



ÚLFLJÓTUR

VEFRIT

Nauðgun eða kynferðisleg áreitni?*

Eftir Brynhildi G. Flóvenz, fyrrverandi dósent við Lagadeild HÍ og Ragnheiði Bragadóttur, prófessor við Lagadeild HÍ.

Efnisyfirlit

1 Inngangur	4
2 Dómur Héraðsdóms Reykjaness 19. maí 2022 (S-270/2022)	4
3 Dómur Landsréttar 31. mars 2023 (427/2022).....	5
4 Dómur Hæstaréttar 31. janúar 2024 (31/2023)	6
5 Hugtakið „önnur kynferðismök“	7
6 Hugtakið „kynferðisleg áreitni“	8
7 Gerandi þvingar brotþola til kynferðislegra athafna gegn sjálfum sér eða fær aðra til að hafa kynferðismök saman.....	9
8 Skiptir nálægð máli?.....	10
9 Lögbundnar refsheimildir og skýrleiki þeirra	12
10 Mannréttindasáttmáli Evrópu	12
11 Íslenskur réttur.....	14
12 Niðurstaða	16
Heimildaskrá	17
Dómaskrá	17

Ágrip

Í H 31/2023 var fjallað um kynferðisbrot ákærða gegn þremur 13 og 14 ára stúlkum sem ekki voru staddar á sama stað og hann, þar sem hann fékk þær í þrjú skipti til að viðhafa kynferðislegar athafnir gagnvart sjálfum sér og hver annarri, taka athafnirnar upp á myndband og senda sér. Ákært var fyrir nauðgun skv. 1. mgr. 194. gr. og kynferðisbrot gegn börnum yngri en 15 ára skv. 1. mgr. 202. gr. hgl. Landsréttur sakfelldi í samræmi við ákæru en Hæstiréttur taldi ákvæðin ekki eiga við og sakfelldi fyrir kynferðislega áreitni skv. 2. mgr. 202. gr. hgl. Í greininni er fjallað um dóminn og túlkun Hæstaréttar á þessum ákvæðum.

Abstract

In a Supreme Court judgement, H 31/2023, on the accused's sexual offences against three 13- and 14-year-old girls, who were not present at the same location as he was, the accused had the girls behave sexually towards themselves and each other, film the behaviour, and send the recordings to him. He was indicted of breach of Art. 1, 194 (rape) and Art. 1, 202 (sexual intercourse and other sexual interaction against children under the age of 15) of the Penal Code. The Court of Appeal convicted the accused according to the indictment, but the Supreme Court found the articles not applicable and convicted the accused for sexual harassment, according to Art. 2, 202 of the Penal Code. This paper discusses the judgement and its arguments for its interpretation of the law.

1 Inngangur

Þann 31. janúar 2024 féll dómur í Hæstarétti þar sem þrjú kynferðisbrot ákærða gegn brotaþolum töldust ekki nauðgun og/eða önnur kynferðismök gegn barni yngra en 15 ára heldur annað og mun vægara brot, þ.e. kynferðisleg áreitni skv. 2. mgr. 202. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 (hér eftir hgl.). Í málinu var ákærði sakfelldur í héraði og Landsrétti fyrir mörg kynferðisbrot gegn fimm stúlkum á aldrinum 13 og 14 ára, m.a. fyrir þrjár nauðganir skv. 1. mgr. 194. gr. og 1. mgr. 202. gr. hgl., en í síðartalda ákvæðinu er refsing lögð við samræði og öðrum kynferðismökum við börn yngri en 15 ára. Hann var einnig sakfelldur fyrir mörg önnur kynferðisbrot gegn stúlkunum.

Auk þessara brota var ákært fyrir nauðgun og kynferðisbrot gegn börnum í þremur tilvikum þar sem ákærði var ekki staddur á sama stað og brotaþolar, en fékk þær til að viðhafa kynferðislegar athafnir gagnvart sjálfum sér eða hver annarri, taka athafnirnar upp á myndband og senda sér. Skiptar skoðanir voru um hvernig sakfella ætti fyrir þessi tilvik og fóru þessir þrír ákæruliðir fyrir Hæstarétt, þar sem rétturinn taldi að úrlausn um heimfærslu háttseminnar til refsíákvæða gæti haft verulega almenna þýðingu í skilningi 4. mgr. 215. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála.

2 Dómur Héraðsdóms Reykjaness 19. maí 2022 (S-270/2022)

Þau álitamál í dóminum sem hér eru til umfjöllunar eru atvik sem lýst er í ákæruliðum A3, B5 og F17. Í þeim öllum er brotum ákærða lýst svo, að hann hafi með ólögumætri nauðungu í krafti yfirburðastöðu sinnar vegna aldurs- og þroskamunar og með því að lofa gjöfum, s.s. ýmiss konar kynlífshjálpartækjum, undirfötum, nikótínþúðum, rafrettum, áfyllingum í rafrettur og áfengi, fengið brotaþola til kynferðisathafna. Í ákærulið A3 fékk ákærði A til að stinga fingri í endaparm sinn og taka myndband af því sem hún svo sendi honum rafrænt. Í ákærulið B5 afhenti ákærði A áfestanlegan gervilim og fékk hana og C til að nota hann þannig að C festi liminn á sig og hafði kynmök við A með limnum og tók myndband af því, sem þær svo sendu ákærða. Í ákærulið F17 fékk hann E til að fróa sér með notkun kynlífshjálpartækis sem hann gaf henni og taka myndband af því sem hún svo sendi honum.

Um alla ákæruliðina segir héraðsdómur að háttsemi ákærða hafi falist í því að biðja stúlkurnar um að framkvæma ákveðnar athafnir, taka þær upp á myndband og senda ákærða. Ekki sé annað fram komið en aðeins hafi verið um að ræða rafræn samskipti. Þau geti ekki

varðað við þau ákvæði sem ákært var fyrir, þ.e. 1. mgr. 194. gr. og 1. mgr. 202. gr. hgl., heldur 2. mgr. 202. gr. hgl. um kynferðislega áreitni. Refsingin var 6 ára fangelsi.

