

## D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 2. nóvember 2007 í máli nr. E-2340/2005:

**Kestutis Baginskas**

*(Hilmar Magnússon hrl.)*

**gegn**

**íslenska ríkinu**

*(Óskar Thorarensen hrl.)*

Mál þetta, sem dómtekið var 1. nóvember sl., er höfðað með stefnu birtri 11. mars 2005.

Stefnandi er Kestutis Baginskas, Telsai, Litháen.

Stefndi er íslenska ríkið.

Stefnandi krefst þess að stefndi verði dæmdur til að greiða honum 8.048.653 krónur ásamt dráttarvöxtum skv. 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 frá 8. febrúar 2002 til greiðsludags.

Þá krefst stefnandi þess, að stefndi verði dæmdur til að greiða málskostnað eins og mál þetta væri eigi gjafsóknarmál, en stefnandi hefur fengið gjafsókn í málinu með leyfi útgefnu þann 21. febrúar 2005.

Stefndi gerir þá kröfu aðallega að verða sýknaður af öllum kröfum stefnanda og að stefnandi verði dæmdur til að greiða stefnda málskostnað að mati réttarins.

Til vara er þess krafist að stefnukrafa verði lækkuð verulega og að málskostnaður verði felldur niður.

## MÁLAVEXTIR

Stefnandi, sem er litháískur ríkisborgari, kom til landsins seint á árinu 1999. Hann fékk hér vinnu og var honum upphaflega veitt atvinnu- og dvalarleyfi 15. mars 2000, er gildi til 1. febrúar 2001. Það var síðar framlengt og gildi þá til 1. febrúar 2002. Þetta leyfi var afturkallað með ákvörðun útlendingaeftirlitsins 26. nóvember 2001, sem staðfest var með úrskurði dóms- og kirkjumálaráðuneytisins 8. febrúar

2002. Úrskurðurinn byggði á því að stefnandi teldist hættulegur sjálfum sér og umhverfi sínu. Með vísan til 4. tl. 1. mgr. 11. gr. þágildandi laga nr. 45/1965 hafi leyfi stefnanda verið afturkallað. Í framhaldi af þessu fór stefnandi af landi brott 2. mars 2002. Í ákvörðun útlendingaeftirlitsins fólst að dvalarleyfi stefnanda var afturkallað og honum vísað úr landi. Jafnframt var honum bannað að koma aftur til landsins fyrir fullt og allt og gildi það bann einnig fyrir öll Norðurlöndin, sbr. Norðurlandasamning þar um frá 1957. Bannið var skráð í Schengen-upplýsingakerfið, sem þýðir að stefnandi er óæskilegur í Schengen ríkjunum í 3 ár frá skráningunni.

Framangreind ákvörðun var tekin vegna þess að komið hafði í ljós að stefnandi hafði á árinu 1995 verið dæmdur í heimalandi sínu fyrir að nauðga og myrða unga konu. Þar eð stefnandi greindist með geðklofa var hann dæmdur til vistar á lokuðu geðsjúkrahúsi en var látinn laus þaðan 1999 og mun hafa komið til Íslands í framhaldi af því.

Við meðferð málsins hjá útlendingaeftirlitinu og síðar við kærumeðferð fyrir ráðuneytinu kveðst stefnandi hafa notið aðstoðar lögmanns, enda hafi hann verið alls ófær um að gæta hagsmuna sinna gagnvart íslenskum stjórnvöldum, án aðstoðar lögmannsins. Þrátt fyrir beiðni stefnanda um að honum yrði skipaður lögmaður til gæslu hagsmuna hans, hafi ráðuneytið ekki fallist á þá beiðni í úrskurði sínum. Jafnframt því að dvalarleyfi stefnanda var afturkallað var honum vísað brott frá Íslandi, bönnuð endurkoma til Íslands ævilangt sem jafnframt náði til allra Norðurlandanna, auk þess sem hann var skráður í Schengen-upplýsingakerfið, er olli því að stefnandi taldist þar með óæskilegur á landssvæðum allra þeirra ríkja sem aðilar eru að Schengen-samningnum, næstu þrjú ár frá skráningu.

Áður en stefnandi fór héðan af landi óskaði hann eftir því við dóms- og kirkjumálaráðuneytið að frestað yrði réttaráhrifum nefnds úrskurðar ráðuneytisins. Kveðst hann hafa gert það aðallega vegna þeirra viðurlaga sem honum hafi verið gert að sæta, en stefnandi hefði þá óskað eftir því við lögmann sinn að höfða dómsmál til að fá ógiltan úrskurð ráðuneytisins, þar sem hann taldi að meðferð stjórnvalda í máli hans væri óréttmæt og ólöglegt. Þessari beiðni stefnanda hafi verið hafnað með bréfi ráðuneytisins dags. 26. febrúar 2002.

Úrskurður ráðuneytisins hafi síðan verið ógiltur með dómi Hæstaréttar Íslands í málinu nr. 52/2004, uppkveðnum þann 18. júní 2004. Þar sem stjórnvöld hefðu ekki hlutast til um að rannsaka mál stefnanda nægjanlega til að geta kveðið upp svo íþyngjandi úrskurð, voru taldir slíkir annmarkar á málsmeðferð stjórnvalda að óhjákvæmilegt hafi þótt annað en að ógilda úrskurð þeirra.

