

Hjörvar Ólafsson

**Refsiákvörðunarástæður í fjárdráttar-
og umboðssvikamálum og
framtíðarhlutverk
umboðssvikaákvæðisins**

Meistararitgerð



HÁSKÓLI ÍSLANDS

Leiðbeinandi: Jón Þór Ólason

Lagadeild Háskóla Íslands

Júní 2012

Útdráttur

Meginmarkmið þessarar ritgerðar er að taka saman þær refsíákvörðunarástæður sem lagðar hafa verið til grundvallar í refsíákvörðunum dómstóla vegna brota gegn ákvæðum laga nr. 19/1940, almennu hegningarlaganna (hér eftir skammstafað hgl.) um fjárdrátt og umboðssvik. Auk þess er ætlunin að skoða framtíðarhlutverk umboðssvikaákvæðisins, en samkvæmt orðum sérstaks saksóknara á hátíðarmálþingi Orators sem haldið var þann 16. febrúar er nokkur hluti mála tengdum hrúni íslenska efnahagskerfisins haustið 2008 sem til rannsóknar eru hjá embætti sérstaks saksóknara talin falla undir ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik. Því verður gerð tilraun til þess í ritgerðinni að varpa ljósi á það hvers konar háttsemi starfsmanna fjármálafyrirtækja geti fallið undir umboðssvikaákvæði hgl. Samkvæmt umfjöllun fjölmiðla um rannsókn embættis sérstaks saksóknara gæti háttsemi sem talin er varða við umboðssvikaákvæði 249. gr. hgl. í ákveðnum tilfellum einnig leitt til ákæru fyrir brot gegn ákvæði 117. gr. laga nr. 108/2007 um verðbréfavíðskipti sem fjallar um markaðsmisnotkun. Af þeim sökum er óhjákvæmilegt að í umfjöllun um meint umboðssvikabrot starfsmanna fjármálafyrirtækjanna sé einnig fjallað um meint markaðsmisnotkunarbrot þeirra. Þá er því velt upp hvort gera þurfi einhverjar breytingar á fjárdráttar- og umboðssvikaákvæðum hgl. Leiðbeinandi minn í þessari ritgerð var Jón Þór Ólason.

Efnisyfirlit

1. Inngangur	7
2. Almenn skilyrði refsíabyrgðar fyrir auðgunarbrot	9
2.1 Almenn refsiskilyrði hgl.	9
2.2 Refsiskilyrði XXVI. kafla hgl.	9
2.2.1 Auðgunarásetningur skv. 243. gr. hgl.	9
2.2.2 Hlutræn skilyrði auðgunar	10
2.2.3 Huglæg skilyrði auðgunar	13
2.3 Einkenni auðgunarbrotá.....	14
2.3.1 Verndarandlag ákvæða auðgunarbrotakaflans	15
2.3.2 Vörslusvipting sem skilyrði refsíabyrgðar	15
2.3.3 Einhliða og tvíhliða brot	16
2.3.4 Veruleg fjártjónsáhætta og sérgreiningarskylda	17
3. Skilgreining á ákvæðum hgl. um fjárdrátt og umboðssvik og skilyrði refsíabyrgðar samkvæmt ákvæðunum	19
3.1 Fjárdráttur skv. 247. gr. hgl.	19
3.1.1 Tileinkunarásetningur skv. 247. gr. hgl.	20
3.1.2 Huglæg skilyrði fjárdráttar skv. 247. gr. hgl.	21
3.1.3 Hlutræn skilyrði fjárdráttar skv. 247. gr. hgl.	22
3.1.4 Verknaðarandlag fjárdráttar	23
3.1.5 Verknaðarlýsing fjárdráttar.	25
3.1.6 Skilyrði fjárdráttar um vörslu aðila	26
3.1.7 Aðgreining fjárdráttar skv. 247. gr. og fjársvika skv. 248. gr. hgl.	28
3.2 Umboðssvik skv. 249. gr. hgl.	30
3.2.1 Verknaðarþoli og verknaðarandlag samkvæmt umboðssvikaákvæði 249. gr. hgl. .	31
3.2.2 Verknaðarlýsing umboðssvikaákvæðisins	31
3.2.3 Hlutræn skilyrði umboðssvika skv. 249. gr. hgl.	32
3.2.4 Huglæg skilyrði umboðssvika skv. 249. gr. hgl.	34
3.2.5 Trúnaðarþáttur umboðssvikabrotsins	35
3.2.6 Hlutverk umboðssvikaákvæðisins	36
3.2.7 Aðgreining umboðssvika skv. 249. gr. hgl. og fjársvika skv. 248. gr. hgl.	38
4. Ákvörðun refsingar	40

4.1 Almennt um refsíákvörðunarástæður með áherslu á ákvæði hgl. um fjárdrátt og umboðssvik.....	40
4.2 Dómaframkvæmd í málum er varða ákvæði hgl. um fjárdrátt og umboðssvik	42
4.2.1 Trúnaðarbrot	43
4.2.2 Brot í opinberu starfi	45
4.2.3 Eðli stöðu þess brotlega	47
4.2.4 Persónulegir hagir þess brotlega í kjölfar brota sinna.....	51
4.2.5 Tafir við rannsókn og meðferð málsins	53
4.2.6 Umfang verknaðarandlags og endanlegt tjón brotþola vegna brots ákærða	58
4.2.7 Aldur þess brotlega	61
4.2.8 Sakaferill ákærða	62
4.2.9 Einbeittur brotavilji geranda og fjöldi brota	64
4.2.10 Leynd við framningu brots.....	66
4.2.11 Hvatir ákærða sem liggja að baki háttsemi hans.....	68
4.2.12 Hagnaður þess brotlega eða aðila honum tengdir vegna brotastarfsemi sinnar.....	69
4.2.13 Endurgreiðsla þess tjóns sem brotlegi veldur með broti sínu	70
4.2.14 Samstarfsvilji undir rannsókn málsins	72
4.2.15 Brotasamsteypa og framhaldsbrot.....	74
4.2.16 Ítrekunar- og síbrotaákvæði hgl.	75
4.2.17 Umfjöllun fjölmiðla sem refsíákvörðunarástæða.....	76
4.3 Refsingar í fjárdráttar- og umboðssvikamálum	76
4.3.1 Refsihæð og refsitgundir í fjárdráttar- og umboðssvikamálum	77
4.3.2 Sjónarmið við ákvarðanir refsinga í fjárdráttar- og umboðssvikamálum	79
5. Áhrif hruns íslenska fjármálakerfisins á þróun auðgunarbrotamála	82
5.1 Hluverk sérstaks saksóknara.....	82
5.2 Mikilvægi umboðssvikaákvæðisins í náninni framtíð.....	82
5.3. Hvers konar háttsemi starfsmanna fjármálafyrirtækja gæti fallið undir umboðssvikaákvæði hgl. ?.....	85
5.3.1 Skilyrði þess að ógætilegar lánveitingar fjármálastofnana falli undir umboðssvikaákvæði hgl.	88
5.3.2 Kröfur um auðgunarásetning í umboðssvikamálum vegna ógætilegra lánveitinga fjármálastofnana.....	91
5.3.3 Sakborningar vegna meintra umboðssvikabrota starfsmanna fjármálastofnana.....	92

5.3.4 Hugsanlegar varnir gerenda í umboðssvikamálum vegna ógætilegra lánveitinga fjármálastofnana.....	92
5.3.5 Líkleg sjónarmið við refsíakvarðanir vegna meintra umboðssvikabrota starfsmanna fjármálafyrirtækja.....	93
5.4 Sönnunar- og formkröfur í efnahagsbrotamálum	94
6. Saga ákvæða um fjárdrátt og umboðssvik innan auðgunarbrotakafla hgl. og hugsanlegar breytingar á auðgunarbrotakaflanum	96
7. Lokaorð	98
Heimildaskrá	100
Dómaskrá	102

1. Inngangur

Meginþráður þessarar ritgerðar er umfjöllun um tvö ákvæði XXVI. kafla almennu hegningarlaga nr. 19/1940 (hér eftir skammstafað hgl.) sem fjallar um auðgunarbrot. Ákvæðin sem valin hafa verið sem umfjöllunarefni þessarar ritgerðar eru ákvæði 247. gr. hgl. um fjárdrátt og ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik. Gerð verður stuttlega grein fyrir almennum refsiskilyrðum samkvæmt hgl. og því viðbótarskilyrði sem sett er fyrir refsíabyrgð í auðgunarbrotakafla hgl. samkvæmt ákvæði 243. gr. hgl. sem setur það sem skilyrði refsíabyrgðar fyrir brot gegn ákvæðum auðgunarbrotakafla hgl. að brot aðila sé framið í auðgunarskyni. Eftir umfjöllun um almenn refsiskilyrði hgl. og þau skilyrði sem auðgunarbrotakafla hgl. setur fyrir refsingu verður farið yfir hlutlæg og huglæg skilyrði refsingar fyrir brot gegn ákvæðum 247. gr. hgl. um fjárdrátt og ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik. Að því loknu er svo komið að meginþunga ritgerðarinnar, þegar reifaðir verða dómar er varða brot gegn framangreindum ákvæðum hgl. og verður megináhersla lögð á að skoða þær refsíákvörðunarástæður sem dómstólar beita til rökstuðnings refsíákvörðunar sakbornings hverju sinni. Þau meginþingarmið sem lesa má út úr refsíákvörðunum dómstóla í málum er varða fjárdrátt og umboðssvik verða svo dregin saman, auk þess sem settar verða fram hugleiðingar um refsihæð og refsitegundir fyrir brot gegn ákvæðum hgl. um fjárdrátt og umboðssvik. Því næst verður velt upp framtíðarhlutverki umboðssvikaákvæðisins í tengslum við ákærur vegna meintra brota starfsmanna fjármálafyrirtækja fyrir og eftir hrun fjármálakerfisins haustið 2008. Háttsemi starfsmanna fjármálafyrirtækjanna við meint umboðssvikabrot þeirra gæti samkvæmt umfjöllun fjölmiðla um rannsókn embættis sérstaks saksóknara við vissar aðstæður einnig fallið undir markaðsmisnotkunarákvæði 117. gr. laga nr. 108/2007 um verðbréfavíðskipti (hér eftir skammstafað l. nr. 108/2007). Af þeim sökum er nauðsynlegt að fjalla um helstu álitæfni hvað varðar meint brot starfsmanna fjármálafyrirtækjanna gegn ákvæði 117. gr. l. nr. 108/2007 samhliða því að fjallað er um meint umboðssvikabrot starfsmanna fjármálafyrirtækjanna í kringum hrun íslenska fjármálakerfisins haustið 2008. Að lokum verður fjallað um sögu fjárdráttar- og umboðssvikaákvæðanna innan auðgunarbrotakafla hgl., auk þess sem lagðar verða til smávægilegar breytingar á auðgunarbrotakafla hgl.

Ritgerðinni verður skipt í sjö meginkafla. Á eftir inngangi kemur annar kafla um þau skilyrði sem þurfa að vera fyrir hendi þegar refsa á fyrir auðgunarbrot og í þeim kafla verður einnig farið yfir helstu einkenni auðgunarbrot. Í þriðja kafla er fjallað um þau ákvæði XXVI. kafla

hgl. sem valin hafa verið sem umfjöllunarefni ritgerðarinnar. Í þeim kafla verður farið yfir þau skilyrði sem fjárdráttar- og umboðssvikarákvæði hgl. setja fyrir refsíabyrgð sakbornings. Þá verður farið yfir aðgreiningu einhliða og tvíhliða brota, en atbeini brotaþola getur verið á þann hátt að erfitt sé að gera greinarmun á því hvort um einhliða eða tvíhliða brot sé að ræða. Í fjórða kafla verður svo farið yfir dómaframkvæmd í málum er varða brot gegn ákvæðum þeim sem ritgerðin beinir sjónum sínum að og þá aðallega þær refsíákvörðunarástæður sem liggja að baki dæmdri refsingu hverju sinni. Einnig verður farið yfir þau sjónarmið sem lesa má út úr dómaframkvæmd um fjárdrátt og umboðssvik. Þar verður einnig velt vöngum um refsihæð í fjárdráttar- og umboðssvikamálum og hvers konar refsitegundir henti fyrir brot gegn ákvæðum hgl. um fjárdrátt og umboðssvik. Í fimmta kafla verður farið yfir þau áhrif sem hrun íslenska fjármálakerfisins árið 2008 hefur haft og mun hafa á þróun auðgungarbrotamála á Íslandi. Athyglinni verður sérstaklega beint að hlutverki umboðssvikaákvæðis hgl. og markaðsmisnotkunarákvæðis l. nr. 108/2007 í þeim málum sem til rannsóknar eru hjá embætti sérstöks saksóknara vegna meintra brota starfsmanna fjármálafyrirtækja. Í sjötta kafla verður svo farið yfir sögu XXVI. kafla hgl. og farið yfir það álitaefni hvort að breytinga sé þörf á kaflanum. Að lokum verða svo niðurstöður ritgerðarinnar dregnar saman í sjöunda kafla.

2. Almenn skilyrði refsíabyrgðar fyrir auðgunarbrot

2.1 Almenn refsiskilyrði hgl.

Almenn refsiskilyrði hgl. koma fram í II. kafla laganna. Skv. 18. gr. hgl. eru saknæmisskilyrðin tvö, ásetningur og gáleysi. Ákvæði 18. gr. hgl. setur ásetning sem meginskilyrði saknæmis skv. lögnum. Skilyrði þess að verknaður sá sem refsing er lögð við í lögnum sé saknæmur er að verknaðurinn sé framin af ásetningi nema annað sé tekið fram. Eigi að refsa fyrir gáleysisbrot þarf því sérstaka heimild til og verður sú heimild að koma fram á skýran hátt í ákvæði hgl. Hvorki kemur fram í hgl. né í greinargerð með lögnum hvað það er sem felst í hugtökunum um ásetning og gáleysi eða hver munurinn sé á huglægri afstöðu þessara saknæmastiga.¹ Í greinargerð með hgl. segir að heppilegra sé að það mat fari fram hjá dómstólum og með skrifum fræðimanna á sviði almennrar refsiréttarfræði, en að það sé gert með lagasetningu.² Réttarframkvæmd hefur myndað nokkuð skýrar reglur um þær kröfur sem gerðar eru til ásetnings- og gáleysiskilyrða með dómaframkvæmd og umfjöllun fræðimanna um efnið.³ Auðgunarbrot eru flokkuð sem tjónsbrot innan réttarheimildarfræðinnar og ber að miða tímasetningu fullframningarstigs auðgunarbrotá við þá flokkun.⁴

2.2 Refsiskilyrði XXVI. kafla hgl.

2.2.1 Auðgunarásetningur skv. 243. gr. hgl.

Viðbótarskilyrði þess að mögulegt sé að refsa fyrir brot gegn ákvæðum XXVI. kafla hgl. er að brotið sé framið í auðgunarskyni skv. 243. gr. hgl. Ákvæði 243. gr. hgl. girðir þannig fyrir að auðgunarbrot geti verið framið af gáleysi, þar sem ákvæðið áskilur auðgunarásetning. Verður hér farið yfir hvað felst í því skilyrði 243. gr. hgl. að brot sé framið í auðgunarskyni.

Fjármunabrot eru brot þar sem verndarhagsmunir refsíákvæðanna eru hvers konar fjárhagsleg verðmæti. Auðgunarbrot samkvæmt XXVI. kafla hgl. eru hagnaðarbrot þar sem hvert ákvæði felur í sér ákveðið verknaðarandlag og ólögmæta yfirfærslu verðmæta til einstaklinga eða

¹ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 59.

² *Alþt.* 1939 A deild, bls. 357.

³ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 60.

⁴ Jónatan Þórmundsson skilgreinir ásetning miðað við tjónsbrot á skýran hátt í bók sinni *Afbrot og refsíabyrgð II*. Þar nefnir hann fjögur stig huglægrar afstöðu sem til greina kemur að fella undir ásetning til refisverðrar háttsemi þegar um tjónsbrot er að ræða. Það er að tilgangur háttseminnar sé að haga sér á þann hátt sem ákvæði lýsi afbrot, ef sá brotlegi álitur það óhjákvæmilega afleiðingu eða yfirgnæfandi líkur séu á að með verknaði sínum brjóti hann gegn ákvæði laganna og að lokum ef að sá brotlegi telur möguleika á að afleiðingar verknaðar hans komi fram en fremur samt sem áður þann verknað sem talinn er brotlegur samkvæmt lögnum. Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls 60-61.

lögaðila sem ekki hafa rétt til umráða yfir þeim verðmætum sem um er að ræða.⁵ Það er svo auðgunarásetningurinn skv. 243. gr. hgl. sem greinir auðgunarbrot frá öðrum hagnaðarbrotum. Ákvæðið setur tvenns konar skilyrði fyrir refsíabyrgð samkvæmt ákvæðum XXVI. kafla laganna. Annars vegar eru það hlutræn skilyrði verknaðarandlagsins sem þurfa að vera til staðar og þær afleiðingar sem þurfa að leiða af háttsemi þess brotlega og hins vegar þá huglægu afstöðu sem þarf að vera fyrir hendi hjá þeim brotlega. Huglæga afstaðan skiptist svo aftur í þau almennu skilyrði sem sett eru fyrir saknæmi í 18. gr. hgl. og þann auðgunarásetning sem fram kemur í 243. gr. hgl.⁶

2.2.2 Hlutræn skilyrði auðgunar

Samkvæmt athugasemdnum í greinargerð með með 243. gr. hgl. kemur fram að hlutræn skilyrði auðgunarásetnings séu að ásetningur aðila sé til þess að afla sér eða öðrum fjár og einnig að aðili bíði að sama skapi fjártjón vegna þeirrar fjáröflunar.⁷ Það er ekki skilyrði að sá brotlegi og viðtakandi fjárávinningsins sé sá sami og að sama skapi þarf brotaþoli og tjónþoli ekki að vera sami aðili.⁸ Til þess að háttsemi þess brotlega geti talist auðgun samkvæmt XXVI. kafla hgl. þurfa því þrjú skilyrði að vera uppfyllt. Það eru skilyrðin um efnislega skerðingu, röskun á fjárskiptagrundvelli og ólögmeta fjármunayfurfærslu.⁹

Efnisleg skerðing

Skilyrðið um efnislega skerðingu felur í sér að háttsemi þess brotlega leiði til fjártjóns eða annarrar röskunar á verðmætum fyrir brotaþola. Það er sameiginlegt einkenni auðgunarbrot að hinn óréttmæti ávinningur þess brotlega leiði til samsvarandi tjóns fyrir brotaþola.¹⁰ Með þessu skilyrði er gerður greinarmunur á auðgunarbrotum, sem eru tjónsbrot og formbrotum eins og gertæki skv. 260. gr. hgl. og nauðungarkaupum. Nauðungarkaup eru kaup á verðmætum sem framkvæmd eru með þjófnaðaraðferð, en þó gegn fullu endurgjaldi á sama tíma og tileinkun verðmætanna fer fram.¹¹ Á mörkin milli nauðungarkaupa og þjófnaðar skv. 244. gr. hgl. reyndi í *H 1983:1021*.¹² Slakað hefur verið á kröfunni um efnisskerðingu í

⁵ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 62.

⁶ Jónatan Þórmundsson: „Auðgunarásetningur“, bls. 339.

⁷ *Alpt.* 1939, A-deild, bls. 394.

⁸ Jónatan Þórmundsson: „Auðgunarásetningur“, bls. 340.

⁹ Jónatan Þórmundsson: „Auðgunarásetningur“, bls. 340.

¹⁰ Greve, Vagn, Nielsen, Gorm Toftegaard og Jensen, Asbjørn. *Kommenteret straffelov, Speciel del* (1997), bls. 363.

¹¹ Jónatan Þórmundsson: „Auðgunarásetningur“, bls. 340.

¹² Samkvæmt *H 1983:1021* kemur glögglega í ljós hversu hárfín lína er milli þess hvenær um nauðungarkaup annars vegar og þjófnað skv. 244. gr. hgl. hins vegar er að ræða. Fjórir starfsmenn Fríhafnarinnar í Keflavík voru

brotum gegn nokkrum ákvæðum auðgunarbrotakafla hgl., þar á meðal ákvæðunum um fjárdrátt og umboðssvik. Við mat á því hvort að efnisleg skerðing hafi átt sér stað við fjárdráttar- og umboðssvikabrot nægir þannig að sýnt sé fram á að háttsemi aðila hafi falið í sér verulega fjártjónsáhættu.¹³ Sömu sjónarmið gilda í dönskum rétti um tilsökun varðandi matið á efnislegri skerðingu. Þannig nægir að sýnt sé fram að sá brotlegi hafi verið meðvitaður um áhættuna á tapi brotaþola til þess að ákvæði 278. gr. dönsku hegningarlaganna um fjárdrátt og 280. gr. dönsku hegningarlaganna um umboðssvik geti átt við.¹⁴ Samkvæmt *H 20. janúar 2005, í máli nr. 312/2004* er fjárdráttarbrotið fullframið á því tímamarki þegar hætta er fyrir hendi að sá brotlegi geti ekki greitt til baka andlag fjárdráttarbrotsins.¹⁵ Við þessar aðstæður skiptir huglæg afstaða aðila til þess að valda fjártjóni meira máli en raunverulegar afleiðingar háttseminnar og líkist matið því meira mati á hættubroti en tjónsbroti. Athuga verður hins vegar að sá brotlegi verður að gera sér grein fyrir þeirri hættu sem felst í háttsemi hans. Einnig verða líkurnar á raunverulegu tjóni fyrir brotaþola að vera um það bil jafn miklar og líkurnar á að brotaþoli verði ekki fyrir tjóni til þess að um fjárdráttarbrot geti verið að ræða. Að þessum sökum er fjárdráttarbrot flokkað sem tjónsbrot þrátt fyrir að matið á efnislegri skerðingu vegna fjárdráttarbrots líkist mati á hættuásetningi.

sýknaðir í Sakadómi af ákæru um þjófnað skv. 244. gr. hgl. Háttsemi starfsmannanna fólst í töku áfengis með ófrjálsri hendi, en ákærðu greiddu fullt útsöluverð áfengisins í kassa verslunarinnar næsta dag. Vegna fullnægjandi greiðslu, þó síðar væri, skorti það skilyrði að Fríhöfnin yrði fyrir efnislegri skerðingu að mati Sakadóms og því væri ekki um auðgunarbrot að ræða í þessu tilfalli. Af þeim sökum voru sakborningarnir sýknaðir af ákæru í Sakadómi. Meirihluti Hæstaréttar var ósammála þessu mati Sakadóms og lagði meirihluti Hæstiréttar áherslu á það í forsendum sínum að skilyrði þess að háttsemi þess brotlega teldist nauðungarkaup væri að greiðsla færi fram á sömu stundu og tileinkun ætti sér stað. Þar sem það var ekki gert voru hlutræn skilyrði auðgunarbrot fyrir hendi og huglæg afstaða starfsmannanna að taka áfengið úr birgðargeymslu Fríhafnarinnar í auðgunarskyni. Því voru starfsmennirnir fundnir sekir um þjófnað skv. 244. gr. hgl. samkvæmt dómi Hæstaréttar. Jónatan Þórmundsson bendir á það í grein sinni Auðgunarásetningur að gera verði greinarmun á hagnaðarbroti og tjónsbroti. Vissulega hafi starfsmennirnir hagnast á brotinu þar sem þeir fengu áfengið á verði sem þeim stóð ekki til boða samkvæmt gildandi reglum. Hins vegar hefði Fríhöfnin fengið sama verð fyrir verðmætin hjá viðskiptavinum sínum og hún fékk hjá ákærðu og því skorti á að sakborningarnir hafi hagnast með öflun ólöglegs fjárávinnings. Jónatan Þórmundsson. „Auðgunarásetningur“, bls. 341-342.

¹³ Jónatan Þórmundsson: „Auðgunarásetningur“, bls. 342.

¹⁴ Vagn Greve, Bent Unmack Larsen, Per Lindegaard: *Kommenteret straffelov, speciel del* (1980), bls. 336.

¹⁵ Í dómsniðurstöðu *H 20. janúar 2005, í máli nr. 312/2004* segir orðrétt. „Brot gegn 247. gr. laga nr. 19/1940 verður einungis framið af auðgunarásetningi, sbr. 243. gr. laga nr. 19/1940. Verður að telja að ákærða hafi, ekki síðar en við fyrirframgreiðsluna 26. apríl, ekki getað dulist sú hætta að honum myndi ekki auðnast að endurgreiða hin oftæknu laun, svo sem síðar varð, og valda með því opinberri stofnun fjártjóni. Hefur ákærða orðið sú hætta enn ljósari við síðari fyrirframgreiðslur sem hann tilkynnti ekki heldur sérstaklega um. Háttsemi ákærða á þeim tíma, er hér er til meðferðar, fól í sér lægri stig ásetnings með einkenni hættuásetnings er leiddi til fullframins fjárdráttarbrot skv. 247. gr. laga nr. 19/1940.“

Sjónarmið um verulega fjártjónsáhættu við matið á efnislegri skerðingu kemur einnig fram í *H 29. maí 1997, í máli nr. 6/1997 og H 31. maí 2007, í máli nr. 392/2006*.¹⁶

Röskun á fjárskiptagrundvelli

Röskun á fjárskiptagrundvelli þarf að vera fyrir hendi til þess að háttsemi þess brotlega geti falið í sér auðgunarbrot samkvæmt XXVI. kafla hgl. Þar sem ákvæði auðgunarbrotakafla hgl. vernda eignarrétt manna á fjárhagslegum verðmætum er ljóst að verknaðarandlagið þarf að hafa eitthvert fjárhagslegt gildi og vera háð eignarrétti til þess að um auðgunarbrot geti verið að ræða. Hafi verknaðarandlagið ekkert fjárgildi eða er ekki bundið eignarrétti brotaþola er skilyrðunum um fjárávinning hins brotlega og fjártjón brotaþola ekki til staðar og háttsemi aðila getur ekki talist auðgunarbrot skv. XXVI. kafla hgl.¹⁷

Ólögmæt fjármunayfirfærsla

Það er skilyrði auðgunar skv. 243. gr. hgl. að fram fari ólögmæt fjármunayfirfærsla frá brotaþola eða þeim sem hefur vörslur verðmæta til þess brotlega eða einhvers annars aðila sem ekki hefur umráðarétt fjármunanna.¹⁸ Fjármunayfirfærslan á sér stað með mismunandi hætti eftir því hvort um er að ræða einhliða tökubrot eins og þjófnað skv. 244. gr. hgl., gripdeild skv. 245. gr. hgl. og rán skv. 252. gr. hgl. eða einhliða tileinkunarbrot eins og fjárdrátt skv. 247. gr. hgl. og einhliða ráðstöfunarbrot eins og umboðssvik skv. 249. gr. hgl. Við fjárdráttar- og umboðssvikabrot hefur fjármunayfirfærslan oftast en ekki átt sér stað á löglegan hátt í samningssambandi aðilanna. Fjármunir færast því ekki milli aðila í eiginlegri

¹⁶ *H 1997:1765*. Ákærði sem gegndi stöðu framkvæmdastjóra Lífeyrissjóðs bænda hafði milligöngu um að Lífeyrissjóður bænda lánaði írsku flugfélagi hátt á 100 milljónir kr. án nokkurra ábyrgða eða trygginga. Þessi háttsemi ákærða var talin fela í sér verulega fjártjónsáhættu fyrr Lífeyrissjóð bænda og af þeim sökum talin umboðssvik skv. 249. gr. hgl.

Í dómsniðurstöðu *H 31. maí 2007 í máli nr. 392/2006* segir orðrétt. „Í A kafla ákæru eru ákærði S, sem fjármálastjóri einkahlutafélagsins V og svonefndur prókúruhafi á nánar tilgreindum reikningi þess hjá Sparisjóði Reykjavíkur og nágrennis, og ákærði E, sem stjórnarformaður félagsins, daglegur stjórnandi þess og yfirmaður ákærða Svavars, sakaðir um að hafa í sameiningu misnotað aðstöðu sína með því að ákærði Svavar hafi að fyrirskipan ákærða Eyjólfss á tímabilinu 29. apríl til 27. maí 2002 með nánar tilgreindum 24 millifærslum samtals að fjárhæð 24.821.980 krónur yfirdregið reikninginn um 23.931.464 krónur án þess að heimild til yfirdráttar væri fyrir hendi. Hafi þessum fjármunum að stórum hluta verið ráðstafað inn á bankareikninga F ehf., sem ákærði E hafi verið í fyrirsvari fyrir og ákærði S verið fjármálastjóri hjá, þrátt fyrir að báðum væri fullkunnugt um að hvorki væri innistæða á reikningnum né heimild til yfirdráttar á honum og *skuldastaða félagsins með þeim hætti að ljóst hafi verið að veruleg hættu væri á að það gæti ekki endurgreitt sparisjóðnum það fé, sem fært var af reikningnum* (leturbreyting höfundar). Eru ætluð brot ákærðu talin varða við 249. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940.“

¹⁷ Jónatan Þórmundsson: „Auðgunarásetningur“, bls. 342-343.

¹⁸ Jónatan Þórmundsson: „Auðgunarásetningur“, bls. 343.

merkingu við fjárdráttar- og umboðssvikabrotið heldur er það hin huglæga afstaða aðila til verknaðarandlagsins eftir að fjármunayfirfærslan hefur farið fram sem skiptir máli.¹⁹

Hafi því verið slegið föstu að hlutræn skilyrði auðgunarásætnings skv. 243. gr. hgl. séu fyrir hendi kemur til skoðunar hvort að huglæg afstaða geranda standi til auðgunar, það er hvort huglægur ásetningur aðila hafi staðið til hinna hlutrænu þátta ákvæðisins.

2.2.3 Huglæg skilyrði auðgunar

Ákvæði 243. gr. hgl. um auðgunarásætning kveður ekki á um að ákveðið ásetningsstig þurfi vera fyrir hendi til þess að um auðgunarbrot geti verið að ræða. Það er því ljóst að öll þau ásetningsstig sem farið var yfir hér að framan uppfylla skilyrði þess að brot hafi verið framið í auðgunarskyni skv. 243. gr. hgl.²⁰ Annað er hins vegar upp á teningnum í norskum rétti þar sem tilgangsásætningur er skilyrði auðgunarbrotis. Þá þarf ávinningshvöt að vera til staðar við framningu augunarbrots, án þess þó að ávinningshvötin þurfi að vera það endanlega takmark sem stefnt er að.²¹ Í stað þess að setja ákveðið ásetningsstig sem skilyrði huglægs ásetning auðgunarbrotis samkvæmt íslenskum rétti er litið til þess við hvenær fjárdráttarbrot telst fullframnið. Huglægur ásetningur þarf því að taka til þeirra hlutlægu efnisþátta sem raktir voru hér að framan og þeirra hlutlægu þátta sem fram koma í efnislýsingum ákvæðisins sem sá brotlegi er grunaður um að hafa brotið gegn, en ekki er farið fram á ákveðið ásetningsstig. Það er mismunandi eftir orðalagi ákvæða auðgunarbrotakafans og eðli þeirra brota sem ákvæðin fjalla um hvenær brot gegn ákvæðunum telst fullframið.²² Fullframningarstig fjárdráttar- og umboðssvikabrota hefur til að mynda verið fært fram og miðast við verulega fjártjónsáhættu eins og áður hef verið fjallað um. Af þeirri ástæðu nægir að sýna fram á huglæga afstöðu geranda til þess að valda brotaþola verulegri fjártjónsáhættu til þess að háttsemi hans geti fallið undir ákvæði um 247. gr. hgl. um fjárdrátt og ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik.²³ Þar er því ekki gerð krafa um sönnun á fjártjóni eins og ella er gert í málum er varða auðgunarbrot. Nægilegt er því að slá því föstu að sá brotlegi viti eða megi vita að háttsemi hans hafi í för með sér hættu á fjártjóni.²⁴ Sem dæmi um aðstæður þar sem aðili leggur verulega fjártjónáhættu á brotaþola er þegar hann tekur sér á hendur

¹⁹ Jónatan Þórmundsson: „Auðgunarásætningur“, bls. 343.

²⁰ Jónatan Þórmundsson: „Auðgunarásætningur“, bls. 344.

²¹ Johs Andenæs: *Formueforbrytelse*, bls. 19-20.

²² Jónatan Þórmundsson: „Auðgunarásætningur“, bls. 344.

²³ Jónatan Þórmundsson: „Auðgunarásætningur“, bls. 347.

²⁴ *Alþt.* 1939, A-deild, bls. 395.

fjárhagsskuldbindingu sem honum má vera ljóst að hann getur ekki greitt til baka.²⁵ Brotið er þá fullframið um leið og sá brotlegi hefur undirritað fjárhagsskuldbindingu sem hann veit eða má vita að hann getur ekki ráðið við hefur með þeirri ráðstöfun valdið verulegri fjártjónsáhættu. Athuga verður þó að þessi rýmkun tekur ekki til hins huglæga þáttar ásetnings. Sýna verður fram á ásetning til efnispátta ákvæðisins skv. 18. gr. hgl. sem og auðgunarásetning skv. 243. gr. hgl. eins og endranær og á þetta því aðeins við um þann þátt sem tekur til hinnar ólögmetu fjármunayfurfærslu.²⁶ Skilyrði 243. gr. hgl. um auðgunarásetning leiða ekki til þess að settar séu kröfur um að einhverjar ákveðnar hvatir búi að baki háttsemi þess brotlega. Eins og gefur að skilja er auðgunar- og hagnaðarhvöt oftast ekki ástæða þess að sá brotlegi fremur verknað sem refsiverður er samkvæmt auðgunarbrotakafli hgl.²⁷ Ákveðnar hvatir geta hins vegar verið metnar til málsbóta eða þyngingar við refsiakvörðun eins og fjallað verður um í kafla 4.2.12.

2.3 Einkenni auðgunarbrota

Áður hefur verið bent á þau atriði sem helst einkenna brot samkvæmt XXVI. kafla hgl. Auðgunarbrot eru fjármunarbrot, nánar tiltekið hagnaðarbrot. Auðgunarbrot beinast þannig að fjárhagslegum verðmætum í hagnaðarskyni. Þá eru auðgunarbrot í eðli sínu tjónsbrot með fullframningarstigið fært fram. Almenn refsiskilyrði 18. gr. hgl. leiða til þess að ásetningur þarf að ná til allra efnispátta ákvæða auðgunarbrotakafllans. Ákvæði 243. gr. hgl. leggur hins vegar ríkari kröfu um ásetning til brota gegn ákvæðum laganna um auðgunarbrot, það er viðbótarkröfu um auðgunarásetning eins og áður hefur verið rakið. Ákvæði 243. gr. hgl. útilokar einnig að auðgunarbrot geti verið framin af gáleysi. Það er einmitt krafan um að brot skuli vera framið í auðgunarskyni sem er það sem er sammerkt með auðgunarbrotum.²⁸ Undantekning frá því er ákvæði 263. gr. hgl. um kaup eða viðtöku hluta sem fengnir hafa verið með auðgunarglæp. Brot gegn ákvæði 263. gr. hgl. telst fullframið sýni gerandi af sér stórfellt gáleygi við háttsemi sína. Í þessum kafla verður kafað örlítið dýpra í það hvað það er sem einkennir auðgunarbrot.

²⁵ Sjá *H 21. mars 2005, í máli nr. 372/2004*. Þar var ákærða dæmd fyrir fjárdráttarbrot á grundvelli efnislegs mælikvarða á greiðslugetu hennar. Talið var að þegar hún gerði þær fjárhagslegu ráðstafanir sem hún var ákærð fyrir hafi hún vitað eða mátt vita að hún gæti ekki staðið við þær skuldbindingar sem hún hafði tekið sér á hendur.

²⁶ Jónatan Þórmundsson: „Auðgunarásetningur“, bls. 347.

²⁷ Jónatan Þórmundsson: „Auðgunarásetningur“, bls. 345.

²⁸ Jónatan Þórmundsson: „Einkenni auðgunarbrot“, bls 411.

2.3.1 Verndarandlag ákvæða auðgunarbrotakaflans

Auðgunarbrot eru, eins og áður segir, fjármunabrot sem leiðir til þess að verknaðarandlag auðgunarbrotu þarf að hafa eitthvert fjárhagslegt gildi. Verknaðarandlagið þarf að hafa almennt fjárhagslegt gildi og getur því ekki verið verðlaust í almennum viðskiptum milli aðila eða hafa harla rýrt verðgildi. Þá mega verðmætin ekki vera aðgengileg almenningi án kostnaðar eða hafa einungis persónulegt minjagildi fyrir brotþola.²⁹ Mismunandi er síðan hversu víðtækt verknaðarandlag ákvæða auðgunarbrotakaflans er. Verknaðarandlag fjárdráttarbrot skv. 247. gr. hgl. er til að mynda þrengra en verknaðarandlag umboðssvikabrot skv. 249. gr. hgl. Andlag fjárdráttarbrotu eru ápreifanlegir og hreyfanlegir lausafjármunir sem hafa almennt fjárhagslegt gildi.³⁰ Andlag umboðssvikabrotu er hins vegar rýmra og er engin afmörkun á andlaginu hvorki í ákvæði 249. gr. hgl. né í athugasemdum við ákvæðið í greinargerð með hgl. Andlag umboðssvikabrotu getur því bæði verið líkamlegt og ólíkamlegt og hreyfanlegt og óhreyfanlegt. Fasteignir og munnlegar fjárkröfur geta því verið verknaðarandlag umboðssvikabrotu gagnstætt því sem gildir um fjárdráttarbrot.³¹ Meginstef ákvæða XXVI. kafla hgl. er að þau vernda bein eignarréttindi þó svo að finna megi undantekningar frá því, til að mynda verndar ákvæði 250. gr. hgl. um skilasvik óbein eignarréttindi. Ákvæði auðgunarbrotakaflans vernda þannig eignir einstaklinga og lögaðila gegn því að aðrir slái eign sinni á verðmæti réttmæts eiganda á ólögsmætan hátt.³²

2.3.2 Vörslusvipting sem skilyrði refsíabyrgðar

Ólögsmæt vörslusvipting getur verið forsenda þess að refsíabyrgð skapist samkvæmt ákvæðum auðgunarbrotakafla hgl.³³ Það á hins vegar ekki við um þau ákvæði sem fjallað verður um í þessari ritgerð. Fjárdráttur skv. 247. gr. hgl. er tileinkunarbrott þar sem varsla verðmætanna er í höndum þess brotlega þegar brott er framið. Fjárdráttarbrot hefst þannig oftast með samningssambandi aðila og varsla verðmætanna hjá þeim brotlega er því með samþykki brotþola. Fullframning brotsins er svo þegar ásetningur skapast hjá þeim brotlega til að líta á verðmæti brotþola sem sín eigin. Þó svo að ólögsmæt vörslusvipting sé ekki forsenda refsíabyrgðar fyrir fjárdráttarbrot er varsla hins brotlega á verðmætum brotþola áður en brotið á sér stað skilyrði þess að háttsemi hans geti fallið undir ákvæði 247. gr. hgl. um fjárdrátt. Vegna skilyrðis fjárdráttarákvæðisins um fyrirfram vörslur þess brotlega geta

²⁹ Jónatan Þórmundsson: „Einkenni auðgunarbrotu“, 413.

³⁰ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 553.

³¹ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 177.

³² Jónatan Þórmundsson: „Einkenni auðgunarbrotu“, bls. 414.

³³ Jónatan Þórmundsson: „Einkenni auðgunarbrotu“, bls. 415.

munlegar fjárkröfur og fasteignir ekki verið verknáðarandlag fjárdráttarbrot.³⁴ Umboðssvik skv. 249. gr. hgl. er ráðstöfunarbrot þar sem hinn brotlegi misnotar sér þá aðstöðu sem honum hefur verið fengin með því að ráðstafa fjárhagslegum verðmætum brotþola sér í hag. Ráðstöfunin á sér þannig stað á verðmætum sem brotþoli hefur veitt hinum brotlega aðgang að og sá brotlegi hefur öðlast stöðu til þess að ráðstafa verðmætunum. Þannig er ekki lögð jafn rík áhersla á vörslur verðmæta í umboðssvikaákvæðinu og gert er í fjárdráttarákvæðinu. Vegna þess má álykta sem svo að verknáðarandlag umboðssvikabrota sé rýmra og geti til að mynda tekið til fasteigna og óbeinna eignarréttinda ólíkt því sem á við um fjárdráttarákvæðið, eins og áður sagði.³⁵

2.3.3 Einhliða og tvíhliða brot

Ákvæði auðgunarbrotakafla hgl. eru flokkuð sem einhliða eða tvíhliða brot og getur sú aðgreining skipt verulegu máli varðandi rétta heimfærslu til lagaákvæðis í ákæru. Í stuttu máli felst aðgreiningin í því að atbeina brotþola er þörf í tvíhliða broti en svo er ekki í einhliða broti.³⁶ Nánar verður gert grein fyrir því hvernig ákvæði auðgunarbrotakafla hgl. geta skarast í þessari flokkun og gerð grein fyrir mikilvægi þess að ákærvaldið heimfæri atvikalýsingu undir rétt ákvæði í kafla 3.1.7 og kafla 3.2.7. Samkvæmt íslenskri réttarframkvæmd liggur þyngri refsing við fjársvikum en fjárdrætti og umboðssvikum. Líkleg ástæða þess liggur í eðli fjársvika sem tvíhliða brots þar sem blekking er nauðsynlegt skilyrði brots og ætlun þess brotlega um að hagnast á kostnað viðsemjanda síns þarf að vera til staðar frá upphafi til þess að um fjársvikabrot sé að ræða. Það er því ljóst að það getur skipt ákærða verulegu máli hvort háttsemi hans teljist varða við ákvæði um fjársvik, fjárdrátt eða umboðssvik.³⁷ Athuga ber að sú blekking sem brotlegi beitir við háttsemi sína gagnvart brotþola þarf að vera ólögsmæt til þess að brot gegn ákvæðum hgl. um fjársvik sé fyrir hendi. Sama gildir ef aðili beitir blekkingu við fjárdráttar- eða umboðssvikabrot sitt.³⁸ Blekking er ekki skilyrði fjárdráttar- og umboðssvikabrota, en háttsemi aðila sem brýtur gegn fjárdráttar- eða umboðssvikaákvæðinu getur hins vegar einkennst af blekkingu.³⁹ Sé byggt á því við rökstuðning fjárdráttar- eða umboðssvikabrotsins að sá brotlegi hafi blekkt brotþola þarf sú blekking að vera ólögsmæt til

³⁴ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 550-552.

