

eru öll hófstíllari. Þá hafa bæði hestaréttarlögmaður og prófessor tjáð sig í til-
efni af ummælum ráðherra.

Það er ljóst að mannréttindadómstóllinn sem stofnun er í miklum vanda
staddur. Nú munu tæplega 80.000 mál, stór og smá, bíða afgreiðslu hans. Sú tala
er af þeirri stærðargráðu að menn hljóta að standa agndofa frammi fyrir henni.
Þessi tala getur ekki sagt annað en það að hér er komið út í hreint óefni. Prófessor
Björg Thorarensen hefur bent á það að skýringin á þessum málafljóða sé m.a. sú
að aðildarríkjum Eyrópuráðsins hafi fjölgað að miklum mun og í hinum nýju
aðildarríkjum mörgum hverjum standi mannréttindi völlum fótum. Málafljódim
eigi einnig þá skýringu að víða teji menn mannréttindi á sér brotin vegna þess að
mikill hægagangur sé á afgreiðslu dómstóla. Helmingur þeirra mála sem fyrir
dómstólinum séu komi frá fjórum ríkjum, Rússlandi, Póllandi, Rúmeníu og Tyrk-
landi. Prófessorinn segir að dómstóllinn hafi kveðið upp 718 dóma á síðasta ári.
Af þeim hafi eitt hundrað haft þýðingu fyrir skýringu á mannréttindasáttmá-
lunum. Hát hlutfall annarra mála hafi verið vegna langs málsmeðferðartíma
heima fyrir og einnig séu sömu sakarefni borin undir dómstólinn hvað eftir
annað. Mannréttindadómstóllinn standi nú sjálfur frammi fyrir sama vanda að
því er varði málsmeðferðartíma og sé það kaldhæðnislegt.

Ragnar Aðalsteinsson hestaréttarlögmaður, sem er alfarið á móti takmörk-
unum á málskotrétti til dómstólsins, vill leysa þennan vanda með því að fjölga
deildum dómstólsins, og auka þannig atköstun, og auka fjárveitingar.

Yonandi er hægt að leysa vanda dómstólsins á einhvern tæknilegan hátt. Þó er
vandséð að vandinn verði leystur til frambúðar nema til komi endurskoðun á
mannréttindasáttmálanum sjálfum, eins og hann er nú tilikaður, og sömleðis
reglum sem gilda um mannréttindadómstólinn. Það er ekki nein einhlit skýring
til á því hvað telst til mannréttinda og hvað ekki. Um það hafa menn löngunum deilt
og rætt aftur og fram. Í raun og veru er þetta efni svo úþýnt og óljóst að við
högur að hver og einn geti búið sér til skýringu og haldið því fram að hún sé jafn-
gild öðrum skýringum. Menn ætlu þó hugsanlega að geta sammælt að verulegu
marki um það hvað flokkast undir grundvallarmannréttindi og afmarka þau með
ákveðnum hætti. Það ljófar tæpast að segja að öll mannréttindi séu grundvallar-
mannréttindi. Afram metti svo deila, t.d. um það hvort mannréttindi séu brotin
með því að þurfa að greiða stöðumtælasæki og að borga í strætisvagn, svo að neftíð
séu mál af dönskum vettvangi. Auðvitað eru þau mál hlægileg en kunna samt að
sýna hvernig teygt hefur verið úr mannréttindamúrnum. Það er deginum ljós-
ara að hér þarf að staldra við og taka mannréttindamál in öll til gaumgæflegar
umræðu og endurskoðunar. Hvort það á að gera á forsendum Mads Bryde And-
ersen er svo annað mál. Þýðingarnikið er að forða umræðunni frá pólitískum
skotgrafabernaði, þótt hún hljóti alltaf að einhverju marki að vera pólitísk. Þótt
sjómálmenn ráði ferðinni þegar til kastanna kemur þurfa þeir ekki að ráða
þeirri umræðu sem fer fram. Umræðan þarf að vera hlutlæg og mótuð af yfir-
vegum og réttsgyni. Þá leið verður að fara til þess að reyna að tryggja sem best
vitræna niðurstöðu.

*Róbert R. Spanó útskrifaðist frá lagadeild Háskóla
Íslands 1997 og lauk meistaraþráðu, mag. jur., á sviði
ríksréttar frá lagadeild Oxford-Háskóla 2000. Hann
varð aðjúnkt við lagadeild Háskóla Íslands 2000 og
lektor þar 2002 (hlutastarf). Hann var aðstoðarmaður
umboðsmanns Alþingis frá 1. janúar 2001 til 31. ágúst
2004 en tók þá við starfi dósens við lagadeild HI.*



Róbert R. Spanó:

STJÓRNARRSKRÁIN OG REFSIÁBYRGÐ (síðari hluti)

– meginreglan um skýrleika refsheimilda –

EFNISYFIRLIT

1. UMFJÖLLUNARFEND

2. RÉTTARGRUNDVÖLLUR MEGINREGLUNNAR UM SKÝRLEIKA REFSHEIMILDA

- 2.1 Akvæði 1. mgr. 69. gr. stjórnarskránnar og 1. mgr. 7. gr. Mannrétt-
indasáttmála Eyrópu
- 2.2 Almennar og sérgreindar skýrleikakröfur stjórnarskránnar í saka-
málum
- 2.3 Er meginreglan um skýrleika refsheimilda sjálfstæð réttarregla eða
hluti af grunnreglunni um lögbundnar refsheimildir? – dómur Hæsta-
réttar 28. október 2004, nr. 251/2004

3. INNTAK OG GILDISSVIÐ MEGINREGLUNNAR UM SKÝRLEIKA REFSHEIMILDA

- 3.1 Viðhorf íslenskra og erlendra fræðimanna og dómframkvæmd í nor-
rennum rétti, bandarískum rétti og hjá Mannréttindadómstóli Eyrópu
 - 3.1.1 Inngangur
 - 3.1.2 Viðhorf íslenskra fræðimanna
 - 3.1.3 Danskur réttur
 - 3.1.4 Norskur réttur
 - 3.1.5 Bandarískur réttur
 - 3.1.6 Mannréttindasáttmáli Eyrópu

- 3.2 Íslenskir dómur þar sem byggt er á sjónarmiðum um skýrleika refsheimilda
 - 3.2.1 Almenn
 - 3.2.2 Dómafrákvæmd
- 3.3 Ályktanir af dómafrákvæmd og viðhorfum fræðmanna
 - 3.3.1 Inngangur
 - 3.3.2 Áhersla á viðvörðunarsjónarmiðið
 - 3.3.3 Refsheimildir mega ekki vera of almennar og óljósar – mörk meginreglunnar um skýrleika refsheimilda og tálkunar refsilaga
 - 3.3.4 Samspil almenna og óljósra háttmístreglna í settum lögum og nánari efnisreglna í almennum stjórnvaldsfyrirmælum
 - 3.3.5 Almennur og hlutægur mælikvarði en ekki einstaklingsbundinn
 - 3.3.6 Frávík frá hefðbundinni tilhögun refsíðabyrgðar – er rétt að horfa til lögskýringargagna við mat á skýrleika refsheimilda?
 - 3.3.7 Almennur og sérgreindur óskýrleiki refsheimilda
 - 3.3.8 Matskemnd svigrúmsákvæði – þróun refsheimilda í dómafrákvæmd og ráðgjöf lögfræðings
 - 3.3.9 Eyðuákvæði
4. SKÝRLEIKI REFSHEIMILDA OG LÖG NR. 4/1963 UM RÁÐHERRA-ÁBYRGÐ
 - 4.1 Inngangur
 - 4.2 Reglur stjórnarskrárinna um ráðherraþyrgð og tvískipt eðli hennar
 - 4.3 Almennur lög nr. 4/1963 um ráðherraþyrgð
 - 4.4 Efnisreglur laga nr. 4/1963 og meginreglan um skýrleika refsheimilda
5. NIÐURSTÖÐVUR

1. UMFJÖLLUNAREFNIÐ

Það er grundvallarregla íslenskrar stjórnskipunar að mönnum verði aðeins refsíð samkvæmt heimild í settum réttarreglum sem stafa frá Alþingi eða í almennum stjórnvaldsfyrirmælum sem eiga óvirkæða stöð í lögum. Réttargrundvöllur þessarar *grunnreglu um lögbundnar refsheimildir* að stjórnögum er l. mgr. 69. gr. stjórnarskrárfélags Íslands nr. 33/1944, sbr. 7. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995. Hún hefur einnig verið talin leiða af 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. 1. gr. laga nr. 62/1994, og 1. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Í 1. hefti Tímartís lögfræðinga árið 2004 birtist fyrri hluti greinaskrifa mína um stjórnarskrána og refsíðabyrgð þar sem fjallað var um grunnregluna um lögbundnar refsheimildir, m.a. um eðli hennar sem kröfu um *lýðræðislegan uppruna* refsheimilda.¹ Vegna sérstakra einkenna refsíðabyrgðar

1 Róbert R. Spanó: „Stjórnarskráin og refsíðabyrgð (fyrri hluti) – grunnreglan um lögbundnar refsheimildir“. Tímartí lögfræðinga. 1. hefti. 54. árg. (2004), bls. 5-47.

og íþyngjandi eðlis hennar² verður auk kröfu um lýðræðislegan uppruna refsheimilda að reija askillegt að refsheimildir séu ávallt orððar með þeim hætti að ekki leiki vafi á því hvort tiltekið háttsemi – afhöfn eða afhafnaleysi – falli undir verknaðarlýsingu í refsíðakvæði. Refsheimildir verða m.ö.ö. að vera *skýrar* (l. *lex certa*). Orð og hugtök í texta eru hins vegar í eðli sínu ófullkominn miðill merkingar, a.m.k. þannig að tryggt sé að þau miði í öllum tilvikum sömu merkingu til tveggja eða fleiri heilbrigðra og skynsamra einstaklinga.³ Við mat þess að viðhalda eðlilegu jafnvægi á milli tilgangs refsheimilda og þess réttaröryggis sem borgararnir eiga að njóta í samskiptum við rettsvörslukerfið. Hér má vísa til eftirfarandi sjónarmiða danska refsiréttarfræðingsins Knud Waaben.⁴

Der er vanskeligheder ved at foretage lovanvendelsens koblinger mellem en normativ tekst og virkelighedens fænomener. Handlinger og forløb er jo ikke på forhånd udstyret med et sprogligt signalment der svarer eller ikke svarer til en kode i loven. Vi bearbejder virkeligheden ved at sætte ord på den, dette kan ske på mangfoldige måder uden at være bundet af lovens vokalabularium eller af et andet sprogligt klassifikationssystem. Og hvad lovens ord angår vil de ofte vise sig at være kendte i forskellige betydninger eller ligefrem at savne en deskriptiv betydning ud over en flygtig antydning om tankens retning. Det kræver derfor en mellemregning – en mere eller mindre vilkårlig brug af sproget – at nå til slutninger om hvorvidt en handling, et forløb eller et andet fænomen kan henføres under lovens ord.

Í þessum síðari hluta um stjórnarskrána og refsíðabyrgð verður fjallað um *meginregluna um skýrleika refsheimilda* sem dómstólar hér á landi og fræðimenn hafa á undanförmum árum lagt til grundvallar að leiði einnig af ofan-nefndri 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinna.⁵ Verður í því sambandi lítið til við-

2 Róbert R. Spanó: „Lagareglur um refsíðabyrgð opinberra starfsmanna“. Ulfjótur. 4. töl. 52. árg. (2000), bls. 512-513. „Séðli og einkenni refsíðakvæða, og þá einkun þær miklu kröfur sem getað eru til þess að forn og efn þeirra sé skýrt og aðgengilegt, endurspeglja þá sérstöku þýðingu sem refsingar og önnur refsikemnd viðurbög geta haft á daglegt líf manna. Við greiningu og lýsingu á efnisinnaki refsíðakvæða verður því að taka mið af þessu séðli refsíðabyrgðarinnar, enda getur framkvæmd og fullnusta refsíðanna haft í för með sér eina áhrifarkustu skerðingu á afhafnarleisi manna sem lög heimila og takmarkað grundvallaréttindi einstaklinga til sjálfstæðra ákvarðana um líf sitt og lífveru“.

3 Sjá hér til hljóðsjónar Páll Skúlason: „Nokkur hugtök og úrlausnarnefni í tálkunarfærð“. Mál og tálkun. Hið íslenska Bókmenntafélag. Reykjavík (1981), bls. 175-200.

4 Knud Waaben: „Lovkrævet i strafferetten“. Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab. 1. töl. 81. árg. (1994), bls. 133.

5 Sjá t.d. eftirfarandi til *Íslenskra fræðimanna*: Jónatan Þórnundsson: Afþrot og refsíðabyrgð I. Háskólaútgáfan. Reykjavík (1999), bls. 167-181; eðli sama höfund: Viðurlög við afbrotum. Bókafélagið Orators. Reykjavík (1992), bls. 38 (um skýrleika viðurlögareglu); Gunnar G. Schram: Stjórnskipunarréttur. Háskólaútgáfan. 2. útg. Reykjavík (1999), bls. 513-514; Róbert R. Spanó: „Um vansvefna skipsstjóra og afliadjuaga stýrimenn – hugleiðingar um hlutlega refsíðabyrgð einstaklinga í íslenskum rétti“. Tímartí lögfræðinga. 1. hefti. 49. árg. (1999), bls. 17-30, og eftir sama höfund: „Lagareglur um refsíðabyrgð opinberra starfsmanna“. Ulfjótur. 4. töl. 52. árg. (2000), bls. 512-513.

2.2 Almennar og sérgreindar skýrleikakröfur stjórnarskrárinna í sakamáli

Stjórnarskráin gerir ákvæðnar form- og efniskröfur til refsheimilda við móttun verknadarysinga og við ákvörðun löggjafans um refsitegundir og mörk þeirra. Af 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinna leiða tileknar *almennar* form- og efniskröfur til löggjafans við setningu refsíðkvæða og til dómstóla við beiðingu þeirra í frakkvæmd. Það stjórnarskrárákvæði á þannig við um allar refsheimildir óháð eðli þeirra eða tegund og felur því í sér *almenna lagaskilnaðarreglu*. Þegar refsheimildir mæla hins vegar fyrir um skerðingu mannréttinda, t.d. tjáningarfrelsis, sbr. 73. gr. stjórnarskrárinna, eða atvinnufrelsis, sbr. 75. gr., kunna þau mannréttindaákvæði hins vegar að gera aðrar og eftir atvikum meiri kröfur til skýrleika slíkra refsheimilda en leiðir af 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinna. Hinar *sérgreindu lagaskilnaðarreglur* 64.-66. gr. og 71.-75. gr. stjórnarskrárinna fela þannig í sér *lex specialis* að þessu leyti í sakamáli um gagnvart hinu almenna ákvæði 1. mgr. 69. gr.¹³

Ákvæði 1. mgr. 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu hefur að geyma almenna lagaskilnaðarreglu í ofangreindum skilningi, þ.e. *almenna reglu er tekur til allra mála þar sem refsíðbyrgð kemur til greina*. Eðli og tegund refsinaemar háttsemi skiptur því ekki máli þegar inntak og gildissvið ákvæðisins er náðar afmarkað, sbr. hins vegar ákvæði 8., 9., 10. og 11. gr. sáttmálans sem eiga við þegar refsiverð háttsemi felur í sér skerðingu eða takmörkun á fríhjelgi einkalífs, trúfrelsis, fjáningarfrelsis eða félags- og fundarfrelsis. Fyrirmæli 7. gr. sáttmálans eru því að jafnaði til fyllingar við túlkun og beiðingu undanþágureglna 2. mgr. 8. gr., 2. mgr. 9. gr., 2. mgr. 10. gr. og 2. mgr. 11. gr. Á það einkum við um það skilyrði fyrir skerðingu á þeim réttindum sem þessi ákvæði vanda að hún eigi sér næga stöð í *lögum* bæði hvað varðar form og efni. Mat á því hvort refsiregla teldist t.d. nægjanlega skýr og fyrirsjáanleg til skerðingar á tjáningarfrelsi fræri því að jafnaði fram á grundvelli undanþágureglu 2. mgr. 10. gr. mannréttindasáttmálans en ekki 1. mgr. 7. gr., sbr. t.d. dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *Sunday Times* gegn *Englandi*.¹⁴ Samkvæmt þessu hefur 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu einkum sjálfstæða þýðingu í þeim tilvikum þegar refsíðbyrgð tekur til háttsemi sem *ekki* nýtur sem slík vendar samkvæmt öðrum ákvæðum sáttmálans.

Í þessari grein verður umfjöllunin miðuð við greiningu á meginregluinni um skýrleika refsheimilda samkvæmt hinum *almennu lagaskilnaðarreglum* 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinna og 1. mgr. 7. gr. mannréttindasáttmálans. Þar kann þó að þurfa að hafa til hlífðsjónar þau sjónarmið sem eiga við um skýrleika refsheimilda þegar reynir á hinar sérgreindu lagaskilnaðarreglur stjórnarskrárinna.

¹³ Sjá nánar um hugtökin *almenn* og *sérgreind lagaskilnaðarregla* Róbert R. Spanó, „Stjórnarskráin og refsíðbyrgð“ (fyrri hluti), bls. 35-38.

¹⁴ Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *Sunday Times* gegn *Englandi* frá 29. mars 1979, Series A, No. 30. Nánar verður vikið að þessum dómi í kafla 3.1.6.

innar og mannréttindasáttmálans, sem að framan eru nefndar, enda skarast þessar reglur talsvert eins og nánar verður vikið að í kafla 3.1.6.¹⁵

2.3 Er meginreglan um skýrleika refsheimilda sjálfstæð réttarregla eða hluti af grunnreglu um lögbundnar refsheimildir? – dómur Hæstaréttar 28. október 2004, nr. 251/2004 (hvildartími öikumanna)

Því álitaefni má velta fyrir sér hvort meginreglan um skýrleika refsheimilda sé *sjálfstæð réttarregla* sem leidd verður af 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinna eða *hluti af grunnreglu um lögbundnar refsheimildir*.¹⁶ Grunnreglan áskilur að mælt sé fyrir um refsheimild í settum lögum frá Alþingi eða eftir atvikum í almennum stjórnvaldsfyrirmælum. Ef enga verknadarysingu er að finna í þessum réttarheimildum verður manni ekki refsáð fyrir þá háttsemi sem honum er gefin að sök, sbr. t.d. **H 2000 2957** (gaffallyfari).¹⁷

Í grunnregluinni felst einkum krafa um *lýðræðislegan uppruna* refsheimilda.¹⁸ Þótt ákærvaldið telji að viðhlifandi refsheimild sé til staðar kann samt sem áður að rísa ágreiningur um hvort hún telst *nægjanlega skýr*. Þá er ljóst að krafa um að refsheimildir séu skýrar á við hvort sem heimildin sækir stöð sína í sett lög í þrengri merkingu eða almenn stjórnvaldsfyrirmæli sem tekið er tillit til þess, að refsireglur séu *afgengilegar og skýrar* (accessible and foreseeable). Sjá hér enn fremur eftir sama höfundur, In Search of Universal Justice. Studies in comparative and international criminal law. Reykjavík (2002), bls. 25.

¹⁵ Um skýrleikakröfur hina séstökku lagaskilnaðarreglna 8.-11. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu er fjallað í ritgerð **Kjartans Bjarna Björgvinssonar**, „Verðleikar laganna – lagaskilnaðarregla Mannréttindasáttmála Evrópu og afstæða hennar til íslensks réttar“, Útfljótur, 3. töl. 56. árg. (2003), kafla 5.

¹⁶ Í ríu **Jónatans Þórnundssonar**, Afbot og refsíðbyrgð I, er gengið út frá því að meginreglan um skýrleika refsheimilda sé í raun viðbot við og þar með hluti af grunnregluinni, sjá eflifrandi umfjöllun á bls. 153; „Grundvallarreglan ... hefur með lögfestingu mannréttindasáttmálans fengið aukinn styrk í almennum lögum hér á landi, og ekki síst fyrir þær kröfur, sem Mannréttindadómstóll Evrópu hefur gert til þess, að refsireglur séu *afgengilegar og skýrar* (accessible and foreseeable)“. Sjá hér enn fremur eftir sama höfundur, In Search of Universal Justice. Studies in comparative and international criminal law. Reykjavík (2002), bls. 25.

¹⁷ **Róbert R. Spanó**, „Stjórnarskráin og refsíðbyrgð“ (fyrri hluti), bls. 22 og 39-40. Í **H 2000 2957** (gaffallyfari) var ákærtað gefið að sök að hafa brotið gegn ákvæðum c-íðar 2. gr., 1. tölublið a-íðar 3. gr. og 1. mgr. 11. gr. reglna nr. 198/1983 um réttindi til að stjórna vinnuvélum, eins og þeim var breytt með 1. gr. reglna nr. 24/1999, sbr. 1. mgr. 99. gr. laga nr. 46/1980 um aðbúnað, hollusinnhætti og öryggi á vinnustöðum, með því að hafa ekið gaffallyfjara án tilskilinna réttinda. Á dómi Hæstaréttar sagði m.a. svo: „Hvorki er í tilvinduðum ákvæðum reglna nr. 198/1983 með áorðnum breytingum né 1. mgr. 99. gr. laga nr. 46/1980 lagt þann við því að maður, sem ekki hefur hlötið sérstök réttindi, stjórni gaffallyfjara þeirrar gerðar, sem ákærtaði ók umrætt sinn, gagnstætt því, sem áður gildi samkvæmt 2. mgr. 1. gr. reglugerðar nr. 121/1967 um réttindi til vinnu og meðferðar á vinnuvélum. Skortir því viðhlifandi lagastöð fyrir því að ákærtaði hafi unnið til refsingar með áðurmeindri háttsemi sinni, sbr. 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinna, eins og henni var breytt með 7. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995“. Sjá hér einnig um samberlegt álitaefni **H 18. nóvember 2004**, nr. 236/2004 (vinnuvélar).

¹⁸ **Róbert R. Spanó**, „Stjórnarskráin og refsíðbyrgð“ (fyrri hluti), kaflar 4 og 7.

skiljanlegar.¹⁹ Aðgreining þessara reglna hefur þar að auki hagnýta þýðingu enda gilda að sumu leyti mismunandi sjónarmið um mat á því hvort refsheimild samrýmist annars vegar grunnreglu um lögbundnar refsheimildir og hins vegar meginreglu um skýrleika refsheimilda. Með þetta í huga standa til þess bæði fræðileg og hagnýt rök til að flokka meginregluna sem *sjálfstæða réttarregla*²⁰ fremur en hluta af grunnreglu um lögbundnar refsheimildir.²¹

19 Um framsal lagasetningarvalds á sviði refsréttar til annars sjónvalds en ráðherra skal hér til hljóðsónar getið dóms *Hæstaréttar* 18. nóvember 2004, nr. 236/2004 (vinnuvélar). Þar var lagt til grunnvallar að löggjafinn hefði ekki getað framselt stjórn Vinnuettílis ríkisins vald til að setja refsákvæði í almennum sjónvaldsfyrirmæli á grundvelli laga nr. 46/1980 um aðbúnað, hollustuhætti og öryggi á vinnustöðum. Ekki er ástæða til að eirða að þessi dómur hafi takmarkað fordæmisgildi að þessu leyti þótt á kunnri að röksemdir. *Hæstaréttar* fyrir þessari niðurstöðu komi nægilega fram.

20 Í riti *Jürgen Aall* Rettergang og menneskeretligheder, bls. 279-280, virðist samþætting afstæða lögdó til grunnvallar: „Foruberegneligheden kan også være trådt for nær hvis den bestemmelser som tilhælen gælder for ikraft på handlingsheden, men ikke tilfredsstiller nærmere krav til præcision og (dæmmed) foruberegneligheder“. Sjá hér einnig *Knut Waaben*: „Lovkravet i straffetexten“, bls. 130-131. Í ritgerð minni „Lagarreglur um refsábyrgð opinberra starfsmanna“ í *Útlifjóni*, 4. tbl., 52. árg. (2000), lagði ég til grunnvallar, án þess að rökstyðja það sérstaklega, að regla um skýrleika refsheimilda væri beinlínis hluti af grunnreglu um lögbundnar refsheimildir, sjá bls. 512. Eins og umföllum hér ber með sér tel ég eftir háttari umhugsun að rök standi til þess að hverfa frá þeirri afstöðu.

21 Við umföllum um þessa aðgreiningu verður að horfa til náinna tengsla grunnreglunnar um lögbundnar refsheimildir í 1. mgr. 69. gr. stjórnarskránnar og sjónarmiða um takmarkanir á framsali lagasetningarvalds á sviði refsréttar sem byggir hefur verið á í íslenskt dómfrankværend og í skriftum fræðimanna, sjá *Jónatan Þórsmundsson*: *Abrot og refsábyrgð I*, bls. 187-191 og *Róbert R. Spanó*: „Stjórnarskráin og refsábyrgð (fyrri hluti)“, kaflar 4. og 7. Af því leiðir að grunnreglan hefur að þessu leyti fengið sjálfstætt gildi sem *kröfa um lýðræðislegan uppruna* refsheimilda sem hægt er að aðgreina frá kröfum til skýrleika þeirrar heimildar sem fullnægur því skilyrði að vera sett af lýðræðislega kjörnum fulltrúum. Þessi tengsl grunnreglunnar og lýðræðis háta til þessa ekki verið beinlínis virkandi í dómstúrum og notískum rétti eða í dómfrankværend Meannétindadómstóls Evrópu um skýringu 1. mgr. 7. gr. mannréttindasáttmáls, enda þar almenn ekki hafið að grunnreglan hafi í raun að geyma takmarkanir á framsali lagasetningarvalds á sviði refsréttar. Af hálfu Mannréttindadómstóls Evrópu er fyrst og fremst meitð hvort refsheimild telst að efni til nægjanlega skýr og fyrirjáanleg, sér. náðar umföllum í kafla 3.1.6 í þessari grein. Hvort nægjanlega skýr refsheimild leiðir af setnum lögum í þengri merkingu eða af almennum sjónvaldsfyrirmælum hefur að jafnaði ekki þýðingu við ídulum 1. mgr. 7. gr. sáttmáls, sjá náðar *Róbert R. Spanó*: „Stjórnarskráin og refsábyrgð (fyrri hluti)“, bls. 23, mgr. 41, og *Iain Cameron*: *National Security and the European Convention on Human Rights*, Iustus Förlag, Uppsóllum (2000), bls. 335. Sjá hér einnig dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *K.-H. W. gegn Þýskalandi* frá 22. mars 2001, *Reports of Judgments and Decisions* 2001-II, þar sem segir í 45. mgr. dómstús: „The Court thus indicated that when speaking of ‘law’ Article 7 applies to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written as well as unwritten law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability“.

Samam mynda þessar réttarreglur þá tvo aðgreinda en náskylda efnisþætti er falla innan heildarheitisins *lögmenisregla refsréttar*.²²

Með ofangreinda niðurstöðu í huga skipur t.d. máli við val á orðalagi í forsendum dóma að ljóst sé við hvaða réttarreglu í 1. mgr. 69. gr. stjórnarskránnar innar dómstólar stýðjast að þessu leyti í úrlausnum sínum. Mat á fordæmisgildi dóma getur enda verið vandkvæðum bundið ef óljóst er hvort niðurstaðan er byggt á því að refsheimild fari í bága við grunnregluna um lögbundnar refsheimildir eða meginregluna um skýrleika refsheimilda. *Dómur Hæstaréttar* frá 28. október 2004, nr. 251/2004 (hvíldartími ökumanna) er dæmi um þetta.

