



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

ÖNNUR AÐALDEILD

MÁLID EINARSSON O.FL. GEGN ÍSLANDI

(Kæra nr. 39757/15)

DÓMUR

STRASBORG

4. júní 2019

ENDANLEG ÚTGÁFA

4.9.2019

*Dómur þessi er endanlegur samkvæmt 2. mgr. 44. gr. mannréttindasáttmálans.
Texti hans kann að sæta ritstjórnarbreytingum.*

Í málinu Sigurður Einarsson o.fl. gegn Íslandi

kveður Mannréttindadómstóll Evrópu (önnur aðaldeild), sem situr í deild skipaðri:

Paul Lemmens, *forseta*,
Julia Laffranque,
Valeriu Griţco,
Stéphanie Mourou-Vikström,
Arnfinn Bårdsen,
Darian Pavli, *dómurum*,
Ragnhildi Helgadóttur, *sérstökum dómara*,

og Stanley Naismith, *deildarritara*,

eftir að hafa fjallað um málið á lokuðum fundi hinn 30. apríl 2019,
upp eftirfarandi dóm, sem var samþykktur þann dag er síðast greinir:

MÁLSMEDFERÐ

1. Mál þetta á upphaf sitt í kæru (nr. 39757/15), sem fjórir íslenskir ríkisborgarar, Sigurður Einarsson, Hreiðar Már Sigurðsson, Ólafur Ólafsson og Magnús Guðmundsson („kærendur“), lögðu fram gegn Íslandi á grundvelli 34. gr. samningsins um verndun mannréttinda og mannfrelsis („mannréttinasáttmálinn“) hinn 10. ágúst 2015.

2. Í fyrirsvári fyrir kærendur var E. Werlauff, lögmaður í Herning í Danmörk. Í fyrirsvári fyrir ríkisstjórn Íslands („ríkið“) var Ragnhildur Hjaltadóttir, sem umboðsmaður þess.

3. Kærendur töldu, sér í lagi, að í sakamáli sem höfðað hefði verið gegn þeim hefði þeim verið synjað um fullan aðgang að gagnasafni saksóknara, að ekki hefði verið reynt á viðhlítandi hátt að boða tvö lykilvitni til þess að bera vitni fyrir dómi og að Hæstiréttur hefði ekki verið óhlutdrægur vegna starfa sem skyldmenni eins dómarans hefði gegnt. Vísuðu þeir í því efni til 1. mgr. og b- og d-liðar 3. mgr. 6. gr. mannréttinasáttmálans. Að auki kvörtuðu kærendur undan því að samræður þeirra við verjendur sína hefðu verið hlustaðar og teknar upp í trássi við innlendan rétt. Vísuðu þeir til 8. gr. mannréttinasáttmálans í því efni.

4. Hinn 15. júní 2016 var tilkynning um fyrrnefndar umkvartanir send ríkinu og voru aðrir liðir kærunnar lýstir ótækir til meðferðar samkvæmt 3. mgr. 54. gr. reglna mannréttindadómstólsins.

5. Róbert Spanó, dómarinn sem kjörinn var fyrir Ísland, sagði sig frá málinu (Regla 28 í Reglum dómstólsins). Ragnhildur Helgadóttir var því kvödd til þess að sitja sem sérstakur dómari (sbr. 4. mgr. 26. gr. mannréttinasáttmálans og 1. mgr. 29. reglu).

MÁLSATVIK

I. MÁLAVEXTIR

6. Kærandinn Sigurður Einarsson er fæddur 1960 og búsettur í Reykjavík. Kærandinn Hreiðar Már Sigurðsson er fæddur 1970 og búsettur í Lúxemborg. Kærandinn Ólafur Ólafsson er fæddur 1957 og búsettur í Pully í Sviss. Kærandinn Magnús Guðmundsson er fæddur 1970 og búsettur í Lúxemborg.

A. Aðdragandi málsins

7. Haustið 2008 varð fjármálageiri Íslands fyrir áfalli, sem meðal annars leiddi til falls eins af stærstu bönkum landsins, Kaupþings banka hf. (hér eftir „Kaupþing“). Hinn 9. október 2008 neytti Fjármálaeftirlitið (hér eftir „FME“) heimildar sinnar til þess að taka yfir vald hluthafafundar og taka þegar í stað yfir stjórn Kaupþings, víkja stjórninni frá og setja yfir bankann skilanefnd til þess að annast málefni hans. Í desember 2008 var sett á fót embætti sérstaks saksóknara til þess að rannsaka mögulega refsiverða háttsemi í tengslum við fjármálakreppuna og, eftir atvikum, að sækja þá til saka sem hlut ættu að máli. Fór sérstakur saksóknari með lögregluvald til þess að rannsaka sakamál og jafnframt ákærvald.

B. Sakamálið á hendur kærendum

8. Á þeim tíma sem um ræðir voru kærendur í eftirfarandi stöðum: Sigurður Einarsson var formaður stjórnar Kaupþings og formaður lánanefndar stjórnarinnar; Hreiðar Már Sigurðsson var forstjóri Kaupþings og átti sæti í lánanefnd stjórnar félagsins; Ólafur Ólafsson var meirihlutaeigandi félags sem óbeint var eigu annars félags, sem á umræddum tíma var annar stærsti hluthafinn í Kaupþingi með 9,88% eignarhlut; Magnús Guðmundsson var framkvæmdastjóri dótturfélags Kaupþings banka, Kaupthing Bank Luxembourg S.A. (hér eftir „KBL“).

9. Hinn 22. september 2008 sendi Kaupþing frá sér fréttatilkynningu þar sem sagt var að Q, félag í óbeinni eigu Sheik Mohammed bin Khalifa Al Thani (hér eftir „Al Thani“), sem væri meðlimur konungsfjölskyldunnar í Qatar og auðugur kaupsýslumaður, hefði keypt 5,01% hlutafjár í Kaupþingi hf. fyrir 25.599.000.000 krónur. Rannsókn leiddi í ljós að Kaupþing hefði veitt lán fyrir öllu kaupverði hlutabréfanna, sem bankinn hafði sjálfur átt fram að sölu þeirra: tvö félög á Bresku Jómfrúareyjunum, ST og GA, það fyrrnefnda í eigu Al Thani og það síðarnefnda í eigu kæranda Ólafs Ólafssonar, hefðu hvort um sig fengið lán hjá Kaupþingi sem nam helmingi kaupverðsins, sem þau síðan lánuðu til kypversks félags, CS, sem sjálft var í eigu fyrrnefndu félaganna tveggja. CS hefði síðan veitt Q lán fyrir kaupverðinu. Lánaviðskiptin og greiðslan fyrir hlutabréfin hefðu öll átt sér

stað 29. september 2008. Skömmu áður hefði Kaupþing einnig veitt BT, öðru félagi í óbeinni eigu Al Thani, lán að fjárhæð 50.000.000 bandaríkjadalir, sem var greitt út 19. september með innborgun á reikning BT hjá KBL, dótturfélagi Kaupþings í Lúxemborg. Hvorki lánið til GA né til BT hefðu hlotið áskilið samþykki lánanefndar stjórnar Kaupþings og engar eða ófullnægjandi tryggingar hefðu verið veittar fyrir lánunum.

10. Hinn 9. desember 2008 var FME tilkynnt um möguleg grunsamleg viðskipti í rekstri Kaupþings skömmu áður en bankinn féll. Að lokinni rannsókn málsins sendi FME kærur til sérstaks saksóknara 13. mars 2009. Sérstakur saksóknari réðst síðan í opinbera rannsókn sem varði í nærri þrjú ár og fól í sér umfangsmikla öflun gagna (sjá 14.-25. mgr. hér fyrir neðan). Ennfremur voru símtöl kæranda og tíu annarra einstaklinga hlustuð.

11. Hinn 16. febrúar 2012 gaf sérstakur saksóknari út ákæruskjal þar sem Hreiðar Már Sigurðsson og Sigurður Einarsson voru ákærðir fyrir umboðssvik, sbr. 249. gr. almennra hegningarlaga, og hinir kærendurnir tveir fyrir hlutdeild í nokkrum tilteknum brotum. Að efni til vörðuðu ákærunar veitingu ótryggðra lána án viðeigandi heimilda. Að auki voru kærendur ákærðir fyrir markaðsmisnotkun, sbr. 117. gr. laga nr. 108/2008, um verðbréfavíðskipti, fyrir að hafa gefið villandi mynd af umræddum viðskiptum.

12. Málinu var vísað til Héraðsdóms Reykjavíkur 7. mars 2012 og fór aðalmeðferð málsins fram dagana 4. til 14. nóvember 2013. Fjörutíu vitni gáfu skýrslu fyrir réttinum, þar með taldir kærendur. Hinn 12. desember 2013 var kveðinn upp dómur í héraðsdómi, þar sem kærendur voru dæmdir í samræmi við efni ákæruskjalsins til þriggja og allt að fimm ára og sex mánaða fangelsisvistar.

13. Kærendur áfrýjuðu málinu til Hæstaréttar, sem með dómi 12. febrúar 2015 sakfelldi kæranda Ólaf Ólafsson fyrir markaðsmisnotkun en hina kærendurna þrjá fyrir umboðssvik og markaðsmisnotkun.. Hreiðar Már Sigurðsson var dæmdur til fimm ára og sex mánaða fangelsisvistar, Sigurður Einarsson var dæmdur til fjögurra ára fangelsisvistar og hinir kærendurnir tveir voru dæmdir til fjögurra ára og sex mánaða fangelsisvistar.

14. Þrír kærendanna lögðu fram beiðni til endurupptökunefndar þar sem þeir fóru fram á endurupptöku málsins fyrir Hæstarétti. Byggðu beiðnirnar meðal annars á því að verulegir annmarkar hefðu verið á málsmeðferðinni, þar sem einn dómendanna í Hæstarétti, Á.K., hefði verið vanhæfur til að dæma í málinu vegna tengsla eiginkonu hans og sonar við málið (sjá 33.-35. mgr. hér fyrir neðan). Hinn 26. janúar 2016 var beiðnunum hafnað. Magnús Guðmundsson lagði ekki fram beiðni um endurupptöku.

C. Álitæfni um málsmeðferð sem vakin var athygli á meðan á málsmeðferð stóð og síðar

1. Aðgangur að gögnum

15. Meðan á rannsókn málsins stóð lagði sérstakur saksóknari hald á mikið magn skjala og rafræna gagna, meðal annars hjá Kaupþingi og KBL, á grundvelli úrskurða dómstóla. Ríkið greindi gögnin í þrjá mismunandi flokka: með „heildarsafni gagna“ væri átt við öll gögn sem sérstakur saksóknari hefði lagt hald á, án tillits til þess hvort þau hefðu þýðingu í málinu eða ekki; með „rannsóknargögnum“ væri átt við gögn, skjöl og annað efni sem dregin hefðu verið úr heildarsafni gagna, og hefðu samkvæmt skilgreiningu sérstaks saksóknara þýðingu í málinu og sem auðkennd voru sem hluti af „rannsóknargögnunum“; með „sönnunargögnum í málinu“ væri átt við þau skjöl og annað efni sem lagt var fram í dómi af hálfu saksóknara eða varnaraðila og væri hluti af „málsgögnunum“ í dómsmálinu.

16. Í því skyni að leita í rafrænu gögnunum notaði sérstakur saksóknari svonefnt „Clearwell“ leitarforrit. Voru sett inn tiltekin leitarorð í forritið, sem þá skilaði safni skjala sem höfðu að geyma þau orð. Gerðar voru þrjár aðskildar Clearwell leitir til þess að flokka gróflega þau skjöl sem kynnu að hafa þýðingu í málinu og að loknum leitunum urðu til nýjar Clearwell málsskrár með þessum „afmörkuðu“ skjölum (sem kærendur líta á sem sérstakan flokk). Skránum voru gefin eftirfarandi heiti:

- ESS KAU Q Iceland, sem hafði að geyma 8.956 skjöl úr tölvukerfum Kaupþings, þar sem leitað var í tölvupóstum og á einkadrifum 62ja starfsmanna, og úr öðrum munum sem lagt var hald á í leitaraðgerðum hjá þremur fyrirtækjum sem tengdust kærendum og hjá lögmannsstofu, svo og munum sem FME afhenti;

- ESS KAU Q Iceland 2, sem hafði að geyma 54.468 skjöl úr tölvukerfum Kaupþings og KBL; leitað var í tölvupóstum 11 starfsmanna þessara fyrirtækja á tímabilinu 1. september til 31. október 2008.

- KAU KBLUC, sem hafði að geyma 712.378 skjöl úr tölvukerfum KBL eftir leit í öllum tölvupóstum 13 starfsmanna frá desember 2006.

Skjölin í þessum Clearwell skráum voru síðan yfirfarin af rannsakendum með því að ráðast í frekari leitir með Clearwell kerfinu og fara yfir þau handvirkt. Þau skjöl sem töldust tengjast málinu voru síðan afmörkuð og keyrð út og gerð að „rannsóknargögnum“.

17. Meðan á rannsókninni stóðu fengu lögmenn kærenda reglulega afhent afrit af „rannsóknargögnunum“. Þeim var aftur á móti synjað um afrit af dvd-upptökum af skýrslum vitna og ákærðra á þeim forsendum að hið umbeðna efni teldist ekki „skjöl“ í merkingu 1. mgr. 37. gr. laga um meðferð sakamála (lög nr. 88/2008; sjá 36. mgr. hér fyrir neðan); þess í stað var þeim boðinn aðgangur að þessum upptökum í húsnæði sérstaks saksóknara, og var sú málsmeðferð staðfest af Hæstarétti í ákvörðunum frá 21. september 2009, þar sem rétturinn hafnaði beiðni kærenda um að fá í hendur afrit. Þó voru gerð

endurrit af öllum uppteknum skýrslugjöfum og þau afhent kærendum, þótt á því yrði nokkur töl vegna umfangs efnisins.

18. Við þingfestingu málsins í héraði fengu verjendur í hendur afrit af öllum gögnum sem lögð höfðu verið fram í réttinum af hálfu saksóknara, að frátöldum fyrrnefndum dvd-upptökum, sem þó voru afhent í endurritum. Ennfremur lagði saksóknari fram skrá yfir öll „rannsóknargögn“, svo og þau gögn sem ákveðið hafði verið að leggja ekki fram. Meðal gagnanna sem lögð voru fram voru skrár um alla haldlagða muni ásamt lauslegum yfirlitum yfir það sem í mununum væri að finna og hvaða sönnunargögnum, ef einhverjum, hefði verið safnað úr hverjum mun.

19. Kærendur og verjendur þeirra kvörtuðu ítrekað við sérstakan saksóknara um að brotið hefði verið gegn rétti þeirra til aðgangs að skjölum. Í þinghöldum 29. mars og 27. apríl 2012 kröfðust kærendur þess að sérstökum saksóknara yrði gert að afhenda þeim „eintak atburðarskrár (log-skrár) um tengingar milli símtala, eða önnur þau gögn sem kunna að hafa orðið til við rannsókn málsins hjá embætti sérstaks saksóknara og hafa að geyma yfirlit yfir símtöl sem hlustuð voru á grundvelli úrskurða um hlustanir í málinu,“ svo og afrit allra tölvuskeyta sem fóru um netföng þeirra og voru haldlögð af embætti sérstaks saksóknara við rannsókn málsins. Hinn 4. maí 2012 hafnaði héraðsdómur beiðninni og benti á að ákærvaldið hefði lýst því yfir að gögnin sem um ræddi væru aðgengileg í húsakynnum sérstaks saksóknara þar sem verjendur gætu kynnt sér þau og, eftir atvikum, farið fram á að skjölin yrðu lögð fram í réttinum sem sönnunargögn. Í kjölfar áfrýjunar fól Hæstiréttur héraðsdómi að taka efnislega afstöðu til beiðninnar. Með úrskurði 29. maí 2012 ítrekaði héraðsdómur að gögnin væru aðgengileg sakborningum. Ennfremur var þess getið að þótt ákærvaldinu væri almennt skylt að veita verjendum aðgang að gögnum sem lögregla hefði aflað vegna rannsóknar sakamáls, en ekki hefðu verið lögð fram í réttinum, væri lögreglu og ákærvaldi ekki skylt að afhenda verjendum afrit af slíkum gögnum. Hinn 8. júní 2012 staðfesti Hæstiréttur ákvörðun héraðsdóms. Í kjölfarið veitti sérstakur saksóknari aðgang að gögnunum að fenginni beiðni.

20. Hinn 20. nóvember 2012 hafnaði héraðsdómur kröfu kærenda um frávísun málsins á grundvelli meints brots á rétti þeirra til aðgangs að skjölum. Ákærinni var að hluta vísað frá á öðrum forsendum, en þeim úrskurði var snúið við af hálfu Hæstaréttar hinn 10. desember 2012.

21. Í janúar 2013 tjáði sérstakur saksóknari verjendum að einungis skjöl og gögn sem merkt væru af rannsóknaraðilum sem málinu viðkomandi teldust vera „rannsóknargögn“ og að aðgengið næði ekki til „heildarsafns gagnanna“ eða til þess safns gagna sem afmörkuð hefðu verið með grófu Clearwell leitunum. Aftur á móti fengju kærendur aðgang að eigin tölvuskeytum, svo og að upptökum af eigin hlustuðu símtölum, að því marki sem upptökurnar væru enn varðveittar á viðkomandi tíma. Voru verjendur jafnframt upplýstir um að heildarskrá yfir upptökur símtala væri ekki til.

22. Verjendur andmæltu því að framangreindar takmarkanir stæðust landslög og mannréttindasáttmála Evrópu. Sérstakur saksóknari svaraði 22. janúar 2013 og vísaði til þeirrar skyldu lögreglu að horfa jafnt til þeirra atriða sem væru sakborningum í hag og óhag. Benti hann á að ákærinni fylgdu ekki öll rannsóknargögnin, heldur aðeins þau sem ákærvaldið byggði mál sitt á, en að öll rannsóknargögn væru engu að síður tilgreind í aðalgagnaskránni, þannig að ljóst væri hvaða gögn hefðu ekki verið lögð fram. Þau rannsóknargögn mætti skoða í húsakynnum ákærvaldsins eftir að málið hefði verið lagt fyrir réttinn.

23. Í þinghaldi 24. janúar 2013 lagði ákærvaldið fram mikinn hluta þeirra skjala sem kærandinn Hreiðar Már Sigurðsson hafði farið fram á, svo og endurrit tiltekinna símtala sem ákærvaldinu hafði verið ókunnugt um þar til eftir að málsmeðferðin fyrir dómstólum hófst. Hinn 7. mars 2013 lagði ákærvaldið fram frekari gögn sem verjendur höfðu óskað eftir, svo og frekari endurrit símtala sem því höfðu borist eftir að málið var þingfest.

24. Í þinghaldi 21. mars 2013 kröfðust kærundur þess að fá afhent „yfirlit yfir öll gögn sem aflað [hefði] verið af lögreglu og ekki [hefðu] verið lögð fram í málinu,“ eða, til vara, að þeim yrði afhent yfirlit yfir öll gögn, sem aflað hefði verið við rannsókn lögreglunnar, afmörkuð hefðu verið í Clearwell-leitarforriti, fengið [hefðu] heitin „ESS KAU Q Iceland“, „ESS KAU Q Iceland 2“ og „KAU KBLUC“ og ekki [hefðu] verið lögð fram í málinu. Að þessu frágengnu kröfðust þeir þess að þeim yrði afhent yfirlit yfir öll gögn, sem hefði verið aflað við rannsóknina, afmörkuð með Clearwell leitarforritinu og fengið hefðu heitin sem að framan greinir, sem fundin yrðu með notkun 15 mismunandi leitarorða eða orðasambanda. Ákærvaldið hafnaði þessum kröfum með vísan til þess að slík gögn væru ekki til. Með úrskurði héraðsdóms 26. mars 2013 var kröfum kærenda hafnað með þeim rökum að 1. mgr. 37. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála tæki einungis til gagna, sem orðið hefðu til og enn væru fyrir hendi, en ekki fælist í því að lögreglu eða ákærvaldinu væri almennt skylt að útbúa gögn að kröfu verjenda. Hinn 4. apríl 2013 vísaði Hæstiréttur málinu frá með vísan til þess að úrskurðurinn sem um ræddi sætti ekki kæru.

25. Við áfrýjun á sakfellingardómum sínum kröfðust kærundur frávísunar málsins, m.a. með skírskotun til þess að brotið hefði verið gegn rétti þeirra til aðgangs að gögnum, sem tryggður væri með 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar og 6 gr. mannréttindasáttmálans. Í dómi sínum benti Hæstiréttur á að kærendum hefði boðist aðgangur að „heildarsafni gagna“. Þá var þess getið af hálfu réttarins, að því er varðar kröfuna sem hafnað hafði verið af héraðsdómi 29. maí 2012, að ekki yrði horft fram hjá því að gögn, sem lögregla hefði lagt hald á, hefðu verið gríðarleg að umfangi, en meðal gagnanna væru tölvubréf sem eðli máls samkvæmt hlytu að varða fjárhagsmálefni fjölmargra viðskiptamanna Kaupþings, sem leynd yrði að ríkja um, auk persónulegra orðsendinga sem vörðuðu einkalíf starfsmanna. Þá var bent á að kröfurnar, sem héraðsdómur hefði hafnað 26. mars 2013,

hefðu lotið að því að lögreglan útbyggji handa þeim tiltekin gögn, en ekki að þeim yrði veittur aðgangur að þeim. Í hvorugum úrskurði héraðsdóms hefði kærendum verið neitað um að fá aðgang að einhverjum tilteknum gögnum, heldur hefði verið hafnað kröfum þeirra um að fá afhent eintak af umfangsmiklu safni gagna, sem þeim hefði reyndar staðið til boða að fá aðgang að hjá lögreglu. Þannig hefði höfnun þessara krafna ekki takmarkað rétt kæranda til aðgangs að gögnum.

26. Loks benti Hæstiréttur á að kærandur hefðu ekki borið fram neinar aðrar kröfur fyrir héraðsdómi um aðgang að gögnum. Tók rétturinn fram að „þegar metið [væri] hvort réttur sakaðs manns til aðgangs að gögnum hafi verið takmarkaður [yrði] því grunnskilyrði að vera fullnægt að krafa um það efni [hefði] verið borin undir dómstóla.“ Samkvæmt því væru ekki efni til þess að vísa málinu frá á grundvelli röksemda um brot á rétti til aðgangs að gögnum

2. Skýrslugjöf vitna

27. Skömmu eftir að rannsóknin hófst setti sérstakur saksóknari sig í samband við S.S., breskan lögmann sem hafði farið með mál Al Thani og skyldmanns hans, Sheik Sultan (hér eftir „Sultan“) í viðskiptum þeirra við Kaupþing. Fulltrúar sérstaks saksóknara áttu fund með Sultan í Lundúnum í október 2009 og með Al Thani í ~~Ok~~október 2011 í því skyni að afla upplýsinga um málið. Varnaraðilum var ekki tilkynnt um þessi samtöl eða gefinn kostur á þátttöku. Að mati sérstaks saksóknara var ekki um að ræða formlega skýrslutöku í skilningi VIII. kafla laga um meðferð sakamála, heldur óformlegt samtal í skilningi 2. mgr. 60. gr. laga um meðferð sakamála. Samtölin voru hljóðrituð og hljóðritin og endurrit þeirra voru meðal þeirra gagna sem ákærvaldið lagði fyrir réttinn.