³⁵ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 176-177.

³⁶ Jónatan Þórmundsson: „Einkenni auðgunarbrot“, bls. 412-413.

³⁷ Jónatan Þórmundsson: „Einkenni auðgunarbrot“, bls. 412-413.

³⁸ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíábyrgð I*, bls. 38.

³⁹ Jónatan Þórmundsson: „Einkenni auðgunarbrot“, bls. 416.

þess að vera tekin til greina sem rökstuðningur fyrir fjárdráttar- eða umboðssvikabroti.⁴⁰ Þannig þarf að gera greinarmun á því að hagræða sannleikanum og nýta sér þekkingu sína í leit að hagnaði í viðskiptum og að blekkja samningsaðila sinn á refsiverðan hátt. Ljóst er því að ólögmætisfyrirvarinn gerir það að verkum að háttsemi þess brotlega við blekkingu hans þarf að vera gróf til þess að um refsiverða hegðun sé að ræða.⁴¹ Skiptir það til að mynda verulegu máli við mat á því hvort háttsemi aðila feli í sér blekkingu og þar með fjársvikabrot hvers eðlis aðstæður eru hjá samingsaðilum, því lagaumhverfi sem háttsemi geranda gagnvart brotþola rúmast innan og í hverju háttsemi meints geranda felst.⁴² Er það samspil ýmissa þátta en ekki verður farið nánar út í það hvernig það mat fer fram í þessari ritgerð. Þau viðmið um ólögmæti og blekkingu sem hér hafa verið rakin gilda um ólögmæti samkvæmt fjársvikaákvæði 248. gr. hgl. Þar er ólögmætisfyrirvarinn tilgreindur sérstaklega í ákvæðinu og blekking verknáðaraðferð brotsins. Af þeim sökum eru önnur viðmið ríkjandi þegar metið er hvort blekking hafi verið ólögmæt samkvæmt fjársvikaákvæðinu annars vegar og fjárdráttar- eða umboðssvikaákvæðinu hins vegar þó svo að sömu sjónarmið gildi.

2.3.4 Veruleg fjártjónsáætla og sérgreiningarskylda

Áður hefur verið farið yfir þá tilslökun sem á sér stað við mat á hlutrænum afleiðingum í málum er varða fjárdrátt og umboðssvik. Felst sú tilslökun í því að ekki hefur verið gerð krafa um sönnun þess að raunverulegt fjárhagslegt tjón hafi átt sér stað. Tilhneiging hefur svo verið til þess að beita enn meiri tilslökun þar sem aðstæður eru þær að skylda hvílir á aðila að halda fjárhag sínum og annarra aðskildum á grundvelli laga, reglugerða eða samninga. Hefur í þess háttar málum verið beitt reglum sem nálgast það að teljast formbrot eða samhverft brot. Sú háttsemi aðila að rækja ekki þá skyldu sína að halda fjárhag sínum og annarra aðskildum telst við þær aðstæður þá þegar fjárdráttarbrot. Reynt hefur á sérgreiningarskylduna fyrir dómi, bæði hvað varðar störf aðila í opinberum rekstri og einkarekstri. Sérgreiningarskyldan byggir á eðli máls, en með vísan til 138. gr. hgl. sbr. 247. gr. hgl. og annarra lagaákvæða sem snúa að skyldum opinberra starfsmanna gagnvart opinberu fé hefur sú skylda verið lögð á opinbera starfsmenn að þeir haldi sínu eigin fé og opinberu fé skýrlega aðgreindu.⁴³ Sú skýra krafa sem gerð er til opinberra starfsmanna að þessu leyti kemur meðal annars fram í *H 6. október 2011, í máli nr. 45/2011*.

⁴⁰ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíðabyrgð I*, bls. 38-39.

⁴¹ Ragnheiður Bragadóttir: „Villan og hið ólögmæta atferli hins brotlega skv. 284. gr. alm. hgl.“, bls. 39.

⁴² Ragnheiður Bragadóttir: „Villan og hið ólögmæta atferli hins brotlega skv. 284. gr. alm. hgl.“, bls. 41.

⁴³ Jónatan Þórmundsson: „Einkenni auðgunarbrot“, bls. 443-445.

G var ákærð fyrir að draga sér fé í starfi sínu sem sendiráðsfulltrúi hjá íslenska sendiráðinu í A og síðar í öðrum störfum fyrir íslenska ríkið. Brot ákærðu G fólust í því að millifæra fé af bankareikningi íslenska sendiráðsins sem hún hafði prókúru fyrir yfir á eigin reikning. Auk þess vanrækti G tilkynningaskyldu til íslenska sendiráðsins í A þess efnis að hún nyti enn kjara í formi staðaruppbótar. Staðaruppbótina sem G fékk frá íslenska sendiráðinu í A notaði hún síðar heimildarlaust í eigin þágu. Þessi háttsemi G var talin varða við 138. gr., sbr. 247. gr. hgl.

Hvað varðar þá sérgreiningarskyldu sem lögð er á einstaklinga í einkarekstri að halda sínu eigin fé og fé lögaðilans aðgreindu eru kröfurnar ekki jafn ríkar og eiga við um opinbert fé. Það sama á við um sérgreiningu fjár í einkarekstri og opinberum rekstri að sérgreiningarskyldan byggist á eðli máls. Sérgreiningarskyldan sem lögð er á aðila í einkarekstri grundvallast oftár á samningum aðilans og lögaðilans fremur en lagaskyldu eins og á við um opinberan rekstur.⁴⁴ Sem dæmi um dóma er varða sérgreiningarskyldu einstaklinga í einkarekstri má nefna *H 13. október 2005, í máli nr. 525/2004* og *H 11. mars 2010, í máli nr. 763/2009*.

H 13. október 2005, í máli nr. 525/2004. Þar var ákærði sakfelldur fyrir fjögur fjárdráttarbrot. Brot ákærða fólust í því að nota fjármuni viðskiptavina sinna í þágu fasteignasölnunnar sem ákærði vann hjá. Fjármunina átti hins vegar að nota til þess að greiða veðskuldir viðskiptavina ákærða. Þá fólst eitt af brotum ákærða í því að draga sér andvirði húsbréfs sem ákærði hafði fengið umboð til þess að innleysa fyrir viðskiptavin sinn.

H 11. mars 2010, í máli nr. 763/2009. Þar var Þ sakfelldur fyrir að hafa tekið við greiðslu sem með réttu tilheyrði Fóðurlöndunni og lagt féð inn á eigin reikning. Fjárhæðir þær sem Þ veitti viðtöku voru vegna kaupa aðila á barnafjórhyólum sem voru í eigu Fóðurlöndunnar.

⁴⁴ Jónatan Þórmundsson: „Einkenni auðgunarbrot“, bls. 445-447.

3. Skilgreining á ákvæðum hgl. um fjárdrátt og umboðssvik og skilyrði refsíabýgðar samkvæmt ákvæðunum

3.1 Fjárdráttur skv. 247. gr. hgl.

247. gr. Dragi maður sér fjármuni eða önnur verðmæti, sem hann hefur í vörslum sínum, en annar maður er eigandi að, án þess þó að verknaðurinn varði við 246. gr., þá skal hann sæta fangelsi allt að 6 árum.

Hafi maður notað peninga annars manns heimildarlaust í sjálfs sín þarfir, þá skal honum refsað fyrir það samkvæmt 1. mgr., hvort sem honum hefur verið skylt að halda peningunum aðgreindum frá sínu fé eða ekki.

Á einfaldan hátt má skilgreina fjárdrátt á þann máta að aðili tileinki sér lausafjármuni, sérgreind fjárverðmæti eða peninga sem eru í vörslu hins brotlega en ekki í hans eigu, það sé gert af ásetningi og í auðgunarskyni. Jónatan Þórmundsson skilgreinir fjárdrátt einmitt á eftirfarandi hátt:

„Einhliða og ólögmat tileinkun sérgreindra fjárverðmæta eða peninga, sem eru eign annars manns (lögðila) að nokkru leyti eða öllu, en í vörslum hins brotlega sjálfs að einhverju leyti, enda sé tileinkun verðmætanna af ásetningi og í auðgunarskyni gerð.“⁴⁵

Skilgreining Jónatans er í samræmi við skilgreiningar norrænna fræðimana og skilgreiningu engilsaxnesks réttar á fjárdrætti. Vagn Greve leggur hins vegar meiri áherslu á trúnaðarþátt fjárdráttarbrotisins en Jónatan. Í skilgreiningu sinni tekur Greve fram að þeim brotlega hafi verið trúað fyrir þeim verðmætum sem hann hefur í vörslu sinni og með fjárdráttarbroti sínu bregðist hann því trausti sem samningsaðili hans hefur sýnt honum.⁴⁶ Í ákvæði 3. tl. 1. mgr. 278. gr. dönsku hegningarlöganna sem fjallar um fjárdrátt er peningafjárdráttur takmarkaður við trúnaðarbrot og er þar tekið fram að peningafjárdráttur eigi einungis við um „betroede penge“ (peninga sem aðila er treyst fyrir) í samræmi við skilgreiningu Greve á trúnaðarþátti fjárdráttarbrotisins.⁴⁷ Tekið er hins vegar sérstaklega fram í athugasemdum greinargerðar um 247. gr. hgl. að trúnaður sé ekki skilyrði fjárdráttarbrotis og skýrist þar greinarmunurinn á skilgreiningum Jónatans og Greve á fjárdrætti.⁴⁸ Þó svo að ekki sé sérstaklega kveðið á um trúnað í ákvæði 247. gr. hgl. hafa íslenskir dómar lagt áherslu á trúnaðarþátt fjárdráttarbrotisins í dómum sínum. Það hefur verið gert með þeim hætti að refsíákvörðun er

⁴⁵ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 539.

⁴⁶ Vagn Greve og Thomas Elkholt: *Forbrydelserne* (2009), bls. 35-36.

⁴⁷ Vagn Greve og Thomas Elkholt: *Forbrydelserne* (2009), bls. 35-36.

⁴⁸ Alþt. 1939, A-deild, bls. 395.

þyngd með tilliti til rofs á því trausti sem þeim brotlega hefur verið sýnt með því að gegna þeirri stöðu sem aðili er í.⁴⁹

Fjárdráttur er einhliða brot og þarf því ekki atbeina annars aðila en þess brotlega til þess að brot teljist fullframið. Um mörk milli einhliða og tvíhliða brota nánar tiltekið fjárdráttar og fjársvika verður fjallað í kafla 3.1.7. Fjárdráttur er tileinkunarbrot sem felur í sér að sá brotlegi líti á verðmæti brotaþola sem sína eigin eign.⁵⁰ Vörslur verknaðarandlags koma oftast til með löglegum hætti svo sem samningssambandi aðila og er fjárdráttarbrot ekki háð því skilyrði að vörslusviptingin sé ólögmat.⁵¹ Við samningssamband aðila myndast gagnkvæmt traust á milli þeirra. Gerandi hagnýtir sér svo eignarréttarheimildir annars aðila á verknaðarandlaginu á ólögmatan hátt. Fjárdráttur er því oftast nær trúnaðarbrot sem framið er með leynd þar sem hinn brotlegi hefur rofið trúnað samningsaðila með tileinkunarverknaði sínum, án þess að trúnaðarrof eða leynd sé skilyrði fjárdráttarbrot.⁵² Við mat á því hvort háttsemi aðila felur í sér fjárdráttarbrot hafa íslenskir dómstólar þó tekið fram í rökstuðningi sínum fyrir sýknu þess ákærða að hann hafi ekki framið verknað sinn með leynd.⁵³

3.1.1 Tileinkunarásetningur skv. 247. gr. hgl.

Tileinkun getur átt sér stað með ýmsum hætti, sem dæmi má nefna að sá brotlegi noti verðmæti brotaþola varanlega til eigin þarfa, með því að eyða þeim eða ráðstafa þeim til þriðja aðila með löggerningi. Fjárdráttarbrot getur átt sér stað bæði með athöfn þess brotlega eða óbeinu athafnaleysi hans. Notkun geranda á eignarréttarheimildum brotaþola þurfa að vera án heimildar til þess að háttsemi hans teljist fjárdráttarbrot.⁵⁴ Danski fræðimaðurinn

⁴⁹ Sjá H 6. febrúar 2003, í máli nr. 393/2002, H 20. janúar 2005, í máli nr. 312/2004 og H 13. október 2005, í máli nr. 525/2004 sem síðar verða reifaðir með tilliti til trúnaðarþáttar fjárdráttarbrotins.

⁵⁰ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 550.

⁵¹ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 551.

⁵² Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 552-553.

⁵³ Sjá dóm Héraðsdóms Reykjavíkur 21. apríl 2010 í máli nr. S-1282/2009. Ákærði H hélt þar fram fyrir dómi að engin leynd hefði ríkt yfir þeirri millifærslu sinni á þeim fjárhæðum sem hann var ákærður fyrir að draga sér og starfsmenn innan bankans hefðu vitað af henni. Ákærði benti á að hann hefði auðveldlega geta leynt millifærslunni hefði það verið ætlunin. Í rökstuðningi héraðsdóms fyrir sýknu H sagði orðrétt. „Þá verður ekki séð að ákærði hafi reynt að millifæra féð laumulega. Nokkrir starfsmenn komu að því að millifæra féð og enn aðrir að gjaldmiðlaskiptunum. Þá reyndi hann ekki að beita neinum blekkingum.“ Hæstiréttur vísaði þessum dómi aftur til meðferðar í héraðsdómi sökum þess á Hæstiréttur taldi að sönnunarmat héraðsdóms kynni að vera rangt. Ákærði var aftur sakfelldur í dómi héraðsdóms 30. júní 2011 í máli nr. S-1282/2009. Málinu var svo aftur vísað til meðferðar í héraðsdómi á grundvelli þess að dómurinn hafi ekki verið fjölskipaður í dómi héraðsdóms 30. júní 2011 í máli nr. S-1282/2009. Sú staðreynd að málinu hafi tvívegis verið vísað til meðferðar í héraðsdómi rýrir fordæmisgildi dómsins.

⁵⁴ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 571-572.

Knud Waaben skilgreinir tileinkunarþátt fjárdráttarbrotisins á svipaðan máta.⁵⁵ Við heimfærslu til lagaákvæðis skiptir máli að ákvarða hvenær tileinkunarásetningur geranda hefur myndast. Hafi gerandi ásetning til tileinkunar við upphaf samningssambands við viðsemjanda sinn er um fjársvik skv. 248. gr. hgl. að ræða. Eftirfarandi tileinkunarásetningur geranda sem kviknar eftir að samningur hefur verið gerður telst hins vegar fjárdráttur skv. 247. gr. hgl.⁵⁶ Athuga verður að notkun þess brotlega verður að uppfylla ákveðin skilyrði um varanleika til þess að um fjárdrátt skv. 247. gr. hgl. sé að ræða. Sé notkunin einungis tímabundin er skilyrði fjárdráttar að auðgunarásetningur ekki fyrir hendi, en háttsemin getur hins vegar fallið undir ákvæði 259. gr. hgl. um nytjastuld.⁵⁷ Reynt hefur á villusjónarmið um tileinkun verðmæta í dómum Hæstaréttar, þar á meðal í *H 16. september 2010, í máli nr. 351/2010*.

H 16. september 2010, í máli nr. 351/2010. Ákærði hélt því fram að tileinkun hans á söluandvirði bifreiðar sem hann seldi samkvæmt umboði frá X hafi komið til vegna þess að honum hafi verið heimilt að líta á bifreið X sem sína eigin eign. Hæstiréttur taldi að ekki yrði lesið út úr umboðinu eða öðrum gögnum málsins að ákærði hafi með réttu mátt líta á söluandvirði bifreiðarinnar sem eign sína. Tileinkun ákærða á söluandvirði bifreiðarinnar hafi því falið í sér fjárdráttarbrot skv. 247. gr. hgl.

3.1.2 Huglæg skilyrði fjárdráttar skv. 247. gr. hgl.

Það er skilyrði fjárdráttar skv. 247. gr. hgl. að hinn brotlegi líti á eign annars aðila sem hann hefur í vörslu sinni sem sína eign.⁵⁸ Farið var rækilega yfir huglæg skilyrði auðgunar í kafla 2.2.3 og vísast til þeirrar umfjöllunar um þau huglægu skilyrði sem þurfa að vera fyrir hendi til þess að um auðgunarásetning skv. 18. gr. hgl., sbr. 243. gr. hgl. sé að ræða og þar með fjárdráttarbrot skv. 247. gr. hgl. Samkvæmt *dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 21. apríl 2010, í máli nr. S-1282/2009* náði ákærvaldið ekki að sýna fram á huglægan ásetning ákærða H til auðgunar.⁵⁹ Hvað skilyrði um auðgunarásetning varðar vísast til umfjöllunar í kafla 2.2.3.

⁵⁵Knud Waaben telur að tileinkun sé fólgin í því að hagnýta sér þær heimildir sem eiganda verðmætis séu ætlaðar og jafnframt að útiloka eigandann frá yfirráðum yfir verðmætunum. Útilokun verðmætanna frá eigandanum þarf að vera varanleg til þess að um fjárdráttarbrot geti verið að ræða. Við mat á því hvort háttsemi þess brotlega teljist varanleg útilokun frá eiganda verðmætanna og tileinkunarásetningur sé fyrir hendi hjá þeim brotlega verður að taka mið af aðstæðum hverju sinni. Knud Waaben: *Strafferettens specielle del* (1983), bls. 144.

⁵⁶Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 579-580.

⁵⁷Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 550.

⁵⁸Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 581.

⁵⁹*Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 21. apríl 2010 í máli nr. S-1282/2009.* Í því máli var ákærði sakaður um fjárdrátt með því að hafa millifært peninga af reikningi félagsins NBI Holding Ltd yfir á eign reikning dagana eftir að skilanevnd var sett yfir Landsbankann. Í sýknudómi héraðsdóms sagði orðrétt: „Skilanevnd var sett yfir

3.1.3 Hlutræn skilyrði fjárdráttar skv. 247. gr. hgl.

Ekki er nægilegt að sýna fram á hug til þess að slá eign sinni á verðmæti annars aðila sem hann hefur í vörslu sinni heldur þurfa hlutræn skilyrði fjárdráttar einnig að vera fyrir hendi.⁶⁰ Fjárdráttur getur átt sér stað með athöfn eða óbeinu athafnaleysi þannig að oft tvinnast saman sönnun um langvarandi notkun og ásetning til tileinkunar.⁶¹ Fjárdráttur skv. 247. gr. hgl. er tjónsbrot og miðast fullframningarstig ákvæðisins því við þá stund þegar háttsemi geranda hefur haft þær afleiðingar sem fram koma í ákvæðinu.⁶² Fullframningarstig fjárdráttar skv. 247. gr. hgl. miðast við það tímamark þegar sá brotlegi sýnir það með háttsemi sínu að hann telji eign annars manns sem hann hefur í vörslu sinni sína eigin eign.⁶³ Eins og áður segir getur ólöglegt tileinkun átt sér stað með langvarandi notkun vörslumanns, eyðslu hans á verðmætum sem hann hefur í vörslu sinni eða ráðstöfun þeirra til þriðja manns. Fjárdráttarbrot telst því fullframið þegar vörslumaður hefur undirritað samning um sölu á eign brotaþola, unnið á því umtalsverð spjöll eða notað verðmætin langt umfram það sem samningur aðila kveður á um.⁶⁴ Við mat á því hvort tileinkunar- og auðgunarásetningur hafi verið fyrir hendi hjá þeim brotlega hefur verið litið til ýmis konar atriða. Sem dæmi má nefna hvort leynd hafi verið yfir háttsemi geranda,⁶⁵ yfirlýsingar gerandans séu á skjön við raunveruleikann, gerandi

Landsbankann að morgni 7. október. Síðar sama dag millifærði ákærði féð. Ákvörðun um að nýi bankinn sem stofnaður var tæki yfir og ábyrgðist allar innistæður í Landsbanka Íslands hf. var ekki birt fyrr en 9. október. Þegar litið er til allra aðstæðna og þess sem upplýst hefur verið um vitneskju manna og hugmyndir sem menn gerðu sér um stöðu innistæðueiganda verður að meta það sem skiljanlegt að ákærði hefði nokkrar áhyggjur af stöðu NBI Holdings. Hafði hann því réttmæta ástæðu til þess að gæta að innistæðu NBI Holdings og grípa til þeirra aðgerða sem hann teldi hæfilegar til að tryggja það að hún glataðist ekki. Er ekki í gögnum málsins eða atvikum í heild nægur grundvöllur til að þeirri skýringu ákærða að hann hafi einungis ætlað að tryggja það að fé félagsins glataðist ekki við greiðsluþrot Landsbanka Íslands hf. Er því gegn neitun ákærða ósannað að hann hafi haft ásetning til auðgunar, sbr. 243. gr. almennra hegningarlaga. Verður því að sýkna hann af ákærinni.“ Hæstiréttur ómerkti síðar héraðsdóm með *H 24. febrúar 2011, í máli nr. 325/2010* með vísan til þess að sönnunarmat héraðsdóms kynni að vera rangt og var málinu vísað heim í hérað til nýrrar málsmeðferðar. Ákærði var síðan sakfelldur í *dómi héraðsdóms 30. Júní 2011 í máli nr. S-1282/2009*, en þeim dómi var einnig vístað til meðferðar í héraðsdómi. Sú staðreynd að málinu hafi tvívegis verið vísað til meðferðar héraðsdóms rýrir fordæmisgildi dómsins.

⁶⁰ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 579.

⁶¹ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 579-581.

⁶² Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsiaþbyrgð I*, bls. 74.

⁶³ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 579.

⁶⁴ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 571-574.

⁶⁵ Sjá rökstuðning fyrir sýknu ákærða H í *dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 21. apríl 2010 í máli nr. S-1282/2009*. „Þá verður ekki séð að ákærði hafi reynt að millifæra féð laumulega. Nokkrir starfsmenn komu að því að millifæra féð og enn aðrir að gjaldmiðlaskiptunum. Þá reyndi hann ekki að beita neinum blekkingum.“ Hæstiréttur ómerkti *dóm Héraðsdóms Reykjavíkur 21. apríl 2010 í máli nr. S-1282/2009* með *H 24. febrúar 2011, í máli nr. 325/2010* með vísan til þess að sönnunarmat héraðsdóms í málinu hafi verið ábótavant. Ákærði var síðar sakfelldur í héraðsdómi, en þeim dómi vísað aftur til meðferðar héraðsdóms þar sem dómurinn var ekki fjölskipaður. Sú staðreynd að málinu hafi tvívegis verið vísað aftur til meðferðar fyrir héraðsdómi rýrir fordæmisgildi dómsins.

neiti því að hafa veitt verðmætum viðtöku og meðferð geranda á verðmætum sem hann hefur í vörslu sinni. Séu engin ytri atriði sem benda til refsiverðrar háttsemi aðila getur verið örðugt að sýna fram á fjárdráttarbrot hans.⁶⁶

3.1.4 Verknaðarandlag fjárdráttar

Verknaðarlýsing og verknaðarandlag fjárdráttar er tvískipt. Grundvallareinkenni verknaðarandlagsins skv. 247. gr. hgl. er að andlag fjárdráttarbrotisins sé eign annars aðila en þess brotlega.⁶⁷ Kemur þetta skilyrði fram á skýran hátt í ákvæði 247. gr. hgl. Orðin „annar maður“ í ákvæðinu ber að skýra á þann hátt að það geti einnig tekið til lögaðila. Gerandi þarf ekki að vera einkaeigandi að verknaðarandlaginu heldur getur hann átt eignina í sameign með öðrum aðila. Með skilyrðinu um að verðmæti skuli vera eign annars aðila en þess brotlega er þess svo krafist að sá brotlegi eigi bein eignarréttindi í verðmætunum til þess að ákvæði 247. gr. hgl. geti tekið til verknaðarandlagsins.⁶⁸

Samkvæmt ákvæði 1. mgr. 247. gr. hgl. er verknaðarandlagið fjármunir og önnur verðmæti, en peningar í 2. mgr. 247. gr. hgl. Verknaðarlýsingin er svo mismunandi í ákvæðunum tveimur með tilliti til eðlis verknaðarandlagsins.⁶⁹ Samkvæmt greinargerð með hgl. eru munir í skilningi 1. mgr. 247. gr. hgl. lausafjármunir, nánar til tekið áþreifanlegir hlutir er hafa eitthvert almennt fjárhagslegt gildi. Annars konar munir eða verðmæti eins og munnleg fjárkrafta geta ekki verið í vörslum þess brotlega sem er skilyrði fjárdráttarbrotis skv. 1. mgr. 247. gr. hgl. Með tilvísun 1. mgr. 247. gr. hgl. til fjármuna og þeim skýringum sem fram koma í greinargerð með hgl. um að ákvæðið vísi til lausafjármuna vakna spurningar um það hvort ákvæðið taki til mikilsverðra réttinda eins og fasteigna og innistæðna á bankareikningi. Samkvæmt textaskýringu ákvæðisins og með tilliti til greinargerðarinnar með ákvæðinu tekur ákvæðið ekki til fjárdráttar á fasteignum og innistæðu á bankareikningi.⁷⁰ Samkvæmt *H 10. júní 1999, í máli nr. 136/1999* var varsla á sparisjóðsbók hins vegar metin sem tækt verknaðarandlag skv. 247. gr. hgl. Ákærða í *H 13. október 2011, í máli nr. 184/2011* byggði

⁶⁶ Sjá meðal annars *H 11. mars 2010, í máli nr. 763/2009*. Ákærði var meðal annars sakaður um að hafa dregið sér greiðslur sem hann fékk vegna sölu á fjórhjólum til G fyrir fyrirtækið F. Framburður vitna og atvik málsins þóttu benda til þess að ákærði hafi séð um umrædda sölu til G og framburður hans um að hann hafi ekki komið nálægt sölnunni þótti ótrúverðugur. Með tilliti til þess að greiðslur G til ákærða hafi ekki stuðst við nein gögn var ákærði sýknaður af þessu ætlaða fjárdráttarbroti. Sama átti við um fjárdráttarbrot ákærða sem fólst í viðtöku peninga fyrir áburðarkaup J.

⁶⁷ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 560-561.

⁶⁸ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 560-561.

⁶⁹ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 553.

⁷⁰ Alþt. 1939, A-deild, bls. 395.

sýknukröfu sína meðal annars á því að innistæða á bankareikningi gæti ekki talist verknaðarandlag skv. 246. gr. hgl. Meirihluti Hæstaréttar sagði að samkvæmt skýringu á ákvæði 246. gr. hgl. væri verknaðarandlag ákvæðisins áþreifanlegir og hreyfanlegir hlutir. Því rúmist það ekki innan textaskýringar 246. gr. hgl. að millifærsla inn á bankareikning gerandans sem hvorki sé líkamleg né áþreifanleg teljist hæft verknaðarandlag samkvæmt ákvæðinu. Meirihluti Hæstaréttar taldi þó að með vísan til þess að miklar breytingar hafi orðið á viðskiptaháttum frá því að hgl. tóku gildi á þann hátt að rafrænar greiðslur hafi rutt sér til rúms sem almennur greiðslumáti að innistæða á bankareikningi væri hæft verknaðarandlag skv. 246. gr. hgl. Meirihluti Hæstaréttar beitir hér markmiðsskýringu við heimfærslu háttsemi ákærðu til ákvæðis 246. gr. hgl. og kemst að þeirri niðurstöðu að innistæða á bankareikningi geti verið andlag brots gegn ákvæði 246. gr. hgl. þó svo að ákvæðið setji það sem skilyrði að verknaðarandlag ákvæðisins sé líkamlegir og óhreyfanlegir munir. Minnihluti Hæstaréttar var ósammala þessu mati meirihlutans. Minnihlutinn taldi á sama hátt og meirihlutinn að samkvæmt textaskýringu ákvæðisins væri verknaðarandlag 246. gr. hgl. líkamlegir hlutir sem sá brotlegi getur haft í vörslum sínum. Minnihluti Hæstaréttar taldi það ekki vera í verkahring dómstóla að breyta merkingu lagaákvæðis á grundvelli breytinga sem verða á almennum viðskiptaháttum. Þannig geti sú merking sem leiðir af textaskýringu ákvæðis 246. gr. hgl. ekki verið rýmkuð með hliðsjón af breytingum á almennum viðskiptaháttum. Af þeim sökum taldi minnihluti Hæstaréttar innistæðu á bankareikningi ekki geta talist hæft verknaðarandlag skv. 246. gr. hgl. og sýkna bæri ákærðu af háttsemi sinni.

Ákvæði 2. mgr. 247. gr. hgl. tekur ekki til alls peningafjárdráttar eins og skilja mætti við lestur ákvæðisins. Rýrir það mjög mikilvægi 2. mgr. 247. gr. hgl., eins og síðar verður vikið að. Samkvæmt greinargerð með hgl. eru peningar sem vörslumanni er skylt að halda sérgreindum frá sínu eigin fé verknaðarandlag skv. 1. mgr. 247. gr. hgl., en peningar fjáreiganda sem vörslumaður hefur í vörslum sínum og er heimilt að blanda við eigið fé svo sem við umboðssölu verknaðarandlag skv. 2. mgr. 247. gr. hgl.⁷¹ Byggt er á mismunandi mælikvarða þegar metið er hvenær tileinkun hefur átt sér stað eftir því hvort verknaðarandlagið á við. Brot gegn 1. mgr. 247. gr. hgl. telst fullframið þegar vörslumaður lítur á þá eign sem hann hefur í vörslu sinni sem sína eigin og aðgætir ekki að sinna þeirri sérgreiningarskyldu sem á honum hvílir.⁷² Samkvæmt athugasemdum í greinargerð með hgl. er hins vegar við það miðað að brot gegn 2. mgr. 247. gr. hgl. sé fullframið ef vörslumaður

⁷¹ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 556.

⁷² Alþt. 1939, A-deild, bls. 395.

eyðir peningum fjáreigandans sem hann hefur í vörslu sinni og veit eða má vita að hann getur ekki greitt það til baka.⁷³ Vörslumanni peninga skv. 2. mgr. 247. gr. hgl. er því heimilt að setja vörsluféð í rekstur fyrirtækisins meðan að það er stöndugt og notkunin er áhættulaus fyrir fjáreigandann. Sé rekstur fyrirtækisins hins vegar á þann hátt að vörslumaður þurfi að óttast framtíð þess er honum óheimilt að blanda saman vörslufé fjáreigandans og sínu eigin fé.⁷⁴ Samkvæmt *H 1996:2610* reyndi á álitafni hvað varðar háttsemi starfsmanns í fyrirtæki sem illa stendur.⁷⁵

Við skoðun á dómafrankvæmd um fjárdráttarbrot sést að mikilvægi 2. mgr. 247. gr. hgl. er harla lítið. Afar sjaldgæft er að vísað sé til 2. mgr. 247. gr. hgl. og mikilvægi þess í réttarfrankvæmd því mjög lítið. Flest dæmigerð fjárdráttarbrot rúmast innan 1. mgr. 247. gr. hgl. og í dómum er varða fjárdráttarbrot er vanalega annað hvort vísað til 1. mgr. 247. gr. hgl. eða einfaldlega 247. gr. hgl. í heild sinni án aðfinnslna Hæstaréttar. Er því athugunarvert hvort ekki megi afnema ákvæði 2. mgr. 247. gr. hgl. úr auðgunarbrotakafli hgl.

3.1.5 Verknaðarlýsing fjárdráttar.

Það er eitt af grundvallarskilyrðum fjárdráttar skv. 247. gr. hgl. að annar maður en sá brotlegi sé eigandi að verknaðarandlaginu. Verknaðarandlagið getur bæði verið í eigu einstaklinga og lögaðila og þá getur það einnig verið í sameign aðila.⁷⁶ Þungamiðja fjárdráttarbrotisins er svo hin ólögmeta tileinkun þess brotlega. Hin ólögmeta tileinkun getur átt sér stað með veðsetningu sem fer fram úr því sem eðlilegt getur talist, eyðslu á peningum, lánveitingu til þriðja aðila eða óheimilli nýtingu þess brotlega á verknaðarandlaginu.⁷⁷ Ákvæði 247. gr. hgl. verndar eins og áður greinir einvörðungu bein eignaréttindi og því geta óbein kröfuréttindi ekki verið verknaðarandlag samkvæmt ákvæðinu.⁷⁸ Veðsetning aðila á verðmæti sem er í eigu þriðja aðila telst fjárdráttur takist að sýna fram á auðgunarásetningu.⁷⁹ Ef lánstraust aðila stendur og fellur með veðsetningunni og fjárhagsstaða aðila batnar á einhvern hátt í kjölfar

⁷³ Alpt. 1939, A-deild, bls. 395.

⁷⁴ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 559.

⁷⁵ *H 1996:2610*. Ákærði starfaði sem frankvæmdastjóri hlutafélags þar sem hann átti meirihluta hlutafjár. Ákærði ráðstafaði hluta söluandvirðis skuldabréfs með því að leggja það inn á einkareikning eiginkonu sinnar og nota bæði í eigin þágu og hlutafélagsins. Háttsemi þessi var talin varða við 2. mgr. 247. gr. hgl. þar sem félagið hafði fengið greiðslustöðvun áður en ráðstöfun ákærða átti sér stað. Ákærði átti því að halda fé hlutafélagsins og sínu eigin aðgreindu vegna þeirrar þágu stöðu sem var á fjárhag hlutafélagsins. Þá var fjárhæð launa og annara fríðinda ekki í samræmi við það að félagið væri í greiðslustöðvun.

⁷⁶ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 560-561.

⁷⁷ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 572-573.

⁷⁸ Jónatan Þórmundsson: „Einkenni auðgunarbrotá“, bls. 414.

⁷⁹ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 573.

veðsetningarinnar er um auðgunarásætning að ræða og þar með fjárdráttarbrot.⁸⁰ Heimildarlaus taka peninga getur verið metin sem tileinkun sem felur í sér fjárdráttarbrot. Við mat á því hvort heimildarlaus taka telst fjárdráttarbrot skiptir máli við hvaða aðstæður takan fer fram. Þannig er mælikvarðinn mismunandi eftir því hvort þeim brotlega er heimilt að blanda sínu eigin fé við verknaðarandlagið eður ei. Ráðstafi sá brotlegi verknaðarandlagi sem honum er heimilt að blanda saman við eigið fé fer matið á því hvort að refsíabýrgð sé fyrir hendi eftir greiðslugetu þess brotlega. Séu meiri líkur en minni á því að gerandi geti greitt ráðstöfun sína til baka er ekki um fjárdráttarbrot að ræða. Sé fjárhagur þess brotlega hins vegar svo bágur að líkurnar á því að hann geti staðið í skilum eru jafnmiklar telst háttsemi hans vera fjárdráttarbrot. Strangari mælikvarði er lagður til grundvallar þegar þeim brotlega er óheimilt að blanda sínu eigin fé við verknaðarandlagið. Þá er um fjárdráttarbrot að ræða þá þegar og sá brotlegi blandar verknaðarandlaginu við sitt eigið fé.⁸¹ Við nýtingu geranda á verðmætum annarra í eigin þágu þarf að greina á milli þess hvort að hlutur í eigu annars aðila sé notaður ótímabundið eða tímabundið. Sé hlutur notaður ótímabundið telst auðgunartilgangur vera fyrir hendi og brotið fjárdráttur skv. 247. gr. hgl. Sé hlutur hins vegar aðeins notaður tímabundið liggur auðgunarásætningur ekki að baki háttseminni og því ekki unnt að fella brotið undir fjárdráttarákvæði 247. gr. hgl. Þá er til í dæminu að háttsemi aðila hefjist sem nytjastuldarbrot, en seinna kvikni hins vegar ásetningur til auðgunar. Ákvæði 247. gr. hgl. tæmir þá sök gagnvart nytjastuldarbrotnu í þeirri brotasamsteypu⁸²

3.1.6 Skilyrði fjárdráttar um vörslu aðila

Meginástæða þess að brún þörf var á að setja heildstætt ákvæði um fjárdrátt í XXVI. kafla hgl. var aukning þess að aðilar meðhöndluðu annarra manna fé. Því var við setningu nógildandi hgl. sett ákvæði sem fól í sér tileinkun á fjárverðmætum sem þegar voru í vörslu aðila þegar brotið átti sér stað öfugt við tökubrot eins og til að mynda þjófnað skv. 244. gr. hgl.⁸³ Það er því meginskilyrði þess að verknaður einstaklings sé skilgreindur sem fjárdráttur að sá einstaklingur hafi vörslur fjárverðmætanna fyrirfram þegar brot er framið. Einstaklingur

⁸⁰ Sjá H 30. september 2004 í máli nr. 111/2004. Í því máli var V ákærður fyrir fjárdrátt með því að draga sér hlutabréf í fyrirtækinu D. Háttsemi V fólst í því að setja hlutabréf að handveði, en áður hafði hann selt umrætt hlutabréf með rafrænum hætti. Hélt V því m.a. fram að ekki hefði verið um auðgunarásætning að ræða af hans hálfu. Talið var að með handveðsetningu á hlut sem V hafði áður selt og var því ekki í hans eigu hafi V fengið lán sem bætti fjárhagsstöðu hans á þeim tíma. Hann hafi skapað sér lánstraust með veðsetningunni og því hafi verið um auðgun að ræða.

⁸¹ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 573-574.

⁸² Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, 572-573.

⁸³ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 551-552.

telst hafa vörslur á verðmætum ef hann hefur aðgang að þeim á þann hátt að hann geti nýtt sér verðmætin og ráðstafað þeim. Við mat á því hvort að gerandi fjárdráttarbrotis teljist hafa vörslur verðmæta skiptir máli hvort þau séu tegundarákveðin eða einstaklega ákveðin. Ekki eru gerðar jafn ríkar kröfur til vörsluskilyrðisins þegar um tegundarákveðin verðmæti eins og peninga er að ræða og þegar verðmætin eru sérgreind.⁸⁴ Til þess að fjárdráttarbrot geti verið framið þarf vörsluhafi að hafa aðgang að fjárverðmætum annars aðila til hagnýtingar og aðstöðu til að ráðstafa þeim í eigin þágu. Sá brotlegi rýfur þá þann trúnað sem skapast hefur milli hans og brotþola með undanfarandi samningssambandi þeirra. Fjárdráttarbrot eru þannig eins og áður segir tileinkunarbrot og hefjast eftir að vörslur verðmæta hafa komið til þess brotlega með einhverjum hætti. Gagnstætt þessu eru tókubrot þar sem fullframning brots á sér stað þegar í stað í upphafi samningssambands aðila með ólögumætri vörslusviptingu. Sá brotlegi verður að eiga þátt í vörslustofnuninni til þess að um fjárdrátt skv. 247. gr. hgl. geti verið að ræða.⁸⁵ Gengið er síðan enn lengra í þá átt að vernda hagsmuni einstaklinga og lögaðila gagnvart vörslumönnum fjár með því að skylda vörslumenn til þess að aðgreina fé frá sínu eigin við ákveðnar aðstæður.⁸⁶ Um sérgreiningarskyldu aðila er fjallað í greinargerð með ákvæði 1. mgr. 247. gr. hgl.⁸⁷ Sem dæmi um brot af þessu tagi er þegar lögaðilar taka við fyrirframgreiðslu sem nota skal í ákveðin viðskipti. Séu fjármunir þessir síðan notaðir án heimildar viðskiptamanns við almennan rekstur lögaðilans er um fjárdráttarbrot að ræða.⁸⁸ Sjónarmið er varðar sérgreiningarskyldu lögaðila er tekið hefur við fyrirframgreiðslu sem ætlast er til að renni í þarfir viðskiptamanns hans, en forsvarsmaður lögaðila notar þess í stað til eigin nota, komu fram í *H 1998:3393*.⁸⁹ Annað dæmi um þá sérgreiningarskyldu sem lögð er á vörslumenn fjár er sá hluti launa starfsmanna sem launagreiðendur eiga að halda til hliðar og nota til þess að greiða skatta og lífeyrissjóðsgjöld. Séu þeir fjármunir settir í daglegan rekstur fyrirtækisins getur fjárdráttarbrot verið fyrir hendi hjá launagreiðandanum.⁹⁰ Eðli málsins samkvæmt mega opinberir starfsmenn ekki nota opinbert fé til eigin þarfa. Lánveiting

⁸⁴ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 562-564.

⁸⁵ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 562-564

⁸⁶ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 555.

⁸⁷ Alþt. 1939, A-deild, bls. 395.

⁸⁸ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 557.