3 Dómur Landsréttar 31. mars 2023 (427/2022)

Í dómi Landsréttar er ítarlega fjallað um heimfærslu brota í ákæruliðum A3, B5 og F17 til refsíákvæða. Þar kemur m.a. fram að háttsemi ákærða sé sambærileg í þessum töluliðum ákæru þannig að hann hvatti brotþola til þess að nota kynlífshjálpartæki sem hann hafði gefið þeim eða annað og senda honum myndir af þeim kynferðislegu athöfnum. Þá verði ekki fyllilega ráðið af orðum 1. mgr. 194. gr. og 1. mgr. 202. gr. hgl. hvort maður, sem ekki er viðstaddur háttsemina, geti orðið sekur um slík brot sem aðalmaður. Vísað er í H 502/2009 en þar var ákærði m.a. sakfelldur fyrir að neyða sambúðarkonu sína, með hótun um ofbeldi eða annars konar ólögumatri nauðung, til samræðis og annarra kynferðismaka með öðrum mönnum, en hann ljósmyndaði kynmökina eða tók þau upp á myndband og tók iðulega þátt í þeim. Þetta gefi til kynna að um sé að ræða nauðgun a.m.k. ef gerandi er sjálfur viðstaddur. Einnig er vísað í L 528/2019, en þar var ákærði sakfelldur fyrir nauðgun með því að hafa neytt brotþola til að hafa kynmök við aðra karla, án þess að vera sjálfur viðstaddur, og sagt brotþola að senda sér myndir eða hljóðupptökur af kynmökunum. Þá segir í dómi Landsréttar:

„Með hliðsjón af atvikum í fyrrgreindum dómi Hæstaréttar í máli nr. 502/2009 verður ekki talið skipta máli þótt engin bein líkamleg tengsl hafi verið milli ákærða og brotþolanna í umrætt sinn. Með þessum rökum ber að fallast á kröfu ákærvaldsins um að heimfæra skuli brot ákærða samkvæmt þessum tölulið [B5] undir 1. mgr. 194. gr. og 1. mgr. 202. gr. almennra hegningarlaga.“

Um ákæruliði A3 og F17 segir að ákærða sé gefið að sök að hafa þvingað brotþola til kynferðislegra athafna sem beinist að þeim sjálfum. Þótt hann hafi ekki verið viðstaddur kynferðismökina sé sannað að hann hafi gefið brotþolum kynlífshjálpartæki í þeim tilgangi að fá þær til þess að nota þau til kynlífsathafna og senda honum myndupptökur af þeim athöfnum. Í dóminum var fallist á kröfu ákærvaldsins um sakfellingu skv. 1. mgr. 194. gr. og 1. mgr. 202. gr. hgl. með eftirfarandi rökum:

„Í báðum ákæruliðunum liggur fyrir að ákærði þrýsti mjög á brotþola að fá sendar myndir eða myndskreið af kynlífsathöfnum brotþola. Ljóst er að með þessari háttsemi fékk ákærði brotþola, sem voru börn, til þess að stunda önnur kynferðismök en samræði með framangreindum hætti í þeim tilgangi að svala kynferðislegum þörfum sínum. Kynferðismök fullorðins manns við barn eru misnotkun á yfirburðaaðstöðu hans gagnvart barninu og í því felst ofbeldi, hótun og misneyting.“

Ákærði var dæmdur í 7 ára fangelsi.

Einn dómari skilaði sératkvæði og taldi brot í ákæruliðum A3 og F17 kynferðislega áreitni skv. 2. mgr. 202. gr. þar sem verknaðarlýsingar 1. mgr. 194. gr. og 1. mgr. 202. gr. hgl. bendi til líkamlegra tengsla milli tveggja einstaklinga, en hér hefðu brotapolar beint kynlífsathöfnum að sjálfum sér án beinnar þátttöku annars manns. Með vísan til reglunnar um lögbundnar og skýrar refsheimildir væri ekki ótvírætt að þessi háttsemi félli undir ákvæðin og yrði ákærði að njóta þess vafa.

4 Dómur Hæstaréttar 31. janúar 2024 (31/2023)

Í dómi Hæstaréttar er ítarlega fjallað um ákæruliðina þrjá. Þróun 194. gr. hgl. um nauðgun er rakin með vísan til greinargerða með frumvörpum til laga nr. 40/1992, 61/2007 og 16/2018 um breytingar á kynferðisbrotakafla hgl. Þá segir Hæstiréttur:

„Nokkur tími leið frá því að ákærði fékk brotapola til að viðhafa þá háttsemi sem tilgreind er í þessum ákæruliðum og þar til hann fékk myndskeiðin send. Hann gat samkvæmt framangreindu ekki stjórnað því hvenær eða með hvaða hætti hin kynferðislega háttsemi var viðhöfð. Ákærði gat því ekki knúið fram atburðarásina eða ráðið framvindu hennar á sama hátt og væri hann staddur í sama rými og brotapolu eða jafnvel sæti fyrir framan vefmyndavél í rauntíma og stjórnaði atburðum með fyrirmælum. Háttsemi ákærða verður samkvæmt þessu ekki jafnað til þeirrar háttsemi sem felld var undir önnur kynferðismök samkvæmt 1. mgr. 194. gr. almennra hegningarlaga í fyrrgreindum dómi Hæstaréttar í máli nr. 502/2009, þar sem ákærði í því máli var staddur í sama rými og brotapolu og neyddi hana með hótunum og ofbeldi til kynmaka með öðrum.“

Þá segir í dóminum að aukin netnotkun barna og breytt samskiptamynstur þeirra í milli og við aðra með notkun samskiptaforrita og samfélagsmiðla geri þau berskjölduð gagnvart kynferðislegri háttsemi sem unnt sé að drýgja á þessum vettvangi. Síðan segir:

„Þrátt fyrir þessa þróun og ótvíræða skyldu löggjafans til að vernda börn gegn hvers konar misnotkun, þar á meðal kynferðislegri, verður ekki með skýrum hætti ráðið að orðalag 1. mgr. 194. gr. almennra hegningarlaga og 1. mgr. 202. gr. þeirra endurspegli þá þróun og nái til þeirrar háttsemi að fjarstaddur gerandi fái annan mann, í tilviki brotapola, barn, til þess að fróa sjálfu sér eða eiga kynferðismök við aðra og fái síðar myndskeið sent af því.“

Vísað er í regluna um lögbundnar refsheimildir, sbr. 1. mgr. 69. gr. stjkskr. og 1. gr. hgl., og komist að þeirri niðurstöðu að orðalag 1. mgr. 194. gr. og 1. mgr. 202. gr. hgl. veiti

„... ekki það svigrúm til túlkunar að fella megi háttsemi þá sem ákært er fyrir í ákæruliðum 3, 5 og 17 undir önnur kynferðismök samkvæmt þessum ákvæðum.“

Háttsemin var því felld undir 2. mgr. 202. gr. hgl. um kynferðislega áreitni gegn börnum yngri en 15 ára en ákvörðun Landsréttar um refsingu var staðfest.