28. Þegar málið var lagt fyrir héraðsdóm lagði ákærvaldið fram lista yfir vitni sem óskað var eftir að kölluð yrðu fyrir réttinn til þess að bera vitni, en meðal þeirra voru Al Thani og Sultan. Hinn 10. febrúar 2013 setti ákærvaldið sig í samband við S.S. með tölvubréfi, þar sem hann var beðinn um að upplýsa umbjóðendur sína um ákvörðun ákærvaldsins og þá ósk réttarins að yfirheyra þá báða í eigin persónu í þinghaldi í apríl S.S. var einnig tjáð að umbjóðendur hans mættu, ef þeir kysu heldur, bera vitni í síma. Hinn 21. febrúar 2013 var ákærvaldinu tjáð að Al Thani og Sultan væru reiðubúnir að gefa stuttar yfirlýsingar þar sem staðfest væri það sem þeir hefðu áður sagt í samtölum sínum en að þeir vildu ekki að öðru leyti eiga aðkomu að málsmeðferðinni á Íslandi. Í þinghaldi 7. mars 2013 tilkynnti ákærvaldið héraðsdómi að Al Thani og Sultan hefðu hafnað því að bera vitni fyrir rétti. Ekki voru gerðar frekari tilraunir af hálfu ákærvaldsins til þess að kalla þá til vitnis. Ekki er að sjá af gögnum þinghaldsins að verjendur hafi á þeim tíma, eða fyrir aðalmeðferð málsins, gert athugasemd við að vitnin myndu ekki bera vitni eða haft uppi neinar kröfur eða óskir um að frekari tilraunir yrðu gerðar til þess að boða þau.

29. Við áfrýjun áfellsdómanna yfir sér töldu kærendur að ekki hefði verið reynt á viðhlítandi hátt að fá Al Thani og Sultan til að bera vitni fyrir dómi. Hæstiréttur taldi á hinn bóginn að einungis væri unnt að ómerkja dóm héraðsdóms á þeirri forsendu „að því reyndu að vætti [þeirra] ... kynni að hafa teljandi áhrif á niðurstöðu um eitthvert atriði málsins.“ Þá var áréttað að ákærvaldið yrði að bera hallann af skorti þessara sönnunargagna.

3. Símhlustanir

30. Í tengslum við rannsókn málsins og annarra mála sem vörðuðu kærendur og til rannsóknar voru á sama tíma veitti Héraðsdómur Vesturlands sérstökum saksóknara heimildir til þess að hlusta símtöl úr og í öll símanúmer sem skráð væru á nöfn kæranda eða sem notuð væru af kærendum. Voru símarnir hlustaðir á tímabilinu frá 9. til 27. mars 2010. Sérstakur saksóknari tilkynnti kærendum með bréfi 28. desember 2011 að hlustanirnar hefðu átt sér stað og voru þeir upplýstir um að gögnunum úr símhlustunum yrði eytt í samræmi við 1. mgr. 85. gr. laga um meðferð sakamála.

31. Á tímabilinu frá febrúar og fram í apríl 2013 fóru kærendur yfir hlustuð símtöl sín, sem voru í vörslu sérstaks saksóknara, og komust að því að meðal símtalanna voru fjögur símtöl milli Hreiðars Más Sigurðssonar og lögmanns hans og eitt símtal milli Magnúsar Guðmundssonar og lögmanns hans. Lögmenn beggja kæranda skrifuðu hvor um sig sérstökum saksóknara af þessu tilefni og lögðu jafnframt fram kæru til ríkissaksóknara á hendur starfsmönnum embættis sérstaks saksóknara. Sérstakur saksóknari svaraði lögmanni Hreiðars Más Sigurðssonar og tjáði honum að mistök hefðu átt sér stað með því að umræddum upptökum hefði ekki verið eytt þegar í stað í samræmi við 85. gr. laga um meðferð sakamála, en að þeim hefði síðar verið eytt. Hann lýsti símhlustunarferlinu sem hér segir: Símtölin hefðu verið hljóðrituð með aðstoð tölvurannsókna- og rafeindadeildar lögreglunnar á höfuðborgarsvæðinu, þau hefðu verið yfirfarin af rannsóknarmönnum, sem hefðu jafnframt ritað stuttar athugasemdir um það sem þeir töldu varða rannsókn málsins; hefði rannsakendum verið uppálagt að hætta að hlusta á símtöl ef í ljós kæmi að sakborningur væri að ræða við verjanda sinn og að skrá ekki það sem fram hefði komið í samtalinu fram að þeim tíma. Starfsmanni sem annaðist skjalfestingu símtalanna hefðu þó orðið á þau mistök að minnast ekki á umrædd símtöl þegar hann skrifaði minnisblað, og af þeim sökum hefði þeirra ekki verið getið á lista yfir símtöl sem átti að eyða. Lagði sérstakur saksóknari áherslu á að ekki hefði verið hlustað á símtölin og að gætt hefði verið trúnaðar.

32. Með bréfum 24. apríl 2013 og 14. febrúar 2014 ákvað ríkissaksóknari að fella niður rannsóknirnar á kærunum sem bornar höfðu verið fram. Í bréfinu til Hreiðars Más Sigurðssonar var talið að skýringar sérstaks saksóknara hefðu verið fullnægjandi; í bréfinu til Magnúsar Guðmundssonar var bent á að hlustunin hefði farið fram í samræmi við lög um meðferð sakamála, þar sem gengið var út frá þeirri forsendu að óhjákvæmilegt væri að

samtöl milli sakborninga og verjenda þeirra væru hljóðrituð ásamt öðrum samtölum. Var því bætt við að ekkert benti til þess að hlustað hefði verið á samtöl kæranda eða þau notuð í tilgangi rannsóknarinnar eða við sönnunarfærslu. Því yrði að telja að um mistök eða slys hefði verið að ræða sem ekki gæti talist stórfellt gáleysi eða ásetningur.

33. Við áfrýjun áfellsdóma yfir sér til Hæstaréttar vísuðu þeir kærendur sem um ræðir til hljóðritunar símtala milli sín og lögmanna sinna. Hæstiréttur lagði áherslu á að ekki væri fyrir að fara neinum endurritum á neinum slíkum hljóðrituðum samtölum í málsgögnunum, þannig að ljóst væri að þau hefðu ekki verið notuð sem sönnunargögn fyrir réttinum. Þá benti rétturinn á að ekki væri ljóst hvernig lögregla hefði getað hagað aðgerðum við hlustun síma sakbornings á annan hátt en gert var, enda yrði ekki séð fyrir hvort símtal sakbornings kynni að vera við verjanda. Enn fremur, varðandi það sem fram kom hjá kærendum að aðrir en starfsmenn lögreglu hefðu getað gengið úr skugga um eðli samtalanna, benti Hæstiréttur á að lögreglan hefði enga heimild til þess að fela öðrum þetta verk, sem fæli í sér inngrip í friðhelgi einkalífs. Loks benti Hæstiréttur á að í málinu hefðu engin rök verið færð fyrir því að neinar slíkar upptökur hefðu í reynd haft áhrif á rannsókn málsins eða að raunhæf hætta gæti hafa verið á því.

4. Óhlutdrægni

34. Hinn 8. desember 2014 tilkynnti Hæstiréttur aðilum að Á.K., fyrrverandi hæstaréttardómari, myndi sitja sem settur dómari í áfrýjunarmálinu. Hæstarétti bárust engar athugasemdir um það efni en verjendur gerðu athugasemd varðandi hugsanlegan skort á óhlutdrægni annars dómara, sem síðar sagði sig frá málinu. Með tölvubréfi 19. desember 2014 tilkynnti Hæstiréttur aðilum að eiginkona Á.K., S, hefði setið í stjórn FME fram til janúar 2009, og var þeim gefinn kostur á að gera athugasemdir varðandi það atriði. Að fenginni beðni frá einum verjanda voru sendar frekari upplýsingar um nákvæmlega þann dag sem S hefði yfirgefið FME. Hinn 23. desember 2014 höfðu Hæstarétti borist svör frá öllum aðilum þar sem sagði að engar athugasemdir væru gerðar við þátttöku Á.K. í málsmæðferðinni.

35. Ríkið tilkynnti dómstólnum í athugasemdum sínum að því hefði borist yfirlýsing frá Á.K., dagsett 19. september 2016, þar sem hann lýsti því að eiginkona hans, S, hefði verið skipuð varaformaður stjórnar FME 1. janúar 2007 og að hún hefði látið af störfum 25. janúar 2009. Hún hefði staðfest að frá 9. desember 2008, þegar hin umdeildu viðskipti hefðu verið tilkynnt til FME, og fram til afsagnar hennar, hefðu viðskiptin komið til umræðu einu sinni á stjórnarfundi, 19. janúar 2009, þegar framkvæmdastjóri FME hefði tilkynnt að sérfræðingur hefði verið ráðinn til þess að rannsaka þau frekar; sérfræðingurinn hefði skilað skýrslu sinni til FME 6. mars 2009 og FME hefði sent kæru sína til sérstaks saksóknara 13. mars 2009. Þannig hefði málið aldrei komið til umræðu á þeim tíma sem S hefði setið í stjórninni. Á.K. tók enn fremur fram að hann hefði ekki litið svo á að hann væri vanhæfur til setu

í dóminum en að hann hefði ekki viljað sitja í honum nema að ljóst væri að verjendur gerðu ekki við það athugasemd og því hefði hann óskað þess að verjendur yrðu upplýstir um tengslin.

36. Ríkinu hafði einnig borist yfirlýsing frá syni Á.K., K, dagsett 19. september 2016 og staðfest af fyrrum stjórnarmanni í slitastjórn Kaupþings, en samkvæmt henni hefði K starfað á lögfræðisviði Kaupþings frá því í nóvember 2007 og þar til bankinn féll í október 2008. Stuttu eftir skipun skilaneftdarinnar hefði K hafið störf fyrir nefndina og hefði hann verið yfirmaður lögfræðisviðs hennar frá desember 2008. Eftir að skilaneftndin hefði verið lögð niður í árslok 2011 og skipuð slitastjórn hefði K tekið stöðu yfirmanns lögfræðisviðs slitastjórnarinnar og gegnt þeirri stöðu fram til ágústmánaðar 2013. K tók fram í yfirlýsingu sinni að þegar hann hefði tekið við stöðu yfirmanns lögfræðisviðs skilaneftndinnar hefði sú ákvörðun verið tekin að mál sem vörðuðu sakamálarannsóknir og skaðabótamál gegn fyrri starfsmönnum yrðu ekki í verkahring lögfræðisviðs skilaneftdarinnar þar sem hann hefði verið starfsmaður Kaupþings áður en það féll; hið sama hefði átt við þegar slitastjórnin var skipuð. Þessi mál hefðu verið falin öðrum starfsmönnum sem heyrðu beint undir skilaneftndina og slitastjórnina. K lýsti þannig yfir að hann hefði ekki komið með neinum hætti að málinu gegn kærendum, né heldur einkamálum á hendur þeim. Hann bætti því við að aldrei hefðu verið neinir samningar milli hans og skilaneftdarinnar og slitastjórnarinnar þar sem kveðið væri á um ívilnanir er tengdust endurheimt eigna Kaupþings. Eftir starfslok hans árið 2013 hefði hann starfað sem ráðgjafi slitastjórnarinnar en ráðgjafarsamningurinn hefði ekki tengst þessu máli og hefði ekki falið í sér árangurstengdar greiðslur. Að lokum, varðandi þá staðhæfingu að verjendum hefði ekki verið tilkynnt að hann hefði verið yfirmaður lögfræðisviðs Kaupþings, benti K á að hann væri málkunnugur öllum verjendum í málinu og að hann hefði starfað með þremur þeirra. Þá hefði hann verið í sambandi við tvo þeirra meðan hann var yfirmaður lögfræðisviðsins.

II. TILVÍSUN TIL LAGA

37. Viðeigandi ákvæði laga um meðferð sakamála (laga nr. 88/2008) eru svohljóðandi:

6. gr.

„1. Dómari, þar á meðal meðdómsmaður, er vanhæfur til að fara með mál ef:

...

g. fyrir hendi eru önnur atvik eða aðstæður sem eru fallnar til þess að draga óhlutdrægni hans með réttu í efa.“

7. gr.

„1. Dómari gætir að hæfi sínu til að fara með mál af sjálfsdáðum, en aðili getur einnig krafist að hann víki sæti Dómsformaður gætir með sama hætti að hæfi sérfróðra meðdómsmanna.

37. gr.

„1. Verjandi skal jafnskjótt og unnt er fá afrit af öllum skjölum¹ máls sem varða skjólstæðing hans, svo og aðstöðu til að kynna sér önnur gögn í málinu. Lögregla getur þó neitað að veita verjanda aðgang að einstökum skjölum eða öðrum gögnum í allt að þrjár vikur frá því að þau urðu til eða komust í vörslur hennar ef hún telur að það geti skaðað rannsókn málsins. Af sömu ástæðu er lögreglu heimilt að neita verjanda um afrit af einstökum skjölum meðan á rannsókn máls stendur. Bera má synjun undir dómara.

...

3. Enn fremur getur lögregla synjað verjanda um aðgang að einstökum skjölum og öðrum gögnum meðan á rannsókn máls stendur ef öryggi ríkisins eða almennings er í húfi ellegar brýnir einkahagsmunir annarra en skjólstæðings hans eða samskipti við yfirvöld í öðrum ríkjum standa því í vegi. Bera má þá synjun undir dómara.

...

5. Lögregla skal gefa verjanda færi á að fylgjast með framvindu rannsóknar að svo miklu leyti sem kostur er. Skal hún taka til greina ábendingar hans um tilteknar rannsóknaraðgerðir nema hún telji þær óheimilar eða þýðingarlausar.“

116. gr.

„1. Hverjum manni, sem er orðinn 15 ára, lýtur íslenskri lögsögu og er ekki ákærði eða fyrirvarsmaður hans, er skylt að koma fyrir dóm sem vitni til að svara munnlega spurningum sem er beint til hans um málsatvik. ...

...

4. Nú er vitni statt fjarri þingstað eða það hefði annars sérstakt óhagræði af því að koma fyrir dóm og getur þá dómari ákveðið að skýrsla verði tekin af því á dómþingi gegnum síma eða annað fjarskiptatæki, enda verði skýrslutöku hagað þannig að allir sem eru staddir á dómþingi heyri orðaskipti við vitnið. Þessari heimild verður þó ekki beitt ef ætla má að úrslit máls geti ráðist af framburði vitnisins.“

120. gr.

„1. Ákærandi annast boðun vitnis á dómþing. Þó getur verjandi boðað vitni á dómþing kjósi hann það. ...

2. Ef ástæða er til boðar dómari vitni á dómþing með skriflegri kvaðningu sem hann gefur út að eigin frumkvæði eða ósk annars hvors aðila. Í kvaðningu skal greint nafn og heimili vitnis, tilefni boðunar í aðalatriðum, nafn dómstóls, hvar og hvenær vitnaleiðslan fer fram og hverjar afleiðingar það geti haft að vitni mæti ekki eða sinni

1. Hæstiréttur hefur staðfest í fordæmum sínum að hugtakið „skjal“ í þessu ákvæði eigi einungis við um skjöl í hefðbundnu formi, sem sagt á pappír. Gögn á rafrænu formi teljast ekki skjöl í skilningi ákvæðisins, heldur fellur hugtakið undir „annað efni“ eða „önnur gögn“.

ekki skyldu sinni að öðru leyti. Ákærandi skal sjá um að kvaðning sé birt og skal það gert með sama hætti og birting ákæru ...“

121. gr.

„1. Nú kemur vitni ekki fyrir dóm samkvæmt löglega birtri kvaðningu án þess að um lögmæt forföll sé að ræða og getur þá ákærandi lagt fyrir lögreglu að sækja vitnið eða færa það síðar fyrir dóm. Lögreglu er skylt að verða við slíkum fyrirætlum ákæranda. ...“

38. Samkvæmt lögum um meðferð sakamála er unnt að endurupptaka mál við tiltekna aðstæður. Í 228. gr. laganna segir að hafi héraðsdómur gengið í sakamáli sem ekki hefur verið áfrýjað og áfrýjunarfrestur er liðinn geti endurupptökunefnd orðið við beiðni manns, sem telur sig ranglega sakfelldan eða sakfelldan fyrir meira brot en það sem hann hefur framið, um að málið verði endurupptekið í héraði að uppfylltum tilteknum skilyrðum. Skilyrðin eru meðal annars að verulegir gallar hafa verið á meðferð máls þannig að áhrif hafi haft á niðurstöðu þess (d-liður). Ríkissaksóknari getur beiðst endurupptöku máls til hagsbóta fyrir dómfelldan aðila ef hann telur skilyrði 1. mgr. 228. gr. laganna uppfyllt. Samkvæmt 229. gr. laganna skal beiðnin vera skrifleg og henni beint til endurupptökunefndar. Í henni skal ítarlega rökstutt hvernig skilyrðum til endurupptöku teljist fullnægt. Samkvæmt 231. gr. laganna tekur endurupptökunefnd ákvörðun um hvort mál verði endurupptekið. Sé beiðni um endurupptöku tekin til greina skal fyrri dómur í málinu halda gildi sínu þar til nýr dómur hefur verið kveðinn upp í málinu. Í 232. gr. laganna segir að endurupptökunefnd geti samþykkt beiðni um endurupptöku máls sem endanlega hefur verið dæmt í Landsrétti eða Hæstarétti og að nýr dómur verði þá kveðinn upp ef fullnægt er þeim skilyrðum sem greinir í 228. gr.

TILVÍSUN TIL LAGA

I. MEINT BROTT GEGN 1. MGR. 6. GR. MANNRÉTTINDASÁTTMÁLANS

39. Kærendur töldu að Hæstiréttur hefði ekki verið sjálfstæður og óvilhallur með því að (i) eiginkona eins dómarans hefði verið varaformaður stjórnar FME meðan eftirlitið rannsakaði Kaupþing og (ii) að sonur sama dómara hefði haft sterk fagleg tengsl við bankann, einkum þar sem hann hefði starfað sem yfirmaður lögfræðisviðs Kaupþings eftir að bankinn féll og hefði sem slíkur höfðað umfangsmikil einkamál gegn tveimur kærendanna. Vísuðu kærendur til 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans, sem að því marki sem hún á við er svohljóðandi:

„Þegar kveða skal á um ... sök sem hann er borinn um refsivert brot, skal hann eiga rétt til réttlátrar ... málsmeðferðar ... fyrir sjálfstæðum og óvilhöllum dómstóli...“

40. Ríkið mótmælti þessum málatilbúnaði.

A. Meðferðarhæfi

1. Sjónarmið aðila

41. Ríkið taldi að kærendur hefðu ekki til hlítar leitað leiðréttingar í heimalandinu þar sem þeir hefðu ekki gert athugasemdir við setu Á.K. áður en Hæstiréttur hefði kveðið upp dóm sinn. Þótt viðurkennt væri að samkvæmt 1. mgr. 7. gr. laga um meðferð sakamála skuli dómari gæta að því af sjálfsdáðum hvort fyrir hendi séu aðstæður er gefi tilefni til þess að hann viki sæti, þannig að vanhæfi sé ekki fyrst og fremst á ábyrgð málsaðila, benti ríkið á að kærendum hefði verið gert ljóst fyrir aðalmeðferð málsins að umræddur dómari myndi sitja í dóminum og að eiginkona hans hefði setið í stjórn FME fram til 25. janúar 2009. Þá taldi ríkið einnig að upplýsingar varðandi fyrri stöðu sonar Á.K. sem yfirmanns lögfræðisviðs Kaupþings hefðu legið fyrir og hefði verið auðvelt mál að nálgast þær áður en málið var tekið fyrir í Hæstarétti. Í því sambandi benti ríkið á að sonurinn, K, hefði verið starfsmaður Kaupþings á sama tíma og tveir kærenda voru þar stjórnendur bankans og að samkvæmt yfirlýsingu hans frá 16. september 2016 væri hann málkunnugur öllum verjendunum, þar sem hann hefði stundað nám með þremur þeirra og starfað með tveimur þeirra. Á þeim grunni, og með hliðstjón af smæð íslensku lögmannastéttarinnar, taldi ríkið að tengsl K við Kaupþing hefðu átt að vera kunn verjendunum. Ríkið féllst þó á að kærendum hefði ekki verið kunnugt um ráðgjafarsamning K við bankann frá 2013.

42. Að mati ríkisins hefðu kærendur ekki til hlítar leitað leiðréttingar í heimalandinu, þar sem þeir hefðu ekki vakið máls á þessum atriðum fyrir aðalmeðferð málsins eða meðan á henni stóð. Taldi ríkið að ef beiðni hefði komið fram um [að Á.K. viki sæti] hefði Hæstiréttur tekið viðeigandi tillit til þess og úrskurðað um málið. Í því sambandi var bent á að einn hinna dómaranna sem upphaflega var skipaður hefði vikið sæti eftir að athugasemd var gerð af hálfu verjenda. Að mati ríkisins væri sú skýring sem gefin væri af kærendum á því að setu Á.K. hefði ekki verið mótmælt ekki í samræmi við athugasemd sem verjendur hefðu gert varðandi hinn dómarann, auk þess sem verjendurnir hefðu spurt nánar um dagsetning starfsloka eiginkonu Á.K. áður en lýst var yfir að engar athugasemdir yrðu gerðar. Samantekið taldi ríkið að kærendur hefðu ekki með réttu mátt draga þá ályktun að mótmæli væru til einskis eða skaðleg málatilbúnaði þeirra. Þótt tomlæti varðandi mótmæli við setu dómara leiði almennt ekki til afsals á réttinum til óháðs og óhlutdrægs dómstóls taldi ríkið að slíkt tomlæti, án réttmætrar ástæðu, fæli í sér að ekki hefði til hlítar verið leitað leiðréttingar í heimalandinu. Loks taldi ríkið að ekki væri unnt að líta svo á að með því að grípa til þess sérstaka úrræðis að leita endurupptöku máls hefði til hlítar verið leitað leiðréttingar í heimalandinu.

43. Kærendur töldu að þeir hefðu til hlítar leitað leiðréttingar í heimalandinu. Viðurkenndu þeir að þeir hefðu ekki mótmælt setu dómans, sem um ræðir, þrátt fyrir að hafa verið upplýstir um stöðu eiginkonu hans en héldu fram að þeir hefðu óttast neikvætt viðhorf ef þeir mótmæltu eftir að dómari og samstarfsmenn hans hefðu ekki tekið álitaefnið til umfjöllunar og ákvörðunar að eigin frumkvæði. Bentu kærendur á að þegar þeir hefðu ekki lengur átt neitt undir þessum tilteknu dómurum hefðu þeir lagt fram beiðni um endurupptöku málsins, m.a. með vísan til skorts Á.K. á óhlutdrægni. Þeir bentu jafnframt á að í málunum *Pfeifer og Plankl gegn Austurríki* (nr. 10802/84, 25. febrúar 1992, A-deild nr. 227), og *Oberschlick gegn Austurríki* (nr. 11662/85, 23. maí 1991, A-deild nr. 204), hefði dómstóllinn ekki talið það afsal réttarins til óvilhalls dómstóls að dómurum væri ekki mótmælt með vísan til skorts á óhlutdrægni.

2. Álit dómstólsins

44. Að mati dómstólsins þarf í upphafi að skilja á milli tveggja greina staðhæfinga kærenda og því mun dómstóllinn fjalla um þær hvora í sínu lagi.