Í kjölfar dóms Hæstaréttar lagði stefnandi fram skaðabótakröfu á hendur stefnda með bréfi dags. 30. september 2004, þar sem hann taldi að stefndi bæri skaðabótaábyrgð á því tjóni sem hann hefði orðið fyrir vegna hins ólöglega úrskurðar.

Með bréfi ríkislögmanns, dags. 28. október 2004, var bótaskyldu stefnda hafnað þar sem stefndi taldi meint tjón stefnanda ósannað.

## MÁLSÁSTÆÐUR OG LAGARÖK

Stefnandi telur að stefndi beri fulla og óskoraða skaðabótaábyrgð á öllu því tjóni sem hann hafi orðið fyrir, sem rekja megi til úrskurðar Útlendingaeftirlitsins frá 26. nóvember 2001 og úrskurðar dóms- og kirkjumálaráðuneytisins frá 8. febrúar 2002, en með dómi Hæstaréttar frá 18. júní 2004 var nefndur úrskurður ógiltur.

Þá telur stefnandi að stefndi beri ábyrgð á þeim kostnaði sem fallið hafi til vegna aðstoðar lögmanns hans við meðferð málsins fyrir hinum sömu stjórnvöldum.

Stefndi hafi með óréttmætum og ólögumætum hætti brotið á lögvörðum rétti stefnanda með úrskurði sínum. Leiði það til þess að stefnda beri að bæta stefnanda allt það tjón sem hann hafi orðið fyrir og leiði af hinum ólögumæta úrskurði.

Dómur Hæstaréttar hafi staðfest sök stefnda við meðferð máls stefnanda og sæti ekki frekari endurskoðun dómstóla. Hinar saknæmu aðgerðir stefnda hafi fyrirsjáanlega valdið honum verulegu tjóni, sem stefndi hafi aukið enn frekar á með því að fallast ekki á frestbeiðni stefnanda.

Gera verði strangar kröfur til stjórnvalda við meðferð mála er varða mikilsverð mannréttindi og sérstaklega þegar þau séu takmörkuð með þeim hætti sem gert var í tilviki stefnanda, sem hafi verið langt umfram það sem nauðsynlegt hafi getað talist og úr hófi fram miðað við málsefnið.

Byggir stefnandi fjárkröfur sínar á því að stefndi hafi með ólögumætum og saknæmum hætti valdið honum fjárhagstjóni og verulegri röskun á stöðu og högum, sérstaklega vegna þess að stefndi hafi ekki fallist á beiðni stefnanda um frestun réttaráhrifa úrskurðar stefnda.

Vísar stefnandi til stuðnings krafna sinna til reglna skaðabótaréttarins um hlutlæga ábyrgð hins opinbera auk þess sem stefnandi byggir á almennum reglum skaðabótaréttarins um sök, en í tilfelli stefnanda beri að beita ströngu sakarmati þar sem hið opinbera eigi í hlut og um mikilsverð mannréttindi stefnanda var að ræða.

Þá telur stefnandi að ekki verði gerðar jafnstrangar kröfur um sönnun fjárhæðar tjóns hans er leiða megi af reglum bótaréttarins, m.a. vegna sakar stefnda og þess að tjónsfjárhæðir í sumum tilfellum byggjast óhjákvæmilega á huglægu mati.

Með úrskurði stefnda hafi stefnanda verið gert að yfirgefa Ísland gegn vilja hans. Beinn ferðakostnaður stefnanda við brottför héðan við kaup á flugfarseðlum hafi numið 157.760 krónum. Beri stefndi ábyrgð á þessum útlagða kostnaði stefnanda skv. almennum reglum skaðabótaréttarins.

Þegar stefnanda hafi verið gert að yfirgefa Ísland hafi hann verið í fastri vinnu hjá Hjólbardahöllinni ehf., leigt íbúð í Reykjavík og átt í sambandi við íslenska konu. Stefndi hafi ekki fallist á að fresta réttaráhrifum úrskurðarins meðan leitað hafi verið á lits dómstóla um réttmæti og lögumæti úrskurðarins. Úrskurður og afstaða stefnda til frestbeiðni stefnanda hafi valdið því að hann hafi orðið af atvinnu sinni

og tekjum því samfara, en vissulega séu þau réttindi kyrfilega varin í stjórnarskrá og alþjóðlegum mannréttindasamningum. Með úrskurði sínum hafi stefndi svipt stefnanda á ólögmetan hátt möguleikum til að halda áfram atvinnu sinni og þar með lífsviðurværi í skjóli þess leyfis er stefndi hafði veitt stefnanda.

Beri stefndi fulla bótaábyrgð á því tjóni sem stefnandi hafi orðið fyrir vegna missis atvinnutekna. Stefnandi hafi ekki fengið atvinnu í sínu heimalandi enda sé atvinnuástand þar mjög erfitt. Hafi stefnandi um nokkurt skeið verið í ólaunuðu iðnnámi.

