

Frumvarp til laga

um breyting á almennum hegningarlögum, nr. 19 12. febrúar 1940
(kynferðisbrot)

(Lagt fyrir Alþingi á 132. löggjafarþingi 2005-2006.)

1. gr.

Á 2. ml. 1. mgr. 82. gr. verði þessi breyting:
Í stað orðanna „14 ára“ komi: „18 ára“.

2. gr.

194. gr. orðist svo:

Hver sem hefur samræði eða önnur kynferðismök við mann með því að beita ofbeldi eða hótunum gerist sekur um nauðgun og skal sæta fangelsi ekki skemur en 1 ár og allt að 16 árum. Til ofbeldis telst svipting sjálfræðis með innlokun, lyfjum eða öðrum sambærilegum hætti.

Það telst einnig nauðgun og varðar sömu refsingu og mælt er fyrir um í 1. mgr. að notfæra sér geðsjúkdóm eða aðra andlega fötlun manns til þess að hafa við hann samræði eða önnur kynferðismök, eða þannig er ástatt um hann að öðru leyti að hann getur ekki spornað við verknaðinum eða skilið þýðingu hans.

3. gr.

Núgildandi ákvæði 195. gr. falli brott. Í þess stað komi eftirfarandi ákvæði:

Þegar refsing fyrir brot gegn 194. gr. er ákveðin skal virða það til þyngingar:

1. Ef þolandi er barn yngra en 18 ára.
2. Ef ofbeldi geranda er stórfellt.
3. Ef brotið er framið á sérstaklega sársaukafullan eða meiðandi hátt.

4. gr.

196. gr. falli brott.

5. gr.

197. gr. orðist svo:

Ef umsjónarmaður eða starfsmaður í fangelsi, öðrum stofnunum á vegum lögreglu, fangelsisyrivalda eða barnaverndaryfirvalda, geðdeild sjúkrahúss, heimili fyrir andlega fatlað

DRÖG

fólk eða annarri slíkri stofnun hefur samræði eða önnur kynferðismök við vistmann á stofnuninni varðar það fangelsi allt að 4 árum.

6. gr.

Á 198. gr. verði þessar breytingar:

Orðin „utan hjónabands eða óvígðrar sambúðar“ í 1. mgr. falli brott.

Ákvæði 2. mgr. greinarinnar falli brott.

7. gr.

Núgildandi ákvæði 199. gr. falli brott. Í þess stað komi eftirfarandi ákvæði:

Hver sem gerist sekur um kynferðislega áreitni skal sæta fangelsi allt að 2 árum. Kynferðisleg áreitni felst m.a. í því að strjúka, þukla eða káfa á kynfærum eða brjóstum annars manns innan klæða sem utan, ennfremur í táknrænni hegðun eða orðbragði sem er mjög meiðandi, ítrekað eða til þess fallið að valda ótta.

8. gr.

Á 200. gr. verði þessar breytingar:

Í stað orðanna „2 ára“ í 2. mgr. komi: „4 ára“.

Í stað orðanna „4 ára“ í 2. mgr. komi: „6 ára“.

9. gr.

Á 201. gr. verði þessar breytingar:

Í stað orðanna „2 árum“ í 2. mgr. komi: „4 árum“.

Í stað orðanna „4 ára“ í 2. mgr. komi: „6 ára“.

10. gr.

Á 202. gr. verði þessar breytingar:

Í stað orðanna „allt að 12 árum“ í 1. mgr. komi: „ekki skemur en 1 ár og allt að 16 árum.“

Við 1. mgr. bætist svohljóðandi málsliður: „Lækka má refsingu eða láta hana falla niður, ef gerandi og þolandi eru á svipuðum aldri og þroskastigi.“

Í stað orðanna „4 árum“ í 2. mgr. komi: „6 árum“.

Í stað orðsins „ungmennni“ í 3. mgr. komi orðið „barn“.

Í 4. mgr. falli brott orðin „eða ungmenni“.

11. gr.

Núgildandi ákvæði 205. gr. falli brott. Í þess stað komi eftirfarandi ákvæði:

DRÖG

Nú hefur sá sem sæta skal refsingu fyrir eitthvert þeirra kynferðisbrota sem að framan greinir áður verið dæmdur sekur um slíkt brot og má þá hækka refsingu svo að bætt sé við hana allt að helmingi hennar.

12. gr.

206. gr. orðist svo:

Hver sem hefur atvinnu eða viðurværi sitt af vændi annarra skal sæta fangelsi allt að 4 árum.

Sömu refsingu varðar það að ginna, hvetja eða aðstoða barn yngra en 18 ára til vændis.

Sömu refsingu varðar það einnig að stuðla að því að nokkur maður flytji úr landi eða til landsins í því skyni að hann stundi vændi sér til viðurværis.

Hver sem stuðlar að því með ginningum, hvatningum eða milligöngu að aðrir hafi samræði eða önnur kynferðismök gegn greiðslu eða hefur tekjur af vændi annarra, svo sem með útleigu húsnæðis eða öðru, skal sæta fangelsi allt að 4 árum en sektum eða fangelsi allt að 1 ári ef málsbætur eru.

Hver sem í opinberri auglýsingu býður fram, miðlar eða óskar eftir kynmökum við annan mann gegn greiðslu skal sæta sektum eða fangelsi allt að 6 mánuðum.

13. gr.

Lög þessi öðlast þegar gildi.

Athugasemdir við lagafrumvarp þetta

I.

Inngangur

Með bréfi dagsettu 25. maí 2005 fór Björn Bjarnason dómsmálaráðherra þess á leit við Ragnheiði Bragadóttur, prófessor við lagadeild Háskóla Íslands, að hún tæki að sér að semja frumdrög að frumvarpi um breyting á tilteknum ákvæðum í kynferðisbrotakafli almennra hegningarlaga nr. 19/1940, sbr. lög nr. 40/1992, með síðari breytingum (hér á eftir skammstafað hgl., þar sem við á), sem síðan yrðu tekin til umfjöllunar í dómsmálaráðuneytinu. Eins og fram kemur í bréfi ráðherra varðar endurskoðunin eftirtalin brot:

1. Nauðgun og önnur brot gegn kynfrelsi fólks, 194. – 199. gr., sbr. 205. gr. hgl.
2. Kynferðisbrot gegn börnum, 200. – 202. gr., sbr. 204. gr. hgl.
3. Vændi, 206. gr. hgl.

Í bréfi ráðherra kemur jafnframt fram, að ráðuneytið telji miklu skipta, að við endurskoðun ofangreindra lagaákvæða verði byggt á traustum refsiréttarlegum grunni og tekið mið af alþjóðlegri þróun á þessu sviði auk íslenskrar lagahefðar. Jafnframt sé nauðsynlegt að fá yfirlit yfir beitingu þessara lagaákvæða á þeim 13 árum sem liðin eru frá samþykkt þeirra.

DRÖG

Í samræmi við ofangreind sjónarmið var víða leitað fanga við samningu lagafrumvarps þessa. Fyrst er þar að nefna þann grundvöll sem byggt er á, en það eru rannsóknir höfundar frumvarpsins á ákvæðum kynferðisbrotakafla almennra hegningarlaga bæði löggjöfinni sjálfri og framkvæmd hennar. Til þeirra rannsókna telst könnun á dómum Hæstaréttar á þessu sviði undanfarna áratugi, greining þeirra og samanburður. Hafa niðurstöður sumra þessara rannsókna birst á síðastliðnum árum, en aðrar munu birtast á næstunni. Í öðru lagi var könnuð löggjöf um kynferðisbrot í öðrum löndum, einkum í Danmörku, Finnlandi, Noregi og Svíþjóð, Þýskalandi, Englandi og Írlandi, og þá ekki síst þær breytingar sem nýlega hafa verið gerðar á löggjöf hjá sumum þessara þjóða. Í þriðja lagi er byggt á upplýsingum sem fram koma í ýmsum félagsfræðilegum og afbrotufræðilegum rannsóknum og gögnum, sem til eru um umfang og eðli þessara brota í íslensku samfélagi. Loks hefur höfundur leitast við að kynna sér reynslu ýmissa aðila sem starfað hafa með þolendum brotanna. Á grundvelli allra þessara gagna er miðað að því að hafa hin nýju ákvæði þannig úr garði gerð að þau þjóni sem best hagsmunum þolenda brotanna, sem í flestum tilvikum eru konur og börn.

Ákvæði XXII. kafla almennra hegningarlaga nr. 19/1940 um kynferðisbrot voru endurskoðuð í upphafi 10. áratugar síðustu aldar, sbr. lög nr. 40/1992. Höfðu þau þá verið óbreytt frá því að hegningarlögin voru sett árið 1940. Fyrstu áratuginu eftir 1940 komu brot gegn ákvæðum kaflans sjaldan til kasta dómstóla og umræða um þau var nánast engin. Á þessari hálfu öld gerbreyttist þjóðfélagið og vitneskja um brotin kom fram í dagsljósið hér á landi eins og erlendis. Endurskoðun ákvæðanna var orðin löngu tímabær. Var það ekki síst fyrir áhrif frá kvennahreyfingunni sem ráðist var í þá endurskoðun, en frá henni kom ákall um að löggjöf á þessu sviði tæki mið af breyttum viðhorfum til þessara mála og þeim upplýsingum sem þá þegar lágu fyrir um meðferð málanna í réttarkerfinu, konur og börn sem þolendur brotanna og afleiðingar þeirra fyrir þolendur. Árið 1982 var Kvennaathvarfið opnað og vorið 1984 varð mikil umræða í þjóðfélaginu um afbrotið nauðgun og réttarstöðu brotaþola. Upphaf þeirrar umræðu má rekja til nauðgunarbrotu sem framin voru í Reykjavík þá um vorið og synjunar sakadóms um að úrskurða sakborninginn í málinu í gæsluvarðhald, sjá H 1984:678. Gagnrýni á meðferð nauðgunarmála í réttarkerfinu jókst og í kjölfarið var skipuð nefnd, sem falið var að kanna hvernig háttað væri rannsókn og meðferð nauðgunarmála, kanna löggjöf og lagaframkvæmd á þessu sviði og gera tillögur til úrbóta í þessum efnunum. Skýrsla nefndar þessarar, nauðgunarmálanefndar, kom síðan út á vegum dómsmálaráðuneytisins árið 1989. Voru þar gerðar ýmsar tillögur til úrbóta, m.a. um breytingar á ákvæðum hegningarlaganna um kynferðisbrot. Á grundvelli þeirra upplýsinga sem fram komu í skýrslunni var XXII. kafla hegningarlaganna, sem þá nefndist *Skírlífsbrot*, breytt verulega.

Með breytingalögunum frá 1992 voru m.a. gerðar tvær grundvallarbreytingar á ákvæðum kynferðisbrotakafans. Í fyrsta lagi voru ákvæði kaflans gerð ókynbundin. Fyrir lagabreytinguna höfðu þessi ákvæði verið kynbundin, þ.e. aðeins konur nutu refsiverndar og gátu verið þolendur en eingöngu karlmenn gátu verið gerendur. Þar sem ákvæðin eru nú ókynbundin geta bæði karlar og konur verið gerendur og þolendur. Var þessi breyting gerð til samræmis við breytt viðhorf í þjóðfélaginu og réttarþróun í nágrannalöndunum (Alþingistíðindi 1991-92, A-deild, bls. 787-788). Í öðru lagi voru svonefnd önnur kynferðismök lögð að jöfnu við samræði, en þau höfðu áður varðað vægari refsingu samkvæmt sérstöku ákvæði þar um. Ekkert dæmi er um það í dómasafni Hæstaréttar að karlmaður hafi orðið þolandi nauðgunar eða annars kynferðisbrots af hálfu konu. Í umfjöllun í greinargerðinni hér á eftir verður því orðið *konur* notað um þolendur brotanna þar sem það á við og er með því lögð áhersla á hverjir eru þolendur þessara brota í raun.

DRÖG

Þrátt fyrir þá hugtakanotkun er ekki ástæða til að hverfa frá ókynbundnu orðalagi í ákvæðunum sjálfum. Síðan 1992 hafa nokkrar breytingar verið gerðar á XXII. kafla almennra hegningarlaga og tengjast þær flestar ákvæðum sem varða refsivernd barna. Breytingalögin eru þessi: Lög nr. 82/1998 (afnám varðhaldsrefsingar), lög nr. 39/2000 (vitnavernd, barnaklám o.fl.), lög nr. 14/2002 (kynferðisbrot gegn börnum, vændi barna og unglinga) og lög nr. 40/2003 (kynferðisbrot gegn börnum og mansal).

Á þeim 14 árum sem liðin eru frá því að lög nr. 40/1992 tóku gildi hefur vitneskja um kynferðisbrot, einkenni þeirra og afleiðingar aukist gífurlega. Öll umræða í þjóðfélaginu um brotin er orðin mun opinskárr og engum blandast lengur hugur um hve algeng þau eru og skaðleg, bæði fyrir þann sem fyrir þeim verður og samfélagið í heild. Þótt dómum fyrir sumar tegundir kynferðisbrota hafi fjölgað er ljóst að fjöldi brota kemur aldrei fram í dagsljósið og þótt þau geri það eru sakfellingardómar hlutfallslega fáir. Þó núgildandi ákvæði hegningarlaga um kynferðisbrot séu ekki gömul hefur á undanförunum árum komið fram vaxandi gagnrýni á sum þeirra. Þau þykja ekki veita þolendum brotanna næga réttarvernd, auk þess sem sumir telja að hugsanlega leynist þar enn gömul og úrelt viðhorf í afstöðu til kvenna. Sú skilgreining á hugtakinu nauðgun, sem byggt er á í lögnum er ekki í samræmi við hugmyndir fólks almennt um hvað í slíku broti felst. Þá þykja refsiaákvæðin dómstóla fyrir brotin vera of vægar, ekki síst þegar börn eru þolendur brotanna. Við samningu þessa frumvarps hefur verið leitast við að breytingarnar, sem lagt er til að verði gerðar á ákvæðunum, falli vel að því reglukerfi, sem fyrir er í almennum hegningarlögum, bæði almenna hluta laganna og hinum sérstaka. Í frumvarpinu er einnig lögð áhersla á að sjálfar lagagreiningarnar séu einfaldar og skýrar, en útskýringar á þeim í greinargerð séu ítarlegar. Þá er jafnframt haft að leiðarljósi að auka réttarvernd kvenna og barna og gera ákvæðin nútímalegri. Áhersla er lögð á að reyna að tryggja, svo sem framast er unnt með löggjöf, að friðhelgi, sjálfsákvörðunarréttur, kynfrelsi og athafnafrelsi hvers einstaklings sé virt. Þá er rétt að benda hér á að vandkvæði varðandi sönnun brotanna verða ekki, nema að litlu leyti, leyst með breytingum á ákvæðum almennra hegningarlaga. Úrbætur varðandi sönnun varða réttarfar og kalla á umfjöllun og hugleiðingar um breytingar á öðrum vettvangi, þ.e. á ákvæðum laga um meðferð opinberra mála nr. 19/1991 og að einhverju leyti einnig breytt viðhorf dómstóla til sönnunar í kynferðisbrotamálum. Hér verður þó að áréttu að sönnun í kynferðisbrotamálum er alltaf erfið, eðli málsins samkvæmt, auk þess sem mannréttindareglur kunna að setja mögulegum breytingum á þessu sviði takmörk.

Ákvæðum XXII. kafla hegningarlaganna nr. 19/1940, sbr. lög nr. 40/1992 um kynferðisbrot er það sameiginlegt að varða kynlíf fólks á einhvern hátt og veita athafnafrelsi á því sviði vernd. Hagsmunir þeir sem ákvæðin eiga að vernda eru margs konar. Sum ákvæðanna eiga að vernda kynfrelsi fólks almennt, en önnur beinast að því að vernda kynfrelsi þeirra, sem eru minni máttar á einhvern hátt og þarfnast því sérstakrar verndar, hvort sem það er vegna andlegs sjúkleika, æsku eða þess að þeir eru öðrum háðir. Þá eru í kaflanum ákvæði, sem miða að því að veita vernd gegn persónulegri og fjárhagslegri hagnýtingu og vernda almenna þjóðfélagshagsmuni. Loks eru þar ákvæði, sem ekki miða beint að því að vernda tiltekna einstaklinga, heldur byggjast á viðteknum siðferðis- og siðgæðissjónarmiðum og eiga að vernda tilfinningar fólks, auk almennra þjóðfélagshagsmuna. Ákvæðunum má skipta í fjóra flokka í samræmi við þessa mismunandi verndarhagsmuni. Í fyrsta lagi eru það nauðgun og önnur brot gegn kynfrelsi fólks (194. gr. – 199. gr.), í öðru lagi kynferðisbrot gegn börnum (200. gr. – 202. gr.), í þriðja lagi vændi (206. gr.) og í fjórða lagi brot gegn blygðunarsemi og klám (209. gr. og 210. gr.). Þótt brotunum sé hér skipt í þessa fjóra flokka í samræmi við hefðbundin sjónarmið um þá hagsmuni sem þeim er

DRÖG

ætlað að vernda, er rétt að árétt, að sameiginlegt meginmarkmið þeirra allra er að vernda kynfrelsið, sjálfsákvörðunarrétt, frelsi og friðhelgi einstaklingsins á sviði kynlífsins. Eins og fram kom hér í upphafi eru í þessu lagafrumvarpi tekin til endurskoðunar ákvæðin í fyrstu flokkunum þremur.

Á síðustu áratugum hefur verið fjallað um kynferðisbrot á alþjóðlegum vettvangi. Fyrst má þar nefna tvo samninga Sameinuðu þjóðanna sem Ísland hefur fullgilt, þ.e. samning um afnám allrar mismununar gagnvart konum frá 1979 og samning um réttindi barnsins frá 1989 og valfrjálsa bókun við hann um sölu á börnum, barnavændi og barnaklám (2000). Frá vettvangi Sameinuðu þjóðanna má einnig nefna yfirlýsingu allsherjarþingsins um afnám ofbeldis gagnvart konum 48/104 frá 20. desember 1993. Evrópuráðið hefur einnig hvatt ríki til þess að tryggja að löggjöf veiti næga vernd gegn kynferðisbrotum. Á þriðja evrópska ráðherrafundinum um jafnrétti kvenna og karla sem haldinn var í Róm 21. – 22. október 1993 var samþykkt yfirlýsing um aðferðir til að berjast gegn ofbeldi gegn konum í Evrópu og ályktun um nauðgun og kynferðislega misnotkun kvenna. Í þessu sambandi má nefna tilmæli ráðherranefndar Evrópuráðsins frá 3. maí 2002 (Rec. (2002) 5) um varnir gegn ofbeldi sem beinist að konum. Þar kemur fram að hvers kyns kynferðisleg háttsemi gagnvart þeim sem er háttseminni ekki samþykkur skuli vera refsiverð, einnig þótt þolandinn berjist ekki á móti atlögunni. Kynferðisleg misnotkun skuli einnig vera refsiverð, einkum fullorðins manns gagnvart barni. Þá má nefna rammaákvörðun Evrópusambandsins um aðgerðir til að berjast gegn kynferðislegri misnotkun barna og barnaklámi. Í dómi Mannréttindadómstóls Evrópu frá 4. desember 2003 í máli M.C. gegn Búlgaríu var talið að búlgarska ríkið hefði brotið gegn jákvæðum skyldum sínum skv. 3. gr. og 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu með því að tryggja ekki að landslög í Búlgaríu og framkvæmd þeirra veittu næga vernd gegn nauðgunum og kynferðislegri misnotkun. Í dóminum er gerð grein fyrir lagaákvæðum um nauðgun í ýmsum löndum Evrópu og alþjóðalögum og framkvæmd þeirra. Með ákvæðum þessa frumvarps á að vera tryggt að Íslendingar fullnægi þeim skuldbindingum sem þeir hafa undirgengist og varða efni frumvarpsins.

Á undanförunum árum hafa lagaákvæði um kynferðisbrot verið tekin til gagngerðrar endurskoðunar í ýmsum nágrannalöndum okkar. Markmiðið með þessum lagabreytingum er alls staðar hið sama. Annars vegar er ætlunin að einfalda reglurnar og gera þær nútímalegri og hins vegar að auka vernd barna og kvenna gegn kynferðisbrotum. Þótt þetta markmið sé flestum þjóðunum sameiginlegt eru ákvæðin með ýmsu og ólíku sniði. Norðmenn breyttu ákvæðum hegningarlaga sinna nr. 10/1902 með lögum nr. 76/2000 og sænsku lögunum var breytt vorið 2005 með lögum nr. 90/2005. Með hinum nýju lögum var löggjöf beggja þjóðanna um kynferðisbrot breytt verulega. M.a. var nauðgunarhugtakið víkkað umtalsvert. Árið 1998 voru kaup á kynlífi gerð refsiverð í Svíþjóð með sérstökum lögum (*lag (1998:408) om förbud mot köp av sexuella tjänster*). Ákvæði um þetta efni eru nú í sænsku hegningarlögunum. Finnsku ákvæðunum um kynferðisbrot var breytt með lögum nr. 563/1998. Þar er þó enn byggt á þröngri, hefðbundinni skilgreiningu á nauðgunarhugtakinu. Þá hefur dómismálaráðherra Finnlands lagt fram á þingi frumvarp þess efnis að gera kaup á kynlífi refsiverð að sænskri fyrirmynd en óvíst er um afdrif þess. Dönskum ákvæðum um kynferðisbrot hefur ekki mikið verið breytt og eru þau enn í meginráttum samhljóða núgildandi íslenskum ákvæðum. Helstu breytingarnar hafa verið hækkun refsimarka fyrir nokkur brot. Englendingar og Írar hafa sett sér ný ákvæði um kynferðisbrot. Ensku lögin eru frá árinu 2003, *Sexual Offences Act 2003* og þau írsku frá árinu 1990, *the Criminal Law (Rape) (Amendment) Act 1990*. Hjá báðum þjóðunum er nauðgun skilgreind út frá hugtakinu samþykki í samræmi við hina engilsaxnesku hefð. Af lagabreytingum

DRÖG

þeim, sem hér hafa verið nefndar eru breytingarnar, sem gerðar hafa verið á norsku og sænsku lögnum viðamestar. Eru það þau erlendu lög sem einkum hafa verið höfð til hliðsjónar við samningu lagafrumvarps þessa.

Hér á eftir verður fyrst fjallað stuttlega um breytingarnar á norsku og sænsku hegningarlögnum og aðdraganda þeirra. Síðan verður gerð grein fyrir ýmsum almennum atriðum varðandi hvern af brotaflokkunum þremur og einstökum lagaákvæðum sem frumvarpið tekur til og gerð grein fyrir helstu nýmælum sem lagt er til að verði lögfest. Loks koma athugasemdir við einstakar greinar frumvarpsins.

II.

Ákvæði norskra og sænskra hegningarlaga um kynferðisbrot

1. Noregur

Árið 1980 var skipuð nefnd í Noregi til þess að endurskoða hegningarlögin frá 1902 (*straffeloven nr. 10, 22. mai 1902*). Nefndin skilaði álitum um nýjan almennan hluta hegningarlaganna árið 1992 (*NOU 1992: 23*). Skipuð var önnur nefnd árið 1994 og var hlutverk hennar að endurskoða hegningarlögin og refsíákvæði í sérrefsilögum og skilaði hún álitum um bæði almenna og sérstaka hluta hegningarlaganna árið 2002 (*NOU 2002: 4*), og byggðu tillögurnar um breytingar á almenna hlutanum á skýrslu eldri nefndarinnar. Meðan á vinnu þessarar nefndar stóð hafði verið skipuð undirnefnd hennar, árið 1995, til þess að meta þörfina á breytingum á kynferðisbrotaköflum hegningarlaganna. Sú nefnd skilaði skýrslu árið 1997 (*NOU 1997: 23 Seksuallovbrudd – Straffelovkommisjonens delutredning VI*) með tillögum um nýjan kafla um kynferðisbrot í hegningarlögum. Í framhaldi af þessu lagði norska dómismálaráðuneytið fram tillögur til endurskoðunar á 19. kafla norsku hegningarlaganna, sem byggja mjög á skýrslunni frá 1997 (sjá *Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) om lov om endringer i straffeloven mv. (seksuallovbrudd)*). Var kaflanum síðan breytt í núgildandi horf með lögum nr. 76, 11. ágúst 2000. Markmið breytinganna var að einfalda og nútímavæða ákvæðin og styrkja réttarvernd kvenna og barna gegn kynferðislegu ofbeldi.

Í 19. kafla norsku hegningarlaganna eru ákvæði um eftirfarandi kynferðisbrot: Nauðgun (192. gr.), misnotkun stöðu og þess að þolandi er háður hinum brotlega (193. gr. og 194. gr.), samræði og önnur kynferðismök gegn börnum (195. gr. og 196. gr.), sífjaspell (197. - 199. gr.), kynferðislega áreitni og brot gegn blygðunarsemi (200. gr. og 201. gr.), hagnýtingu vændis, kaup kynlífs af unglingi yngri en 18 ára og klám (202. - 204. gr.). Það er ekki refsivert að selja kynlíf, né að kaupa kynlíf af þeim sem orðinn er 18 ára. Ákvæðunum er skipað í lögin í ofangreindri röð með það fyrir augum annars vegar að fyrst komi brot gegn einstaklingum en síðan brot gegn þjóðfélagslegum hagsmunum og hins vegar að hafa fremst ákvæðin um alvarlegustu brotin. Hugtakið nauðgun er rýmkað verulega með nýju lögnum. Nauðgun felst í því að hafa samræði eða önnur kynferðismök með því að beita ofbeldi eða hótunum, en tekur nú einnig til háttsemi sem áður varðaði vægari viðurlögum, þ.e. kynmaka við meðvitundarlaust fólk eða þá sem geta af öðrum ástæðum ekki spornað við verknaðinum. Það telst einnig nauðgun að beita ofbeldi eða hótunum til þess að fá aðra til þess að hafa kynmök eða til að framkvæma samsvarandi athafnir gagnvart sjálfum sér. Þegar metið er hvort beitt var ofbeldi eða hótunum eða hvort þolandi var ófær um að sporna við verknaðinum skal tekið tillit til þess ef þolandi var yngri en 14 ára. Ákvæði þessa efnis var sett í norsku hegningarlögin þegar árið 1998 og er markmiðið að styrkja réttarstöðu barna. Því þarf minna til svo að atlagan teljist ofbeldi þegar barn á í hlut. Refsing fyrir

DRÖG

nauðgun af ásetningi er fangelsi í 14 daga og allt að 10 árum. Ef brotið felst í samræði er lágmarksrefsingin 2 ára fangelsi og refsihámarkið 15 ára fangelsi. Nauðgun af stórfelldu gáleysi er refsiverð og varðar fangelsi allt að 5 árum. Ef tiltekna refsihækkunarástæður eru fyrir hendi getur refsing fyrir nauðgun af ásetningi orðið allt að 21 árs fangelsi og fyrir nauðgun af gáleysi fangelsi allt að 8 árum. Það á við ef brotið er framið af fleiri í sameiningu, það er framið á sérstaklega sársaukafullan eða meiðandi hátt, hinn brotlegi hefur áður sætt refsingu fyrir nauðgun og ef þolandi andast eða verður fyrir verulegu líkams- eða heilsutjóni vegna brotsins. Refsingar í nauðgunarmálum í Noregi hafa verið að þyngjast og er algeng refsing 3 ára fangelsi fyrir alvarlega nauðgun, t.d. gagnvart ókunnugum konum. Með breytingalögunum nr. 76/2000 voru ákvæði um misnotkun stöðu, þess að vera öðrum háður og misnotkun trúnaðarsambands í kynferðislegum tilgangi einfölduð og sameinuð. Ákvæði 214. gr. um refsibrottfall ef hinn brotlegi og þolandi gengu í hjónaband eftir framningu brotsins var afnumið. Kaup á kynlífi af unglíngum yngri en 18 ára hefur verið gert refsivert. Refsimörk fyrir kynferðisbrot gegn börnum hafa verið þyngd. Samræði eða önnur kynferðismök gagnvart barni yngra en 14 ára varða allt að 10 ára fangelsi og er refsilágmarkið 2 ára fangelsi ef brotið felst í samræði. Séu tiltekna refsihækkunarástæður fyrir hendi er refsihámarkið 21 árs fangelsi. Ein af þeim ástæðum eru endurtekin brot gagnvart barni yngra en 10 ára. Refsingar fyrir stórfelld kynferðisbrot gegn börnum hafa þyngst síðastliðin ár. Algeng refsing fyrir slík brot er óskilorðsbundið fangelsi í 3-5 ár. Ákveða má að refsing skuli falla brott ef hinn brotlegi og þolandi eru á svipuðum aldri og þroskastigi. Loks er refsivert að bjóða, miðla eða óska eftir kynlífi gegn greiðslu í opinberum auglýsingum.

