

**Meðferð mála er varða kynferðisbrot gegn
börnum á aldrinum 15-18 ára í
barnaverndar- og réttarvörslukerfinu**

Bára Brynjólfsdóttir
Lokaverkefni við Hug- og félagsvísindasvið

**Meðferð mála er varða kynferðisbrot gegn
börnum á aldrinum 15-18 ára í
barnaverndar- og réttarvörslukerfinu**

Bára Brynjólfsdóttir

Lokaverkefni til 120 eininga M.L.-prófs við Hug- og félagsvísindasvið

Leiðbeinandi: Sigríður Elsa Kjartansdóttir

Yfirlýsing

- a) Ég lýsi því hér með yfir að ég ein er höfundur þessa verkefnis og að það er ágóði eigin rannsókna

Bára Brynjólfsdóttir

- a) Það staðfestist hér með að lokaverkefni þetta fullnægir að mínum dómi kröfum til M.L.-prófs við Hug- og félagsvísindasvið

Sigríður Elsa Kjartansdóttir

Útdráttur

Kynferðisbrot gegn börnum eru alvarlegustu afbrot sem hægt er að hugsa sér í mannlegu samfélagi. Ísland hefur undirgengist ýmsar þjóðaréttarlegar skuldbindingar til að vernda rétt barna í hvítvetna. Börn eru berskjaldaðri en fullorðnir einstaklingar og því ber að veita þeim sérstaka vernd umfram fullorðna og getur það átt við um 15-18 ára börn sem og 14 ára og yngri. Í ritgerðinni er sérstaklega kannað hvernig réttarvernd 15-18 ára barna er háttáð í íslenskri löggjöf og hvort og þá sérstaklega hvernig þessum aldurshópi er tryggt nægjanleg réttarvernd í kynferðisbrotamálum. Einstaklingar í þessum aldurshóp virðast ýmist vera taldir til barna eða fullorðna og fer það að mestu leyti eftir því réttarsambandi sem um ræðir hverju sinni. Megininntak ritgerðarinnar er aðallega umfjöllun um réttarvernd brotaþola á aldrinum 15-18 ára en einnig er litið til ungra geranda sem eru undir 18 ára aldri og hvernig réttarvernd og meðferð í þeirra málum er háttáð. Fjallað er sérstaklega um meðferð kynferðisbrotamála bæði í barnaverndar- og réttarvörslukerfinu með tilliti til könnunar máls, málsmeðferðar, sönnunar, skýrslutöku, aðildar að málum og meðferðarúrræða svo eitthvað sé nefnt. Skoðað var sérstaklega hvaða meðferð mál hljóta hjá barnaverndarnefnd ef ekki er óskað eftir lögreglurannsókn. Jafnframt voru alvarleikastig kynferðisbrota skoðuð með hliðsjón af skilgreiningum og viðmiðum barnaverndarnefndar og hins vegar skilgreiningum og viðmiðum réttarvörslukerfisins. Samspil barnaverndarkerfisins og réttarvörslukerfisins er afar mikilvægt í kynferðisbrotamálum því málin eru oft til meðferðar hjá tveimur aðilum á sama tíma. Eftir könnun á meðferð kynferðisbrotamála virðist sem réttarvernd 15-18 ára barna sé ekki nægilega tryggð í íslenskri löggjöf þó að skyldan sé sannarlega til staðar.

Abstract

Sexual offenses against children are one of the most brutal and serious offenses that can be thought of in human society. Iceland has undertaken a number of international obligations to protect children's rights in all respects. Children are more vulnerable than adults and for that reason it is very important to provide them special protection and it should not matter whether they are 15-18 years old or 14 years old or younger. In this thesis it will be especially explored how children at the age of 15-18 year old are protected in Icelandic legislation and how adequate legal protection is guaranteed in sexual offence cases. This age group seems often to be on the verge of being considered a child or adult, depending largely on the rights in question. The main focus in the thesis is how the victim's rights at the age of 15-18 years old in sexual offence cases are protected but the focus will also be on young perpetrators who are under 18 years of age and how they are guaranteed rights and how their cases are handled. Processes of sexual cases in the child welfare system and in the criminal justice system will be given a lot of thought. It was especially important to focus on how the child welfare system handles sexual offence cases that are reported if police investigation is not required. Furthermore, it was examined how the child welfare system define types and severity of sexual offences and also how the criminal justice system defines it. Cooperation of the child welfare system and the criminal justice system is very important in sexual offence cases due to these two parties are often both handling cases at the same time. It seems as if 15-18 year old children are not provided adequate legal protection in sexual offence cases even though the obligation is truly before hand.

Þakkarorð

Ég vil byrja á að þakka leiðbeinanda mínum, Sigríði Elsu Kjartansdóttir, kærlega fyrir góða leiðsögn og ábendingar við gerð ritgerðarinnar. Einnig vil ég þakka viðmælendum mínum sem gáfu sér tíma til að svara spurningum og deildu með mér þekkingu sinni og reynslu.

Þá vil ég færa, móðir minni Guðrúnu Sverrisdóttir, systir minni Hallfríði Brynjólfsdóttir og Þóri Halldórssyni, hjartans þakkir fyrir að gefa af dýrmætum tíma sínum með því aðstoða mig við yfirlestur og uppsetningu ritgerðarinnar.

Að lokum þakka ég Agli Sölva, dóttir minni Selmu Dögg og syni mínum Brynjólfi Darra og öllum þeim sem standa mér næst innilega fyrir mikla þolinmæði og umburðarlyndi og síðast en ekki síst ómetanlegan stuðning og hvatningu í laganáminu.

Efnisyfirlit

Efnisyfirlit	1
1 Inngangur	3
2 Kynferðisbrot	5
2.1 Réttarvernd barna gegn kynferðislegu ofbeldi	6
2.1.1 Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins	7
2.1.2 Samningur Evrópuráðsins	7
3 Hugtakið barn í íslenskum rétti	9
3.1 15-18 ára barn í skilningi íslenska réttarvörslukerfisins	9
3.2 Ósakhæfir gerendur	11
3.3 Sakhæfir gerendur á aldrinum 15-18 ára	12
4 Upphaf máls í barnaverndarkerfinu	14
4.1 Tilkynningarskylda til barnaverndarnefndar	17
4.2 Könnun barnaverndarmáls	18
4.2.1 Könnunarviðtalið.....	20
4.2.2 Barnahús.....	20
4.3 Rannsóknarheimildir barnaverndarnefnda	22
4.4 Réttarstaða barna í barnaverndarmáli	23
4.4.1 Úrræði fyrir unga gerendur kynferðisbrota	24
4.4.2 Samantekt um réttarstöðu ungra geranda	25
5 Upphafs máls í réttarvörslukerfinu	26
5.1 Réttargæslumaður.....	26
5.2 Rannsókn lögreglu.....	27
5.2.1 Rannsóknaraðferðir	30
5.2.2 Lok máls hjá lögreglu.....	32
5.3 Skýrslutaka af börnum á aldrinum 15-18 ára	33
5.4 Mál sent til ríkissaksóknara.....	38
5.5 Sönnun í kynferðisbrotamálum	39
5.5.1 Sönnunargögn.....	41
5.5.2 Niðurfellingar mála og lok máls.....	42
5.6 Hámarkstími meðferðar kynferðisbrotamála.....	44
6 Kynferðisbrotakafli hgl.	45
6.1 Ákvörðun refsingar.....	46

6.1.1	Lögmæltar refsíákvörðunarástæður.....	48
6.1.2	Ólögmæltar refsíákvörðunarástæður.....	50
6.2	Ákvæði 200. gr. hgl., sífjaspell.....	50
6.3	Ákvæði 201. gr., trúnaðarbrot.....	52
6.4	Ákvæði 202. gr.....	54
6.4.1	Ákvæði 3. mgr. 202. gr. hgl., tæling.....	55
6.5	Breytingar á 200. -202. gr. hgl.....	56
6.6	Önnur lagaákvæði.....	59
6.7	Ákvæði 199. gr., kynferðisleg áreitni.....	60
6.8	Ákvæði 209. gr., brot gegn blygðunarsemi.....	61
6.9	Ákvæði 194. gr., nauðgun, ólögmæt nauðung og misneyting.....	62
6.9.1	Verknaðaraðferð sem beitt er við nauðgun.....	64
6.9.2	Ofbeldi og hótun.....	64
6.9.3	Misneyting.....	67
7	Skýrsla samráðshóps forsætisráðherra.....	68
8	Lokaorð og helstu niðurstöður.....	69
9	Heimildaskrá.....	73
10	Dómaskrá.....	78
11	Lagaskrá.....	79
Viðauki I.....		80
	SOF-flokkunarkerfið.....	80

1 Inngangur

Kynferðisbrot eru talin vera á meðal alvarlegustu afbrota sem framin eru gegn börnum. Það er því nauðsynlegt að til staðar sé viðunandi löggjöf og verndarráðstafanir til verndar börnum til 18 ára aldurs. Börn eru berskjaldaðri en fullorðnir einstaklingar og ber því að veita þeim sérstaka vernd umfram fullorðna, óháð því hvort þau eru á aldrinum 15-18 ára eða 14 ára og yngri. Höfundur er sérstaklega hugleikin réttarvernd 15-18 ára barna í íslenskri löggjöf og þótti því ekki úr vegi að hefja könnun á því hvort og þá hvernig þessum aldurshópi er tryggð nægjanleg réttarvernd í kynferðisbrotamálum. Megininntak ritgerðarinnar er aðallega um réttarvernd brotþola á aldrinum 15-18 ára en einnig verður litið til ungra geranda.

