sé útlokað að 3. gr. MSE taki einnig til þeirra tilvika þegar viðkomandi kann að sæta ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð í móttökurkinu af hálfu einstaklinga eða hópa einstaklinga sem ekki eru á vegum hins opinbera, sjá *MDE 29. apríl 1997, H.L.R. gegn Frakklandi*, 40. mgr.: „Owing to the absolute character of the right guaranteed, the Court does not rule out the possibility that Article 3 of the Convention (art 3) may also apply where the danger emanates from persons or groups of persons who are not public officials. However, it must be shown that the risk is real and that the authorities of the receiving State are not able to obviate the risk by providing appropriate protection.“

⁷³ Sjá til samanburðar sérákvæði eins hæstaréttardómara í *Hrd. 1997:2828 (framsal til Bandaríkjana)* sem nánar er fjallað um síðar í kaflanum.

⁷⁴ Í 6. gr. laga nr. 13/1984, um framsal sakamanna og aðra aðstoð í sakamálum, segir svo:

Til nánari afmörkunar má benda á að MDE hefur lagt til grundvallar að það kunni að vekja upp álitaefni um þýðingu 3. gr. MSE ef maður er framseldur til ríkis þar sem hætta er á að hann verði dæmdur í *lífstíðarfangelsi án möguleika á lausn fyrr*, sbr. *MDE 16. október 2001, Ira Samuel Einhorn gegn Frakklandi*.⁷⁵ Það kann því að vera nauðsynlegt fyrir stjórnvöld og dómstóla í aðildarríki MSE að leggja mat á líklegar lyktir refsímáls í því ríki sem sakamaður er framseldur til, sbr. til hliðsjónar *Hrd. 21. febrúar 2002 í máli nr. 85/2002 (framsal til Lettlands)* sem síðar verður nánar fjallað um. Áður en lengra er haldið er rétt að taka hér orðrétt upp eftirfarandi forsendur MDE í dómi frá 30. október 1991, *Vilvarajah o.fl. gegn Englandi*, 103. mgr., þar sem lýst var með almennum hætti þeirri lagalegu afmörkun sem hér reynir á:⁷⁶

Expulsion – or removal – by a Contracting State of a non-national may give rise to an issue under Article 3 (art 3), and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned faced a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the country to which he or she was returned. (skáletur höf.)

Samkvæmt þessu hefur MDE lagt til grundvallar að sýna þurfi fram á það með *sterkum og málefnalegum rökum* („substantial grounds have been

„Ekki má framselja mann ef veruleg hætta er á að hann eftir framsal vegna kynþáttar, þjóðernis, trúar, stjórnmálaskoðana eða að öðru leyti vegna stjórnmálaaðstæðna verði að sæta ofríki eða ofsóknum sem beinist gegn lífi hans eða frelsi eða er að öðru leyti alvarlegs eðlis.“

⁷⁵ *Admissibility decision* (ákvörðun um hvort málið sé tækt til efnismeðferðar). Sjá hér eftirfarandi forsendur í ákvörðun MDE, 27. mgr.: „With regard to the applicant's second complaint, the Court does not rule out the possibility that the imposition of an irreducible life sentence may raise an issue under Article 3 of the Convention. In this connection, the Council of Europe documents to which the applicant referred (the general report on the treatment of long-term prisoners, drawn up by Sub-Committee no. XXV of the European Committee on Crime Problems (Council of Europe, 1977), and Resolution (76) 2 on the treatment of long-term prisoners, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe in the context of the Sub-Committee's work) are not without relevance. Consequently, it is likewise not to be excluded that the extradition of an individual to a State in which he runs the risk of being sentenced to life imprisonment without any possibility of early release may raise an issue under Article 3 of the Convention (see *Nivette*, cited above, and also the *Weeks v. the United Kingdom judgment of 2 March 1987*, Series A no. 114, and *Sawoniuk v. the United Kingdom* (dec.), no. 63716/00, 29 May 2001).“

⁷⁶ Sjá hér einnig *MDE 28. október 1996, Nsona gegn Hollandi*, b-liður 92. mgr.

shown“) að *raunveruleg hættu* („faced a real risk“) sé á því að viðkomandi einstaklingur verði í móttökuríkinu látinn sæta meðferð eða refsingu sem falli undir 3. gr. MSE.

Í *Hrd. 21. febrúar 2002 í máli nr. 85/2002 (framsal til Lettlands)* voru atvik þau að lettnesk yfirvöld höfðu krafist þess að íslenska ríkið framseldi X sem var grunaður um að hafa banað þremur mönnum og um fleiri brot gegn þarlandum refsilögum. Af hálfu X var því í fyrsta lagi haldið fram að málsmeðferð fyrir lettneskum dómstólum bryti í bága við rétt sakaðs manns samkvæmt 6. gr. MSE þar sem kveðið sé á um rétt manns til réttlátrar málsmeðferðar innan hæfilegs tíma. Þá væri aðbúnaður fanga í þarlandum fangelsum ekki „í samræmi við alþjóðleg viðhorf um afplánun refsinga og aðbúnað fanga“. Þá hélt X því fram að fella ætti ákvörðun dómismálaráðuneytisins um framsal hans úr gildi sökum þess að lettnesk yfirvöld hefðu ekki staðfest með afgerandi hætti að dauðarefsing lægi ekki við þeim brotum sem honum væri gefin að sök. Væru þannig ekki uppfyllt skilyrði 3. tölul. 1. mgr. 11. gr. ofangreindra laga nr. 13/1984 þar sem boðið er að setja skuli það skilyrði fyrir framsali að óheimilt sé að fullnægja dauðarefsingu gagnvart hinum framselda manni. Í úrskurði héraðsdóms var lagt til grundvallar að ekki væri í skjölum málsins komin fram „trygging fyrir því að dauðarefsing [kæmi] ekki til greina í máli [X] í Lettlandi“ og var krafa X um ógildingu ákvörðunar dómismálaráðuneytisins því tekin til greina.