2. Svíþjóð

Ákvæði um kynferðisbrot eru í 6. kap. sænsku hegningarlögunna (*Brottsbalken*), sbr. breytingalög frá 1984. Árið 1993 var sett á fót nefnd í Svíþjóð til þess að kanna ýmis atriði er varða ofbeldi gegn konum og koma með tillögur um aðgerðir til þess að vinna gegn slíku ofbeldi. Nefnd þessi, sem kölluð var *Kvinnováldskommissionen*, skilaði lokaálitsgerð árið 1995, sem nefnd er *Kvinnofrid (SOU 1995:60)*. Í skýrslunni er fyrst og fremst fjallað um ofbeldi karla gegn konum sem eru þeim nákomnar. eru þar gerðar tillögur um aðgerðir á ýmsum sviðum samfélagsins, bæði aðgerðir til þess að fyrirbyggja ofbeldi gegn konum og einnig til þess að aðstoða konur sem orðið hafa þolendur ofbeldis. Lagðar eru til ýmsar lagabreytingar, m.a. á 6. kap. hegningarlögunna, til þess að ná þessu markmiði, en jafnframt lögð á það áhersla að lagabreytingar einar sér geti ekki leyst það samfélagsvandamál sem ofbeldi gegn konum er. Þar þurfti heilbrigðiskerfið og félagsmálakerfið einnig að koma til skjalanna og auk þess almennar upplýsingar og fræðsla til þess að auka vitund almennings um þetta þjóðfélagsmeið. Árið 1998 var sett á fót þingnefnd (*sexualbrottsutredningen*) til þess að gera úttekt á kynferðisbrotakafla hegningarlögunna. Setti hún fram tillögur sínar í skýrslunni *SOU 2001:14 (Seksualbrotten. Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor)*.

Þann 1. apríl 2005 tóku gildi breytingar á kynferðisbrotakafla sænsku hegningarlögunna, sbr. lög nr. 90/2005. Þar eru ákvæði um nauðgun og stórfellda nauðgun. Það er nauðgun að þvinga manneskju til samræðis eða annarra kynferðismaka með ofbeldi eða hótunum um refsiverðan verknað. Nauðgunarhugtakið er rýmkað, m.a. með því að misnotkun fólks sem ekki getur spornað við kynmökunum, t.d. vegna meðvitundarleysis, svefnis, ölvunar o.fl., telst nú til nauðgunar. Í þeim tilvikum er það ekki skilyrði, að þolandi sé þvingaður til kynmakanna. Lítið er svo á að manneskja sem er meðvitundarlaus, sofandi, ölvuð eða undir áhrifum annarra vímuefna, veik, slösuð eða andlega sködduð geti verið í svo bjargarlausu ástandi að ekki eigi við að tala um að

DRÖG

hún sé þvinguð til kynmaka. Hún hefur ekki skilið það sem fram fór og getur því ekki tekið afstöðu til þess. Það telst nú til nauðgunar að misnota þetta ástand annarrar manneskju til kynmaka. Nauðgun varðar 2-6 ára fangelsi. Séu aðstæður við brotið mildandi er hámarksrefsing 4 ára fangelsi. Sé brotið hins vegar stórfellt er lágmarksrefsing 4 ára fangelsi og hámarksrefsing 10 ára fangelsi. Ákvæði um kynferðislega nauðung er enn í kaflanum en innihald þess er mun þrengra en áður, þar sem fleiri tilvik teljast nú til nauðgunar. Brotið varðar fangelsi allt að 2 árum. Sé brotið gróft er refsingin 6 mánaða og allt að 6 ára fangelsi. Þá eru ákvæði um misnotkun á aðstöðu í kynferðislegum tilgangi sem varðar fangelsi allt að 2 árum. Sé brotið gróft er refsingin fangelsi í 6 mánuði og allt að 4 árum. Í nýja kynferðisbrotakaflanum eru kynferðisbrot gegn börnum greind frá kynferðisbrotum gegn fullorðnum. Refsivernd barna er aukin með því að sett eru sérákvæði um nauðgun og aðrar kynferðislegar árásir gegn börnum. Greint er á milli nauðgunar og stórfelldrar nauðgunar. Samræði eða önnur sambærileg kynferðismök gagnvart barni yngra en 15 ára eru nauðgun. Þess er ekki krafist að beitt sé ofbeldi, hótunum eða nauðung til þess að brot teljist nauðgun gegn barni. Nauðgun gagnvart barni varðar 2-6 ára fangelsi. Kynmök við börn á aldrinum 15-17 ára teljast einnig til nauðgunar og varða sömu refsingu, ef barnið er afkomandi hins brotlega eða hefur verið falið honum til fósturs eða uppeldis. Sé brotið stórfellt er refsingin 4-10 ára fangelsi. Sé beitt ofbeldi eða hótunum hefur það áhrif á mat á grófleika brotsins. Við mat á því hvort brotið telst stórfelld nauðgun skal taka tillit til þess hvort hinn brotlegi hefur beitt ofbeldi eða hótun um refsiverðan verknað, hvort fleiri eru þátttakendur í broti eða hvort hinn brotlegi hefur með hliðsjón af háttalagi sínu og ungum aldri barnsins sýnt af sér sérstakt tillitsleysi eða ruddaskap. Kynferðisleg áreitni er refsiverð og einnig kaup á kynlífsþjónustu af börnum. Ákvæði um sífjaspell eru óbreytt. Ákvæði laga nr. 408/1998 um bann við kaupum á kynlífsþjónustu var fært yfir í hegningarlögin. Varðar brotið sektum eða fangelsi allt að 6 mánuðum. Hagnýting vændis er refsiverð.

III.

Nauðgun og önnur brot gegn kynfrelsi fólks, 194. – 199. gr., sbr. 205. gr. hgl.

1. Uppbygging nógildandi ákvæða

Brotum gegn 194. – 199. gr. hgl., þ.e. nauðgun og öðrum brotum gegn kynfrelsi fólks, er það sameiginlegt, að þar fer fram samræði eða önnur kynferðismök gegn vilja þolanda. Það sem greinir þessi brot hins vegar að er það, að mismunandi verknaðaraðferðum er beitt til þess að ná fram kynmökunum og lítur löggjafinn þau misalvarlegum augum eftir því hver verknaðaraðferðin er. Mikilvægasta ákvæðið í þessum flokki, og það sem oftast reynir á fyrir dómstólum, er 194. gr. um nauðgun. Sú aðferð, sem beitt er við nauðgun, er ofbeldi eða hótun um ofbeldi. Hún er alvarlegust þessara brota og varðar þyngstu refsingunni, fangelsi ekki skemur en 1 ár og allt að 16 árum. Brot gegn öðrum ákvæðum kaflans en 194. gr. teljast ekki nauðgun í lagatæknilegri merkingu þess hugtaks. Sé beitt hótun um annað en ofbeldi fellur háttsemin undir 195. gr. hgl. sem fjallar um aðra ólögmeta kynferðisnauðung. Misneyting er verknaðaraðferð sem beitt er skv. 196. – 198. gr. og skv. 199. gr. er beitt blekkingaraðferð, sem leiðir til sviksamlegra kynferðismaka. Brot gegn 195. – 199. gr. varða mun vægari refsingu en nauðgun skv. 194. gr., eða fangelsi allt að 3, 4 eða 6 árum. Auk þess reynir mun sjaldnar á þessi ákvæði fyrir dómstólum en ákvæði 194. gr., þótt á síðustu árum hafi í auknum mæli reynt á ákvæði 196. gr. Af þessu er ljóst, að í nógildandi lögum er mikið lagt upp úr þeirri verknaðaraðferð, sem notuð er við að brjóta gegn kynfrelsi fólks. Ofbeldi þykir langalvarlegasta aðferðin og þau brot ein, þar sem beitt er ofbeldi eða hótun um það, teljast nauðgun. Þessi skipting brotanna eftir verknaðaraðferðum á sér langa sögu í íslenskum rétti og er í samræmi við það sem tíðkast í germönskum rétti, sbr.

DRÖG

þýskan og norrænan rétt. Álitamál er hins vegar hvort rétt sé að gera þennan mikla greinarmun á brotunum eftir verknaðaraðferðum, því að þá er hætta á að það sem er þungamiðjan í brotunum, brotið gegn kynfrelsi fólks, falli í skuggann. Aðalatriði kynferðisbrots er að brotið hefur verið gegn sjálfsákvörðunarrétti fólks varðandi kynlíf, frelsi þess og friðhelgi og það er alvarlegast fyrir þolendur brotanna. Í samræmi við það sjónarmið er lagt til í frumvarpi þessu að dregið verði úr núgildandi áherslu á verknaðaraðferðir og megináherslan lögð á það að með brotunum eru höfð kynmök við þolanda án þess að samþykki hans sé fyrir hendi og þannig brotið gegn sjálfsákvörðunarrétti og athafnafrelsi hans í kynlífi.

2. Nauðgun – ólögmat kynferðisnauðung skv. 195. gr.

Tvö ákvæði í XXII. kafla hgl. fjalla um háttsemi sem brýtur gegn athafnafrelsi manna í kynlífi með nauðung. Þetta eru 194. gr., þar sem ofbeldi er einnig verknaðaraðferð, og 195. gr. Munurinn á þessum tveimur ákvæðum felst í þeim nauðungaraðferðum sem notaðar eru við að ná fram samræði eða öðrum kynferðismökum. Sé beitt hótun um ofbeldi er brotið nauðgun, sem fellur undir 194. gr., en sé beitt hótun um annað en ofbeldi er brotið önnur ólögmat kynferðisnauðung, sem fellur undir 195. gr. hgl. Ákvæði 194. gr. tekur því, auk beinnar valdbeitingar, til ólögmatra ofbeldishótana, en ekki annarra hótana. Ólögmatar hótanir um allt annað en ofbeldi falla undir 195. gr. Þar segir að hver sem með annars konar ólögmati nauðung þröngvar manni til samræðis eða annarra kynferðismaka, skuli sæta fangelsi allt að 6 árum. Með orðunum „annars konar“ er í raun verið að vísa til 194. gr. Hótanir þær, sem falla undir 195. gr. eru ekki eins alvarlegar og hótanir skv. 194. gr. Markmiðið er þó hið sama í báðum tilvikum, þ.e. að þvinga manneskju til kynmaka. Í 195. gr. er ekki tilgreint í hverju hótanir samkvæmt ákvæðinu geta verið fólgnar. Samkvæmt lögskýringargögnum og túlkunum fræðimanna falla hér undir hótanir um sakburð, eignaspjöll, uppsögn á vinnustað eða óhagstæð starfskjör og hótanir um annað verulegt óhagræði, t.d. ærumeiðingar. Sé litið til dómaframkvæmdar kemur í ljós, að frá árinu 1977 hafa aðeins gengið fjórir dómur í Hæstarétti, þar sem sakfelld er fyrir brot gegn 195. gr. Þá hefur tvisvar verið skilað sératkvæði í dómum Hæstaréttar, þar sem talið var að ákvæðið ætti við. Í öðrum dómnum sýknaði meirihluti Hæstaréttar (H 10. október 2002, nr. 182/2002), en í hinum var dæmt fyrir brot gegn 194. gr. (H 13. mars 2003, nr. 420/2002). Einn hinna fjögurra sakfellingardóma féll fyrir lagabreytinguna árið 1992, þ.e. H 1984:1181, en hinir dómarnir þrír gengu allir eftir 1992.

Í öllum dómnum fjórum, þar sem sakfelld var fyrir brot gegn 195. gr., beitti ákærði einhvers konar yfirburðum til þess að þvinga þolanda til kynmaka. Yfirburðir hans umfram þolanda voru ýmist yfirburðir geðsjúks, ölvaðs ungs manns undir lyfjaáhrifum gagnvart gamalli konu, yfirburðir miðaldra karlmanns gagnvart 16 ára stúlku, yfirburðir fólgirnir í því að brotamenn voru fleiri saman eða þolandi var einn með ákærða fjarri öðru fólki. Sú aðferð sem beitt var er vissulega vægari en beitt hefur verið í þeim málum, þar sem 194. gr. hefur þótt eiga við. Þó má segja að neytt hafi verið aflsmunar og erfitt er að hugsa sér að neitt annað hafi legið í loftinu en hótun um að beita ofbeldi, ef á þyrfti að halda. Því verður ekki séð, að sá munur sé á þessum brotum annars vegar og brotum gegn 194. gr. um nauðgun þar sem beitt er lágmarksofbeldi hins vegar, að það réttlæti þann mun á mati á þessum tilvikum, að þau heyri undir ólík refsiakvæði með mismunandi refsímörkum. Auk þess fellur hótun um ofbeldi undir aðferðir skv. 194. gr. Það er nóg að einungis sé um slíka hótun að ræða, hvort sem hún er látin í ljós með orðum eða látæði. Henni þarf ekki að fylgja ofbeldi í raun. Því eru ýmis rök sem benda til þess að þau tilvik, sem dæmd hafa verið sem brot gegn 195. gr. um ólögmat kynferðisnauðung, hefðu getað fallið undir 194. gr. sem hótun um að beita ofbeldi, ef ekki hefði verið látið að vilja ákærða.

DRÖG

Niðurstaðan er því sú, að ekki sé ástæða til að gera mun á hótunum um ofbeldi og öðrum hótunum sem verknaðaraðferðum við framningu kynferðisbrota. Ekki skipti máli hvort hótad er ofbeldi eða einhverju öðru, ef hótunin hefur þau áhrif, að hinn brotlegi nær fram kynmökum, sem ella hefðu ekki átt sér stað. Hótanir um eitthvað annað en ofbeldi eru einnig fremur óraunhæfar. Má í því sambandi vísa til þeirra dæma sem fræðimenn nefna um slíkt, en á því líkar hótanir hefur aldrei reynt sem verknaðaraðferðir í kynferðisbrotamálum fyrir íslenskum dómstólum. Verður einnig að telja fremur ólíklegt að unnt sé að þvinga manneskju til kynmaka með því að hóta henni eignaspjöllum eða ærumeiðingum. Og þó svo væri eru vandséð rök fyrir því, að kynmök fengin með slíkri hótun séu svo miklu vægara brot en kynmök sem fengin eru með hótunum um ofbeldi, að það réttlæti að þau teljist ekki til nauðgunar. Einnig verður að ætla, að í þeim örfáu dómum Hæstaréttar, þar sem reynt hefur á ákvæði 195. gr. hefði í flestum tilvikum verið unnt að rökstyðja, að beitt hafi verið hótunum um ofbeldi. Því er lagt til í frumvarpi þessu, að ákvæði 195. gr. hgl. um aðra ólögmeta kynferðisnauðung falli brott og 194. gr. um nauðgun taki til allra hótana sem verknaðaraðferðar, en ekki eingöngu ofbeldishótana, eins og nú er. Þessi leið hefur verið farin bæði í norskum og sænskum rétti, sbr. upphaf 192. gr. norsku hgl. nr. 10/1902, sbr. lög nr. 76/2000: „Den som a) skaffer seg seksuell omgang ved vold eller ved truende adferd...“ og ákvæði 1. gr. 6. kafla sænska *brottsbalken*, sbr. lög nr. 90/2005: „Den som genom misshandel eller annars med våld eller genom hot om brottslig gerning tvingar en person till samlag...“ Sænska ákvæðið er þó heldur þrengra en það norska að því leyti, að efni hótunar þarf að snúast um það að fremja einhvers konar refsiverðan verknað. Það getur þó verið hvaða refsiverði verknaður sem er, hvort sem hann bitnar á mönnum eða munum, t.d. eignaspjöll.

3. Nauðgun – misneyting skv. 196. gr.

Í 196. gr. hgl. er lögð refsing við því að notfæra sér bágð ástand þolanda til þess að hafa við hann samræði eða önnur kynferðismök. Það tekur bæði til þess að notfæra sér geðveiki eða aðra andlega annmarka í þessu skyni og það að þannig er ástatt um þolanda að öðru leyti að hann getur ekki spornað við verknaðinum eða skilið þýðingu hans. Brot gegn ákvæðinu er misneytingarbrot. Það eitt að hafa kynmök við geðveikt fólk eða aðra sem falla undir ákvæðið er ekki refsivert, heldur það að misnota ástand þess í þessu skyni, samanber orðalagið „notfærir sér“. Við skilgreiningu á hugtakinu geðveiki verður að styðjast við skilgreiningar hugtaksins í læknisfræðinni, eins og annars staðar í hegningarlögum, þar sem þetta hugtak kemur fyrir. Inntak þess getur því breyst í tímans rás. Fólk haldið andlegum annmörkum er t.d. þroskaheft fólk. Einnig gæti fallið hér undir fólk sem þjáist af sálrænum truflunum, en þær þurfa þá væntanlega að vera nokkuð varanlegar. Hið veiklaða ástand þarf að vera fyrir hendi á verknaðarstundu. Seinni verknaðarliður ákvæðisins tekur til annars vanmáttarástands, sem geta verið ýmis konar skammvinnar truflarnir. Má þar nefna rænuleysi vegna áfengisneyslu eða fíkniefnaneyslu, svefn, dáleiðsluástand, yfirlit eða annað meðvitundarleysi, t.d. af völdum deyfilyfja. Ástand þetta er þó ekki til komið fyrir tilverknað hins brotlega, því að slík tilvik falla beint undir 2. ml. 194. gr., heldur notfærir hann sér ástand, sem þegar er fyrir hendi. Brot gegn 196. gr. telst ekki nauðgun í lagatæknilegri merkingu þess hugtaks. Það varðar fangelsi allt að 6 árum, sem er mun vægari refsing en mælt er fyrir um í 194. gr. hgl. um nauðgun.

Samkvæmt könnun á dómum Hæstaréttar, sem nær aftur til ársins 1977 og fram til júníloka 2005 gengu 24 dómar í Hæstarétti, þar sem sakfelld var fyrir brot gegn 196. gr. Yfirlit yfir þessa dóma er að finna í greininni *Slægð eða ofbeldi? – Um ákvæði 196. gr. hgl.* (sjá: *Ragnheiður Bragadóttir: Slægð eða ofbeldi? Um ákvæði 196. gr. hgl. Rannsóknir í félagsvísindum VI*,

DRÖG

Lagadeild, Félagsvísindastofnun Háskóla Íslands 2005). Þar má sjá, að engin mál vegna brota gegn ákvæðinu komu til Hæstaréttar fyrstu 9 ár könnunartímabilsins, þ.e. á árunum 1977-1985. Síðan þá hafa fallið dómur um brot gegn ákvæðinu flest árin, flestir árið 2003, eða 5 talsins. Elstu dómarnir fjalla um misnotkun þroskahefts fólks, en árið 1991 féll fyrsti dómurinn, þar sem brotið var gegn sofandi konu. Slíkum dómum hefur fjölgað á undanförunum árum. Þá má einnig sjá af yfirlitinu að refsingar fyrir brot gegn 196. gr. eru að þyngjast. Það vekur einnig athygli, að ákvæði 196. gr. hgl., sem ætlað er að vernda sérstaklega geðveika og andlega vanheila, virðist verka í þveröfuga átt, þannig að þeir njóta í raun lakari réttarverndar en þeir sem heilbrigðir eru. Þessa fullyrðingu má rökstyðja með því, að engir dómur virðast hafa gengið í Hæstarétti, þar sem refsað er fyrir nauðgun skv. 194. gr. og þolandi er andlega vanheill. Brot gegn þeim virðast alltaf felld undir 196. gr., sem varðar mun vægari refsingu en nauðgun skv. 194. gr. Rökin eru sjálfsagt þau, að ekki hafi verið beitt ofbeldi. En því má svara til, að oft þarf brotamaðurinn ekki að beita ofbeldi, því að sá sem er andlega fatlaður lætur undan án þess. Ógnandi framkoma eða skipanir geta nægt til þess að hinn brotlegi nái fram vilja sínum og í slíkri hegðun felast oft hótanir um ofbeldi, sem nægja til þess að háttsemi falli undir 194. gr. um nauðgun.

Dómum fyrir brot gegn 196. gr. hgl. hefur fjölgað mjög á síðastliðnum árum. Hér er um alvarleg afbrot að ræða, sem fela í sér mikla misgerð við brotþola. Þau brot, sem framin eru með ofbeldi eða hótun um ofbeldi, þ.e. nauðgun, eru litin alvarlegri augum af löggjafanum og þar með í dómaframkvæmd. Það er þó erfitt að rökstyðja hvers vegna samræði, sem komið er fram með ofbeldi, sé alvarlegra afbrot en samræði við rænulausa manneskju, sem jafnvel er sofandi í eigin rúmi og á sér einskis illis von eða þroskahefta konu, sem er varnarlaus og getur enga björg sér veitt. Telja verður að þessi áhersla á ofbeldi sem verknaðarþátt sé úrelt og endurspegli ekki þann veruleika sem þolendur brotanna upplifa. Það alvarlegasta við brotin í 194. – 199. gr. hgl. er, að með verknaðinum er brotið gegn kynfrelsi fólks, athafnafrelsi þess, friðhelgi og sjálfsákvörðunarrétti í kynlífi. Í því felst ofbeldi í víðtækri merkingu þess orðs, ofbeldi sem er alvarlegra en ofbeldi sem verknaðaraðferð í 194. gr. Því má rökstyðja, að ekki sé rétt að gera þann mun á einstökum brotum gegn kynfrelsi fólks, sem nú er gerður eftir því hvaða verknaðaraðferð er beitt. Kynferðisbrot gegn geðveiku, þroskaheftu, sofandi og meðvitundarlausu fólki eru jafnalvarleg afbrot og nauðgun skv. 194. gr. hgl. Sú staðreynd þarf að endurspeglast í löggjöfinni.

Samkvæmt norsku hegningarlögunum, sbr. breytingalög nr. 76/2000, telst það til nauðgunar að hafa kynmök við meðvitundarlaust og annað bjargarlaust fólk. Þar segir í 192. gr. „Den som...b) har seksuell omgang med noen som er bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen....straffes for voldtekt med fengsel inntil 10 år.“ Ákvæði um brot gegn geðveiku og þroskaheftu fólki er í 2. mgr. 193. gr. og telst það brot ekki til nauðgunar í norskum rétti. Ákvæðið er svohljóðandi: „På samme måte [innskot: þ.e. með fangelsi allt að 5 árum] straffes den som skaffer seg eller en annen seksuell omgang ved å utnytte noens psykiske lidelse eller psykiske utviklingshemming.“ Samkvæmt sænsku ákvæðunum teljast öll þessi brot hins vegar til nauðgunar. Í 1. mgr. 1. gr. sænsku hegningarlaganna er ákvæði um refsingu fyrir nauðgun, sem varðar fangelsi í 2 til 6 ár. Í 2. mgr. ákvæðisins segir „Detsamma gäller den som med en person genomför ett samlag eller en sexuell handling som enligt första stycket är jämförlig med samlag genom att otillbörligt utnyttja att personen på grund av medvetlöshet, sömn, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada eller psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i ett hjälplöst tillstånd.“

DRÖG

Með hliðsjón af alvarleika brota gegn 196. gr. er lagt til að tekin verði upp sú meginstefna sem fram kemur í hinum nýju ákvæðum Norðmanna og Svía að samræði og önnur kynferðismök, þar sem hinn brotlegi notfærir sér rænuleysi eða annars konar vanmátt til þess að brjóta gegn kynfrelsi fólks verði skilgreind sem nauðgun. Einnig falli misnotkun geðveiks og andlega fatlaðs fólks undir nauðgunarhugtakið. Auk norsks og sænsks réttar er nauðgun skilgreind með þessum hætti í rétti margra þjóða í Evrópu og má þar nefna belgískan, franskan, tékkneskan og ungverskan rétt. Með því að víkka út nauðgunarhugtak laganna og skilgreina brot sem nú falla undir 196. gr. sem nauðgun er viðurkennt, að þungamiðja brota gegn 196. gr. er, eins og á við um 194. gr., að samræði eða önnur kynferðismök fara fram gegn vilja þolanda, þ.e. án samþykkis hans. Í báðum tilvikum er brotið gegn sjálfsákvörðunarrétti, athafnafrelsi og kynfrelsi hans og eru þau hugtök eðlilegri grundvöllur að skilgreiningu brotanna en verknáðaraðferð sú, sem beitt er við þau. Þessi víðtæka skilgreining á nauðgunarhugtakinu er einnig betur í samræmi við réttarvitund fólks og almenna máltilfinningu.

4. Misneyting skv. 197. gr. og 198. gr.

Í 197. gr. og 198. gr. hgl. eru fremur sérhæfð ákvæði, þar sem refsing er lögð við því að misnota aðstöðu til þess að ná fram kynmökum. Rétt er að hafa ákvæði um þessa kynferðislegu misneytingu áfram í lögum, enda eru hér hagsmunir í húfi, sem sjálfsagt er að njóti refsiverndar. Svipuð ákvæði eru í 193. gr. og 194. gr. norsku hegningarlaga, sbr. breytingalögin nr. 76/2000. Í 3. gr. 6. kap. sænsku hegningarlaga er ákvæði um misnotkun þess, sem er háður hinum brotlega „...genom att allvarligt missbruka att personen befinner sig i beroendeställning till gärningsmannen...“. Þetta ákvæði er ekki eins ítarlegt og norska ákvæðið og núgildandi ákvæði almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Telja verður að sænska ákvæðið sé of víðtækt og almennt orðað, miðað við þær kröfur sem íslenskir dómstólar gera til skýrleika refsheimilda.

Samkvæmt 197. gr. hgl. liggur allt að 4 ára fangelsi við því að umsjónarmaður eða starfsmaður á tilteknum stofnunum hafi kynmök við vistmann á stofnuninni. Bann við kynmökum er algert. Samþykki vistmanns leysir geranda ekki undan refsingu. Það skiptir jafnvel ekki máli, þótt vistmaður hafi átt frumkvæði að mökunum. Ekki þarf að sýna fram á að um misneytingu hafi verið að ræða í einstökum tilfellum. Eigi starfsmaður og vistmaður í kynferðislegu sambandi við þessar aðstæður er alltaf hætta á að þar sé um misneytingu að ræða og það vill löggjafinn forðast. Ákvæðinu er því ætlað að koma í veg fyrir, að starfsmenn misnoti aðstöðu sína og vald gagnvart vistmönnum og notfæri sér aðstæður þeirra. Stofnanirnar sem taldar eru upp í ákvæðinu eru þess eðlis að þangað vistast menn oftast gegn vilja sínum. Brot starfsmanns gegn vistmönnum er auk þess mikið trúnaðarbrot. Aðeins einu sinni hefur reynt á þetta ákvæði í Hæstarétti. Það var í H 1993:2242, þar sem maður var dæmdur í 5 mánaða fangelsi þar af 3 mánuði skilorðsbundna fyrir að hafa mök við 32 ára þroskahefta konu, en hann var starfsmaður í sambylí fyrir fatlaða, þar sem hún var vistmaður. Breytingar þær sem lagðar eru til á ákvæði 197. gr. hgl. varða stofnanir þær, sem taldar eru upp í ákvæðinu og er gerð grein fyrir þeim í athugasemdum með ákvæði 5. gr. frumvarpsins hér á eftir.

Í Danmörku hefur verið talið að ákvæði í dönsku hegningarlögunum, sem samsvarar 197. gr. hgl. (219. gr.), standi ekki í vegi fyrir því að unnt sé að veita fötluðum kynfræðslu og aðstoð við að stunda kynlíf. Að sjálfsögðu er þá gert ráð fyrir að hinn fatlaði óski eftir því að fá slíka aðstoð. Í lögum nr. 59/1992 um málefni fatlaðra eru ákvæði um þá þjónustu, sem tryggja skal fötluðum. Ekkert er þar fjallað um aðstoð við fatlaða á sviði kynlífsins. Í 8. gr. laganna kemur fram að veita skuli „fötluðum þjónustu sem miðar að því að gera þeim kleift að lifa og starfa í eðlilegu

DRÖG

samfélagi við aðra.“ Stöðþjónustan skal m.a. miðast við: „Þarfir fatlaðra fyrir sálfræðiþjónustu, ráðgjöf, félagslegan stuðning og félagslegt samneyti, þar með talið að njóta tómtunda og menningarlífs.“ Auðvitað mætti hugsa sér að á grundvelli þessa ákvæðis ættu fatlaðir rétt á aðstoð við að stunda kynlíf. Það væri þó miklu heppilegra að skýrt væri kveðið á um slíka aðstoð og nánari skilyrði hennar í lögum. Slík ákvæði eiga heima í lögum um málefni fatlaðra og verður því ekki frekar fjallað um þetta efni hér.