5 Hugtakið „önnur kynferðismök“

Úrlausnarefnið í ákæruliðunum þremur snýst um það hvernig túlka beri hugtakið *önnur kynferðismök*. Ef háttsemin telst *önnur kynferðismök* eru brotin nauðgun skv. 1. mgr. 194. gr. og kynferðisbrot gegn barni skv. 1. mgr. 202. gr. hgl. Í íslenskum rétti eru *önnur kynferðismök* lögð að jöfnu við samræði. Í athugasemdum með frumvarpi til laga nr. 61/2007 er fjallað um hugtakið *önnur kynferðismök*. Þar er vísað til skilgreiningar hugtaksins í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 40/1992 þar sem fram kemur að hugtakið beri að skýra frekar þröngt. Í því felist kynferðisleg misnotkun á líkama annarrar manneskju sem komi í stað hefðbundins samræðis eða hafi gildi sem slíkt. Þetta séu athafnir sem veiti geranda kynferðislega fullnægingu eða séu almennt til þess fallnar. Síðan er í athugasemdunum frá 2007 talin upp ýmiss konar háttsemi sem undir þetta falli, þ.e. munnmök og endaparmsmök, sú háttsemi að setja hluti eða fingur í leggöng eða endaparm og sleikja og sjúga kynfæri. Þá segir í athugasemdunum að með vísan til skilgreininga fræðimanna, einkum norskra, væri einnig eðlilegt að undir hugtakið féllu samræðishreyfingar milli læra þolanda, á bakhluta hans eða maga, auk þeirrar háttsemi geranda að láta þolanda fróa sér.¹ Ríkissaksóknari gerði athugasemdir við frumvarp til laga nr. 61/2007 og benti réttilega á að í þessari upptalningu á því hvað séu *önnur kynferðismök* sé ekki minnst á það þegar gerandi lætur þolanda fróa sjálfum sér eða þegar gerandi lætur t.d. tvo þolendur hafa kynmök saman. Í svari höfundar frumvarpsins til Alþingis er bent á að upptalningin í frumvarpinu á dæmum um *önnur kynferðismök* sé eðli málsins samkvæmt ekki tæmandi. Því sé ekkert því til fyrirstöðu að ofangreind háttsemi geti fallið undir hugtakið.²

Í ákæruliðunum kemur fram að brotþolar hafi sett fingur og kynlífstæki í leggöng og endaparm. Enginn vafi er á því að slíkar athafnir sem beinast að kynfærum eru *önnur kynferðismök*, enda veita þær eða eru almennt til þess fallnar að veita geranda kynferðislega fullnægingu. Þessi tiltekna háttsemi er auk þess sérstaklega tilgreind í lögskýringargögnum, svo það getur varla verið skýrara.³ Um þetta eru líka til fjölmörg dómafordæmi, t.d. H 358/2005 (fingur og salernispappír í leggöng), H 229/2008 (fingur í kynfæri og endaparm) og H 254/2017 (fingur í leggöng).

¹ Alþingistíðindi 2006-2007, A-deild, bls. 530.

² Ragnheiður Bragadóttir: Svör til nefndasviðs Alþingis (2007), bls. 9.

³ Ragnheiður Bragadóttir: Nauðgun og önnur brot gegn kynfrelsi fólks (2018), bls. 93.

6 Hugtakið „kynferðisleg áreitni“

Í H 31/2023 er því hafnað að háttsemi ákærða í ákæruliðunum þremur sé *önnur kynferðismök*, heldur sé hún kynferðisleg áreitni gegn börnum yngri en 15 ára skv. 2. mgr. 202. gr. hgl. Ákvæði um kynferðislega áreitni voru fyrst lögfest í hegningarlögum með breytingalögum nr. 40/1992, og voru þá m.a. sett í ákvæðin um kynferðisbrot gegn börnum, sjá nú 2. mgr. 200. gr., 2. mgr. 201. gr. og 2. mgr. 202. gr. hgl. Hugtakið kynferðisleg áreitni var ekki skilgreint í ákvæðunum sjálfum en í athugasemdum með frumvarpi til laganna segir að kynferðisleg áreitni teljist ekki slík misnotkun á líkama manns að hún komi í stað hefðbundins samræðis eða hafi gildi sem slíkt, þ.e. „*önnur kynferðismök*“. Hér undir falli ýmiss konar káf, þukl og annars konar líkamleg snerting og ljósmyndun af kynferðislegum toga.⁴

Almennt ákvæði um kynferðislega áreitni var ekki lögfest í hgl. fyrr en með lögum nr. 61/2007, sjá 199. gr. hgl. Í ákvæðinu er svokölluð lögskýrgreining, þ.e. hugtakið er skilgreint í lagagreinininni sjálfri. Þar segir að háttsemin felist m.a. í því að strjúka, þukla eða káfa á kynfærum eða brjóstum annars manns innan klæða sem utan, enn fremur í táknrænni hegðun eða orðbragði sem er mjög meiðandi, ítrekað eða til þess fallið að valda ótta. Þessi lögskýrgreining er sérstök að því leyti að skilgreiningin felst í því að refsinsæm tilvik eru talin upp í dæmaskyni. Önnur tilvik geta því komið til greina en þar eru talin, en þau þurfa þá að vera svipuð að grófleika og eðlislík þeim sem talin eru upp í ákvæðinu.⁵ Ef þuklað er eða káfað innan klæða er ekki nauðsynlegt að kynfæri eða brjóst séu snert til að háttsemin teljist kynferðisleg áreitni.⁶ Af þessu má leiða að kynferðisleg áreitni sé háttsemi kynferðislegs eðlis sem hvorki telst samræði né *önnur kynferðismök*. Hún felst í hvers konar snertingu á líkama annarrar manneskju sem er andstæð góðum siðum og samskiptaháttum.⁷ Hafa má skilgreiningu 199. gr. hgl. á hugtakinu til hliðsjónar þegar ákvæðin um kynferðislega áreitni gegn börnum eru túlkuð.⁸