(a) Skortur á óhlutdrægni Á.K. vegna setu eiginkonu hans í stjórn FME

45. Dómstóllinn telur ekki þörf á að skera úr um hvort mótmæli gegn setu dómara í máli vegna meints skorts á óhlutdrægni teljist raunhæft úrræði sem beri að láta á reyna í skilningi 1. mgr. 35. gr. mannréttindasáttmálans, þar sem þessi umkvörtun er í öllu falli ótæk til meðferðar af þeim ástæðum sem tilgreindar eru hér fyrir neðan.

46. Dómstóllinn er ekki þeirrar skoðunar heldur að líta skuli svo á að málið snúist um afsal réttinda í hefðbundnum skilningi þess orðasambands í fordæmum dómstólsins, þótt viðurkennt sé að í tilteknum málum hafi sambærilegar aðstæður komið til umfjöllunar í ljósi grundvallarreglna um afsal réttinda (nánar tiltekið í *Pfeifer og Plankl* og *Oberschlick*, en til beggja dóma er vísað til að framan). Öllu heldur er álitaefnið í þessu máli hvort kærendur, þegar þeir standa frammi fyrir aðstæðum þar sem leiða má að því rök að dómari sé vanhæfur, en ekki ótvírætt vanhæfur að lögum, geti með því að hafa ekki andmælt þátttöku hans talist hafa fallist á að engar lögmætar ástæður hafi verið til þess að efast um óhlutdrægni dómstólsins (sjá *Smailagić gegn Króatíu* (ákv.), nr. 77707/13, 34. og 36. mgr., 10. nóvember 2015).

47. Í því sambandi minnir dómstóllinn á að í málinu *Zahirović gegn Króatíu* (nr. 58590/11, 31.-37. mgr, 25. apríl 2013) taldi dómstóllinn, við aðstæður sem svipar til aðstæðna í þessu máli, að vegna þess að kærandi hefði látið undir höfuð leggjast að nýta tækifæri til þess m.a. að leggja fram kvörtun um meintan skort tiltekins dómars á óhlutdrægni væri ekki unnt að komast að þeirri niðurstöðu að meintur annmarki sem kvartað var um hefði skert rétt kæranda til sanngjarnrar málsmeðferðar. Af þeim sökum lýsti dómstóllinn kæru kæranda ótæka til meðferðar á þeim forsendum að hún væri augljóslega

illa grunduð. Taldi dómstóllinn í þessu sambandi að „þegar í innlendum rétti er gefinn kostur á að eyða tilefni til efasemda um óhlutdrægni dómstóls eða dómara yrði að gera ráð fyrir því (og samkvæmt landslögum væri skylt) að kærandi sem í raun telur að forsendur séu til að hafa áhyggjur að þessu leyti, lýsti þeim áhyggjum við fyrsta tækifæri.“ Sambærilegar aðstæður komu upp í *Smailagić*, sem vísað er til að framan, þar sem dómstóllinn taldi að „með hliðsjón af því að kærandi lét undir höfuð leggjast að nýta tækifærið til þess að eyða efasemdum varðandi skort á óhlutdrægni ... á viðeigandi tíma ..., og tryggja þannig að réttindi hans yrðu virt, án þess að tilgreina neina viðhlítandi ástæðu fyrir tómlætinu, er ekki unnt að fallast á að hann hafi haft lögmætar ástæður til þess að efast um óhlutdrægni réttarins.“ Dómstólnum var af þeim sökum ekki unnt að fallast á að hinn meinti annmarki á málsmeðferð sem umkvörtunin sneri að hefði skert rétt kæranda til sanngjarns réttarhalds.

48. Dómstóllinn vekur athygli á því að í þessu máli mótmæla kærundur því ekki að samkvæmt íslenskum lögum gátu þeir andmælt aðkomu Á.K. á þeim forsendum sem um ræðir – og raunar var þeim berum orðum gefið til þess tækifæri – en þeir tóku beinlínis fram að þeir gerðu engar athugasemdir í þá átt. Þess í stað halda þeir fram að þeir hafi haft efasemdir um að mótmæla þar sem þeir óttuðust að það kynni að hafa neikvæðar afleiðingar í ljósi þess að hvorki Á.K. né dómara Hæstaréttar í málinu hefðu talið nauðsynlegt að hann segði sig frá málinu. Að mati dómstólsins er hér um að ræða vangaveltur og þær ósannfærandi. Í fyrsta lagi sér dómstóllinn engar áþreifanlegar ástæður til þess að óttast að Hæstiréttur, og sér í lagi Á.K., hefðu tekið neikvæða afstöðu til kæranda vegna þess eins að aðkomu Á.K. væri mótmælt. Í öðru lagi fellst dómstóllinn á það með ríkinu að það veiki alvarlega röksemdafærsluna að fyrirspurn frá verjendunum leiddi til þess að annar dómari sagði sig frá málinu.

49. Í þessu máli liggur ljóst fyrir að lögmenn kæranda, með fulla vitneskju um aðstæður og hugsanleg áhrif, tóku beinlínis fram að þeir hefðu ekkert við aðkomu Á.K. að athuga. Við þessar aðstæður telur dómstóllinn að samþykki þeirra á þessari aðkomu, þegar þeim var gefið ótvírætt tækifæri til þess að mótmæla henni, hafi verið ótvírætt merki um það að á þeim tíma töldu þeir engin vandkvæði á aðkomu Á.K. að því er varðar óhlutdrægni vegna fyrri stöðu eiginkonu hans hjá FME. Af því leiðir að þessa kæru ber að lýsa ótæka til meðferðar sem augljóslega illa grundaða skv. a-lið 3. mgr. og 4. mgr. 35. gr. sáttmálans.

**(b) Skortur á óhlutdrægni Á.K. vegna hlutverks sonar hans sem yfirmaður
lögfræðisviðs bankans**

50. Dómstóllinn veitir því athygli að verjendur voru aldrei upplýstir með formlegum hætti um að K, sonur Á.K., hefði gegnt ýmsum stöðum á lögfræðisviðum bankans eða um síðari stöðu hans sem ráðgjafa. Dómstóllinn lítur til þeirra upplýsinga sem veittar voru af ríkinu um að K hafi þekkt alla verjendurna í málinu persónulega og að tveir kærundur hefðu verið yfirmenn

í bankanum meðan hann starfaði á lögfræðisviði hans. Þá lítur dómstóllinn til þeirra upplýsinga ríkisins að í ljósi smæðar lögfræðisamfélagsins er lítill vafi á því að verjendum hafi verið kunnugt um stöðu K. Engu að síður getur dómstóllinn ekki fallist á að ætluð almenn vitneskja af þessu tagi veiti nægjanlega vissu til þess að verjendur væru á varðbergi vegna hugsanlegs möguleika á skorti á óhlutdrægni dómara, og því getur dómstóllinn ekki fallist á að kærendum hefði borið að mótmæla aðkomu Á.K. á þessum forsendum þannig að til hlítar hefði verið leitað leiðréttingar í heimalandinu, jafnvel þótt lítið væri svo á að slík mótmæli teldust raunhæft úrræði sem nýta beri í skilningi 1. mgr. 35. gr. mannréttindasáttmálans. Dómstóllinn telur því að ekki sé unnt að vísa kærunni frá á þeirri forsendu að ekki hafi verið fullreynd öll innlend úrræði. Þá er ljóst að ólíkt því sem við átti um aðstæður varðandi eiginkonu Á.K. lýstu verjendur því aldrei yfir með beinum hætti að þeir hreyfðu engum andmælum við að komu Á.K., þrátt fyrir tengsl hans við K. Að mati dómstólsins er kærán því ekki augljóslega illa grunduð í skilningi allíðar 3. mgr. 35. gr. mannréttindasáttmálans. Ennfremur er hún ekki ótæk til meðferðar af neinum öðrum sökum og verður því að teljast tæk til meðferðar.

B. Málsástæður

1. Sjónarmið aðila

51. Kærendur höfðu ekki uppi neinar staðhæfingar um persónulega fordóma af hálfu Á.K. Þeir töldu þó að draga mætti óhlutdrægni Á.K. í efa vegna hlutverks sonar hans við þrennar tilgreindar aðstæður. Í fyrsta lagi bentu kærendur á í upphaflegum greinargerðum sínum að slitastjórnin hefði í janúar 2013 höfðað skaðabótamál fyrir héraðsdómi gegn Hreiðari Má Sigurðssyni og Ólafi Ólafssyni vegna hlutdeildar þeirra í „Al Thani viðskiptunum“ og töldu að því yrði ekki neitað að niðurstaða sakamálsins kynni að hafa veruleg áhrif á útkomu þeirra málaferla. Í öðru lagi nefndu kærendur að eftir starfslok sín árið 2013 hefði K verið ráðinn sem ráðgjafi af slitastjórn Kaupþings fram á mitt ár 2015 og af þeim sökum hefði hann verið fjárhagslega háður Kaupþingi, eða að minnsta kosti þegið greiðslu verulegra fjárhæða frá bankanum, sem væri hinn meinti „brotapoli“ í sakamálinu á hendur kærendum á þeim tíma þegar Hæstiréttur hafði málið til meðferðar og þegar dómur réttarins var kveðinn upp. Verjendunum hefði verið ókunnugt um ráðgjafarsamninginn og að mati kærenda væri ekki unnt að líta á tengslin sem „fjarlæg“, eins og haldið væri fram af ríkinu. Í þriðja lagi nefndu kærendur að sú staðreynd að K hefði verið starfsmaður bankans væri viðkvæmt mál þegar hann gegndi störfum sínum sem yfirmaður lögfræðisviðsins í kjölfar hrunsins og væri þetta augljóst af því að hann hefði ekki setið fundi nefndar þar sem hann gegndi stöðu formanns þegar mál gegn fyrrverandi starfsmönnum væru til umfjöllunar. Kærendur féllust á að engin ástæða væri til að efast um að K hefði enga aðkomu haft að málinu gegn þeim sem yfirmaður lögfræðisviðs Kaupþings, en lögðu áherslu á að meginatriðið

væri hvernig ásýnd Á.K. hlaut að vera. Í því sambandi töldu kærendur, með vísan til málsins *Pétur Þór Sigurðsson gegn Íslandi* (nr. 39731/98, 10. apríl 2003), að ljóst væri að virk málsvörn fyrrum stjórnenda eða stjórnarmanna fallins banka hlyti að lúta meðal annars að því hvort tilteknar starfsvenjur hefðu verið umbornar og jafnframt hvort lögfræðisvið bankans hefði átt hlutdeild í eða samþykkt tilteknar starfsvenjur. Slík vörn væri afar erfið, ef ekki ómöguleg, ef einn dómenda hefði náin tengsl við háttsettan starfsmann lögfræðisviðs bankans í aðdraganda falls hans og á þeim tíma sem brotin sem ákært væri fyrir voru framin.

52. Ríkið taldi í fyrsta lagi að ekki væri nein spurning um skort á huglægrí óhlutdrægni af hálfu Á.K. og að einungis þyrfti að ganga úr skugga um hvort aðstæður hefðu verið þannig að alvarlegar efasemdir væru upp um hlutlæga óhlutdrægni hans. Að því er varðar áhyggjur kæranda varðandi K benti ríkið á að þær tengdust þeirri staðhæfingu að sem yfirmaður lögfræðisviðs Kaupþings frá 2008 til ágústmánaðar 2013 hefði hann haft umsjón með umfangsmiklum málaferlum gegn tveimur kærendanna. Taldi ríkið að fyrri staða K teldist ekki tengsl sem ein og sér gætu valdið vanhæfi Á.K. í málinu. Að mati ríkisins, til þess að réttlæta með hlutlægum hætti ótta um skort á óhlutdrægni, þyrfti að sýna fram á að K hefði átt hlutdeild í málinu eða haft við það einhver fjárhagsleg eða önnur tengsl og hvort af sanngirni hefði mátt ætla að niðurstaðan skipti hann sjálfan máli. Að mati ríkisins væri ekki ljóst hvaða hagsmuni Kaupþing hafði af niðurstöðu málsins, ef nokkra, og jafnvel þótt talið væri að Kaupþing hefði þar einhverja hagsmuni næðu þeir hagsmunir ekki sjálfkrafa til K, sem starfsmanns; hann væri hvorki eigandi né aðaltalsmaður Kaupþings. Ennfremur hefði hann sagt stöðu sinni lausri um 16 mánuðum áður en málið var tekið fyrir í Hæstarétti og samþykki hans að halda áfram að starfa sem ráðgjafi slitastjórnarinnar að tilteknu máli, sem ekki tengist málinu eða öðrum málum gegn kærendum, væru fjarlæg tengsl. Vísaði ríkið til yfirlýsingar K, sem lögð hefði verið fram og sem ríkið taldi sýna fram á að hann hefði ekki á neinum tíma komið að neinum málum gegn kærendum, hvorki sakamálum né einkamálum. Ennfremur hefði niðurstaða sakamálsins ekki getað haft nein áhrif á hann, hvorki fjárhagsleg né önnur. Að lokum taldi ríkið að kærendur gætu ekki af sanngirni haft lögmætar efasemdir um óhlutdrægni Á.K. af þessum sökum. Vísaði ríkið í því sambandi til málsins *Walston gegn Noregi* ((ákv.), nr. 37372/97, 11. desember 2001).

53. Ríkið féllst á að ásýnd kynni að einhverju marki að hafa þýðingu við mat á hlutlægrí óhlutdrægni en benti á að einu gögnin sem kærendur hefðu vísað til varðandi efnisleg tengsl K við málið væri tilkynning um starfslok hans hjá Kaupþingi og fréttagrein um meintar fastar greiðslur sem nokkrir starfandi og fyrrverandi starfsmenn Kaupþings fengju ef bankinn næði nauðasamningum. Að mati ríkisins gætu þessar upplýsingar einar saman ekki talist nægjanlegar til þess að vekja spurningar í hugum kæranda varðandi skort á óhlutdrægni af hálfu Á.K.

54. Ríkið bætti því við að það féllist ekki á þá staðhæfingu kærenda að ráðgjafarsamningur K við Kaupþing hefði leitt til þess að hann væri „fjárhagslega háður“ Kaupþingi og að hann ætti í vændum „verulegar fjárhæðir“; um slíkt lægju ekki fyrir nein gögn. Á þeim tíma sem málið var til umfjöllunar hjá Hæstarétti hefði K gegnt stöðu hjá fyrirtæki sem ótengt væri Kaupþingi og ráðgjafarsamningurinn hefði ekkert með málið að gera eða kærendur, og greiðslurnar sem inna átti af hendi væru alls ótengdar niðurstöðu í málinu. Engar vísbendingar væru um að tengslin hefðu getað sett fjárhagslegan þrýsting á Á.K. Að lokum taldi ríkið að ekkert í málsgögnunum benti til þess að kostur hefði verið á vörnum þeim sem kærendur hefðu vísað til.

2. Álit dómstólsins

(a) Meginreglurnar

55. Að því er varðar almennar meginreglur varðand óhlutdrægni dómstóls vísar dómstóllinn til dómsins í málinu *Denisov gegn Úkraínu* [GC] (nr. 76639/11, 61.-63. mgr., 25. september 2018; sjá einnig *Ramos Nunes de Carvalho e Sá gegn Portúgal* [GC], nr. 55391/13, 57728/13 og 74041/13, 145.-49. mgr., 6. nóvember 2018, svo og, í refsiréttarlegu samhengi, *Kyprianou gegn Kýpur* [GC], nr. 73797/01, 118.-21. mgr, 15. desember 2005:

„61. Að meginreglu til felur óhlutdrægni í sér að ekki séu fyrir hendi fordómar eða hlutdrægni. Samkvæmt endanlegum dómum dómstólsins ber að ákvarða óhlutdrægni í skilningi 1. mgr. 6. gr. [mannréttindasáttmálans] út frá (i) huglægu prófi, þar sem hafa verður hliðsjón af persónulegri sannfæringu og háttsemi tiltekins dómara – þ.e. hvort dómarrinn hafi verið haldinn persónulegum fordómum eða hlutdrægni í tilteknu máli, og (ii) hlutlægu prófi, þ.e. með því að ganga úr skugga um að dómstóllinn sjálfur, og þar með samsetning hans, án tillits til persónulegrar háttsemi einhvers dómenda, veiti nægjanlega fullvissu sem girðir fyrir hvers kyns lögmætar efasemdir varðandi óhlutdrægni hans (sjá, meðal annarra heimilda, *Micallef gegn Möltu* [GC], nr. 17056/06, 93. gr., ECHR 2009, með frekari tilvísunum).

62. Hins vegar eru engin afdráttarlaus skil milli huglægrar og hlutlægrar óhlutdrægni þar sem háttsemi dómara kann ekki aðeins að vekja hlutlægar efasemdir um óhlutdrægni dómstóls frá sjónarmiði utanaðkomandi (hlutlæga prófið) heldur einnig að varða persónulega sannfæringu dómara (huglæga prófið) (sjá *Kyprianou gegn Kýpur* [GC], nr. 73797/01, 119. mgr., ECHR 2005-XIII). Því er það að í sumum tilvikum, þar sem kann að vera erfitt að afla gagna til þess að hnekkja ætlaðri huglægri óhlutdrægni dómara, getur krafan um hlutlæga óhlutdrægni veitt frekari mikilvæga tryggingu (sjá *Pullar gegn Bretlandi*, 10. júní 1996, 32. mgr., *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III).

63. Í því sambandi kann jafnvel ásýnd að hafa ákveðið vægi, eða með öðrum orðum, „ekki nægir að réttlætið nái fram að ganga; það þarf einnig að sjást að það nái fram að ganga.“ Það sem er í húfi er það traust sem dómstólar í lýðræðislegu þjóðfélagi verða að njóta hjá almenningi (*Morice gegn Frakklandi* [GC], nr. 29369/10, 78. mgr., ECHR 2015).

56. Hvað hið huglæga viðmið snertir verður að gera ráð fyrir að dómari sé persónulega óhlutdrægur nema sýnt sé fram á annað (*Dorozhko og Pozharskiy gegn Eistlandi* (nr. 14659/04 og 16855/04, 51. mgr., 24. apríl 2008; sjá einnig *Kyprianou*, sem vísað er til að framan, 119. mgr., með frekari tilvísunum). Samkvæmt hinu hlutlæga viðmiði verður að ákvarða, án nokkurs tillits til háttsemi dómarans, hvort fyrir hendi séu atvik sem kunna að vekja vafa um hlutdrægni hans. Í því felst að þegar tekin er ákvörðun um hvort lögmæt ástæða sé til þess að óttast að tiltekinn dómara skorti óhlutdrægni er sjónarmið þess aðila sem um ræðir mikilvægt, en ræður ekki úrslitum. Það sem ræður úrslitum er hvort telja megí að óttinn sé réttlætanager á hlutlægum forsendum (*Dorozhko og Pozharskiy*, sjá tilvísun að framan, 52. mgr, með tilvísun til *Micallef*, sem vísað er til að framan, 74. mgr.; sjá einnig *Ferrantelli og Santangelo gegn Ítalíu*, 7. ágúst 1996, 58. mgr., *Reports* 1996-III, og *Wettstein gegn Sviss*, nr. 33958/96, 44 mgr., ECHR 2000-XII).

57. Hlutlæga viðmiðinu hefur verið beitt í fjölda mála þar sem dómari hefur annað hvort komið að sömu málsmeðferð í öðru hlutverki eða gegnt tvíþættu hlutverki í aðskildum málum þar sem einhver málsaðili kom við sögu eða hafði tengsl við þriðja aðila sem hafði verið eða var á einhvern hátt tengdur málsmeðferðinni.

58. Í máli *Wettstein*, sem vísað er til að framan, taldi dómstóllinn að brotið hefði verið gegn 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans við aðstæður þar sem dómari sem um ræddi hafði komið að öðru áfrýjunarmáli sem málsvari andstæðings viðkomandi. Lagði dómstóllinn áherslu á að þótt ekki hefðu verið efnisleg tengsl milli málanna hefðu þau verið fyrir dómi samtímis, þannig að um var að ræða skörun í tíma. Aftur á móti taldi dómstóllinn í málinu *Puolitaival og Pirttiaho gegn Finnlandi* (nr. 54857/00, 23. nóvember 2004) að ekki hefði verið um brot að ræða þegar dómari (í hlutastarfi) við áfrýjunardómstól var meðeigandi í firmanu sem hefði verið málsvari andstæðings áfrýjanda í öðru máli. Dómstóllinn aðgreindi málið frá *Wettstein* að efni til á grundvelli þess að tvíþætt hlutverk dómara/málsvara hefðu ekki skarast í tíma og þótt bæði málin hefðu farið fram samtímis í eitt ár og verið samtímis fyrir áfrýjunardómstólnum í tvo eða þrjá mánuði hefði hlutverk dómarans sem málsvari á þeim tíma verið takmarkað við að skrifa og undirrita áfrýjunarstefnuna í fyrra málinu en málið hefði að öðru leyti verið í höndum annars lögfræðings. Í *Steck-Risch gegn Liechtenstein* (nr. 63151/00, 19. maí 2005), taldi dómstóllinn að sú staðreynd að meðeigandi dómara stjórnlagadómstóls í lögmannsstofu hefði verið dómsformaður þegar málið var til umfjöllunar fyrir stjórnarsýsludómstóli gæfi ekki tilefni til þess að réttlæta ótta um skort á óhlutdrægni þegar tekið var mið af því að hvorugur þeirra hefði verið í tvíþættu hlutverki, að tengsl þeirra væru alfarið fagleg og á engan hátt innbyrðis háð og engar vísbendingar væru um að þeir hefðu deilt neinum efnislegum upplýsingum um mál kæranda. Loks, í *Mežnarić gegn Króatíu* (nr. 71615/01, 15. júlí 2005), hafði einn þátttakandi í dómi fimm dómara í stjórnlagadómstóli, sem hafði vísað frá stjórnskipulegri kæru í

desember 2000, komið fram fyrir hönd hins aðilans á fyrri stigum sama máls, um níu árum áður, en aðkoma hans takmarkaðist við að leggja fram greinargerðir til andsvars við málflutning kæranda; síðar hefði dóttir hans komið í hans stað og komið fram fyrir hinn aðilann til 1996. Var það niðurstaða dómstólsins að brotið hefði verið gegn 6. gr. mannréttindasáttmálans. Þótt dómstóllinn féllist á að fyrri aðkoma M.V. hefði verið minni háttar og fjarlæg í tíma, og að tvíþætt hlutverk hans hefði í raun varðað mismunandi lagaleg álitamál, taldi dómstóllinn að það hefði haft úrslitavægi að M.V. hefði gegnt báðum hlutverkum í sömu málsmeðferð. Þetta, ásamt aðkomu dóttur hans, skapaði aðstæður sem til þess voru fallnar að vekja lögmætar efasemdir um óhlutdrægni hans.

