

Gerður Guðmundsdóttir

RÉTTURINN TIL AÐ FELLA EKKI Á SIG SÖK Í STJÓRNSÝSLUNNI

*Sérstaki hlutinn: Gagna- og upplýsingaöflun stjórnvalda.
Lagaákvæði. Réttaráhrif brota**

Efnisyfirlit

1. Inngangur	310
2. Gagna- og upplýsingaöflun stjórnvalda á grundvelli lagaskyldu	310
2.1 Álitafnið	310
2.2 Um greiningu dómanna.....	311
2.3 Dómar þar sem réttindin voru talin brotin.....	314
2.3.1 MDE Funke gegn Frakklandi	314
2.3.2 MDE J.B. gegn Sviss	319
2.3.3 MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi	323
2.3.4 MDE Martinen gegn Finnlandi.....	325
2.4 Dómar þar sem réttindin voru ekki talin brotin	327
2.4.1 MDE Weh gegn Austurríki og MDE Rieg gegn Austurríki	327
2.4.2 MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi	331
2.4.3 MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki	335
2.5 Dómar sem fjalla um gögn sem hafa sjálfstæða tilvist.....	338
2.5.1 MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi	338
2.5.2 MDE Jalloh gegn Þýskalandi og aðrir dómar	342
2.6 Almennar ályktanir	345
2.7 Kenning um túlkun dómanna.....	348
3. Um lögfestingu réttindanna á sviði stjórnsýslunnar	355
3.1 Danskur réttur	355
3.2 Norskur réttur	357
3.3 Íslenskur réttur	360
3.3.1 Hvernig hafa réttindin verið lögfest hér á landi?	360
3.3.2 Nánar um algengasta fyrirkomulagið hér á landi	364
4. Réttaráhrif brota á réttindunum í stjórnsýslunni	365
4.1 Ólík stig máls og aðstæður	365
4.2 Eftirlitsstjórnvald stendur frammi fyrir því að taka ákvörðun um efni máls.....	366
4.3 Eftirlitsstjórnvald hefur tekið ákvörðun um efni máls	368
4.4 Eftirlitsstjórnvald fylgir broti á upplýsingaskyldu eftir	368
4.5 Mál er kært eða framsent til annars stjórnvalds	369
5. Lokaorð	370
Abstract.....	375
Heimildir	376

1. Inngangur¹

Eins og fram kom í almenna hlutanum er lagaleg þvingun líklega algengasta þvingunin sem eftirlitsstjórnvöld beita borgarana. Í stjórnýslunni kemur iðulega upp sú staða að stjórnvald krefst þess að aðili máls afhendi gögn og upplýsingar á grundvelli lagaskyldu þess efnis að viðlagðri refsingu.² Í grein þeirri sem hér er rituð verður fjallað sérstaklega um þessa stöðu og hvernig hún horfir við 1. mgr. 6. gr. samningsins um verndun mannréttinda og mannfrelsis, sbr. lög nr. 62/1994 (hér eftir „mannréttindasáttmáli Evrópu“, „mannréttinda-sáttmálinn“ eða „MSE“) og eftir atvikum 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (hér eftir „stjskr.“), að því marki stjórnarskrárákvæðið er sambærilegt ákvæði mannréttindasáttmálans. Um þetta verður fjallað í 2. kafla.

Í framhaldinu verður í 3. kafla farið yfir lagaákvæði um þagnarréttinn og réttinn til að fella ekki á sig sök í stjórnýslunni. Fyrst verður lýst hvernig réttindin hafa verið lögfest í dönskum og norskum rétti. Síðan verður farið yfir þau sérlagaákvæði sem hafa verið sett um réttindin í íslenskum rétti. Einnig verður lagt mat á hvernig ákvæðin horfa við 1. mgr. 6. gr. MSE. Þá verður í 4. kafla fjallað um réttaráhrif brota á réttindunum, aðallega samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE, í stjórnýslunni. Að síðustu er í 5. kafla að finna lokaorð. Þar verður því velt upp hvort tilefni sé til að lögfesta almennt ákvæði um réttindin í stjórnýslulög nr. 37/1993.

2. Gagna- og upplýsingaöflun stjórnvalda á grundvelli lagaskyldu

2.1 Álitaefnið

Af dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu (hér eftir „Mannréttindadómstóllinn“, „dómstóllinn“ eða „MDE“) er ekki

* Grein þessi hefur staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum.

¹ Hafsteini Dan Kristjánssyni, aðjunkt við Lagadeild Háskóla Íslands og stipendiary lecturer við Balliol College við Oxford háskóla, eru færðar þakkir fyrir aðstoð við vinnslu greinarinnar. Jafnframt er Ólafi Guðmundssyni, lögfræðingi hjá skatttranssóknarstjóra ríkisins, færðar þakkir fyrir yfirlestur á greininni. Enn fremur er ritrýni þakkað fyrir gagnlegar ábendingar. Höfundur ber þó einn ábyrgð á efni greinarinnar.

² Um þessa stöðu í tengslum við réttinn til að fella ekki á sig sök, sjá til dæmis Jens Møller: „Forbud mod selvinkriminering i forvaltningsretten“, bls. 244, 249 og 251 og Björgu Thorarensen. „Réttur aðila að stjórnýslumáli til að fella ekki á sig sök“, bls. 33.

Þyllilega ljóst að hvaða marki stjórnvöldum er heimilt að óska eftir gögnum og upplýsingum frá þeim sem er borinn sök um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE á grundvelli lagaskyldu þess efnis. Staðan er einatt sú að annaðhvort verður aðili við upplýsingabeidninni og afhendir gögn eða veitir upplýsingar sem mögulega eru til þess fallnar að fella á hann sök eða hann neitar að gera það og tekur áhættuna á því að verða beittur þvingunarræðum, þvingunarráðstöfunum eða gerð refsing eða önnur viðurlög. Vegna þess hversu mikilvægur þáttur slík upplýsingaöflun er í starfsemi margra stjórnvalda er tilefni til að reyna að varpa ljósi á hvort og þá hvenær stjórnvöldum er fær þessi leið.

Í umfjölluninni sem fer í hönd verður fyrst fjallað um hvernig lykildómar um efnið verða greindir. Síðan verður farið yfir dóma þar sem réttindin voru talin brotin, þá dóma þar sem réttindin voru ekki talin brotin og loks dóma sem fjalla um gögn sem hafa sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Að lokum verða í þessum kafla dregnar ályktanir af dómaframkvæmdinni og sett fram kenning um hvernig unnt sé að túlka dómama saman í tengslum við álítaefnið um gagna- og upplýsingaöflun stjórnvalda á grundvelli lagaskyldu.

2.2 Um greiningu dómanna

Í eftirfarandi dómum verður leitast við að greina hvaða atriði skipta máli við mat Mannréttindadómstólsins á því hvort þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök hafi verið brotnir. Í 4. kafla almenna hlutans var farið yfir þau sjónarmið sem Mannréttindadómstóllinn hefur tekið fram að líta verði til við mat á því hvort réttindin hafi verið virt. Þau eru í *fyrsta lagi* eðli og umfang þvingunar. Í *öðru lagi* hvort réttaröryggisreglur séu fyrir hendi. Í *þriðja lagi* notkun gagna, sem aflað hefur verið með þvingun, í sakamáli í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Þá verður ráðið af dómum að dómstóllinn líti jafnframt í *fjórða lagi* til almannahagsmuna, svo sem til skilvirkrar og framkvæmanlegar réttarvörslu sem og mögulega einnig eðlis afbrots. Ekki eru allir dómar, sem fjallað verður um hér á eftir, einkum þeir sem eldri eru, rökstuddir skýrlega með vísan til þessara sjónarmiða. Þrátt fyrir það verður leitast við að fella röksemdir dómstólsins undir þessi sjónarmið og leitast við að skilja þá í ljósi þeirra. Jafnframt verður tekið tillit til þess að dómstóllinn hefur nú slegið því föstu að réttindin séu ekki algild.

Auk þessara sjónarmiða verður litið til tveggja annarra sjónarmiða sem Mannréttindadómstóll Evrópu virðist horfa til en hafa ekki verið orðuð með berum hætti sem sjálfstæð sjónarmið. Fyrri sjónarmiðið varðar *eðli eða efni þeirra gagna og upplýsinga* sem aflað er með þvingun.

Eðli sumra gagna og upplýsinga er að vera sýnileg sönnunargögn (e. „real“ evidence), þ.e. hlutlæg, áþreifanleg eða líkamleg. Dæmi um það eru skjöl, ýmsir munir, blóð-, þvag-, hár-, öndunar-, munnvatns-, svita-hljóð-, vefja- og önnur líkamssýni. Þessi gögn, sýni og upplýsingar verða almennt ekki til við þvingunina né breytist eðli þeirra við hana. Þau eru því almennt ekki óáreiðanleg sönnunargögn vegna þess eins hvernig þeirra var aflað. Þá hafa að minnsta kosti sum þeirra sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Þau eru til óháð því hvort hann vilji tjá sig eða aðstoða við rannsókn máls. Stundum er unnt að afla slíkra gagna með húsleit og haldlagningu eða jafnvel frá þriðja manni. Í öðrum tilvikum verður aðili að þola að gagnanna, munanna eða sýnanna sé aflað með öðrum þvingunarráðstöfumum í þágu rannsóknar sakamáls. Eðli annarra gagna og upplýsinga er öðruvísi. Þau verða til við þvingunina eða eðli þeirra breytist við hana. Dæmi um það er þegar aðila er gert að tjá sig um tiltekin atriði, svo sem að svara spurningum. Vilji hann ekki tjá sig verður spurningunum ekki svarað nema sökum þvingunarinnar. Annað dæmi eru gögn sem aðili útbýr eða aflar og tekur saman (frá þriðja manni) til að afhenda stjórnvaldi. Gögnin voru ekki til eða í höndum aðila fyrr en hann var þvingaður. Í þessum tilvikum er krafist virkrar þátttöku aðila við að láta í té upplýsingar og þá eftir atvikum til að fella á sig sök. Sú þátttaka getur verið mismikil eftir eðli og aðstæðum hvers máls. Eftir því sem krafist er meiri virkrar þátttöku frá aðilanum því vafasamari virðist þvingunin vera.

Efni gagna og upplýsinga getur einnig verið ólíkt. Sum gögn eða upplýsingar fela í sér játningu, önnur fela í sér að aðili fellir á sig sök og enn önnur hafa aðeins að geyma upplýsingar um einn þátt máls af mörgum. Þá eru einnig til gögn og upplýsingar sem eru lítt til þess fallin að fella sök á aðila eða að óljóst er hvort þau muni gera það. Telja verður að öflun gagna og upplýsinga af fyrrnefnda taginu með þvingun gangi lengra í að skerða kjarna réttindanna en öflun gagna og upplýsinga af síðari taginu.

Eins og áður greindi hefur Mannréttindadómstóll Evrópu fjallað um efni og eðli gagna og upplýsinga en ekki lýst því atriði sem sjálfstæðu sjónarmiði. Vel má vera að dómstóllinn felli sjónarmiðið undir eðli og umfang þvingunar. Fyrir því eru gildar ástæðar. Eðli og efni upplýsinga er nátengt og stundum samofið eðli og umfangi þvingunar. Þrátt fyrir það verður sjónarmiðunum haldið aðskildum við greiningu dómanna. Að baki því búa tvær ástæður. Sú fyrri er skýrleiki og nákvæmni í greiningunni. Sú síðari er að ágæt rök eru fyrir því að líta á eðli og efni gagna sem sjálfstætt sjónarmið. Þótt sjónarmiðin séu nátengd og jafnvel samofin fjalla þau ekki um nákvæmlega sömu

atriðin. Þvingunin lýtur að þeim aðferðum sem eru viðhafðar til að afla gagna og upplýsinga. Eðli þeirra getur verið margs konar; þær geta verið líkamlegar og andlegar, blekkingar og annars konar þvinganir, svo sem lagalegar. Þá getur umfang þeirra verið mismunandi. Brot á lagaskyldu getur varðað sektum að óverulegri fjárhæð eða fangelsisrefsingu. Einnig kunna yfirvöld að hafa gengið langt í að knýja á um skyldu, svo sem farið oft sinnis með mál fyrir dómstóla. Enn fremur hafa stjórnvöld ýmist takmarkaða heimild til að þvinga aðila til að veita upplýsingar eða víðtæka og almenna. Hitt sjónarmiðið lýtur að *andlagi* réttindanna, þ.e. þess sem er aflað en ekki að aðferðinni sem er beitt til að afla gagnanna eða upplýsinganna. Þótt sjónarmiðunum verði haldið aðskildum hér verður að leggja mat á eðli og umfang þvingunar í tengslum við eðli og efni gagna og upplýsinga. Eftir því sem þvingun er meiri og alvarlegri og eftir því sem gögn og upplýsingar eru nátengdari vilja aðila og líklegri til þess að fella á hann sök því meiri líkur eru á því að kjarni réttindanna hafi verið skertur.

Síðara viðbótarsjónarmiðið, sem litið verður til við greiningu dómanna eru *tengsl við sakamál* í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Allajafna lýtur þetta atriði að gildissviði réttindanna. Þau gilda, eins og fjallað var um í almenna hlutanum, í sakamálum en ekki annars konar málum. Sakamál þarf þó ekki að vera formlega í gangi heldur getur dugað að það sé fyrirhugað eða yfirvofandi (e. pending or anticipated).³ Af því leiðir að tengsl við sakamál geta verið mismikil. Sömuleiðis getur aðili hafa verið formlega sakaður um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE eða að hann hefur orðið fyrir umtalsverðum áhrifum af rannsókn og meðferð máls. Því getur aðili hafa verið borinn sök í skilningi ákvæðis mannréttindasáttmálans á misskýran hátt. Þegar stuðst verður við hugtökin sakamál og sakborningur hér á eftir er oftast vísað til þeirra í merkingu 6. gr. MSE, þ.e. átt er við mál þar sem kveðið er á um refsivert brot og að maður sé borinn sök um refsivert brot, en ekki til dæmis í skilningi sakamálalaga nema annað verði ráðið af samhenginu. Athygli vekur að í sumum dómum, sem fjallað verður um hér á eftir, var fjallað um réttindin þótt dómstóllinn hefði komist að þeirri niðurstöðu að aðili hefði ekki verið borinn sök. Með skírskotun til þess má halda því fram að þótt réttindin séu virk geti tengsl þvingunar við sakamál verið mismikil. Eftir því sem þau eru fjarlægari því minni líkur eru á því að réttindin hafi verið brotin. Vel má vera að dómstóllinn líti aðeins til þessa atriðis til að svara því hvort mál heyri undir gildissviði

³ Sjá til dæmis Jens Edvin A. Skoghøy: „Forvaltningsloven, EMK og Grunnloven“, bls. 320-321.

1. mgr. 6. gr. MSE en hér verður litið á það sem sjálfstætt sjónarmið við mat á því hvort rétturinn hafi verið brotinn.

Eins og fram kom í almenna hlutanum ber að leggja mat á sjónarmiðin í ljósi þeirra markmiða eða raka sem búa að baki réttindunum, meðal annars um að hindra að sakborningur sé dæmdur að ósekju, að vilji aðila til að tjá sig ekki og að fella ekki á sig sök sé ekki brotinn á bak aftur, og að sönnunargögn séu ekki óáreiðanleg. Þá er um heildstætt og atviksbundið mat að ræða. Byggt verður á því að þetta eigi ekki aðeins við um fyrstnefndu sjónarmiðin, þ.e. (1) eðli og umfang þvingunar, (2) hvort réttaröryggisreglur séu fyrir hendi, (3) notkun gagna og (4) almannahagsmuni, heldur einnig þau sem hefur verið bætt við sem sjálfstæðum sjónarmiðum, þ.e. (5) eðli og efni þeirra gagna og upplýsinga sem aflað sé með þvingun og (6) tengslum við sakamál í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE.

2.3 Dómar þar sem réttindin voru talin brotin

2.3.1 MDE Funke gegn Frakklandi

Í máli *MDE Funke gegn Frakklandi*⁴ reyndi á gagnaöflun tollyfirvalda á grundvelli tollalaga.

Í *MDE Funke gegn Frakklandi* fóru tollyfirvöld ásamt lögreglu á heimili kæranda til að afla gagna um eignir hans erlendis vegna gruns um tollalagabrot. Kærandi viðurkenndi að eiga, eða hafa átt, nokkra erlenda bankareikninga en sagði að hann hefði ekki nein bankayfirlit á heimili sínu. Jafnframt var gerð húsleit hjá kæranda þar sem fundust og var lagt hald á meðal annars bankayfirlit erlendra bankareikninga og ávísanahefti. Sakamál var aldrei höfðað á hendur kæranda en í framhaldi af húsleitinni hófst málsmeðferð í tengslum við frekari gagnaöflun (e. parallel proceedings for disclosure of documents and for interim orders). Óskuðu tollyfirvöld meðal annars eftir því að kærandi afhenti þeim bankayfirlit tiltekinna erlendra bankareikninga (e. produce statements) vegna síðustu þriggja ára frá nokkrum erlendum bönkum. Kærandi samþykkti upphaflega að veita gögnin en skipti svo um skoðun. Hófu tollyfirvöld þá mál á hendur kæranda þar sem farið var fram á að hann afhenti gögnin. Var hann dæmdur til greiðslu sektar og til að afhenda gögnin að viðlögðum dagsektum. Hins vegar kom ekki til þess að kærandi væri ákærður fyrir tollalagabrot. Kærandi taldi að með þessu hefði rétturinn til að fella ekki á sig sök verið brotinn þar sem hann hefði verið þvingaður til að afla sönnunargagna gegn sjálfum sér. MDE tók fram að kærandi

⁴ *MDE í máli Funke gegn Frakklandi frá 25. febrúar 1993, mál nr. 10828/84, Series A nr. 256-A, einkum mgr. 44.*

hefði verið dæmdur til þess að afhenda tollyfirvöldum gögn sem þau töldu að væru til þótt þau væru ekki viss um það. Þar sem tollyfirvöld vildu ekki eða gátu ekki aflað gagnanna sjálf hefðu þau reynt að fá kæranda til að veita nauðsynlegar upplýsingar um brot sem hann hefði verið grunaður um að hafa framið. Sérstakt eðli tollalaganna gæti ekki réttlætt slíkt brot gegn þeim sem væri borinn sök samkvæmt 6. gr. MSE. Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE hefði verið brotið.⁵

Eðli og umfang þvingunar. Á kæranda hvíldi lagaskylda til að veita umræddar upplýsingar að viðlagðri refsingu. Jafnframt var unnt að knýja á um skylduna með þvingunarúrræðum, þ.e. dagsektum. Reyndi því á lagalega þvingun af ákveðnum toga. Í málinu létu tollyfirvöld ekki nægja að óska eftir fyrrnefndum gögnum frá kæranda heldur gengu lengra. Hafið var mál gegn kæranda sem lauk með því að honum var gerð sekt fyrir að brjóta upplýsingaskylduna. Til viðbótar var hann dæmdur til að láta tollyfirvöldum í té gögnin að viðlögðum dagsektum. Ekki verður lagt mat á það hér hversu þungbærar sektirnar og dagsektirnar voru.

Meta verður eðli og umfang þvingana í ljósi aðstæðna í málinu. Í því hlutuðust tollyfirvöld um að þvingun yrði beitt til að reyna að afla gagna sem þau voru ekki viss um hvort væru til. Ekki var því um það að ræða að kærandi hefði tiltekin gögn undir höndum sem tollyfirvöld krefðust þess að fá afhent. Tollyfirvöld höfðu þegar gert húsleit á heimili kæranda og umrædd gögn höfðu ekki fundist. Ekki er því ósennilegt að umrædd gögn hafi ekki verið til staðar á heimili hans. Jafnframt má ráða af umfjöllun undirréttar í málinu að kærandi hafi haldið því fram að hann væri ófær um að afla gagnanna sem hann hefði sagst ætla láta í té. Að auki verður ráðið af dómnum að tollyfirvöld hefðu ekki freistað þess að afla gagnanna frá þriðja manni. Þrátt fyrir þetta hefði kæranda verið gerð refsing og lögð á hann skylda til að afhenda gögnin að viðlögðum dagsektum.

Þegar þetta er haft í huga verður að telja að í málinu hafi verið gengið langt í að beita þeirri þvingun sem var til staðar að landslögum í málinu. Í þessu sambandi er vakin athygli á því að í síðari dómum hefur Mannréttindadómstóllinn tekið fram að umfang þvingunarinnar í viðkomandi máli (e. degree of compulsion) hafi verið slíkt að sjálfur kjarni réttarins til að fella ekki á sig sök hafi verið skertur (e. in effect, it

⁵ Meirihluti Mannréttindanefndarinnar (e. Commission) hafði áður komist að þeirri niðurstöðu að 6. gr. MSE hefði ekki verið brotin í málinu.

destroyed the very essence of the privilege against self-incrimination).⁶ Í öðrum dómi tók dómstóllinn fram að gagnanna hefði verið aflað með vítavörðum hætti (e. impugned measures).⁷

Eins og áður hefur komið fram óskuðu tollyfirvöld eftir fyrrgreindum gögnum samkvæmt lagaskyldu. Á grundvelli hennar gátu tollyfirvöld við eftirlitsskoðun sína óskað eftir hvers kyns skjölum og gögnum sem tengdust verkefnum er heyrðu undir verksvið þeirra.⁸ Heimild tollyfirvalda var því ekki bundin við tiltekin gögn. Í ummælum undirréttar í málinu kom fram að upplýsingaskyldan samkvæmt almennu ákvæði tollalaganna gildi ekki aðeins um gögn á heimili aðila heldur jafnframt hvar sem þau kynnu að vera. Virðast tollyfirvöld því hafa haft fremur almenna og víðtæka heimild til að afla hvers kyns skjala og gagna og ekki aðeins þeirra sem aðilar hefðu undir höndum.

Ekki er augljóst hvaða þýðingu það hafði í málinu að tollyfirvöld höfðu ekki reynt að afla gagnanna frá þriðja manni. Mögulega ber að skilja ummælin þannig að reyni yfirvöld fyrst að afla gagna frá þriðja manni sé þar með leitast við að leggja minni byrðar á herðar aðila og gætt sé meðalhófs. Þá virðist hafa skipt máli að vafi var fyrir hendi um hvort gögnin væru til. Að því virtu virðist hafa verið gengið langt í að þvinga kæranda til að afhenda gögn sem ekki lá fyrir að væru til. Með því hafi verið lagðar óhóflegar byrðar á kæranda. Því hefur verið varpað fram að mögulega beri að túlka dóminn í því ljósi að tollyfirvöld hafi verið í „veiðiferð“.⁹ Á móti má segja að tollyfirvöld hafi að líkindum talið að þau gögn sem fundust við húsleit hjá kæranda hafi verið sönnunargögn um tilvist gagnanna sem þau kröfðu kæranda um.

Eðli og efni gagna eða upplýsinga. Í málinu reyndi á beiðni tollyfirvalda um gögn frá kæranda. Nánar tiltekið óskuðu tollyfirvöld eftir því að kærandi léti í té bankayfirlit erlendra bankareikninga vegna síðustu þriggja ára. Franska ríkið hélt því meðal annars fram að ekki hefði verið

⁶ Yfirdeildardómur MDE í máli *John Murray gegn Stóra-Bretlandi* frá 8. febrúar 1996, mál nr. 18731/91, *Reports 1996-I*, mgr. 49. Sjá einnig MDE *Heaney og McGuinness gegn Írlandi* frá 21. desember 2000, mál nr. 34720/97, *Reports of Judgments and Decisions 2000-XII*, mgr. 48 og yfirdeildardóm MDE *O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* frá 29. júní 2007, mál nr. 15809/02 og 25624/02, *Reports of Judgments and Decisions 2007-III*, mgr. 46. Sjá einnig D.J. Harris o.fl.: *Harris, O'Boyle and Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 425.

⁷ Yfirdeildardómur MDE *Jalloh gegn Þýskalandi* frá 11. júlí 2006, mál nr. 54810/00, *Reports of Judgments and Decisions 2006-IX*, mgr. 113.

⁸ MDE *Funke gegn Frakklandi*, mgr. 30.

⁹ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Þagnarrétturinn og meðferð samkeppnismála“, bls. 67.

farið fram á að kærandi játaði eða útvegaði sönnunargögn gegn sjálfum sér heldur að hann afhenti gögn í tengslum við sönnunargögn sem hefðu fundust á heimili hans við húsleit.¹⁰ Þrátt fyrir þessa málsvörn verður að telja að gögnin hafi verið þess eðlis að þau hefðu getað orðið sönnunargögn um brot sem kærandi var borinn sök um. Með öðrum orðum þá hefðu þau getað fellt sök á kæranda ef hann hefði látið þau af hendi.

Eins og áður segir kom fram í ummælum undirréttar í málinu að upplýsingaskyldan samkvæmt almennu ákvæði tollalaganna gilti ekki aðeins um gögn sem væru á heimili aðila heldur jafnframt hvar svo sem þau kynnu að vera. Óljóst er hvaða ályktun eigi að draga af þeirri stöðu sem var uppi í málinu. Ein ályktun er sú að aldrei megi fara fram á kærandi afhendi gögn á grundvelli lagaskyldu. Sú ályktun gengur nokkuð langt. Önnur og mildari ályktun er sú að takmarkanir séu á því að fara fram á aðili útvegi eða afli gagna sem hann hefur ekki undir höndum. Sé fallist á þá ályktun reynir á hversu langt er unnt að ganga í að leggja byrðar á herðar aðila. Til að mynda hvort aðeins sé unnt að biðja um gögn sem hann hefur til dæmis á heimili sínu eða vinnustað eða hvort einnig megi biðja hann um gögn sem hann getur útvegað með auðveldum hætti.

Sem fyrr segir hélt kærandi því fram í málinu að hann hefði verið ófær um að afla fyrrgreindra gagna. Í dómi undirréttar kom fram að þessi svör kæranda hefðu ekki verið nægilega rökstudd. Hefði kærandi ekki lagt fram nein bréfasamskipti sem sýndu að hann hefði viðhaft nauðsynlegar ráðstafanir til að afla gagnanna eða sem sýndu að erlendu bankarnir hefðu neitað honum um umrædd gögn. Bendir umfjöllun undirréttar til þess að honum hafi verið gert skylt að *afla eða útvega gögnin* sjálfur, þ.e. hann hafi ekki aðeins þurft að láta þau af hendi heldur hafi hann þurft að verða sér út um gögnin sjálfur. Var því farið fram á *virka þátttöku kæranda* til að afla gagnanna í málinu.¹¹ Umfjöllun yfirdeildar Mannréttindadómstólsins í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* bendir jafnframt til þessa þar dómstóllinn vísar til fyrirbyggjandi máls í umfjöllun um tilvik þar sem kærundur hefðu þurft að *útvega gögn eða skjöl* af hvaða tagi sem er á grundvelli lagaskyldu (e. production of papers and documents of any kind relating to operations of interest to the department).¹² Ein leið til að túlka dóminn er því sú að

¹⁰ Sjá mgr. 42.