Ávik voru þau að X var sóttur til saka fyrir umferðarlagabrot með því að hafa ekið vöruflutningabíreið yfir sjö daga tímabil án þess að taka sér „lögboðna vikuhvítid“. Var hátsemi X í ákæru talin varða við a-ilið 1. gr. reglugerðar nr. 136/1995 um aksturs- og hvíldartíma ökumanna o.fl. í innanlandsflutningum og í flutningum innan Eyrópska efnahagssvæðisins, sbr. ákvæði reglugerðar ráðsins (EBE) nr. 3820/85 um samhæfingu tiltekinnar löggjafar á sviði félagsmála er varðar flutninga á vegum, sbr. 6. mgr. 44. gr., sbr. 1. mgr. 100. gr. umferðarlaga nr. 50/1987. Í dómi *Hæstaréttar* var X sýknaður og voru forsendur dómstús m.a. eftirfarandi:

Reglugerð nr. 136/1995 var sett meðal annars með stöð í háglíðandi ákvæði 6. mgr. 44. gr. umferðarlaga. Í því var hvorki að finna sjálfstæða verknaðarlýsingu á broti varðandi hvíldartíma ökumanna né aðrar efnisreglur þar um, heldur segði einungis að dómstálaráðherra gæti sett reglur um hvíldartíma ökumanna. Efnisákvæði 2. mgr. 44. gr. umferðarlaga kemur ekki til álita í máli þessu þar sem ákærða er ekki gefið að sök í ákæru að hafa brotið gegn því lagaákvæði, heldur hinn *valkverðu* ákvæðum reglugerðar ráðsins (EBE) nr. 3820/85 um hvíldartíma ökumanna. Ákvæði 1. mgr. 100. gr. umferðarlaga hefur það geyma aðgreinda refsreglu sem vísar til verknaðarlýsinga í öðrum ákvæðum laganna og í ákvæðum reglna sem setlar eru samkvæmt þeim. Breytir þetta ákvæði engu um niðurstöðu málsins þar sem *sjálfstæða verknaðarlýsingu var hvorki að finna í 6. mgr. 44. gr. laganna, eins og áður segir, né heldur í reglugerð nr. 136/1995 sem sett var með stöð í umferðarlögum. Samkvæmt þessu er hér ekki um að ræða svo skýra refsheimild að samrýmanleg sé 1. mgr. 69. gr. stjórnarskránnar. Verður því staðfest niðurstæða hins áfrýjaða dóms um sýknu ákærða. (leuturbr. höf.)*

Við greiningu á þessum dómi verður í fyrsta lagi að hafa í huga að í 1. gr. reglugerðar nr. 136/1995, sem vísað var til í ákæru, segir meðal annars að ákvæði EES-samningsins, sem vísað er til í 20., 21. og 23. tölul. XIII. viðauka

22 Sjá *Knut Waaben*: „Lovkravet i straffetexten“, bls. 130-131: „Det er endnu et krav til en velindrettet straffetext som nogle vil henføre til legalitetsprincippet. Det er kravet til lovgiveren om at gemingsbeskrivelser skal være nøjagtige og tydelige og ikke må overlade for meget til domstolenes vurderinger“. Um hugtakið *lögmenisregla* á sviði íslensks refsréttar, sjá *Róbert R. Spanó*: „Stjórnarskráin og refsábyrgð“ (fyrri hluti), kafla 2.

við hann, skuli gilda hér á landi með þeim breytingum og viðbótum sem leiðir af viðaukanum, bókun við samninginn og öðrum ákvæðum hans, svo og þeirri aðlögun sem leiðir af ákvæðum 2.-4. gr. reglugerðarinnar. Reglugerð ráðsins (EBE) nr. 3820/85 er ein þeirra gerða sem vísað er til í viðaukanum, sbr. a-lið 1. gr. reglugerðar nr. 136/1995. Ákærvaldið taldi að efnislýsingu þess brots sem ákærða væri gefið að sök væri í ákvæðum sem með réttu væru 2. mgr. 1. tölul. 6. gr. og 3. tölul. 8. gr. umræddrar reglugerðar ráðsins (EBE) nr. 3820/85. Samkvæmt þessu lá ljóst fyrir að sjálfstæða verknaðarlýsing þess brots sem X var gefið að sök kom hvorki sem slík fram í texta umferðarlaga eða reglugerðar nr. 136/1995. Af hálfu ákærvaldsins var því byggt á verknaðarlýsingu í EES-gerð sem er að finna í viðauka við EES-samninginn og vísað er til a-liða 1. gr. reglugerðar nr. 136/1995. Í *annan stað* er í tilvinnuðum forsendum úr dómi Hæstaréttar vísað til þess að þau ákærvaldið byggði á í málinu, séu *valkævd*. Virðist þar átt við að ákvæði 2. mgr. 1. tölul. 6. gr. og 3. tölul. 8. gr. reglugerðar ráðsins hafi veitt ökunönnun val um hvernig þeir fullnægðu þeim kröfum um hvíldartíma sem þar eru tilgreindar.

Þrátt fyrir tilvísun Hæstaréttar til þess að nægilega „skýra refsheimild“ skorti verður ekki annað ráðið af niðurlagi tilvitaðra forsendna dómsins en að *ákvörðunarástæða*²³ Hæstaréttar sé sú að „sjálfstæða verknaðarlýsingu“ hafi hvorki verið að finna í 6. mgr. 44. gr. umferðarlaga né í reglugerð nr. 136/1995 sem sett var með stöð í umferðarlögum. Þar sem engin verknaðarlýsing hafi verið til staðar í gildum refsheimildum hafi háttsemi X ekki verið refsniær eins og þarna háttæði til. Hér var nánar tiltekið ekki um að ræða vönnun á *skýrleika* verknaðarlýsingarinnar heldur fremur að *engin* verknaðarlýsing hafi verið til staðar í gildum refsheimildum. Samkvæmt þessu verður ekki annað séð en að sú réttarregla sem leiddi til þeirrar niðurstöðu hafi verið grunnreglan um lögbundnar refsheimildir en *ekki* meginreglan um skýrleika refsheimilda. Hafi því í raun skort „viðhlifandi lagastöð“ eða „viðhlifandi lagahemild“ fyrir því að láta X sæta refsingu, sbr. til hljóðsónar orðalag í **H 2000 2957** (gefallyfti-ari), í **dómi Hæstaréttar** 8. febrúar 2001, nr. 432/2000 (fýgd veiðefirlitsmanns) og í **dómi Hæstaréttar** 18. nóvember 2004, nr. 236/2004 (vinnuvélar). Ef það var á annað borð afsíða Hæstaréttar að tilvísunartitur reglugerðar nr. 136/1995 eða valkætt eðli umræddra ákvæða í reglugerð ráðsins (EBE) nr. 3820/85, sem vísað er til í a-lið 1. gr. fyrrnefndu reglugerðarinnar, hafi leitt til þess að ekki var fullnægt meginreglunni um skýrleika refsheimilda kemur sú afstaða og rök fyrir henni a.m.k. ekki nægjanlega fram í forsendum dómsins.

23 Um hugtakið *ákvörðunarástæða* dóms (l. ratio decidendi) við tilkun forðanna, sjá **Skali Magnússon**. Hín lagalega aðferð og réttarheimildirnar. Háskólaútgáfan. Reykjavík (2003), bls. 132-134.

Þar sem forsendur Hæstaréttar í ofangreindum dómi virðast samkvæmt framangreindu nokkuð óljósar um þá réttarreglu sem leiddi til sýknu X er mat á fordemisgildi hans erfðleiknum bundið. Það má t.d. spyrja þeirrar spurningar hvort forsendurnar beri með sér þá afsíðu dómenda að refsibýrgð verði ekki viðurkennd á grundvelli refsheimildar sem byggir að öllu leyti á efnislýsingu EES-gerðar sem innleidd er í almennt stjórnvaldsfyrirmæli með svokallaðri tilvísunaraðferð. Ef svo er þá vaknar sú spurning hvort rökinn að baki þeirri afsíðu séu þau að við slíkar aðstæður séu almennt of fjárlæg tengsl á milli framsalsheimildarinnar í almennum lögum og tilvísunarákvæðis í stjórnvaldsfyrirmælunum að ekki sé fullnægt grunnreglunni um lögbundnar refsheimildir í 1. mgr. 69. gr. stjórnarskránnar. Rökkin gætu þó fremur verið þau að við slíkar aðstæður sé réttarheimildalegur grundvöllur refsheimildarinnar orðinn það óskýr að ekki sé fullnægt meginreglunni um skýrleika refsheimilda.²⁴

Ákvæði 1. mgr. 69. gr. stjórnarskránnar utlokar almennt séð ekki það fyrirkomulag að refsibýrgð verði byggð á verknaðarlýsingu í EES-gerð, sem innleidd er með svokallaðri *tilvísunaraðferð*, ef inntak þeirrar efnislýsingar á sér nægjanlega stöð í settum lögum frá Alþingi og EES-gerðin er birt með þeim hætti sem lög gera ráð fyrir, sbr. 27. gr. stjórnarskránnar og nýsamþykkt lög nr. 15/2005 um Stjórnartíðindi og Lögþingargarð. Í slíkum tilvikum verður að líta svo á að efnislýsing í EES-gerð njóti í raun sömu stöðu sem réttarheimild eins og hún kemni beinlínis fram í texta almennta stjórnvaldsfyrirmæla.²⁵ Þó kunnna að vera tákmarkanir á því hvé langt megi ganga í þessu efni. 26. Liða verður svo á að þessum skilyrðum grunnreglunnar hafi ekki verið fullnægt í því tilviki sem um var fjallað í framangreindum **dómi Hæstaréttar** frá 28. október 2004 (hvíldartími ökumanna) og hafi því verið rétt að sýkna X. Ef efnislýsing í EES-gerð fullnægir ofangreindum skilyrðum um næga lagastöð og birtingu er það hins vegar ávallt sjálfstætt úrlausnarefni hvort sú lýsing fullnægir meginreglunni um skýrleika refsheimilda. Sá háttur að orða verknaðarlýsingar í refsheimildum með valkævðum hætti kann eftir atvikum að leiða til þeirrar ályktunar að skilyrðum meginreglunnar sé ekki fullnægt.

24 Sjá umfjöllun um þessi álitaeefni í norskum og sænskum rétti **Asbjörn Strandbakk**: „Grannaloven § 96“, bls. 201, og **Petter Asp**. EU & Straffriten. Studier rörande den europeiska integrationens betydelse för den svenska straffriten. Uppsala (2002), bls. 246 og 291.

25 Nánar er fjallað um *eyðakævði* og hvort þau samnámist kröfum um skýrleika refsheimilda í kafla 3.3.9.

26 **Asbjörn Strandbakk**: „Grannaloven § 96“, bls. 201. „Probleme forsterkes imidlertid i tilfellet hvor nasjonale lovgivnings kohler seg til internasjonale normer, for eksempel innenfor EU-retten. Det går derfor utvilsomt en grense for hvor langt man kan drive en slik lovgivningsteknikk på strafferettens område“.

3. INNTAK OG GILDISSVIÐ MEGINREGLUNNAR UM SKÝRLEIKA REFSIHEIMILDA

3.1 Viðhorf íslenskra og erlendra fræðimanna og dómframkvæmd í norrænum rétti, bandarískum rétti og hjá Mannréttindadómstóli Evrópu

3.1.1 Inngangur

Í þessum kafla verða rakin þau sjónarmið um skýrleika refsheimilda sem ráðin verða af skriftum íslenskra, danskra, norskra og bandarískra²⁷ fræðimanna. Þá verður vikið að erlendum dómstólum, m.a. hjá Mannréttindadómstóli Evrópu, sem talið verður að hafi þýðingu fyrir viðfangsefnið. Er það gert til að setja greiningu á íslenski dómframkvæmd, sem rakin verður ítarlega í kafla 3.2-3.3, í rétt fræðilegt samhengi þannig að nægjanleg dypt náist í umfjölluninni.

3.1.2 Viðhorf íslenskra fræðimanna

Af hálfu íslenskra fræðimanna hefur þar til nýlegra lítið verið ritað um þær kröfur sem gera verður til skýrleika refsheimilda og meginreglunni því verið tilhöfulega líttil gaumur gefinn. Svo virðist sem lögfesting 1. mgr. 69. gr. sjónarskrárimmar og aukin áhrif Mannréttindasáttmála Evrópu eftir gildistöku laga nr. 62/1994 hafi hins vegar leitt til þess að meginreglan hefur nú fengið aukð vægi í réttarframkvæmd hér á landi og í skriftum fræðimanna.

Í fyrsta bindi ritins *Afþrot og refsibýrgð*, sem út kom á árinu 1999,²⁸ fjallar Jónatan Þórnundsson með almennum hætti um skýrleika refsheimilda á bls. 167-172. Verður ekki annað séð en að þetta sé fyrsta heildstæða umfjöllun

fræðimanns um þetta viðfangsefni í íslenskum rétti.²⁹ Áherslan er þar lögð á það sjónarmið að refsheimild megi ekki vera of almenn og óljós.³⁰

Rétt þykir að gera ráð fyrir því í refsirétti, að hver fullorðinn og heilbrigður einstaklingur geti af frjálsum vilja ráðið því, hvað hann gerir eða lætur óger. Hann þarf að eiga þess kost að kynna sér það og bönn valdhatanna, sem varða þegnar refsivíðurlögum, svo að hann geti lagt sig að kröfum þeirra. Skýr refsilög geta orkað sem *sanngjörn og eðlileg viðvörn*, en óskýr lög kunna beinlínis að leida menn í þá gildnu að bjóða af sér. Þó að menn áti sig ekki á öllum réttaráhrifum tiltekns refsíðkvæðis, gefur skýrt orðalag þess fremur tilefni til að leita ráða hjá löglerðum manni heldur en almennt og óljóst orðalag. Skýr og vel skilgreind veðknadarysing eykur líkur á áreiðanlegri lögfræðiráðgjöf og dregur úr hættu á *missmunum og geðþóttaðkvörðunum í refsivörslukefnum*. (leturbr. hóf.)

Í ritu Gunnars G. Schram, *Sjónarskipunaréttur*, er í umfjöllun um 1. mgr. 69. gr. sjónarskrárimmar vikið stuttlega að meginreglunni um skýrleika refsheimilda.³¹

Ekki er nægilegt að settar séu almennar lagareglur um hvað telst vera refsiverð háttsemi. Felst því sú krafa í 1. mgr. 69. gr. sjóskr. að refsiverðri háttsemi verði að vera svo skýr og ávirkð að ekki geti verið neinnun vafa umdirorpið hvað átt er við og að ekki sé hægt að túlka skilgreiningu á háttseminni með rýmkanandi lögskýringu. Þannig verða borgararnir að vita nákvæmlega hvað átt er við með skilgreiningu á refsiverðri háttsemi svo þeir geti hagnað sér í samræmi við það.

Í tilvinnuðum texta úr riti Jónatans Þórnundssonar er lýst þeim tveimur grundvallarmarkmiðum sem krafa um skýrleika refsheimilda er ætlað að ná. Annars vegar að refsheimild sé ekki það óljós að á skorti að hún veiti borgaranum sanninglagna og eðlilega viðvörn um að háttsemin hans kunnir að vera refsinaem. Nefna mætti þetta *viðvörnarsjónarmiðið*. Á þetta sjónarmið virðist einnig lögð megináhersla í riti Gunnars G. Schram eins og tilvitnaður texti hér að ofan ber með sér. Í fyrnnefndu riti Jónatans er hins vegar einnig hafi í huga að refsivörslukefnum er að lögum fallið það hlutverk að hafa eftirlit með því hvort borgararnir fremji refsiverð brot og að gera viðhífrandi ráðstafanir ef svo

²⁷ Þess eru demni að í ritum íslenskra og norrænna fræðimanna hafi í þessu samhengi verið vikið, bótt í litlum mæli sé, að viðhorfum og dómstólansum í bandarískum rétti um skýrleika refsheimilda, sjá m.a. **Johns Andenas**: „Almínnelig strafferett, bls. 113. **Jónatan Þórnundsson**: „Fordæmi sem réttarheimild í enskum og bandarískum rétti“. *Útlifjörur*, 4. töl. 22. árg. (1969), bls. 363 og 371, og eftir sama höfund: „Afþrot og refsibýrgð I, mgr. 43 á bls. 167-168. Sem viðbótartök fyrir því að horfa til þessa réttarkerfis nefni ég það viðhorf að eins og oft og tíðum á við um grundvallarviðfangsefni á sviði sjónarskipunarrettar þá hafa fræðimenn í Bandaríkjunum lagt minka rækt við greiningu á þeim lagalegu áttahættum og sjónarmiðum sem við eiga um mat á skýrleika refsheimilda, sjá hér t.d. **Andrew E. Goldsmith**: „The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited“. *American Journal of Criminal Law*, 2. töl. 30. árg. (2003), bls. 279-315. Þar er í mgr. 6 og 7 vísad til fjölda heimilda um ritstöf fræðimanna um þetta efni. Ekki er ástæða til að eylla annað en að hafa megi viðhorf bandarískra fræðimanna og dóma Hæstaréttar Bandaríkjanna til hiðsjónar við tilkyn íslensku sjónarskrárimmar, a.m.k. þegar um réttindaákvæði er að ræða sem byggja að verulegu leyti á sömu grundvallarsjónarmiðum. Um slíka samanhúðarskýringu við hiðsjónar við tilkyn íslensku sjónarskrárimmar, sjá **Róbert R. Spanó**: „Ákveði 1. mgr. 68. gr. sjónarskrárimmar um bann við ónannfölegri eða vanvirðandi meðferð eða reisingu“. *Lögberg*, rit Lagastofnunar Háskóla Íslands, (2003), kaflí 7, en þar er fjallað í því samhengi stuttlega um dómframkvæmd Hæstaréttar Bandaríkjanna við skýringu áttunda víðauka við sjónarskrá Bandaríkjanna, sjá einkum bls. 676.

²⁸ Það ahugast að viðhorf **Jónatans Þórnundssonar** um þetta efni koma fram í fyrri útgáfum ritins *Afþrot og refsibýrgð*, sjá fjórlit úgæfin 1994 og 1995, einkum 2. útgáfa í 1995, bls. 140-147.

²⁹ Vikið er stuttlega að sjónarmiðum um skýrleika refsheimilda í riti **Páls Sigurðssonar**: *Fjölmíðlaréttur*, bls. 154, og í ritgerðum **Róberts R. Spanó**: „Um vansvæfa skýpasýfara og aflaðrjúga sýrimeini“, bls. 21 og mgr. 22 á bls. 25; „Lagareglur um refsibýrgð opinberra starfsmanna“, bls. 512, og „Veðknadarysingar XIV. kafla almennra hegningarlaga um brot í opinberu starfi“. *Tímarit lögfræðinga*, 4. hefti 52. árg. (2002), bls. 368 og 383.

³⁰ **Jónatan Þórnundsson**: „Afþrot og refsibýrgð I, bls. 167.

³¹ **Gunnar G. Schram**: *Sjónarskipunaréttur*, bls. 513-514.

meget teoretisk spørsmål om domstolene på statsretligt grundlag i extreme tilfælde ville kunne tilside sætte en lov der praktisk talt ingen vejledning giver for deres afgørelse. Nøget andet er at domstolene i konkret tilfælde kan og skal frimide hvis de ikke i en bestemmelses ordvalg finder tilstrækkeligt sikkert grundlag for at anse forholdet straffbart. Men det betyder ikke at domstolene kan holde sig fri af vurderinger og retsskabende funktioner inden for ret vage ordvalg.

Af tilvintuðum athugasemdum úr framangreindu riti Knud Waaben verður ráðið að hin takmarkaða viðurkenning í dönskum rétti á tilvist reglu um skýrleika refsheimilda virðist m.a. afleiðing af þeirri réttarheimildarfræðilegu stöðu að stjórnarskráin danska hefur ekki að geyma sambærilega tilvísun til lögmeisreglu á sviði refsiréttar eins og 1. mgr. 69. gr. íslensku stjórnarskráinnar og 96. gr. norsku stjórnarskránnar, sem rætt verður um hér síðar. Útgangspunktur umfjöllunar um þetta efni er því ákvæði 1. gr. hegningarlaga anna dönsku. Þá hefur hér ugglaut áhrif að danskir dómstólar hafa veitt löggjafanum verulegt svigrúm við mat á stjórnskipulegu gildi almenna laga.³⁶ Athyglisvert er að Knud Waaben útlökar þó ekki að dómstólar kynnu á stjórnskipulegum grundvelli að vika til hlíðar refsheimild í algjörum undantekningartilvikum enda væri ekki að finna í refsheimildinni neinar leiðbeiningar um inntak hennar og gildissvið. Þá virðast bæði Vagn Greve og Knud Waaben afmarka umfjöllun sína um skýrleikaktörfur í refsifálum að verulegu leyfi við þá skyldu dómstóla að sýkna mann í sakamáli ef vaði lekur á því að háttsemi hans falli undir verknaðarlýsingu refsíakvæðis. Í því sambandi er skrifskotað til þess lösskýringarsjónarmiðs á sviði refsiréttar að vaði um heimfærslu til refsíakvæða ber að skýra sakborningi í hag.³⁷ Hefur því verið haldið fram að dómstólar í Danmörku séu í auknum mæli, og með vísan til meginreglunnar um skýrleika refsheimilda, að gera þá kröfu að sakfelling elgi sér ekki stað nema óvirkæt þyki að ætluð refsiverð háttsemi falli undir verknaðarlýsingu í refsíakvæði.³⁸ Af umfjöllun Vagn Greve verður ekki annað séð en að lögð sé áhersla á viðvornarsjónarmiðið í þessu sambandi.

36 Dórnur Haasaréttar Danmerkur. U 1999 842 H. er fyrsti og eini dómurinn þar sem rétturinn hefur komist að þeirri niðurstöðu að almennt lagaðkvæði brjóti í bága við stjórnarskrána, sjá hér m.a. Jens Peter Christensen & Michael Hansen Jensen: „Højesterets dom i Tvind-sagen“. UFR B 1999, bls. 227-237.

37 Sjá um þetta lösskýringarsjónarmið í íslenskum rétti Jónatan Þórnundsson: Afprot og refsíakvæði I, bls. 243-245 og til hljóðnar dóm héradsóms í H 1995 3149 (Bjartsmál) en honum er náðar lýst í kafla 3.2.2 í greininni.

38 Sjá hér einnig Vagn Greve, Ashbjörn Jensen & Gorm Toftegaard Nielsen: Kommenteret straffelov – Almindeligt del, bls. 96, en þar segir: „Domstolens synes i nyere tid at være på vej til at skærpe kravene til en klar lovtiljæmmel („lex certa“) ... Denne udvikling kan blive fremmet af memskereitiglighedsdomstolens krav om, at straffbare forhold skal beskrives klart i loven“. Í þessu sambandi er vísað til U 1969 56 H. U 1991 85 H. U 1992 16 V. U 1995 405 V og U 1997 634 V. Um mók meginreglunnar um skýrleika refsheimilda og tilkunnar refsilaga er náðar fjallað í kafla 3.3.3.

3.1.4 Norskur réttur

Í norskum rétti hefur meginreglan um skýrleika refsheimilda hlotið þó nokkra viðurkenningu í umfjöllun fræðimanna á síðari árum. Úrlausnir í norski dómrafrankvæmd um beitingu meginreglunnar eru hins vegar fáar og hefur refsheimild t.a.m. enn sem komið er ekki verið vikið til hlíðar á þessum grundvelli.

Í þriðju útgáfu ritins *Alminnelig straffrett* frá 1989 fjallar Johs. Andenæs stuttlega um meginregluna um skýrleika refsheimilda sem hann telur að eigi stöð í 96. gr. norsku stjórnarskránnar.³⁹ Umfjöllun hans miðast einkum við greiningu á því hvort svokölluð matskennd svigrúmsákvæði⁴⁰ eða vísireglur samnámist kröfum um skýrleika samkvæmt 96. gr. norsku stjórnarskránnar, enda sé dómendun með refsheimildum af því tagi falið óhöflegt mat um hvort háttsemi teljist refsíam eður ei. Vísar hann í þessu efni til bandaríks og þýsks réttar. Er það niðurstaða hans ekki að sé hægt að útlöka að verknaðarlýsingu verði talin svo rúm og gljós að á skorti að hún fullnægi þeirri grundvallarforsendu stjórnarskránnar norsku að það sé löggjafinn sem ákvæða skal hverju sinni hvaða háttsemi telst refsiverð.⁴¹

Straffebud af den sidste type harmonerer ikke så godt med den tanke som er kommet til udtryk i Grt. § 96. Når loven gir anvisning på en vurdering fra domstolens side, vil det jo i realiteten si at den ikke selv trekker opp en skarp grense mellom straffbart og ikke straffbart, men at den bevisst overlater den nærmere grensedragning til domstolen. Den sikkerhet og beregnelighet som prinsippet „nulle poena sine lege“ skulle gi, kan bli illusorisk hvis loven selv gir dommerskjønnet det avgjørende ord. I USA har rettspraksis utformet en lære om at straffbesemmelser som gir borge og domstolene altfor liten veiledning om hvor grensen for det straffbare skal trekkes, rett og slett kjennes ugyldige. I Vest-Tyskland er det antatt at forfatingens krav om lovtiljæmmel for straff (Grundlovens § 103) stiller krav om en viss bestemtethet i gjemingsbeskrivelsen. Hos oss var en påstand i denne reiming fremme i en kjent pornografisk for en del år tilbake, men uten å føre frem (R. 1958, s. 479, se især byrettenes drøftelse s. 493-494). Men det kan ikke prinsipielt utelukkes at en gjerningsbeskrivelse kan være så vid og utflytende at den ikke oppfyller Grundlovens forutsetning om at det er lovgiveren som skal avgjøre hva som skal være straffbart.

Frá því að tilvintuður texti í riti Johs. Andenæs kom út hafa norskir fræðimenn að því er virðist fjallað í nokkuð ríkari mæli um meginregluna um skýrleika refsheimilda og þá út frá 96. gr. norsku stjórnarskránnar og einnig

39 Ákvæði 96. gr. norsku stjórnarskránnar er svohljóðandi: „Ingen kan dømmes uden efter lov, eller straffes uden efter Dom. Pinlige Forbør maa ikke finde Sted“.

40 Jónatan Þórnundsson: Afprot og refsíakvæði I, bls. 242. Fjallað er um matskennd svigrúmsákvæði í kafla 3.3.8 í greininni.

41 Johs. Andenæs: Alminnelig straffrett, bls. 113. Sjá hér einnig Johs. Andenæs: Statsforfatningen i Norge. Universitetsforlaget. 8. útg. Oslo (1998), bls. 354-355.

að reknu tilliti til þýðingar og gildis 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu fyrir þróun norsks refsuréttar.⁴² Enda þótt fræðimenn hafi þannig tekið undir það viðhorf Andenæs að refsheimild kunnri að vera að vikið til hlífðar vegna óskýrleika á grundvelli 96. gr. norsku stjórnarskrárinnar hafa norsku dómstólar til þessa þó veitt lögjafafnum talsvert svigrúm í þessu efni eins og eftirfarandi forsendur úr riti Stále Eskeland *Strafferett* frá árinu 2000 bera með sér:⁴³

Utformingun af straffelovgivningunni viser at hensynet til hva lovgiveren anser som nødvendig eller hensiktsmessig utforming oft har hatt større vekt enn de prinsipielle hensyn som ligger bak § 96. Og det finnes ikke noe eksempel på at Høyesterett har tilside satt en straffebestemmelse fordi den overlater for stor skjønnsmyndighet til domstolene. Tvert imot finnes en lang tradisjon for at Høyesterett godtar de skjønnsmessige straffebestemmelser som Stortinget gir – som regel uten at spørsmål om lovkravet i grl. § 96 er overholdt – blir reist.

Í nýlegum dómi Hæstaréttar Noregs, **Rt. 2001, bls. 1303**, var ágreiningur um hvort endurskoðandi gæti orðið refsíðabyrgur á grundvelli hlutafélagalaga fyrir að hafa verið hlutafeldamaður í þeim verknaði stjórnarmanna í hlutafélagi að hafa gefið stjórnvöldum ranga yfirlýsingu um innborgað hlutafé. Var ákærði sýknaður þar sem ekki var talið að tiltekið ákvæði laganna hefði að geyma hátt-ernisreglu sem beint væri að stjórn hlutafélags. Væri því háttsemi endurskoðandans ekki heldur refsinnæm.

Forsendur dómshins virðast benda til þess að viðhorf Johs. Andenæs um að ekki sé fyrir að fara neinni *fortakslausri* reglu um skýrleika refsheimilda í norskum rétti sé enn nokkuð ríkjandi hjá dómendum. Þó sé ljóst að á sviði sér-refsilaga, þar sem aðeins er fyrir að fara almennu refsíðavæði vegna brota á lög-umum, verði að vera nokkuð skýrt hvort tiltekin efnislýsing hafi að geyma lýsingu á refsinnæmri háttsemi og þá að hverjum henni er beint.⁴⁴

For íleggelse af straff gjelder ikke noe absolutt krav om at hjemmelen må være klar, jf. Andenæs, *Almindelig strafferett*, 4. utgave, side 108 flg. Innen spesiallovgivning-

42 Sjá hér t.d. **Jørgen Aall**: *Rettergang og menneskerettigheter*. Universitetsforlaget. Bergen (1995), bls. 279-283; **Nicolai V. Skjerve**: *Kvalitative hjemmelsskrav*. Tano Aschehoug. Oslo (1998), bls. 46-50; **Ståle Eskeland**: *Strafferett*. Cappelen Akademisk Forlag. Oslo (2000), bls. 94 og 102-106, og **Ashjorn Strandbakken**: „Grundloven § 96“. *Jussens Venner*. Hefti 3-4. 39. árg. (2004), bls. 195-202.

43 **Ståle Eskeland**: *Strafferett*, bls. 105.

44 **Rt. 2001, bls. 1303** (1304). Sjá **Jónatan Þórnundsson**: *Albrot og refsíðabyrgð* I, bls. 168. „Það er sérstaklega í *sérrefsilöggið*, sem þess gætur í allri þessari mæli, að lögð sé refsing við brotum á lögum, án þess að um sjálfstærðar brotalýsingar sé að ræða og oft þannig, að *háttsemi* vegna laga, sem refsíðabyrgð gætur byggst á, lýsa skýrdum manna með mjög almennum orðum. Algeng eru refsíðavæði í lokakáflum laga, er segja það eit, að brot á lögnum verði sektum, og eftir atvikum fangelsi að tilteknu marki... Þarf því að ræða það af einstökum háttsemi reglu þessara laga, hvort og að hve miklu leyti þær geta orðið grundvöllur refsíðabyrgðar. Ef úf af þeim er brugðið. Þetta gætur reynst eftirft, sérstaklega ef löggið er ný eða réttarfræmkenndin hefur ekki látið brot á lögum til sín taka nema að táknotkröðu leyti“.

en må det likevel, når straffebestemmelsen generelt rammer overtredelse av påbud i eller i medhold af loven, kreves at det fremgår klart nok av den materielle bestemmelser at den stiller opp en handlingsnorm, og hvem den gjelder for.