Við útreikning á missi atvinnutekna miði stefnandi við árstekjur sínar hjá Hjólbarðahöllinni ehf. árið 2001, en skv. skattframtölum hafi þær numið 2.028.477 krónum fyrir skatta. Ráðstöfunartekjur séu samkvæmt því 1.556.097 krónur.

Tímabil missis atvinnutekna reikni stefnandi frá mars 2002, er hann fór af landi brott, til júní 2004, er dómur Hæstaréttar var kveðinn upp. Samtals sé tímabilið fyrir missi atvinnutekna 28 mánuðir sem reiknist 3.630.893 krónur.

Stefnandi krefst einnig þess að stefnda verði gert að bæta honum það tjón sem hann kveðst hafa orðið fyrir vegna víðtækrar takmörkunar á ferðafrelsi auk skerðingar á atvinnufrelsi, en hvort tveggja hafi haft veruleg áhrif á stöðu og hagi stefnanda.

Er úrskurður stefnda hafi verið ógiltur með dómi Hæstaréttar hafi stefnandi þurft að búa við umrædda ólögmeta takmörkun í rúm tvö ár.

Úrskurður stefnda hafi valdið því að stefnanda hafi verið gert ómögulegt að ferðast til annarra Norðurlanda og allra annarra ríkja sem þátt taka í Schengen-samstarfinu, sbr. lög nr. 16/2000. Með sama hætti hafi verið girt fyrir möguleika hans til að sækja sér atvinnu á Schengen-svæðinu.

Skerðingin hafi leitt beint af úrskurði stefnda, sem nú liggi fyrir að hafi verið ólögmetur frá upphafi. Liggi engin rök til þess að stefndi geti bótalaust svipt stefnanda slíkum sjálfsögðum mannréttindum, án þess að fyrir því liggi óyggjandi heimildir sem beitt sé með lögmetum hætti. Í tilviki stefnanda hafi ekki verið um það að ræða og hafi heimildum þessum verið beitt af stefnda án þess að nokkurt tilefni hafi gefist til að beita svo víðtækum viðurlögum gagnvart stefnanda.

Þá séu umrædd réttindi vissulega varin í stjórnarskrá Íslands og í mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994.

Þá vísar stefnandi, til stuðnings kröfu sinni, að þegar stjórnvöld úrskurðuðu um afturköllun dvalarleyfis hans og brottvísun frá Íslandi, hafi þau farið offari með því að kveða jafnframt á um ævilangt endurkomubann og tilheyrandi skráningu hans í SIS-kerfið.

Stefnandi hafi ekki leynt stefnda neinu og gefið allar þær upplýsingar sem kallað hafi verið eftir þegar hann hafi sótt um dvalar- og atvinnuleyfi á Íslandi. Þá hafi stefnandi ekki gerst brotlegur við hegningarlög og hefði hann sinnt sinni atvinnu samviskulega. Háttsemi stefnanda hafi þannig ekki á nokkurn hátt gefið stefnda tilefni til að beita þeim viðurlögum sem honum hafi verið gert að sæta og greini í úrskurði stefnda.

Í 14. gr. þágildandi laga nr. 45/1965, um eftirlit með útlendingum, hafi verið mælt fyrir um heimild en ekki skyldu til að beita endurkomubanni. Beri, skv. almennum lögskýringum, að beita slíkri heimild með varfærni. Beiting heimildarinnar hafi verið algjörlega óþörf í tilfalli stefnanda, þar sem íslensk stjórnvöld hafi í hendi sér hvort stefnanda verði aftur veitt hér atvinnu- og dvalarleyfi að fenginni umsókn.

Með ákvörðun sinni hafi stefnanda aftur á móti verið gert ómögulegt að ferðast til flestra Evrópulanda og afla sér þar atvinnu.

Endurkomubann stefnda gagnvart stefnanda hafi jafnframt leitt til þess skv. 3. tl., b. lið, 6. gr. laga nr. 16/2000, sbr. 3. tl. 96. gr. Schengen-samningsins, að heimilt hafi verið að skrá stefnanda í Schengen-upplýsingakerfið, sem hafi verið gert og hafi sú skráning gilt í þrjú ár.

Slík skráning hafi því aðeins verið heimiluð væri viðkomandi vísað brott og jafnframt bönnuð endurkoma.

Að mati stefnanda hafi því verið gengið mun lengra en heimild og efni hafi staðið til, sem leitt hafi til hinnar ólögmætu ferðafrelsis- og atvinnuskerðingar stefnanda, er stefndi beri bótaábyrgð á.

Tjón stefnanda vegna þessa metur hann á 3.000.000 króna og sé krafan hófleg þegar litið sé til þess tímabils er skerðingin hafi staðið yfir og hversu yfirgripsmikil hún hafi verið auk þess sem hún hafi beinst að mikilsverðum og sjálfsögðum mannréttindum.

Þá gerir stefnandi kröfu um miskabætur að fjárhæð 1.000.000 króna, en skv. 26. gr. laga nr. 50/1993 sé heimilt að láta þann sem ábyrgð beri á ólögmætri meingerð gegn frelsi, friði, æru eða persónu annars manns að greiða miskabætur.

Í aðgerðum stefnda hafi falist ólögmæt meingerð gegn æru og persónu stefnanda og frelsi hans til að ferðast og sækja sér atvinnu utan hans heimalands.