Í 1. mgr. 198. gr. hgl. er lögð refsing við því að hafa kynmök við manneskju utan hjónabands eða óvígðrar sambúðar með því að misnota freklega þá aðstöðu sína að manneskjan er háð geranda fjárhagslega, í atvinnu sinni eða sem skjólstaðingur í trúnaðarsambandi. Ákvæði þessa efnis var nýtt í hegningarlögunum árið 1940 og var því breytt nokkuð með lögum nr. 40/1992. Rökin að baki refsinaemi þessa verknaðar eru þau að koma í veg fyrir að maður notfæri sér fjárhagslega yfirburði sína eða yfirmenn beiti undirmenn sína kúgun til þess að fá framgengt kynferðislegum vilja sínum og misnoti með því aðstöðu sína. Einnig er ætlunin að vernda einstaklinga, sem eru í trúnaðarsambandi við fagaðila vegna aðstæðna sinna, t.d. samband lækni, hjúkrunarfræðings, sálfræðings, félagsráðgjafa, prests eða annars sálusorgara við skjólstaðing sinn. Aðferðin við brotið er misneyting, þar sem hinn brotlegi notfærir sér aðstöðu sína á ótilhlýðilegan hátt. Samþykki dugir ekki sem refsileysisástæða og ætti ekki heldur að hafa áhrif til mildunar refsingar. Ákvæðið á tæpast við nema hinn brotlegi eigi frumkvæði að kynmökunum. Efnisinntak ákvæðisins er þrengt með því að gera þá kröfu að hann misnoti aðstöðu sína freklega. Í samsvarandi ákvæði í dönsku hegningarlögunum (220. gr.) er talað um „grovt misbrug“ og í sænsku lögunum „att allvarligt missbruka“ (3. gr. 6. kap.). Í norsku lögunum (1. mgr. 193. gr.) er efnisinntakið ekki takmarkað með þessum hætti í ákvæðinu sjálfu, þótt slík takmörkun eigi sér stað í reynd við beitingu ákvæðisins. Þótt það sé siðferðislega ámælisvert að misnota aðstöðu eða trúnað, sem manni er sýndur við þær aðstæður, sem lýst er í ákvæðinu í kynferðislegum tilgangi, er eðlilegt að þrengja efnisinntak ákvæðisins þannig að ekki sé öll misnotkun refsiverð við þær aðstæður, sem þar er lýst, heldur aðeins sú sem telst gróf. Er það gert með áskilnaði um freklega misnotkun. Það er háð mati dómstóla hvaða háttsemi telst frekleg misnotkun og fer það eftir aðstæðum hverju sinni. Við það mat þarf að kanna aldur, reynslu og hegðun aðila, auk tengslanna þeirra á milli, m.a. hvaða yfirburði gerandi hefur umfram þolanda. Sumar starfsstéttir hafa sett sér siðareglur um starfsemi sína og samskipti við skjólstaðinga. Slíkar reglur geta verið til leiðbeiningar við matið, en skera þar ekki úr. Samkvæmt ákvæðinu geta aðilar ekki verið í hjúskap saman eða óvígðri sambúð en að sjálfsögðu í hjúskap eða óvígðri sambúð með öðrum. Refsimörk eru mismunandi eftir því hver aldur þolanda er. Ef hann er yngri en 18 ára varðar brotið fangelsi allt að 6 árum, en ella allt að 3 árum. Aldrei hefur reynt á ákvæði 1. mgr. 198. gr. í dómum Hæstaréttar. Í frumvarpi þessu er lagt til að efnisinntak ákvæðisins verði rýmkað þannig að ekki verði lengur skilyrði að háttsemin eigi sér stað utan hjónabands eða óvígðrar sambúðar. Nánar verður fjallað um þetta atriði í skýringum með 6. gr. frumvarpsins.

Í 2. mgr. 198. gr. er ákvæði um kynferðislega áreitni. Þar segir: „Önnur kynferðisleg áreitni en sú sem greinir í 1. mgr. varðar fangelsi allt að 2 árum.“ Er þetta eina ákvæðið um refsinaemi kynferðislegrar áreitni í þessum hluta kynferðisbrotakafans. Ákvæðið var nýmæli í breytingalögunum frá 1992. Það var þó ekki í upphaflega frumvarpinu til laga nr. 40/1992, heldur var því bætt inn í frumvarpið í meðförum þingsins (sjá nefndarálit meirihluta allsherjarnefndar, þskj. 826, 115. löggjafarþing 1991-92, 58. mál). Þar segir að í lagafrumvarpinu séu ákvæði um kynferðislega áreitni gagnvart börnum en ekki séu þar „sambærileg ákvæði um slíka áreitni gagnvart fullorðnum og er því þess vegna bætt í greinina.“ Staðsetning ákvæðisins um

DRÖG

kynferðislega áreitni í 198. gr. er óheppileg og til þess fallin að valda misskilningi. Það má rökstyðja með því að þar sem ákvæðið er í 198. gr. sem fjallar um kynferðislega misnotkun í ákveðnum samböndum liggja beint við að álykta sem svo, að kynferðisleg áreitni sé refsiverð skv. 2. mgr., ef hún á sér stað við þær aðstæður sem lýst er í 1. mgr. Tilvísun í 2. mgr. 198. gr. til 1. mgr. ákvæðisins ýtir undir þessa ályktun. Hafi ætlunin verið sú að í 2. ml. 198. gr. (nú 2. mgr. 198. gr.) væri almennt ákvæði um refsináemi kynferðislegrar áreitni við hvaða aðstæður sem er, eins og ummæli í álitni meirihluta allsherjarnefndar benda til, verður að segja að sú ætlun löggjafans komist ekki til skila í ákvæðinu eins og það er nú úr garði gert.

Ekki hefur reynt á ákvæði 2. mgr. 198. gr. í dómum Hæstaréttar. Aðeins er kunnugt um einn dóm héraðsdóms þar sem þessu ákvæði hefur verið beitt. Það er dómur héraðsdóms Norðurlands eystra frá 8. mars 1996. Þar var maður sakfelldur fyrir brot gegn 2. ml. 198. gr. (nú 2. mgr. um kynferðislega áreitni) og 209. gr. (brot gegn blygðunarsemi) fyrir að hafa í frammi ýmsa kynferðislega tilburði gagnvart 17 ára pilti, sem bjó á sama gistiheimili og ákærði. Engin þau tengsl, sem ákvæðið áskilur voru á milli ákærða og pilsins. Til grundvallar sakfellingu liggur sjálfsagt það sjónarmið, sem kemur fram í álitni meiri hluta allsherjarnefndar, þ.e. að í 2. ml. 198. gr. (nú 2. mgr.) felist almennt ákvæði um refsináemi kynferðislegrar áreitni. Af framansögðu er ljóst að sú refsivernd, sem fólk nýtur gegn kynferðislegri áreitni er of óljós í núgildandi lögum. Því er lagt til í frumvarpi þessu að í stað ákvæðis 2. mgr. 198. gr. verði lögfest nýtt almennt ákvæði í 199. gr. um kynferðislega áreitni gagnvart þeim, sem ekki hefur samþykkt slíka háttsemi. Eigi það ákvæði við um kynferðislega áreitni, sama við hvaða aðstæður hún á sér stað.

5. *Svik skv. 199. gr.*

Í 199. gr. hgl. er lögð refsing við þrenns konar tilvikum, þar sem hinn brotlegi notfærir sér villu þolanda til þess að hafa við hann samræði eða önnur kynferðismök. Refsináemi háttseminnar byggist á því að samþykki til kynmakanna er ekki fengið með eðlilegum hætti heldur er það fengið með blekkingum. Í 1. mgr. 199. gr. er lýst tveimur svikatilvikum. Í því fyrra heldur þolandi ranglega að mökin eigi sér stað í hjónabandi eða óvígðri sambúð. Þolandinn veit hver hinn brotlegi er en heldur ranglega að þau tengist með þessum hætti. Erfitt er að ímynda sér hvernig þetta á að geta gerst. Í því síðara er þolandi í þeirri villu að hann eigi mök við einhvern annan en hann er raunverulega að hafa kynmök við. Í norrænum fræðiritum má finna eftirfarandi dæmi um tilvik, sem gætu fallið undir samsvarandi ákvæði í dönsku hegningarlögum (221. gr.): Þolandi er sjónskertur og er blekkur til kynmaka, verknaður fer fram í myrkri, maður notfærir sér að hann á eineggja tvíburabróður og hefur samræði við konu, sem ruglast á honum og bróður hans. Loks má nefna þau tilvik, sem reynt hefur á í dómum hér á landi, þ.e. að hinn brotlegi laumast í rúm hjá sofandi manneskju, sem heldur í svefnrofunum að hann sé maki hennar. Í báðum málunum, H 1943:167 og H 1996:3030, höfðu ákærðu samræði við konur, sem þeir komu að þar sem þær lágu sofandi í rúmi, önnur þeirra með unnusta sinn sér við hlið, en hin í eigin hjónarúmi. Höfðu ákærðu samræði við konurnar, sem héldu til að byrja með að þær væru að hafa samræði við maka sína. Í eldri dóminum taldi héraðsdómur að 199. gr. ætti við, en 196. gr. í þeim yngri. Hæstiréttur heimfærði brotin í báðum málunum undir 199. gr. Þriðja svikatilvikið kemur fram í 2. mgr. 199. gr. en sú málgrein var nýmæli, sem sett var í almenn hegningarlög með breytingalögum nr. 40/1992. Samkvæmt þessari málsgrein eiga mökin sér stað vegna þeirrar blekkingar að um læknisfræðilega eða aðra vísindalega meðferð sé að ræða. Þessa tilviks er ekki getið í dönsku lagagreininni. Það er ekki skilyrði skv. 199. gr. að hinn brotlegi hafi komið þolandi í þessa villu. Það er nóg að hann geri sér grein fyrir að þolandi hefur þessar röngu hugmyndir og notfæri sér það. Brotið varðar fangelsi allt að 6 árum.

DRÖG

Svo sem sjá má er ákvæði þetta mjög sérkennilegt og ekki mjög raunhæft að á það reyni. Því hefur aðeins verið beitt tvisvar í dómum Hæstaréttar á síðastliðnum 60 árum. Samsvarandi ákvæði er í dönsku hegningarlögunum, eins og fram er komið. Það var einnig í norsku hegningarlögunum, en var afnumið þar árið 1927. Ákvæði þessa efnis hafa hins vegar aldrei verið í sænskum eða finnskum hegningarlögum. Helst gæti reynt á ákvæðið ef þólandi er haldinn geðsjúkdómi, þroskahefur eða sofandi. Sé ástand hans slíkt er líklegt að refsinaemisskilyrðum nógildandi 196. gr. hgl. (2. mgr. 194. gr., sbr. 2. gr. frumvarpsins) væri fullnægt. Kynmök við skjólstaðing undir því yfirsýni að um læknisfræðilega eða aðra vísindalega meðferð sé að ræða gæti einnig fallið undir 198. gr. sem misnotkun á trúnaðarsambandi, ef áskilnaði 196. gr. (2. mgr. 194. gr., sbr. 2. gr. frumvarpsins) um geðsjúkdóm eða andlega fötlun er ekki fullnægt. Með hliðsjón af þessu verður ekki séð að þörf sé fyrir þetta ákvæði og er því lagt til að það verði afnumið.

6. Samræði – önnur kynferðismök – önnur kynferðisleg áreitni

Í kynferðisbrotakafila hegningarlaganna frá 1940 var greint á milli samræðis annars vegar og annarra kynferðismaka hins vegar. Í einstökum ákvæðum um kynferðisbrot var áskilið að samræði ætti sér stað, svo að verknaðurinn væri refsinaemur. Hugtakið samræði var ekki skilgreint, hvorki í lögunum né í greinargerð með þeim. Í réttarframkvæmd var lögð til grundvallar mjög þröng skilgreining á hugtakinu fullfrömdu samræði, þ.e. að getnaðarlimur karlmanns væri kominn inn í fæðingarveg konu og samræðishreyfingar hafnar. Sérstakt ákvæði var í 202. gr. laganna á þá leið, að væru brot gegn einstökum ákvæðum um kynferðisbrot fólgin í öðru en samræði, þ.e. svonefndum öðrum kynferðismökum, varðaði það vægari refsingu. Þessi aðgreining samræðis og annarra kynferðismaka var í samræmi við það sem er í dönsku hegningarlögunum frá 1930, enda voru þau fyrirmynd íslensku hegningarlaganna frá 1940 og í dönsku lögunum er enn byggt á þessari aðgreiningu.

Í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 40/1992 er tekið fram, að ekki sé ætlast til þess að fullframið samræði verði virt með sama hætti og tíðkast hafi í réttarframkvæmd og lýst er hér að ofan. Er þar jafnframt að finna skýringu á því hvernig nú er ætlast til að hugtakið fullframið samræði verði skýrt í framkvæmd. Segir í greinargerðinni að nægilegt sé „að getnaðarlimur karlmanns sé kominn inn í fæðingarveg konu að nokkru leyti eða öllu. Sáðlát þarf ekki að hafa átt sér stað og meyarhaft þarf ekki að rofna ef því er að skipta“ (þskj. 59, 115. löggjafarþing 1991, 58. mál). Það er hins vegar ekki eins mikilvægt og áður var að skilgreina hugtakið fullframið samræði, því að með breytingalögunum frá 1992 voru önnur kynferðismök lögð að jöfnu við samræði. Var það gert á þann hátt, að ákvæði 202. gr. var afnumið, en brotum gegn ákvæðum kaflans er lýst svo að þau geta verið fólgin í samræði eða öðrum kynferðismökum. Í fyrrnefndri greinargerð með frumvarpi til laga nr. 40/1992 segir, að hugtakið önnur kynferðismök 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 (surrogat). Þetta séu athafnir sem veiti geranda kynferðislega fullnægingu eða séu almennt til þess fallnar. Með hliðsjón af vísan greinargerðar með frumvarpi til laga nr. 40/1992 til þágildandi norsks ákvæðis, dómaframkvæmd og skýringum fræðimanna, þ. á m. danskra og norskra fræðimanna á samsvarandi hugtökum í dönskum rétti (anden kønslig omgængelse) og norskum (seksuell omgang, sem að vísu nær einnig til samræðis), má draga þá ályktun að undir hugtakið önnur kynferðismök í íslenskum rétti falli munnmök og endaparmsmök. Sama gildir um þá háttsemi að setja hluti eða fingur í leggöng eða endaparm og sleikja og sjúga kynfæri. Í samræmi við skilgreiningar fræðimanna, einkum norskra, væri einnig

DRÖG

eðlilegt að undir önnur kynferðismök falli sú háttsemi geranda að láta þolanda fróa sér og samræðishreyfingar milli læra þolanda, á bakhluta hans eða maga.

Með breytingalögum frá 1992 voru sett ný ákvæði um refsingu fyrir aðra kynferðislega áreitni. Í greinargerð með lögum kemur fram að undir hugtakið falli ýmis konar káf, þukl og annars konar líkamleg snerting, auk ljósmyndunar af kynferðislegum toga. Var markmiðið að beina athyglinni að þessum brotum í ríkari mæli en verið hafði og taka harðar á brotunum. Undir aðra kynferðislega áreitni myndi falla káf á kynfærum og brjóstum, sem varir stutta stund. Almennt er við það miðað að snerting sem fellur undir kynferðislega áreitni veiti geranda ekki kynferðislega fullnægingu. Sé háttsemin komin á það stig, t.d. áðurnefnt káf, fellur hún undir önnur kynferðismök.

Í flestum þeim dómum, sem gengið hafa á undanförunum árum og refsað er fyrir nauðgun eða önnur brot gegn kynfrelsi fullorðins fólks hefur verið um að ræða samræði. Núgildandi flokkun og skilgreining hugtakanna samræði, önnur kynferðismök og önnur kynferðisleg áreitni virðist hafa gefist vel í framkvæmd. Ætlun löggjafans var sú að tvö fyrstnefndu hugtökin yrðu lögð að jöfnu og könnun á dómaframkvæmd sýnir að svo er einnig í raun. Ekki er unnt að greina neinn mun á refsipýngd dóma eftir því hvort um er að ræða samræði eða önnur kynferðismök. Hér er því lagt til að áfram verði byggt á þessum hugtökum og núgildandi aðgreiningu þeirra. Nánar verður fjallað um neðri mörk kynferðislegrar áreitni, þ.e. gagnvart 209. gr. um brot gegn blygðunarsemi í athugasemdum við 7. gr. frumvarpsins hér á eftir.

7. Saknæmi

Ásetningur er saknæmisskilyrði samkvæmt 194. gr. - 199. gr. hgl. Það leiðir af 18. gr. hgl., þar sem fram kemur, að verknaður, sem refsing er lögð við í hegningarlögum, er ekki saknæmur, nema hann sé unninn af ásetningi eða gáleysi. Einnig segir þar, að fyrir gáleysisbrot skuli því aðeins refsa, að sérstök heimild sé til þess í lögum. Það þarf því að taka það sérstaklega fram í ákvæðum laganna, ef refsa á fyrir gáleysisbrot og slík heimild er ekki í 194. gr. - 199. gr. Nauðgun og önnur brot gegn kynfrelsi fólks eru því ekki refsiverð, nema þau séu framin af ásetningi. Öll stig ásetnings koma til greina.

Ásetningur verður að taka til allra efnisþátta verknaða eins og þeim er lýst í refsíákvæðum. Í því felst að hann verður að taka bæði til verknaðaraðferðar og kynmakanna. Ásetningurinn þarf einnig að ná til þess að nota hinar ólögsmætu verknaðaraðferðir til þess að ná fram kynmökunum. Þá verður hann að taka til þvingunarinnar, þegar brotið er gegn 194. gr. og 195. gr., þess að þetta er gert gegn vilja brotþola, þannig að samþykki þolanda sé ekki fyrir hendi, samanber orðalagið að brotþola sé „þröngvað“ til kynmakanna. Loks þarf ásetningurinn að ná til orsakasambandsins á milli verknaðaraðferða sem leiða til þvingunar og kynmaka. Þegar ákærði neitar sök getur verið mjög erfitt að sanna huglæga afstöðu hans til verknaðarins. Verða dómstólar þá að meta hvað ákærði hafi hlotið að gera sér grein fyrir og tvinnast þá oft saman sakarmat og sönnunarmat. Mat ákærða á aðstæðum er lagt til grundvallar þannig að ekki er unnt að refsa honum fyrir nauðgun, ef hann hafði réttmæta ástæðu til að ætla að þolandi væri samþykkur kynmökunum. Ástæða þess er sú, að þá er ekki fyrir hendi hjá honum ásetningur til þess að þvinga þolanda til kynmaka. Algengt er, að aðilar séu sammála um, að kynmök hafi farið fram, en ósammála um hvort svo hafi verið með samþykki þolanda. Karlmaðurinn segir að samþykki konunnar til makanna hafi verið fyrir hendi, en konan segir, að þau hafi farið fram gegn vilja hennar. Í slíkum tilvikum

DRÖG

veltur niðurstaðan á mati á trúverðugleika framburðar aðilanna, samanborið við önnur sönnunargögn í málinu.

Fyrir rúmum 20 árum hófst mikil umræða um það á Norðurlöndum, hvort setja ætti í hegningarlög ákvæði um refsíabyrgð vegna nauðgunar af gáleysi í því skyni að bæta réttarvernd kvenna í þeim tilvikum, þar sem ásetningur gerenda væri dulinn og þeir héldu því fram að þeir hefðu ekki skilið að þolandi væri andvígur kynmökunum. Töldu margir, að sýknað væri í mörgum nauðgunarmálum ýmist vegna þess að ekki væri sannað, að maðurinn hefði skilið að konan þorði ekki að láta andstöðu sína í ljós eða að hann hefði ekki gert sér grein fyrir að henni væri alvara með andstöðu sinni. Á það reynir fyrst og fremst þegar konan verður lömuð af ótta við ofbeldismanninn og/eða veitir litla sem enga líkamlega mótspyrnu. Í ýmsum slíkum málum hefði verið unnt að sýna fram á gáleysi hjá ákærðu, þeir hefðu haft hugboð eða grun um að konan væri ekki samþykk kynmökunum eða hefðu átt að gera sér grein fyrir því. Þar sem ýmis önnur brot gegn hegningarlögum væru refsiverð, ef þau væru framin af gáleysi, mælti margt með því að nauðgun væri það líka.

Þegar rætt er um nauðgun af gáleysi þarf að kanna nánar til hvaða þátta verknaðarins gáleysið ætti að taka. Fyrsti möguleikinn er sá, að gáleysi taki til allra þátta í efnislýsingu brotsins eins og nú á við um ásetninginn. En það er strax ljóst, að slíkt er nánast óhugsandi. Maður getur varla haft samræði af gáleysi. Hins vegar er raunhæft að velta því fyrir sér hvort gáleysi sem saknæmisskilyrði geti varðað viljaskort þolanda, þ.e. að samþykki hans er ekki fyrir hendi og hann er þar með þvingaður til kynmakanna. Talið er að þungamiðjan í þessu sambandi og það sem gáleysið gæti tekið til sé vilji eða viljaskortur þolanda. Það er sá þáttur sem er mikilvægastur, bæði í reynd og einnig út frá refsipólítísku sjónarmiði.

Umræðan um nauðgun af gáleysi í Danmörku leiddi ekki til þess, að lögnum þar væri breytt. Aðrar leiðir voru farnar til að bæta stöðu kvenna í þessum málum, svo sem að draga úr vægi kviðdóma. Vandamál varðandi ásetning eru því ekki eins áberandi þar í landi nú og var í eldri dómum. Hvort það hefur nægt skal ósagt látið, en krafa um refsíákvæði um nauðgun af gáleysi hefur a.m.k. ekki verið áberandi í umræðunni í Danmörku upp á síðkastið. Þróun mála í Noregi varð önnur. Eins og áður hefur komið fram hefur lengi verið unnið að heildarendurskoðun hegningarlaganna þar í landi. Nefnd, sem skipuð var árið 1995, hafði m.a. það hlutverk að meta hvort áskilnaður um samþykkisskort kæmi nógu vel fram í nauðgunarákvæði hegningarlaganna og hvort nauðgun af stórkostlegu gáleysi ætti að vera refsiverð. Í skýrslu nefndarinnar frá árinu 1997 kemur fram, að meirihluti nefndarinnar mælti ekki með því að setja ákvæði um refsíabyrgð vegna nauðgunar af stórkostlegu gáleysi í hegningarlögin. Í tillögum dómismálaráðuneytisins, *Ot.prp. nr. 28 (1999-2000)*, sem byggja mjög á skýrslu nefndarinnar frá 1997, var komist að annarri niðurstöðu og lagt til að nauðgun af stórkostlegu gáleysi yrði refsiverð. Refsihámark skyldi vera lægra en fyrir ásetningsbrot, eða 5 ára fangelsi og 8 ára fangelsi væru refsihækkunarástæður fyrir hendi. Leitaði ráðuneytið álits ýmissa aðila á þessu atriði og komst að niðurstöðu sinni „*Under en viss tvivl...*“ eins og segir í tillögnum. Var þá einkum byggt á því, að slíkt ákvæði myndi styrkja réttarvernd þolanda, án þess að réttaröryggi ákærðra biði af því nokkurn hnekki. Í því fælust skýr skilaboð um að samfélagið sætti sig ekki við þessa hegðun. Jafnframt vó það þungt við ákvörðun ráðuneytisins, að fjölmargir fulltrúar þolanda, sem höfðu góða innsýn í stöðu þeirra, mæltu með því að lögfasta gáleysisákvæðið. Kynferðisbrotakafla hegningarlaganna var síðan breytt með lögum nr. 76/2000. Í 3. mgr. 192. gr. laganna kemur fram að nauðgun af stórkostlegu gáleysi er refsiverð.

DRÖG

Það sjónarmið hefur komið fram hjá norskum fræðimönnum að undanfögnu, að ákvæðið um refsíðabyrgð á nauðgun af stórfelldu gáleysi hafi ekki haft eins mikil áhrif og vonir stóðu til. Ákærvaldið þarf nú sem áður að sanna að kynmökin hafi átt sér stað með ofbeldi eða vegna þess að þolandi taldi sér ógnað til þeirra eða að hann hafi verið ófær um að verjast kynmökunum. Takist ákærvaldinu að sanna þetta geti það venjulega einnig sannað, að ákærða var ljóst eða hlaut að vera ljóst að langlíklegast var að kynmökin færu fram gegn vilja þolanda, þ.e. að hann hafi haft ásetning til brotsins.

Í skýrslu norsku hegningarlaguefnarinnar frá 2002, *NOU 2002: 4*, er lagt til að ákvæði norsku hegningarlaguefnanna um nauðgun af stórfelldu gáleysi verði afnumið. Leggur nefndin áherslu á að því aðeins skuli beita refsingu að raunhæf þörf sé á því og að veigamikil rök mæli með því. Telur nefndin þau rök ekki vera fyrir hendi varðandi nauðgun af stórfelldu gáleysi. Örfá tilvik geti fallið undir ákvæðið og þá helst þau, þar sem ofbeldið og hótanirnar eru óverulegar og þolandi hefur vegna ölvunar eða ótta ekki getað spornað við verknaðinum. Sá, sem notfærir sér slíkt ástand, hafi venjulega gerst sekur um ásetningsbrot. Ástæða þess hve dómur í nauðgunarmálum séu fáir sé sú, að oft sé erfitt að sanna að árásin hafi átt sér stað. Því snúist sönnunarvandinn ekki síður um það hvað raunverulega gerðist hlutrænt séð, en um huglæga afstöðu geranda (*NOU 2002: 4 Ny straffelov, bls. 405-406*). Ýmis fleiri rök hafa verið færð fram gegn ákvæði um nauðgun af gáleysi. Mörg þeirra varða sönnunarvanda, sem slíkt ákvæði er talið hafa í för með sér. Erfitt sé að færa fram sönnun fyrir því að gáleysi hins brotlega hafi tekið til þess hver vilji konunnar var. Nauðgun af gáleysi komi helst til álita, ef aðilar þekkjast fyrir. Vafinn snúist um það hvort samþykki var fyrir hendi eða ekki. Þá sé nauðgun af gáleysi ekki mjög raunhæf vegna hlutræna skilyrðisins um að beitt sé ofbeldi, hótunum eða misneytingu við verknaðinn. Loks hefur því verið haldið fram, að lögfesting reglu um refsíðabyrgð fyrir nauðgun af gáleysi bæti ekki réttarstöðu kvenna, heldur veiki hana, því að sönnun um hegðun þeirra verði þá sett í öndvegi.

Fallast má á ýmis þau rök sem hér hafa verið nefnd. Þá hlýtur það einnig að vera umhugsunarefni, að reynsla Norðmanna af ákvæðinu um nauðgun af gáleysi er ekki betri en svo, að þeir eru að hugleiða að afnema ákvæðið. Engin hinna Norðurlandþjóðanna hefur lögfest slíkt ákvæði. Með hliðsjón af framangreindum rökum verður því ekki lagt til hér að lögfest verði ákvæði um nauðgun af gáleysi.

8. Þvingun - samþykki

Skýr munur er á engilsaxneskum rétti og germönskum rétti, þ.e. rétti þeirra þjóða sem sækja lagahefð sína til meginlands Evrópu. Þetta kemur vel fram í ákvæðunum um kynferðisbrot. Þannig eru ákvæði í engilsaxneskum rétti ólík norrænum og þýskum lagaákvæðum. Í engilsaxneskum rétti er ofbeldi eða hótanir ekki þáttur í skilgreiningu á nauðgunarhugtakinu, heldur er nauðgun skilgreind þar út frá hugtakinu samþykki. Englendingar og Írar hafa sett sér ný ákvæði um kynferðisbrot. Ensku lögin eru frá árinu 2003, *Sexual Offences Act 2003* og þau írsku frá árinu 1990, *the Criminal Law (Rape) (Amendment) Act 1990*. Hjá báðum þjóðunum er nauðgun skilgreind út frá hugtakinu samþykki í samræmi við hina engilsaxnesku hefð. Það er nauðgun samkvæmt enskum rétti, ef „*A intentionally penetrates the vagina, anus, or mouth of another person B with his penis, B does not consent, and A does not reasonably believe that B consents*“ (*Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003, bls. 33*). Samþykki telst vera fyrir hendi „*as a person freely agreeing by choice and who has the freedom and capacity to make that choice*“ (sama heimild, bls. 35). Í þýskum og norrænum rétti eru verknaðaraðferðir hins

DRÖG

vegar tilgreindar í ákvæðunum um kynferðisbrot, t.d. ofbeldi, hótanir eða misneyting, en ljóst er af túlkun laganna og réttarframkvæmd þessara þjóða, að skortur á samþykki er skilyrði þess að brot hafi verið framið.