Einnig má hér nefna dóm Hæstaréttar Noregs, **Rt. 2002, bls. 1722**, en þar komst rétturinn að þeirri mörustöðu að ákvæði 48. gr. a í norsku hegningarlög- unum um refsíðabyrgð lögáðila væri nægjanlega skýr refsheimild hvað varðaði það tilvik sem til úrlausnar var að virtu orðalagi ákvæðisins og undirbúnings- gögnum.⁴⁵

Efter myt syn gir lovteksten til § 48 a samanhalden med fõrarbeida her tilstrekkelig klar heimel for straff.

Athýglisverð er sú ástæða Hæstaréttar Noregs að við mat á því hvort refs-heimild teljist nægjanlega skýr megi horfa til *undirbúningsgagna* að baki refs-heimild. Um réttmæti þeirrar aðferðarverð verður fjallað nánar í kafla 3.3.6.

Í riti **Jørgen Aall**, *Rettergang og menneskerettigheter*, er fjallað um hvort og þá að hvaða marki stjórnarskrávernd sú sem leiðir af 96. gr. norsku stjórn- skrárinnar fullnægir kröfum 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Í þeirri umföllum er áherslan lögð á að gera greinarmun á hlurvarki lögjafans við móðun og setningu refsheimilda annars vegar og túlkun og beitingu dómstöfa á lögfestri refsheimild hins vegar. **Jørgen Aall** leggur til grundvallar að á báðum þessum handhöfum ríkisvalds hvíli skylda til að tryggja *fyrirsjáanleika* refsheimildarinnar (n. forutberegnelighet) þannig að hún veiti borgaranum *samskipti og eðlilega viðvörðun* um hvort háttsemi hans telst refsinnæm eða ekki. Atvik kunnir að vera með þeim hætti að lögjafinn hafi í upphafi sett refs-heimild sem samkvæmt orðalagi sínu virðist nokkuð skýr og glögg. Við túlkun og beitingu refsheimildarinnar í einstöku máli fari dómstólar hins vegar þá leið að heimfæra undir refsheimildina tilvik sem er efnislega í verulega fjarlægum tengslum við orðalag hennar. Með slíkri aðferðarverð gæti lögskýring dómstöfa í refsímáli brotið í bága við meginregluna um skýrleika refsheimilda sam- kvæmt 96. gr. norsku stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu.⁴⁶

Umföllum **Jørgen Aall** er athýglisverð fyrir þá áherslu sem hann leggur á að allir þeir opinberu aðilar sem koma að setningu refsheimilda, framkvæmd þeirra og meðferð sakanála, þ.e. lögjafinn, ákærvaldið og dómstólar, verði

45 **Rt. 2002, bls. 1722** (1725). Ákvæði 48. gr. a norsku hegningarlaganna um refsíðabyrgð lögáðila er svohljóðandi: „Når et straffebud er overtrådt av noen som har handlet på vegne av et foretak, kan foretaket straffes. Dette gjelder selv om ingen enkeltperson kan straffes for overtredelsen. Med foretak menes her selskap, forening eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet. Straffen er bøter. Foretaket kan også fradømmes retten til å utøve virksomheten eller forbyrs å utøve den i visse former jf. § 29“.

46 **Jørgen Aall**: *Rettergang og menneskerettigheter*, bls. 279-283.

eftir megni að tryggja að tilkun og beiting refsheimilda fullnægi sjónarmiðinu um *fyrirsjáanleika*. Virðist hann því leggja megináherslu á *víðvörðunarsjónarmiðið*. Í samræmi við afstöðu Johs. Andenæs og Ståle Eskeland er það þó jafnframt viðhorf Jørgen Aall að meginreglan um skýrleika refsheimilda hafi sem slík ekki leitt til verulegra vandkvæða í norskri réttarfrankvæmd.⁴⁷

I andre tilfeller er det forutberegnelighetens første garantist, lovgiveren, som svikter. Loven selv er så uppreis med hensyn til den objektive gjerningsbeskrivelse, eller så vanskeligt tilgjengelig at den ikke gir varsel om hvilke tilfeller som rammes. Enkelte formelle lover vil pga. sin vaghet eller sin vidtgående delegasjon kunne gi grunnlag for krenkelser, hvis også de øvrige garantister, påtalemyndigheten og domstolene, svikter ved i den enkelte sak å løye dem for langt. Men noe stort problem kan ikke denne siden av forutberegnelighetskravet stes å ha voldt i praksis.

Í nýlegri ritgerð Asbjørn Strandbakken, *Grunnloven § 96*, er að finna greinargóða samantekt á gildandi réttarástandi að þessu leyti í norskum rétti.⁴⁸ Þar er umfjöllunin að verulegu leyti miðuð við lýsingu á dómfrankvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu um skýrleikakröfur lagaáskilnaðarreglna mannréttindasáttmálans, sbr. einnig 1. mgr. 7. gr. sáttmálans, en að henni er víkið í kafla 3.1.6 hér síðar. Í ritgerð Strandbakken er einnig fjallað um viðhorf nokkurra fræðimanna og opinberra nefnda á sviði refsiréttar til einstakra refsheimilda í norskum rétti eða demna um tilvik sem kynnur að fara í bága við meginregluna um skýrleika refsheimilda í 96. gr. norskur stjórnskrárinna. Þar er t.d. nefnd efniforandi afstaða Johs. Andenæs.⁴⁹

[Prinsipielt] kan man nok tenke seg gjerningsbeskrivelser som er så løse at det kunne være grunn til å påkalle grl. § 96, f.eks. hvis straffeloven ville ta inn en generalklausul som satte straff for „utilbørlig eller samfunnskadelig atferd“ uten nærmere angivelse. Vi ville da i realiteten ha gjeninnført den ordning at dommeren kan legge straff etter en vurdering af om handlingen er straffverdlig eller ikke.

Þá er í ritgerð Asbjørn Strandbakken fjallað um þá afstöðu norskur refsiréttarnefndarinnar (Straffelovkommissionen) að verknáðarlýsing 11. gr. norskur laganna um ábyrgð ráðherra samrýmist ekki 96. gr. norskur stjórnskrárinna.

47 Jørgen Aall: Rettergang og menneskerettigheter, bls. 283. Alþýglisvert er að Aall nefnir orðalagð „rigets sikkerhet“ í 93. gr. norskur heginngatlaganna sem demni um efnisskiptirði í verknáðarlýsingu sem gæti valdið vandkvæðum í frankvæmd.

48 Asbjørn Strandbakken: „Grunnloven § 96“, Jusseus Venner. Hefi 3-4, 39. árg. (2004), bls. 166-215.

49 Johs. Andenæs: Statsforfatningen i Norge, bls. 355.

Ákvæðið mælt fyrir um að tiltekin háttsemi sem er *augljóslega skadleg ríkinnu* („øiensynlig er skadelig for riket“) sé refsiverð.⁵⁰ Þá er í ritgerðinni vísað til viðhorfs Lundnefndarinnar (Lundurvalget) sem taldi að 91. gr. norskur heginngarlaganna væri ekki nægjanlega skýr. Með ákvæðun hennar er lagt þann við því að safna saman upplýsingum til hagsbóta fyrir annað ríki, enda víti sá sem háttseminna hefur í frammi eða má vita að upplýsingarnar kunní að skaða *hagsmanni Noregs* (kan skade „Norges interesser“).⁵¹

3.1.5 Bandarískur réttur

Hæstiréttur Bandaríkjanna hefur í um 130 ár, eða allt frá dómi réttarins í máli *United States gegn Reese*⁵² frá árinu 1875, tekið afstöðu til þess hvort refsheimildir fullnægi kröfum stjórnskrárinna um skýrleika sem leidd er af meginreglunni um *due process*.⁵³ Í áðurnefndu máli sagði m.a. svo í dómi réttarins:⁵⁴

Laws which prohibit the doing of things, and provide a punishment for their violations, should have no double meaning. A citizen should not unnecessarily be placed where, by an honest error in the construction of a penal statute, he may be subjected to a prosecution ... Every man should be able to know with certainty when he is committing a crime.

Inntak og gildissvið meginreglunnar um skýrleika refsheimilda er talið óljóst í bandarískum rétti enda hefur Hæstiréttur Bandaríkjanna sjaldnast fjallað í úrlausnum sínum með almennum hætti um þann mælikvarða sem lagður er til grundvallar við mat á gildi refsheimilda að þessu leyti.⁵⁵ Á síðari tímum hefur verið haldið fram að dómfrankvæmd Hæstaréttar Bandaríkjanna hafi þróast í

50 **NOU 1983:57**, bls. 116, fyrsti dákur. Ákvæði 11. gr. norskur laganna um ábyrgð ráðherra (lov om straff for handlinger som påtales ved riket – ansvarlighetslov) er svohljóðandi: 1. mgr. „Den der som medlem av Statsrådet på annen måte enn nevnt i denne lovs øvrige bestemmelser ved handling eller undlatelse bevirker eller medvirker til noget som er stridende mot Grunnloven eller rikets lover eller som øiensynlig er skadelig for riket, straffes med bøter eller med helle eller fengsel inntil 10 år.“ 2. mgr. „Med samme straff straffes de medlemmer av Statsrådet, som før sømmer den dem med hensyn til innkallelse av Stortinget ved Grunnlovens § 39 påliggende plikt. Foreligger der ved denne forømmelse sådan forbyrdelse som nevnt i denne lovs § 15, straffes vedkommende som det bestemr“. Sjá hér einnig skýrslu nefndar um tillögur til breytinga á norska ríkisréttarfrirkomlaginu sem afhent var forsetisnefnd Stóringisins 1. júní 2004 þar sem einnig er vakin athygli á óskýrleika 11. gr. norskur laganna. Rapport til Stortingets presidentskap fra utvalget til å utrede alternativer til riketsrettsordningen, Dokument nr. 19 (2003-2004, bls. 33-34). Um verknáðarlýsingar íslensku laganna um ráðherraábyrgð nr. 4/1963 verður fjallað í kafla 4 í þessari grein.

51 **NOU 2003:18**, bls. 74, annar dákur, sbr. einnig bls. 104, fyrsti dákur.

52 *Johann Þórnumsson*: „Fordæmi sem réttarheimild í enskum og bandarískum rétti“, bls. 371.

53 *United States gegn Reese*, 92 U.S. 214 (219).

54 *Andrew E. Goldsmith*: „The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited“, *American Journal of Criminal Law*, 2. tbl. 30. árg. (2003), bls. 280.

þá átt að viðvörðun- og refsivörslusjónarmiðin séu nú ráðandi við mat á skýrleika refsilheimilda.⁵⁶ Eftirfarandi forsendur úr dómi Hæstaréttar í málinu *Kolendar gegn Lawson* frá 1983 endurspeglar gildandi mælikvarða við mat á skýrleika refsilheimilda í bandarískum rétti en í dómnum segir m.a. svo:⁵⁷

... the void-for-vagueness doctrine requires that a penal statute define the criminal offense with sufficient definiteness that ordinary people can understand what conduct is prohibited and in a manner that does not encourage arbitrary and discriminatory enforcement.

Í dómi Hæstaréttar Bandaríkjanna í máli *City of Chicago gegn Morales* frá árinu 1999 reyndi á það hvort svohljóðandi borgarsamþykkt um bann við útfundum meðlimna í Klíkum (Gang Congregation Ordinance) væri nægjanlega skýr refsilheimild:

Whenever a police officer observes a person whom he reasonably believes to be a criminal street gang member loitering in any public place with one or more other persons, he shall order all such persons to disperse and remove themselves from the area. Any person who does not promptly obey such an order is in violation of this section.

Í dómi Hæstaréttar er vísað til ofangreinds dómis í máli *Kolendar gegn Lawson* og tekið fram að úrlausnarefnið sé tvíþætt. Annars vegar beri að leggja mat á það hvort orðalag samþykktarinnar sé þess eðlis að hún gefi venjulegu fólki færni á að skilja hvaða háttsemi er bönnuð („enable ordinary people to understand what conduct is prohibited“). Hins vegar verði að meta hvort samþykktin heimildir eða jafnvel hvetur til handahófskenndrar refsivörslu („authorizes or even encourages arbitrary and discriminatory enforcement“).⁵⁸

Since the city cannot conceivably have meant to criminalize each instance a citizen stands in public with a gang member, the vagueness that dooms this ordinance is not the product of uncertainty about the normal meaning of “loitering” but rather about what loitering is covered by the ordinance and what is not. ... First, the purpose of the fair notice requirement is to enable the ordinary citizen to conform his or her conduct to the law. “No one may be required at peril of life, liberty or property to speculate as to the meaning of penal statutes” ... Although it is true that a loiterer is not subject to criminal sanctions unless he or she disobeys a dispersal order, the loitering is the conduct that the ordinance is designed to prohibit. ... Because an officer

56 Andrew E. Goldsmith: „The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited“, bls. 283-293.

57 Dómur Hæstaréttar Bandaríkjanna í máli *Kolendar gegn Lawson*, 461 U.S. 352 (1983). Sjá hér einnig dóm Hæstaréttar Bandaríkjanna í máli *City of Chicago gegn Morales*, 527 U.S. 41 (1999). Andrew E. Goldsmith: „The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited“, bls. 288.

58 Dómur Hæstaréttar Bandaríkjanna í máli *City of Chicago gegn Morales*, 527 U.S. 41 (1999).

may issue an order only after prohibited conduct has already occurred, it cannot provide the kind of advance notice that will protect the putative loiterer from being ordered to disperse. ... Lack of clarity in the description of the loiterer's duty to obey a dispersal order might not render the ordinance unconstitutionally vague if the definition of the forbidden conduct were clear, but it does buttress our conclusion that the entire ordinance fails to give the ordinary citizen adequate notice of what is forbidden and what is permitted. The Constitution does not permit a legislature to “set a net large enough to catch all possible offenders, and leave it to the courts to step inside and say who could be rightfully detained, and who should be set at large.” ... This ordinance is therefore vague “not in the sense that it requires a person to conform his conduct to an imprecise but comprehensible normative standard, but rather in the sense that no standard of conduct is specified at all. ... The broad sweep of the ordinance also violates “the requirement that a legislature establish minimal guidelines to govern law enforcement.” ... There are no such guidelines in the ordinance. ... That the police have adopted internal rules limiting their enforcement to certain designated areas in the city would not provide a defense to a loiterer who might be arrested elsewhere. Nor could a person who knowingly loitered with a well-known gang member anywhere in the city safely assume that they would not be ordered to disperse no matter how innocent and harmless their loitering might be. ... [In] this instance the city has enacted an ordinance that affords too much discretion to the police and too little notice to citizens who wish to use the public streets.⁵⁹

Ofangreind tilvitnun lýsir vel aðferðaræðinni hjá Hæstarétti Bandaríkjanna við mat á skýrleika refsilheimilda. Athugið er takmörkuð við orðalag refsilheimildarinnar og eftir atvikum lítið til dómrafamkvæmdar í viðkomandi fylki um túlkun hennar. Sjaldan er horft til ljundirbúningsgagna. Þá er það ávallt sjálfstætt úrlausnarefni hvort óskýrleiki refsilheimildar sé það verulegur að dómstóll lýsi því yfir á almennum grundvelli að hún sé að vettugi virðandi (facial challenge) eða hvort rétt sé að leggja einungis til grundvallar að vegna óskýrleika um það *þibik sem til úrlausnar er verði heimildinni ekki beitt* (as-applied challenge).⁶⁰ Um þennan greinarnum á *almennum og sérstökum óskýrleika refsilheimildar* verður fjallað nánar í kafla 3.3.7.

Þess skal loks getið að í eldri dómi Hæstaréttar Bandaríkjanna í máli *Smith gegn Goguen*⁶¹ tók rétturinn fram að lífa bæri á kröfuna um skýrleika refsilheim-

59 Því hefur verið haldið fram að í þessu máli hafi rétturinn veit *refsivörslusjónarmiðinu* meira vægi í mati sínu en áður, sjá Andrew E. Goldsmith: „The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited“, bls. 289.

60 Sjá um þessa aðgreiningu í bandarískum rétti Richard H. Fallon jr.: „As-applied and facial challenges and third party standing“, *Harvard Law Review*, 113 árg., nr. 6 (2000), bls. 1321-1370. Sjá einnig Jonathan Pórmundsson: „Um fordæmi sem réttarheimild í enskum og bandarískum rétti“, bls. 371.

61 *Smith gegn Goguen*, 415 U.S. 566 (1974). Sjá nánari umfjöllun um þennan dóm hjá Ben Emmertson & Andrew Ashworth: *Human Rights and Criminal Justice*. Sweet & Maxwell, London (2001), bls. 286.

ilda fremur sem hagnýt tæki sem verndar einstaklinginn gegn óhóflægri íhlutum hins opinbera en meginreglu sem mæli fyrir um heimila afmörkun settar réttarreglu í ljósi hagsmuna þess sem afbrot kann að fremja:

... the void-for-vagueness doctrine may be regarded less as a principle regulating the permissible relationship between written law and the potential offender than as a practical instrument protecting the individual from government coercion.

3.1.6 Mannréttindasáttmáli Evrópu

Sankvæmt 1. mgr. 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. 1. gr. laga nr. 62/1994, verða menn ekki látnir seta refsibýrgð eða refsingu nema verkaður sé, sem þeir eru sakafir um, teijjist refsinaemur að landslögum eða í þjóðarétti á verknæðarstundu eða lög mæli fyrir um þá refsingu sem beitt er. Í greinargerð með frumvarpi því er varð að stjórnskrápunarlögum nr. 97/1995 er í athugasendum um 7. gr., er varð að 1. mgr. 69. gr. stjórnskrárinar, rakið að samþærligar reglur sé meðal annars að finna í 7. gr. mannréttindasáttmáls. Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu kunna því eftir atvikum að hafa nokkra réttarlega þýðingu þegar lagt er mat á kröfur 1. mgr. 69. gr. stjórnskrárinar til skýrleika refsheimilda.⁶²

Í upphafi skal áreitað að við afmörkun á inntaki meginreglunnar um skýrleika refsheimilda sankvæmt Mannréttindasáttmála Evrópu verður að gera greinarmun á því hvort athugunin beinist að inntaki og gildissviði hinnar almennu lagaáskilnaðarreglu í 1. mgr. 7. gr. sáttmáls eða í hinum sérgreindu lagaáskilnaðarreglum 8.-11. gr. sáttmáls, sbr. umfjöllun í kafla 2.2 hér að framan. Eins og fyrir greinir er umfjöllunin í þessari ritgerð takmörkuð við hina fyrnefndu reglu. Ástæðan er náhar tileikið sú að feli refsheimild í sér skerðingu eða takmörkun á þeim mannréttindum sem varin eru í 8.-11. gr. sáttmáls verður hún að fullhæga þeim kröfum um skýrleika sem undanþágubeimildir þeirra ákvæða mæla fyrir um. Skýrleikakrafa 1. mgr. 7. gr. sáttmáls á hins vegar við um öll önnur tilvik þegar maður sætur refsingu vegna háttseminnar. Það kann að vera óríkrétt að gerðar séu ávallt sömu kröfur til skýrleika refsheimilda í báðum tilvikum enda hefur Mannréttindadómstóll Evrópu lagt á það áherslu að kröfurnar um fyrirsjáanleika ráðist að verulegu leyti af eðli þeirrar lagaheimildar sem mál varðar. Því réttarsviði sem henni er ætlað að falla undir og fjölda og stöðu þeirra aðila — einstaklinga eða lögaðila — sem hún beinist

að.⁶³ Eins og síðar verður nánar rakið virðist hins vegar sem mannréttindadómstóllinn telji rétt að leggja sambærilegan mælikvarða um skýrleika refsheimildar til grundvallar hvort sem um beitingu lagaáskilnaðarreglu 1. mgr. 7. gr. sáttmáls sé að ræða eða lagaáskilnaðarreglna 8.-11. gr. Það sé hins vegar innan þess mælikvarða sem mismunandi áhersla og vægi á ein sök sjónarmið kunna að koma fram, allt eftir því hvert samhengið er.

Mannréttindadómstóll Evrópu hefur lagt áherslu á nauðsyn þess að aðildarríkjum sé veitt viss svigrúm við móttun efnislysinga í refsákvæðum og við túlkun og beitingu þeirra í framkvæmd.⁶⁴ Í nýllegri ákvörðun Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *Laukkonen* gegn *Finlandi* er að finna samantekt á þeim *meginsjónarmiðum um innatak og gildissvið* 1. mgr. 7. gr. sáttmáls sem lögð hafa verið til grundvallar í dómframkvæmd dómstólsins til þessa.⁶⁵

The guarantee enshrined in Article 7, which is an essential element of the rule of law, occupies a prominent place in the Convention system of protection, as is underlined by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 in time of war or other public emergency. It should be construed and applied, as follows from its object and purpose, in such a way as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment.

Accordingly, as the Court held in its *Kokkinakis v. Greece* judgment of 25 May 1993 (Series A no. 260-A, p. 22, § 52), Article 7 is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage: it also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy. From these principles it follows that an offence must be clearly defined in the law. In its aforementioned judgment the Court added that this requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable. The Court thus indicated that when speaking of 'law' Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written as well as unwritten law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability (see the *Tolstoy Mitoslavsky v. the United Kingdom* judgment of 13 July 1995, Series A no. 316-B, pp. 71-72, § 37).

63 Sjá hér m.a. dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *Groppera Radio AG o.fl.* gegn Sviss frá 28. mars 1999, Series A 173, 68. mgr.: „In the Court's view, the scope of the concepts of foreseeability and accessibility depends to a considerable degree on the content of the instrument in issue, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed.“ Um skýrleikakröfur og ástæða beitingu lagaáskilnaðarreglna 8.-11. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sjá *Kjartan Bjarni Björgvinsson*: „Verðleikar laganna“, kaflar 5 og 6.

64 *Ben Emmerson & Andrew Ashworth*: Human Rights and Criminal Justice, bls. 284.

65 Ákvörðun Mannréttindadómstóls Evrópu um meðferðarhef, *Laukkonen* gegn *Finlandi* frá 1. júní 2004, mál nr. 48910/99.

62 *Robert R. Spanó*, „Stjórnskráin og refsibýrgð“ (fyrri hluti), bls. 23. Um sjónarmið mín til skýringar stjórnskrárvæða til samræmis við ákvæði þjóðréttarsamninga, sjá *Robert R. Spanó*: „Ákvæði 1. mgr. 68. gr. stjórnskrárinar um þann við ómannuðlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu“, *Lögberg*, rit Lögastofnunar Háskóla Íslands, Háskólaútgáfan (2003), kaflar 2 á bls. 638-644.

However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in ... the ... Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen.

Af tilvinnuðum forsendum verður ráðið að í fyrirmælum 1. mgr. 7. gr. mannréttindasáttmálans felst áskilnaður um að refsiákvæði sé nægjanlega skýrt og *fyrirsjáanlegt* þannig að einstaklingur geti með lestri ákvæðisins og, ef nauðsynlegt bykir, með því að skoða dómfráttæmi um skýringu þess, gert sér grein fyrir hvaða athafnir eða athafnaleysi geta leitt til refsiábyrgðar. Dómfráttæmin virðist ekki benda til þess að af 1. mgr. 7. gr. sáttmálans verði leidd sú krafa að uppruni refsheimildar verði rökinn til viljaftöðu hinna lýðræðislega kjörnu fulltrúa (tögglafrans) í aðildarríki.⁶⁶ Dómstóllinn kann hins vegar að meta hvort gætt hafi verið innlendra stjórnskipunarreglna að þessu leyti,⁶⁷ sbr. hér á landi ákvæði 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárrinnar.

Því hefur verið haldið fram að réttindaverndin sem leiðir af reglunni um skýrleika refsheimilda samkvæmt 1. mgr. 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu sé harla ryr. Auk þess veiti dómfráttæmi mannréttindadómstólsins litlar sem engar leiðbeiningar um þann mælikvarða sem lagður er til grundvallar hverju sinni.⁶⁸ Miðað við þá dóma sem nú liggja fyrir má með sannri segja að dómfráttæmin bendi til þess að dómstóllinn muni gera talsverðar kröfur til þess að sýnt sé fram á gskýrleika refsheimildar til að um brot á 1. mgr. 7. gr. sáttmálans sé að ræða.⁶⁹ Sem dæmi má nefna dóm mannréttindadómstólsins í máli *Kokkinakis* gegn *Grikklandi* en þar reyndi á skýrleika mjög matskenndis refsiákvæðis sem lagði bann við því að leitast við að hafa áhrif á trúarskoðanir fólks með hvatningum, þekkingum eða misneytingu (e. proselytism). Dómstóllinn taldi að orðalag refsiákvæðisins gengi ekki lengra en heimilt væri samkvæmt 1. mgr. 7. gr. sáttmálans.⁷⁰

Þá má einnig nefna dóm mannréttindadómstólsins í máli *CR* gegn *Englandi*.⁷¹ Þar voru atvik þau að kærandi hafði verið sakfelldur fyrir tilraun til að

66 **Röbert R. Spanó**, „Stjórnarskráin og refsiábyrgð“ (fyrir hluti), bls. 23.

67 **Sjá Harris, D.J., O'Boyle, M. og Warbrick, C.**: Law of the European Convention on Human Rights, bls. 279 og **Jørgen Aall**: Reitergang og mennekeretligheter, bls. 280-281.

68 **Richard Buxton**: „The Human Rights Act and the Substantive Criminal Law“, Crim. L.R. (2000), bls. 331.

69 **White, Robin og Ovey, Clare**: The European Convention on Human Rights, bls. 191.

70 Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *Kokkinakis* gegn *Grikklandi* frá 25. maí 1993. Series A, No. 260-A.

71 Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *CR* gegn *Englandi* frá 22. nóvember 1995. Series A, No. 335-C, sjá líð 34.

nauðga eiginkonu sinni. Á þeim tíma sem verknáðurinn átti sér stað, og rannar þar til upp voru kveðnir dómur á áfrýjunarstigi og síðar Lávarðdeildarinnar í málinu, var það staðföst dómverja í enskum rétti að maður geti ekki nauðgað eiginkonu sinni í refsiábyrgðarmerkingu. Þrátt fyrir að ljóst lægi fyrir að dómur enskra dómstóla í máli *CR* fælu fremur í sér skýrt frávik frá eldri forðum sakborningi í óhag frekar en nánari skýrgreiningu á hinum refsiverða verknáði taldi mannréttindadómstóllinn að viðurkenning dómstóla á því að eiginmenn nýtu ekki lengur undanþágu að þessu leyti væri tilhölnulega fyriránleg þróun í enski refsiábyrgð (judicial recognition of the absence of immunity had become a reasonably foreseeable development of the law).⁷²

Athyglisvert er að í 46. mgr. dómis mannréttindadómstólsins í ofangreindu máli *CR* gegn *Englandi* er um kröfu 1. mgr. 7. gr. sáttmálans til fyriránleika refsiverðrar háttsemi vísað til þess mælikvarða sem dómstóllinn lagði til grundvallar við tálkun á orðalaginu *prescribed by law* í 2. mgr. 10. gr. sáttmálans, sbr. 49. mgr. í dómi mannréttindadómstólsins í máli *Sunday Times* gegn *Englandi*.⁷³

In the Court's opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression "prescribed by law". Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainly is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice.

Af frangangreindu verður ráðið að útgangspunkturinn við tálkun 7. gr. sáttmálans er að refsheimild veiti borgaranum fyriránleiga viðvörðun um hvort háttsemi hans telst refsiverð eða ekki. *Víðvörðunarsýðnamíðið* er því ráðandi á veltvangi Mannréttindasáttmála Evrópu og virðist ekki til þessa hafa verið hitið til refsivörslusýðnamíðisins við tálkun ákvæðisins. Dómstóllinn hefur ekki talið ástæðu til að einskorða athugun sína við *texta* refsheimildar heldur leggur heildstætti mat á fyriránleika hennar að teknu tilliti til *dómfráttæmi* og tálkun refsheimildarinnar; sbr. dóm í ofangreindu máli *Kokkinakis* gegn *Grikklandi*, og eflur atvikum möguleika þess, sem ákæra beinist að, að hafa áður

72 Þessi dómur hefur sætt nokkuri gagnrýni af hálfu fræðimanna, sjá t.d. **White, Robin og Ovey, Clare**: The European Convention on Human Rights, bls. 192-193.