Skráning stefnanda í Schengen upplýsingakerfið hafi falið í sér grófa atlögu að friði, æru og persónu stefnanda.

Loks krefst stefnandi þess að stefnda verði gert að greiða honum bætur er nemi kostnaði lögmanns stefnanda við meðferð máls hans hjá stjórnvöldum. Gögn málsins beri með sér nauðsyn þeirrar sérfræðiaðstoðar. Vinna lögmannsins hafi verið nauðsynleg til að halda fram rétti stefnanda og hafi hún m.a. falið í sér viðtæka gagnaöflun, m.a. frá heimalandi hans.

Þá hafi ekki síður verið ástæða fyrir stefnda að skipa stefnanda lögmann, vegna þeirrar afstöðu stefnda til stefnanda að hann kynni enn að vera haldinn geðsjúkdómi og því vart fær um að gæta sjálfur hagsmuna sinna svo tryggt væri.

Stefnandi, sem sé ríkisborgari Litháens, hafi ekki talað nema hrafl í íslensku og með engu móti getað beitt lögmeiltum andmælarétti sínum nema með aðstoð löglærðs aðila, enda um flókin lögfræðileg atriða að tefla.

Telur stefnandi að vegna ákvæða 2. mgr. 18. gr. þágildandi laga nr. 45/1965 hafi stefnanda með stoð í lögum nr. 19/1991 borið að fá skipaðan lögmann til að gæta réttinda sinna við rannsókn málsins.

Stefnandi byggir kröfur sínar einnig á því að stefnda hafi borið að skipa honum talsmann til gæslu hagsmuna hans, og bendir í því sambandi til 34. gr. laga nr. 96/2002. Þó umrædd lög hafi ekki verið komin í gildi á þessum tíma sýni þau nauðsyn þess að aðilum sé skipaður talsmaður þegar um jafnalvarlegt málefni er að ræða og afturköllun dvalarleyfis, brottvísun og endurkomubann.

Þá vísar stefnandi til 13. gr. alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi, sem fullgiltur var af Íslands hálfu 30. desember 1966. Samkvæmt ákvæðinu skuli viðkomandi leyfast að skjóta brottvísunarúrskurði til lögbærs stjórnvalds, fá mál sitt endurskoðað og hafa málsvarnarmann í því skyni.

Þá telur stefnandi það leiða sjálfkrafa af ákvæðum laga nr. 37/1993 er jafnframt styðjist við góða stjórnsluhætti, að þau réttindi sem þar séu mönnum tryggð, séu haldlaus og málsmeðferð fyrir stjórnvöldum geti ekki orðið réttlát, nema viðkomandi útlendingur hafi talsmann sér til aðstoðar. Vísar stefnandi og til inntaks 6. gr. laga nr. 62/1994, um réttláta málsmeðferð, hvort heldur er fyrir dómi eða stjórnvaldi.

Krafa stefnanda vegna kostnaður lögmannsins sé 260.000 krónur.

Samtals sé bótakrafa stefnanda á hendur stefnda 8.048.653 krónur og er krafist dráttarvaxta af þeirri fjárhæð frá því að úrskurður dóms- og kirkjumálaráðuneytisins lá fyrir, en frá þeim tíma hafi stefnandi orðið af þeim réttindum sem bóta er krafist fyrir, atvinnumissi, frelsisskerðingu o.s.frv.

Stefnandi hafnar algjörlega fullyrðingum stefnda að um mistök hafi verið að ræða í stjórnslunni varðandi mál stefnanda, og því beri stefndi enga bótaábyrgð í málinu. Stefnda hafi ekki getað ekki dulist að með úrskurði útlendingaeftirlitsins, er síðar var staðfestur af dóms- og kirkjumálaráðuneytinu, hafi stefndi brotið ákvæði stjórnslulaga og þar með á lögvörðum réttindum stefnanda og stefndi geti ekki nú flokkað það sem einföld mistök er ekki leiði af sér bótaskyldu. Beri stefndi auk þess ábyrgð á verkum sínum, hvort sem þau eru unnin fyrir mistök eða ekki.

Lögmaður stefnanda hefði ítrekað bent á að yrðu þau skref stigin sem að var stefnt fæli það í sér brot á reglum stjórnsluréttarins er mál stefnanda var til meðferðar hjá stjórnvöldum.

Úr því að stefndi hafi kosið að hafa að engu athugasemdir stefnanda og fara fram með málið með ólögmetum hætti, beri stefndi ábyrgð á þeim athöfnum sínum, þ.m.t. skaðabótaábyrgð á því tjóni sem leiði af hinum ólögmetu úrskurði.

Stefnandi telur þó engu að síður að stefndi beri bótaábyrgð hvort sem er, þar sem nú liggja fyrir að úrskurður stefnda hafi verið ólögmetur og hann verið ógiltur með dómi.

Verði stefnanda ekki um það kennt og tjón það sem leitt hafi af úrskurðinum eigi að leggjast á herðar stefnda, enda engin gild rök fyrir því að láta stefnanda bera það tjón.