59. Að því er viðvíkur sér í lagi aðstæðum þar sem skyldmenn dómara tengist með einum eða öðrum hætti málsmeðferð sem dómari hefur til meðferðar, minnir dómstóllinn á að í máli *Dorozhko og Pozharskiy*, sem vísað er til að framan, taldi dómstóllinn að brotið hefði verið gegn 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans vegna skorts á hlutlægri óhlutdrægni dómara, þar sem eiginmaður dómarans hefði farið fyrir hinni opinberu rannsókn sem leiddi til réttarhaldsins þar sem hún gegndi formennsku, þrátt fyrir að ríkið héldi fram að hlutverk hans hefði verið formlegs eðlis. Með sama hætti var í *Huseyn o.fl. gegn Aserbaísjan* (nr. 35485/05, 45553/05, 35680/05 og 36085/05, 26. júlí 2011) talið að um brot hefði verið að ræða þar sem bróðir dómara hefði upphaflega starfað í rannsóknarteymi sem vann að refsimálinu gegn kærundunum og þeir hefðu þannig haft aðkomu *de facto* að sama refsimálinu sem varðaði sömu sakborninga og sömu ákæru, hvað sem liði endurröðun sakborninga í mismunandi mál og formlega endurúthlutun málsnúmera sem hafði átt sér stað í millitíðinni; einnig var tekið mið af því að flestum af aðalgögnunum sem síðar voru notuð gegn ákærundunum í réttarhöldunum, ef ekki öllum, hefði verið safnað af rannsóknarteyminu fyrir daginn sem bróðirinn hefði hætt þátttöku í rannsókninni. Sú staðreynd að sonur annars dómara hafði verið starfsmaður embættis ríkissaksóknara og heyrt beint undir saksóknarann sem hafði leitt rannsóknarteymið í máli kæranda, þótt honum hefði aldrei verið falið að vinna við málið, hvað sem liði því hversu óveruleg og fjarlæg tengsl dómarans við ákærvaldið hefðu getað talist ef litið væri til hverra tengsla um sig, var, þegar litið væri til tengslanna í sérstöku samhengi málsins, að minnsta kosti til þess fallin að auka á réttmætan ótta um skort á óhlutdrægni vegna aðstæðna fyrsta dómarans. Loks, í máli *Péturs Þórs Sigurðssonar*, sem vísað er til að framan, taldi dómstóllinn að brotið hefði verið gegn 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans á þeim forsendum að hvað sem því liði hvort hæstaréttardómarinn sem um ræddi eða eiginmaður hennar hefðu haft einhverja beina hagsmuni af niðurstöðu málsins milli kærands og Landsbankans „leit að minnsta kosti svo út að tengsl væru milli ráðstafana [dómarans] í þágu eiginmanns síns og þess hagræðis sem Landsbankinn veitti honum,“ þannig að „þáttur dómarans í skuldaskilunum [sem vörðuðu

eiginmann hennar], það hagræði sem eiginmaður hennar naut og tengsl hans við Landsbankann [voru] þannig að eðli og umfangi, og það nálægt umfjöllun Hæstaréttar um mál kæranda í tíma, að kærandi gat með réttu óttast að Hæstarétt skorti þá óhlutdrægni sem krafist er.“

(b) Gildi þessara meginreglna fyrir þetta mál

60. Dómstóllinn tekur fram í fyrsta lagi að hvorki Á.K. né K gegndu tvíþættu hlutverki í sömu málsmeðferð, og í öðru lagi að hvorugur þeirra kom með beinum hætti að báðum málum. Ólíkt þeim málum sem vísað er til að framan átti K enga aðkomu í neinu hlutverki í sakamálinu þar sem faðir hans sat sem hæstaréttardómari. Engu að síður hafði K, sem yfirmaður lögfræðisviðs bankans, tengsl við einkamál sem bankinn hafði höfðað gegn tveimur kærendanna. Jafnvel þótt hann hefði enga beina aðkomu að þessum málum, sem samkvæmt bréfi hans, sem lagt var fram af ríkinu, voru til meðferðar utan lögfræðisviðsins, og jafnvel þótt hann hefði enga persónulega eða fjárhagslega hagsmuni af niðurstöðu málanna, leiddi staða hans sem hátt settur lögfræðilegur ráðgjafi innan bankans til þess að hann hafði að minnsta kosti þá ásýnd að bera ákveðna formlega ábyrgð á málarekstrinum. Ennfremur var það til þess fallið að styrkja þá ásýnd að hann var formaður nefndarinnar sem skipuð var til þess meðal annars að annast skaðabótakröfur gegn fyrrum yfirmönnum bankans, hvað sem líður viðleitni hans til þess að halda fjarlægð frá þeim með því að sitja ekki fundi þar sem mál gegn fyrrum starfsmönnum voru til umræðu. Að mati dómstólsins voru þær innri ráðstafanir sem gripið var til innan bankans til þess að forðast alla beina aðkomu K að einkamálum sem áttu rætur í hruni bankans ekki nægar til þess að bæta fyrir þá staðreynd að út á við bar hann formlega ábyrgð á lögfræðilegum málum bankans á sama tíma og bankinn rak einkamál gegn tveimur kærendanna. Á þeim grunni gætu kærendur með réttu litið á hann sem fulltrúa „andstæðings“ þeirra – bankans – í einkamálinu. Þótt bankinn hafi ekki verið aðili að sakamálinu og málin hafi ekki verið tengd að efni til, vörðuðu sakargiftirnar augljóslega háttsemi þar sem bankinn var brotþoli og málin tvö áttu uppruna sinn í sömu atvikum (sjá í því sambandi *Indra gegn Slóvakíu*, nr. 46845/09, 1. febrúar 2005, þar sem dómstóllinn taldi að brotið hefði verið gegn 1. mgr. 6. gr. með því að dómariinn sem um ræddi hefði áður setið í tengdu máli og í því ljósi yrði að taka mið af því að bæði málin hefðu varðað sömu staðreyndir. Frá sjónarmiði kæranda voru þeir í raun varnaraðilar í tveimur samhliða málum þar sem deilt var um refsiréttarlega og einkaréttarlega ábyrgð hvers þeirra á efnislega sömu háttsemi.

61. Rétt er að K gegndi ekki lengur neinni stöðu innan bankans þegar málið var fyrir Hæstarétti, þar sem faðir hans var dómari (sbr. *Walston*, sem vísað er til að framan, þar sem dómariinn sem um ræddi hafði fimm árum áður látið af störfum hjá bankanum, sem var aðili að málinu sem hann dæmdi í). Engu að síður hafði K starfað á lögfræðisviði bankans frá 2007 og varð í framhaldinu yfirmaður lögfræðisviða skilanefndar hans og slitastjórnar frá

2008 til 2013, og þannig á þeim tíma sem rannsókn sakamálsins og réttarhaldið í héraðsdómi stóðu yfir, svo og meðan á einkamálinu stóð, og hann hélt áfram í hlutverki ráðgjafa bankans meðan málið var fyrir Hæstarétti. Við þessar aðstæður telur dómstóllinn að fjölskyldutengslin milli K og Á.K. væru næg til þess að vekja hlutlægan og réttmætan ótta varðandi óhlutdrægni Á.K. sem dómara í áfrýjun sakamálsins gegn kærendum. Á.K. var í stöðu dómara í sakamáli sem varðaði viðskipti sem höfðu átt sér stað í banka sem sonur hans var í nánnum tengslum við sem hátt settur starfsmaður, bæði fyrir og eftir fall hans, og þar sem hann hefði verið mótaðili í einkamáli sem höfðað var gegn tveimur áfrýjendanna meðan hann var yfirmaður lögfræðisviðs bankans. Þá er sú staðreynd að K. þáði greiðslur sem ráðgjafi bankans eftir að hafa látið af störfum þar enn einn þáttur sem taka verður mið af, einkum í ljósi þeirrar staðreyndar að ráðgjafarstarfið átti sér stað á sama tíma og málareksturinn fyrir Hæstarétti. Loks telur Dómstóllinn að kærendur máttu allir með réttu hafa efasemdir varðandi hlutlæga óhlutdrægni Á.K., jafnvel þótt umrætt einkamál hefði einungis verið höfðað gegn tveimur þeirra.

62. Af því leiðir að brotið hefur verið gegn 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans að þessu leyti.

II. MEINT BROT GEGN 1. MGR. OG B-LIÐ 3. MGR. 6. GR. MANNRÉTTINDASÁTTMÁLANS

63. Kærendur kvörtuðu undan því að þeir hefðu ekki fengið nægan tíma og aðstöðu til að undirbúa vörn sína og að þeir hefðu ekki hlotið réttláta málsmeðferð, þar sem þeir hefðu ekki haft aðgang að öllum gögnum í málinu gegn þeim. Báru þeir sér í lagi að þeim hefði verið neitað um aðgang að gögnum málsins, svo og að lista yfir gögn bæði meðan á rannsókninni stóð og við málsmeðferðina á báðum dómstigum. Töldu þeir að enginn hefði fylgst með því hvernig ákærvaldið hefði valið út gögnin sem lögð voru fyrir réttinn og að þeim hefði verið neitað um tækifæri til þess að leita með rafræna kerfinu sem notað hafði verið. Að þeirra mati leiddi af jafnræðisreglunni að þeir hefðu átt að hafa sama tækifæri og ákærvaldið til þess að hafa aðgang að og velja gögn úr því safni gagna sem lögreglan hefði aflað meðan á rannsókninni stóð. Vísuðu þeir til 1. mgr. og b-liðar 3. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans, sem að því marki sem hún á við er svohljóðandi:

„1. “Þegar kveða skal á um ... sök sem [maður] er borinn um refsivert brot, skal hann eiga rétt til réttlátrar og opinberrar málsmeðferðar ... fyrir ... dómstóli...

...

3. Hver sá sem borinn er sökum um refsiverða háttsemi skal eigi njóta minni réttar en hér greinir:

...

b. Hann fái nægan tíma og aðstöðu til að undirbúa vörn sína ...“

64. Ríkið mótmælti þessum málatilbúnaði.

A. Meðferðarhæfi

65. Að mati dómstólsins er kára þessi ekki augljóslega illa grunduð í skilningi a-liðar 3. mgr. 35. gr. mannréttindasáttmálans. Ennfremur telur dómstóllinn að hún sé ekki ótæk til meðferðar á neinum öðrum forsendum. Hún verður því að teljast tæk til meðferðar.

B. Málsástæður

1. Sjónarmið aðila

66. Kærendur héldu því fram að ákærvaldið hefði beitt þróuðum leitarbúnaði, með Clearwell forritinu, til þess að afmarka gögn úr „heildarsafni gagna“ – sem var „gríðarlegt að umfangi“ – sem það vildi skoða nánar til þess að velja hvaða hlutar yrðu lagðir fyrir réttinn. Kærendum og verjendum þeirra hefði aftur á móti ekki verið gefið færi á að ráðast í eigin leitir, þótt þetta hefði verið mögulegt án mikillar fyrirhafnar þar sem hugbúnaðurinn væri auðveldur og fljótlegur í notkun. Ennfremur hefði verið synjað um aðgang að listum yfir skjöl sem hefðu verið afmörkuð (e. „tagged“) með leit ákærvaldsins. Þannig hefði verjendum verið meinaður réttur til aðgangs að gögnum og reglan um jafnræði því brotin. Verjendur hefðu alfarið þurft að reiða sig á að ákærvaldið veitti aðgang, þar sem þeir hefðu enga aðra leið til þess að öðlast aðgang að viðskiptaskjölunum, né heldur neinum gögnum Kaupþings.

67. Kærendur héldu jafnframt fram að matið á gögnunum sem afmörkuð höfðu verið með Clearwell leitinni hefði alfarið verið á höndum ákærvaldsins, þar sem verjendur hefðu verið útilokaðir frá „síunarferlinu“. Báru þeir að verjendum hefði „að einhverju marki staðið til boða aðgangur“ þegar þetta mat hafði farið fram, en verjendum hefðu verið látnir í té listar af „rannsóknargögnunum“. Enda þótt þetta hefði gert verjendum kleift að bera kennsl á gögn sem þeir vildu að lögð yrðu fyrir réttinn, hefði í raun ekki verið um neitt frekar fyrir verjendurna að biðja um þar sem ákærvaldið hefði þegar valið gögn til framlagningar. Að mati kærenda, þótt þeir hefðu haft aðgang að „rannsóknargögnunum“, hefði það verið allt of seint og ófullnægjandi á því stigi að bjóða verjendum að skoða gögn; á fyrra leitar- og valstiginu hefðu gögn sem kynnu að hafa þýðingu fyrir verjendur verið skilin eftir í myrkri og aldrei verið kunn verjendum eða skoðuð af þeim.

68. Frá sjónarmiði kærenda myndi *de facto* einokun ákærvaldsins með því að beita þróuðum stafrænum leitarbúnaði og útiloka verjendur frá því að leita með leitarorðum eða orðasamböndum sem kynnu að vera verjendunum mikilvæg, grafa undan grundvallarréttindum hinna ákærðu. Að mati kærenda, ef ákærvaldið óttaðist að gögnin hefðu að geyma viðkvæmar persónuupplýsingar eða upplýsingar sem vörðuðu almannahag hefði ákærvaldið þurft að sía út slíkar upplýsingar og verjendur ættu þá kost á að andmæla síuninni. Það væri með öllu óhóflegt að neita verjendum um

nokkurn aðgang vegna slíks ótta. Kærendur héldu fram að á þessum tímum þyrftu verjendur mjög oft að reiða sig á samstarf lögreglunnar, þar sem þeir gætu aðeins að mjög takmörkuðu leyti stundað eigin rannsóknir og yrðu að leita til lögreglu um að taka skýrslur af vitnum, framkvæma tæknilegar rannsóknir og fara gegnum óheyrilegan fjölda skjala sem verjendur hefðu ekki aðgang að. Töldu kærendur að starfshættir íslensku lögreglunnar og dómstólanna gætu leitt til efnislegra rangra niðurstaðna í alvarlegum refsímálum og bentu í því sambandi á annað mál sem átti rætur í fjármálakreppunni, þar sem ekki hefði uppgötvast að staðhæfing ákærvaldsins um að lán hefði verið veitt án tryggingar væri röng fyrr en verjendum hefði loks verið heimilað að leita í tilteknum tölvubréfum.

69. Að lokum staðhæfðu kærendur að þeim hefði verið meinaður aðgangur að „heildarsafni gagna“ (þar með gögnum sem höfðu verið „afmörkuð“ með Clearwell leitunum en ekki höfð með í rannsóknargögnunum) og að ekki hefði farið fram nein skoðun af hálfu dómstóla á umfangi, nauðsyn og meðalhófi takmörkunarinnar.

70. Ríkið hélt því fram að kærendur hefðu haft aðgang að öllum gögnum sem lögð voru fyrir réttinn af hálfu ákærvaldsins og að ákærvaldið hefði ekki á neinu stigi réttarhaldanna vísað til neinna gagna sem kærendur hefðu ekki haft tækifæri til að fara yfir. Ennfremur, þegar tekið væri mið af lengd málsmeðferðarinnar, hefðu kærendur haft nægan tíma til þess að fara yfir og meta gögnin fyrir aðalmeðferð málsins. Þá hefði kærendum verið veittur aðgangur að öllum „rannsóknargögnum“, þ.e.a.s. gögnunum sem sérstakur saksóknari hefði talið varða málið meðan á rannsókninni stóð og sem merkt væru sem hluti af rannsóknargögnunum. Kærendum hefði einnig verið veittur aðgangur að öllum haldlögðum tölvubréfum sem farið hefðu gegnum þeirra eigin reikninga og hljóðritum af símtölum sem enn voru varðveitt af sérstökum saksóknara. Loks hefði verið komið til móts við óskir kæranda meðan á málsmeðferð stóð fyrir héraðsdómi um að lögð yrðu fram tiltekin gögn, að því marki sem gögnin voru í vörslu sérstaks saksóknara eða greiður aðgangur var að þeim. Ekkert væri sem benti til þess að ákærvaldið hefði leynt mikilvægum gögnum í vörslu þess og kærendur hefðu ekki tilgreind nein slík gögn, sem skildi málið frá *Natunen gegn Finnlandi* (nr. 21022/04, 31. mars 2009) og *Rowe og Davis gegn Bretlandi* ([GC], nr. 28901/05, 16. febrúar 2000).

71. Ríkið féllst á að kærendum hefði ekki verið veittur aðgangur að „heildarsafni gagna“, þ.e.a.s. öllum gögnum sem safnað hefð verið meðan á rannsókninni stóð og voru í vörslu sérstaks saksóknara. Í því sambandi benti ríkið á að sérstakur saksóknari hefði safnað gríðarlegu magni gagna, þar með talið með aðgerðum sem fólu í sér inngríp. Gagnasöfnunin hefði verið óvenju umfangsmikil, þar sem sérstakur saksóknari hefði á viðkomandi tíma verið að rannsaka fleiri en eitt mál sem tengdust Kauppingi. Lagði ríkið áherslu á að í Clearwell möppunum væru fjölmörg skjöl sem ekki tengdust málinu og meðal haldlagðra muna hefðu verið hörð drif með tölvubréfum, einkadrif og

skrár yfir símtöl fjölmargra starfsmanna Kaupþings og KBL, svo og persónulegar fartölvur nokkurra einstaklinga. Gögnin hefðu eðli máls samkvæmt verið líkleg til að hafa að geyma viðkvæmar persónuupplýsingar, svo sem fjárhagsupplýsingar, og að veita aðgang að þeim hefði brotið gegn friðhelgi einkalífs annarra einstaklinga. Meiri hlutinn af þessu „heildarsafni gagna“ hefði ekki af rannsóknaraðilum verið talinn koma málinu við: þannig hefði ákærvaldið lagt einar 6.300 blaðsíður fyrir héraðsdóm, en áætlað væri að tölvubréfin væru um 20 milljónir talsins.

72. Að mati ríkisins væri ekki unnt að skilgreina gögn sem ekki tengjast máli til sönnunargagna, þrátt fyrir að þau hefðu safnast við rannsókn. Við rannsókn mála gæti lögregla fengið aðgang að alls kyns gögnum og eitthvert mat yrði að fara fram áður en gögn yrðu hluti af rannsóknargögnum; eðlilegt væri að frumathugun á því hvað teldust hugsanleg sönnunargögn væri á hendi rannsóknaryfirvalda eða ákærvaldsins. Ríkið benti á að í ljósi þeirra lagaskyldna sem hvíldu á þessum yfirvöldum að taka til athugunar bæði það sem horfði til sýknu og til sektar sakbornings væri þetta mat þegar falið þeim upp að vissu marki. Taldi ríkið jafnframt að þörfin á slíku mati væri enn ríkari þegar beitt hefði verið inngripsaðgerðum, sér í lagi þegar leita þyrfti frekar í haldlögðum munum, svo sem rafeindatækjum, sem líkleg væru til að hafa að geyma gögn sem ekki tengdust málinu.

73. Líkti ríkið aðstæðunum við húsleit hjá þriðja aðila. Leit ríkið svo á að ef sérstakur saksóknari hefði farið inn í húsakynni Kaupþings eða KBL og framkvæmt nauðsynlega leit í tölvukerfum þeirra þar hefði ekki verið spurning um að kærendur hefðu einungis fengið aðgang að þeim gögnum sem dregin hefðu verið út og skilgreind sem rannsóknargögn. Þannig, þótt leitin hefði farið fram í húsakynnum sérstaks saksóknara, væri ekki unnt að líta á upplýsingarnar sem fengust sem hluta af rannsóknargögnunum og þar með aðgengilegar kærendum án takmarkana. Að leyfa verjendum að ráðast í sjálfstæða leit hefði jafngilt því að fela þeim rannsóknarheimildir, sem samkvæmt lögum væru einskorðaðar við lögreglu. Meðan á rannsókninni stóð hefðu verjendur getað farið fram á að sérstakur saksóknari gerði leit að tilteknum upplýsingum sem málinu tengdust og slíka beiðni hefði orðið að taka til greina samkvæmt 5. mgr. 37. gr. sakamálalaga.

74. Benti ríkið á að eins og staðfest væri í dómafordæmi dómstólsins væri réttur til aðgangs að gögnum ekki algildur og við tiltekna aðstæður kunna takmarkanir að vera nauðsynlegar, svo sem að synja um gögn til að vernda grundvallarréttindi annars einstaklings eða til þess að standa vörð um mikilvæga almannahagsmuni. Þótt ríkið teldi ekki að gögnum hefði verið leynt í þessu máli, væri það afstaða þess að ákvörðun sérstaks saksóknara um að synja um aðgang að „heildarsafni gagna“ hefði byggt á sambærilegum forsendum, einkum og sér í lagi verndun réttinda annarra einstaklinga.

75. Taldi ríkið að til þess að sérstakur saksóknari gæti ákveðið hvort veita ætti aðgang að gögnum utan rannsóknargagnanna hefðu kærendur þurft að tilgreina nánar hvaða gögnum þeir óskuðu eftir aðgangi að og rökstyðja þá

ósk um aðgang. Hins vegar virtist sem einu beinu óskir verjenda sem synjað hefði verið hafi lotið að söfnum tölvubréfa og hlustaðra símtala einstaklinga annarra en kæranda, sem ekki hefðu ratað í rannsóknargögnin. Þannig væri óljóst hvort sérstakur saksóknari hefði heimilað aðgang að öðrum tilgreindum gögnum eða ekki.

76. Ríkið vísaði til þeirra öryggisráðstafana sem fælust í 1. og 3. mgr. 37. gr. laga um meðferð sakamála, þar sem kveðið er á um að bera megi undir dómara synjun rannsóknaryfirvalda á beiðni um afrit af málsgögnum eða um aðstöðu til þess að kynna sér önnur gögn. Í því sambandi benti ríkið á að verjendur hefðu á hvaða stigi málsmeðferðarinnar sem er getað farið fram á við héraðsdóm að hann úrskurðaði um synjun um aðgang að „heildarsafni gagna“ eða að öðrum tilteknum gögnum sem þeim hefði ekki verið veittur aðgangur að. Það hefðu þeir ekki gert og af þeim sökum hefðu dómstólar aldrei lagt mat á takmörkunina á rétti þeirra til aðgangs. Ríkið viðurkenndi að verjendur hefðu í a.m.k. þrjú skipti lagt fram óskir fyrir réttinn um að fá í hendur afrit af tilteknum öðrum gögnum og efni, sem öllum hefði verið hafnað. Að því er varðar aðrar takmarkanir á aðgangi hefði Hæstiréttur tekið fram að „uppfylla yrði það grundvallarskilyrði að krafa varðandi [aðgang að gögnum] hefði verið borin undir dómstóla.“ Þessi kostur, að geta fengið mat dómstóla á málinu, greindi málið frá *Natunen*, sem vísað er til að framan og *Fitt gegn Bretlandi* ([GC], nr. 29777/96, ECHR 2000-II). Þá var samkvæmt ríkinu ekki að finna í málsgögnum neitt sem benti til þess að kærendur hefðu fyrir Hæstarétti, eða á öðru stigi málsmeðferðarinnar, bent á nein tiltekin gögn sem þeir teldu að verið væri að halda eftir og sem hefðu getað leitt til sýknu þeirra.

77. Að því er varðar höfnun á beiðnum verjenda um afrit af tilteknum gögnum taldi ríkið að það hefði ekki skert réttindi kæranda samkvæmt 6. gr. þar sem þetta „umfangsmikla heildarsafn gagna“ hefði verið aðgengilegt verjendum í húsakynnum sérstaks saksóknara og verjendur hefðu átt þess kost að fara fram á að það yrði lagt fram sem sönnunargögn eftir að þeir höfðu farið yfir það. Það var á þessum grundvelli sem héraðsdómur hafnaði kröfu kæranda 29. maí 2012.