Í upphafi ritgerðarinnar verður fjallað almennt um kynferðisbrot og afleiðingar þess og jafnframt hvernig börnum er tryggð réttarvernd í lögum gegn kynferðislegu ofbeldi. Enn fremur verður Samningi Evrópuráðsins um vernd barna gegn kynferðislegri misneytingu og kynferðislegri misnotkun tileinkuð sérstök umfjöllun og er hún til þess fallin að kanna nánar hvaða skyldur samningurinn leggur á herðar Íslands varðandi löggjöf um kynferðisbrotamál.

Í öðrum kafla verður leitast við að kanna hvernig orðið barn er skilgreint í íslenskri löggjöf og skoðað sérstaklega hvort einstaklingar á aldrinum 15-18 ára teljast vera barn í skilningi íslenska réttarvörslukerfisins þegar kemur að kynferðisbrotum. Þá verður stiklað á stóru um unga gerendur og er sú umfjöllun til þess fallin að skoða nánar hvernig þeirra málum er háttað í réttarkerfinu. Í ritgerðinni verður orðið barn notað um 15-18 ára einstaklinga en ekki unglingur eða ungmenni enda eru einstaklingar undir 18 ára aldri skilgreindir sem barn í íslenskri löggjöf.

Í þriðja kafla verður fjallað ítarlega um meðferð kynferðisbrotamála í barnaverndarkerfinu. Kannað verður hvernig tilkynningar berast um kynferðisbrot gegn börnum, hvernig verkferlar eru hjá barnaverndarnefndum og er þá tilgangurinn aðallega að fjalla um hvernig málsmeðferð er háttað, hvers eðlis brotin þurfa að vera til að eitthvað verði aðhafst (minniháttar og meiriháttar), hvort aldur geranda og brotþola skipti máli, hver telst vera aðili máls og einnig verður sérstaklega fjallað um unga gerendur þegar kynferðisbrot teljast vera minniháttar og mál fer ekki í lögreglurannsókn. Einnig verður kannað hvort og þá hvaða úrræði séu til staðar fyrir unga gerendur og í hvaða tilfellum og hvers eðlis brotið þarf að vera til að leitað sé úrræða.

Í fjórða kafla verður fjallað um rannsókn kynferðisbrota gegn börnum og ferli málanna almennt í réttarvörslukerfinu. Mikilvægt er að gera sér grein fyrir sérstöðu þessara mála, sérstaklega á rannsóknarstigi. Tímalengd málanna í kerfinu verður könnuð að einhverju leyti og hvort þessi mál hafi forgang. Fjallað verður um sönnun og sönnunargögn, skýrslutökur af 15-18 ára börnum, ástæður þess að málin eru felld niður, lyktir málanna og réttindi og réttarstaða brotþola. Ekki verður sérstakur kafli um dómsmeðferð í ritgerðinni enda er hún ekki frábrugðin því sem almennt er í sakamálum. Þinghald er lokað eins og almennt í kynferðisbrotamálum og brotþólinn gefur skýrslu fyrir dómi eins og önnur vitni í sakamálum eftir að aldursmarkið var lækkað í 15 ár.

Í fimmta kafla er umfjöllun um ákvörðun refsingar í kynferðisbrotamálum og umfjöllun um nokkur ákvæði kynferðisbrotakafla almennra hegningarlaga nr. 19/1940 (hér eftir hgl.) sem vernda 15-18 ára börn sérstaklega. Fjallað verður þau ákvæði sem koma helst til álita í dómaframkvæmd þegar um er að ræða börn í þessum aldurshópi og hvort þeim sé veitt viðunandi réttarvernd. Loks verður athugað og þá hvernig litið er til aldurs brotþola og geranda við ákvörðun refsingar. Markmið umfjöllunar í þessum kafla er að kanna sérstaklega aldursaðgreiningu sem gerð er í kynferðisbrotakafla hgl. (hér eftir XXII. kafla) almennt.

Nýlega hafa verið gerðar breytingar á 200.- 202. gr. hgl. en ákvæðin verða rakin eins og þau voru áður en lög nr. 37/2013 um breytingu á hgl. (kynferðisbrot gegn börnum í fjölskyldu- og öðrum trúnaðarsamböndum) tóku gildi. Er það gert í ljósi þess að vinnsla ritgerðarinnar var á lokastigi þegar þau voru sett. Sérstakur kafli verður þó um þessar breytingar með tilliti til 15-18 ára aldurshópsins. Jafnframt hafa nýlega verið kynntar ýmsar aðgerðir af hálfu ríkisstjórnarinnar sökum neyðarástands sem talið er ríkja vegna kynferðisbrota gegn börnum. Voru þær aðgerðir kynntar þegar vinnsla ritgerðarinnar var á lokastigi og verður því stuttlega fjallað um þær. Að lokum verður gerð grein fyrir helstu niðurstöðum varðandi réttarvernd 15-18 ára barna og meðferð kynferðisbrotamála í barnaverndar- og réttarvörslukerfinu.

Á næturnar á meðan fullorðna fólkið svaf eftir annasaman dag vakti ófreskjan og lét stúlkuna fara höndum um lim sinn og stinga honum í munninn og þegar líkami litlu stúlkunnar fór að breytast lagðist ófreskjan ofan á hana og hafði við hana samræði. Þegar stúlkan grét sagðist hann mundu segja afa hennar og ömmu hvað hún væri ljót og ógeðsleg stelpa, enginn mundi vilja eiga hana, svo að stúlkan þagði og fannst hún sjálf vera ófreskja.¹

2 Kynferðisbrot

Kynferðisbrot gegn börnum er eitt grófasta afbrot sem hægt er að hugsa sér í mannlegu samfélagi. Ef börn eru á einhverjum tímapunkti í æsku sinni misnotuð kynferðislega hefur það víðtæk áhrif og sá skaði sem þau verða fyrir er verulegur, afleiðingarnar eru oft langvarandi og jafnvel varanlegar, óháð aldri.² Þegar kynferðisbrot á sér stað hefur gerandinn stjórn á aðstæðum og er gerandinn í mörgum tilfellum einstaklingur sem barnið þekkir og treystir.³ Eftirfarandi hugtök falla undir kynferðislegt ofbeldi: kynferðisleg misnotkun, kynferðisleg áreitni, kynferðislegt ofbeldi og sífjaspell.⁴

Kynferðislegt ofbeldi felur í sér að kynferðislegum athöfnum, orðum eða myndum er beitt gegn vilja þess sem fyrir ofbeldinu verður svo hann hlýtur skaða af. Kynferðislegt ofbeldi miðar að því að lítillækka, auðmýkja, ráða yfir og skeyta ekki um vilja eða líðan þess sem fyrir því verður.⁵

Brotið er gegn kynfrelsi einstaklingsins þegar gerandi sýnir kynferðislega hegðun án þess að vera fullviss um að hann hafi fullgilt samþykki brotaþola.⁶ Kynferðisofbeldi er því ógn við persónuleg mörk.⁷ Samkvæmt skilgreiningum í bókinni *Verndum þau* á kynferðislegu ofbeldi er oft erfitt að gera sér grein fyrir, í öllum tilvikum, hvenær atvik hættir að vera kynferðislegt athæfi sem báðir eða allir einstaklingar eru samþykkir og snýst upp í kynferðislegt ofbeldi/áreitni. Þessi mörk eru ekki alltaf skýr.⁸ Þetta getur verið einstaklingsbundið, það er að segja, hvar einstaklingur setur mörkin. Eftir því sem börn eru eldri eru kynferðisbrotin oft alvarlegri og grófari. Það fer oftast ekki á milli mála þegar um er að ræða gróft kynferðisbrot en málið vandast þegar brotin eru talin minniháttar. Því standa án efa barnaverndarnefndir frammi fyrir því vandmeðfarna verkefni að leggja mat á hvað telst vera kynferðislegt ofbeldi, kynferðisleg áreitni eða hvers konar kynferðisleg hegðun sem telst vera óviðeigandi í hverju

¹ Kristín Marja Baldursdóttir: *Óreiða í striga*, bls. 409.

² Ólöf Ásta Farestveit og Þorbjörg Sveinsdóttir: *Verndum þau*, bls. 11.

³ Ólöf Ásta Farestveit og Þorbjörg Sveinsdóttir: *Verndum þau*, bls. 11.

⁴ Ólöf Ásta Farestveit og Þorbjörg Sveinsdóttir: *Verndum þau*, bls. 11.

⁵ Ólöf Ásta Farestveit og Þorbjörg Sveinsdóttir: *Verndum þau*, bls. 10.

⁶ Atli Gíslason og Jóhanna Katrín Magnúsdóttir: „Réttarvernd kynfrelsis“, bls. 24.

⁷ Sigrún Sigurðardóttir og Sigríður Halldórsdóttir: „Þögn þjáning – samanburður á áhrifum kynferðislegs ofbeldis í bernsku á heilsufar og líðan íslenskra karla og kvenna“, bls. 319.

⁸ Ólöf Ásta Farestveit og Þorbjörg Sveinsdóttir: *Verndum þau*, bls. 24.

og einu tilviki. Lögregla og ákærvald þurfa jafnframt að reyna að heimfæra brot undir viðeigandi lagaákvæði í XXII. kafla hgl.

Þegar börn eru á aldrinum 15-18 ára eru þau oftast nær orðin nægilega þroskuð til að gera sér grein fyrir hvenær farið er yfir kynferðisleg mörk þeirra. Þegar um unglinga er að ræða er gerandi oftast orðinn kynþroska og beinist því atburðurinn sem slíkur væntanlega að því að fullnægja kynferðislegum þörfum viðkomandi. Þetta þarf að meta í hverju og einu tilviki, því hvert og eitt atvik er ólíkt. Samkvæmt nálgun í bókinni *Verndum þau*⁹ koma ýmis atriði fram til að meta hvort um sé að ræða kynferðislegt ofbeldi ungs geranda. Í bókinni segir að kynferðisofbeldið sé hegðunarvandamál frekar en ofbeldi og leita þurfi leiða til að aðstoða ungmenni til að koma í veg fyrir að hegðunin endurtaki sig. Ýmis sjónarmið liggja þar að baki og verður það kannað frekar í umfjöllun um unga gerendur.