Nauðgun skv. 194. gr. hgl. er samsett brot, sem samanstendur af mörgum þáttum. Hún felst í því, að þolanda er þröngvað til kynmaka með tilteknum verknaðaraðferðum, ofbeldi eða hótunum um ofbeldi samkvæmt nágildandi ákvæði. Nauðgun er nauðungarbrot í víðtækri merkingu þess hugtaks. Það kemur fram í orðalagi ákvæðisins, þar sem segir að refsivert sé að *þröngva* manni til holdlegs samræðis eða annarra kynferðismaka. Það er því ljóst, að gert er ráð fyrir að um þvingun sé að ræða. Norrænir fræðimenn hafa bent á það að hætt er við því að orðalag sem þetta leiði til þess að of mikil áhersla sé lögð á það í nauðgunarmálum að sanna viðbrögð þolanda, t.d. hvort hann hafi barist á móti geranda, og háttsemi geranda falli þá nokkuð í skuggann. Í dómi Hæstaréttar frá 4. mars 2004 (nr. 416/2003) sér þessa stað. Þar var 22 ára karlmaður ákærður fyrir brot gegn 194. gr. og 196. gr. hgl. með því að hafa þröngvað 14 ára frænku sinni til annarra kynferðismaka en samræðis með því að þrýsta höfði hennar að getnaðarlim sínum, troða limnum upp í hana og halda höfði hennar föstu á meðan hann hreyfði liminn til og frá og að hafa sumpart notfært sér það, að hún gat ekki spornað við verknaðinum sökum ölvunar. Dómurinn féllst á, að ákærði hefði beitt yfirburðum aldurs og stöðu sem eldri frændi og trúnaðarvinur stúlkunnar, en taldi vafasamt hvort þvingun hefði átt sér stað og því var ákærði sýknaður.

Þær raddir hafa heyrst að til þess að forðast að málin standi og falli með því hvað þolandi gerði eða gerði ekki í stað þess að snúast fyrst og fremst um hið ólögmeta og refsinaema atferli fremjanda, þurfi að leggja meiri áherslu á samþykki eða skort á samþykki þolanda og skilgreina nauðgunarhugtakið út frá því. Skilgreiningin yrði þá eitthvað í líkingu við enska og írsku ákvæðið, þannig að nauðgun væri samræði eða önnur kynferðismök, sem færu fram gegn vilja þolanda og hinum brotlega væri ljóst, að samþykki þolanda væri ekki fyrir hendi. Nauðgunarhugtak, sem byggir eingöngu á því að kynmök fari fram án samþykkis þolanda, er mun víðtækara og óljósara en sú skilgreining, sem hér er lagt til að verði lögfest. Slík skilgreining kallar líka á ítarlegar útlistanir á því hvernig skilgreina eigi samþykki. Telja verður álitamál hvort skilgreining í þessa veru myndi leysa ofangreindan vanda, enda erfitt að færa sönnur á svo huglægt atriði sem samþykki eða skortur á því er. Slík sönnun myndi væntanlega einnig snúast ekki síst um þolandann, hvað hann lét í ljós eða gaf til kynna og því ekki fela í sér neina bót á þessum vanda. Þar að auki má segja að skortur á samþykki sé atriði, sem er fólgið í nauðgunarhugtakinu, því að það er einmitt sá samþykkisskortur sem gerir háttsemina að nauðgun og þar með refsiverða. Rétt er að fylgja þeirri réttareiningu sem um þetta er á Norðurlöndum og byggja nauðgunarhugtakið ekki eingöngu á því að það skorti samþykki til kynmakanna. Ætla má að vænlegra til árangurs við skilgreiningu hins hefðbundna nauðgunarhugtaks sé að fella þvingunarþáttinn burt úr ákvæðinu og leggja meiri áherslu á orsakatengslin milli ofbeldis eða hótunar annars vegar og kynmakanna hins vegar, þannig að hinn brotlegi nær fram kynmökunum vegna þess að hann beitti ofbeldi eða hótunum. Ef sannað er að hinn brotlegi beitti ofbeldi eða hótunum til þess að hafa kynmök hlýtur að mega gera ráð fyrir að þolandi sé þvingaður til makanna, því að ella hefði ekki þurft að beita þessum aðferðum til þess að ná fram kynmökunum. Auðveldara er að sanna slík atriði en samþykkisskortinn. Þá er þvingun ekki efnisþáttur í ákvæðum 196.-199. gr. hgl. og því ljóst að hún er ekki óhjákvæmileg í efnislýsingu kynferðisbrota.

9. Refsimörk og refsímat

DRÖG

Brot gegn 194. gr. hgl. um nauðgun eru alvarlegustu kynferðisbrotin. Þau varða fangelsi ekki skemur en 1 ár og allt að 16 árum. Fyrir lagabreytinguna árið 1992 gat nauðgun auk þess varðað ævilöngu fangelsi. Ekkert dæmi er um að þeirri refsingu væri beitt í framkvæmd. Brot gegn ákvæðum 195. gr. – 199. gr. varða einnig öll fangelsi. Þrjú ákvæðanna mæla fyrir um allt að 6 ára fangelsi, þ.e. 195. gr., 196. gr. og 199. gr. Brot gegn 197. gr. varða fangelsi allt að 4 árum. Brot gegn 198. gr. varða allt að 3 ára fangelsi, en allt að 6 ára fangelsi, ef þolandi er yngri en 18 ára. Refsimörk þessa ákvæðis voru þyngd með breytingarlögunum nr. 40/1992. Refsihámarkið var áður fangelsi allt að 1 ári og allt að 3 árum, ef þolandi var yngri en 21 árs. Ekkert refsilágmark er tiltekið í 195. gr. – 199. gr. og því gildir hið almenna refsilágmark 34. gr. hgl., þ.e. 30 daga fangelsi. Af þessu sést að refsimörkin eru mjög rúm. Refsihámarkið er hátt og ekki sérstakt refsilágmark í einstökum ákvæðum, að undanskildu nauðgunarákvæðinu. Þessu er nokkuð öðruvísi farið í norsku og sænsku lögunum. Þar eru brotin flokkuð eftir því hve stórfelld þau eru og gilda mismunandi refsimörk um hvern flokk fyrir sig. Almenna refsihámarkið fyrir nauðgun í norsku lögunum (192. gr.) er 10 ára fangelsi. Ef brotið felst í samræði eða hinn brotlegi sviptir þolanda meðvitund til þess að ná fram kynmökum er refsilágmarkið 2 ára fangelsi (bundin refsihækkunarheimild). Í þessum tilvikum er refsihámarkið 15 ára fangelsi. Heimilt er að dæma í allt að 21 árs fangelsi, ef tiltekna refsihækkunarástæður eru fyrir hendi (frjáls refsihækkunarheimild). Önnur brot gegn kynfrelsi fullorðins fólks varða fangelsi allt að 5 árum. Samkvæmt sænsku hegningarlögunum eru almennu refsimörkin fyrir nauðgun (1. gr. 6. kap.) fangelsi í 2 til 6 ár. Sé brotið minni háttar er hámarksrefsingin allt að 4 ára fangelsi. Sé það hins vegar stórfelld eru refsimörkin 4 til 10 ára fangelsi. Önnur brot gegn kynfrelsi fullorðins fólks varða allt að 2 ára fangelsi eða fangelsi frá 6 mánuðum til 4 eða 6 ára. Í norsku og sænsku hegningarlögunum eru því refsihámörk lægri en í íslensku lögunum (að undanskilinni frjálsu refsihækkunarheimildinni í norsku lögunum) og refsilágmörk hærri. Norskir og sænskir dómstólar hafa því minna svigrúm til þess að ákveða refsingu en íslenskir dómstólar.

Í frumvarpi þessu er gert er ráð fyrir að fylgja áfram þeirri stefnu, sem hefð er fyrir í íslenskum refsirétti að hafa refsimörk lagaákvæða rúm þannig að dómstólar hafi mikið svigrúm til ákvörðunar refsingar. Hér hefur stefnan líka verið í þá átt að afnema sérstök refsilágmörk og ekki verður gerð tillaga um það í þessum hluta kynferðisbrotakafans að víkja frá þeirri stefnu. Lagt er til að refsimörk fyrir nauðgun verði þau sömu og í núgildandi lögum, þ.e. fangelsi 1 til 16 ár. Í frumvarpi því sem varð að lögum nr. 40/1992 um breytingu á ákvæðum hegningarlaga um kynferðisbrot var upphaflega gert ráð fyrir því, að ákvæðið um nauðgun yrði tvískipt. Í 1. mgr. væri almennt ákvæði um nauðgun, sem varðaði fangelsi allt að 10 árum. Í 2. mgr. væri ákvæði um refsihækkunarástæður, hættulega aðferð eða miklar sakir að öðru leyti, og skyldi brotið þá varða fangelsi ekki skemur en 1 ár og allt að 16 árum. Var þetta breyting frá upphaflega ákvæðinu um nauðgun í hegningarlögunum, sem ekki var tvískipt, og varðaði brotið fangelsi ekki skemur en 1 ár og allt að 16 árum eða ævilangt. Í greinargerð með frumvarpinu, sem varð að lögum nr. 40/1992 sagði, að sú leið þætti álitlegri að gefa nokkurt svigrúm í almenna ákvæðinu fremur en að taka upp strangara almennt ákvæði að viðbættu refsilækkunarákvæði (sjá þskj. 59, 115. löggjafarþing 1991, 58. mál). Þessi tillaga um mildun almennra refsimarkna ákvæðisins féll í grýttan jarðveg og í álit meirihluta allsherjarnefndar var lagt til að frumvarpinu yrði breytt og 1 árs refsilágmark fyrir nauðgun látið halda sér og refsihámarkið yrði 16 ár. Rökin voru þau, að ástæða þótti til að óttast að sú breyting, sem lögð var til í frumvarpinu, gæti leitt til þess að refsingar fyrir nauðgunarbrot myndu lækka. Studdist þetta sjónarmið m.a. við þær umsagnir, sem borist höfðu um frumvarpið (sjá þskj. 826, 115. löggjafarþing 1991-92, 58. mál). Minnihluti allsherjarnefndar var á sama máli. Niðurstaðan varð því sú að ákvæði frumvarpsins var breytt

DRÖG

Þannig að það varð ein málsgrein án tvískiptingar og refsímörkin í lögnum urðu fangelsi 1 til 16 ár. Í frumvarpi því sem hér liggur fyrir er haldið í við refsímörk og dómstólum gefið svigrúm til að meta refsinguna. Er það í samræmi við það, sem tíðkast hefur í ákvæðum hegningarlöganna og það sjónarmið, sem varð ofan á þegar hegningarlögnum var breytt árið 1992. Væru nauðgunarbrotin flokkuð niður eftir grófleika með mismunandi refsímörkum mætti rökstyðja að verið væri að draga úr refsibýngd varðandi þau þeirra, sem ekki teldust stórfelld. Refsihámark fyrir þá nauðgun sem felst í hótunum um annað en ofbeldi og misnotkun sofandi eða andlega veiklaðs fólks verður verulega hærra en nú er, þar sem þessi brot falla nú undir nauðgunarákvæðið. Gert er ráð fyrir í frumvarpinu að refsímörk fyrir önnur brot gegn kynfrelsi fólks verði óbreytt.

Ýmis atriði hafa áhrif þegar dómari ákveður refsingu fyrir kynferðisbrot. Þessi atriði geta bæði verið lögákveðin og ólögákveðin. Lögmæltar refsíákvörðunarástæður geta verkað sem málsbætur eða þyngingarástæður innan refsimarka ákvæðanna eða þær eru refsilækkunarástæður og refsihækkunarástæður, sem heimila að fara niður fyrir lágmark og upp fyrir hámark refsimarka. Hinum almennu ákvæðum hegningarlaga um málsbætur og þyngingarástæður, refsilækkunar- og refsihækkunarástæður verður beitt þegar refsing er ákveðin fyrir kynferðisbrot, eins og önnur brot. Þannig getur reynt á almennu refsilækkunarástæðurnar í 2. mgr. 20. gr. (tilraun), 2. mgr. 22. gr. (hlutdeild), 74. gr. og 75. gr. Í 74. gr. eru talin upp ýmis atriði, sem heimila að færa refsingu fyrir brot niður úr því lágmarki, sem ákveðið er í lagaákvæði um brotið. Í málum vegna brota á 194. gr. um nauðgun hefur helst reynt á 2., 8. og 9. tl. ákvæðisins. Allir þessir töluliðir varða hinn brotlega, þ.e. aldur hans og hegðun eftir að brotið er framið, t.d. að hann greiði bætur fyrir brotið eða segi til þess af sjálfsdáðum og skýri frá öllum atvikum af hreinskilni. Sjaldan eða aldrei hefur reynt á ákvæði 75. gr. við ákvörðun refsingar í nauðgunarmálum. Þótt einhver af þessum refsilækkunarástæðum þyki eiga við þurfa þær alls ekki að hafa þau áhrif að refsing sé lækkuð niður fyrir eins árs refsilágmark 194. gr. Í framkvæmd hafa þær nær eingöngu verkað til málsbóta innan refsimarkanna þannig að ekki hefur þótt ástæða til þess að fara með refsingu niður fyrir refsilágmarkið. Í 70. gr. eru talin upp í níu töluliðum ýmis atriði, sem verka til þyngingar eða málsbóta innan refsimarka ákvæðis. Þessi atriði í 70. gr. varða fyrst og fremst hinn brotlega og verknáð hans en þó má fella aðstæður er varða þolanda undir þá liði, sem fjalla um verknáðinn. Þannig hefur verið talið að ungur aldur þolanda gæti fallið undir 1. tl. 1. mgr. 70. gr., en þar segir að við ákvörðun refsingar skuli hafa í huga hversu mikilvægt það er, sem brotið beinist að. Í frumvarpi þessu er lagt til að lögfest verði sérstakt ákvæði um nokkur atriði sem virða skuli til þyngingar þegar refsing fyrir nauðgun er ákveðin. Um rök fyrir því ákvæði og skýringar á því vísast til skýringa með 3. gr. frumvarpsins.

Engin ítrekunarheimild er í kynferðisbrotakaflanum, ef undan er skilið ákvæði 208. gr. um ítrekunaráhrif dóms yfir manni fyrir vændi eða auðgunarbrot á ákvörðun refsingar fyrir síðar framið vændisbrot sama manns. Ítrekunarheimild hefur hins vegar verið í auðgunarbrotakaflanum frá því að hegningarlögin voru sett árið 1940 og árið 1981 var lögfest ákvæði um ítrekunarheimild varðandi líkamsmeiðingar, sbr. lög nr. 20/1981. Í 1. mgr. 218. gr. b hgl. kemur fram að hækka megi refsingu um allt að helmingi, ef sá sem dæmdur er sekur um brot á 217. gr. (minni háttar líkamsmeiðingar) eða 218. gr. (meiri háttar líkamsmeiðingar) hefur áður sætt refsingu fyrir brot gegn þeim greinum eða honum hefur verið refsað fyrir brot, sem tengt er að öðru leyti við vísvitandi ofbeldi. Þetta ákvæði getur verkað til refsihækkunar í dómi, þar sem dæmt er bæði fyrir brot gegn 194. gr. og 218. gr. (brotasamsteypa). Fyrri dómur fyrir nauðgun getur líka haft ítrekunaráhrif í síðara máli út af líkamsmeiðingum skv. 217. gr. eða 218. gr. Þessi

DRÖG

Ákvæði eru hins vegar um ítrekunartengsl líkamsmeiðingabrota og kynferðisbrotin koma þar aðeins við sögu, ef þau tengjast vísvitandi ofbeldi. Kynferðisbrot eru mjög alvarleg brot og því er óeðlilegt að ekki séu ákvæði um ítrekunaráhrif dóma fyrir þau. Samkvæmt norsku hegningarlögunum hefur fyrri dómur manns um nauðgun eða kynferðisbrot gegn barni ítrekunaráhrif við ákvörðun refsingar fyrir síðar framin brot sama manns þessarar tegundar. Með hliðsjón af þessu er lagt til í frumvarpi þessu að lögfest verði ákvæði um ítrekunarheimild í kynferðisbrotakafla hegningarlaganna.

Það hefur verið venja í íslenskum rétti að ákvarða refsingu neðarlega innan refsimarca einstakra brotategunda, að manndrápum og meiri háttar fíkniefnabrotum undanskildum. Refsingar í kynferðisbrotamálum hafa fylgt þeirri venju. Rannsókn á refsiakvörðunum Hæstaréttar í nauðgunarmálum á árunum 1977 til 2002 sýnir, að refsingar fyrir nauðgun eru á bilinu 1 árs til 2 ára fangelsi og er ofbeldi það sem beitt er ráðandi um refsihæð. Ef beitt er mjög miklu ofbeldi og aðrar veigamiklar þyngingarástæður eða refsihækkunarástæður eru fyrir hendi, getur refsingin farið upp í 4 ára fangelsi (sjá nánar: *Ragnheiður Bragadóttir: Ákvörðun refsingar í nauðgunarmálum, Úlfjótur 1. tbl. 1999* og *Refsingar í nauðgunarmálum, Rannsóknir í félagsvísindum IV, Lagadeild 2003*). Á allra síðustu árum hafa refsingar fyrir kynferðisbrot heldur verið að þyngjast. Refsingum er ætlað að hafa almenn og sérstök varnaðaráhrif, þ.e. fæla menn frá brotum og endurhæfa þá. Þær eiga einnig að fullnægja réttlætistilfinningu almennings sem sættir sig ekki við, að menn skerði órefsað mikilvæg réttindi annarra (sjá greinargerð með frumvarpi til hgl. 19/1940). Refsingin er því einnig endurgjald fyrir framin brot og nauðsynlegt að taka tillit til þessa viðhorfs samfélagsins. Á það ekki síst við, þegar um er að ræða alvarleg afbrot eins og nauðgun eða kynferðisbrot gegn börnum. Því er nauðsynlegt að finna þá niðurstöðu sem skapar frið og sátt um afgreiðslur dómstóla í þjóðfélaginu. Í frumvarpi þessu er leitast við að gera það á þann hátt að refsihámark fyrir alvarlegustu kynferðisbrotin er þyngt en haldin í heiðri sú venja íslensks refsiréttar að hafa ekki sérstakt refsilágmark í ákvæðum um einstakar brotategundir. Undantekning þar frá er ákvæði 1. mgr. 202. gr. hgl. um samræði eða önnur kynferðismök við barn yngra en 14 ára, sjá síðar. Með þyngdu refsihámarki er vilja löggjafans komið á framfæri við dómstóla, en jafnframt hafa dómstólar víðtækt svigrúm til þess að ákveða refsingu eftir málavöxtum hverju sinni. Þannig er eðlilegt að rétturinn þróist í samræmi við aukna þekkingu á brotum og afleiðingum þeirra. Hér er þó einnig rétt að geta þess, að þungar refsingar leysa engan vanda. Best er að reyna að fyrirbyggja afbrot. Auk þess er full ástæða til að kanna hvort einhvers konar meðferð kynferðisbrotamanna geti komið að einhverju leyti í stað refsingar. Ákvæði um slík efni eiga heima í VII. kafla almenna hluta almennra hegningarлага nr. 19/1940 og eru ekki viðfangsefni þessa frumvarps.

Í réttarsögunni hefur það ýmist verið litið mildari eða alvarlegri augum en ella, að afbrot hefur bitnað á nákomnum. Í almennum hegningarlögum handa Íslandi frá 25. júní 1869 var talið, að eiginmaður gæti ekki nauðgað eiginkonu sinni. Í hegningarlögunum nr. 19/1940 er hins vegar virt sú sjálfsagða regla, að konur hafi sjálfsákvörðunarrétt varðandi kynlíf sitt, einnig í hjónabandi og óvígðri sambúð. Ákvæðin um kynferðisbrot eiga því við, þótt brotin séu framin gagnvart maka. Gildir þar einu hvort aðilar eru í hjónabandi, óvígðri sambúð eða staðfestri samvist skv. lögum nr. 87/1996. Í 205. gr. hgl. er hins vegar ákvæði um þýðingu hjónabands og óvígðrar sambúðar, þegar refsing er ákveðin vegna brots geranda gegn maka sínum. Í því felst að refsingu fyrir brot gegn 194. gr. - 199. gr., 202. gr. og 204. gr. megi fella niður, ef karl og kona, sem mökin hafa gerst í milli, hafa síðar gengið að eigast eða tekið upp óvígða sambúð. Sama gildir, ef þau voru í hjónabandi eða óvígðri sambúð, þegar brotið var framið, en hafa eftir það tekið upp eða haldið

DRÖG

sambúðinni áfram. Þetta er svonefnd refsibrottfallsástæða en í henni felst að sé ákærði fundinn sekur um brotið er hann sakfelldur, en refsing er felld niður. Refsibrottfallsástæðan í 205. gr. er frjáls, þannig að dómstólum er heimilt en ekki skylt að beita ákvæðinu. Ekki er að sjá að þessu ákvæði hafi nokkurn tíma verið beitt hér í framkvæmd. Ákvæði 227. gr. dönsku hegningarlögunna svipar til 205. gr. og er þar reyndar einnig gert ráð fyrir refsilækkun við þessar aðstæður. Svipað ákvæði var einnig í norsku hegningarlögunum, en samkvæmt því var heimilt að fella refsingu niður ef aðilar gengu í hjónaband eftir framningu brotsins. Ákvæðinu var ekki unnt að beita ef brotið fólst í nauðgun. Þetta ákvæði hefur nú verið afnumið. Ákvæði um refsilækkun eða refsibrottfall vegna hjónabands eða óvígðrar sambúðar hins brotlega og þolanda eru ekki í sænsku hegningarlögunum. Ákvæði 205. gr. hgl. endurspeglar úrelt viðhorf til kvenna, auk þess sem ekki verður séð að neinum sé akkur í því að löggjafinn stuðli að því að viðhalda hjónaböndum, þar sem annar aðilinn beitir hinn ofbeldi. Þvert á móti má rökstyðja að þessi nánú tengsl aðilanna geri brotið alvarlegra en ella vegna þess brots á trausti og trúnaði sem í því felst. Í frumvarpi til laga um breyting á almennum hegningarlögum (heimilisofbeldi), sem nú stendur til að leggja fyrir Alþingi, er gert ráð fyrir því að lögfest verði ný málsgrein í 70. gr. hgl. þess efnis, að beinist verknáður að karli, konu eða barni, sem er nákominn geranda, og tengsl þeirra þykja hafa aukið á grófleika verknáðarins, skuli að jafnaði taka það til greina til þyngingar refsingunni. Í ákvæði þessu og greinargerð með lagafrumvarpinu kemur glögglega fram það mat að lítið sé eftir atvikum alvarlegar á brot, sem framin eru gegn nákomnum í skjóli hjónabands og fjölskyldu. Í verklagsreglum ríkislögreglustjóra um skráningu og meðferð heimilisofbeldismála hjá lögreglu, sem tóku gildi 20. október 2005, eru skilgreindir brotaflokkar, sem falla undir reglurnar og er einn þeirra kynferðisbrot. Það er því ljóst að refsibrottfall fyrir kynferðisbrot sem beinist að maka gengur þvert á þau sjónarmið sem nú eru óðum að hljóta meiri hljómgrunn í löggjöf og réttarframkvæmd. Því er lagt til í frumvarpi þessu að ákvæði 205. gr. hgl. verði afnumið.

IV.

Kynferðisbrot gegn börnum, 200. - 202. gr., sbr. 204. gr. hgl.

1. Inngangur

Bæði í þjóðréttarsamningum og íslenskum lögum er mælt fyrir um vernd barna gegn kynferðislegu ofbeldi. Má þar fyrst nefna samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins frá 20. nóvember 1989, sem tók gildi 2. september 1990, var fullgiltur fyrir Íslands hönd 28. október 1992 og öðlaðist gildi hér á landi 27. nóvember 1992. Þar kemur fram í 19. gr., að aðildarríki samningsins skuli gera allar viðeigandi ráðstafanir, m.a. á sviði löggjafar, til þess að vernda börn gegn hvers kyns ofbeldi, þar á meðal kynferðislegri misnotkun. Í 34. gr. samningsins er einnig ákvæði, sem varðar þetta efni. Þar segir, að aðildarríkin skuldbindi sig „til að vernda börn fyrir hvers kyns kynferðislegri notkun eða misnotkun í kynferðislegum tilgangi.“ Í 3. mgr. 76. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33 frá 17. júní 1944, sbr. 14. gr. laga nr. 97/1995 kemur fram, að börnum skuli tryggð í lögum sú vernd og umönnun, sem velferð þeirra krefst. Í barnaverndarlögum nr. 80/2002 eru ákvæði, sem veita börnum vernd gegn kynferðislegu ofbeldi. Þannig er í 98. gr. mælt fyrir um refsingu þess manns sem hefur barn í sinni umsjá og misbýður því kynferðislega eða á annan hátt. Öll ákvæðin í 194. gr. – 199. gr. hegningarlaga taka til brota gegn börnum jafnt sem fullorðnum. Auk þess eru í kynferðisbrotakaflanum fjögur ákvæði, 200. gr. – 202. gr., sbr. 204. gr., sem sérstaklega er ætlað að vernda börn og unglunga fyrir kynferðislegri misnotkun og áreitni. Ýmis sjónarmið hafa verið færð fram sem grundvöllur refsíabyrgðar í þessum tilvikum. Þar má nefna að börn og unglunga skorti líkamlegan og andlegan þroska til kynferðislegra athafna. Því þurfi að vernda þau gegn því ofbeldi, sem kynferðislegar

DRÖG

athafnir gagnvart þeim fela í sér og einnig fyrir óheppilegum afleiðingum kynferðissambands, þegar þau eru svo ung að slíkt samband er skaðlegt fyrir þau. Auk þess sé hætta á, að fullorðið fólk reyni að hafa áhrif á afstöðu þeirra og beiti jafnvel fortölum eða nauðung, sem erfitt geti verið að sanna. Nú á dögum vegur þyngst það sjónarmið að kynmök við barn séu í eðli sínu gróft ofbeldi gagnvart því og megi því undir engum kringumstæðum eiga sér stað. Til þess að koma í veg fyrir slíka misnotkun hafa verið sett ákveðin aldursmörk í hegningarlögin þannig að kynferðismök við börn undir tilteknum aldri eru fortakslaust bönnuð. Þá eru kynmök við unglunga einnig bönnuð, þegar tilteknar aðstæður eru fyrir hendi. Álitamál er hins vegar við hvaða aldur ber að draga mörkin þar sem öll kynferðisleg afskipti af barni/unglingi eru bönnuð. Verður nánar komið að því hér síðar. Frá því að núgildandi ákvæði hegningarlaga um kynferðisbrot gegn börnum tóku gildi árið 1992 hefur þeim verið breytt tvisvar sinnum, þ.e. með lögum nr. 14/2002 (um refsingu fyrir að greiða barni eða unglungi yngri en 18 ára endurgjald gegn því að hafa við það kynferðismök, sjá 4. mgr. 202. gr.) og lögum nr. 40/2003 (m.a. um hækkun á refsihámarki fyrir kynferðisbrot gegn börnum, sjá 1. mgr. 200. gr., 1. mgr. 201. gr. og 3. mgr. 202. gr.).

2. Ákvæði 200. gr. hgl. um sífjaspell

Hugtakið sífjaspell er notað í mismunandi víðtækri merkingu. Í hefðbundinni merkingu eru sífjaspell kynferðislegt samband milli skyldra manna og tengdra. Í almennri umræðu um kynferðisbrot er hugtakið sífjaspell oft notað í nokkuð annarri merkingu, þ.e. um kynferðisbrot fullorðinna gegn börnum, sem þeir hafa einhver tengsl við. Í ársskýrslu Stígamóta fyrir árið 2004 (bls. 19) kemur fram enn víðtækari skilgreining, þ.e. að sífjaspell séu „allt kynferðislegt atferli milli einstaklinga, sem tengdir eru tengslum trausts, og þar sem annar aðilinn vill ekki slíkt atferli, en er undirgefinn og háður ofbeldismanninum á einhvern hátt.“ Sífjaspell í merkingu refsiréttar eru hins vegar skilgreind á annan og þrengri hátt. Í 200. gr. hgl. kemur fram, að samræði eða önnur kynferðismök hins brotlega við barn sitt eða annan niðja séu refsiverð. Sama gildir um kynmök milli systkina. Þetta er því sú háttsemi, sem nú telst sífjaspell samkvæmt íslenskum rétti.