Í dómi Hæstaréttar var vísað til skýrslu Evrópunefndar um varnir gegn pyndingum og ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu frá 22. nóvember 2001 og að þar komi fram að forseti Lettlands hafi frá árinu 1996 kerfisbundið breytt dómum þar sem menn hefðu verið dæmdir til dauða í ævilangt fangelsi. Þá segir svo í forsendum dómsins þar sem talið var að fullnægt væri lagaskilyrðum til framsals X:

[...] Í málinu er fram komið að Lettland, sem á aðild að Evrópuráðinu, hefur 7. maí 1999 staðfest viðauka nr. 6. við samning um verndun mannréttinda og mannfrelsis, varðandi afnám dauðarefsingar, og afnumið dauðarefsingu með lögum. Með hliðsjón af því og þeim upplýsingum, sem hafa verið lagðar fram um framkvæmd dauðarefsinga þar í landi frá árinu 1996, verður að telja fullnægt skilyrðum til framsals varnaraðila að þessu leyti.

Í málinu liggja engin gögn fyrir í þá veru að lettnesk yfirvöld muni ekki virða rétt varnaraðila samkvæmt 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Þá hafa heldur ekki verið lögð fram nein haldbær gögn um bágborinn aðbúnað fanga í þarlandum fangelsum. Verður framsali varnaraðila því ekki hafnað af þessum sökum.

Rétt er að geta þess að í 2. mgr. 69. gr. stjkskr. segir að í lögum megi aldrei mæla fyrir um dauðarefsingu. Fyrirmæli 3. tölul. 1. mgr. 11. gr. laga nr. 13/1984 eru því nánari útfærsla á þessari grundvallarreglu íslenskrar stjórnskipunar þegar um framsal sakamanna er að ræða. Athyglisvert er að í dómi Hæstaréttar virðist út frá því gengið að vafi kunni að leika á heimild til framsals sakamanns af hálfu íslenskra stjórnvalda ef fyrir liggja gögn og upplýsingar um að réttur viðkomandi samkvæmt 6. gr. MSE verði ekki virtur í móttökuríkinu. Óljóst er af dómi Hæstaréttar á hvaða grundvelli slík takmörkun á heimild íslenska ríkisins til framsals yrði byggð enda er ekki gerð sú krafa í lögum nr. 13/1984 að málsmeðferð fyrir dómstólum í móttökuríkinu þurfi að uppfylla 6. gr. MSE um rétt manns til réttlátrar málsmeðferðar innan hæfilegs tíma, en á þessari efnisreglu ákvæðisins byggðist málstaður X í málinu. Ekki verður séð af orðalagi 5. mgr. 3. gr. laga nr. 13/1984 að það taki til þess þegar málsmeðferðartími fyrir dómstólum í móttökuríkinu yrði talinn fara gegn 6. gr. MSE.⁷⁷

Rétt er þó að benda á að samkvæmt 2. mgr. 11. gr. laga nr. 13/1984 er heimilt að setja frekari skilyrði fyrir framsali en talin eru upp í 1. mgr. sömu greinar. Ákvæði 2. mgr. 11. gr. tilgreinir að öðru leyti ekki hvaða skilyrði geta fallið þar undir. Spyrja má hvort hugsunin í ofangreindum dómi Hæstaréttar frá 21. febrúar 2002 sé sú að gera verði það að skilyrði fyrir framsali sakamanns hér á landi á grundvelli 2. mgr. 11. gr. laga nr. 13/1981 að réttur hans til réttlátrar málsmeðferðar fyrir dómi innan hæfilegs tíma, sbr. 1. mgr. 70. gr. stjkskr. og 6. gr. MSE, verði virtur í móttökuríkinu? Þessa röksemdarfærslu má ef til vill útfæra nánar með því að leggja til grundvallar að ef sýnt er fram á það með sterkum og málefnalegum rökum að raunveruleg hættu sé á því að sakamaður, sem fyrirhugað er að framselja, sæti ráðstöfun í móttökuríkinu sem talin er andstæð mannréttindaákvæðum íslensku stjórnarskrárinnar þá sé að jafnaði óheimilt á grundvelli 2. mgr. 11. gr. laga nr. 13/1984 að verða við kröfu frá því ríki um framsal. Það skal tekið fram að ekki er útilokað að almennt bann við framsali sakamanns við slíkar aðstæður yrði leitt af 1. mgr. 68. gr. stjkskr. enda má læra rök fyrir því að slík ákvörðun íslenskra stjórnvalda, þrátt fyrir að sýnt þyki að sakamaður muni verða

⁷⁷ Ákvæði 5. mgr. 3. gr. laga nr. 13/1984, um framsal sakamanna og aðra aðstoð í sakamálum, er svohljóðandi: „Ef rökstudd ástæða er til að ætla að grunur um refsiverða háttsemi eða niðurstaða dóms, sem óskað er að framsals vegna, þykir eigi fullnægja grunnreglum íslenskra laga um rökstuddan grun, um refsiverða háttsemi eða um lögfulla sönnun sakar í refsímálum, er framsal óheimilt.“

fyrir ráðstöfun í móttökurfkinu sem brýtur í bága við ákvæði íslensku stjórnarskrárinnar, geti í ákveðnum tilvikum talist sem slík fela í sér „ómannúðlega eða vanvirðandi meðferð“. Að því er varðar þær forsendur í ofangreindum dómi Hæstaréttar sem beinast að aðbúnaði fanga í lettneskum fangelsum og skorti á gögnum þar um tel ég ljóst með hliðsjón af dómaframkvæmd MDE um skýringu 3. gr. MSE, sbr. t.d. *MDE 7. júlí 1989, Soering gegn Englandi*, að óheimilt væri að framselja sakamann af hálfu íslenskra stjórnvalda til ríkis þar sem aðbúnaður fanga væri talinn brjóta í bága við 3. gr. MSE eða eftir atvikum 1. mgr. 68. gr. stjkskr., sbr. til hliðsjónar *Hrd. 1997:2828 (framsal til Bandaríkjanna)*.