¹¹ Sjá til hliðsjónar D.J. Harris o.fl.: *Harris, O'Boyle and Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 424.

¹² *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 58.

tollyfirvöld hafi lagt óhóflegar byrðar á herðar kæranda til að útvega eða afla gagna, sem væru til þess fallin að fella á hann sök, en tollyfirvöld hefðu ekki freistað þess að afla þeirra sjálf.

Tengsl við sakamál. Mannréttindadómstóllinn fjallar ekki sérstaklega um hvort kærandi hafi verið borinn sök í skilningi 6. gr. MSE. Í málinu hafði franska ríkið haldið því fram að kærandi væri ekki þolandi brots í skilningi sáttmálans meðal annars vegna þess að sakamál hefði aldrei verið höfðað. Dómstóllinn benti á móti á að kæra kæranda lyti að öðru máli, þ.e. því að honum hefði verið gert að útvega tiltekin gögn.¹³ Í þessu sambandi má benda á kærandi tók fram að málið, þar sem lagðar voru sektir á hann fyrir að afhenda ekki gögnin, hefði verið sakamál.¹⁴

Bent hefur verið á dóminn í tengslum við að 1. mgr. 6. gr. MSE gildi þótt ekkert sakamál sé hafið gagnvart kæranda.¹⁵ Umfjöllun Mannréttindadómstólsins í ákvörðun *MDE Allen gegn Stóra-Bretlandi* bendir jafnframt til þess að sakamál hafi verið að minnsta kosti fyrirhugað í máli *MDE Funke gegn Frakklandi*.¹⁶ Af niðurstöðu dómstólsins í málinu virðist mega ráða að hefði kærandi afhent gögnin hefði hann getað fellt á sig sök, hvort sem væri í fyrirhuguðu eða yfirstandandi máli.

Réttaröryggi. Franska ríkið benti meðal annars á að franskir dómstólar hefðu komist að þeirri niðurstöðu að tollyfirvöldum hefði verið rétt að biðja um gögnin þar sem aðili hefði haft rétt til að koma að sínum vörnum við málsmeðferðina (e. adversarial proceedings).¹⁷ Dómstóllinn fjallaði ekki sérstaklega um réttaröryggi kæranda í málinu. Þó má ráða af dóminum að kærandi hafi fengið endurskoðun dómstóla á niðurstöðu undirréttar sem hafði dæmt hann til greiðslu sektar og til að afhenda gögnin að viðlögðum dagsektum.

Notkun gagna. Í málinu reyndi ekki á notkun gagna enda var sakamál aldrei hafið gegn kæranda.

Almannahagsmunir. Franska ríkið vísað til starfsemi skattkerfisins.¹⁸ Dómstóllinn fjallaði ekki um almannahagsmuni í forsendum sínum að öðru leyti en að taka fram að sérstök einkenni tollkerfisins gætu ekki réttlætt brot á réttindunum. Í tengslum við þetta sjónarmið má benda á

¹³ Sjá mgr. 39-40.

¹⁴ Sjá mgr. 41.

¹⁵ *MDE O'Halloran gegn Francis gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 35.

¹⁶ Ákvörðun *MDE Allen gegn Stóra-Bretlandi frá 10. september 2002, mál nr. 76574/01, Reports of Judgments and Decisions 2002-VIII*, mgr. 1.

¹⁷ Sjá mgr. 42.

¹⁸ Sjá mgr. 42.

að mikilvægir almannahagsmunir eru tengdir skilvirkri starfsemi skattkerfis.

Tvö atriði í tengslum við dóminn vekja sérstaka athygli. Annað er hversu stuttur rökstuðningur dómstólsins er fyrir niðurstöðunni en hann er dreginn saman í einni málsgrein sem telur þrjár heilar setningar. Í fyrstu setningunni er meðal annars vísað til þess að kærandi hefði verið sakfelldur fyrir að útvega ekki gögn sem tollyfirvöldu töldu að væru til án þess að vera viss þar um. Í annarri setningu er vísað til þess að tollyfirvöld hafi verið ófær eða óviljug til að útvega gögnin sjálf og hafi þess í stað reynt að þvinga kæranda til að útvega þau í tengslum við meint brot hans. Í þriðju setningunni er tekið fram sérstök einkenni tollkerfisins geti ekki réttlætt brot á réttindunum. Hitt atriðið er að vísað er til réttarins til að tjá sig ekki (e. the right to remain silent) sem og réttarins til að taka ekki þátt í að fella á sig sök (e. not to contribute to incriminating himself). Mögulega er þessi framsetning á síðari réttinum, þ.e. að taka ekki þátt í (e. contribute), víðtækari en rétturinn til að fella ekki á sig sök (e. privilege against self-incrimination), eins og rétturinn er til dæmis kallaður í *MDE J.B. gegn Sviss*.¹⁹ Dómstóllinn sjálfur hefur bent á að ekki sé fjallað nánar um réttindin í *MDE Funke gegn Frakklandi*.²⁰

Í málinu voru tvö sératkvæði. Annars vegar sératkvæði íslenska dómarans sem taldi að 1. mgr. 6. gr. MSE hefði ekki verið brotin og vísaði til rökstuðnings Mannréttindanefndarinnar fyrir því. Hins vegar sératkvæði annars dómara sem taldi að 1. mgr. 6. gr. MSE hefði verið brotin. Hann tók fram að heimilt væri að sekta þann sem telur ekki fram og væri það ekki andstætt réttindunum. Aftur á móti hefði í þessu máli verið hafið sakamál gegn kæranda sem hefði brotið í bága við réttinn.

2.3.2 *MDE J.B. gegn Sviss*

Í *MDE J.B. gegn Sviss* hófu skattyfirvöld rannsókn á skattskilum kæranda og óskuðu eftir öllum gögnum frá honum sem sýndu tekjur hans í tengslum við fjárfestingar í fyrirtækjum. Kærandi viðurkendi að hafa átt þátt í umræddum fjárfestingum og að hann hefði ekki réttilega gert grein fyrir tekjum sínum á skattframtali. Þrátt fyrir ítrekaðar beiðnir skattyfirvalda um gögnin neitaði kærandi að afhenda þau. Lögðu skattyfirvöld fjórum sinnum sekt á kæranda fyrir að afhenda ekki gögnin. Að lokum náðist

¹⁹ Sjá mgr. 64.

²⁰ *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 45.

samkomulag á milli kæranda og skattyfirvalda svo ekki kom til þess að mál væri höfðað gegn honum. Samkvæmt samkomulaginu skyldi hann greiða tiltekna fjárhæð og sekt. Í staðinn yrði málsmeðferð gegn honum felld niður, þar á meðal yfirstandandi sektarmál og áður greiddar sektir kæmu til frádráttar fjárhæðinni. Í málinu hélt kærandi því fram að rétturinn hefði verið brotinn þegar skattyfirvöld reyndu að þvinga hann til að afhenda gögn sem gætu fellt á hann sök. MDE rakti að rétturinn til að fella ekki á sig sök leiði til þess að yfirvöld þurfi að færa sönnur fyrir sekt aðila án þess að styðjast við sönnunargögn sem fengin eru frá sakborningi með þvingun og gegn vilja hans. MDE tók fram að svo virtist sem yfirvöld hefðu reynt að þvinga kæranda til að afhenda gögn sem innihéldu upplýsingar um tekjur hans með það fyrir augum að leggja mat á skatta hans. Markmiðið virtist hafa verið að kanna hvort kærandi hefði tekjur sem hefðu ekki verið skattlagðar. Þótt dómstóllinn gæti ekki getið sér til um eðli upplýsinganna þá gæti kærandi ekki útilokað að gögnin hefðu að geyma upplýsingar um frekari tekjur hans sem hefðu ekki verið skattlagðar og sem gætu leitt til þess að hann yrði borinn sök um skattalagabrot. Í málinu var því haldið fram af hálfu ríkisins að kærandi myndi ekki fella á sig sök við að veita upplýsingarnar þar sem skattyfirvöldum hefði í raun verið kunnugt um umræddar upplýsingar og að kærandi hefði viðurkennt fjárhæðirnar sem um ræddi. MDE benti á að þessar skýringar væru ótrúverðugar í ljósi þess að skattyfirvöld hefðu talið nauðsynlegt að óska átta sinnum eftir upplýsingunum frá kæranda og lagt á hann sektir fjórum sinnum fyrir að gera það ekki. Virtust skattyfirvöld því hafa verið að reyna að þvinga kæranda til að afhenda þeim gögn sem gætu leitt til þess að hann yrði ákærður fyrir skattsvik. Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE hefði verið brotið.²¹

Eðli og umfang þvingunar. Í málinu reyndi á lagalega þvingun en á kæranda hvíldi lagaskylda til að láta í té fyrrgreind gögn að viðlagðri refsingu. Af dóminum má ráða að heimild skattyfirvalda til að afla gagna hafi að einhverju leyti verið takmörkuð. Þau hefðu því ekki getað óskað eftir hvers kyns gögnum heldur hefðu þau getað óskað eftir gögnum sem skipt gætu máli við álagningu skatta. Sú takmörkun er þó ekki veruleg. Mannréttindadómstóllinn fjallar ekki sérstaklega um þetta í forsendum sínum. Í þessu sambandi má benda á að Mannréttinda-dómstóllinn tók fram að álitaefnið sem dómstóllinn þyrfti að leysa úr í málinu væri hvort sekt, sem lögð hefði verið á kæranda fyrir að veita ekki tilteknar upplýsingar, væri í samræmi við sáttmálann. Dómstóllinn væri ekki að skoða hvort ríki gætu skyldað skattgreiðendur til að veita upplýsingar aðeins á þeim grundvelli að tryggja rétta álagningu skatta.

²¹ MDE J.B. *gegn Swiss frá 3. maí 2001, mál nr. 31827/96, Reports of Judgments and Decisions 2001-III, einkum mgr. 63-71.*

Eðli og umfang þvingunar verður að meta út frá þeim aðstæðum sem voru fyrir hendi í málinu. Í tengslum við það má benda á tvö atriði. Í *fyrsta lagi* hversu langt var gengið í að fylgja lagaskyldunni eftir. Dómstóllinn tók fram að skattyfirvöld hefðu á þriggja ára tímabili óskað samtals átta sinnum eftir fyrrgreindum gögnum og hefðu lagt sektir á kæranda fjórum sinnum fyrir að afhenda ekki gögnin. Í málinu létu skattyfirvöld sér því ekki nægja að óska eftir áðurnefndum gögnum frá kæranda heldur var hann jafnframt ítrekað sektaður. Ekki hefur verið lagt mat á það hér hversu þungbærar sektirnar voru en, eins og áður er getið, tók dómstóllinn fram að fjárhæð þeirrar sektar sem lögð hefði verið á kæranda á grundvelli samkomulags hans við skattyfirvöld hafi ekki verið óveruleg. Í *öðru lagi* sagði í dómnum að kærandi hefði haldið því fram að hann hefði ekki getað afhent skattyfirvöldum gögnin þar sem þau hefðu ýmist verið eyðilögð eða afhent þriðja manni, svo sem bönkum. Mannréttindadómstóllinn fjallaði þó ekki sérstaklega um hvort þetta hefði áhrif við matið. Vegna þess er erfitt að álykta um þýðingu þeirrar stöðu í málinu. Þegar atvik eru virt heildstætt, þ.e. umfang lagaskyldunnar, fjárhæð og fjöldi sekta, fjöldi upplýsingabeidna og mála í tengslum við þær, sem og að kærandi hafði umrædd gögn mögulega ekki undir höndum, verður ályktað að þvingunin hafi verið töluverð.

Eðli og efni gagna eða upplýsinga. Í málinu höfðu skattyfirvöld óskað eftir gögnum frá kæranda sem sýndu tekjur hans í tengslum við tilteknar fjárfestingar. Mannréttindadómstóllinn tók fram að ef kærandi hefði afhent gögnin hefðu þau getað verið þess eðlis að sökum þeirra yrði hann ákærður fyrir skattsvik; það er að segja að kærandi hefði getað fellt á sig sök með afhendingu gagnanna. Af dómnum verður ráðið að það hafi skipt meginmáli að eðli gagnanna hafi verið slíkt að þau hafðu getað verið til þess fallin að fella sök á kæranda ef hann hefði afhent þau.

Í dómnum var bent á að landsdómstóll hefði vísað til ýmissa lagaákvæða sem gætu leitt til þess að maður væri sakfelldur, svo sem varðandi mælitæki í vörubifreiðum og töku blóð- og þvagsýna. Dómstóllinn tók fram að gögnin í þessu máli væru ekki þess eðlis að þau teldust til þeirra gagna af því tagi sem gerð hefði verið grein fyrir í yfirdeildardómi *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*. Þeirra hefði þar með verið aflað með þvingun og gegn vilja kæranda.²² Af þessu verður helst ályktað að umrædd gögn hafi ekki haft sjálfstæða tilvist. Þó er ekki

²² *MDE J.B. gegn Sviss*, mgr. 68. Sjá einnig yfirdeildardóm *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi frá 17. desember 1996*, mál nr. 19187/91, *Reports 1996-VI*, mgr. 69.

alveg skýrt hvort kærandi hafi aðeins verið beðinn um að afla gagna, sem væru nú þegar til, eða útbúa þau til sjálfur eða útvega. Kærandi hélt því fram að hann hefði ekki umrædd gögn undir höndum en ekki er fjallað sérstaklega um þetta í forsendum dómsins. Umfjöllun í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* bendir til þess að kærandi hefði þurft að útvega eða útbúa gögnin (e. require the production of documents).²³ Virðist mega álykta að með þessu hafi verið krafist virkrar þátttöku kæranda við rannsókn málsins.²⁴

Af hálfu ríkisins var því haldið fram að málið væri ólíkt *MDE Funke gegn Frakklandi* þar sem í því máli hefðu stjórnvöld talið sig vita að gögn væru til þó þau væru ekki viss um það. Í þessu máli hefði skattyfirvöldum hins vegar verið kunnugt um umræddar upplýsingar og kærandi hefði viðurkennt fjárhæðirnar sem um ræddi. Mannréttindadómstóllinn fjallaði ekki sérstaklega um *MDE Funke gegn Frakklandi* en tók hins vegar fram að skýringar ríkisins um að skattyfirvöld hefðu þegar haft þessar upplýsingar væru ekki trúverðugar í ljósi þess að skattyfirvöld hefðu óskað átta sinnum eftir áður nefndum gögnum og lagt sekt fjórum sinnum á kæranda.

Tengsl við sakamál. Af dóminum verður ráðið að þegar skattyfirvöld óskuðu eftir gögnum frá kæranda, sem sýndu upplýsingar um tekjur hans vegna tiltekinna fjárfestinga, hefði rannsókn verið hafin á skattskilum kæranda. Svo virðist sem mörk skatteftirlits og skattrannsókna hafi verið óljós í málinu og um blandaða málsmeðferð hafi verið að ræða.²⁵ Sem fyrr segir benti dómstóllinn á að gögnin sem skattyfirvöld óskuðu eftir frá kæranda hefðu getað verið til þess fallin að hann yrði ákærður fyrir skattsvik.

Áður en málið var tekið fyrir af Mannréttindadómstól Evrópu komust kærandi og skattyfirvöld að samkomulagi. Samkvæmt því skyldi kærandi greiða tiltekna fjárhæð og jafnframt sekt. Í staðinn yrði málsmeðferð gegn honum felld niður, þar á meðal yfirstandandi sektarmál og áður greiddar sektir kæmu til frádráttar. Byggt var á því af hálfu ríkisins að kærandi hefði ekki verið borinn sök í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE og þurfti dómstóllinn því fyrst að leysa úr því álitaefni. Mannréttindadómstóllinn tók fram að samkvæmt samkomulaginu hefði verið lögð sekt á hann. Þeirri sekt hefði svipað frekar til refsikenndra viðurlaga en skaðabóta. Að auki hefði fjárhæð sektarinnar ekki verið smávægileg. Af þeim sökum taldi dómstóllinn að enginn vafi

²³ *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 58.

²⁴ Sjá til hliðsjónar *NOU 2003:15*, bls. 105.

²⁵ *MDE Weh gegn Austurríki frá 8. apríl 2004, mál nr. 38544/97*, mgr. 52.

væri á því að sektin væri refsing í eðli sínu og komst að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði verið borinn sök í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Í bæði *MDE Funke gegn Frakklandi* og *MDE J.B. gegn Sviss* er umfjöllun um að sekt, sem kærendum var gerð, hafi fallið undir 1. mgr. 6. gr. MSE. Óljóst er hvort það sé til marks um að það nægi til að slíkt mál falli undir gildissvið ákvæðisins. Rök standa til þess að það eitt dugi ekki til enda gæti slíkt mál verið hafið í tengslum við synjun þriðja manns um að afhenda gögn og upplýsingar.

Réttaröryggi. Ekki var fjallað sérstaklega um réttaröryggi kæranda í málinu. Af dóminum má ráða að málsmeðferðarreglur hafi verið fyrir hendi og að hægt hafi verið að óska eftir endurskoðun dómstóla á sektarákvörðun stjórnvalda. Kærandi áfrýjaði sektarákvörðun skattfyrivalda til alríkisdómstóls og hélt því fram að brotið hefði verið gegn 6. gr. MSE. Alríkisdómstóllinn hafði vísaði málinu frá en tók fram að réttindi kæranda samkvæmt 6. gr. MSE hefðu ekki verið brotin.

Notkun gagna. Í málinu reyndi ekki á notkun gagna.

Almannahagsmunir. Í málinu var ekki fjallað um almannahagsmuni.

2.3.3 *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi*

Í *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi* voru atvik þau að yfirvöld höfðu gert húsleit (e. raid) í félagi sem kærandi var fyrirsvarsmaður fyrir. Kærandi var síðar annars vegar ákærður fyrir bókhaldsbrot og svikabrot og hins vegar boðaður í viðtal hjá tveimur rannsakendum í tengslum við fjármálarannsókn (e. financial investigators). Í boðuninni kom fram að rannsóknin beindist meðal annars að því hvort einhver hefði notið góðs af ranglega færðu bókhaldi félagsins. Viðurlög við að mæta ekki í slíkt viðtal gátu verið sekt eða allt að sex mánaða fangelsi. Kærandi mætti ekki í viðtalið og var í kjölfarið dæmdur til greiðslu 200 punda sektar. Í málinu taldi kærandi að með þessu hefðu réttindi hans samkvæmt 6. gr. MSE verið brotin. Breska ríkið hélt því meðal annars fram að kærandi hefði ekki notið réttarins enda hefði ekkert sakamál beinst gegn honum í tengslum við rannsóknina hjá rannsóknarmönnum. Um væri að ræða tvö aðskilin mál, þ.e. rannsóknin hjá rannsóknarmönnum og sakamál gegn kæranda. MDE benti á að kærandi hefði þegar verið borinn sök í sakamálinu. MDE rakti að það væri ekki nauðsynlegt að gögn, sem aflað hefði verið með þvingun, væru í reynd notuð í sakamáli. MDE tók fram að þvingun leiðir ekki ávallt til þess að rétturinn teljist vera brotinn. Ef skyldan til að mæta í viðtal hefði verið lögð á aðila sem væri ekki grunaður og engin áform væru um að hefja sakamál þá hefði lagaskyldan getað verið í samræmi við réttinn til að fella ekki á sig sök. Í málinu hefði kærandi ekki aðeins verið í hættu á að verða ákærður heldur hefði hann nú þegar verið borinn sök um brot sem tengdust sömu húsleit (e. he had already been

charged with a crime arising out of the same raid). Undir þessum kringumstæðum hefðu verið veruleg líkindi fyrir því að hann kynni að veita upplýsingar í viðtalinu sem hefðu getað verið notaðar í hinu málinu. MDE komst að þeirri niðurstöðu að ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE hefði verið brotið.²⁶

Eðli og umfang þvingunar. Í málinu hvíldi lagaskylda á kæranda til að mæta í viðtal hjá fjármálarannsakendum að viðlagðri refsingu. Reyndi því á lagalega þvingun til að mæta í viðtal og veita upplýsingar. Samkvæmt lagaákvæðinu gátu rannsóknarmennirnir aflað upplýsinga um hvaða atriði sem þeir töldu skipta máli fyrir rannsókn málsins.²⁷ Virðast rannsóknarmennirnir hafa haft almenna og víðtæka heimild til að afla upplýsinga með litlum takmörkunum. Í málinu var kærandi dæmdur til greiðslu sektar fyrir að mæta ekki í viðtalið. Sektin var 200 pund. Mannréttindadómstóllinn fjallaði ekki sérstaklega um umfang þvingunarinnar en í ljósi þess að brot á lagaskyldunni gat varðað fangelsi allt að sex mánuðum virðist hún hafa verið þó nokkur. Í þessu samhengi má minna á að við mat á því hvort þriðja Engel-viðmiðið, sem lýtur að eðli og afleiðingum viðurlaga, teljist uppfyllt er meðal annars litið til mögulegrar en ekki raunverulegrar refsingar.²⁸ Almennt telst viðmiðið uppfyllt þegar um frelsisskerðingu er að ræða.

Eðli og efni gagna eða upplýsinga. Í málinu reyndi á öflun munnlegra upplýsinga með viðtali en ekki á afhendingu gagna. Málið er að því leyti ólíkt MDE Funke gegn Frakklandi og MDE J.B. gegn Sviss en líkara MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi. Munnleg upplýsingaöflun er síður til þess fallin að hafa sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Mannréttindadómstóllinn tók fram að hefði kærandi mætt í viðtalið og veitt upplýsingar í tengslum við fjármálarannsóknina þá hefðu verið veruleg líkindi fyrir því að þar hefðu komið fram upplýsingar sem hefði verið unnt að nota í hinu málinu, þ.e. sakamálinu gegn honum, sem hefði þá þegar verið hafið. Af þessu verður ráðið að kærandi hefði mögulega getað veitt upplýsingar sem hefðu verið til þess fallnar að fella á hann sök. Í þessu sambandi virðist hafa haft þýðingu hversu tengd málin voru.

Tengsl við sakamál. Kærandi hafði þá þegar verið borinn sök í máli um bókhaldsbrot og svikabrot, sem fyrirsvarsmaður félags, þegar hann var boðaður í viðtalið til fjármálarannsakendanna. Þótt viðtalið, sem hann

²⁶ MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi frá 4. október 2005, mál nr. 6563/03, einkum mgr. 34-41.

²⁷ MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi, mgr. 58.

²⁸ D.J. Harris o.fl. (ritstj.): Harris, O'Boyle and Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 379.

var boðaður í, varðaði annað mál átti það rót að rekja til sömu húsleitar (e. raid). Dómstóllinn tók fram að mögulegt hefði verið að framsenda upplýsingar, sem kæmu fram í viðtalinu, til lögreglunnar og þar með hefðu þær orðið hluti af sakamálinu. Þá hefði komið til greina að málin yrðu síðar sameinuð. Upplýsingaöflun í málinu virðist því hafa verið tengd skyldu sakamáli sem var í gangi gegn kæranda.

Réttaröryggi. Mannréttindadómstóllinn tók fram að þær málsmeðferðarreglur sem væru fyrir hendi, ef upplýsingarnar hefðu síðar verið notaðar gegn kæranda í dómsmáli, kæmu ekki í veg fyrir brot á réttinum enda reyndi aðeins á þær ef upplýsingarnar væru í reynd notaðar. Aftur á móti nyti kærandi verndar réttarins á fyrra stigi. Þá hefði verið unnt að nota upplýsingarnar gegn kæranda til að benda á ósamræmi í málatilbúnaði hans og þar með hefði hann verið sviptur réttinum til að ákveða hvaða sönnunargögn hann vildi leggja fram í sakamáli. Af framangreindu verður ráðið að viðeigandi réttaröryggisreglur hafi ekki verið fullnægjandi.²⁹

Notkun gagna. Í málinu reyndi ekki á notkun gagna. Dómstóllinn tók fram að ekki væri nauðsynlegt að gögn, sem aflað hefði verið með þvingun, væru notuð í sakamáli til þess að rétturinn til að fella ekki á sig sök virkjaðist.

Almannahagsmunir. Mannréttindadómstóllinn tók fram að sérstakar öryggishagsmunir í tengslum við rannsókn afbrota gætu ekki réttlætt þvingunina í umræddu máli.³⁰

2.3.4 MDE Marttinen gegn Finnlandi

Í MDE Marttinen gegn Finnlandi³¹ reyndi á upplýsingaskyldu á grundvelli lagaheimildar. Málið er sambærilegt MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi.

Í MDE Marttinen gegn Finnlandi hafði kærandi verið grunaður um skilasvik þar sem hann hafði mögulega ekki veitt réttar upplýsingar um eigur sínar í tengslum við endurheimtu skulda og við gjaldþrotaskipti. Á meðan rannsókn þess máls stóð yfir var hafið aðfaramál gegn kæranda þar sem hann var meðal annars krafinn um upplýsingar um allar eigur sínar, eigur sem hann hefði afhent öðrum og önnur viðskipti. Kærandi neitaði að veita upplýsingarnar. Hann hélt því fram að upplýsingagjöfin samrýmdist ekki því að annað mál væri rekið á hendur honum varðandi sömu atvik. Með því væri þagnarrétturinn brotinn. Síðar var lögð stjórnvaldssekt á

²⁹ MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi, mgr. 51.

³⁰ Sjá mgr. 38.

³¹ MDE í máli Marttinen gegn Finnlandi frá 21. apríl 2009, mál nr. 19235/03, einkum mgr. 67-76.

kærandi sem var staðfest af hálfu dómstóla en sektin var lækkuð niður í 50.000 finnsk mörk. Kærandi hélt því fram að með þessu hefði þagnarrétturinn verið brotinn. MDE tók fram að í fyrirbyggjandi máli þyrfti dómstóllinn að meta hvort sekt, sem lögð hefði verið á kærandi fyrir að veita ekki tilteknar upplýsingar, hefði verið í samræmi við réttindin við þær aðstæður að á sama tíma væri yfirstandandi sakamálarannsókn sem beindist að kærandi. Skoða þyrfti hvort þvingunin hefði verið réttlæt看leg. MDE tók fram að ekki væri hægt að útiloka að kærandi hefði veitt upplýsingar sem fælu í sér að hann hefði ekki gefið upp eignir sínar í fyrra málinu og gætu leitt til þess að hann yrði ákærður fyrir skilaskvik. MDE tók fram að umfang þvingunarinnar hefði verið slíkt að sjálfur kjarni þagnarréttarins og réttarins til að fella ekki á sig sök hefði verið skertur þar sem fyrirbyggjandi mál gegn kærandi hefði tengst sömu atburðum og þeim sem yfirstandandi sakamálarannsókn á hendur kærandi hefði tekið til. Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE hefði verið brotið.