Stefnandi hafi ekkert til saka unnið við meðferð málsins fyrir stjórnvöldum, veitt allar þær upplýsingar og lagt öll þau gögn fram sem til var ætlast við öflun dvalarleyfis og síðar við meðferð málsins fyrir stjórnvöldum.

Stefnandi telur einnig að hefðu stjórnvöld farið að lögum hefði aldrei komið til afturköllunar dvalarleyfis hans og þeirra viðurlaga sem því fylgdu og því ekki komið til þeirra málaferla sem fylgdu.

Stefndi beri sönnunarbyrðina fyrir þeirri staðhæfingu sinni, að ef stjórnvöld hefðu farið að réttum lögum hefði það engu að síður leitt til sviptingar dvalarleyfis stefnanda.

Með sama hætti beri stefndi sönnunarbyrðina fyrir því að dómur Hæstaréttar hefði orðið annar. Stefnandi telur að við meðferð málsins fyrir stjórnvaldi, hefði aldrei komið til sviptingar dvalarleyfis stefnanda, ef stjórnvöld hefðu ekki brotið á lögvörðum rétti hans.

Stefndi í máli þessu sé íslenska ríkið og sé dóms- og kirkjumálaráðherra stefnt f.h. þess þar sem hann fer með æðstu stjórn útlendingamála auk þess sem ráðuneyti hans hafi kveðið upp þann úrskurð er síðar var ógiltur með dómi Hæstaréttar og stefnandi leiðir nú rétt sinn af til heimtu skaðabóta. Þá er fjármálaráðherra stefnt f.h. íslenska ríkisins vegna þeirra fjárhagslegu hagsmuna sem stefndi ber í málinu.

Vísað er til laga nr. 33/1944, laga nr. 45/1965 og nr. 19/1991, laga nr. 37/1993, laga nr. 16/2000, laga nr. 96/2002 og laga nr. 62/1994 um mannréttindasáttmála Evrópu og Alþjóðasamning um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi.

Þá vísar stefnandi til almennra reglna skaðabótaréttarins um bótaábyrgð hins opinbera með og án sakar, laga nr. 50/1993, einkum 26. gr., ákvæða laga nr. 91/1991 og almennar reglur einkamálaréttarfars um sönnun og sönnunarbyrði.

Varðandi kröfu um dráttarvexti og upphafstíma þeirra vísar stefnandi til laga nr. 38/2001.

Stefndi mótmælir öllum kröfum og málsástæðum stefnanda. Að mati stefnda eru ekki skilyrði til að dæma stefnda til greiðslu bóta í þessu máli. Stefnandi beri sönnunarbyrði um allt sem kröfu hans viðkomi. Krafa stefnanda sé ósönnuð að öllu leyti.

Á því er byggt að stefnandi hafi ekki orðið fyrir neinu tjóni, a.m.k. sé tjón ósannað. Á því er byggt að stefndi hafi ekki valdið stefnanda neinu tjóni.

Stefnandi hafi framið hrottalegan glæp í heimalandi sínu árið 1995. Þó meirihluti Hæstaréttar hafi komist að þeirri niðurstöðu að ógilda bæri úrskurð dóms- og kirkjumálaráðuneytis 8. febrúar 2002 um staðfestingu ákvörðunar útlendingaeftirlits 26. nóvember 2001, vegna galla á málsmeðferð, leiði ekki af því

sönnun fyrir því að um sök hafi verið að ræða hjá stefnda og enn síður að slíkt eigi að leiða til bótaskyldu stefnda. Stefnandi hafi sönnunarbyrði fyrir öllu sem bótakröfu hans viðkomi, þ.m.t. um sök, orsakatengsl og sennilega afleiðingu.

Stefndi mótmælir fullyrðingu stefnanda í stefnu, um að dómur Hæstaréttar staðfesti sök og að slíkt sæti ekki frekari endurskoðun, sem rangri.

Sérstaklega er mótmælt, sem röngum, fullyrðingum stefnda um að gera eigi strangar kröfur til stjórnvalda í þessu máli og sjónarmiðum stefnanda um hlutlæga ábyrgð ríkisins eða strangt sakarmat er mótmælt sem fráleitum. Til þess séu engin skilyrði.

Þá er mótmælt sem röngu að aðgerðir stefnda hafi verið langt umfram það sem nauðsynlegt hafi getað talist og úr hófi fram.

Fullyrðingum stefnanda í stefnu þess efnis, að ekki verði gerðar jafnstrangar kröfur um sönnun fjárhæðar tjóns stefnanda er leiða megi af reglum bótaréttarins, m.a. vegna sakar stefnda og þess að tjónsfjárhæðir í sumum tilfellum byggist óhjákvæmilega á huglægu mati, er mótmælt sem röngum. Stefnanda beri að sanna meint tjón sitt.

Stefnandi hafi haft tímabundið dvalarleyfi í landinu og raunar dvalið lengur en dvalarleyfi hans gildi. Engar bótakröfur verði gerðar á þeim grundvelli að mati stefnda.