78. Ríkið mótmælti þeirri staðhæfingu kæranda að sérstakur saksóknari hefði gefið einhverjar yfirlýsingar um að heimila aðgang að öllum gögnum sem safnað hefði verið og hélt fram að yfirlýsing hans og úrskurður héraðsdóms væru skýr um að aðgangurinn sem boðinn var tengdist hinum tilteknu gögnum sem verjendur hefðu tilgreint. Það aðgengi hefði í raun verið veitt. Ennfremur væri ekki unnt að líta svo á að í úrskurði héraðsdóms, þar sem synjað var beiðni um afrit af tilteknum gögnum, fælust fyrir mæli til sérstaks saksóknara um að veita aðgang að „heildarsafni gagna“. Þótt rétturinn hefði gefið yfirlýsingu um hina almennu skyldu ákærvaldsins að veita verjendum aðgang að gögnum sem lögregla hefði aflað hefði sú yfirlýsing augljóslega verið gefin í tengslum við kröfur verjenda um afrit af tilteknum gögnum.

79. Í úrskurði sínum 26. mars 2013 hefði héraðsdómur hafnað beiðni verjenda um afrit af tilteknum yfirlitsskrám yfir haldlögð gögn á þeim forsendum að slík yfirlit væru ekki til og að réttur verjanda til þess að fá í hendur afrit gagna í máli næði ekki til þess að lögreglu eða ákærvaldi væri skylt að útbúa gögn að kröfu verjenda. Þótt Hæstiréttur hefði talið að úrskurðurinn sætti ekki kæru, hefði rétturinn engu að síður tekið til athugunar hvort synjun lögreglu hefði falið í sér brot gegn réttindum kæranda og komist að þeirri niðurstöðu að svo væri ekki. Að mati ríkisins hefði synjunin á að láta í té sérstök tilgreind yfirlit ekki falið í sér neitun um aðgang að gögnum í vörslu lögreglu; ennfreður hefði í raun verið ógerlegt að útbúa eða yfirfara umbeðna innihaldslista, enda hefði innihaldslisti yfir tölvuskeytin ein og sér numið um 400.000 blaðsíðum og yfirlitslisti yfir gögnin í Clearwell möppunum hefði numið samtals um 15.000 blaðsíðum. Að heimila nýja leit hefði jafngilt því að vinna hluta rannsóknarinnar upp á nýtt.

80. Að mati ríkisins gáfu ítarlegar skrár yfir hina haldlögðu muni, sem voru meðal gagnanna sem lögð voru fyrir réttinn, nægilega yfirsýn yfir gögnin sem lögreglan hefði aflað og grófa mynd af innihaldi þeirra, og með því að fara yfir þau, með þeirri þekkingu sem verjendur höfðu á málinu, hefðu verjendur auðveldlega getað gert nákvæmari kröfur um aðgang að tilteknum gögnum.

81. Ríkið mótmælti þeirri staðhæfingu kæranda að dómstólunum hefði margoft verið gerð grein fyrir skortinum á aðgangi að hinum söfnuðu gögnum án þess að þeir fengju málið tekið fyrir og bent á að dómstólarnir hefðu tekið málið til umfjöllunar þegar það hefði verið lagt fyrir þá eftir réttum leiðum. Kærendur hefðu ekki getað ætlast til þess að dómstólarnir gæfu sérstökum saksóknara fyrirmæli um að heimila aðgang að „heildarsafni gagna“ án þess að slík beiðni væri lögð fyrir þá. Þá hefðu kærendur ekki bent á tilgreind gögn, skjöl eða efni sem haldið var frá þeim, ólíkt aðstæðunum sem uppi voru í *Leas gegn Eistlandi* (nr. 59577/08, 6. mars 2012). Þess í stað hefðu verjendur gert kröfu um aðgang að „heildarsafni gagna“, sem ómögulegt var að verða við.

82. Að því er varðar hvort vegið hefði með fullnægjandi hætti á móti skorti á aðgangi að „heildarsafni gagna“ með málsmeðferð dómstóla í kjölfarið, ítrekaði ríkið að kærendur hefðu haft tækifæri til þess að fara yfir og gera athugasemdir við öll gögn sem ákærvaldið hefði lagt fram og aldrei hefði verið um neina synjun af hálfu dómstólanna um að gefa fyrirmæli um afhendingu tiltekinna gagna. Hefðu kærendur haft tækifæri til jafns við ákærvaldið til þess að leggja fram gögn og við kröfum þeirra til ákærvaldsins um að leggja fram tiltekin gögn hefði verið orðið þegar það var mögulegt. Kærendur hefðu ekki bent á nein gögn sem sérstakur saksóknari hefði ekki látið í té sem hefðu haft áhrif á niðurstöðu málsins. Auk framlagðra gagna hefði verjendum verið látinn í té ítarlegur listi yfir önnur rannsóknargögn sem tiltæk væru ef fram á þau væri farið og meðal framlagðra gagna hefðu verið yfirlit yfir haldlagða muni og innihald þeirra í grófum

dráttum, sem gerði kærendum kleift að minnsta kosti að takmarka kröfur sínar um aðgang að nánar tilgreindum gögnum.

83. Taldi ríkið að í jafnræðisreglunni fælist ekki að verjendum ætti að veita sömu heimildir og lögreglu til þess að rannsaka sakamál. Málið snerist ekki um hversu auðveld tiltekin rannsóknaraðferð væri, heldur um það að hvaða marki ætti að veita sakborningi sömu heimildir og tæki og lögreglu og ákærvaldinu til þess að leita í söfnum viðkvæmra og óskyldra gagna sem væru eign annarra einstaklinga og vörðuðu þá. Þá benti ríkið á að ekkert væri sem benti til þess að kærundur hefðu beðið um eða verið ítrekað synjað um rétt til þess að framkvæma eigin leit með Clearwell búnaðinum, en ríkið væri í öllu falli þeirrar skoðunar að sérstakur saksóknari hefði ekki getað orðið við slíkri beiðni, a.m.k. ekki án dómsúrskurðar. Til þess bæta upp skort verjenda á rannsóknarheimildum væri verjendum í 5. mgr. 37. gr. laga um meðferð sakamála tryggt tækifæri til þess að gera tillögur um tilteknar rannsóknaraðgerðir og þannig hefðu lögmenn kærenda geta farið fram á að leitað yrði í hinum haldlögðu gögnum að tilteknum upplýsingum eða með tilteknum leitarorðum. Synjun hefði mátt bera undir héraðsdóm. Í málsgögnunum væri þó ekki að finna neina slíka beiðni. Verjendur hefðu meðal annars farið fram á eintök af listum yfir skjöl sem fundin yrðu með því að beita leit með tilteknu leitarorði, en til þess að verða við slíkri beiðni hefði sérstakur saksóknari þurft að hlaða öllum gögnunum í Clearwater möppunum aftur inn í kerfið og framkvæma nýja leit en með henni mætti keyra út lista. Kröfum verjenda um slíka lista hefði verið hafnað af héraðsdómi. Þar sem engar röksemdir hefðu verið lagðar fram af verjendunum þar sem tilgreint væri hvaða gögn gæti verið að finna í listunum taldi ríkið ekki að í höfnuninni fælist synjun um aðgang að sönnunargögnum.

84. Ríkið neitaði því að yfirlitslistar yfir skjölin í möppunum þremur væru til; engir slíkir listar hefðu verið útbúnir á þeim tíma sem leitirnar hefðu verið framkvæmdar og gögnin hefðu ekki lengur verið í Clearwell kerfinu þegar verjendurnir fóru fram á lista. Ríkið gat ekki tjáð sig frekar um málið sem kærundur vísuðu til, þar sem það biði áfrýjunar til Hæstaréttar, en að mati ríkisins væri kjarni þess máls að verjendum hefði verið synjað um aðgang að tilgreindum tölvupóstreikningum. Varðandi þá tillögu kærenda að ákærvaldið skyldi síá gögn ef óttast væri að þau hefðu að geyma persónuupplýsingar benti ríkið á að það væri í raun það sem átt hefði sér stað í þessu máli. Verjendur hefðu getað andæft þeirri síun fyrir héraðsdómi. Loks taldi ríkið að óraunhæft væri að líta á öll haldlögð rafræn gögn sjálfkrafa sem sönnunargögn, þar sem lögreglu væri þá ómögulegt að leita í söfnum upplýsinga án þess að söfnin í heild yrðu þar með aðgengileg sakborningum.

2. Álit dómstólsins

(a) Meginreglurnar

85. Meginreglurnar um rétt verjenda til aðgangs að gögnum í vörslu ákærvaldsins voru ítrekaðar í dóminum í máli *Van Wesenbeeck gegn Belgíu* (nr. 67496/10 og 52936/12, 67.-68. mgr., 23. maí 2017), sem hér segir:

„67. Í þessu samhengi áréttar dómstóllinn að það er grundvallarþáttur í rétti manna til réttlátrar málsmeðferðar að sakamál, þ.m.t. þeir þættir slíkra mála sem varða formsatriði, hlíti ákærureglunni og að jafnræði sé með saksóknara og sakborningi. Rétturinn til réttarhalds skv. ákærureglu felur það í sér, í sakamáli, að bæði saksóknari og sakborningur skuli fá tækifæri til að fylgjast með og gera til athugasemdir við þær greinargerðir og gögn sem gagnaðilinn leggur fram (sjá *Jasper gegn Bretlandi* [GC], nr. 27052/95, 51. mgr., 16. febrúar 2000; *Rowe og Davis gegn Bretlandi* [GC], nr. 28901/95, 60. mgr., ECHR 2000-II; *Fitt gegn Bretlandi* [GC], nr. 29777/96, 44. mgr., ECHR 2000-II; *Edwards og Lewis gegn Bretlandi* [GC], nr. 39647/98 og 40461/98, 46. og 48. mgr., ECHR 2004-X; og *Öcalan gegn Tyrklandi* [GC], nr. 46221/99, 146. mgr., ECHR 2005-IV). Ennfremur felst í 1. mgr. 6. gr. krafa um að saksóknari upplýsi verjenda/sakborning um öll þýðingarmikil sönnunargögn í vörslu hans, hvort sem þau horfa til sakar eða sýknu hins ákærða (sjá *Jasper, Rowe og Davis, Fitt, og Edwards og Lewis*, sem vísað er til að framan).

68. Að því sögðu er rétturinn til upplýsingagjafar um viðeigandi gögn ekki algildur. Í sakamáli kunna að vera hagsmunir sem stangast á, svo sem varðandi þjóðaröryggi eða þörfina að vernda vitni sem eiga á hættu hefndarráðstafanir, eða að halda leynd yfir aðferðum lögreglu við rannsókn glæpastarfsemi, sem vega þarf á móti hagsmunum sakbornings. Í sumum tilvikum kann að vera nauðsynlegt að halda tilteknum gögnum frá verjendum til þess að vernda grundvallarréttindi annars einstaklings eða standa vörð um mikilvæga almannahagsmuni. Hins vegar eru einungis þær takmarkanir á rétti varnaraðila sem eru algerlega nauðsynlegar heimilar skv. 1. mgr. 6.gr. Ennfremur, til þess að tryggja að sakborningur hljóti réttláta málsmeðferð, verður að vega með viðunandi hætti á móti hvers kyns vandkvæðum sem verjendum er valdið með takmörkunum á réttindum þeirra með þeim málsmeðferðarreglum sem dómsyfirvöld fylgja. (sjá *Jasper*, sem vísað er til að framan, 52. mgr.; *Rowe og Davis*, sem vísað er til að framan, 61 mgr.; *Fitt*, sem vísað er til að framan, 45. mgr.; og *Edwards og Lewis*, sem vísað er til að framan, 46. og 48. mgr.; sjá einnig *Al-Khawaja og Tahery*, 145. mgr.).”

86. Dómstóllinn vísaði ennfremur til þess í *Natunen*, sem vísað er til að framan (42.-43. mgr.) að:

„42. ... Með b-lið 3. mgr. 6.3 (gr. [mannréttindasáttmálans]) er tryggður réttur sakbornings til þess að fá “nægan tíma og aðstöðu til að undirbúa vörn sína” og í því felst að í efnislegri vörn fyrir hans hönd geti allt það falist sem er „nauðsynlegt“ til undirbúnings fyrir aðalmeðferð. Sakborningur verður að hafa tækifæri til þess að skipuleggja vörn sína með tilhlýðilegum hætti og án takmarkana á möguleika til þess að leggja alla viðeigandi röksemdafærslu varðandi varnir fyrir réttinn og þannig hafa áhrif á niðurstöðu málmeðferðarinnar (sjá *Can gegn Austurríki*, nr. 9300/81, 53. gr., skýrslu framkvæmdastjórnarinnar frá 12. júlí 1984, A-deild nr. 96, og *Moiseyev gegn Rússlandi*, nr. 62936/00, 220. mgr., 9. október 2008). Ennfremur ættu í aðstöðunni, sem sá sem borinn er sökum um refsiverða háttsemi nýtur, að felast tækifæri til þess að kynna sér, í þeim tilgangi að undirbúa vörn sína, niðurstöður rannsókna sem fram hafa farið á öllum stigum málsmeðferðarinnar (sjá *C.G.P. gegn Niðurlöndum* (ákv.),

nr. 29835/96, 15. janúar 1997, og *Galstyan gegn Armeníu*, nr. 26986/03, 84. mgr., 15. nóvember 2007).

43. Ef verjendur eru ekki upplýstir um mikilvæg gögn þar sem er að finna málsatriði er gætu gert sakborningi kleift að bera af sér sakir eða hljóta mildari dóm mundi það teljast synjun um nauðsynlega aðstöðu til þess að undirbúa varnir og þar með brot gegn réttinum sem tryggður er með b-lið 3. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans (sjá *C.G.P.* sem vísað er til að framan. Hins vegar má gera þá kröfu að sakborningur tilgreini nákvæmar ástæður fyrir kröfu sinni (sjá *Bendenoun gegn Frakklandi*, 24. febrúar 1994, 52. mgr., A-deild nr. 284) og innlendir dómstólar eiga rétt á því að fjalla um lögmati þeirra ástæðna (sjá *C.G.P.*, sem vitnað er til að framan)."

(b) Gildi þessara meginreglna fyrir þetta mál

87. Þar sem líta ber á kröfurnar í 3. mgr. 6. gr. sem sérstaka þætti réttarins til sanngjarnrar málsmeðferðar sem tryggður er með 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans mun dómstóllinn fjalla um kærana frá sjónarmiði þessara tveggja ákvæða saman (sjá *Murtazaliyeva gegn Rússlandi* [GC], nr. 36658/05, 90. mgr., 18. desember 2018).

88. Dómstóllinn veitir því eftirtekt að um var að ræða nokkur söfn skjala/gagna: „heildarsafn gagna“ sem náði yfir allt efni sem ákærvaldið hafði aflað (og í undirflokki gögn sem voru „afmörkuð“ með Clearwell leitunum þar sem notuð voru sérstök leitarorð en sem ekki voru síðar hluti af rannsóknargögnunum); „rannsóknargögnin“ sem afmörkuð voru úr því efni með frekari leitum og yfirfarin með handvirkum hætti sem hugsanlega málinu viðkomandi; og „sönnunargögn í málinu“, það er að segja efnið sem valið var úr „rannsóknargögnunum“ og lagt var fram af ákærvaldinu fyrir héraðsdóm. Óumdeilt er að verjendur fengu í hendur „sönnunargögn í málinu“ og því er ekkert álitamál uppi varðandi notkun ákærvaldsins á gögnum sem verjendur voru ekki upplýstir um. Einnig er óumdeilt að verjendum var gefið tækifæri til þess að kanna „rannsóknargögnin“ þar sem var að finna efni sem ekki hefði verið lagt fyrir réttinn, listi yfir efnið var lagður fram við málsmeðferðina í héraðsdómi; þótt sérstakur saksóknari hefði neitað að láta af hendi afrit af sumum þeirra gagna staðfesti Hæstiréttur að nægjanlegt væri að verjendur hefðu aðgang að þeim í húsakynnum hans. Dómstóllinn telur því að engin álitaefni varðandi synjun um aðgang að gögnum séu uppi að þessu leyti.

89. Kvörtun kæranda beinist öllu heldur að því að verjendur hafi ekki haft aðgang að „heildarsafni gagna“. Þótt ríkið líti ekki svo á að þau gögn teljist „sönnunargögn“ í málinu telja kærendur að þau kunni hugsanlega að hafa haft að geyma sönnunargögn er væru þeim hagstæð og synjun um aðgang að þeim bryti gegn meginreglunni um jafnræði aðila, einkum og sér í lagi þar sem ákærvaldið hefði valið gögnin sem það taldi málinu viðkomandi án nokkurs eftirlits. Þeir héldu því ennfremur fram að engar tæknilegar hindranir hefðu staðið í vegi fyrir því að þeim yrði gefinn kostur á að gera eigin leit í „heildarsafni gagna“ með Clearwell tækninni. Ríkið vísar á hinn bóginn til magnsins af gögnunum sem um ræddi og trúnaðarlegs eðlis tiltekinna upplýsinga, svo og til þess að kærendur tilgreindu ekki hvaða gögn kynnu að

varða varnir þeirra. Álitaefnið í málinu er þannig hvort kærendur hefðu átt rétt á því að fá aðgang annars vegar að því mikla magni upplýsinga sem ákærvaldið hefði aflað með almennum hætti og ekki hefðu verið teknar upp í rannsóknargögnin og hins vegar að þeim „afmörkuðu“ gögnum sem fengust með Clearwell leitinni í því skyni að finna gögn sem hugsanlega horfðu til sakleysis þeirra.

90. Dómstóllinn fellst á að eðli máls samkvæmt hafði þetta „heildarsafn gagna“ að geyma mikið magn upplýsinga sem voru *prima facie* málinu óviðkomandi. Ennfremur getur dómstóllinn fallist á að þegar ákærvald er með í vörslu sinni gríðarlegt magn óunnins efnis kann að vera lögmætt fyrir ákærvaldið að sía upplýsingarnar í því skyni að bera kennsl á hvað sé líklegt til að hafa þýðingu og þannig minnka umfang þeirra niður í viðráðanlega stærð. Engu að síður telur dómstóllinn að það sé að meginreglu til mikilvæg öryggisráðstöfun í slíku ferli að tryggja að verjendur fái tækifæri til aðkomu að skilgreiningu forsendnanna sem lagðar eru til grundvallar við ákvörðun á því hvað kunni að hafa þýðingu. Í þessu máli tilgreindu kærendur aftur á móti ekki neitt sérstakt atriði sem þeir töldu að hefði mátt fá frekari skýringar á með frekari leit, og án slíkrar tilgreiningar – sem kærendum var frjálst að koma fram með samkvæmt 5. mgr. 37. gr. laga um meðferð sakamála – á dómstóllinn erfitt með að fallast á að slík „veiðiferð“ hefði verið réttlætánleg. Að þessu leyti voru umrædd gögn fremur í ætt við hvaða önnur gögn sem kynnu að vera til en ekki hefði verið aflað af ákærvaldinu en við gögn sem ákærvaldið hefði vitneskju um en neitaði verjendum um aðgang að. Þótt dómstóllinn ítreki þannig að ákærvaldinu beri að upplýsa verjendur um gögn í sinni vörslu er hefðu þýðingu sakborningi í hag eða óhag, og í þessu máli bar ákærvaldinu í raun skylda samkvæmt innlendum rétti að taka mið bæði af þeim atriðum sem horfðu til sýknu og sektar sakbornings – sem er í samræmi við eigin fordæmi dómstólsins – var ákærvaldinu í raun ekki kunnugt um innihald gagnamagnsins og að því leyti stóð það ekkert betur en verjendur. Með öðrum orðum var ekki um að ræða að gögnum væri haldið frá eða þeim „leynt“ í hefðbundnum skilningi.

91. Öðru máli gegndi um gögn sem hefðu verið „afmörkuð“ með upphaflegu Clearwell leitunum. Gögnin voru yfirfarin, bæði í höndunum og með frekari Clearwell leitum, í því skyni að ákvarða hvaða efni skyldi hafa með í rannsóknargögnunum. Þótt aftur sé tekið fram að hið undanskilda efni hafi án frekari skoðunar ekki verið málinu viðkomandi, var þetta val alfarið í höndum ákærvaldsins án þess að verjendur ættu þar aðkomu og án nokkurs eftirlits af hálfu dómsvaldsins með ferlinu. Í því sambandi minnir dómstóllinn á að „ferli þar sem ákærvaldið sjálf leitast við að meta mikilvægi leyndra upplýsinga fyrir verjendur og vega það mikilvægi á móti almannahagsmunum af því að halda upplýsingunum leyndum getur ekki samræmst fyrirnefndum kröfum 1. mgr. 6. gr. [mannréttindasáttmálans]“ (*Rowe og Davis*, sem vísað er til að framan, 63. mgr.). Ennfremur var verjendum meinaður aðgangur að listum yfir gögn – einkum og sér í lagi að hinum „afmörkuðu“ skjölum – á

þeim forsendum að þeir væru ekki til og að enga skyldu bæri til þess að útbúa slík skjöl, með vísan einnig til þeirra tæknilegra hindrana sem stóðu í vegi fyrir flutningi gagnanna til baka og framkvæmd nýrra leita í ljósi umfangs gagnanna. Að því er varðar synjunina um listana sér dómstóllinn ekki ástæðu til þess að véfengja þá niðurstöðu Hæstaréttar að samkvæmt innlendum rétti bæri ákærvaldinu engin skylda til þess að útbúa skjöl sem ekki væru þegar til. Dómstóllinn vekur þó athygli á því að frekari leit í gögnunum hefði verið fremur einfalt mál frá tæknilegu sjónarmiði og telur að meginreglu til að viðeigandi hefði verið að verjendum væri gefinn kostur á að framkvæma – eða láta framkvæma – leit að gögnum sem hugsanlega gætu firt þá sök. Þótt dómstóllinn hafi skilning á þeim álitamálum um persónuvernd, sem ríkið vekur máls á, telur dómstóllinn ekki að ekki hafi verið um að ræða óyffirstíganlegar hindranir í þeim efnum. Þannig telur dómstóllinn að hvers kyns synjun heimilda til verjenda til þess að láta fara fram frekari leit í hinum „afmörkuðu“ gögnum myndi að meginreglu til vekja upp álitaefni samkvæmt b-lið 3. mgr. 6. gr. að því er varðar næga aðstöðu til þess að undirbúa vörn.

92. Að því sögðu veitir dómstóllinn því athygli að þrátt fyrir tíðar kvartanir til ákærvaldsins varðandi skort á aðgengi að gögnum virðist sem kærendur hafi ekki á neinum tíma leitað formlega eftir dómsúrskurði, sbr. 3. mgr. 37. gr. laga um meðferð sakamála, um aðgang að „heildarsafni gagna“ eða um að frekari leit yrði gerð, né heldur virðast þeir hafa lagt til frekari rannsóknaraðgerðir – svo sem nýja leit með leitarorðum samkvæmt ábendingu þeirra – sbr. 5. mgr. 37. gr. sömu laga. Þannig vísaði Hæstiréttur í dómi sínum kröfum kærenda frá að þessu leyti með vísan til þeirrar kröfu að „því grunnskilyrði yrði að vera fullnægt að krafa um [aðgang að gögnum] hafi verið borin undir dómstóla.“ Þessi möguleiki á endurskoðun dómstóls var hins vegar mikilvægur öryggisventill við mat á því hvort tryggja ætti aðgang að gögnum. . Dómstóllinn veitir athygli í þessu sambandi þeirri staðhæfingu ríkisins að meðal gagnanna sem lögð voru fyrir héraðsdóm hafi verið yfirlit yfir haldlagða muni og lauslegt yfirliti yfir innihald þeirra. Við þær aðstæður, og að teknu tilliti til þess að kærendur tilgreindu ekki eðli þeirra sönnunargagna sem þeir leituðu eftir, fellst dómstóllinn á að skortur á aðgangi að gögnum sem um ræðir hafi ekki verið slíkur að kærendum hefði verið synjað um sanngjarna málsmeðferð þegar á heildina er litið.