73 Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *Sunday Times* gegn *Englandi* frá 29. mars 1979. Series A, No. 30.

leitað sér lögfræðiráðgjafar um inntak og giltissvið refsheimildar, sbr. t.d. ákvörðun mannréttindadómstólisins í máli *Rieg* gegn *Austurriki*.⁷⁴ Þá má telja ljóst að það fer ekki í bága við 7. gr. sáttmálans að skýra matskenni refsákvæði með hljófsjon af *undirbúningsögnum*. Þá kunna jafnvel önnur óæðri fyrirmæli, s.s. stjórnsýslfyrirmæli, að vera til fyllingar refsheimild sem annars væri til- tölulega óskýr. Sbr. til hljófsjonar ákvörðun dómstólisins í máli *Ainsworth* gegn *Englandi*.⁷⁵

Ljóst er að mat mannréttindadómstólisins á skýrleika refsheimildar á grund- velli 1. mgr. 7. gr. sáttmálans er verulega *arvikiðunnið*. Enda þótt ljóst sé að við- vörnumarsjónarmiðið ræður ferðinni beinist athugun dómstólisins raunar fyrst og fremst að því hvort tilkun og beiting refsheimildarinnar í tilteknu máli hafi verið *fyrirsjáanleg fyrir þann sem sakadur er um brot*. Mælikvarðinn á fyrirsjá- anleika er því ekki í öllum tilvikum almenur og hlutlægur, þ.e. að matið sé miðað við *hvern fallorðinn og heilbrigðan einsakling*⁷⁶ eða *venjulegt fólk* eins og lagt hefur verið til grundvallar í dómnafrankvæmd Hæstaréttar Bandaríkj- anna, sjá kafla 3.1.5 hér að framan. Sem dæmi um þetta má nefna ákvörðun Mannréttindadómstólis Evrópu í máli *Salov* gegn *Úkraínu*. Þar voru atvik þau að S, lögfræðingur og fulltrúi framþjóðanda í forsetakjöri í landi sínu, var sak- felldur fyrir brot á hegningarlöguum Úkraínu fyrir að hafa haft áhrif á kosninga- rétt borgaranna. Hélt hann því fram að saktelling hans bygði á refsheimild sem fullhægti ekki kröfum 1. mgr. 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Um þetta sagði m.a. í ákvörðun dómstólisins um að kærta hans væri ekki tæk til efn- ismeðferðar.⁷⁷

74 Ákvörðun mannréttindadómstólisins um meðferðarmáti, *Rieg* gegn *Austurriki* frá 5. desember 2002, máli nr. 63207/00. Þar hélt R því fram að sektarákvörðun sem hann hlaut fyrir að hafa vanrækt að gera nægjanlega grein fyrir nafni og heimilisfangi ökkunnans bifreiðar hennar sem var mæld á of minkum hraða með efrilensmyndavél hafði ekki verið fyrirsjáanleg í merkingu 1. mgr. 7. gr. mann- réttindasáttmálans. Um þetta sagði efriforandi í ákvörðun dómstólisins þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að kærta hennar væri ekki tæk til efnis meðferðar. „In the present case, section 103 § 2 of the Motor Vehicles Act obliges the registered car owner to provide information on the name and address of the person who was driving the car at a specified time. According to section 134 § 1 of that Act failure to comply with this obligation constitutes an offence. Moreover, the Administrative Court's case-law established in 1996 and 1997 made it clear that the place of the commission of the offence (namely failure to provide the requested information) was Austria and that, therefore, Austrian law applied. The applicant was therefore in a position to foresee, *if need be with appropriate legal advice*, that she was obliged on pain of a fine to provide the required information. Consequently, there is no appearance of a violation of Article 7 of the Convention“. (leturb. höf.)

75 Sjá umfjöllun um þessa ákvörðun mannréttindadómstólisins hjá *Ben Emmerson & Andrew Ashworth: Human Rights and Criminal Justice*, bls. 285. Til frekari utilistunar má hér hafa hlið- sjón af umfjöllun *Kjartans Björgvinssonar*, „Verðleikar laganna“, kaflar 5 og 6, um im- tak og giltissvið skýrleikakröfurnar í hinum ségreindu lagaáskilnaðarreglum 8.-11. gr. Mannrétt- indasáttmála Evrópu.

76 *Jónatan Þórnundsson*: Afbrót og refsábyrgð 1, bls. 167.

77 Ákvörðun mannréttindadómstólisins um meðferðarmáti, *Salov* gegn *Úkraínu* frá 27. apríl 2004, máli nr. 65518/01.

The Court finds that the applicable law in the instant case was sufficiently accessible. As to the foreseeability of the law, the Court considers that, with the benefit of appropriate legal advice, or on the basis of his own knowledge, the applicant, being a practising lawyer, could reasonably be expected to be able to appreciate at the material time that he ran a real risk of being found guilty of an offence under Article 127 of the CC if he disseminated a forged issue of a newspaper containing false information about a candidate for the presidency of Ukraine. (leturb. höf.)

3.2 Íslenskir dómur þar sem byggt er á sjónarmiðum um skýrleika relsi- heimilda

3.2.1 Almenn

Í þessum kafla verða í fyrsta lagi raktir þeir dómur Hæstaréttar sem byðingu hafa fyrir viðfangsefni greinarnar.⁷⁸ Þá verður í kafla 3.3 leitað við að draga ályktanir af þessum dómum um inntak og giltissvið meginreglunnar um skýrleika refsheimilda í íslenskum rétti og þá höfð til hljófsjonar þau sjónarmið íslenskra og erlendra fræðimanna og erlend dómnafrankvæmd sem rakin hefur verið í kafla 3.1 hér að framan.

3.2.2 Dómnafrankvæmd

Í H 1995 3149 (Bjartsmál) var B, skipstjóri á skuttogaranum Bjarti, ákærður fyrir brot á reglugerð nr. 508/1994 um frjóðunarsvæði við Ísland með síðari breytingum og ákvæðum laga nr. 81/1976 um veiðir í fiskveiðilandhelgi Íslands vegna þess að skip hans mældist við togveiðir í utanverðu Lónsdýpi sem þá var bannsvæði. Önnurdeilt var að ákærði var sofandi meðan á veiðum stóð og fyrsti stýrimaður við stjórn skipsins. Reyndi á það fyrir héraðsdómi hvort ofangreind laga- og reglugerðarákvæði heimiluðu að reftsa hinum ákærða skipstjóra á hlutlægum grundvelli. Um þetta sagði í dómi *héraðsdóms*:

Í íslenskum sérefsilögum má enn finna reglur, sem mæla fyrir um hlutlega refsí- byrgð einstaklinga. Þá hefur það komið fyrir, að skipstjórar væru dæmdir til greiðslu fésakta vegna brota á sams konar lagákvæðum og vinnu er til í þessu máli, þrátt fyrir það að ekki hafi sannað sök þeirra. Þessir dómur gengu fyrir lögfestingu Mann- réttindasáttmála Evrópu sl. vor. en líta þer til ákvæða 2. tölulíðar 6. gr. og 1. tölulíðar 7. gr. sáttmálans, þegar komist er að niðurstöðu í þessu máli. Refsheimildir verða að vera lögbundnar og skýrar. Það er meginregla við lögskýringu í íslenskum rétti, að virða þeir ákærða í hæg vafa um, hvort refsíákvæði taki til háttsemi (in dubio mitius). Þótt lesa megi út úr lögum nr. 81/1976 um veiðir innan íslenskrar landhelgi, að ekki verði aðrir skipverjar en skipstjóri saksóttir fyrir fiskveiðibrot, segir hvernig þerum

78 Það aþhugaest að einungis verða reifróðir dómur þar sem dómstólar hafa samkvæmt forsendum sínum tekið afstöðu til skýrleika refsheimildar eða að forsendurnar hafi beina þýðingu fyrir umfjöllunarefni greinarnar.

orðum í lögunum, að skipstjóri skuli bera hlutlega refsibýrgð. Samkvæmt framan- sögðu verður að telja, að refsibýrgð sky. lögum nr. 81/1976 verði einungis byggð á sök, og skal ákærði þegar af þeirri ástæðu vera sýkn af refsikroftu ákærvaldsins í máli þessu.

Hæstiréttur staðfesti dóm héraðsdóms á þeim forsendum að ágreiningslaust væri að ákærði gerðist ekki sekur um þá háttsemi sem ákært væri fyrir í málinu. Yrði honum því ekki samkvæmt 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinna refsað fyrir hana.

Í **H 1997 1253** (skoteldar) voru SH og SE ákærðir fyrir brot á lögum nr. 46/1977 um skotvopn, sprengiefni og skotelda og ákvæði reglugerðar nr. 536/1988 um sölu og meðferð skotelda, fyrir óvarlega meðferð og ólöglega geymslu á skoteldum með því að hafa ... geymt 13144 skotelda og tvo kassa með skoteldum án tilskilins leyfis að Barónsstíg 2-4 í Reykjavík og þar á óhæfum geymslustöðum, fyrst í gámi á gangstétt og síðan í húsnæði, sem var án eldvarnarhóifa, bruna- og innbrotsviðvörðunarkerfa og í næsta húsi við Íbúða- hótel¹.

Í dómi *héraðsdóms* var rakið að ekki væri að finna í lögum nr. 46/1977 neitt ákvæði sem gerði það leyfis skylt að fara með og geyma skotelda. Aftur á móti væri heild- og smásöluverslun með þennan varning háð leyfi lögreglustjóra samkvæmt 1. mgr. 9. gr. laganna. Væri ákvæði þessu skipað í II. kafla þeirra undir heitinu framleiðsla, innflutningur, útflokkun og verslun. Í 4. mgr. 10. gr. laganna segði hins vegar að verslunarleyfi með þessa vöru skyldi bundið því skilyrði að umsækjandi hefði til umræða fullnægjandi húsnæði til þess að geyma hana í. Ekki gæti þetta ákvæði þó talist fullnægjandi heimild til þess að refsá ákærðu fyrir að fara með og geyma leyfislaus skotelda, sem málið snerist um, og 7. gr. reglugerðar nr. 536/1998 teidist ekki sjálfstæð refsheimild um þetta efni. Bæri því að sýkna ákærðu af ákæru að þessu leyti. Í dómi héraðsdóms er síðan víkið að því að í lögum nr. 46/1977 væri ekki ákvæði um það hvernig geyma bæri skotelda og virtist það eiga undir mat lögreglustjóra og eldvarnar- yfirvalda. Þá væri í reglugerð nr. 536/1988 ekki önnur ákvæði um þetta. Eins og skilja yrði ákæruna væri hin ólöglega geymsla ákærðu talin felast í því að húsnæðið hefði verið án eldvarnarhóifa, bruna- og innbrotsviðvörðunarkerfa og í næsta húsi við Íbúðahótel. Enda þótt fallist yrði á að þessi lýsing á húsnæðinu í ákæru væri rétt brytt það ekki nein tiltekin ákvæði laga nr. 46/1977 né reglu- gerðar nr. 536/1988. Bæri því að sýkna ákærðu af ákæru um ólöglega geymslu skoteldanna. Loks vék héraðsdómur að því að í 30. gr. laga nr. 46/1977, sem skipað væri í V. kafla laganna undir heitinu meðferð skotelda, segði í 1. mgr. að þeir sem með skotelda færu skyldu ætíð gæta fyllstu varúðar. Þá var dómssála- ráðherra samkvæmt 2. mgr. þeirrar greinar heimilt að setja reglur um sölu og meðferð skotelda. Héraðsdómur taldi að skilja bæri hér orðin „að fara með“ og „meðferð“ þröngt og bóksstaflaga, en í ákæru væri ekki lýst hvernig ákærðu

hefðu farið óvarlega með skoteldana. Voru þeir því einnig sýknaður af ákæru að þessu leyti.

Hæstiréttur staðfesti niðurstöðu héraðsdóms með svohljóðandi forsendum:

Í 1. mgr. 30. gr. laga nr. 46/1977, sem ákærðu er meðal annars gefið að sök að hafa brotið gegn, er með almennum orðum lögð varðáarskylda á þá, sem fara með skot- elda, án náhæri lýsingar á inntaki þeirrar skyldu. Af þeim sökum og með vísan til for- sendna héraðsdóms um önnur ákvæði laga nr. 46/1977 og reglugerðar nr. 536/1988 verður ekki fallist á að þau feli í sér viðhlífandi refsheimild vegna þeirrar háttsemi, sem ákærðu er gefið að sök.

Í **H 2000 280** (hlutlæg refsibýrgð skipstjóra) var J ákærður fyrir tollalaga- brot með því að hafa sem skipstjóri flutningaskipsins H borið ábyrgð á ólög- mættum innflutningi á áfengi með skipinu, sem eigandi hafði ekki fundist að. Ekki var fram komið um að J hefði verið kunnugur um áfengioð, er skipið kom til landsins, og var eingöngu á því byggt af hálfu ákærvaldsins að J bæri hlut- læga refsibýrgð samkvæmt 3. mgr. 123. gr. tollalaga nr. 55/1987, sbr. 124. gr. sömu laga. *Héraðsdómur* saktfalldi. Í dómi *Hæstaréttar* sagði m.a. svo:

Fyrir máliðbur 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, sbr. 7. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995, hljóðar svo: „Engun verður gert að sæta refs- ingu nema hann hafi gerst sekur um háttsemi sem var refsiverð samkvæmt lögum á þeim tíma þegar hún átti sér stað eða má fullkomlega jafna til slíkrar háttsemi.“
Í fyrri málið 1. mgr. 7. gr. samnings um vörðun mannréttinda og mannfrelsis, sbr. lög nr. 62/1994 um mannréttindamála Eyrópu, segir svo: „Engan skal telja sekun um afbrot hafi verknáður sá eða aðgerðaleyfi, sem hann er borinn, eigi varðað refs- ingu að landslögum eða þjóðarétti þá framh vonu.“
Framangreindar reglur verða skýrðar svo, að undantekningar frá þeirri meginreglu refsiréttar að refsibýrgð verði aðeins byggð á sök brotamanns, verði að vera skýrt orðaðar í lögum, sbr. meðal annars dóm Hæstaréttar í dómssafni 1995, bls. 3149. Krafan um skýrleika refsheimilda, sé henni fullnæggt, útlóki þó ekki hlutlaga refs- ibýrgð einstaklinga.

Í 3. mgr. 123. gr. tollalaga kemur ekki skýrlega fram, að stjórnandi fars beri hlutlega refsibýrgð, heldur segir þar einungis að ef eigandi vöru verði ekki fundinn beri stjórn- andinn ábyrgð á brotinu. Í 124. gr. laganna kemur heldur ekki berum orðum fram að refsibýrgð gæti byggst á hlutlægum grunnvelli, heldur segir þar aðeins, að brot gegn 123. gr. varði tilteknum viðurlögum og að sama refsing löggi við því að selja, afhenda, kaupa eða veita viðtöku vöru, enda viti sá, sem í hlut á, eða megi vita að hún sé ólög- legi innflutt. Í athugasemdum með frumvarpi því, er varð að tollalögum nr. 55/1987, segir aðeins um 123.-125. gr. að þær séu samhjöfða 60.-62. gr. laga nr. 59/1969 um tollheimtu og tollafirnit, sbr. 1. gr. laga nr. 71/1976 um breyting á 2. mgr. 61. gr. þeirra laga. Ákvæði 3. mgr. 60. gr. laga nr. 59/1969 var náðast samhjöfða 3. mgr. 123. gr. laga nr. 55/1987. Í skýringum við 3. mgr. 60. gr. í athugasemdum með frumvarpi, er stóar varð að lögum nr. 59/1969, sagði svo: „Í 3. mgr. er nýmæli. Þr. þar lögð refsibýrgð við aðgerðarleysi af hálfu yfirmanna fara. Þykir eigi rétt að sleppa þeim yfirmönnum við

reiðingun, sem láta það viðgangast, að undirnefnum þeirra t.d. noti þau rúm í fari, sem þeir hafa umsjón með, til þess að geyma smýglvarning og jafnvel útbúa þar sérstaka félustaði. Sams konar ákvarði er í norsku tollalögumum."

Í skýringum við 4. mgr. 60. gr. frumvarpsins, en það ákvarði var sama efnis og 4. mgr. 123. gr. tollalaga nr. 55/1987, sagði á hinn bóginn svo: „Í síðustu málsgrein greinarinnar er lögð áhersla á ábyrgð eiganda vöru, og ef hann finnst ekki, þá á stjórnanda farartækis."

Sá ammaki er á athugasemdum með frumvarpi því, er síðar varð að lögum nr. 59/1969, að þar hafa væntanlega víxlast skýringar með 3. mgr. og 4. mgr. 60. gr. Vöru þessar misvísandi skýringar ekki leiðrétta í frumvarpi því, er síðar varð að tollalögum nr. 55/1987. Hvergi kemur heldur þetta um orðum fram í athugasemdunum að stjórnandi fars beri hlutdega ábyrgð á broti ef eigandi finnst ekki eða að refsiaðbyrgð hans sé reist á öðrum grundvelli en annarra.

Með vísan til þess, sem að framan segir, verður ekki talið að 3. mgr. 123. gr. tollalaga feli í sér nægilega skýra refsheimild til þess að heimilt sé að saktella ákærða fyrir tollalagabrot, sem ekkert liggur fyrir um að hann hafi átt hlut að. Ber því að sýkna hann af kröfum ákærvaldsins í máli þessu.

Í dómi Hæstaréttar 3. apríl 2003, nr. 449/2002, (arnarvarp í Miðhásaeyjum)
var A gefið að sök að hafa haustið 2002 farið annars vegar í hólmann Arnarstapa, sem er í landi jarðarinnar Miðhúsa í Reykhólahreppi, og rekið þar niður við hreidurstað annar þjá mannhæðarháa staura og hins vegar í Hrísey í landi sömu jarðar og sett þar fjórar tréfalir yfir syllu við hreidurstað annar nyrst í eyjunni. Einnig var A gefið að sök að hafa sumarið 2001 farið annars vegar í fyllgreindan hólma, komið þar fyrir tveimur þrífótum úr timbri við hreidurstað annar og hins vegar í Hrísey þar sem hann hafi reist háa stöng með flaggi við hreidurstað annar á syllu nyrst í eyjunni. Í ákæru var m.a. vísað til 1. mgr., sbr. 2. mgr. 6. gr., sbr. 19. gr. laga nr. 64/1994 um vernd, friðun og veiðar á villtum fuglum og villtum spendýrum. *Héraðsdómur saktellði ákærða A fyrir brot á lögum nr. 64/1994 samkvæmt ákæru. Í dómi Hæstaréttar sagði eftirfarandi um ætluð brot ákærða gegn ákvarðun laga nr. 64/1994:*

Fram kemur í skýrslu Ævars Petersen, fuglafræðings hjá Náttúrufræðisstofnun, 21. maí 1999, sem að nokkuð var rakin í héraðsdómi, að ernir hafi orpið nokkuð samfellt í Miðhásaeyjum frá árinu 1959, oflást í Arnarstapa, sem sé mikilvægasti varpstaður í eyjunum, en einnig alloft í Hrísey. Eit annaróðal sé í Miðhásaeyjum og hafi verið lengi. Verpi ernir sit á hvað í Arnarstapa, Hrísey og Tóbakshólma. Miðhásaeyjar séu vel þekkt arnarstapæði og þótt ernir hafi orpið nýlega í Arnarstapa hafi ummerki um þá fundist síðast í maí 1999. Arnarstapi sé gamlagróið, hefðbundið arnarstet. Gæti ernir notað sama hreidurstað áratugum, jafnvel öldum saman, en þeir skipir annars vegar í Arnarstapa á árunum 1959 til 1999 og hins vegar í landi Miðhúsa í heild frá árinu 1990 til 1999. Kemur þar fram að ernir hafi orpið þar nokkuð samfellt frá árinu 1959, oflást í Arnarstapa, en síðast sé vítað um arnarvarp þar á árinu 1997. Ráða má af framangreindri skráningu að á þessum árum hafi fæindir ungar komist

upp og varpið misfarist í nokkur skipi. Þá kemur fram í vinnisburði Kristins Hauks Skarphéðinssonar, fuglafræðings hjá Náttúrufræðisstofnun, fyrir héraðsdómi að ernir helgi sér varpöðli eða varpstapæði sem geti náð yfir heilan eyjaklasa.

Íslenski haförnnin er alfríðaður samkvæmt 1. mgr. 6. gr., sbr. 1. gr. og 17. gr. laga nr. 64/1994, og aldreí má veiða hann í þeim tilgangi að koma í veg fyrir fjón, sbr. 7. gr. reglugerðar nr. 456/1994 um fuglaveiðar og nyrtingu hlunninda af villtum fuglum. Í 2. mgr. 6. gr. laganna segir að ávallt skuli „gæta fyllstu varkárni og nærgætni gagnvart villtum dýrum og lífsvæðum þeirra og forðast óþarfa truflun.“ Ákærða er sem fyrir segir gefið að sök að hafa brotið gegn þessu ákvarði með því að hafa raskað hreidurstað anna með framangreindri mannvirkilagerð á hreidurstöðum þeirra í Arnarstapa og Hrísey. Fram er komið að á undanförnum áratugum hafa fæindir arnarungar komist upp og á sama tíma hefur varp misfarist í nokkur skipi á þessum hreidurstöðum. Er óumdeilt að síðast var kunnugt um arnarvarp í Arnarstapa árið 1997, en ekki er fram komið hvenær öm verpi síðast í Hrísey. Í orðskýringum 1. gr. laga nr. 64/1994 eru „lífsvæði“ talin vera „svæði sem dýr nota sér til framfærslu og viðkomu eða sem farleið.“ „Ekki er ljóst af 6. gr. laganna og öðrum ákvarðunum þeirra eða lögskýringargögnum hvort sá staður sem öm kunnir að verpa á geti fallið undir lífsvæði dýra eða hvort gerð er sú krafa að hann verpi þar í raun. Þetta orðlag ákvarðansins er að þessu leyti of alment og því ekki nægilega óvirkert og glögg. Uppfyllir það ekki þær kröfur sem gera verður til skýrleika refsheimilda. Verður ákærði því ekki saktellður fyrir brot gegn þessu ákvarði.

Í dómi Hæstaréttar 20. nóvember 2003, nr. 219/2003, (vannannað skip)
var skipstjóranum S gefið að sök að hafa látið úr höfn á skipinu V „vannönnuðu vegna þess að 2. stýrimaður og yfirveitsjóri höfðu elgi gild atvinnurettindi“ og með því brotið gegn náhar tilgreindum ákvarðunum í lögum nr. 112/1984 um atvinnurettindi skipstjórnarmanna á íslenskum skipum og laga nr. 113/1984 um atvinnurettindi vélfræðinga, vélsjóra og vélavara á íslenskum skipum. Í dómi *héraðsdóms*, þar sem S var saktellður, sagði m.a. svo:

Í 1. mgr. 6. gr. siglingalaga nr. 34, 1985 segir að skipstjóri skuli annast um að skip sé hafkent og að það sé vel útbúið, nægilega mannað og búið vatni og vistum til fyrirhugaðrar ferðar, auk öryggisbnaðar eftir þeim ákvarðunum í lögum og reglugerðum sem um hann gilda. Það er álit dómnsins að í þessu felist það að skipstjóra sé skyrt að gæta þess þegar skipi er lagt úr höfn að skipverjar hafi þau starfsréttindi sem lög og reglur krefjast á hverjum tíma. Verður einnig að teji að þessa þýðingarmiklu starfskyldu sé skipstjóranum óheimilt að fela öðrum. ...
Samkvæmt b-lið 1 í 4. gr. laga um um atvinnurettindi skipstjórnarmanna á íslenskum skipum er skylt að hafa tvo stýrimenn á skipum sem eru stærri en 301 rúmlæst. Samkvæmt 1. og 3. mgr. 13. gr. laganna eru það atvinnuskirteini skipstjórnarmanna sem veita atvinnurettindin, að uppfylltum heilsufars- og hæfniskilyrðum laganna, og gilda skirteini þessi í fimm ár. Þá segir í 4. mgr. að skipstjórnarmáður skuli hafa skirteinið meðferðis við skipstjórn og sýna það þegar löggæslumaður krefst þess. Samkvæmt fi-lið 1. mgr. 2. gr. laga um atvinnurettindi vélfræðinga, vélsjóra og vélavara á íslenskum skipum er skylt að hafa þjá vélsjóra í skipi með 1801 kw vél, þar af einn yfirvélsjóra. ...

Dómurinn telur að skip ákærða hafi ekki verið fullmannað þegar ákærði lagði úr höfn og hélt því til veidda í umrætt skipi. Broti ákærða er lýst þannig í ákærunni að hann hafi með þessu brotið gegn skipstjórnun sinnum og í málflutningi skrifskotaði sækjandinn í málinu eindregið til 6. gr. siglingalaga í því sambandi. Í ákærunni er þó ekki víkð að siglingalögunum en dómurinn telur ákærða ekki hafa uppfyllt þá starfs-skylda sína sem lögð er á hann með 1. mgr. 6. gr. siglingalaga að sjá til þess að skipið væri nægilega mannað. Aftur á móti er ekki almennt refsíðnaáhrif í XV. kafla siglinga-laga, heldur eru þar „casuistic“ talin upp þau brot á lögunum sem refsingu varða og er þessi vanræksla ákærða ekki þar á meðal. Verður ákærði því ekki saktellður fyrir brot gegn siglingalögum.

Samkvæmt 4. gr. laga um atvinnurettindi skipstjórnarmanna á íslenskum skipum „skal“ lágmarksfjöldi stýrimanna á skipum sem eru 301 rúnmesti og stærri, sem fyrir segir, vera þrjú. Þá „skal“ lágmarksfjöldi vélstjóra á skipum með 1801 kw vél og stærri vera þrjú, eins og fyrir segir, sbr. 2. gr. laga um atvinnurettindi vélfræðinga, vélstjóra og vélavaraða, þ.e. yfirvélstjóri, fyrsti vélstjóri og annar vélstjóri. Enda þótt það segi í hvorugum lögunum berum orðum að það sé skylda skipstjóra að gæta þess að þessar fortrakslausu kröfur laganna séu uppfylltar að því er varðar stýrimenn og vélstjóra, verður að telja að það leiði bæði af 1. mgr. 6. gr. siglingalaga og eðli máls að sú skylda hvíli á herðum hans. Helur ákærði því unnið sér til refsingar samkvæmt 1. mgr. 22. gr. laga um atvinnurettindi skipstjórnarmanna á íslenskum skipum og 1. mgr. 14. gr. laga um atvinnurettindi vélfræðinga, vélstjóra og vélavaraða á íslenskum skipum.

Í dómi *Hæstaréttar* var *héraðsdómur* staðfestur með eftirfarandi forsendum:

Óumdeilt er að 2. stýrimaður og yfirvélstjóri Vigra höfnu ekki gild atvinnurettindi þegar landhelgisgæslan kom að skipinu að veiðum á Reykjanesrygg 10. maí 2002. Eins og nánar er lýst í hinum áfrýjaða dómi ber skipstjóri eftir 1. mgr. 6. gr. siglingalaga nr. 34/1985 meðal annars ábyrgð á því að skip hans sé „nægilega mannað.“ Samkvæmt 3. mgr. 1. gr. laga nr. 112/1984, sbr. 1. gr. laga nr. 62/1995, ber skipstjóri á íslensku skipi „fulla ábyrgð á framkvæmd laga þeirra og reglna sem líta að starfi hans og settar eru af þar til bærum sjónvöldum.“ Nær ábyrgð skipstjóra samskræmt þessu ákvæði bæði til framkvæmdar laganna sjálfra og annarra laga, sem fjalla um starfskyldur hans, svo sem laga nr. 113/1984, laga nr. 43/1987 og siglingalaga. Ber skipstjóri þannig eftir b. lið 1. 4. gr., 6. gr. og 13. gr. laga nr. 112/1984 með öðrum breytingum og 2. gr. og 3. gr. laga nr. 113/1984 ábyrgð á því að tilskilin lögmæltur fjöldi lögskráðra stýrimanna og vélstjóra með gild atvinnurettindi séu í hverri veiðiferð. Með þessari áttugasemd og að öðru leyti með vísan til forsendna hans áfrýjaða dóms er á það fallist að refsheimildir samskræmt 22. gr. laga nr. 112/1984 og 1. mgr. 14. gr. laga nr. 113/1984 séu nægilega skýrar og að ákærði hafi unnið sér til refsingar fyrir þá háttsemi sem hann er ákærður fyrir og eftir þeim lagaákvæðum, sem í ákæru greinir. Verður ákvörðun héraðsdóms um refsingu ákærða og sakarkostnað staðfest.