Í úrskurði *Héraðsdóms Reykjavíkur frá 7. júlí 1997 í máli nr. Ö-3/97* var fjallað um kröfu C og D um dómsúrskurð um hvort skilyrði laga til framsals þeirra til Bandaríkjanna væru uppfyllt. Í forsendum úrskurðarins sagði m.a. svo:

Af bréfi mannréttindadeildar bandaríska dómsmálaráðuneytisins 25. mars 1996, [...], og öðrum gögnum, [...], kemur fram, að mannréttindabrot eru látin viðgangast gagnvart fögnum í fangelsum Maricopa-sýslu (Maricopa County Jails), en í þeim eru meðal annars vistaðir fangar, sem ekki eru látnir lausir gegn tryggingu og bíða dóms í sýslunni. Bréf þetta var sent eftir rannsókn, sem fram fór á vegum mannréttindadeildar dómsmálaráðuneytisins á ætlaðri óhóflegri valdbeitingu gagnvart fögnum og skorti á heilbrigðisþjónustu við þá í þessum fangelsum. Ekkert liggur fyrir í málinu um það, að ástand mála í fangelsunum hafi batnað. Samkvæmt bréfi [...] lögmanns varnaraðila í Arizona, [...], kemur fram, að varnaraðilar yrðu vistuð í Maricopa County Jails þann tíma, er þau biðu þess, að mál þeirra yrði tekið fyrir hjá dómstólum, ef þeim tekst ekki að leggja fram tryggingu. [...] Samkvæmt 68. gr. [stjkskr.] og ákvæði í 3. gr. [MSE], skal enginn maður sæta pyndingum eða ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. Af framangreindu bréfi bandaríska dómsmálaráðuneytisins er ljóst, að meðferð fanga í fangelsum Maricopa-sýslu [...] brýtur í bága við þau ákvæði 68. gr. [stjkskr.] og 3. gr. [MSE], að enginn skuli sæta ómannúðlegri meðferð. Ekki er ástæða til að vefengja, að varnaraðilar muni vera ófær um að leggja fram framangreinda tryggingu. Þau hafa rennt stöðum undir það, að þau muni verða vistuð í Maricopa County Jails, uns mál þeirra, sem framsal í máli þessu snýst um, verður tekið fyrir af dómstólum. Þykja vera fram komin nægileg gögn í málinu, sem ekki hafa verið hrakin af ákærvaldinu, að hætt sé við, að þar muni bíða þeirra ómannúðleg meðferð. Þegar þetta er virt, þykja ekki vera lagaskilyrði til að framselja varnaraðila, [...] til Bandaríkjanna Norður-Ameríku.

Meirihluti Hæstaréttar leysti úr málinu á öðrum forsendum, sbr. *Hrd. 1997:2828 (framsal til Bandaríkjanna)*. Þótt óljóst sé má greina í forsendum meirihluta dómenda að upplýsingar um hvernig flytja átti C og D til Bandaríkjanna hafi haft áhrif á þá niðurstöðu dómsins að staðfesta úrskurð héraðsdóms, einkum á þeim forsendum að íslensk stjórnvöld hefðu ekki gætt meðalhófs, sbr. 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993, í málinu við meðferð valdheimilda sinna. Í dóminum er því lýst að C og D hefðu m.a. gert þá kröfu til bandarískra yfirvalda að þau yrðu ekki handtekin við komuna til heimalandsins enda yrðu þau að öðrum kosti „flutt í járnum til ákvörðunarstaðar eftir reglum, sem giltu um fangaflutninga innan Bandaríkjanna. Meðferð manna, sem sættu slíkum flutningum, fæli í sér margs konar óþægindi og lítillækkun, sem væri ónaðsýnleg og þau vildu komast hjá“. Engin bein afstaða er hins vegar tekin í forsendum meirihluta Hæstaréttar til þeirra málsástæðna varnaraðila sem beindust að 68. gr. stjkskr. og 3. gr. MSE.

Í sératkvæði eins dómara er lagt til grundvallar að samkvæmt 45. gr. laga nr. 19/1991 beri ákærvaldinu að sanna að skilyrði hafi verið til framsals lögum samkvæmt. Hafi C og D *leitt líkur* að því „að meðferð á framsalsfögnum við flutning til og eftir að komið er á ákvörðunarstað í Maricopa-sýslu fram til dómsmeðferðar brjóti gegn ákvæðum 68. gr. [stjkskr.] og 3. gr. [MSE], sbr. og 7. gr. alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi um, að enginn maður skuli sæta ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð. [...] Sóknaraðili [ákærvaldið] verður þannig ekki talinn hafa sýnt fram á, að skilyrðum laga nr. 13/1984 [um framsal sakamanna og aðra aðstoð í sakamálum] sé fullnægt um framsal varnaraðila“.

Eðli máls samkvæmt er ekki rökrétt að draga víðtækar ályktanir af *Hrd. 1997:2828* (og eftir atvikum *Hrd. 21. febrúar 2002* sem að ofan er rakin) um afstöðu íslenskra dómstóla til túlkunar 1. mgr. 68. gr. stjkskr. þegar um brottvísun útlendinga eða framsal sakamanna er að ræða. Hugsanlega má þó ráða það af forsendum héraðsdóms eða af tilvitnuðu sératkvæði að þar hafi ekki verið gerðar jafn ríkar kröfur um að færð séu fram sterk og málefnaleg rök um raunverulega hættu á broti gegn 1. mgr. 68. gr. stjkskr. eins og MDE hefur gert við túlkun 3. gr. MSE í sambærilegum málum. Í sératkvæðinu er niðurstaðan um þetta t.d. fengin með því orðalagi að sóknaraðili hafi „leitt líkur“ að því að meðferð þeirra við flutning til og eftir að komið hefði verið á ákvörðunarstað í Maricopa-sýslu og fram til dómsmeðferðar bryti gegn ákvæðinu.