Efri mörk kynferðislegrar áreitni liggja nærri öðrum kynferðismökum og því þarf að greina þar á milli. Í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 61/2007 segir um kynferðislega áreitni að þukl eða káf geti verið á því stigi, ákaft eða langvarandi, að um *önnur kynferðismök* sé að ræða. Sé fingri stungið inn í leggöng sé háttsemin orðin *önnur kynferðismök*.⁹ Margir dómar hafa fallið þar sem beitt er 199. gr. hgl. og sýna mörkin á milli þessara brota, t.d. H 22/2013 (kynfæri strokin innan klæða), H 433/2016 (káf innan klæða á brjóstum og kynfærum)

⁴ Alþingistiðindi 1991-1992, A-deild, bls. 788.

⁵ Jónatan Þórmundsson: Afbrot og refsíábyrgð I (2023), bls. 425-426.

⁶ Ragnheiður Bragadóttir: Nauðgun og önnur brot gegn kynfrelsi fólks (2018), bls. 375.

⁷ Alþingistiðindi 2006-2007, A-deild, bls. 559.

⁸ Svala Ísfeld Ólafsdóttir: Refsiákvæði sem varða kynferðisbrot gegn börnum (2011), bls. 64.

⁹ Þingskjal 20 – 20. mál, 133. löggjafarþing 2006-2007, bls. 46.

og L 86/2018 (káf á kynfærum og rassi innanklæða). Þar sem setning fingurs eða hlutar í leggöng og endaparm er ekki eðlislík káfi og þukli og mun grófari háttsemi en það, verður að túlka niðurstöðu Hæstaréttar um heimfærslu til 2. mgr. 202. gr. hgl. um kynferðislega áreitni svo, að ákærði beri aðeins refsíabýrgð á þeim þætti háttseminnar sem fólst í því að fá brotþola til að senda sér myndböndin af kynferðislegri háttsemi sinni.

7 Gerandi þvingar brotþola til kynferðislegra athafna gegn sjálfum sér eða fær aðra til að hafa kynferðismök saman

Af framansögðu virðist nokkuð ljóst að sú háttsemi að setja hluti eða fingur í kynfæri og endaparm fellur undir *önnur kynferðismök*. En hér var það ekki ákærði sjálfur sem gerði þetta, heldur fékk hann stúlkurnar til þess að gera þetta sjálfar. Breytir það niðurstöðunni?

Á þetta álitafni hefur reynt í dómum. Í H 472/2005 var maður ákærður fyrir að hafa nýtt sér yfirburði vegna aldurs- og þroskamunar, greitt þremur 15 ára stúlkum peninga og fengið þær til að setja kynlífstæki í kynfæri sín og endaparm, og fá tvær þeirra til að hafa kynmök saman, m.a. með notkun kynlífstækja. Hann ljósmyndaði athæfið og geymdi á tölvu sinni. Ákært var fyrir brot gegn 3. mgr. 202. gr. hgl. um tælingu barna yngri en 18 ára. Dómurinn á því ekki beint við hér. Hann er þó sambærilegur H 31/2023 að því leyti að brotþolar eru fengnir til athafnanna gagnvart sjálfum sér, og saman, og skilgreining á öðrum kynferðismökum er sú sama í 1. og 3. mgr. 202. gr. hgl. Sakfelld var í héraði. Hæstiréttur sýknaði með vísan til þess að í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 40/1992 segði að skýra bæri hugtakið *önnur kynferðismök* þröngt og athafnirnar þyrftu að veita eða vera almennt til þess fallnar að veita hinum brotlega kynferðislega fullnægingu, en ákærði hefði fengið stúlkurnar til þessara athafna í þeim tilgangi að ljósmynda þær. Þessi rök standast ekki enda skipta hvatir geranda á verknaðarstundu ekki máli.¹⁰ Ekki er fjallað um það að ákærði setti ekki kynlífstækin sjálfur í kynfæri og endaparm brotþola heldur þær sjálfar og virðist það því ekki hafa vafist fyrir dómurinum í málinu.

Í H 502/2009 neyddi ákærði sambýliskonu sína mörgum sinnum með hótunum um ofbeldi og annars konar ólögumætri nauðung til samræðis og annarra kynferðismaka með öðrum mönnum. Hann ljósmyndaði kynmökina eða tók þau upp á myndband og var iðulega sjálfur þátttakandi í þeim. Sakfelld var fyrir nauðgun skv. 1. mgr. 194. gr. hgl. Hér féllst Hæstiréttur á að ákærði hefði gerst sekur um nauðgun, einnig í þeim tilvikum þar sem hann hafði ekki sjálfur

¹⁰ Ragnheiður Bragadóttir: Nauðgun og önnur brot gegn kynfrelsi fólks (2018), bls. 88-89 og 94.

kynmökkin við brotaþola heldur fékk aðra menn til þess. Líta má svo á að ákærði hafi notað mennina sem verkfæri til þess að fremja brotin. Fleiri dæmi eru til í refsirétti um að gerandi fái grandlausa menn til þess að framkvæma þann verknað sem er refsiverður og jafnast það á við að hann hafi framkvæmt hann sjálfur. Þetta er eðlileg niðurstaða enda er brotið gegn kynfrelsi brotaþola hið sama, hvort sem gerandi framkvæmir verknaðinn sjálfur eða lætur annan mann gera það.