⁸⁹ *H 1998:3394*. Ákærði P var sakfelldur fyrir fjárdráttarbrot, en háttsemi hans fólst í því að draga sér fjárhæð sem honum hafði verið látin í té vegna milligöngu hans í viðskiptum Rauða kross Íslands (hér eftir skammstafað R) við Emergency One Inc (hér eftir skammstafað E). Ákærða var ætlað að hafa milligöngu um viðskipti á bifreið milli R og E, en í stað þess að nota þá fjárhæð sem honum var greidd til þess að standa straum af viðskiptunum notaði hann fjárhæðina til rekstur fyrirtækis síns. Þessi háttsemi ákærða var talin varða við 247. gr. hgl. og hann því sakfelldur.

⁹⁰ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 577.

á opinberu fé til opinbers starfsmanns telst því að öllu jöfnu fjárdráttarbrot, óháð því hvort til standi að standa skil á fjárhagsskuldbindingunni. Sérgreiningarskyldan er ströng hvað varðar opinbert fé og rík skylda fyrir opinbera starfsmenn að gera skýr skil milli opinbers fjár og síns eigin.⁹¹ Reynt hefur á sjónarmið er varðar hina ríku sérgreiningarskyldu sem gerð er til opinberra starfsmanna á opinberu fé og sínu eigin í dómum Hæstaréttar.⁹² Áætlanir um að endurgreiða féð eða endurgeiðsla fjár eftir að lánveiting hefur farið fram leysir aðila ekki undan refsíabyrgð.⁹³ Endurgreiðsla verknaðarandlagsins getur hins vegar haft áhrif á refsíákvörðun ákærða honum til hagsbóta eins og síðar verður greint frá nánar.⁹⁴ Einkaaðilar geta svo gert með sér samning sem kveður á um sérgreiningarskyldu þess sem fer með vörslur fjár. Matið á því hversu langt sérgreiningarskyldan nær fer svo eftir efni samningsins, eðli máls og skyldu vörslumanns til trúnaðar við fjáreiganda.⁹⁵ Löggjafinn hefur lögfest ákvæði um sérgreiningarskyldu, bæði hvað varðar opinbera starfsmenn og einkaaðila. Sem dæmi um það er 23. gr. laga nr. 77/1998 um lögmenn, þar sem lögð er skylda á lögmenn að halda því fé sem þeir taka við í þágu annarra aðgreindu frá eigin fé og geyma það á sérstökum vörslufjárreikningi.

3.1.7 Aðgreining fjárdráttar skv. 247. gr. og fjársvika skv. 248. gr. hgl.

Það getur verið erfiðleikum bundið að ákvarða hvort háttsemi manns telst vera fjárdráttur skv. 247. gr. hgl. eða fjársvik skv. 248. gr. hgl. Helgast það af því að atburðarás fjárdráttarbrotu hefst oft með samningssambandi aðila og þá getur blekking sem er grundvallarskilyrði fjársvika leikið ákveðið hlutverk sem tileinkun í fjárdrætti.⁹⁶ Auðvelt er að aðgreina dæmigerð fjárdráttar- og fjársvikamál þar sem skýr munur er á fjárdrætti skv. 247. gr. hgl. og fjársvikum skv. 248. gr. hgl. að vissu leyti. Þannig er verknaðarandlagið þrengra í ákvæðinu um fjárdrátt, varsla verknaðarandlagsins gegnir hlutverki í fjárdráttarákvæðinu en ekki fjársvikarákvæðinu. Þá er fjárdráttur tileinkunarbrot, en fjársvikaákvæðið lýsir ólögumætri öflun fjár. Fyrirgreind sameiginleg einkenni fjárdráttar og fjársvika verða hins vegar til þess að aðgreining getur

⁹¹ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 555.

⁹² Sjá H 6. febrúar 2003, í máli nr. 393/2002, H 20. janúar 2005, í máli nr. 312/2004 og H 21. desember 2009, í máli nr. 406/2009 sem reifaðir verða síðar í ritgerðinni með tilliti til fjárdráttarbrotis í opinberu starfi.

⁹³ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 555-556.

⁹⁴ H 30. mars 2006, í máli nr. 532/2005. Ákærði I endurgreiddi þar þær fjárhæðir sem hann dró sér að verulegu leyti á sama tímabili og fjárdráttarbrot hans áttu sér stað og síðar að fullu. Þetta leiddi þó ekki til þess að háttsemi hans væri metin refsilaus og var hann sakfelldur fyrir fjárdráttarbrot. Það hafði hins vegar áhrif til mildunar við ákvörðun refsingar I að hann hafði endurgreitt verknaðarandlag sitt eins og nánar verður vikið að hér síðar.

⁹⁵ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 555-557.

⁹⁶ Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“, bls. 547.

verið vandkvæðum bundin við vissar aðstæður. Tímasetning blekkingar hjá hinum brotlega skiptir þá máli varðandi heimfærslu til viðeigandi refsíákvæðis. Sé sýnt fram á að blekking hafi farið fram þegar sá brotlegi semur við viðsemjanda sinn telst brotið vera tvíhliða og því fjársvik skv. 248. gr. hgl. Sé hins vegar blekkingu beitt en ásetningur til tileinkunar skapast ekki fyrr en eftir að samningar hafa komist á milli aðila telst brotið vera einhliða og því fjárdráttur skv. 247. gr. hgl. Undanfarandi samningssamband aðila sem ekki er hluti af verknaðarlýsingu 247. gr. hgl. og blekking þess brotlega sem ekki er óhjákvæmileg forsenda fjárdráttarbrots breytir þannig ekki þeirri staðreynd að tileinkun þess brotlega á verðmætum brotaþola er einhliða brot. Atbeina brotaþola er því ekki þörf til þess að fjárdráttur teljist fullframinn eins og á við um fjársvik sem er tvíhliða brot.⁹⁷ Tímasetning auðgunarásetnings ákvarðar samkvæmt þessu hvort að um fjárdrátt eða fjársvik sé að ræða. Til nánari útskýringar má nefna dæmi um tvenns konar háttsemi aðila sem ýmist geta talist fjárdráttur eða fjársvik eftir því hvenær auðgunarásetningur verður til. Annars vegar brot sem felst í því að maður hafi fengið fyrirframgreiðslu fyrir vörur og notar greiðsluna í eigin þarfir og hins vegar brot sem felst í hagnýtingu á mistökum brotaþola. Skapist ásetningur til auðgunar þegar í upphafi, það er við móttöku fyrirframgreiðslunnar og hagnýtingu villunnar, telst háttsemin fjársvik. Samningurinn sjálfur er þannig ólögmaður frá byrjun og grundvöllur refsinaemis. Skapist ásetningur til tileinkunar hins vegar eftir viðtöku fyrirframgreiðslunnar og hagnýtingu rangrar eða óljósrar hugmyndar brotaþola verður brotið heimfært undir ákvæði 247. gr. hgl. um fjárdrátt.⁹⁸ Dæmi um dóm þar sem reyndi á tímasetningu auðgunarásetnings við heimfærslu til viðeigandi refsíákvæðis má nefna *H 1981:1534*.⁹⁹ Erfitt getur verið í framkvæmd að sanna það að auðgunarásetningur hafi skapast við upphaf samningssambandsins, einkum og sér í lagi þegar tekið er við fjárverðmætum í viðskiptum eða atvinnurekstri. Vegna þessara sönnunarerfiðleika er iðulega ákært aðallega fyrir fjársvik og fjárdrátt til vara. Refsimörk fjárdráttar- og fjársvikaákvæðisins er sá sami, það er fangelsi allt að sex árum. Fjársvik eru hins vegar öllu jöfnu metin alvarlegri verknaður vegna eðlis þeirra sem tvíhliða verknaður þar sem blekking er skilyrði brots. Af þeim sökum leiðir fjársvikabrot oftast en ekki til þyngri

⁹⁷ Jónatan Þórmundsson: „Einkenni auðgunarbrot“, bls. 412-413.

⁹⁸ Jónatan Þórmundsson. Fjárdráttur, bls. 547-548.

⁹⁹ *H 1981:1534*. Þar tók ákærði við fyrirframgreiðslu sem nota átti í efniskaup og viðgerðarvinnu. Ákærði notaði peningana hins vegar í eigin þágu, það er fyrirtækisins síns og stóð því hvorki skil á efniskaupunum né viðgerðarvinnunni. Ákærði var aðallega ákærður fyrir fjársvik en fyrir fjárdrátt til vara. Dómurinn taldi að ákærði hafi ekki haft ásetning til annars en að nota peningana í efniskaup og viðgerðarvinnu við viðtöku fjárins og var því sýknaður af ákæru um fjársvik. Ákærða hafi hins vegar ekki verið heimilt að nota peningana í annað en efniskaup eða vinnulaun og óheimil ráðstöfun fjárins talin varða við 247. gr. hgl.

refsingar en fjárdráttarbrot. Þess vegna getur það skipt máli fyrir þann brotlega hvort háttsemi er felld undir fjárdráttar- eða fjársvikaákvæði hgl.¹⁰⁰

3.2 Umboðssvik skv. 249. gr. hgl.

249. gr. Ef maður, sem fengið hefur aðstöðu til þess að gera eitthvað, sem annar maður verður bundinn við, eða hefur fjárreiður fyrir aðra á hendi, misnotar þessa aðstöðu sína, þá varðar það fangelsi allt að 2 árum, og má þyngra refsinguna, ef mjög miklar sakir eru, allt að 6 ára fangelsi.

Ákvæði 249. gr. hgl. tekur til þeirra aðstæðna þar sem maður hefur öðlast aðstöðu til að gera eitthvað sem annar maður verður bundinn við eða hefur fjárreiður fyrir aðra á sinni hendi og leggur bann við því að hann misnoti þá aðstöðu sína. Ákvæðið getur bæði átt við þegar einstaklingur hefur formlegt umboð, en tekur einnig til þeirra tilvika þar sem formlegt umboð er ekki fyrir hendi, en einstaklingur hefur á einhvern hátt fengið aðstöðu til háttsemi sem bindur annan mann eins og fram kemur í greinargerð með hgl.¹⁰¹ Ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik nefnir tvenns konar aðstöðu sem gerandi umboðssvikabrots getur verið í til þess að fullfremja umboðssvikabrot. Annars vegar er það aðstaða sem er almennari og gerandi hefur ekki skyldu til þess að annast hagsmuni brotaþola. Hins vegar er það sérhæfðari aðstaða sem á við um þegar geranda ber skylda til þess að annast fjárreiður brotaþola. Greinarmunur á milli verknaðarþáttanna er mjög óskýr og seinni verknaðarþátturinn í raun óþarfur. Þannig varða brot gegn sérhæfðari hlutanum vanalega einnig við almennu aðstöðuna. Verknaðarþáttirnir eru ekki aðskildir með töluliðum eða málsgreinum og ekki greint á milli þeirra í íslenskri dómaframkvæmd.¹⁰² Mikilvægt einkenni, en þó ekki skilyrði umboðssvika, er sá trúnaðarbrestur sem verður milli aðila. Geranda umboðssvikabrots er treyst fyrir einhverri aðstöðu eða fjárreiðum og rýfur það traust með því að misnota stöðu sína sér til fjárávinnings.¹⁰³ Umboðssvik eru eins og áður segir einhliða brot og á sama hátt og á við um fjárdrátt getur verið erfiðleikum bundið að meta hvort háttsemi falli betur undir umboðssvik skv. 249. gr. hgl. sem einhliða brot eða fjársvik skv. 248. gr. hgl. sem tvíhliða brot.¹⁰⁴ Um þau atriði sem skipta máli um þá ákvörðun hvaða ákvæði eigi við í hverju tilfalli verður fjallað í kafla 3.2.7.

¹⁰⁰ Jónatan Þórmundsson. Fjárdráttur, bls. 548-550.

¹⁰¹ Alþt. 1939, A-deild, bls. 395-396.

¹⁰² Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 173.

¹⁰³ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 177.

¹⁰⁴ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 184.

3.2.1 Verknáðarþoli og verknáðarandlag samkvæmt umboðssvikaákvæði 249. gr. hgl.

Ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik gerir ráð fyrir því að verknáðarþoli og gerandi séu báðir einstaklingar. Þróun í nútímaviðskiptum gerir það að verkum að beita verður rúmri skýringu í þá átt að verknáðarþoli geti bæði verið einstaklingur og lögaðili.¹⁰⁵ Verknáðarandlag umboðssvika skv. 249. gr. hgl. er mun víðtækara en verknáðarandlag fjárdráttar skv. 247. gr. hgl. Verknáðarandlag umboðssvika er þannig ekki afmarkað á skýran hátt eins og gert er í fjárdráttarákvæðinu, auk þess sem vörslur verknáðarandlagsins er ekki skilyrði umboðssvika eins og á við um fjárdrátt. Vegna þessa getur verknáðarandlag umboðssvika bæði verið líkamlegir og ólíkamlegir hlutir, en ákvæði 243. gr. hgl. gerir það að verkum að verknáðarandlagið þarf að vera fjárhagsleg verðmæti. Ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik getur því tekið til óbeinna eignaréttinda og munnlegra fjárfkrafnna öndvert því sem gildir um fjárdrátt skv. 247. gr. hgl. Auk þess getur verknáðarandlag umboðssvika verið lausafjármunir, peningar og fasteignir.¹⁰⁶ Einmitt vegna þess að verknáðarandlag umboðssvika er almennara hafa fræðimenn talið að ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik henti betur en ákvæði 247. gr. hgl. um fjárdrátt og 248. gr. hgl. um fjárfsvik í því flókna viðskiptaumhverfi sem nú er við lýði.¹⁰⁷

3.2.2 Verknáðarlýsing umboðssvikaákvæðisins

Kjarni brots gegn umboðssvikaákvæðinu er misnotkun geranda á einhvers konar aðstöðu sem honum hefur verið veitt á grundvelli sambands hans við brotþola. Þó svo að það komi ekki beint fram í ákvæðinu felur skilyrði ákvæðisins um misnotkun í sér ólögmeta misnotkun.¹⁰⁸ Umboðssvikaákvæðið er ólíkt öðrum ákvæðum auðgunarbrotakafans á þann hátt að það er matskennt og mælikvarði þess hvenær misnóktun geranda telst ólögmet því háð mati. Við það mat er stuðst við hlutlæg og huglæg viðmið. Með hlutlægum viðmiðum er átt við lög og önnur skráð og óskráð fyrirmæli.¹⁰⁹ Meðal dóma þar sem hlutlæg viðmið réðu miklu um sönnunarmat umboðssvikabrots ákærða er *H 1991:936*.

H 1991:936. Ákærði var í því máli sakaður um umboðssvikabrot með því að hafa afskrifað skuldir H á hendur B sem var félag sem ákærði tengdist. Við sönnunarmat á umboðssvikabroti ákærða var vísað í 56. gr. laga nr. 32/1978 um hlutafélög þar sem kvað á um að stjórnarmaður eða framkvæmdastjóri mætti ekki taka þátt í samningsgerð milli félagsins og þriðja manns ætti

¹⁰⁵ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 174.

¹⁰⁶ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 177.

¹⁰⁷ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 175-176 og 184-185.

¹⁰⁸ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 178.

¹⁰⁹ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 179-180.

hann verulegra hagsmuna að gæta. Var það talið eiga við í þessu tilviki og ákærði því sakfelldur fyrir umboðssvikabrot.

Ýmislegt getur orðið til þess að sá brotlegi komist í þá aðstöðu að geta bundið annan mann samkvæmt fyrri hluta umboðssvikaákvæðisins. Það getur til að mynda verið á grundvelli vinnusambands, formlegs umboðs eða heimildar til einstakra löggæringa. Gerandi kemst vanalega í þá aðstöðu sem hann er í á grundvelli einhvers konar sambands við brotaþola. Komist gerandi í einhverja aðstöðu til þess að binda annan mann af tilviljun telst háttsemin frekar varða við 246. gr. hgl. um ólögsmæta meðferð fundins fjár.¹¹⁰ Seinni hluti ákvæðis 249. gr. hgl. um umboðssvik gerir ráð fyrir að aðili öðlist formlegt stöðuumboð og er sértækari en fyrri hlutinn. Gerandi gegnir þá einhverju starfi eða tekur að sér ákveðið verkefni fyrir brotaþola. Starfið eða verkefnið felst í því að hafa fjárreiður fyrir annan mann á sinni hendi. Stöðuumboð getur komist á á grundvelli starfslýsingar, lagaheimildar, samningsumboðs eða annars samkomulags milli aðila.¹¹¹

3.2.3 Hlutræn skilyrði umboðssvika skv. 249. gr. hgl.

Umboðssvik skv. 249. gr. hgl. er tjónsbrot og telst umboðssvikabrot fullframið þegar aðili misnotar aðstöðu sína á ólögsmætan hátt með athöfn eða athafnaleysi og verknaðarþoli verður bundinn vegna háttsemin geranda.¹¹² Sem dæmi um umboðssvikabrot sem framið er með óbeinu athafnaleysi aðila er saknæmur eftirlitsskortur fyrirsvarsmanns lögaðila varðandi refsinaema hegðun sem honum bar að annast á grundvelli samnings við brotaþola.¹¹³ Norrænir fræðimenn eru ekki algerlega sammála um það hvenær fullframningarstigi umboðssvikabrotsins hefur verið náð. Til að mynda telur Knud Waaben að eiginlegt fjártjón þurfi að koma til svo að um umboðssvikabrot geti verið að tefla.¹¹⁴ Vagn Greve álitur hins vegar að nægilegt sé að háttsemin aðila hafi valdið verulegri fjártjónsáhættu til þess að hún geti talist umboðssvikabrot.¹¹⁵ Íslenskir dómstólar hafa hallast að mati Vagn Greve um þá kröfu

¹¹⁰ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 180.

¹¹¹ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 182.

¹¹² Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 178.

¹¹³ *NJA 2003, bls. 414.* Þar var CR ákærður og sakfelldur fyrir umboðssvikabrot sem hann framdi með óbeinu athafnaleysi. CR starfaði sem sjóðsstjóri hjá fjármálafyrirtæki og sá hann meðal annars um viðskipti fjármálafyrirtækisins við félagið V. Umboðssvikabrot CR fólst í því að hafa leyft V sem stundaði áhættusaman rekstur að taka á sig gríðarlegar skuldbindingar á hendur fjármálafyrirtækinu án nokkurra tryggingar eða ábyrgðar.

¹¹⁴ Knud Waaben: *Strafferettens specielle del*, bls. 119.

¹¹⁵ Vagn Greve, Bent Unmack Larsen, Per Lindegaard: *Kommenteret straffelov, speciel del* (1980), bls. 336.

sem gerð er til fullframningarstigs umboðssvikabrots.¹¹⁶ Fullframning umboðssvikabrots er háð því að gerandi sé annað hvort í aðstöðu til þess að gera eitthvað sem annar aðili verður bundinn við eða hafi fjárreiður fyrir aðra á sinni hendi. Samkvæmt 249. gr. hgl. er umboðssvikabrotið fullframið þegar aðili misnotar þá aðstöðu sem hann er í með ráðstöfun sinni. Segja má því að hlutræn skilyrði umboðssvika séu fjögur. Það er aðstaða geranda, misnotkun hans, auðgunarásetningur og orsakasamband milli misnotkunarinnar og auðgunarinnar.¹¹⁷ Gerandi umboðssvikabrots verður að hafa komist í einhvers konar aðstöðu til þess að skuldbinda annan aðila. Oftast nær er þessi aðstaða aðila byggð á trúnaðarsambandi milli þeirra en það er þó ekki skilyrði umboðssvikabrots.¹¹⁸ Umboðssvikabrotið felst svo í því að gerandi misnotar þá aðstöðu sína sem hann er í gagnvart brotþola. Ásetningur geranda þarf að vera til auðgunar skv. 243. gr. hgl. Þá þarf orsakasamband að vera á milli misnotkunarinnar og auðgunarinnar.¹¹⁹ Gerandi misnotar stöðu sína með því að fara út fyrir þá heimild sem hann hefur til þess að skuldbinda brotþola, þ. e. notar heimild sína á rangan og ámælisverðan hátt.¹²⁰ Misnotkun gernda umboðssvikabrots þarf að vera ólögmæt til þess að háttsemi hans falli undir umboðssvikaákvæði hgl. á grundvelli meginreglu refsiréttar um ólögmæti refsiverðs verknaðar.¹²¹ Til þess að háttsemi geranda umboðssvikabrots teljist ólögmæt þarf misnotkun hans að vera veruleg og mælikvarðanum um ólögmæti því sett neðri mörk.¹²² Matið varðandi ólögmæti misnotkunarinnar er strangara eftir því sem trúnaðarskylda geranda er ríkari og aðhald með ráðstöfunum ákærða minna. Hins vegar hefur það ekki áhrif á efnislegan mælikvarða misnotkunarinnar hvort gerandi starfar í einkarekstri eða í opinberu starfi. Sé misnotkun geranda framin í opinberu starfi getur það aftur á móti verið metið sem refsihækkunarástæða skv. 138. gr. hgl.¹²³ Í *H 1995:2610* reyndi bæði á atriði varðandi

¹¹⁶ Sjá *H 1969:935*. Þar var ákærði M sakfelldur fyrir umboðssvikabrot sem hann framdi með því að binda fyrirtækið L sem hann starfaði hjá í heimildarleysi. Ákærði lét L gangast í ábyrgð fyrir þremur víxlum sem voru rekstri fyrirtækisins óviðkomandi. Sú fjártjónsáhætta sem varð til með skuldbindingu þeirri sem ákærði M lét L viðgangast fól í sér umboðssvikabrot strax við undirritun víxlanna. *H 1978: 1055*. Ákærði veðsetti þar íbúðir án heimildar og var sú heimildarlausá veðsetning metin sem brot gegn 249. gr. hgl., óháð því hvort brotþolar hafi orðið fyrir fjártjóni eður ei. *H 20. maí 1999, í máli nr. 22/1999*. Í refsíákvörðun Hæstaréttar sagði orðrétt. „Við ákvörðun refsingar fyrir brotið er til þess að líta, að ákærði leysti tryggingarvixilinn til sín með áföllnum kostnaði í samræmi við ábyrgð sína, án þess að leigjandinn bæri endanlegan skaða af.“ Er ljóst af lestri þessa dóma að ekki þarf að vera eiginlegt fjártjón fyrir hendi hjá brotþola til þess að um umboðssvikabrot sé að ræða heldur nægir að fyrir hendi sé fjártjónsáhætta.

¹¹⁷ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 173.

¹¹⁸ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 178.

¹¹⁹ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 185.

¹²⁰ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 177.

¹²¹ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíábyrgð I*, bls. 38.

¹²² Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 179.

¹²³ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 179.

mælikvarða um misnotkun geranda og áhrif þess að ákærði var bundinn trúnaðarskyldum sem forstöðumaður hagdeildar Búnaðarbanka Íslands sem var opinber stofnun. Umboðssvikabrot ákærða fólust í spákaupmennsku með erlendan gjaldeyri á áhættu bankans þar sem hann nýtti sér upplýsingar sem hann fékk við störf sín hjá bankanum. Í ákvörðun Hæstaréttar um sakfellingu ákærða segir að honum hafi átt að vera ljóst að umfang spákaupmennsku sinnar hafi verið orðið meira en samrýmanlegt væri stöðu hans innan bankans og hann hafi þar með brugðist trúnaðarskyldum sínum við bankann. Ákærði var sakfelldur fyrir umboðssvikabrot og það metið honum til refsihækkunar að brot hans var framið í opinberu starfi.

3.2.4 Huglæg skilyrði umboðssvika svk. 249. gr. hgl.

Huglæg skilyrði umboðssvika eru að maður sýni ásetning í verki til þess að misnota aðstöðu sína þegar honum hefur verið veitt sú staða að binda annan aðila eða hafa fjárreiður annars manns á sinni hendi skv. 249. sbr., 18. gr. hgl. Þar að auki þarf að sanna ásetning gerandans til auðgunar skv. 243. gr. hgl.¹²⁴ Um nánari skýringu á auðgunarásetningi vísast til kafla 2.2.1 og 2.2.2 hér að framan. Eins og áður segir hefur fullframningarstig umboðssvikabrots skv. 249. gr. hgl. verið fært fram. Við mat á því hvort sannað sé að aðili hafi sýnt ásetning til ólögmætrar misnotkunar á aðstöðu með ráðstöfun sinni skv. 249. sbr., 18. gr. hgl. og auðgunar skv. 243. gr. hgl., er því heimilt að líta til misnotkunarinnar sjálfrar eða áhættunnar af fjárhagslegum afleiðingum misnotkunarinnar.¹²⁵ Þetta má meðal annars sjá í eftirfarandi dómum Hæstaréttar *H 1978:1055* og *H 20. maí 1999, í máli nr. 22/1999*.

H 1978:1055 Ákærði gerði kaupsamning um sölu á tveimur íbúðum en veðsetti síðan íbúðirnar heimildarlaust eftir að hafa selt þær. Eignarréttur íbúðanna hafði færst yfir til kaupendanna með sölu þeirra og veðsetning ákærða því metin umboðssvik skv. 249. gr. hgl. Kaupendur höfðu ekki orðið fyrir fjártjóni vegna veðsetningar ákærða en háttsemi hans fól engu að síður í sér umboðssvikabrot. Var það á grundvelli þeirrar fjártjónsáhættu sem talin var stafa af veðsetningunni sem var umfram þær kröfur sem hann átti á kaupendur íbúðanna.

H 20. maí 1999, í máli nr. 22/1999. Ákærði leigði stúlku íbúð og gaf hún út víxil til tryggingar réttum efndum á leigusamningnum. Stúlkan yfirgaf síðan íbúðina áður en leigusamningur hennar við ákærða rann út vegna breyttra aðstæðna. Ákærði taldi sig þá eiga bótakröfu á hendur stúlkunni vegna vanefnda hennar á leigusamningi þeirra. Ákærði seldi síðar víxilinn í banka vegna meintra skaðabóta og fór hann í innheimtu, en á endanum leysti ákærði víxilinn til sín og stúlkan bar engan fjárhagslegan skaða af háttsemi ákærða. Þar sem ákærði hafði ekki

¹²⁴ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 185.

¹²⁵ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 186.

gætt ákvæða húsaleigulaga um undanfarandi aðgerðir áður en hann réðst í sölu sína á tryggingavíxlínum var hann sakfelldur fyrir umboðssvik. Breytti þar engu þótt stúlkan hafi ekki orðið fyrir fjárhagslegi tjón af völdum háttsemi ákærða. Í niðurstöðu Hæstaréttar var sérstaklega tekið fram að ákærði hefði með sölu sinni á tryggingavíxlínum valdið því að veruleg hættu hefði verið fyrir hendi um að hagsmunum stúlkunnar yrði raskað og þar með hafi háttsemi hans falið í sér umboðssvikabrot.

Af þessum dómum má ráða að fjárhagslegt tjón er ekki ávallt skilyrði fullframins umboðssvikabrots. Formlegur mælikvarði á verknaði þess brotlega og þeirri fjártjónsáhættu sem af háttsemi hans stafar getur dugað til þess að um fullframið umboðssvikabrot sé að ræða. Sú staðreynd að brotþoli verður ekki fyrir fjárhagslegum skaða leiðir þannig ekki til þess að gerandi losni undan refsíabyrgð en getur hins komið til álita til mildunar við ákvörðun refsingar eins og síðar verður rakið.

3.2.5 Trúnaðarþáttur umboðssvikabrotsins

Trúnaður er afar sterkt einkenni umboðssvikabrota. Einstaklingi er treyst fyrir einhverri aðstöðu eða hefur fjárreiður annars á sinni hendi og rýfur þann trúnað með broti sínu. Það trúnaðarsamband sem myndast milli geranda og brotþola í aðdraganda umboðssvikabrota er sterkt. Það sést gleggst á því að brotþoli hefur veitt geranda heimild til þess að framkvæma löggerninga sem skuldbinda hann sjálfan. Gerandi misnotar það traust með því að fara út fyrir þá heimild sem brotþoli hefur veitt honum. Þó svo að trúnaður sé sterkt einkenni umboðssvika er það ekki skilyrði umboðssvikabrots skv. 249. gr. hgl.¹²⁶ Háttsemi sem fellur undir seinni og sérhæfðari hluta umboðssvikaákvæðisins þar sem aðila er treyst fyrir ákveðnu verkefni, það er fjárumýslu fyrir brotþola, felur hins vegar ávallt í sér trúnaðarbrot.¹²⁷ Trúnaðarbrestur á sér oftast nær stað í einhverri mynd þegar sakfelldur er fyrir umboðssvikabrot. Í eftirfarandi dómum var svo sérstaklega bent á þann alvarlega trúnaðarbrest sem gerendur sýndu með umboðssvikabrotum sínum.

H 6. febrúar 2003, í máli nr. 393/2002. Ákærði Á var sakfelldur fyrir umboðssvikabrot í opinberu starfi. Á starfaði sem formaður byggingarnefndar Þ og framdi umboðssvikabrot með því að hafa í skjóli stöðu sinnar samþykkt að greiða tilhæfulausan reikning sér til ávinnings. Við ákvörðun refsingar Á í málinu var litið til þess að Á hafi sem opinber starfsmaður borið að gæta hagsmuna byggingarnefndar Þ í hvívetna. Á hafi því sýnt alvarlegan trúnaðarbrest við umboðssvikabrot sitt og var það virt honum til refsíþyngingar.

¹²⁶ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 177-178.

¹²⁷ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 182.

H 3. mars 2005, í máli nr. 244/2004. Ákærði starfaði þar sem framkvæmdastjóri lífeyrissjóðsins F. Ákærði var talinn hafa misnotað heimild sína til fjárfestinga í nafni sjóðsins þegar hann fjárfesti í skuldabréfum sem hann eða fyrirtæki tengd honum voru skuldarar að. Sökum eðli þeirrar stöðu sem ákærði var í sem og að honum bar, sem framkvæmdastjóra lífeyrissjóðsins F, að vernda hagsmuni hans, var háttsemin talin fela í sér trúnaðarrest sem tekið var tillit til við refsiaðkvörðun.

Leynd er á sama hátt og á við um trúnaðarþátt umboðssvikabrotsins ekki skilyrði þess að háttsemi fallir undir ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik. Gerandi fremur þó trúnaðarbrot sín oftast en ekki með leynd og getur launung þess brotlega skipt máli við sönnunarmat um það hvort óheimil ráðstöfun hafi farið fram.¹²⁸ Leynd þess brotlega við umboðssvikabrot sitt verkar til þyngingar refsingar hans eins og síðar verður vikið nánar að.

3.2.6 Hlutverk umboðssvikaákvæðisins

Lítið reyndi á umboðssvikaákvæðið í réttarframkvæmd á Íslandi allt fram á níunda áratug síðustu aldar. Síðan þá hefur hins vegar verið stigvaxandi aukning í sakfellingum fyrir umboðssvikabrot í Hæstarétti.¹²⁹ Á tímabilinu 1977-1986 voru aðeins tveir aðilar sakfelldir fyrir umboðssvikabrot, á árunum 1987-1996 voru svo átta sakfellingar fyrir umboðssvikabrot hjá Hæstarétti, aukningin hélt svo áfram og urðu sakfellingarnar fyrir umboðssvikabrot í Hæstarétti 12 milli 1997 og 2006.¹³⁰ Frá árinu 2007 til miðbiks ársins 2012 hafa svo fjórir verið sakfelldir fyrir brot gegn 249. gr. hgl. um umboðssvik. Samkvæmt orðum sérstaks á hátíðarmálþingi Orators sem haldið var 16. febrúar 2012 og umfjöllun fjölmiðla um rannsókn embættis sérstaks saksóknara á brotum tengdum hruni fjármálakerfisins árið 2008 beinist rannsókn embættis sérstaks saksóknara í nokkrum mæli að háttsemi sem talin er varða við umboðssvikaákvæði hgl. Þannig er það meðal niðurstaðna sem lesa má út úr Rannsóknarskýrslu Alþingis um aðdraganda og orsakir falls íslensku bankanna árið 2008 að óvarlegar lánveitingar starfsmanna fjármálafyrirtækjanna fyrir hrun sem fram fóru án nægilegra trygginga kunni að varða við ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik.¹³¹ Önnur háttsemi sem lesa má út úr Rannsóknarskýrslu Alþingis og gæti varðað við ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik er lánveiting starfsmanna fjármálafyrirtækjanna til lögaðila ætluð

¹²⁸ *H 1997:1765.* Við sönnunarmat á því hvort háttsemi ákærða fæli í sér umboðssvikabrot var litið til þess að ákærði hafði leynt stjórn lífeyrissjóðsins óheimilum lánveitingum í nafni sjóðsins allt þar til sennilegt var að féð væri glatað.

¹²⁹ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 175.

¹³⁰ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 176.

¹³¹ *Skýrsla Rannsóknarnefndar Alþingis um aðdraganda og orsök falls bankanna og tengda atburði.* Rannsóknarnefnd Alþingis skv. lögum nr.142/2008. Reykjavík 2010.

kaupum á hlutabréfum í fjármálafyrirtækjunum sjálfum.¹³² Farið verður nánar yfir það hvers konar háttsemi starfsmanna fjármálafyrirtækjanna fyrir og eftir hrun íslenska fjármálakerfisins haustið 2008 gæti fallið undir umboðssvikaákvæði 249. gr. hgl. í kafla 5.3. Umboðssvikaákvæðið er orðað á almennari, matskenndari og sveigjanlegri hátt en ákvæði hgl. um fjárdrátt og fjársvik. Þannig er verknaðarlýsing og verknaðarandlag fjárdráttar- og fjársvikaákvæðanna afmarkað á skýrari hátt en gert er í ákvæðinu um umboðssvik. Ákvæðin skarast aðallega þegar um er að ræða auðgun á áþreifanlegum verðmætum, svo sem lausafjármunum og peningum, sem eru á einhvern hátt komin í vörslur geranda. Í þessum tilvikum mætti færa rök fyrir því að ákærvaldið ætti að ákæra aðallega fyrir fjárdrátt og fjársvik en umboðssvik til vara.¹³³ Þetta sjónarmið um umboðssvikaákvæðið sem ákvæði til vara fyrir ákvæði hgl. um fjárdrátt og fjársvik kemur fram í *H 1960:1*.¹³⁴ Samkvæmt 1. mgr. 280. gr. dönsku hegningarlaganna sem samsvarar íslenska umboðssvikaákvæðinu er tekið fram að ákvæðið skuli eingöngu nota ef háttsemi geranda fellur ekki undir ákvæði dönsku hegningarlaganna um þjófnað, ólögmeta meðferð fundins fjár, fjárdrátt, fjársvik og tölvubrot. Finn Meilby og Ulla Høg hafa gagnrýnt þennan fyrirvara og dregið í efa réttmætti þess að setja fyrirvara þess efnis að umboðssvikaákvæðið geti átt við um háttsemi þess brotlega. Meilby og Høg benda á að fyrirvarinn sé óþarfur og geti einungis leitt til óhagræðis. Þannig eigi að nota það ákvæði sem best hentar hverju sinni og fyrirvarinn sem settur er í umboðssvikaákvæðinu því ónauðsynlegur. Fyrirvarinn geti komið í veg fyrir að háttsemi sem er á mörkum þess að falla undir þau ákvæði sem nefnd eru í umboðssvikaákvæðinu, en fellur betur að umboðssvikaákvæðinu verði felld undir umboðssvikaákvæðið frá byrjun eins og hentugast væri. Þar sem umboðssvikaákvæðið hefur sannað vægi sitt og mörg tilfelli þar sem umboðssvikaákvæðið hentar betur við heimfærslu efnahagsbrota en fjárdráttar- og fjársvikaákvæði dönsku hegningarlaganna telja Meilby og Høg fyrirvarann í ákvæði 280. gr. dönsku hegningarlaganna um umboðssvik frekar villandi en leiðbeinandi.¹³⁵ Sökum þess að sama skilyrði var ekki tekið upp í ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik eins og í samsvarandi

¹³² *Skýrsla Rannsóknarnefndar Alþingis um aðdraganda og orsök falls bankanna og tengda atburði*. Rannsóknarnefnd Alþingis skv. lögum nr.142/2008. Reykjavík 2010.

¹³³ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 175.

¹³⁴ *H 1960:1* snerist um lánveitingar ákærða úr sjóðum skóla þar sem hann var skólastjóri. Ákærvaldið ákærði fyrir brot gegn ákvæði hgl. um umboðssvik. Hæstiréttur tók fram í rökstuðningi sínum um staðfestingu á mati héraðsdómara um heimfærslu brots ákærða til refsiakvæða að dómurinn teldi að háttsemi ákærða ætti betur við ákvæði hgl. um fjárdrátt. Hins vegar væru vissulega atriði í brotalýsingu sem fallið gætu undir ákvæði hgl. umboðssvik. Þar sem ákærvaldið hefði tekið þá ákvörðun að ákæra eingöngu fyrir brot gegn umboðssvikaákvæðinu og að í broti ákærða fælist að vissu leyti umboðssvikabrot var fallist á mat héraðsdómara um að fella háttsemi ákærða undir umboðssvikaákvæðið, eins og ákærvaldið hafði gert.

¹³⁵ Finn Meilby og Ulla Høg: „Mandatsvig“, bls. 41-43.

ákvæði dönsku hegningarlaganna og fjölgun sakfellinga fyrir umboðssvik eitt og sér er ekki hægt að fallast á það að umboðssvikákvæðið sé varaskeifa fyrir önnur ákvæði auðgunarbrotakafans í íslenskum rétti. Umboðssvikaákvæðið er eins og áður segir almennara hvað varðar bæði verknaðarandlag og verknaðarlýsingu og hentar því að ýmsu leyti betur við það flókna viðskiptaumhverfi sem er við lýði í dag. Hins vegar getur almennt orðalag umboðssvikaákvæðisins haft ýmsa vankanta í för með sér en farið verður betur yfir álitaefni hvað þetta varðar í kafla 6.2. Ástæða þess að umboðssvikaákvæðið hentar betur í dag er sökum þess að ekki er gerð krafa um það að gerandi hafi verknaðarandlagið í vörslum sínum í umboðssvikaákvæðinu líkt og gert er í fjárdráttarákvæðinu. Í fjármálaumhverfi nútímans fara greiðslur fram með rafrænum millifærslum og mikill hraði er í viðskiptum. Það er einkum af þeim sökum sem umboðssvikaákvæðið hefur af fræðimönnum verið talið falla betur að gerningum aðila í fjármálakerfinu.¹³⁶ Ákvæði 249. gr. hgl. er fremur matskennt og óljóst er hvað felst í orðalagi ákvæðisins um misnotkun á aðstöðu sé ákvæðið aðeins lesið eitt og sér. Háttsemi aðila þarf að vera ólöglegt vegna grundvallarreglu íslensks refsiréttar um ólögmati verknaðar og samkvæmt íslenskri dómaframkvæmd má álykta að misnotkunin þurfi að vera veruleg til þess að um umboðssvik sé að ræða. Sé brot til að mynda falið í þeirri háttsemi aðila að fara út fyrir starfslýsingu sína sér til fjárávinnings þarf hann að vita eða mega vita að um verulegt frávik sé að ræða.¹³⁷ Þó svo að umboðssvikaákvæðið sé sett upp á þann hátt að ekki sé tekið fram með kasúískum hætti hvað felst í misnotkun aðila hefur það ekki valdið vandkvæðum fyrir ákærivaldið í framkvæmd. Dómafordæmi Hæstaréttar hafa mótað það á nokkuð skýran hátt við hvaða aðstæður umboðssvikaákvæðið á við og því ekki þörf á því að sérgreina það í umboðssvikaákvæðinu hvað felst í misnotkun aðila.

3.2.7 Aðgreining umboðssvika skv. 249. gr. hgl. og fjársvika skv. 248. gr. hgl.

Umboðssvik skv. 249. gr. hgl. er einhliða ráðstöfunarbrot, en fjársvik tvíhliða fjáröflunarbrot. Þrátt fyrir að ýmislegt greini að brot gegn þessum ákvæðum og auðvelt sé að aðgreina dæmigerð brot gegn þeim þá er ýmislegt sameiginlegt með ákvæðunum sem gerir heimfærslu háttsemi geranda til viðeigandi refsíákvæðis erfiða. Blekking getur verið sameiginlegt einkenni aðgerða hjá þeim brotlega í brotum gegn ákvæðum hgl. um umboðssvik skv. 249. gr. hgl. og fjársvik skv. 248. gr. hgl. Blekking er nauðsynlegur efnisþáttur í fjársvikum en svo er hins vegar ekki í umboðssvikum. Umboðssvik aðila hefjast iðulega með samnings sambandi aðila þar sem þeim brotlega er veitt einhver aðstaða eða fjárráð. Fjársvik eiga sér einnig stað í

¹³⁶ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 176.

¹³⁷ Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“, bls. 178-179.

samningssambandi aðila. Munurinn felst í því á hvaða stigi samningssambandsins brotið telst vera fullframið. Sé blekkingin viðhöfð strax við samningsgerð telst brotið vera tvíhliða og því fjársvik skv. 248. gr. hgl. Hins vegar telst háttsemin umboðssvik skv. 249. gr. hgl. ef blekking fer fram eftir að samningar takast með aðilum. Vegna þessara sameiginlegu einkenna umboðssvika og fjársvika getur það reynst afar erfitt að ákvarða undir hvort ákvæðið háttsemi þess brotlega fellur.¹³⁸ Skýrt dæmi um mikilvægi þess að heimfæra brot þess brotlega undir viðeigandi ákvæði auðgunarbrotakaflans er dómur í máli sem fjallaði um ólögmat gjaldeyrisviðskipti X við Glitni banka hf.