7. Gerir 1. mgr. 68. gr. stjskr. kröfu um að refsing sé í eðlilegu samræmi við eðli og grófleika refsiverðrar athafnar?

Bann 1. mgr. 68. gr. stjskr. tekur einnig til þess að láta mann sæta refsingu sem telst ómannúðleg eða vanvirðandi. Lögskýringargögn að baki ákvæðinu líta fyrst og fremst að lýsingu á athöfnum sem falla undir hugtakið meðferð sem gert var að umtalsefni í kaflanum hér á undan. Í athugasemdunum segir meðal annars svo um hugtakið refsing:

Fyrirmælin í 1. mgr. 6. gr. um bann við ómannúðlegri eða vanvirðandi refsingu [skírskota] sérstaklega til meðferðar á fögnum sem aflána refsingu. Þau dæmi, sem tekin hafa verið hér að framan um hvað telst vera ómannúðleg og vanvirðandi meðferð, gilda þannig með sama hætti þegar rætt er um refsingu. Í tengslum við fyrirmælin í ákvæðinu um refsingar kemur þó einnig til skoðunar hvort tiltekin tegund víðurlaga geti á einhvern hátt hlutlægt séð talist ómannúðleg eða vanvirðandi. Hægt er álykta afdráttarlaust af ákvæðinu að það feli í sér bann við hvers konar líkamlegum refsingum.⁷⁸ (skáletur höf.)

Ljóst er að 1. mgr. 68. gr. stjskr. girðir fyrir að löggjafinn mæli fyrir um í refsí-ákvæði að líkamlegum refsingum verði beitt í tilefni af tiltekinni háttsemi, sjá hér til hliðsjónar áður nefndan dóm MDE 25. apríl 1978, *Tyrer gegn Englandi*, (þrjú högg með priki á afturendann). Álitafni er hvort 1. mgr. 68. gr. stjskr. setur frekari skorður við almennu svigrúmi löggjafans til að ákveða umfang og eðli þeirra refsinga eða refsitgunda sem beita má í tilefni af tiltekinni háttsemi. Þá vaknar einnig sú spurning hvort stjórnarskrárákvæðið geri einhverjar kröfur til dómstóla þegar þeir ákvarða refsingu, innan skýrra marka refsí-ákvæðis, í tilteknu máli. Setur 1. mgr. 68. gr. stjskr. t.d. einhverjar hömlur við því að dómari dæmi mann í 6 ára óskilorðsbundið fangelsi fyrir þjófnað, sem er hámarksrefsing samkvæmt 1. mgr. 244. gr. almennra hegningarlaga, fyrir að taka kexpakka úr Hagkaupum ófrjálsri hendi?⁷⁹ Væri slík refsing *in concreto* ómannúðleg eða vanvirðandi í merkingu stjórnarskrárákvæðisins? Ef svo er, hvar ber að draga mörkin? Mátti dómari í áður nefndu dæmi ákvarða refsinguna 3, 4 eða 5 ára óskilorðsbundið fangelsi án þess að refsíákvörðunin væri talin brjóta í bága við hið fortakslausa bann 1. mgr. 68. gr. stjskr.?

Orðalag 1. mgr. 68. gr. stjskr. og ofangreindar athugasemdir úr greinargerð með frumvarpi því er varð að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995, þ.e.

⁷⁸ *Alþi.* 1994–1995, A-deild, bls. 2094.

⁷⁹ Í dæminu er auðvitað gefið að engar refsihækkunarástæður séu til staðar, t.d. ítrekun o.s.frv. Raunar má velta því fyrir sér hvort það skipti nokkru máli í þessu samhengi.

einkum sá hluti þeirra sem höfundur hefur skáletrað, benda til þess að framangreindar spurningar kunni að eiga rétt á sér við skýringu stjórnarskrárákvæðisins. Þess skal getið að af hálfu fræðimanna hefur verið byggt á því við afmörkun á 3. gr. MSE að fyrirmæli ákvæðisins um bann við ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð hafi að geyma lágmarkskröfu til ákvæða landslaga um að gætt sé samræmis á milli eðlis tiltekinnar háttsemi sem maður hefur haft í frammi og þeirrar refsingar sem hann hlýtur eða kann að hljóta af því tilefni.⁸⁰ Til nánari afmörkunar má benda á að í MDE 2. mars 1987, *Weeks gegn Englandi*, er að finna ráðagerð um það að lengd refsingar kunni, miðað við atvik máls, að vera þáttur í mati á því hvort brotið hafi verið gegn 3. gr. MSE. Í því máli hafði maður sem framdi vopnað rán (e. armed robbery), þá 17 ára gamall, með því að hóta eiganda dýrabúðar með óhlaðinni startbyssu (e. starting gun) og stolið 35 pence, verið dæmdur í lífstíðarfangelsi. Við uppkvaðningu dómsins hafði enski dómari lýst því yfir að hann hefði dæmt hinn ákærða í lífstíðarfangelsi sökum þess að hann væri hættulegur samfélaginu en ekki vegna eðlis verknaðarins. MDE taldi að ótímabundin vistun einstaklings vegna hættueiginleika hans gæti talist réttlætunleg á grundvelli mannréttindasáttmálans ef tryggt væri að vistun hans væri endurskoðuð reglulega hjá dómstól, sbr. 4. mgr. 5. gr. MSE. Á hinn bóginn tók MDE fram að væri maður dæmdur í lífstíðarfangelsi vegna brots sem þessa alfarið á grundvelli mats á refsieðli verknaðar væri það verulegum vafa undirorpið hvort slík refsing samrýmdist 3. gr. MSE („one could have serious doubts as to its compatibility with Article 3 of the Convention which prohibits *inter alia* inhuman punishment“).⁸¹

⁸⁰ Sjá hér t.d. Ståle Eskeland: *Strafferett*. Cappelen Akademisk Forlag, Oslo (2000), bls. 95, þar sem segir að „forbudene mot umenneskelig og nedverdiggende behandling også innebærer et minstekrav til den nasjonale lovgivning med hensyn til forholdsmessighet mellom en handlings straffverdighet og straffen“. Sjá einnig Erling Johannes Husabø: „Strafferetten og menneskerettene.“ *Jussens Venner*, hefte 3, (1995), bls. 139, og Ben Emmerson & Andrew Ashworth: *Human Rights and Criminal Justice*. Sweet & Maxwell, London, (2001), bls. 481–484.