Í dómi *Hæstaréttar* 11. mars 2004, nr. 380/2003, (skotveiðar við Hvalfjörð) voru B og S ákærðir fyrir brot á lögum nr. 64/1994 um vernd frjónum og veiðar

á villtum fuglum og villtum spendýrum með því að hafa á árinu 2002 verið við skotveiðar á sjó við norðanverðan Hvalfjörð, en ströndin frá Þyri að Katanesi hafi verið friðlýst vegna æðarvarps. Í ákæru var háttsemi ákærðu talin varða við 1. mgr. 10. gr., sbr. 1. mgr. 19. gr. laga nr. 64/1994, sbr. og 8. gr. reglugerðar nr. 252/1996. *Hæstaréttur* staðfesti *héraðsdóm* um saktellingu B og S af hluta ákæru með vísan til forsendna hans. Í héraðsdómi sagði m.a. svo:

Friðlysing æðarvarpa fellur undir 18. gr. villdýralaga, en þar segir í 2. mgr.: „Umhverfissáðherra seður reglugerð um hvernig staðið skuli að skilgreiningu og friðlysingu æðarvarps samkvæmt lögum þessum.“ Sú reglugerð hefur verið sett og er nr. 252/1996, sbr. ákæru. Háttsemi ákærðu felur í sér brot gegn 1. mgr. sömu laga-greinar, en þar segir í 1. málslit: „Frá 15. apríl til 14. júlí ár hvert eru öll skot bönnuð nær friðlystu æðarvarpi en 2 km nema bryna nauðsyn beri til.“ Til þessarar máls-greinar 18. gr. villdýralaga er ekki vísað í ákæru, og verður að telja það annmarka á henni. Að mati dómara leiðir hann þó hvorki til frávisunar né sýknu. Í ákæru er vínað til 3. gr. reglugerðar nr. 252/1996, sem eins og fyrir segir er sett með heimild í 2. mgr. 18. gr. villdýralaga. Í 3. gr. reglugerðarinnar segir í 1. málslit: „Friðlysing æðarvarps gildir á tímabilinu frá 15. apríl til og með 14. júlí ár hvert. Friðlysingin felur það í sér að öll skot eru bönnuð nær friðlystu æðarvarpi en 2 km, nema bryna nauðsyn beri til. Ákvæði þetta er efnislega samhliða 1. ml. 1. mgr. 18. gr. villdýralaga. Nægir tilvísun ákærandi til reglugerðarinnar til þess að að ákærðu verði saktellur.“

Með auglýsingu í Lögbingublaði, sem út kom föstudaginn 20. júní 1997, friðlýsti sýslumaðurinn í Borgarnesi æðarvölp á allmörgum jörðum í undærni sínu með vísan til 18. gr. villdýralaga. Þannig voru friðlýst völp á 10 jörðum í Hvalfjarðarstrandar-hreppi, þeirra á meðal Brekku, Bjarteyjarsandi, Hrafnabjörgum, Fersiklu I og II, Saubæ og Þyri. Um afmörkun æðarvarpanna á þessum jörðum, öðrum en Þyri, segir: „Friðlysingin tekur til lands jarðanna frá þjóðvegi að sjávarmáli, auk þess sem friðlysingin tæki til Bjarteyjar og Hrafnabjargarhólma.“ Um æðarvarp á Þyri segir: „Friðlysingin tekur til Þyriseyjar, Geirshólma og Þyrisness að þjóðvegi.“ Þá segir í auglýsinguinni að á skrifstofu sýslumanns í Borgarnesi liggi frammí skrá um friðlýst æðarvölp í undærninu ásamt kortum þvar hin friðlystu æðarvölp eru afmörkuð. „Ekkert í máli þessu bendir til að ekki hafi verið staðið að friðlysingu æðarvarpanna, sem hér greinir, svo sem lög kveða á um.“ Það er almennt regla að sá sem gerist brotlegur við lög getur ekki boið fyrir sig að hann hafi ekki þekkt löginn. Á sama hátt er ákærði í þessu máli ekki vörn í því að þeir hafi ekki vitað af friðlysingu æðarvarpanna á Hvalfjarðarströnd. Þeir voru enda að skotveiðum á öndverðum varpíma og hefðu því átt að fara með mikilli gát sem góðir og gegnir veiðimenn.

Í dómi *Hæstaréttar* 28. október 2004, nr. 251/2004, (hvíldartími ökumanna) voru atvilk þau að X var sóltur til saka fyrir umferðarlagaþrot með því að hafa ekið vöruflutningabíreið yfir sjó daga tímabil án þess að taka sér „lögboðna vikuhvöld“. Var háttsemi X í ákæru talin varða við a-lið 1. gr. reglugerðar nr. 136/1995 um aksturs- og hvíldartíma ökumanna o.fl. Í innanlandslutningum og

við flutning innan Eyrþopska efnahagssvæðisins, sbr. ákvæði reglugerðar ráðs-
ins (EBE) nr. 3820/85 um samhæfingu tiltekinnar löggjafar á sviði félagsmála
er varðar flutninga á vegum, sbr. 6. mgr. 44. gr., sbr. 1. mgr. 100. gr. umferðar-
laga nr. 50/1987. Um niðurstöðu Hæstaréttar og umfjöllun um dóm þennan vís-
ast að öðru leyti til kafla 2.3 hér að framan.

Í dómi Hæstaréttar 18. nóvember 2004, nr. 236/2004, (vinnuvélar) var X
ákerður fyrir brot gegn 1. mgr. 2. gr., sbr. 1. tölulífi A-liðar 3. gr. og 1. mgr. 11.
gr. reglna nr. 198/1983 um réttindi til að stjórna vinnuvélum, sbr. 1. gr. reglna
nr. 24/1999 og 1. gr. reglna nr. 816/2000, sbr. 1. mgr. 99. gr. laga nr. 46/1980
um aðbúnað, hollustuhætti og öryggi á vinnustöðum, með því að hafa stjórnad-
lyftara án tilskilinna réttinda. *Héráðsdómur* saktfelldi samkvæmt ákeru en í
dómi *Hæstaréttar* sagði m.a. svo:

Í ákeru er vísað til refsiakvæðis 1. mgr. 99. gr. laga nr. 46/1980. Sú grein hefur að
geyma refsireglu sem vísar til verknáðarysingar í öðrum ákvæðum laganna eða
reglugerðum samkvæmt þeim. Í lögunum er hvergi að finna efnisreglur sem fjalla um
verknáðarysingu á því broti, sem ákerði er sakaður um í málinu. Háfa þau því ekki
að geyma sérstaka heimild til að refsa ákerða fyrir brotið. Reglur nr. 198/1983 með
breytingum samkvæmt reglum nr. 24/1999, voru sem fyrr segir settar með heimild í
3. mgr. 49. gr. laganna eins og hún hljóðaði áður en henni var breytt með lögun nr.
68/2003. Í reglum þessum var heldur ekki að finna lýsingu á slíkt refsiverði hát-
semi. Gáfu þær því ekki heldur orðið viðhlíandi refsheimild fyrir ætluðu broti
ákerða. Það var fyrst með 1. gr. reglna nr. 816/2000, sem kveðið var á um að þeir
einir mættu stjórna vinnuvélum sem til þess hefðu réttindi. Lífa verður svo á að þær
reglur hafi, svo sem lagaheimildir stóð til, verið settar af stjórn vinnuefnisins og
staðfestar af félagsmálaráðherra. Brot gegn því ákvæði gat þá orðið refsivert sam-
kvæmt 1. mgr. 11. gr. reglnanna.

Hæstiréttur sýknaði hins vegar ákerða X á þeim grundvelli að reglur nr.
816/2000 hefðu verið settar af stjórn Vinnuefnisins ríkisins en löggjafinn hefði
ekki getað framselt stofnuninni það vald að ákveða hvaða háttsemi skyldi varða
refsingu. Þá varð staðfestingu ráðherra á reglum vinnuefnisins ekki heldur
jafnað til þess að hann setti þær sjálfur. Samkvæmt þessu skorti viðhlíandi
lagastoð fyrir því að ákerði hefði umnið sér til refsingar fyrir þá háttsemi sem
honum var gefin að sök í ákeru, sbr. 1. mgr. 69. gr. stjómarskráttinnar.

3.3 Ályktanir af dómfrankvæmd og viðhorfum fræðimanna

3.3.1 Inngangur

Eins og ráðið verður af lýsingu á dómfrankvæmd í kafla 3.2.2 hér að
framan hafa dómstólar til þessa ekki sett fram almenn stjórnarmíð um þann mæli-
kvarða eða þau viðmið sem þeir bygja á við mat á hvort refsheimild
samrýmist meginreglunni um skýrleika refsheimilda. Inntak og gildissvið
meginreglunnar í íslenskum rétti er því enn sem komið er nokkuð óljóst. Í

kóflum 3.3.2-3.3.9 verður leitað við að greina eftir því sem kostur er þau *meg-
insjónarmið* sem þó má ráða af fyrirhugðandi dómfrankvæmd og þau nánar
skýrð m.a. með hlífðun af þeirri almennu umfjöllun um viðhorf íslenskra og
erlendara fræðimanna og úrlausnum úr erlendri dómfrankvæmd sem rakin er í
kafla 3.1.

3.3.2 Áhersla á viðvörðunarsjónarmiðið

Af **H 1997 1253** (skoteldar) og **dómi Hæstaréttar** 3. apríl 2003 (amarvarp
í Miðnúsaejrum) leiðir að refsheimildir mega ekki vera of *almennar* og *óljósar*
þannig að þær séu ekki nægjanlega *óvirkar* og *glöggar*, eins og áréttað er í
síðari dómnum.⁷⁹ Enda þótt ekki sé beinlínis vísað til sjónarmiða um fyrirsjá-
anleika í þessum dómum virðist mega draga þá ályktun að megináhrifslan hafi
þar verið lögð á að refsheimild veiti samgjarna og eðlilega viðvörn um hvað
fellur undir verknáðarysingu refsiakvæðis, sbr. einnig **H 2000 280** (hlutlæg
refsibýrgð skiptisjóra). *Viðvörðunarsjónarmiðið* virðist því vera nokkuð ráðandi
enn sem komið er í íslenskum rétti enda hefur til þessa ekki verið vísað til *refsi-
vörslusjónarmáðsins* í fyrirhugðandi dómfrankvæmd.

3.3.3 Refsheimildir mega ekki vera of almennar og óljósar – mörk megin- reglunnar um skýrleika refsheimilda og tálkunar refsilaga

Við nánari greiningu á því efnisatriði meginreglunnar um skýrleika refs-
heimilda að refsheimild megi ekki vera of *almenn* og *óljóð* er fróðlegt að bera
saman þær verknáðarysingar sem á reyndi í **H 1997 1253** annars vegar og í
dómi Hæstaréttar 3. apríl 2003 hins vegar í ljósi þess að Hæstiréttur telur að
í báðum tilvikum séu þær efnislega of *almennar* til að geta orðið grundvöllur
refsibýrgðar.

Í **H 1997 1253** (skoteldar) reyndi á verknáðarysingu 1. mgr. 30. gr. þáglid-
andi laga nr. 46/1977 um skotvopn, sprengiefni og skotelda en ákvæðið var svo-
hljóðandi í heild sinni:

Þeir, sem fara með skotelda, skulu ætíð geta fyllstu varúðar. Dómsmálaráðherra
getur sett reglur um sölu og meðferð skotelda, þ. á m. getur hann sett reglur um að
eigi megi selja almenningi ýmsar skaðlegar tegundir skotelda.

Í dómi Hæstaréttar í þessu máli er sérstaklega tekið fram að með tilvitaðri
1. mgr. 30. gr. laga nr. 46/1977 sé „með almennum orðum lögð varðanarskylda
á þá, sem fara með skotelda án nánari lýsingar á inntaki þeirrar skyldu“. Háfa
verður í huga að dómurinn lætur hér ekki staðar numið heldur telur ástæðu til
að vísa einnig til forsendna héráðsdoms um önnur ákvæði laga nr. 46/1977 og

⁷⁹ Athyglisvert er að orðalag það sem Hæstiréttur notar í dómnum frá 3. apríl 2003 um *almenna*
og *óljóðar* refsheimild og skort á *óvirkðun* hefnar eru hugtök sem fram koma í ofangreindum
fræðiskrifum Jónatans Þórnundssonar og Gunnars G. Schram, sjá kafla 3.1.2 hér að framan.

reglugerðar nr. 536/1988 áður en endanleg niðurstaða er fengin um að ekki verði falllist á að „þau feili í sér viðhlitandi refsheimild vegna þeirrar háttsemi, sem ákærðu er gefið að sök“.

Af H 1997 1253 verður ráðið að refsheimild sem hefur að geyma lýsingu á refsinefni háttsemi, sem felur í sér almennit orðaða varðarskylda á tilteknu sviði án náðari lýsingar á inntaki þeirrar skyldu, fullnægi ekki ein og sér kröfnum um skýrleika refsheimilda. Það sem gerir slíka refsheimild ófullnægjandi er að sú skylda til að gæta fyllstu varðar sem þar er lýst felur ekki í sér neina hlutlæga viðmiðun eða leiðbeiningu um hvaða ahhöfn (eða ahhafnaleysi) telst refsiverð og hver fellur utan við ákvæðið. Venjulegir og sakhæfir einstaklingar, sem fara með skotelda, myndu því almennit vera í verulegum vafa um hvort háttsemi þeirra félli innan eða utan varðarskyldunnar (viðvönnarsjónarmiðið). Þá er ljóst að þeir sem fara með refsivörslu – lögregla og ákærhendur – munu einnig þurfa oft og tíðum að geta í þær eyður sem eru í slíkri refsheimild. Framkvæmd slíkra refsheimilda kann því að leiða til handahófskenndra ákvarðana af hálfu lögreglu og ákærvalds (refsivörslusjónarmiðið). Almennit orðaðar varðarskyldur geta því *einna og sér* ekki talist fullnægja meginreglunni um skýrleika refsheimilda í l. mgr. 69. gr. stjórnskráttáttarinnar.⁸⁰ Refsheimildir verða að lýsa *áð lagmarki einhverjum hlutlægum viðmiðum* eða hafa að geyma *áþræfalega leiðbeiningu um innatak þeirra* enda þótt þær séu orðaðar með matskenndu hætti. Hin almennit orðaða varðarskylda l. mgr. 30. gr. þágljandandi skotvopn- laga, sem á reynndi í því máli, fullnægði ekki þessum efniskröfum meginreglunnar um skýrleika refsheimilda.

Í dómi Hæstaréttar 3. apríl 2003 komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að þágljandandi ákvæði fyrir málsi. 2. mgr. 6. gr. laga nr. 64/1994 uppfyllti ekki þær kröfur sem gera verður til skýrleika refsheimilda. Það ákvæði var svohljóðandi:

Ávallt skal gæta fyllstu varkárni og nærgæmi gagnvart villtum dýrum og lífsvæðum þeirra og forðast óþarfa truflun.

Eins og lýst er í kafla 3.2.2 hér að framan var Á gefið að sök í þessu máli að hafa haustið 2002 farið annars vegar í hólmann Arnarstapa og rekið þar niður við hreiðurstað annar þjá mannheðarháa staura og hins vegar í Hrísey í landi sömu jarðar og sett þar fjórar trefjalir yfir svölu við hreiðurstað annar nyrst í eyrinni. Þá var honum einnig gefin að sök tilgreind mannvirkjagerð við hreiðurstað annar á sömu stöðum sumarrit 2001. Af gögnum sérfrednings frá Náttúrufræðistofnun sem lágu fyrir dómnum varð ráðið að ernir hefðu orpið nokkuð samfellt á umræddu svæði frá 1959 oflást í Arnarstapa, sem væri mikilvægasti

⁸⁰ Þessi niðurstaða hefði það líklega í för með sér að ákvæði á borti við 1. og 2. mgr. 4. gr. umferðarlaga nr. 50/1987, fyrri málsli. 8. gr. laga nr. 15/1994 um dýravand og 3. mgr. 27. gr. vopnalaga nr. 16/1998 teidust ekki ein og sér fullnægja meginreglunni um skýrleika refsheimilda, sbr. 1. mgr. 69. gr. stjórnskráttáttarinnar.

varpstaður í eyjunni, en einnig alloft í Hrísey. Miðhúsaeyjar væru því vel þekkt arnarvæði og þótt ernir hefðu ekki orpið nýlegra í Arnarstapa hefðu ummerki um þá fundist síðast í maí 1999 en síðast hafi verið vitað um arnarvarp á árinu 1997. Þá segir í forsendum dómnsins að „ráða [megi] af framangreindri skráningu að á þessum árum hafi fáeinir ungar komist upp og varpið misfarist í nokkur skipti“. Í framhaldinu er í forsendunum vikið að því að íslenski haförminn sé alfríðaður samkvæmt l. mgr. 6. gr., sbr. 1. gr. og 17. gr. laga nr. 64/1994, og að aldreji megi veiða hann í þeim tilgangi að koma í veg fyrir fjón, sbr. 7. gr. reglugerðar nr. 456/1994. Þessu næst er vísað til tilvinaðarar 2. mgr. 6. gr. laga nr. 64/1994 sem ákæran beindist að. Rétt er samhengisins vegna að taka að nýju hér upp þær forsendur Hæstaréttar sem á eftir koma.

Ákærða er sem fyrir segir gefið að sök að hafa brotið gegn þessu ákvæði með því að hafa raskað hreiðurstað anna með framangreindri mannvirkjagerð á hreiðurstöðum þeirra í Arnarstapa og Hrísey. Fram er komið að á undanförunum áratugum hafa fáeinir arnarungar komist upp og á sama tíma hefur varp misfarist í nokkur skipti á þessum hreiðurstöðum. Er óumdeilt að síðast var kunnugt um arnarvarp í Arnarstapa árið 1997, en ekki er fram komið hvenær örn verpi síðast í Hrísey. Í orðskýringum l. gr. laga nr. 64/1994 eru „lífsvæði“ talin vera „svæði sem dýr nota sér til framferðis og viðkomu eða sem farleið“. Ekki er ljóst af 6. gr. laganna og öðrum ákvæðum þeirra eða lögskýringargögnum hvort sá staður sem örn kunnir að verpa á geti fallið undir lífsvæði dýra eða hvort geti er sú krafa að hann verpi þar í raun. Þetta orðalag ákvæðisins er að þessu leyti of almennit og því ekki nægilega óværrit og glögg. Uppfyllir það ekki þær kröfur sem gera verður til skýrleika refsheimilda.

Ekki verður önnur ályktun dregin af þessum forsendum en að sá hluti 2. mgr. 6. gr. laga nr. 64/1994 sem Hæstiréttur telur ekki fullnægja skýrleikakröfum er orðalagið *lífsvæði dýra*, sbr. „Þetta orðalag ákvæðisins er að þessu leyti“. Rétt er að hafa í huga að í forsendunum er hvergi vikið að því að í máli Hæstaréttar á óskýrleika ákvæðisins hafi hinir eiginlegu verknaðarþættir þess (... að gæta fyllstu varkárni og nærgæmi ... og forðast óþarfa truflun) haft þýðingu.

Það álitæfni sem Hæstiréttur stóð í raun frammi fyrir var hvorn af tveimur haldbærum lögskýringarkostum við tilkun hugtaksins *lífsvæði dýra* bar að leggja til grundvallar í málinu, þ.e. hvort undir það félli einungis sá staður sem örn „verpir í raun“ eða einnig hvort undir það félli sá staður sem „örn kann að verpa á“. Þetta skipti máli vegna þess að af gögnum málsins var, eins og segir í dómi Hæstaréttar, síðast ... kunnugt um arnarvarp í Arnarstapa árið 1997“. Þá var ekki „fram komið hvenær örn verpi síðast í Hrísey“. Háttsemi sem Á var gefið að sök átti sér stað sumrin 2001 og 2002. Ef fyrir lögskýringarkosturinn hefði orðið fyrir valinu þá hefði líklegast þurft að sýkna Á af brotinu nema skilyrði tilraunarverknaðar hefðu verið talin uppfyllt, sbr. 2. mgr. 19. gr. laga nr. 64/1994, og þá að fullnægðum réttarfarsskilyrðum, sbr. 117. gr. laga nr. 19/1991 um meðferð opinberra mála. Ef síðari kosturinn hefði verið lagður til grundvallar hefði að líkindum mátt saktella Á. Hæstiréttur valdi hins vegar hvorugan

kostinn heldur taldi að hugtakið *lífsvæði* dýra í 2. mgr. 6. gr. laga nr. 64/1994 væri „að þessu leyti af almennt og því ekki nægilega óvirkæt og glögg“.

Um þessa aðferðfræði Hæstaréttar má deila. Líóst er að nokkur vafi var til staðar um hvort af ofangreindum tveimur lögskýringarkostum bar að leggja til grundvallar við úrlausn á máli A að virtum atvikum málsins og þeim gögnum um varp í Miðhúsaeyjum sem lágu fyrir dómnum.⁸¹ Hæstiréttur hefði átt að fara þá leið í ofangreindu máli að skýra hugtakið *lífsvæði* dýra þröngri ákvarðandi skýringu.⁸² Í samræmi við viðurkennd lögskýringarsjónarmið í refsirétti.⁸³ Ákveðið ætti þannig aðeins við um þá staði þar sem örn *verpir* í raun. Síðan hefði þurft að taka afstöðu til þess hvaða áhrif sú lögskýring hefði á málsstað ákærvaldsins að virtum gögnum málsins, sbr. það sem greinir hér að framan. Ef leggjá áti mat á samræmi 2. mgr. 6. gr. laga nr. 64/1994 og meginreglunnar um skýrleika refsheimilda bar á hinn bóginn að meta hvort ákveðið hafi veitt venjulegum, saktaefum einstaklingi *nægjanlega og samgjarna viðvörn* um að háttsemi hans bryti gegn ákvæðinu og eftir atvikum einnig hvort skort hafi á hlutlægari viðmiðunni eða áþreifanlegar leiðbeiningar um inntak hinnar refsheimildar. Þetta er ákærvaldsregla um skýrleika refsheimilda, eins og þeim hefur verið lýst hér að framan, var hvort tveggja gætt með því að nota hugtakið *lífsvæði* dýra í 2. mgr. 6. gr., sbr. einnig 1. gr. laganna. Það er hins vegar annað mál hvort hinn almennt orðuðu verknaðarþættir sömu málsgreinar geta valdið vandkvæðum í þessu sambandi og þá í ljósi niðurstöðu Hæstaréttar í H 1997 1253 (skoteldar), sjá nú fyrri máli. 2. mgr. 6. gr. laga nr. 64/1994, sbr. 4. gr. breytingarlaga nr. 94/2004.⁸⁴

81 Nánar tiltekið má segja að enginn vafi hafi í raun verið á því að undir *lífsvæði* dýra fælli a.m.k. sá seður þar sem örn *verpir* í raun. Vafi var hins vegar á því hvort þeir staðir sem einir *kanna* að *verpa* á fællu þar einnig undir.

82 Um þröngva ákvarðandi skýringu við tulkun refsilaga, sjá **Jonatan Þórnundsson**: Afbot og refsilög 1, bls. 237 og 240-241.

83 Segja má að þetta sé afbrigði af lögskýringarsjónarmiðinu *in dubio mitius*, þ.e. að vala um heinfærslu til refsilöganna ber að skýra sakdomningi í hæð, sjá **Jonatan Þórnundsson**: Afbot og refsilög 1, bls. 244 og **Róbert R. Spanó**: „Um tjáningarfærslu og refsilög“: Ársstafrannir Oratoris (2002), bls. 22-23. Sjá hér einnig dóm héraðsdóms í H 1995 3149 (Bjartsmáli).

84 Með lögum nr. 94/2004 var gert breyting á ákvæði fyrri máls. 2. mgr. 6. gr. laga nr. 64/1994 vegna dóms Hæstaréttar 3. apríl 2003, sbr. 4. gr. laga nr. 94/2004. Ákvæði fyrri máls. 2. mgr. 6. gr. laga nr. 64/1994 er nú svohljóðandi: „Ávallt skal gæta fyllstu varkæmi og nærgætni gegn varp villtum dýrum og búsvæðum þeirra og forðast óþarfa truflun“. Orðskýring 1. gr. á hinu nýja hugtaki *lífsvæði* er eftirfarandi: „svæði sem villt dýr nota sér til framfarstu og viðkomu, svo sem varpplönd og fæðusvæði, eða sem farleið“.

Það er erfíðleiknum bundið að meta forðernissgildi dóms Hæstaréttar 3. apríl 2003 um amnarvarpið í Miðhúsaeyjum enda eru þar gerðar mklar kröfur til skýrleika refsheimilda. Svo virðist sem sá óhóflega strangi mælikvarði um inntak meginreglunnar um skýrleika refsheimilda í 1. mgr. 69. gr. stjórnarskránnar, sem lýst er í titi Gunnars G. Schram, *Stjórnskipunarréttur*, bls. 513-514, hafi verið hafður að leiðarljósi við úrlausn málsins.⁸⁵ Það er líóst að orðalag 2. mgr. 6. gr. laga nr. 64/1994 hefði staðist skýrleikkröfur þær sem mannréttindadómstóllinn hefur lagt til grundvallar við beitingu 1. mgr. 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Íræka verður að til þessa ákvæðis mannréttindasáttmáls er sérstaklega vísað í athugasendum greinargerðar að baki 1. mgr. 69. gr. stjórnarskránnar. Þá má geta þess til sananburðar að í dómi Hæstaréttar frá 3. apríl 2003 eru gerðar mun meiri kröfur til skýrleika refsheimilda en lagðar hafa verið til grundvallar í dönskum, norskum og bandarískum rétti.⁸⁶

Ekkert er stjórnskipulega því til fyrirstöðu að Hæstiréttur tülki mannréttindasáttmála íslensku stjórnarskránnar þannig að þau veit réttindavernd en leiðir af dómamfrakvæmd mannréttindadómstólsins um túlkun ákvæða sáttmálsans⁸⁷ og raunar rökkrétt í sumum tilvikum að svo sé gert.⁸⁸ Í ljósi framangreinds er þrátt fyrir það varhugavert að draga víðtækar ályktanir af forsendum dómsins um inntak meginreglunnar um skýrleika refsheimilda í 1. mgr. 69. gr. stjórnarskránnar. Í því sambandi verður jafnframt að hafa í huga að vafi um skýringu refsheimildar getur ekki einn og sér leitt til ályktunar um að verknaðartýsing fullnægir ekki efniskröfum meginreglunnar um skýrleika refsheimilda. Ef svo væri yrði harla erfitt að halda þuppi raunhæfni og virkri refsivörslu enda verður ekki komist hjá álitaeftum um heinfærslu einstakra tilvika til refsheimilda sem leysa þarf með hefðbundum lögskýringaræðferðum.⁸⁹

3.3.4 Samspil almennra og óljósra háttærnisreglna í settum lögum og nánari efnisreglna í almennum stjórnvaldsfyrirmælum

Þótt löggjafinn velji að mæla fyrir um öruggis- og/eða varðarskyldu með nokkuð almennum og óljósum hætti kunna slíkar verknaðartýsingar eftir atvikum að fullhægra kröfum meginreglunnar um skýrleika refsheimilda ef löggjafinn hefur samhlíða veitt ráðherra heimild til að útfæra í almennum

85 Sjá kafla 3.1.2 í greininni.

86 Sjá kafla 3.1.3-3.1.5 í greininni.

87 Þess skal gætt að samkvæmt 53. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. 1. tölul. 1. mgr. 1. gr. laga nr. 62/1994, skal ekkert ákvæði í sáttmálanum „tülka þannig að það takmarki eða rýri nokkur þau mannréttindi og mannfærslu sem tryggð kunna að vera í löggjöf aðila samnings þessa eða með öðrum samningi sem hann er aðili að“.

88 Sjá **Róbert R. Spanó**: „Ákvæði 1. mgr. 68. gr. stjórnarskránnar um bann við ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu“, bls. 642-643 og 667.

89 Hér má minna á eftirfarandi forsendur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *Laukkonen* gegn *Finnlandi*: „... However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points ...“. Sjá nánar kafla 3.1.6 hér að framan.

stjórnvaldsfyrirmælum *inníak* slíkra fyrirmæla.⁹⁰ Hafi ráðherra nýtt þá heimild, og mælt nánar fyrir um inntak varðarskyldunnar með fyrirmælum í reglugerð sem fullnægja sem slík meginreglunni um skýrleika refsheimilda, kann að mega líta á hina settu lagareglu og stjórnvaldsfyrirmælin *heilðstætt* sem refsheimild sem fullnægir kröfum 1. mgr. 69. gr. stjórnarskránnar.

Í forsendum **H 1997 1253** vísar Hæstiréttur m.a. til þeirra forsendna héraðsdóms að í reglugerð nr. 536/1988 hafi ekki verið nánar mælt fyrir um geymslu og meðferð skotelda. Ráðherra hafði því í raun ekki nýtt heimild 2. mgr. 30. gr. laga nr. 46/1977 til að útfæra hina almennt oröðuð varðarskylda 1. mgr. sömu greinar og þá þannig að lýst væri þeirri háttsemi sem ákærðu var gefið að sök í ákæruskjálmu. Af þessum sökum fólu þessi ákvæði ekki í sér „viðhlífandi refsheimild vegna þeirrar háttsemi, sem ákærðu [var] gefið sök“.

Þetta viðhorf til mögulegs samspilis almennit orðaðra verknaðarlýsinga í settum lögum í þrengrri merkingu og fyrirmæla í stjórnvaldsfyrirmælum um nánari útfærslu þeirra styðst einnig við tilvinaðar forsendur í **dómi Hæstaréttar** 18. nóvember 2004 (vinnuvélar). Þar er því lýst að áður en reglu nr. 816/2000 voru settar hafi hvergi verið lýst banni við því að þeir einir mættu stjórna vinnuvélum sem til þess hefðu réttindi. Í því sambandi bendir Hæstiréttur á að 1. mgr. 99. gr. laga nr. 46/1980 um aðbúnað, hollustuhætti og öryggi á vinnustöðum hafi að geyma refsireglu sem vísi til verknaðarlýsinga í öðrum ákvæðum laganna eða reglugerðum samskræmt þeim. Í lögnum sé hins vegar hvergi að finna efnisreglu sem fjalli um verknaðarlýsingu á því broti að stjórna vinnuvél án réttinda sem ákæraran beindist að. Hafi lögín því ekki haft að geyma heimild til að refsá ákærðu fyrir brotið.