Eðli og umfang þvingunar. Í málinu hvíldi lagaskylda á kærandi til að veita fyrrgreindar upplýsingar að viðlagðri refsingu. Reyndi því á lagalega þvingun til að afla upplýsinga frá kærandi. Í málinu var jafnframt lögð stjórnvaldssekt á kærandi sem var staðfest af dómstólum þó fjárhæð sektarinnar hefði verið lækkuð. Mannréttinda-dómstóllinn tók fram að um svo verulega þvingun hefði verið að ræða (e. degree of compulsion) að sjálfur kjarni réttindanna hefði verið skertur.

Eðli og efni gagna eða upplýsinga. Í málinu reyndi á öflun munnlegra upplýsinga en ekki afhendingu gagna. Dómstóllinn tók fram að ef kærandi hefði veitt upplýsingar í viðtalinu hefði ekki verið unnt að útiloka að þær hefðu getað verið þess eðlis að þær leiddu til þess að hann yrði ákærður í sakamálinu. Taka þyrfti tilhlýðilegt tillit til þess að Hæstiréttur Finnlands hefði ekki neitað því að málin gegn kærandi tengdust sömu staðreyndum eða atvikum. Í þessu sambandi virðist hafa haft þýðingu hversu tengd málin voru.

Í málinu hélt finnska ríkið því meðal annars fram að kærandi hefði aðeins verið þvingaður til að mæta í viðtal en ekki til að svara spurningum. Dómstóllinn tók fram að þetta væri aðeins tæknilegt atriði. Ekki yrði betur séð en að eini tilgangurinn með því að þvinga aðila til að mæta í viðtalið hefði verið að fá fram upplýsingar en ekki að tryggja nærveru hans af öðrum ástæðum.

Tengsl við sakamál. Sambærileg staða var upp í málinu og MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi. Í gangi var sakamál gegn kærandi þar sem hann var grunaður um meðal annars skilaskvik vegna þess að hann hefði ekki gefið upp réttar upplýsingar um eignir sínar. Í aðfararmálinu var lögð á hann skylda til að veita upplýsingar um meðal annars eignir

sínar en með því hefði hann mögulega veitt upplýsingar sem staðfestu að hann hefði ekki veitt réttar upplýsingar í hinu málinu. Í þessu sambandi hefur, sem fyrr segir, þýðingu að málin vörðuðu sömu atvik.

Réttaröryggi. Í málinu byggði finnska ríkið meðal annars á því að þagnarskylda hvíldi á stjórnvöldum um þær upplýsingar sem kærandi hefði getað veitt þeim og væru til þess fallnar að fella sök á kæranda. Mannréttindadómstóllinn tók fram að þetta væri rétt. Aftur á móti væri ekki ljóst hvort kröfuhöfum í aðfararmálinu hefði verið óheimilt að nota slíkar upplýsingar sér til hagsbóta í yfirstandandi sakamáli á hendur kæranda. Síðari lagabreytingar um að bannað væri að nota upplýsingar, sem fengnar væru við þessar aðstæður í síðara sakamáli, hefði ekki átt við um kæranda. Vísun til þess að kröfuhafarnir hefðu mögulega getað notað upplýsingarnar er áhugaverð. Ekki er fullvíst hvort verið sé að vísa til þess að þeir hefðu getað notað upplýsingar í tengslum við einkaréttarlegar kröfur eða hvort upplýsingarnar hefðu orðið hluti af sönnunargögnum gegn kæranda í sakamáli. Vætanlega hefði ekki vegið þungt ef kröfuhafarnir hefðu aðeins getað notað upplýsingarnar í síðara einkamáli gegn kæranda enda væru þær þá ekki notaðar í sakamáli gegn honum.

Notkun gagna. Í málinu reyndi ekki á notkun gagna eða upplýsinga.

Almannahagsmunir. Finnska ríkið byggði meðal annars á því að upplýsingaskylda samkvæmt lagaákvæðunum væri til þess að tryggja skilvirki í framkvæmd fullnustugerða. Dómstóllinn taldi að þessir hagsmunir gætu ekki réttlætt að sjálfur kjarni réttarins væri skertur.

2.4 Dómar þar sem réttindin voru ekki talin brotin

2.4.1 MDE Weh gegn Austurríki og MDE Rieg gegn Austurríki

Í MDE Weh gegn Austurríki³² komst Mannréttindadómstóll Evrópu að þeirri niðurstöðu að réttindin hefðu ekki verið brotin þar sem ekkert sakamál hefði verið fyrirhugað gagnvart kæranda.

Í Weh gegn Austurríki óskuðu yfirvöld eftir upplýsingum frá kæranda, sem skráðum eiganda bifreiðar, um hver hefði ekið bifreið hans við hraðakstursbrot í tengslum við sakamál sem hafið væri gegn óþekktum ökumanni. Kærandi svaraði að tiltekinn einstaklingur, sem hann gaf upp fullt nafn á, sem byggði í háskólanum í Texas Bandaríkjunum hefði ekið bifreiðinni umrætt sinn. Yfirvöld lögðu í framhaldinu sekt á kæranda fyrir að veita ónákvæmar upplýsingar en við síðari meðferð málsins kom fram að háskólinn hefði fjórtán ólíkar staðsetningar í Texas. Ekki kom til

³² MDE Weh gegn Austurríki, mgr. 53-54.

Þess að kærandi yrði ákærður fyrir umferðalagabrot. Kærandi hélt því fram að með því að skylda hann til að veita upplýsingar um ökumanninn hefði þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök verið brotinn. Meirihluti dómstólsins leit til þess að á þeim tíma þegar kærandi hefði verið krafinn um upplýsingarnar hefði sakamál verið í gangi á hendur óþekktum ökumanni. Hvorki hefði verið í gangi mál gegn kæranda né hefði slíkt mál verið hafið síðar gegn honum. Meirihlutinn tók fram að ekkert í málinu benti til þess að kærandi hefði orðið fyrir umtalsverðum áhrifum (e. substantially affected) þannig að hann gæti talist borinn sök í skilningi 6. gr. MSE. Meirihlutinn rakti að tengslin á milli skyldu kæranda til að veita upplýsingar um ökumann bifreiðar hans við mögulegt sakamál væru hverfandi og reist á tilgátum. Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE hefði ekki verið brotið. Í sératkvæði þriggja dómara var komist að þeirri niðurstöðu að réttindin hefðu verið brotin.

Eðli og umfang þvingunar. Í málinu var kæranda skylt að veita upplýsingar að viðlagðri sekt. Reyndi því á lagalega þvingun. Kæranda var gerð sekt í málinu. Meirihluti dómstólsins benti þó á að kæranda hefði ekki verið gerð sekt fyrir að neita að tjá sig heldur fyrir það hafa veitt ófullnægjandi upplýsingar.

Í málinu reyndi á öflun upplýsinga á grundvelli lagaheimildar. Meirihluti dómstólsins tók fram að aðeins væri gerð krafa um að lýsa einföldum staðreyndum, í þessu tilviki hver hefði verið ökumaður bifreiðarinnar tiltekið skipti. Heimildin hefði því verið takmörkuð við upplýsingar um ökumann. Meirihlutinn leggur því áherslu á að þvingunin hafi aðeins verið til að veita takmarkaðar upplýsingar.

Minnihluti dómstólsins taldi að það sem réði úrslitum fyrir það hvort umfang þvingunar væri slíkt að það skerti sjálfan kjarna réttarins væri hvort aðili hefði ekki annað val en að fella á sig sök eða vera beittur viðurlögum. Minnihlutinn taldi ekki ástæðu til að gera greinarmun á því þegar aðili neitar að tjá sig og þegar hann veitir rangar eða villandi upplýsingar, enda gæti aðili hafa gert það til að koma sér hjá því að fella á sig sök. Í fyrirbyggjandi máli hefðu ekki verið önnur sönnunargögn en upplýsingarnar sem kærandi veitti sem útilokuðu að hann væri ökumaðurinn. Þá hefði fjárhæð sektarinnar ekki verið svo óveruleg að umfang þvingunarinnar gæti ekki leitt til brota á réttindunum. Með því að veita til dæmis upplýsingar um að eigandinn sjálfur hefði verið ökumaðurinn hefðu varnir hans í síðara sakamáli verið verulega skertar.

Eðli og efni gagna eða upplýsinga. Í málinu reyndi á öflun upplýsinga en ekki afhendingu gagna. Kærandi var skyldaður til að veita upplýsingar um hver hefði ekið bifreiðinni umrætt sinn en ekki til að

afhenda gögn sem væru nú þegar til. Upplýsingarnar höfðu því ekki sjálfstæða tilvist óháð vilja kæranda. Meirihluti dómstólsins taldi að upplýsingagjöfin, þ.e. að veita upplýsingar um ökumann bifreiðar tiltekið skipti, hefðu í sjálfu sér ekki verið til þess fallnar að fella sök á kæranda. Þá hefði kærandi aldrei haldið því fram að hann hefði verið ökumaðurinn heldur bent á annan einstakling. Minnihlutinn taldi aftur á móti að kærandi hefði verið settur í þá stöðu að veita upplýsingar sem mögulega felldu á hann sök eða vera sektaður fyrir að tjá sig ekki.

Tengsl við sakamál. Meirihlutinn tók fram að hvorki væri yfirstandandi sakamál í gangi sem beindist gegn kæranda né væri það fyrirhugað. Yfirvöld hefðu hafið sakamál gegn óþekktum ökumanni en grunur hefði ekki beinst að kæranda og sakamál gegn honum hefði ekki verið yfirvofandi (e. anticipated). Málið væri ólíkt *MDE Funke gegn Frakklandi* og *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi*, þar sem grunur hefði beinst að þeim og sakamál gegn þeim því verið yfirvofandi, sem og *MDE J.B. gegn Sviss*, þar sem mál hefði nú þegar verið hafið gegn kærandanum. Þá hefði kærandi ekki orðið fyrir umtalsverðum áhrifum og teldist því ekki borinn sök í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Upplýsingabeiddin hefði beinst að honum sem skráðum eiganda bifreiðarinnar. Tengslin á milli þess að veita upplýsingarnar og sakamáls hefðu verið fjarlæg og fræðileg (e. remote and hypothetical). Athygli vekur að meirihlutinn leysti ekki úr málinu á þessari forsendu einni saman, þ.e. málið hefði ekki verið innan gildissviðs 1. mgr. 6. gr. MSE. Velta má því upp hvort niðurstaða meirihlutans hefði verið önnur hefði kærandi verið grunaður um brotið en meirihlutinn virðist gefa það í skyn.³³ Svárið við þeim vangaveltum kom í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, sem reifaður verður hér á eftir. Minnihlutinn taldi að hefði kærandi veitt þær upplýsingar að hann hefði verið ökumaðurinn umrætt sinn þá hefði verið líklegt að sakamál hefði beinst að honum. Hann hefði því orðið fyrir umtalsverðum áhrifum þegar upplýsingabeiddin hefði verið send og taldist því borinn sök í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE.

Réttaröryggi. Meirihlutinn fjallaði ekki sérstaklega um réttaröryggi en minnihlutinn benti á að upplýsingagjöfin hefði getað verið til þess fallin að takmarka möguleika aðila til að verja sig í síðara sakamáli.

Notkun gagna. Í málinu reyndi ekki á notkun upplýsinganna. Velta má upp því álitafni hvort líta mætti á beiðni stjórnvalda í fyrirliggjandi máli sem beiðni til þriðja manns. Eins og fjallað er um í almenna hlutanum gildir rétturinn til að fella ekki á sig sök ekki í þeim málum

³³ Sjá lok mgr. 56.

Þegar stjórnvöld óska eftir upplýsingum eða gögnum frá þriðja manni á grundvelli lagaskyldu. Í slíkum málum getur hins vegar reynt á notkun gagna í síðara sakamáli. Óljóst er hvernig málið hefði horft við ef kærandi hefði til dæmis veitt upplýsingar um að hann hefði verið ökumaðurinn. Hefði þá vaknað spurningin um hvort yfirvöld hefðu mátt nota slíkar upplýsingar í síðara sakamáli sem beinist að kæranda. Sem fyrr greinir var þeirri spurningu svarað í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*.

Almannahagsmunir. Austurríska ríkið hélt því meðal annars fram að jafnvægi yrði að vera á milli almannahagsmuna, það er að koma í veg fyrir hraðakstur sem leiðir oft til alvarlegra slysa, og þagnarréttar eigenda bifreiða. Meirihlutinn fjallaði ekki um röksemdina en minnihlutinn taldi að almannahagsmunir gætu ekki réttlætt að sjálfur kjarni réttindanna væri skertur.

*MDE Rieg gegn Austurríki*³⁴ er sambærilegur dómur. Vísast því til almennt til þeirra atriða sem litið var til við mat dómstólsins í máli *MDE Weh gegn Austurríki* að öðru leyti en nú greinir.

Í *MDE Rieg gegn Austurríki* óskuðu stjórnvöld eftir upplýsingum frá kæranda, sem skráðum eiganda bifreiðar, um hver hefði ekið bifreið hennar við hraðakstursbrot. Hún veitti þeim fullt nafn ökumannsins ásamt því að ökumaðurinn ætti heima í Mostar, Bosníu og Hersegóvínu. Í kjölfarið var lögð á hana sekt fyrir að hafa veitt ófullnægjandi upplýsingar (e. incomplete information). Kærandi tók fram að hún hefði ekki frekari upplýsingar um heimilisfang ökumannsins. Kærandi hélt því meðal annars fram að þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök hefði verið brotinn. MDE tók fram ekkert mál hefði verið hafið sem beindist að henni eða hefði verið hafið síðar. MDE sagði að engin ný rök hefðu komið fram og að málið yrði ekki aðgreint frá *MDE Weh gegn Austurríki*. Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE hefði ekki verið brotið. Í sératkvæði tveggja dómara var komist að öndverðri niðurstöðu á grundvelli sambærilegri röksemda og í sératkvæðinu í *MDE Weh gegn Austurríki*. Enn fremur var stungið upp á því að málinu yrði vísað til yfirdeildar dómstólsins.

Í málinu byggði austurríska ríkið á sömu rökum og í *MDE Weh gegn Austurríki*. Meðal þeirra voru að kærandi hefði getað bent á þriðja mann sem ökumann bifreiðarinnar. Í málinu hélt kærandi því meðal annars fram að upplýsingaskyldan þvingaði eigendur ökutækja til þess að velja á milli þess að játa að hafa ekið bifreið sinni eða að verða sektaðir fyrir að neita að veita upplýsingarnar. Virðist kærandi því hafa byggt á

³⁴ MDE í máli *Rieg gegn Austurríki* frá 24. mars 2005, mál nr. 63207/00.

sambærilegum atriðum og komu fram í sératkvæðinu í *MDE Weh gegn Austurríki*. Kærandi vísaði jafnframt til þess að almannahagsmunir gætu ekki réttlætt að brotið yrði gegn réttinum til að fella ekki á sig sök. Kærandi taldi að engin sannfærandi rök væru fyrir því að almannahagsmunir hefðu ríkara vægi við meðferð stjórnýslumáls heldur en við meðferð sakamáls (í skilningi sakamálalaga) þar sem rétturinn til að fella ekki á sig sök væri almennt virtur.

Mannréttindadómstóllinn tók fram að hvorki þegar kærandi hefði verið krafín um upplýsingarnar né síðar hefði sakamál verið höfðað gegn henni vegna hraðakstursbrotsins. Þar sem engin ný rök hefðu komið fram og málið yrði ekki aðgreint frá *MDE Weh gegn Austurríki* komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að 1. mgr. 6. gr. MSE hefði ekki verið brotið.

2.4.2 *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*

Eins og fram kemur í almenna hlutanum verður rétturinn til réttlátrar málsmeðferðar ekki byggður á einni fastmótaðri reglu heldur er hann háður þeim kringumstæðum sem eru fyrir hendi í hverju máli.³⁵ Dómur yfirdeildar *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*³⁶ er gott dæmi um hvernig Mannréttindadómstóllinn leggur heildstætt mat á aðstæður þegar tekin er afstaða til þess hvort réttindin hafi verið brotin. Enn fremur er í honum fjallað ítarlega um dómaframkvæmd dómstólsins. Málið er einnig upplýsandi þar sem O'Halloran veitti upplýsingar og var í kjölfarið dæmdur fyrir umferðarlagabrot en Francis neitaði að veita sambærilegar upplýsingar og var sektaður. Í fyrra tilvikinu reynir því á notkun upplýsinga en ekki í hinu síðara.

Í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* komst meirihluti dómstólsins að þeirri niðurstöðu að rétturinn til að fella ekki á sig sök hefði ekki verið brotinn. Í málunum hafði kærendum, sem skráðum eigendum bifreiða, verið gert skylt að veita upplýsingar um hverjir hefðu ekið bifreiðum þeirra þegar umferðarlagabrot hefðu verið framin. Í máli O'Halloran veitti kærandi upplýsingar um að hann hefði verið ökumaður bifreiðarinnar og var í kjölfarið dæmdur fyrir umferðarlagabrot og til greiðslu sektar. Í máli Francis var lögð sekt á kæranda fyrir að neita að veita upplýsingar um hver hefði ekið bifreiðinni. Meirihlutinn lagði áherslu á að til að meta hvort kjarni réttarins hefði verið brotinn þyrfti að skoða eðli og umfang þvingunar í málinu, tilvist réttaröryggisreglna og hvernig notkun

³⁵ Yfirdeildardómur *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi* frá 13. september 2016, mál nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08 og 40354/09, *Reports of Judgments and Decisions* 2016, mgr. 250.

³⁶ *MDE O'Halloran gegn Francis gegn Stóra-Bretlandi*, einkum mgr. 53-63.

gagnanna hefði verið háttáð. Meirihlutinn beitti því heildstæðu mati á öllum kringumstæðum málsins og taldi meðal annars að í ljósi eðlis umferðalaganna og að aðeins hefði verið hægt að óska eftir takmörkuðum upplýsingum, þ.e. upplýsingum um auðkenni ökumanns bifreiðar tiltekið skipti, að ekki hefði verið brotið gegn 1. mgr. 6. gr. MSE í málunum. Í málunum var eitt sératkvæði þar sem komst var að sömu niðurstöðu en með öðrum rökum sem og tvö önnur sératkvæði þar sem talið var að réttindin hefðu verið brotin.

Eðli og umfang þvingunar. Á kærendum hvíldi lagaskylda til að veita umræddar upplýsingar að viðlagðri refsingu. Meirihluti dómstólsins taldi að þetta væri bein þvingun en tók fram að ekki væri hægt að fallast á að *bein þvingun* leiddi sjálfkrafa til þess að réttindin hefðu verið brotin og vísaði meðal annars til þess að réttindin væru ekki algild. Mat á hvort rétturinn til réttlátrar málsmeðferðar hefði verið brotin byggðist ekki á einni reglu heldur heilstæðu mati á aðstæðum í tilteknu máli. Í málinu hefði þurft að líta til þess að þvingunin væri lögð á í samhengi við ákvæði umferðalaga landsréttar, sem lögðu sérstaka skyldu á skráða eigendur ökutækja til að veita upplýsingar um ökumann bifreiðar við tilteknar aðstæður. Eigendur bifreiða veldu að eiga og aka bifreið, sem væru tæki sem gætu valdið alvarlegum meiðslum, og hefðu þar með tekið á sig ábyrgð og skuldbindingar samkvæmt regluverkinu um vélknúin ökutæki, þar á meðal að upplýsa um ökumann bifreiðar.

Velta má fyrir sér hversu sannfærandi síðasta röksemdin er. Erfitt er að halda því fram að umferð sé málefnasvið sem sé algerlega einstakt þó það kunni að hafa einhver sérkenni. Röksemdin, að viðkomandi hefur undirgengist ábyrgð og skuldbindingar samkvæmt regluverki sem á við um háttsemi, hefur mun víðtækara gildissvið. Það á við þótt hún sé takmörkuð við mikilvæg málefnasvið eða þar sem hætta er tengd starfsemi. Sá sem ákveður að reka fyrirtæki undirgengst það regluverk sem gildir um þau og tekur á sig ákveðna ábyrgð og skuldbindingar, þar á meðal til að halda bókhald. Sömu sögu er að segja um þann sem ákveður að flytja inn vörur til landsins sem og þann sem ákveður að fjárfesta í fyrirtækjum. Það eitt að aðilar hafi valið að gera eitthvað sem regluverk gildir um getur varla réttlætt það að réttindin séu takmörkuð. Vissulega geta vélknúin ökutæki valdið miklu tjóni og skapað hættu en hið sama má segja um ýmsa aðra starfsemi, svo sem rekstur efnaverksmiðju.

Meirihlutinn tók einnig fram að skyldan til að veita upplýsingar hefði verið takmörkuð. Lögreglan hefði aðeins getað óskað eftir takmörkuðum upplýsingum á grundvelli lagaákvæðisins, þ.e. upp-

lýsingum um deili á ökumanni bifreiðar. Upplýsingaskyldan hefði því verið verulega takmarkaðri en um hafði rætt í öðrum málum svo sem *MDE Funke gegn Frakklandi* og *MDE J.B. gegn Sviss* þar sem kærundur hefðu þurft að útvega hvers kyns skjöl og gögn (e. produce) á grundvelli lagaskyldu. Í *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi* hefðu kærundur þurft að gera fulla grein fyrir ferðum sínum á tilteknu tímabili. Meirihlutinn tók fram að í *MDE Weh gegn Austurríki* hefði verið óskað eftir takmörkuðum upplýsingum en þar sem ekki hefði verið yfirstandandi eða fyrirhugað sakamál gegn kærandanum hefði ákvæði 6. gr. MSE ekki verið brotið. Mannréttindadómstóllinn vísaði til ummæla réttarins í *MDE Weh gegn Austurríki* þar sem fram hefði komið að skylda til að upplýsa um einfalda staðreynd, þ.e. hver hefði verið ökumaður bifreiðar, væri í sjálfu sér ekki til þess fallin að fella sök á kæranda. Þá var tekið fram að ekki væri heimilt á grundvelli lagaákvæðisins að yfirheyra kærundur í lengri tíma. Af dóminum verður ráðið að skipt geti máli hvort upplýsingar sem óskað er eftir á grundvelli lagaskyldu séu takmarkaðar eða almenns eðlis.

Eðli og efni gagna eða upplýsinga. Eins og í *MDE Weh gegn Austurríki* og *MDE Rieg gegn Austurríki* var um að ræða upplýsingar en ekki afhendingu gagna. Ekki verður séð að slík upplýsingagjöf hafi sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Þá gátu upplýsingarnar verið þess eðlis að þær felldu sök á aðila. Til marks um það tók O'Halloran fram að hann hefði verið ökumaðurinn umrætt sinn og var í kjölfarið dæmdur fyrir umferðarlagabrot. Það eitt að skylda til að veita upplýsingar var takmörkuð getur ekki ráðið úrslitum. Unnt er að spyrja afmarkaðra spurninga: „Framdir þú þetta brot þennan dag?“ Ef svarið er já hefur viðkomandi játað eða fellt á sig sök. Það eitt að spurningin sé sett í annan búning breytir ekki eðli upplýsinganna. Dæmi: „Þetta brot var framið þennan dag. Sá sem gerði það ók bifreiðinni. Hver ók bifreiðinni?“ Ef sá sem er spurður var ökumaðurinn er spurningin nákominn þeirri fyrstu.

Tengsl við sakamál. Dómstóllinn tók fram að kærundur hefðu orðið fyrir umtalsverðum áhrifum og teldust þeir því bornir sök í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Í báðum málunum hefði kærendum verið tilkynnt samhliða upplýsingabeidnunum um að fyrirhugað væri mál gegn ökumanni bifreiðarinnar vegna hraðaksturs. Athygli vekur að í tilkynningunni til O'Halloran stóð í íslenski þýðingu: „Þú hefur verið nefndur sem ökumaður bifreiðarinnar þegar meint brot var framið...“³⁷

³⁷ Á ensku: „You have been named as the driver of the vehicle at the time of the alleged offence ...“.

Ekki verður því annað ráðið en grunur hafi beinst að O'Halloran á þeim tíma þegar hann var krafinn um upplýsingar um hver hefði verið ökumaður bifreiðarinnar. Sú takmarkaða upplýsingabeidni sem beindist að honum laut því beint að því hvort hann eða einhver annar hefði verið ökumaður bifreiðarinnar. Staðfesting á því að hann hafi verið ökumaður bifreiðarinnar við þessar aðstæður virðist því vera ígildi játningar í sakamáli þótt tilgreining ökumanns sé aðeins einn þáttur varðandi afbrotið. Mál Francis svipar til *MDE Weh gegn Austurríki og MDE Rieg gegn Austurríki* að því leyti að í hans máli hafði verið hafið mál gegn ökumanni bifreiðar en í hinum málinu hafði verið hafið mál gegn óþekktum ökumanni bifreiðar. Sá munur er aftur á móti á málunum að Francis svaraði engu og var sektaður fyrir það en Weh og Rieg veittu annars vegar ónákvæmar upplýsingar og hins vegar ófullnægjandi upplýsingar og voru sektaðir fyrir það.

Réttaröryggi. Meirihlutinn tók fram að lagaákvæðið fæli ekki í sér hlutlæga ábyrgð og hættan á óáreiðanlegum játningum (e. unreliable admissions) væri lítil. Ökumaður gæti sýnt fram á að hann vissi ekki og gæti ekki með sanngirni hafa vitað hver væri ökumaður bifreiðar. Hér virðist gerð lítil krafa til réttaröryggis kæranda. Þessi staða verndar kærendur aðeins ef þeir voru ekki ökumenn bifreiðarinnar umrætt sinn. Ef kærendur voru aftur á móti ökumenn bifreiðarinnar umrætt sinn, eins og O'Halloran sagðist hafa verið, fól lagaskyldan í sér að þeim var annaðhvort gert að staðfesta það eða eiga á hættu að vera beittir viðurlögum. Við þær aðstæður verður ekki séð að réttaröryggisvernd þeirra hafi verið fullnægjandi. Í þessu sambandi má benda á að O'Halloran reyndi að koma í veg fyrir að upplýsingarnar yrðu notaðar gegn honum í sakamálinu en það gekk ekki eftir. Staðan virðist því hafa verið sú að O'Halloran hafi verið borinn sök um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Þar sem hann var ökumaður bifreiðarinnar var hann settur í þá stöðu að staðfesta það eða að eiga á hættu að vera gerð refsing. Vegna þess að hann valdi fyrri kostinn var hann dæmdur fyrir umferðarlagabrot þar sem upplýsingarnar sem hann veitti voru notaðar gegn honum. Sérstakt eðli umferðarlaga breytir ekki því að O'Halloran var þvingaður til að fella á sig sök með því að tjá sig.