⁸¹ MDE 2. mars 1987, *Weeks gegn Englandi*, 47. mgr. Sjá nánar Ben Emmerson & Andrew Ashworth: sama rit, bls. 481. Vakin skal athygli á því að þegar réttindi þau sem varin eru af 8.–11. gr. MSE eru skert með því að maður (eða eftir atvikum lögaðili) er látin sæta refsí-ábyrgð kann við mat á því hvort skerðing umræddra réttinda samrýmist efnisskilyrðinu um nauðsyn í lýðræðisþjóðfélagi (e. necessary in a democratic society), sem fram kemur í öllum þessum ákvæðum, að vera horft til eðlis þeirrar refsitgundar sem beitt er og þyngd refsingar, sjá hér MDE 7. desember 1976, *Handyside gegn Englandi*, 49. mgr., og MDE 19. febrúar 1997, *Lasky o.fl. gegn Englandi*, 49. mgr. Ekki er tóm til að reifa hér nánar þau sjónarmið sem hér hafa verið lögð til grundvallar af hálfu MDE í þessu sambandi.

Ég bendi hér einnig á að fræðimenn hafa gengið út frá því í umfjöllun um 3. gr. MSE að ákvæðið eigi sér efnislega samsvörun í ákvæði 8. viðauka (e. Eighth Amendment) við stjórnarskrá Bandaríkjanna.⁸² Í þeim viðauka eru þær refsingar bannaðar sem eru „cruel and unusual“. Er þessi ályktun m.a. studd við það að MDE hefur lagt til grundvallar að undir ómannúðlega eða vanvirðandi refsingu í 3. gr. MSE falli einnig í ákveðnum tilvikum þær refsingar sem teljast „óvenjulegar“ (e. unusual), sbr. *MDE 28. mars 2000, Mahmut Kaya gegn Tyrklandi*. Í ljósi þessa skal vakin athygli á því að Hæstiréttur Bandaríkjanna hefur skýrt framangreindan 8. viðauka við bandarísku stjórnarskrána á þá leið að hún hafi að geyma tiltekna kröfu um meðalhóf (e. proportionality) á milli refsiverðrar athafnar og þeirrar refsingundar sem beitt er almennt eða í tilteknu tilviki, sjá t.d. *Ewing v. California, uppkveðinn í Hæstarétti Bandaríkjanna 5. mars 2003*. Í þeim dómi staðfesti rétturinn fyrri fordæmi um tilvist ákveðinnar meðalhófsreglu í 8. viðauka við bandarísku stjórnarskrána. Í þessu máli komst rétturinn hins vegar að þeirri niðurstöðu að löggjöf Kaliforníu („three strikes law“) bryti ekki í bága við umrætt bann 8. viðaukans.⁸³

Réttlætissjónarmið krefjast þess að viðurlög séu í skynsamlegu og eðlilegu samræmi við afbrotið og sök hins brotlega. Því hefur verið haldið fram

⁸² Sjá hér Peer Lorenzen: *Den Europæiske Menneskeretskonvention*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. útg., Kaupmannahöfn (2003), bls. 109, og umfjöllun um tengsl 3. gr. MSE og 8. viðauka við stjórnarskrá Bandaríkjanna í riti Mark Janis, Richard Kay & Anthony Bradley: *European Human Rights Law, Text and Materials*. Clarendon Press, Oxford (1995), bls. 134–139.

⁸³ Löggjöfin mælir fyrir um að maður sem áður hefur verið dæmdur fyrir tvö eða fleiri alvarleg brot eða ofbeldisbrot („two or more serious or violent felonies“) skuli fortakslaust hljóta ævilangt fangelsi fyrir þriðja brot falli það undir tiltekna tegund ásetningsbrota (e. felony) óháð eðli þess að öðru leyti. Þriðja brot hins dómfellda var í þessu tilviki þjófnaður á þremur gólfboltum. Í dómi meirihluta Hæstaréttar Bandaríkjanna sagði m.a. svo í atkvæði Sandra Day O'Connor, hæstaréttardómara: „[T]he primacy of the legislature, the variety of legitimate penological schemes, the nature of our federal system, and the requirement that proportionality review be guided by objective factors [...] inform the final one: The Eighth Amendment does not require strict proportionality between crime and sentence. Rather, it forbids only extreme sentences that are „grossly disproportionate“ to the crime.“ Sjá einnig eftirfarandi dóma: *Weems v. United States, 217 U.S. 349 (1910)* og *Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962)*, en þar sagði Hæstiréttur Bandaríkjanna, bls. 669: „Even one day in prison would be cruel and unusual punishment for the „crime“ of having a common cold.“ Sjá einnig *Solemn v. Helm, 463 U.S. 277 (1983)* og *Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957 (1991)*, en þar segir m.a.: „[The Eighth Amendment forbids] only extreme sentences that are grossly disproportionate to the crime.“

af hálfu fræðimanna að jafnvel þótt sýna megi fram á að þyngri refsing en samrýmist brotinu gæti haft meiri varnaðaráhrif er slík notkun varnaðarástæðna siðferðilega röng og hættuleg af réttaröryggissjónarmiðum.⁸⁴ Þegar horft er til þessa, orðalags 1. mgr. 68. gr. stjkskr., lögskýringargagna og dómaframkvæmdar að baki 3. gr. MSE, tel ég að ekki sé hægt að útiloka að skýra beri 1. mgr. 68. gr. stjkskr. þannig að hún hafi að geyma sérgreinda meðalhófsreglu sem kunní eftir atvikum að taka bæði til refsingar *in abstracto*, þ.e. eins og henni er lýst í refsíakvæði, og refsíakvörðunar *in concreto*. Á grundvelli 1. mgr. 68. gr. stjkskr. hvíli á löggjafanum og dómstólum sú skylda að gæta þess að eðlilegt hlutfall sé á milli refsiverðrar athafnar og þeirrar refsingar sem ákvæðið mælir fyrir um eða þeirrar refsingar *in concreto* sem dæmd er hverju sinni hjá dómstólum. Í athugasemdunum að baki 1. mgr. 68. gr. stjkskr. er tekið sérstaklega fram að það „[komi] til skoðunar [í tengslum við fyrirmælin í 1. mgr. 68. gr. stjkskr. um refsingar] hvort tiltekin tegund viðurlaga geti á einhvern hátt hlutlægt séð talist ómannúðleg eða vanvirðandi“.⁸⁵ Þegar horft er til orðalags greinarinnar verður varla talið að hún nái til annarra tilvika í þessu samhengi en þeirra sem virðast augljóslega stríða gegn almennum samngirnis- og réttlætissjónarmiðum.⁸⁶ Leiðir þetta hreinlega af orðunum *ómannúðleg eða vanvirðandi refsing*.