H 5. júní 2008 í máli nr. 47-48/2008. Þar var sú háttsemin X að nýta sér kerfisvillu í gjaldeyrisviðskiptakerfi Glitnis banka hf. talin vera tvíhliða brot. Viðskipti X við Glitni voru á þann veg að hann keypti dali fyrir evrur sem hann seldi svo aftur fyrir dali og hagnýtti sér þannig þau mistök Glitnis að víxla kaup- og sölugengi gjaldeyris á ákveðnum tíma. Ákærvaldið ákærði X fyrir umboðssvik og taldi hann hafa misnotað sér aðgang sinn að netbanka Glitnis einhliða án aðkomu Glitnis. Hæstiréttur var þessu ósammála og mat það svo að X og Glitnir hefðu átt í tvíhliða viðskiptum sem fólu annars vegar í sér tilboð Glitnis um verð á gjaldeyri og hins vegar samþykki X á því tilboði. Í forsendum Hæstiréttur fyrir sýknu X átelur Hæstiréttur ákærvaldið (obiter dictum) fyrir að hafa heimfært háttsemin ákærða X undir umboðssvikaákvæði 249. gr. hgl. en ekki fjársvikaákvæði 248. gr. hgl. eins og Hæstiréttur taldi að ákærvaldið hefði réttilega átt að gera.

Þessi dómur sýnir glögg tveggja hve erfitt getur verið að meta hvort brot aðila teljist einhliða umboðssvikabrot eða tvíhliða fjársvikabrot. Enn fremur hve mikilvægt er að ákærvaldið vandi sig við heimfærslu háttsemin aðila. Hæstiréttur mat það sem svo að X og Glitnir hafi verið í tvíhliða samningssambandi sem fólu í sér tilboð Glitnis og samþykki X á því tilboði. Þetta tilboð hafi X fengið á sama hátt og aðrir viðskiptavinir bankans og hann ekki verið í aðstöðu til að skuldbinda Glitni í skilningi ákvæðis 249. gr. hgl. Háttsemin X hefði því átt að fella undir ákvæði 248. gr. hgl. um fjársvik en svo var ekki gert og X því sýknaður af ákæru í þessu máli.

¹³⁸ Jónatan Þórmundsson: „Einkenni auðgunarbrot“, bls. 412-413.

4. Ákvörðun refsingar

Mat á ákvörðun refsingar er margþætt viðfangsefni. Samkvæmt 67. gr. stjórnarskrár íslenska lýðveldisins nr. 33/1944 (hér eftir skammstafað stjskr.) má ekki svipta aðila frelsi nema samkvæmt heimild í lögum. Samkvæmt 69. gr. stjskr. verður engum gert að sæta refsingu nema háttsemi hans hafi verið refsiverð samkvæmt lögum á þeim tíma sem háttsemin átti sér stað eða fullkomin lögjöfnun eigi við. Viðurlög mega svo ekki vera þyngri en heimiluð voru í lögum á þeim tíma sem háttsemin átti sér stað. Jónatan Þórmundsson skilgreinir refsingu á eftirfarandi hátt:

„Refsing er ein tegund viðurlaga, sem ríkisvald beitir þann, sem sekur hefur reynst um refsivert brot. Hún felur í sér vanþóknun eða fordæmingu samfélagsins og er til þess fallin að valda dómpóla þjáningu eða óþægindum.“¹³⁹

Samkvæmt 31. gr. hgl. eru fangelsi og fésekt þær refsingar sem heimilt er að beita vegna brota gegn ákvæðum hgl. Dómarar hafa svo heimild til þess að skilorðsbinda fangelsisrefsingu ákærða skv. 1. mgr. 57. gr. hgl. Annars vegar er heimilt skv. a. lið 1. mgr. 57. gr. hgl. að fresta ákvörðun refsingar og hins vegar skv. b. lið 1. mgr. 57. gr. hgl. fullnustu refsingar. Samkvæmt 57. gr. a. hgl. má haga refsíákvörðun þannig að hluti refsingarinnar, allt að þremur mánuðum verði óskilorðsbundinn, en aðrir hlutar skilorðsbundnir. Mat dómara um hæfilega refsingu í refsímáli er vandasamt verkefni, sér í lagi þar sem refsiramma ákvæðis er rúmur og vísbendingar um hæfilega refsingu af skornum skammti.¹⁴⁰

4.1 Almennt um refsíákvörðunarástæður með áherslu á ákvæði hgl. um fjárdrátt og umboðssvik

Frumskilyrði þess að ákærða verði ákvörðuð refsing er að sannað þyki að mati dómara að ákærði hafi framið þá háttsemi sem honum er gefin að sök í ákæru. Þegar komist hefur verið að þeirri niðurstöðu að svo sé kemur síðan að refsíákvörðuninni.

Að ýmsu er að huga við mat á hæfilegri refsingu og koma margir þættir til álita við þá ákvörðun dómans. Dómari þarf meðal annars að velja þá refsitegund sem þykir hæfileg sem refsing við háttsemi ákærða.¹⁴¹ Samkvæmt ákvæðum hgl. um fjárdrátt og umboðssvik er fangelsi sú tegund refsingar sem heimilt er að beita vegna brota gegn ákvæðunum. Samkvæmt 256. gr. hgl. er heimilt að færa refsingu ákærða niður í fjársekt eða fella hana niður sé

¹³⁹ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 62-63.

¹⁴⁰ Þorgeir Njálsson: „Hugleiðingar um ákvörðun refsingar“, bls. 13.

¹⁴¹ Sigurður Tómas Magnússon og Hildigunnur Ólafsdóttir. *Ákvörðun refsingar*, bls. 76.

fjárdráttar- eða umboðssvikabrot hans smávægilegt. Dómari hefur síðan heimild til þess að skilorðsbinda fangelsisrefsingu ákærða skv. 1. mgr. 57. gr. hgl. Við mat á því hvort við hæfi þyki að skilorðsbinda refsingu ákærða koma til skoðunar bæði lögmælt og ólögmælt sjónarmið, eins og síðar verður rakið í umfjöllun um þær refsíakvarðanarástæður sem fram koma í dómum er varða brot gegn ákvæðum hgl um fjárdrátt og umboðssvik.

Refsimörk 247. gr. hgl. um fjárdrátt er fangelsi allt að sex árum og refsimörk umboðssvika skv. 249. gr. hgl. er fangelsi allt að tveimur árum og sérrefsimörk umboðssvikaákvæðisins er fangelsi allt að sex árum ef sakir eru mjög miklar. Ákvæði þessi geyma því ekki ákveðið refsilágmark heldur einungis refsihámark. Með ákvæði 255. gr. hgl. er lögfest sérstök refsihækkunarheimild. Þar segir að hafi maður áður verið dæmdur fyrir auðgunarbrot megi hækka refsinguna um helming þess sem hann hefði annars hlotið. Hafi maður svo brotið oft en einu sinni af sér gegn ákvæðum auðgunarbrotakafans má tvöfalda refsinguna. Refsimörk ákvæðanna um fjárdrátt og umboðssvik eru fremur opin og ákvæðin og lögskýringagögnin með þeim veita litlar leiðbeiningar um hvað telst hæfileg refsing í hverju tilfelli fyrir sig. Það er því ljóst að ákvörðun dómara um þyngd refsingar er háð víðtæku mati hans hverju sinni.

Mat dómara grundvallast bæði á lögbundnum og ólögbundnum sjónarmiðum. Vegna réttarheimildarlegrar stöðu fordæmis í íslenskum rétti verður að telja að dómari sé bundinn af dómvenju í brotaflokkum sem reglulega koma til kasta dómstólanna.¹⁴² Efri mörk refsimarka fjárdráttar- og umboðssvikaákvæðisins hafa yfirleitt ekki verið nýtt við refsíakvarðanir í fjárdráttar- og umboðssvikamálum í íslenskri dómaframkvæmd. Frekari sjónarmið varðandi refsihæð í fjárdráttar- og umboðssvikamálum verða rakin hér síðar í ritgerðinni.

Eins og áður segir eru það bæði lögfest og ólögfest atriði sem hafa áhrif á þyngd refsingar. Í 70. gr. hgl. eru talin upp atriði sem snúa að verknaðinum og persónulegum högum ákærða og hafa áhrif við mat á ákvörðun refsingar fyrir brot hans. Annars vegar eru í 1. mgr talin upp atriði sem eru honum til hagsbóta og hins vegar atriði sem leiða til þyngri refsingar. Meðal atriða sem nefnd eru í 1. mgr. 70. gr. hgl. eru mikilvægi verknaðarandlagsins, umfang tjóns, aldur þess brotlega, undanfarandi og eftirfarandi hegðun sakbornings, saknæmisstig og hvati að baki verknaðinum og samstarfsvilji sakbornings við að upplýsa málið. Samkvæmt 2. mgr. 70. gr. hgl. leiðir það að jafnaði til þyngingar refsingar að verkið sé unnið í samstarfi við annan mann og sama á við ef brot beinist að einhverjum nákomnum sakborningi skv. 3. mgr.

¹⁴² Þorgeir Njálsson: „Hugleiðingar um ákvörðun refsingar“, bls. 15.

70. gr. hgl. Samkvæmt 8. tl. 1. mgr. 74. gr. hgl. getur það verkað manni til hagsbóta við refsíákvörðun reyni hann það sem hann getur til að draga úr tjóni af völdum verknaðar síns eða býðst til að bæta fyrir tjón sitt. Endurgreiðsla á þeim fjárhagslega ávinningi sem sakborningur hefur öðlast og því tjóni sem brotþoli hefur orðið fyrir getur þannig leitt til mildunar refsingar.

Auk þess að byggja refsíákvörðun sína á þeim atriðum sem fram koma hgl. og rakin hafa verið hér að framan hafa dómstólar einnig beitt ólögsmæltum refsíákvörðunarsjónarmiðum í dómaframkvæmd sinni. Það er svo háð máti dómara hverju sinni hversu mikið vægi einstök sjónarmið fá við refsíákvörðun ákærða.¹⁴³ Dómarar hafa svo frjálst mat um refsihæð að því leyti sem þeir telja sig ekki bundna af fordæmum og settum lögum og geta dregið inn í matið við ákvörðun refsingar ólögsmæltar refsíákvörðunarástæður. Þau sjónarmið geta verið dregin af settum lögum, meginreglum í refsirétti eða algerlega ólögsmælt og leiða þá oft en ekki af sér dómvenju sem dómarar telja sér skylt að fylgja sökum réttarheimildalegrar stöðu fordæmis í íslenskum rétti.¹⁴⁴ Farið verður yfir þær ólögsmæltu refsíákvörðunarástæður sem komið hafa fram í dómum Hæstaréttar í fjárdráttar- og umboðssvikamálum í viðeigandi köflum hér að neðan.

Eins og sést af umfjölluninni hér að framan eru ýmis sjónarmið sem dómarar annað hvort skulu eða er heimilt að líta til við ákvörðun refsingar. Ætlunin er að rekja hvaða sjónarmiðum hefur verið beitt sem grundvöllur refsíákvörðunar við ákvörðun refsingar í málum er varða fjárdrátt og umboðssvik í gegnum tíðina í köflunum hér á eftir.

4.2 Dómaframkvæmd í málum er varða ákvæði hgl. um fjárdrátt og umboðssvik

Hér að neðan verða týnd til þau atriði sem ráðið hafa för hjá dómstólum við ákvörðun refsingar í fjárdráttar- og umboðssvikamálum undanfarna áratugi. Refsimörk 247. gr. hgl. um fjárdrátt er fangelsi allt að sex árum. Refsimörk 249. gr. hgl. um umboðssvik er fangelsi allt að tveimur árum auk þess sem tiltekið er það sérrefsimark að þyngja megi refsinguna í fangelsi allt að sex árum ef sakir eru mjög miklar. Refsimörk ákvæðanna er þannig nokkuð víðtækur og svigrúm til mats við ákvörðun refsingar fyrir fjárdrátt og umboðssvik tiltölulega rúmt. Í þessum kafla verða reifuð þau sjónarmið sem notuð hafa verið við refsíákvörðunir í dómaframkvæmd í fjárdráttar- og umboðssvikamálum undanfarna áratugi.

¹⁴³ Þorgeir Njálsson: „Hugleiðingar um ákvörðun refsingar“, bls. 13.

¹⁴⁴ Helgi I. Jónsson. „Heimildir dómstóla til að beita ólögsmæltum meginreglum við ákvörðun refsingar“, bls. 253-254.

4.2.1 Trúnaðarbrot

Eitt einkenna fjárdráttar- og umboðssvikabrota er það rof sem verður á trúnaði sem skapast hefur milli aðila með samningssambandi þeirra. Fjárdráttarbrot hefjast iðulega með samningssambandi geranda og brotaþola og vörslur þess brotlega á verðmætum brotaþola skilyrði fjárdráttarbrotis skv. 247. gr. hgl. Algengt er að í fjárdráttarbroti sé undirliggjandi einhvers konar trúnaðarrof, en fyrir kemur að trúnaðarbrestur þyki svo alvarlegur að það sé sérstaklega tilgreint í refsíákvörðun dómara. Við samningssamband tveggja einstaklinga eða einstaklings við lögaðila myndast gagnkvæmur trúnaður milli samningsaðila, mismikill eftir aðstæðum hverju sinni. Fjárdráttur þess brotlega rýfur þetta traust sem svo mikilvægt er í öllum samskiptum manna á milli. Þegar maður gegnir svo stöðu þar sem honum hefur annað hvort verið sýnt traust með því að fá að sinna því starfi eða almennt má ætlast til þess að hægt sé að treysta honum eru fjárdráttarbrot hans litin alvarlegum augum. Það er metið ákærða til refsipýngingar fremji opinber starfsmaður brot í skjóli stöðu sinnar eða einstaklingur einkarekstri telst vera í stöðu þess eðlis að samningsaðilar hans eiga að geta treyst honum vegna stöðunnar. Trúnaðarþátturinn er einnig sterkt einkenni umboðssvika þrátt fyrir að vera ekki skilyrði fullframningar brots gegn ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik. Þar sem uppbygging ákvæðisins er með þeim hætti að gerandinn þarf að vera í einhvers konar aðstöðu til þess að binda brotaþola einkennist samband geranda og brotaþola oftast en ekki af trúnaði. Trúnaðarbrot er ólögmaelt refsíákvörðunarástæða sem sérstaklega var tiltekin í eftirfarandi dómum Hæstaréttar.

H 10. júní 1999, í máli nr. 136/1999. Ákærða I sinnti ýmsum heimilisstörfum fyrir brotaþola og milli þeirra myndaðist vinskapur og trúnaður. Fór það svo að S treysti I fyrir fjármálum sínum og hafði I bankabók S í vörslu sinni. Ákærða I misnotaði þetta traust með því að draga sér fé úr bankabók S. Í refsíákvörðun Hæstaréttar segir orðrétt: „Hins vegar sýndi hún styrkan og einbeittan brotavilja, þegar hún margítrekað, á tveggja ára tímabili, misnotaði sér aðstöðu sína og trúnað Sigríðar Matthíasdóttur, með því að draga sér talsvert mikla fjármuni af bankabókum hennar.”

H 6. febrúar 2003, í máli nr. 393/2002. Þau fjárdráttarbrot sem Á var gefið að sök samkvæmt þeim dómi fólust í því að tileinka sér til eigin nota vörur sem pantaðar höfðu verið í nafni þeirra opinberru nefnda sem hann sinnti formennsku í og settar höfðu verið á reikning nefndanna. Í refsíákvörðun dómsins var tekið fram að Á hafi brugðist því trausti sem honum hafi verið sýnt með skipun í þær opinberu nefndir sem honum var falið að sinna formennsku í. Var trúnaðarbrot eitt þeirra sjónarmiða sem fram komu við ákvörðun refsingar hans í málinu.

H 3. mars 2005, í máli nr. 244/2004. Þar var K ákærður fyrir umboðssvik í starfi sínu sem framkvæmdastjóri lífeyrissjóðsins F. Umboðssvikabrot K fólust í því að hann var talinn hafa farið út fyrir umboð sitt með fjárfestingum sínum í nafni F. Ákærði K hafði unnið lengi fyrir lífeyrissjóðinn F og forvera hans og gegndi trúnaðarstöðu fyrir F. Vegna starfsreynslu K og þekkingu hans á verðbréfum var honum trúað fyrir fjárfestingum F fyrir töluverðar fjárhæðir og bar K því ríka ábyrgð. Ákærða K var veitt töluvert frjálsrcæði í starfi sínu og var lítið eftirlit haft með fjárfestingum hans þar sem að hann þótti trausts síns verður. K brást þessu ríka trausti og rauf trúnað sinn við F með umboðssvikabrotum sínum og var það virt honum til refsipýngingar í málinu.

H 20. janúar 2005, í máli nr. 312/2004. V var ákærður fyrir fjölda fjárdráttarbrota í starfi sínu sem framkvæmdastjóri Íslenska dansflokksins (hér eftir skammstafað ÍD). Í niðurstöðu dómsins um ákvörðun refsingar V segir að taka verði til álita að V hafi verið sýnt mikið traust með skipun hans sem framkvæmdastjóri ÍD. Með margvíslegum fjárdráttarbrotum sínum misnotaði V alvarlega þann trúnað sem honum var sýndur. Sá alvarlegi trúnaðarbrestur sem ákærði V var talin hafa sýnt af sér var ein af refsiakvörðunarástæðum Hæstaréttar í málinu.

H 22. september 2005, í máli nr. 524/2004. Ákærði K framdi fjárdráttar- og umboðssvikabrot sín í skjóli stöðu sinnar sem fasteignasali og í refsiakvörðun Hæstaréttar sagði orðrétt. „Við ákvörðun refsingar ákærða verður það virt honum til refsipýngingar að brot hans voru stórfelld og fjárdráttarbrot hans framin í skjóli stöðu ákærða sem löggiltur fasteignasali, en viðskiptamenn hans áttu að geta treyst honum.“ Sömu sjónarmið komu fram í refsiakvörðun Hæstaréttar gagnvart ákærða H skv. *H 13. október 2005, í máli nr. 525/2004.*

H 7. október 2010, í máli nr. 70/2010. Málsatvik voru þau að P seldi A og B sumarhúsaloð í ágúst 1988. Kaupsamningur var undirritaður um söluna, en A og B vanræktu hins vegar að þinglýsa þeim kaupsamningi og var P því enn skráður þinglýstur eigandi lóðarinnar samkvæmt veðmálabókum. P seldi síðar N umrædda lóð og bar því við að kaupsamningurinn hefði ekki verið efndur að fullu þar sem að kaupverð samkvæmt honum hafi ekki verið að fullu greitt. Kaupsamningur hafi því verið fallinn úr gildi sökum fyrningar þegar viðskiptin við N fóru fram í maí 2007. Þessu var hafnað af Hæstarétti þar sem kaupsamningur P og A og B hafi veitt þeim síðarnefndu eignarréttindi að lóðinni og vanefndir á kaupsamningi breyti því ekki. Ákærða P stóðu annars konar vanefnarúrræði til boða en að virða kaupsamninginn að vettugi sem hann kaus að notfæra sér ekki. Þó svo að kaupsamningnum hafi ekki verið þinglýst var hann tilkynntur til Fasteignamats ríkisins og A og B greiddu opinber gjöld af sumarhúsaloðinni sem skráðir eigendur hennar. Þá greiddi A fyrir ýmsan útlagðan kostnað sem varð vegna lóðarinnar. Að öllu þessu virtu þótti P hafa misnotað þá aðstöðu sína að teljast

þinglýstur eigandi sumarhúsalóðarinnar sem hann var ekki réttmætur eigandi að og selt N lóðina í heimildarleysi. Leiddi þetta til ólögmatrar auðgunar P og tjóns A sem missti við söluna eignarrétt sinn að sumarhúsalóðinni. Þótti háttsemi P því varða við 249. gr. hgl. um umboðssvik. Í refsíákvörðun Hæstaréttar segir orðrétt: „Við ákvörðun refsingar var litið til þess að P, sem var starfandi lögmaður, hafði á sínum tíma annast alla samningagerð fyrir A og B í málinu og báru þau því við að hafa í einu og öllu fylgt leiðbeiningum hans og talið að tryggilega hefði verið frá kaupunum gengið. Svo hafi hins vegar ekki verið raunin og hafi P misnotað þá aðstöðu þegar færi gafst til.“

Þó svo að eðli stöðu ákærða P í viðskiptum hans við A og B hafi ekki verið með þeim hætti að þau ættu að geta borið traust til hans, eins og á við um viðskipti viðskiptavina við löggilta fasteignasala, var litið til þess við refsíákvörðun dómsins að ákærði P var starfandi lögmaður sem hafði séð um alla samningsgerð fyrir A og B í viðskiptum þeirra á milli. A og B treystu ákæðra P alfarið og skilyrðislaust fyrir því að búa svo um hnútana að gengið yrði frá kaupunum á fullnægjandi hátt. Ákærði P misnotaði þetta traust með umboðssvikabroti sínu og var trúnaðarrestur metinn honum til refsipýngingar í málinu.

4.2.2 Brot í opinberu starfi

Þegar einstaklingur gegnir opinberu starfi er honum veittur mikill trúnaður og til hans ætlast að hann sé trausts síns verður. Opinberum starfsmanni er veittur aðgangur að opinberu fé og settur í þá stöðu að vera heimilt að binda þann opinbera aðila sem hann starfar fyrir. Vegna þess hvernig opinbert fé kemur til er því ætlað að renna til almannahagsmuna eða til þarfa fyrir þá opinberu stofnun sem hinn opinberi starfsmaður starfar hjá. Strangar kröfur eru gerðar til opinberra starfsmanna um að þeir aðgreini á skýran hátt þá opinberu fjármuni sem þeir meðhöndla í starfi sínu frá sínu eigin fé. Gerð er sú fortakslausa krafa að opinberir starfsmenn haldi opinberum fjármunum sérgreindum frá sínum eigin reikningum og nýti á engan átt opinbert fé í eigin þágu. Misnoti opinberi starfsmaðurinn það traust sem til hans er borið í skjóli opinberrar stöðu sinnar er hann ber að alvarlegum trúnaðarresti sem kemur til skoðunar til refsipýngingar við refsíákvörðanir skv. 138. gr. hgl.

138. gr. hgl. Nú hefur opinber starfsmaður gerst sekur um refsilagabrot með verknaði, sem telja verður misnotkun á stöðu hans, og við því broti er ekki lögð sérstök refsing sem broti í embætti eða sýslan, þá skal hann sæta þeirri refsingu, sem við því broti liggur, en þó svo aukinni, að bætt sé við hana allt að helmingi hennar.

H 6. febrúar 2003, í máli nr. 393/2002. Á var ákærður fyrir fjárdráttarbrot sem hann framdi í skjóli stöðu sinnar sem opinber starfsmaður og var dómurinn reifaður með tilliti til fjárdráttarbrotis Á hér að framan. Ákærði Á var einnig ákærður fyrir umboðssvik skv. 249. gr. hgl. í málinu. Umboðssvik Á fólust í því að gefa út ranga og tilhæfulausa reikninga og var G hlutdeildarmaður í því broti. Ákærðu héldu því fram í málinu að reikningarnir væru vegna veislu sem haldin var í Þjóðleikhúskjallaranum og byggingarnefnd Þjóðleikhússins hafi séð um að greiða. Hins vegar kom í ljós að sérstakur reikningur hafði áður verið gerður fyrir þessari veislu af Þjóðleikhúskjallaranum hf. og hann greiddur. Reikningarnir sem G gaf út og Á samþykkti voru því rangir og tilhæfulausir og Á því sakfelldur fyrir umboðssvik og G fyrir hlutdeild í því broti. Sökum þess að brot Á voru framin í opinberu starfi auk annarra þátta þótti ekki fært að skilorðsbinda dóminn. Á móti kom hins vegar að ákærði sagði af sér þingmennsku og hætti störfum í þeim nefndum sem hann hafði veitt formennsku vegna brota sinna og hafði það mildandi áhrif á refsingu hans.

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 1. júní 2004 (Íslenski dansflokkurinn). V var við störf hjá ÍD sem er opinber stofnun í tæp þrjú ár en hætti síðan af sjálfsdáðum vorið 2001 og um svipað leyti hóf Ríkisendurskoðan athugun á bókhaldi og fjármálum ÍD. Við athugun Ríkisendurskoðunar komu í ljós fjölmörg fjárdráttarbrot V sem fólust í því að V dró sér fé, veitti sjálfum sér heimildarlaus lán, velti eigin kostnaði yfir á ÍD og fékk fyrirgreiðslu út á nafn ÍD. Til þess að hylja slóð sína hefði V síðan útbúið falsaða reikninga. Í refsiakvörðun héraðsdóms segir orðrétt: „Við ákvörðun refsingar er til þess að líta að ákærði gegndi opinberu starfi þar sem honum voru fengnar fjárreiður opinberrar stofnunar til meðferðar. Fjárdráttur ákærða hófst um hálfu ári eftir að hann hafði verið skipaður til starfans.“

H 30. mars 2006, í máli nr. 532/2005. Ákærði I starfaði sem framkvæmdastjóri Fjórðungssambands Vestfirðinga og framdi brot sín á meðan hann gegndi þeirri stöðu. Fjárdráttarbrotin framdi I á þann hátt að hann millifærði fé af bankareikningi Fjórðungssambands Vestfirðinga í alls 106 skipti og færði millifærslurnar inn í bókhald sambandsins sem skuld sína við sambandið. Þá greiddi hann fyrir vörur og þjónustu sem hann notaði í eigin þágu með fjármunum af reikningum sambandsins í 29 skipti. Fjórðungssamband Vestfirðinga var rekið með opinberu fé og I var með prókúru á reikningi sambandsins. Ákærði I hafði þannig tækifæri til þess að ráðstafa opinberu fé og taldist því opinber starfsmaður í skilningi 138. gr. hgl. I hætti af sjálfsdáðum í starfi sínu í kjölfar fjárdráttarbrotanna sinna og kom það til skoðunar honum til hagsbóta við ákvörðun refsingar.

H 21. desember 2009, í máli nr. 406/2009. Málsatvik voru þau að A millifærði fé af bankareikningi bæjarsjóðs G yfir á reikninga félaga í sinni eigu. A starfaði sem fjármálastjóri

bæjarsjóðs G og framdi fjárdráttarbrot sín í skjóli stöðu sinnar sem opinber starfsmaður. Við refsíákvörðun A var vísað til þess að hann hefði brotið af sér sem opinber starfsmaður og refsíþyngingarákvæði 138. gr. hgl. ætti því við í málinu.

H 6. október 2011, í máli nr. 45/2011. Ákærða G starfaði sem sendiráðsfulltrúi og seinna stjórnarráðsfulltrúi og starfsmaður í utanríkisráðuneytinu þegar hún notaði heimildarlaust í eigin þágu fé í eigu sendiráðsins. Ákærða G millifærði fé af reikningi sendiráðsins sem hún hafði prókúru fyrir yfir á eigin bankareikning og lét hjá líða að tilkynna að hún veitti viðtöku á fé sem hún átti ekki lengur rétt á. Þessi háttsemi G var talin varða við 247. gr. hgl. og var hún sakfelld fyrir brot sitt í Hæstarétti. Í refsíákvörðun Hæstaréttar var það virt G til refsíþyngingar að hafa brotið af sér í opinberu starfi.

Eins og sést af ákvörðun refsingar í þessum dómum er litið sérstaklega alvarlegum augum á brot opinberra starfsmanna í ljósi þess trausts sem þeim er sýnt með því að fá að gegna opinberu starfi eins og að framan hefur verið rakið. Af þeim sökum er sérstakt refsíþyngingarákvæði í hgl. Samkvæmt 138. gr. hgl. skal þyngja refsingu sakbornings um allt að helming sé það framið í opinberu starfi og ekki er lögð sérstök refsing vegna stöðu ákærða í því ákvæði sem verið er að refsa fyrir. Það hefur þó áhrif á refsíákvörðun ákærða honum til hagsbóta ef hann axlar ábyrgð á broti sínu á einhvern hátt. Til dæmis með því að láta af starfi sínu sem opinber starfsmaður.

4.2.3 Eðli stöðu þess brotlega

Eins og áður segir getur eðli stöðu þess sem brýtur af sér í fjárdráttar- og umboðssvikamálum verið á þann hátt að samningsaðilar hans eiga að geta treyst honum. Þetta á til dæmis við þegar maður starfar í skjóli opinbers starfsleyfis eða á grundvelli löggildingar. Þá getur sá lögaðili sem gerandi brots er í forsvari fyrir stundað starfsemi sem er þess eðlis að sérstök sjónarmið gildi um rekstur þess og brot forráðamanna af þeim sökum litin öðrum augum en á við um aðrar gerðir fyrirtækja. Sökum þess almenna trausts sem einstaklingur nýtur vegna stöðu sinnar í þeim aðstæðum sem hér hafa verið raktar hefur það áhrif til þyngingar við refsíákvörðun ef hann misnotar þá stöðu sína. Eðli stöðu geranda í fjárdráttar- og umboðssvikamálum er ólögmaelt refsíákvörðunarástæða sem meðal annars var litið til í eftirtöldum dómum.

H 21. mars 2005, í máli nr. 372/2004. Ákærðu J og S var meðal annars gefið að sök að hafa dregið sér fé í bifreiðaviðskiptum, en J og S voru eigendur bílasölnunnar EB ehf. Rekstur bílasölnunnar EB ehf. gekk erfiðlega og sökum þess var lausafjárstaða hennar bágborin og enginn sérstakur vörslureikningur til reiðu heldur einungis tékkareikningur. Greiðslur til EB ehf. sem tilheyrðu öðrum aðilum voru því ekki skýrt aðgreindar frá öðru rekstrarfé félagsins og notaðar til þess að standa straum af skuldum þess. Greiðslur sem ganga áttu upp í veðskuldir bifreiða þar sem EB ehf. var milligönguaðili í viðskiptum milli kaupanda og seljanda og sölundvirði bifreiðar sem EB ehf. seldi í umboði F hf. blönduðust inn í rekstrarfé félagsins og voru notaðar í rekstur þess. Í refsíákvörðun dómsins segir orðrét: „Við ákvörðun refsingar beggja ákærðu verður litið til þess að brot þeirra vörðuðu veruleg verðmæti og voru framin í skjóli opinbers starfsleyfis í því skyni að fjármagna rekstur fyrirtækis þeirra.“

Opinber starfsleyfi eru veitt í trausti þess að einstaklingar sem þau hljóta viðhafi heiðarlega viðskiptahætti. Viðskiptavinir þeirra aðila sem hlotið hafa opinber starfsleyfi eiga því að geta treyst því að þeir fjármunir sem þeir leggja til manna er hafa opinbert starfsleyfi séu nýttir í þeim tilgangi sem samið er um, en renni ekki í almennan rekstur fyrirtækisins. Til þess að leggja áherslu á mikilvægi þess að þeir einstaklingar sem starfa í skjóli opinbers starfsleyfis virði það traust sem til þeirra er borið er nauðsynlegt að eðli stöðu manna með opinber starfsleyfi hafi þýðingu við refsingu fyrir brot sem framin eru í skjóli opinbers starfsleyfis eins og gert var í *H 21. mars 2005 í máli nr. 372/2004*. Fasteignasalar eru milligönguaðilar í gríðarlega þýðingarmiklum viðskiptum fyrir einstaklinga og lögaðila. Umfang fasteignaviðskipta er svo mikið að menn eiga sjaldan í slíkum viðskiptum og leggja drjúgan hluta fjármuna sinna til við fasteignaviðskiptin. Í ljósi þess er löggildingar krafist til þess að mögulegt sé að starfa sem fasteignasali skv. 1. mgr. 1. gr. laga um sölu fasteigna, fyrirtækja og skipa nr. 99/2004. Vegna mikilvægi fasteignaviðskipta fyrir einstaklinga og lögaðila hefur það verið metið til refsipýngingar fremji maður fjárdráttarbrott sitt í skjóli stöðu sinnar sem löggiltur fasteignasali.

H 22. september 2005, í máli nr. 524/2004. Ákærði F starfaði sem löggiltur fasteignasali hjá fasteignasölnunni F ehf. F var meðal annars gefið að sök að hafa dregið sér fé við störf sín hjá F ehf. F misnotaði það traust sem viðskiptavinir báru til hans í skjóli löggildingar hans sem fasteignasali. F dró sér fé sem honum hlotnaðist við sölu fasteigna viðskiptavina sinna og tilheyrðu þeim og nýtti féð í eigin þágu og í rekstur F ehf. Þá var F einnig sakfelldur fyrir umboðssvikabrot, en Hæstiréttur taldi að F hafi með veðsetningu sínum á íbúð sem hann átti sameiginlega með A misnotað aðstöðu sína og stefnt fjárhagslegum hagsmunum A í verulega hættu. Í dóminum segir orðrét: „Við ákvörðun refsingar ákærða verður það virt honum til

refsíþyngingar að brot hans voru stórfelld og fjárdráttarbrott hans framin í skjóli stöðu ákærða sem löggiltur fasteignasali, en viðskiptamenn hans áttu að geta treyst honum.“

H 13. október 2005, í máli nr. 525/2004. Málavextir voru þeir að H löggiltur fasteignasali var ákærður fyrir að draga sér fé sem viðskiptavinir hans höfðu afhent honum vegna sölu H á fasteignum fyrir þá. Ákværði H var sakfelldur fyrir fjögur fjárdráttarbrott. Brott H samkvæmt fyrsta ákæruliði fólst í því að vanrækja að greiða veðskuld kaupendanna A og B. Kaupendurnir höfðu millifært fé á reikning H í trausti þess að H notaði þá til þess að greiða veðskuld sem hvíldi á fasteign sem H annaðist sölu á. Hæstiréttur telur að ákærði H hafi mátt vita að greiðsla veðskuldarinnar hafi átt að fara fram þegar í stað. Það að halda að sér greiðslunni í á fjórða ár telst því tileinkun og þar með fjárdráttarbrott skv. 247. gr. hgl. Samkvæmt öðrum ákæruliði á hendur H var greiðsla veðskuldar kaupanda C rúmu ári of seint talið varða við fjárdráttarákvæði 247. gr. hgl. Brott H samkvæmt þriðja ákæruliði fólst í því að nota ekki þá fjármuni sem hann tók við hjá D í greiðslu veðskuldar eins og til stóð. Ákærði H hafði annast sölu á fasteign D sem afhenti honum fjármuni til þess að greiða upp veðskuld. Það gerði H ekki heldur færði lánið yfir á aðra fasteign og haldi brott sitt með því að falsa kauptilboð D í þá fasteign. Þessi háttsemi H var talin varða við 1. mgr. 155. gr. hgl. og 247. gr. hgl. um fjárdrátt. Fjórða brott H fólst í ráðstöfun hans á húsbréfi sem hann hafði fengið umboð til þess að innleysa og renna átti í kostnað við gerð eignaskiptasamnings vegna sölu á íbúð G. Afganginum af andvirði húsbréfsins átti H svo að skila til G eftir gerð eignaskiptasamningsins. Eignaskiptasamningurinn var aldrei gerður og uppgjorið fór aldrei fram. Ákærði H ráðstafaði húsbréfinu í eigin þágu og gerðist þar með brotlegur við fjárdrátt skv. 247. gr. hgl. Það var H meðal annars til refsíþyngingar í málinu að hafa framið brott sín í skjóli stöðu sinnar sem löggiltur fasteignasali. Sú staða H átti að leiða til þess að viðskiptavinir hans gætu treyst honum. H rauf það traust hins vegar með fjárdráttarbrottum sínum og eðli stöðu hans varð honum til refsíþyngingar.

Eins og sjá má af þessum dómum treysta viðskiptavinir fasteignasölum fyrir umtalsverðum hagsmunum og til greiðslu á mikilvægum verðmætum svo sem veðskuldum og afborgunum af fasteignum. Það er því eðlilegt að litið sé til þess við ákvörðun refsingar hagnýti fasteignasalar sér í eigin þágu þá fjármuni sem viðskiptaaðilar þeirra leggja inn á þá í trausti þess að þeir séu notaðir til greiðslu veðskulda, afborgana eða annarra greiðslna.

Staða manna innan fyrirtækis og eðli fyrirtækisins getur orðið til þess að litið er alvarlegri augum á brott hans en ella. Sem dæmi má nefna að litið er öðrum augum á brott forráðamanns almenningshlutafélags þar sem margir hluthafar og fjárfestar standa að baki félaginu en þegar í hluta eiga annars konar hlutafélög.

H 5. júní 2008, í máli nr. 385/2007. T var meðal annars ákærður og sakfelldur fyrir fjárdráttarbrot. Á því tímabili sem fjárdráttarbrot T áttu sér stað var hann aðstoðarforstjóri almenningshlutafélagsins B. Málsatvik hvað varðar fjárdráttarbrot T voru þau að T lét félagið B greiða reikninga sem í raun voru í hans eigin þágu og voru rekstri B með öllu óviðkomandi. Útgjöldin komu til vegna greiðslukortanotkunar T í ferðum hans erlendis. Reikningarnir voru færðir inn í bókhald B sem ferðakostnaður erlendis og tæknilegur kostnaður. Hæstiréttur taldi að úttekt í tiskuvöruverslun, skókaup, kaup á fatnaði og íþróttavörum, kaup á garðáhöldum og aðgangseyrir að skemmtigarði væru persónulegur kostnaður T til hans eigin nota og gæti ekki talist kostnaður sem tengdist störfum hans fyrir B. Ákærði T var því sakfelldur fyrir fjárdráttarbrot skv. 247. gr. hgl. Í refsíákvörðun Hæstaréttar segir orðrétt: „Við ákvörðun refsingar verður að gæta að því að ákærði framdi þessi brot í starfi forráðamanns almenningshlutafélags og voru þau einkar ófyrirleitin í ljósi langrar starfsreynslu hans á fyrri stigum sem löggiltur endurskoðandi.“

Eins og áður hefur verið greint frá, er trúnaður sterkt einkenni umboðssvika án þess þó að vera skilyrði umboðssvikabrots. Af þeim sökum er það oftast en ekki svo að sá trúnaður sem skapast hefur milli aðila er undanfari umboðssvikabrots. Sakborningur getur þannig verið í einhverri þeirri stöðu sem veitir sammingsaðila hans ríka ástæðu til þess að treysta honum. Brotapoli hefur þá veitt sakborningi aðstöðu til þess að skuldbinda sig eða hafa fjárreiður sínar á hendi sakbornings vegna stöðu sakbornings. Misnoti maður þá heimild sem honum hefur verið veitt í skjóli stöðu sinnar getur það komið til refsipýngingar við ákvörðun refsingar sakbornings eins og sjá má í eftirfarandi dómum.

H 3. mars 2005, í máli nr. 244/2004. Ákærði K gegndi þar stöðu framkvæmdastjóra lífeyrissjóðs F. Vegna reynslu og þekkingar K og þeirrar stöðu sem hann gegndi hjá F mátti stjórn sjóðsins ætla að hann framfylgdi fjárfestingarstefnu og reglugerðum sjóðsins. Það gerði K hins vegar ekki og var eðli stöðu K virt honum til hækkunar refsingar sinnar í málinu.

Ákærði hafði unnið lengi fyrir lífeyrissjóðinn og hlotið viðamikla þekkingu á fjárfestingum. Á þeim grundvelli var honum treyst fyrir stöðu framkvæmdastjóra lífeyrissjóðs F og veitt heimild til þess að skuldbinda lífeyrissjóðinn fyrir umtalsverðum fjárhæðum. Ákærði brást þessum trúnaði og var honum virt það til þýngingar við ákvörðun refsingar.

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 17. mars 2005 (Vátryggingamiðlun ehf). Ákærða H var starfandi framkvæmdastjóri í tveimur fyrirtækjum á sama tíma þegar hún framdi umboðssvikabrot sín. Héraðsdómur sagði orðrétt í refsíákvörðun sinni: „Við ákvörðun

refsingar verður að líta til þess að ákærða þar sem framkvæmdastjóri VM ríka ábyrgð á fyrirtækinu og henni þar að gæta hagsmuna þess í hvívetna.“

Ákærða var að ljúka störfum sínum fyrir VM og hafði nýverið stofnað HMS og starfaði þar sem framkvæmdastjóri. Við þessar aðstæður var til þess ætlast að ef hagsmunir fyrirækjanna myndu skarast bæri hún hag VM fyrir brjósti sér. Það gerði hún ekki þegar hún sendi umsóknir til tryggingafélaga í nafn HMS sem útbúnar höfðu verið af VM. Staða H innan VM, þar sem hún var enn framkvæmdastjóri og treyst fyrir hagsmunum þess fyrirtækis, varð henni til refsipýngingar í málinu.

H 7. október 2010, í máli nr. 70/2010. Ákærði P var starfandi lögmaður og vanur fasteignaviðskiptum. A og B báru mikið traust til P vegna þeirrar stöðu hans. P sá þannig um alla samningsgerð tengdum fasteignaviðskiptum hans við A og B og fylgdu þau leiðbeiningum P í hvívetna. Töldu A og B að gengið hefði verið frá kaupsamningnum á fullnægjandi hátt en svo var ekki. Ákærði P misnotaði svo þá aðstöðu sem hann öðlaðist í krafti stöðu sinnar og var það virt honum til refsipýngingar samkvæmt dómnum.