2.1 Réttarvernd barna gegn kynferðislegu ofbeldi

Í 3. mgr. 76. gr. stjórnarskrá Lýðveldisins Ísland nr. 33/1944 (hér eftir stjskr.) er ákvæði þess efnis að börnum skal tryggð sú vernd og umönnun að lögum sem velferð þeirra krefst. Velferð barna og það sem velferð barna krefst er ávallt að þau verði ekki fyrir kynferðislegu ofbeldi í neinni mynd. Það ber skilyrðislaust að vernda börn, bæði fyrir kynferðisofbeldinu og afleiðingum þess. Þá eru ákvæði í barnaverndarlögum nr. 80/2002 (hér eftir bvl.) sem tryggja almennt vernd barna gegn kynferðislegu ofbeldi. Samkvæmt 1. gr. bvl. eiga börn rétt á vernd og umönnun og skulu þau njóta réttinda í samræmi við aldur sinn og þroska. Í 98. gr. bvl. er áréttað að:

ef þeir sem hafa barn í sinni umsjá misþyrma því andlega eða líkamlega, misþjóða því kynferðislega eða á annan hátt, vanrækja það andlega eða líkamlega þannig að lífi eða heilsu þess sé hættu búin þá varðar það fangelsi allt að fimm árum nema þyngri refsing liggji við samkvæmt öðrum lögum.

Í 99. gr. bvl. segir að:

hver sem beitir barn refsingum, hótunum eða ógnunum og ætla má að slíkt skaði barnið andlega eða líkamlega skal sæta sektum eða fangelsi. Hver sem sýnir barni yfirgang, ruddalegt eða ósiðlegt athæfi, særir það eða móðgar skal sæta sektum eða fangelsi.

Ákvæði XXII. kafla hgl. veita einnig börnum réttarvernd. Eru ákvæðin mörg hver aldurstengd og er því gerður greinarmunur á réttarvernd 14 ára og yngri samanborið við 15 ára og eldri.

⁹ Ólöf Ásta Farestveit og Þorbjörg Sveinsdóttir: *Verndum þau*, bls. 25.

Börn undir 18 ára aldri er því ekki veitt skilyrðislaus vernd gegn hvers kyns kynferðislegu ofbeldi eða áreitni. Nánar verður fjallað um ákvæðin í 6. kafla.

2.1.1 Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins

Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins (hér eftir barnasáttmálinn) vernda börn almennt og gegn kynferðislegu ofbeldi. Í 19. gr. barnasáttmálans kemur meðal annars fram að:

aðildarríki skulu gera allar viðeigandi ráðstafanir á sviði löggjafar, stjórnsýslu, félags- og menntunarmála til að vernda börn gegn hvers kyns líkamlegu ofbeldi, meiðingum, misnotkun, vanrækslu, skeytingarleysi, illri meðferð eða notkun, þar á meðal kynferðislegri misnotkun, meðan það er í umsjá annars eða beggja foreldra eða nokkurs annars sem hefur það í umsjá sinni.

Í 34. gr. er áréttað að aðildarríki skuli skuldbinda sig til að vernda börn gegn hvers kyns misnotkun í kynferðislegum tilgangi. Í því skyni skulu þau gera allt sem við á, bæði innanlands og með tvíhliða ráðstöfunum til að koma í veg fyrir:

- að barn sé talið þvingað til að taka þátt í hvers konar ólögumætri kynferðislegri háttsemi
- að börn séu notuð til vændis eða annarra ólögumætra kynferðisathafna
- að börn séu notuð í klámsýningum eða til að búa til klámefni.

Samkvæmt þessu gerir barnasáttmálinn ekki greinarmun á barni sem er 14 ára eða 16 ára svo framarlega sem barn er skilgreint sem barn í lögum. Barnasáttmálinn skilgreinir alla einstaklinga undir 18 ára aldri sem börn. Það ber því skilyrðislaust að vernda 16 ára og 17 ára börn fyrir hvers kyns kynferðislegu ofbeldi, líkt og gildir um 14 ára og yngri.

2.1.2 Samningur Evrópuráðsins

Gerðar hafa verið nokkrar breytingar á XXII. kafla hgl. í þeim tilgangi að Ísland geti staðið við samningsskuldbindingar samkvæmt Evrópuráðssamningnum um vernd barna gegn kynferðislegri misneytingu og kynferðislegri misnotkun.¹⁰ Lögin tóku gildi 11. júní sem lög nr. 58/2012. Ekki voru gerðar róttækar breytingar á XXII. kafla hgl. því löggjafinn telur núverandi löggjöf vera að mestu leyti í samræmi við ákvæði samningsins.

¹⁰ The convention on the protection of children against sexual exploitation and sexual abuse 2007, svokallaður Lanzarote samningur. Breytingar voru gerðar á fyrningarfresti brota sem lúta að vændi barna, þátttöku barna í nektarsýningum og mansali á börnum. Enn fremur að refsivert verði að mæla sér mót við barn með samskiptum á alnetinu eða með annarri upplýsinga- eða fjarskiptatækni í því skyni að hafa við það samræði, önnur kynferðismök eða áreita barnið kynferðislega með öðrum hætti. Einnig að bætt verði við hgl. sérstöku ákvæði um barnaklám, að gert verði refsivert þegar einstaklingar, sem náð hafa 18 ára aldri en eru í hlutverki barns, eru sýndir á kynferðislegan eða klámfenginn hátt.

Hér verða talin upp nokkur ákvæði í samningnum sem tengjast efni ritgerðarinnar. Í 1. gr. kemur fram hvert er markmið samningsins og er það að koma í veg fyrir og berjast gegn kynferðislegri misneytingu og kynferðislegri misnotkun á börnum. Það ber að vernda réttindi barna sem eru brotapolar kynferðislegrar misnotkunar og misneytingar og nauðsynlegt er að efla baráttuna gegn þessu tvennu. Þá er í 2. gr. áréttuð meginreglan um bann við mismunun og að vernda beri rétt brotþola án mismununar. Samningurinn leggur þá skyldu á herðar samningsaðila að gera nauðsynlegar ráðstafanir með lagasetningu eða öðrum hætti að vekja þá til vitundar, sem eiga regluleg samskipti við börn um vernd og réttindi barna, sbr. 5. gr. Þessir aðilar skulu hafa fullnægjandi þekkingu á kynferðislegri misneytingu og kynferðislegri misnotkun á börnum og á aðferðum til að greina slíkt. Skilja má þetta ákvæði sem svo að það geti átt við um alla þá aðila sem eiga regluleg samskipti við börn og má þar nefna starfsfólk grunnskóla, íþróttahreyfinga, leikskóla og fleiri aðila. Þá er í 6. gr. lögð skylda á að börnin sjálf fái fræðslu um kynferðislegt ofbeldi og hvernig þau eigi að verja sig. Enn fremur er ákvæði um að samningsaðilum beri að bregðast við í tilfellum geranda sem byggist á því að meta áhættu og koma í veg fyrir hættu á að brot verði framin. Í 16. gr. er mikilvægt ákvæði er varðar gerendur. Samningsaðilar eru skyldaðir til að aðlaga áætlanir eða ráðstafanir að þroska þeirra barna sem gera sig sek um kynferðisbrot, með það að markmiði að takast á við kynferðisleg hegðunarvandamál ungra geranda. Þá segir í 18. gr. að hver samningsaðili skuli ákveða kynferðislegan lágmarksaldur. Í samningnum er ekki lagt fortakslaust bann við kynlífsathöfnum á milli ólögráða barna, hins vegar verður að vera um að ræða *gagnkvæmt samþykki* þeirra. Í 30. gr. er fjallað um rannsókn, saksókn og réttarfarsreglur og þar er áréttuð að taka skuli mið af hagsmunum og réttindum barns og tryggja að rannsókn brota og dómsmeðferð geri ekki áfallið sem börn verða fyrir verra. Tryggja ber skilvirka rannsókn ásamt saksókn og einnig skal rannsókn mála er varða kynferðisbrot hafa forgang og vera án réttmætra tafa. Auk þess er tekið fram í 31. gr. að vernda skuli og gæta hagsmuna brotþola sem vitnis á öllum stigum rannsóknar brota og dómsmeðferðar. Þetta ákvæði tekur til dæmis til núverandi fyrirkomulags skýrslutöku af börnum á aldrinum 15-18 ára í íslensku réttarvörslukerfi. Í 35. gr. er nánar fjallað um reglur sem varða viðtöl við börn og hvernig þau viðtöl skuli fara fram. Ákvæðin í samningnum eru nokkuð ítarleg og leggja víðtækar skyldur á samningsaðila. Ákvæðin eru til þess fallin að vernda rétt barna enn frekar sem verða fyrir kynferðislegu ofbeldi. Ísland hefur nú þegar tekið afstöðu til þeirra skyldna sem samningurinn gerir til samningsaðila og gert lagabreytingar. Hvort þær lagabreytingar séu fullnægjandi verður ekki svarað hér.