Notkun gagna. Um notkun sönnunargagna tók meirihluti dómstólsins fram að þótt O'Halloran hefði viðurkennt að hann hefði verið ökumaður bifreiðarinnar þá breytti það ekki þeirri staðreynd að sönnunarbyrðin hefði verið á ákærvaldinu og kærandi hefði sjálfur getað lagt fram sönnunargögn í málinu. Þá gat reynt á hvort sönnunargögnin væru óáreiðanleg eða hefðu verið fengin með þvingun eða óviðeigandi aðferðum. Einnig hefði tilgreining ökumanns aðeins

verið einn þáttur varðandi afbrotið. Í þessu sambandi má einnig benda á að í málinu kom fram að lögreglan hefði jafnframt lagt fram myndir af bifreiðinni við hraðakstursbrotið sem sönnunargagn. Hefðu upplýsingarnar því ekki verið eina sönnunargagnið í málinu. Þrátt fyrir að tilgreining ökumanns sé aðeins einn þáttur varðandi afbrotið verður varla litið framhjá því að það er mikilvægur þáttur. Hefði O'Halloran til dæmis ekki veitt upplýsingar um ökumann bifreiðarinnar má efast um að önnur sönnunargögn hefðu leitt til ákæru og sakfellingar.

Í máli Francis reyndi ekki á notkun upplýsinga þar sem hann neitaði að veita þær.

Almannahagsmunir. Breska ríkið byggði meðal annars á því að réttindin væru ekki algild og að í málinu væri hægt að takmarka réttindin með vísan til almannahagsmuna. Í þessu sambandi tók breska ríkið fram að dæmi væru um í dómaframkvæmd Mannréttinda-dómstóls Evrópu að við vissar kringumstæður gæti verið heimilt að snúa sönnunarbyrði við að því tilskildu að jafnvægi á milli hagsmuna einstaklingsins og almannahagsmuna samfélagsins sé ekki stefnt í hættu. Breska ríkið hélt því meðal annars fram að gildar ástæður væru fyrir því að eigendur bifreiða þyrftu að upplýsa um ökumenn þeirra þar sem umferðalagabrot væru til þess fallin að valda almenningi hættu. Í málinu töldu kærendur að brot gegn umferðalögum gætu ekki réttlætt slíkar reglur þar sem brotið væri gegn kjarna réttindanna. Vísuðu þeir meðal annars til *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi* þar sem fram hefði komið að vísun til almannahagsmuna gæti ekki réttlætt notkun upplýsinga sem aflað hefði verið með þvingun. Meirihluti Mannréttindadómstólsins lagði áherslu á sérstakt eðli umferðarlaga (e. special nature of the regulatory regime) í heildarmati sínu.

Að lokum má ítreka að meirihlutinn léði tveimur atriðum sérstakt vægi. Annars vegar sérstöku eðli regluverksins og hins vegar að upplýsingaskyldan hefði verið takmörkuð.

2.4.3 MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki

Í *MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki*³⁸ reyndi á sambærileg atvik og í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*. Verður því aðeins fjallað stuttlega um dóminn hér.

³⁸ *MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki frá 10. janúar 2008, mál nr. 58452/00 og 61920/00, einkum mgr. 52-59.*

Í *MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki* töldu kærendur að rétturinn til að fella ekki á sig sök hefði verið brotinn þegar þeim hefði verið gert skylt, sem skráðum eigendum bifreiða, að veita upplýsingar um þá sem hefðu ekið bifreiðum þeirra þegar umferðalagabrot höfðu verið framin. Í máli Lückhof veitti kærandi yfirvöldum þær upplýsingar að hann hefði verið í fríi með vinum og ekki munað hver hefði keyrt bifreið hans á þeim tíma er brotið hefði átt sér stað. Í máli Spanner svaraði kærandi ekki fyrirspurn yfirvalda. Í báðum málunum var lögð sekt á kærendur fyrir að veita ekki upplýsingar. Í hvorugu málinu var málsmeðferð vegna umferðalagabrotanna haldið áfram. MDE beitti heildstæðu mati á öllum kringumstæðum málsins og tók fram að engin ástæða væri til að komast að annarri niðurstöðu en í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*. Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE hefði ekki verið brotið.

Eðli og umfang þvingunar. Í málinu var lögð upplýsingaskylda á kærendur á grundvelli lagaákvæðis að viðlagðri refsingu. Reyndi því á lagalega þvingun. Mannréttindadómstóllinn tók fram að í máli Lückhof hefði ekki verið tekið fram að viðurlög gætu verið við því að veita ekki upplýsingarnar en kæranda hefði mátt vera það ljóst. Í máli Spanner hefði kærandi verið skyldaður til að veita upplýsingarnar að viðlögðum viðurlögum. Dómstóllinn tók fram að þótt þessi munur væri á málunum þá hefði verið um að ræða beina þvingun eins og í máli *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*. Varðandi umfang þvingunarinnar tók Mannréttindadómstóllinn fram að sá munur sem væri á hámarkssektum í málinu samanborið við *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* væri ekki afgerandi. Jafnframt tók dómstóllinn fram að í fyrirliggjandi máli fylgdu vararefsingar, þ.e. fangelsi ef sektirnar yrðu ekki greiddar. Aftur á móti væri ekki hægt að fá vararefsingunni framfylgt nema að undangenginni sérstakri málsmeðferð og að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Því taldi dómstóllinn að vararefsingarnar hefðu ekki haft bein áhrif á kærendur. Mannréttindadómstóllinn tók fram að málin ættu það sameiginlegt að aðeins hefði verið óskað eftir takmörkuðum upplýsingum, þ.e. hverjir hefðu verið öikumenn bifreiðanna tiltekin skipti.

Eðli og efni gagna eða upplýsinga. Kærendur voru beðnir um upplýsingar en ekki afhendingu gagna.

Tengsl við sakamál. Í málinu tók dómstóllinn fram að í tilviki Spanner hefði ekki verið vafi um að kærandi hefði verið borinn sök í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE þar sem sakamál gegn honum hefði verið fyrirhugað (e. pending) vegna umferðalagabrots. Í tilviki Lückhof hefði kærandi orðið

fyrir umtalsverðum áhrifum og taldist borinn sök í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE.

Réttaröryggi. Dómstóllinn sagði að í fyrsta lagi kæmi fram í umferðalögunum að stjórnvöld þyrftu að sannreyna upplýsingar ef aðstæður krefðust þess. Í öðru lagi væri ekki hægt að skylda aðila til greiðslu sektar ef hann gæti ekki veitt upplýsingarnar og slíkan misbrest væri ekki hægt að leiða af gáleysi hans, til dæmis ef bifreið væri stolið og aðili gæti af þeim sökum ekki veitt upplýsingarnar. Draga má í efa hversu þungt fyrri röksemdin vegur. Ástæða þess er sú að hið sama á við um játningar, sbr. til dæmis 1. mgr. 164. gr. laga nr. 88/2008, um meðferð sakamála, þ.e. leggja þarf mat á játninguna. Það eitt að sannreyna beri upplýsingar, sem fella sök á aðila eða játningar, felur ekki í sér mikla réttarvernd. Sömu sögu er að segja um síðari röksemdina. Þótt lagaákvæði kveði ekki á um hlutlæga ábyrgð eða öfuga sönnunarbyrðin felur það ekki í sér mikla réttarvernd.

Notkun gagna. Ekki reyndi á notkun upplýsinganna í sakamáli.

Almannahagsmunir. Dómstóllinn fjallaði ekki um almannahagsmuni í málinu.

Í tengslum við þá dóma sem reifaðir eru í þessum undirkafla má vekja athygli á þeirri nálgun sem hefur verið fylgt í dönskum rétti en hún virðist nokkuð skynsamleg. Í *UfR 2002, bls. 2729 V* var talið að T hefði ekki borið að upplýsa um hver hefði ekið bifreið hans tiltekið skipti vegna þess að ekki hefði verið unnt að útiloka að hann hefði verið ökumaðurinn. Af þeim sökum hefði T verið gert fella á sig sök andstætt 1. mgr. 6. gr. MSE. Í *UfR 2003, bls. 1029 H* lá fyrir af þeirri ljósmynd sem hefði verið tekin af bifreið að eigandinn gæti ekki hafa verið ökumaðurinn. Honum hefði því verið skylt að upplýsa um hver hefði verið ökumaður bifreiðarinnar og heimilt hefði verið að gera honum sekt fyrir að verða ekki við upplýsingabeiðninni, enda hefði engin hætta verið á því að hann hefði fellt á sig sök. Í *UfR 2003, bls. 1896 V* hafði fyrirvarsmaður félags, sem ljóst var að hefði ekki verið ökumaður bifreiðar tiltekið skipti, ekki gert neitt til að upplýsa um hvaða starfsmaður félagsins hefði ekið bifreið þess umrætt sinn. Heimilt hefði verið að gera honum sekt.³⁹ Af dómunum verður ráðið að sé unnt að útiloka að eigandi bifreiðar sé ökumaður hennar tiltekið skipti sé heimilt að skylda hann til að veita upplýsingar. Við þær aðstæður er hann í reynd þriðji maður. Sé ekki unnt að útiloka það gæti hann fellt á sig sök og ekki er heimilt að biðja hann um upplýsingarnar.

³⁹ Fjallað er um dómana í Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 167.

2.5 Dómar sem fjalla um gögn sem hafa sjálfstæða tilvist

2.5.1 MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi

Í yfirdeildardómi MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi⁴⁰ reyndi á hvort nota mætti upplýsingar sem aflað hefði verið í einhvers konar stjórnsýslumáli sem sönnunargagn í síðara sakamáli.

Í MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi voru atvik þau að fyrirtækið Guinness PLC tók yfir annað félag. Kærandi var forstjóri Guinness PLC. Í kjölfar ásakana og orðróms um að ekki hefði allt verið með felldu voru rannsóknarmenn skipaðir til rannsaka yfirtökuna. Kæranda var skylt að svara spurningum rannsóknarmannanna að viðlagðri refsingu. Kærandi var yfirheyrður níu sínum. Rannsóknarmennirnir töldu að lög hefðu verið brotin og létu lögreglu í té endurrit af skýrslutökum kæranda. Í kjölfarið var kærandi ákærður og upplýsingarnar sem hann hafði veitt voru notaðar gegn honum. Sakfelling kæranda byggði að verulegu leyti á þeim. Kærandi taldi að með þessu hefði rétturinn til að fella ekki á sig sök verið brotinn. Meirihluti dómstólsins tók fram að málsmeðferð rannsóknarmannanna hefði ekki fallið undir gildissvið 6. gr. MSE, þ.e. kærandi hefði ekki verið borinn sök um refsivert brot þegar hann hefði verið spurður af rannsóknarmönnum. Aftur á móti hefðu upplýsingarnar, sem kærandi veitti, verið notaðar af ákærvaldinu í sakamáli gegn honum. Sú staðreynd að kærandi hefði ekki verið borinn sök þegar upplýsinganna hefði verið aflað gæti ekki komið í veg fyrir að notkun þeirra í síðara sakamáli væri brot gegn réttinum til að fella ekki á sig sök. Meirihlutinn tók fram að í málinu þyrfti að skoða hvort notkun upplýsinganna af hálfu ákærvaldsins hefði brotið gegn réttinum til að fella ekki á sig sök. Meirihlutinn rakti að leggja þyrfti heildstætt mat á málið þar sem meðal annars yrði litið til þess hvort kærandi hefði verið þvingaður til að afhenda sönnunargögn og hvort notkun sönnunargagnanna í sakamáli gegn honum hefði brotið kjarna réttarins sem felst í 6. gr. MSE. Meirihlutinn tók síðan fram að upplýsinganna hefði verið aflað á grundvelli lagaskyldu þar sem viðurlög lægju við því að veita þær ekki. Meirihlutinn nefndi að hvort sem upplýsingarnar, sem kærandi hefði veitt, væru þess eðlis að þær felldu sök á hann beint eða ekki, þá hefði ákærvaldið notað þær við málsmeðferðina til að reyna að sakfella kæranda. Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE hefði verið brotið. Í málinu voru fimm sératkvæði þar sem talið var að rétturinn hefði verið brotinn en með öðrum röksemdum eða athugasemdum. Jafnframt voru tvö sératkvæði fjögurra dómara sem töldu að rétturinn hefði ekki verið brotinn.

⁴⁰ MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi, einkum mgr. 67-76.

Eðli og umfang þvingunar. Á kæranda hvíldi lagaskylda til að veita fyrrgreindar upplýsingar að viðlagðri refsingu. Hann var yfirheyrður níu sínum.

Eðli og efni gagna eða upplýsinga. Í málinu reyndi á beiðni rannsóknarmanna um upplýsingar frá kæranda en ekki til dæmis afhendingu gagna. Fyrri hluti lykilmálgreinar dómsins að þessu leyti hljóðar svo á ensku:

„The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing“⁴¹

Af tilvitnuninni verður ráðið að unnt sé að afla ákveðinna tegunda sönnunargagna með þvingun. Það sem skiptir máli er hvort þau hafi sjálfstæða tilvist óháð vilja sakbornings. Dæmi um slík sönnunargögn eru skjöl, sem aflað er samkvæmt dómsúrskurði, öndunar-, blóð og þvagsýni sem og vefsýni vegna mannfæðisfræðilegrar greiningar. Dómstóllinn hefur fellt fleiri gögn og sýni undir þessa upptalningu í síðari dómum. Til að mynda falla hér undir hljóðsýni sem hafa ekki að geyma neinar yfirlýsingar sem fella sök á aðila (e. voice samples), sbr. *MDE P.G. og J.H. gegn Stóra-Bretlandi*⁴² og yfirdeildardóm *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*.⁴³ Sama á við um hársýni, sbr. *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*.⁴⁴

Framsetning málgreinarinnar er eftirtektarverð. Önnur setningin hefst á þeim orðum að eins og almennt sé viðtekinn skilningur í réttarkerfum aðildarríkjanna og annars staðar þá taki rétturinn til að fella ekki á sig sök ekki til ákveðinna gagna. Ekki er ljóst hvort skilja eigi upphaf setningarinnar á þann veg að meirihlutinn sé aðeins að vísa til þess að í öðrum réttarkerfum sé rétturinn skilinn með þessum hætti eða hvort jafnframt eigi að skilja réttinn í 1. mgr. 6. gr. MSE með þeim hætti. Vegna þess að oft hefur verið vísað til þessa þáttar dómsins í

⁴¹ Sjá mgr. 69.

⁴² Sjá mgr. 80.

⁴³ Sjá mgr. 102.

⁴⁴ Sjá mgr. 102.

öðrum dómum Mannréttindadómstóls Evrópu verður að byggja á síðarnefnda skilningnum.

Í málinu hélt breska ríkið því fram að kærandi hefði ekki sagt neitt í viðtölunum sem gæti fellt á hann sök heldur hefði hann einungis veitt upplýsingar sem myndu auka líkur á sýknu hans. Meirihlutinn tók fram að sum svör kæranda hefðu verið þess eðlis að geta fellt á hann sök þar sem þau lytu meðal annars að vitneskju hans um atvik sem gætu leitt til sakfellingar hans. Meirihlutinn tók fram að rétturinn til að fella ekki á sig sök einskorðist ekki við upplýsingar sem veittar væru með játningu eða athugasemdum sem felldu beint sök á aðila. Benda þessi ummæli réttarins til að annars konar upplýsingar geti jafnframt leitt til þess að rétturinn telst vera brotinn. Þannig sagði meirihlutinn meðal annars svo á ensku:

„In any event, bearing in mind the concept of fairness in Article 6 ..., the right not to incriminate oneself cannot reasonably be confined to statements of admission of wrongdoing or to remarks which are directly incriminating. Testimony obtained under compulsion which appears on its face to be of a non-incriminating nature - such as exculpatory remarks or mere information on questions of fact - may later be deployed in criminal proceedings in support of the prosecution case, for example to contradict or cast doubt upon other statements of the accused or evidence given by him during the trial or to otherwise undermine his credibility. Where the credibility of an accused must be assessed by a jury the use of such testimony may be especially harmful. It follows that what is of the essence in this context is the use to which evidence obtained under compulsion is put in the course of the criminal trial.“⁴⁵

Eins og ráðið verður af tilvitnuninni verður að leggja mat á hvernig upplýsingar eru notaðar þegar tekin er afstaða til þess hvort þær séu til þess fallnar að fella sök á viðkomandi. Niðurstaða meirihlutans var sú að upplýsingarnar hefðu verið notaðar með þeim hætti að reynt hefði verið að fella sök á kæranda.

Tengsl við sakamál. Þegar kærandi veitti upplýsingarnar þá var hvorki yfirstandandi né fyrirhugað sakamál gegn honum. Í málinu tók dómstóllinn fram að kærandi hefði ekki verið borinn sök í skilningi 6. gr. MSE þegar hann hefði verið spurður af rannsóknarmönnum, þ.e. sú málsmeðferð hefði ekki fallið undir gildissvið 6. gr. MSE. Sakamál hefði verið höfðað á hendur kæranda eftir að hann hefði veitt upplýsingarnar. Því reyndi á notkun upplýsinganna í sakamálinu.

⁴⁵ Sjá mgr. 71.

Réttaröryggi. Ríkið byggði meðal annars á því að viðeigandi réttaröryggisreglur hefðu verið fyrir hendi. Meirihlutinn tók fram að vísun ríkisins til viðeigandi réttaröryggisreglna gæti ekki verið vörn í málinu þar sem þær hefðu ekki komið í veg fyrir að upplýsingarnar yrðu notaðar í síðara sakamáli. Af þessum ummælum má ráða að viðhlítandi réttaröryggisreglur hafi ekki verið til staðar. Þessari röksemd svipar til þeirra sem er að finna í *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE Marttinen gegn Finnlandi*. Athygli vekur þó að rétturinn hefði ekki verið brotinn í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* þótt sambærileg röksemd hefði átt við þar. Eins áður kom fram var unnt að nota upplýsingarnar sem O'Halloran veitti í síðara sakamáli gegn honum.

Notkun gagna. Meirihlutinn benti meðal annars á að hluti af endurritum af skýrslutökum kæranda hefði verið lesinn upp af ákærvaldinu fyrir kviðdómi yfir þriggja daga tímabil. Svo yfirgripsmikil notkun ákærvaldsins benti til þess að ákærvaldið hefði talið að upplesturinn hefði verið til þess fallinn að draga úr trúverðuleika kæranda. Meirihlutinn vísaði jafnframt til ummæla undirréttar um að tilteknaðar fullyrðingar kæranda hefðu getað verið til þess fallnar að fella á hann sök. Einnig vísaði meirihlutinn til ummæla áfrýjunardómstóls þess efnis að gögnin hefðu verið verulegur hluti sönnunargagna í máli ákærvaldsins (e. a significant part of the prosecution's case). Meirihlutinn rakti að ákærvaldið hefði reynt að nota gögnin til þess að sýna fram á þekkingu kæranda á ákveðnum atriðum sem væru til þess fallin að draga úr trúverðuleika hans. Upplýsingarnar hefðu einnig verið notaðar af verjendum annarra sakborninga til að draga í efa skýringar kæranda um atvik málsins. Meirihlutinn tók fram að hvort sem upplýsingarnar hefðu fellt beint sök á kæranda eða ekki, þá hefðu þær verið notaðar við málsmeðferðina með þeim hætti að reynt hefði verið að fella á hann sök.

Almannahagsmunir. Í málinu byggði breska ríkið meðal annars á því að í svo flóknum málum væru ríkir almannahagsmunir til þess að réttlæta notkun upplýsinga sem aflað hefði verið með þessum hætti. Mannréttindadómstóllinn tók fram að almannahagsmunir gætu ekki réttlætt notkun upplýsinga sem aflað hefði verið við rannsókn á stjórnýslustigi til að sakfella kæranda í sakamáli. Jafnframt benti dómstóllinn á að réttindin gildi hvort sem aðili sé borinn sök um minni háttar eða meiri háttar refsivert brot. Af þessum ummælum má ráða að vísun til almannahagsmuna geti ekki leitt til þess að réttindin gildi ekki þegar flókin brot eru undirliggjandi. Ef almannahagsmunir gætu

réttlætt notkun slíkra upplýsinga væri erfitt að sjá fyrir sér að einhver gæti notið réttindanna ef undirliggjandi brot væru flókin.

Niðurstaðan í MDE I.J.L. o.fl. gegn Stóra-Bretlandi var sambærileg og í MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi.

2.5.2 MDE Jalloh gegn Þýskalandi og aðrir dómur

Margir dómur hafa síðar vísað í MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi og þá umfjöllun sem kemur fram í málsgreininni um sönnunargögn sem hafa sjálfstæða tilvist óháð vilja sakbornings. Ekki verður fjallað um þá alla hér. Í staðinn verður getið nokkurra dóma með það fyrir augum að draga ályktanir af þeim um réttarstöðuna.

Fyrst ber að nefna yfirdeildardóm MDE Jalloh gegn Þýskalandi. Í málinu hafði kæranda verið gefið lyf með slöngu sem var þrædd í gegnum nasir hans til að hann myndi kasta upp eiturfjóm sem hann hafði gleypt. Meirihluti dómstólsins tók fram að eiturfjóm væru hlutlæg gögn sem gætu talist hafa sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila í skilningi MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi. Um væri að ræða sýnileg sönnunargögn (e. „real“ evidence) andstætt til dæmis játningu.⁴⁶ Þrátt fyrir það taldi meirihluti dómstólsins að rétturinn til að fella ekki á sig sök hefði verið brotinn. Meirihlutinn benti á að í sumum málum hefði rétturinn verið talinn brotinn við það að afhenda sýnileg sönnunargögn, svo sem í MDE Funke gegn Frakklandi og MDE J.B. gegn Sviss.⁴⁷ Vísun meirihlutans til MDE J.B. gegn Sviss er áhugaverð en þar tók dómstóllinn fram að ekki væri um að ræða gögn eins og þau sem getið væri um í MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi.⁴⁸ Í MDE Jalloh gegn Þýskalandi virðist dómstóllinn aftur á móti vera að segja að gögnin í MDE J.B. gegn Sviss hafi verið sýnileg sönnunargögn en ekki er ljóst hvort þau hafi haft sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Í síðarnefnda málinu taldi dómstóllinn að gögnin hefðu ekki haft sjálfstæða tilvist.

Hvað sem þessari vangaveltu líður sagði meirihlutinn í MDE Jalloh gegn Þýskalandi á ensku:

„In the Court’s view, the evidence in issue in the present case, namely, drugs hidden in the applicant’s body which were obtained by the forcible administration of emetics, could be considered to fall into the category of material having an existence independent of the

⁴⁶ MDE Jalloh gegn Þýskalandi, mgr. 102 og 110-116.

⁴⁷ Sjá mgr. 110-111.

⁴⁸ Sjá mgr. 68.

will of the suspect, the use of which is generally not prohibited in criminal proceedings.”⁴⁹

Af tilvitnuninni verður ráðið að fíkniefni geti talist til sönnunargagna sem hafa sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Í framhaldinu tók dómstólinn þó fram að nokkrar ástæður aðgreindu málið frá til dæmis *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*. Í fyrsta lagi hin umdeilda aðferð (e. impugned measures) sem notuð hefði verið til að afla gagnsins eins og í *MDE Funke gegn Frakklandi* og *MDE J.B. gegn Sviss*. Í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* hefðu gögnin lotið að líkamssýnum sem unnt væri með réttarrannsókn (e. forensic examination) að kanna, til dæmis alkóhóli og lyfjum í líkama.⁵⁰

Í öðru lagi væri umfang þvingunar (e. degree of force/compulsion) töluvert frábrugðið því sem ætti við í tilviki þeirra gagna og sýna sem væru talin upp í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*. Í tengslum við það sagði í dóminum:

„To obtain such material, a defendant is requested to endure passively a minor interference with his physical integrity (for example when blood or hair samples or bodily tissue are taken). Even if the defendant’s active participation is required, it can be seen from *Saunders* that this concerns material produced by the normal functioning of the body (such as, for example, breath, urine or voice samples). In contrast, compelling the applicant in the instant case to regurgitate the evidence sought required the forcible introduction of a tube through his nose and the administration of a substance so as to provoke a pathological reaction in his body. As noted earlier, this procedure was not without risk to the applicant’s health.”⁵¹

Tvennt virðist skipta máli samkvæmt tilvitnuninni. Annars vegar hvort um smávægilegt inngrip í líkamlega velferð er að ræða sem aðili verður að þola án þess að taka virkan þátt (e. endure passively), til dæmis taka blóðsýnis. Hins vegar að þótt krafist sé virkrar þátttöku (e. active participation) þá væru líkamssýnin tengd venjulegri líkamsstarfsemi. Í fyrirbyggjandi máli hefði kærandi verið þvingaður til að kasta upp á ákveðinn hátt og að sú aðferð hefði haft í för með sér hættu fyrir heilsu kæranda.

Í þriðja lagi tók meirihlutinn fram að aðferðin sem hefði verið stuðst við hefði brotið í bága við 3. gr. MSE.⁵² Þessu væri öðruvísi háttað þegar

⁴⁹ Sjá mgr. 113.

⁵⁰ Sjá mgr. 113.

⁵¹ Sjá mgr. 114.

⁵² Sjá mgr. 115.

tekin væri líkamssýni í öðrum tilvikum. Þannig sagði dómstóllinn meðal annars:

„The procedure used in the applicant’s case is in striking contrast to procedures for obtaining, for example, a breath test or a blood sample. Procedures of the latter kind do not, unless in exceptional circumstances, attain the minimum level of severity to contravene Article 3. Moreover, though constituting an interference with the suspect’s right to respect for private life, these procedures are, in general, justified under Article 8 § 2 as being necessary for the prevention of criminal offences ...“⁵³

Af tilvitnuninni verður ráðið að það hafi þýðingu hvort aðferðin falli undir 3. gr. MSE eða feli til dæmis í sér inngrip samkvæmt 8. gr. MSE um friðhelgi einkalífs. Í síðarnefnda tilvikinu séu aðferðirnar oft réttlætanagerlegar takmarkanir á friðhelgi einkalífs.