Eðli stöðu ákærða P er ekki hið sama og á við um löggilta fasteignasala, það er á þann veg að A og B hefðu átt að geta treyst honum í fasteignaviðskiptum sínum við hann á grundvelli opinbers starfsleyfis hans. Hins vegar ber að líta til þess að lögmenn geta verið milligöngumenn í einstaka fasteignaviðskiptum sem tengjast lögmannsstörfum þeirra þó svo að þeir hafi ekki hlotið opinbert starfsleyfi sem löggiltir fasteignasalar skv. 3. mgr. 1. gr. laga um sölu fasteigna, fyrirtækja og skipa nr. 99/2004. Í ljósi aðstæðna í málinu og þess að P var reyndur í fasteignaviðskiptum var talið að A og B hefðu mátt treysta því að P stæði við sín orð um að ganga frá þinglýsingu kaupsamningsins fyrir A og B. Það gerði ákærði P ekki og misnotaði þar með þá aðstöðu sem hann vegna stöðu sinnar sem hann var í gagnvart A og V og var það tiltekið sem refsipýngingarástæða í refsíákvörðun dómsins.

4.2.4 Persónulegir hagir þess brotlega í kjölfar brota sinna

Aðstæður sem fram koma í lífi þess brotlega eftir að hann fremur brot sitt geta komið til greina til mildunar við ákvörðun refsingar. Aðstæður þess brotlega geta þannig hafa breyst eftir að hann fremur brot sín á þann veg að það komi til skoðunar sem ólögmaelt refsíákvörðunarástæða til mildunar við ákvörðun refsingar ákærða. Sem dæmi má nefna andleg og líkamleg veikindi sem urðu til þess að refsing ákærða í *H 21. mars 2005, í máli nr. 372/2004* var skilorðsbundin.

H 21. mars 2005, í máli nr. 372/2004. Í refsíákvörðun Hæstaréttar segir orðrétt: „Fyrir Hæstarétt hefur verið lagt vottorð sérfræðings í bæklunarskurðlækningum við Landspítalann 14. mars 2003. Kemur þar meðal annars fram að ákærði hafi margoft frá árinu 2002 verið lagður inn á sjúkrahúsið til aðgerða og lyfjameðferðar vegna alvarlegs sjúkdóms. Þegar litið er til þessara veikinda ákærða og hvernig núverandi högum ákærðu S er háttað þykir mega fresta fullnustu refsingar þeirra beggja og skal hún falla niður að þremur árum liðnum frá birtingu dóms þessa haldi ákærðu almennt skilorð 57. gr. almennra hegningarlaga með síðari breytingum.“

Samvæmt refsíákvörðun í *H 6. október 2011, í máli nr. 45/2011* lágu svo sjónarmið um spilafíkn ákærðu og persónuleg áföll sem hún varð fyrir á yngri árum til grundvallar mildunar refsingar hennar.

H 6. október 2011, í máli nr. 45/2011. Í dómi Hæstaréttar kom fram að ákærða hafi dregið sér féð sökum spilafíknar hennar. Þá hafi andleg veikindi ákærðu sem rekja mætti til áfalls sem dundi yfir hana þegar hún var 19 ára gömul orðið til þess að hún ætti erfitt með að lifa eðlilegu lífi. Komu þessar upplýsingar fram í vottorði frá sérfræðilækni geðdeildar Landspítala háskólasjúkrahúss þar sem ákærða hafði verið í meðferð. Þessi sjónarmið þóttu ekki réttlæta háttsemi ákærðu við fjárdráttarbrot sitt og hlaut hún tveggja ára fangelsisdóm. Sú refsing var hins vegar skilorðsbundinn á þann hátt að fullnustu refsingar fyrir 22 mánuði var frestað og skyldi sá hluti refsingarinnar falla niður haldi hún skilorð í þrjú ár frá birtingu dómsins.

Erfitt heimilislíf og erfiðleikar í æsku þóttu hins vegar ekki geta orðið grundvöllur mildari refsíákvörðunar samkvæmt *dómi Héraðsdóms Reykjaness 17. nóvember 2011 í máli nr. S-463/2011.*

Dómur Héraðsdóms Reykjaness 17. nóvember 2011 í máli nr. S-463/2011. Í refsíákvörðun dómsins segir orðrétt: „Ekki er fallist á með ákærðu að aðstæður hennar, erfiðleikar í æsku og erfitt heimilislíf undanfarin ár, hafi áhrif til refsilækkunar.“ Síðar segir orðrétt í refsíákvörðuninni. „Einnig segir ákærða að mál þetta hafi haft mikil áhrif á líf hennar, m.a. hafi hún flutt úr landi. Að mati dómsins getur þetta ekki haft áhrif á refsíákvörðun í máli þessu. Með vísan til alls framangreinds og dómaframkvæmdar þykir refsing ákærðu hæfilega ákveðin fangelsi í sex mánuði.“

Verði breyting á atvinnuhögum ákærða í kjölfar brota sinna eða ákærði axlar á einhvern hátt ábyrgð á gjörðum sínum getur það komið til greina sem sjónarmið til mildunar refsingar. Þetta

sjónarmið kemur meðal annars fram í refsíákvörðunum héraðsdóms í *H 22. september 2005, máli nr. 524/2004*.

H 1997:1765. Í refsíákvörðun Hæstaréttar segir orðrétt um fjárhagslega stöðu ákærða sem og stöðu atvinnumála hjá honum: „Þá hefur ákærði misst atvinnu, og jafnframt hefur hann skýrt frá því að hann hafi þurft að ganga á eignir sínar til að framfleyta sér“

H 6. febrúar 2003, í máli nr. 393/2002. Ákærði Á braut þar af sér í opinberu starfi og kom það til refsipýngingar samkvæmt refsíákvörðun Hæstaréttar. En á hinn bóginn var það virt til mildunar refsingar ákærða Á að hann lét af starfi sem alþingismaður vegna brota sinna.

H 22. september 2005, máli nr. 524/2004. Ákærði starfaði sem fasteignasali þegar hann framdi fjárdráttar- og umboðssvikabrot sín og var eðli stöðu hans virt honum til refsipýngingar í refsíákvörðun málsins. Í refsíákvörðun héraðsdóms sagði hins vegar að ákærði F hafi lagt inn réttindi sín og hætt fasteignasölu í kjölfar brota sinna. Var sú staðreynd að ákærði F hafi hætt starfi sínu sem fasteignasali til þess að milda refsingu hans samkvæmt refsíákvörðun héraðsdómsins.

4.2.5 Tafir við rannsókn og meðferð málsins

Dómstólar hafa gert þá kröfu til rannsóknar lögregluþingvalda á meintum brotum grunaðs manns að hún gangi fyrir sig eins skjótt og auðið er. Samkvæmt 1. mgr. 70. gr. stjkskr. er það réttur aðila sem bornir eru sökum eða ákærðir eru fyrir refsiverða háttsemi að hljóta viðeigandi og réttláta málsmeðferð innan hæfilegs tíma. Reglan um hraða málsmeðferð kemur einnig fram í 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmáttmála Evrópu (hér eftir skammstafað MSE).

Ákærendum ber skv. 3. mgr. 18. gr. laga um meðferð sakamála nr. 88/2008 (hér eftir skammstafað sml) að vinna að því að hið sanna og rétta sé leitt í ljós við rannsókn sakamála, en um leið að gæta þess meðferð mála sé eins hröð og kostur er. Þá kemur fram í 3. mgr. 5. gr. MSE að maður sem tekinn hefur verið höndum og færður fyrir dómara eða annað yfirvald eigi kröfu um að mál hans verði tekið fyrir innan hæfilegs tíma. Samkvæmt 2. mgr. 53. gr. laga um meðferð sakamála ber lögreglu að hraða meðferð mála eftir því sem kostur er. Aðili sem borinn er þeim sökum að hafa framið refsiverða háttsemi á þannig rétt á því að rannsókn á máli fari eins hratt og örugglega fram og nokkur kostur er skv. 2. mgr. 53. gr. sml. Þá skal ákvarða það hvort sækja skuli sakborning til saka með útgáfu ákæru eins fljótt og auðið er eftir að rannsókn málsins er lokið. Við mat á því hvort tafir við meðferð refsímáls skuli hafa áhrif við refsíákvörðun ákærða verður þó að hafa í huga rétt sakbornings til þess að rannsókn

á hendur honum sé nægilega vönduð svo að hið sanna sé leitt í ljós.¹⁴⁵ Samkvæmt 1. mgr. 53. gr. sml. er markmið rannsóknar að afla allra þeirra nauðsynlegu gagna svo unnt sé fyrir ákærvaldið að taka ákvörðun um málshöfðun. Þeir sem annast sakamál skulu leitast við að hið sanna og rétta sé leitt í ljós og gæta bæði að atriðum sem horfa til sýknu og sektar skv. 2. mgr. 53. gr. sml. Þá skal afla allra tiltækra gagna um þann verknað sem ákærði er grunaður um að hafa framið skv. 54. gr. sml.

Í *H 25. Janúar 2012, í máli nr. 682/2011* reyndi á álitaefni er varðar málshraðaregluna og rakin voru sjónarmið er varða ákvæði 1. mgr. 70. gr. stjkskr., 1. mgr. 6. gr. MSE og 2. og 3. mgr. 53. gr. sml. Ákærði X krafðist þess að kyrrsetning sýslumanns á tilteknum eigum X og endurupptaka þeirrar ákvörðunar yrði felld úr gildi. Rannsókn sérstaks saksóknara á meintum brotum X hafði staðið yfir í tvö ár og rúma tvo mánuði þegar *H 25. Janúar 2012, í máli nr. 682/2011* var kveðinn upp. Eigur X voru kyrrsettar í tengslum við rannsókn meints brots X í lok janúar 2010 og höfðu því verið kyrrsettar í tæp tvö ár þegar *H 25. Janúar 2012, í máli nr. 682/2011* féll. Á þessum tæpu árum hafði verið tekin skýrsla af einu vitni í febrúar 2010 og síðar sjö vitnum í upphafi árs 2011 í þágu rannsóknar málsins. Öðrum rannsóknargögnum hafði ekki verið aflað á þeim tæpu árum sem rannsóknin hafði staðið yfir, en sérstakur saksóknari hafði hins vegar unnið að úrvinnslu rafrænna gagna sem hald hafði verið lagt við rannsókn málsins á því tímabili. Hæstiréttur taldi að sérstakur saksóknari hefði verið unnt að ljúka úrvinnslu gagna mun fyrir en gert hafi verið. Með hliðsjón af framangreindum ákvæðum stjkskr. og laga sem kveða á um hraða málsmeðferð er það réttur sakbornings að þvingunaraðgerðir þær sem lagðar eru á hann í tengslum við rannsókn meints brots hans verði aflétt dragist rannsókn úr hófi. Hæstiréttur taldi að rannsókn sérstaks saksóknara á meintum brotum X sem leiddi til kyrrsetningar sýslumanns á eigum X hafi dregist úr hömlu og felldi ákvörðun sýslumanns um kyrrsetningu á eigum X og endurupptöku þeirrar ákvörðunar úr gildi. Sömu sjónarmið komu fram í *H 25. janúar 2012, í máli nr. 683/2011*, *H 25. Janúar 2012, í máli nr. 684/2011* og *H 25. Janúar 2012, í máli nr. 685/2011*.

Þau sjónarmið sem liggja að baki meginreglunni um hraða málsmeðferð snúa bæði að þeim grunaða og réttarkerfinu í heild sinni. Það skiptir miklu máli fyrir þann sem grunaður er um refsiverðan verknað að mál hans hljóti skjóta afgreiðslu í réttarkerfinu, sér í lagi ef að sá grunaði reynist síðan saklaus. Þá er viðbúið að kostnaður við meðferð sakamála verði meir eftir því sem rannsóknar- og meðferðartími þeirra lengist. Einnig er líklegt að skjótvirk en

¹⁴⁵ Eiríkur Tómasson: *Meginreglur opinbers réttarfars*, bls. 20.

vönduð réttarvarsla komi í veg fyrir að frekari brot séu framin.¹⁴⁶ Óviðunandi dráttur á rannsókn málsins og töf á útgáfu ákæru eða óhæfilega löng meðferð fyrir dómi sem ekki verður rakin til ákærða er ólögmælt refsíákvörðunarástæða sem leitt getur til mildunar refsingar ákærða. Málshraðareglan er ein af meginreglum íslensks sakamálaréttarfars og skal því ekki skýra hana á þröngan hátt. Reglan á því við á öllum stigum refsímáls, það er við rannsókn málsins, þegar það er í meðferð ákærvaldsins og hjá dómstólum.¹⁴⁷

Við matið á því hvort rannsókn eða meðferð refsímáls hafi dregist úr hófi er einkum litið til fjögurra atriða. Það er sú þýðing sem það hefur fyrir sakborning að refsímálið fái fljóta úrlausn, hversu flókið málið er og hvort drátturinn sé sakborningi sjálfum að kenna eða rannsóknaraðilum og dómstólum.¹⁴⁸ Sé rannsókn eða meðferð refsímáls óhæfilega löng, án þess að sakborningi verði um kennt, getur það leitt til vægari refsingar ákærða. Tafir við rannsókn og meðferð refsímála sem fer fram úr því sem hæfilegt er að mati dómstóla er ólögmælt refsíákvörðunarástæða sem kom til skoðunar við refsíákvörðun geranda í eftirtöldum dómsniðurstöðum.

H 1996:2610. Í refsíákvörðun G sem sakfelldur var fyrir fjárdrátt segir orðrétt: „Með skírskotun til forsendna héraðsdóms og þess sérstaklega, að við rannsókn málsins var brotið gegn mikilvægum réttarreglum um hraða og eðlilega málsmeðferð, þykir rétt að skilorðsbinda refsinguna, svo sem greinir í dómsorði.“

H 30. september 2004, í máli nr. 111/2004. Hæstiréttur mildaði refsingu héraðsdóms á hendur V sem sakfelldur var fyrir fjárdrátt og fjársvik. V þótti hafa sýnt af sér einbeittan brotavilja við brot sitt og bætti ekki það tjón sem brot hans olli. Þótti hæfileg refsing því ákveðin nú mánuðir. Sú töf sem varð á rannsókn málsins leiddi þó til þess að framkvæmd sex mánaða af refsingunni var frestað og félli niður héldi V skilorð í tvö ár skv. 57. gr. hgl. Rúmt eitt og hálf ári leið frá því að málið barst til lögreglunnar með kæru þar til gagnaöflun fór fram og þá var skýrsla tekin af ákærða tæpum tveimur árum eftir að málið var kært til lögreglu. Þessi dráttur á rannsókn var án skýringa og ekki unnt að rekja hann til ákærða og kom því til refsímildunar í málinu.

¹⁴⁶ Eiríkur Tómasson: *Meginreglur opinbers réttarfars*, bls. 20.

¹⁴⁷ Eiríkur Tómasson: *Meginreglur opinbers réttarfars*, bls. 20.

¹⁴⁸ Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 121.

H 6. apríl 2006, í máli nr. 150/2005. Refsing H var milduð vegna þess óútskýrðs og óviðunandi dráttar sem varð bæði á rannsókn málsins og ákvörðun um saksókn á grundvelli rannsóknarinnar.

H 5. júní 2008, í máli nr. 385/2007. Sá dráttur sem varð á málinu hafði áhrif til refsímildunar á refsihæð T samkvæmt refsíákvörðun Hæstaréttar, án þess að tilgreint væri hversu langur sá tími hafi verið.

H 16. september 2010, í máli nr. 351/2010. Tafir urðu á útgáfu ákæru af hálfu ákæruvaldsins og voru þær tafir án réttlætanlegra útskýringa. Í refsíákvörðun dómsins segir orðrétt: „Brot ákærða átti sér stað síðari hluta ársins 2002 en var fyrst kært til lögreglu í júlí 2006. Síðasta skýrsla af ákærða var tekin í mars 2007 og virðist sem málið hafi verið fullrannsakað í júlí 2007. Ákæra var hins vegar ekki gefin út fyrir en 26. maí 2009. Hafa tafir á útgáfu ákæru ekki verið réttlættar af hálfu ákæruvalds og verður tekið tillit til þess við ákvörðun refsingar.“

Dómur Héraðsdóms Reykjaness 17. nóvember 2011 í máli nr. S-463/2011. Refsing ákærðu var skilorðsbundin að öllu leyti samkvæmt refsíákvörðun dómsins en þar segir orðrétt: „Við ákvörðun þess hvort refsing ákærðu verði bundin skilorði ber að líta til þess að hún hefur ekki áður gerst sek um refsiverða háttsemi og óútskýrður dráttur var á rannsókn málsins, en kæra var lögð fram 14. nóvember 2008 og ákæra gefin út 12. apríl 2011. Verður refsing ákærðu því bundin skilorði eins og nánar greinir í dómsorði.“

H 23. febrúar 2012, í máli nr. 592/2011. Ákærði A var þar sakfelldur fyrir umboðssvikabrot með því að hafa sem verslunarstjóri B ehf. afhent C ehf. vörur án staðgreiðslu. Ákærða var kunnugt um það að C ehf. væri óheimilt að fá vörur afhentar án þess að staðgreiða þær. Með þessari háttsemi sinni taldi Hæstiréttur að ákærði A hafi ítrekað misnotað aðstöðu sína og því framið brot gegn ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik. Refsíákvörðun Hæstaréttar laut einvörðungu að þeirri tölfröð sem varð á útgáfu ákæru í málinu. Þannig liðu fjögur ár frá brotastarfsemi ákærða A þar til að ákæra var gefin út í málinu. Engar haldbærar skýringar voru á þessum drátti á rannsókn málsins og leiddi drátturinn því til mildunar refsingar. Þannig var refsingu ákærða frestað og skyldi látin niður falla að tveimur árum liðnum frá uppsögu dómsins haldi hann almennt skilorð skv. 57. gr. hgl.

Það er ekki algilt að Hæstiréttur taki fram hversu langur rannsóknar- og meðferðartíminn var sem olli mildun refsingar ákærðu. Því er erfitt að lesa út úr dómunum hvert viðmiðið er um það hversu langur rannsóknar- og meðferðartíminn þarf að vera til þess að hafa áhrif á ákvörðun refsingar. Raunar fer það eftir umfangi máls og hversu flókið málið er hversu langan tíma hæfilegt er að veita lögregluþyriföldum og ákæruvaldinu til rannsóknar og

meðferðar refsímáls. Þau sjónarmið sem íslensk dómaframkvæmd og Mannréttindadómstóll Evrópu hafa lagt til grundvallar við mat á því hvort rannsókn eða meðferð sakamála hafi dregist úr hófi eru aðallega ferns konar. Það er hversu mikla þýðingu það hefur fyrir þann grunaða að rannsókn og meðferð á máli hans gangi fljótt fyrir sig, hversu umfangsmikið og flókið málið er, hverjum er um að kenna að töf varð á rannsókn eða meðferð málsins og ef yfirvöld hafi ekki aðhafst neitt í lengri tíma í rannsókn eða meðferð málsins án þess að sakborningur hafi átt hlut í þeirri töf.¹⁴⁹

H 20. janúar 2005, í máli nr. 312/2004. Hæstiréttur gerði strangari kröfur en héraðsdómur til hraða rannsóknar málsins hjá lögreglu. Héraðsdómur telur það hversu viðamikið málið var afsaka þá töf sem varð á upphafi rannsóknar málsins. Hæstiréttur taldi hins vegar að rannsókn málsins sem tók tvö ár og þrjú mánuði hefði tekið of langan tíma miðað við umfang hennar. Sú óútskýrða töf á rannsókninni varð til þess að refsing V var skilorðsbundin að hluta.

Héraðsdómur og Hæstiréttur komast hér að mismunandi niðurstöðu um það hvað þykir vera slík töf á rannsókn máls að það hafi áhrif á refsíákvörðun. Kristallast hér sá vandi sem uppi er við mat á því hvort sú staðreynd að mál sé umfangsmikið og flókið afsaki langan rannsóknartíma. Hæstiréttur taldi svo ekki vera í þessu máli og varð það til þess að refsing ákærða var skilorðsbundin að hluta. Við matið á því hvort rannsókn refsímáls hafi dregist úr hömlu kemur til skoðunar hvort nægileg samfella hafi verið í rannsókn málsins. Þannig eykur það líkur á því að rannsókn málsins teljist hafa dregist úr hófi ef eyður eru í rannsókn málsins. Þetta sjónarmið kom fram í *H 25. janúar 2012, í máli nr. 682/2011*, *H 25. janúar 2012, í máli nr. 683/2011*, *H 25. janúar 2012, í máli nr. 684/2011* og *H 25. janúar 2012, í máli nr. 685/2011*. Þar liðu tæp tvo ár þar sem engum rannsóknargögnum hafði verið aflað og úrvinnsla rafræna gagna sem hald hafði verið lagt á við rannsókn málsins sem fram fór á því tímabili hefði átt að taka skemmri tíma að mati Hæstaréttar. Af þeim sökum var það mat Hæstaréttar í þessum dómum að rannsókn málsins hefði dregist úr hófi.

Það er ekki aðeins dráttur á rannsókn lögreglu eða tafir á meðferð máls hjá dómstólum vegna ákærvaldsins eða dómsólanna sem geta haft áhrif á refsíákvörðun ákærða eins og sjá má í *H 21. mars 2005, í máli nr. 372/2004*.

¹⁴⁹ Eiríkur Tómasson: *Meginreglur opinbers réttarfars*, bls. 21.

H 21. mars 2005, í máli nr. 372/2004. Málsmeðferðin í þessu máli tók óvenjulega langan tíma miðað við umfang málsins, en hún tafðist vegna veikinda ákærða J og var samtals 13 mánuðir. Hafði þetta auk annarra atriða áhrif á refsíákvörðun ákærðu S í málinu.

Samkvæmt þessum dómi tafðist málið vegna veikinda meðákærða S og varð það til þess að refsing hans var milduð.

4.2.6 Umfang verknaðarandlags og endanlegt tjón brotþola vegna brots ákærða

Samkvæmt 2. tl. 1. mgr. 70. gr. hgl. hefur það áhrif á refsihæð ákærða hversu yfirgripsmiklu tjóni brot hans hefur valdið. Fjárhæð þeirra verðmæta sem sá brotlegi tileinkar sér í fjárdráttarmálum og sú fjárhæð sem hann misnotar í umboðssvikamálum hefur áhrif á refsíákvörðun ákærða og skiptir því máli að tilgreina umfang verknaðarandlags í ákæru ákæruvaldsins. Þannig er það iðulega tiltekið í dómum Hæstaréttar hversu umfangsmiklu tjóni brot aðila hafi ollið og tiltekið hafi umfang verknaðarandlagsins haft áhrif á ákvörðun refsingar. Það er þó ekki svo að klippt og skorið sé að ákveðin krónutala verðmæta leiði til ákveðinnar refsingar eins og gefur að skilja. Inn í refsimatíð spila fleiri þættir og algert samræmi er því ekki milli umfangs verknaðarandlagsins og refsihæðar þess brotlega. Jafnræðissjónarmið og staða dómafordæma sem réttarheimild leiða hins vegar til þess að sé umfang verknaðarandlags ámóta mikið og aðrar aðstæður keimlíkar skuli refsingar vera sambærilegar.

H 29. maí 1997, í máli nr. 6/1997, bls 1765. Umboðssvikabrot ákærða B fólst í lánveitingu upp á 97.067.906 kr. til erlends flugfélags án nokkurra ábyrgða eða trygginga. Fjármunir þessir voru taldir glataðir að mati Hæstaréttar og því ljóst að umfang verknaðarandlagsins var stórfellt. Hátt verknaðarandlag vegna brots ákærða var virt honum til refsipýngingar samkvæmt refsíákvörðun Hæstaréttar.

H 10. júní 1999, í máli nr. 136/1999. Umfang verknaðarandlagsins í broti ákærðu í þeim dómi var rúmar þrjár milljónir kr. og þótti það talsverðir fjármunir samkvæmt dómi Hæstaréttar.

H 6. febrúar 2003, í máli nr. 393/2002. Umfang verknaðarandlags ákærða vegna fjárdráttarbrot hans var 3.2 milljónir kr. samkvæmt dómi héraðsdóms auk þess sem sakfellt var fyrir fleiri brot í Hæstarétti sem jók þá upphæð upp í rúmar fjórar milljónir. Sú upphæð verknaðarandlagsins þótti veruleg og það auk annarra þátta í broti Á leiddu til þess að brotið var talið alvarlegt.

H 20. janúar 2005, í máli nr. 312/2004. V dró sér samtals 2.047.275 kr. með fjárdráttarbrotum sínum. Hæstiréttur sagði þar í dómsniðurstöðu sinni orðrétt: „Við ákvörðun refsingar verður að taka tillit til þeirrar fjárhæðar, sem ákærði dró sér, en hann hefur að engu leyti bætt tjón af brotum sínum.“

H 20. mars 2005, í máli nr. 372/2004. J og S drógu sér og sviku út rúmar fimm milljónir króna með brotum sínum og nýttu fjármunina í rekstur sinn. Samkvæmt refsíákvörðun Hæstaréttar þóttu það veruleg verðmæti og hafði það áhrif á refsihæð ákærðu í málinu.

Um langviðamesta fjárdráttarbrot íslenskrar réttarsögu hvað fjárhæð verknaðarandlags varðar er fjallað í dómi *Héraðsdóms Reykjavíkur 23. júní 2004 (Landssímamálið)*.

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 23. júní 2004 (Landssímamálið). S var þar ákærður og sakfelldur fyrir að draga sér 261.146.944 kr. Eins og segir í refsíákvörðun dómsins er þetta umfang verknaðarandlags stórfellt og á sér ekki hliðstæðu. Hið viðamikla umfang verknaðarandlagsins auk verknaðaraðferða ákærða S hafði áhrif á refsíákvörðun S, en refsing S er sú þyngsta sem dæmd hefur verið fyrir fjárdráttarbrot í íslenskri dómafrankvæmd. Þætti S í málinu var ekki áfrýjað til Hæstaréttar.

H 22. september 2005, í máli nr. 524/2004. Fjárdráttarbrot fasteignasalans F þóttu stórfelld sökum þess hversu umfangsmikið verknaðarandlag vegna brot hans var. F dró sér samtals tæpar 27 milljónir kr. frá viðskiptavinum sínum á fasteignasölunni F ehf. Ákærði F var einnig ákærður og sakfelldur fyrir umboðssvikabrot. F og A gerðu samning um sameiginleg kaup á fasteign og var eignarhlutur hvors aðila um sig ákvarðaður í samningnum með tilliti til innborgunar þeirra. Samkvæmt samningnum skyldi F sjá um kaup á fasteigninni en A átti rétt á ákveðnum hluta fasteignarinnar án veðbanda gegn greiðslu sem hann greiddi 15. maí 2001 í samræmi við samkomulag þeirra. Skiptingu eignarinnar átti í framhaldinu að setja í formlegan eignarskiptasamning. Sá eignarskiptarsamningur var hins vegar aldrei gerður og F vanrækti að tryggja A afsal að eigninni. F misnotaði svo aðstöðu sína með því að veðsetja fasteignina án vitundar A sem varð til þess að rýra veðhæfi eignarinnar og ómögulegt var að efna samninginn um afhendingu eignarhluta A án veðbanda. Hið eiginlega umboðssvikabrot var því veðsetningin á fasteigninni án vitundar A og í trássi við samning þeirra um eignarhlut A að fasteigninni án veðbanda. Í dómi Hæstaréttar segir að það verði virt F til refsíþyngingar að brot hans eru stórfelld. Upphæð umboðssvikabrot A nam 16.350.000 kr. ofan á fyrrnefnd fjárdráttarbrot hans. Þessar fjárhæðir þóttu stórfelldar og var þyngd refsingar ákærða F ákvörðuð í samræmi við það mat samkvæmt refsíákvörðun Hæstaréttar.

H 13. október 2005, í máli nr. 525/2004. Umfang verknaðarandlags H voru tæpar tólf milljónir kr. og í refsíákvörðun dómsins segir að brot H séu stórfelld með tilliti til umfangs verknaðarandlagsins.

H 30. mars 2006, í máli nr. 532/2005. Ákærði I dró sér samtals rúmar 17 milljónir kr. sem þótti stórfellt. Upphæð fjárdráttarbrotu I hafði áhrif á mat á því hver hæfileg refsing I væri samkvæmt refsíákvörðun dómsins.

H 6. október 2011, í máli nr. 45/2011. Brot ákærðu G námu samtals 335.768 evrum og þótti brot G stórfellt og var umfang verknaðarandlagsins virt henni til refsipýngingar.

Því var ekki slegið föstu hvert hátt verknaðarandlag ákærða P var samkvæmt refsíákvörðun *H 7. október 2010, í máli nr. 70/2010.*

H 7. október 2010, í máli nr. 70/2010. Í refsíákvörðun dómsins sagði orðrétt: „Við ákvörðun refsingar ákærða ber að líta til þess að brotavilji hans var einbeittur og leiddi til þess að fyrri eigandi lóðarinnar, A, varð fyrir tilfinnanlegu tjóni við missi eignarréttar síns yfir lóðinni.“

Umtalsvert fjárhagslegt tjón A vegna umboðssvikabrots ákærða P var metið ákærða til refsipýngingar í málinu. Ljóst er af lestri dómsins að ekki þarf að tilgreina nákvæmlega fjárhæð verknaðarandlagsins og samsvarandi tjón brotþola til þess að umfang þess geti haft áhrif við ákvörðun refsingar.

Við ákvörðun refsingar í refsímálum hefur einnig verið litið til endanlegs tjóns brotþola sem hann verður fyrir vegna brots geranda. Hefur það leitt til mildunar á refsingu ákærða hafi brotþoli orðið fyrir litlum eða engum skaða af háttsemi þess brotlega.

H 20. maí 1999, í máli nr. 22/1999. Málavextir voru þeir að Á hafði gefið út og afhent ákærða M víxil til tryggingar á réttum efndum leigusamnings þeirra í milli. Á flutti mánuði síðar úr íbúðinni, M seldi víxilinn þá fyrirvaralaust í banka og fór þar á svig við húsaleigulög nr. 36/1994 (hér eftir skammstafað hsl.) sem setja það sem skilyrði fyrir því að tryggingafé sé innleyst að gerð sé bótakrafa á hendur leigjanda. Þegar víxillinn var svo kominn í innheimtu hjá bankanum innleysti M víxilinn, en leigutaki og útgefandi víxilsins hafði þá ítrekað neitað að greiða hann. Ákærði M fór út fyrir sammingsbundinn rétt sinn til að selja víxilinn með því að selja hann án þess að gera bótakröfu á hendur Á. Þar sem M þótti ekki hafa sannað að Á hafi valdið spjöllum á íbúðinni og að tekjutap M var lægra en andvirði víxilsins þótti M hafa misnotað aðstöðu sína og auðgast á háttsemi sinni. Þá hafi M valdið röskun á hagsmunum Á og um leið verulegri áhættu á að þeir myndu glatast. Með hliðsjón af framangreindu var M

talin hafa gerst brotlegur við 249. gr. hgl. um umboðssvik. Við refsíákvörðun M var lítið til þess að Á hafi á endanum ekki orðið fyrir neinu tjóni af háttsemi M.

Það er ekki aðeins að lítið eða ekkert tjón brotþola geti haft áhrif á refsihæð ákærðu heldur getur óvissa um það tjón sem verður af háttsemi ákærða einnig haft áhrif til mildunar við ákvörðun refsingar ákærðar. Sem dæmi má nefna *H 3. mars 2005, í máli nr. 244/2004*.

H 3. mars 2005, í máli nr. 244/2004. Þar sagði orðrétt í refsíákvörðun Hæstaréttar: „Á hitt er að líta, að Lífeyrissjóður F hefur ekki haft uppi skaðabótakröfu gagnvart ákærða nema vegna fjárfestinga hans í jörðinni Ingólfshvoli í Ölfushreppi. Með því verður engu slegið föstu um hvort lífeyrissjóðurinn hafi engu að síður orðið fyrir tjóni vegna háttsemi ákærða eða líkur standi til þess að svo kunni að vera í framtíðinni, en sjóðurinn er enn eigandi skuldabréfa er ákærði fjárfesti í.”

Óvissa var um umfang þess tjóns sem lífeyrissjóðurinn F varð fyrir fyrir eða mundi verða fyrir vegna brota ákræða K. Sú óvissa hafði áhrif á refsihæð hans á þann veg að líkur á því að tjónið yrði takmarkað var metið K til refsímildunar í málinu.

Samkvæmt refsíákvörðun Hæstaréttar í *H 29. maí 1997, í máli nr. 6/1997, bls. 1765* leiddi það hins vegar til refsíþyngingar ákærða B að litlar líkur væru á því að verknaðarandlag umboðssvikabrots ákærða, sem var umfangsmikið, myndi endurheimtast. Af þeim sökum væri tjón brotþola stórfellt og var það virt ákærða til þyngingar við ákvörðun refsingar hans í málinu.

Samkvæmt refsíákvörðun *H 7. október 2010, í máli nr. 70/2010* kom tilfinnanlegt tjón A og B til refsíþyngingar ákærða P samkvæmt refsíákvörðun dómsins, án þess að það væri tiltekið hvert viðmiðið væri um hvenær tjón aðila telst tilfinnanlegt.

H 7. október 2010, í máli nr. 70/2010. Umfang verknaðarandlags og þar með tjón brotþola verður ekki lesið út úr dómnum. Við ákvörðun refsingar sagði þó að tjón A við missi eignarréttarins á sumarhúsalóðinni væri tilfinnanlegt og kom það til þyngingar refsingu P í málinu.

4.2.7 Aldur þess brotlega

Samkvæmt 4. tl. 1. mgr. 70. gr. hgl. getur aldur þess brotlega haft áhrif á refsihæðina. Þannig getur annað hvort ungur eða hár aldur geranda orðið til þess að frekar þyki við hæfi að

skilorðsbinda refsinguna.¹⁵⁰ Hár aldur ákærða hafði áhrif við refsíákvörðun samkvæmt *H 3. mars 2005, í máli nr. 244/2004.* og *H 7. október 2010, í máli nr. 70/2010.*

H 3. mars 2005, í máli nr. 244/2004. Ákærði K var 71 árs þegar dómur gekk í máli hans og verkaði það honum til hagsbóta við refsíákvörðun dómsins.

H 7. október 2010, í máli nr. 70/2010. Við ákvörðun refsingar var tekið fram að ákærði P sé fæddur árið 1940 og var hann því 70 ára þegar dómur var kveðinn upp í máli hans. Sú staðreynd var virt honum til málsbóta við ákvörðun refsingar í málinu.

Hár aldur ákærðu samkvæmt þessum dómum varð til þess auk annarra þátta að refsing þeirra var skilorðsbundin. Refsing ákærða P samkvæmt *H 7. október 2010, í máli nr. 70/2010.* var skilorðsbundin að hluta, en fullnustu refsingar ákærða K frestað samkvæmt refsíákvörðun *H 3. mars 2005, í máli nr. 244/2004.*

4.2.8 Sakaferill ákærða

Samkvæmt 5. tl. 1. mgr. 70. gr. hgl. kemur hegðun ákærða að undanfögnu til skoðunar við refsíákvörðun. Með hegðun ákærða að undanfögnu er meðal annars átt við sakaferil hans. Langur sakaferill ákærða leiðir til refsíþyngingar og þeim mun fleiri og alvarlegri sem brot ákærða eru þeim mun þyngri verður refsingin. Við mat á áhrifum sakaferils ákærða skiptir máli hversu langt er um liðið frá síðasta broti hans og hversu reglulega hann hefur brotið af sér. Hreinn sakaferill ákærða getur aftur á móti verið grundvöllur vægari refsingar. Þannig er hreinn sakaferill ákærða oft ásamt öðrum refsíákvörðunarástæðum grundvöllur þess að við hæfi þyki að skilorðsbinda refsingu hans.

H 25. mars 1999, í máli nr. 493/1998. Þar laut viðurlagaákvörðun dómsins á hendur ákærða H sem sakfelldur var fyrir fjárdráttarbrot einungis að sakaferli ákærða. Málavextir voru þeir að B tók á leigu vinnupalla hjá Pallaleigunni Stoðum ehf. og vanrækti að skila þeim á tilsettum tíma. Vinnupallarnir komust svo í hendur H en framburður B og H um tildrög þess voru reikulir. Því var slegið föstu að vinnupallarnir sem B tók á leigu hjá Stoðum ehf. væru þeir sömu og lögreglan fann í fórum H og að H hafi á einhvern hátt komist yfir pallanna á grundvelli vitnisburðar vitna og annarra sönnunargagna. B og H voru því taldir hafa gerst brotlegir við 247. gr. hgl. með þessari háttsemi sinni. H var sakfelldur fyrir fjárdráttarbrot og í refsíákvörðun hans var fjallað um langan sakaferil hans og það virt honum til refsíþyngingar. Um sakaferil H segir orðrétt í héraðsdómi sem staðfestur var af Hæstarétti með vísan til

¹⁵⁰ Sigurður Tómas Magnússon og Hildigunnur Ólafsdóttir. Ákvörðun refsingar, bls. 89.

forendna hans: „Ákærði, Halldór Lárus, hefur frá árinu 1974 sætt refsingu 33 sinnum fyrir umferðarlagabrot, áfengislagabrot, fíkniefnabrot og hegningarlagabrot, einkum skjalafals og auðgunarbrot. Hann á að baki 19 refsíðoma. Síðast var hann dæmdur 17. júlí 1997 í sekt fyrir fíkniefnalagabrot og gekkst undir sátt fyrir sama brot í júní sl. með sektargreiðslu. Síðast hlaut hann óskilorðsbundna refsingu 1995, 5 mánaða fangelsi auk sviptingar ökuréttar ævilangt fyrir brot gegn ávana- og fíkniefnalögum og umferðarlögum. Brotaferill ákærða hefur verið nær óslitinn, en hann hefur ekki sætt refsingu fyrir hegningarlagabrot síðan árið 1987, þá 12 mánaða fangelsi. Frá því ári hefur hann hins vegar 9 sinnum sætt refsingu fyrir brot gegn ávana- og fíkniefnalögum, samtals 9 mánaða óskilorðsbundið fangelsi auk sektarrefsinga.“

Ljóst er af lestri þessa dóms að fyrri brot ákærða þurfa ekki að vera sams konar því broti sem til umfjöllunar er fyrir dómi til þess að hafa áhrif á refsíákvörðun hans. Þá kom refsing fyrir sérrefsilagabrot og refsing fyrir hegningarlagabrot til skoðunar við mat á sakaferli ákærða og hafði hvort tveggja áhrif á refsíþyngd hans.

H 20. janúar 2005, í máli nr. 312/2004. Hreinn sakaferill V hafði ásamt þeim óviðunandi drætti sem varð á rannsókn fjárdráttarbrotu hans þau áhrif að refsing ákærða fyrir fjölmörg og umtalsverð fjárdráttarbrot hans var skilorðsbundin að hluta.

Samkvæmt *H 3. mars 2005, í máli nr. 244/2004, H 13. október 2005, í máli nr. 525/2004, H 30. mars 2006, í máli nr. 532/2005, H 5. júní 2008, í máli nr. 385/2007, H 21. desember 2009, í máli nr. 406/2009, H 7. október 2010, í máli nr. 70/2010 og H 6. október 2011, í máli nr. 45/2011* var það metið ákærðu til hagsbóta við ákvörðun refsingar að þeir hefðu ekki áður gerst brotlegir um refsiverða háttsemi.¹⁵¹

¹⁵¹ Sjá einnig *H 6. apríl 2006, í máli nr. 150/2005 og H 22. september 2005, í máli nr. 524/2004.* Málavextir samkvæmt *H 6. apríl 2006, í máli nr. 150/2005* voru þeir að H var starfandi framkvæmdastjóri tryggingarmiðlunarfyrirtækjanna VM ehf. og HMS ehf. á sama tíma. Vegna ágreinings H og A sem var sameigandi hennar og stjórnarmaður í VM ehf. óskaði H eftir því að slíta samstarfi þeirra um rekstur VM ehf. Á meðan H gegndi starfi framkvæmdastjóra beggja félaganna sendi hún umsóknir um tryggingasamninga til tveggja erlendra tyggingarfélaganna sem gerðir höfðu verið samkvæmt umboði til starfsmanna VM ehf. á nafni HMS ehf. sem fékk því greidd umboðslaun fyrir umsóknina. Þessi háttsemi H þótti fela í sér umboðssvikabrot að mati Hæstaréttar. Við ákvörðun refsingar H í héraðsdómi var litið til þess að hún hafi ekki áður gerst sek um refsiverðan verknað. Einn þáttur þeirra ákvörðunar að fresta fullnustu refsingar ákærðu H var sú að hún hafði ekki áður gerst sek um refsiverðan verknað. Raunar höfðu full endurgreiðsla á tjóni vegna umboðssvikabrotu hennar og töf á rannsókn málsins og útgáfu kæru einnig töluverð áhrif. *H 22. september 2005, í máli nr. 524/2004.* Ákærði F var sakfelldur fyrir umtalsverð fjárdráttarbrot. Í refsíákvörðun dómsins segir orðrétt: „Ákærði hefur ekki áður gerst sekur um refsiverða háttsemi og hann hefur sem fyrr segir leitast við að bæta fyrir brot sín með því að endurgreiða mikið af þeim fjármunum sem hann dró sér.“ Eins og áður sagði í umfjöllun um þennan dóm voru fjárdráttarbrot F talin stórfelld og framin í skjóli stöðu F sem löggilts fasteignasala og því eðlilegt að refsing hans væri fremur þung. Hreinn sakaferill F var þó virtur honum til hagsbóta og mildaði dóm hans í málinu.