Orsök brottvísunar sé fortíð stefnanda. Bent er á að útlendingaefstirlit hafi rökstutt ákvörðun sína m.a. með eftirfarandi: „Það er álit ÚTL að umsækjandi sé hættulegur sjálfum sér og umhverfi sínu með tilliti til sjúkdómsgreiningar í heimalandi og að fyrst og fremst beri stofnuninni að gæta að hagsmunum borgara landsins...“

Enda þótt á málsmeðferð hafi reynst gallar eins og fram komi í dómi Hæstaréttar, telur stefndi að efnislega hafi verið næg rök til að vísa stefnanda úr landi.

Af dómi Hæstaréttar megi ráða að niðurstaða réttarins byggji á því að formgalli hafi verið á málsmeðferð stjórnvalda. Af því verði að ætla að réttur stefnanda til bóta ráðist af því að hann sýni fram á að ákvörðun stjórnvalda hefði orðið önnur ef ekki hefði komið til umræddur formgalli. Það er mat stefnda að hefði málsmeðferð verið án formgalla hefði niðurstaða málsins orðið sú sama. Sönnunarbyrði fyrir því verði ekki velt yfir á stefnda eins og stefnandi vilji. Stefnandi hafi að sjálfsögðu sönnunarbyrði fyrir því að hann hefði fengið endurnýjað dvalar- og atvinnuleyfi. Mótmælt er fullyrðingu um að stefndi hafi sönnunarbyrði fyrir því að dómur Hæstaréttar hefði orðið annar. Stefndi telur yfirgnæfandi líkur á því, miðað við forsögu máls stefnanda, að niðurstaða Hæstaréttar hefði orðið önnur ef stjórnvöld hefðu staðið hnökralaust að rannsókn á máli stefnanda.

Verði talið að stefndi sé bótaskyldur er á því byggt að eigin sök stefnanda, með því að greina ekki frá glæpum þeim sem hann framdi árið 1995 og geðsjúkdómi sínum við umsókn um atvinnu- og dvalarleyfi hér á landi, rými burt bótarétti stefnanda.

Bótakrafa stefnanda er sundurliðuð undir liðum I. – V. á bls. 3-6 í stefnu. Þeim er öllum mótmælt sem röngum og ósönnuðum. Stefndi mótmælir því að hann beri ábyrgð á ferðakostnaði stefnanda. Ekki sé hægt að fella útgjöld við ferð stefnanda til síns heima undir skaðabætur, en stefnandi hafi dvalið tímabundið hér á landi. Þegar stefnandi hafi farið af landi brott hafi atvinnu- og dvalarleyfi verið útrunnið miðað við þær forsendur sem það hafi verið reist á. Stefndi mótmælir því að bera ábyrgð á missi atvinnutekna. Stefndi mótmælir því að haft tímabundið atvinnu- og dvalarleyfi til 1. febrúar 2002 en dvalið þó lengur hér á landi en ekki haft tryggingu fyrir því að leyfið yrði framlengt. Eðli sínu samkvæmt hafi ráðningarsamningur því augljóslega verið tímabundinn að þessu leyti. Stefndi mótmælir því ekki átt skýlausan rétt til dvalar- og atvinnuleysis en slíkt leyfi sé alger forsenda fyrir ráðningarsamningi. Stefndi mótmælir því hér á landi á grundvelli tímabundins leyfis, sem háð hafi verið markaðslögmálum, fyrirmælum Vinnuáráðs, afstöðu verkafélaga, vinnuveitanda og stjórnvalda. Stefndi mótmælir því ljóst eins og öðrum útlendingum sem hingað koma að hann gat átt von á höfnun endurnýjunar leyfis og þá hafi honum borið að fara til síns heimaríkis. Kröfu stefnanda vegna takmörkunar á ferðafrelsi og skerðingar á atvinnufrelsi er mótmælt en stefndi telur þennan lið stórkostlega vanræfðan og ósannaðan. Efnislega hafi verið fyrir að fara heimild til brottvísunar stefnanda úr landi og að galli á málsmeðferð geti ekki leitt til bótaskyldu stefnda. Stefndi mótmælir því skráður í SIS til þriggja ára. Sú skráning hafi falið í sér að stefnandi hafi þótt óæskilegur á landsvæði allra Schengen ríkjanna. Skráningin ein og sér hafi ekki falið í sér að stefnandi væri óheimil koma til allra ríkjanna eða honum væri óheimilt að sækja um starf í einhverju samningsríkjanna. Samkvæmt 5. og 25. gr. Schengen samningsins hafi honum verið heimilt að óska eftir undanþágu frá ferðabanni hefði nauðsyn borið til. Jafnframt hafi honum verið heimilt að sækja um vinnu í einhverju samningsríkjanna og þá hefði komið til umsókn um niðurfellingu skráningar ef viðkomandi ríki hefði viljað veita honum vinnu. Ólíklegt verði að telja að stefnandi hafi ætlað sér að sækja um atvinnuleysi erlendis, því flest ef ekki öll Schengen ríkin krefji umsækjendur um sakavottorð. Samkvæmt gögnum málsins verði ekki séð að stefnandi hafi reynt að fá sérstaka ferðaheimild eða reynt að afla sér atvinnuleysis innan Schengen svæðisins. Ekki sé hægt að fallast á að stefnandi hafi orðið fyrir tjóni vegna skráningar í SIS eða vegna skráningar að öðru leyti. Auk þess vilji stefndi benda á að Ísland hafi skyldur til skráningar samkvæmt alþjóðlegum skuldbindingum. Stefndi telur ekki skilyrði til að dæma miskabætur í málinu. Mótmælt er sem röngu að í aðgerðum stefnda hafi falist ólögmæt meingerð gegn æru og persónu stefnanda og frelsi hans og að skráning í Schengen upplýsingakerfið hafi falið í sér grófa atlögu að friði, æru og persónu stefnanda. Um kröfu vegna lögmanskostnaðar kveður stefndi það andstætt dómvenju að dæma lögmanskostnað á stjórnslustigi, m.a. vegna leiðbeiningarskyldu stjórnvalda. Ekkert liggi fyrir um að stefnandi hafi greitt þennan lögmanskostnað. Enginn reikningur er lagður fram og engin kvittun liggur fyrir. Krafa samkvæmt þessum lið sé um bætur. Stefndi mótmælir því ekki orðið fyrir neinu tjóni að mati stefnda. Því er mótmælt sem röngu að vegna ákvæða 2. mgr. 18. gr. þágildandi laga nr. 45/1965 eða vegna annarra laga hafi stefnandi með stöð í lögum um meðferð opinberra mála borið að fá skipaðan lögmann til að gæta réttinda sinna við rannsókn málsins. Meðferð máls vegna dvalarleyfis eða afturköllunar dvalarleyfis, brottvísunar og endurkomubanns fari ekki eftir lögum um meðferð opinberra mála, enda séu slík mál ekki refsímál sem heyri undir rannsóknarvald