Í framhaldinu má spyrja hvort hið sama eigi ekki að gilda ef tveir brotaþolar eru þvingaðir til að hafa kynmök saman. Hér eru ekki nein bein líkamleg tengsl milli geranda og brotaþola en misgerðin gagnvart þeim er sú sama. Litlu máli skiptir fyrir brotaþola hvort hin refsiverðu kynmök eru framkvæmd af manneskju sem einnig er þvinguð til kynmakanna eða af geranda sjálfum.¹¹ Þriðja tilbrigðið er þegar brotaþoli er þvingaður til kynferðislegra athafna gagnvart sjálfum sér, sbr. H 472/2005 og H 31/2023. Það ætti að koma á sama stað niður. Ekki ætti að skipta máli hver það er sem er notaður sem verkfæri til þess að fremja verknaðinn, þriðji maður eða brotaþoli sjálfur. Í þessum tilvikum er brotið gegn kynfrelsi brotaþola án samþykkis hans og með aðferðum sem falla undir 1. mgr. 194. gr. hgl. Því er óhjákvæmilegt að komast að þeirri niðurstöðu að þetta sé nauðgun í skilningi 194. gr. hgl.¹²

8 Skiptir nálægð máli?

Í H 31/2023 kemur fram að nokkur tími hafi liðið frá því að ákærði fékk brotaþola til að viðhafa háttsemina og þar til hann fékk myndskreiðin send. Hins vegar kemur ekki fram í dóminum hve langur sá tími var. Þá segir að vegna þessa hafi ákærði ekki getað stjórnað atburðarásinni eins og hann hefði getað gert í rauntíma, hvort sem er á staðnum eða í streymi. Háttsemi hans yrði því ekki jafnað til þeirrar háttsemi sem taldist *önnur kynferðismök* í H 502/2009 því að þar hefði ákærði verið staddur í sama rými og brotaþoli og neytt hana til kynmaka með öðrum.

Hér vaknar spurningin um nálægð, þ.e. þurfa allir aðilar, gerandi og brotaþoli/brotaþolar, að vera á sama stað eða er unnt að fremja brotið í gegnum netið eða aðra fjarskiptamiðla, þannig að gerandi sé á öðrum stað en brotaþolar? Sé viðurkennt að aðilar þurfi ekki að vera á sama stað, vaknar í framhaldinu sú spurning hvaða þýðingu fjarlægð og tími hafi, þ.e. er það skilyrði refsíabyrgðar að gerandi horfi á verknaðinn í beinu streymi eða nægir að hann fái sent myndband af honum eftir á? Til að varpa ljósi á þetta má líta til tveggja dóna.

¹¹ Svein Slettan og Toril Marie Øie: Forbrytelse og straff (2001), bls. 261.

¹² Ragnheiður Bragadóttir: Nauðgun og önnur brot gegn kynfrelsi fólks (2018), bls. 179-180.

Í H 441/2016 þóttist ákærði vera 17 ára og viðhafði kynferðislegt tal á netinu við 15 ára dreng og fékk hann til að senda sér mynd af kynfærum sínum. Hann var ákærður fyrir tilraun til nauðgunar með því að hafa daginn eftir hótað að dreifa myndinni og samskiptum þeirra ef drengurinn hefði ekki kynmök við hann fyrir kl. 23 þá um kvöldið. Meirihluti Hæstaréttar sakfelldi fyrir tilraun til nauðgunar. Minnihlutinn vildi sýkna, m.a. vegna þess að samskiptin hefðu farið fram á netinu og þeir þá verið staddir hvor í sínu húsi. Þessi röksemdafærsla gengur ekki upp. Engu máli skiptir þó þeir hafi ekki verið staddir í sama húsi þegar hótanirnar voru settar fram og bærust til drengsins. Það er ekki skilyrði hótana skv. 194. gr. að þær séu settar fram augliti til auglitis. Væri sú raunin væri ekki unnt að hóta í síma eða bréfi.¹³

Í L 528/2019 var ákærði sakfelldur fyrir nauðgun þar sem hann hótaði brotþola að birta opinberlega kynferðislegar myndir af henni og þvingaði hana þannig til kynmaka við aðra karlmenn og lét hana taka upp og senda sér myndir, myndupptökur eða hljóðupptökur af þessum samskiptum. Í dómi Landsréttar segir að háttsemin hafi verið af kynferðislegum toga og afar niðurlægjandi fyrir brotþola. Skipti ekki máli hvort tilgangur ákærða hafi verið einhver annar en að veita sér kynferðislega fullnægingu enda nægir að verknaður sé almennt til þess fallinn. Í Hæstarétti (31/2021) var þessum ákærulið vísað frá héraðsdómi þar sem hann endurspegladi aðeins að litlu leyti þá háttsemi ákærða sem rannsókn málsins hefði leitt í ljós, svo sem hversu oft ákærði stuðlaði að því að brotþoli hefði kynferðismök með öðrum mönnum, hver sá maður væri sem upplýsingar lágu fyrir um, í hverju kynferðismökin hefðu falist, hvar þau hefðu farið fram, við hvaða aðstæður og hvenær þau brot hefðu verið framin sem rannsóknin hefði leitt í ljós. Taldi Hæstiréttur talsvert skorta á að ákæruliðurinn væri svo greinargóður og skýr að ákærða væri fært að taka afstöðu til sakargiftanna og halda uppi vörnum gegn þeim. Af þeim sökum gæti hann heldur ekki orðið grundvöllur að sönnunarfærslu fyrir dómi auk þess sem sakarefnið væri alls ekki dæmigert fyrir þá háttsemi sem talin hefði verið falla undir 1. mgr. 194. gr. hgl.

Þessir dómur veita skýrar vísbendingar um hvernig unnt er að meta aðstæður þegar fjarlægð er á milli geranda og brotþola. Mörg dæmi eru um að einstök brot eða brotþættir séu framkvæmdir þannig að aðilar séu ekki á sama stað, t.d. fjársvik framin með blekkingum í gegnum síma eða tölvupóst eða þjófnaður með því að láta grandlausan þriðja mann ná í það sem á að stela. Framangreindir dómur fjalla um kynferðisbrot þar sem gerandi og brotþoli eru ekki á sama stað. Í H 31/2023 beitir ákærði yfirburðastöðu sinni og ólögmati nauðung til að fá brotþola til athafnanna. Þær eru undir nauðungaráhrifum ákærða og orsakatengsl eru á milli

¹³ Nánar er fjallað um dóminn í: Ragnheiður Bragadóttir: Nauðgun og önnur brot gegn kynfrelsi fólks (2018), bls. 113-114.

háttsemi hans og kynferðislegra athafna þeirra gagnvart sjálfum sér. Nauðungaráhrifin vara enn þegar þær viðhafa háttsemina, enda gera þær þetta vegna tilmæla frá honum. Saknæmiskröfum er einnig fullnægt þar sem ákærði hefur ásetning til að beita ólögumætri nauðung og fá brotþola til háttseminnar.