Margþættir verndarhagsmunir hafa taldir vera liggja að baki ákvæðunum um sífjaspell. Bann við sífjaspellum hefur byggst á erfðafræðilegum, trúarlegum og siðferðilegum sjónarmiðum. Nú veiga þyngst sjónarmið um vernd barna, þ.e. sú þörf að vernda börn, sem alast upp á heimili, fyrir kynferðislegri ásókn fullorðinni heimilismanna, auk sjónarmiða um verndum almenns siðgæðis. Samkvæmt 1. mgr. 200. gr. varða samræði eða önnur kynferðismök hins brotlega við barn sitt eða annan niðja allt að 8 ára fangelsi og allt að 12 ára fangelsi, ef barnið er yngra en 16 ára, sbr. lög nr. 40/2003, en þá var refsihámarkið þyngt úr 6 árum í 8 ár og úr 10 árum í 12 ár. Í 2. mgr. er ákvæði um refsingu fyrir kynferðislega áreitni gagnvart sömu einstaklingum, sem varðar allt að 2 ára fangelsi, en allt að 4 ára fangelsi, ef barnið er yngra en 16 ára. Samræði eða önnur kynferðismök milli systkina eru refsiverð skv. 3. mgr. og varða allt að 4 ára fangelsi. Ef annað systkinið eða bæði eru yngri en 18 ára, þegar brot á sér stað, er heimilt að fella refsingu þess/þeirra niður (frjáls refsibrottfallsástæða). Ásetningur er saknæmisskilyrði. Sérákvæðið í 204. gr. um gáleysi varðandi aldur þolanda á hér ekki við. Ákvæðin um refsingu fyrir sífjaspell varða sömu einstaklinga og fortakslaust er bannað að ganga saman í hjónaband, sbr. 9. gr. hjúskaparlaga nr. 31/1993. Ef þolandi sífjaspellabrots er yngri en 14 ára varðar brotið bæði við 200. gr. (sífjaspell) og 202. gr. (kynferðisbrot gegn barni yngra en 14 ára), sbr. 77. gr. hgl.

DRÖG

Ákvæði norsku hegningarlaganna um sífjaspell (197. gr. og 198. gr.) eru svipuð þeim íslensku. Þó er sá munur á, að samkvæmt norsku ákvæðunum getur brot milli systkina eingöngu falist í samræði. Nokkru áður en refsihámarkið fyrir brotið var hækkað í íslenskum rétti var það lækkað í norskum rétti með lögum nr. 76/2000. Refsingin er þar fangelsi allt að 5 árum fyrir brot gegn niðja og allt að 1 árs fangelsi fyrir brot milli systkina. Samkvæmt sænskum rétti (brottsbalken, 6. kap. 7 §) varðar samræði við barn eða annan niðja fangelsi allt að 2 árum og samræði milli alsystkina allt að 1 árs fangelsi. Með breytingalögunum frá 2005 var orðalagi ákvæðisins breytt, en ekki gerðar á því neinar efnisbreytingar.

Efnisinntak 200. gr. hgl. er skýrt og í samræmi við þau sjónarmið, sem ríkjandi eru í samfélaginu. Eins og fram hefur komið var refsimörkum ákvæðisins breytt nýlega, sbr. lög nr. 40/2003, og refsihámark þess hækkað, þegar brotið felst í samræði eða öðrum kynferðismökum, sbr. 1. mgr. ákvæðisins. Í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 40/2003 er hækkun þessi rökstudd. Þar segir að á síðari árum hafi komið betur í ljós sá skaði sem börn geti orðið fyrir þegar þau eru misnotuð kynferðislega, þar sem afleiðingar séu oft langvarandi og jafnvel varanlegar. Til þess að leggja áherslu á hve alvarleg þessi brot eru, með hliðsjón af almennum viðhorfum í þjóðfélaginu og með vísan til alþjóðlegra skuldbindinga sé lagt til að refsimörk fyrir grófustu kynferðisbrot gegn börnum verði hækkuð (sjá þskj. 918, 128. löggjafarþing 2002-2003, 567. mál). Með breytingalögunum frá 2003 var ekki hróflað við refsihámarki 2. mgr. um aðra kynferðislega áreitni og hefur það því verið óbreytt frá 1992. Brot gegn 2. mgr. geta verið misalvarleg, allt frá þukli og káfi utan klæða til þess að nálgast „önnur kynferðismök“ sem falla undir 1. mgr. Eftir lagabreytinguna árið 2003 er því of mikill munur á refsimörkum þessara tveggja málsgreina. Þann mun þarf að leiðrétta. Því er lagt til í frumvarpi þessu að refsihámark fyrir kynferðislega áreitni í 2. mgr. 200. gr. verði hækkað. Sú breyting tengist einnig þeim breytingum sem lagðar eru til á reglum um fyrningu kynferðisbrota gegn börnum.

3. Ákvæði 201. gr. hgl. um trúnaðarbrot gegn börnum og unglingum yngri en 18 ára.

Í 201. gr. er lagt fortakslaust bann við samræði eða öðrum kynferðismökum við börn og unglinga undir 18 ára aldri, sem hinn brotlegi hefur tiltekin tengsl við. Þau tengsl eru að barnið eða unglingurinn sé kjörbarn hans, stjúpbarn, fósturbarn, sambúðarbarn eða unglingur, sem honum hefur verið trúað fyrir til kennslu eða uppeldis. Í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 40/1992 kom fram, að með ákvæðinu væri ætlunin að „vernda heimilið og fjölskyldulíf fyrir háttsemi sem er til þess fallin að raska fjölskylduböndum og særa trúnað og traust barna á sameiginlegu heimili“ (þskj. 59, 115. löggjafarþing 1991, 58. mál). Ljóst er að þau börn, sem hér er fjallað um, geta verið í sérstakri hættu á því að vera misnotuð. Þegar um ung börn er að ræða felst í háttseminni ofbeldi gagnvart þeim og í öllum tilvikum alvarleg misnotkun á aðstöðu og brot gegn því trúnaðartrausti, sem börn bera til fullorðinna og ríkja á innan fjölskyldunnar. Þar sem bannið er fortakslaust þarf þó ekki að sýna fram á að um misnotkun hafi verið að ræða í hverju tilviki. Ásetningur er saknæmisskilyrði, en unnt er að refsa fyrir brotið, þótt hinn brotlegi hafi ekki vitað um aldur unglingsins eða talið víst hver hann var, en sýnt af sér gáleysi um aldur hans, sbr. 204. gr. Skal þá beita vægari refsingu að tiltölu, þó ekki vægari en 30 daga fangelsi. Refsimörkin eru annars þau sömu og fyrir ásetningsbrot kynforeldris gagnvart barni sínu skv. 200. gr., þ.e. fangelsi allt að 8 árum, og allt að 12 árum, ef barnið er yngra en 16 ára, sbr. lög nr. 40/2003. Önnur kynferðisleg áreitni varðar sömu refsingu og sams konar brot gegn 200. gr. Ef þolandi brots gegn 201. gr. er yngri en 14 ára varðar brotið bæði við 201. gr. og 202. gr. (kynferðisbrot gegn barni yngra en 14 ára). Er þá um brotasamsteypu að ræða og refsað fyrir bæði brotin, sbr. 77. gr. hgl.

DRÖG

Ákvæði, sem samsvarar 201. gr. hgl., er í 199. gr. norsku hegningarlögunum og varðar brot allt að 5 ára fangelsi. Ákvæðin í sænsku hegningarlögunum eru nokkuð öðruvísi uppbyggð. Þar er sérstakt ákvæði í 6. kap. 4 § um nauðgun gagnvart börnum. Fram kemur í 1. mgr. þess, að samræði eða önnur kynferðismök við barn yngra en 15 ára er nauðgun gagnvart barninu og varðar fangelsi í 2 – 6 ár. Í 2. mgr. ákvæðisins er ákvæði um brot gagnvart barni 15 – 17 ára, sem gerandi hefur ákveðin tengsl við, t.d. vegna fósturs eða uppeldis. Það telst einnig nauðgun og varðar sömu refsingu. Stórfelld brot varða fangelsi í 4 – 10 ár.

Eins og fram hefur komið var refsímörkum 201. gr. hgl. breytt nýlega, sbr. lög nr. 40/2003, og refsihámark hækkað, þegar brot felst í samræði eða öðrum kynferðismökum, sbr. 1. mgr. ákvæðisins. Refsihámark 2. mgr. um aðra kynferðislega áreitni hefur verið óbreytt frá 1992. Lagt er til í frumvarpi þessu að það verði hækkað, á sama hátt og samsvarandi refsihámark í 200. gr. Tengist sú breyting m.a. þeim breytingum sem lagðar eru til á reglum um fyrningu kynferðisbrota gegn börnum. Um rök fyrir þessari breytingu vísast til umfjöllunar um 200. gr. hér að framan.

4. Ákvæði 202. gr. hgl. um kynferðisbrot gegn börnum og unglingum yngri en 18 ára.

Í 1. mgr. 202. gr. er almennt ákvæði, þar sem refsing er lögð við samræði eða öðrum kynferðismökum við börn yngri en 14 ára. Lagt er hér algert bann við kynmökum við svo ung börn. Aldursmarkið er fortakslaust og því ekki um það að ræða að meta þroska barnsins í hverju tilviki. Ekki þarf að sýna fram á misnotkun, þótt gera megí ráð fyrir að hún sé fyrir hendi, þegar svo ung börn eiga í hlut, a.m.k. ef gerandi er ekki sjálfur á unglingsaldri. Brot varða fangelsi allt að 12 árum. Önnur kynferðisleg áreitni varðar allt að 4 ára fangelsi, sbr. 2. mgr. 202. gr. Kynmök fullorðins manns við barn er gróf misnotkun á yfirburðaðstöðu hans gagnvart barninu og meta verður valdbeitingu hans með hliðsjón af því, að þolandi er barn, sem er varnarlaust eða á erfitt með að verjast og skilur jafnvel ekki það, sem fram fer. Í broti gerandans felst því ofbeldi og misneyting gagnvart barninu, einnig þótt barnið berjist ekki á móti og gerandi þurfi því ekki að yfirvinna neina mótstöðu til þess að koma fram vilja sínum. Mismunandi er hvaða leiðir þjóðir hafa valið til þess að taka á þessu eðli ofbeldis, þegar það bitnar á ungum börnum. Samkvæmt norska nauðgunarákvæðinu skal tekið tillit til þess að þolandi er undir 14 ára aldri, þegar metið er hvort beitt var ofbeldi eða hótunum eða hvort þolandi var ófær um að sporna við verknaðinum. Í sænsku hegningarlögunum kemur fram, að samræði eða önnur kynferðismök gagnvart barni yngra en 15 ára eru skilgreind sem nauðgun. Þá telja franskir dómstólar að afbrot sé nauðgun, þegar þolandi er svo ungur að árum, að hann skilur ekki hugtakið kynferði og eðli þess verknaðar sem fram fer. Í frumvarpi þessu er lagt til að verknaðarlýsing ákvæðis 1. mgr. 202. gr. verði óbreytt, en áhersla er hér lögð á að ákært verði bæði fyrir nauðgun (194. gr.) og kynferðisbrot gegn barni (202. gr.), sbr. 77. gr. hgl., hafi fullorðinn maður kynmök við barn undir 14 ára aldri. Slík framkvæmd er eðlileg og yrði til þess að styrkja réttarvernd barna gegn kynferðislegum árásum. Vísa má í nánari umfjöllun um þetta atriði í athugasemdir með 2. gr. frumvarps þessa, þar sem fjallað er um hugtakið ofbeldi. Ásetningur er saknæmisskilyrði. Hann þarf að taka til allra þátta í efnislýsingu brotsins. Ef hinn brotlegi hélt, að barnið væri 14 ára eða eldra, og gáleysi hans er þar um að kenna, fellur brotið undir 204. gr., sbr. 202. gr. Þá á að beita vægari refsingu, en hún má þó ekki fara niður fyrir lágmark fangelsisrefsingar, sem er 30 dagar, sbr. 34. gr. hgl.

Þegar unglingar eru á aldrinum 14 -17 ára er bann við kynmökum ekki jafnfortakslaust og þegar börn eru yngri en 14 ára, sjá 3. mgr. 202. gr., sbr. lög nr. 40/2003. Það er hins vegar refsivert að

DRÖG

tæla unglunga á þessum aldri til samræðis eða annarra kynferðismaka. Í 3. mgr. 202. gr. eru nefnd dæmi um aðferðir við tælingu, þ.e. blekkingar eða gjafir. Sú upptalning er þó ekki tæmandi og fleiri aðferðir koma því til greina, þar sem gerandi notfærir sér yfirburði aldurs og reynslu. Ef einstaklingar eru svipaðir að aldri, reynslu og þroska á ákvæðið ekki við. Ásetningur er saknæmisskilyrði og sömu reglur gilda um gáleysi varðandi aldur þolanda eins og í 1. mgr., sbr. 204. gr. Brot varða fangelsi allt að 4 árum. Refsibrottfall er heimilt skv. 205. gr., ef einstaklingar ganga í hjónaband saman eða taka upp óvígða sambúð. Eins og áður hefur komið fram er lagt til í frumvarpi þessu, að ákvæði 205. gr.hgl. verði fellt brott. Mjög sjaldan hefur reynt á 3. mgr. 202. gr. hgl. í dómum Hæstaréttar.

Í 4. mgr. 202. gr. er ákvæði um refsinaemi þess að greiða barni eða ungmenni yngra en 18 ára endurgjald gegn því að hafa við það samræði eða önnur kynferðismök. Brot varða fangelsi allt að 2 árum. Ákvæði þetta var sett í hegningarlögin með breytingarlögum nr. 14/2002. Tilgangur þess er að veita börnum og unglungum betri vernd gegn kynferðislegri misnotkun og draga úr eftirspurn eftir kynlífsþjónustu þeirra, en rannsóknir þær sem gerðar hafa verið á vændi á Íslandi hafa m.a. leitt í ljós vændi unglunga. Ákvæðið var einnig sett til samræmis við löggjöf annars staðar á Norðurlöndum og til að fullnægja alþjóðlegum skuldbindingum samkvæmt samningi Sameinuðu þjóðanna um rétt barnsins frá 1989, sem Ísland hefur fullgilt (sjá þskj. 820, 127. löggjafarþing 2002, 185. mál). Bann við verknaði er fortakslaust. Eitt tilvik af þessu tagi nægir til refsíabyrgðar og því þarf ekki að vera um að ræða þátt í skipulagðri vændisþjónustu. Ákvæði 204. gr. um gáleysi varðandi aldur þolanda á einnig við hér.

Í 195. gr. og 196. gr. norsku hegningarlaganna eru ákvæði um refsingu fyrir samræði eða önnur kynferðismök við barn undir 14 ára aldri annars vegar og undir 16 ára aldri hins vegar. Beinist brot að barni yngra en 14 ára varðar það fangelsi allt að 10 árum. Ef mökin voru samræði er lágmarksrefsing 2 ára fangelsi og refsihámarkið 15 ára fangelsi. Refsa má með fangelsi allt að 21 ári, ef tilteknar refsihækkunarástæður eru fyrir hendi. Það varðar allt að 5 ára fangelsi að hafa kynmök við barn á aldrinum 14 - 16 ára. Séu refsihækkunarástæður fyrir hendi má dæma í allt að 15 ára fangelsi. Tekið er fram í ákvæðinu að fella megri refsingu niður, ef aðilar eru á svipuðum aldri og þroskastigi. Áður hefur verið gerð grein fyrir sænsku ákvæðunum um nauðgun barna yngri en 15 ára.

Ákvæði 202. gr. hgl. hefur nýlega verið endurskoðað, sbr. lög nr. 14/2002 og lög nr. 40/2003. Refsihámark ákvæðisins um aðra kynferðislega áreitni í 2. mgr. hefur verið óbreytt frá 1992. Í frumvarpi þessu er lagt til að það verði hækkað til samræmis við þá hækkun sem lögð er til á refsihámarki 2. mgr. 200. gr. og 2. mgr. 201. gr. og tengist sú breyting m.a. þeim breytingum sem lagðar eru til á reglum um fyrningu kynferðisbrota gegn börnum. Auk þess eru tvö atriði, sem vert er að kanna með hliðsjón af því hvort frekari breytinga sé þörf á ákvæði 202. gr. Fyrri atriðið varðar 14 ára aldursmarkið í 1. mgr., sem stundum er nefnt kynferðislegur lágmarksaldur, og hitt varðar refsimörk sömu málsgreinar.

Það er álitamál við hvaða aldur á að miða algert bann við kynmökum. Í flestum löndum Evrópu er þessi lágmarksaldur 14, 15 eða 16 ár. Í sumum löndum er lágmarksaldurinn mismunandi eftir því hvort um er að ræða samræði eða önnur kynferðismök. Einnig þekkt að refsimörk séu mismunandi eftir því hver aldur þolanda er. Í dönskum rétti er miðað við 15 ára aldur og í norsku hegningarlögunum er miðað við 14 ár, en sé barn yngra en 16 ára varðar brotið vægari refsingu. Í sænskum rétti er aldursmarkið 15 ár og 16 ár í enskum rétti. Í skýrslu sinni *Heggur sá er hlífa*

DRÖG

skyldi - Skýrsla um kynferðisbrot gegn börnum og ungmennum frá árinu 1997 lagði umboðsmaður barna til að kynferðislegur lágmarksaldur samkvæmt hegningarlögum yrði 16 ár. Við breytingar þær, sem gerðar voru á ákvæði 202. gr. hgl. með lögum nr. 40/2003, var hins vegar ekki fallist á þetta sjónarmið, heldur var lágmarksaldur í 1. mgr. látinn haldast 14 ár, en ákvæði 2. mgr. (nú 3. mgr.) um að tæla börn eða unglinga á aldrinum 14 – 16 ára til kynmaka breytt þannig, að það næði einnig til 16 og 17 ára unglinga. Rannsóknir sýna að unglingar á Íslandi byrja snemma að stunda kynlíf, eða rúmlega 15 ára að meðaltali. Annars staðar á Norðurlöndum er þessi aldur hærri, eða 17 til 18 ár. Hvaða skoðun sem menn kunna að hafa á þessari staðreynd breytir það ekki því, að nauðsynlegt er að taka tillit til þessa veruleika, þegar afstaða er tekin til þess hvernig háttáð verði refsilágvæðum vegna kynferðisbrota gegn börnum. Ef lágmarksaldurinn væri 16 ár væri unnt að ákæra rúmlega 16 ára pilt fyrir að hafa samræði við tæplega 16 ára kærustu sína. Slík aðstaða er ekki viðunandi og getur haft óheppilegar afleiðingar, t.d. hótun um kærú frá foreldrum stúlku, sem ekki sætta sig við samband hennar við piltinn. Með hliðsjón af þessu verður ekki lagt til að aldursmörkin í 1. mgr. 202. gr. verði hækkuð.

Hvað síðara atriðið varðar, þ.e. refsímörk 1. mgr. 202. gr., er lagt til í 10. gr. frumvarpsins að refsihámarkið verði hækkað og verði 16 ára fangelsi. Jafnframt er lagt til að lögfest verði sérstakt refsilágmark, 1 árs fangelsi, en í því felst undantekning frá því almenna sjónarmiði sem lagt er til grundvallar í frumvarpi þessu, að ekki sé lögfest sérstakt refsilágmark í ákvæðum um einstakar brotategundir. Með þessari breytingu verða refsímörk 1. mgr. 202. gr. hin sömu og refsímörk nauðgunarákvæðisins. Með því er lögð áhersla á hve alvarleg þau kynferðisbrot eru sem beinast gegn börnum. Af þeim dómum sem gengið hafa um kynferðisbrot gegn börnum á undanförunum árum má sjá, að refsingar fyrir þessi brot eru að þyngjast. Sú hækkun refsímarka sem hér er lögð til er í samræmi við þá þróun og hefur ekki síst táknræna þýðingu. Nota má almennar refsilækkunarheimildir hegningarlaga, t.d. 74. gr. og 75. gr., til þess að færa refsingu niður fyrir 1 árs refsilágmarkið. Jafnframt er gert ráð fyrir að nýr málsliður bætist við 1. mgr. 202. gr. þess efnis, að lækka megi refsingu eða láta hana falla niður, ef gerandi og þolandi eru á svipuðum aldri og þroskastigi (frjáls refsilækkunarheimild og refsibrottfallsheimild). Slík heimild er nauðsynleg vegna 1 árs refsilágmarksins sem lagt er til að verði lögfest. Í tengslum við umfjöllun um þyngd refsinga fyrir kynferðisbrot gegn börnum er rétt að fram komi að erlendar rannsóknir sýna að gerendur slíkra brota eru oft börn sjálfir. Kynferðisbrot barna eru gjarnan hluti af öðrum vanda, þ.e. vanrækslu barna og eru oft í raun vandi fjölskyldunnar í heild. Það hljóta að gilda önnur sjónarmið gagnvart ungum gerendum en þeim sem eldri eru. Þeir sem starfa að barnaverndarmálum telja að um sé að ræða fjölgun ungra gerenda sem eiga undir barnaverndarlög og hafa sjálfir verið þolendur. Æskilegt er að í slíkum tilvikum vinni refsivörslukerfið, sé því beitt, og barnaverndarkerfið saman. Það er út af fyrir sig ekki hlutverk barnaverndarkerfisins að refsa né refsivörslukerfisins að veita meðferð. Hins vegar er ekki til nein sérhæfð meðferð fyrir unga gerendur hér á landi og þyrfti að huga að því hvort rök séu til þess að taka upp slíka meðferð og hvar ætti að finna henni stað.

Í 3. gr. frumvarps þessa er lagt til að lögfest verði í 195. gr. hgl. sérákvæði um tiltekin atriði sem virða skuli til þyngingar þegar refsing er ákveðin fyrir nauðgun skv. 194. gr. Ekki er lagt til að lögfest verði samsvarandi ákvæði um refsipýngingarástæður í tengslum við kynferðisbrot gegn börnum. Rökin fyrir því eru eftirfarandi: Í frumvarpinu er lagt til að refsímörk fyrir kynferðisbrot gegn börnum yngri en 14 ára verði þyngd verulega, þ.e. í fangelsi frá 1 ári og allt að 16 árum í stað fangelsis í 30 daga og allt að 12 árum eins og nú er. Almenn lagaákvæði um refsipýngingarástæður og refsihækkunarástæður eiga að sjálfsögðu við hér eins og um önnur brot

DRÖG

og duga til þyngingar innan hinna víðtæku refsimarka sem hér er lagt til að lögfest verði. Ákvæði 194. gr. um nauðgun á við hver sem aldur þolanda er. Í frumvarpinu er hvatt til þess að þessu ákvæði verði beitt í ríkari mæli en nú er gert þegar börn eru þolendur samræðis eða annarra kynferðismaka. Þar með myndi ákvæði 3. gr. frumvarpsins um refsíþyngingarástæður einnig eiga við um brot gegn börnum. Af framansögðu er ljóst að ekki er þörf á frekari ákvæðum um refsíþyngingarástæður þegar kynferðisbrot beinast að börnum. Hins vegar er lagt til að lögfest verði í 1. mgr. 202. gr. nýr málslíður um refsilækkun og refsibrottfall, eins og áður hefur komið fram.

5. Fyrning sakar

Þegar rætt er um fyrningu í refsirétti er tvennt til. Annars vegar er það fyrning sakar og hins vegar fyrning dæmdrar refsingar og annarra viðurlaga. Fyrning sakar er refsilokaástæða, þ.e. refsíábyrgð stofnast vegna framans afbrots en fellur niður vegna atviks sem kemur til eftir á, þ.e. vegna fyrningar, og leiðir það til sýknu í dómsmáli. Raunhæft er að fjalla um fyrningu sakar í tengslum við kynferðisbrot gegn börnum. Það kann að virðast óásættanlegt að brotamenn geti komist hjá sakfellingu og refsingu fyrir slíkt afbrot aðeins vegna þess að langur tími er liðinn frá því að brotið var framið. Ýmis rök eru þó færð fram fyrir því almennt að eðlilegt sé að sakir fyrnist (sjá nánar: Jónatan Þórmundsson: Viðurlög við afbrotum (1992), bls. 301-302). Þau helstu sem átt geta við varðandi kynferðisbrot gegn börnum eru þessi:

- 1) Eftir því sem lengri tími líður frá afbroti því erfiðara er fyrir ákærvaldið að sanna það. Sönnunargögn glatast og menn muna atburði verr eftir því sem lengra er um liðið frá því að þeir gerðust. Einnig verður staða sökunauts til að verja sig erfiðari.
- 2) Refsivörslukerfið, þ.e. rannsóknaraðilar, ákærvald og dómstólar, þurfa aðhald til þess að reka mál með eðlilegum og nægilegum hraða.
- 3) Eftir því sem tíminn líður dregur úr refsíþörf. Þótt fæstir hafi samúð með kynferðisbrotamönnum verður samt að líta til þess að það er mjög þungbært fyrir einstakling og fjölskyldu hans að geta endalaust, jafnvel eftir marga áratugi, átt von á því að gamlar syndir kollvarpi lífi þeirra. Þetta á einkum við ef hinn brotlegi hefur séð að sér og ekki brotið af sér frekar.

Í IX. kafla hgl. nr. 19/1940 eru ákvæði um fyrningu sakar. Þeim var breytt með lögum nr. 20/1981. Í greinargerð með frumvarpi til þeirra laga kom fram það sjónarmið, að öll brot ættu að vera fyrnanleg nema alveg sérstök gagnrök kæmu fram. Með lögnum urðu fleiri brot en áður fyrnanleg og því gildir nú sú regla, að öll brot fyrnast nema þau sem geta varðað ævilöngu fangelsi. Var sú stefna mótuð með lögnum að fækka ófyrnanlegum brotum með því að afnema ævilangt fangelsi sem refsihámark í nokkrum ákvæðum hegningarlagna og eru þau brot sem ekki geta fyrnst því örfá. Í þessu sambandi má minna á að ævilangt fangelsi var afnumið sem refsing fyrir nauðgun með lögum nr. 40/1992. Hér má einnig geta þess að í Danmörku og Finnlandi gildir sama regla og hér, þ.e. þau brot geta ekki fyrnst sem varða þyngstu refsingu sem heimilt er að beita, þ.e. ævilöngu fangelsi. Í Noregi og Svíþjóð fyrnast þau brot sem varða þyngstu lögleyfðu refsingu á 25 árum.

Í 81. gr. hgl. eru ákvæði um á hve löngum tíma sök fyrnist (fyrningarfrestitir). Sök fyrnist á 2, 5, 10 eða 15 árum og fer lengd fyrningarfrestsins eftir því hve þung hámarksrefsing liggur við broti. Í ákvæðunum um kynferðisbrot (194. – 202. gr.) kemur fram að þyngsta refsing fyrir einstök brot er frá 2 ára fangelsi (lægsta hámarksrefsing) og allt að 16 ára fangelsi (hásta hámarksrefsing). Sök vegna þessara brota fyrnist því á 5, 10 eða 15 árum, sbr. 81. gr. hgl., sbr. 1. gr. laga nr.

DRÖG

63/1998. Í 82. gr. hgl. eru ákvæði um það hvenær fyrningarfresturinn fer að líða (upphaf fyrningarfrests). Meginreglan er sú að fyrningarfrestur telst frá þeim degi þegar refsiverðum verknaði eða refsiverðu athafnaleysi lauk. Þessi regla getur verið mjög óhagstæð fyrir barn sem verður fyrir kynferðisbroti. Vel er hugsanlegt að fyrningarfrestur sé liðinn þegar barnið hefur náð þeim þroska sem nauðsynlegur er til þess að gera sér grein fyrir eðli háttseminnar sem það varð að þola. Einnig er hætta á að börn hafi takmarkaða möguleika á að kæra brot sem að þeim beinast. Umboðsmaður barna benti á þetta í skýrslu sinni „Heggur sá er hlífa skyldi“ og lagði til að kynferðisbrot gegn börnum yrðu ófyrnanleg eða tekinn yrði upp sérstakur fyrningarfrestur varðandi þessi brot, t.d. 25 ár. Þegar fyrningarreglum hegningarlagna var breytt með lögum nr. 63/1998 var sett sérregla um upphaf sakfyrningarfrests vegna brota gegn 194. gr. – 202. gr. til þess að koma til móts við þetta sjónarmið. Nýjum málslið, 2. ml., var bætt við 1. mgr. 82. gr. og kemur þar fram, að fyrningarfrestur vegna brota gegn 194. gr. – 202. gr. telst ekki hefjast fyrr en á þeim degi þegar brotþoli nær 14 ára aldri. Fyrningarfrestur vegna þessara brota telst því frá þeim degi er refsiverðum verknaði lauk, nema brotþoli hafi þá ekki náð 14 ára aldri og þá telst fresturinn frá þeim degi þegar barnið nær þeim aldri. Samkvæmt þessu er brotþoli orðinn 19, 24 eða 29 ára þegar brotið fyrnist og var talið að þá hefði hann náð nægum þroska til að gera sér grein fyrir brotinu og hefði jafnframt haft möguleika á að kæra það.