lögreglu, heldur eru þetta mál sem falla undir rannsóknar- og ákvarðanavald stjórnvalds. Hér sé um að ræða málefni sem heyri undir stjórnslu og lúti reglum stjórnslulaga. Stefnandi rugli saman stjórnsluþætti og refsíþætti laga nr. 45/1965.

Í umfjöllun sinni um varakröfu segir stefndi að miðarnir hafi verið dýrir, stefnandi hafi valið dýrasta kostinn við að komast úr landi en honum hafi borið að takmarka kostnaðinn eins og kostur hafi verið og velja hagkvæmasta fargjald sem vól var á. Krafa þessi er vanreifuð. Um missi atvinnutekna í 28 mánuði segir að algerlega séu ósannaðar fullyrðingar stefnanda um að hann hafi ekki fengið atvinnu í sínum heimalandi eða að atvinnuástand þar sé mjög erfitt. Eins og að framan greini sé það ósannað. Auk þess verði stefndi ekki gerður bótaskyldur vegna slíks.

Stefnandi hafi ekki gert grein fyrir því að hvaða leyti glæpur hans frá 1995 hafi haft áhrif á tekjuöflunarmöguleika hans í heimalandinu.

Að mati stefnda er ósannað að hann hafi um nokkurt skeið verið í ólaunuðu iðnnámi. Krafa stefnanda samkvæmt þessum tölulíð sé óljós og vanreifuð. Stefnandi reikni tímabil missis atvinnutekna frá mars 2002 til júní 2004 þegar dómur Hæstaréttar var kveðinn upp. Krafa sé gerð um 28 mánuði en þeir virðist vera 27,5. Kröfuliður þessi sé vanreifaður. Fram virðist koma að stefnandi hafi verið í verkþjálfun frá 3. febrúar 2003 – 15. júlí 2004 en af því tímabili nái bótakrafa hans til 18. júní 2004. Umfjöllun um þessa verkþjálfun sé algerlega vanreifuð. Einnig sé algerlega óútskýrður tími frá mars 2002 til mars 2003 eða eins árs tímabil. Að mati stefnda er algerlega ósannað að stefnandi hafi ekki haft tekjur á þessu tímabil og að hann hafi verið í ólaunuðu iðnnámi en fyrir því hafi stefnandi sönnunarbyrði. Þá hafi stefnanda borið að takmarka tjón sitt. Að mati stefnda sé fráleitt að miða við tekjur á Íslandi með vísan til þess sem áður greini að dvalar- og atvinnuleysi hans hafi verið tímabundið og ekki náð til þess tímabils sem bótakrafan taki til. Stefnandi sé auk þess ríkisborgari annars lands og verði að mati stefnda að miða við tekjur í heimaríki. Þá hafi stefnandi ekki upplýst hvort hann hafi átt rétt til atvinnuleysisbóta í heimaríki sínu. Að mati stefnda hafi stefnanda borið að takmarka tjón sitt, hafi það nokkuð verið, og sé það ekki á ábyrgð stefnda að hann hafi valið að fara í iðnnám í stað þess að vinna. Stefnandi hafi sönnunarbyrði fyrir öllu sem kröfu hans viðkomi.

Stefndi hafi í tekjuviðmiðunum sínum miðað við tekjur eins árs hér á landi. Stefnandi telur að greiðslu frá Ábyrgðasjóði launa verði ekki bætt við tekjur stefnanda tekjuviðmiðunarárið auk þess sem stefnandi telur að viðmiðunartímabil þessa bótakröfufáttar, þ.e. 28 mánuðir, sé allt of langt og aðeins eigi að miða við dagvinnulaun. Stefnandi hafi enga tryggingu haft fyrir yfirvinnu.