8. Samantekt og niðurstöður

Hér að framan hefur verið leitast við að fjalla með nokkuð almennum hætti um þau sjónarmið, tilvik og álitæfni sem koma til athugunar við skýringu á 1. mgr. 68. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944. Dómstólar hér á landi hafa enn sem komið er ekki lýst afstöðu sinni svo nokkru nemur til inntaks ákvæðisins. Þau réttarheimildafræðilegu tengsl sem eru á milli 1. mgr. 68. gr. stjkskr. og 3. gr. MSE, og sú afstaða mín að dómaframkvæmd MDE hafi nokkra réttarlega þýðingu við skýringu stjórnarskrárákvæðisins, leiða til þess að hægt er að leita fanga þar um leiðbeiningar í því skyni. Þó er því haldið fram og rökstutt í greininni að ástæða sé til að ætla að íslenskir dómstólar muni gefa 1. mgr. 68. gr. stjkskr. nokkuð rýmra gildissvið en

⁸⁴ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*. Bókaútgáfa Orators, Reykjavík (1992), bls. 76.

⁸⁵ *Alþt.* 1994–1994, A-deild, bls. 2094.

⁸⁶ Stále Eskeland orðar það þannig að „det gjelder nok i så fall bare i ekstreme tilfeller“, sjá sama rit, bls. 95.

MDE hefur gefið 3. gr. MSE. Hversu víðtækt það verður og þá til hvaða tilvika það nær er hins vegar ógjörmingur að segja til um þegar þetta er ritað.

Í greininni er leitast við að fara nokkuð skipulega yfir dómaframkvæmd MDE um almenna afmörkun 3. gr. MSE sem ég tel að hljóti að verða lögð til grundvallar sem mikilvægt skýringarsjónarmið við túlkun 1. mgr. 68. gr. stjkskr. Lýst er þeim efnislega mun sem er á inntaki hugtakanna „ómannúðleg“ annars vegar og „vanvirðandi“ meðferð eða refsing hins vegar. Er því haldið fram að skýrgreining MDE á hugtakinu *degrading* sé þýðingarmikil við túlkun á hugtakinu *vanvirðandi* í 1. mgr. 68. gr. stjkskr., enda muni að líkindum reyna meira á þann hluta ákvæðisins en fyrri hlutann varðandi pyndingar og aðra *ómannúðlega* meðferð eða refsingu sem gerir kröfur um beint líkamlegt eða andlegt tjón eða verulegar þjáningar eða sársauka fórnarlambins. Almennri umfjöllun um inntak þessara hugtaka lýkur með lýsingu á eftirfarandi *viðmiðum* sem ég tel rétt að lögð séu til grundvallar við skýringu 1. mgr. 68. gr. stjkskr., sjá lok kafla 3.4.:

Það er ekki fyrir en umræddar athafnir eru á grundvelli heildstæðs mats á atvikum og eftir hlutlægum mælikvarða farnar að valda tilteknum manni tjóni á líkama eða sál eða verulegri hættu á slíku tjóni (ómannúðleg meðferð eða refsing), eða eru til þess fallnar að niðurlægja hann eða setja hann í þá aðstöðu að hann óttist um líf sitt eða líkamlegt eða andlegt heilbrigði (vanvirðandi meðferð eða refsing), að réttindavernd 1. mgr. 68. gr. stjkskr. kann að verða virk.

Rökstutt er í kafla 4 að 1. mgr. 68. gr. stjkskr. áskilur tiltekna málsmeðferð af hálfu ríkisins í ákveðnum tilvikum, einkum um rannsókn og undirbúning máls. Þannig verði t.d. gerð krafa um að almennt séu ekki teknar ákvarðanir um einangrun afplánunarfanga eða gæsluvarðhaldsfanga nema að undan-genginni læknisskoðun. Þá verði almennt að ganga út frá því að berist stjórnvöldum trúverðug ábending eða kæra um ráðstafanir eða aðgerðir af þeim toga sem 1. mgr. 68. gr. stjkskr. lýsir beri þeim að jafnaði að láta fara fram fullnægjandi rannsókn á fyrirbyggjandi atvikum.

Í greininni leitast ég við í kafla 5.2. að rökstyðja þá skoðun mína, meðal annars að virtri 1. mgr. 68. gr. stjkskr., að verulega óheppilegt sé að sá, sem stýrir rannsókn opinbers máls, taki ákvörðun um einangrun gæsluvarðhaldsfanga. Hef ég þá meðal annars horft til þess hvernig nú er háttað fyrirkomulagi þessara mála hér á landi.

Í kafla 5.3. er fjallað um almenna þýðingu 1. mgr. 68. gr. stjkskr. þegar um vistun í afplánunarfangelsi er að ræða. Tekið er fram að á ríkinu hvíli almenn skylda á grundvelli 1. mgr. 68. gr. stjkskr. til að haga fullnustu refsídóma

þannig að gætt sé að líkamlegri og andlegri velferð fanga. Eigi það m.a. við um ákvarðanir er varða einangrun eða skammtímvastun í öðrum klefa, um beitingu handjárna og aðra líkamlega valdbeitingu og um aðgang að læknisþjónustu. Þá fjalla ég sérstaklega um vistun geðsjúkra manna í afplánunarfangelsi og leitast við að rökstyðja þá skoðun mína að slík ráðstöfun geti talist brjóta í bága við 1. mgr. 68. gr. stjkskr., a.m.k. þegar ekki er fyllilega tryggt að viðkomandi fái þá sérhæfðu læknisþjónustu sem nauðsynleg er miðað við aðstæður. Í lok kaflans kemst ég að eftirfarandi niðurstöðu um tengsl 1. mgr. 68. gr. stjkskr. og 3. gr. MSE í tilvikum frelsissviptra manna sem vistaðir eru í umsjá ríkisins:

MDE hefur verið gagnrýndur af fræðimönnum fyrir varfærni sína við túlkun og beitingu 3. gr. MSE í málum er varða vistun manna í stofnunum á vegum ríkisins. Það er skoðun mín, m.a. í ljósi þessa, að þegar frelsissviptir menn eiga í hlut beri íslenskum dómstólum, jafnvel umfram önnur tilvik sem falla undir 1. mgr. 68. gr. stjkskr., að leggja sjálfstætt mat á réttarleg áhrif stjórnarskrárákvæðisins við mat á aðstæðum í fangelsi og athöfnum þeirra sem fara með opinbert vald á sviði refsifullnustu sem taki mið af íslenskum veruleika. Dómaframkvæmd MDE um skýringu 3. gr. MSE á því ekki að öllu leyti við um skýringu 1. mgr. 68. gr. stjkskr. í tilvikum sem þessum.