4.2.9 Einbeittur brotavilji geranda og fjöldi brota

Eins og áður hefur rækilega verið rakið gera ákvæði 247. gr. hgl. og 249. gr. hgl. ekki kröfu um ákveðið ásetningsstig til þess að brot samkvæmt ákvæðunum teljist fullframin. Ákvæði 6. tl. 1. mgr. 70. gr. hgl. kveður hins vegar á um að einbeittur brotavilji geranda brots geti haft áhrif við refsíákvörðun ákærða. Þannig verður refsing ákærða þeim mun þyngri eftir því hversu styrkan ásetning hann hefur sýnt til verksins. Einbeittur brotavilji sakbornings hafði meðal annars áhrif á refsíákvörðun ákærða samkvæmt *H 7. október 2010, í máli nr. 70/2010*

H 7. október 2010, í máli nr. 70/2010. P var ákærður og sakfelldur fyrir brot gegn 249. gr. hgl. um umboðssvik með því að selja sumarhúsaloð A og B í heimildarleysi. Öll háttsemi ákærða frá upphafi til enda bar merki um eindreginn ásetning til brots. Hæstiréttur taldi að P hafi sýnt einbeittan brotavilja við háttsemi sína og var það virt honum til refsíþyngingar við ákvörðun refsingar.

Það sem er meðal annars merki um styrkan og einbeittan vilja ákærða til brots er fjöldi brota hans. Brjótí aðili oftsinnis og reglulega af sér er það merki um styrkan og einbeittan brotavilja sem kemur til skoðunar til þyngingar við ákvörðun á refsihæð í fjárdráttarmálum.

H 10. júní 1999, í máli nr. 136/1999. Ákærða I sinnti ýmsum störfum fyrir brotaþola þar á meðal umsjón fjármála og hafði I vörslur sparisjóðsbókar brotaþola. I misnotaði þessa aðstöðu sína og dró sér margoft fjármuni á tveggja ára tímabili og sýndi þannig einbeittan vilja til brots. Hafði þetta atriði vægi við refsíákvörðun I í málinu.

H 6. febrúar 2003, í máli nr. 393/2002. Á var sakfelldur fyrir 22 ákæruliði og var í refsíákvörðun hans tiltekið að brotin væru mörg og var það eitt þeirra atriða sem ásamt öðrum olli því að brotið taldist alvarlegt og ekki þótti unnt að skilorðsbinda dóminn.

H 20. janúar 2005, í máli nr. 312/2004. Brot þau sem V var sakfelldur fyrir voru 67 talsins. Ber sá verulegi fjöldi brota á þeim tveimur árum sem þau fóru fram ásamt verknaðaraðferðum V vott um skýran og einbeittan vilja til brotastarfseminnar. Þessi eindregni ásetningur V hafði áhrif til refsíþyngingar í dómi Hæstaréttar.

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 23. júní 2004 (Landssímamálið). S var ákærður og sakfelldur fyrir viðamikil fjárdráttarbrot. Ákærði S jataði fyrir dómi meirihluta þeirra brota sem hann var borinn sökum um. Með því viðurkenndi ákærði að hafa, í starfi sínu hjá Landssíma Íslands hf. sem aðalféhirðir, á tímabilinu 4. maí 1999 til 31. desember 2002 og eftir það sem aðalgjaldkeri til 20. maí 2003, dregið sér frá félaginu samtals 261.146.944 krónur. Háttsemi S var lýst á eftirfarandi hátt í dómsniðurstöðunni. „Háttsemi ákærða í þessum

tilvikum fólst í útgáfu tékka á reikning Landssíma Íslands hf. í Íslandsbanka hf. og millifærslum um bankalínu út af reikningi félagsins hjá Íslandsbanka hf. Í öðrum tilvikum fólst háttsemi ákærða í því að draga sér fjármuni af bankareikningi Landssíma Íslands hf. hjá Íslandsbanka hf., með því að breyta textaskráum í rafrænu greiðslukerfi, sem leiddi til þess að greiðslur runnu inn á reikninga ákærða eða aðila tengdum honum. Ákærði hefur með þessari háttsemi sinni dregið sjálfum sér og öðrum fjármuni er hann hafði í vörslum sínum sem aðalgjaldkeri og síðar aðalféhirðir Landssíma Íslands hf. Hefur hann með þessu gerst sekur um brot gegn 247. gr. laga nr. 19/1940. “Ákærði viðurkenndi einnig að hafa dregið sér fjármuni er hafi stofnast með þátttökugjöldum af svonefndum „Skjálftamótum”. Ákærði dró reyndar í efa þá fjárhæð sem sett var fram í ákværunni. Hæstiréttur sagði um þetta orðrétt: „Með vísan til þessa er sannað að ákærði hafi dregið sér 10.983.815 krónur skv. 75.-82. tölul. í ákæru. Varðar háttsemi hans við 247. gr. laga nr. 19/1940.“ S var ákærður og sakfelldur fyrir fjárdráttarbrot í 137 liðum og ná brotin yfir fjögurra ára tímabil. Brotin eru bæði mörg og regluleg yfir það skeið sem þau áttu sér stað. Bendir það auk annarra þátta til skýrs og einbeitts brotavilja S við fjárdráttarbrot sín gagnvart LÍ hf.

H 30. mars 2006, í máli nr. 532/2005. Fjárdráttarbrot I voru samtals 135. Vegna fjölda fjárdráttarbrota I þóttu brot hans stórfelld og hafði það áhrif á refsihæð samkvæmt refsíákvörðun dómsins.

Einnig getur verið vísbending um einbeittan brotavilja ákærða ef brotastarfsemi hans nær yfir langt tímabil. Lengd brotastarfseminnar var meðal þeirra sjónarmiða sem kom til refsíþyngingar ákærðu í *H 6. október 2011, í máli nr. 45/2011.*

H 6. október 2011, í máli nr. 45/2011. Í refsíákvörðun Hæstaréttar segir orðrétt um brotastarfsemi ákærðu G í málinu: „Til refsíþyngingar horfir að um stórfellt brot er að ræða í opinberu starfi sem náði yfir sjö mánaða tímabil“

Samfelld og löng brotastarfsemi ákærðu G var því að mati Hæstaréttar til marks um aukin ásetning hennar til verksins sem var virt henni til refsíþyngingar fyrir fjárdráttarbrot hennar.

Þá getur það talist merki um einbeittan brotavilja þess brotlega við háttsemi brots síns ef mikil fyrirhöfn er lögð í fjárdráttar- eða umboðssvikabrotið. Þetta sjónarmið kom fram í *H. 30. september 2004 í máli nr. 111/2004.*

4.2.10 Leynd við framningu brots

Annað skýrt merki um skýran og einbeittan brotavilja skv. 6. tl. 1. mgr. 70. gr. hgl. er ólögmæt launung við háttsemi brotsins. Leggi gerandi fjárdráttar- eða umboðssvikabrots sig í líma við að leyna broti sínu er það merki um ríkan ásetning til háttseminnar sem verkar til refsipýngingar. Leynd er hvorki skilyrði þess að fjárdráttarbrot né umboðssvikabrot teljist fullframið, en hins vegar er algengt að gerendur fremji brot sín með leynd við framningu fjárdráttar- og umboðssvikabrota vegna eðlis þeirra sem trúnaðarbrot. Sem dæmi um athafnir í þessa veru eru útgáfu tilhæfulausra reikninga og aðrar óeðlilegar bókhaldsfléttur þess brotlega. Brot geranda getur talist hafa farið fram með leynd ef háttsemin kemur í ljós við reglubundna skoðun á bókhaldi fyrirtækja eða stofnana eins og fram kemur í *H 20. janúar 2005, í máli nr. 312/2004*. Þurfi síðan á einhvern hátt að rannsaka færslur geranda til þess að átta sig á ólögmætri háttsemi hans telst hann hafa framið brot sitt með leynd, en sjónarmið þess efnis kom fram í refsíákvörðun *dóms Héraðsdóms Reykjavíkur 23. júní 2004 (Landssímamálið)*. Tilraunir ákærða til þess að leyna broti sínu til dæmis með því að hylja slóð sína með útgáfu tilhæfulausra reikninga eins og ákærði Á gerði og fjallað var um í *H 6. febrúar 2003, í máli nr. 393/2002* hafa áhrif til refsipýngingar. Sé hins vegar ljóst að aðili hafi ekki reynt að leyna fjárdráttar- eða umboðssvikabroti sínu og brotið ætti í raun að koma við eðlilega endurskoðun lögaðilans sem sá brotlegi starfar hjá getur það verið metið til mildunar refsingar ákærða. Þetta atriði leiddi til mildunar refsingar ákærða samkvæmt *H 3. mars 2005, í máli nr. 244/2004, H 30. mars 2006, í máli nr. 532/2005 og H 21. desember 2009, í máli nr. 406/2009*.

H 20. janúar 2005, í máli nr. 312/2004. V reyndi að leyna fjárdráttarbrotum sínum með útgáfu tilhæfulausra reikninga og tilraun til þess að setja greiðslur frá ÍD til sín í annað form en raunverulegur tilgangur greiðslanna var. V greiddi sjálfum sér fyrirframgreidd laun, skýrði sumar greiðslur ranglega sem laun til starfsmanns ÍD, gaf út ýmis konar tilhæfulausa reikninga og notaði tékkareikning ÍD til persónulegra þarfa og skráði það sem útgöld á ÍD. V var sakfelldur og í rökstuðningi refsíákvörðunar hans í héraðsdómi segir orðrétt um þessa háttsemi hans: „Leyndi ákærði fjárdrætti sínum skipulega, en brotin upplýstust ekki fyrr en við reglubundið eftirlit Ríkisendurskoðunar.“ Hæstiréttur bætir síðan um betur og segir orðrétt: „Fjöldi þeirra var mikill, þau voru drýgð skipulega á rúmum tveimur árum og í mörgum tilvikum var það gert með aðferðum, sem báru með sér eindreginn ásetning til brots.“

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 23. júní 2004 (Landssímamálið). Ákærði S þekkti vel til bókhalds- og reikningskerfis vinnuveitanda síns LÍ hf. Hann var því í góðri aðstöðu til þess að

leyna fjárdráttarbrotum sínum sem hann nýtti sér til hins ítrasta. Allt frá fyrsta broti sínu hóf S skipulega að nýta sér þekkingu sína á bókhalds- og reikningskerfi LÍ hf. við framningu brota sinna. Leynd S við fjárdráttarbrota sín var slík að aðgerðir hans komu ekki fram við innri endurskoðun LÍ hf. Það var ekki fyrr en skattstjóri Reykjavíkur hóf athugun á greiðslum LÍ hf. til fyrirtækis sem tengdist S að upp komst um brotin. Samkvæmt kæru LÍ hf. lýsir S aðferðum sínum við fjárdráttarbrota á þennan hátt fyrir dómi: „Þannig hafi beiðnir Landssíma Íslands hf. um greiðslur til lánadrottna verið á rafrænu formi. Hafi ákærði lýst því hvernig hann hafi gripið inn í greiðslur á svokölluðu útisvæði í hinni vélrænu færslu áður en greiðslubeiðnir hafi borist viðskiptabanka Landssíma Íslands hf. til framkvæmda. Þegar svarskrá hafi borist til baka frá viðskiptabankanum að lokinni greiðslu, hafi ákærði á ný gripið inn og breytt lánadrottnum til fyrra horfs. Með því að hafa leynt LÍ hf. um greiðslurnar og beitt blekkingum í bókhaldi, hafi félagið ekki orðið vart við aðgerðir ákærða.“ Ákærði S sagði svo eftirfarandi um ólögmetar aðgerðir sínar fyrir dómi: „Ákærði kvað færslur við fjártökur sínar hafa verið illrekjanlegar í bókhaldi Landssíma Íslands hf. Hafi hann tekið þátt í að hanna greiðslukerfi félagsins á sínum tíma og því þekkt það vel.“ Þá kvaðst ákærði hafa vitað til þess að ákveðin skekkja hafi verið á reikningnum til LÍ hf. og hafi hann notfært sér það. Það er því ljóst eins og áður segir að S beitti skipulagðri og markvissri leynd við verknaðaraðferð sína í fjárdráttarbrota gagnvart LÍ hf. Bendir það auk annarra þátta á eindreginn ásetning S til brota sem áhrif höfðu á refsíákvörðun í málinu.

H 3. mars 2005, í máli nr. 244/2004. Ákærði K gerði sér á engan hátt far um að leyna umboðssvikabrota sínu og stóð í þeirri meiningu að hann væri að fylgja fjárfestingarstefnu og reglugerðum sjóðsins. Dómurinn telur í raun athyglivert að innra eftirliti lífeyrissjóðsins hafi ekki orðið vart við umboðssvikabrot K. Skortur á leynd við framningu umboðssvikabrotanna sýnir að K hafði ekki skýran og einbeittan brotavilja. Var það virt K til refsímildunar í málinu.

H 30. mars 2006, í máli nr. 532/2005. Þar var það ákærða I til hagsbóta við ákvörðun refsingar að hann reyndi á engan hátt að leyna fjárdráttarbrota sínum. Ákærði I færði millifærslur sínar af reikningum Fjórðungssambands Vestfirðinga sem skuld við sig við í bókhald sambandsins. Þannig var auðvelt að komast á snoðir um háttsemi I og komu brota hans í ljós við endurskoðun reikninganna. Í dómi Hæstaréttar segir orðrétt um þetta: „Á hinn bóginn verður litið til þess að ákærði gerði enga tilraun til að leyna fjárdrættinum, sem virðist hafa verið auðséður í bókhaldi sambandsins og kom í ljós við endurskoðun reikninga þess.“

H 21. desember 2009, í máli nr. 406/2009. Ákærði A gerði enga tilraun til þess að leyna brota sínu hvorki þegar hann framdi brota sín né við rannsókn málsins. Það var eitt af þeim atriðum sem olli því að refsing A var bundin skilorði samkvæmt refsíákvörðun dómsins.

Brot ákærða B samkvæmt *H 29. maí 1997, í máli nr. 6/1997, bls 1765* fólst í lánveitingu til erlends flugfélags þar sem hann átti sæti í stjórn. Ákærði var framkvæmdastjóri Lífeyrissjóðs bænda sem var brotþoli í málinu. Í refsíákvörðun héraðsdóms í málinu sagði að ákærði hafi ekki reynt að leyna broti sínu og var það eitt þeirra sjónarmiða sem var nefnt honum til hagsbóta. Hæstiréttur tók hins vegar fram í refsíákvörðun sinni að ákærði hafi ekki greint stjórn lífeyrissjóðsins frá lánveitingunni fyrr en hann áttaði sig á því að féð myndi að öllum líkindum ekki endurheimtast. Þessi leynd ákærða við umboðssvikabrot sitt var virt honum til refsipýngingar samkvæmt dómi Hæstaréttar.

Eins og sést af lestri þessara dóma hefur það áhrif við ákvörðun refsingar hvort ákærði reynir að leyna broti sínu, hvort sem það er við háttsemi ákærða eða við rannsókn vegna brota hans.

4.2.11 Hvatir ákærða sem liggja að baki háttsemi hans

Ástæða þess að aðili fremur fjárdráttar- eða umboðssvikabrot getur haft áhrif á refsihæðina við ákvörðun refsingar skv. 7. tl. 1. mgr. 70. gr. hgl. Þær hvatir sem liggja að baki því að ákærði fremur brot getur þannig haft áhrif við refsíákvörðunir í refsímálum. Þannig hefur það verið metið ákærða til refsímildunar hafi háttsemi hans haft réttmætan tilgang og sú ástæða sem ákærði hefur fyrir háttsemi sinni ekki vítaverð. Þessi sjónarmið komu ákærðu til refsímildunar samkvæmt *H 20. maí 1999, í máli nr. 22/1999* og *H 31. maí 2007, í máli nr. 392/2006*.

H 20. maí 1999, í máli nr. 22/1999. Þar var M ákærður og sakfelldur fyrir umboðssvikabrot þegar hann innleysti víxil sem Á hafði afhent honum til tryggingar efnda á leigusamningi þeirra án þess að hafa krafist bóta frá henni. Við ákvörðun refsingar M í málinu var litið til þess að þó svo að M hafi ekki sinnt lagaskyldu sinni samkvæmt hsl. með því að gera bótakröfu á hendur Á áður en hann innleysti víxilin þá hafi hann engu að síður sýnt fram á að krafa hans um bætur vegna lagfæringa á íbúðinni hafi verið á rökum reist og tekjutap hans hafi verið fyrir hendi þó svo að það hafi ekki numið andvirði víxilsins. Þessi sjónarmið urðu M til refsímildunar í málinu.

H 31. maí 2007, í máli nr. 392/2006. Þessi dómur verður hér aðeins reifaður með tilliti til umboðssvikabrots S í málinu en E yfirmaður S var einnig ákærður og sakfelldur fyrir brot gegn 249. gr. hgl. Refsing hans laut hins vegar einnig að brotum gegn 1. mgr. 40. gr. laga nr. 50/1988 og 2. mgr. 30. gr. laga nr. 45/1987. Ákærði S var hins vegar aðeins ákærður og sakfelldur fyrir umboðssvikabrot og því verður einblínt á hans þátt í málinu. Ákærði S var fjármálastjóri hjá V ehf. og F ehf. og prókúruhafi að reikningi V ehf. hjá SPRON. S fékk

yfirdrátt á reikning V ehf. hjá SPRON án heimildar upp á um 24 milljónir kr. og millifærði stóran hluta þeirrar fjárhæðar inn á reikning F ehf. samkvæmt fyrirskipan E. Hæstiréttur taldi að bæði E og S hefði verið ljóst að á þeim tíma sem yfirdráttarheimildin var fengin og millifærslurnar fóru fram að yfirdrátturinn var fenginn án heimildar og skuldastaða V ehf. með þeim hætti að ólíklegt væri að félagið gæti greitt SPRON til baka þá fjárhæð sem þeir færðu af reikningi V ehf. til F ehf. Í ljósi þess var S sakfelldur fyrir brot gegn 249. gr. hgl. fyrir að hafa framkvæmt millifærslurnar að fyrirskipan E. Í refsíákvörðun héraðsdóms er tekið fram að S hafi framkvæmt millifærslurnar samkvæmt fyrirskipun frá yfirmanni sínum E og ekki hlotið persónulegan ávinning af umboðssvikabrotinu. Það auk annarra þátta var virt S til refsímildunar í málinu.

4.2.12 Hagnaður þess brotlega eða aðila honum tengdir vegna brotastarfsemi sinnar

Það er skilyrði þess að auðgunarbrot teljist fullframið að ásetningur geranda hafi staðið til auðgunar með háttsemi sinni. Það er hlutrænt skilyrði auðgunar að brot geranda hafi leitt til tjóns fyrir brotþola og hagnaðar geranda eða einhvers tengdum honum. Þannig er það ekki skilyrði auðgunarbrotis að gerandi hagnist sjálfur á broti sínu, heldur getur ávinningur auðgunarinnar í vasa einhvers sem tengist geranda auðgunarbrotisins. Njóti gerandi auðgunarbrotis ekki persónulega ávinnings af broti sínu getur það haft áhrif við ákvörðun refsingar geranda honum til hagsbóta, sbr. *dóm Héraðsdóms Reykjavíkur 23. júní 2004 (Landssímamálið)*.

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 23. júní 2004 (Landssímamálið). Þær fjárhæðir sem ákærði S dró sér runnu að miklu leyti til meðákærðu S, Á og K og fyrirtækja í þeirra eigu. Við refsíákvörðun dómsins var tekið mið af því að S hafði ekki nema að hluta til nýtt þá fjármuni sem hann dró sér í eigin þágu.

Eins og merkja má af framangreindu leiðir það ekki til refsileysis að gerandi njóti ekki sjálfur hagnaðar af broti sínu, enda er það ekki skilyrði fjárdráttarbrotis að ávinningur brotsins renni til hans persónulega. Hins vegar leiðir það til mildunar refsingar ef fjárhæðir þær sem gerandi dregur sér eru millifærðir rakleiðis inn á reikninga meðákærðu sem þeir nýta síðar í eigin þágu. Samkvæmt 7. tl. 1. mgr. 70. gr. hgl. getur það haft áhrif á refsihæð ákærða hvað honum hafi gengið til þegar hann framdi brotið. Sem dæmi um getur það haft áhrif á refsihæðina hvort tilgangur háttsemi ákærða sé að hagnast persónulega eða ávinningur af háttsemi hans sé ekki í eigin þágu heldur renni beint í vasa annarra. Þá getur einnig verið að ákærði fremji háttsemi sem komi einungis til góða fyrir þann lögaðila sem hann starfar hjá. Ef

aðili á ekki persónulega hlut í því fyrirtæki eða nýtur á einhven annan hátt ágóða af háttsemi sinni getur það komið til refsímildunar við ákvörðun refsingar ákærða.

H 1997:1765. Þar kom fram í refsíákvörðun Hæstaréttar að ekkert benti til þess að ákærði hafi persónulega notið ávinnings af broti sínu og leiddi það til mildunar refsingar hans.

H 3. mars 2005, í máli nr. 244/2004. Þar leiddu umboðssvikabrot ákærða K til hagnaðar hans, en þó aðallega sonar hans. Hagnaður K og sonar hans af brotum þeim sem hann var ákærður og sakfelldur fyrir urðu til refsíþyngingar samkvæmt dóminum. Ekki var útgert með endanlegt tjón brotþola, en hins vegar var því slegið föstu að umboðssvikabrot ákærða K hafi verið til hagsbóta fyrir hann og var það virt ákærða K til þyngingar við ákvörðun refsingar.

H 31. maí 2007, í máli nr. 392/2006. Ákærði S millifærði fjárhæðir af reikningi V ehf. yfir á reikning F ehf. Þá fjárhæð hafði V ehf. öðlast með óheimilum yfirdrætti hjá SPRON. Þar sem sýnt þótti fram á að S hafi vitað að yfirdrátturinn væri óheimill og V ehf. ekki í stöðu til þess að greiða til baka þá fjárhæð sem millifærð var á F ehf. var um umboðssvik skv. 249. gr. alm hgl. að ræða. Auðgun af broti S rann samkvæmt þessu til F ehf. Þar sem S var ekki hluthafi í F ehf. naut hann ekki sjálfur hagnaðar af háttsemi sinni. Sú staðreynd að S naut ekki sjálfur hagnaðar af broti sínu varð honum til refsímildunar í málinu.

4.2.13 Endurgreiðsla þess tjóns sem brotlegi veldur með broti sínu

Hegðun þess brotlega eftir að fjárdráttar- og umboðssvikabrot er fullframið getur haft áhrif við ákvörðun refsingar. Samkvæmt 8. tl. 1. mgr. 70. gr. hgl. hefur framferði ákærða eftir að hann fremur verknað áhrif á refsihæð hans. Endurgreiði ákærði þau verðmæti sem hann hefur tileinkað sér með broti sínu verður það virt honum til hagsbóta við refsíákvörðun. Milda má svo refsingu ákærða verulega niður bæti hann að fullu það tjón sem hann hefur valdið með broti sínu skv. 8. tl. 1. mgr. 74. gr. hgl. Endurgreiðsla ákærða kom til skoðunar við refsíákvörðun Hæstaréttar í eftirtöldum dómum.

H 6. febrúar 2003, í máli nr. 393/2002. Ákærði endurgreiddi þar drjúgan hluta þess fjár sem hann hafði dregið sér eftir fullframningu brotanna. Brot ákærða í því máli voru mörg, alvarleg og framin í opinberu starfi og ættu því alla jafna að leiða til þungrar refsingar. Endurgreiðsla ákærða og fleiri þættir höfðu þó áhrif til refsímildunar.

H 22. september 2005, í máli nr. 524/2004. Ákærði endurgreiddi megnið af því fé sem hann dró sér. Verknaðarandlag fjárdráttarbrotanna sem var umtalsvert og eðli stöðu F var á þá leið að refsing fyrir brotið ætti alla jafna að vera þung. Endurgreiðsla F hafði hins vegar áhrif á refsíákvörðun dómsins F til hagsbóta.

H 13. október 2005, í máli nr. 525/2004. Við refsíákvörðun H var litið til þess að H endurgreiddi drjúgan hluta þeirrar fjárhæðar sem hann dró sér. Verknaðarandlag fjárdráttarbroti H var 11.950.292 kr. og endurgreiddi hann verknaðarandlagið að undanskildum 2.685.291 kr. Endurgreiðsla H varð honum til refsimildunar við ákvörðun refsingar.

H 5. júní 2008, í máli nr. 385/2007. T var meðal annars ákærður og sakfelldur fyrir fjárdráttarbrot. Við ákvörðun refsingar var það virt T til málsbóta að hann endurgreiddi B þann hluta fjárhæðarinnar sem fjárdráttarbrot hans tóku til og B áskildi sér.

Bæti gerandi allt það tjón sem hann hefur valdið með háttsemi sinni kemur það sem fyrr sagði til verulegrar mildunar refsingar skv. 8. tl. 1. mgr. 74. gr. hgl. eins og sést í eftirfarandi dómum.

H 30. mars 2006, í máli nr. 532/2005. Ákærði I endurgreiddi nokkurn hluta þeirra fjárhæðar sem hann dró sér á sama tímabili og fjárdráttarbrotin áttu sér stað. I bætti svo að fullu tjón sitt skömmu eftir að hann lét af störfum sem framkvæmdastjóri Fjórðungssambands Vestfirðinga. Endurgreiðsla I varð auk annarra þátta til þess að tækt þótti að skilorðsbinda refsingu hans.

H 6. apríl 2006, í máli nr. 150/2005. Þar var H ákærð og sakfelld fyrir umboðssvikabrot með því að senda umsókn um váttryggingarsamninga til tveggja erlendra váttryggingarfélaganna sem gerðir höfðu verið með umboði til starfsmanna VM ehf. á nafni HMS ehf. Fyrirtækið HMS ehf. þáði svo umboðslaun fyrir umsóknirnar sem réttilega hefðu átt að renna til VM ehf. Við refsíákvörðun H í málinu kom fram að óumdeilt væri að ákærða H hafi bætt allt það tjón sem varð vegna háttsemi hennar.

H 21. desember 2009, í máli nr. 406/2009. A var ákærður og sakfelldur fyrir fjárdráttarbrot í opinberu starfi fyrir að hafa millifært fé bæjarsjóðs G inn á reikning félaga í sinni eigu. Refsing A samkvæmt refsíákvörðun dómsins var skilorðsbundin að hluta. Við mat á því að við hæfi þætti að skilorðsbinda refsinguna var litið til þess að A hafði endurgreitt bæjarsjóði G allt það tjón sem varð af háttsemi hans.

Eins og sést af þessum dómum getur endurgreiðsla ákærða orðið til þess að refsing ákærða fyrir mörg, alvarleg eða stórfelld brot verður vægari en ella. Í mörgum tilfellum er endurgreiðsla, auk annarra þátta eða ein og sér, grundvöllur skilorðsbindingar refsingar ákærða.

Samkvæmt *H 10. júní 1999, í máli nr. 136/1999, H 20. janúar 2005, í máli nr. 312/2004, H. 2005, í máli nr. 372/2004 og H 16. september 2010, í máli nr. 351/2010* var svo sú staðreynd að ákærðu höfðu ekki bætt tjón sitt með endurgreiðslu verknaðarandlagsins sérstaklega tilgreind sem sjónarmið sem varð til refsipýngingar.

H 10. júní 1999, í máli nr. 136/1999. Ákærða framdi fjölmörg fjárdráttarbrot og var verknaðarandlag brotanna töluvert. Við ákvörðun refsingar ákærðu I í málinu var tekið fram að ákærða hafi ekki bætt það tjón sem varð af háttsemi hennar og væri ekki í aðstöðu til þess að gera það. Sama sjónarmið kom fram í *H 1997:1765*.

H 30. september 2004 í máli nr. 111/2004. Þar var sérstaklega til þess tekið við ákvörðun refsingar V að hann hafi ekki á nokkurn hátt bætt það tjón sem varð af fjárdráttarbroti hans. Sama sjónarmið kom fram í *H 20. janúar 2005, í máli nr. 312/2004*.

Samkvæmt *Hrd. 2005, í máli nr. 372/2004* höfðu ákærðu ekki bætt tjón sitt nema að litlu leyti og var það virt þeim til refsipýngingar í málinu.

H 16. september 2010, í máli nr. 351/2010. Þar var H ákærður og sakfelldur fyrir fjárdrátt með því að hafa dregið sér söluandvirði bifreiðar sem hann tók að sér að selja fyrir X. Við ákvörðun refsingar H í málinu var það tekið fram að ákærði hafi ekki endurgreitt það tjón sem varð af fjárdráttarbroti hans og hafði það áhrif til þýngingar við refsíákvörðun hans.

4.2.14 Samstarfsvilji undir rannsókn málsins

Hegðun sakbornings eftir að upp hefur komist um fjárdráttar- eða umboðssvikabrot getur haft áhrif á þá refsingu sem sá brotlegi hlýtur fyrir brot sitt. Sýni sakborningur samstarfsvilja við rannsókn málsins og játi ákærði brot sitt fyrir dómi leiðir það oft til vægari refsingar. Einnig getur það haft áhrif ef gerandi axlar ábyrgð á einhvern hátt í kjölfar brots síns. Samkvæmt 8. tlf. 1. mgr. 70. gr. hgl. skiptir máli hvað varðar refsihæð hvernig sá brotlegi hagar sér eftir að hafa unnið verkið. Samkvæmt eftirtöldum dómum Hæstaréttar hefur það áhrif á refsingu ákærða til mildunar játi hann fjárdráttar- eða umboðssvikabrot sín að öllu leyti eða hluta fyrir lögreglu og dómi og sýni samstarfsvilja á einhvern hátt.

H 29. maí 1997, í máli nr. 6/1997, bls 1765. Ákærði B skýrði á hreinskilinn hátt frá öllum atvikum við meðferð máls síns. Bæði við rannsókn lögreglu og í meðferð málsins fyrir dómi. Var það virt ákærða til mildunar refsingar í refsíákvörðun hans.

H 10. júní 1999, máli nr. 136/1999. Það var I til hagsbóta að hún bæði játaði skýlaust brot auk þess sem hún var að öðru leyti samvinnufús við rannsókn brotsins.

H 6. febrúar 2003, í máli nr. 393/2002. Þar játaði ákærði nokkurn hluta þeirra brota sem hann var sakaður um. Hafði það áhrif á refsihæð hans samkvæmt dómi Hæstaréttar.

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 23. júní 2004. (Landssíamálið). Ákærði S játaði brot sín að mestu leyti og skýrði frá fjárdráttarbrotum sínum við rannsókn málsins eins og kostur var. Brot S voru hins vegar svo umfangsmikil og flókin að hann gat ekki greint frá þeim með fullri vissu. S missti yfirsýn yfir fjárdráttarbrot sín og það var aðeins á valdi sérfræðinga að meta fjölda brota og umfang þess tjóns sem S olli með brotastarfsemi sinni. Viðleitni S til aðstoðar við rannsóknina kom þó til skoðunar S til málsbóta við refsíákvörðun dómsins.

H 20. janúar 2005, í máli nr. 312/2004. Samstarfsvilji V við rannsókn málsins og það að hann játaði á hreinskilinn hátt verulegan fjölda þeirra saka sem á hann voru bornar fyrir dómi leiddu til refsímildunar.

H 21. mars 2005, í máli nr. 372/2004. Héraðsdómur mat það J til mildunar refsingar samkvæmt refsíákvörðun sinni að hann játaði brot sín að mestu leyti. J og S voru þar ákærð og sakfelld fyrir fjárdrátt og fjársvik. Héraðsdómur tók tillit til skýlausrar játningar og samstarfsvilja J fyrir dómi við ákvörðun refsingar og segir orðrétt: „Við refsíákvörðun ákærða J er litið til þess til refsilækkunar að hann hefur skýlaust játað brot sín.“

H 30. mars 2006, í máli nr. 532/2005. Samstarfsvilji ákærða I við rannsókn fjárdráttarbrotu sem hann var síðar ákærður og sakfelldur fyrir leiddi auk annarra þátta til þess að refsing fyrir brot hans var skilorðsbundin. Ákærði I játaði fjárdráttarbrot sín fullum fetum og játning hans hafði áðurgreind áhrif á refsingu hans.

H 21. desember 2009, í máli nr. 406/2009. Ákærði A reyndi á engan hátt að leyna fjárdráttarbrotum sínum. A sýndi síðan mikinn samstarfsvilja við rannsókn málsins og játaði brot sín á hreinskilinn hátt. Meðal annars vegna þess að A sýndi ríkan samstarfsvilja var refsing hans skilorðsbundin að hluta.

H 6. október 2011, í máli nr. 45/2011. Þar var það virt ákærðu G til refsímildunar að játa skýlaust brot sín og vísaði þar að auki á gögn sem flýttu fyrir rannsókn ákærvaldsins á máli hennar.

Eins og sést af þessum dómum getur samstarfsvilji ákærða við rannsókn og meðferð málsins haft áhrif á refsihæð refsíákvörðunarinnar. Auk þess sem játning og aðstoð við rannsókn og meðferð málsins getur orðið grundvöllur þess að við hæfi þyki að skilorðsbinda refsinguna að einhverju leyti.

4.2.15 Brotasamsteypa og framhaldsbrot

Reglur um brotasamsteypu eiga við þegar sá brotlegi hefur framið tvö eða fleiri afbrot áður en um það er dæmt verða brot hans.¹⁵² Ákvæði 77. og 78. gr. hgl. taka til brota manns sem falla undir skilgreiningu refsiréttar um brotasamsteypu. Samkvæmt 1. mgr. 77. gr. hgl. skal tiltaka refsingu í einu lagi þar sem öll afbrot aðila eru tekin til greina ef háttsemi hans fellur undir skilgreininguna hér að framan um brotasamsteypu. Refsing skal að jafnaði vera innan takmarka þess refsíákvæðis sem við brotunum liggur skv. 2. mgr. 77. gr. hgl, dómstólum er hins vegar heimilt að þyngra refsingu ákærða um allt að helmingi refsímarkanna ef málavextir eru þess eðlis samkvæmt sömu málsgrein. Verði aðili svo eftir að hafa verið dæmdur uppvís að broti sem hann framdi áður en hann var dæmdur má dæma honum hegningarauka skv. 78. gr. hgl.

Refsing skv. ákvæði 78. gr. hgl. er af öðrum toga en þegar sakaferill ákærða hefur áhrif á refsingu hans skv. 5. tl. 1. mgr. 70. gr. hgl. Þegar refsing ákærða er ákvörðuð skv. 78. gr. hgl. er verið að dæma hann fyrir brot sem hann framdi áður en hann var dæmdur fyrir fyrra brotið, en kom ekki upp fyrir en eftir dómsuppsögu. Þegar refsing er hins vegar ákvörðuð skv. 5. tl. 1. mgr. 70. gr. hgl. er refsað vegna brots sem kemur til eftir að dæmt hefur verið í fyrri málum ákærða og sakaferill ákærða hefur áhrif við mat á refsihæðinni. Sem dæmi um refsíákvæðanir samkvæmt 78. gr. hgl. eru *H 31. maí 2007, í máli nr. 392/2006* og *H 16. september 2010, í máli nr. 351/2010*.

H 31. maí 2007, í máli nr. 392/2006. Samkvæmt refsíákvörðun héraðsdóms átti S ekki að baki sakaferil sem skipti máli við refsíákvörðun fyrir umboðssvikabrot hans. Hins vegar var S sakfelldur fyrir tékkalagabrot þann 29. júní 2004 og framdi hann umboðssvikabrotið fyrir uppkvaðningu þess dóms. Af þeim sökum var refsing S ákvörðuð skv. 78. gr. hgl. og honum dæmdur hegningarauki.

H 16. september 2010, í máli nr. 351/2010. Málsatvik voru þau að H fékk umboð til þess að selja bifreið fyrir X. Ákærði H seldi bifreiðina og fékk aðra bifreið sem hluta af greiðslu fyrir bifreið X. Í stað þess að skila söluandvirði bifreiðar X til hans með því að afhenda honum bifreiðina skráði H bifreiðina á sjálfan sig, veðsetti hana og afsalaði sér henni að lokum. Ákærði H hélt því fram að í umboði X til hans hafi komið fram að H myndi eignast þá upphæð söluandvirðis sem væri umfram áhvílandi veðskuld á bifreiðinni. Hæstiréttur taldi að ekki mætti skilja umboð X til H á þann veg og ekki hafi verið um það samið að svo skyldi vera

¹⁵² Jónatan Þórmundsson. *Afbrot og refsíábyrgð I*, bls. 43.

háttað um sölundvirði bifreiðar X. Ákærði hafi því átt að standa skil á greiðslu söluandvirðisins til X. Með því að gera það ekki og skrá bifreiðina sem hann fékk upp í greiðslu bifreiðar X dró H sér fé sem tilheyrði honum ekki með réttu og framdi því fjárdráttarbrot. Í refsíákvörðun H segir orðrétt: „Samkvæmt fyrirbyggjandi sakavottorði hefur ákærða, á árunum 2005-2006, í fjögur skipti verið gert að sæta sektarrefsingu auk ökuréttarsviptingar fyrir brot á umferðarlögum. Verður refsing ákærða nú ákveðin sem hegningarauki við þær refsíákvæðanir með vísan til 78. gr. almennra hegningarlaga.“

Þegar afbrot er hins vegar talið falla undir skilgreininguna á framhaldsbroti er það metið sem eitt afbrot og varðar háttsemin þá vanalega öll við eitt refsíákvæði sem tæmir sök í málinu.¹⁵³ Skilyrði þess að afbrot sé metið sem framhaldsbrot eru að brotin séu samkynja eða eðlislík, framin í nægilegri samfellu og beinist að öðrum hagsmunum en persónu manna.¹⁵⁴ Nokkur fjárdráttar- og umboðssvikabrot sem framin eru í framhaldi af hvort öðru og beinast eðli síns vegna sem einhliða brot gegn öðru en persónu manna eru oftast nær talin framhaldsbrot. Þá eiga reglur um brotasamsteypu ekki við og refsíákvæði hgl. um fjárdrátt og umboðssvik látin tæma sök í málinu. Fjárdráttur og umboðssvik eru bæði einhliða brot þar sem sá brotlegi hefur forræði á verknaðarandlaginu og getur því frekar stjórnað atburðarásinni við háttsemi sína en þegar um tvíhliða brot er að ræða eins og fjársvik skv. 248. gr. hgl. Þeim mun meira forræði og vald sem sá brotlegi hefur til þess að fremja háttsemi sína þeim mun líklegra er að brot hans verði metið sem framhaldsbrot.¹⁵⁵ Þeir dómur sem reifaðir voru í kafla 4.2.10 um einbeittan brotavilja geranda við háttsemi sína og fjöldi brota hans eru góð dæmi um þær vægu kröfur sem gerðar eru til þess að fjárdráttar- og umboðssvikabrot séu metin í nægilegri samfellu til þess að teljast framhaldsbrot og vísast til reifunar dómanna þar.

4.2.16 Ítrekunar- og síbrotaákvæði hgl.

Ákvæði 71. gr. hgl. veitir dómstólum heimild til þess að auka refsingu ákærða vegna ítrekaðra brota hans. Með ákvæði 72. gr. hgl. er svo veitt heimild til þess að auka refsingu um helming refsirammans ef maður leggur það í vana sinn sinn að fremja afbrot eða gerir það í atvinnuskyni.

H 25. mars 1999, í máli nr. 493/1998 var reifaður í kafla 4.2.9 um sakaferil ákærða. Í refsíákvörðun þess dóms var tíundaður langur sakaferill ákærða og hafði það áhrif á refsíþyngd hans í málinu án þess

¹⁵³ Jónatan Þórmundsson. *Afbrot og refsíábyrgð I*, bls. 45.

¹⁵⁴ Jónatan Þórmundsson. *Afbrot og refsíábyrgð I*, bls. 48.

¹⁵⁵ Jónatan Þórmundsson. *Afbrot og refsíábyrgð I*, bls. 48-50.

að vitnað væri í ákvæði hgl. um ítrekun eða síbrotaákvæði hgl. Vísast til kafla 4.2.9 um nánari reifun á dóminum.

4.2.17 Umfjöllun fjölmiðla sem refsíákvörðunarástæða.

Fjölmiðlar sýna sakamállum oft og tíðum mikinn áhuga og frétttaflutningur af meintum auðgunarbrotum starfsmanna fjármálafyrirtækjanna fyrir og eftir hrun íslenska fjármálakerfisins hefur til að mynda verið ansi fyrirferðamikill. Sakborningar hafa látið á það reyna fyrir dómi hvort umfjöllun fjölmiðla um mál þeirra geti verið virt til mildunar refsingar við refsíákvörðun þeirra.¹⁵⁶ Hæstiréttur hefur ekki enn fallist á það með skýrum hætti að umfjöllun fjölmiðla verði virt sakborningi til mildunar refsingar. Sakborningurinn Á í *H 6. febrúar 2003, í máli nr. 393/2002* fór fram á það í málsvörn sinni að tekið yrði tillit til mikillar umfjöllunar um mál hans í fjölmiðlun við ákvörðun refsingar sinnar, en ekki var fallist á þá refsíákvörðunarástæðu í Hæstarétti.¹⁵⁷ Ákærði B var í *H 17. febrúar 2012, í máli nr. 279/2011* sakfelldur var fyrir innherjasvik í starfi sínu sem ráðuneytisstjóri fjármálaráðuneytisins með því að selja hlutabréf sín í L dagana 17. og 18. september. Ákærði krafðist þess að litið yrði til óvæginna fjölmiðlaumfjöllunar sem hafi haft áhrif á mannorð sitt og persónulegt líf við ákvörðun refsingar sinnar. Hæstiréttur sagði að þó svo að umfjöllun fjölmiðla hafi á köflum verið óvægin, en það geti hins vegar ekki haft áhrif á refsingu ákærða. Við matið á því hvort hin óvægna fjölmiðlaumfjöllun gæti leitt til mildunar refsingar segir Hæstaréttur að líta beri til hvers eðlis brot ákærða var, tímasetningu brotastarfseminnar og stöðu ákærða við brot sitt.