93. Í ljósi þessa er það niðurstaða dómstólsins að ekki hafi verið brotið gegn 1. mgr. og b-lið 3. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans.

III. MEINT BROT GEGN 1. MGR. OG D-LIÐ 3. MGR. 6. GR. MANNRÉTTINDASÁTTMÁLANS

94. Kærendur kvörtuðu yfir því að hvorki í héraðsdómi né Hæstarétti hefðu verið teknar vitnaskýrslur af Al Thani eða Sultan og að ekki hefði verið reynt á viðhlítandi hátt að boða þá eða hlýða á vitnisburð þeirra með fjarbúnaði eða síma. Þeir kvörtuðu jafnframt yfir því að ekkert tillit hefði

verið tekið til þeirra skýrslna sem teknar höfðu verið af þessum einstaklingum á rannsóknarstigi málsins. Vísuðu þeir til 1. mgr. og d-liðar 3. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans, sem að því marki sem hún á við er svohljóðandi:

„1. “Þegar kveða skal á um ... sök sem [maður] er borinn um refsivert brot, skal hann eiga rétt til réttlátrar og opinberrar málsmeðferðar ... fyrir ... dómstóli...

...

3. Hver sá sem borinn er sökum um refsiverða háttsemi skal eigi njóta minni réttar en hér greinir:

...

(d) Hann fái að spyrja eða láta spyrja vitni sem leidd eru gegn honum. Séð skal um að vitni, sem bera honum í vil, komi fyrir dóm og séu spurð á sama hátt og þau vitni sem leidd eru gegn honum ...“

95. Ríkið mótmælti þessum staðhæfingum.

A. Meðferðarhæfi

96. Að mati dómstólsins er kæra þessi ekki augljóslega illa grunduð í skilningi a-liðar 3. mgr. 35. gr. mannréttindasáttmálans. Ennfremur telur dómstóllinn að hún sé ekki ótæk til meðferðar á neinum öðrum forsendum. Hún verður því að teljast tæk til meðferðar.

B. Málsástæður

1. Sjónarmið aðila

97. Kærendur héldu fram að vitnin Al Thani og Sultan væru lykilvitni, sem sýnt hefðu getað fram á að hinn fyrrnefndi hefði fjárfest í Kaupþingi á lögmaetum og eðlilegum viðskiptaforsendum. Al Thani hefði verið lykilmaður í viðskiptunum sem um væri deilt og ekki væri unnt að skilja nákvæmlega hlutverk hvers þátttakanda án vitnisburðar hans en Sultan, sem náinn ráðgjafi hans, hefði einnig gegnt mikilvægu hlutverki í viðskiptunum. Einkum og sér í lagi væri líklegt að þeir hefðu staðfest að félagið í eigu Al Thanis væri eini eigandi hlutabréfanna í Kaupþingi, andstætt þeirri staðhæfingu að Ólafur Ólafsson væri meðfjárfestir. Hvorugur þeirra hefði samt verið yfirheyrður svo viðhlítandi væri í því sambandi. Kærendum hefði aldrei boðist tækifæri til þess að leggja fyrir þá spurningar meðan á réttarhaldinu stóð og að mati kærenda hefðu tilraunir til þess að kalla þá til vitnis ekki verið af heilum hug og ófullnægjandi. Þá hefði verjendum ekki verið gefinn kostur á þátttöku í viðræðunum við Al Thani og Sultan í Lundúnum heldur heyrt af þeim síðar. Að mati kærenda hefði lögreglan látið undir höfuð leggjast að spyrja þá mikilvægra spurninga varðandi eðli hagsmuna Al Thanis í Kaupþingi og tilganginn með fjárfestingu hans.

98. Lögðu kærendur á það áherslu að eftir að Al Thani og Sultan hefðu hafnað boði um að gefa skýrslu – sem sent hefð verið með tölvuskeyti til

lögmanns hans í Lundúnum – hefðu ekki verið gerðar frekari tilraunir til þess að kalla þá til skýrslutöku. Staðhæfðu kærendur að verjendur hefðu sótt þetta mál fast og ítrekað og vakið máls á þessum vitnum nokkrum sinnum. Að þeirra mati hefði mátt gera ráðstafanir til þess að ákærvaldið og verjendur gætu tekið skýrslu af þessum tveimur vitnum á heimili Al Thanis í Lundúnum eða í sendiráði. Að öðrum kosti hefði ákærvaldið getað farið þess á leit við héraðsdóm að hann boðaði vitnin á dómþing í samræmi við 2. mgr. 120. gr. laga um meðferð sakamála eða að héraðsdómur hefði getað boðað þau að eigin frumkvæði. Þótt slíkt hefði ekki haft nein réttaráhrif utan íslenskrar lögsögu hefði það undirstrikað mikilvægi viðveru þeirra mun betur en óformlegt tölvuskeyti. Í stuttu máli hefðu íslensk stjórnvöld ekki gripið til allra eðlilegra ráðstafana til þess að tryggja viðveru vitnanna tveggja. Vísuðu kærendur í þessu sambandi til niðurstaðna dómstólsins í málunum *Schatschaschwili gegn Þýskalandi* ([GC], nr. 9154/10, 15. desember 2015), *Mirilashvili gegn Rússlandi* (nr. 6293/04, 11. desember 2008), og *Klimentyev gegn Rússlandi* (nr. 46503/99, 16. nóvember 2006), þar sem dómstóllinn hefði talið að viðleitnin hefði verið viðhlítandi.

99. Að lokum lögðu kærendur áherslu á að kvörtunin lyti ekki að notkun yfirlýsinga fjarstaddra vitna, heldur að fjarveru tveggja vitna sem verjendur vildu yfirheyra og sem hugsanlega hefði mátt sannfæra um að bera vitni með öðrum hætti en að mæta fyrir réttinn.

100. Ríkið hélt fram að sakamálið á hendur kærendum hefði verið í samræmi við 1. mgr. og d-lið 3. mgr. mannréttindasáttmálans þrátt fyrir að verjendur hefðu ekki haft tækifæri til þess að yfirheyra vitnin Al Thani og Sultan meðan á réttarhaldinu stóð. Ríkið féllst á að þær meginreglur sem staðfestar væru í málunum *Schatschaschwili*, sem vísað er til að framan, og *Al-Khawaja og Tahery gegn Bretlandi* ([GC], nr. 26766/05 og 22228/06, 15. desember 2011) hefðu gildi í málinu en taldi að málið væri í grundvallaratriðum frábrugðið þeim málum. Einkum og sér í lagi hefðu kærendur ekki kvartað yfir því að skýrslur hinna fjarstöddu vitna hefðu verið notaðar sem sönnunargögn gegn þeim – og engin vísbending væri um að sakfelling þeirra hefði byggt á þeim skýrslum, ekki einu sinni að hluta – heldur að vitnin kynnu að hafa gefið vitnisburð sem leiddi til sýknu þeirra, þannig að vitnisburð þeirra hefði átt að taka til greina. Í því sambandi hélt ríkið fram að vitnin hefðu ekki einungis verið vitni ákærvaldsins og að kærendur hefðu getað kallað þá til sem eigin vitni.

101. Með vísan til þriggja þrepa viðmiðsins sem fram er sett í *Al-Khawaja*, taldi ríkið í fyrsta lagi að gildar ástæður hefðu legið fyrir fjarvist vitnanna tveggja og að ákærvaldið hefði gert allar eðlilegar ráðstafanir til þess að fá þá til þess að bera vitni fyrir héraðsdómi. Samkvæmt 120. gr laga um meðferð sakamála annaðist ákærandi boðun vitna á dómþing, en það gæti verjandi einnig gert. Ennfremur gæti dómari boðað vitni á dómþing með skriflegri kvaðningu, sem hann gæfi út að eigin frumkvæði eða að ósk annars hvors aðila.

102. Ríkið minnti á að sérstakur saksóknari hefði boðað vitnin tvö til dómþings með tölvuskeyti sem sent var lögmanni þeirra í Bretlandi og hélt fram að það væri í samræmi við innlendan rétt og viðtekna venju. Ennfremur hefði sérstakur saksóknari gert Sultan ljóst að óformlegar yfirlýsingar hefðu mjög lítið sönnunargildi og lagt áherslu á mikilvægi þess að vitnin gæfu skýrslu fyrir dómi. Að auki hefðu vitnin verið upplýst um þann möguleika að gefa skýrslu um síma. Þrátt fyrir það hefðu þau ekki viljað taka þátt í málsmeðferðinni. Taldi ríkið að í ljósi þeirrar afstöðu hefðu ekki verið nein raunhæf úrræði fyrir ákærvaldið eða réttinn að gera verjendum kleift að yfirheyra vitnin á dómþingi, en báðir eru ríkisborgarar Qatar, búsettir í Qatar og með stöðu diplómata. Einkum og sér í lagi hefði kvaðning frá réttinum ekki haft nein réttaráhrif utan íslenskrar lögsögu og engir alþjóðlegir samningar eða önnur úrræði væru fyrir hendi sem ákærvaldið eða rétturinn hefðu getað nýtt sem lagastoð.

103. Bætti ríkið við að kærendur hefðu ekki haft uppi neinar athugasemdir eða kröfur varðandi fjarveru vitnanna þegar tilkynnt var á dómþingi 7. mars 2013 að vitnin hefðu hafnað því að mæta fyrir réttinn né heldur hefði verið vakið máls á þessu atriði við aðalmeðferð málsins í nóvember 2013. Raunin væri sú að kærendur hefðu ekki á neinu stigi málsins lagt fram neinar formlegar beiðnir varðandi vitnin. Úr því kærendur töldu að vitnisburður þessar vitna væri mikilvægur fyrir vörn þeirra hefðu þeir getað farið fram á að frekari tilraunir yrðu gerðar eða að dómarrinn gæfi út skriflega kvaðningu eða þeir hefðu getað boðað vitnin sjálfir. Þá hefðu þeir ekki einu sinni á áfrýjunarstigi farið fram á að vitnaskýrslur yrðu teknar af héraðsdómi eins og þeim var í lófa lagið samkvæmt 203. gr. laga um meðferð sakamála.

104. Að því er varðar hvort umrædd sönnunargögn væru eini grundvöllur sakfellingar kærenda eða úrslitagrundvöllur eða hvort þau hefðu getað leitt til sýknu þeirra ítrekaði ríkið að engar vísbendingar væru í dómunum í málinu um að sakfelling kærenda byggði að neinu leyti á yfirlýsingum Al Thanis og Sultans; þvert á móti kvörtuðu kærendur yfir því að dómstólarnir hefðu ekki byggt á þeim yfirlýsingum. Að mati ríkisins væru vitnin tvö ekki lykilvitni að því er varðar þau brot sem kærendur hefðu verið sakfelldir fyrir. Að því er varðar umboðssvikin, tengdist sú háttsemi, sem kærendur hefðu verið fundnir sekir um, vanrækslu að fylgja eðlilegum verklagsreglum innan bankans varðandi tiltekin lán og mjög ólíklegt væri að annað hvort vitnanna gæti hafa komið fram með neinn vitnisburð í þeim efnum; ekkert væri í vitnisburði þeirra sem benti til þess að þeir hefðu nokkra vitneskju um hvernig lánin hefðu verið afgreidd innan bankans. Að því er varðar markaðsmisnotkunina var ríkið ósammála skilningi kærenda á vitnisburði Sultans varðandi hlutverk Ólafs Ólafssonar en hvað sem liði því hvernig túlka bæri þann vitnisburð eða hvernig vitnin hefðu borið vitni í því sambandi taldi ríkið að útkoman hefði ekki breyst. Þá hefðu kærendur ekki vísað til neinna annarra yfirlýsinga annars hvors vitnisins sem leitt hefðu getað til sýknu þeirra.

105. Varðandi það hvort fyrir hendi hefðu verið fullnægjandi mótvægisþættir benti ríkið á að kærendur hefðu haft tækifæri til þess að leggja fram eigin útgáfu og lýsa efasemdum um yfirlýsingar vitnanna tveggja eða taka undir þær. Þá hefði Hæstiréttur beinlínis tekið fram að ákærvaldið yrði að bera hallann af því að vitnin mættu ekki, sem ríkið túlkar sem skýra vísbendingu um að Hæstiréttur hafi verið þeirrar skoðunar að yfirlýsingarnar yrðu ekki notaðar gegn kærendum. Taldi ríkið að Hæstiréttur hefði í raun farið yfir yfirlýsingarnar og komist að þeirri niðurstöðu að ekkert sem í þeim væri að finna gæti haft áhrif á útkomu málsins. Loks taldi ríkið að fyrir hefði legið fjöldi annarra sönnunargagna gegn ákærendum. Þegar málsmeðferðin væri tekin í heild hefðu umrædd gögn ekki haft neina þýðingu fyrir niðurstöðuna.

106. Að því er varðar þá kvörtun kærenda að þeim hefði ekki verið mögulegt að hafa aðkomu að samtölunum við vitnin tvö benti ríkið á að það væri ekki viðtekin venja að bjóða verjendum að vera viðstaddir slíkar skýrslutökur fyrir réttarhöld og taldi að ekkert tilefni hefði verið til þess í þessu máli þar sem ætlunin hefði verið að vitnin bæru vitni við réttarhöldin.

2. Álit dómstólsins

(a) Meginreglurnar

107. Dómstóllinn lítur til þess í upphafi að kærendur kvarta ekki undan því að hafa ekki haft tækifæri til þess að leggja spurningar fyrir vitni sem áður hefðu gefið yfirlýsingar sem síðar voru notaðar sem sönnunargögn við sakfellingu þeirra, heldur um skort á tækifæri til þess að leggja spurningar fyrir vitni sem þeir töldu að hefðu stutt vörn þeirra, vegna þess að stjórnvöld hefðu látið undir höfuð leggjast að reyna með viðhlítandi hætti að tryggja viðveru þessara vitna eða gera aðrar ráðstafanir til þess að verjendur gætu lagt fyrir þau spurningar. Dómstóllinn veitir því athygli í þessu sambandi að ákærvaldið óskaði þess í upphafi að kalla til vitnin til þess að gefa skýrslu fyrir réttinum en að þegar til kom hafi vitnin ekki gefið sig fram. Aftur á móti voru yfirlýsingar þeirra, sem þeir gáfu við fyrri yfirheyrslur, ekki notaðar við sakfellingu kærenda; þvert á móti telja kærendur að þær yfirlýsingar hefði átt að nota sem sönnunargögn þar sem þær styddu málstað kærenda. Í því ljósi telur dómstóllinn að kvörtunin lúti að réttinum til þess að séð verði um „að vitni, sem bera [kærendum] í vil, komi fyrir dóm og séu spurð“, sem fram kemur í síðari hluta d-liðar 3. mgr. 6. gr., fremur en réttinum til „að spyrja eða láta spyrja vitni sem leidd eru gegn [kærendum]“. Af því leiðir að þær meginreglur sem fram eru settar í dómunum í málum *Schatschaschwili*, *Al-Khawaja og Tahery*, sem vísað er til að framan, og síðar *Ibrahim o.fl. gegn Bretlandi* ([GC], nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08 og 40351/09, 30. september 2016), eiga ekki beinlínis við í þessu máli. Dómstóllinn mun því fremur líta til þeirra meginreglna sem settar eru fram í nýlegum dómi yfirdeildar í máli *Murtazaliyeva gegn Rússlandi* (sem vísað er til að framan, 150.-168. mgr.), þar sem skýrt var fordæmið sem sett var með *Perna gegn*

Ítalíu ([GC], nr. 48898/99, ECHR 2003-V). Í *Murtazaliyeva*, setti dómstóllinn fram eftirfarandi þriggja liða viðmið:

- hvort beiðni um að spyrja vitni hafi verið nægjanlega rökstudd og haft þýðingu varðandi efni ákærunnar,
- hvort hinir innlendu dómstólar hefðu fjallað um þýðingu vitnisburðarins og fært fullnægjandi rök fyrir ákvörðun sinni að leggja ekki spurningar fyrir vitni við réttarhald,
- hvort sú ákvörðun innlendra dómstóla að leggja ekki spurningar fyrir vitni hafi grafið undan heildarsannngirni málsmeðferðarinnar.

(b) Gildi þessara meginreglna fyrir þetta mál

108. Dómstóllinn mun fjalla um þetta mál í ljósi þeirra þriggja liða sem tilgreindir eru hér að ofan og hafa jafnframt í huga þau vandkvæði sem voru á því að hinir íslensku dómstólar gætu tryggt viðveru umræddra vitna.

(i) Hvort beiðnin um að spyrja vitnin hafi verið nægjanlega rökstudd og haft þýðingu varðandi efni ákærunnar

109. Dómstóllinn veitir því athygli að ákærvaldið hafði sýnt nokkra viðleitni til þess að tryggja viðveru vitnanna tveggja en hélt þeirri viðleitni ekki til streitu að fengnum þeim upplýsingum að þau vildu ekki taka þátt, vitandi, í ljósi þess að þeir væru erlendir diplómatar með búsetu erlendis, að engin úrræði væru til þess að þvinga þá til að mæta fyrir réttinn. Dómstóllinn bendir á að kærendur halda því fram að þeir hafi vakið máls á fjarveru vitnanna nokkrum sinnum, en samkvæmt ríkinu benda málgögn ekki til þess að málið hafi borið á góma í þinghaldinu 7. mars 2013 og að það hafi ekki verið fyrr en við aðalmeðferð málsins í nóvember 2013 sem til þessa var vísað, en jafnvel á þeim tíma hafi engin formleg beiðni verið lögð fram. Þá veitir dómstóllinn því athygli að verjendur fóru þess aldrei á leit við réttinn eða ákærvaldið að vitnin yrðu kvödd til réttarins og að þeir hefðu í öllu falli getað boðað þá sjálfir. Loks vekur dómstóllinn athygli á því að kærendur hefðu á áfrýjunarstigi getað farið fram á að tekin yrði skýrsla fyrir héraðsdómi til nota í áfrýjunarferlinu.

110. Þótt ráða megi af málgögnum að verjendur hafi vakið máls á fjarveru vitnanna í samskiptum við ákærvaldið fellst dómstóllinn á að engin formleg ósk hafi verið lögð fram um að vitnin yrðu kvödd til meðan á málsmeðferð stóð fyrir héraðsdómi eftir að ákærvaldið tilkynnti réttinum 7. mars 2013 að vitnin hefðu neitað að mæta. Í öllu falli telur dómstóllinn að ekki hafi ráðið úrslitum hvort kærendur vöktu athygli á málinu fyrir héraðsdómi og hvort rétturinn hafi, eins og borið er, ekki veitt svar, þar sem þrír kærendanna (Magnús Guðmundsson vakti ekki sérstaklega athygli á þessu atriði í áfrýjun sinni), tóku málefnið varðandi vitnin upp í áfrýjun sinni til Hæstaréttar, sem veitti rökstuðning fyrir frávísun krafna þeirra (sbr. *Murtazaliyeva*, sem vísað er til að framan, 172.-74. mgr.).

111. Í áfrýjun sinni til Hæstaréttar vísaði Hreiðar Már Sigurðssonar til ófullnægjandi viðleitni til kvaðningar Al Thanis og Sultans, sem hann sagði hafa gegnt „lykilhlutverki“ í viðskiptunum sem um ræðir; lagði hann áherslu á mikilvægi þess að leggja spurningar fyrir þessi vitni „í því skyni að fá fram skýrari mynd af aðdraganda viðskiptanna“ og bætti við að Al Thani mundi hafa geta sagt hvort „hann hefði verið þátttakandi í leikþætti blekkingar og uppspuna ... eða hvort um hefði verið að ræða eðlileg viðskipti.“ Í áfrýjun sinni vísaði Sigurður Einarsson til Al Thanis og Sultans sem „lykilvitna“ sem ákærvaldið hefði ekki gert viðhlítandi tilraunir til þess að kalla fyrir réttinn og bar að vitnisburð „aðaltalsmanns kaupanda hlutanna og aðstoðarmanns hans“ vantaði í málið. Í áfrýjun Ólafs Ólafssonar var einnig vakið máls á því að þessi vitni hefðu ekki verið kölluð til þrátt fyrir ítrekaðar óskir. Vísaði hann til þeirra sem „lykilþátttakenda“ og taldi að vitnisburður þeirra hefði getað „varpað mun skýrara ljósi á atburðina ... veitt upplýsingar um tilgang viðskiptanna frá þeirra sjónarhorni“; Al Thani, sem eigandi Q, hefði setið fundi þar sem viðskiptin voru rædd og gert samninga við Kaupþing og gæti því borðið vitni um hlutverk hvers og eins í málinu, en Sultan hefði einnig „gegnt mikilvægu hlutverki“ í viðskiptunum, þar sem hann hefði komið fram fyrir hönd Al Thanis og annast útfærsluatriði. Einkum og sér í lagi hefði Al Thani getað „upplýst um margt sem var mikilvægt til mats á sönnunargögnum í málinu,“ svo sem hvort það hefði verið ætlunin að kærandi fengi hlutdeild í hagnaðinum, hvort Al Thani teldi verðið í viðskiptunum sanngjarnt og hverjar fyrirætlanir hans og kæranda og Sultans hefðu verið með stofnun fjárfestingarsjóðs.

112. Á grundvelli framangreinds telur dómstóllinn ekki að kærundur hafi lagt fram nægilega rökstudda beiðni um yfirheyrslu umræddra vitna. Einkum og sér í lagi hafi þeir ekki við málsmeðferðina fyrir hinum innlendu dómstólum skýrt nánar tilganginn með slíkri yfirheyrslu. Í greinargerðum sínum til Hæstaréttar héldu kærundur einungis fram með fremur almennum hætti að vitnin gætu varpað ljósi á bakgrunn viðskiptanna og skýrt tilgang þeirra og einkum og sér í lagi að ekki hefði verið ætlunin að Ólafur Ólafsson hagnaðist á þeim. Þótt óumdeilanlegt sé að Al Thani og Sultan hafi gegnt lykilhlutverki í viðskiptunum var sá vitnisburður sem talið var að þeir mundu gefa að mati dómstólsins ekki til þess fallinn að vekja efasemdir um ákærunar á hendur kærendum. Sú staðreynd að Al Thani kynni að hafa borið að fyrirætlanir hans hefðu verið í góðri trú hefði enga beina þýðingu varðandi það hvernig lánin hefðu verið sett upp innan bankans, en um það væri ekki hægt að ætla að hann eða Sultan hefðu nokkra vitneskju um. Við þessar aðstæður telur dómstóllinn að beiðnin um að tekin yrði skýrsla af vitnunum hafi verið óljós og órökstudd.

(ii) *Hvort hinir innlendu dómarar hafi fjallað um þýðingu vitnisburðarins og fært fullnægjandi rök fyrir ákvörðun sinni að leggja ekki spurningar fyrir vitni við réttarhald?*

113. Dómstóllinn veitir því athygli í upphafi að samkvæmt íslenskum lögum stóð verjendum það opið að boða vitnin með beinum hætti en að engin tilraun hafi verið gerð af hálfu verjenda til þess að tryggja viðveru þeirra þótt þau væru talin lykilvitni fyrir vörnina. Dómstóllinn fellst þó á að kvaðning sem gefin væri út af réttinum sjálfum kynni að hafa haft meira vægi en kvaðning af hálfu verjenda, sérstaklega með tilliti til þess að vitnin sem um ræðir voru erlendir ríkisborgarar sem búsettir voru erlendis (og nutu ennfremur stöðu diplómata), og að frumskylda til þess að tryggja mætingu vitna lægi hjá ákærvaldinu. Dómstóllinn telur því viðeigandi að skoða hvort Hæstiréttur hafi brugðist með viðunandi hætti við beiðni verjenda um að þessi vitni kæmu fyrir réttinn.