Í kafla 6 er fjallað um áhrif 1. mgr. 68. gr. stjkskr. á réttarstöðu útlendinga, t.d. þegar teknar eru ákvarðanir um brottvísun þeirra úr landi. Þá er fjallað um skýringu og beitingu stjórnarskrárákvæðisins þegar framselja á sakamenn. Þar leitast ég við að rökstyðja þá afstöðu mína að íslensk stjórnvöld og dómstólar verði að taka í hverju tilviki til fullnægjandi athugunar, að virtri 1. mgr. 68. gr. stjkskr., hvort atvik og aðstæður séu með þeim hætti að ekki sé rétt að vísa útlendingi úr landi, sbr. IV. kafla laga nr. 96/2002, um útlendinga, eða að framselja sakamenn, sbr. lög nr. 13/1984, um framsal sakamanna og aðra aðstoð í sakamálum. Við það mat legg ég til grundvallar að hafa skuli hliðsjón af eftirfarandi viðmiðum sem MDE hefur lagt til grundvallar við matið, sbr. 3. gr. MSE:

Sýna þurfi fram á það með *sterkum og málefnalegum rökum* að raunveruleg hættu sé á því að viðkomandi einstaklingur verði í móttökuríkinu látinn sæta meðferð eða refsingu sem falli undir 3. gr. MSE.

Í kafla 7 er vikið að því álítaefni hvort 1. mgr. 68. gr. stjkskr. geri þá kröfu að eðlilegt samræmi sé á milli dæmdrar refsingar og eðlis refsiverðrar athafnar. Lagt er til grundvallar að ekki sé útilokað að skýra beri 1. mgr. 68. gr. stjkskr. þannig að hún hafi að geyma *sérgreinda meðalhófsreglu* sem kunnir eftir at-

vikum að taka bæði til refsingar *in abstracto* og refsíákvörðunar *in concreto*. Þannig kunni að hvíla á löggjafanum og dómstólum sú skylda að gæta þess að eðlilegt hlutfall sé á milli refsiverðrar athafnar og þeirrar refsingar sem refsíákvæðið mælir fyrir um annars vegar eða þeirrar refsingar sem dómstólar dæma hverju sinni hins vegar.®

Heimilda- og ritaskrá

- Ben Emmerson & Andrew Ashworth: *Human Rights and Criminal Justice*. Sweet & Maxwell, London (2001).
- Björg Thorarensen: „Einkaréttaráhrif Mannréttindasáttmála Evrópu og skyldur ríkja til at-
hafna samkvæmt sáttmálanum.“ *Afmælisrit, Gaukur Jörundsson sextugur 24. september 1994*. Bókaútgáfa Orators (1994).
- Concluding observations of the Committee against Torture: Iceland*. 17/11/98, A/54/44, paras. 53–60. (Concluding Observations/Comments) (1998).
- D.J. Harris, M. O'Boyle & C. Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*. Butterworths, London (1995).
- Erling Johannes Husabø: „Strafferetten og menneskerettene.“ *Jussens Venner*, hefte 3, (1995).
- Eva Smith: *Straffeprocess. Grundlæggende regler og principper*. Forlaget Thompson, 5. útg., Kaupmannahöfn (2003).
- Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*. Háskólaútgáfan, 2. útgáfa, Reykjavík (1999).
- Iceland's Second Periodic Report under Article 19 of the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, (2001).
- Jonas Christoffersen: „Højesteret og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.“ *UFR B*, nr. 47, (2000), bls. 593–600.
- Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíábyrgð II*. Háskólaútgáfan, Reykjavík (2002).
- Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*. Bókaútgáfa Orators, Reykjavík (1992).
- Manfred Nowak: *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*. N.P. Engel (1993).
- Mark Janis, Richard Kay & Anthony Bradley: *European Human Rights Law. Text and Materials*. Clarendon Press, Oxford (1995).
- P. van Dijk & G.J.H. van Hoof: „Theory and Practice of the European Convention on Human Rights.“ *Kluwer Law International*, 3. útg., Hague (1998).
- Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina Holst-Christensen & Jens Vedsted-Hansen: *Den Europæiske Menneskeretskonvention*. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, Kaupmannahöfn (2003).
- „Pre-trial Detention in the Baltic Sea Area. A Survey with Recommendations based on the Seminar „Pre-Trial Detention in the Baltic Sea Area“ in St. Petersburg/Pushkin, 2–4 February 2003.“ Justis- og Politidepartementet, Norway, & Commissioner, Council of the Baltic Sea States, (2003).
- Report to the Icelandic Government on the visit to Iceland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 29 March to 6 April 1998*, (1999).

- Response of the Icelandic Government to the Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its visit to Iceland from 29 March to 6 April 1998*, (1999).
- Sarah Joseph, Jenny Schultz & Melissa Castan: *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*. Oxford University Press (2000).
- Skúli Magnússon: *Hin lagalega aðferð og réttarheimildirnar*. Háskólaútgáfan, Reykjavík (2003).
- Ståle Eskeland: *Strafferett*. Cappelen Akademisk Forlag, Oslo (2000).