4.3 Refsingar í fjárdráttar- og umboðssvikamálum

Það eru ýmis sjónarmið sem togast á þegar rætt er um réttmæti refsinga, samfélagslegan ágóða sem út úr refsingum fæst og hvað telst hæfileg refsing í sakamáli. Þegar refsiverð háttsemi hefur verið framin höfðar það til réttlætiskennar fólks að sá brotlegi hljóti makleg málagjöld fyrir verknað sinn. Almennigur er oft og tíðum þeirrar skoðunar að þyngri refsingar séu hentug leið til þess að sporna við afbrotum. Rannsóknir sýna hins vegar að ekki er fylgni milli refsihæðar og fækkunar afbrota.¹⁵⁸ Fangelsisrefsing, sem er sú refsitegund sem tilgreind er í ákvæðum 247. gr. hgl. um fjárdrátt og 249. gr. hgl. um umboðssvik, bætir brotþola ekki á beinan hátt það tjón sem verður af háttsemi þess brotlega. Til þess að bæta hið fjárhagslega tjón sem verður af fjárdráttar- og umboðssvikabrotum geranda verður að gera

¹⁵⁶ Helgi I. Jónsson. „Heimildir dómstóla til að beita ólögmeiltum meginreglum við ákvörðun refsingar“, bls. 265.

¹⁵⁷ Helgi I. Jónsson. „Heimildir dómstóla til að beita ólögmeiltum meginreglum við ákvörðun refsingar“, bls. 265.

¹⁵⁸ Sigurður Tómas Magnússon og Hildigunnur Ólafsdóttir. *Ákvörðun refsingar*, bls. 62-63.

einkaréttarkröfu um greiðslu skaðabóta sem nemur því tjóni sem hlýst af broti geranda. Hin eiginlega refsing, það er óskilorðsbundinn eða skilorðsbundinn fangelsisdómur, er hins vegar fremur úrræði ríkisvaldsins til þess að sýna fram á það að þjóðfélagið hafi sameiginleg gildi og brot gegn þessum sameiginglegu gildum hafi í för með sér neikvæðar afleiðingar.¹⁵⁹ Markmiðum og réttlætingu refsingar er lýst í greinargerð með hgl. á þann hátt að þær séu aðferð þjóðfélagsins til þess að verjast afbrotum. Markmið refsinga er fyrst og fremst að vernda almennt réttaröryggi og viðhalda lögbundnu þjóðskipulagi. Refsingar höfða til réttlætiskenndar almennings um að réttindi þeirra verði ekki átölulaust skert. Refsingar eiga rétt á sér ef brotið er gegn hagsmunum borgaranna, dugi vægari aðferðir ekki til þess að bæta það tjón sem verður vegna brotsins. Þar sem refsing hefur mikil áhrif á þann brotlega, þá sem standa honum nærri og þjóðfélagið í heild sinni ber aðeins að refsa í þeim tilfellum þar sem ljóst er að refsingin nái tilgangi sínum og aðrar vægari aðferðir veiti ekki sömu áhrif.¹⁶⁰

Refsingar fyrir þá dóma sem reifaðir voru í köflum 4.2.1-4.2.17 eru með örfáum undantekningum í neðri mörkum refsimarka fjárdráttar- og umboðssvikaákvæðanna og mikill meirihluti refsíakvarðananna bundinn skilorði. Rannsóknir hafa sýnt að ekki er merkjanlegur munur á ítrekunartíðni brota á Íslandi en í þeim löndum sem beita þyngri refsingum fyrir brot en gert er hér á landi.¹⁶¹ Af þeim sökum er það mat ritgerðarhöfundar að refsingar fyrir fjárdráttar- og umboðssvikabrot séu hæfilegar og ekki sé þörf á þyngri refsingum.

4.3.1 Refsihæð og refsitegundir í fjárdráttar- og umboðssvikamálum

Eins og sést af reifun dómanna í köflum 4.2.1-4.2.17 eru mörg atriði sem geta komið til skoðunar við refsíakvörðun í fjárdráttar- og umboðssvikamálum. Bæði hvað varðar refsihæð ákærða og þá refsitegund sem valin er hverju sinni. Þyngstu dómarnir eru í þeim tilvikum þar sem verknaðarandlag brots er umfangsmikið, gerandi er í opinberri stöðu eða stöðu þar sem aðrir eiga að geta treyst honum og háttsemi þess brotlega er framin með einbeittum brotavilja. Sem dæmi um dóm þar sem þessi atriði fara saman er til að mynda *H 6. febrúar 2003, í máli nr. 393/2002*. Varnaðaráhrifum refsinga er skipt í tvennt, það er almenn og sérstök varnaðaráhrif refsinga.¹⁶² Sá grundvallarmunur sem er milli þessarar kenninga er að með almennum varnaðaráhrifum er refsingum ætlað að hafa þau áhrif að aðrir en þeir sem brjóta af

¹⁵⁹ Sigurður Tómas Magnússon og Hildigunnur Ólafsdóttir. *Ákvörðun refsingar* bls. 62-63.

¹⁶⁰ Alþt. 1939, A. deild, bls. 352-353.

¹⁶¹ Eric Baumer, Helgi Gunnlaugsson, Kristrún Kristinsdóttir og Richard Wright. Niðurstaða í *Skýrslu til íslenskra stjórnvalda um rannsókn á ítrekunartíðni afbrota frá því í október 2000*.

¹⁶² Jón Þór Ólason. „Auga fyrir auga. Markmið refsinga og þróun viðurlagakerfisins“, bls. 208.

sér séu síður líklegir til þess að fremja brot,¹⁶³ en með sérstökum varnaðaráhrifum er áhrifum refsingarinnar beint að þeim brotlega.¹⁶⁴ Refsingar samkvæmt almennum varnaðaráhrifum eru harðari en þegar refsað er á grundvelli sérstakra varnaðaráhrifa. Refsing samkvæmt *H 6. febrúar 2003, í máli nr. 393/2002* ber merki þess að þar sé beitt almennum varnaðaráhrifum refsinga. Brot ákærða Á voru mörg, umtalsverð og framin í opinberu starfi. Í refsíákvörðun Hæstaréttar segir að í ljósi alls þessa sé ekki mögulegt að skilorðsbinda refsinguna að neinu leyti. Á sama hátt þótti Hæstarétti ekki efni til þess að skilorðsbinda refsinguna samkvæmt *H 22. september 2005, í máli nr. 524/2004* og *H 13. október 2005, í máli nr. 525/2004*. Brot ákærðu samkvæmt þeim dómum voru stórfelld og framin í skjóli opinbers starfsfleyfis ákærða. Af þessum sökum þótti ekki tilhlýðilegt samkvæmt refsíákvörðunum Hæstaréttar að binda refsingu ákærðu skilorði.

Þorri refsíákvörðana þeirra fjárdráttar- og umboðssvikamála sem reifaðir voru í köflum 4.2.1-4.1.17 eru hins vegar bundnir skilorði á grundvelli atriða er varða þann brotlega. Með þeim hætti er tekið á fjárdráttar- og umboðssvikabrotum af fullum þunga með refsingu en tekið tillit til atriða er horfa til mildunar refsingar með skilorðsbindingu dómsins.

Samkvæmt 27. gr. laga nr. 49/2005 um fullnustu refsinga (hér eftir skammstafað l. nr. 49/2005) er heimilt að láta dæmdan mann fullnusta refingu sína með ólaunaðri samfélagsþjónustu í stað fangelsisvistar. Með setningu l. nr. 49/2005 var heimild til fullnustu refsingar með samfélagsþjónustu rýmkuð með 2. mgr. 27. gr. laganna. Þar er kveðið á um að dómþoli sem hlotið hefur fleiri en einn fangelsisdóm geti fullnustað refsingu sína með samfélagsþjónustu, svo fremi sem samanlögð fangelsisrefsing dómþolans sé ekki lengri en níu mánuðir og óskilorðsbundni hluti refsingarinnar ekki lengri en sex mánuðir. Samkvæmt 1. mgr. 27. gr. l. nr. 49/2005 er heimild til fullnustu refsingar með ólaunaðri samfélagsþjónustu meðal annars bundin því skilyrði að almannahagsmunir mæli ekki gegn því. Í greinargerð með l. gr. laga nr. 55/1994 um samfélagsþjónustu kemur fram að samfélagsþjónusta sé fyrst og fremst ætluð við fullnustu refsingar vegna brota þar sem sjónarmið um sérstök varnaðaráhrif eru ríkjandi við ákvörðun refsingar.¹⁶⁵ Við refsíákvörðanir vegna auðgunarbrot er sérstökum varnaðaráhrifum refsingar gert hátt undir höfði og því hentar samfélagsþjónusta vel þegar refsing vegna fjárdráttar- eða umboðssvikabrots er fullnustuð.¹⁶⁶ Það er mat

¹⁶³ Jón Þór Ólason. „Auga fyrir auga. Markmið refsinga og þróun viðurlagakerfisins“, bls. 208.

¹⁶⁴ Jón Þór Ólason. „Auga fyrir auga. Markmið refsinga og þróun viðurlagakerfisins“, bls. 211.

¹⁶⁵ Alþt. 1992-3, A-deild, bls. 3836.

¹⁶⁶ Ragnheiður Bragadóttir. „Samfélagsþjónusta – á rétttri leið?“, bls. 481.

ritgerðarhöfundar að samfélagsþjónusta sé tilvalin refsing fyrir þá aðila sem gerast brotlegir við ákvæði 247. gr. hgl. um fjárdrátt og 249. gr. hgl. um umboðssvik og samræmast þeim skilyrðum sem sett eru fyrir samfélagsþjónustu skv. 27. og 28. gr. 1. nr. 49/2005. Jón Þór Ólason og Ragnheiður Bragadóttir hafa fært fyrir því sannfærandi rök að rökréttara sé að samfélagsþjónusta verði gerð að refsitegund skv. hgl. fremur en leið til þess að fullnusta refsingu skv. 1. nr. 49/2005. Jón Þór og Ragnheiður benda á að sú leið að setja samfélagsþjónustu sem refsitegund skv. hgl. sé betur í samræmi við 2. gr. stjkskr. sem kveður á um að dómendur fari með dómsvaldið og meginreglu refsiréttar um lögbundnar refsheimildir sem fram kemur í 69. gr. stjkskr. Þannig sé það ekki eðlilegt á grundvelli þessara meginstoða réttarkerfisins að stjórnvöld geti tekið ákvörðun um refsitegund sem dómara höfðu ekki í huga við refsíákvörðun sína.¹⁶⁷ Að mati ritgerðarhöfundar ætti að bæta samfélagsþjónustu við sem refsitegund skv. 31. gr. hgl. Samfélagsþjónusta gæti verið heillavænlegur kostur sem refsing við fjárdráttar- eða umboðssvikabroti brotamanns uppfylli ákærði þau skilyrði sem fram koma í 27. og 28. gr. 1. nr. 49/2005 og hafi hreinan sakaferil. Eins og sést í kafla 4.2.9 er það ansi algengt að gerendur í fjárdráttar- og umboðssvikamálum hafi hreinan sakaferil.

4.3.2 Sjónarmið við ákvarðanir refsinga í fjárdráttar- og umboðssvikamálum

Út úr refsíákvörðunum dómstóla í þeim fjárdráttar- og umboðssvikamálum sem reifaðir hafa verið hér að framan er mögulegt að lesa ýmis sjónarmið um refsingar. Sem dæmi má nefna eftirfarandi sjónarmið.¹⁶⁸

Endurgjaldssjónarmið og jafnræði milli refsinga fyrir samsvarandi brot

Við ákvörðun refsingar hefur þess sjónarmiðs gætt að réttlátt þyki gagnvart brotþola sem og samfélaginu að sá brotlegi hljóti refsingu sem er í samræmi við brot sitt. Samkvæmt endurgjaldssjónarmiðinu skal vera samræmi milli refsingar og alvarleika brotsins.¹⁶⁹ Þannig er það til að mynda réttlátt að brotþolar sem fremja brot með ámóta verknaðarandlagi við sambærilegar aðstæður hljóti svipaða refsingu fyrir brot sín. Gerandi fjárdráttar- og umboðssvikabrots á samkvæmt þessu rétt á því að hlutfall refsingar sé í samræmi við alvarleika verknaðarandlags.¹⁷⁰ Í brotategundum sem oft koma til kasta dómstóla, eins og í fjárdráttarmálum er æskilegt að dómari láti dómvenjuhelgað refsimat veita sér ríka leiðsögn

¹⁶⁷ Jón Þór Ólason. „Samfélagsþjónusta í íslenskum rétti“, bls. 31-36. Ragnheiður Bragadóttir. „Samfélagsþjónusta – á réttri leið?“, bls. 478-479.

¹⁶⁸ Sigurður Tómas Magnússon og Hildigunnur Ólafsdóttir. *Ákvörðun refsingar* bls. 77-78.

¹⁶⁹ Sigurður Tómas Magnússon og Hildigunnur Ólafsdóttir. *Ákvörðun refsingar* bls. 78.

¹⁷⁰ Sigurður Tómas Magnússon og Hildigunnur Ólafsdóttir. *Ákvörðun refsingar* bls. 78-79.

við refsíákvörðun sína. Hins vegar ber að líta til þess að aðstæður í málum eru sjaldnast eins og samanburður milli mála því oft erfiðleikum bundinn.¹⁷¹ Þá má ekki gleyma því að refsímat dómara er frjálst og eins og sést af reifun dómanna í köflum 4.2.1-4.2.18 eru margvíslegar refsíákvörðunarástæður sem geta eða skulu koma til skoðunar við refsíákvörðun. Af þeim sökum geta jafnræðissjónarmið sjaldnast komið til skoðunar fullum fetum í fjárdráttar- og umboðssvikamálum.

Eins og áður hefur verið rakið fullnægir einkaréttarkrafa brotþola um skaðabætur fyrir það tjón sem sá brotlegi veldur og fæst greidd úr hendi þess brotlega fremur endurgjaldssjónarmiðum refsingar en refsídomur hans. Endurgreiðsla ákærða á verknaðarandlagi sínu getur hins vegar verið virt honum til mildunar refsingar eins og rakið var í kafla 4.2.14 um endurgreiðslu þess tjóns sem ákærði veldur með broti sínu og vísast þangað til nánari umfjöllunar um það efni og reifana dóma er varða endurgreiðslu verknaðarandlags. Bendi hins vegar ekki til þess að ákærði geti bætt fyrir það tjón sem hann veldur með broti sínu leiðir það til þyngingar refsingar við ákvörðun refsingar hans.¹⁷²

Varnaðarsjónarmið

Þeim varnaðaráhrifum sem ætlast er til að ná fram með refsingu eru tvenns konar. Annars vegar þau skilaboð sem refsing þess brotlega er ætlað að hafa út í samfélagið um að refsing af því tagi sem ákærði viðhafði verði öðrum víti til varnaðar (almenn varnaðaráhrif). Hins vegar þau varnaðaráhrif sem ætlað er að hafa á brotþola sjálfan um að hann fremji ekki afbrot meðan á refsítíma hans varir og eftir að hann hefur afplánað refsingu sína (sérstök varnaðaráhrif).¹⁷³ Eins og áður hefur verið rakið með vísan í rannsóknir fræðimanna er ekki samræmi milli þyngdar refsingar og ítekunartíðni afbrota brotamanna. Algengt er að tilhlýðilegt þyki í fjárdráttar- og umboðssvikamálum að skilorðsbinda dóma á grundvelli lögmæltra og ólögmæltra refsíákvörðunarástæðna eins og sést af reifun dómanna í köflum 4.2.1-4.2.17 hér að framan. Það er mat ritgerðarhöfundar að sú stefna, sem lesa má út úr dómum Hæstaréttar í fjárdráttar- og umboðssvikamálum, að láta lögmæltar og ólögmæltar refsíákvörðunarástæður leiða til skilorðsbindingar refsingar með þeirri undantekningu að aðstæður leyfi það ekki sé heillavænleg. Þá er það einnig mat ritgerðarhöfundar að

¹⁷¹ Þorgeir Njálsson: „Hugleiðingar um ákvörðun refsingar“, bls. 15.

¹⁷² Sjá reifun á H 29. maí 1997, í máli nr. 6/1997, bls. 1765 í kafla 4.2.6 um tjón brotþola vegna brots ákærða og reifun á H 10. júní 1999, máli nr. 136/1999 í kafla 4.2.14 um endurgreiðslu þess tjóns sem ákærði veldur með broti sínu í því tilliti.

¹⁷³ Sigurður Tómas Magnússon og Hildigunnur Ólafsdóttir. *Ákvörðun refsingar* bls. 79-80.

samfélagsþjónusta geti verið ákjósanleg refsitegund við ákveðnar aðstæður eins og áður var rakið. Sérstaklega í ljósi þess að það er ríkjandi sjónarmið við ákvörðun refsinga fyrir auðgunarbrot að láta sérstök varnaðaráhrif hafa meiri áhrif heldur en þau almennu.

Sjónarmið er varða brotþola og þann brotlega

Þegar refsa á fyrir fjárdráttar- og umboðssvikabrot er ávallt litið til sjónarmiða er varða brotþola og þann brotlega. Sem dæmi um þau sjónarmið sem höfð eru uppi varðandi brotþola við ákvörðun refsingar er það tjón sem ákærði veldur með broti sínu og líkur á endurheimtu þeirrar fjárhæðar sem verknaðarandlag brots ákærða nemur. Hvað brotþola varðar eru það sjónarmið eins og persónulegur ávinningur hans af broti hans, hvatir að baki broti ákærða og þær afleiðingar sem koma til í kjölfar brota ákærða. Þá hefur staða brotþola, samskipti þess brotlega við brotþola og lögreglyfirvöld eftir að brot hefur verið framið og verknaðaraðferð ákærða sitt að segja við refsíákvörðun hans í málinu.

5. Áhrif hruns íslenska fjármálakerfisins á þróun auðgunarbrotamála

5.1 Hluverk sérstaks saksóknara

Ýmsar vísbendingar eru uppi um það að í aðdraganda og eftirmálum hruns íslenska fjármálakerfisins í byrjun októbermánaðar árið 2008 hafi fjölmörg og umfangsmikil auðgunarbrot verið framin. Til þess að fara ofan í kjölin á refsiverðri háttsemi í tengslum við starfsemi fjármálafyrirtækja var sett á fót embætti sérstaks saksóknara með lögum um embætti sérstaks saksóknara nr. 135/2008 (hér eftir skammstafað l. nr. 135/2008). 1. gr. l. nr. 135/2008 hljóðar svo:

„Embætti sérstaks saksóknara skal rannsaka grun um refsiverða háttsemi sem tengst hefur starfsemi fjármálafyrirtækja og þeirra sem átt hafa hluti í þeim fyrirtækjum eða farið með atkvæðisrétt í þeim, sömuleiðis grun um refsiverða háttsemi stjórnenda, ráðgjafa og starfsmanna fjármálafyrirtækja og þeirra annarra sem komið hafa að starfsemi fyrirtækjanna. Embættið skal eftir atvikum fylgja rannsókn eftir með saksókn.“

Ljóst er að verkefni sérstaks saksóknara er ærið við rannsókn og meðferð ákærvalds í þeim flóknu og umsvifamiklu málum sem honum hefur verið falið að rannsaka og síðar fylgja eftir með saksókn skv. 1. gr. l. nr. 135/2008. Um mánaðarmótin ágúst og september árið 2011 voru embætti efnahagsbrotadeildar ríkislögreglustjóra og sérstaks saksóknara sameinuð og um leið skipaði innanríkisráðherra nefnd sem var falið það hlutverk að móta framtíðarhlutverk sameinaðrar stofnunar um rannsókn fjármála- og efnahagsbrota. Þegar embætti sérstaks saksóknara hóf störf sín voru þar afar fáir starfsmenn við störf en embættinu hefur eftir því sem á hefur liðið vaxið fiskur um hrygg. Ýmsir lögspekingar telja að fjölga þurfi dómurum við dómstólana og setja á fót millidómsstig til þess að mæta auknum málafjölda sem ákæru sérstaks saksóknara hafa í för með sér, auk þess sem mikilvægt sé að dómarar í þessum umfangsmiklu auðgunarbrotamálum séu sérfræðingar á sviði efnahagsbrota. Hér á eftir verður fjallað um hlutverk ákvæðis 249. gr. hgl. í náinni framtíð og hvernig því ákvæði verður beitt í málum er varðar brot starfsmanna fjármálafyrirtækja fyrir og eftir hrun íslenska fjármálakerfisins í októbermánuði 2008.

5.2 Mikilvægi umboðssvikaákvæðisins í náinni framtíð

Eins og áður hefur verið rakið telur Jónatan Þórmundsson að ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik nái afar vel til þeirrar háttsemi sem fram fer í hinu flókna viðskiptaumhverfi nútímans. Lögspekingar telja að mikið muni reyna á ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik í málum sem tengjast hruni íslenska fjármálakerfisins og leiða gætu til ákæru hjá sérstökum saksóknara. Íslensk dómaframkvæmd um beitingu umboðssvikaákvæðisins vegna brota sem

tengjast fjármálastarfsemi er harla rýr. Aðeins einn Hæstaréttardómur hefur gengið sem tekur á umboðssvikabroti starfsmanns fjármálafyrirtækis. Það er mál sem varðar umboðssvikabrot sparisjóðsstjóra Sparisjóðs Þórshafnar.

H 1998:677. Sparisjóðsstjórinn var ákærður fyrir umboðssvikabrot í þremur liðum. Í fyrsta lagi hafi áritun hans á skuldabréf S hf. til FÍ verið heimildarlaus og án vitundar stjórnar sjóðsins og því falið í sér misnotkun á aðstöðu hans. Sparisjóðsstjórinn var sýknaður af þessum ákærulið í Hæstarétti þar sem ekki var talið að skrifleg fyrirmæli eða munnleg lægu fyrir um umboð sparisjóðsstjórans og því ekki talið sannað að hann farið út fyrir umboð sitt. Í öðru lagi var útgáfa sparisjóðsstjórans á ellefu tékkum til þess að hylja fjárdrátt sinn talinn fela í sér misnotkun á aðstöðu hans. Sparisjóðsstjórinn hafði ekki heimild til útgáfu tékkanna og var því sakfelldur í þessum lið ákærunnar. Í þriðja lagi var sparisjóðsstjórinn ákærður og sakfelldur fyrir að veita sjálfum sér lán með ákveðinni fléttu. Sparisjóðsstjórinn veitti viðskiptavini sparisjóðsins yfirdráttarheimild á reikning viðskiptavinarins. Sparisjóðsstjórinn millifærði svo í kjölfarið fjárhæðina sem nam yfirdráttarheimildinni inn á eigin reikning. Þessi lánveiting sparisjóðsstjórans til sjálfs sín var talin misnotkun á aðstöðu hans og brot á 249. gr. hgl. um umboðssvik.

Rannsókn embættis sérstaks saksóknara á refsiverðri háttsemi starfsmanna fjármálafyrirtækjanna beinist í nokkrum mæli að meintum umboðssvikabrotum starfsmanna fjármálafyrirtækjanna. Samkvæmt *dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 29. júní 2011, í máli nr. S-476/2010* voru ákærðu J og R fyrrverandi starfsmenn BYR bornir sökum um umboðssvikabrot með lánveitingu sinni.

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 29. júní 2011, í máli nr. S-476/2010. Samkvæmt þeim dómi voru J þáverandi stjórnarformaður sparisjóðsins Byr (hér eftir skammstafað B) og R þáverandi sparisjóðsstjóri sparisjóðsins B ákærðir fyrir umboðssvikabrot. Meint umboðssvikabrot J og R fólust í því að veita einkahlutafélaginu TA síðar EH (hér eftir nefnt EH) 800.000.000 kr. yfirdráttarlán til kaupa á stofnfjárbréfum í B og síðar annað yfirdráttarlán upp á rúmar 200.000.000 kr. Ákærvaldið taldi þessa lánveitingu vera án fullnægjandi trygginga, en tryggingar fyrir greiðslu skuldbindingarinnar voru veð í stofnfjárbréfunum sjálfum. Þá taldi ákærvaldið lánveitinguna brjóta í bága við lánareglur B um veðsetningarhlutfall tryggingarandlaga og einnig var það dregið í efa að matið á greiðslugetu og eignastöðu lánþegans hafi farið fram í samræmi við lánareglur B þar sem eiginfjárstaða EH var neikvæð. Að endingu taldi ákærvaldið að ákærðu hafi verið vanhæfir til þess að taka ákvörðun um lánveitinguna þar sem þeir voru tengdir lánþeganum. Fyrir dóminn voru lagðar útlánareglur B eins og þær vorum á þeim tíma sem lánveitingin var framkvæmd. Samkvæmt útlánareglum B

var meginreglan sú að meta skyldi áætlaða greiðslugetu og eignastöðu lánþega við útlán sem og þær tryggingar sem lánþegi leggur fram til ábyrgðar greiðslu skuldar sinnar. Þessi atriði átti að skoða með það fyrir augum að tryggt væri eins vel og mögulegt sé að lánþegi væri fær um að standa við skuldbindingar sínar. Meirihluti héraðsdóms benti á að í reglum B um útlánaheimildir hafi kveðið á um að sparisjóðsstjórinn R hafi einn og sér haft heimild til þess að lána allt að 1.500.000.000 kr. Lánið hafi því verið innan lánaheimildar sparisjóðsstjórans R á þeim tíma sem það var veitt. Í útlánareglum B var ekki fjallað um veðsetningarhlutfall stofnfjárbréfa til tryggingar lánveitingar. Meirihluti héraðsdóms taldi að meta ætti stofnfjárbréfin sem skráð hlutabréf samkvæmt útlánareglum B þar sem viðskipti sem voru með þau á markaði hefðu markað verðmæti þeirra. Varðandi mat á eignastöðu og greiðslugetu lánþegans sagði meirihluti héraðsdóms að ákærðu hafi brotið útlánareglur með því að vanrækja fullnægjandi athugun á þeim atriðum. Í rökstuðningi meirihluta héraðsdóms fyrir sýknu sagði hins vegar að vegna sterkrar stöðu B á þeim tíma sem lánið var veitt, þekkingar ákærðu á virði stofnfjárbréfanna sem og stöðu B á þeim tíma sem lánveitingin var veitt sé ekki hægt að fallast á að þeir hafi brotið útlánareglur B með lánveitingu B til EH. Með vísan til alls þessa taldi meirihluti héraðsdóms að ákærðu hafi ekki sýnt ásetning til þess að misnota aðstöðu sína með lánveitingunni og voru þeir því sýknaðir. Minnihluti héraðsdóms var sammála meirihlutanum varðandi matið á því að ákærðu hafi vanrækt athugun á eignastöðu og greiðslugetu lánþegans. Minnihlutinn skilaði hins vegar sératkvæði hvað aðra þætti málsins varðar. Minnihlutinn benti á að ákærði J væri einn til frásagnar um að lánveitingin hefði verið borin upp á stjórnarfundum og yrði þeirri fullyrðingu því hafnað í málinu að mati minnihlutans. Minnihlutinn benti einnig á að heimild sparisjóðsstjórans R til þess að lána allt að 1.500.000.000 kr. í andstöðu við lánareglur B væri í andstöðu við framburð R við skýrslutöku hjá sérstökum saksóknara. Jafnvel þó að þessi heimild væri óumdeild kvæði skýrt á um það í lánareglum B að við lánastarfsemi skyldi gæta ríkrar varfærni og afla skyldi gagna fyrir ákvörðunartöku um lánveitingu eins vandlega og kostur væri. Af framburði vitna mætti ráða að gengi stofnfjárbréfanna hafi verið á reiki og að lánveiting sú er ákært var fyrir áhættusöm. Við þær aðstæður sem voru á þeim tíma sem lánveiting var framkvæmd var virði stofnfjárbréfanna óvíst sem og staða B. Ákærðu þekktu ekki nægilega til lánþegans EH og sinntu ekki skyldu sinni til athugunar á eiginfjárstöðu EH sem var neikvæð. Lánveitingin var ekki í samræmi við útlánareglur B um veðsetningarhlutfall og tryggingar ekki aðrar en stofnfjárbréfin. Lánveitingin varð til þess að ákærðu losnuðu undan skuldbindingu sem þeir voru persónulega ábyrgir fyrir. Minnihluti héraðsdóms taldi með vísan til þess sem hér hefur verið rakið að ákærðu hefðu gerst sekir um umboðssvik skv. 249. gr. hgl. með lánveitingu sinni.

Héraðsdómur klotnaði því í þessu fyrsta umboðssvikamáli sem kom til kasta dómstóla eftir rannsókn sérstaks saksóknara á málum tengdum hrúni íslenska fjármálakerfisins. Að mínu mati er rökstuðningur minnihluta héraðsdóms fyrir sakfellingu ákærðu í þessu máli sterkari en rökstuðningur meirahluta héraðsdóms fyrir sýknu. Samkvæmt lánareglum B bar ákærðu að gæta varfærni við þá lánveitingu sem þeir veittu og vanda til verka við öflun gagna áður en lánið væri veitt. Við mat á fjártjónsáhættu þeirri sem fylgdi lánveitingunni ber að líta til þess að eignastaða EH var neikvæð á þeim tímapunkti sem lánveitingin var veitt og virði stofnfjárbréfa óljóst á þeim tíma sem ráðstöfunin fór fram. Þá voru engar tryggingar lagðar fyrir lánveitingunni aðrar en stofnfjárbréfin sjálf. Af þeim sökum verður að telja að meiri líkur hafi verið á því að lánið fengist ekki greitt til baka og að endurgreiðslur yrðu og ákærðu hafi því lagt verulega fjártjónsáhættu á brotaþola með lánveitingu sinni. Því er ég sammála mati minnihluta héraðsdóms um sakfellingu ákærðu í þessu máli.

5.3. Hvers konar háttsemi starfsmanna fjármálafyrirtækja gæti fallið undir umboðssvikaákvæði hgl.?

Það er við ýmis konar aðstæður sem háttsemi starfsmanna fjármálafyrirtækja getur fallið undir ákvæði 249. gr. hgl. Það er í fyrsta lagi þegar starfsmönnum fjármálafyrirtækja eða viðskiptavinum þess hefur verið látið í té einhvers konar ávinningur og sá ávinningur er á kostnað fjármálafyrirtækisins. Þá geta lánveitingar starfsmanna fjármálafyrirtækja talist óvarlegar og fallið undir umboðssvikaákvæði hgl.¹⁷⁴ Ein af meginniðurstöðum Skýrslu rannsóknarnefndar Alþingis er sú að orsakir hrúns íslenska fjármálakerfisins hafi verið umfangsmiklar lánveitingar til tengdra aðila fjármálastofnana og að lánveitingar bankanna hafi í mörgum tilfellum verið óvarlegar. Litlar sem engar tryggingar hafi staðið að baki sumum þeirra og áhættusækni mikil í öðrum þeirra. Óvarleg útlánastarfsemi fjármálafyrirtækis hafi í vissum tilvikum farið út fyrir ákveðin þolmörk og lánveitingin gæti varðað við umboðssvikaákvæði alm hgl.¹⁷⁵ Eins og að framan hefur verið rakið bendir margt til þess að rannsókn sérstaks saksóknara muni í einhverjum tilfellum leiða til ákæru fyrir brot gegn ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik. Sérstakur saksóknari hefur nú þegar ákært L fyrrum forstjóra Glitnis og G fyrrum framkvæmdastjóra fyrirtækjasviðs Glitnis fyrir umboðssvikabrot vegna óvarlegrar lánveitingar. Ákærðu L og G voru auk fyrrgreindra starfa sinna innan Glitnis meðlimir í áhættunefnd bankans. Málið snýst um rúmlega 10 milljarða kr.

¹⁷⁴ Andrés Þorleifsson. „Skilyrði umboðssvika“, 405-406.

¹⁷⁵ Skýrsla Rannsóknarnefndar Alþingis um aðdraganda og orsök falls bankanna og tengda atburði. Rannsóknarnefnd Alþingis skv. lögum nr. 142/2008. Reykjavík 2010.

lán sem ákærðu veittu fyrir hönd bankans til félags í eigu hluthafa Milestone. Lánið var að mati sérstaks saksóknara veitt án fullnægjandi trygginga og ábyrgða og umfram það sem heimilað var að lána einstökum aðila á hverjum tíma. Sérstakur saksóknari telur að ákærðu hafi farið út fyrir heimild sína til lánveitingar með ákvörðun sinni um lán til félagasamstæðu Milestone. Þannig hafi heildarútlán til Milestone og aðila tengdum Milestone farið út fyrir það sem innri reglur bankans kváðu á um sem heildarútlán til einstakra aðila. Samkvæmt innri reglum bankans skyldi einnig gæta varfærni við mat á gæðum trygginga og áhættu af lántöku lántaka. Engar tryggingar voru lagðar fyrir endurgreiðslu lánsins og áhætta á tjóni Glitnis því fyrir hendi. Af þeim sökum telur sérstakur saksóknari háttsemi ákærðu hafa valdið verulegri fjártjónsáhættu og umboðssvikabrot ákærðu því fullframið.

Önnur háttsemi starfsmanna fjármálafyrirtækjanna sem tekin er fyrir í rannsóknarskýrslu Alþingis og gæti fallið undir umboðssvikaákvæði hgl. og markaðsmisnotkunarákvæði l. nr. 108/2007 er lán fjármálafyrirtækjanna til einstaklinga og félaga til hlutabréfakaupa í fjármálafyrirtækjunum sjálfum. Nú þegar hefur sérstakur saksóknari ákært forsvarsmenn Arion banka fyrir viðskiptafléttu sem talin er meðal annars varða við ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik og ákvæði 117. gr. l. nr. 108/2007 um markaðsmisnotkun í svokölluðu Al Thani máli. Sú háttsemi forsvarsmanna Arion banka sem sérstakur saksóknari telur umboðssvikabrot og markaðsmisnotkun fólst í lánveitingum bankans til eignalausra félaga með takmarkaðri ábyrgð, annað félagið var í eigu A og hitt í eigu Ó. Einungis verður fjallað um þátt þeirra sem ákærðir eru fyrir fullframin brot samkvæmt ákæru sérstaks saksóknara. Fyrri umboðssvikabrot ákærða H fólst í því að stefna fjármunum bankans í verulega fjártjónsáhættu með lánveitingu til félags með engar skráðar eignir og án þess að nokkur trygging væri lögð fyrir endurgreiðslu lánsins. Ekki lá fyrir samþykki lánanefndar Kaupþings fyrir láninu sem hljóðaði upp á 50.000.000 bandaríkjadali og ákærði H því talinn hafa misnotað stöðu sína sem forstjóri Kaupþings. Þá voru ákærðu H og S ákærðir fyrir umboðssvikabrot með því að hafa lánað eignalausum félagi með takmarkaða ábyrgð í eigu Ó 12.863.497.675 kr. án þess að nokkur trygging væri fyrir endurgreiðslu lánsins. Ákærðu eru taldir hafa valdið bankanum verulegri fjártjónsáhættu með þessari háttsemi sinni. Með lánveitingu sinni misnotuðu ákærðu aðstöðu sína, H sem forstjóri Kaupþing og S sem starfandi stjórnarformaður Kaupþings og formaður lánanefndar stjórnar bankans. Lánsfjárhæðinni var varið til kaupa á hlutabréfum í bankanum og hefur verið ekki verið greidd og að mati sérstaks saksóknara er ekki útlit fyrir að lánið verðir greitt til baka. Eins og fyrr hefur verið rakið þarf háttsemi ákærðu að uppfylla

þrjú hlutlæg skilyrði til þess að um umboðssvikabrot geti verið að ræða. Ákærði þarf að vera í aðstöðu þar sem hann getur skuldbundið annan aðila, misnotkun á þeirri aðstöðu ákærða og misnotkunin þarf að fela í sér verulega fjártjónsáhættu. Ákærði H gegndi stöðu forstjóra Kaupþings á þeim tíma sem meint brot áttu sér stað og gat samkvæmt samþykktum bankans og 2. mgr. 74. gr. laga um hlutafélög nr. 2/1995 (hér eftir skammstafað hfl.) skuldbundið félagið. Hvað varðar misnotkun aðstöðu ákærða H vísar sérstakur saksóknari til samþykktu Kaupþings og innri reglna bankans og hfl. Í samþykktum Kaupþings og innri reglum bankans kemur fram að lán af þeirri stærðargráðu sem félagi A var veitt hefði þurft að samþykkja í lánanefnd bankans. Einnig er það mat sérstaks saksóknara að lánveiting til nýstofnaðs félags með takmarkaðri ábyrgð án trygginga fyrir endurgreiðslu lánsins hafi verið andstætt innri reglum Kaupþings. Þess háttar lán var einungis heimilit að veita fjármálafyrirtækjum með traust lánshæfismat skv. reglubók bankans. Samkvæmt 68. gr. hfl. skal framkvæmdastjóri hlutafélags sjá um daglegan rekstur hlutafélagsins og skal í þeim efnum fylgja stefnu og fyrirmælum félagsstjórnar. Daglegur rekstur tekur ekki til ráðstafanna sem eru óvenjulegar og mikils háttar skv. 68. gr. hfl. Þá er framkvæmdastjóra hlutafélags óheimilt að afla hluthöfum eða öðrum ótilhlýðilegra hagsmuna á kostnað annarra. Sérstakur saksóknari telur 50.000.000 bandaríkjadala ótryggða lánveitingu ákærða H óvenjulega og mikils háttar ráðstöfun sem aflaði lántaki ótilhlýðilegum hagsmunum. Því var lánveitingin andstæði 68. og 76. gr. hfl. Að lokum vísar sérstakur saksóknari til 19. gr. laga um fjármálafyrirtæki nr. 161/2002 um góða viðskiptahætti til rökstuðnings um misnotkun ákærða. Í ljósi þess að lánveitingin gekk í berhögg við innri reglur Kaupþings sem ætlað var að takmarka fjártjónsáhættu bankans og ákvæði hfl. og laga um fjármálafyrirtæki nr. 161/2002 telur sérstakur saksóknari verulega fjártjónsáhættu hafa verið af lánveitingu ákærða H. Ekki fór fram mat á greiðsluhæfi lántaka og engin veð, ábyrgðir eða aðrar tryggingar lagðar fyrir endurgreiðslu lánsins. Félagið var eignalaust og án tekjuskapandi reksturs sem eykur líkurnar á vanskilum lánsins. Lánveiting upp á 50.000.000 bandaríkjadali er gríðarlega há og tap bankans mikið ef krafan eða hluti kröfunnar glataðist. Með hliðsjón af framangreindu telur sérstakur saksóknari að veruleg fjártjónsáhætta hafi verið fyrir hendi við lánveitinguna og vísar máli sínu til stuðnings til *H 1996:1199*.¹⁷⁶ Vísað er til sömu atíða og hér hafa verið rakin í ákæru á hendur H og S vegna

¹⁷⁶ Háttsemi ákærða Þ samkvæmt *H 1996: 1199* fólst í því að hafa í starfi sínu sem umsjónarmaður reikningshalds og fjármuna Lífeyrissjóðs starfsmanna Áburðaverksmiðju ríkisins misnotað aðstöðu sína með því að kaupa veðskuldabréf án þess að afla gagna um veðhæfi hinna veðsettu eigna og upplýsinga um skuldara bréfanna. Hæstiréttur taldi að ákærði Þ hafi farið verulega út fyrir heimild sína til kaupa á veðskuldabréfum

lánveitingar til félags Ó. Markaðsmisnotkunarbrot ákærðu H og S fólst í því að láta líta út fyrir það að A hafi lagt til fé við kaupin á hlutabréfunum og borið markaðsáhættu af viðskiptunum. Sérstakur saksóknari telur að um sýndarviðskipti hafi verið að ræða sem ætlað hafi verið að hafa áhrif á eftirspurn og verð hlutabréfa í Kaupþingi. Sérstakur saksóknari telur að hlutabréfakaupin hafi að fullu verið fjármöggnuð með lánveitingu til Sheikh Al Thani sem hafi ekki lagt neitt fjármagn til hlutabréfakaupanna. Af þeim sökum feli viðskiptafléttan í sér markaðsmisnotkunarbrot skv. 117. gr. 1. nr. 109/2007. Fleiri dæmi eru nefnd í Rannsóknarskýrslu Alþingis um lánveitingu til félaga tengdum bönkunum á einn eða annan hátt sem fallið gætu undir ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik og markaðsmisnotkunarákvæði 1. nr. 108/2007. Þannig virðast bankarnir hafa stundað það kerfisbundið að lána eignalausum eða eignalitlum félögum sem mörg hver höfðu engan skráðan ársreikning umtalsverðar fjárhæðir til kaupa á hlutabréfum í fjármálafyrirtækjunum sjálfum. Hlutabréfin voru svo í mörgum tilfellum keypt aftur af deild eigin viðskipta hjá fjármálafyrirtækjunum. Grunur leikur á brotum gegn ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik og markaðsmisnotkunarákvæðis 1. nr. 108/2007 við þessa háttsemi fjármálafyrirtækjanna.¹⁷⁷

5.3.1 Skilyrði þess að ógætilegar lánveitingar fjármálastofnana falli undir umboðssvikaákvæði hgl.

Ógætileg lánveiting af hálfu fjármálastofnunar þarf að teljast misnotkun á aðstöðu og starfsmenn þurfa að hafa sýnt ásetning til þeirrar misnotkunar til þess að háttsemi innan fjármálastofnunarinnar falli undir umboðssvikaákvæði hgl. Við mat á því hvort um misnotkun sé að ræða er stuðst við hlutlæg og huglæg viðmið.¹⁷⁸ Eins og áður segir er íslensk dómaframkvæmd um umboðssvikabrot er tengjast fjármálafyrirtækjum harla rýr. Hins vegar kann að vera að litið verði til fjögurra Hæstaréttardóma sem gengið hafa um umboðssvikabrot aðila vegna óvarlegra lánveitinga, það eru *H 1960:1*, *H 1996:1199*, *H 1997:1765* og *H 3. mars 2005*, í máli nr. 244/2004.