Að undanfögnu hefur komið fram það sjónarmið að breytingarnar frá 1998 hafi verið ófullnægjandi og kynferðisbrot gegn börnum ættu að vera ófyrnanleg. Lagt hefur verið fram frumvarp á Alþingi þess efnis að sök vegna brota gegn ákvæðum 194. gr. – 202. gr. hgl. fyrnist ekki þegar þolandi er barn yngra en 14 ára (sjá nú þskj. 209, 132. löggjafarþing 2005-2006, 209. mál). Refsiréttarnefnd fékk frumvarp þessa efnis til umsagnar í mars 2004. Tók hún undir þá forsendu frumvarpsins að hið sérstaka eðli kynferðisbrota skv. 194. gr. – 202. gr. sem beinast að börnum yngri en 14 ára réttlæti sérreglur um fyrningar. Taldi nefndin að komið hefði verið til móts við þau sjónarmið með áðurnefndri lagabreytingu frá 1998 og ekki væri tilefni til þess að gera grundvallarbreytingu á sama réttaratriði aðeins 6 árum eftir breytingarnar, enda hefði ekki nægilega á það reynt hvort reglan hefði leyst úr þessum vanda.

Sjónarmiðin að baki kröfunni um að kynferðisbrot gegn börnum skuli vera ófyrnanleg eiga fullan rétt á sér. Hitt er annað mál hvort rétt sé að koma til móts við þau sjónarmið með því að leggja til að brotin verði ófyrnanleg. Þvert á móti má færa fyrir því ýmis rök að kynferðisbrot gegn börnum skuli fyrnast, eins og allflest önnur brot, og koma sum þeirra einnig fram í áðurnefndu álitni refsiréttarnefndar frá 30. mars 2004. Þau helstu eru þessi:

1) Lagaákvæði sem mælir fyrir um að tiltekin brot geti ekki fyrnst er í ósamræmi við réttarþróun hér á landi síðastliðna áratugi og réttarþróun annars staðar á Norðurlöndum, þar sem stefnan hefur verið sú að fækka ófyrnanlegum brotum.

2) Regla um að kynferðisbrot gegn börnum fyrnist ekki væri í ósamræmi við þá grundvallarreglu almennra hegningarlaga að einungis brot sem varða ævilöngu fangelsi séu ófyrnanleg.

3) Kynferðisbrot eru alvarleg afbrot, bæði út frá siðferðilegum mælikvarða og refsiréttarlegum. Það verður þó ekki horft fram hjá því að þau eru misalvarleg frá sjónarhóli refsiréttar. Það þarf ekki annað en líta á refsihámark fyrir einstakar brotategundir þeirra til að það sé ljóst. Nauðgun er augljóslega alvarlegra brot en káf utan klæða. Það væri mjög óeðlilegt að þessi tvö brot fyrntust á sama tíma, hvað þá að hið vægara þeirra væri ófyrnanlegt.

4) Þau rök sem nefnd voru hér í upphafi því til stuðnings að brot skuli fyrnast eiga einnig við sem rök gegn því að kynferðisbrot gegn börnum verði ófyrnanleg.

DRÖG

5) Reglum um fyrningu kynferðisbrota gegn börnum hefur nýlega verið breytt og því er reynslan af þeim ákvæðum ekki mikil. Óheppilegt er að slík grundvallarlög á sviði refsiréttar sem hegningarlögin eru, og ekki síst hinn almenni hluti þeirra, sæti tíðum breytingum. Slíkt ætti ekki að eiga sér stað nema nýleg breytingalög hafi reynst gölluð eða um sé að ræða breytt mat löggjafans á þeim forsendum sem liggja til grundvallar lagasetningunni.

Telja verður þung og veigamikil rök fyrir því að kynferðisbrot gegn börnum lúti þeim almennu reglum og sjónarmiðum sem almenn hegningarlög byggjast á. Því er ekki unnt að mæla með því að þessi brot verði ófyrnanleg. Það væri algerlega úr samhengi við réttarþróun héraendis og í nágrannalöndunum og þvert á þá hugsun sem liggur til grundvallar reglum íslensks refsiréttar um fyrningu sakar. Þar að auki er algerlega óraunhæft að ætla að unnt sé að færa fram nægilega sönnun sem ekki verði vefngd með skynsamlegum rökum um hvert það atriði sem varðar sekt sakbornings, sbr. 46. gr. laga um meðferð opinberra mála nr. 19/1991, þegar áratugir eru liðnir frá framningu brots. Regla um að kynferðisbrot gegn börnum séu ófyrnanleg myndi því litlu sem engu skila í þá átt að fjölga dómum fyrir slík brot. Þá er umræða um kynferðisbrot orðin mun meiri og upplýstari nú en var fyrir fáum árum og það mun stuðla að því að þolendur þeirra kæri þau fyrr, en byrgi ekki inni reynslu sína árum og áratugum saman.

Enda þótt fyrningarreglum hegningarlaga varðandi kynferðisbrot gegn börnum hafi verið breytt fyrir aðeins 8 árum og til þess að koma enn frekar til móts við þau veigamiklu rök sem mæla með því að sérstakt tillit sé tekið til séreðlis þessara brota er lagt til í frumvarpi þessu að breytingar verði gerðar á fyrningarreglum varðandi kynferðisbrot gegn börnum. Breytingar þessar eru tvíþættar. Í fyrsta lagi er lagt til að 14 ára aldursmarkinu í 2. ml. 1. mgr. 82. gr. hgl., sbr. 2. gr. laga nr. 63/1998, verði breytt í 18 ár. Er það sama aldursmark og í dönsku, norsku, sænsku og þýsku hegningarlögunum. Í öðru lagi er lagt til að refsihámark fyrir kynferðislega áreitni gagnvart börnum verði hækkað um 2 ár. Það leiðir til þess að fyrningarfrestrir fyrir þau brot sem bitna á yngstu börnunum, þ.e. yngri en 16 ára, munu lengjast. Verði tillaga þessi að lögum munu brotin fyrnast á 10 árum í stað þess að fyrnast á 5 árum eins og þau gera samkvæmt núgildandi lögum, og það frá 18 ára aldri í stað 14 ára eins og nú er.

V.

Vændi, 206. gr. hgl.

1. Núgildandi ákvæði

Í 206. gr. hgl., sbr. 13. gr. laga nr. 40/1992, er ákvæði um refsíabyrgð vegna vændis. Þeirri háttsemi sem lýst er refsiverðri í ákvæðinu má skipta í tvennt. Í fyrsta lagi er það sú hegðun að stunda vændi sér til framfærslu, sbr. 1. mgr. 206. gr. og í öðru lagi er það hagnýting vændis, sbr. 2. - 5. mgr. 206. gr. Við lagabreytinguna árið 1992 var ákvæðið gert ókynbundið, þannig að það tekur jafnt til háttsemi karla og kvenna. Seljandi vændis getur því verið hvort sem er kona eða karl og hið sama gildir um kaupandann. Þannig á ákvæðið jafnt við um vændi gagnkynhneigðra sem samkynhneigðra. Ásetningur er sagnæmisskilyrði skv. 206. gr., sbr. 18. gr. hgl.

a) Að stunda vændi sér til framfærslu

Samkvæmt 1. mgr. 206. gr. hgl. varðar það fangelsi allt að 2 árum að stunda vændi sér til framfærslu. Refsilágmarks er ekki getið í ákvæðinu, og gildir því hið almenna ákvæði í 34. gr. hgl. um 30 daga fangelsi sem lágmarksrefsingu. Ákvæði 1. mgr. 206. gr. er efnislega samhljóða eldra ákvæði að öðru leyti en því að þar var talað um lauslæti. Hugtakið vændi kom fyrst inn í

DRÖG

Íslensk lög með breytingalögum árið 1992. Hvorugt hugtakið, lauslæti eða vændi, eru skilgreind í lögum eða greinargerð með þeim. Við skilgreiningu á hugtakinu vændi má leggja til grundvallar almenna málvenju, þannig að vændi feli það í sér að annar aðilinn þiggi greiðslu af hinum fyrir kynferðisathafnir, þ.e. samræði eða önnur kynferðismök sín á milli. Ekki skiptir máli hvort greiðslan er peningar eða önnur verðmæti. Vændi er ekki refsivert nema gerandi stundi það sér til framfærslu. Það er því ekki nægilegt til refsinaemis að hafa kynmök gegn borgun í eitt eða nokkur skipti. Þessi háttsemi þarf að hafa verið stunduð í það ríki mæli að endurgjald fyrir hana sé verulegur hluti af framfærslu geranda, hvort sem það er eina tekjulind hans eða aðaltekjulind eða a.m.k. það umfangsmikil að það muni verulega um það endurgjald sem fæst fyrir vændið í framfærslu hans. Vændi er því ólögleg og refsiverð leið til framfærslu.

Það er ljóst að til þess að vændi fari fram þarf tvo til, kaupanda og seljanda. Þegar refsiverður verknaður er þannig fólgin í tilverknaði tveggja manna er talað um *concursum necessarius*, þ.e. brotið er rökrænt séð fólgið í tilverknaði tveggja einstaklinga. Er þá ýmist farin sú leið í lögum að verknaður beggja er lýstur refsiverður í ákvæði eða aðeins er getið um verknað annars en ekki minnst á verknað hins. Í slíkum tilvikum er gagnályktað frá ákvæðinu á þann hátt að verknaður þess sem ekki er minnst á sé refsilaus. Það á við hér um 206. gr. Þáttur þess sem kaupir þjónustuna er refsilaus. Ekki hefur reynt á ákvæði 1. mgr. 206. gr. fyrir Hæstarétti, en haustið 2003 féll dómur í héraðsdómi Reykjaness þar sem kona var dæmd í þriggja mánaða skilorðsbundið fangelsi og 500.000 kr. sekt fyrir að hafa stundað vændi sér til framfærslu.

Í 209. gr. hgl. er ákvæði um brot gegn blygðunarsemi. Þar kemur fram að særi maður blygðunarsemi manna með lostugu afhæfi eða sé til opinbers hneykslis varði það fangelsi allt að 4 árum, en allt að 6 mánuðum eða sektum ef brot er smávægilegt. Hugsanlegt er að þetta ákvæði gæti átt við um götuvændi.

b) Hagnýting vændis

Samkvæmt 2. - 5. mgr. 206. gr. er ýmis konar hagnýting vændis refsiverð. Í þessum hluta 206. gr. er að vísu ekki notað hugtakið vændi um háttsemina heldur eldra hugtakið, lauslæti. Sú háttsemi sem lýst er refsiverð í 2. - 5. mgr. 206. gr. er unnin að meginstefnu til í hagnaðarskyni. Þetta eru ákvæði um refsingu þeirra manna sem hafa milligöngu um að aðrir stundi vændi.

Í fyrsta lagi er refsivert að hafa atvinnu eða viðurværi sitt af lauslæti annarra, sbr. 2. mgr. 206. gr. Þessu ákvæði er beint gegn svonefndum vændismíðlurum („melludólgum“) og er ætlunin að koma í veg fyrir að þeir geti hagnast á lauslæti annarra. Einnig er ætlunin að koma í veg fyrir að slíkir miðlarar geti gert einstaklinga persónulega háða sér og jafnvel beitt til þess ofbeldi og hótunum. Það er ekki skilyrði að sá sem lifir af vændi annars sé virkur í skipulagningu þess eða framkvæmd. Það eitt að taka á móti peningum sem aflað er með vændi í þeim mæli að maður hafi viðurværi sitt af því er refsivert, jafnvel þótt móttakandi sé á móti vændinu. Skilyrði er þó auðvitað að móttakandi viti hvernig peninganna er aflað, því að ásetningur er saknæmisskilyrði skv. 206. gr. Í héraðsdómi Reykjaness sem áður er nefndur var sambýlismaður konunnar dæmdur í 6 mánaða skilorðsbundið fangelsi fyrir brot gegn þessu ákvæði.

Í öðru lagi er refsivert að ginna, hvetja eða aðstoða ungmenni, yngra en 18 ára, til þess að hafa viðurværi sitt af lauslæti, sbr. 3. mgr. 206. gr. Þetta ákvæði er efnislega samhljóða eldra ákvæði. Í greinargerð með því sagði, að þarna væri um að ræða verknað sem miðar að því að spilla siðferði

DRÖG

barna og unglunga (Alþingistíðindi 1939, A-deild, bls. 389). Þessi verknaður er refsiverður þótt hann sé ekki framinn í ávinningskyni.

Í þriðja lagi er refsivert að stuðla að flutningi nokkurs manns úr landi eða til landsins í því skyni að hann hafi viðurværi sitt af lauslæti, ef viðkomandi er yngri en 21 árs eða honum er ókunnugt um þennan tilgang fararinnar, sbr. 4. mgr. 206. gr. Hér er um tvenns konar tilvik að ræða. Annars vegar að hafa milligöngu um það að maður yngri en 21 árs flytjist á milli landa til þess að hafa viðurværi sitt af lauslæti. Aldursmörkin 21 árs eru óbreytt frá því sem var í lögnum 1940, en þegar þau voru sett varð fólk lögráða 21 árs. Nú verða unglingar lögráða 18 ára, sbr. 1. gr. lögræðisлага nr. 71/1997. Ekki skiptir máli hvort unglingnum var kunnugt um tilgang fararinnar. Því myndi samþykki hans ekki leysa milligöngumann undan refsingu. Hins vegar er refsivert samkvæmt þessari málsgrein að hafa milligöngu um flutning manns sem er orðinn 21 árs úr landi eða til landsins til þess að hann hafi viðurværi sitt af lauslæti, ef honum er ókunnugt um þennan tilgang fararinnar. Ef honum er kunnugt um tilgang fararinnar er verkið refsilaust.

Í fjórða lagi er refsivert að stuðla að því með ginningum, hvatningum eða milligöngu að aðrir hafi holdlegt samræði eða önnur kynferðismök gegn greiðslu eða gera sér lauslæti annarra að tekjulind, svo sem með útleigu húsnæðis eða öðru, sbr. 5. mgr. 206. gr. Í þessu ákvæði er útleiga húsnæðis nefnd sem dæmi um það að gera sér lauslæti annarra að tekjulind. Fjórir dómar hafa gengið í Hæstarétti þar sem sakfelld var fyrir brot gegn þessu ákvæði. Eru þeir allir frá 6. áratugnum að einum undanskildum, sem er frá árinu 1990.

Refsing fyrir þessa milligöngu alla í 2. - 5. mgr. 206. gr. er fangelsi frá 30 dögum og allt að 4 árum. Refsihámarkið er hærra en fyrir það að stunda vændi. Með því er löggjafinn að leggja áherslu á að í milligöngunni felst misnotkun á félagslegri, andlegri eða líkamlegri neyð annarrar manneskju einkum í hagnaðarskyni. Brot gegn 5. mgr. 206. gr. varðar þó fangelsi allt að 1 ári, ef málsbætur eru.

c) Ítrekun

Í 208. gr. hgl. er ákvæði um ítrekunarheimild. Hafi maður sem sekur er um brot gegn 206. gr. áður verið dæmdur sekur um brot gegn því ákvæði eða til fangelsisrefsingar fyrir auðgunarbrot hefur sá dómur ítrekunaráhrif varðandi refsingu fyrir nýja brotið gegn 206. gr., þannig að hækka má refsingu um allt að helmingi hennar. Hér er um að ræða refsihækkunarástæðu. Til þess að eldri dómurinn hafi þessi áhrif verður ítrekunarskilyrðum 71. gr. hgl. að vera fullnægt.

2. Kaup og sala vændis

Þegar breytingar voru gerðar á ákvæðum almennra hegningarlaga um kynferðisbrot árið 1992 urðu umræður á Alþingi um það hvaða afstöðu löggjafinn skyldi taka til vændis og hvort rétt væri að refsa fyrir það að stunda vændi sér til framfærslu. Allsherjarnefnd þingsins klofnaði í afstöðu sinni til málsins og taldi meirihlutinn að háttsemin ætti áfram að vera refsiverð (Alþingistíðindi 1991-92, A-deild, bls. 5043), en minnihlutinn var á öndverðri skoðun (Alþingistíðindi 1991-92, A-deild, bls. 5084). Þeir þingmenn sem vildu afnema ákvæðið nefndu einkum þau rök að vændi stunduðu flestir í mikilli neyð, t.d. í tengslum við fíkniefnaneyslu, refsineymi háttseminnar myndi draga úr líkum á því að gerendur kærðu kynferðislegt ofbeldi

DRÖG

vegna hættu á að koma upp um starfsemi sína og óeðlilegt væri að refsa aðeins seljanda vændis en ekki kaupanda. Niðurstaðan varð sú að ákvæði um refsineymi háttseminnar var áfram í lögum.

Undanfarinn áratug hefur vændi verið mjög til umfjöllunar hérlendis. Fyrir því eru ýmsar ástæður. Er þar helst að nefna að vændi er mun sýnilegra og aðgengilegra nú en áður var. Í því sambandi má benda á netvæðingu og aðra hnattvæðingu og þá kynlífsvæðingu sem henni fylgir, markaðsvæðingu kynlífs, innflutning stúlkna frá fátækum löndum til að starfa á nektardansstöðum, almennari fíkniefnaneyslu ungs fólks og djarfari og óheflaðri umfjöllun almennt um kynferðismál í fjölmiðlum, t.d. í auglýsingum. Á árunum 2000–2002 birtust þrjár skýrslur um vændi, unnar á vegum dómsmálaráðuneytisins. Fjölluðu þær um löggjöf um vændi og klám á Íslandi og annars staðar á Norðurlöndum, vændi og félagslegt umhverfi þess og leiðir til úrbóta varðandi klám og vændi. Rannsóknir þessar leiddu í ljós að vændi fyrirfinnst hérlendis í ýmsum myndum, ekki síst vændi unglinga í vímuefnaneyslu og vændi í tengslum við nektardansstaði. Árið 2003 birtist síðan rannsóknin *Kynlífsmarkaður í mótun*, sem unnin var á vegum Reykjavíkurborgar, en þar er kynlífsmarkaðurinn kannaður út frá viðskiptasjónarmiðum með því að athuga þá starfsemi sem fram fer á yfirborðinu. Fyrir utan þessar rannsóknir hafa fáar rannsóknir verið gerðar á vændi á Íslandi. Upplýsingar um umfang þess eru því mjög takmarkaðar.

Á sama tíma og ofangreindar skýrslur birtust var nokkrum sinnum lagt fram á Alþingi frumvarp til laga um breytingar á 206. gr. hgl. og fjallaði sú mikilvægasta og umdeildasta þeirra um að taka upp sænsku leiðina svonefndu, þ.e. að lögfesta ákvæði um refsineymi þess að þiggja kynlífsþjónustu gegn gjaldi. Jafnframt var gert ráð fyrir að vændi stundað til framfærslu yrði ekki lengur refsivert. Frumvörp þessi, sem mikið voru rædd í samfélaginu, náðu ekki fram að ganga. Haustið 2004 skipaði dómsmálaráðherra starfshóp til þess m.a. að kynna sér reynslu af mismunandi löggjöf um vændi í Evrópu, einkum reynslu Svía. Ljóst er að mjög skiptar skoðanir eru um það, bæði hér á landi og erlendis, hvaða leiðir séu bestar til þess að ná árangri í baráttunni gegn vændi. Einhugur ríkir þó um að refsivert eigi að vera að hafa milligöngu um eða hagnýta sér vændi annarra. Slík ákvæði höfum við nú þegar í lögum, sbr. 2. – 5. mgr. 206. gr. hgl. Enginn ágreiningur er heldur um að vændi og hvers konar kynlífsathafnir gagnvart börnum og unglingum, svo og mansal eigi að vera refsivert. Um það höfum við einnig ákvæði í hegningarlögum, og það nýleg, sjá 4. mgr. 202. gr. hgl., sbr. 1. gr. laga nr. 14/2002 og 227. gr. a hgl., sbr. 5. gr. laga nr. 40/2003. Ágreiningurinn er um það hvernig taka eigi á atferli þessara tveggja fullorðnu einstaklinga, seljanda kynlífs og kaupanda.

a) *Sala vændis*

Sala kynlífs, nánar tiltekið að stunda vændi sér til framfærslu, hefur lengi verið refsiverð á Íslandi. Eru Íslendingar nú orðin eina Norðurlandþjóðin sem hefur ákvæði um refsineymi slíkrar hegðunar í löggjöf sinni. Efast má um að þetta ákvæði eigi lengur rétt á sér, hafi það einhvern tíma átt það. Þar kemur tvennt til. Í fyrsta lagi má segja að það sé vafasamt að það sé í samræmi við nútímaviðhorf að refsa fyrir sölu kynlífs, þegar báðir aðilar eru fullorðnar manneskjur sem vita hvað þær eru að gera og háttsemin fer fram með fullu samþykki og vilja beggja. Þessi afstaða byggir á því sjónarmiði að vændi eigi að vera frjáls og viljabundin athöfn út frá viðskiptalegu sjónarmiði. Fólki eigi að vera frjálst að selja líkama sinn til kynlífs á sama hátt og það selur vinnu sína, líkamlega sem andlega. Í öðru lagi er það sjónarmið, sem vegur mun þyngra, að þeir sem hafi viðurværi sitt af sölu kynlífs séu í flestum tilvikum illa settir andlega, líkamlega og félagslega. Þeir séu yfirleitt þolendur sjálfir, t.d. vegna fátæktar, fíkniefnaneyslu eða

DRÖG

kynferðislegrar misnotkunar (samkvæmt upplýsingum Stígamóta hafa 65% – 85% kvenna sem stunda vændi orðið fyrir einhvers konar kynferðislegu ofbeldi). Þessi afstaða byggist á því sjónarmiði að vændi tengist alltaf neyð og því sé nær að veita seljanda félagslega, læknisfræðilega og fjárhagslega aðstoð í stað þess að refsast honum.

Í skýrslu nefndar dómsmálaráðherra, sem falið var að gera tillögur um úrbætur vegna kláms og vændis, frá 16. apríl 2002, kemur fram að nefndin telur að afnema eigi ákvæði 1. mgr. 206. gr. hgl., þannig að sala á kynlífi verði refsilaus. Tekur nefndin fram að þótt sala á kynlífi yrði gerð refsilaus sé alls ekki verið að hvetja til háttseminnar eða lögleiða vændi. Markmiðið sé þvert á móti að hjálpa einstaklingum sem hafa mátt þola erfiðar aðstæður, í stað þess að refsast þeim. Þeir þurfa þá ekki lengur að óttast málshöfðun ef þeir ákveða að kæra ofbeldisverk sem að þeim hafa beinst, þeir verða líklegri til að bera vitni í málum gegn vændismiðlurum og viljugri til að leita sér aðstoðar bæði hjá félagsþjónustu og heilbrigðiskerfi. Með það sjónarmið í huga er hér lagt til að ákvæði 1. mgr. 206. gr. hgl. um refsinámi þess að stunda vændi sé til framfærslu verði afnumið. Þess í stað verði lögfest nýtt ákvæði í 5. mgr. 206. gr. um refsinámi þess að bjóða fram, miðla eða óska eftir kynmökum við annan mann gegn greiðslu sé það gert með opinberri auglýsingu. Ákvæði 209. gr. um brot gegn blygðunarsemi gæti átt við þegar um er að ræða götuvændi. Þessi tvö ákvæði geta þá komið til móts við það sjónarmið að vændi geti orðið sýnilegra en nú er, verði ákvæði 1. mgr. 206. gr. afnumið.

b) Kaup vændis

Með lögum nr. 408/1998 om förbud mot köp af sexuella tjänster var lögfest í Svíþjóð ákvæði um refsinámi þess að kaupa kynlífsþjónustu (oft nefnt sænska leiðin). Vorið 2005 var ákvæði laganna flutt í hegningarlögin um leið og ákvæðum um kynferðisbrot var breytt, sbr. 6. kap. 11. §. Rannsóknir sýna að í kjölfar gildistöku laganna árið 1999 dró úr götuvændi í Svíþjóð. Skiptar skoðanir eru hins vegar um hvort dregið hafi úr vændi þegar á heildina er litið. Þannig er ekki vitað hvort lagasetningin hefur orðið til þess að dulið vændi hafi aukist eða ekki. Erfitt er að meta umfang dulins vændis, m.a. vegna þess að það fer fram innanhúss. Þá hefur aukin notkun farsíma og netsins stuðlað að því að gera vændið ósýnilegra. Fræðimenn í Danmörku, Noregi og Svíþjóð hafa gagnrýnt að ekki hefur verið gerð heildarrannsókn á því hvernig sænsku lögin hafa reynst og hvort markmið þeirra um að draga úr vændi hafi náðst (sjá *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab, nr. 1, mars 2005*). Um það er í raun ekkert vitað.

Á öllum Norðurlöndunum hefur verið kannað hvort fara eigi að dæmi Svía og lögfesta ákvæði um refsinámi þess að kaupa kynlíf. Í desember 2004 ákvað norska ríkisstjórnin að taka ekki upp sænsku leiðina. Ákvörðun sína tók hún á grundvelli skýrslu frá 8. október 2004 sem unnin var af vinnuhópi sem kannaði lagareglur um kaup á kynlífsþjónustu í Svíþjóð og Hollandi (*Sexköp i Sverige og Nederland – reglering og erfaringer. Rapport fra arbeidsgruppe om rettslig regulering av kjøp av seksuelle tjenester*) og er skýrslan nýjasta úttektin á stöðu mála í Svíþjóð. Ekki eru uppi áform í Danmörku um að taka upp sænsku leiðina og bæði þar í landi og í Noregi er lögð áhersla á að taka á vandamálinu með félagslegum aðgerðum. Dómsmálaráðherra Finnlands hefur lagt fram á þingi frumvarp þess efnis að gera kaup á kynlífi refsiverð að sænskri fyrirmynd en óvíst er um afdrif þess.

Helstu kostir og gallar þess að leggja refsingu við kaupum á vændi eru eftirfarandi.

Kostir:

DRÖG

1. Seljandi vændis er illa settur félagslega og neyðist til að selja líkama sinn, en kaupandi vændis á þar val. Aðstöðumunur aðila er því mikill. Líkami fólks á ekki að vera söluvara. Það eru því sterk siðferðileg skilaboð til samfélagsins að slík háttsemi sé refsiverð.
2. Refsiákvæði um vændiskaup munu hafa almenn varnaðaráhrif sem leiða til þess að eftirspurn eftir vændi minnkar og síðan mun framboðið minnka í kjölfarið.
3. Ef eftirspurn eftir vændi minnkar mun einnig draga úr mansali.
4. Kaupandi vændis sem til stendur að ákæra er viljugri til að bera vitni gegn vændismiðlara, ef þess er kostur að tekið verði tillit til samstarfsvilja hans við ákvörðun refsingar, sbr. 9. tl. 70. gr. hgl.

Gallar:

1. Ekki er komin næg reynsla af sænsku löggjöfinni, heildarrannsóknir á áhrifum hennar hafa ekki farið fram og því er ekki ljóst hvort hún hefur haft almenn varnaðaráhrif.
2. Þótt dregið hafi úr götuvændi í Svíþjóð eru vísbendingar um að vændi hafi færst í undirheimana með þeim afleiðingum að erfiðara er að hafa eftirlit með því og veita þeim sem stunda vændi félagslega aðstoð. Staða vændismiðlara getur styrkst, m.a. vegna þess að kaupendur vændis verða ófúsari til að bera vitni gegn þeim og koma þar með upp um sjálfa sig.
3. Þótt mansal dragist saman í einu landi getur það þýtt samsvarandi aukningu í öðru landi. Engin lausn er að flytja vandann til annarra landa heldur þarf samstillt átak þjóða til þess að taka á honum.

Þær takmörkuðu rannsóknir sem farið hafa fram hér á landi benda til þess að vændi sé ekki síst að finna á meðal barna á aldrinum 13 – 18 ára. Þetta eru oft börn sem eru í vímuefnaneyslu, hafa verið misnotuð kynferðislega og standa félagslega höllum fæti. Þá virðist vændið vera stundað bæði af stúlkum og piltum. Reynsla þeirra sem starfa með þolendum kynferðisbrota bendir í sömu átt, þ.e. að vændið sé talsvert, einkum meðal barna og unglunga. Rannsóknir sýna einnig að stór hluti vændismarkaðarins er neðanjarðar, enda alkunnugt að götuvændi tíðkast tæpast. Aðstæður hér eru því aðrar en í Svíþjóð þegar refsiákvæðið um vændiskaup var lögfest þar. Erfitt er að fullyrða nokkuð um hver almenn varnaðaráhrif lögfesting sænsku leiðarinnar mundi hafa, enda er ekkert vitað um það hverjir eru kaupendur vændis á Íslandi. Hugsanlega fælir sænska leiðin frá þá kaupendur sem talist geta „venjulegir viðskiptavinir“, þ.e. þeir sem kaupa þjónustu vændiskvenna sjaldan og stundum nánast fyrir tilviljun. Hins vegar er vafasamt að hún hafi áhrif á þá ofbeldisfyllri, sem hafa sterkari vilja til háttseminnar.