Í þessu sambandi verður að hafa í huga að í lögum nr. 46/1980, sbr. breytingartög nr. 68/2003, er félagsmálaráðherra fengið mjög víðtækt vald til að setja fyrirmæli um nánari útfærslu laganna í almennu stjórnvaldsfyrirmæli. Í V. kafla laganna er fjallað um frankvæmd vinnu, í VI. kafla um vinnustaði og í VII. kafla um vélar, tækjabúnað o.fl. Í upphafi hvers kafla er að finna almennt orðaðar varðar- og öryggisreglur, sbr. 1. mgr. 37. gr., 1. mgr. 42. gr. og 1. mgr. 46. gr. Þá er í í öllum köflunum að finna boð um að fylgja skuli viðurkenndum stöðlum, ákvæðum laga og reglugerða, svo og fyrirmælum Vinnueftirlits ríkisins, að því er varðar aðbúnað, hollustuhætti og öryggi, sbr. 2. mgr. 37. gr., 2. mgr. 42. gr. og 2. mgr. 46. gr. Loks hafa allir kaflarnir að geyma ákvæði sem kveða á um að félagsmálaráðherra seji nánari reglur, að fenginni umsögn stjórnar Vinnueftirlits ríkisins, um nánari tilgreind atriði sem þessir kaflar fjalla um, sbr. 38., 43. og 47. gr. laga nr. 46/1980, sbr. lög nr. 68/2003.

90 Er þá gengið út frá því að með hinni almennu verknaðarlýsingu í settum lögum, og lagahæimild til seiningar almenna stjórnvaldsfyrirmæla um nánari útfærslu slíkrar verknaðarlýsingar, hafi löggjafinn fullnægð þeirri kröfu grunnreglunnar um lögbundnar refsheimildir til franssals lagasetningarvalds á sviði refsistær að mæla í settum lögum fyrir um *meigináhrörkun* þeirrar háttsemi sem gera á refsiverða, sjá **Róbert R. Spáni**: „Stjórnarskráin og refsibýggð“ (ýrri hluti), bls. 38.

Eins og ráða má af **dómi Hæstaréttar** 18. nóvember 2004 hafa hin almennt oröðuð varðar- og öryggisákvæði V., VI. og VII. kafla laga nr. 46/1980 ekki að geyma verknaðarlýsingar sem fullnægja einar og sér meginreglunni um skýrleika refsheimilda. Með nánari útfærslu í almennum stjórnvaldsfyrirmælum, eins og gert var með reglum nr. 816/2000, skapaðist hins vegar refsheimild sem dugði í þessu sambandi ef hún hefði á annað borð verið sett af félagsmálaráðherra en ekki Vinnueftirliti ríkisins.⁹¹ Í þessu sambandi má til nánari skýringar og samamburðar vísa til forsendna í **dómi Héraðsdóms Reykjavíkur** 30. apríl 2004, nr. S-395/2004, (verkþallar) en þar voru H og S ákærðir fyrir brot á lögum og reglum um öryggi á vinnustöðum og reglum um verkþalla. Var í ákæru vísad m.a. til ofangreindra 37. og 42. gr. laga nr. 46/1980 og reglum nr. 547/1996 um aðbúnað, hollustuhætti og öryggi á byggingarvinnustöðum og við aðra tímabundna mannvirkjagerð og regla nr. 331/1989 um rötaverkþalla.⁹²

Framangreind ákvæði laga nr. 46/1980, sem vísad er til í ákæru, hafa öll að geyma almennar kröfur til atvinnurekenda og verkstjóra við frankvæmd vinnu og vinnustaði. Þá er með 2. mgr. 37. gr. laga nr. 46/1980 lögð sú skylda á þessa aðila að fylgja „fyrirmælum Vinnueftirlits ríkisins“. Fyrir utan tilvísun til fyrirmæla Vinnueftirlits ríkisins hafa þessi lagaákvæði aðeins að geyma almenna lýsingu á öryggis- og aðbúnaðarkröfum er varða vinnustaði og frankvæmd vinnu. Verða þau að þessu leyri ein og sér talin of almenn og óljós sem refsheimildir enda verður ekki af þeim ráðið með nægjanlega fyrirskanlegum og skýrum hætti, sbr. 1. mgr. 69. gr. stjórnarskránnar, sbr. 7. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995, hvaða athafnir eða eftir atviki athafnaleysis falli innan þeirra, sbr. til hljóðsonar H 3. apríl 2003, máli nr. 449/2002. Lög nr. 46/1980, sbr. lög nr. 68/2003, gera enda ráð fyrir því að félagsmálaráðherra séu veittar víðtækar heimildir til að setja nánari reglur að fenginni umsögn stjórnar Vinnueftirlits ríkisins um frankvæmd vinnu og um fyrirkomulag vinnustaða, sbr. 38. og 43. gr. laga nr. 46/1980, sbr. 2. gr. laga nr. 68/2003. Í ljósi þessa er í ákæru, til stuðnings tilvísun til ofangreindra ákvæða í lögum nr. 46/1980, vísad til tilgreindra ákvæða í reglum nr. 547/1996 og nr. 331/1989, þar sem er að finna nánari útfærslu á þeim kröfu sem gera verður til frankvæmdar vinnu og vinnustaða þannig að fullnægð sé markmiðum laga nr. 46/1980 um öryggi og góðan aðbúnað og þá til samræmis við þá meginafmörkun um þessi atriði sem fram kemur í áðurmeindum ákvæðum laganna.

91 Það var því ekki *efni* reglna nr. 816/2000 sem leiddi til þess að á skorti að þær yrðu taldar viðhlífandi refsheimildir heldur *seiningarháttur* þeirra enda gat löggjafinn ekki franselt Vinnueftirliti ríkisins vald til að setja almennu stjórnvaldsfyrirmæli sem getu orðið grundvöllur refsibýggðar. Af **dómi Hæstaréttar** 18. nóvember 2004 leiðir samskræmt þessu að allar þær reglur sem settar voru af stjórn Vinnueftirlits ríkisins fyrir gildistöku laga nr. 68/2003 verða ekki taldar viðhlífandi refsheimildir í merkingu 1. mgr. 69. gr. stjórnarskránnar. Brot á verknaðarlýsingu þessara reglna geta því ekki orðið grundvöllur fyrir viðurkeppingu refsibýggðar fyrir dómi.

92 Rétt er að upplýsa að höfundur þessarar greinar kvad upp þennan dóm sem settur héraðsdómari við Héraðsdóm Reykjavíkur. Gilídi dómansins fyrir þessa umfjöllun verður að meta með hljóðson af því.

Að mati dómnsins verður lagt til grundvallar að þeirri háttsemi sem ákærðu er gefin að sök í fyrri hluta ákæru sé lýst með viðhliandi hætti í þeim ákvæðum reglna nr. 547/1996 og nr. 331/1989 sem vísað er til í ákæru. ... Telja verður að verknáð-arlýsingar nefndra reglna stjórnar Vinnueftirlits ríkisins frá 1996 og 1989 eigi sér efnislega stöð í lögum nr. 46/1980. Þessi stjórnvaldsfyrirmæli fullnægja að þessu leyti þeim kröfum um lagastoð stjórnvaldsfyrirmæla sem refsheimilda sem leiðir af áðurnefndri l. mgr. 69. gr. stjórnarskránnar.⁹⁵

Samspil háttemisreglna í settum lögum og framsalshemilda til nánari útfærslu í stjórnvaldsfyrirmælum kann einnig að eiga við um verknáðarlýsingar sem vísa til *síðferðilegs mælikvarða* sem er almennt og óljós, sbr. t.d. l. mgr. 12. gr. laga nr. 34/1944 um þjóðfána Íslendinga og ríkisskjaldaþerkið.⁹⁴ Samkvæmt ákvæðinu má enginn óvirkja þjóðfánann, hvorki í orði né verki. Brot gegn l. mgr. 12. gr. varða samkvæmt l. mgr. 14. gr. sektum eða fangelsi allir að einu ári, sbr. 12. gr. laga nr. 67/1988.⁹⁵ Í ljósi **H 1997 1253** og **dóms Hæstaréttar** 3. apríl 2003 verður að telja að verulegur vafi leiki á því að verknáðarlýsing l. mgr. 12. gr. laga nr. 34/1944 fullnægi ein og sér kröfum meginreglunnar um skýrleika refsheimilda. Í fyrsta bindi ritsins *Afprot og refsíðabyrgð* er hins vegar tekið fram að athugasemdfni sé hvort ákvæði 13. gr. laga nr. 34/1944, sbr. 11. gr. laga 67/1998, skipti máli um gildi l. mgr. 12. gr., sbr. l. mgr. 14. gr. laga nr. 34/1944.⁹⁶ Þar er ekki tekin frekari afstaða til þessa álítaefnis.

Samkvæmt 13. gr. laga nr. 34/1944 setur forsætisráðuneytið með reglugerð sérsítek ákvæði til skýringar ákvæðum laganna. Ekki verður séð að slík reglu-

93 Það var hins vegar niðurstaða héraðsdómsins að varhugað væri að telja að staðfesting félags- málaraðuneytisins við birtingu reglna nr. 331/1989 og reglna nr. 547/1996, sem stjórn Vinnueftir- lits ríkisins gaf út, yrði „lögð að jöfnu við það að ráðuneytið [hefði] að lögum lagt slíkt efnislegt mat á efni þeirra að leggja [mætti] til grundvallar, a.m.k. við mat á gildi þeirra sem refsheimilda, að reglurnar [leidust] fullnægja skilyrðum upphafsmálistíðar 38. gr. og upphafsmálistíðar 43. gr. laga nr. 46/1980, sbr. 2. og 11. gr. laga nr. 68/2003, um að vera setar af félagsmálaráðherra. Samkvæmt þessu [yrði] það niðurstaða dómnsins að ákvæði reglna nr. 547/1996 og nr. 331/1989 [yrðu] ekki eins og atvikum [væru] háttíð talðar falla innan marka refsíðakvæðis l. mgr. 99. gr. laga nr. 46/1980 eins og það ber að skýra eftir gildistöku 2. gr. laga nr. 68/2003 hinn 7. apríl 2003. Þar sem atvik þau sem ákært [hefði verið] fyrir áttu sér stað eftir þann tíma [yrði] ákvæðum þessara reglna ekki beitt gagn- vart ákærðu ... eins og þær [væru] nú úr gærði gerðar, sbr. l. mgr. 69. gr. stjórnarskránnar.“ **I dómi Hæstaréttar** 18. nóvember 2004, nr. 236/2004, (vinnuveilar) er lagt til grundvallar að staðfestingu félagsmálaráðherra á reglum þeim sem stjórn Vinnueftirlits ríkisins gaf út á grundvalli laga nr. 46/1980, fyrir gildistöku breytingarlagna nr. 68/2003, varð ekki lagt að jöfnu við að hann hafi gefið reglurnar út sjálfur.

94 Um matskend svigrúmsákvæði er nánar fjallað í kafla 3.3.8 í greininni.

95 Sjá nánar **Jónatan Þórnundsson**: Afprot og refsíðabyrgð I, bls. 170.

96 **Jónatan Þórnundsson**: Afprot og refsíðabyrgð I, mgr. 45 á bls. 170.

gerð hafi formlega verið sett.⁹⁷ Hins vegar skal vakin athygli á því að l. desem- ber 1965 gaf dómsmálaráðuneytið út „leiðbeiningar um meðferð íslenska fán- ans“ nr. 222/1961 sem birtar voru í B-deild Stjórnartíðinda 5. desember 1966. Í 5. og 6. gr. leiðbeininganna er að finna nánari fyrirmæli um meðferð fánans.⁹⁸ Með vísan til framangreinda stjórnaríða um tengsl almennra og óljósra hátt- emisreglna í settum lögum og framsalshemilda til útfærslu slíkra fyrirmæla í stjórnvaldsfyrirmælum er ekki útilokað að fyrirmæli 5. og 6. gr. leiðbeining- anna hefðu þýðingu við heildstætt mat á því hvort l. mgr. 12. gr. laga nr. 34/1944 yrði talin standast skýrleikakröfur l. mgr. 69. gr. stjórnarskránnar.

3.3.5 Almennur og hlutlægur mælikvarði en ekki einstaklingsbundinn

Ef horft er til forsendna Hæstaréttar í **H 1997 1253** (skoteldar), **H 2000 280** (hlutlæg refsíðabyrgð skipstjóra) og **H 3. apríl 2003** (amarvarp í Miðhúsaeyjum) virðist mega draga þá ályktun að mælikvarði sá á fyrirsjáanleika refsheimildar, sem lagður er til grundvallar, sé *almennur og hlutlægur*. Matitð er þá miðað við það hvernig eilla megi að refsheimildin horfi við *venjulegum, saktæfum ein- staklingi* fremur en að vera *einstaklingsbundin*, þ.e. miðað við það hvernig refsheimildin horfir við hinum *ákærða sérstaklega*. Að þessu leyti virðist dómframlýsingin í samræmi við þau viðhorf sem lýst er í fræðiskrifum Jón- atans Þórnundssonar og byggt hefur verið á í norskum, dönskum og banda- rískum rétti að meginsteinu til.

Því má þó líklega halda fram að **dómur Hæstaréttar** 11. mars 2004, nr. 380/2003, (skotveiðar við Hvalfjörð) kúnni að sumu leyti að ganga í gagnstæða átt þótt ekki sé þar beinlínis vísað til krafa um skýrleika refsheimilda. Þar voru nokkuð fjárlæg tengsl á milli framsalshemildar um skilgreiningu og

97 Í ákvæði 13. gr. laga nr. 34/1944, fyrir þá breytingu sem gerð var á ákvæðinu með 11. gr. laga nr. 67/1998, sagði: „Dómsmálaráðuneytið getur, lef þótt bykir, set með reglugerð sérsítek ákvæði til skýringar á ákvæðum laga þessara“. Í frumvarpi því er varð að lögum nr. 34/1944 sagði meðal annars um röksemdir að haki reglugerðarheimildinni: „Í lagafrumvarpið hafa verið tekin ýmis ákvæði, sem eru ekki í fánalögum Norðmannna og Svía; eru sum þeirra í konungsráðgjörðum eða auglýsingum. Allhafi geta komið fyrir nr. atvik, sem geri eaklilegt að skýra nánar einhver ákvæði laganna eða jafnvel selja ný ákvæði. Hefir því þótt rétt að selja í lögum ákvæði, sem heimili slíkt í öðru en lagafornni“, sjá Alþt. 1941, A-deild, bls. 159. Með 11. gr. laga nr. 67/1998 var reglugerð- archeimildin færð til forsætisráðuneytisins og gerðar á henni orðalagsbreytingar. Af frumvarpi því er varð að lögum nr. 67/1998 og meðferð þess á Alþingi má ráða að eðlunin með umræddri reglu- gerðarheimild 11. gr. laganna, sbr. 13. gr. laga nr. 34/1944, hafi fyrst og fremst verið sú að fela for- seitisráðherra að útfæra nánar fyrirmæli um nokkun og meðferð þjóðfánans, sjá Alþt. 1997-1998, A-deild, bls. 3788. Þá er einkar athyglisvert að með frumvarpinu fylgdi „tillagð að reglugerð um nokkun og meðferð þjóðfána Íslendinga“, þar sehn er m.a. að finna farlæg fyrirmæli um „reglur fánannum til vengdandi“ og ýmsa „meðferð fánans“ og skýringar við einstakar greinar.

98 Enda þótt niðurlandi 13. gr. laga nr. 34/1944, sbr. 11. gr. laga nr. 67/1998, geri ráð fyrir að for- seitisráðuneytið selji reglugerð með sérsítekum ákvæðum til nánari skýringar laganna verður ekki af því einu lagt til grundvallar að leiðbeiningar dómsmálaráðuneytisins frá 1966, sem sett hafa lög- formlegri birtingu, eigi sé ekki næga stöð í lögnum eftir gildistöku laga nr. 67/1998, sbr. einnig gagnalýktun frá ákvæði til bráðabirgða við lög nr. 67/1998.

fríðýsingu æðarvarps í 2. mgr. 18. gr. laga nr. 64/1994 annars vegar og hins vegar 3. gr. reglugerðar nr. 252/1996 og síðan auglýsingar sýslumannsins í Borganesi um fríðýsingu æðarvarps í underni sínu, m.a. á 10 jörðum í Hvalfjarðarstrandhreppi, sbr. til samantburðar **dómur Hæstaréttar** 28. október 2004 (hvíldartími Öikumanna), sjá umfjöllun í kafla 2.3 hér að framan. Enda þótt héraðsdómur í fyrirnefnda málinu, sem Hæsitútur staðfestir með vísan til forsendna hans, víki ekki beinlínis að sjónarmiðum um skýrleika er athyglisvert að við mat á vitneskju ákærdönu um fríðýsingu (þ.e. fyrirsjáanleika eiginlegrar verknáðarfrýsingar) var vísað til þess að þeir voru á „skotveidum á öndverðum varplana og hefðu því átt að fara með mikilli gát sem góðir og gegnir veiðimenn“. Þessi röksemdafersla líkist óneitanlega aðferðafræði Mannaréttinda-dómstóls Evrópu við mat á fyrirsjáanleikaskilyrði 1. mgr. 7. gr. mannréttinda-sáttmálans, sbr. ákvörðun dómstólsins um meðferðarhæfi í máli *Salov* gegn *Úkraínu*, sjá kafla 3.1.6 hér að framan.

3.3.6 Frávík frá hefðbundinni tilhögun refsibýrðgar – er rétt að horfa til lögskýringargagna við mat á skýrleika refsheimilda?

Af H 2000 280 (hlutlæg refsibýrðgar skipstjóra) verður ráðið að í meginreglu umni um skýrleika refsheimilda felst krafa um að refsheimild sem felur í sér afbrigðilega tilhögun refsibýrðgar, t.d. undantekningu frá þeirri meginreglu refsiréttar að mönnum sé aðeins refsáð fyrir þær athafnir sem raktar verða til áseminns þeirra eða gálaysi, verði að vera orðuð með skýrum hætti. Er þessi afstaða Hæstaréttar til samræmis við þau sjónarmið sem hafa komið fram í skrifnum íslenskra og erlendra fræðimanna.⁹⁹

Af H 2000 280 og dómi Hæstaréttar 3. apríl 2003 (arnarvarp í Miðhúsaeyjum) verður ráðið að Hæsitútur telji rétt og eðlilegt að horfa til lögskýringargagna, einkum frumvarpa og greinargerða með þeim, við mat á því hvort refsheimild fullnægi kröfum um skýrleika refsheimilda. Í ljósi þess að meginreglan um skýrleika refsheimilda byggir í fyrsta lagi á kröfu um fyrirsjáanleika refsinefnar háttsemin sem endurspeglar í viðvörðunarsjónarmiðinu má að líkindum selja spurningarmerki við þá lögskýringargarðferð. Í því sambandi verður þó að gera greinarnum á því hvort refsheimild sé það almenn og óljós að hún lýsi ekki hlutlægum viðmiðum eða á skortir að af henni verði leiddar áþreifanlegar leiðbeiningar um innihald hennar annars vegar eða hvort vafi leiki arkostum ber að leggja til grundvallar við túlkun refsheimildarinnar. Ef um fyrtra tilvikid er að ræða er ljóst að ahangasemdir í lögskýringargögnum geta vart lagfært þann sjónskpulega annmarka sem er á óhöflega almennum og

óljosum *texta* refsheimildar sem birtist borgurumum og refsivörsluaðlum. Athugun á lögskýringargögnum kann hins vegar að vera nauðsynleg og réttlæt-anleg aðferð við mat á lögskýringarsjónarmiðum og vægi þeirra og við val á lögskýringarferid við skýringu refsheimildar sem fullnægir sem slík meginreglu umni um skýrleika refsheimilda.

3.3.7 Almennur og sérgreindur óskýrleiki refsheimildar

Utlausn um hvort tiltekin refsheimild samrýmist hinni sjónarskrárbundnu meginreglu um skýrleika refsheimilda er að jafnaði ráðin endanlega til lykta í sakamáli, sbr. lög nr. 19/1991 um meðferð opinberra mála. Í samræmi við sjónarskpulegar skýrldr dómstóla til að leysa úr réttarágreiningu, sbr. 2. gr. sjónarskrárinna, þ. á m. um sekt eða sýknu einstaklinga vegna aetlaðrar refsiverðrar háttsemin,¹⁰⁰ er viðfangsefni sakamáls við slíkar aðstæður því fyrst og fremst það hvort fyrirtiliggjandi refsheimild telst nægjanlega skýr að teknu til-liti til *arvika* í því tiltekna máli sem fyrir dómnum liggur. Það er með öðrum orðum ekki sjálfgæfið að refsheimild verði við túlkun og beitingu hennar í *öllum tilvikum* talin of óskýr að teknu tilliti til meginreglunnar um skýrleika refsheimilda.

Óskýrleiki refsheimildar kann m.ö.o. að teljast sérgreindur þannig að talið verði að það samrýmist ekki meginreglu umni að belta refsheimildinni um það tilvik sem til úrlausnar er. Þessi aðstaða er einkum til staðar þegar refsheimild virðist ekki í ljósi *arvika* máls hafa veitt hinum ákærða nægjanlega sanngjarna og eðlilega viðvörðun um að háttsemin hans hafi verið refsinefnar (viðvörðunarsjónarmiðid). Hinna ákærði er við þær aðstæður sýkanaður á þeim grundvelli að slíkar vafi sé til staðar um heinfærslu háttsemin hans undir refsheimildina að ekki sé fullnægj kröfum um skýrleika refsheimilda í tilvikum hans, sbr. 1. mgr. 69. gr. sjónarskrárinna. Af orðalægi sömu refsheimildar má hins vegar greina ákveðinn *kyarna* tilvika sem ekki er vafi á að félli undir heimildina ef um þau væri fjallað fyrir dómi. Við slíkar aðstæður væri örökrétt, og raunar í ósamræmi við endurskoðunarvald dómstóla á sjónarskpulegu gildi laga, að forsendur dómnsnúðurstöðu gæfu til kynna að refsheimildin væri í *öllum tilvikum* of óskýr sem grundvöllur að ískafellingu í refsímáli enda væri beiting hennar sjónarskpulega glidd þegar um slík kjarnatilvik væri að ræða. Ef niðurstaða dóms verður þannig talin feila í sér afstöðu til sérgreinds óskýrleika refsheimildar er í sjálfu sér ekki ástæða til þess að sjónrlogum að löggjafinn afhemi eða geri breytingar á refsheimildinni enda dugar hún þá áfram sem grundvöllur refsibýrðgar þegar um kjarnatilvikin er að ræða.¹⁰¹ Mörk megin-

99 Páll Sigurðsson: Fjötmiðlaretur, bls. 154; Jónatan Þórnundsson: Athrot og refsibýrð II. Háskólaútgáfan. Reykjavík (2002), bls. 34; Róbert R. Spandó: „Um vansvelta skipstjóra og aflla-drúga styrimenn“, bls. 21, og Vagn Grever: „Om hjemmelen for administrativt straffebesemmelser“, bls. 125-127, sjá kafla 3.1.3 í greininni. Sjá einnig til hljóðsnar sérakvæði eins dómara í H 1970 212 (veðar á bannsvæði).

100 Um hlutverk dómstóla samkvæmt 2. gr. sjónarskrárinna við ákvörðun refsingar sjá Róbert R. Spandó: „Sjónarskrárin og refsibýrðgar“ (fyrri hluti), kafla 3.

101 Það er hins vegar önnur spurning hvort ekki sé rétt og eðlilegt ú frá réttarpólitískum sjónarmíðum að breytingar séu gerðar á slíki refsheimild. Grundvallaratriðið hér er hins vegar það að slíka breytinga er ekki þörf vegna afstöðu dómstóls til þess að refsheimild teljist ekki nægjanleg skýr um það tilvik sem til úrlausnar er.

reglunnar um skýrleika refsheimilda og lögskýringar verða raunar harla óljós í tilvikum sem þessum.

Ef aðstæðan er aftur á móti sú að refsheimild virðist ekki hafa veitt hinum ákærða samngjarna og eðllega viðvörðun um refsinefni háttsefni eða seija samkvæmt orðalaginu sínu fram nægjanlega hlutlega lýsingu á þeim athöfnum (eða ahafraleysi) sem gera á refsiverðar þannig að matsgrundvöllur lögreglu og ákæranda sé *almenni séð* of óljós (refsivörslusljónarmið), standa rök til þess að dómstóll telji refsheimildina í heild sinni andstæða meginreglunni um skýrleika refsheimilda.¹⁰² Við slíkar aðstæður verður refsheimildinni ekki beitt af hálfu dómstóla. Þyrfti þá að afhenna hana með lögum eða gera á henni breytingar enda leiðir dómur um almennan óskýrleika refsheimildar ekki til ógildingar þennar í samræmi við almenn viðhorf í íslenskum stjórnskipunarrétti og réttarheimildarfræði.

Til nánari útskýringar á muninum á almennum og sérgreindum óskýrleika refsheimildar í ofangreindum skilningi, og afleiðingum þessa greinarnunnar í framkvæmd, er rétt að bera saman að nýju þær refsheimildir sem á reyndi annars vegar í **H 1997 1253** (skoteldar) og hins vegar í **dómi Hæstaréttar** 3. apríl 2003 (arnarvarp í Miðhúsaeyjum).

Sá annmarki sem var á skýrleika 1. mgr. 30. gr. þáglíðandi skotvopnalaga í fyrna málinu var augljóslega þess eðlis að sú refsheimild gat ekki við nokkrar aðstæður talist nægjanlega skýr ein og sér, sbr. nánar umfjöllun í kafla 3.3.3 hér að framan. Orðalag í niðurlagi forsendna dómnsins skapar hins vegar ákvæðinn vafa um hvort Hæstiréttur hafi ætlað að veita dómnum svo rúmt forðameisgildi um gildi lagareglunnar sem refsheimildarinnar, sbr. eftirfarandi ummæli: „ekki fallist á, að þau feli í sér viðhlífandi refsheimild *vegna þeirrar háttsefni, sem ákærðu er gefið að sök*“ (leturtur. höf.). Einnig er álitamál hvort dómur Hæstaréttar 3. apríl 2003 feli í sér afstöðu til almenns eða sérgreinds óskýrleika hugtaksins *lífsvæði* dýra í þáglíðandi 2. mgr. 6. gr. laga nr. 64/1994, sbr. eftirfarandi ummæli í niðurlagi forsendnanna: „Þetta orðalag ákvæðisins er *að þessu leyfi* of almenn og því ekki nægilega óvirkæt og glögg.“ (leturtur. höf.) Ljóst er hins vegar að löggjafinn mat það svo að nauðsynlegt hafi verið að gera breytingar á ákvæðinu í framhaldi af dómnum, sbr. 4. gr. laga nr. 94/2004.

3.3.8 Matskennd svigrúmsákvæði – þróun refsheimildar í dómframkvæmd og ráðgjöf lögfræðings

Eins og dómur Hæstaréttar **H 1997 1253** (skoteldar) ber með sér er það einkum í þeim tilvikum þegar löggjafinn orðar háttmerisreglur með *mjög matskennum* heiti að valfi kann að leika á samræmi refsheimildarinnar og megin-

¹⁰² Jónatan Þórnundsson: „Um forðameisni réttarheimild í enskum og bandarískum rétti“, bls. 371; „Hæstiréttur Bandaríkjanna hefur mótað þá reglu, að refsákvæði séu ógild, ef þau eru svo glöps eða leygjaleg, að þau veiti ekki hinna brotlega né dómstólum nægilega leiðbeiningu um mök hinna refsiverðu háttsefni. Það þýðir, að dómstólar láta sér ekki nægja í valfatiðvikum að velja mildari kostunn, heldur er allt ákvæðið lýst ógilt“.

reglunnar um skýrleika refsheimilda. Af dómframkvæmd hér á landi verður hins vegar ekki önnur ályktun dregin en að kröfur um skýrleika refsheimilda hafi til þessa ekki þótt girða fyrir að löggjafinn setji refsákvæði sem fela í sér vsireglur er velta dómstólum töluvert svigrúm til þess að skilgreina og ákvarða nánar hvað sé refsiverð háttsefni. Slík ákvæði hafa af hálfu fræðimanna verið nefnd *matskennd svigrúmsákvæði*.¹⁰³ Sem dæmi um ákvæði af þessu tagi sem á hefur reynt í dómframkvæmd má nefna 124. gr. almennra hegningarlaga um rökun á grafarhelgi og ósemnilega meðferð á líki, sbr. **H 1980 89** (Guðmundar- og Geirfinnsmál), **H 1987 266** (héráðsdómur) og **dóm Hæstaréttar** 28. apríl 2005, nr. 510/2004, (líkfundarmál)¹⁰⁴ 125. gr. hegningarlaga um guðlast, sbr. **H 1984 855** (Speglismál) og 210. gr. sömu laga um klám, sbr. **H 1973 452** (veggspjóld), **H 1984 855** (Speglismál), **H 1990 1103** (Stöð 2), **H 1998 516** (netsá), **H 1998 969** (myndbandaleiga) og **H 2000 4418** (verslunin Taboo). Hér má einnig nefna 1. mgr. 12. gr. laga nr. 34/1944 um þjóðfána Íslendinga og ríkisskjaldaumerkið, sbr. umfjöllun í kafla 3.3.4 hér að framan.