9 Lögbundnar refsheimildir og skýrleiki þeirra

Í H 31/2023 ræðst niðurstaðan ekki síst af mati Hæstaréttar á skýrleika þeirra refsheimilda sem ákæran lýtur að þar sem rétturinn telur að sú háttsemi, sem ákært var fyrir, falli ekki undir hugtakið *önnur kynferðismök*.

Krafan um skýrleika refsheimilda er ein af grundvallarreglum refsiréttar og er hluti meginreglunnar um lögbundnar refsheimildir, sem felur í sér að engri manneskju verði refsað fyrir verknað sem ekki er refsiverður lögum samkvæmt eins og þau eru túlkuð af dómstólum í réttarríki. Í íslenskum rétti er kveðið á um skýrleika refsheimilda í stjórnarskrá (stjskr.), hgl. og Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE), sbr. lög nr. 62/1994. Verður hér stuttlega gerð grein fyrir kröfum um skýrleika refsheimilda skv. 7. gr. MSE og 69. gr. stjskr.

10 Mannréttindasáttmáli Evrópu

Í 7. gr. MSE segir m.a.: „Engan skal telja sekan um afbrot hafi verknaður sá eða aðgerðaleysi, sem hann er borinn, eigi varðað refsingu að landslögum eða þjóðarétti þá framín voru.“

Mannréttindadómstóll Evrópu (MDE) hefur í dómum sínum afmarkað nokkuð inntak 7. gr. hvað varðar skýrleika refsheimilda, bæði með túlkun á hugtakinu „lög“ í skilningi ákvæðisins og á heimildum dómstóla til túlkunar og þróunar refsíákvæða.

Dómstóllinn hefur lagt áherslu á að ákvæðið sé eitt grundvallaratriða réttarríkisins sem túlka skuli og beita í ljósi markmiðs síns og tilgangs til að tryggja virka vernd gegn handahófskenndum ákærum, sakfellingum og refsingum.¹⁴ Brot þurfi að skilgreina í lögum og því skilyrði sé fullnægt þegar einstaklingur getur ráðið af orðalagi viðeigandi ákvæðis og eftir atvikum túlkun dómstóla hvaða háttsemi er refsiverð.¹⁵ Þá fari inntak hugtaksins „fyrirsjáanleiki“ talsvert eftir innhaldi þeirrar heimildar (e. *instrument*) sem um ræðir, því sviði sem heimildinni er ætlað að ná yfir, og fjölda og stöðu þeirra sem lögum er beint að. Þannig

¹⁴ Sjá t.d. dóm MDE [GC] 21. október 2013 í máli nr. 42750/09, *Del Rio Prada gegn Spáni*, 77. mgr.; dóm MDE [GC] 12. febrúar 2008 í máli nr. 21906/04, *Kafkaris gegn Kýpur*, 137. mgr.

¹⁵ Sjá t.d. dóm MDE 22. nóvember 1995 í máli nr. 20166/92, *S.W. gegn Bretlandi*, 35. mgr.

geti lög fullnægt kröfu um fyrirsjáanleika jafnvel þó að viðkomandi þurfi að leita lögfræðiaðstoðar, sem viðeigandi megi teljast í tilteknum aðstæðum, til að meta hvaða afleiðingar tiltekin háttsemi geti haft í för með sér.¹⁶ Þá segir um 7. gr.:

„Article 7 (art. 7) of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen“.¹⁷

Af þessu má ráða að ekki er nauðsynlegt skilyrði fyrirsjáanleika að nákvæmlega megi sjá eingöngu af lestri lagaákvæðis hvaða háttsemi fellur þar undir. Að þessu leyti til er túlkun MDE ólík túlkun Hæstaréttar í H 31/2023.

MDE hefur jafnframt talið að hversu skýrt sem orðalag lagaákvæðis kunni að vera verði ekki komist hjá túlkun dómstóla, m.a. í sakamálum. Ætíð verði þörf fyrir nánari útlistun á einstökum atriðum sem vafi leikur á um og jafnframt fyrir aðlögun að breyttum aðstæðum.¹⁸ Framsækin þróun refsilaga með túlkun dómstóla sé rótgróinn og nauðsynlegur hluti lagahefðar aðildarríkja samningsins. Ekki megi skilja 7. gr. sáttmálans svo að hún girði fyrir þróun ákvæða um refsiaþbyrgð með túlkun dómstóla frá einu máli til annars, að því gefnu að þróunin í heild sinni sé í samræmi við kjarna brots og sé nokkuð fyrirsjáanleg.¹⁹

Samkvæmt framangreindu getur inntak refsiaþvæðis þróast nokkuð í túlkun dómstóla með aðlögun að breyttum kringumstæðum. Slík þróun hlýtur að einhverju marki að helgast af samfélagsþróuninni, hvort heldur er tæknilegri þróun eða þróun samskipta.²⁰ Kjarni verndarinnar hlýtur að vera sá að borgararnir geti nokkurn veginn gert sér grein fyrir því hvaða háttsemi er refsiverð og ekki sé handahófskennt hvaða háttsemi falli undir tiltekin refsiaþvæði.

¹⁶ Sjá t.d. *dóm MDE 28. mars 1990 í máli nr. 10890/84, Groppera Radio AG o.fl. gegn Sviss*, 68. mgr.; *dóm MDE 11. nóvember 1996 í máli nr. 17862/91, Cantoni gegn Frakklandi*, 35. mgr.

¹⁷ *Sjá dóm MDE 22. nóvember 1995 í máli 20190/92, C.R. gegn Bretlandi*, 34. mgr. og sama dag í máli nr. 20166/92, *S.W. gegn Bretlandi*, 36. mgr.

¹⁸ Sjá *dóm MDE 11. nóvember 1996 í máli nr. 17862/91, Cantoni gegn Frakklandi*, 35. mgr.; *dóm MDE [GC] 12. febrúar 2008 í máli nr. 21906/04, Kafkaris gegn Kýpur*, 141. mgr.