Með hliðsjón af ofanskráðu er ljóst að ýmis sannfærandi rök hafa verið færð fram bæði með og á móti því að lögfesta hér refsiákvæði um vændiskaup. Lagabreytingar verða að taka mið af þjóðfélagsviðhorfum og aðstæðum hverju sinni. Því er nauðsynlegt að frekari rannsóknir fari fram á vændi á Íslandi, umfangi þess og eðli og hvernig best sé að taka á því áður en lagðar eru til lagabreytingar í ætt við þá sem gerð var í Svíþjóð. Þá er það einnig verðugt rannsóknarefni hvað ræður því að vændi er svo lítt til meðferðar í réttarvörslukerfinu, ekki síst í ljósi þess að vitað er að það er stundað hér í einhverjum mæli. Það eru líka til önnur úrræði og væntanlega mun áhrifaríkari til að draga úr vændi en að refsa kaupendum þess. Refsing hefur í sjálfu sér aldrei verið heppileg leið til að leysa félagslegan vanda og ef aðrar leiðir eru færar á frekar að velja þær. Það þarf að finna orsök vandans og reyna að koma í veg fyrir að fólk leiðist út í vændi. Börn og unglingar sem sæta kynferðislegu ofbeldi, vanrækslu eða annarri misbeitingu eru áhættuhópur sem reynslan sýnir að getur orðið þolendur vændis, bæði sem seljendur og kaupendur. Markaðsvæðing kynlífs eykur líkur á að slíkir áhættuhópar byrji að stunda vændi. Því þarf að

DRÖG

leggja áherslu á forvarnir, reyna að vernda þessi börn og unglínga, taka á starfsemi nektardansstaða og næturklúbba og vinna gegn þeim viðhorfum til kynlífs sem þeir standa fyrir. Ekki er ólíklegt að með jákvæðri og heilbrigðri fræðslu og upplýsingum um kynlíf megi breyta viðhorfi í þjóðfélaginu og draga úr eftirspurn eftir vændi. Með hliðsjón af framansögðu verður því ekki lagt til í frumvarpi þessu að lögð sé refsing við kaupum á vændi.

VI. Helstu nýmæli

1. Lagt er til að hugtakið nauðgun verði rýmkað mjög frá því sem nú er. Gert er ráð fyrir að önnur kynferðisnauðgun (nú 195. gr.) og misnotkun á bágu andlegu ástandi og því að þolandi getur ekki spornað við verknaðinum eða skilið þýðingu hans (nú 196. gr.) teljist nauðgun. Við það munu brot þessi varða mun þyngri refsingu en nú er, eða fangelsi frá 1 ári og allt að 16 árum, í stað fangelsis allt að 6 árum.
2. Lagt er til að lögfest verði ákvæði um nokkur atriði sem verka skuli til þyngingar við ákvörðun refsingar fyrir nauðgun. Eitt þeirra er ungur aldur þolenda.
3. Lögfest verði almennt ákvæði um refsíabyrgð vegna kynferðislegrar áreitni
4. Lögfest verði ákvæði um ítrekunaráhrif þannig að ítrekunartengsl verði á milli allra kynferðisbrota. Fyrri dómur fyrir kynferðisbrot getur þá leitt til refsihækkunar, ef dómþoli gerist sekur um kynferðisbrot á ný.
5. Refsing fyrir samræði og önnur kynferðismök við barn yngra en 14 ára verði þyngd og verði refsímörkin hin sömu og fyrir nauðgun, þ. e. fangelsi frá 1 ári og allt að 16 árum. Með því er lögð áhersla á hve alvarleg þessi brot eru þegar þau beinast gegn börnum, og teljast þá nauðgun og kynmök við börn yngri en 14 ára alvarlegustu kynferðisbrotin, í stað nauðgunar einnar áður.
6. Lögfest verði ákvæði um heimild til refsilækkunar eða refsibrottfalls þegar sá sem gerist sekur um samræði eða önnur kynferðismök gagnvart barni yngra en 14 ára er sjálfur á svipuðum aldri og þroskastigi og barnið.
7. Upphaf fyrningarfrests kynferðisbrota miðist við 18 ára aldur brotþola, en ekki 14 ár eins og nú er. Refsihámark fyrir kynferðislega áreitni gegn börnum verði hækkað þannig að brot gegn yngstu börnunum munu fyrnast á lengri tíma en samkvæmt núgildandi lögum.
8. Ákvæði 205. gr. um niðurfellingu refsingar fyrir tiltekin kynferðisbrot, ef aðilar sem mökin hafa gerst á milli halda áfram eða taka upp óvígða sambúð eða ganga í hjónaband, falli niður.
9. Ákvæði 1. mgr. 206. gr. um refsingu fyrir að stunda vændi sér til framfærslu falli niður. Þess í stað verði lögfest ákvæði um refsinaemi þess að bjóða fram, miðla eða óska eftir kynmökum við annan mann í opinberum auglýsingum.

Athugasemdir við einstakar greinar frumvarpsins

DRÖG

Um 1. gr.

Um rök fyrir hækkun þessa aldursmarks úr 14 árum í 18 ár má vísa til almennra athugasemda um fyrningu sakar í kafla 5 hér að framan. Brotin myndu þá fynast þegar brotaþoli er orðinn 23, 28 eða 33 ára, og verður að telja að þessi regla feli í sér nægilegt svigrúm fyrir brotaþola til þess að kæra brot.

Um 2. gr.

Með ákvæðinu er lagt til að efni 194. gr. hgl. um nauðgun verði rýmkað verulega, en haldið er í það form sem ákvæðið hefur í gildandi lögum. Það er nýmæli að hugtakið nauðgun kemur fram í ákvæðinu sjálfu og því er lýst í hverju hún felst. Hugtakið er rýmkað mjög frá því sem er í gildandi lögum, því að samkvæmt frumvarpinu falla undir nauðgun ólögsmæt kynferðisnauðung (skv. 195. gr. nógildandi laga) og misneyting (skv. 196. gr. nógildandi laga), auk nauðgunar í hefðbundnum skilningi laga. Efnislegt innihald tveggja síðastnefndu ákvæðanna hefur hins vegar ekki breyst. Eldri dómar hafa því áfram fordæmisgildi varðandi refsínæmi háttseminnar. Háttsemin telst hins vegar nauðgun, sem hún gerði ekki áður, og varðar því mun þyngri refsingu. Í samræmi við þessa breytingu er lagt til að 194. gr. skiptist í tvær málsgreinar. Í 1. mgr. verði ákvæði um refsínæmi þess að beita ofbeldi eða hótunum til þess að ná fram kynmökum (sbr. nógildandi 194. gr. og 195. gr.), en efni 196. gr. verði flutt í 194. gr. og verði þar 2. mgr. ákvæðisins. Lögð er áhersla á það við samningu frumvarpsins að einstakar brotategundir haldi sínum greinarnúmerum, að því leyti sem mögulegt er. Þannig er gert ráð fyrir að ákvæðið um nauðgun verði áfram í 194. gr. Þetta fyrirkomulag auðveldar og flýttir fyrir samanburði við eldri rétt.

Ofbeldi er skýrt með sama hætti og í eldri rétti. Það er mjög víðtækt hugtak og er gert ráð fyrir að í það sé lagður rúmur skilningur, þ.e. hvers konar beiting valds til þess að yfirvinna viðnám, sem er alvarlega meint. Lagt er til að lögskýrgreiningin í 2. ml. 194. gr. nógildandi laga verði látin halda sér. Ýmis konar ofbeldi getur fallið undir ákvæði 194. gr. Það getur verið ofbeldi í þrengri merkingu, þar sem hinn brotlegi neytir aflsmunar til þess að ná fram vilja sínum. Dæmi um það er þegar kona er tekin hálstaki eða kverkataki og getur enga björg sér veitt. Einnig falla undir ofbeldishugtakið högg, barsmíðar, spörk og hrindingar. Það er ekki skilyrði að ofbeldið sé svo mikið og þolandi svo illa útleikinn að hann verði bjargarlaus. Engar kröfur eru gerðar varðandi eðli árásar eða varanlegar afleiðingar af henni og þurfa afleiðingar ekki að vera aðrar en kynmök, sem ætlunin er að ná fram með ofbeldinu, enda eru þau þungamiðja brotsins. Ekki þurfa að vera neinir líkamlegir áverkar á þolanda. Þess verður ekki krafist að þolandi veiti virka mótspyrnu. Má um það vísa til dóms mannréttindadómstóls Evrópu frá 4. desember 2003 í máli M.C. gegn Búlgaríu, en þar segir: „166. *In the light of the above, the Court is persuaded that any rigid approach to the prosecution of sexual offences, such as requiring proof of physical resistance in all circumstances, risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual's sexual autonomy. In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim*“.

Oft fara saman ýmsar tegundir ofbeldis eða ofbeldi og hótanir. Stundum er beitt litlu ofbeldi í upphafi, sem síðan fylgja hótanir um meira ofbeldi verði ekki látið undan. Ofbeldi getur því oft

DRÖG

virkað sem hótun um frekara ofbeldi. Það getur valdið því að konan lætur undan eða það dregur úr mótstöðuafli hennar. Hér er rétt að fram komi, að rannsóknir hafa sýnt að þolendur kynferðisbrota eins og nauðgunar verða yfirleitt fyrir miklu andlegu áfalli við árásina. Oftast hefur slíkt andlegt áfall mun meiri afleiðingar fyrir þolandann en þeir líkamlegu áverkar, sem hugsanlega verða. Slíkt andlegt áfall kemur fram í tilteknum einkennum, svo sem kvíða, depurð og þunglyndi, einbeitingarskortir og almennri vanlíðan. Það er óhugnanleg lífsreynsla að verða fyrir kynferðisbroti og það skilur eftir varanleg spor í sálarlífi þolenda. Þessi einkenni geta sálfræðingar og aðrir sérfræðingar greint, og við sönnunarmat og ákvörðun refsingar er sjálfsagt að taka tillit til upplýsinga frá þeim um líðan þolenda eftir kynferðisbrot.

Samkvæmt frumvarpinu verður það ekki lengur refsinsæmisskilyrði nauðgunar, að hótad sé með ofbeldi. Efni hótunar getur verið margs konar og verður ákvæðið því mun víðtækara en nú er að efni til. Hótunin getur varðað löglegt athæfi, t.d. að hótá kærufyrir þjófnað, sem á við rök að styðjast, eða ólöglegt, t.d. að hótá ofbeldi, eignaspjöllum eða ærumeiðingum. Er það sama leið og farin er í norska ákvæðinu um nauðgun („truende adferd“) og víðtækara en í sænska ákvæðinu, þar sem gert er ráð fyrir að hótad sé að fremja refsiverðan verknað. Það er skilyrði að hótunin leiði til þess að gerandi nær fram kynmökum, sem honum hefði ekki tekist ella, þ.e. orsakasamband þarf að vera á milli hótunar og kynmakanna. Því veigaminna atriði, sem hótunin varðar, því minni líkur eru á að hún geti hafa leitt til samræðis.

Þegar brot eru fólgin í samræði eða öðrum kynferðismökum við börn er refsad samkvæmt viðeigandi ákvæðum um kynferðisbrot gegn börnum, t.d. 202. gr. hgl. um bann við kynmökum við barn yngra en 14 ára. Ef beitt er ofbeldi eða hótunum í skilningi 194. gr., á einnig að refsa samkvæmt því ákvæði fyrir brotin (brotasamsteypa). Það var t.d. gert í H 1986:1427 og H 1994:1874, þar sem þolendur voru í báðum tilvikum 13 ára stúlkur. Beinist brot að ungum börnum, t.d. 4-8 ára, eru ýmis dæmi þess í réttarframkvæmd að eingöngu sé dæmt fyrir brot gegn viðeigandi ákvæðum um kynferðisbrot gegn börnum. Nauðgunarákvæði 194. gr. er þá ekki beitt jafnframt, þar sem svo virðist talið, að ekki sé beitt ofbeldi eða hótun um það. Dæmi um þetta er í H 1996:1863, þar sem maður hafði samræði og önnur kynferðismök við dóttur sína frá því hún var 7 ára og allt þar til hún varð 10 ára. Þetta er gagnrýnisverð niðurstaða. Það virðist nokkuð augljóst að þegar svo ungt barn á í hlut á hinn brotlegi alls kostar við það. Sú valdbeiting eða hótanir sem hann notar til að fá fram kynmökina er því oft mun minni en þarf til þess að ná valdi á fullorðinni manneskju. Barnið er hins vegar enn varnarlausara og á erfiðara með að verjast, skilur jafnvel ekki það, sem fram fer. Það er því eðlilegt að tekið sé tillit til þess, að barn á í hlut, þegar metið er hvort beitt er ofbeldi eða hótunum í skilningi 194. gr. Slík lögskýring er alveg í samræmi við skilgreiningu ofbeldis í 194. gr., þar sem í það er lagður mjög rúmur skilningur og engar kröfur eru gerðar um líkamlega áverka. Hið sama gildir um hótanir og mat á því hvort þolandi hafi getað spornað við verknaðinum eða skilið þýðingu hans. Í 1. mgr. 192. gr. norsku hegningarláganna er ákvæði þess efnis, að tekið skuli tillit til þess, ef þolandi er yngri en 14 ára, þegar metið er hvort beitt hafi verið ofbeldi, hótunum eða kynmök höfð við þann, sem getur ekki varist verknaðinum. Í þessu frumvarpi er ekki lagt til að slíkt ákvæði verði lögfest, þar sem ætlunin er að hafa lagaákvæðin sjálf sem einföldust. Hins vegar er það vilji löggjafans, ef frumvarp þetta nær fram að ganga, að sjónarmiðið um tillit til ungs aldurs þolanda verði haft að leiðarljósi við skýringu ákvæðisins. Kynmök fullorðins manns við barn eru slík misnotkun á yfirburðaaðstöðu hans gagnvart barninu að í því felst ofbeldi, hótun og misneyting, þótt það teldist það e.t.v. ekki ef þolandinn væri fullorðinn. Hafi fullorðinn maður kynmök við barn ætti að ákæra bæði fyrir nauðgun og kynferðisbrot gegn barni. Ekki er rétt að binda slíka framkvæmd

DRÖG

við ákveðin aldursmörk (t.d. 14 ára, sbr. 202. gr.), en ljóst er að hún á alltaf við ef ung börn eiga í hlut. Slík framkvæmd yrði til þess að styrkja réttarvernd barna gegn kynferðislegum árásum. Ef aldursmunur hins brotlega og þolanda er lítill, t.d. þolandi 14 ára og hinn brotlegi 15 ára, eiga þessi sjónarmið ekki við. Það skiptir því máli hver beitir ofbeldi, hótunum eða misneytingu og gagnvart hverjum.

Oftast beinist ofbeldi eða hótun að þeirri manneskju sjálfri, sem nauðgað er. Þó hefur verið talið að leggja megi að jöfnu ofbeldi eða hótanir, sem beinast að þriðja manni, sem er henni nákominn, ef það er til þess fallið að hafa sömu áhrif á hana og ef hótanir beindust að henni sjálfri. Fyrir breytinguna á kynferðisbrotakafla hegningarlöganna árið 1992 var þetta tekið fram í ákvæðinu sjálfu varðandi hótanir um ofbeldi. Svo er ekki í núgildandi ákvæði en í greinargerð með 2. gr. laga nr. 40/1992 segir, að orðalag ákvæðisins útiloki ekki að efni ofbeldishótunar geti beinst að nánnum vandamanni brotþola eða því sé ætlað að bitna á honum, t.d. barni hans. Gert er ráð fyrir að sömu sjónarmið eigi við um ákvæðið í frumvarpi þessu, eins og lagt er til að það verði orðað. Hafa má hliðsjón af 3. mgr. 25. gr. hgl. við skýringu á því hverjir teljast nákomnir. Þar eru taldir eiginmaður, eiginkona, foreldrar, börn, kjörbörn, barnabörn og systkin. Þessi upptalning er þó ekki tæmandi. Þannig gætu unnusti, sambúðarmaður/kona og fósturbarn einnig talist til náinna vandamanna. Talið hefur verið að úrslitum ráði hvort um nán tilfinninga- eða persónutengsl sé að ræða. Athugunarefni er hvort ekki megi ganga lengra, þannig að 194. gr. geti átt við, þótt hótunarþolinn sé óskyldur eða ótengdur nauðgunarþola, t.d. barn kunningjakuonu eða nágranna. Það hlýtur þó að fara nokkuð eftir atvikum hverju sinni. Hafi hótanir sem bitna eiga á þessum einstaklingum sömu þvingunaráhrif á nauðgunarþola og þegar skyldmenni á í hlut er eðlilegt að viðurkenna að þeir geti verið hótunarþolar skv. 194. gr. Aðalatriðið hlýtur að vera að hótanirnar hafi þau áhrif að þolandi lætur undan. Í reynd er það langoftast svo að efni hótunar er ætlað að bitna á nauðgunarþola sjálfum.

Lagt er til að þvingun verði ekki lengur tilgreind sem efnisþáttur í 1. mgr. 194. gr. Þess í stað verði refsivert að hafa samræði eða önnur kynferðismök við mann með því að beita ofbeldi eða hótunum. Orsakatengsl skulu vera á milli ofbeldis eða hótunar annars vegar og kynmakanna hins vegar, þannig að hinum brotlega tekst að hafa kynmökinn vegna þess að hann beitir þessum aðferðum. Í því felst auðvitað þvingun. Með því að breyta orðalagi ákvæðisins frá „[H]ver sem með ofbeldi eða hótun um ofbeldi þröngvar manni til holdlegs samræðis...“, eins og nú er, og í „Hver sem hefur samræði eða önnur kynferðismök við mann með því að beita ofbeldi eða hótunum...“ eins og hér er lagt til, er lögð áhersla á, að það er hin ólögsmæta hegðun hins brotlega, sem er þungamiðja brotsins og það sem sönnun á að snúast um, en ekki það hvort þolandi hafi verið þvingaður og þá þar með hvort eða hvernig hann verst árásinni. Auk þess tæki orðalag sem þetta betur mið af því hvernig konur bregðast við árásum en núgildandi orðalag 194. gr.

Í samræmi við almennu regluna um að brot gegn ákvæðum kynferðisbrotakaflans eru ókynbundin geta bæði karlmenn og konur verið fremjendur nauðgunar. Sömuleiðis geta þolendur verið bæði karlar og konur. Þá á ákvæðið jafnt við um samskipti gagnkynhneigðra sem samkynhneigðra, og eins þótt aðilar séu í hjónabandi, óvígðri sambúð eða staðfestri samvist. Í lagatextanum er notað hugtakið maður um þolendur brotanna, til samræmis við það sem tíðkast í hegningarlögnum, enda er það kynhlutlaust, merkingarlega séð. Í umfjöllun um brotin í greinargerð er þó notað hugtakið konur um þolendurna, eftir því sem við á, sbr. það sem um það segir í inngangskaflanum hér að framan.

DRÖG

Það er lögskýringarregla sem fylgt hefur verið í framkvæmd, að fari ofbeldi sem beitt er við nauðgun ekki fram úr því ofbeldi sem gert er ráð fyrir í 217. gr. hgl. um líkamsárásir sé 194. gr. einni beitt um brotið og tæmi því sök. Ofbeldið rúmast sem sé innan verknaðarlýsingar 194. gr. Sé ofbeldið hins vegar meira og komið út fyrir það sem gert er ráð fyrir í 194. gr. og á það stig að 218. gr. hgl. eigi við, er því ákvæði beitt auk 194. gr. (brotasamsteypa). Gert er ráð fyrir að áfram verði stuðst við þessa lögskýringu, sem á sér langa hefð í íslenskum refsirétti.

Af 2. gr. frumvarpsins er ljóst að háttsemi sú, sem nú fellur undir 196. gr. sem kynferðisleg misneyting, mun teljast til nauðgunar skv. 2. mgr. 194. gr. Ákvæði 2. mgr. 194. gr. er eins orðað og nógildandi 196. gr., að því undanskildu að í stað geðveiki eða annarra andlegra annmarka í nógildandi 196. gr. kemur geðsjúkdómur eða önnur andleg fötlun. Hugtakið geðsjúkdómur er hér notað í sömu merkingu og hugtakið geðveiki. Um það gildir hið sama og um hugtakið geðveiki, að inntak þess er háð skýringum geðlæknisfræðinnar á hverjum tíma, og kann því að vera rýmra nú en áður fyrr. Andleg fötlun er þrengra hugtak en andlegir annmarkar. Undir andlega fatlað fólk falla m.a. þroskaheftir einstaklingar. Ýmsar sálrænar truflanir geta einnig fallið þar undir. Þær verða þó að vera á því stigi að þær teljist vera fötlun. Ella gæti ástandið fallið undir 2. ml. 2. mgr. 194. gr. frumvarpsins sem ástand brotþola þess eðlis að hann getur ekki spornað við verknaðinum eða skilið þýðingu hans. Breyting þessi miðar fyrst og fremst að því að gera ákvæðið nútímalegra. Ólíklegt er að sá merkingarmunur, sem er á hugtökunum í nógildandi lögum og í frumvarpinu muni hafa mikil áhrif við beitingu hins nýja ákvæðis, þar sem óbreyttur er áskilnaður um að ástandið sé misnotað.

Um 3. gr.

Í 3. gr. frumvarpsins er lagt til að í 195. gr. hgl. verði lögfest ákvæði um þrjú atriði, sem hafa skuli í huga þegar refsing fyrir nauðgun er ákveðin. Um svipaða lagasetningaraðferð að formi til má vísa til 218. gr. b, þar sem lögfest er ákvæði um atriði, sem hafa áhrif þegar refsing fyrir brot gegn 217. gr. og 218. gr. um líkamsmeiðingar er ákveðin. Gert er ráð fyrir, að dómara sé skylt að virða þessi þrjú atriði til þyngingar refsingu fyrir nauðgun, sbr. orðalagið „skal virða það til þyngingar“. Þetta nýja ákvæði kemur til viðbótar við hin almennu ákvæði hegningarlaganna um refsíákvörðunarástæður, sem beita má um öll brot og er hið nýja ákvæði hugsað til fyllingar þeim ákvæðum. Sem dæmi má nefna að í 2. mgr. 70. gr. hgl. segir að það skuli að jafnaði taka það til greina til þyngingar refsingu ef fleiri menn en einn hafa unnið verkið í sameiningu. Þetta ákvæði á að sjálfsögðu við um ákvörðun refsingar fyrir kynferðisbrot og því er ekki þörf á sérstöku ákvæði þessa efnis í kynferðisbrotakaflanum. Þar sem hér er um refsíþyngingarástæður að ræða, verka þær til þyngingar refsingu innan hinna almennu refsimarka ákvæðisins, en heimila ekki að fara út fyrir þau.

Í 1. tl. 195. gr. er gert ráð fyrir ákvæði um áhrif ungs aldurs þolanda á refsíákvörðun. Þörfin á slíku ákvæði kom fram í rannsókn, sem gerð var á ákvörðun refsingar í nauðgunarmálum. Þar voru kannaðir dómur Hæstaréttar á árunum 1977-1996, þar sem sakfellt var fyrir brot gegn 194. gr. (sjá: Ragnheiður Bragadóttir: Ákvörðun refsingar í nauðgunarmálum. Úlfljótur, 1. tbl. 1999, bls. 67-84). Þar þótti það helst gagnrýnisvert við dómara að ekki skyldi meira tillit tekið til ungs aldurs þolanda við ákvörðun refsingar. Ungur aldur hins brotlega vó hins vegar mjög mikið til mildunar, auk þess sem ákvæði eru í hegningarlögum um áhrif ungs aldurs hans til málsbóta, sbr. 4. tl. 1. mgr. 70. gr. og refsilækkunar, sbr. 2. tl. 1. mgr. 74. gr. Engin almenn eða sérstök ákvæði eru hins vegar í lögnum um áhrif ungs aldurs þolanda á refsíákvörðun. Það segir sig sjálft að ungir þolendur hafa lítinn sálfræðilegan og líkamlegan styrk til þess að verjast nauðgunum.

DRÖG

Tiltölulega lítið ofbeldi eða lítilfjörleg hótun getur því virkað mjög ógnvekjandi gagnvart börnum. Til þess að leggja áherslu á hve kynferðisbrot gegn börnum eru alvarleg og ámælisverð er lagt er til að lögfest verði ákvæði þess efnis að það skuli virða það til þyngingar refsingu, ef þolandi er barn yngra en 18 ára.

Lagt er til að í 2. tl. 195. gr. verði ákvæði þess efnis að virða skuli það til þyngingar refsingu ef ofbeldi geranda er stórfellt. Með breytingunni á skilgreiningu nauðgunar sem lagt er til að verði lögfest í 194. gr., verður ofbeldi ekki lengur sú þungamiðja nauðgunar sem verið hefur. Þar sem ofbeldi er engu að síður mjög vítaverð og ámælisverð aðferð við að ná fram kynmökum þykir rétt að hafa hér ákvæði um að það skuli verka til þyngingar refsingu ef stórfelldu ofbeldi er beitt við brotið. Beita má þessu ákvæði til refsilyngingar enda þótt ofbeldið sé það stórfellt að 218. gr. hgl. eigi einnig við um brotið. Þegar metið er hvort ofbeldi er stórfellt skiptir máli bæði atlagan sjálf og afleiðingar hennar, jafnt líkamlegar sem andlegar. Smitun af hættulegum smitsjúkdómi eða kynsjúkdómi, t.d. alnæmi, myndi alltaf teljast stórfellt ofbeldi, að því gefnu að gerandi hafi vitneskju eða grun um að hann sé haldinn slíkum sjúkdómi.

Lagt er til að í 3. tl. 195. gr. verði ákvæði um að virða skuli það til þyngingar refsingu ef brotið er framið á sérstaklega sársaukafullan eða meiðandi hátt. Fyrirmynd þessa ákvæðis er samsvarandi ákvæði í b) lið 2. mgr. 192. gr. norsku hegningarlaganna og var það nýmæli, sett með lögum nr. 76/2000. Þar verka þessar ástæður til refsihækkunar, þannig að beita má fangelsi allt að 21 ári, í stað almenna hámarksins sem er fangelsi allt að 10 árum. Hér er hins vegar lagt til að þessar ástæður verki til þyngingar innan almennra refsimaraka ákvæðis. Það er matskennt hvenær brot er framið á sérstaklega sársaukafullan eða meiðandi hátt. Þar skiptir máli aldur og þroski þolanda. Samræði við barn í leggöng myndu falla undir sérstaklega sársaukafullt brot. Brot framið á sérstaklega meiðandi hátt væru t.d. endaparmsmök og munnmök. Einnig fellur þar undir að setja hluti í leggöng eða endaparm. Í H 13. desember 2001 (nr. 290/2001) er dæmi um mál, þar sem bæði 2. og 3. tl. 195. gr. hefðu getað átt við varðandi ákvörðun refsingar, en þar beitti ákærði sambýliskonu sína hrottalegu ofbeldi og þröngvaði henni með ofbeldi og ofbeldishótunum til samræðis og annarra kynferðismaka, bæði í leggöng og endaparm.

Um 4. gr.

Lagt er til að efni 196. gr. flytjist í 194. gr. um nauðgun og verði 2. mgr. þeirrar greinar, jafnframt því sem brotið verði skilgreint sem nauðgun. Um skýringar á ákvæðinu vísast til skýringa með 2. gr. frumvarps þessa, þar sem fjallað er um 2. mgr. 194. gr.

Um 5. gr.