Hafi stefnandi orðið fyrir tjóni hafi honum eins og öðrum tjónþolum borið lögum samkvæmt að takmarka tjón sitt sem skyldi. Engin gögn séu fyrirleggjandi er sýni að stefnandi hafi verið á atvinnuleysisskrá í heimaríki eða í vinnu, engin gögn hafa verið lögð fram er sýna skattskil í heimaríki hans og er skorað á hann að leggja slík gögn fram.

Stefndi telur kröfulið vegna takmörkunar í 2 ár frá brottvísun úr landi til dóms Hæstaréttar allt of háan og krafan sé algerlega vanreifuð og virðist blandast öðrum líðum í kröfugerð stefnanda. Fullyrðing stefnanda, að hann meti tjón sitt vegna þessa á 3.000.000 króna sé algerlega fráleitt og í engu greint frá því hvernig sú

fjárhæð er fundin. Þess skuli getið að Litháen hafi orðið hluti af Evrópusambandinu 1. maí 2004 en frá og með þeim tíma hafi allar skráningar í SIS kerfið fallið niður er varðaði ríkisborgara Litháen.

Miskabótakröfu er mótmælt sem allt of hárrí og ekki í neinu samræmi við dómafrankvæmd að mati stefnda. Að auki telur stefndi að eigin sök stefnanda sé veruleg sem leiða eigi til lækkunar á kröfum stefnanda. Hann hafi í engu getið um fortíð sína við komu til Íslands sem honum hafi ekki getað dulist að skipti miklu máli. Þá vísar stefndi til sjónarmiða skaðabótaréttarins um skyldu tjónþola til að takmarka tjón sitt og til sönnunarsjónarmiða skaðabótaréttarins. Verði krafa stefnanda að einhverju leyti tekin til greina er þess kafist að allar greiðslur sem stefnandi fékk á viðmiðunartímabili bóta í málinu dragist frá bótakröfu hans. Vegna varakröfu er vísað til umfjöllunar að öðru leyti um aðalkröfu frammar í greinargerð þessari.

Dráttarvaxtakröfu er mótmælt. Upphafstími hennar sé ekki í samræmi við vaxtalög. Telur stefndi að ef fallist verði á dráttarvexti af kröfu stefnanda sé rétt að miða við þingfestingu málsins 22. mars 2005 eða síðara tímamark. Verði ekki á það fallist er á það bent að bótakrafa stefnanda sé dagsett 30. 2004. Samkvæmt 9. gr. laga nr. 38/2001 beri skaðabótakröfur ekki dráttarvexti fyrr en mánuður er liðinn frá því að kröfuhafi lagði fram upplýsingar, en sá viðmiðunardagur væri 30. október 2004. Verði ekki fallist á framangreint er á það bent að óeðlilegt sé að miða upphafstímamark vaxta við 8. febrúar 2002 eins og gert sé í stefnu því stefnandi hafi ekki farið af landi brott fyrr en 2. mars 2002.

## **NIÐURSTAÐA**

Með dómi Hæstaréttar Íslands frá 18. júní 2005 var úrskurður dóms- og kirkjumálaráðuneytisins 8. febrúar 2002, um staðfestingu ákvörðunar útlendingaeftirlitsins 26. nóvember 2001 um afturköllun á dvalarleyfi stefnanda, hér á landi, brottvísun hans héðan sem jafnframt gildir á Norðurlöndum, ævilangt endurkomubann til Íslands og skráningu í Schengen-upplýsingakerfið næstu þrjú árin, ógiltur. Byggt var á því að slíkir annmarkar hefðu verið á málsmeðferð útlendingaeftirlitsins og síðar dóms- og kirkjumálaráðuneytisins að óhjákvæmilegt væri að taka aðalkröfu stefnanda um ógildingu til greina. Sú niðurstaða ein og sér fellir ekki bótaskyldu á stefnda. Líta verður til þess hvort niðurstaða stjórnvaldsins hefði orðið sú sama hefði ekki komið til framangreinds annmarka á meðferð málsins. Stefnandi ber sönnunarbyrðina um það að niðurstaðan hefði orðið önnur. Í því tilviki sem hér er til úrlausnar lá fyrir að stefnandi hafði framið manndráp og nauðgun í heimalandi sínu og verið dæmdur í öryggisgæslu vegna þess á árinu 1995. Öll atvik er varða stefnanda benda til þess að niðurstaða hefði verið sú sama og honum verið vísað úr landi og verður stefndi, íslenska ríkið, því sýknað af öllum kröfum stefnanda. Málskostnaður á milli aðila verður felldur niður. Stefnandi hefur fengið gjafsóknarleyfi og verður allur málskostnaður hans greiddur úr ríkissjóði þar með talin málflytningaþóknun lögmanns hans, 750.000 krónur.

## **DÓMSORÐ**

Stefndi, íslenska ríkið, skal sýkn af öllum kröfum stefnanda, Kestutis Baginskas. Málskostnaður fellur niður.

Gjafsóknarkostnaður stefnanda greiðist úr ríkissjóði, þar með talin málflutningsþóknun lögmanns hans, 750.000 krónur.

Allan V. Magnússon