Í nokkrum dómum hefur Mannréttindadómstóllinn sagt að þau gögn sem hefðu sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila í skilningi *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* féllu utan við gildissviðs réttarins til að fella ekki á sig sök. Þannig sagði til dæmis í *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi*:

„In *Saunders*, for example, the Court listed types of material which exists independently of the will of a suspect and which fall outside the scope of the right (matters such as documents acquired pursuant to warrant, breath, blood, DNA and urine samples ...).“⁵⁴

Sama kemur fram í *MDE Marttinen gegn Finnlandi*.⁵⁵ Orðalagið að gögnin falli utan við gildissvið réttarins (e. outside the scope of the right) er unnt að túlka á tvenns konar hátt. Annars vegar bókstaflega. Af þeirri túlkun leiðir að ýmis gögn, sem virðast hlutlæg með sambærilegum hætti og þau sem eru talin upp, hafa engu að síður ekki sjálfstæða tilvist, svo sem þau sem frá greinir í *MDE Jalloh gegn Þýskalandi* og *MDE J.B. gegn Sviss*. Verður þá að leggja heildstætt mat á önnur sjónarmið áður en unnt er að taka afstöðu til þess hvort um sé að ræða gögn sem hafa sjálfstæða tilvist. Hins vegar er í ljósi þessara dóma unnt að túlka orðalagið ekki með afdráttarlausum hætti. Í staðinn fyrir að litið sé á eðli og efni þeirra upplýsinga sem er verið er að afla með þvingun sem fortakslaust atriði í tengslum við gildissvið réttarins er litið á umrædd atriði sem sjónarmið við matið. Samkvæmt síðari nálgunin verður eðli og efni gagna og upplýsinga hluti að hinu heildstæða mati en ekki útkoma þess.

⁵³ Sjá mgr. 115.

⁵⁴ Sjá mgr. 36.

⁵⁵ Sjá mgr. 69.

Þá má geta þess að *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* eru nefnd gögn sem aflað er samkvæmt dómsúrskurði (e. documents pursuant to a warrant). Ekki er minnst á að annarra líkamssýna þurfi að vera aflað samkvæmt dómsúrskurði. Þannig er til dæmis ekki minnst á dómsúrskurð í vísun til dómsins í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*.⁵⁶ Þá var í tengslum við dóminn minnst á skjöl án þess að vísað væri til þess að þeirra væri aflað samkvæmt dómsúrskurði í *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi*.⁵⁷ Af þessum sökum er ekki ljóst hvort nauðsynlegt sé að hvers kyns skjala sé aflað samkvæmt dómsúrskurði, svo sem um húsleit og haldlagningu, til þess að þau hafi sjálfstæða tilvist í skilningi *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*. Á rétta ber þó að upptalning dæmanna í dóminum er ekki tæmandi.

2.6 Almennar ályktanir

Hér reynir ekki aðeins á túlkun eins fordæmis heldur margra fordæma saman. Skoða ber hvernig Mannréttindadómstóll Evrópu hefur sjálfur túlkað fordæmi sín. Enn fremur verður að túlka fordæmin í ljósi síðari fordæma dómstólsins. Markmiðið er að álykta um gildandi rétt um heimildir stjórnvalda til að afla gagna og upplýsinga, einkum með lagalegri þvingun að viðlagðri refsingu í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Áður en farið verður yfir það verður tekið saman hvernig dómarnir, sem reifaðir voru að ofan, horfa við þeim sjónarmiðum sem greining þeirra tók mið af.

Í öllum málunum, sem voru reifuð, reyndi á lagalega þvingun að viðlagðri refsingu í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Þannig var kærendum gerð refsing í formi sekta í *MDE Funke gegn Frakklandi*, *MDE J.B. gegn Sviss*, *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi*, *MDE Marttinen gegn Finnlandi*, *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* að því er Francis varðaði og *MDE Lückhoff og Spanner gegn Austurríki*. Þá voru kærendum gerð sekt fyrir ónákvæma eða ófullnægjandi upplýsingagjöf í *MDE Weh gegn Austurríki* og *MDE Rieg gegn Austurríki*. Kærendur tjáðu sig í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* að því er O'Halloran varðaði. Þá var í *MDE J.B. gegn Sviss* og *MDE Funke gegn Frakklandi* einnig beitt þvingunarúrræði, þ.e. dagsektum.

Upplýsingaskyldan var takmörkuð í *MDE Weh gegn Austurríki*, *MDE Rieg gegn Austurríki*, *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-*

⁵⁶ Sjá mgr. 47.

⁵⁷ Sjá mgr. 40.

Bretlandi og MDE Lückhoff og Spanner gegn Austurríki. Hún var aftur á móti nokkuð almenn eða víðtæk í MDE Funke gegn Frakklandi, MDE J.B. gegn Sviss, MDE Shannon gegn Írlandi og MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi. Sama gildir væntanlega um MDE Marttinen gegn Finnlandi.

Kærendur voru þvingaðir til að tjá sig, þ.e. svara spurningum eða mæta í viðtal, í MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi, MDE Marttinen gegn Finnlandi og MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi. Sama var uppi á teningnum í MDE Weh gegn Austurríki, MDE Rieg gegn Austurríki, MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi og MDE Lückhoff og Spanner gegn Austurríki. Erfitt er að sjá að slík upplýsingagjöf hafi sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Kærendur voru aftur á móti skyldaðir til að afhenda gögn í MDE Funke gegn Frakklandi og MDE J.B. gegn Sviss. Athugasemd í MDE Jalloh gegn Þýskalandi bendir til þess að gögnin hafi ekki haft sjálfstæða tilvist í MDE J.B. gegn Sviss þótt þar hafi verið um sýnileg sönnunargögn að ræða. Þá töldust eiturryfin í MDE Jalloh gegn Þýskalandi vera gögn sem hafa sjálfstæð tilvist en engu að síður var rétturinn til að fella ekki á sig sök brotinn. Í flestum þessara mála voru gögnin til þess fallin að fella sök á kæranda, þau voru notuð til að fella sök á hann, sbr. MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi, eða ekki var unnt að útiloka að þau hefðu getað fellt sök á hann, sbr. til dæmis MDE Marttinen gegn Finnlandi og MDE Shannon gegn Finnlandi. Þessu var öðruvísi háttað í sumum dómum um umferðarlagabrotin, þ.e. MDE Weh gegn Austurríki og MDE Rieg gegn Austurríki.

Í meirihluta dómanna voru gerðar þó nokkrar kröfur til réttaröryggis kæranda. Virðist krafan hafa gengið út á að þeir hefðu notið fullnægjandi verndar gegn því að fella á sig sök og að slík gögn eða upplýsingar yrðu notuð síðar í sakamáli gegn þeim. Þannig kom fram í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* að ekki hefði verið komið í veg fyrir að upplýsingar sem kærandi veitti yrðu notaðar í síðara sakamáli og í *MDE Marttinen gegn Finnlandi* var þagnarskylda ekki talin duga, enda hefði ekki verið útilokað að kröfuhafar hefðu getað nýtt upplýsingarnar síðar í sakamáli. Þá var tekið fram í *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi* að unnt hefði verið að framsenda upplýsingar til lögreglu og aðeins reyndi á reglur sem giltu við síðara dómsmál ef dómsmál væri höfðað en kærandi nyti réttarverndarinnar fyrr. Þá hefði það takmarkað möguleika aðila til að ákveða hvaða sönnunargögn hann vildi leggja fram í síðara sakamáli. Aftur á móti var í dómunum um umferðarlagabrotin kveðið við annan tón. Tekið var fram í *MDE O'Halloran og Francis* að lagareglur hefðu ekki að geyma hlutlæga

ábyrgð og viðkomandi hefðu getað bent á einhvern annan, þá hefði sönnunargögn aðeins verið þáttur í að sanna afbrot, unnt hefði verið að vefengja þau og leggja fram önnur sönnunargögn síðar. Í *MDE Lückhoff og Spanner gegn Austurríki* var tekið fram að sannreyna þyrfti upplýsingarnar og kærendur bæru ekki ábyrgð ef þeir með sanngirni vissu ekki hver hefði verið ökumaðurinn. Kröfur til réttaröryggis í síðarnefndu dómunum eru töluvert vægari en í fyrrnefndu dómunum.

Dómarnir spanna allan skalann varðandi tengsl við sakamál. Í *MDE Weh gegn Austurríki* og *MDE Rieg gegn Austurríki* taldi meirihlutinn að kærendur hefðu ekki verið bornir sök um refsivert brot og upplýsingabeidnin hefði ekki verið sett fram í tengslum við sakamál sem beindist að þeim. Í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE Lückhoff og Spanner gegn Austurríki* var á hinn bóginn talið að upplýsingabeidni hefði verið sett fram í tengslum við sakamál þar sem þeir hefðu verið bornir sök. Í *MDE Funke gegn Frakklandi* virðist sakamál hafa verið fyrirhugað eða yfirvofandi og í *MDE J.B. gegn Sviss* var um blandað mál að ræða þar sem hluti þess var sakamál sem var í gangi. Í *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE Marttinen gegn Finnlandi* voru tvö mál í gangi sem áttu rót að rekja til sama atburðar eða vörðuðu sömu staðreyndir og voru því nátengd. Í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* var upplýsinga aflað í máli sem taldist ekki sakamál en þær voru síðan notaðar síðar í sakamáli.

Í flestum dómunum reyndi ekki á notkun gagna. Aftur á móti reyndi á notkun þeirra í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* að því er O'Halloran varðaði. Einnig reyndi á notkun gagna í *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*.

Í meirihluta dómanna voru almannahagsmunir, svo sem skilvirkni réttarvörslukerfis eða sérstakt eðli málefnasviðs, ekki taldir réttlæta brot á sjálfum kjarna réttindanna, þ.e. *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* (flókin efnahagsbrot), *MDE Funke gegn Frakklandi* (tollalagabrot), *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi* (öryggishagsmunir tengdir Norður-Írlandi) og *MDE Marttinen gegn Finnlandi* (hagsmunir tengdir fullnustugerðum). Í sumum dómanna vék dómstóllinn ekki að almannahagsmunum, svo sem *MDE J.B. gegn Sviss* (skattalagabrot) og *MDE Weh gegn Rieg* (umferðarlagabrot). Í öðrum dómum veitti dómstóllinn sérstöku eðli málefnasviðs mikið vægi, þ.e. *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE Lückhoff og Spanner gegn Austurríki*. Virðist sérstakt eðli umferðarlagabrot vera einstaks eðlis í þessu samhengi. Er það athyglisvert enda hefur dómstóllinn haldið því fram að réttindin eigi við um bæði meiri háttar og minni háttar afbrot, sbr. til dæmis *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*.

2.7 Kenning um túlkun dómanna

Þegar litið er á dómanna þar sem niðurstaðan var sú að rétturinn til að tjá sig ekki og rétturinn til að fella ekki á sig sök hefðu verið brotnir, einkum *MDE Funke gegen Frakklandi* og *MDE J.B. gegen Sviss*, mætti ef til vill álykta að ekki væri unnt að krefja þann sem er borinn sök um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE um gögn og upplýsingar að viðlagðri refsingu, að minnsta kosti ekki ef það krefst virkrar þátttöku viðkomandi.⁵⁸ Þá reynir á hvað telst virk þátttaka. Mögulega mætti gera greinarmun á því að aðili þurfi sjálfur að afhenda gögn og þegar hann þarf að þola húsleit og haldlagningu samkvæmt dómsúrskurði. Slík aðgreining er þó ekki mjög sannfærandi vegna þess að mörkin á milli þessara tveggja tilvika eru óskýr. Í sumum tilfellum getur verið bagalegra að þurfa að þola húsleit og haldlagningu gagna á heimili sínu en til dæmis að verða við upplýsingabeidni um að afhenda tiltekin gögn. Sé jafnframt litið til dómanna þar sem réttindin voru ekki talin brotin flækist myndin. Hún verður enn óskýrari þegar litið er til þeirra dóma sem fjalla um gögn sem hafa sjálfstæða tilvist óháð vilja sakbornings.

Í fræðunum hafa dómarnir verið túlkaðir svo að útgangspunkturinn sé sá að réttindin teljist brotin ef aðili er krafinn um upplýsingar á grundvelli lagaskyldu að viðlagðri refsingu.⁵⁹ Frá því séu undantekningar þegar um sérstök málefnasvið er að ræða þar sem aðilar hafa undirgengist skuldbindingar samkvæmt lögum, svo sem samkvæmt umferðarlögum.⁶⁰ Þessi túlkun fellur að ýmsum röksemdum sem nefndar eru í dómunum og gerð var grein fyrir hér að framan. Afleiðingin af henni er sú að verulegar takmarkanir eru á því að stjórnvöld geti aflað upplýsinga og gagna frá aðila stjórnslumáls, sem er borinn sök um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Kann útkoman að verða sú að ýmsum stjórnvöldum verði óhægt um vik við að upplýsa mál og að stjórnslumál verða óskilvirkt úrræði. Við þær aðstæður verður annaðhvort að hverfa af þeirri braut að kveða á um stjórnsluviðurlög í stað refsinga, þar sem mál eru lögð í farveg venjulegs sakamáls í skilningi 1. gr. laga nr. 88/2008, um meðferð sakamála, eða að opna á þann möguleika að stjórnvöld geti krafist

⁵⁸ Sjá til hliðsjónar Björn O. Berg: *Forvaltningsanskjoner*, bls. 205.

⁵⁹ Um þær ályktanir sem voru dregnar af dómaframkvæmdinni í Danmörku, einkum eldri dómunum, sjá Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 132 og 135, Jens Møller: „Forbud mod selvinkriminering in forvaltningsretten“, bls. 251 og Jonas Christoffersen: „Retten til tavshed over for håndhævelse af immaterialrettigheder“, bls. 319.

⁶⁰ Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 641-642.

dómsúrskurðar í fleiri tilvikum, til dæmis um afhendingu gagna eða húsleit og haldlagningu. Sé síðari leiðin farin eykst álagið á dómstóla. Ótti stjórnvalda við að brjóta réttindin kann einnig að leiða til þess að oftar sé farið í húsleit en ella.

Þótt framangreind túlkun í fræðunum falli að dómunum virðist annar túlkunarkostur vera til staðar. Í stað þess að flokka dómanna á þann hátt sem gert var að ofan er byggt á þeirri aðferðafræði sem dómstóllinn sjálfur hefur lagt til grundvallar við úrlausn málanna, einkum í nýlegri dómaframkvæmd, sbr. til dæmis *MDE Jalloh gegn Þýskalandi* og *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*. Þannig verður að horfa til þess að réttindin eru ekki algild og leggja verður mat á hvort sjálfur kjarni þeirra hafi verið skertur, sbr. til dæmis yfirdeildardóm *MDE John Murray gegn Stóra-Bretlandi*.⁶¹ Meta verður hvort ótilhlýðilegri þvingun hafi verið beitt (e. improper compulsion) og hvort takmörkunin á réttindunum hafi verið réttlætlanleg (e. unjustified infringement). Leggja verður mat á hvort sjálfur kjarni réttindanna hafi verið skertur en það byggist á heildstæðu og atviksbundnu mati. Er það gert í ljósi eftirfarandi sjónarmiða: (1) eðli og umfangs þvingunar, (2) réttaröryggisreglna, (3) notkunar upplýsinga og (4) almannahagsmuna. Í því sambandi skiptir meðal annars máli að bein þvingun leiðir ekki sjálfkrafa til þess að réttindin teljist brotin. Gera má því skóna að undir síðastnefnda sjónarmiðið falli ekki aðeins sérstakt eðli málefnasviðs heldur einnig eðli afbrots sem og eðli og umfang þeirra viðurlaga sem það varðar. Þó má minna á að dómstóllinn hefur bent á að réttindin taki til bæði meiri háttar og minni háttar afbrota, sbr. *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*.

Til viðbótar við þau sjónarmið sem dómstóllinn hefur kveðið á um berum orðum standa rök til þess, sem fyrr greinir, að líta til eðlis og efnis gagna og upplýsinga, sem er verið að afla með þvingun. Við það mat reynir meðal annars á hvort þau hafi sjálfstæða tilvist. Mögulega myndi dómstóllinn, eins og áður sagði, fella þetta sjónarmið undir eðli og umfang þvingunar en hreinlega er að halda þessum atriðum aðskildum. Annað atriði lýtur að aðferðinni við öflun upplýsinga en hitt að andlaginu sjálfu. Atriðin verða þó ekki slitin í sundur enda verður að meta bæði aðferðina og það sem er aflað með henni, sbr. umfjöllun í *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*. Enn fremur verður að líta til þess hvaða tengsl öflun gagna og upplýsinga hefur við sakamál í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE.

⁶¹ Sjá mgr. 48-49.

Í ljósi framanrakins er unnt að snúa ályktuninni í fræðunum á hvolf og halda því fram að unnt sé að túlka dómama á þann hátt að útgangspunkturinn sé sá að stjórnvaldi sé unnt að biðja aðila stjórnsýslumáls, sem borinn er sök um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE, um að afhenda gögn á grundvelli lagaskyldu nema eitthvað meira komi til.⁶² Þessi nálgun kann að virka einkennileg við fyrstu sýn í ljósi *MDE Funke gegn Frakklandi* og *MDE J.B. gegn Sviss* og ályktana í fræðunum á grundvelli þeirra. Þó má minna á að dómstóllinn hefur ekki haldið því fram í síðari dómum sínum að almennt sé óheimilt að óska eftir gögnum frá aðila máls. Fremur hefur dómstóllinn í síðari dómum sínum leitast við að afmarka þá frekar. Til marks um það hefur dómstóllinn, sem fyrr greinir, vísað til umfangs þvingunar í *MDE Funke og Frakklandi*, sbr. *MDE John Murray gegn Stóra-Bretlandi*, og til þess að aðferðirnar í *MDE Funke og Frakklandi* og *MDE J.B. gegn Sviss* hafi verið vítaverðar, sbr. *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*. Dómstóllinn tók ekki af skarið með það í *MDE Funke gegn Frakklandi* hvort réttindin væru algild og rökstuðningur dómsins var takmarkaður. Dómstóllinn tók meira að segja fram í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* að hann þyrfti ekki að svara því hvort réttindin væru algild. Aftur á móti hefur dómstóllinn skýrlega tekið fram í meðal annars *MDE John Murray gegn Stóra-Bretlandi* að réttindi séu ekki algild og, sem fyrr segir, bent á sjónarmið

⁶² Vekja má athygli á því til hliðsjónar þagnarrétturinn tekur almennt ekki til þess að neita afhenda gögn samkvæmt 5. viðauka Bandarísku stjórnarskrárinnar. Sjá *Fischer gegn Bandaríkjunum* 425 US 391 (1976). Sjá þó *Bandaríkin gegn Doe* 465 US 605 (1984) þar sem talið var um brot að ræða en yfirvöld vissu ekki hvort tiltekin gögn voru til. Á sá dómur samhljómi í *MDE Funke gegn Frakklandi*. Sjá nánar Ólaf Jóhannes Einarsson: „Þagnarréttur og meðferð samkeppnismála“, bls. 71-78. Í þessu sambandi má benda á að réttindin leiða af 5. og 14. viðauka stjórnarskrárinnar fyrir alríkisýfirvöld annars vegar og hins vegar fyrir yfirvöld fylkja. Í 5. viðauka segir: „No person ... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself.“ Sjá til dæmis Jonas Christoffersen: „Retlig kreolisering – om selvinkriminering i dansk, europæisk og amerikansk menneskeret“, bls. 258-264. Fyrir kanadískan rétt og 7. gr. mannréttindaskrárinnar má benda á *R. v. S. (R.J.) [1995] 1 S.C.R. 451* þar sem sagði meðal annars: „Defining ‘self-incrimination’ over-inclusively as arising whenever the State obtains evidence it could not have obtained ‘but-for’ the individual’s participation, would take the notion of self-incrimination far beyond the communicative character that grounds it at common law ... Both the common law and the Charter draw a fundamental distinction between incriminating evidence and self-incriminating evidence: the former is evidence which tends to establish the accused’s guilt, while the latter is evidence which tends to establish the accused’s guilt by his own admission, or based upon his own communication. The s. 7 principle against self-incrimination that is fundamental to justice requires protection against the use of compelled evidence which tends to establish the accused’s guilt on the basis of the latter grounds, but not the former.“

sem líta verður til við matið í *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*. Þeirri aðferðafræði var fylgt í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* sem og *MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki*. Af þessum sökum er ekki hægt að draga fortakslausar ályktanir af *MDE Funke gegn Frakklandi* og *MDE J.B. gegn Sviss*. Skilja verður dómanna í ljósi þess að réttindin eru ekki algild og þeirra sjónarmiða sem skipta máli við matið.

Skoðum dæmi í ljósi sjónarmiðanna, þar sem reynir á lagalega þvingun sem er bein. Við nánara mat kann að skipta máli hvort beiðnin byggist á lagaákvæði sem felur í sér víðtæka og almenna skyldu, sbr. til dæmis *MDE Funke gegn Frakklandi*, *MDE J.B. gegn Sviss* og *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi* eða er afmörkuð og takmörkuð, sbr. *MDE Weh gegn Austurríki*, *MDE Rieg gegn Austurríki*, *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki*. Enn fremur kann eðli þvingunarinnar að skipta máli, til dæmis hvort hún varði fangelsisrefsingu. Sama á við um umfang hennar, til dæmis hvort hún varði sektum sem eru ekki óverulegar. Gefum okkur að lagaheimild feli í sér víðtæka upplýsingaskyldu og brot á henni varði refsingu sem er ekki óveruleg, einkum fésektum eða stjórnvaldssektum.

Við nánara mat á þvinguninni kann jafnframt að reyna á hversu harkalega stjórnvöld ganga fram við að knýja um skylduna sem og hvort óhóflegar byrðar séu lagðar á herðar aðilans. Í því sambandi kann að skipta máli hvers konar þátttöku er krafist af aðilanum og þá í hvaða umfangi, sbr. til hliðsjónar umfjöllun í *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*. Til að mynda mætti líta til þess hvort farið sé fram á að aðili útvegi gögn annars staðar frá, hvort stjórnvöld viti hvort þau séu til sem og hvort stjórnvöld hafi reynt að afla þeirra frá þriðja manni, sbr. *MDE Funke gegn Frakklandi* og einnig *MDE J.B. gegn Sviss*. Gefum okkur sem dæmi að aðeins sé farið fram á að aðili máls afhendi gögn sem hann hefur undir höndum eða getur nálgast með auðveldum hætti og stjórnvaldið geti ekki aflað þeirra frá þriðja manni með auðveldum hætti.

Í dæminu er fjallað um beiðni um afhendingu gagna. Leggja verður mat á eðli og efni gagna og upplýsinga sem er aflað með þvingun, sbr. *MDE Saunders gegn Stóra-Bretland*. Taka verður afstöðu til þess hvort þau hafi sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Samkvæmt þeim skilningi sem er lagður í hugtakið hér myndu gögn sem eru nú þegar til almennt hafa sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Aftur á móti myndi upplýsingabeiðni sem felur í sér að aðili útbúi gögn ekki gera það, að minnsta kosti ef það felur í sér annað og meira en að finna þau og taka saman. Sama á við um önnur gögn sem verða til við upplýsingabeiðni. Þetta gildir einnig um annars konar upplýsingagjöf, svo sem að svara því hver hafi ekið bifreið í tiltekið skipti. Þegar gögn og upplýsingar

hafa ekki sjálfstæða tilvist skiptir miklu máli að skylda til að veita upplýsingar sé takmörkuð, sbr. *MDE Weh gegn Austurríki*, *MDE Rieg gegn Austurríki*, *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki*. Í öllum þessum málum reyndi á upplýsingagjöf sem hafði ekki sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila en engu að síður var ekki talið að réttindin hefðu verið brotin. Í því sambandi var lögð áhersla á að um takmarkaða upplýsingaskyldu væri að ræða.

Þótt gagn hafi sjálfstæða tilvist skiptir máli hvernig þess er aflað. Ekki er unnt að beita aðferðum sem falla undir 1. mgr. 68. gr. stjkskr. og 3. gr. MSE. Þó kann að vera unnt að beita aðferðum sem falla undir 71. gr. stjkskr. og 8. gr. MSE svo lengi sem þær eru réttlætanager, sbr. *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*. Þá getur skipt máli við notkun sönnunargagns hvort þess var aflað með pyndingum eða ómannlegri eða vanvirðandi meðferð, sbr. *MDE Jalloh gegn Þýskalandi* og yfirdeildaróm *MDE Gäfgen gegn Þýskalandi*, sem fjallað er um í almenna hlutanum.

Leiða má rök að því að ekki eigi að ráða úrslitum hvort aðili verði aðeins að þola inngríp eða krafist sé virkrar þátttöku hans. Í því sambandi skiptir máli hversu langt er gengið, sbr. *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*, og hve mikillar þátttöku sé krafist af hálfu aðila. Að afhenda gagn, sem er nú þegar til og aðili hefur undir höndum, krefst vitanlega virkrar þátttöku hans, enda verður hann að grípa til þeirrar aðgerðar að finna það og afhenda. Efast má þó um að það eitt og sér gangi of langt, enda er það vart viðurhlutameira inngríp en þegar til dæmis húsleit er gerð á heimili aðila og í framhaldinu er lagt hald á nákvæmlega sömu gögnin. Erfitt er að sjá að lágmarksþátttaka aðilans við að afhenda gagn ráði úrslitum um það hvort það hafi sjálfstæða tilvist. Í þessu sambandi má þó gera þann fyrirvara að ekki er ljóst hvernig eigi að túlka *MDE J.B. gegn Sviss*. Þá verður ekki séð að það að afhenda gagn, sem kann að hafa að geyma upplýsingar sem fella sök á aðila, sé verra fyrir aðila en að vera knúinn til að svara spurningu, sem kann að fella sök á hann, sbr. meðal annars *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*. Þetta er sagt með þeim fyrirvara að upplýsingabeidni feli ekki í sér að óhóflegar byrðar séu lagðar á aðila og stjórnvald gangi langt í að knýja á um skylduna.