3 Hugtakið barn í íslenskum rétti

Skilgreiningar á hugtakinu barn má finna í 1. másl. 1. mgr. 3. gr. bvl. Í ákvæðinu kemur fram að þegar um er að ræða barn er átt við þá einstaklinga sem eru yngri en 18 ára.¹¹ Þá er í lögræðislögunum nr. 71/1997 gert ráð fyrir að einstaklingur sé barn þar til hann hefur náð 18 ára aldri og er þar með orðið lögráða, sbr. 1. gr. lögræðislaganna. Í 1. gr. barnasáttmálans segir að í samningnum merkir barn hvern þann einstakling sem ekki hefur náð 18 ára aldri, nema hann nái fyrr lögræðisaldri samkvæmt lögum þeim sem hann lýtur. Barn á því almennt að teljast vera barn til 18 ára aldurs með þeim réttindum og skyldum sem því fylgir. Í 3. gr. Evrópuráðssamningsins um vernd barna gegn kynferðislegri misneytingu og kynferðislegri misnotkun merkir orðið barn sérhvern einstakling undir 18 ára aldri. Það er því ekki vafa bundið að löggjöfin skilgreinir einstakling undir 18 ára aldri sem barn. Davíð Þór Björgvinsson segir þó í bók sinni *Barnaréttur* að ekki sé unnt að skilgreina hugtakið barn í lögum þannig að við eigi í öllum tilvikum og segir að meta þurfi í hverju tilfelli fyrir sig hvort um barn eða ungmenni sé að ræða og að teknu tilliti til þeirra réttarsambanda sem um er að ræða.¹² Samkvæmt ofangreindu er engum vafa undiropið að einstaklingur telst, samkvæmt íslenskum lögum, vera barn til 18 ára aldurs.

3.1 15-18 ára barn í skilningi íslenska réttarvörslukerfisins

Leitast verður við að svara hvort 15-18 ára einstaklingar teljist vera barn í skilningi íslenska réttarvörslukerfisins hvað varðar kynferðisbrot. Barnaréttarnefnd SP áréttir sérstaklega að þegar aldursmörk eru ákveðin í lögum þurfi ætíð að tryggja jafnvægi milli réttar barns til verndar og annarra réttinda þess.¹³ Auk þess ber að hafa í huga að börn eru berskjölduð og því er það lagaleg skylda ríkis að vernda þau á allan þann hátt sem mögulegt er, hvort sem þau eru á aldrinum 12-14 ára eða 15-18 ára. Þegar XXII. kafla hgl. var breytt árið 2006 þurfti að taka afstöðu til þess hver aldursmörkin ættu að vera í einstaka ákvæðum, hver kynferðislegur lágmarksaldur ætti að vera og sömuleiðis við hvaða aldur ætti að miða fortakslaust bann við samræði. Þó að einstaklingur teljist vera barn til 18 ára aldurs samkvæmt skilgreiningu á hugtakinu barn, þá er því ekki þannig háttáð að einstaklingur teljist ávallt vera barn til 18 ára aldurs í skilningi XXII. kafla hgl. Börnum á aldrinum 15-18 ára er ekki veitt sama réttarvernd

¹¹ Gerð er sú undanteking í ákvæðinu að gera megir ráðstafanir á grundvelli barnaverndarlaganna eftir að börn eru orðin 18 ára, allt til 20 ára aldurs.

¹² Davíð Þór Björgvinsson: *Barnaréttur*, bls. 70.

¹³ Barnasáttmálinn. Rit um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi, bls 10.

gegn kynferðisbrotum líkt og börnum sem eru 14 ára og yngri og liggja þar að baki ýmis sjónarmið. Lágmarksaldurinn er mismunandi eftir því um hvaða ákvæði er að ræða. Í 202. gr. hgl. kemur til að nefna fram að barn þurfi að vera yngra en 15 ára til að kynferðislegt samneyti við það teljist vera refsivert. Löggjafinn hefur því ákveðið að gera greinarmun á hvort barn sé 14 ára eða 15 ára þó svo að íslensk löggjöf telji barn vera barn til 18 ára aldurs. Það verður því ekki loku fyrir það skotið að 15 ára barn geti fallið undir hugtakið fullorðinn fremur en barn, fer það eftir eðli brotsins hverju sinni og aldri og þroska geranda og brotþola. Það virðist hafa verið álitamál við gerð frumvarps til breytinga á XXII. kafla hgl. við hvaða aldur skyldi miða fortakslaust bann við kynmökum. Umboðsmaður barna hefur mælt til þess að kynferðislegur lágmarksaldur samkvæmt hgl. yrði 16 ár, gerði hann það skýrslunni, *Heggur sá er hlífa skyldi – Skýrsla um kynferðisbrot gegn börnum og ungmennum* frá árinu 1997.¹⁴ Í skýrslunni er vitnað til samanburðar á lágmarksaldri í norrænni löggjöf þar sem, til að nefna, í Noregi nutu börn undir 16 ára aldri óskilyrtrar verndar, eins og fyrirkomulagið var þegar skýrslan var skrifuð. Ekki var fallist á tilmæli Umboðsmanns barna heldur var lágmarksaldur í mörgum tilfellum látinn vera 14 ára aldur. Þetta mat var byggt á því að unglingar á Íslandi byrjuðu snemma að stunda kynlíf eða um það bil 15 ára. Þá segir í frumvarpinu varðandi ókostinn að hafa aldurinn 16 ára:

Ef lágmarksaldur væri 16 ár væri unnt að ákæra rúmlega 16 ára pilt fyrir að hafa samræði við tæplega 16 ára kærustu sína. Slík aðstaða væri óviðunandi að mati löggjafans og gæti þetta haft óheppilegar afleiðingar í för með sér, t.d. hótun um kæru frá foreldrum stúlku sem ekki sætta sig við samband hennar við 16 ára pilt.¹⁵

Það er því samkvæmt þessu ógerlegt að mati löggjafans að láta lágmarksaldur vera 16 ár eða 17 ár í sumum ákvæðum óháð því hvort einstaklingur teljist vera barn til 18 ára aldurs þegar litið er til íslenskrar löggjafar.

Það getur skipt öllu máli samkvæmt XXII. kafla hgl. hvort gerandi er mun eldri en brotþoli eða hvort gerandi og brotþoli eru á svipuðum aldri og á svipuðu stigi í þroska. Ef einstaklingar eru á svipuðum aldri, reynslu og þroska þá er heimilt að lækka refsingu niður fyrir lágmarksrefsingu eða fella hana niður. Það skiptir því máli á hvaða aldri einstaklingur er sem beitir kynferðislegu ofbeldi og gagnvart hverjum. Þegar lagt er mat á hvort skilyrðið um að gerandi og brotþoli séu á svipuðum aldri og þroskastigi, er samkvæmt frumvarpinu það gert að skilyrði að uppfylla þurfi bæði atriðin, gerandi og brotþoli verða að vera á svipuðum

¹⁴ Alþt. 2006-07, A- deild, bls. 28.

¹⁵ Alþt. 2006-07, A- deild, bls. 29.

aldri, mest 2-3 ár á milli og einnig þarf að uppfylla skilyrðið um að vera svipuð í þroska.¹⁶ Ekki er að finna neinar skýringar hvorki í frumvarpinu né í öðrum gögnum og heimildum hvernig þetta er metið og hlýtur þetta því að vera matskennt atriði. Velta má fyrir sér hvernig hægt er að leggja mat á hvort gerandi og brotþoli séu á svipuðu stigi í þroska og einnig hvað gerist í þeim tilfellum sem gerandi og brotþoli eru á svipuðum aldri en ekki þroska. Ekki má gleyma því að þó að kynferðislegur lágmarksaldur sé 15 ár og börn megi því lögum samkvæmt stunda kynlíf og aðrar kynferðislegar athafnir á þeim aldri, er grundvallaratriði að þau veiti samþykki sitt fyrir því. Samþykki beggja eða allra aðila er meginforsenda þess að hvers konar kynferðislegt athæfi megi fara fram. Eftir athugun á hvort að 15-18 ára einstaklingur teljist vera barn samkvæmt íslenska réttarvörslukerfinu þegar kemur að kynferðisbrotum verður að telja að svo sé ekki í skilningi XXII. kafla hgl.

3.2 Ósakhæfir gerendur

Í íslenskum rétti er sakhæfi meginskilyrði refsíabyrgðar. Börn eru sakhæf þegar þau hafa náð 15 ára aldri, sbr. 14. gr. hgl. Börn sem hafa ekki náð 15 ára aldri bera ekki refsíabyrgð og þeim á ekki að refsa. Rökin að baki refsileyi barna yngri en 15 ára hafa verið þau að barn yngri en 15 ára búi ekki yfir þeim þroska sem þarf til að gera sér grein fyrir tilgangi refsíákvörðunar.¹⁷ Þá eru rökin einnig þau að refsivist getur verið börnum afar þungbær og beinlínis ómannúðleg.¹⁸ Eðli máls samkvæmt ná ákvæði XXII. kafla hgl. ekki til barna sem gerenda ef þau eru yngri en 15 ára. Lögreglu ber þó að rannsaka brot ósakhæfra barna sem teljast alvarleg¹⁹ til að leiða í ljós umfang brots, ganga úr skugga um hvort aðrir geta hafa átt þátt í broti og leitast við að stuðla að velferð barna. Heimilt er að taka skýrslu eða viðtal við barn undir 15 ára aldri hjá lögreglu. En börn hafa eftir sem áður ekki eiginlega stöðu sakbornings samkvæmt 64. gr. í laga um meðferð sakamála nr. 88/2008 (hér eftir sml.).²⁰ Óháð því hvort gerandi sé sakhæfur er engu að síður nauðsynlegt að kæra brot til lögreglu án ástæðulauss dráttar sökum þess að brotþolar afbrota eiga rétt á greiðslu bóta samkvæmt lögum nr. 69/1995 um greiðslu ríkissjóðs á bótum til þolenda afbrota.

¹⁶ Alþt. 2006-07, A- deild, bls 47.

¹⁷ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð III*, bls. 90.

¹⁸ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð III*, bls. 90.