Í fyrsta bindi ritins *Afbrot og refsábyrgð* segir m.a. svo um matskennd svigrúmsákvæði:¹⁰⁵

Strangt tekið fara mörg þessi ákvæði í bága við grundvallarregluna um lögbundnar refsheimildir. Á hinn hóginn getur verið erfitt að seja fram nákvæmar skilgreiningar um fyrirbær eins og klám, guðlast, ósemnilega meðferð á líki, óvirðingu við þjóðfánann o.s.frv. Enn fremur virðist ákvæðin söguleg hefð ríkja um sum þessara refsákvæða, en óvíst er, að sú hefð haldi nelli gagnvart æ stykkara mannréttindaákvæði. Dómstólar þurfa augljóslega að halda vöku sinni og fara varlega í að sakkfella á þessum grundvelli. Í sumum tilvikum leita dómstólar víðmiða utan laganna, með hlöðsón af síðferðilegum eða félagslegum mælikvarða á hverjum tíma um það, hvaða háttsefni sé óréttnæt og því refsiverð (vsireglur). Nefna má hugtök eins og klám, byggðunarseni, guðlast og ærjuméiðingar. Í raun er hér byggt á réttarvitund almennings, eins og dómstólar túlka hana hverju sinni.

Það sem einkennir matskennd svigrúmsákvæði er að orðalag þeirra vísar gjarna til *siðferðilegra eða félagslegra mælikvarða* um hvað telst t.d. „ósemnilegt“, „óvirðing“ eða „smáann“. Þá kunna einnig að vera notuð hugtök sem eru

¹⁰³ Jónatan Þórnundsson: Afbrot og refsábyrgð I, bls. 171-172 og 242.

¹⁰⁴ Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 9. nóvember 2004, nr. s-1177/2004, sem staðfestur var með vísan til forsendna í dómi Hæstaréttar 28. apríl 2005 (líkfundarmál), voru þrjú meiri ákærdir og sakkellir fyrir brot á 1. mgr. 124. gr. almennra hegningarlaga fyrir „ósemnilega meðferð á líki [V] með því að hafa ... sett líkið í plastpoka, varfið í fitteppi, bundið um það með bandi og límt og komið líkinu fyrir í farangursgeymslu leppabírefidur, sem ákærðu höfðu tekið á leigu. ... [Ákærðu fóru síðani á bifreiðinni niður að nealagerðarþyggjunni við Strandgötu 1, Neskauptstað, fjarlægðu þar líkið úr farangursgeymslunni, tóku teppið útan af því, bundu kaði um háls, buk og fætur, festu keðju við háls og bundu guðmannhöbng við fætur, ákærði [G] stakk líkið með hnarfi fimm stungum í háls, þrostkassa og kvíð og þvínæst sókktu ákærðu líkinu í sjónna við byggunna“.

¹⁰⁵ Jónatan Þórnundsson: Afbrot og refsábyrgð I, bls. 242.

dóðpreifjanleg og teygjanleg, s.s. „klám“ eða að „raska grafarhelgi“. Eins og tilvithnaðar athugasemdir úr riti Jónatans Þórnundssonar bera með sér verða dómstólar að fara mjög varlega við beitingu matskemndra svigrúmsákvæða. Þá verður einnig að áreita að á löggjafanum hvílir sú skylda að gæta þess við mólu efnislysinga í refsákvæðum að eftir fremsta megni sé leitað við að orða matskemndar refsheimildir á þá leið að fullnæg sé skýrleikakröfum byggðum á viðvörðunar- og refsivörslusjónarmiðum. Hér má minna á viðhorf Jørgen Aall sem rakin eru í kafla 3.1.4 hér að framan.

Við nánari afmörkun á því hvort matskemnd svigrúmsákvæði ganga of langt í þessu efni kann að skipta máli hvort tiltekin ákvæði hafa hlotið umfjöllun í *dómfrámskrá* þar sem dómstólar hafa leitað við að móta nánar inntak slíkra ákvæða. Þannig geti þeir sem eru í vafa um hvort háttsemi þeirra falli undir matskemnt svigrúmsákvæði m.a. leitað sér *ráðgjafar lögreglu*, sbr. til hljóðsýningar viðhorf Jónatans Þórnundssonar sem vísað er orðrött til í kafla 3.1.2 hér að framan.¹⁰⁶

Mannréttindadómstóll Evrópu hefur lagt á það áherslu að við mat á krötum 1. mgr. 7. gr. mannréttindasáttmálans til skýrleika refsheimildir hafi það verulega þýðingu ef fyrir liggja úrlausnir dómstóla þar sem háttemisvegla í refsákvæði er nánar mótuð með lagatilkun, sbr. til hljóðsýningar máli *Laukkanen gegn Finnlandi*.¹⁰⁷ Dæmi um slíka þróun refsheimildar í íslenski dómfrámskrá er 210. gr. almennra hegningarlaga um klám. Í ákvæðinu sjálfu er hugtakið *klám* notað eitt og sér án nánari útlisunar eða skýringeiningar á hvað í því felst. Að teknu tilliti til eðlis þessa hugtaks og dóma Hæstaréttar, **H 1997 1253** og **H 3. apríl 2003**, er vandséð að framsetning og orðalag nefndrar 210. gr. hegningarlaga sé eitt og sér með þeim hætti að samrýmist meginreglu um skýrleika refsheimilda. Þeirri spurningu má hins vegar velja upp hvort dómfrámskrá um tilkun þessa ákvæðis leiði til þess að skýrleikakröfum 1. mgr. 69. gr. sjórnarskrárinna sé samt sem áður fullnægt.

Hæstiréttur hefur í dómum sínum afmarkað nánar inntak hugtaksins kláms í 210. gr. hegningarlaga, sbr. einkum eftirfarandi forsendur héraðsdóms í **H 1990**

106 Jónatan Þórnundsson: Afþrot og refsibýrgð I, bls. 167.

107 Sjá umfjöllun í kafla 3.1.6. Í ákvæðinu Mannréttindadómstóls Evrópu um meðferðarþæfi *Laukkanen gegn Finnlandi* frá 1. júní 2004, mál nr. 48910/99, segir m.a. svor: „However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in ... the ... Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen.“

1103 (Stöð 2) sem virðast fyrst hafa verið beinlínis staðfestar í Hæstarétti í **H 1998 969** (myndbandaleiga) og aftur í **H 2000 4418** (verslunin Taboo).¹⁰⁸

Af halftu sértæðinganefndar Menningarstofnunar Sameinuðu þjóðanna var í mars 1986 gerður greinarnumur á hugtökunum klámi (pornoграфía) og kynþokkalisti (erotika), þannig að *klám* var *skilgreint sem ógrandi framsetning á kynlífi í auðgunartilgangi, án ástar, blíðu eða dbyrgðar*, en kynþokkalisti sem bókmenntaleg eða listrenn þjáning ástar.

Í kvikmyndum þeim, sem til umfjöllunar eru í máli þessu, er greinilega lögð áhersla á að sýna á ógrandi hátt í langflestum þeim atriðum, sem ákært er út af og áður er lýst, oft í nærmynd kynfæri karla og kvenna, kynmök fólks og fólk við sjálfströu, án þess að séð verði, að það þjóni neinu augljósu markmiði öðru en kynlífsathafni. Listrenn, fagurfræðilegur eða leitkrænn tilgangur þessara atriða í myndunum þykir eigi vera sýnilegur. (leturbr. höf.)

Í **H 1998 969** (myndbandaleiga) er í dómi héraðsdóms, sem Hæstiréttur staðfestir með vísan til forsendna, vísað til tilvithnaðra forsendna úr dómi héraðsdóms í **H 1990 1103**. Stíðan segir í dómi héraðsdóms í fyrrnefnda málinu:

Dómdendur telja, að við þessa skilgreiningu megi styðjast, þegar meðið er, hvort myndband þau, sem ákært er fyrir dreifingu á í þessu máli, innihaldi klám.¹⁰⁹

Liklegt má telja að 210. gr. hegningarlaga um klám fullnægi meginreglu um skýrleika refsheimilda í 1. mgr. 69. gr. sjórnarskrárinna í ljósi dómfrámskrákvænda um tilkun ákvæðisins. Er þá horft til þeirrar hlutlægu afmörkunar á inntaki klámhugtaksins sem leiðir af skilgreiningu Menningarstofnunar Sameinuðu þjóðanna. Á hinn bóginn er enn sem komið er óljóst hvort íslenskir dómstólar muni fallast á að þá aðferðaræði mannréttindadómstólsins¹¹⁰ við mat á skýrleika refsheimilda að horfa eftir atvikum til dómfrámskrákvænda um

108 Í dómi Hæstaréttar í **H 1990 1103** segir aðeins að „fallast [megi] á þá niðurstöðu héraðsdóms, að þau ákæruatriði, sem ákærdi var saktfelldu fyrir, varði við 2. mgr. 210. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 ...“. Ekki er hins vegar tekið fram í dómi Hæstaréttar að forsendur héraðsdóms séu staðfestar. Það er ekki fyrir en í **H 1998 969** sem Hæstiréttur staðfestir beinlínis forsendur héraðsdóms þar sem notast er við skilgreiningu Menningarstofnunar Sameinuðu þjóðanna frá 1986 eðls og héraðsdómur harði gert í fyrrnefnda málinu.

109 Sama er uppi á teningnum í **H 2000 4418** (verslunin Taboo) en þar er í dómi héraðsdóms, sem staðfestur er með vísan til forsendna í Hæstarétti, vísað til **H 1990 1103** og **H 1998 969**.

110 Í því sambandi verður líklega að horfa til þess að mannréttindadómstóllinn er að tilka og beita ákvæði í þjóðréttissamningi og tekur við því aðstæður mið af inntaki refsheimildarinnar eins og það hefur þróast hjá dómstólinum í aðildarríki. Ekki er sjálfgefið að samberileg aðferðaræði eigi við um tilkun Hæstaréttar á 1. mgr. 69. gr. sjórnarskrárinna. Þá er ástæða til að minna á að af **H 3. apríl 2003** (arnarvarp í Miðhisaejium) verður ekki annað ráðið en að Hæstiréttur telji eftir atvikum ástæðu til að gera meiri kröfur til skýrleika refsheimilda en leiddar veru af dómfrámskrákvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu um tilkun 1. mgr. 7. gr. mannréttindasáttmálans, sjá nánar umfjöllun í kafla 3.3.3 í greininni.

tilkun viðkomandi refsheimildar.¹¹¹ Ekki verður t.d. séð að því hafi beinhlíms verið haldið fram í mállum þar sem reynt hefur á beingu 210. gr. almennra hegningarlaga eftir lögfestingu 1. mgr. 69. gr. sjómanskráttinnar að á skorti að ákvæðið fullnægi meginreglunni um skýrleika refsheimilda. Í ljósi dóma Hæstaréttar í H 1997 1253 (skoteldar) og H 3. apríl 2003 (amrarváp í Miðhásaeyjum) væri athyglisvert að sjá hvermig dómstólar myndu leysa úr slíkri máls- ástæðu og þá hvort notast yrði við ofangreinda dómafrankvæmd Hæstaréttar um tillkun 210. gr. hegningarlaga í því sambandi.

Annað dæmi um hugtak í hegningarlagaákvæði sem ástæða er til að víkja hér að í þessu samhengi er *vefferðarnissir* í 2. mgr. 130. gr. hegningarlaga. Ákvæði 130. gr. er svohljóðandi í heild sinni:

Ef handhafi dómsvalds eða annars opinbers úrskurðaraðila um lögskipi gerist sekur um rangfæti við úrlausn máls eða meðferð þess í því skyni, að niðurstaðan verði ranglát, þá skal hann seta fangelsi allt að 6 árum.

Hafi verknáðurnin haft eða verið ætlað að hafa í för með sér *vefferðarnissir* fyrir nokkurn mann, þá skal refsingin vera fangelsi ekki skemur en 2 ár og allt að 16 árum. (Lettur: höf.)

Í lögskýringargögnum er hugtakið *vefferðarnissir* ekki skýrt nánar. Þetta ákvæði hefur að geyma skyldubundna refsihækkunarástæðu með hátri lögmarksefingu, þ.e. 2 ár. Það er vandkvæðum bundið að afmarka ákvæðið efnislega með lögskýringu enda má segja að hugtakið sjáft og matskemnd skírskoðun þess séu bæði of almenn og óljós. Hugtakið veitir m.ö.ö. ekki nægjanlega vísbendingu um þau hlutægu viðmið sem það hefur að geyma eða aðra áþreifanlega leiðbeiningu um inntak þess. Þá hefur inntak hugtakrisins að því er virðist ekki verið afmarkað nánar í dómafrankvæmd hér á landi. Orðalag 2. mgr. 130. gr. hegningarlaga fullnægir því að þessu leyti ekki meginreglunni um skýrleika refsheimilda.

3.3.9 Eyðuákvæði

Það getur almennt ekki talist í ósamræmi við meginregluna um skýrleika refsheimilda að notast sé við svokölluð *eyðuákvæði* við mótum verknáðartýsingu í refsíákvæðum.¹¹² Fara verður hins vegar varlega með slíkar refsheimildir enda verður sem fyrir að gera þá kröfu að slíkar heimildir veiti samgjana og eðlilega viðvörðun um hvaða háttsemi telst refsiverð. Á stundum kann hins vegar refsheimild og samspil hennar við háttmástræglur í öðrum skráðum (eða óskráðum) réttarreglum að verða svo flókin að sú hættu kann að skapast að

111 Til hljóðsónar má einnig minna á að Hæstiréttur Bandaríkjanna hefur byggt á samþættilgri aðferðarfræði í úrlausnum sínum um beingu meginreglunnar um skýrleika refsheimilda í bandarískum rétti, sjá nánar kafla 3.1.5 í greininni.

112 Um *eyðuákvæði* í refsíákvæðum merkingu er að ræða þegar efnis verknáðartýsingar í refsí- lögum ræðst að hluta til eða að öllu leyti af öðrum réttarreglum, skráðum eða óskráðum, sjá til hljó- sónar *Jonatan Þórinnsson*: Afbroi og refsíábyrgð 1, bls. 232.

dómstólar telji að of langt sé gengið í ljósi meginreglunnar um skýrleika refsheimilda, sbr. til hljóðsónar *dóm Hæstaréttar* 28. október 2004, nr. 251/2004 (hvíldartími ökumannna), sbr. umfjöllun í kafla 2.3. Annað dæmi um þá hættu sem kann að skapast með óljósi beingu eyðuákvæða í sakamállum má nefna *dóm Hæstaréttar* 20. nóvember 2003, nr. 219/2003, (vannannað skip) sem reifaður er í kafla 3.2.2 hér að framan.

Um eyðuákvæði í almennum hegningarlögum má nefna 140. gr. en þar segir: Opinber starfsmaður, sem sýnjar eða af ásetu ræði lætur farast fyrir að gera það, sem honum er boðið á löglegan hátt, sei sektum eða fangelsi allt að 1 ári.

Í lögskýringargögnum er rakið að ákvæði 140. gr. hegningarlaga sé sam- hljóða 143. gr. hegningarlagaanna 1869 og sé refsað fyrir það „að óhlýðnast lög- mætum fyrirskipunum yfirboðara (insubordination)“. Ákvæðið er að megin- stefnu til samþættilgri við 156. gr. dönsku hgl. sem virðist þó ekki gera kröfu um beinar fyrirskipanir frá yfirboðara heldur geti verið um að ræða skyldu sem leiðir beinhlíms af reglum um það opinbera starf eða þá opinberu þjónustu sem um ræðir.¹¹³ Ef lagt er til grundvallar með vísan til orðalags 140. gr. hgl. að ekki sé rökrétt að skýra ákvæðið á þá leið að það taki aðeins til fyrirskipana yfirboð- ara, kunna álitæfni að rísa um hvaða „reglur“ um hið opinbera starf eða þá opinberu þjónustu, sem um ræðir, séu til fyllingar þeirri skyldu sem 140. gr. vísar til. Í ljósi grunnreglunnar um lögbundnar refsheimildir verður þó að gera þá kröfu að slíkar reglur komi fram í settum lögum í þengri merkingu eða í almennum stjórnsvaldsfyrirmælum sem hafa óvirkæða stöð í lögum.¹¹⁴ Það er t.d. álitamál hvort óskráðar stjórnunharheimildir forstöðumanns opinberra stofnunar gegnvarnt undirbúnum sínum, sbr. að öðru leyti lög nr. 70/1996 um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, dugi hér til einar og sér.

4. SKÝRLEIKI REFSIHEIMILDA OG LÖG NR. 4/1963 UM RÁÐ- HERRAÁBYRGÐ

4.1 Inngangur

Nú verður vikið sérstaklega að ákvæðum laga nr. 4/1963 um ráðherraábyrgð og tekin afstaða til þess hvort efnisreglur laganna fullnægja þeim kröfum um skýrleika sem nú er mælt fyrir um í stjórnskráttinn. Er þá, eins og fyrr greinir, m.a. horft til þess að í skýrslu nefndar forsætisráðherra um starfskiðlyrði stjórnsvalda o.fl., sem lögð var fram á Alþingi árið 1999, er því lýst að vafi kumi að leika á því hvort svo sé a.m.k. að því ei snertir 10. gr. laganna.¹¹⁵ Með hljóðsón

113 Robert R. Spanó: „Verknáðartýsingar XIV, kafla almennra hegningarlaga um brot í opinbertu starfi“, bls. 381.

114 Robert R. Spanó: „Stjórnskráttinn og refsíábyrgð“ (fyrr hluti), kaflí 3.

115 Alþ. 1999-2000, A-deild, bls. 2549-2645. Skýrslan var gefin út á árinu 1999 af hálfu forsætisráðuneytisins, sjá Starfskiðlyrði stjórnsvalda – skýrsla nefndar um starfskiðlyrði stjórnsvalda, eftir- hlí með starfsemi þeirra og viðurlög við réttarbrojum í stjórnsýslu. Forsætisráðuneytið, Reykjavík (1999), bls. 140-141.

af þeim breytingum sem átt hafa sér stað í stjórnarskrá og annari löggjöf landsins frá árinu 1963 mælti nefndin með því að tekinn yrði afstaða til þess hvort ástæða væri til að ráðast í endurskoðun á lögum nr. 4/1963 um ráðherraábyrgð.¹¹⁶

4.2 Reglur stjórnarskrárinna um ráðherraábyrgð og tvískipt eðli hennar

Ráðherrar bera ábyrgð á stjórnarfrankvæmdum öllum, sbr. 1. málsl. 14. gr. stjórnarskrárinna. Þó hefur verið lagt til grundvallar að þetta ákvræði beri ekki að túlka bóksaflega. Ólafur Jóhannesson orðar það þannig að ráðherrar verði eigi gerðir ábyrgir vegna alhafna embættis- eða sýslunanna sem undir þá heyrta nema eitthvað hafi á skort af hendi ráðherra um val starfsmanna, eftirlit með þeim eða fyrir máli til þeirra. Í 14. gr. stjórnarskrárinna felist því það eit að ráðherrar beri ábyrgð á embættisrekstri sínum.¹¹⁷ Á þessum skilningi virðist byggt í 1. mgr. 1. gr. nr. 4/1963 um ráðherraábyrgð (tbl.) sem hljóðar svo:

Ráðherrar bera ábyrgð á stjórnarfrankvæmdum öllum eftir því sem fyrir er mælt í stjórnarskrá og lögum þessum. (letubr. höf.)

Ráðherraábyrgð er ákvræðin með lögum, sbr. 2. málsl. 14. gr. stjórnarskrárinna, en vikið verður að því hér síðar að þessi stjórnarskrárbundna skylda til setningar lagareglna um ráðherraábyrgð breytir að sjálfsgöngu í engu þeirri skyldu löggjafans að sjá til þess að efni slíkra lagareglna samrýmist mannréttindakvæðum stjórnarskrárinna.

Alþingi getur kært ráðherra fyrir embættisrekstur sinn, sbr. 3. málsl. 14. gr. stjórnarskrárinna. Ekki verður fjallað hér nánar um þessar reglur. Þess skal þó getið að samkvæmt 39. gr. stjórnarskrárinna getur Alþingi skipað nefndir alþingismanna til að rannsaka mikiðvæg mál er almenning varða. Ljóst er að af hálfu löggjafans hefur verið lítið svo á að þarja undir geti fallið grunur um refsiverða háttsemi ráðherra enda er gert ráð fyrir því í 2. mgr. 14. gr. tbl. að til þess geti komið að Alþingi ákvræði að kjósa slíka rannsóknarnefnd til athugunar á störfum ráðherra eins og það er orðað þar. Landsdómur degnir um mál er varða lagalega ábyrgð ráðherra, sbr. 4. málsl. 14. gr. stjórnarskrárinna, og er nánar mælt fyrir um skipun og málmeðferð fyrir dómnum í lögum nr. 3/1963 um landsdóm.

Rétt er að geta þess að ráðherraábyrgð er í eðli sínu tvískipt. Það er hin þinglega (pólitíska ábyrgð) ráðherra sem má segja að sé þeim afleiðing þingræðisreglunnar sem meðal annars felur í sér að ráðherrar verða ávallt að njóta trausts

að minnsta kosti meirihluta Alþingis til þess að geta seði í ráðherrastöli. Eina raunhæfa „refsitengundin“ sem fylgir himi pólitísku ábyrgð er að ráðherra láti af störfum. Hin tegund ráðherraábyrgðar, og sú sem reit er um hér, er hin lagalega ábyrgð, þ.e. refsí- og eftir arvikum bótaábyrgð ráðherra, sem mælt er fyrir um í lögum nr. 4/1963 um ráðherraábyrgð.¹¹⁸

4.3 Almennt um lög nr. 4/1963 um ráðherraábyrgð

Lög nr. 4/1963 um ráðherraábyrgð geyma efnisreglur um skilyrði fyrir refsí-ábyrgð ráðherra vegna tiltekinnna brota í embætti. Einnig er í 13. gr. tbl. mælt fyrir um réttarfarlagræði varðandi greiðslu skaðabóta í tilefni af refsiverðri háttsemi ráðherra en þar segir að skaðabótaskylda ráðherra fari eftir almennum reglum. Háfa verður í huga að efnisreglur tbl. beinast að ráðherra sem einstaklingi en ekki sem stofnun og verður því að geta allra þeirra stjórnarskrárbundnu mannréttindareglna við túlkun og beitingu almennra laga sem tryggja réttarstöðu manna sem sakaðir eru um refsiverða háttsemi. Ráðherra tapar ekki mannréttindum sínum þegar hann tekur við ráðherrastöli.

Orðalag 2. málsl. 14. gr. stjórnarskrárinna er með þeim hætti að löggjafanum er skylt að seja reglur um ráðherraábyrgð. Stjórnarskrárgjafinn hefur með ákvræðinu tekið af skarið með það að ráðherra skuli seta lagalegri ábyrgð enda þótt athafnir hans kunnir einnig að hafa í för með sér hina þinglegu ábyrgð sem að framan var nefnd.¹¹⁹

Samkvæmt 2. málsl. 14. gr. stjórnarskrárinna er ráðherraábyrgð ákvræðin með lögum og verður að skýra þetta ákvræði m.a. með hlöðsögn af öðrum ákvræðum stjórnarskrárinna sem hafa þýðingu þegar löggjafinn setur refsí-ákvæði. Fyrir utan það að hugtakið lög í 14. gr. stjórnarskrárinna kunnir að gríða fyrir þann möguleika að löggjafinn framselji framkvæmdavaldinn, þ.e. ráðherra, vald til þess að ákvarða efni og innihald ráðherraábyrgðar, 120 leiðir það af samræmissskýringu þessa ákvræðis í 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinna að meginmörkun efnisreglna um ráðherraábyrgð verður að vera í settum lögum

¹¹⁸ Sjá nánar Ólafur Jóhannesson: Stjórnarskrárinna Íslands, bls. 162.

¹¹⁹ Um tókn að baki þessari stefnu, sjá eftirfarandi ahangsemdir úr greinargerð með frumvarpi því er varð að lögum nr. 4/1963, sbr. Alþr. 1962, A-ádelid, bls. 167. Þinglega ábyrgðin veitir ráðherra vissulega mikið aðhald, og samkvæmt þingræðisreglunni getur Alþingi eða meiri hluti þess hvenær sem er, losað sig við misvirtran ráðherra. Lagalegu ábyrgðinni má þó aldrei sleppa. Að sjálfsgöngu er ekki ástæða til, að aðrar reglur gildi um embættisbrot ráðherra heldur en um samkvýja brot annarra embættis- og sýslunanna. Meiginsefna hlýtur að vera sú, að um sambærileg brot gildi sömu reglur hver sem í hlut á. En staða ráðherra er svo sérstæð, að þeir geta orðið sekiir um það misferli í starfi, sem vart eða ekki er hugsanlegt hjá öðrum opinberum starfsmönnum. Hinar sérstöku embættisskyldur ráðherra hafa nánast verið hafðar í huga við samningu almennra hegningaralaga.

¹²⁰ Um takmörk framsals lagasetningarvalds á sviði refsíseftar sjá Tónatan Þórmondsson: Afbrot og refsíábyrgð I, bls. 187-191 og Róbert R. Spanó: „Stjórnarskráin og refsíábyrgð“ (fyrri hluti), kaflir 7.

frá Alþingi.¹²¹ Raunar má halda því fram að með tilfiti til þess að lagareglur um ráðherraábyrgð beinist að persónulegri refsíðabyrgð ráðherra vegna háttsemi í embættisrekstri þeirra sé með öllu óröktrétt að nokkurt framsal lagasetningarvalds eigi sér stað á þessu sviði.

4.4 Efnisreglur laga nr. 4/1963 og meginreglan um skýrleika refsheimilda

Lög nr. 4/1963 um ráðherraábyrgð eru sétilög um refsíðabyrgð ráðherra og ganga því framur almennum hegningarlögum. Leiðir þetta meðal annars af 2. mgr. 1. gr. töl. en þar segir að ákvæði almennra hegningarlaga um brot í opinberu starfi taki einnig til ráðherra eftir því sem við getur átt.

Í 2. gr. töl. er að finna almenn ákvæði um sakramisskiðlyrði samkvæmt lögum um þar er áskilið að ráðherra hafi sýnt af sér ásetning eða stórkostlegt hirðuleysi. Samkvæmt 1. mgr. 11. gr. stjórnarskrárinna er forsetinn ábyrgðarlaus á stjórnarathöfnun og lætur hann ráðherra framkvæma vald sitt eins og segir í 1. mgr. 13. gr. stjórnarskrárinna. Ákvæði 3. og 4. töl. fjalla um hvaða ráðherra ber þá lagalega ábyrgð samkvæmt lögnum í þeim tilvikum þegar um embættisathafnir forseta er að ræða. Ákvæði 5. gr. töl. fjallar síðan um lagalega ábyrgð ráðherra vegna embættisathafna ráðherra í ríkisráði eða á ráðherrafundum, sbr. 16. og 17. gr. stjórnarskrárinna. Í 6. gr. er að finna reglur um ábyrgð ráðherra á stjórnarvirkni sem gefin eru út í hans nafni og takmarkanir á henni og í 7. gr. er mælt fyrir um ábyrgð ráðherra vegna athafna undirmanns.

Í 8.-10. gr. töl. er fjallað um embættisbrot ráðherra og eru þau greind í þrjú flokka. Í fyrsta lagi fjallar 8. greinin um *stjórnarskrárbrott*. Í öðru lagi er fjallað um *brot gegn öðrum landslögum* í 9. gr. og loks er í athugasendum greinargerðar með frumvarpi því er varð að töl. fjallað um brot gegn 10. gr. laganna undir heildarheiti *brot á góðri ráðsmennsku*.¹²²

Nú verða nokkur ákvæði laganna tekin til sérstakrar athugunar og leitað svara við þeirri spurningu hvort þær samrýmist meginreglunni um skýrleika refsheimilda, sbr. 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinna, eins og inntak og gildissvið hennar í íslenskum rétti var afmarkað í kafla 3.3 hér að framan.