Í þessu sambandi má benda á að það varðar sviptingu ökuréttinda að neita að veita atbeina sinn við rannsókn máls samkvæmt 3. mgr. 52. gr., sbr. 101. gr. umferðarlaga nr. 77/2019. Í 3. mgr. 52. gr. segir að lögreglan annist töku öndunar-, svita- og munnvatnssýnis. Læknir, hjúkrunarfræðingur og lífeindafræðingur annist töku blóðsýnis og eftir atvikum munnvatns-, svita- og þvagsýnir. Aðrar rannsóknir og klínískt mat skuli framkvæmt af til þess bærnum heilbrigðisstarfsmanni. Ökumanni

sé skylt að hlíta þeirri meðferð sem talin er nauðsynleg við rannsókn samkvæmt 2. mgr. Neiti ökumaður er lögreglu heimilt að beita valdi við framkvæmd rannsókna, sbr. þó 4. mgr. Í umræddri 4. mgr. kemur fram að um þvagrannsókn samkvæmt 2. mgr. fari samkvæmt lögum um meðferð sakamála nema fyrir liggi ótvírætt samþykki ökumanns. Vegna þess sem fram kemur í lokamálslið 3. mgr. 52. gr. umferðarlaga, þ.e. að neiti ökumaður sé lögreglu heimilt að beita valdi við framkvæmd rannsókna, er minnt á að slík valdbeiting má ekki brjóta í bága við meðalhófsreglur, 1. mgr. 68. gr. stjkskr. og 3. gr. MSE sem og verður að vera réttlætunleg takmörkun á friðhelgi einkalífs samkvæmt 71. gr. stjkskr. og 8. gr. MSE. Sjá í þessu sambandi meðal annars *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*. Ekki er augljóst að það eitt að afhenda gagn, sem nú þegar er til og aðili hefur undir höndum, sé viðurhlutameira eða meira brot á vilja hans en sú sýnataka sem mælt er fyrir um í umferðarlögum.

Þegar framangreind sjónarmið um eðli eða efni gagns eru heimfærð til dæmisins mætti til að mynda halda því fram að stjórnvald geti óskað eftir gögnum sem aðila ber lagaleg skylda til að halda, svo sem til að stjórnvöld geti haft eftirlit með starfsemi aðilans. Dæmi um slík gögn eru bókhaldsgögn og fylgiskjöl þeirra. Þá má halda því fram að þessi gögn hafi sjálfstæða tilvist óháð vilja grunaðs aðila. Gögnin verða ekki til vegna þvingunarinnar sjálfar eða breyta um eðli vegna hennar. Af þessum sökum er lítil hætta á því að þau séu óáreiðanleg af þeirri ástæðu hvernig þeirra var aflað.⁶³

Velta má því upp hvort skipt geti máli við matið hvort gögn séu þess eðlis að almennt væri unnt að afla þeirra frá þriðja manni eða þau eru til hjá þriðja manni. Slík gögn væru þá almennt til óháð vilja hins grunaða. Gögn frá fjármálastofnunum og sambærileg gögn gætu fallið hér undir. Jafnframt má telja að almenn beiðni stjórnvalds um upplýsingar frá aðila máls sem máli skipta, svo sem tölvupósta eða samninga, brjóti ekki gegn réttinum til að fella ekki á sig sök. Allajafna myndi slík almenn beiðni ekki vera til þess fallin að brjóta gegn vilja aðila til að tjá sig um einstök atriði sem eru þess eðlis að hann fellir á sig sök. Jafnframt er það lagt í hendur aðilans sjálfs að leggja mat á hvaða gögn hann telur skipta máli og vill afhenda. Í þessu sambandi kann þó að hafa þýðingu hvort aðila hafi verið leiðbeint um réttinn til að fella ekki á sig sök. Þetta er þó ekki einhlítt og fer eftir heildarmati á öllum aðstæðum í hverju máli.

⁶³ Björg Thorarensen og Ásgerður Ragnarsdóttir: *Álitsgerð um rétt til að fella ekki á sig sök á stjórnsýslustigi*, bls. 143.

Á hinn bóginn gæti notkun gagna, sem verða til vegna beiðni stjórnvalds um upplýsingar brotið réttindin samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE. Dæmi um slíkt væri ef stjórnvald sendi sakborningi tilkynningu um að rannsókn væri hafin á honum. Í kjölfar tilkynningarinnar sendir aðilinn tölvupóst til annarra málsaðila og segir öllum að þegja um tiltekin atvik. Sá tölvupóstur varð til vegna tilkynningarinnar og lýtur beinlínis að vilja aðila til að tjá sig ekki um sakargiftir. Kæmist stjórnvaldið á snoðir um tölvupóstinn mætti efast um að það gæti krafið aðila um að afhenda hann. Það á ekki síst við ef slíkt gagn væri notað í síðara sakamáli. Sjá til hliðsjónar *Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 842/2014) (símhlustun)* og *MDE Allan gegn Stóra-Bretlandi*, sbr. þó yfirdeildardóm *MDE Bykov gegn Rússlandi* og *MDE Heglas gegn Tékklandi*, sem reifaðir voru í almenna hlutanum.

Sérstök athygli er vakin á því sem segir í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* um að gagna sé aflað samkvæmt dómsúrskurði (e. acquired pursuant to a warrant).⁶⁴ Ekki verður séð að það breyti eðli eða efni gagnanna hvort þeirra sé aflað samkvæmt upplýsingabeiðni stjórnvalds eða á grundvelli dómsúrskurðar. Krafa um dómsúrskurð er þó til þess fallin að auka á réttaröryggi, sem er eitt sjónarmið við heildarmatið. Af könnun á dómaframkvæmdinni verður ekki séð að skýr fordæmi séu fyrir hendi um þær aðstæður þegar gögn eru fengin á grundvelli lagaskyldu en ekki dómsúrskurðar með tilliti til þess hvort þau hafi sjálfstæða tilvist. Þó eru til dómur varðandi tilvik þar sem krafist var svara við því hver hefði ekið bifreið og var það ekki gert á grundvelli dómsúrskurðar. Í því ljósi má efast um að það ráði úrslitum hvort gagns sé aflað á grundvelli dómsúrskurðar þó litið að sé til þess í heildarmatinu. Í því sambandi má benda á að sum stjórnvöld geta borið ágreining undir dómstóla, sbr. til dæmis 6. mgr. 94. gr. laga nr. 90/2003, um tekjuskatt. Dómsúrskurður er liður í mati á réttaröryggi aðila.

Auk framangreinds skiptir máli að fyrir hendi séu viðeigandi réttaröryggisreglur, svo sem um að aðili geti vefengt áreiðanleika sönnunargagna eða lagt fram eigin sönnunargögn. Einnig hefur þýðingu hvort gagn, sem er aflað með þvingun, sé eina sönnunargagnið eða hafi afgerandi vægi við sönnunarmat. Leiða má líkur að því að sjónarmiðið hafi meira vægi eftir því sem lengra hefur verið gengið með þvingun við öflun sönnunargagns. Erfitt er að öðru leyti að fullyrða um gagna- og upplýsingaöflun stjórnvalds enda ræðst niðurstaðan af heildstæðu og atviksbundnu mati. Rétt er þó að ítreka að

⁶⁴ Sjá mgr. 69.

aðili getur ávallt samþykkt að veita upplýsingar og gögn að undangenginni leiðbeiningu stjórnvalds um réttindin.

3. Um lögfestingu réttindanna á sviði stjórnýslunnar

Eins og áður segir getur reynt á þagnarréttinn og réttinn til að fella ekki á sig sök samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE í stjórnýslunni. Niðurstaða um það hvort réttindanna njóti við í einstökum tilvikum ræðst af heildstæðu mati á nokkrum sjónarmiðum í ljósi kringumstæðna hvers máls. Ýmis stjórnýslumál geta heyrt undir gildissvið 1. mgr. 6. gr. MSE með þeim afleiðingum að eftirlitsstjórnvöld verða að gæta að réttindunum. Þau kunna þó að vera í misvel í stakk búinn til þess. Stundum er farin sú leið að lögfesta hluta af réttindunum. Verður nú farið yfir hvernig slíkri lögfestingu hefur verið háttað í dönskum, norskum og íslenskum rétti, einkum að því er almenn ákvæði varðar.

3.1 Danskur réttur

Í Danmörku var komið á fót svokallaðri réttaröryggisnefnd (d. retssikkerhedskommissionen) og útkoma af vinnu nefndarinnar voru svokölluð retssikkerhedslov (nánar tiltekið lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter).⁶⁵ Í 10. gr. þeirra er að finna sérstakt ákvæði um réttindin. Í 1. mgr. 10. gr. kemur fram að ef til staðar er rökstuddur grunur um að einstaklingur eða lögaðili hafi framið refsivert brot skulu stjórnvöld ekki beita lagaákvæðum um upplýsingaskyldu gagnvart viðkomandi nema unnt sé að útiloka að þær upplýsingar sem krafist er geti haft þýðingu fyrir ákvörðun um sekt viðkomandi.⁶⁶

⁶⁵ Sjá retssikkerhedskommissionens betænkning nr. 1428/2003 en Jens Møller var formaður nefndarinnar.

⁶⁶ Ákvæðið hljóðar svo:

§ 10. Hvis der er konkret mistanke om, at en enkeltperson eller juridisk person har begået en lovovertrædelse, der kan medføre straf, gælder bestemmelser i lovgivningen m.v. om pligt til at meddele oplysninger til myndigheden ikke i forhold til den mistænkte, medmindre det kan udelukkes, at de oplysninger, som søges tilvejebragt, kan have betydning for bedømmelsen af den formodede lovovertrædelse.

Stk. 2. I forhold til andre end den mistænkte gælder bestemmelser i lovgivningen m.v. om pligt til at meddele oplysninger, i det omfang oplysningerne søges tilvejebragt til brug for behandlingen af andre spørgsmål end fastsættelse af straf.

Stk. 3. En myndighed skal vejlede den mistænkte om, at vedkommende ikke har pligt til at meddele oplysninger, som kan have betydning for bedømmelsen af den formodede lovovertrædelse. Hvis den mistænkte meddeler samtykke til at afgive oplysninger, finder reglerne i § 9, stk. 4, 2. og 3. pkt., tilsvarende anvendelse.

Ákvæðið kveður á um svokallaðan algildan eða fortakslausan rétt.⁶⁷ Virðist það byggja á þeirri túlkun á dómaframkvæmd Mannréttinda-dómstóls Evrópu að ekki sé heimilt að þvinga sakborning í sakamáli að taka þátt í að upplýsa málið (d. meðvirke til at oplyse sagen/ aktiv medvirkning). Enn fremur var ákvæðið í samræmi við útfærslu réttindanna í sakamálaréttafari og á ákveðnum öðrum réttarsviðum.⁶⁸ Þá hefur verið bent á að erfitt sé að tryggja réttindin á annan hátt í stjórnslunni.⁶⁹ Ákveðin gagnrýni hefur þó komið fram á þessa nálgun.⁷⁰

Athygli vekur að ákveðið tekur til lögaðila. Þá er útgangspunkturinn sá að rökstuddur grunur sé á sambærilegu stigi og í sakamálum almennt séð.⁷¹ Einnig má biðja um aðrar upplýsingar en þær sem eru til þess fallnar að fella sök á aðila, svo sem nafn og heimilisfang.⁷²

Í 2. mgr. 10. gr. laganna kemur fram að öðrum en þeim sem borinn sé sök um refsiverða háttsemi sé skylt að veita stjórnvöldum upplýsingar að því marki sem þær nýtast í öðrum tilgangi en til að taka ákvörðun um sekt viðkomandi. Í athugasemdum með frumvarpinu er tekið dæmi um að skattyfirvöld, sem gruna einstakling um að hafa talið rangt fram til skatts, geti krafist þriðja mann um upplýsingar um sameiginlega veltu hans og grunaða einstaklingsins á tilteknu tímabili vegna álagningar skatta. Ákvæðið virðist ganga nokkuð langt. Í því sambandi

Stk. 4. Den mistænkte kan meddele samtykke til anvendelse af en oplysningspligt over for andre med henblik på at tilvejebringe oplysninger til brug for en straffesag mod den mistænkte. Reglerne i § 9, stk. 4, 2. og 3. pkt., finder tilsvarende anvendelse.

⁶⁷ Jonas Christoffersen: „Retlig kreolisering – om selvinkriminering i dansk, europæisk og amerikansk menneskeret“, bls. 274.

⁶⁸ Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 135, Jens Møller: „Forbud mod selvinkriminering in forvaltningsretten“, bls. 251 og Jonas Christoffersen: „Retten til tavshed over for håndhævelse af immaterialrettigheder“, bls. 319.

⁶⁹ Jens Møller: „Forbud mod selvinkriminering in forvaltningsretten“, bls. 258.

⁷⁰ Jonas Christoffersen hefur fjallað nokkuð um frumvarpið og lögin í ljósi dómaframkvæmdar Mannréttindadómstóls Evrópu. Sjá til dæmis Jonas Christoffersen: „Retlig kreolisering – om selvinkriminering i dansk, europæisk og amerikansk menneskeret“, bls. 275 og Jonas Christoffersen: „Forslag til loven om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter“, bls. 272-300. Sjá einnig Jonas Christoffersen: „Selvinkriminering – Menneskerettighedsdomstolens praksis“. Hann bendir einnig á umfjöllun fræðimanna um að dómaframkvæmdin sé óljós. Sjá Jon Fridrik Kjølbro: „Om selvinkriminering og straffesanktionerede oplysningsspligter“, bls. 131-143 og Lars Bo Langsted: „Selvinkriminering og oplysningspligter“, bls. 308-324.

⁷¹ Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 178 og Jens Møller: „Forbud mod selvinkriminering in forvaltningsretten“, bls. 252.

⁷² Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 183.

má þó benda á að það felur ekki í sér lögfestingu á réttindum 1. mgr. 6. gr. MSE heldur byggir á því að við þessar aðstæður eigi að fylgja reglum sakamálaréttarfars.⁷³ Í tengslum við það má minna á að réttarvernd 1. mgr. 6. gr. MSE tekur ekki til manns sem er ekki borinn sök um refsivert brot í skilningi ákvæðisins.

Í 3. mgr. 10. gr. laganna kemur fram að yfirvöld verði að leiðbeina þeim sem grunaður er um refsiverða háttsemi um að honum sé ekki skylt að veita upplýsingar sem geti haft þýðingu fyrir ákvörðun um sekt hans. Í athugasemdum með frumvarpinu segir að stjórnvöld geti ekki krafist upplýsinga sem geti haft þýðingu fyrir ákvörðun um sekt viðkomandi, en geti aftur á móti beint fyrirspurn til viðkomandi um hvort hann vilji veita slíkar upplýsingar af fúsum og frjálsum vilja. Þá kemur jafnframt fram að sé um skyldu til að skila upplýsingum með reglubundnum hætti skuli stjórnvöld tilkynna viðkomandi um að honum sé ekki lengur skylt að veita upplýsingar sem geti haft þýðingu fyrir ákvörðun um sekt hans. Viðkomandi geti samþykkt að veita stjórnvöldum upplýsingarnar þrátt fyrir að rökstuddur grunur sé um að hann hafi framið refsivert brot en slíkt samþykki skuli vera skriflegt og fara eftir ákvæðum 4. mgr. 9. gr. laganna.⁷⁴

Í 4. mgr. 10. gr. laganna kemur svo fram að sá sem grunaður sé um refsivert brot geti veitt samþykki fyrir því að stjórnvöld krefji þriðja mann um upplýsingar sem geta haft þýðingu í sakamáli gegn honum. Slíkt samþykki skuli vera samkvæmt 4. mgr. 9. gr. laganna. Í athugasemdum við frumvarp laganna kemur fram að þriðji maður geti ávallt veitt stjórnvöldum upplýsingar af fúsum og frjálsum vilja án samþykkis þess sem grunaður er um refsivert brot.⁷⁵

3.2 *Norskur réttur*

Árið 2003 var gefin út skýrsla af nefnd í Noregi og lagt til að lögfest yrði ákvæði í 53. gr. norsku stjórnsýslulaganna sem var efnislega samþærilegt og 1. mgr. 10. gr. rettsikkerhedsloven í Danmörku. Samkvæmt tillögu nefndarinnar hljóðaði ákvæðið á þann veg að í máli sem geti varðað við stjórnsýsluviðurlög eða kæru til lögreglu ætti aðili rétt til að neita að svara spurningum eða afhenda gögn eða muni ef

⁷³ Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 164.

⁷⁴ Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 187-188.

⁷⁵ Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 188.

upplýsingarnar eða gögnin gætu fellt sök á viðkomandi. Stjórnvald skyldi gera viðkomandi grein fyrir þessum rétti.⁷⁶

Ákvæðið var ekki fært í lög. Talið var að tillaga nefndarinnar veitti mun ríkari rétt en þann sem leiða mætti af 6. gr. MSE. Samkvæmt ákvæði mannréttindasáttmálans þyrfti að beita heildstæðu mati í hverju máli og rétturinn samkvæmt 6. gr. MSE væri ekki algildur.⁷⁷ Í tillögunni væri lögaðilum veitt sama vernd og einstaklingum en í Noregi hefði aftur á móti verið litið svo á að vernd einstaklinga væri mun ríkari heldur en vernd lögaðila. Þá hefðu mörg stjórnvöld bent á að erfitt yrði að sinna lögbundinni eftirlitsskyldu sinni ásamt því að erfiðara og kostnaðarsamra yrði að beita stjórnsýsluviðurlögum.⁷⁸

Árin 2015 til 2016 kom aftur til skoðunar hvort setja ætti sérstakt ákvæði í norsku stjórnsýslulögin um réttinn til að fella ekki á sig sök. Ljóst var að stjórnvöld vildu ekki setja almennar reglur um rétt til að neita að tjá sig eða afhenda gögn sem veittu rýmri rétt en samkvæmt 6. gr. MSE. Í athugasemdum við frumvarp norsku stjórnsýslulaganna kom fram að ef setja ætti almennt ákvæði um réttinn þyrfti það að lýsa samsvarandi vernd og þeirri vernd sem 6. gr. MSE veitir. Erfitt væri að setja slíkt ákvæði þar sem ávallt þyrfti að fara fram heildstætt mat ásamt því að erfitt væri að setja ákvæði sem tæki bæði til gildandi framkvæmdar Mannréttindadómstóls Evrópu og mögulegrar framkvæmdar dómstólsins í framtíðinni. Jafnframt var litið til þeirra sjónarmiða sem voru höfð uppi árið 2003. Ákveðið var að lögfesta ekki almennt ákvæði um réttinn í norsku stjórnsýslulögunum. Tekið var þó fram að það gæti verið rétt að setja slíkt ákvæði í sérlæg.⁷⁹

Í kjölfarið var skoðað hvort setja ætti sérstakt ákvæði um skyldu stjórnvalda til að leiðbeina um réttinn til að fella ekki á sig sök. Slíka leiðbeiningarskyldu væri hægt að daga af almennri leiðbeiningarreglu stjórnsýslulaganna en sérstakt lagaákvæði væri til þess fallið að aðstoða stjórnvöld við að átta sig á því í hvaða tilfellum mætti biðja um upplýsingar og gögn. Við matið á því hvort lögfesta ætti slíkt ákvæði

⁷⁶ *NOU 2003:15*, kafli 12.7.4. Tillagan að ákvæðinu hljóðaði svo: „I sak om administrativ sanksjon eller mulig politianmeldelse har enhver rett til å nekte å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen vil kunne utsette vedkommende for administrativ sanksjon eller straff. Forvaltningsorganet skal gjøre vedkommende kjent med denne retten.“

⁷⁷ Det kongelige jurts- og beredskapsdepartement. *Prop. 62 L* (2015-2016). Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak). Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.), bls. 139-140.

⁷⁸ *Prop. 62 L*, bls. 134-141.

⁷⁹ *Prop. 62 L*, bls. 134-141.

var meðal annars litið til þess að erfitt gæti verið fyrir stjórnvöld að veita nákvæmar leiðbeiningar þar sem ávallt þyrfti að beita heildstæðu mati á fjölda þátta. Stjórnvöld sem óskuðu eftir upplýsingum eða gögnum gætu ekki vitað fyrir fram hvort upplýsingarnar eða gögnin felldu sök á aðilann. Aðeins þyrfti að leiðbeina um réttinn í þeim málum þar sem kæmi til greina að beita stjórnýsluviðurlögum og þau væru takmörkuð við aðila sem væru bornir sök í skilningi 6. gr. MSE. Meiri hluti stjórnýslumála hæfist án þess að ljóst væri hvort því lyki með stjórnýsluviðurlögum. Skoðað var hvort leiðbeiningarskyldan ætti aðeins að ná til upplýsinga en ekki til afhendingar gagna eða hluta. Talið var að rétturinn til að neita að tjá sig veitti ríkari vernd heldur en rétturinn til að afhenda gögn. Þá væru ekki ákvæði í norsku sakamálaögunum um réttinn til að neita að afhenda gögn. Þar sem álitafni um afhendingu gagna væri svo nátengt eftirlitsskyldu stjórnvalda var litið svo á að ákvæði um leiðbeiningarskyldu réttarins þyrfti einnig að ná til gagna. Litið var til þess að erfitt væri að lögfesta umfang leiðbeiningarskyldunnar. Þegar um væri að ræða stjórnýsluviðurlög ætti að leiðbeina um að aðili *gæti* átt rétt til að tjá sig ekki eða neita að afhenda gögn ef þau felldu á hann sök. Ætti það ekki síst við þar sem lögfesting leiðbeiningarskyldu um réttinn í stjórnýsluögunum ætti við um öll stjórnvöld og hefði því víðtækt gildissvið. Hægt væri að veita leiðbeiningar með stöðluðum texta. Að lokum var slíkt ákvæði sett í 48. gr. norsku stjórnýslulaganna.⁸⁰

Samkvæmt ákvæðinu skulu stjórnvöld, ef beita skal stjórnýsluviðurlögum, tilkynna hlutaðeigandi aðilum um að þeir geti átt rétt til þess að svara ekki spurningum eða að afhenda ekki gögn eða hluti þegar upplýsingarnar eða gögnin geti leitt til að viðkomandi verði gert að sæta stjórnýsluviðurlögum eða refsingu. Þá er tekið fram að leiðbeiningarskyldan gildi ekki þegar aðilanum má vera ljóst um að slíkur réttur sé fyrir hendi.

Til að stjórnvöld uppfylli leiðbeiningarskyldu sína samkvæmt ákvæðinu er nóg að láta aðila vita á með almennum hætti um réttinn til að fella ekki á sig sök. Ákvæðið lýtur að leiðbeiningarskyldu stjórnvalda og umfang þess er því töluvert minna en samkvæmt

⁸⁰ Ákvæðið hljóðar svo:

§ 48. (orientering om taushetsrett mv.)

I sak om administrativ sanksjon skal forvaltningsorganet gjøre parter som det er aktuelt for, oppmerksom på at det kan foreligge en rett til ikke å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen vil kunne utsette vedkommende for administrativ sanksjon eller straff. Orienteringsplikten gjelder ikke der parten må antas å være kjent med at det kan foreligge en slik rett.

ákvæðinu sem stóð til að lögfesta árið 2003 sem veitti aðila fortakslausan rétt til þess að tjá sig ekki eða afhenda ekki gögn. Skylda stjórnvalda til að upplýsa aðila um réttinn nær aðeins til aðila sem raunverulega njóta réttarins. Þá er stjórnvöldum jafnframt ekki skylt að upplýsa aðila um réttinn í öllum tilvikum jafnvel þegar aðili er borinn sök í skilningi 6. gr. MSE ef viðkomandi er meðvitaður um að rétturinn sé fyrir hendi.

Til viðbótar var sett sambærilegt ákvæði í norsku skattalögin, sbr. grein 14-9.81. Þar segir að ef um sé að ræða álag (n. tilleggsskatt) eða stjórnvaldssektir (n. overtredelsesgebyr) skuli skattyfirvöld, að því marki sem nauðsynlegt er fyrir aðila til að gæta hagsmuna sinna í máli, leiðbeina skattskyldum aðila og þriðja aðila um gildissvið réttarins til að svara ekki spurningum eða að afhenda skjöl eða hluti þegar svarið eða upplýsingarnar geti leitt til þess að viðkomandi verði gert að greiða álag eða sæta refsingu. Í athugasemdum með frumvarpi laganna kemur fram að skattyfirvöld þurfi að leiðbeina aðila er eftirliti sætir (n. kontrollsobjektene) um umfang réttarins til að svara ekki spurningum. Löggjafinn hefur þannig valið sömu nálgun varðandi vernd aðila samkvæmt skattalögunum og í norsku stjórnslögunum.

3.3 Íslenskur réttur

3.3.1 Hvernig hafa réttindin verið lögfest hér á landi?

Ekki hafa verið lögfest almenn ákvæði um þagnarréttinn og réttinn til að fella ekki á sig sök í stjórnslögunum eins og í sakamálaöllum. Þannig er ekkert ákvæði í stjórnslögunum nr. 37/1993 (hér eftir „stjórnslög“ eða „ssl.“) sem áréttar og útfærir réttindin fyrir stjórnslögunum. Sett hafa verið ýmis ákvæði í sérlög um réttindin og hefur þeim fjölgað síðasta áratuginn. Sem dæmi má nefna 143. gr. laga nr. 108/2007, um verðbréfavíðskipti. Þar segir að í máli sem beinist að einstaklingi og lokið geti með álagningu stjórnvaldssekta eða kærðu til lögreglu hafi maður, sem rökstuddur grunur leikur á að hafi gerst sekur um lögbrot, rétt til að neita að svara spurningum eða afhenda gögn eða muni nema hægt sé að útiloka að það geti haft þýðingu fyrir ákvörðun

⁸¹ Ákvæðið hljóðar svo:

§ 14-9. Veiledning om taushetsrett mv.

I sak om tilleggsskatt eller overtredelsesgebyr skal skattemyndighetene, så langt det er nødvendig for at en part kan ivareta sine interesser i saken, veilede skattepliktig og tredjepart om rekkevidden av retten til ikke å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen kan utsette vedkommende for tilleggsskatt, overtredelsesgebyr eller straff.

um brot hans. Fjármálaeftirlitið skuli leiðbeina hinum grunaða um þennan rétt. Ýmis ákvæði eru sama marki brennd.⁸² Á 135. lögjafarþingi, þ.e. árið 2007-2008, var lagt fram frumvarp til breytinga á stjórnýslulögum sem fól í sér að bæta við nýjum kafla um stjórnýsluviðurlög.⁸³ Frumvarpið náði ekki fram að ganga. Í frumvarpinu var lagt til að sett yrði almennt ákvæði um réttindin í stjórnýslulög. Var frumvarpsgreinin sambærileg fyrrnefndu ákvæði 143. gr. laga nr. 108/2007. Hefði frumvarpið orðið að lögum hefði ákvæðið um réttindin tekið til allrar stjórnýslunnar að því marki sem hún félli undir gildissvið stjórnýslulaga og kaflans um stjórnýsluviðurlög.