¹⁹ Fyrirmæli ríkissaksóknara nr. 9/2009 um meðferð mála gegn börnum yngri en 15 ára, bls.1, <http://www.ríkissaksoknari.is>

²⁰ Fyrirmæli ríkissaksóknara nr. 9/2009 um meðferð mála gegn börnum yngri en 15 ára, bls.1, <http://www.ríkissaksoknari.is>.

Telja verður bagalegt að úrræði innan réttarvörslukerfisins séu takmörkuð í málum ósakhæfra barna sem og geranda á aldrinum 15-18 ára. Það fellur hins vegar í hlut barnaverndarnefndar að sjá til þess að veita ungum gerendum aðstoð, stuðning og meðferð þrátt fyrir að úrræði sem barnaverndarlöggjöfin býður upp á sé ekki sérstaklega hugsuð með afbrot barns í huga. Í handbók Barnaverndarstofu er fjallað um sérstök sjónarmið sem hafa skal í huga við meðferð mála hjá ósakhæfum börnum. Sjónarmiðin eru meðal annars þau að alltaf skuli veita gerandanum aðstoð, stuðning og meðferð.²¹ Þá segir í handbókinni að mikilvægt sé að upplýsa barnið um alvarleika brotsins og hugsanlegum afleiðingum þess bæði fyrir brotaþola og barnið sjálft.²² Hér má sjá dóm sem varðaði ósakhæfan geranda og sýnir hann nauðsyn þess að viðunandi úrræði séu til staðar.

Hérd. Vestfj. 20. febrúar (S-310/2006). 14 ára gerandi.

Í þessu máli var X sýknaður af refsikröfu vegna sakhæfisskorts en metinn hæfur til að greiða skaðabætur. Hann var ákærður fyrir kynferðisbrot með því að hafa sett getnaðarlim sinn í munn 4-5 ára gamallar stúlku. Skýrði stúlkan frá atvikinu á þann veg að ákærði og hún hafi verið inni í hlöðu og hafi ákærði sagt stúlkunni að loka augum en opna munninn. Þegar stúlkan gerði það stakk ákærði lim sínum í munn hennar. Í kjölfarið hafi ákærði bannað stúlkunni að segja frá þessu því annars yrði hann settur í fangelsi. Samkvæmt skýrslu sem tekin var af ákærða sagðist ákærða hafa liðið afar illa eftir atburðinn og hafi fundið fyrir töluverðum breytingum til hins verra. Hann hafi leiðst út í fíkniefni en náð sér á strik eftir einhvern tíma. Þá sagðist ákærði iðrast sáran að hafa gert stúlkunni þetta. Brot hans var talið varða 1. mgr. 202. gr. hgl. en talið ósannað að ákærði hafi verið orðinn 15 ára þegar atvikið átti sér stað og var hann því sýknaður ef refsikröfu.

3.3 Sakhæfir gerendur á aldrinum 15-18 ára

Það sem komið hefur fram í erlendum rannsóknum er að 50% gerenda byrja brotaferil sinn undir 18 ára aldri²³ og eru því að stórum hluta sjálfir börn.²⁴ Auk þess virðast unglingar oft beita beita grófara kynferðisofbeldi en fullorðnir gerendur. Þeir geta til að nefna ekki myndað það traust og tengsl við brotaþola eins og fullorðnum gerendum er fært, þá skortir þroska til þess. Því beita ungir gerendur oft líkamlegu ofbeldi og grófum hótunum.²⁵

Það er mjög brýnt að málefni ungra geranda komist í hendur fagaðila því það þarf að setja þeim skýr mörk um hvað samfélagið samþykkir og hvað ekki. Með því að veita þeim viðeigandi meðferð er hugsanlega hægt að stöðva afbrotaferil þeirra og koma í veg fyrir að þeir beiti aftur kynferðislegu ofbeldi.²⁶

²¹ Handbók Barnaverndarstofu, bls. 48, <http://www.bvs.is>.

²² Handbók Barnaverndarstofu, bls. 49, <http://www.bvs.is>.

²³ Hrefna Friðriksdóttir, „Kynferðislegt ofbeldi í ljósi réttinda barnsins“, bls. 14.

²⁴ Hrefna Friðriksdóttir, „Kynferðislegt ofbeldi í ljósi réttinda barnsins“, bls. 14.

²⁵ Ólöf Ásta Farestveit og Þorbjörg Sveinsdóttir: *Verndum þau*, bls. 27.

²⁶ Ólöf Ásta Farestveit og Þorbjörg Sveinsdóttir: *Verndum þau*, bls. 27.

Einnig er oft um að ræða hópkyrmök, hópnauðganir og hópverknað þegar gerendur eru ungir. Að minnsta kosti sýnir dómaframkvæmd að í langflestum tilvikum þar sem ákært er fyrir hópverknað eru gerendur ungt fólk og oftast undir 18 ára aldri.²⁷ Í greinargerð með frumvarpi til laga um breytingu á XXII. kafla hgl. (kynferðisbrot), sem varð að lögum nr. 61/2007 kemur fram að önnur sjónarmið ættu við um unga gerendur en eldri gerendur. Þegar um unga gerendur er að ræða er talið æskilegt að réttarvörslukerfið, ef því er beitt á annað borð, og barnaverndarkerfið vinni saman. Í frumvarpinu var bent á þá brotalöm að ekki væri til nein sérhæfð meðferð fyrir unga gerendur hér á landi og var því talið að gera yrði ráðstafanir með því að taka upp slíka meðferð.²⁸ Frumvarpið var lagt fram á Alþingi á löggjafarþingi 2005 en í dag hefur einungis verið ráðin bót á þessu að takmörkuðu leyti eins og koma mun fram í kafla 4.

Ef mál geranda á aldrinum 15-18 ára ratar til dómstóla getur reynst erfitt að rökstyðja hvað telst vera hæfileg refsing. Dómaframkvæmd sýnir að dómarrar líta til aldurs geranda og hefur hann mikil áhrif á refsíákvörðun. Sjónarmið um geranda undir 18 ára aldri er að finna í 2. tl. 1. mgr. 74. gr. hgl. Í ákvæðinu kemur fram að ef brot er drýgt einstaklingi sem er ekki fullra 18 ára að aldri, má færa refsingu hans niður úr lágmarki og ekki má dæma unga gerendur í lengra en 8 ára fangelsi. Þá segir í 4. tl. 1. mgr. 70. gr. hgl. að þegar refsing er ákvörðuð skuli litið til aldurs þess sem fremur brotið og er ungur aldur talinn vera til málsbóta. Jafnframt er áréttað í 57. gr. hgl. að ef sakborningur er undir 18 ára aldri getur það leitt þess að ákvörðun refsingar eða fullnustu verði frestað skilorðsbundið.

Hrd. 2001, bls. 1304. (409/2000). 15 ára drengur áreitti 8 ára frænku sína.

B var sakfelldur fyrir kynferðisbrot gegn frænku sinni með því að hafa áreitt stúlkuna margoft kynferðislega og fyrir að hafa nokkrum sinnum haft önnur kynferðismök en samræði við hana. Meðal annars endaparmsmök og sett fingur inn í leggöng hennar. Auk þess var B gefið að sök að hafa margoft farið höndum um kynfæri telpunnar, fróað sér í návist hennar og sýnt henni klámmyndablöð. Voru þetta talin vera gróf ofbeldisbrot þar sem B neytti yfirburða aldurs gagnvart ungu barni. Einnig var litið til alvarlegra afleiðinga brota ákærða fyrir brotaþola. Að lokum var ekki hjá því komist að líta til ungs aldurs ákærða og var hann dæmdur í 12 mánaða fangelsi en refsingu frestað skilorðsbundið.

Hrd. 2004, bls. 55 (372/2003). 15 ára drengur þröngvaði 15 ára stúlku til samræðis með aðstoð tveggja ósakhæfra pilta. Ólögmat nauðung.

X, 15 ára, var ákærður fyrir kynferðisbrot, í félagi við tvo ósakhæfa pilta, með því að hafa þröngvað Y, 15 ára stúlku, með ofbeldi til holdlegs samræðis og sumpart notfært sér að Y gat

²⁷ Sjá dóma, Hérð. Rvk. 15. maí 2007 (S-296/2007), Hérð. Rvk. 7. janúar 2009 (S-265/2008), Hérð. Vestfj. 20. febrúar 2007 (310/2006), Hérð. Rvk. 5. júní 2007 (S-262/2007).

²⁸ Alþt. 2006-07, A- deild, bls. 29.

ekki spornað við samræðinu sökum ölvunar og svefndrunga. Stúlkan greindi frá því að drengirnir hafi óskað eftir því að hún kæmi í hópkyrmök en hún hafi ekki viljað það. Sagði stúlkan að drengirnir hafi allir verið uppáþrengjandi og beðið hana um að fara úr fötunum en hún hafi ekki viljað það. Stúlkan var töluvert ölvuð og þreytt þegar drengirnir klæddu hana úr og byrjuðu að káfa á henni. Stúlkan lýsti því að einn drengjanna hafi haft samfarir við hana á meðan annar horfði á. Einnig sagði hún fyrrverandi kærasta sinn, sem var á meðal drengjanna, einnig hafa haft samfarir við sig sem hún hafi ekki viljað. Sagðist hún hafa látið sem hún væri sofandi á meðan á þessu stóð í von um að drengirnir hættu. Ekki taldist sannað að ákærði hefði gerst sekur um nauðgun en sannað þótti að ákærði hafi komið fram vilja sínum með ólögmati nauðung sbr. þágildandi 195. gr. hgl.

Hérd. Norðeyst. 18. júní 2007 (S-89/2007). 15 ára gerandi, 1. mgr. 202. gr.