¹⁹ *Dómur MDE 22. nóvember 1995 í máli 20190/92, C.R. gegn Bretlandi*, 34. mgr. og sama dag í máli nr. 20166/92, *S.W. gegn Bretlandi*, 36. mgr. Sjá *dóm MDE 11. nóvember 1996 í máli nr. 17862/91, Cantoni gegn Frakklandi*, 35. mgr.; *dóm MDE [GC] 12. febrúar 2008 í máli nr. 21906/04, Kafkaris gegn Kýpur*, 141. mgr.

²⁰ Sjá t.d. H 184/2011 þar sem reyndi á 246. hgl. um ólögmeða meðferð fundins fjár.

11 Íslenskur réttur

Í 1. mgr. 69. gr. stjkskr. segir m.a.: „Engum verður gert að sæta refsingu nema hann hafi gerst sekur um háttsemi sem var refsiverð samkvæmt lögum á þeim tíma þegar hún átti sér stað eða má fullkomlega jafna til slíkrar háttsemi.“

Sambærilegt ákvæði er í 1. mgr. 1. gr. hgl. nr. 19/1940 en þar segir: „Eigi skal refsa manni, nema hann hafi gerst sekur um háttsemi, sem refsing er lögð við í lögum, eða má öldungis jafna til hegðunar, sem þar er afbrot talin.“

Björg Thorarensen bendir á að íslensk lög geymi fjölmörg hugtök sem veiti svigrúm til túlkunar án þess að það teljist andstætt skýrleikakröfunni. Um þessi atriði hafi mótast dómvenjur sem geti gefið til kynna, svo að nokkuð fyrirsjáanlegt sé, hvernig þessum reglum kunni að verða beitt.²¹ Hafa verði hugfast að fjölmörg hugtök, bæði í refsilögum sem öðrum lögum þar sem verknaðarlýsing komi fram, geti verið háð túlkun og veiti nokkurt svigrúm um hvernig þeim verði beitt.²² Þá eru réttarhugtök í hgl., t.d. klám, sem ekki eru eins hnitmiðuð og reglan um lögbundnar refsheimildir gerir ráð fyrir, en veita dómstólum svigrúm til að móta reglurnar eftir þeim félagslegu og siðferðilegu sjónarmiðum sem ríkjandi eru hverju sinni.²³

Í H 31/2023 er vísað í 1. mgr. 69. gr. stjkskr. og síðan segir: „Refsiheimild skal einnig vera svo skýr og ótvíræð að ljóst sé af lestri lagaákvæðis hvaða háttsemi sé refsiverð“. Ekki verður annað séð en að með þessu geri Hæstiréttur auknar kröfur til skýrleika refsheimilda umfram það sem leiða má af framangreindum réttarheimildum með því að takmarka heimildina við hvað „ljóst sé af lestri lagaákvæðis“ einum saman án þess að taka tillit til þess að þróun geti átt sér stað á inntaki hugtaka í refsilögum í samræmi við þróun í samfélaginu, t.d. á samskiptamáta og samskiptamiðlum.

Í dóminum segir að vafa um hvort refsíákvæði taki til háttsemi beri að virða ákærða í hag og er vísað þar til tveggja dóma réttarins, annars vegar H 342/1994 um hlutlæga refsíabyrgð skipstjóra, sem ekki var bein refsíheimild fyrir í lögum, og hins vegar H 31/2021 sem að framan er getið og varðaði verulega galla á ákæru. Þar taldi rétturinn ennfremur að þar sem ekki yrði með skýrum hætti ráðið af orðalagi 1. mgr. 194. gr. hgl. að fjarstaddur maður, sem stuðlar að því með hótunum eða annarri þvingun að annar maður eigi kynferðismök við þriðja mann, teldist sjálfur hafa haft önnur kynferðismök í skilningi ákvæðisins, sem var sakarefni umrædds ákæruliðar, hefði verið enn frekari ástæða til að öllum verknaðarþáttum væri lýst með greinargóðum og skýrum hætti og eins nákvæmlega og rannsóknarniðurstöður gáfu tilefni til.

²¹ Björg Thorarensen: Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi, 2. útgáfa (2019), bls. 214.

²² Sama heimild, bls. 213.

²³ Jónatan Þórmundsson: Afbrot og refsíabyrgð I (2023), bls. 307.

Í því máli sem hér er til umfjöllunar var hvorki um að ræða hlutlæga refsíabyrgð né var ákæru ábótavant heldur telur Hæstiréttur að ekki verði með skýrum hætti ráðið að orðalag 1. mgr. 194. gr. og 1. mgr. 202. gr. hgl. endurspegli þá þróun og nái til þeirrar háttsemi sem ákært var fyrir og virðist það skipta sköpum að ákvæðin nefna ekki berum orðum þau tilvik sem fallið geta undir hugtakið *önnur kynferðismök*.

Ákvæði í nútímarefsirétti eru almennt orðuð, þar sem löggjafinn getur ekki séð öll tilvik fyrir. Ekki er ætlunin að ákvæðin séu tilviksbundin, þ.e. lýsi ákveðnum tilvikum og útiloki þá þar með önnur, eins og tíðkaðist í Grágás og Jónsbók. Tekið er fram í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 61/2007 að upptalning á því sem undir hugtakið *önnur kynferðismök* geti fallið sé ekki tæmandi. Hér er einnig vert að hafa í huga að refsirétturinn er fræðigrein sem er í örri þróun, ekki síst nú á dögum. Því getur inntak hugtaka og túlkun þeirra breyst og þróast í tímans rás eftir því sem ný fræðileg þekking kemur fram og viðhorf breytast. Þau sjónarmið eiga við um túlkun hugtaksins *önnur kynferðismök* og verður þar að hafa í huga markmið ákvæðanna um kynferðisbrot eins og þau koma t.d. fram í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 61/2007, þ.e. að auka réttarvernd barna og reyna að tryggja svo sem framast er unnt með löggjöf að friðhelgi, sjálfsákvörðunarréttur, kynfrelsi og athafnafrelsi hvers einstaklings sé virt.²⁴ Í H 31/2023 eru framin mörg brot, sum þar sem ákærði og brotþolar eru á sama stað, en önnur þar sem fjarlægð er á milli ákærða og brotþola. Eftir sem áður eru þau alveg sama meingerðin, hvort sem ákærði er viðstaddur í eigin persónu eða ekki og hvort sem einhver tími líður milli einstakra verknaðarþátta brotsins eða ekki.