Í upphafi er rétt að leggja á það áherslu að eins og flestum er kunnugt hefur aldrei reynt á ákvæði töl. frá 1963 eða ákvæða eldri laganna frá 1904. Ekki er því við neina dóma Landsdóms að stýrjast í þessu sambandi. Þá verður einnig að hafa í huga að þróun lagareglna um refsíðabyrgð ráðherra í því ríki sem við berum okkur gjarna saman við, og þá sérstaklega á sviði stjórnskipunarrettar, þ.e. í Danmörku, hefur verið með nokkuð öðrum hætti en hér á landi. Þrátt fyrir tilraunir þess efnis á árinu 1939, sem meðal annars leiddu til þess að danska þjóðþingið, Folketinget, samþykkti lög um ráðherraábyrgð sem staðfest voru af

konungi, gengu þau aldrei í gildi sökum þess að gildistaka þeirra var háð tiltekinni stjórnarskrárþreyingu sem fékk það sama ár ekki hlífgrunn meðal dönsku þjóðarinnar í þjóðaratkvæðagreiðslu 23. maí 1939. Þannig gengu almenn lög um ráðherraábyrgð ekki í gildi í Danmörku fyrr en 11. maí 1964.¹²³ Þau lög eru að efni til nokkuð frábrugðin íslensku töl.¹²⁴

Fyrsta ákvæðið sem vert er að skoða hér er 4. gr. töl. en þar segir orðrétt:

Séu embættisathafnir, sem abeina forseta þarf til, vanræktar, hvílir ábyrgð vegna þeirrar vanrækslu á ráðherra þeim, sem málefnið heyrir undir. Enn fremur hvílir ábyrgð á hverjum þeim ráðherra, sem stuðlað hefur að þeirri vanrækslu.

Samkvæmt orðalagi tilvinaðrar 4. gr. töl. virðist ekki vera alfaríð girt fyrir að ráðherra geti orðið refsíðabyrgur á grundvelli þess fyrir einhverjar þær embættisathafnir forseta sem vanræktar eru enda þótt ráðherra hafi ekkert um þær vitað, m.ö. að ráðherra geti gert sekur á hlutlægum grundvelli. Það er hins vegar ljóst að skýra verður þetta ákvæði með hlífðun af hinu almenna ákvæði 2. gr. laganna um að ráðherra verði að hafa gert sekur um verknað á grundvelli ásetnings eða stórkostlegs hirðuleysis. Auk þess leiðir af forsendum í **H 2000 280** (hlutlæg refsíðabyrgð skipstjóra) að ákvæði 4. gr. töl. yrði ekki talið nægjanlega skýrt til þess að leggja grunn að hlutlægri refsíðabyrgð ráðherra eins og það verður skýrt samkvæmt orðalagi sínu og lögskýringargögnum.¹²⁵

Þegar maður horfir til orðalags 8. og 9. gr. töl. verður ekki staðhæft að af þeim leiði slíkur vafi um inntak þeirra að líkur séu á því að kröfur 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinna um skýrleika refsheimilda yrðu ekki taldir uppfylltar. Enda þótt fjalla verði efnislysingur þessara ákvæða að venulegu leyti með samræmisskýringu við fyrirmæli stjórnarskrárinna eða viðkomandi ákvæða landslaga annarra fer slík aðstaða að jafnaði ekki í bága við meginregluna um skýrleika refsheimilda, sjá kafla 3.3.9. hér að framan.

Rétt er hins vegar að taka 10. gr. töl. um brot á góðri ráðsmennsku til sérstakrar athugunar. Ákvæðið er svohljóðandi:

- Loks verður ráðherra sekur eftir lögum þessum:
- ef hann misbeitir stórflega valdi sínu, enda þótt hann hafi ekki beinlínis farið út fyrir embættistakmörk sín;
 - ef hann framkvæmir nokkuð eða veldur því, að framkvæmt sé nokkuð, er stofnar heill ríkisins í fyrirsjáanlega hættu, þótt ekki sé framkvæmd þess sérstaklega bönnuð í lögum, svo og ef hann lætur farast fyrir að framkvæma nokkuð það, er afsýrt gat slíkt hættu, eða veldur því, að slík framkvæmd færi fyrir.

¹²³ Jens Peter Christensen: Ministeransvar. Jurist- og Økonomiforbundets forlag. Árósum (1997), bls. 39.

¹²⁴ Jens Peter Christensen: Ministeransvar, amnar hluti.

¹²⁵ Sjá hér nánar umfjöllun í kafla 3.3.6 í greininni.

Ákvæði a-liðar 10. gr. rbl. var nýmæli við setningu laganna en b-liðurinn er að stofni til tekinn úr 4. gr. laga nr. 2/1904 um ábyrgð ráðherra Íslands. Í athuga- sendum greinargerðar með frumvarpi því er varð að lögunum frá 1963 sagði m.a. svo um 10. greinina.¹²⁶

Ákvæði 10. gr. er óneitanlega nokkuð matskennd. Kennur þar einmitt fram séreðli ráðherraábyrgðarinnar. Það er Alþingi, sem fyrst metur þessi atriði, er það ákvæður, hvort ástæða sé til máliðofbunar. Sé mál höfðað, verður það hlutverk landsdóms að meta, hvort ráðherra hafi brotið gegn ákvæðum þessum.

A-liður 10. gr. lýsir stórfelldri misbeitingu valds. Ef gert væri ráð fyrir því samkvæmt orðalagi ákvæðisins að refsineymi misbeitingar ráðherra á valdi sínu í einstöku tilviks væri meín á grundvelli reglna sem standa utan við ákvæðið gæti slík framsending samrýmt skýrleikakröfum 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar. Vandinn skapast hins vegar þegar horft er til þeirrar rýmkunar á gildis- sviði ákvæðisins sem fram kemur í síðari hluta þess en af henni verður ekki annað ráðið en að valdbeiting ráðherra geti talist refsineim á grundvelli ákvæðisins enda þótt hún yrði talin að öllu leyti lögmæt, þ.e. innan embættistakmarka ráðherra. Ólafur Jóhannesson tekur svona til orða um þetta ákvæði í annarri útgáfu ritisins *Stjórnskipun Íslands* frá 1978.¹²⁷

Þessi flokkur brota er mjög víðtækur. Í hann koma alþrot, þar sem ráðherra hefur brotið á móti þeim reglum, sem krefjast má, að hver góður og samvirkusamur embættismaður fylgi í embættisferislu sinni, enda þótt framkvæmd sé ekki beinlínis lög- boðin eða framkvæmdaleysi lögbannað. Þar sem ábyrgðarregla þessi er nokkuð almenn orðuð, getur að sjálfstöðu verið álitamáli, hvenær brotið er á móti 10. gr. Verður Alþingi fyrir sitt leyti að gera sér grein fyrir því, áður en það samþykkir máls- höfðun, en endanlega er það undir mati Landsdóms.

Af þessu virðist mega ráða að hlutlæg afmörkun á því hvaða athafnir verði taldar falla undir a-lið 10. gr. getur ekki stuðst við ólögmatiseinkenni verknaðarinnar, eins og jafnan er raunin þegar um refsíákvæði er að ræða. Þetta þýðir nánar tiltekið að endanleg úrlausn um það hvort ráðherra hafi misbeitt valdi sínu stórléga í skilningi ákvæðisins fæst ekki með því einu að skoða hvort og þá með hvaða hætti hann hefur með þeirri valdbeitingu gengið lengra en almennar reglur um störf hans gera ráð fyrir. Með þessu verður ekki annað séð en að ákvæðið geri ráð fyrir því að ráðherra viti eða megi vita að háttsemi hans gangi gegn einhvers konar *almennum síðalagmálinum* um það hvernig maður í hans stöðu eigi að beita valdi sínu eða, svo að notuð séu orð Ólafs Jóhannes- sonar, að hann viti eða hafi mátt vita að hann hefur „brotið á móti þeim reglum“.

126 Alþt. 1962, A-deild, bls. 168-169.

127 Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, bls. 166.

sem krefjast má, að hver góður og samvirkusamur embættismaður fylgi í embættisferislu sinni“.¹²⁸

Það er í sjálfu sér ekkert því til fyrirstöðu að stjórnlögunum að löggeflinn ákvæði að gera ráðherra refsíábyrgan í tilvikum sem þessum. Það leiðir hins vegar af 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar, eins og nánar er rakið í kafla 3.3.3 og 3.3.8, að þegar inntak refsíákvæðis miðast einkum við stöferðislögmáli um hin góða, gegna og skynsama mann, en byggir ekki í sjálfu sér á ólögmatismæli- kvarða, þá verði slíkt ákvæði að lýsa með fullnægjandi hætti þeirri athöfn sem löggeflinn telur að eigi vera refsiverð. Háttmáregla 10. gr. rbl. setur ekki fram nein hlutlæg viðmið eða áþreifanlegar leiðbeiningar um inntak þeirrar refsineymu háttsemi sem hún beinist að og veitir viðkomandi ráðherra því ekki sam- gliarna viðvörðun um hvaða háttsemi hans kann að falla innan gildissviðs ákvæðisins. Virðist það eiga við hvort sen lagður yrði til grundvallar almennur og hlutlægur mælikvarði um venjulegan, sakhæfan einstakling eða miðað við einstaklegan mælikvarða, þ.e. hvernig ákvæðið horfir við viðkomandi ráðherra. Ákvæðið er því of almenn orðað og gjóstr til að fullnægja meginreglunni um skýrleika refsheimilda samkvæmt 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar.¹²⁹

Ákvæði b-liðar 10. gr. rbl. lýsir verknaði sem stofnar heill ríkisins í fyrirsjá- anlega hættu. Enda þótt orðalagið heill ríkisins kunnir við fyrst sýn að valda ein- hverjum vata, enda kannski ekki hefðbundið orðalag í lagsæningu nú til dags, yrði inntak þess líklega skýrt til samræmis við ákvæði annarra laga sem fjalla t.d. um öryggi ríkisins eða eftir atvikum almannahagsmunum eða almannahéll. Þá verður hér að hafa í huga þá afmörkun á þeim verknaði sem hér er lýst sem felst í orðunum *fyrirsjáanleg hættu*. Mat á því hvort slík hættu sé til staðar verður eðli máls samkvæmt að byggja á nokkuð hlutlægum sjónarmiðum, t.d. um möguleg umfang tjóns sem athöfn ráðherra kann að hafa í för með sér.

Niðurstöður af framangreindu eru þær í fyrsta lagi að a-liður 10. gr. rbl. full- nægir ekki þeim kröfum um skýrleika refsheimilda sem leita af 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar. Ekki verður aftar á móti fulllyrt að á skorti að önnur ákvæði rbl. fullnægi þeim kröfum. Í öðru lagi er rétt að taka undir það með nefnd for- sæusráðherra um starfsskiptyði stjórnvalda að þróun í lagasmið á sviði refsiréttar og á sviði mannréttinda mæli með því að lög nr. 4/1963 verði endur- skoðuð, og þá einnig með tilliti til breyttrar hugtakanotkunar, bæði í nýlegri löggjöf, s.s. á sviði stjórnisýsluréttar, og í daglegu máli.

128 Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, bls. 166.

129 Um 10. gr. rbl. segir meðal annars eftirfarandi í skýrslu nefndar forsætisráðherra um starfsskiptyði stjórnvalda o.fl., sjá bls. 140. „Í ljósi þess að ákvæðið leggur refsingu við athöfnum sem ekki eru ólögmatar samkvæmt öðrum landslögum hefur vafi á hvort hin almenna verknaðarlýsing 10. gr. laganna teljist nægjanlega skýr samkvæmt þeim kröfum sem í dag eru gerðar til refsíákvæða. Þá skal jafnframt bent á að með lögfestingu málsmæðferðarreglna sem fylgja ber við mótferð stjórnisýslumála, jafnræðisreglna og meðalólfreglna hafa brot á þessum reglum flust undan a-lið 10. gr. yfir í 9. gr. laganna sem fjallar um brot ráðherra gegn fyrirmælum laga, en ekki er vata und- irorpið að a-lið 10. gr. hefur ekki síst verið eðlað að ná til brota sem nú falla undir þessar reglur“.

5. NIÐURSTÖÐUR

Í íslenskum rétti gildir *meginreglan um skýrleika refsheimilda* samkvæmt 1. mgr. 69. gr. stjórnarskránnar, sbr. einnig 1. mgr. 7. gr. Mannréttindasáttmála Eyrðpu, sbr. 1. gr. laga nr. 62/1994. *Grunnreglan um lögbundnar refsheimildir* og *meginreglan um skýrleika refsheimilda* mynda saman myndu tvo aðgreinda en náskylda efnisþætti er falla innan heildarheftisins *lögmenntisregla refsiréttar*, sjá kafla 2.3.

Inntak og gildssvið meginreglunnar um skýrleika refsheimilda í íslenskum rétti er enn sem komið er nokkuð óljóst enda hafa til þessa ekki gengið margar dómur þar sem á hana hefur reynt. Af dómafrankvæmd má þó greina nokkur *meginsónarmið* sem telja verður að liggi til grundvallar beiðingu meginreglunnar í réttarfrankvæmd.

Fyrsta lagi hafa dómstólar að því er virðist lagt áherslu á að refsheimild megi ekki vera of *almenn* og *óljós* þannig að hún veiti ekki sanngjarna og eðllega viðvörn um hvað telst falla innan marka verknáðarlýsingar refsíðakvæðis. *Viðvörnarsjónarmiðið* virðist því enn sem komið er ráðandi í úrlausnum dómstóla enda hafa dómstólar til þessa ekki rökstutt beiðingu meginreglunnar um skýrleika refsheimilda með vísan til annarra sjónarmiða, s.s. *refsivörslusjónarmiðsins*, sjá kafla 3.1.2 og 3.3.2. Þá leiðir það af þeirri kröfu að refsheimildir megi ekki vera of almennar og óljósar að refsheimildir verða að lýsa að *lágmarki einhverjum hlutlögum viðmiðum* eða hafa að geyma *áþreifanlega leiðbeiningu um inntak þeirra* þótt þær séu orðaðar með matskemdum hætti, sjá kafla 3.3.3.

Í öðru lagi virðist mega draga þá ályktun af dómafrankvæmd að meðlíkvarði sá á fyrirsjáanleika refsheimildir, sem lagður er til grundvallar. sé *almennur og hlutlægur*. Matíð er þá miðað við það hvernig setla megi að refsheimildin horfi við *venjulegum, sakheftum einstaklingi* fremur en að vera *einstaklingsbundin*, þ.e. miðað við það hvernig refsheimildin horfir við hinum *ákærða sérstaklega*. Að þessu leyti virðist dómafrankvæmdin í samræmi við þau viðhorf sem lýst er í skrifnum íslenskra fræðimanna og byggt hefur verið að meginstefnu til á í norskum, dönskum og bandarískum rétti.

Í þriðja lagi er í ritgerðinni fjallað um *samspil almennu orðaðra verknáðarlýsinga í settum lögum í þrengri merkingu og þyrmela í almennum stjórnvaldsþyrmælum* um nánari útfærslu þeirra við mat á skýrleika refsheimilda. Er því haldið fram að þótt löggjafinn velji að mæla fyrir um háttmísreglur með almennum og óljósum hætti í settum lögum, t.d. öryggis- og varðbærskýldur, kunní slíkar verknáðarlýsingar eftir atvikum að fullnægja kröfum meginreglunnar um skýrleika refsheimilda ef löggjafinn hefur samhlíða veitt ráðherra heimild til að útfæra í almennum stjórnvaldsþyrmælum *inntak* slíkra fyrir-mæla. Hafi ráðherra við þær aðstæður nýtt þá heimild, og mælt nánar fyrir um inntak háttmísreglunnar með fyrir-mælum í reglugerð sem fullnægja sem slík meginreglunni um skýrleika refsheimilda, megi lífa á hina settu lagareglu og stjórnvaldsþyrmælum *heildstætt* sem refsheimild sem fullnægir kröfum 1. mgr. 69. gr. stjórnarskránnar, sjá kafla 3.3.4.

Í fjórða lagi verður við mat á skýrleika refsheimilda að afmarka með nægjanlegum hætti *mörk meginreglunnar og tillkunnar refsilaga*. Vafi um hvort tilfelur undir verknáðarlýsingu refsíðakvæðis er almennt hægt að leysa með hefðbundnum aðferðum lögskýringarfræðinnar, s.s. með sjónarmiðinu um *in dubio mitius*, sbr. umfjöllun um *dóm Hæstaréttar* 3. apríl 2003, nr. 449/2002, (annarvarp í Miðnúsæyjunum), sjá kafla 3.3.3. Í þessu sambandi er í greininni einnig víkið að muninum á *almennum og sérgreindum óskýrleika refsheimildar*. Niðurstaða dóms um að refsheimild fullnæggi ekki kröfum um skýrleika refsheimilda þarf ekki ávallt að leiða til þess að niðurstaðan eigi að vera sú að refsheimildinni sé að öllu leyti víkið til hliðar, sjá kafla 3.3.7.

Í fimmta lagi verður ráðið af **H 2000 280** (hlutlæg refsíðabyrgð skipsþjóra) að í meginreglunni um skýrleika refsheimilda felst krafa um að refsheimild sem felur í sér *qffrigðilega tilhögun refsíðabyrgðar*, t.d. undantekningu frá þeirri meginreglu refsiréttar að mönnum sé aðeins refsíð fyrir þær athafnir sem raktar verða til ásetnings þeirra eða gálaysi, verði að vera orðuð með skýrum hætti, sjá kafla 3.3.6.

Í sjötta lagi verður ráðið af dómafrankvæmd að Hæstaréttur telji rétt og eðlilegt að horta til *lögskýringargagna*, einkum frumvarpa og greinargerða með þeim, við mat á því hvort refsheimild fullnæggi kröfunni um skýrleika refsheimilda. Í greininni er rökstutt að gera verði í þessu sambandi greinarnum á hvort refsheimild sé það almenn og óljós að hún lýsi ekki hlutlögum viðmiðum eða á skortir að af henni verði leiðdar áþreifanlegar leiðbeiningar um inntak þennar annars vegar eða hvort vafi leiki hins vegar á um hvorn eða hverja af tveimur eða fleiri haldberjum lögskýringarkostum ber að leggja til grundvallar við tillkun refsheimildanna. Ef um fyrra tilvikíð er að ræða er ljóst að alhugasendir í lögskýringargögnunum geta vart lagfært þann sjónskiptulega annmarka sem er á óhófllega almennum og óljósum texta refsheimildar sem birtist borgunnum og refsivörsluáðilum. Alhugun á lögskýringargögnunum kann hins vegar að vera nauðsynleg og réttlætanleg aðferð við mat á lögskýringarsjónarmíðum og vægi þeirra og við val á lögskýringarleið við skýringu refsheimildar sem fullnægir sem slík meginreglunni um skýrleika refsheimilda, sjá kafla 3.3.6.

Í sjöunda lagi er rakið í greininni að af dómafrankvæmd hér á landi verður ekki önnur ályktun dregin en að kröfur um skýrleika refsheimilda hafi til þessa ekki þótt girða fyrir að löggjafinn setji refsíðakvæði sem fela í sér vísireglur er veita dómstólum töluvert svigrúm til þess að skilgreina og ákvarða nánar hvað sé refsiverð háttsemi. Slík ákvæði hafi af hálfu fræðimanna verið nefnd *matskennid svigrúmsákvæði*. Er lagt til grundvallar í greininni að við nánari afmörkun á því hvort matskennid svigrúmsákvæði gangi of langt í þessu efni kunní að skipta máli hvort tiltekin ákvæði hafa hlotið umfjöllun í *dómafrankvæmd* þar sem dómstólar hafi leitast við að móta nánar inntak slíkra ákvæða. Þannig geti þeir sem eru í vafa um hvort háttsemi þeirra falli undir matskennid svigrúmsákvæði m.a. leitað sér *ráðgjafar lögræðings*. Sem dæmi um slíka

þróun er dómframkvæmd um tálkun 210. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Þá er fjallað um hugtakið *velferðarmissir* í 2. mgr. 130. gr. hegningarlaga og komist að þeirri niðurstöðu að það fullnægi ekki meginreglunni um skýrleika refsheimilda, sjá kafla 3.3.8.

Í áttunda lagi er því haldið fram að það geti almennt ekki talist í ósamræmi við meginregluna um skýrleika refsheimilda að notast sé við svokölluðu *eyðuvákvæði* við mótn verknáðarlýsinga í refsiskvæðum. Fara verði hins vegar varlega með slíkar refsheimildir enda verði sem fyrir að gera þá kröfu að slíkar heimildir veiti samngjarna og eðlilega viðvörðun um hvaða háttsemi telst refsiverð. Á stundum kumi hins vegar refsheimild og samspil hennar við háttennisreglur í öðrum skráðum (eða óskráðum) réttarreglum að verða svo flökkin að sú hæta kann að skapast að dómstólar telji að of langt sé gengið í ljósi meginreglunnar um skýrleika refsheimilda, sjá kafla 2.3 og 3.3.9.

Í greininni er loks fjallað um hvort *verknáðarlýsingar laga nr. 4/1963 um ráðherrarábyrgð* (þbl.) fullnægi efniskröfum meginreglunnar um skýrleika refsheimilda í 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar. Niðurstöðurnar eru þær að a-liður 10. gr. þbl. fullnægi ekki skýrleikakröfum. Ekki verði aftur á móti fullvort að á slíkt skorti um önnur ákvæði þbl. Í öðru lagi er tekið undir það með nefnd forsetisráðherra um startsskiðlyrði stjórnvalda o.fl. að þróun í lagasmíð á sviði refsiréttar og á sviði mannréttinda mæli með því að lög nr. 4/1963 verði endurskoðuð, og þá einnig með tilliti til breyttrar hugtakanotkunar, bæði í nýlegri lögjöf, s.s. á sviði stjórnsýsluréttar, og í daglegu máli, sjá kafla 4.4. @

HEMILDA- OG RITASKRÁ:

- Andrew E. Goldsmith: „The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited“. *American Journal of Criminal Law*. 2. töl. 30. árg. (2003), bls. 279-315.
- Asbjörn Strandbakken: „Grundloven § 96“. *Jussens Venner*. Hefti 3-4. 39. árg. (2004), bls. 166-215.
- Ben Emmerson & Andrew Ashworth: *Human Rights and Criminal Justice*. Sweet & Maxwell. London (2001).
- D.J. Harris, M. O'Boyle & C. Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*. Butterworths. London (1995).
- Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*. Háskólaútgáfan. 2. útg. Reykjavík (1999).
- Iain Cameron: *National Security and the European Convention on Human Rights*. Instus Förlag. Uppsöllum (2000).
- Knud Waaben: *Strafferettens almindelige del I. Ansvarskæren*. Gadlura. 4. útg. Kaupmannahöfn (1997).
- „Lovkravet i strafferetten“. *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab*. 1. töl. 81. árg. (1994), bls. 130-139.
- Jens Peter Christensen: *Ministeransvar*. Jurist- og Økonomiforbundets forlag. Árósum (1997).
- Johs. Andersen: *Almindelig strafferett*. Universitetsforlaget. 3. útg. Oslo (1989).
- Statsforretningen i Norge. Universitetsforlaget. 8. útg. Oslo (1998).
- Jónatan Þorunnarson: *Afbrot og reislábyrgð II*. Háskólaútgáfan. Reykjavík (2002).
- Afbrot og reislábyrgð I*. Háskólaútgáfan. Reykjavík (1999).

Viðurlög við afbrotum. Bókauðgáfa Orators. Reykjavík (1992).

„Fordæmi sem réttarheimild í enskum og bandarískum rétti“. *Útljótur*. 4. töl. 22. árg. (1969), bls. 357-376.

Jørgen Aall: *Rettergang og menneskerettigheter*. Universitetsforlaget. Bergen (1995).

Kjartan Bjarni Björgvinsson: „Verðleikar laganna – lagaáskilnaðarregla mannréttinda-sáttmála Evrópu og afstaða hennar til íslensks réttar“. *Útljótur*. 3. töl. 56. árg. (2003), bls. 353-403.

Kyrre Eggen: *Ytringsfrihet*. Cappelen Akademisk Forlag. Oslo (2002).

Nicolas V. Skjerdal: *Kvalitative hjemmelstrav*. Tano Aschehoug. Oslo (1998).

Norges Offentlige Utredninger 1983:57. Straffelovgivningens under omforming. Straffelovkommissionens delutredning I. Universitetsforlaget. Oslo (1983).

Páll Skúlaason: „Nokkur hugtök og urlausnarefni í tulkunarfræði“. *Mál og tálkun*. Hið íslenska Bókmenntafélag. Reykjavík (1981), bls. 175-200.

Páll Sigurðsson: *Fjölmiðlaréttur*. Háskólaútgáfan. Reykjavík (1997).

Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina Holst Christensen, Jens Vedsted-Hansen: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 2. útg. Kaupmannahöfn (2003)

Peter Christensen & Michael Hansen Jensen: „Højesterets dom i Tvind-sagen“. *UEFR B* 1999, bls. 227-237.

Petter Asp: *EU & Straffretten. Studier rörande den europeiska integrationens betydelse för den svenska straffretten*. Uppsala (2002).

Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*. 10. töl. 2. útg. Reykjavík (1978).

Rapport til Stortingets presidentskap fra utvalget til å utrede alternativer til riksrettsordningen. Dokument nr. 19 (2003-2004, bls. 33-34).

Richard Buxton: „The Human Rights Act and the Substantive Criminal Law“. *Crim. L.R.* (2000).

Richard H. Fallon jr.: „As-applied and facial challenges and third party standing“. *Harvard Law Review*. 113 árg. nr. 6 (2000), bls. 1321-1370.

Norges Offentlige Utredninger 2003:18: Rikets sikkerhet. Straffelovkommissionens delutredning VIII. Statens forvaltningsvesenest. Informationsforvaltning, Oslo (2003).

Róbert R. Spánó: „Stjórnskráin og reislábyrgð (fyrrir hluti) – grunnreglan um lögbundnar refsheimildir“. *Tímarit lögfræðinga*. 1. hefti, 54. árg. (2004), bls. 5-47.

„Ákvæði 1. mgr. 68. gr. stjórnskrárlinnar um barn við ómannþolegni eða varvirðandi meðferð eða reisingu“. *Lögberg, rit Lagastofnunar Háskóla Íslands* (2003), bls. 635-682.

„Verknáðarlýsingar XIV. kafla almennra hegningarlaga um brot í opinberu starfi“. *Tímarit lögfræðinga*. 4. hefti, 52. árg. (2002), bls. 357-384.

„Um fjáningarfrelsið og reislábyrgð“. *Ársháttarrit Orators* (2002), bls. 22-23.

„Lagarreglur um reislábyrgð opinberra starfsmanna“. *Útljótur*. 4. töl. 52. árg. (2000), bls. 511-529.

„Um vansæfna skilspjóra og afladrjúga stýrimenn – hugleiðingar um hlutlega refsí-ábýrgð einstaklinga í íslenskum rétti“. *Tímarit lögfræðinga*. 1. hefti, 49. árg. (1999), bls. 17-30.

Startsskiðlyrði stjórnvalda – skýrsla nefndar um startsskiðlyrði stjórnvalda, eftirlit með startsemi þeirra og viðurlög við réttarbrotum í stjórnsýslu. Forsetisráðuneytið. Reykjavík (1999).

Ståle Eskeland: **Strafferett**. Cappelen Akademisk Forlag. Oslo (2000).
Vagn Greve: "Om hjemmelen for administrative straffebestemmelser". **Lov og frihet, Festskrift til Johs. Andenæs**. Universitetsforlaget (1982), bls. 123-138.
Vagn Greve, Asbjørn Jensen & Gorm Toftegaard Nielsen: **Kommenteret straffelov - Almindelig del**. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. Kaupmannahöfn (2001).
White, Robin og Ovey, Clare: **The European Convention on Human Rights**. Oxford University Press. Oxford 2002.

DÓMASKRÁ:

Íslenskir dómur:

H 28. apríl 2005, nr. 510/2004
H 18. nóvember 2004, nr. 236/2004
H 28. október 2004, nr. 251/2004
Hénaðsdómur Reykjavíkur 30. apríl 2004, nr. S-395/2004
H 11. mars 2004, nr. 380/2003
H 20. nóvember 2003, nr. 219/2003
H 8. febrúar 2001, nr. 432/2000
H 3. apríl 2003, nr. 449/2002
H 2000 4418
H 2000 2957
H 2000 280
H 1998 969
H 1998 516
H 1997 1253
H 1995 3149
H 1990 1103
H 1987 266
H 1984 855
H 1980 89
H 1973 452
H 1970 212

Danskir dómur:

U 1999 842 H
U 1997 634 V
U 1995 405 V
U 1992 16 V
U 1991 85 H
U 1969 56 H

Norskir dómur:

Rt. 2002, bls. 1722
Rt. 2001, bls. 1303

Bandarískir dómur:

City of Chicago gegn Morales, 527 U.S. 41 (1999)
Kolender gegn Lawson, 461 U.S. 352 (1983)
Smith gegn Goguen, 415 U.S. 566 (1974)
United States gegn Reese, 92. U.S. 214 (1875)

Dómur Mannréttindadómstóls Eyrópu og ákvarðanir um meðferðarhefð keðru:

Laukkonen gegn *Finlandi* frá 1. júní 2004, mál nr. 48910/99
Salov gegn *Ukráinu* frá 27. apríl 2004, mál nr. 65518/01
Rieg gegn *Austurríki* frá 5. desember 2002, mál nr. 63207/00
K.-H. W. gegn *Þýskalandi* frá 22. mars 2001. Reports of Judgments and Decisions 2001-II
Groppera Radio AG o.fl. gegn *Swiss* frá 28. mars 1999. Series A 173
CR gegn *Englandi* frá 22. nóvember 1995. Series A, No. 335-C
Kokkinakis gegn *Grikklandi* frá 25. maí 1993. Series A, No. 260-A
Sunday Times gegn *Englandi* frá 29. mars 1979. Series A, No. 30