Þótt algengasta fyrirkomulagið sé það sem er að finna í 143. gr. laga nr. 108/2007 finnast dæmi um viðtækari útfærslu í 4. mgr. 10. gr. laga nr. 68/2011, um rannsóknarnefndir. Í því segir meðal annars að skylda til afhendingar gagna og til að láta af hendi upplýsingar og svör, sbr. 7. gr., og til að láta af hendi upplýsingar við skýrslugjöf, sbr. 8. gr., sé þó ekki fyrir hendi ef ætla megi að í henni geti falist játning eða bending um að sá sem beðinn er um að afhenda gögnin eða láta af hendi upplýsingar hafi framið refsiverðan verknað eða atriði sem valdi honum siðferðislegum hnekki eða tilfinnanlegu fjárhagstjóni. Sama eigi við ef ætla megi að afhending gagna eða veiting upplýsinga hefði sömu afleiðingar fyrir einhvern þann sem tengist viðkomandi með þeim hætti sem segir í 1. og 2. mgr. 117. gr. sml. Í umræddum ákvæðum sakamálalaga er fjallað um aðila sem geta skorast undan því að gefa vitnaskýrslu.

Aðra tilhögun á efni lagaákvæðis en að framan greinir er að finna í 2. mgr. 42. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005. Þar segir að ekki sé heimilt að nota upplýsingar sem fyrirvarsmaður fyrirtækis hafi veitt Samkeppniseftirlitinu sem sönnunargagn í sakamáli sem höfðað sé gegn honum vegna brota sem tilgreind séu í 41. gr. a.⁸⁴ Einnig eru dæmi

⁸² Sjá til dæmis 112. gr. laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, 15. gr. c laga nr. 87/1992, um gjaldeyrimál, og 50. gr. laga nr. 90/2018, um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga.

⁸³ Alþt. 2007-2008, 135. löggj.þ., þskj. 837.

⁸⁴ Ákvæðinu var ætlað að skerpa á þagnarrétti einstaklinga. Einnig var tekið fram að ákvæðið hefði þá þýðingu að fyrirvarsmaður fyrirtækis gæti ekki neitað að veita Samkeppniseftirlitinu upplýsingar til notkunar í stjórnýslumáli gegn viðkomandi fyrirtæki á þeim grundvelli að þær yrðu síðar notaðar gegn honum persónulega í sakamáli. Einnig var horft til réttar lögáðila til að fella ekki á sig sök í Evrópurétti. Sjá Alþt. 2006-2007, 133. löggj.þ., þskj. 788. Ákvæði 5. mgr. 10. gr. laga nr. 68/2011, um rannsóknarnefndir, er sambærilegt.

Þess að stjórnvöldum beri að fara eftir sakamála lögum við meðferð mála. Í því sambandi má benda á 7. mgr. 103. gr. laga nr. 90/2003, um tekjuskatt. Samkvæmt ákvæðinu ber skattrannsóknarstjóra að gæta ákvæða sakamála laga við rannsóknaraðgerðir eftir því sem við getur átt, einkum varðandi réttarstöðu grunaðra manna á rannsóknarstigi. Af því leiðir að skattrannsóknarstjóra ber að gæta að VII. kafla sml.

Í framangreindum lagaákvæðum er mælt fyrir um þrenns konar réttindi. Í *fyrsta lagi* rétt til að svara ekki spurningum sem og að neita að afhenda gögn og upplýsingar við vissar aðstæður. Í *öðru lagi* leiðbeiningarskyldu stjórnvalds um réttindin. Í *þriðja lagi* bann við notkun gagna og upplýsinga í sakamáli sem hefur verið aflað með ákveðnum hætti við meðferð annarra mála. Ljóst er því að unnt er að fara ýmsar leiðir við lögfestingu á ákvæðum um réttindin. Til samanburðar má rifja upp að í fyrrnefndri 10. gr. svokallaðra rettsikkerhedslov í Danmörku er að finna ákvæði um réttindin. Upphafsmálgrein ákvæðisins er að nokkru leyti sambærileg fyrrnefndri 143. gr. laga nr. 108/2007 og í 3. mgr. ákvæðisins er mælt fyrir um leiðbeiningarskyldu stjórnvalda. Þá var norsku stjórnsýslulögunum breytt árið 2016 eins og fyrr getur. Eins og rakið hefur verið var ekki farin sama leið og í Danmörku. Sérstaklega var ákveðið að lögfesta ekki almennt ákvæði um réttinn til að svara ekki spurningum eða neita að afhenda gögn og upplýsingar við vissar aðstæður. Í staðinn er nú að finna ákvæði í 48. gr. norsku stjórnsýslulaganna um leiðbeiningarskyldu stjórnvalda um réttindin.

Þótt lagaákvæði um réttindin sé að finna á víð og dreif í lögum og þeim hafi fjölgað hafa ekki verið lögfest ákvæði í öllum tilvikum sem stjórnvöld hafa heimild til að leggja á stjórnvaldssekt. Ástæða þess kann að vera sú í ýmsum tilvikum að heimildin til að leggja á stjórnvaldssekt sé bundin við lögaðila og að baki búi sú afstaða að réttindin taki ekki til þeirra eða gildi að minnsta kosti ekki fullum fetum. Til að mynda er kveðið á um í 22. gr. laga nr. 57/2005, um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu, að Neytendastofa geti lagt stjórnvaldssektir á fyrirtæki vegna ákveðinna brota. Í lögunum er ekki finna ákvæði um réttindin. Fleiri dæmi eru svipuð.⁸⁵ Til marks um þessa afstöðu má

⁸⁵ Sjá einnig til dæmis lög nr. 3/2006, um ársreikninga, en í 120. gr. er kveðið á um sektarheimildir vegna félaga, sektarheimild í 11. gr. laga nr. 72/1994, um merkingar og upplýsingaskyldu um vörur sem tengjast orkunýtingu, sektarheimild í 25. gr. e laga nr. 57/2005, um brunavarnir, sektarheimild í 14. gr. laga nr. 42/2009, um visthönnun sem tengist orkunotkun, sektarheimild í 4. gr. laga nr. 78/2014, um greiðslur yfir landmæri í evrum, og sektarheimild í 31. gr. laga nr. 11/2008, um sértryggð skuldabréf. Ekki hefur

einnig benda á að þegar kveðið er á um réttindin í lögum eru þau oftast takmörkuð við einstaklinga. Ákvæðin bera ýmist yfirskriftina „réttur manna til að fella ekki á sig sök“, „réttur einstaklinga“ eða „réttur grunaðs manns“. Í sumum tilvikum hafa þau þó ekkert heiti.⁸⁶ Þau ákvæði eru sambærileg 143. gr. laga nr. 108/2007, um verðbréfa-viðskipti, og er það algengasta útfærslan á lögfestingu réttindanna. Framangreind ástæða útskýrir þó ekki fyrirkomulag þessara mála í öllum lagabálkum. Þannig er til dæmis kveðið á um stjórnvaldssektir einstaklinga eða lögaðila í 25. gr. laga nr. 155/2018, um landgræðslu, án þess að kveðið sé á um réttinn til að fella ekki á sig sök. Fleiri lagabálkar eru á sömu lund.⁸⁷

Þegar ekki hafa verið sett ákvæði í sérlög um réttindin eða það reynir á atriði sem sérlagaákvæðin taka ekki á ræðst réttarstaðan af því hvernig 1. mgr. 6. gr. MSE og 1. mgr. 70. gr. stjkskr. horfa við í stjórnýslumálum. Beiting mannréttindareglanna er ekki vandalaus. Helgast það meðal annars af því að ákveðinnar réttaróvissu gætir um hvernig réttindin eiga við í stjórnýslumálum. Dómar á vettvangi Mannréttindadómstóls Evrópu um þetta efni eru fáir.⁸⁸ Þá er heldur

verið athugað hvort sá greinarmunur sem er gerður á einstökum lögum eigi rætur að rekja til EES-réttar.

⁸⁶ Um þessi lagaákvæði sjá til dæmis 50. gr. laga nr. 90/2018, um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga, 63. gr. efnalaga nr. 61/2013, 9. gr. j laga nr. 22/1994, um eftirlit með fóðri, áburði og sáðvöru, 67. gr. laga nr. 128/2011, um verðbréfasjóði, fjárfestingarsjóði og fagfestasjóði, 35. gr. laga nr. 110/2007, um kauphallir, 34. gr. b laga nr. 131/1997, um rafræna eignarskráningu verðbréfa, 99. gr. laga nr. 56/2010, um váttryggingastarfsemi, 167. gr. laga nr. 100/2016, um váttryggingastarfsemi, 48. gr. laga nr. 140/2018, um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka, 10. gr. laga nr. 15/2018, um afleiðuviðskipti, miðlæga mótaðila og afleiðuviðskiptaskrár, 4. mgr. 77. gr. laga nr. 120/2011, um greiðsluþjónustu, 4. mgr. 18. gr. innheimtulaga nr. 95/2008, 10. mgr. 3. gr. laga nr. 50/2017, um lánshæfismatsfyrirtæki, 8. gr. laga nr. 55/2017, um skortsölu og skuldtryggingar, 4. mgr. 43. gr. laga nr. 17/2013, um útgáfu og meðferð rafeyris, og 52. gr. laga nr. 60/2017, um váttryggingasamtæður.

⁸⁷ Sjá einnig 55. gr. laga nr. 155/2018, um lax- og silungsveiðar, um stjórnvaldssektir á skipstjóra, 13. gr. laga nr. 65/2015, um leigu skráningarskyldra ökutækja, 2. mgr. 59. gr. vegalaga nr. 80/2007, 18. gr. laga nr. 95/2016, um timbur og timburvörur, 18. gr. laga nr. 146/1996, um öryggi raforkuvirkja, neysluveitna og raffanga, 34. gr. laga nr. 130/2014, um vernd afurðarheita sem vísa til uppruna, landssvæðis eða hefðbundinnar sérstöðu, og 22. gr. a laga nr. 85/2007, um veitingastaði, gististaði og skemmtanahald. Ekki hefur verið tekin afstaða til þess hvort sektarheimildirnar í þessum lögum teljist refsingar eða viðurlög í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE.

⁸⁸ Jens Edvin A. Skoghøj: „Forvaltningssanskjoner, EMK og Grunnloven“, bls. 321 og Jens Garde o.fl. (ritstj.): *Forvaltningsret. Sagsbehandling*, bls. 30, segja að óvissu hafi gætt árum saman um réttindin í Danmörku og hafi verið rætt um þau lengi áður en rettsikkhedsloven hafi verið sett.

ekki alltaf ljóst hvernig eigi að beita þeim sjónarmiðum og viðmiðum sem þar koma fram fyrir önnur tilvik en beinlínis reyndi á í dómunum enda ræðst niðurstaðan af heildstæðu og atviksbundnu mati. Enn fremur hefur verið bent á að ekki verði alltaf séð að fullt samræmi sé á milli dómanna.⁸⁹ Þá hafa fáir dómar verið kveðnir upp hér á landi þar sem reynt hefur á réttindin í tengslum við stjórnsýsluna en þó má benda á *Hrd. 16. mars 2007 í máli nr. 92/2007 (olíufélög)*. Þessi staða kann að skapa vandkvæði í framkvæmd þar sem stjórnvöld eru jafn misjöfn og þau eru mörg. Það hafa ekki öll stjórnvöld sömu reynslu af beitingu réttindanna og lögreglan og handhafar ákærvalds. Því er mikilvægt að stjórnvöld kortleggi hvernig reynt geti á réttindin í málum hjá þeim og starfsmönnum stjórnsýslunnar sé veitt fræðsla um þau.

3.3.2 *Nánar um algengasta fyrirkomulagið hér á landi*

Eins og gerð var grein fyrir hér á undan er ekki að finna almennt ákvæði um þagnarréttinn og réttinn til að fella ekki á sig sök í stjórnsýslulögum en á 135. löggjafarþingi var gerð tillaga um slíkt lagaákvæði. Frumvarpið náði ekki fram að ganga. Ákvæðið var, sem fyrir segir, sambærilegt við til dæmis 112. gr. laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, en það hefur að geyma algengasta fyrirkomulagið á lögfestingu réttarins hér á landi. Ákvæðið hljóðar svo:

Í máli sem beinist að einstaklingi og lokið getur með álagningu stjórnvaldssekta eða kæru til lögreglu hefur maður, sem rökstuddur grunur leikur á að hafi gerst sekur um lögbot, rétt til að neita að svara spurningum eða afhenda gögn eða muni nema hægt sé að útiloka að það geti haft þýðingu fyrir ákvörðun um brot hans. Fjármálaeftirlitið skal leiðbeina hinum grunaða um þennan rétt.

Þegar ákvæðið er borið saman við 1. og 3. mgr. 10. gr. rettsikkerhedsloven og tillöguna sem var lögð fram árið 2003 í Noregi er ljóst að það byggir á þeim. Líkt og vikið var að hér að framan eru einnig til dæmi um aðra tilhögun á lögfestingu réttindanna hér á landi en ekki verður fjallað nánar um þær hér. Í staðinn verður farið minnst á nokkur atriði í tengslum við sérlagaákvæði eins og 112. gr. laga nr. 161/2002.

Nokkur atriði varðandi sérlagaákvæðin eru eftirtektarverð. Í *fyrsta lagi* eru ákvæðin bundin við einstaklinga. Verði þróunin sú að lögaðilar

⁸⁹ Karen Reid: *A Practioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 313, þar sem segir á bls. 315 að erfitt er að samrýma MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi og MDE J.B. gegn Sviss.

njóti réttinda samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE fer um þá réttarvernd eftir því ákvæði.⁹⁰ Bæði í Danmörku og Noregi hefur verið farin sú leið að takmarka réttarverndina ekki við einstaklinga. Rétt er þó að halda því til haga að ef lögaðilar njóta réttindanna er ekki ósennilegt að réttarvernd þeirra verði takmarkaðri en réttarvernd einstaklinga.

Í öðru lagi eru ákvæðin almennt bundin við álagningu stjórnvaldssekta en taka ekki til annarra stjórnýsluviðurlaga sem geta fallið undir 1. mgr. 6. gr. MSE.

Í þriðja lagi eru ákvæðin ekki bundin við gildissvið MSE eins og til dæmis IX. kafli norsku stjórnýslulaganna. Því er ekki útilokað að þau taki til stjórnvaldssekta sem falla utan við 1. mgr. 6. gr. MSE þó það sé ósennilegt. Líklega tekur orðalagið „rökstuddur grunur um að hafi gerst sekur um lögbrot“ til flestra tilvika þar sem maður hefur verið borinn sök um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE en einhver frávik kunna að vera frá því. Það ræðst þó af því hvernig ákvæðin verða túlkuð.

Í fjórða lagi kunna að rísa upp álitæfni í tengslum við orðalagið „kæra“. Ákveðin rök eru fyrir því að mál sem byggjast á framsendingarskyldu eða -heimild falli einnig undir ákvæðið en það ræðst þó af túlkun þess.

Í fimmta lagi er ekki gerður neinn greinarmunur á gögnum og munum eftir því til dæmis hvort þau hafi sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila, sbr. *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*. Þá er rétturinn til að svara spurningum ekki háður öðrum takmörkunum nema að útilokað sé að upplýsingar hafi þýðingu fyrir ákvörðun um brot. Þannig er ekki gert ráð fyrir tilvikum eins og þeim sem voru uppi í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE Lückhoff og Spanner gegn Austurríki*.

Með skírskotun til framangreinds kunna sérлагаákvæðin að ganga lengra en gerð er krafa um samkvæmt dómaframkvæmd Mannréttinda-dómstóls Evrópu.

4. Réttaráhrif brota á réttindunum í stjórnýslunni

4.1 Ólík stig máls og aðstæður

Brot á þagnarréttinum og réttinum til að fella ekki á sig sök samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE og eftir atvikum 1. mgr. 70. gr. stjkskr. hafa í för með sér sömu réttaráhrif og brot á réttinum til réttlátrar málsmeðferðar fyrir dómi enda eru þau liður í þeim rétti. Í þessu sambandi má minna á að

⁹⁰ Um þessa mögulegu þróun, sjá til dæmis Jens Møller: „Forbud mod selvinkriminering i forvaltningsretten“, bls. 263.

með dómi Hæstaréttar í *Hrd. 16. mars 2007 (mál nr. 92/2007) (olíufélög)* var ákæru á hendur sakborningum vísað frá dómi. Einnig var horft framhjá tilteknum sönnunargögnum við úrlausn máls í *Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 842/2014) (símhlustun)*. Þá leysti Hæstiréttur úr máli án þess að byggja á umdeildu þvagsýni í *Hrd. 30. október 2008 (máli nr. 236/2008) (þvagsýni)*. Rétturinn tók þó ekki afstöðu til þess hvort þess hefði verið aflað með ólögætum hætti og hvaða afleiðingar það ætti hafa eins og gert var í *Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 842/2014) (símhlustun)*. Hér verður stiklað á stóru um réttaráhrif brota á réttindunum í stjórnáslunni. Sérstaklega hafa verið höfð í huga réttindin samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE en sama kann að eiga við vegna brota á réttindunum samkvæmt 1. mgr. 70. gr. stjkskr. og eftir atvikum sérlagaákvæðum.

Við umfjöllunarefnið verður að huga að þrennu. Í *fyrsta lagi* hvers konar brot er um að ræða hverju sinni, þ.e. var ekki gætt að leiðbeiningarskyldu, var gagna aflað með ótilhlýðilegri þvingun eða voru gögn, sem var aflað með slíkum hætti í öðru máli, notuð í síðara sakamáli. Í *öðru lagi* verður kanna á hvaða stigi máls eða við hvers konar aðstæður reynir á réttaráhrif brotanna. Til að mynda hvort álitaefnin komi til skoðunar hjá eftirlitsstjórnvaldi sjálfu eða fyrir dómstóli og hvort mál sé enn í gangi eða því lokið. Í *þriðja lagi* ber að hafa hugfast að aðilar geta látið reyna á ólíkar afleiðingar brota. Þannig geta þeir til dæmis farið fram á ógildingu stjórnvaldsákvörðunar eða krafist skaðabóta. Með þetta í huga verður nú vikið að nokkrum aðstæðum þar sem kann að reyna á réttaráhrif brota á réttindunum.

4.2 Eftirlitsstjórnvald stendur frammi fyrir því að taka ákvörðun um efni máls

Máli getur lokið hjá eftirlitsstjórnvaldi með ákvörðun um efni máls, svo sem ákvörðun þar sem til greina kemur að leggja stjórnvaldssekt á aðila. Segjum að stjórnvald hafi fengið gögn í hendur án þess að hafa gætt að leiðbeiningarskyldu sinni um réttindin. Stjórnvaldið stendur nú frammi fyrir því að taka ákvörðun í máli. Virðist nærtækasta niðurstaðan vera sú að stjórnvaldið geti ekki byggt á umræddum gögnum. Minna má þó á að mat á því hvort málsmeðferð sé réttlát vegna þess að stuðst hafi verið við „ólögæt“ sönnunargögn er ávallt heildstætt og ólögæti er aðeins einn þáttur í matinu samkvæmt 1.

mgr. 6. gr. MSE.⁹¹ Ef leiðbeiningarskyldan hefur verið brotin án þess að það hafi komið að sök en aðili hefur enn þörf fyrir leiðbeiningar af einhverri ástæðu verður að telja að stjórnvaldinu beri að leiðbeina honum sem fyrst.

Ef stjórnvald sem hefur aflað gagna og upplýsinga með ótilhlýðilegri þvingun þannig að í bága fari við réttindin stendur frammi fyrir að taka ákvörðun um efni máls virðist niðurstaðan vera á sama veg. Ekki er heimilt að styðjast við gögnin við úrlausn málsins. Sjá til hliðsjónar *Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 842/2014) (símhlustun)* þar sem að vísu reyndi ekki á þýðingu gagna í stjórnýslumáli.

Hér verður ekki fjallað nánar um það vandasama álitaefni hvort ákveðin „smithætta“ sé af gögnum og upplýsingum með þeim hætti að málið í heild ónýtist með þeim afleiðingum að stjórnvaldið getur ekki tekið ákvörðun þar sem einfaldlega er litið framhjá gögnunum, eins og gert var í *Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 842/2014) (símhlustun)*. Sjá í þessu sambandi til hliðsjónar *Hrd. 16. mars 2007 (máli nr. 92/2007) (olíufélög)*. Í þessu samhengi kann að reyna á hvort umrædd sönnunargögn séu eina sönnunargagnið eða hafi afgerandi vægi. Þannig gæti haft þýðingu hvort niðurstaða byggist einnig á öðrum sönnunargögnum. Jafnframt kann að reyna á hvernig sönnunargögnin tengjast öðrum sönnunargögnum málsins og hversu auðveldlega þau verða aðskilin frá þeim.

Segjum að aðili máls hafi í samræmi við rétt sinn neitað að tjá sig eða afhenda gögn og upplýsingar og nú standi eftirlitstjórnvald frammi fyrir því að taka ákvörðun í máli. Við þessar aðstæður reynir ekki á brot á réttindunum. Vert er þó að minna á að eftirlitsstjórnvaldið verður að gæta að því að sönnunarmatið fari ekki í bága við réttindin og 2. mgr. 6. gr. MSE, svo sem með því að byggja niðurstöðu um að aðili hafi gerst brotlegur við lög einvörðungu á þögn hans eða synjun um að afhenda gögn og upplýsingar, sbr. til hliðsjónar *MDE John Murray gegn Stóra-Bretlandi*.⁹²

⁹¹ Í tengslum við mat á sönnunargögnum og réttinn til að fella ekki á sig sök er að finna lista yfir áhrifaþætti í mgr. 247 í *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*. Ólögmat sönnunargögn er að finna í c-lið listans.

⁹² Um sönnun í stjórnýslunni sjá Pál Hreinsson: *Stjórnýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 510-512 og 515-520. Sjá einnig til hliðsjónar Niels Fenger (ritstj.): *Forvaltningsret*, bls. 493, Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retssikkerhed. Proces*, bls. 45-48 og Sten Bønsing: *Almindelige forvaltningsret*, bls. 151-152.

4.3 Eftirlitsstjórnvald hefur tekið ákvörðun um efni máls

Ef eftirlitsstjórnvald tekur ákvörðun, þar sem byggt er á gögnum og upplýsingum, sem var aflað í andstöðu við réttindin, verður að telja að almennt sé um verulegan annmarka að ræða. Slík stjórnvaldsákvörðunin er því almennt ógildanleg. Enn á ný ber þó að minna á að mat á því hvort málsmeðferð sé réttlát er heildstætt og atviksbundið.⁹³

Hafi eftirlitsstjórnvald brotið í bága við leiðbeiningarskylduna án þess að það hafi komið að sök, þ.e. engra gagna eða upplýsinga var aflað sem fella sök á viðkomandi, verður að leggja mat á aðstæður allar í ljósi þess hvort reynt hafi á leiðbeiningarregluna sem verklagsreglu eða öryggisreglu.⁹⁴ Í fyrra tilvikinu er ákvörðun væntanlega ekki ógildanleg en hún er það mögulega í síðara tilvikinu. Í því sambandi kann að reyna á hvort ótilhlýðileg þvingun í máli hafi verið alvarleg.⁹⁵

Sé staðan sú að aðili hefur neitað að tjá sig eða afhenda gögn og upplýsingar og eftirlitsstjórnvald hefur við sönnunarmat sitt brotið gegn réttindunum eða 2. mgr. 6. gr. MSE er ákvörðunin sömuleiðis almennt haldin ógildingarannmarka. Á það að minnsta kosti við ef um mikilvægt atriði var að ræða.

Verði eftirlitsstjórnvald vart við að brotið hafi verið í bága við réttindin í máli sem nú þegar hefur verið tekin ákvörðun þarf það að taka afstöðu til þess hvort ákvörðun sé afturkallanleg, sbr. 2. tölul. 25. gr. ssl. Telji aðili máls að ákvörðun sé haldin ógildingarannmarka getur hann, innan tímaskilyrða, óskað eftir endurupptöku máls, sbr. 1. tölul. 1. mgr. 24. gr. ssl. og eftir atvikum óskráðar reglur um endurupptöku máls.

4.4 Eftirlitsstjórnvald fylgir broti á upplýsingaskyldu eftir

Eftirlitsstjórnvald kann að hafa krafið aðila um gögn og upplýsingar á grundvelli lagaskyldu að viðlagðri refsingu. Aðili máls neitar að afhenda gögnin og upplýsingarnar. Í framhaldinu er aðili ákærður þar sem til greina kemur að gera honum refsingu vegna brots á lagaskyldunni. Sé um ótilhlýðilega þvingun að ræða og brot á réttindunum ber að sýkna. Það mælir með sýknu í stað frávisunar við þessar aðstæður að málið lýtur aðeins að vanrækslu á upplýsingaskyldu sem aðila var ekki skylt að verða við. Hafi verið höfðað mál til

⁹³ Sjá til hliðsjónar til dæmis Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 146.

⁹⁴ Sjá til hliðsjónar Pál Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 913-914.

⁹⁵ Um ógildingu stjórnvaldsákvæðana, sjá Pál Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 913-926 og Arnar Þór Stefánsson: „Um ógildingu stjórnvaldsákvæðana“, bls. 261-315.

að knýja á um upplýsingagjöfina að viðlögðum dagsektum bæri jafnframt að sýkna af slíkri kröfu.

Ef eftirlitsstjórnvald hefur sjálft heimild til að ákveða stjórnvaldssekt í tilefni af broti á upplýsingaskyldu eða beita aðila þvingunarræðum á borð við dagsektir er ekki heimilt að taka ákvörðun þar sem slíkum úrræðum er beitt. Ástæða þess er sú að aðilanum var heimilt að synja að verða við upplýsingabeiðni og hefur því ekki gerst brotlegur við lög.

Geti eftirlitsstjórnvald hlutast til um að þvingunarráðstöfun í þágu rannsóknar máls sé beitt og beiðni um þvingunarráðstöfun felur í sér að brotið verði gegn réttindunum, sbr. til dæmis aðstöðuna í *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*, verður að gera ráð fyrir því að dómara beri að synja henni enda brjóti hún í bága við stjórnarskrá og MSE. Þegar opinberir starfsmenn fá fyrirskipun um að beita aðila líkamlegum eða andlegum þvingunum sem fara í bága við 3. gr. MSE og 1. mgr. 68. gr. stjtskr. verður að telja að þeir séu ekki skyldir til að fylgja henni þrátt fyrir 15. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, og 140. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Að öðru leyti vísast til reglna og sjónarmiða um hvenær opinberum starfsmanni er heimilt að láta hjá líða að fylgja fyrirskipun yfirboðara.⁹⁶

4.5 Mál er kært eða framsent til annars stjórnvalds

Segjum að eftirlitsstjórnvald hafi aflað gagna og upplýsinga í bága við réttindin og standi nú frammi fyrir því að kæra málið til annars stjórnvalds, sem hefur það hlutverk að úrskurða um brot, eða kæra eða framsenda málið til rannsóknar og dómsmeðferðar. Berist upplýsingar til úrskurðaraðilans eða lögreglu og handhafa ákærvalds verður að telja að þeim sé ekki heimilt að nota þær með þeim fyrirvara, sem áður hefur verið imprað á, að mat á hvort málsmeðferð sé réttlát, þar sem byggt er á „ólögmætum“ sönnunargögnum, er heildstætt og atviksbundið. Sé mál höfðað af hálfu ákærvaldsins er heldur ekki heimilt að byggja á gögnunum í dómsmáli, sbr. fyrrnefnd *Hrd. 16. mars 2007 (mál nr. 92/2007) (olíufélög)* og *Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 842/2014) (símhlustun)*. Hafi gögn og upplýsingar verið notuð í dómsmáli kann það að valda því að dómi verði áfrýjað af hálfu aðila og hann að lokum ómerktur. Þá kann einnig að reyna á endurupptöku dómsmáls og að lokum kæru til Mannréttindadómstóls Evrópu, séu skilyrði til þess uppfyllt.