X, 15 ára, var ákærður fyrir að hafa tvisvar sinnum sett getnaðarlim sinn í munn systursonar síns A sem var þriggja ára og látið drenginn nudda á sér getnaðarliminn. Einnig ákærður fyrir að hafa látið systurson sinn B á öðru aldursári snerta á sér getnaðarliminn. Jafnframt var hann ákærður fyrir að hafa sett getnaðarlim sinn í munn þriggja ára systursonar síns C og látið drenginn nudda á sér getnaðarliminn. Ekki tókst að sanna að X hafi verið orðinn sakhæfur þegar hann framdi brotin gegn A og B, óháð því hverjar málalyktir hefðu orðið. Hann var hins vegar sakfelldur fyrir kynferðisbrot gegn C. Litið var til þess að brotið beindist gegn afar ungum dreng en einnig var litið til þess að X væri sjálfur ungur, 15 ára. Þá var sérstaklega litið til þess að X hafði leitað sér sálfræðihjálpar og taldi dómurinn að hann myndi *örugglega* gera það áfram. Vísað var til vottorðs og framburðar Þórarins Viðars Hjaltasonar sálfræðings og sagði hann ákærða sjá mikið eftir brotum sínum og sýna áhuga á að vinna í sínum málum, til batnaðar. Í framburði Þórarins segir að „meðferð á svo ungum einstaklingum sem vilja taka á málum sínum skila almennt nokkuð góðum árangri. Taldi hann æskilegast að ákærði fengi meðhöndlun í því umhverfi sem hann væri í. Kvað hann geta verið gott fyrir ákærða að fá tilsjónaraðila á [...], sérstaklega í því skyni að virkja hann félagslega.“ Ákvörðun refsingar var frestað skilorðsbundið í 5 ár og með vísan til framburðar Þórarins Viðars þótti rétt að ákærði sæti sérstakri umsjón samkvæmt 1. tl. 3. mgr. 57. gr. hgl. í eitt ár frá uppkvaðningu dómsins.

Hérd. Suðl. 7. janúar 2009 (S-265/2008). 15 ára gerendur (drengir) og 12 ára brotaþoli (drengur).

Í þessu máli var um að ræða marga gerendur sem allir voru orðnir 15 ára. Fólust brot þeirra í því að taka niður buxur um brotaþola sem var 12 ára gamall og halda honum niðri í anddyri íþróttahúss. Á meðan á því stóð otaði einn ákærðu getnaðarlimi sínum að andliti brotaþola og sló hann ítrekað með getnaðarlimi sínum í andlit og hendur brotaþola. Ákært var fyrir brot gegn barni, sbr. 2. mgr. 202. gr. Ákærðu voru sakfelldir en ákvörðun refsingar frestað skilorðsbundið.

4 Upphaf máls í barnaverndarkerfinu

Ef tilkynning berst til barnaverndarnefndar um að grunur hafi vaknað um að barn hafi verið beitt kynferðislegu ofbeldi þarf ávallt að meta hvort þörf er á lögreglurannsókn.²⁹ Í 20. gr. reglugerðar nr. 56/2004 um málsmeðferð fyrir barnaverndarnefnd segir að barnaverndarnefnd skuli að jafnaði óska eftir lögreglurannsókn ef grunur er um að alvarlegt kynferðisbrot hafi verið framið gegn barni. Málið er kært til lögreglu og allt forræði rannsóknar er þá hjá lögreglu. Barnaverndarnefnd óskar alla jafna eftir lögreglurannsókn ef brot er framið af

²⁹ Handbók Barnaverndarstofu, bls. 83, <http://www.bvs.is>.

sakhæfum einstaklingi, það er þó ekki gert í þeim tilfellum sem brotþoli hafnar því.³⁰ Ef um nauðgun er að ræða er óskað eftir lögreglurannsókn í öllum tilvikum, hvort sem brotþoli vill það eða ekki.³¹ Ef lögreglurannsókn þarf að fara fram samhliða vinnslu máls hjá barnaverndarnefnd er samspil barnaverndarkerfisins og réttarvörslukerfisins mikilvægt þegar tekið er tillit til þarfa barnanna og hvað þeim sé fyrir bestu.³² Samspil beggja kerfanna er til þess fallið að barnaverndarnefnd geti fylgst náið með rannsókn máls. Ef brot eru hins vegar talið vera minniháttar og ákveðið er að lögreglurannsókn fari ekki fram reynir mikið á barnaverndarnefnd. Í þeim tilfellum er henni skylt að vanda til verka hvað varðar könnun og almenna úrvinnslu málsins, ákveða til hvaða viðunandi úrræða verður gripið og hver ásættanleg niðurstaða máls sé.

Barnaverndarnefnd flokkar kynferðisbrotamál sem tilkynnt eru eftir aldri barnanna, þroska og hvers eðlis brotið er hverju sinni.³³ Til staðar er svokallaður SOF-skilgreiningarlisti sem mögulegt er að hafa til hliðsjónar þegar alvarleikastig kynferðisbrots eða máls er metið sem svo er tilkynnt til barnaverndarnefndar.³⁴ Þessi listi virðist hins vegar ekki vera mikið notaður af starfsmönnum barnaverndarnefndar.³⁵ Þegar meta á aldur og þroska barna styðjast barnaverndarnefndir og Barnahús, að sögn starfsmanna barnaverndarnefndar, við alþjóðlega staðla. Þessir alþjóðlegu staðlar fela í sér að 5 ár þurfi að vera á milli aldurs geranda og brotþola eða að verulegur þroskamunur sé þeirra á milli.³⁶ Samkvæmt þessu þarf ekki að uppfylla bæði skilyrðin. Þetta er því ólíkt því sem segir í greinargerð sem fylgdi frumvarpi til breytinga á XXII. kafla hgl. en þar kemur fram að aldursbilið þurfi að vera 2-3 ár á milli geranda og brotþola og það þurfi einnig að uppfylla skilyrðið að vera á sama þroskastigi.³⁷ Það er því bersýnilega ekki samræmi þarna á milli, það er að segja, annars vegar hvernig

³⁰ Viðtal við Sigríði Maríu Jónsdóttur og Elísabetu Jónu Jóhannsdóttur hjá barnaverndarnefnd Reykjavíkur. Tekið 12. apríl 2013.

³¹ Viðtal við Sigríði Maríu Jónsdóttur og Elísabetu Jónu Jóhannsdóttur hjá barnaverndarnefnd Reykjavíkur. Tekið 12. apríl 2013.

³² Stefán Eiríksson, „Rannsókn kynferðisbrota gegn börnum“, bls. 113.

³³ Viðtal við Sigríði Maríu Jónsdóttur og Elísabetu Jónu Jóhannsdóttur hjá barnaverndarnefnd Reykjavíkur. Tekið 12. apríl 2013

³⁴ Að minnsta kosti er bent á þann skilgreiningarlista þegar spurt var hvernig barnaverndarstarfsmenn skilgreina alvarleikastig kynferðisbrota sbr. tölvupóstur Heiðu Bjargar Pálmadóttur hjá Barnaverndarstofu. Hægt er að finna SOF- skilgreiningarlistann í viðauka 1, <http://www.bvs.is>. Þó að SOF- skilgreiningarlistinn sé fyrir hendi er að sögn starfsmanna barnaverndarnefndar ekki ávallt stuðst við stigaskiptinguna þegar afdrif máls er ákveðið, því hvert og eitt mál er sérstaks eðlis og er litið til margra þátta.

³⁵ Viðtal við Sigríði Maríu Jónsdóttur og Elísabetu Jónu Jóhannsdóttur hjá barnaverndarnefnd Reykjavíkur. Tekið 12. apríl 2013

³⁶ Viðtal við Sigríði Maríu Jónsdóttur og Elísabetu Jónu Jóhannsdóttur hjá barnaverndarnefnd Reykjavíkur. Tekið 12. apríl 2013.

³⁷ Alþt. 2006-07, A- deild, bls. 47.

barnaverndarnefndir og Barnahúss skilgreina aldursbil og þroskastig og hins vegar hvernig þetta er skilgreint í XXII. kafla hgl.

Það er á valdi barnaverndarnefnda að sjá til þess að kynferðisbrotamál sem tilkynnt eru til nefndarinnar séu rétt skilgreind og flokkuð og að úrvinnsla þeirra sé eins og best verður á kosið. Það er hlutverk barnaverndarnefndar að sjá til þess að viðunandi úrræði séu til staðar bæði fyrir brotþola og gerendur á aldrinum 15-18 ára og einnig þegar um er að ræða gerendur sem hafa ekki náð sakhæfisaldri, þó að kynferðisbrotamálin sem slík, sem um ræðir hverju sinni, séu ekki talin vera þess eðlis að þörf sé á að láta málin fara í gegnum réttarvörslukerfið. Rétt er að hafa í huga við lestur þessa kafla að mismunandi reglur gilda um barnaverndarmál og fer það eftir á hvaða stigi barnaverndarmál er. Það er að segja, áður en könnun hefst og eftir að ákvörðun um könnun hefur verið tekin. Barnaverndarnefnd er heimilt að loka barnaverndarmáli á hvaða stigi sem er, til dæmis sökum þess að könnun leiðir í ljós að ekki sé þörf á frekari afskiptum barnaverndaryfirvalda.