Dómar Hæstaréttar Íslands:

- Hrd. 14. nóvember 2002 í máli nr. 167/2002
- Hrd. 28. ágúst 2002 í máli nr. 398/2002
- Hrd. 15. mars 2002 í máli nr. 123/2002
- Hrd. 21. febrúar 2002 í máli nr. 85/2002
- Hrd. 24. janúar 2002 í máli nr. 446/2001
- Hrd. 4. október 2001 í máli nr. 371/2001
- Hrd. 3. júlí 2001 í máli nr. 246/2001
- Hrd. 19. desember 2000 í máli nr. 125/2000
- Hrd. 18. desember 2000 í máli nr. 419/2000
- Hrd. 1999:2957
- Hrd. 1999:857
- Hrd. 1999:781
- Hrd. 1998:693
- Hrd. 1998:516
- Hrd. 1997:3739
- Hrd. 1997:2828
- Hrd. 1995:1908

Álit umboðsmanns Alþingis:

- UA 12. apríl 2002 í máli nr. 3204/2001
- Urlausn UA 18. mars 2002 í máli nr. 3399/2001
- UA 21. nóvember 2001 í máli nr. 2805/1999
- UA 7. júlí 2000 í máli nr. 2426/1998

Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu:

- MDE 29. júlí 2003, *McGlinchey o.fl. gegn Englandi*
- MDE 26. nóvember 2002, *E. o.fl. gegn Englandi*
- MDE 15. júlí 2002, *Kalashnikov gegn Rússlandi*
- MDE 25. júlí 2001, *Valasinas gegn Litháen*
- MDE 10. júlí 2001, *Price gegn Englandi*
- MDE 16. október 2001, *Ira Samuel Einhorn gegn Frakklandi*
- MDE 10. maí 2001, *Z. o.fl. gegn Englandi*
- MDE 19. apríl 2001, *Peers gegn Grikklandi*

MDE 6. mars 2001, *Dougoz* gegn *Grikklandi*
MDE 27. febrúar 2001, *Çiçek* gegn *Tyrklandi*
MDE 6. febrúar 2001, *Bensaid* gegn *Englandi*
MDE 30. janúar 2001, *Dulaş* gegn *Tyrklandi*
MDE 26. október 2000, *Kudla* gegn *Póllandi*
MDE 10. október 2000, *Satik o.fl.* gegn *Tyrklandi*
MDE 11. apríl 2000, *Veznedaroğlu* gegn *Tyrklandi*
MDE 6. apríl 2000, *Labita* gegn *Ítalíu*
MDE 28. mars 2000, *Mahmut Kaya* gegn *Tyrklandi*
MDE 16. desember 1999, *V* gegn *Englandi*
MDE 9. desember 1999, *Erdem* gegn *Pýskalandi*
MDE 28. júlí 1999, *Selmouni* gegn *Frakklandi*
MDE 9. júní 1998, *Tekin* gegn *Tyrklandi*
MDE 16. desember 1997, *Raninen* gegn *Finnlandi*
MDE 29. apríl 1997, *H.L.R.* gegn *Frakklandi*
MDE 19. febrúar 1997, *Laskey o.fl.* gegn *Englandi*
MDE 28. október 1996, *Nsona* gegn *Hollandi*
MDE 4. desember 1995, *Ribitsch* gegn *Austurríki*
MDE 22. september 1993, *Klaas* gegn *Pýskalandi*
MDE 25. mars 1993, *Costello-Roberts* gegn *Englandi*
MDE 29. október 1992, *Y* gegn *Englandi*
MDE 30. október 1991, *Vilvarajah o.fl.* gegn *Englandi*
MDE 20. mars 1991, *Cruz Varas o.fl.* gegn *Svþjóð*
MDE 7. júlí 1989, *Soering* gegn *Englandi*
MDE 2. mars 1987, *Weeks* gegn *Englandi*
MDE 25. apríl 1978, *Tyrer* gegn *Englandi*
MDE 18. janúar 1978, *Írland* gegn *Englandi*
MDE 7. desember 1976, *Handyside* gegn *Englandi*

Úrlausnir Mannréttindanefndar Evrópu:

MNE X gegn *Englandi*, Appl. 5229/71, Coll. 42 (1973)

Dómar Hæstaréttar Bandaríkjanna:

Ewing v. California, 5. mars 2003

Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957 (1991)

Solemn v. Helm, 463 U.S. 277 (1983)

Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962)

Weems v. United States, 217 U.S. 349 (1910)

SKÚLI MAGNÚSSON

ÍSLENSK FISKVEIÐISTJÓRN OG RÉTTUR
EIGENDA SJÁVARJARÐA TIL FISKVEIÐA*

Efnisyfirlit

1. Inngangur
2. Hverjar eru heimildir eigenda sjávarjarða til veiða úr nytjastofnum innan netlaga jarða sinna?
 - 2.1 Hugtakið netlög
 - 2.2 Eru netlög hluti sjávarjarða?
 - 2.3 Afmörkun netlaga
 - 2.4 Fiskveiðiréttur landeiganda í netlögum
3. Takmarkanir á fiskveiðirétti innan netlaga jarðar
 - 3.1 Almennar takmarkanir á fiskveiðirétti innan netlaga jarðar
 - 3.2 Áskilnaður um veiðiheimildir samkvæmt lögum nr. 38/1990 um stjórn fiskveiða
 - 3.3 Áskilnaður um veiðiheimildir og eignarréttarvernd fiskveiðiréttar innan netlaga
 - 3.4 Skerðingar á veiðirétti vegna reglna um veiðar krókabáta o.fl.

* Tilfni þessarar greinar er álitgerð sem ég samdi að beiðni nefndar um endurskoðun laga um stjórn fiskveiða í september 2001. Sú grein sem hér birtist er þó aðeins að nokkru leyti byggð á álitgerðinni þótt meginniðurstöður séu þær sömu. Dr. jur. Gaukur Jörundsson og Karl Axelsson hrl. lásu yfir einstaka kafla greinarinnar og gáfu mér gagnlegar ábendingar. Þær fullyrðingar og niðurstöður sem settar eru fram í greininni eru þó að sjálfsgöðu alfar-
ið mínar.

LÖGBERG

RIT LAGASTOFNUNAR
HÁSKÓLA ÍSLANDS

RITSTJÓRAR

STEFÁN MÁR STEFÁNSSON

VIÐAR MÁR MATTHÍASSON

HÁSKÓLAÚTGÁFAN

REYKJAVÍK 2003