Skýrleiki refsheimilda er mikilvæg krafa í réttarríki. Hafa verður þó í huga þá hagsmuni sem kunna að vegast á við mat dómstóla á því hvort skýrleiki sé nægur. Í þessu máli eru það annars vegar hagsmunir ákærða af því að vera ekki refsað fyrir aðra háttsemi en þá sem refsiverð var samkvæmt lögum eins og þau eru skýrð, m.a. í samræmi við tilgang sinn, og hins vegar hagsmunir þeirra barna, sem ákærði misnotaði, af því að njóta viðeigandi réttarverndar gegn kynferðislegri misnotkun í samræmi við 3. mgr. 76. gr. stjkskr., sbr. 14. gr. laga nr. 97/1995 þar sem segir að börnum skuli tryggð í lögum sú vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst. Hæstiréttur bendir réttilega á skyldu ríkisins til að vernda börn gegn hvers kyns kynferðislegri notkun eða misnotkun í kynferðislegum tilgangi skv. 34. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, sbr. lög nr. 19/2013. Sú skylda nær ekki eingöngu til löggjafans heldur til allra þátta ríkisvaldsins, þar á meðal Hæstaréttar. Þá má benda á skyldu aðildarríkja MSE til að vernda friðhelgi einkalífs barnanna skv. 8. gr. MSE.

²⁴ Þingskjal 20 – 20. mál, 133. löggjafarþing 2006-2007, bls. 5.

12 Niðurstaða

Höfundar telja að brot ákærða falli undir hugtakið *önnur kynferðismök* í skilningi 1. mgr. 194. gr. og 1. mgr. 202. gr. hgl. Hæstiréttur virðist ekki draga í efa að ákærði hafi fengið börnin til þess kynferðislega athæfis sem ákært var fyrir og gert það í krafti yfirburðastöðu sinnar. Hið kynferðislega athæfi var þess eðlis að mati höfunda að falla almennt undir *önnur kynferðismök* eins og þeim er lýst hér að framan. Hæstiréttur rökstyður ekki í dóminum af hverju háttsemin teljist *önnur kynferðisleg áreitni* skv. 2. mgr. 202. gr. hgl., hvernig háttsemin samsvarar lýsingu þess ákvæðis eða af hverju tími og rúm skipta ekki sama máli varðandi *aðra kynferðislega áreitni* og *önnur kynferðismök*. Háttsemin samsvarar ekki fyrri skilgreiningum réttarins á hugtakinu *kynferðisleg áreitni* og hefði því verið eðlilegra að sýkna ákærða teldi rétturinn ekki unnt að sakfella fyrir *önnur kynferðismök*.

Þá telja höfundar að heimfærsla brotanna í Landsrétti sé í samræmi við kröfu stjórnarskrárinnar og MSE um skýrleika refsheimilda en krafa Hæstaréttar sé umfram þær skýrleikakröfur.

Þar sem Hæstiréttur beitir svo þröngri túlkun á hugtakinu *önnur kynferðismök* sem H 31/2023 ber vitni um, og nú þegar er farið að vísa í dóminn sem fordæmi, sbr. t.d. L 23. febrúar 2024 (179/2023), er hugsanlegt að bæta þurfi við málsgrein í viðeigandi ákvæði um kynferðisbrot í hegningarlögum, um að það séu *önnur kynferðismök* þegar gerandi þvingar brotþola til kynferðislegra athafna gegn sjálfum sér eða fær aðra til að hafa kynferðismök saman. En þess þarf þá að gæta, að ákvæðin séu ekki svo ítarleg að þau snúist upp í andhverfu sína og leiði til gagnályktunar frá því sem þar segir og útiloki þá tilvik sem ætlunin er að séu refsiverð. Of ítarleg ákvæði geta því dregið úr réttarvernd brotþola á sama hátt og of þröng lagatúlkun gerir það í H 31/2023.

Heimildaskrá

Alþingistíðindi.

Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi.* Önnur útgáfa. Bókaútgáfan Codex. Reykjavík 2019.

Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I.* Önnur útgáfa. Háskólaútgáfan. Reykjavík 2023.

Ragnheiður Bragadóttir: *Kynferðisbrot.* Ritröð Lagastofnunar Háskóla Íslands nr. 3. Reykjavík 2006.

Ragnheiður Bragadóttir: *Svör til nefndasviðs Alþingis við umsögnum um frumvarp til breyting á almennum hegningarlögum, nr. 19 12. febrúar 1940 (kynferðisbrot), sem lagt var fram á Alþingi haustið 2006.* Alþingi Erindi nr. Þ 133/737, komudagur 23. janúar 2007. 14 bls. Slóð: <https://www.althingi.is/altext/erindi/133/133-737.pdf>

Ragnheiður Bragadóttir: *Kynferðisbrot – Dómabók.* Bókaútgáfan Codex. Reykjavík 2009.

Ragnheiður Bragadóttir: *Nauðgun og önnur brot gegn kynfrelsi fólks.* Bókaútgáfan Codex. Reykjavík 2018.

Slettan, Svein og Toril Marie Øie: *Forbrytelse og straff. Bind I. Innføring i strafferett.* Universitetsforlaget. Oslo 2001.

Svala Ísfeld Ólafsdóttir: Refsíákvæði sem varða kynferðisbrot gegn börnum. *Hinn launhelgi glæpur – Kynferðisbrot gegn börnum.* Háskólaútgáfan. Reykjavík 2011. Bls. 57-107.

Dómaskrá

Dómar Hæstaréttar Íslands

H 342/1994

H 31/2003

H 358/2005

H 472/2005

H 229/2008

H 502/2009

H 22/2013

H 433/2016

H 441/2016

H 254/2017

H 31/2021

Dómar Landsréttar

L 86/2018

L 528/2019

* Grein þessi hefur verið ritrýnd og staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt reglum Vefrits Úlfljóts.