H 1960:1. Ákæði I starfaði sem skólastjóri GR og síðar GA var ákærður fyrir umboðssvik með því að hafa í fimm skipti veitt einstaklingum lán í heimildarleysi úr sjóðum skólanna. Voru brot hans talin varða við 261. gr. hgl. sbr., 249. gr. og 138. gr. hgl.

með kaupum sínum á veðskuldabréfum sem ekki voru tryggð í samræmi við 1. tl. 6. gr. lífeyrissjóðsins. Af þeim sökum var ákærði P sakfelldur fyrir umboðssvikabrot.

¹⁷⁷ Skýrsla Rannsóknarnefndar Alþingis um aðdraganda og orsök falls bankanna og tengda atburði. Rannsóknarnefnd Alþingis skv. lögum nr.142/2008. Reykjavík 2010.

¹⁷⁸ Andrés Þorleifsson. „Skilyrði umboðssvika“, bls. 408-409.

H 1996:1199. Við mat á því hvort hlutlægum skilyrðum umboðssvikaákvæðis 249. gr. hgl. hafi verið uppfyllt við lánveitingu ákærða Þ í umboði lífeyrissjóðs starfsmanna Áburðarverksmiðju ríkisins var vísað til reglugerðar lífeyrissjóðsins um lágmark veðtryggingar. Tryggingar þær sem settar voru fyrir kaupum ákærða á veðskuldabréfum voru ekki í samræmi við reglugerð lífeyrissjóðsins og ákærði því talinn hafa farið verulega út fyrir heimild sína og sakfelldur fyrir umboðssvikabrot.

H 1997:1765. Ákærði B sem gegndi stöðu framkvæmdastjóra Lífeyrissjóðs bænda var ákærður fyrir að hafa lánað írsku flugfélagi rúmar 97 milljónir króna. Lánin þóttu ógætileg þar sem þau voru veitt án nokkurra ábyrgða eða trygginga. Ákærði B sat í stjórn írsku flugfélagsins á sama tíma og hann starfaði sem framkvæmdastjóri Lífeyrissjóðs bænda. Lánið veitti B ekki aðeins án ábyrgða og trygginga heldur einnig án samþykkis stjórnar Lífeyrissjóðs bænda. Við mat á því hvort lánin væru ógætileg og misnotkun á aðstöðu var litið til bæði hlutlægra og huglægra sjónarmiða. Hvað varðar hlutlæga viðmiðið var vísað til 1. mgr. 5. gr. laga nr. 50/1984 um lífeyrissjóð bænda þar sem segir að stjórn sjóðsins skuli sjá um að ávaxta fé sjóðsins og skuli það gert með það að markmiði að féð ávaxtist bæði vel og með tryggum hætti. Hæstiréttur taldi að lánveiting B til írsku flugfélagsins hafi brotið í bága 1. mgr. 5. gr. laga nr. 50/1984 og því hefði B átt að leita samþykkis stjórnarinnar fyrir lánveitingunni. Ekki skipti máli að ekki hafði verið sett reglugerð um fasteignaveð og aðrar tryggingar sem krefjast skyldi við lánveitingar og verðbréfa kaup eins og fram kom í 5. mgr. 5. gr. laga nr. 50/1984 að ætti að gera. Þá var ekki falið á að sú venja sem B taldi hafa myndast um að framkvæmdastjóri sæi um skammtímafjárfestingar án aðkomu stjórnarinnar hafi myndast. Huglæg viðmið sem Hæstiréttur notaði við matið á því hvort að lánveiting B væri ógætileg og þar með misnotkun á aðstöðu voru orðuð á eftirfarandi hátt í Hæstarétti. „Það er mat dómsins, að sú háttsemi ákærða að lána fé lífeyrissjóðsins án nokkurra trygginga eða ábyrgða hafi verið mjög óvenjuleg, sérstaklega í ljósi þess að um verulegar fjárhæðir var að ræða.“ Ákærði B þótti hafa stefnt fjármunum sjóðsins í verulega hættu og farið út fyrir þær heimildir sem hann hafði sem framkvæmdastjóri til lánveitinga fyrir hönd sjóðsins. Að öllu framangreindu þótti sannað að B hafi gerst sekur um umboðssvikabrot skv. 249. gr. hgl.

H 3. mars 2005, í máli nr. 244/2004. Umboðssvikabrot K samkvæmt þeim dómi fólust í því að hann fór út fyrir umboð sitt með fjárfestingum sínum í nafni lífeyrissjóðsins F sem hann starfaði hjá. Umboðssvikabrot K voru í þremur liðum. Fyrsta brot ákærða K fólst í því að K fjárfesti í skuldabréfum af syni sínum A, þá fjárfesti hann í skuldabréfi sem hann var sjálfur skuldari að og að lokum fjárfesti K í skuldabréfi sem gefin voru út af fyrirtæki sem A sonur hans var í fyrirsvari fyrir. Skuldabréf þau sem K keypti í fyrstu tveimur brotum voru tryggð með veðum sem voru utan fjárfestingarstefnu F, það er veðsett með fasteignum utan

höfuðborgarsvæðisins sem óheimilt var samkvæmt fjárfestingastefnu lífeyrissjóðsins. Hvað varðar brot K í þriðja liðnum fór upphæð skuldabréfsins upp fyrir það hámark sem fram kom í reglugerð F. Skuldabréfið hljóðaði upp á hærri fjárhæð en fasteignamat fasteignarinnar og nam rúmlega 79% af kaupverði eignarinnar. Samkvæmt fjárfestingastefnu lífeyrissjóðsins var hins vegar stjórn lífeyrissjóðsins veitt heimild til þess að miða veðskuldabréf við markaðsverð fasteignarinnar. Ákærði K lét löggiltan fasteignasala framkvæma verðmat á fasteigninni sem hljóðaði upp á 70.000.000 króna. Ákærða K bar hins vegar að bera verðmatið undir stjórn lífeyrissjóðsins sem hann gerði ekki. Af þeim sökum var hlutfall veðskuldabréfsins hærra en fjárfestingastefna lífeyrissjóðsins heimilaði. Með því að fara út fyrir fjárfestingarstefnu F með fjárestingum sínum á skuldabréfum í fyrstu tveimur tilfellunum og við kaup hans skuldabréfi sem var langt umfram það verðmæti sem heimilað var í reglugerð F án vitundar og samþykkis stjórnar lífeyrissjóðsins fór K út fyrir umboð sitt og framdi brot er varaði við 249. gr. hgl. um umboðssvik.

Líklegt er að það mat á huglægri afstöðu sem fram kom í *H 1997:1765* muni koma við sögu við huglægt mat þess hvort lánveitingar þær sem gerðar voru í aðdraganda og kjölfar bankarunsins teljist ógætilegar og misnotkun á aðstöðu. Samkvæmt *H 1996:1199*, *H 1997:1765*, *H 3. mars 2005*, í máli nr. 244/2004 og dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 29. júní 2011, í máli nr. S-476/2010 eru þær lánareglur sem gilda um þann lögaðila sem lánið veitir notaðar við hlutlægt mat umboðssvikabrota starfsmanna lögaðilans. Meginþungi rökstuðnings meirihluta dóms Héraðsdóms Reykjavíkur 29. júní 2011, í máli nr. S-476/2010 fyrir sýknu ákærðu sem og minnihluta dómsins fyrir sakfellingu ákærðu snerist um hvort ákærðu hafi gætt að útlánareglum B við lánveitingu sína til EH. Við hlutlæga matið á því hvort lánveiting teljist óvarleg skiptir einnig máli hvort háttsemin sé venjuleg í starfsemi lögaðilans. Í rökstuðningi *H 1997:1765* fyrir sakfellingu ákærða sagði að háttsemi ákærða, það er lánveiting verulegrar fjárhæðar án nokkurra trygginga, hafi verið óvenjuleg og var það eitt þeirra hlutlægu atriða sem leiddi til þess að háttsemi hans var talin varða við umboðssvikaákvæði hgl. Í rökstuðningi meirihluta dóms Héraðsdóms Reykjavíkur 29. júní 2011, í máli nr. S-476/2010 fyrir sýknu ákæru sagði hins orðrétt: „Þá verður og að hafa í huga að nokkuð virðist hafa verið um það í starfsemi sparissjóðsins að lána fyrir kaupum á stofnfjárbrefum og þá eingöngu með veði í bréfunum sjálfum.“ Því virðist skipta máli við hið hlutlæga mat á umboðssvikabroti geranda hvort umfang lánveitingar og þær tryggingar sem að baki þeim liggja séu algengar í starfsemi lögaðilans. Það eitt að brjóta verklagsreglur lögaðilans nægir ekki til þess að aðilinn teljist hafa misnotað aðstöðu sína og háttsemi aðilans teljist umboðssvikabrot samkvæmt dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 29. júní 2011, í máli nr. S-

476/2010. Meirihluti héraðsdómsins sagði að ákærðu hafi vissulega brotið útlánareglur B með því að sinna ekki því hlutverki sínu að meta eignastöðu og greiðslugetu lánþegans áður en lánveitingin var framkvæmd. Það eitt og sér nægi hins vegar ekki til þess að slá því föstu að ásetningur ákærðu hafi verið til þess að misnota aðstöðu sína og stefna fé B í stórfellda hættu. Auk innri reglna fjármálastofnana, taka lög og reglugerðir einnig til lánastarfsemi bankanna og setja þeim ákveðin viðmið. Má þar nefna lög nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki sem og reglur 216/2007 um stórar áhættuskuldbindingar hjá fjármálafyrirtækjum.

5.3.2 Kröfur um auðgunarásetning í umboðssvikamálum vegna ógætilegra lánveitinga fjármálastofnana

Áður hefur verið fjallað um huglæg og hlutlæg skilyrði auðgunar og vísast til þeirrar umfjöllunar hvað varðar þau skilyrði almennt. Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 29. júní 2011, í máli nr. S-476/2010 kemur skýrt fram sú krafa sem gerð er til auðgunarásetnings hvað varðar ógætilegar lánveitingar. Meirihluti og minnihluti dómsins lögðu mismunandi mat á það hvort auðgunarásetningur ákærðu hafi verið fyrir hendi við lánveitingu B til EH. Við mat á því hvort ákærðu hafi haft ásetning til auðgunar við misnotkun á aðstöðu sinni lagði meirihlutinn til grundvallar að sparisjóðsstjórinn R hafi haft útlánaheimild til að lána allt að 1.500.000.000 kr. og rúmaðist lánveiting sú er ákærðu framkvæmdu innan þeirrar auk þess sem R hafi verið heimilt að lána þvert gegn lánareglum B. Þá taldi meirihlutinn að ekki væri hægt að slá því föstu að ákærðu hafi ekki tekið fullnægjandi veð fyrir lánveitingu B til EH. Með hliðsjón af þessum atriðum taldi meirihluti héraðsdóms að lánveiting ákærðu J og R hafi ekki falið í sér fjártjónsáhættu og ætti því að sýkna þá á ákæru um umboðssvikabrot. Minnihluti héraðsdóms taldi aftur á móti að með vísan til þess að óljóst væri að ákærði R hafi haft þá rúmu útlánaheimild sem hann fullyrðir að hann hafi haft, óvissu um stöðu B og þess að ekki var ljóst hvert virði stofnfjárbréffanna sem lagði voru sem veð fyrir lánveitingunni væri hafði háttsemi ákærðu falið í sér brot gegn ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik.

Í þessum dómi kristallast það flókna mat sem þess efnis hvort háttsemi aðila feli í sér fjártjónsáhættu á þeim tíma sem löggerningurinn er framkvæmdur. Sýna verður fram á að fjártjónsáhættan hafi verið fyrir hendi á þeim tíma sem ráðstafanirnar eru gerðar. Þá er miðað við það að líkurnar á fjártjóni og farsælum lyktum málsins skuli vera þær sömu til þess að um fjártjónsáhættu sé að ræða.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Jónatan Þórmundsson: „Auðgunarásetningur“, bls. 350.

5.3.3 Sakborningar vegna meintra umboðssvikabrota starfsmanna fjármálastofnana

Samkvæmt ákvæði 249. gr. hgl. um umboðssvik er það skilyrði þess að maður geti framið umboðssvikabrot að hann sé í aðstöðu til þess að gera eitthvað sem annar maður verður bundinn við. Hvað varðar fjármálastofnanir geta margir uppfyllt það skilyrði að vera í þeirri aðstöðu að geta gert eitthvað sem bindur aðra. Í fyrsta lagi er það stjórn fjármálastofnunarinnar sem hefur heimildir til þess að láta starfsmenn fjármálafyrirtækisins framkvæma löggæringa sem binda fjármálastofnunina. Stjórn fjármálastofnunarinnar hefur síðan heimild til þess að framselja einstökum starfsmönnum innan fjármálastofnunarinnar það vald sem þeim er veitt til þess að binda fjármálastofnunina. Hafi stjórn fjármálafyrirtækisins framselt starfsmanni vald til þess að binda fjármálafyrirtækið geta þeir starfsmenn uppfyllt skilyrði umboðssvikaákvæðisins til þess að vera gerendur umboðssvikabrots. Þessir starfsmenn geta verið forstjórar, forstöðumenn einstakra sviða eða deilda og útibússtjórar. Það er svo sá aðili sem ber endanlega ábyrgð á löggæringum sem getur orðið sakborningur vegna meints umboðssvikabrots.¹⁸⁰ Það er ekki einungis sá starfsmaður sem ber endanlega ábyrgð á löggæringnum sem getur orðið sakborningur meints umboðssvikabrots heldur einnig meðlimir í stjórn fjármálafyrirtækisins eða sá starfsmaður fjármálafyrirtækisins á grundvelli eftirlitsskyldu þeirra eða þess að þeir tóku þátt í framkvæmd löggæringansins.

5.3.4 Hugsanlegar varnir gerenda í umboðssvikamálum vegna ógætilegra lánveitinga fjármálastofnana

Gerendur í umboðssvikamálum halda því iðulega fram að þeir hafi hagað sér á þann hátt sem þeir töldu vera brotaþola fyrir bestu og lögaðili hafi með einhverjum hætti samþykkt háttsemi þeirra. Í þessu tilliti mætti hugsa sér að starfsmenn fjármálastofnana muni halda því fram að þeir hafi breytt í samræmi við stefnu fjármálastofnunarinnar og miðað við þær verklagsreglur sem um hana giltu. Eins og sjá má á fyrsta umboðssvikamálinu sem dæmt var í eftir hrun fjármálastofnanna, það er *dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 29. júní 2011, í máli nr. S-476/2010*, voru það einmitt þessar varnir sem ákærðu báru fyrir sig í því máli. Ákærði R taldi sig hafa haft heimild til þess að ganga þvert gegn lánareglum B og lána fyrir allt að 1.500.000.000 án þess að þurfa að fylgja þeim útlánareglum sem voru við lýði í B. Þá töldu ákærðu stöðu sparisjóðsins B hafa verið sterka og stofnfjárbréfin í B þar af leiðandi örugga tryggingu fyrir lánveitingu til greiðslu stofnfjárbréfanna með veði í bréfunum sjálfum. Líklegt er að dómstólar muni þurfa að meta þá fjártjónsáhættu sem háttsemi starfsmanna fjármálafyrirtækjanna hafði í för með sér og hvort um misnotkun á aðstöðu hafi verið að ræða

¹⁸⁰ Andrés Þorleifsson. „Skilyrði umboðssvika“, bls. bls.409.

með tilliti til þeirra hlutlægu atriða sem fyrir hendi eru í hverju máli fyrir sig. Þetta mat mun vera flókið og krefjast sérfræðipækkingar dómara ef vel á að takast til við matið. Mismunur á mati á auðgunarásetningi og misnotkun ákærðu í *dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 29. júní 2011, í máli nr. S-476/2010* sýnir vel hversu margslungið matið á auðgunarásetningi og misnotkun á aðstöðu getur verið og klofnaði héraðsdómur í afstöðu sinni hvað varðar þau atriði í því máli.

5.3.5 Líkleg sjónarmið við refsíákvarðanir vegna meintra umboðssvikabrota starfsmanna fjármálafyrirtækja

Eins og merkja má af *dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 29. júní 2011, í máli nr. S-476/2010* og ákærum embættis sérstaks saksóknar í Al Thani málinu og á hendur fyrrverandi starfsmönnum Glitnis eru líkur á því að verknaðarandlag í meintum umboðssvikabrotum starfsmanna fjármálafyrirtækjanna geti orðið umfangsmikið. Verknaðarandlagið samkvæmt *dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 29. júní 2011, í máli nr. S-476/2010* var rúmar 1.000.000.000 kr. sem er töluvert herra en verknaðarandlög þeirra dóma sem reifaðir hafa verið í þessari ritgerð. Það er ljóst að verknaðarandlagið í *dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 29. júní 2011, í máli nr. S-476/2010* hefði samkvæmt endurgjalds- og jafnræðissjónarmiðum átt að leiða til þungrar refsingar ef málið hefði leitt til sakfellingar. Þar sem líklegt er að verknaðarandlag meintra umboðssvikabrota starfsmanna fjármálastofnananna verði umfangsmikið er að sama skapi líkur á því að sjónarmið hvað varðar tjón brotaþola vegna brota aðilans verði metið honum til refsipýngingar.

Annað atriði sem gæti komið til athugunar við ákvörðun refsingar vegna meintra umboðssvikabrota starfsmanna fjármálafyrirtækjanna er eðli stöðu þeirra en hluthafar fjármálafyrirtækjanna máttu til að mynda ætla að þeir gætu borið ríkt traust til stjórnar fjármálastofnananna. Þá átti stjórn fjármálafyrirtækisins að geta treyst þeim aðila sem þeir veittu heimild til þess að binda fjármálafyrirtækið. Sér í lagi ef heimildin var jafn rúm og raun bar vitni hjá ákærða R í *dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 29. júní 2011, í máli nr. S-476/2010*. Fjármálafyrirtækin voru almenningshlutafélög sem störfuðu á skipulögðum fjármáلامarkaði. Af þeim sökum verður að öllum líkindum litið til þess ríka trúnaðar sem starfsmenn fjármálafyrirtækjanna rufu við meint umboðssvikabrot þeirra.

Ljóst er að mál vegna meintra umboðssvikabrota starfsmanna fjármálastofnanna eru bæði flókin og afar umfangsmikil. Því gæti við ákvörðun refsingar reynt á sjónarmið hvað varðar lengd rannsóknar sérstaks saksóknara sem og meðferð málsins fyrir dómstólum. Vegna eðlis

efnahagsbrota sem eru oftast en ekki flókin og umfangsmikil og krefjast sérfræðipækningar við rannsókn hefur rannsóknaraðilum í efnahagsbrotamálum verið veitt rúmur tími til rannsókna ef eðli og umfang málsins krefst þess. Þetta gildir sér í lagi ef rannsóknin teygir sig milli landa. Efnahagsbrotamál eru eins misjöfn og þau eru mörg og verður að meta það í hvert skipti hversu rúman tíma rannsóknaraðilum verður veittur. Til frekari umfjöllunar um málshraðaregluna vísast til kafla 4.2.5. Vegna þess hve flókin og umfangsmikil málin eru er líklegt að samstarfsvilji ákærðu við lausn málanna muni verða metinn ákærðu til mildunar refsingar.

Eins og áður hefur verið rakið hefur mikil og á köflum óvægin fjölmiðlaumfjöllun átt stað varðandi meint auðgunarbrot starfsmanna fjármálafyrirtækjanna fyrir og eftir hrun efnahagskerfisins haustið 2008. Því er líklegt að þeir sem ákærðir verða vegna meintra umboðssvikabrota muni láta á það reynda hvort fjölmiðlaumfjöllun geti haft áhrif þá refsingu þeirra til mildunar.

5.4 Sönnunar- og formkröfur í efnahagsbrotamálum

Ríkar sönnunarkröfur hafa verið gerðar til ákærvaldsins í umfangsmiklum auðgunarbrotamálum í íslenskri dómaframkvæmd í gegnum tíðina og tiltörulega lítil sakfelling. Má þar sem dæmi nefna þær kröfur sem gerðar voru til sönnunar í *H 5. júní 2008, í máli nr. 385/2007*. Þar var ákærðu JÁ og T meðal annars gefið að sök fjárdráttur með því að hafa látið B hf. greiða reikninga vegna útgjalda sem ekki voru B hf. viðkomandi. Þar voru framlagðir tölvupóstar af hálfu ákærvaldsins, en ekki var byggt á þeim sem sönnunargögnum í málinu. Hins vegar kveður við annan tón í *H 24. febrúar 2011, í máli nr. 325/2010*. Héraðsdómur sem sýknaði H af ákæru um fjárdrátt var ómerktur og málinu vísað til nýrrar aðalmeðferðar í héraði. Hæstiréttur ómerkti héraðsdóminn á þeim grundvelli að sönnunarmat hans hefði ekki tekið tillit til allra gagna í málinu og matið því mögulega rangt. Meðal málsgagna sem Hæstiréttur tiltók sem sönnunargagn var tölvubréf þar sem fram komu upplýsingar sem áhrif gætu haft á úrslit málsins. Strangar formkröfur voru gerðar til ákærvaldsins í *H 5. júní 2008, í máli nr. 385/2007*, en þar voru ákærðu T og JÁ meðal annars sakaðir um að hafa dregið FG ehf. fé með því að hafa látið B hf. greiða reikninga sem gefnir voru út af Nordica Inc. en voru rekstri B hf. óviðkomandi. Útgjöldin voru til komin vegna afborgana af lánum og rekstrarkostnaðar á skemmtibátnum Thee Viking sem eigendur FG ehf. töldu sig eiga eignarhlutdeild í. Hæstiréttur staðfesti ákvörðun héraðsdóms að sýkna af ákæru um fjárdrátt vegna fyrrgreindrar háttsemi. Rökstuðningur sýknudóms Hæstaréttar var byggður

á því að ákært hafi verið fyrir að draga fé af reikningi FG ehf. en í raun hafi fjárhæðir þær sem um ræðir í málinu runnið inn á reikning Nordica Inc. Þessi formgalli á ákæru ákæruvaldsins leiddi til sýknu ákærðu T og JÁ í málinu af þessum lið ákærunnar. Samanburður við fyrri dóma Hæstaréttar sýnir að þær formkröfur sem Hæstiréttur gerir til ákværuvaldsins í *H 5. júní 2008, í máli nr. 385/2007* eru afar strangar. Samkvæmt *H 1996:2610* var ákærði framkvæmdastjóri hlutafélags ákærður og sakfelldur fyrir fjárdráttarbrot með því að hafa dregið sér söluandvirði skuldabréfs sem lagt var inn á reikning eiginkonu hans. Samkvæmt *H 21. mars 2005, í máli nr. 372/2004* voru ákærðu, eigendur bílasölu, ákærð og sakfelld fyrir að hafa dregið sér söluandvirði bifreiðar sem þau seldu í umboði F hf. Í héraðsdómi voru ákærðu sýknuð þar sem verknaðarandlagið hafi runnið inn á reikning bílasölnunnar en þau ákærð fyrir að draga sér sölundvirðið en ekki bílasalan. Í Hæstarétti voru þau hins vegar sakfelld og ekki litið til þessa formgalla í ákæru ákæruvaldsins líkt og gert hafi verið í héraðsdómi. Það er því ljóst að misstrangar formkröfur eru gerðar til ákværuvaldsins í *H 5. júní 2008, í máli nr. 385/2007* annars vegar og *H 1996:2610*, og *H 21. mars 2005, í máli nr. 372/2004* hins vegar. Forvitnilegt verður svo að sjá hversu strangar formkröfur verða gerðar til ákæruvaldsins í málum þeim sem spretta munu upp úr hrúni íslenska fjármálakerfisins. Viðskiptafléttur félaga voru margar hverja ansi flóknar svo málin verða að öllum líkindum afar flókin og umfangsmikil. Því verður athyglisvert að sjá hvaða stefnu dómstólar taka hvað varðar formkröfur í málum er varða brot í kjölfar og eftirmálum hrúns íslensku fjármálastofnananna.

6. Saga ákvæða um fjárdrátt og umboðssvik innan auðgunarbrotakafla hgl. og hugsanlegar breytingar á auðgunarbrotakaflanum

Hvorki var að finna brotalyðsingar er samsvara ákvæðum hgl. um fjárdrátt né umboðssvik í Grágás né Jónsbók. Í Grágás var ekki gerður sá grundvallarmunur sem nú er gerður milli þjófnaðar- og fjárdráttarákvæða hgl. um vörslustöðu eigna. Því áttu brot sem í dag myndu falla undir fjárdráttarákvæði hgl. undir þjófnaðarákvæði Grágásar.¹⁸¹ Í hegningarlögunum frá árinu 1869 var fjárdráttarákvæðinu svo blandað við háttsemi um svik. Hreinræktað fjárdráttarákvæði kemur því ekki til skjalanna fyrr en í hgl. Ákvæði um umboðssvik var einnig nýmæli í hgl. Eins og rakið var í kafla 3.1.4 er það afar sjaldgæft að vísað sé sérstaklega til 2. mgr. 247. gr. hgl. í ákæru þó svo að tilefni sé til þess og hafa dómstólar látið það átölulaust. Vegna þess hve veigamaiklu hlutverki 1. mgr. 247. gr. er fengið í athugasemd með greinargerð með hgl.¹⁸² er athugunarefni hvort ekki megi afnema 2. mgr. 247. gr. hgl. Rík áhersla hefur verið lögð á vörsluskilyrði fjárdráttarákvæðis hgl. í íslenskum rétti. Algennt er að menn hafi vörslur á bæði afsali af fasteign sem og fasteignum annarra og ráðstafi þeim með ólögmætum hætti. Sökum þess mætti hugsa sér að rýmka fjárdráttarákvæðið á þann hátt að það tæki einnig til fjárdráttar á fasteignum.¹⁸³ Í dönskum, norskum og sænskum rétti hefur verið horfið frá áherslunni á vörsluástöðuna í fjárdráttarákvæðinu. Vegna aukins mikilvægis rafrænnar tækni í viðskiptum nú til dags hafa menn sjaldnast raunverulega vörslur verðmætanna. Þrennt er í stöðunni til að bregðast við þessum rafræna viðskiptamáta og auðvelda heimfærslu brota í rafrænum viðskiptum. Í fyrsta lagi er að fara sömu leið og Danir, Norðmenn og Svíar og hverfa frá þeirri áherslu sem lögð er á vörsluástöðuna í fjárdráttarákvæði 247. gr. hgl. Í öðru lagi að sameina fjárdráttarákvæði 247. gr. hgl. og umboðssvikaákvæði 249. gr. hgl. í eitt ákvæði. Í þriðja lagi er svo að taka sérstaklega fram í fjárdráttarákvæði 247. gr. hgl. að rafrænar greiðslur rúmist innan verknaðarandlags ákvæðisins.

Almennt orðlag ákvæðis 249. gr. hgl. um umboðssvik hefur í senn verið talið hafa kosti og galla. Eins og áður hefur verið rakið hefur umboðssvikaákvæðið þótt eiga vel við í nútíma viðskiptaumhverfi og líklegt að mikið muni reyna á það í málum er tengjast hruni íslenska fjármálakerfisins. Hið almenna orðlag getur hins vegar orðið til þess að erfitt sé að túlka ákvæðið á fullnægjandi hátt hvers konar háttsemi falli undir umboðssvikaákvæðið og

¹⁸¹ Jónatan Þórmundsson. „Einkenni auðgunarbrot“, bls. 449.

¹⁸² Alþt. 1939, A-deild, bls. 395.

¹⁸³ Stephen Hurwitz telur hins vegar að umboðssvikaákvæði eigi betur við um ólögmæta ráðstöfun á afsali af fasteign en fasteigninni sjálfri. Stephen Hurwitz: *Den danske Kriminalret, Speciel del* (1955), bls. 409.

notkunarmöguleikar mögulega svo margir að það samrýmist ekki meginreglu refsiréttar um skýrleika refsheimilda. Ein af vörnum þeirra grunuðu í málum er varða fall íslenska fjármálakerfisins getur orðið sú að umboðssvikaákvæðið sé svo almennt orðað að ekki sé unnt að vita með vissu hvaða háttsemi það er sem borgaranum er óheimil samkvæmt ákvæðinu. Líklegt er þó að skrif fræðimanna sem varpa ljósi á túlkun ákvæðisins, staða þeirra grunuðu og dómaframkvæmd bæði héraðs og erlendis muni verða til þess að þessari vörn verði hafnað. Hins vegar má velta því fyrir sér hvort mögulegt væri að gera umboðssvikaákvæði 249. gr. hgl. skýrara á einhvern hátt. Til dæmis með upptalningu á þeirri háttsemi sem teldist misnotkun á aðstöðu eða sérhæfðari ákvæðum í sérrefsilöggjöfum. Líta verður þó til þess að hvorki er hægt að ætlast til þess að löggjafinn geti séð fyrir um öll fyrirsjáanleg atvik og auk þess væri hætta á því að ákvæðið yrði of þungt í vöfum ef reynt yrði að sjá fyrir um alla þá háttsemi sem mögulega gæti fallið undir ákvæðið. Það er mat ritgerðarhöfundar að engin þörf sé á því að skýra ákvæði 249. gr. hgl. frekar með því að setja það fram á kasúískan hátt. Fræðimenn og dómstólar bæði hér heima og erlendis hafa á skýran hátt með skrifum sínu og dómaframkvæmd skýrt svo ekki verði um villst hvers konar háttsemi fellur undir umboðssvikaákvæðið.

7. Lokaorð

Það verður athyglisvert að fylgjast með þeirri þróun sem verður við ákvörðun refsingar á auðgunarbrotamálum eftir hrun íslenska fjármálakerfisins. Mikil reiði kraumar í samfélaginu gagnvart þeim sem nú eru til rannsóknar hjá sérstökum saksóknara og er krafan um að þeir hljóti makleg málagjöld fyrir gjörðir sínar hávær í samfélaginu. Dómarar verða nú sem endranær að hafa í huga þá skyldu sína að dæma einungis eftir lögnum skv. 61. gr. stjkskr. og 24. gr. laga um dómstóla nr. 15/1998. Dómarar mega aldrei framfylgja vilja almennings við refsíákvörðun sína á frekari hátt en vilji almennings kemur fram í lögnum. Fordæmi hafa skipað sér sess sem réttarheimild í íslenski réttarframkvæmd, bæði með skrifum fræðimanna og dómaframkvæmd. Mikilvægt er að dómarar fari ekki af braut fordæma sinna við refsíákvörðanir í auðgunarbrotamálum sem tengjast hruni íslenska fjármálakerfisins. Dómarar verða þannig að gæta jafnræðis við refsíákvörðanir sínar. Þó verður að líta til þess að aðstæður og háttsemi aðilanna sem gegndu stöðum innan hinna föllnu fjármálafyrirtækja er að ýmsu leyti fordæmalaus hvað varðar verknaðarandlög og verknaðaraðferð. Tvennt mun líklega aðallega leiða til refsipýngingar í auðgunarbrotamálum er varða brot sem tengjast fjármálastarfsemi í kjölfar og eftirmálum efnahagshrunsins. Annars vegar hversu umfangsmikil verknaðarandlögin voru og hins vegar sú staða sem aðilarnir voru í við framningu brota sinna. Það sem mun líklega aðallega koma til skoðunar til mildunar refsingu ákærðu er tímalengd rannsóknar mála hjá sérstökum saksóknara. Þó svo að þau mál sem sérstakur saksóknari hefur til rannsóknar séu vissulega umfangsmikil og flókin og eðlilegt sé að rannsókn efnahagsbrotamála taki langan tíma eru ákveðin þolmörk fyrir því hversu lengi rannsókn máls getur staðið yfir án þess að það leiði til mildunar refsingar ákærða. Í þessari ritgerð hefur verið leitt í ljós hvaða refsíákvörðunarástæður hafa komið til skoðunar við ákvörðun refsingar í fjárdráttar- og umboðssvikamálum gegnum tíðina. Þá hefur verið skoðað hvaða sjónarmið má lesa út úr dómum Hæstaréttar í fjárdráttar- og umboðssvikamálum og hvaða stefnu ritgerðarhöfundur telur heillavænlega í þeim málum til framtíðar. Framtíðarhlutverki umboðssvikaákvæðis hgl. voru gerð skil, en leiða má líkur að því að ákvæðið muni skipa nokkurn sess í ákærum sérstaks saksóknara í málum sem hann hefur til rannsóknar vegna meintra brota starfsmanna fjármálastofnana í aðdraganda og eftirmálum hruns íslenska fjármálakerfisins haustið 2008. Einnig var velt vöngum yfir því hvaða refsíákvörðunarástæður muni koma til skoðunar hjá dómstólum leiði ákæru sérstaks saksóknara til sakfellingar. Að lokum var saga fjárdráttar- og umboðssvikaákvæðanna innan

hgl. rakin í stuttu máli auk þess sem lagðar voru til endurbætur á fjárdráttarákvæðinu og hugleitt hvort umboðssvikaákvæðið væri nægilega skýrt. Fyrsti dómur er varðar meint umboðssvikabrot starfsmanna fjármálafyrirtækja eftir rannsókn sérstaks saksóknara var *dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 29. júní 2011, í máli nr. S-476/2010* og veitir hann vísbendingar um hvað koma skal í umboðssvikamálum vegna meintra umboðssvika þeirra er til rannsóknar eru hjá sérstökum saksóknara. Athuga ber þó að um er að ræða héraðsdóm sem áfrýjað var til Hæstaréttar og mun fordæmisgildi Hæstaréttardómsins veða meira, líkt og endranær. Sé litið til *dóms Héraðsdóms Reykjavíkur 29. júní 2011, í máli nr. S-476/2010* mun athugun á hlutlægu mati umboðssvikabrota beinast að því hvort menn hafi misnotað aðstöðu sína og við mat á því skoðaðar þær verklagsreglur sem giltu á þeim tíma sem ráðstafanir voru gerðar. Þá mun við mat á auðgunarásetningi reyna á það hvort háttsemin fól í sér fjártjónsáhættu á þeim tíma sem háttsemin fór fram. Við matið á fjártjónsáhættunni verður metið hvort að jafnar líkur hafi verið á því í huga geranda að málinu lykti farsælega eða á slæman hátt. Það verður fróðlegt að fá að fylgjast með framtíðarhorfum í umboðssvikamálum fyrir þá sem eru áhugasamir um lögfræði og rétta lagalega niðurstöðu í dómsmálum

Heimildaskrá

Alþingistíðindi.

Andenæs, Johs: *Formuforbrytelserne*. 4. útg. 1986. Osló.

Andrés Þorleifsson: „Skilyrði umboðssvika“. *Úlfjótur*, 62. árg. 4. tbl. 2009, bls. 365-419. Reykjavík 2009.

Baumer, Eric, Helgi Gunnlaugsson, Kristrún Kristinsdóttir og Richard Wright: *Skýrsla til íslenskra stjórnvalda um rannsókn á ítrekunartíðni afbrota*. 2000.

Eiríkur Tómasson: *Meginreglur opinbers réttarfars*. Reykjavík 2005.

Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*. Reykjavík 1999.

Greve, Vagn og Thomas Elkholt: *Forbrydelserne*. 2. útg. 2009. Kaupmannahöfn.

Greve, Vagn, Gorm Toftegaard Nielsen og Asbjørn Jensen. *Kommenteret straffelov, Speciel del*. 6. útg. 1997. Kaupmannahöfn.

Greve, Vagn, Bent Unmack Larsen og Per Lindegaard: *Kommenteret straffelov, speciel del*. 2. útg. 1980. Haderslev.

Helgi I. Jónsson. „Heimildir dómstóla til að beita ólögum mæltum meginreglum við ákvörðun refsingar“. *Afmælisrit: Jónatan Þórmundsson sjötugur, 19. desember 2007*. Reykjavík 2007, bls. 253-273.

Hurwitz, Stephen: *Den danske Kriminalret, speciel del*. 1955. Kaupmannahöfn.

Jón Þór Ólason. „Auga fyrir auga. Markmið refsinga og þróun viðurlagakerfisins“. *Úlfjótur*, 57. árg. 2. tbl. 2004, bls. 201-232. Reykjavík 2004.

Jón Þór Ólason. „Samfélagsþjónusta í íslenskum rétti“. *Úlfjótur*, 54. árg. 1. tbl. 2001, bls. 5-40. Reykjavík 2001.

Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsiaþbyrgð I*. Reykjavík 1999.

Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsiaþbyrgð II*. Reykjavík 2002.

Jónatan Þórmundsson: „Auðgunarásætningur“. *Lindæla*, 2001, bls. 339-356. Reykjavík 2001.

Jónatan Þórmundsson: „Einkenni auðunarbrot“. *Tímarit lögfræðinga*, 4. tbl. 58. árg. 2008, bls. 403-463. Reykjavík 2008.

Jónatan Þórmundsson: „Fjárdráttur“. *Úlfjótur*, 3. tbl. 60. árg. 2007, bls. 535-588. Reykjavík 2007.

Jónatan Þórmundsson: „Umboðssvik“. *Tímarit Lögréttu*, 2. tbl. 4. árg. 2007, bls. 171-188. Reykjavík 2007.

Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*. Reykjavík 1992.

Meilby, Finn og Ulla Høg: „Mandatsvig“. *Juristen*, 2. tbl. 1985, bls. 41-54. Kaupmannahöfn 1985.

Ragnheiður Bragadóttir: „Samfélagsþjónusta – á réttri leið?“. *Afmælisrit. Þór Vilhjálmsson sjötugur, 9. júní 2000*. Reykjavík 2000.

Ragnheiður Bragadóttir: „Villan og hið ólögmeta atferli hins brotlega“. *Útljótur*, 1. tbl. 38. árg. 1985, bls. 3-52. Reykjavík 1985.

Sigurður Tómas Magnússon og Hildigunnur Ólafsdóttir: *Ákvörðun refsingar*. Reykjavík 2003.

Skýrsla Rannsóknarnefndar Alþingis um aðdraganda og orsök falls bankanna og tengda atburði. Rannsóknarnefnd Alþingis skv. lögum nr. 142/2008. Reykjavík 2010.

Waaben, Knud: *Strafferettens specielle del*. 1983. Viborg.

Þorgeir Njálsson: „Hugleiðingar um ákvörðun refsingar“. *Tímarit lögfræðinga*, 1. tbl. 46. árg. 1996, bls. 13-22.

Dómaskrá

Dómar Hæstaréttar.

H 1969, í máli nr. 150/1968, bls. 935
H 1978, í máli nr. 199/1978, bls. 1055
H 1981, í máli nr. 95/1981, bls. 1534
H 1983, í máli nr. 187/1982, bls. 1021
H 1991, í máli nr. 19/1991, bls. 936
H 1996, í máli nr. 146/1996, bls. 2610
H 1996, í máli nr. 23/1996, bls. 1199
H 1996, í máli nr. 53/1996, bls. 2610
H 1998, í máli nr. 435/1997, bls. 677
H 1997, í máli nr. 6/1997, bls. 1765
H 1998, í máli nr. 227/1998, bls. 3393
H 1999, í máli nr. 493/1998
H 1999, í máli nr. 22/1999
H 1999, í máli nr. 136/1999
H 2004 í máli nr. 111/2004
H 2003, í máli nr. 393/2002
H 2005, í máli nr. 244/2004
H 2005, í máli nr. 312/2004
H 2005, í máli nr. 372/2004
H 2005, í máli nr. 524/2004
H 2005, í máli nr. 525/2004
H 2006, í máli nr. 150/2005
H 2006, í máli nr. 532/2005
H 2007, í máli nr. 392/2006
H 2008, í máli nr. 385/2007.
H 2008 í máli nr. 47-48/2008
H 2009, í máli nr. 406/2009
H 2010, í máli nr. 763/2009
H 2010, í máli nr. 70/2010
H 2011, í máli nr. 325/2010
H 2010, í máli nr. 351/2010
H 2011, í máli nr. 45/2011
H 2011, í máli nr. 184/2011
H 2012, í máli nr. 279/2011
H 2012, í máli nr. 592/2011
H 2012, í máli nr. 682/2011
H 2012, í máli nr. 683/2011
H 2012, í máli nr. 684/2011
H 2012, í máli nr. 685/2011

Dómar héraðsóms.

Hd. Rvk. 1. júní 2004 (Íslenski dansflokkurinn)
Hd. Rvk. 23. júní 2004 (Landssímamálið)

Hd. Rvk. 17. mars 2005 (Vátryggingamiðlun ehf)
Hd. Rvk. 21. apríl 2010, í máli nr. S-1282/2009
Hd. Rvk. 30. júní 2011 í máli nr. S-1282/2009
Hd. Rvk. 29. júní 2011, í máli nr. S-476/2010
Hd Rkn. 17. nóvember 2011 í máli nr. S-463/2011

Sænskir dómur
NJA 2003, bls. 414.