Svo virðist, eftir athugun á lögum og reglum sem gilda um meðferð kynferðisbrotamála hjá barnaverndarnefnd og viðtali við barnaverndarstarfsmenn, að það geti skipt öllu máli á hvaða aldri gerandi og brotþoli eru, hver þroski þeirra er og síðast en ekki síst hvers eðlis brotið er. Ef gerandi og brotþoli eru á svipuðum aldri, 14-18 ára, geta málin verið vandasöm. Ef um gróft ofbeldi er að ræða og könnunarviðtalið leiðir það í ljós er málið sent til rannsóknar hjá lögreglu. Hins vegar getur verið um að ræða mál sem eru talin vera minniháttar og ekki nægilega alvarleg en bera þess þó merki að eitthvað hafi átt sér stað sem skilgreint er sem óviðeigandi og að vera á mörkunum. Ekki er að sögn starfsmanna barnaverndarnefndar hægt að gefa einhlítt svar við því hvernig ferlið er í öllum barnaverndarmálum sem varða kynferðisbrot því hvert og eitt mál er sérstakt og þau eru ekki öll unnin með sama hætti. Að sögn starfsmanna barnaverndarnefndar er afar sjaldgæft að mál séu minniháttar þegar um er að ræða 15-18 ára aldurshópinn.³⁸ Að áliti starfsmanna telja þeir að í minniháttar málum væri í raun eðlilegra að 15-18 ára börn leystu málið sín á milli því börnin væru komin með þroska til þess.³⁹ Hvernig það á að fara fram eða hvers eðlis brotið þarf að vera ef 15-18 ára börn eiga að leysa málið sín á milli, er ekki vitað. Mun nú vera fjallað um ferli málanna í barnaverndarkerfinu.

³⁸ Þrátt fyrir það má alveg gera ráð fyrir því að einhver mál séu hugsanlega tilkynnt til barnaverndarnefndar þar sem í hlut eiga 14-17 ára börn án þess að þau séu talin vera nægilega alvarleg.

³⁹ Viðtal við Sigríði Maríu Jónsdóttur og Elísabetu Jónu Jóhannsdóttur hjá barnaverndarnefnd Reykjavíkur. Tekið 12. apríl 2013.

4.1 Tilkynningarskylda til barnaverndarnefndar

Ákvæði um tilkynningarskyldu eru í 16. 17. og 18. gr. bvl. og einnig í III. kafla reglugerðar nr. 56/2004 um málsmeðferð hjá barnaverndarnefnd. Afar mikilvægt er að tilkynna öll mál þar sem minnsti grunur er um að barn hafi orðið fyrir kynferðislegu ofbeldi. Það er talið betra að tilkynna frekar en ekki og leyfa barnaverndarnefnd að skera úr um hvort þörf sé á frekari aðgerðum. Mikilvægt er að hafa í huga að það er hlutverk barnaverndarnefndar að kanna tilefni tilkynninga og er því öðrum aðilum líkt og almenningi eða þeir sem starfa með börnum óheimilt að hefja könnun, slíkt á ávallt að vera í höndum fagaðila.⁴⁰ Nauðsynlegt er að leyfa barninu eða börnunum að njóta vafans því barnaverndarmál eru afskaplega vandmeðfarin.

Tilkynningarskylda hvílir á talsverðum fjölda einstaklinga þegar börn og velferð þeirra er í húfi sbr. ákvæði IV. kafla bvl. Í b-lið 16. gr. bvl. kemur fram að öllum er skylt að tilkynna til barnaverndarnefndar ef þeir hafa ástæðu til að ætla að barn verði fyrir eða hafi orðið fyrir ofbeldi eða annarri vanvirðandi háttsemi og ef heilsu barns og þroska er stefnt í alvarlega hættu. Þá segir í 17. gr. bvl. að tilkynningarskylda hvíli á þeim sem hafa afskipti af börnum. Hér er til dæmis um að ræða leikskólustarfsmenn, dagmæður, starfsmenn grunnskóla, sálfræðinga og fleiri aðila. Samkvæmt þessu hvílir í raun tilkynningarskylda á öllum þeim sem vita eða telja sig vita að barn hafi orðið fyrir kynferðislegu ofbeldi. Enn fremur segir í 18. gr. bvl. að þegar grunur leikur á að barn hafi framið brot eða framið hafi verið brot gegn barni sem varðað geti þyngri refsingu en tveggja ára fangelsi samkvæmt hgl. eða bvl., og málið hefur verið tilkynnt til lögreglu, skal lögregla tilkynna barnaverndarnefnd um málið í þeim tilgangi að hún geti fylgst með rannsókn þess. Þá skal barnaverndarnefnd tilkynna foreldri barns um slíkt mál ef hagsmunir barnsins mæla ekki gegn því. Ef foreldri er ekki tilkynnt um málið strax er ástæðan að baki þeirri ákvörðun almennt sú að tryggja þurfi öryggi barns þá sérstaklega ef gerandi er í nánasta umhverfi barnsins.

Varðandi tilkynningarskyldu til foreldra þá er spurning hvort tilkynna þurfi bæði foreldrum geranda og brotþola í þeim tilfellum sem gerandi er ungur eða undir 18 ára aldri. Samkvæmt heimildum frá barnaverndarnefnd er foreldrum geranda tilkynnt ef vitað er hver gerandi er og ef könnunarviðtalið leiðir í ljós að eitthvað hafi átt sér stað sem barnaverndarnefnd telur að

⁴⁰ Ólöf Ásta Farestveit og Þorbjörg Sveinsdóttir: Verndum þau, bls. 117.

bregðast þurfi við. Foreldrum er þó ekki tilkynnt í þeim tilfellum sem málið telst vera minniháttar.⁴¹

4.2 Könnun barnaverndarmáls

Mál telst vera barnaverndarmál þegar barnaverndarnefnd hefur tekið formlega ákvörðun um að hefja könnun. Um könnun barnaverndarmáls og málsmeðferð fyrir barnaverndarnefnd gilda ákvæði stjórnisýslulaga nr. 13/1994 (hér eftir ssl.) nema tekið sé fram annað, sbr. 38. gr. bvl. Ákvörðunin um að hefja könnun máls getur verið íþyngjandi og truflað að sumu leyti einkalíf viðkomandi fjölskyldu og því þarf barnaverndarnefnd að sjá til þess að hún hafi heimildir í lögum hvað varðar öll afskipti og íhlutun.⁴²

Í 21. gr. bvl. er lögð sú skylda á barnaverndarnefnd að hún skuli án tafar taka afstöðu til þess hvort ástæða sé til að hefja könnun á máli,⁴³ eða eigi síðar en innan sjö daga, ef henni hefur borist tilkynning eða upplýsingar með öðrum hætti, um að líkamlegri eða andlegri heilsu barns eða þroska geti verið hættu búin vegna vanrækslu, vanhæfni eða framferði foreldra, áreitni eða ofbeldis af hendi annarra eða eigin hegðunar þess.⁴⁴ Barnaverndarnefndir hafa því lítið svigrúm hvað tímafrest varðar. Á byrjunarstigi máls, það er áður en ákvörðun er tekin um að hefja formlega könnun máls, hefur barnaverndarnefnd takmarkaðar heimildir til að afla frekari gagna eða upplýsinga til að styðja mál sitt um að hefja könnun. Barnaverndarnefnd er þó heimilt að ræða frekar við tilkynnanda í þeim tilgangi að grundvöllur ákvörðunar verði sem réttastur. Er þetta leyfilegt í ljósi þess að tilkynningum getur verið ábótavant. Það getur

⁴¹ Viðtal við Sigríði Maríu Jónsdóttur og Elísabetu Jónu Jóhannsdóttur hjá barnaverndarnefnd Reykjavíkur. Tekið 12. apríl 2013.

⁴² Handbók Barnaverndarstofu, bls. 36, <http://www.bvs.is>.

⁴³ Í 14. gr. reglugerðar nr. 56/2004 um málsmeðferð fyrir barnaverndarnefnd er jafnframt áréttað að ákvörðun um að hefja könnun skal ekki tekin nema rökstuddur grunur sé um að tilefni sé til, sbr. 1. og 5. mgr. 21. gr. bvl. Erfiðlega getur reynst að meta hvenær um er að ræða nægilega rökstuddan grun. Í frumvarpi sem varð að bvl. segir um 21. gr. bvl. að rökstuddan grun sé erfitt að skilgreina, þ.e. hvenær grunur telst á rökum reistur. Frumvarpið skilgreinir því í raun og veru ekki rökstuddan grun eða hvenær nákvæmlega hefja megi rannsóknaraðgerðir en lætur þeim eftir sem koma að þessum málum að meta í hverju og einu tilviki hvort skilyrðinu um rökstuddan grun sé fullnægt.