Breytingarnar sem lagðar eru til á ákvæðinu varða þær stofnanir, sem þar eru taldar upp. Heitum stofnana er breytt til samræmis við þær stofnanir, sem nú eru starfræktar í þjóðfélaginu og sinna málefnum þess fólks, sem ákvæðinu er ætlað að vernda. Þá er lagt til að tilgreining stofnananna í ákvæðinu verði nokkuð ítarlegri en nú er. Stofnununum má skipta í þrjá flokka. Í fyrsta lagi eru það fangelsi og aðrar stofnanir á vegum lögreglu eða fangelsisyrvalda, í öðru lagi stofnanir á vegum barnaverndaryfirvalda og í þriðja lagi stofnanir fyrir andlega fatlað fólk og geðsjúka. Þetta eru fyrst og fremst stofnanir þar sem fólk er að jafnaði vistað nauðugt, að undanskildum stofnununum í þriðja flokkinum, þar sem það á ekki við nema í sumum tilvikum. Rökin fyrir refsíabyrgð eru annars vegar þau að kynferðislegt samband starfsmanns við vistmann er brot á starfsskyldum hans og því óásættanlegt af hálfu samfélagsins og hins vegar felst í því bein eða óbein misnotkun valds og áhrifa gagnvart vistmanni. Má í raun segja að auk þess sem ákvæðinu

DRÖG

er ætlað að vernda vistmenn, verndi ákvæðið einnig starfsmenn gegn því að stofnað sé til slíkra óheppilegra sambanda. Þá eru þetta stofnanir þar sem almenn hætta er á að misnotkun geti átt sér stað og oft getur verið erfitt að sanna að ófrelsisástand það sem þolandi er þvingaður til að sæta hafi verið misnotað. Því er farin sú leið að allt kynferðislegt samband milli þessara aðila er lýst refsivert. Þá er það brot geranda að notfæra sér aðstæður þolanda einnig trúnaðarbrot af hans hálfu.

Af stofnunum þeim sem falla undir fyrsta flokkinn eru aðeins fangelsi nefnd í núgildandi ákvæði, auk þess sem þar er nefnt vistheimili sem er víðtækt hugtak og getur fallið undir alla flokkana þrjá. Lagt er hér til að auk fangelsis verði tilgreindar í ákvæðinu aðrar stofnanir á vegum lögreglu eða fangelsisyrivalda, þar sem menn vistast. Rökin fyrir þessari breytingu eru þau, að hér getur verið um að ræða aðrar stofnanir en fangelsi, þar sem menn vistast vegna opinbers máls eða refsidóms. Má þar nefna vistun handtekinnna manna og gæsluvarðhaldsfanga og stofnanir fyrir geðsjúka fanga, sjá nánar lög nr. 49/2005 um fullnustu refsinga svo og ákvæði hegningarlaga.

Í öðru lagi er lagt til að undir ákvæðið falli stofnanir á vegum barnaverndaryfirvalda. Í núgildandi ákvæði er talað um uppeldisstofnanir, auk þess sem fyrirvari ákvæðisins um að aðrar stofnanir komi til greina tekur einnig til stofnana af þessu tagi. Sú breyting sem hér er lögð til er fyrst og fremst breyting á orðalagi til samræmis við núgildandi löggjöf á sviði barnaverndarmála, sjá barnaverndarlög nr. 80/2002.

Í þriðja lagi er gert ráð fyrir að ákvæðið taki til geðdeilda sjúkrahúsa og heimila fyrir andlega fatlað fólk. Ákvæði 194. gr. norsku hegningarlaganna, sem samsvarar 197. gr. þeirra íslensku, tekur ekki til þessara stofnana. Það gerir hins vegar samsvarandi ákvæði í dönsku hegningarlögunum, þ.e. 219. gr. Samkvæmt núgildandi 197. gr. hgl. falla geðsjúkrahús undir ákvæðið. Í samræmi við núverandi fyrirkomulag í heilbrigðismálum á betur við að tala um geðdeildir sjúkrahúsa. Hér undir myndu einnig falla dvalarheimili fyrir geðsjúka, sbr. 7. tl. 24. gr. laga um heilbrigðisþjónustu nr. 97/1990 og áfangastaðir fyrir geðfatlaða skv. 10. gr. laga um málefni fatlaðra nr. 59/1992, en þeim er ætlað að brúa bilið milli sjúkrahúsdvalar og eðlilegs lífs og er þar veittur félagslegur stuðningur og ráðgjöf. Í dönskum rétti er talið að samsvarandi ákvæði taki til fólks, sem lagt er inn á geðsjúkrahús að eigin ósk til rannsóknar á geðheilsu. Rétt er að skýra 197. gr. á sama hátt.

Í núgildandi 197. gr. eru ekki tiltekin sérstaklega vistheimili eða stofnanir fyrir andlega fatlað fólk. Í H 1993:2242 var talið að sambýli og aðrir bústaðir sem lög nr. 59/1992 um málefni fatlaðra tækju til, sbr. 10. gr. laganna, væru stofnanir í skilningi 197. gr. hgl. Rétt þykir að það sé lögfest með skýrum hætti að þessar stofnanir falli undir ákvæðið. Er það gert með því að heimili fyrir andlega fatlað fólk verði tilgreind í ákvæðinu, sjá nánar lög nr. 59/1992 um málefni fatlaðra.

Á þeim stofnunum sem falla undir þriðja flokk, þ.e. geðdeildum og heimilum fyrir andlega fatlað fólk, er fjöldi fólks af fúsum og frjálsum vilja. Þar sem það hefur oft ekki sömu möguleika og annað fullorðið fólk til að verjast brotum af því tagi sem hér er fjallað um er nauðsynlegt að það njóti verndar þessa ákvæðis. Rétt er að hafa í huga tengsl 197. gr. við ákvæði 2. mgr. 194. gr., sbr. 2. gr. frumvarps þessa um nauðgun, sem felst í því að notfæra sér geðsjúkdóm eða aðra andlega fötlun manns til að hafa við hann kynmök. Kemur jafnvel til greina að beita ákvæðunum saman, því að geðsjúkur eða andlega fatlaður maður á ekki að njóta minni réttarverndar fyrir það að hann er vistmaður á stofnun.

DRÖG

Lagt er til að tilgreining gerenda í ákvæðinu verði óbreytt, þ.e. umsjónarmenn eða starfsmenn. Ákvæðið tekur því til allra starfsmanna á stofnununum. Þetta geta því verið þeir, sem eitthvað hafa yfir vistmönnum að segja eins og lögreglumenn eða fangaverðir, sérfræðingar eins og læknar, hjúkrunarfræðingar, sálfræðingar eða félagsráðgjafar, en einnig skrifstofufólk og ræstitæknar á stofnununum. Í norska ákvæðinu er það skilyrði að hinn brotlegi hafi eitthvað yfir vistmanni að segja og hafi vald eða heimild til að setja honum reglur eða hafi eftirlit með honum samkvæmt starfsskyldu sinni. Ekki þykir ástæða til að takmarka gildissvið 197. gr. hgl. með þeim hætti.

Um 6. gr.

Lagt er til að áskilnaður um að háttsemin fari fram utan hjónabands eða óvígðrar sambúðar verði felldur niður. Með þessari breytingu er ekki lengur gerð sú takmörkun að maki njóti ekki verndar ákvæðisins. Útlökun maka þykir ekki eiga við með tilliti til þess að sá sem er í hjónabandi eða óvígðri sambúð á að njóta fullkominnar verndar varðandi sjálfsákvörðunarrétt sinn í kynlífi. Eðlilegt er að maki njóti sömu réttarverndar og aðrir við þessar aðstæður. Það er einnig í samræmi við þau viðhorf, sem fram koma í frumvarpi til laga um breyting á almennum hegningarlögum nr. 19 12. febrúar 1940 (heimilisofbeldi), sem nú hefur verið lagt fyrir Alþingi. Þar er lagt til að lögfest verði almennt ákvæði í 70. gr. hgl. þess efnis, að það skuli að jafnaði virða til þyngingar refsingu ef verknaður beinist að þolanda sem er nákominn geranda og tengsl þeirra þykja hafa aukið á grófleika verknaðarins. Hins vegar er rétt að árétt, að 1. mgr. 198. gr. er sérákvæði, sem byggir á því að um misneytingu sé að ræða, þar sem aldur og reynsla aðila skiptir máli, auk tengslanna á milli þeirra. Því falla ekki hér undir öll tilvik, þar sem annar aðilinn er háður hinum. Þar má nefna tilvik, þar sem aðilar hafa samræði þrátt fyrir þessar aðstæður ef ekki er um misnotkun aðstöðu að ræða. Með hliðsjón af þessu má rökstyðja að ofanefnd breyting á ákvæðinu sé í sjálfu sér ekki efnisbreyting, heldur hafi hún frekar táknrænt gildi.

Lagt er til að ákvæði 2. mgr. 198. gr. falli brott. Í því ákvæði er lögð refsing við kynferðislegri áreitni við þær aðstæður, sem lýst er í 1. mgr. ákvæðisins. Aðeins einu sinni hefur reynt á þetta ákvæði fyrir dómstólum og má reyndar rökstyðja að álitamál sé hvort ákvæðið hafi átt við vegna þess að þær sérstöku aðstæður, sem gert er ráð fyrir samkvæmt 1. mgr. 198. gr., og 2. mgr. vísar til, voru ekki fyrir hendi í málinu. Það er ljóst að sú refsivernd, sem fólk nýtur gegn kynferðislegri áreitni er allt of takmörkuð, ef hún er bundin við þær misneytingaraðstæður, sem lýst er í 1. mgr. 198. gr. Í stað ákvæðis 2. mgr. 198. gr. er því lagt til að lögfest verði nýtt ákvæði í 199. gr. um kynferðislega áreitni gagnvart þeim sem ekki hefur samþykkt slíka háttsemi.

Um 7. gr.

Lagt er til að núgildandi ákvæði 199. gr. hgl. falli brott, sjá kafla III. 5 hér að framan. Í 199. gr. verði hins vegar lögfest almennt ákvæði um kynferðislega áreitni sem jafnframt verði skilgreind í ákvæðinu. Þetta ákvæði komi í staðinn fyrir ákvæði 2. mgr. 198. gr. um kynferðislega áreitni, sem er þar óheppilega staðsett og getur valdið misskilningi. Í ákvæðum 200. gr. - 202. gr. hgl. um kynferðisbrot gegn börnum eru ákvæði um kynferðislega áreitni, sem eiga við um þær aðstæður, sem fjallað er um í hverri grein fyrir sig. Gert er ráð fyrir að þessi ákvæði verði óbreytt. Hið nýja ákvæði í 199. gr. á þá við um kynferðislega áreitni gagnvart öðrum en börnum og er staðsetning þess á eftir ákvæðunum um nauðgun og önnur brot gegn kynfrelsi fólks því til staðfestingar.

DRÖG

Eins og fram kom í almennum athugasemdum hér að framan voru ákvæði um kynferðislega áreitni fyrst lögfest í hegningarlögum með breytingalögum nr. 40/1992. Í athugasemdum í greinargerð með frumvarpi til þeirra laga var kynferðisleg áreitni skilgreind svo, að hún teldist ekki slík misnotkun á líkama manns að hún kæmi í stað hefðbundins samræðis eða hefði gildi sem slíkt, þ.e. önnur kynferðismök. Átt væri við ýmis konar káf, þukl og annars konar líkamlega snertingu og ljósmýndun af kynferðislegum toga, sem áður hefði verið heimfærð undir 209. gr. (þskj. 59, 115. löggjafarþing 1991, 58. mál). Kynferðisleg áreitni er því 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. Greina þarf efri mörk áreitninnar, þ.e. mörkin gagnvart svokölluðum „öðrum kynferðismökum“. Það er kynferðisleg áreitni að strjúka, þukla eða káfa á kynfærum eða brjóstum þolanda innan klæða sem utan, sbr. skilgreiningu í 7. gr. frumvarpsins. Slíkt þukl eða káf getur þó verið á því stigi, ákaft eða langvarandi, að um önnur kynferðismök sé að ræða. Ef fingri er stungið inn í leggöng er háttsemin komið á annað stig, sem sé orðin önnur kynferðismök. Sé þuklað eða káfað innan klæða er ekki nauðsynlegt að kynfæri eða brjóst séu snert til að háttsemin teljist kynferðisleg áreitni. Þukl og káf annars staðar en á kynfærum og brjóstum gæti verið kynferðisleg áreitni. Einnig þarf að greina neðri mörk kynferðislegrar áreitni, þ.e. gagnvart brotum gegn blygðunarsemi. Sé um líkamlega snertingu að ræða væri háttsemin kynferðisleg áreitni. Í ljósi rannsókna á kynferðislegri áreitni við ýmsar aðstæður og íþyngjandi áhrifum hennar á þolendur, er gert ráð fyrir í frumvarpi þessu að neðri mörk hugtaksins kynferðisleg áreitni verði rýmkuð. Þannig verði hugtakið ekki afmarkað við líkamlega snertingu, heldur geti einnig fallið undir það orðbragð og táknræn hegðun, sem er mjög meiðandi, ítrekuð eða er til þess fallin að valda ótta. Er þá miðað við stöðugt áreiti, sem nálgast einelti. Ekki er gerð sú krafa að ótta hafi verið valdið í raun, enda erfitt að sanna það. Því er nægilegt að háttsemin sé til þess fallin (samhverft brot). Klúrt orðbragð og einhliða athafnir án þess að um líkamlega snertingu sé að ræða fellur annars yfirleitt undir 209. gr. sem brot gegn blygðunarsemi. Á það við þegar ekki er um ítrekaða háttsemi að ræða gagnvart sama einstaklingi.

Hugtakið kynferðisleg áreitni er nú skilgreint á einum stað í íslenskri löggjöf. Það er í 2. mgr. 17. gr. laga nr. 96/2000 um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla. Þar segir að kynferðisleg áreitni sé „kynferðisleg hegðun sem er ósanngjörn og/eða móðgandi og í óþökk þess sem fyrir henni verður, hefur áhrif á sjálfvirðingu þess eða þeirra sem fyrir henni verða og er haldið áfram þrátt fyrir að gefið sé skýrt í skyn að hegðunin sé óvelkomin. Kynferðisleg áreitni getur verið líkamleg, orðbundin eða táknræn.“ Þessi skilgreining er víðtækari en sá skilningur, sem lagður hefur verið í hugtakið í refsirétti. Hún er sett fram á grundvelli tillagna framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins um leiðbeiningarreglur til verndar launþegum og í samræmi við ákvæði í félagsmálasáttmála Evrópu um rétt til mannlegrar reisnar í starfi (þskj. 373, 125. löggjafarþing 1999-2000, 272. mál). Hún beinist að atvinnurekendum og skólastjórnendum, sem bera ábyrgð á að kynferðisleg áreitni sé ekki liðin á vinnustöðum eða í skólum. Í henni koma þó fram ákveðnir grundvallarþættir, sem einnig eiga við um kynferðislega áreitni samkvæmt hegningarlögum, t.d. að hún fer fram í óþökk þolanda.

Um 8. gr.

Lagt er til að refsihámark 2. mgr. 200. gr. um kynferðislega áreitni manns gagnvart barni sínu eða öðrum niðja verði hækkað um 2 ár. Brot varða nú fangelsi allt að 2 árum og allt að 4 árum ef barnið er yngra en 16 ára. Verði frumvarpið að lögum mun brotið varða fangelsi allt að 4 árum og allt að 6 árum sé barnið yngra en 16 ára. Fyrir tillögu þessari eru tvenns konar rök. Í fyrsta lagi

DRÖG

má rökstyðja að munurinn á refsihámarki skv. 1. mgr., þegar brotið er fólgið í samræði eða öðrum kynferðismökum, og 2. mgr., þegar það er fólgið í annarri kynferðilegri áreitni, sé of mikill í núgildandi lögum. Hækkunin sem gerð var á refsihámarkinu í 1. mgr. með lögum nr. 40/2003 varð til að auka þennan mun. Reynslan sýnir að þegar barn verður fyrir kynferðisbroti getur stundum verið mjótt á mununum hvort brot telst falla undir önnur kynferðismök eða kynferðislega áreitni. Þannig geta tilvik sem nálgast það að vera önnur kynferðismök fallið undir aðra kynferðislega áreitni. Brot sem eru mjög svipuð að grófleika geta því fallið undir sitt hvora málsgreinina, en þær hafa mishátt refsihámark. Verði refsihámark 2. mgr. hækkað dregur það úr þessum mun. Rétt er þó að áréttu að brot sem falla undir 2. mgr. geta einnig verið minniháttar og er ekki ástæða til að þyngja refsingu fyrir þau. Hækkun refsihámarks gefur hins vegar dómstólum meira svigrúm til þess að meta refsingu hverju sinni, jafnvel þótt haldin sé í heiðri sú dómvenja að ákveða refsingu fremur neðarlega innan refsimarkanna. Í öðru lagi eru það rök fyrir hækkun refsihámarks í 2. mgr. að við það lengist fyrningarfrestur þeirra brota sem undir það ákvæði falla og bitna á börnum yngri en 16 ára. Öll brot gegn 2. mgr. 200. gr. fyrnast nú á 5 árum. Verði frumvarpið að lögum mun kynferðisleg áreitni gagnvart börnum yngri en 16 ára fyrnast á 10 árum, en fyrningarfresturinn vegna kynferðislegrar áreitni gagnvart börnum 17 – 18 ára verður óbreyttur.

Um 9. gr.

Hér er lagt til að gerðar verði sömu breytingar á 2. mgr. 201. gr. og lagðar eru til á 2. mgr. 200. gr. og vísast til 7. gr. frumvarpsins um rök fyrir þeim.

Um 10. gr.

Lagt er til að refsimörk 1. mgr. 202. gr. verði hækkuð, bæði lágmark þeirra og hámark, og verði hin sömu og fyrir nauðgun, þ.e. fangelsi 1 til 16 ár. Með því er lögð áhersla á hve alvarleg kynferðisbrot gegn ungum börnum eru. Teljast þá nauðgun og kynmök við börn yngri en 14 ára alvarlegustu kynferðisbrotin í stað nauðgunar einnar áður. Jafnframt er gert ráð fyrir að nýr málsliður bætist við 1. mgr. 202. gr. þess efnis, að lækka megi refsingu eða láta hana falla niður, ef gerandi og þolandi eru á svipuðum aldri og þroskastigi (frjáls refsilækkunarheimild og refsibrottfallsheimild). Aldur geranda og þolanda skiptir miklu máli þegar metið er hversu alvarlegt brot er og refsing er ákveðin. Þau eru á svipuðu þroskastigi þegar jafnræði er með þeim bæði að líkamlegum þroska og andlegum. Þau eru á svipuðum aldri þegar á milli þeirra eru 2-3 ár hið mesta. Bæði skilyrðin, um aldur og þroska, þurfa að vera fyrir hendi svo að ákvæðið eigi við.

Lagt er til að gerð verði sambærileg breyting á 2. mgr. 202. gr. og lagt er til að gerðar verði á 2. mgr. 200. gr. og 2. mgr. 201. gr. Er það til þess að samræmi verði á milli refsimarkna ákvæðanna um kynferðislega áreitni gagnvart börnum, auk þess sem fyrningarfrestur brotsins mun lengjast.

Þá er lagt til að í stað hugtaksins „ungmenni“ í 3. mgr. 202. gr. komi hugtakið „barn“. Er það í samræmi við hugtakanotkun í samningi Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins frá 20. nóvember 1989, en þar kemur fram í 1. gr., að barn merki hvern þann einstakling sem ekki hefur náð 18 ára aldri, og 1. mgr. 3. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002 sama efnis. Til samræmis við þessa breytingu er lagt til að orðin „eða ungmenni“ í 4. mgr. 202. gr. falli brott.

Um 11. gr.

Lagt er til að núgildandi ákvæði 205. gr. hgl. falli brott. Þess í stað verði lögfest í 205. gr. ítrekunarheimild um kynferðisbrot þannig að sakfellingardómur fyrir slíkt brot hafi áhrif við

DRÖG

Ákvörðun refsingar fyrir síðar framið kynferðisbrot sama manns. Í því felst að gerist maður sem hlotið hefur refsidóm fyrir kynferðisbrot m.a. gegn 194. gr. - 199. gr. hgl. sekur um nýtt brot gegn einhverju þessara ákvæða hefur dómurinn fyrir fyrra brotið áhrif til aukinnar refsingar fyrir síðara brotið þannig að bæta má við refsinguna allt að helmingi hennar, þ.e. 50% miðað við hámark. Með þessu ákvæði verða komin ítrekunartengsl á milli allra kynferðisbrota. Í ítrekunarheimildinni felst því refsihækkunarástæða. Þar sem gert er ráð fyrir í ákvæðinu að refsingu *megi* hækka, er refsihækkunarheimildin frjáls og heimilar að fara með refsingu upp fyrir hámark hinna almennu refsimarka viðkomandi refsíákvæðis. En þar sem refsimörk í nauðgunarákvæðinu í 194. gr. eru mjög há og venja er í íslenskum rétti að ákvarða refsingu neðarlega innan refsimarka einstakra brotategunda, mun þetta ítrekunarákvæði fyrst og fremst verka til refsipýngingar innan refsimarka ákvæðanna um kynferðisbrot. Til þess að dómur geti haft ítrekunaráhrif þarf almennum skilyrðum 71. gr. hgl. fyrir ítrekunaráhrifum að vera fullnægt.

Um 12. gr.

Lagt er til að ákvæði 1. mgr. 206. gr. um refsinaemi þess að stunda vændi sér til framfærslu falli brott. Um rök fyrir því vísast til athugasemda í kafla V. 2. a) hér að framan. Ákvæði 206. gr. mun því fjalla eingöngu um refsíabyrgð þeirra sem hagnýta sér vændi annarra með ýmsum hætti. Oftast er um að ræða hagnýtingu á félagslegri, andlegri eða líkamlegri neyð annarrar manneskju. Hið nýja ákvæði sem lagt er til að lögfest verði í 5. mgr. er þó annars eðlis, en því er ætlað að sporna gegn því að vændi verði sýnilegra en nú er, þar sem lagt er til að ákvæði 1. mgr. 206. gr. verði fellt brott. Röð málsgreina ákvæðis 206. gr. breytist í samræmi við ofanefndar breytingar.

Lagt er til að ákvæði núgildandi 2. mgr. 206. gr. (1. mgr. 206. gr. samkvæmt frumvarpinu) verði óbreytt, að öðru leyti en því, að í stað hugtaksins „lauslæti“ komi hugtakið „vændi“. Það á einnig við annars staðar í 206. gr. þar sem hugtakið lauslæti kemur fyrir. Það er álitamál hvort hugtökin hafi nákvæmlega sömu merkingu. Sumir hafa haldið því fram að lauslæti sé víðtækara hugtak en vændi og er sá skilningur hugtakanna í samræmi við almenna málvenju. Tilgangurinn með notkun hugtaksins lauslæti í stað vændis í 2.-5. mgr. 206. gr. núgildandi laga gæti því verið sá að láta ákvæðin ná yfir fleiri athafnir en vændi. Það er hins vegar hæpið að það sé raunhæft. Hugtakið lauslæti er líka gamaldags og hefur yfir sér neikvæðan blæ. Það er einnig mjög víðtækt og reyndar óljóst hugtak, sem hentar illa í ákvæði sem hefur að geyma refsheimild. Hugtakið vændi svarar til erlenda hugtaksins „prostitution“, sem yfirleitt er notað í umfjöllun um þetta efni á Norðurlöndum. Í því felst að manneskja hefur samræði eða önnur kynferðismök við aðra manneskju gegn greiðslu, sbr. skilgreiningu í kafla V. 1. a) hér að framan. Ekki skiptir máli í hvaða formi greiðslan er. Hún getur verið peningar, áfengi eða fíkniefni, hlutir eða eitthvert viðvik, greiði eða þjónusta.

Gert er ráð fyrir að í stað hugtaksins „ungmenn“ í 3. mgr. 206. gr. (2. mgr. 206. gr. samkvæmt frumvarpinu) komi hugtakið „barn“. Er það í samræmi við hugtakanotkun í samningi Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins frá 1989 (sjá Stjórnartíðindi C-deild 18/1992), en þar kemur fram í 1. gr., að barn merki hvern þann einstakling sem ekki hefur náð 18 ára aldri, og 1. mgr. 3. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002 sama efnis. Þá er ákvæði frumvarpsins víðtækara en ákvæðið í gildandi rétti að því leyti að ekki er lengur skilyrði að barnið hafi viðurværi sitt af vændinu. Ginning eða hvatning til eins atviks eða aðstoð við það nægir til refsíabyrgðar. Þykir rétt að auka réttarvernd barna á þennan hátt og er með því lögð áhersla á hve athæfi geranda er alvarlegt. Verknáður þessi er einnig refsiverður þótt hann sé ekki framinn í ávinningsskyni. Ákvæði um

DRÖG

refsíabyrgð þess sem greiðir barni eða ungmenni yngra en 18 ára endurgjald gegn því að hafa við það samræði eða önnur kynferðismök er í 4. mgr. 202. gr. hgl.

Lagt er til að ákvæði 4. mgr. (3. mgr. 206. gr. samkvæmt frumvarpinu) verði breytt þannig að áskilnaður um að háttsemin sé refsiverð ef þolandi er yngri en 21 árs eða honum er ókunnugt um tilgang fararinnar verði felldur brott. Með þessu er efnisinntak ákvæðisins rýmkað. Rökin eru þau að styrkja réttarvernd þeirra einstaklinga sem hætta er á að leiðist út í að stunda vændi og leggja áherslu á að öll starfsemi eða hegðun sem stuðlar að slíku sé ólögmat og refsiverð. Einnig er ákvæðinu ætlað að torvela að vændi sé stundað og er það nauðsynlegt, ekki síst í ljósi þess að lagt er til að ákvæði 1. mgr. 206. gr. verði afnumið. Háttsemi milligöngumanns verður refsiverð óháð því á hvaða aldri þolandi er. Ekki skiptir heldur máli hvort þolanda er kunnugt um tilgang fararinnar eður ei. Samþykki hans leysir milligöngumann ekki undan refsíabyrgð. Ungur aldur þolanda og/eða ókunnugleiki um tilgang fararinnar gæti þó hvort tveggja verkað til refsíþyngingar. Sé skilyrðum 227. gr. a hgl., sbr. 5. gr. laga nr. 40/2003 um mansal fullnægt ber að beita því ákvæði um háttsemina.

Engar efnisbreytingar eru lagðar til á ákvæði 5. mgr. (sjá 4. mgr. 206. gr. samkvæmt frumvarpinu). Orðalag er á tveimur stöðum fært til nútímalegra horfs. Þannig kemur hugtakið „samræði“ í staðinn fyrir „holdlegt samræði“, og „hefur tekjur af vændi annarra“ í stað „gerir sér lauslæti annarra að tekjulind“.

Lagt er til að nýtt ákvæði verði lögfest í 5. mgr. 206. gr. þess efnis að refsivert sé að bjóða fram, miðla eða óska eftir kynmökum við annan mann gegn greiðslu, sé það gert með opinberri auglýsingu. Fyrirmynd þessa ákvæðis er samsvarandi ákvæði í 2. mgr. 202. gr. norsku hegningarlögunna. Ákvæðinu er ætlað að koma til móts við það sjónarmið að vændi geti orðið sýnilegra en nú er, verði fellt brott ákvæði 1. mgr. 206. gr. um refsinaemi þess að stunda vændi sér til framfærslu, eins og lagt er til í frumvarpi þessu. Ákvæði sem þetta er líklegra til árangurs en ákvæði um refsingu fyrir hneykslanlega og ósiðlega hegðun á almannafæri, en ákvæði þess efnis hafa lítið verið notuð í Noregi og Svíþjóð, enda hefur víða dregið úr götuvændi og miðlun vændis færst yfir í farsíma og á netið. Auglýsing telst opinber ef hún birtist í fjölmiðlum, hvort sem er í blöðum, tímaritum, útvarpi, sjónvarpi eða á netmiðlum. Einnig ef hún er birt utanhúss, t.d. á auglýsingaskiltum eða strætisvögnum. Sama gildir ef hún er birt í viðurvist fjölda fólks, t.d. á almennum opnum fundi eða við þær aðstæður að hún sést vel frá opinberum stöðum. Ákvæðið er bundið við einstaklinga, en tekur ekki til lögaðila. Í almennum hegningarlögum nr. 19/1940 er engin sjálfstæð refsíheimild um lögaðilaábyrgð. Þar eru hins vegar ákvæði um lögaðilahugtakið, ábyrgðarskilyrði og viðurlög, að því leyti sem ekki er kveðið öðruvísi um í sérrefsilögum. Refsíabyrgð lögaðila getur því aðeins komið til samkvæmt sérrefsilögum, að hegningarlögunum óbreyttum. Ef ástæða þykir til að fjölmiðlar eða útgáfufyrirtæki beri refsíabyrgð vegna þessara auglýsinga þarf að setja ákvæði þess efnis í þau lög sem um þessa miðla gilda. Ákvæðið tekur til háttsemi þeirrar manneskju sem býður fram kynmökina (þ.e. selur vændi), miðlar þeim (þ.e. þess sem hefur milligöngu) og viðskiptavinar sem óskar eftir að greiða fyrir kynmök. Hlutdeild er refsiverð skv. 22. gr. hgl. og því gæti sá sem tekur við auglýsingu til birtingar hjá fjölmiðli orðið ábyrgur fyrir hlutdeild í brotinu.