114. Dómstóllinn vekur athygli á því að Hæstiréttur mat það svo að dómi héraðsdóms yrði einungis snúið við ef sýna mætti fram á að vitnisburður vitnanna tveggja, eða skorturinn á þeim vitnisburði, gæti hafa haft veruleg áhrif á niðurstöðu málsins. Þá var áréttað að ákærvaldið yrði að bera hallann af skorti þessara sönnunargagna. Með hliðsjón af því hversu rýr og óljós beiðni kæranda var fellst dómstóllinn á að brugðist hafi verið við beiðninni með viðunandi hætti. Þá lítur dómstóllinn til þess að vitnin voru ekki innan íslenskrar lögsögu og að ekki hefði verið hægt að þvinga þá til að mæta og að þeir hefðu gert það ljóst að þeir vildu ekki taka þátt í málsmeðferðinni, þrátt fyrir að þeim hefði verið tjáð með óformlegum hætti af sérstökum saksóknara að ákærvaldið og rétturinn sjálfur hefðu hug á að hlýða á vitnisburð þeirri og að þeir gætu borið vitni um síma. Við þær aðstæður virðist ólíklegt að frekari viðleitni til þess að tryggja þátttöku þeirra hefði borið nokkurn árangur.

(iii) *Hvort sú ákvörðun innlendra dómstóla að leggja ekki spurningar fyrir vitni hafi grafið undan heildarsannngirni málsmeðferðarinnar?*

115. Dómstóllinn bendir á í fyrsta lagi að tekið var mið af umtalsverðu magni sönnunargagna við sakfellingu kæranda: fjörutíu vitni voru yfirheyrð fyrir héraðsdómi, sem einnig reiddi sig á umfangsmikil gögn, þar með talið fjölmörg tölvubréfaskipti og niðurstöður símhlustana. Þá fór Hæstiréttur einnig gaumgæfilega yfir gögn málsins. Að auki snertu upplýsingarnar sem hin fjarstöddu vitni hefðu getað veitt ekki kjarna ákæranna á hendur kærendum: jafnvel þótt þau hefðu getað borið vitni um að í þeirra augum hefði verið um að ræða viðskipti í góðri trú hafði huglægt mat þeirra á tilgangi viðskiptanna ekki beina þýðingu varðandi úrlausn um hvernig lánin sjálf hefðu verið afgreidd eða hvort röng mynd hefði verið gefin varðandi eftirspurn eftir hlutum í bankanum.

116. Að lokum, að því marki sem kærendur kvarta undan því að ekki hafi verið byggt á yfirlýsingu vitnanna tveggja af hálfu dómstólanna vísar

dómstóllinn til *De Tomasso gegn Ítalíu* [GC], nr. 43395/09, 170. mgr., 23. febrúar 2017:

„Þótt 6. gr. tryggi réttinn til réttlátrar málsmeðferðar er ekki í greininni kveðið á um neinar reglur um lögmati sönnunargagna eða hvernig meta skuli sönnunargögn, þar sem reglusetning um slíkt heyrir fyrst og fremst undir innlenda rétt og innlenda dómstóla. Að meginreglu til koma atriði á borð við það vægi sem innlendir dómstólar ætla tilteknum sönnunargögnum eða niðurstöðum eða mati, sem fyrir dómstólana koma, ekki til endurskoðunar af hálfu dómstólsins. Dómstólnum ber ekki að koma fram sem stofnun á fjórða dómstigi og mun hann því ekki á grundvelli 1. mgr. 6. gr. bera brögður á mat innlendra dómstóla, nema því aðeins að líta megi á niðurstöður þeirra sem gerræðislegar eða bersýnilega ósanngjarnar (sjá t.d. *Dulaurs gegn Frakklandi*, nr. 34553/97, 33.-34. og 38. mgr., 21. mars 2000; *Khamidov gegn Rússlandi*, nr. 72118/01, 170. mgr., 15. nóvember 2007; *Andelković gegn Serbíu*, nr. 1401/08, 24. mgr., 9. apríl 2013; og *Bochan gegn Úkraínu* (nr. 2) [GC], nr. 22251/08, 64.-65. mgr., ECHR 2015).”

Í þessu máli sér dómstóllinn ekkert gerræðislegt eða bersýnilega ósanngjarnt við þá ákvörðun að byggja ekki á þessum yfirlýsingum sem sönnunargögnum í málinu, í fyrsta lagi vegna þess að þær voru fengnar með óformlegum samtölum og í öðru lagi vegna þess að ekkert tækifæri gafst til þess að láta reyna á sönnunargögnin fyrir rétti. Þá gerði Hæstiréttur ljóst að ákærvaldið yrði að bera hallann af skorti þessara sönnunargagna.

117. Í ljósi framangreinds telur dómstóllinn að ekki hafi verið brotið gegn 1. mgr. og d-lið 3. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans.

IV. MEINT BROT GEGN 8. GR. MANNRÉTTINDASÁTTMÁLANS

118. Kærendur kvörtuðu undan því að ákærvaldið hefði hlustað símtöl milli þeirra og verjenda þeirra, andstætt 8. gr., mannréttindasáttmálans, sem er svohljóðandi:

„1. Sérhver maður á rétt til friðhelgi einkalífs síns, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta.

2. Opinber stjórnvöld skulu eigi ganga á rétt þennan nema samkvæmt því sem lög mæla fyrir um og nauðsyn ber til í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna þjóðaröryggis, almannaeilla eða efnalegrar farsældar þjóðarinnar, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu manna eða siðgæði eða réttindum og frelsi annarra.”

119. Ríkið mótmælti þessum málalíbúnaði.

1. Sjónarmið aðila

120. Ríkið taldi að kærendur hefðu ekki til hlítar leitað leiðréttingar í heimalandinu að því er varðar kæru þeirra samkvæmt 8. gr. mannréttindasáttmálans. Í fyrsta lagi hefðu þeir ekki borið fram þá umkvörtun að efni til fyrir hinum innlendu dómstólum; þótt kærandinn Hreiðar Már Sigurðsson hefði í framhjálaupi vísað til 8. gr. í áfrýjun sinni til Hæstaréttar hefðu kærendur í skriflegum greinargerðum sínum reitt sig aðallega á 6. gr. mannréttindasáttmálans. Í dómi Hæstaréttar væri engin vísbending um að rétturinn hefði með beinum hætti fjallað um það álitamál hvort símhlustunin

hefði falið í sér brot gegn 8. gr. og í samantektinni af munnlegum málflutningi kæranda væri ekki á það minnst að þetta atriði hefði komið fram í röksemdafærslu við aðalmeðferð málsins. Þá hefðu kærendur ekki höfðað neitt annað mál, svo sem einkamál gegn ríkinu, þar sem krafist væri skaðabóta vegna brots á réttindum þeirra samkvæmt 8. gr. Í greinargerðum sínum til andsvars við athugasemdum kæranda gat ríkið þess að kærandinn Hreiðar Már Sigurðsson hefði höfðað einkamál gegn ríkinu fyrir héraðsdómi 15. nóvember 2016. Upplýsti ríkið síðan dómstólinn að með dómi 30. apríl 2018 hefði héraðsdómur dæmt honum 300.000 krónur í bætur vegna símhlustunar sem átt hefði sér stað eftir að kæranda var tilkynnt að hann hefði stöðu grunaðs manns en hafnað kröfu hans varðandi samtöl við lögmann sinn á þeirri forsendu að ekki hefði verið hlustað á þau nema í því skyni að greina hver væri að tala.

121. Kærendur héldu fram að til hlítar hefði verið leitað leiðréttingar í heimalandinu, þar sem vakin hefði verið athygli á hljóðritun samtalanna, sem háð væru þagnarskyldu, bæði fyrir héraðsdómi og Hæstarétti, og síðarnefndi rétturinn hefði ekki séð neitt athugavert við framkvæmd símhlustananna. Kærendur gerðu ekki sérstaka athugasemd varðandi hugsanlegt einkamál.

2. Álit dómstólsins

122. Dómstóllinn veitir því eftirtekt, í fyrsta lagi, að þótt allir kærendur hefðu kvartað í þessa veru nefndu Hreiðar Már Sigurðsson og Magnús Guðmundsson einir tiltekin atvik sem viðurkennd hefðu verið af sérstökum saksóknara; hinir kærendurnir tveir vísuðu ekki til neinna beinna atvika og vöktu ekki máls á þessu álitaefni í áfrýjunum sínum til Hæstaréttar. Í ljósi þeirrar skýringar sérstaks saksóknara að atvikin varðandi Hreiðar Má Sigurðsson og Magnús Guðmundsson hefðu verið mistök, og með því að engin gögn liggja fyrir sem benda til annars, er það niðurstaða dómstólsins að kærur Sigurðar Einarssonar og Ólafs Ólafssonar í þessa veru séu órökstuddar og verður því að telja þær ótækar til meðferðar skv. a-lið 3. mgr. og 4. mgr. 35 gr. mannréttindasáttmálans.

123. Dómstóllinn veitir því athygli að Magnús Guðmundsson vísaði ekki til 8. gr. mannréttindasáttmálans né heldur til réttar síns til friðhelgi einkalífs eða bréfaskipta, í áfrýjun sinni til Hæstaréttar en vísaði sérstaklega til laga um meðferð sakamála og c-liðar 3. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans. Að því leiðir að ekki verður talið að hann hafi reist kærú á 8. gr. að efni til. Hreiðar Már Sigurðsson vísaði hins vegar sérstaklega til 8. gr. í áfrýjun sinni til Hæstaréttar og taldi að brotið hefði verið gegn rétti hans til friðhelgi einkalífs og að því leyti má telja að hann hafi byggt kærú sína á því ákvæði, en reyndar án frekari skýringa. Dómstóllinn veitir því aftur á móti athygli að þótt Hæstiréttur hefði án efa getað dæmt umrædda símhlustun ólögmeta og/eða óréttlæt看anlega, er ekki jafnljóst hvort sú leið stóð opin fyrir Hæstarétt í samhengi sakamáls að fjalla um efni umkvörtunarinnar samkvæmt sáttmálanum þess efnis að inngrípið í rétt kæranda til friðhelgi einkalífs hefði

ekki verið „í samræmi við lög“ eða ekki "nauðsynleg í lýðræðislegu samfélagi“ og veita viðeigandi úrræði að því leyti. (sjá *Akhlyustin gegn Rússlandi*, nr. 21200/05, 24. mgr., 7. nóvember 2017, og *Zubkov o.fl. gegn Rússlandi*, nr. 29431/05, 7070/06 og 5402/07, 88. mgr., 7. nóvember 2017, og *Konstantin Moskaev gegn Rússlandi*, nr. 59589/10, 22. mgr., 7. nóvember 2017; sjá einnig, varðandi hvort fyrir hendi séu raunhæf úrræði skv. 13. gr. mannréttindasáttmálans, *Khan gegn Bretlandi*, nr. 35394/97, 44 mgr., ECHR 2000-V, *P.G. og J.H. gegn Bretlandi*, nr. 44787/98, 86. mgr., ECHR 2001-IX, *Goranova-Karaeneva gegn Búlgaríu*, nr. 12739/05, 59. mgr., 8. mars 2011 (þar sem álitamálið um tæmingu úrræða var sameinað málsástæðum kærunnar skv. 13. gr.), og *İrfan Güzel gegn Tyrklandi*, nr. 35285/08, 106.-107. mgr., 7. febrúar 2017; og, aftur á móti, *Dragojević gegn Króatíu*, nr. 68955/11, 35., 42., 47. og 72. mgr., 15. janúar 2015; *Šantare og Labaznikovs gegn Lettlandi*, nr. 34148/07, 25. og 40.-46. mgr., 31. mars 2016; og *Radzhab Magomedov gegn Rússlandi*, nr. 20933/08, 20. og 77.-79. mgr., 20. desember 2016). Í raun tók Hæstiréttur ekki til umfjöllunar álitamálið um friðhelgi einkalífs í dómi sínum, en vísaði þess í stað til þeirrar staðreyndar að hljóðritin hefðu ekki verið notuð sem sönnunargögn og þess að engar röksemdir hefðu verið færðar á þá leið að þau kynnu að hafa haft áhrif á rannsóknina. Þótt ríkið héldi því ekki fram berum orðum að þetta úrræði væri óraunhæft (en lýsti þó hugmyndinni um umfjöllun af hálfu Hæstaréttar um umkvörtunina samkvæmt 8. gr. [mannréttindasáttmálans] sem „óhefðbundinni“), telur dómstóllinn í ljósi fyrrnefndra dómafordæma að áfrýjun til Hæstaréttar í samhengi sakamáls teljist ekki raunhæft úrræði varðandi kvörtun um brot gegn friðhelgi einkalífs samkvæmt 8. gr. mannréttindasáttmálans.

124. Þá stendur eftir spurningin hvort kærendur hefðu, eins og ríkið benti á, átt að leita úrræðis með einkamáli gegn ríkinu þar sem krafist væri bóta. Dómstóllinn hefur enga ástæðu til að efast um að í einkamáli hefðu hinir innlendu dómstólar getað fjallað um lögmæti og nauðsyn aðgerðanna sem um ræðir og eftir atvikum dæma bætur. Kærendur hafa ekki mótmælt afstöðu ríkisins að þessu leyti. Að því er varðar Magnús Guðmundsson bendir dómstóllinn á að hann hefur ekki höfðað einkamál gegn ríkinu; að því er varðar kærandann Hreiðar Má Sigurðsson veitir dómstóllinn því athygli að hann höfðaði einkamál gegn ríkinu í nóvember 2016 og felldi héraðsdómur dóm sinn 30. apríl 2018, þar sem kröfum hans varðandi samtöl hans við lögmann sinn var meðal annars hafnað. Dómstólnum er ekki kunnugt um hvort kærandi hafi áfrýjað þeim dómi. Við þessar aðstæður ber að hafna kröfum kæranda samkvæmt 8. gr. mannréttindasáttmálans á grundvelli þess að ekki hafi verið leitað til hlítar leiðréttingar í heimalandinu, sbr. 1. og 4. mgr. 35. gr. sáttmálans

V. GILDI 41. GR. MANNRÉTTINDASÁTTMÁLANS

125. 41. gr. mannréttindasáttmálans er svohljóðandi:

„Dómurinn skal ef nauðsyn krefur veita sanngjarnar bætur til þess aðila sem orðið hefur fyrir tjóni ef hann kemst að þeirri niðurstöðu að um brot á samningnum eða samningsviðaukum við hann hafi verið að ræða og ef löggjöf viðkomandi samningsaðila heimilar aðeins að veittar séu bætur að hluta.“

A. Bætur

126. Hver kærandi krafðist 100.000 evra (EUR) í miskabætur. Kærendur kröfðust ekki skaðabóta.

127. Taldi ríkið að niðurstaða um brot myndi ein og sér teljast fullnægjandi bætur fyrir hvers kyns miska. Ríkið taldi einnig að krafan um miskabætur væri óhófleg.

128. Með hliðsjón af sérstökum málavöxtum þessa máls fellst dómstóllinn á það með ríkinu varðandi miskabætur að niðurstaða um brot gegn 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans teljist ein og sér sanngjarnar bætur. Dómstóllinn getur þess ennfreður að það kemur í hlut ríkisins að velja, undir eftirliti ráðherranefndarinnar, hinar almennu og/eða, eftir atvikum, sértæku ráðstafanir sem gripið verður til í íslenskum rétti í því skyni að binda enda á brotið eða brotin sem dómstóllinn komst að niðurstöðu um og bæta úr afleiðingunum eftir því sem unnt er. Í þessu sambandi bendir dómstóllinn á að í 228. og 232. gr. laga um meðferð sakamála er kveðið svo á að endurupptökunefnd geti að uppfylltum tilteknum skilyrðum mælt fyrir um endurupptöku sakamáls sem endanlega hefur verið dæmt í Landsrétti eða Hæstarétti (sjá, að breyttu breytanda, *Ibrahim o.fl. gegn Bretlandi* sem vísað er til að framan, 315. mgr., og *Ramos Nunes de Carvalho E Sá gegn Portúgal*, sem vísað er til að framan, 222. mgr.). Í þessu sambandi leggur dómstóllinn áherslu á mikilvægi þess að tryggja að fyrir hendi séu innlend úrræði til endurupptöku máls í ljósi niðurstöðu um að brotið hafi verið gegn 6. gr. mannréttindasáttmálans. Eins og dómstóllinn hefur áður lagt áherslu á má líta á slík úrræði sem mikilvægan þátt í fullnustu dóma dómstólsins og tilvist þeirra er til marks um skuldbindingu samningsríkis gagnvart mannréttindasáttmálanum og dómafordæmum mannréttindadómstólsins (*Moreira Ferreira gegn Portúgal* (nr. 2) [GC], nr. 19867/12, 99. mgr., 11. júlí 2017).

B. Kostnaður og útgjöld

129. Kærendur lögðu fram eftirfarandi kröfur varðandi kostnað og útgjöld sem stofnað var til fyrir hinum innlendu dómstólum og Mannréttindadómstólnum:

Hreiðar Már Sigurðsson: 58.526.931 kr. vegna málsmeðferðar í heimalandinu og 13.500 evrur, auk 2.600.000 króna, vegna málsmeðferðar fyrir Mannréttindadómstólnum.

Sigurður Einarsson 28.758,883 kr. vegna málsmeðferðar í heimalandinu og 13.500 evrur, auk 2.600.000 króna, vegna málsmeðferðar fyrir Mannréttindadómstólnum.

Ólafur Ólafsson: 33.492.706 kr. vegna málsmeðferðar í heimalandinu og 13.500 evrur, auk 3.375.000 króna, vegna málsmeðferðar fyrir Mannréttindadómstólnum.

Magnús Guðmundsson: 40.729.681 kr. vegna málsmeðferðar í heimalandinu og 13.500 evrur, auk 1.338.624, króna vegna málsmeðferðar fyrir Mannréttindadómstólnum.

Lögðu kærendur fram reikninga samanlagt að fjárhæð 54.000 evra vegna málsmeðferðarinnar fyrir Mannréttindadómstólnum.

130. Ríkið taldi að ekki væri unnt að rekja allan kostnaðinn sem til stofnaðist til fyrirbyggingar meintra brota eða leitar eftir úrbótum, þar sem varnir kæranda hefðu einnig byggt á öðrum forsendum. Ríkinu væri þó ómögulegt, án frekari sundurliðunar á kostnaðinum, að ákvarða hvaða kostnaður tengdist hinum meintu brotum. Þá benti ríkið á að brot í tengslum við málsmeðferðina fyrir Hæstarétti leiddi ekki til endurgreiðslu kostnaðar sem til hefði stofnast við málsmeðferðina fyrir héraðsdómi. Loks taldi ríkið að engin gögn lægju fyrir um kostnaðinn í íslenskum krónum vegna málsmeðferðarinnar fyrir dómstólnum.

131. Samkvæmt framkvæmd dómstólsins á kærandi aðeins rétt á endurgreiðslu kostnaðar og útgjalda að því marki sem sýnt þykir að til þeirra hafi í raun og óhjákvæmilega verið stofnað og að fjárhæð þeirra sé hæfileg. Í þessu máli, með vísan til gagnanna sem dómstóllinn hefur í höndum og fyrrnefndra viðmiða, og með sérstöku tilliti til þess að einungis hefur verið komist að niðurstöðu um brot vegna einnar kæru sem kærendur lögðu fram, sem varðar álitamál um óhlutdrægni Hæstaréttar, sem ekki kom í ljós fyrr en eftir að innlendri málsmeðferð var lokið, vísar dómstóllinn frá kröfunni sem lýtur að kostnaði vegna innlendu málsmeðferðarinnar. Á hinn bóginn telur dómstóllinn sanngjarnt að dæma hverjum kæranda 2.000 evrur vegna kostnaðar af málsmeðferðinni fyrir dómstólnum, að teknu tilliti til þess að greinargerðir málsvara kæranda voru sameiginlegar öllum kærendum.

C. Dráttarvextir

132. Dómstóllinn telur við hæfi að dráttarvextir skuli byggðir á almennum útlánsvöxtum Seðlabanka Evrópu (e. marginal lending rate) með þriggja prósentu álagi.

ÞVÍ ER DÆMT

1. *Samhljóða*, að kærurnar varðandi meintan skort á óhlutdrægni Á. K. vegna starfa sem sonur hans gegndi, meinta synjun um aðgang að gögnum og meinta vanrækslu að kalla til vitni séu tækar til meðferðar en að aðrir liðir kærunnar séu ótækir til meðferðar,
2. *samhljóða* að brotið hafi verið gegn 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans vegna skorts á óhlutdrægni Á.K.,
3. *með sex atkvæðum gegn einu*, að ekki hafi verið brotið gegn 1. mgr. og b-lið 3. mgr. sáttmálans með meintri synjun um aðgang að gögnum,
4. *samhljóða*, að ekki hafi verið brotið gegn 1. mgr. og b-lið 3. mgr. sáttmálans með meintri vanrækslu að boða vitni,
5. *samhljóða*, að niðurstaða um brot teljist ein og sér fullnægjandi sanngjarnar bætur fyrir miska sem kærendur urðu fyrir,
6. *samhljóða*,
 - (a) að ríkið skuli greiða hverjum kæranda um sig, innan þriggja mánaða frá því að dómurinn verður endanlegur samkvæmt 2. mgr. 44. gr. mannréttindasáttmálans, 2.000 (tvö þúsund) evrur auk hvers kyns skatta sem kunna að leggjast á kærendur vegna kostnaðar og útgjalda, sem umreiknist í mynt hins kærða ríkis á því gengi sem gildir á uppgjörssdegi:
 - (b) að frá þeim tíma sem áður nefndir þrír mánuðir eru liðnir og fram að uppgjöri skuli einfaldir vextir leggjast á fyrrgreindar fjárhæðir sem svara til almennra útlánsvaxta Seðlabankans í Evrópu meðan á vanskilum stendur, með þriggja prósent álagi.
7. *samhljóða*, að vísa frá viðbótarkröfum kæranda um sanngjarnar bætur.

Gert á ensku og tilkynnt skriflega hinn 4. júní 2019 í samræmi við 2. og 3. mgr. 77. gr. reglna dómstólsins.

Stanley Naismith
Ritari

Paul Lemmens
Forseti

Í samræmi við 2. mgr. 45. gr. mannréttindasáttmálans og 2. mgr. 74. gr. reglna dómstólsins fylgir dómi þessum sérálit Pavli , dómara.

S.H.N.
P.L

SÉRATKVÆÐI PAVLI, DÓMARA

1. Ég hef greitt atkvæði með meirihlutanum í öllum tilfellum nema einu. Mér þykir leitt að ég get ekki fallist á niðurstöðu hans um að ekki hafi verið brotið gegn 6. gr. að því er varðar meinta synjun um aðgengi að rannsóknargögnum. Andstaða mín varðar bæði þá almennu nálgun sem beitt var af meirihlutanum undir þessum lið, svo og niðurstöður hans á grundvelli málsástæðna.