⁹⁶ Sjá til hliðsjónar Hafstein Dan Kristjánsson: „Heimildir stjórnvalda til að taka afstöðu til þess hvort lög samrýmist stjórnarskránni“, bls. 91-93.

Sú spurning vaknar hver eigi að taka afstöðu til þess hvort gögn séu framsend eða notuð. Er það eftirlitsstjórnvaldið sem metur hvort eigi að framsenda gögnin og upplýsingarnar eða er það viðtakandans að meta? Ekki verður leyst úr þessu álitaefni hér að öðru leyti en með því að benda á eftirfarandi sjónarmið: Annars vegar kann að koma til skoðunar hvort um skýrt brot á réttindunum sé að ræða. Sé ekki um skýrt brot að ræða kann að vera málefnalegt og eðlilegt af hálfu eftirlitsstjórnvalds að framsenda gögnin og upplýsingarnar og fela viðtakandanum að meta hvort styðjast eigi við þau. Eftirlitsstjórnvaldinu ber þó að vekja athygli viðtakandans á álitaefninu. Hins vegar kann framsending að skapa hættu á því að mál ónýtist ef talið verður að slík gögn og upplýsingar valdi „smithættu“ eða hafi „smitáhrif“, sbr. til hliðsjónar *Hrd. 16. mars 2007 (mál nr. 92/2007) (olíufélög)* og þau sjónarmið sem voru reifuð hér að ofan.

Auk framangreinds kann íslenska ríkið að vera bótaskyldt gagnvart aðila máls.

5. Lokaorð

Í sérstaka hlutanum var fjallað um þá stöðu þegar stjórnvöld krefja aðila máls, sem borinn er sök um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE, um gögn og upplýsingar á grundvelli lagaskyldu þess efnis að viðlagðri refsingu. Í því sambandi voru lykildómar greindir og gerð grein fyrir viðhorfum höfundar til réttarstöðunnar á grundvelli þeirra. Lögð var áhersla á að um heildstætt og atviksbundið mat væri að ræða á grundvelli nokkurra sjónarmiða. Vegna þess bæri að forðast að draga of afdráttarlausar ályktanir af einstökum dómum. Í framhaldinu voru síðan rakin dæmi um lagaákvæði um lögfestingu réttindanna á sviði stjórnsýslunnar í dönskum, norskum og íslenskum rétti. Að lokum var velt upp hvernig geti reynt á réttaráhrif brota á réttindunum í stjórnsýslunni og bent á mögulegar lausnir í því sambandi. Ítreka má það sem fram kom í kafla 3.3.1 að mikilvægt er að stjórnvöld kortleggi hvernig geti reynt á réttindin hjá þeim og að starfsmönnum verði veitt fræðsla um þau. Verður nú varpað fram þeirri spurningu hvort tilefni sé til að lögfesta almennt ákvæði um réttindin í stjórnsýslulög. Þótt umfjöllunin einskorðist við þau lög kunna sum þeirra sjónarmiða, sem reifuð eru, einnig að eiga við um hvort tilefni sé til að lögfesta fleiri ákvæði í sérlög.

Eins og að framan greinir hafa verið farnar ólíkar leiðir í nágrannaríkjum okkar. Í Danmörku hefur verið lögfest víðtækt og almennt ákvæði um réttindin í 10. gr. retssikkerhedsloven. Í

upphafsmálgrein þess er, sem fyrr segir, mælt fyrir um rétt aðila til að neita að svara spurningum og að afhenda gögn og upplýsingar við vissar aðstæður. Með ákvæðinu eru réttindin gerð algild. Ákvæðið nær til allrar stjórnsýslunnar. Jafnframt er það ekki takmarkað við einstaklinga. Þá er ekki gerður neinn greinarmunur eftir sviðum stjórnsýslunnar eða eðli gagna og upplýsinga. Verður með rökum talið að lagaákvæðið gangi lengra en leiðir af 1. mgr. 6. gr. MSE, sbr. umfjöllunina í 2. kafla, enda eru það nokkuð afdráttarlaust og tekur ekki mið af því heildstæða mati sem áskilið er samkvæmt dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu. Í því sambandi má einnig benda á að sumir þeirra dóma, þar sem ekki var talið að um brot á réttindunum væri að ræða við þessar aðstæður, voru kveðnir upp eftir að lögin tóku gildi. Áréttað er að réttindin samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE eru ekki algild.

Þótt upphaflega hafi verið gerð tillaga um að fara sambærilega leið í Noregi var ákveðið að gera það ekki. Byggðist sú afstaða á því að tillagan, sem var sama marki brennd og danska lagaákvæðið, gengi lengra en nauðsyn bæri til samkvæmt þeim kröfum sem eru gerðar í dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu. Í því sambandi var sérstaklega vísað til ákveðinna dóma þar sem réttindin voru ekki talin brotin þótt aðili væri krafinn um upplýsingar í tengslum við sakamál á hendur honum. Enn fremur var vísað til skilvirknissjónarmiða. Afstaðan var sú að ekki væri almennt bann gegn því að krefjast upplýsinga samkvæmt lagaheimild að viðlagðri refsingu.⁹⁷ Í staðinn var farin sú leið að færa í lög sérstaka leiðbeiningarskyldu um réttindin, sbr. 48. gr. norsku stjórnsýslulaganna. Var gildissvið IX. kafla norsku stjórnsýslulaganna, þar sem ákvæðið er að finna, jafnframt bundið við þau tilvik þegar um refsivert brot í skilningi MSE væri að ræða. Nú hefur komið fram tillaga að nýjum heildarstjórnsýslulögum í Noregi. Í tillögunni er ekki gert ráð fyrir því að víkja af þeirri braut sem nú er fylgt.⁹⁸

Þá má jafnframt benda á að skattfyrvöld í Bretlandi hafa útibúið samantekt fyrir skattaðila í tengslum við 6. gr. MSE. Þar kemur fram að rétturinn til að fella ekki á sig sök nái ekki til upplýsinga eða gagna sem þegar eru til ef skattfyrvöld hafa heimild til að óska eftir þeim.⁹⁹

⁹⁷ *Prop. 62 L*, bls. 136 og einnig 139.

⁹⁸ Tillögun er að finna í *NOU 2019:13*.

⁹⁹ Sjá HMRC, Compliance checks series – CC/FS9. The Human Rights Act and penalties: „When we’re considering penalties you’ve the right under Article 6 not to answer our questions. This is sometimes called the right not to self-incriminate or the right to silence. This right does not cover information or documents that already exist. This means that

Þegar lagt er mat á hvort tilefni sé til að lögfesta almennt ákvæði í stjórnýslulög er unnt að hafa hliðsjón af ýmsum sjónarmiðum. Í *fyrsta lagi* hvort lagaákvæði treysti réttaröryggi borgaranna, svo sem með því að treysta réttindin og vegna sjónarmiða um skýrleika og fyrirsjáanleika (réttaröryggissjónarmið). Í *öðru lagi* hvort lagaákvæði myndi auðvelda beitingu réttindanna og gera stjórnýsluna skilvirkari (skilvirknis-sjónarmið). Í *þriðja lagi* hvort lagaákvæði hefði upplýsinga- og fræðslugildi fyrir stjórnvöld og borgarana (fræðslusjónarmið). Í *fjórða lagi* sjónarmið um einfaldara regluverk. Í *fimmta lagi* sjónarmið um samræmi milli lagabálka og réttarsviða (samræmissjónarmið).

Þau rök sem mæla með því að almennt ákvæði verði lögfest í stjórnýslulög, eins og stungið var upp á með frumvarpi til breytinga á stjórnýslulögum (stjórnýsluviðurlög) á 135. löggjafarþingi, er að slíkt ákvæði gæti treyst réttarverndina og aukið á skýrleika og fyrirsjáanleika fyrir borgarana sem og auðveldað beitingu réttindanna í stjórnýslumáli. Enn fremur gæti það haft upplýsinga- og fræðslugildi fyrir bæði stjórnvöld og borgarana. Að auki verður ekki horft framhá því að lagaákvæði um réttindin eru í sakamálaögum og ýmsum sérögum. Þó er ekki að finna sambærileg lagaákvæði í öllum tilvikum þar sem til dæmis er heimild til að leggja stjórnvaldssekt á einstaklinga. Réttaröryggis-, samræmis-, fræðslu- og einsleitni sjónarmið mæla því með lögfestingu lagaákvæðis.

Önnur rök mæla gegn lögfestingu almenns ákvæðis í stjórnýslulög. Líkt og oftsinnis hefur verið áréttað ráðast réttindin af heildstæðu og atviksbundnu mati á grundvelli nokkurra sjónarmiða. Af þeim sökum er erfiðleikum háð að lögfesta almennt ákvæði sem fangar inntak réttindanna að fullu. Þá er hættan ávallt sú að aðeins sé verið að endurtaka það sem nú þegar gildir samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE og 1. mgr. 70. gr. stjskr. Sjónarmið um einfaldara regluverk kunna að mæla gegn slíkri lögfestingu en fræðslusjónarmið með því, enda er ekki kveðið berum orðum á um réttindin í framangreindum réttarheimildum og nokkuð snúið er að greina dómaframkvæmdina. Einnig er það vandkvæðum bundið að orða lagaákvæði um hluta réttindanna sem tekur mið af matskenndu eðli þeirra. Þær leiðir sem hafa verið farnar hér á landi og í dönskum og norskum rétti hafa því verið að lögfesta hluta af inntaki réttindanna og í dönskum og íslenskum rétti hafa jafnvel verið settar nokkuð afdráttarlausar reglur sem ganga lengra en þær kröfur sem koma fram í dómaframkvæmd MDE

you must give us the information or documents that already exist, if we've a legal right to ask for them."

varðandi inntak 1. mgr. 6. gr. MSE. Sé sett almennt ákvæði um hluta réttindanna í stjórnýslulög skapast einnig sú hættu að stjórnvöld kynni sér aðeins þau lög en gleymi að huga að 1. mgr. 6. gr. MSE og 1. mgr. 70. gr. stjkskr.

Réttaröryggissjónarmið kunna að mæla því að lögfest sé afdráttarlaus regla sem gengur lengra en verndin samkvæmt MSE og stjórnarskrá. Með því er borgurunum fengin meiri vernd. Andspænis því standa þó skilvirknissjónarmið. Ekki má vængstýfa stjórnýsluna um of og gera stjórnvöldum illmögulegt að rækja þau lögbundnu verkefni sem þau sinna í þágu almannahagsmuna. Er sérstök hættu á því þegar hugað er að lögfestingu almenns ákvæðis. Ástæða þess er sú að það myndi taka til allra mála á öllum sviðum stjórnýslunnar. Hafa verður hugfast að stjórnýslan er fjölbreytt. Staðan er því ólík þeirri þegar reynir á réttindin hjá lögreglu og handhöfum ákærvalds í sakamálum í skilningi 1. gr. sml. Almenn og afdráttarlaus regla sem tekur til allrar stjórnýslunnar kann því að vera skaðlegri en sértæk regla í þessu sambandi. Sé gengið langt í að takmarka heimildir stjórnvalda til að afla upplýsinga verður róðurinn þungur fyrir mörg eftirlitsstjórnvöld. Þá má ekki gleyma því að ákvæði 2. mgr. 64. gr. og 2. mgr. 113. gr. sml. fjalla um að sakborningi og ákærða sé „óskýlt að svara spurningum“. Ákvæðin, sem virðist algild, taka ekki til gagna, muna og sýna ólíkt algengasta fyrirkomulaginu í sérlögum hér á landi.

Ef niðurstaðan er sú að engin stjórnvöld geta kafið þann sem er borinn sök um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE um nein gögn, muni eða upplýsingar, sama hvers eðlis eða efnis þau eru, verður erfiðleikum háð að halda uppi réttarvörslukerfi með stjórnýsluviðurlögum. Jafnframt þyrfti að opna á þann möguleika að eftirlitsstjórnvöld geti hlutast til um dómsúrskurð um afhendingu gagna og upplýsinga eða jafnvel að fjölga heimildum til þess að þau geti hlutast til um húsleit og haldlagningu. Með því eykst álagið á dómstólana og málsmeðferð stjórnvalda verður þunglamaleg.

Ljóst er af framansögðu að rök eru með og á móti lögfestingu almenns ákvæðis um þagnarréttinn og réttinn til þess að fella ekki á sig sök í stjórnýslunni. Sitt sýnist hverjum um vægi þeirra. Þá er hægt að fara ólíkar leiðir um hversu langt er gengið við að lögfesta réttinn.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Jonas Christoffersen: „Retten til tavshed over for håndhævelse af immaterialrettigheder“, bls. 321-322. Hann gerir grein fyrir þremur leiðum. Í fyrsta lagi þar sem eru víðtækar upplýsingarskyldur en takmarkanir á öflun og notkun gagna með ótilhlýðilegri þvingun, eins og í dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu. Í öðru lagi takmarkaðri upplýsingaskyldu en engar takmarkanir á gagna sem eru aflað í samræmi við hana, eins og í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins í samkeppnismálum. Í

Helstu rökin sem mæla gegn lögfestingu eiga við um tillögur sem eru afdráttarlausar og ganga lengra en krafa er um samkvæmt MSE. Að því virtu mætti ímynda sér lagaákvæði sem væri takmarkað við refsiverð brot í skilningi MSE og reynir að fanga inntak réttindanna samkvæmt dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins.

Af þeim réttindunum sem kemur til greina að lögfesta er einfaldast að orða leiðbeiningarskylduna um réttinn til að fella ekki á sig sök. Telja verður þó að hún felist nú þegar í 1. mgr. 7. gr. ssl. Lögfesting leiðbeiningarskyldu væri því til áréttingar og útfærslu.

Auk þess mætti lögfesta ákvæði um að í máli sem geti lokið með ákvörðun um refsivert brot í skilningi MSE eða kæru eða framsendingu til lögreglu hafi aðili máls, sem rökstuddur grunur leikur á að hafi gerst sekur um lögbrot,¹⁰¹ rétt til að neita að láta af té gögn og muni sem ekki hafa sjálfstæða tilvist óháð vilja hans eða sem aflað hefur verið með ótilhlýðilegum aðferðum nema hægt sé að útiloka að þau geti haft þýðingu fyrir ákvörðun um brot hans. Með slíku lagaákvæði væri leitast við að taka mið af grundvallardómum Mannréttindadómstóls Evrópu í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* sem og *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*. Þá yrði að vera skýrt í lögskýringargögnum að ótilhlýðilegar aðferðir taki til þeirrar stöðu þegar stjórnvöld krefjast (of) virkrar þátttöku aðila máls, svo sem til að afla eða útbúa gögn sjálfur í nokkrum mæli, leggja óhóflegar byrðar á aðila við að taka þátt í að upplýsa mál gegn sjálfum sér eða ganga langt við að fylgja eftir lögbundinni upplýsingaskyldu. Sjá í þessu sambandi þann skilning sem var lagður í *MDE Funke gegn Frakklandi*, *MDE J.B. gegn Sviss*, *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE Marttinen gegn Finnlandi* í 2. kafla. Einnig yrði að gera nánari grein fyrir viðmiðinu um sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Í báðum tilvikum yrði að vísa til MSE og dómaframkvæmdar Mannréttindadómstóls Evrópu. Þá væri heppilegra að opna á að lögaðilar geti notið réttindanna en við matið á ótilhlýðileika yrði tekið til mið af eðli aðilans.

Gera má sér í hugarlund tvær aðferðir í tengslum við þagnarréttinn. Annars vegar afdráttarlaust ákvæði sem tæki af skarið um að aðili hefði rétt til að neita að svara spurningum, eins og nú er kveðið á um í 2. mgr. 64. gr. og 2. mgr. 113. gr. sml. Telja verður að minni ókostir fylgi af

Þriðja lagi algild réttindin með sértækum upplýsingaskyldum sem undantekningum, sem virðist vera leiðin sem hafi verið farin í dönskum rétti. Sjá einnig Jonas Christoffersen: „Retlig kreolisering – om selvinkriminering i dansk, europæisk og amerikansk menneskeret“, bls. 250.

¹⁰¹ Einnig mætti orða þetta svo að aðili máls, sem borinn er sök um refsivert brot í skilningi MSE.

slíku afdráttarlausu lagaákvæði en fortakslausu lagaákvæði um gögn og upplýsingar. Það sem mælir með slíkri nálgun er að erfitt er að fanga aðstæðurnar í *MDE Weh gegn Austurríki*, *MDE Rieg gegn Austurríki*, *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, og *MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki* í lagaákvæði. Hins vegar mætti gera tilraun og takmarka réttinn í lagaákvæði við þær aðstæður þar sem ekki er um ótilhlýðilega þvingun að ræða eða óréttlætanagera takmörkun á réttinum.

Að síðustu mætti taka til skoðunar lögfestingu á notkun gagna sem hefur verið aflað í bága við réttindin. Þannig mætti færa í lög ákvæði um að stjórnvaldi sé ekki heimilt að byggja á sönnunargögnum sem hafi verið aflað í bága við þagnarréttinn og réttinn til að fella ekki á sig sök. Einnig mætti binda slíka takmörkun við sönnunargögn sem hafa verulegt vægi. Ekki verður lagt til hér að lögfesta ákvæði um sönnunarmat í tengslum við réttindin og 2. mgr. 6. gr. MSE. Í tengslum við það hefur verið horft til þess að almennt er ekki kveðið á um sönnun í stjórnáslunni með almennum hætti í lögum.¹⁰²

Abstract

The Rights to Remain Silent and Not to Incriminate Oneself in the Administration. The Special Part

The special part focuses on the situation where a person, who is charged with a crime in the sense of article 6 (1) of the European Convention on Human Rights, is required by law to produce materials or information in an administrative case or else risk being sanctioned. The article analyses key cases of the European Court of Human Rights in this regard. Next the author's views on how to interpret article 6 (1) and the cases is presented. After that the article discusses legal provisions that enshrine the rights to remain silent and not to incriminate oneself in the administration in Iceland, Denmark and Norway. Thereafter, the article analysis possible legal consequences of violations of the rights. Finally, the article discusses whether there is a need to enact a general provision concerning the rights in the Administrative Act and makes a few suggestions in that regard.

¹⁰² Sjá til hliðsjónar sambærilegar vangaveltur í norskum rétti um sönnun í *Prop. 62 L*, bls. 141.

Heimildir

Alþingistíðindi.

- Arnar Þór Stefánsson: „Um ógildingu stjórnvaldsákvarðana“. *Úlfjótur* 2. tbl. 2005, bls. 261-315.
- Björg Thorarensen. „Réttur aðila að stjórnslumáli til að fella ekki á sig sök“. *Rannsóknir í félagsvísindum VI: lagadeild*. Ritstj. Róbert R. Spanó. Reykjavík 2005.
- Björg Thorarensen og Ásgerður Ragnarsdóttir: *Alitsgerð um rétt til að fella ekki á sig sök á stjórnsýslustigi*. Skýrsla nefndar við viðurlög við efnahagsbrotum. Reykjavík 12. október 2006.
- Bjørn O. Berg: *Forvaltningssanksjoner*. Oslo 2005.
- D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates og C.M. Buckley: *Harris, O'Boyle and Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*. 4. útg. Oxford 2018.
- Det kongelige justis- og beredskapsdepartment. *Prop. 62 L* (2015-2016). Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak). Endringer i forvaldningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.).
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Heimildir stjórnvalda til að taka afstöðu til þess hvort lög samrýmst stjórnarskránni“. *Tímarit Lögréttu* 2011, bls. 79-96.
- HMRC, Compliance checks series – CC/ FS9. The Human Rights Act and penalties.
- Jens Edvin A. Skoghøy: „Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven“. *Jussens Venner* 05/2014, vol. 49, bls. 297-340.
- Jens Møller: „Forbud mod selvinkriminering i forvaltningsretten“. *Forvaltningsretlige perspektiver*. Carsten Henrichsen o.fl. (ritstj.). Kaupmannahöfn 2006, bls. 243-271.
- Jens Garde o.fl. (ritstj.): *Forvaltningsret. Sagsbehandling*. 6. útgáfa. Kaupmannahöfn 2007.
- Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - for praktikere*. 4. útg. Kaupmannahöfn 2017.
- Jonas Christoffersen: „Retten til tavshed over for håndhævelse af immaterialrettigheder“. *UfR* 2006B, bls. 319-328.
- Jonas Christoffersen: „Retlig kreolisering – om selvinkriminering i dansk, europæisk og amerikansk menneskeret“. *Europæisk retskultur – på dansk*. Henning Koch og Anne Lise Kjær (ritstj.). Kaupmannahöfn 2004.
- Jonas Christoffersen: „Forslag til loven om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter“. *EU-ret og Menneskeret* 2003, bls. 272-300.
- Jonas Christoffersen: „Selvinkriminering – Menneskerettighedsdomstolens praksis“. *Jurister* 2000, bls. 45-57.
- Karen Reid: *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*. 5. útg. London 2015.
- Lars Bo Langsted: „Selvinkriminering og oplysningspligter“. *Nordisk tidsskrift for kriminalvidenskab* 1998, bls. 308-384.
- Niels Fenger (ritstj.): *Forvaltningsret*. Kaupmannahöfn 2018.
- NOU 2003:15: *Fra bot til bedring - Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk af straf*. Utredning fra Sanksjonsutvalget oppnefnt ved kgl. res. 26. januar 2001, avgitt til Justis- og politidepartementet 16. mai 2003. Oslo 2003.
- NOU 2019:5: *Ny forvaltningslov: Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven)*. Utredning fra utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 23. oktober 2015 til å revidere forvaltningsloven, Avgitt til Justis- og beredskapsdepartementet 14. mars 2019. Oslo 2019.
- Ólafur Jóhannes Einarsson: „Pagnarréttur og meðferð samkeppnismála“. *Tímarit lögfræðinga* 2006, bls. 55-86.
- Ole Hasselgaard, Jens Møller og Jørgen Steen Sørensen: *Retssikkerhedsloven*. Kaupmannahöfn 2005.
- Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*. Reykjavík 2013.
- Retssikkerhedskommissionens betænkning nr. 1428/ 2003.
- Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling*. 2. útg. Kaupmannahöfn 2006.
- Sten Bønsing: *Almindelige forvaltningsret*. 4. útg. Kaupmannahöfn 2018.

Dómaskrá

Dómar Hæstaréttar Íslands

Hrd. frá 30. október 2008 í máli nr. 236/ 2008.

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

Hrd. frá 4. febrúar 2016 í máli nr. 842/ 2014.

Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu

MDE í máli Allan gegn Stóra-Bretlandi frá 5. nóvember 2002, mál nr. 48539/99, Reports of Judgments and Decisions 2002-IX.

MDE í máli Bykov gegn Rússlandi frá 10. mars 2009, mál nr. 4378/02.

MDE í máli Funke gegn Frakklandi frá 25. febrúar 1993, mál nr. 10828/84, Series A nr. 256-A.

MDE í máli Gáfgen gegn Þýskalandi frá 1. júní 2010, mál nr. 22978/05, Reports of Judgments and Decisions 2010.

MDE í máli Heaney og McGuinness gegn Írlandi frá 21. desember 2000, mál nr. 34720/97, Reports of Judgments and Decisions 2000-XII.

MDE í máli Heglas gegn Tékklandi frá 1. mars 2007, mál nr. 5935/02.

MDE í máli I.J.L. o.fl. gegn Stóra-Bretlandi frá 19. september 2000, mál nr. 29522/95, 30056/96 og 30574/96, Reports of Judgments and Decisions 2000-IX.

MDE í máli Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi frá 13. september 2016, mál nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08 og 40354/09, Reports of Judgments and Decisions 2016.

MDE í máli J.B. gegn Sviss frá 3. maí 2001, mál nr. 31827/96, Reports of Judgments and Decisions 2001-III.

MDE í máli Jalloh gegn Þýskalandi frá 11. júlí 2006, mál nr. 54810/00, Reports of Judgments and Decisions 2006-IX.

MDE í máli John Murray gegn Stóra-Bretlandi frá 8. febrúar 1996, mál nr. 18731/91, Reports of Judgments and Decisions 1996-I.

MDE í máli Lückhof og Spanner gegn Austurríki frá 10. janúar 2008, mál nr. 58452/00 og 61920/00.

MDE í máli Marttinen gegn Finnlandi frá 21. apríl 2009, mál nr. 19235/03.

MDE í máli O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi frá 29. júní 2007, mál nr. 15809/02 og 25624/02, Reports of Judgments and Decisions 2007-III.

MDE í máli P.G. og J.H. gegn Stóra-Bretlandi frá 25. september 2001, mál nr. 44787/98, Reports of Judgments and Decisions 2001-IX.

MDE í máli Rieg gegn Austurríki frá 24. mars 2005, mál nr. 63207/00.

MDE í máli Saunders gegn Stóra-Bretlandi frá 17. desember 1996, mál nr. 19187/91, Reports 1996-VI.

MDE í máli Shannon gegn Stóra-Bretlandi frá 4. október 2005, mál nr. 6563/03.

MDE í máli Weh gegn Austurríki frá 8. apríl 2004, mál nr. 38544/97.

Ákvarðanir Mannréttindadómstóls Evrópu

Ákvörðun MDE í máli Allen gegn Stóra-Bretlandi frá 10. september 2002, mál nr. 76574/01, Reports of Judgments and Decisions 2002-VIII.

Danskir dómar

UfR 2002, bls. 2729 V.

UfR 2003, bls. 1029 H.

UfR 2003, bls. 1896 V.

Bandarískir dómar

Fischer gegn Bandaríkjunum 425 US 391 (1976).

Bandaríkin gegn Doe 465 US 605 (1984).

R. v. S. (R.J.) [1995] 1 S.C.R. 451.