A. Viðeigandi viðmið samkvæmt b-lið 3. mgr. 6. gr.

2. Þær meginreglur sem við eiga varðandi rétt kæranda samkvæmt 1. mgr. og b-lið 3. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans til þess að fá aðgang að rannsóknargögnunum í málinu gegn þeim, þar með talið sönnunargögnum sem kynnu að vera þeim í hag, voru teknar saman í *Van Wesenbeeck gegn Belgíu* (nr. 67496/10 og 52936/12, 23. maí 2017) og *Natunen gegn Finnlandi* (nr. 21022/04, 31. mars 2009), eins og lýst er í 85. og 86. mgr. þessa dóms. Réttur verjenda til aðgangs að og upplýsingagjafar um sönnunargögn ákærvalds er ekki algildur; hins vegar þurfa allar takmarkanir að vera „algerlega nauðsynlegar“ vegna megininntaksins um jafnræði aðila í samsetningu 6. gr. varðandi réttláta málsmeðferð í refsímálum (sjá *Van Wesenbeeck*, 68. mgr.).

3. Í áliti meirihlutans er fallist á að synjun um aðgang kæranda að a.m.k. einum hluta gagnanna („afmörkuðu“ skjölin) veki upp álitamál skv. b-lið 3. mgr. 6. gr. (sjá 91. mgr.). Hins vegar er hvergi ráðist í eiginlega athugun á því hvort takmarkanirnar standist viðmiðið um brýna nauðsyn. Þess í stað er í viðkomandi hluta dómsins komist að þeirri niðurstöðu að vegna tiltekinna ætlaðra réttarfarslegra annmarka af hálfu varnarinnar og vegna þess að þeir áttu þess kost að krefjast endurskoðunar dómstóla hefði kærendum ekki verið „synjað um sanngjarna málsmeðferð þegar á heildina er litið“.

4. Í mínum huga er nálgun meirihlutans varðandi þetta álitaefni, sem vekur nýjar og mikilvægar réttarfarslegar spurningar varðandi 6. gr., vafasöm af ýmsum ástæðum. Í fyrsta lagi er hinum alvarlegu álitamálum um upplýsingagjöf, sem kærendur vekja máls á, ekki gefið nægilegt vægi þegar horft er til þess að um er að ræða afar flókið refsímál. Með því að horfa fram hjá *Van Wesenbeeck* viðmiðinu og komast þess í stað að þeirri almennu niðurstöðu að réttarhaldið hafi verið sanngjarnt þegar á heildina er litið er í dómnum dregið úr mikilvægi skýrleika og samræmis í dómaframkvæmd okkar og tækifærið látið ónotað til þess að taka afstöðu varðandi þær flóknu spurningar sem vakna um þau álitaefni sem rísa þegar saman koma ný tækni og mikið umfang sönnunargagna. Ég tel að sú röksemdafærsla sem

meirihlutinn byggir á við frávísun krafna kæranda sé að hluta ótæk og að hluta ófullnægjandi.

B. Hvort réttur verjenda til aðgangs var takmarkaður

5. Þetta mál snýst um ákæru sem varða óvenjuflókin efnahagsbrot, þar sem um er að ræða fjölda sakborninga og mikið magn rafrænna gagna sem ákæruvaldið hefur lagt hald á eða aflað með öðrum hætti. Þar á meðal voru að minnsta kosti fjögur gagnasöfn, sem í stærðarröð voru: „heildarsafn gagna“ sem fengust með rannsókninni; „afmörkuð gögn“ sem höfðu hugsanlegt sönnunargildi og ákæruvaldið valdi úr heildarsafninu með því að beita þróaðri leitartækni; „rannsóknargögn“ sem varð til með frekari síun hinna afmörkuðu gagna; og sönnunargögnin sem í raun voru lögð fyrir réttinn og höfðu að geyma hluta af rannsóknargögnunum.

6. Til upprifjunar, halda kærundur því fram að þeim hafi verið synjað um aðgang að fyrsta og öðru gagnasafninu. Einkum og sér í lagi var þeim ekki leyft að ráðast í eigin leitir í fyrsta gagnasafninu og nota til þess sama hugbúnaðinn og ákæruvaldið hafði nýtt með víðtækum hætti. Að auki hefði ákæruvaldið – og dómstólarnir að minnsta kosti þrisvar sinnum – neitað að veita þeim aðgang að listanum yfir skjöl sem „afmörkuð“ hefðu verið (með sönnunargildi eða hugsanlegt sönnunargildi) með leitum ákæruvaldsins, að yfirlitslistum yfir haldlögð gögn, og að öðrum rannsóknargögnum. Jafnframt hafnaði ákæruvaldið sérstökum beiðnum verjenda að aðgangi að „söfnum tölvubréfa og hlustaðra símtala einstaklinga annarra en kæranda, sem ekki hefðu ratað í rannsóknargögnin“ (sjá 75. mgr. dómsins). Þannig hefði ákæruvaldið í raun haft einokunaraðstöðu varðand notkun þróaðs leitarbúnaðar án tilhlýðilegs eftirlits af hálfu dómstóla á fyrstu stigum málsmeðferðarinnar.

7. Sá kostur sem meiri hlutinn valdi, að ráðast beint í könnun á heildarsannngirni, hefur í för með sér að engar skýrar niðurstöður liggja fyrir að því er varðar hvort heimildir verjenda til aðgangs voru takmarkaðar, og ef svo, þá að hvaða marki. Draga má þó nokkrar óbeinar ályktanir.

8. Í dóminum er skilið á milli fyrsta og annars gagnasafns. Að því er varðar fyrra safnið, er í dóminum talið í raun að rafræn leit af hálfu verjenda mundi jafngilda „veiðiferð“ ef ekki væri tilgreint hverju „hefði mátt fá frekari skýringar á með frekari leit“ (sjá 90. mgr.). Í þessu sambandi, þar sem um er að ræða milljónir skjala, kemur þessi röksemdafærsla fyrir sjónir eins og krafa um að tilgreina nákvæma staðsetningu nálar í heystakki. Hún er einnig til þess fallin að snúa við skyldu ákæruvaldsins til þess að upplýsa um öll sönnunargögn sem til sýknu horfa (meira um þetta atriði hér fyrir neðan). Leit sem gerð væri af verjendum væri ekkert frekar veiðiferð en leitin sem ákæruvaldið framkvæmdi.

9. Að því er varðar hin „afmörkuðu“ gögn fellst meirihlutinn á að samkvæmt dómafordæmi okkar sé ákærvaldinu óheimilt að útiloka verjendur frá því ferli að meta mikilvægi upplýsinga sem ekki er upplýst um og að frekari leit í afmarkaða gagnasafninu hefði verið „fremur einfalt mál“ frá tæknilegu sjónarmiði (sjá 91. mgr.). Meirihlutinn er á hinn bóginn sáttur við þá röksemdafærslu ríkisins að það væri ekki skylda ákærvaldsins samkvæmt innlendum rétti að útbúa gögn (nánar tiltekið lista yfir haldlögð gögn) sem ekki væru þegar til. Enga umræðu er að finna um afleiðingar þessarar leiðar, sem valið er að fara í innlendum rétti, í skilningi 6. gr. mannréttindasáttmálans.

10. Vert er að minnast þess hér að það sem er í húfi í þessu máli er grundvallaratriði varðandi réttláta málsmeðferð í refsimálum, þ.e.a.s. jafnræði aðila. Í ljósi þessarar höfuðreglu virðist nálgun meirihlutans í heild sinni ekki taka nægjanlegt tillit til flækjustigs upplýsingagjafar um rafræn gögn í refsimálum (eða einkamálum, ef því er að skipta) þar sem um er að ræða umfangsmikil gögn; til notkunar nútímataækni í þessu sambandi; og til afleiðinga þessa tveggja samanlagt varðandi jafnræði aðila. Í það minnsta þarf að láta reyna á þá forsendu að hefðbundnar reglur um upplýsingagjöf ættu að gilda óbreyttar í þessu samhengi.

11. Lausleg yfirferð yfir samanburðarlögfræði í lögsagnarumdæmum þar sem fyrir liggur reynsla á þessu sviði – umfangsmeiri útfærsla hefði verið gagnleg í ljósi þeirra nýju aðstæðna sem uppi eru í þessu máli – bendir til þess að ákærvaldinu sé skylt að veita verjendum eins greiðan aðgang og unnt er að rafrænum rannsóknargögnum, þar með talið möguleika til að framkvæma eigin leit á sambærilegum forsendum og með sambærilegum möguleikum og ákærvaldið. Þetta er talin sú lágmarks- eða viðmiðunaröryggisráðstöfun sem krafist er í flóknum málum vegna meginreglunnar um jafnræði aðila.¹

12. Ennfremur, til þess að uppfylla skyldu sína um að upplýsa um allt efni sem til sýknu horfir og ákærvaldið hefur í fórum sínum, eins og skylt er bæði samkvæmt dómaframkvæmd okkar og íslenskum lögum, kann ákærvaldinu einnig að vera skylt að sýna fram á góða trú með auknu frumkvæði, t.d. með því að útbúa skrá yfir skjölin, láta í té skjöl á því formi að hægt sé að leita í þeim og tilgreina öll gögn sem vitað er um og horfa til sýknu. Á hinn bóginn kynni niðurstaða um að ákærvaldið hafi í vondri trú viðhaft „gagnadembu“ til að gera verjendum/sakborningum erfiðara fyrir að greina gögnin gæti það leitt til niðurstöðu um torveldun aðgangs að gögnum.²

¹Sjá t.d. málið *Bandaríkin gegn Skilling* 554 F.3d 529 (5th Circuit 2009) (um var að ræða nokkur hundruð milljón rafrænar skrár).

²*Sama rit*. Sjá einnig aðferðarlýsingu bandaríska dómsmálaráðuneytisins varðandi upplýsingagjöf um rafræn gögn (2012) þar sem mælt er með því, til þess að takast á við vandkvæðin sem fylgja stafrænu öldinni, að ákærvaldið láti verjendum í té leitarbæra skrá, svo og efnisyfirlit með ítarlegri lýsingu á hinum „almennu flokkum upplýsinga“ sem er að finna í efninu. Sjá Recommendations for Electronically Stored Information (ESI) Discovery Production in Federal Criminal Cases (Tilmæli varðandi gögn sem varðveitt eru

13. Með framangreindri aðferðarlýsingu er viðurkennt að jafnvel þegar verjendur/sakborningar njóta góðs að rúmum aðgangi stendur ákærvaldið engu að síður augljóslega betur að vígi: yfirleitt hefur það haft lengri tíma til þess að greina gögnin, almennt betri úrræði til greiningar og nánari þekkingu á efninu, þar með talið að því er varðar þætti sem horfa til sýknu. Í ljósi þessarar umfjöllunar virðist fremur langsótt sú fyrirbyggjandi niðurstaða meirihlutans þess efnis að ákærvaldið hafi „ekkert [staðið] betur en verjendur“ miðað við aðstæður þessa máls (sjá 90. mgr.) .

14. Í öðru lagi er það rökrétt afleiðing framangreindrar röksemdafærslu að fullt rafrænt aðgengi í refsímálum þar sem gögn eru umfangsmikil verður að verður að vera sjálfsgefið, þ.e.a.s. viðtekin starfsregla ákærvaldsins án þess að verjendur þurfi að höfða og sækja röð af formsatriðamálum. Að meginreglu til ætti að beita eftirliti dómstóla alltaf þegar mögulegt er á þessum fyrstu stigum, þegar skilmálar um upplýsingar og leit gagna ættu að vera samþykktir og staðfestir, af fulltrúa dómsins.

15. Ný framkvæmd á svæði Evrópuráðsins er í samræmi við þessa almennu nálgun. Þannig hafa dómstólar í að minnsta kosti tveimur lögsagnarumdæmum (Bretlandi og Írlandi) á nýliðnum árum samþykkt að notuð sé aðferð við yfirferð sem studd er með tæknilausn þar sem beitt er tegund af gervigreind sem nefnd er forsagnarkóðun (e. predictive coding) til rafrænnar upplýsingagjafar í einkamálum þar sem miklir hagsmunir eru í húfi.³ Röksemdafærslan mundi hafa sama gildi í refsímálum þar sem flækjustigið er sambærilegt.⁴ Aftur er forsendan fyrir notkun þróaðrar tækni af þessum toga að sjálfsögðu sú að báðum aðilum sé tryggður eins greiður aðgangur og unnt er frá byrjun. Og í öðru lagi að regluverk um refsilög og rannsóknaraðferðir verði þannig skipulagt að það greiði fyrir viðunandi aðgangi verjenda/sakborninga á viðeigandi (þ.e. snemma) stigi málsmeðferðar.

16. Út frá málavöxtum í þessu máli tel ég að réttur kæranda til aðgangs hafi verið takmarkaður að verulegu leyti vegna synjunar hinna innlendu yfirvalda að veita verjendum þeirra raunverulegan og sanngjarnan aðgang að hinum umþrættu gagnasöfnum, einkum og sér í lagi hinum afmörkuðu gögnum.

á rafrænu formi og upplýsingagjöf um rannsóknargögn í alríkisrefsímálum, aðgengilegt hér: <https://www.justice.gov/archives/dag/page/file/913236/download>.

³ Sjá *Pyrrho Investments Ltd gegn. MWB Property Ltd* [2016] EWHC 256 (Hæstiréttur Bretlands); og *Irish Bank Resolution Corporation Ltd o.fl. gegn Quinn o.fl* [2015] IEHC 175 (Hæstiréttur Írlands).

⁴ Forsagnarkóðun, sem þegar er víða í notkun í sumum lögsagnarumdæmum, gerir aðilum kleift að spara verulegan tíma og mannafla við greiningu stórra gagnasafna. Sjá meðal annars, í refsiréttarlegu samhengi: Elle Byram, *The Collision of the Courts and Predictive Coding: Defining Best Practices and Guidelines in Predictive Coding for Electronic Discovery*, 29 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 675 (2013); og Brandon L. Garrett, *Big Data and Due Process*, 99 CORNELL L. REV. ONLINE 207 (2014).

17. Ennfremur, að því er varðar kerfið sjálft – og jafnvel þótt gert sé ráð fyrir svigrúmi vegna séraðstæðna í hverju innlendu kerfi – virðist sem viðeigandi íslensk lög og framkvæmd ákærvaldsins séu ekki með þeim hætti að unnt sé að tryggja rétt verjenda/sakborninga til upplýsinga í refsimálum þar sem gögn eru umfangsmikil. Þetta er ljóst af skýringum ríkisins, lagalegum sem tæknilegum, á því hvers vegna aðgangur að flestum þeim viðbótargögnum sem verjendurnir fóru fram á hafi ekki verið mögulegur eða réttmætur (sá hér fyrir neðan varðandi nánari málsatriði). Að sama skapi má halda því fram að flókið eðli hinnar opinberu rannsóknar í þessu máli hefði átt að vera ljóst hinum innlendu yfirvöldum nánast frá upphafi.

18. Þessi kerfisannmarki væri nægur grundvöllur, að mínu mati, til þess að komast að niðurstöðu um brot gegn heildarsannngirni málmeðferðarinnar samkvæmt 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans.

C. Hvort takmarkanirnar á aðgengi hafi verið réttlætanlegar

19. Svo það liggi fyrir vil ég engu að síður fjalla um þær tilteknu röksemdir sem gefnar voru vegna takmarkananna á rétti kæranda til aðgangs og hvort þær voru „algerlega nauðsynlegar“ samkvæmt fordæmum okkar.

20. Þótt ríkið tefli fram löngum lista yfir röksemdir sem færðar eru fyrir því að takmarkanirnar hafi verið réttlætanlegar virðist meirihlutinn velja út tvær meginástæður, í 92. málsgrein. Í fyrsta lagi leggur það áherslu á að kærendur hafi ekki leitað formlega eftir dómsúrskurði „um aðgang að ‚heildarsafni gagna‘ eða um að frekari leit yrði gerð [í gagnasöfnum]“. Þessari röksemdafærslu má mótmæla á að minnsta kosti þremur forsendum. Í fyrsta lagi felur röksemd ríkisins undir þessari yfirskrift í sér staðhæfingu um að ekki hafi verið leitað allra úrræða í heimalandinu en þar sem ríkið beitti ekki þessari röksemdafærslu á því stigi þegar metið var hvort kærán væri tæk til meðferðar ætti ríkið með réttu ekki að eiga kost á að byggja á henni sem málsástæðu. Í öðru lagi virðist þetta ekki alls kostar rétt: til dæmis lögðu kærendur fram kröfur um lista af skjölum sem mætti finna með því að nota tiltekið leitarorð, sem var hafnað af héraðsdómi á ótilgreindum forsendum (sjá 83. mgr.). En að lokum, og sem mestu máli skiptir, samræmist þessi röksemdafærsla ekki þeirri sjálfgefnu skyldu ákærvaldsins að veita upplýsingar greiðlega í málum þar sem um er að ræða mikið magn rafrænna rannsóknargagna, sem er eina leiðin til þess að tryggja raunverulegt jafnræði aðila.

21. Hið sama mundi gilda um síðari réttlætninguna sem meirihlutinn setur fram, það er að verjendur hefðu látið undir höfuð leggjast að tilgreina hvaða viðbótargögnum þeir væru að leita eftir og vísað til „yfirlit[a] yfir haldlagða muni og innihald þeirra í grófum dráttum“ (sjá 92. málsgrein, *in fine*.) Með fullri virðingu felur þessi röksemdafærsla að mínu mati alvarlegt vanmat á flækjustigi þess að greina mikið magn samtengdra rannsóknargagna, hvort

sem unnið er „einungis“ með mannlegri greind eða með stuðningi gervigreindar.

22. Þegar farið er gegnum hinar fjölmörgu röksemdir til réttlætningar sem ríkið leggur fram undir þessari yfirskrift virðist ljóst að áhyggjur af ætlaðri óhóflegri vinnu hafi vegið þungt: hið mikla magn gagna sem yrði að leggja fram til þess að uppfylla kröfur verjenda (sjá 79. málsgrein) eða nauðsyn þess að hlaða gögnum aftur inn í tiltekinn hugbúnað (sjá 83. málsgrein). Það er vonandi ekki þetta sem átt er við með „brýnni nauðsyn“ á takmörkunum, því það væri sorgardagur fyrir 6. grein ef grundvallarréttur til réttlátrar málsmeðferðar ætti að víkja fyrir þægindum einum.

23. Með því er ekki sagt að umfangsmikil rafræn upplýsingagjöf af því tagi sem gert er ráð fyrir í þessu álit veki ekki önnur erfið álitamál, þar með talið mál sem varða verndun grundvallarréttinda og hagsmuna þriðju aðila. Meirihlutinn víkur að þessum áhyggjuefnum en telur að þau hafi ekki falið í sér „óyffirstíganlegar hindranir“, og ég tek undir þá niðurstöðu á þeim forsendum, meðal annars, að ríkið hafi ekki sýnt fram á að með réttmætum og sannanlegum hætti hafi verið hugað að leiðum til þess að samræma upplýsingagjöf til verjenda og lágmarka mögulega áhættu varðandi rétt þriðju aðila.⁵ Í öllu falli má vonast til þess að álitamál af þessum tagi verði viðfangsefni í dómsmálum okkar í framtíðinni á þessu sviði.

24. Almennt séð hefur sú tregða að taka með beinum hætti á kröfum kærenda samkvæmt 3. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans, með sínum ýmsu tryggingum varðandi réttláta málsmeðferð í refsímálum afleiðingar – og ekki einungis fræðilegs eðlis. Í fyrsta lagi er hún til þess fallin að þynna út þá vernd sem tryggð er í fimm liðum ákvæðisins, eins og ekki væri unnt að brjóta gegn þeim á þeirra eigin forsendum. Í öðru lagi glatast með henni tækifæri til þess að veita innlendum dómstólum og öðrum yfirvöldum skýrar og samræmdar leiðbeiningar hvernig skuli túlka þessar flóknu tryggingar mannréttindasáttmálans og beita þeim á landsvísu. Í mínum huga er þetta eitt af meginhlutverkum dómstólsins, sem hætt er við að grafið verði undan ef öllum andstæðum sjónarmiðum er athugasemdalaust troðið inn í litt gagnsæja mulningsvél sem ber merkimiðann „heildarsanngirni málsmeðferðar“.

25. Svo það sé skýrt, getur endanleg niðurstaða um heildarsanngirni samkvæmt 1. mgr. 6. gr. engan veginn komið í veg fyrir eða komið í staðinn fyrir þörfina á að taka til eðlilegrar athugunar kröfur sem gerðar eru samkvæmt hinum ýmsu liðum 3. mgr. 6. gr. Lausleg könnun á nýlegum dómum yfirdeildarinnar staðfesta þetta: t.d. í *Ibrahim o.fl. gegn Bretlandi* ([GC], nr. 50541/08 og 3 aðrir dómar, 13. september 2016), máli sem varðaði synjun um aðgang að verjanda og tengd réttindi, gekk dómstóllinn í það verk með skýrum og skipulegumhætti, að endurskoða í fyrsta lagi hvort réttindi

⁵ Dæmi um ígrundaða nálgun að þessum álitamálum má finna í 10. lið (Security: Protecting Sensitive ESI Discovery from Unauthorized Access or Disclosure) aðferðarlýsingar bandaríska dómsmálaráðuneytisins varðandi upplýsingagjöf um rafræn gögn, sjá 2. nmgr. hér að framan.

kærenda samkvæmt c-lið 3. mgr. 6. gr. hefðu verið skert og í öðru lagi hvort kærurnar væru réttlætanlegar samkvæmt viðeigandi viðmiðum. Eftir að hafa fjallað um þessi tvö álitamál réðst yfirdeildin í að íhuga áhrif takmarkananna á heildarsanngirni málsmeðferðarinnar fyrir hvern hinn fjögurra kærenda.

26. Meirihlutinn vísar til *Murtazaliyeva gegn Rússlandi* ([GC], nr. 36658/05, 18. desember 2018) þegar hann velur að fjalla um kröfur kærenda út frá sjónarmiði 1. mgr. og d-lið 3. mgr. 6. gr. „saman“ (sjá 87. mgr.). En jafnvel í *Murtazaliyeva*, máli, sem varðaði það að ekki hefði verið tekin skýrsla af vitnum sem verjendur tilgreindu, tilgreindi yfirdeildin (uppfært) þriggja liða viðmið, þar sem áhrifin á heildarsanngirni málmeðferðarinnar var einungis síðasti liðurinn. Meirihlutinn fylgir þessari sömu aðferð við matið á kröfum kærenda í þessu máli samkvæmt d-lið 3. mgr. 6. gr. (frá 94. mgr. og áfram), ólíkt þeirri aðferð sem valin er samkvæmt b-lið 3. mgr. sömu greinar.

27. Með öðrum orðum er ekki það sama að „taka saman“ og „velja saman“. Gagnger greining á kærunum samkvæmt hinum ýmsu liðum 3. mgr. 6. gr. hefur þann aukna ávinning, og hann ekki lítilvægan, að draga úr huglægu eðli mats á heildarsanngirni og auka þar með réttmæti hinnar endanlegu niðurstöðu.

28. Að lokum, hefði meirihlutinn valið þá leið að ráðast í dýpri umfjöllun um vandkvæðin sem leiða af flóknum rannsóknum sakamála á hátækniöld gæti hann hafa gefið íslenskum yfirvöldum, og hugsanlega yfirvöldum í öðrum löndum, tilefni til þess að gera það sama. Það verður að bíða síðari tíma.