⁴⁴ Í 21. gr. segir: „þegar barnaverndarnefnd fær tilkynningu eða berast upplýsingar með öðrum hætti um að líkamlegri eða andlegri heilsu barns eða þroska geti verið hættu búin vegna vanrækslu, vanhæfni eða framferðis foreldra, áreitni eða ofbeldis af hendi annarra eða eigin hegðunar þess, skal hún taka afstöðu til þess án tafar, og eigi síðar en innan sjö daga frá því henni barst tilkynning eða upplýsingar, hvort ástæða sé til að hefja könnun á málinu. Barnaverndarnefnd getur með sömu skilyrðum hafið könnun máls vegna upplýsinga sem hún hefur fengið með öðrum hætti.“

skipt öllu máli hvernig þær eru settar fram, hversu ítarleg málsatvikalýsing er og svo framvegis.⁴⁵ Í greinargerð sem fylgdi frumvarpi til bvl. segir um þetta atriði að:

Ákvörðun um að hefja könnun verður fyrst og fremst að taka á grundvelli innihalds tilkynningarinnar. Atriði sem skipta máli í því sambandi er m.a. hversu alvarlegar ávirðingar koma fram í tilkynningu, hversu nákvæm er hún, af hverju tilkynningin stafar, hver tilkynnir, í hvaða aðstöðu er tilkynnandi til að þekkja aðstæður o.s.frv.⁴⁶

Í 3. mgr. 21. gr. kemur nánar fram að ákvörðun barnaverndarnefndar um að hefja könnun máls eða ekki, er hvorki kæránleg til kærunefndar barnaverndarmála né annars stjórnvalds.⁴⁷

Ef hins vegar barnaverndarnefnd tekur ákvörðun um að hefja könnun hefst formleg meðferð máls og reglur um málsmeðferð samkvæmt bvl. og ssl. eiga við.⁴⁸ Könnunarviðtal fer oftast nær fram í Barnahúsi og einnig þarf starfsmaður að meta hvort barn þurfi á bráðaskoðun læknis að halda.⁴⁹ Ef áverkar eru á barni eða rökstuddur grunur er um að barn hafi nýlega orðið fyrir alvarlegu kynferðisofbeldi þarf að fara fram á lækniaskoðun.⁵⁰ Ef barnaverndarnefnd tekur að endingu ákvörðun um að hefja könnun eru foreldrar oftast boðaðir í viðtal, nema í þeim tilvikum sem það er talið stríða gegn rannsóknarhagsmunum sbr. 2. málsl. 4. mgr. 21. bvl., til að nefna í þeim tilfellum þar sem meintur gerandi býr á heimili barnsins.⁵¹ Tilgangur viðtalsins er að kynna tilkynninguna fyrir foreldrum og ræða innihald hennar. Í handbók Barnaverndarstofu kemur fram að fyrsta viðtal við foreldra er mikilvægasta viðtalið í öllum ferlinum.⁵² Þá segir í handbókinni að þetta fyrsta viðtal hafi þann tilgang að byggja upp traust og leitast eftir gagnkvæmum skilningi því það skiptir afar miklu máli fyrir barnið og hvernig almenn úrvinnsla málsins verður. Einnig er nauðsynlegt að samstarf við barnið sé sem farsælast ef það hefur aldur og þroska til að skilja það sem fram fer, því það er ekki síður mikilvægt að ávinna traust barnsins líkt og foreldranna. Barnaverndarstarfsmanni

⁴⁵ Algengast er að rætt sé við tilkynnendur og þeir oft á tíðum kallaðir á fund með barnaverndarnefnd sökum mikilvægis rétttra upplýsinga. Viðtal við Sigríði Maríu Jónsdóttur og Elísabetu Jónu Jóhannsdóttur hjá barnaverndarnefnd Reykjavíkur. Tekið 12. apríl 2013

⁴⁶ Alþt. 1991–92, A-deild, bls. 67–68.

⁴⁷ Alþt. 1991–92, A-deild, bls. 67.

⁴⁸ Alþt. 2001–02, A-deild, bls. 1831.

⁴⁹ Handbók Barnaverndar Reykjavíkur. Verklag við könnun máls vegna gruns um kynferðisofbeldi gegn barni 2007, bls. 17, <http://www.bvs.is>.

⁵⁰ Handbók Barnaverndar Reykjavíkur. Verklag við könnun máls vegna gruns um kynferðisofbeldi gegn barni 2007, bls. 17, <http://www.bvs.is>.

⁵¹ Handbók Barnaverndarstofu, bls. 8, <http://www.bvs.is>. Sjá einnig Alþt. 1991–92, A-deild, bls. 656–657. „Tilkynning til foreldris kann við slíkar aðstæður að gefa því kost á að grípa til aðgerða sem spilt geta könnun máls og eftir atvikum rannsókn af hálfu lögreglu síðar, eins og nánar er fjallað um í athugasemdu við 43. gr. Með því að fresta tilkynningu er í vissum tilvikum gefinn kostur á að rannsaka mál að nokkru marki, áður en tilkynnt er um það til foreldra. Í ljósi meginreglunnar um skyldu til að tilkynna foreldrum strax um ákvörðun um könnun verður að túlka þessa undantekningu þröngt.“

⁵² Handbók Barnaverndarstofu, bls. 8, <http://www.bvs.is>.

ber á þessum fyrsta fundi að segja frá hlutverki barnaverndarnefndar og lagaramma þess og þá jafnframt segja frá hvernig ferli mála er almennt og hverju má búast við.

4.2.1 Könnunarviðtalið

Könnunarviðtal í kynferðisbrotamálum er einn liður í könnun máls hjá barnaverndarnefndar. Þegar mál eru tilkynnt og grunsemdir um kynferðisofbeldi eru óljósar, eða áhyggjur eru af kynferðislegri hegðun, meintur gerandi er ósakhæfur eða um er að ræða kynferðislega leiki á meðal jafnaldra getur barnaverndarnefnd leitað eftir þjónustu Barnahúss þar sem tekið er könnunarviðtal við brotþola. Í því viðtali er einnig starfsmaður barnaverndarnefndar viðstaddur.

Barnaverndaryfirvöld og Barnahús treysta mikið á þær upplýsingar sem fengnar eru frá barninu með könnunarviðtali. Markmið könnunarviðtalsins er að fá fram nákvæmar og greinargóðar upplýsingar frá barninu af meintu kynferðisofbeldi. Sérfræðingar eru sammála um að framkvæma þurfi könnunarviðtalið eins fljótt og kostur er. Viðtalstækni og sérhæfing þeirra sem taka viðtölin er mjög mikilvæg þar sem könnunarviðtalið ræður því oft í hvaða farveg málin fara. Rannsakandi þarf að hafa þekkingu á hvernig áhrifagirni, minni, tegundir spurninga, orðaforði, þroskastig, gildi ásökunar og færni barnsins geta haft áhrif á könnunarviðtalið.⁵³ Barnaverndarnefndir geta að loknu viðtali við barnið óskað eftir greiningu á vegum Barnahúss til að meta hugsanlegar afleiðingar kynferðisofbeldis á barnið sem fyrir því varð. Greining getur leitt til þess að þörf er á frekari stuðningi og er það hlutverk Barnahúss að sinna því. Þegar öllu er á botninn hvolft er þetta mikilvægasta atriðið í málsferlinu, sjálft könnunarviðtalið við barnið. Ef það er sterkur grunur eftir að könnunarviðtali lýkur eða jafnvel rökstuddur grunur að um sé að ræða meiriháttar brot gegn XXII. kafla hgl., er algengt að barnaverndarnefnd í samráði við foreldra eða forráðamenn barnsins óski eftir opinberri rannsókn málsins hjá lögreglu.⁵⁴

4.2.2 Barnahús

Eins og áður hefur komið fram þjónustar Barnahús barnaverndarnefnd við úrlausn og vinnslu barnaverndarmála. Barnahús sér um, í tilfellum 15-18 ára aldurshópsins, að framkvæma

⁵³ Ragna Björg Guðbrandsdóttir, „Rannsóknarviðtal í Barnahúsi: Nokkur atriði sem gera rannsókn kynferðisbrotamála erfiða“, bls. 70.

⁵⁴ Hér ber að nefna að ef barn segir frá alvarlegu kynferðisbroti í byrjun viðtals er viðtalið stöðvað strax. Er það væntanlega gert til að spilla ekki rannsóknarhagsmunum. Viðtal við Sigríði Maríu Jónsdóttur og Elísabetu Jónu Jóhannsdóttur hjá barnaverndarnefnd Reykjavíkur. Tekið 12. apríl 2013.

könnunarviðtal, greiningu og veita meðferð.⁵⁵ Hlutverk Barnahúss er einnig að aðstoða og veita ráðgjöf til þeirra sem hafa afskipti af börnum í starfi sínu. Það sér einnig um að veita þeim ráðgjöf sem leita eftir upplýsingum um mál sem varða kynferðislegt ofbeldi gegn börnum.⁵⁶ Jafnframt bera starfsmenn Barnahúss vitni fyrir dómi sem meðferðaraðilar og einnig í sumum tilvikum vegna könnunarviðtala. Þeir rita skýrslur um afleiðingar kynferðisofbeldisins fyrir barnið sem svo eru lagðar fram af ákærvaldi sem sönnunargögn í dómsmáli.

Ef starfsmaður barnaverndarnefndar hefur sent tilvísun í Barnahús um könnunarviðtal og um er að ræða grunsemdir um að barn hafi verið beitt og/eða sé beitt kynferðislegu ofbeldi/áreitni er talinn eðlilegur þáttur í skoðun máls að starfsmaður Barnahúss sem tekur könnunarviðtalið hafi aflað sér bakgrunnsupplýsinga um barnið og atburðinn.⁵⁷ Þetta eina og mikilvæga könnunarviðtal getur ráðið því hvað gerist í framhaldinu og því mikið í húfi fyrir brotapolann. Það hvílir því ákveðin fagleg ábyrgð á starfsmönnum Barnahúss að leggja mat á hvert og eitt tilvik. Hér skal þó tekið fram að það er barnaverndarnefnd sem tekur endanlega ákvörðun um hvaða meðferð hvert og eitt barnaverndarmál fær en starfsmenn Barnahúss taka viðtalið og leggja mat á hvers eðlis brotið er og alvarleika þess. Barnaverndarnefnd leggur mikið upp úr sérfræðiáliti starfsmanna Barnahúss þegar teknar eru ákvarðanir um framhalds máls.⁵⁸ Samkvæmt starfsmönnum barnaverndarnefndar er þeim heimilt að taka ákvörðun um að aðhafast ekki frekar í máli eða loka máli og er þeim heimilt að byggja ákvörðun sína á einu könnunarviðtali í Barnahúsi og einni tilkynningu sem nefndinni hefur borist og telst það vera nægjanlegt.⁵⁹ Það virðist vera að Barnahús og barnaverndarnefnd séu ekki endilega alltaf sammála um afdrif máls. Það kemur fyrir að Barnahús biðji um rökstuðning frá barnaverndarnefnd af hverju ákveðið kynferðisbrotamál er ekki sent í lögreglurannsókn og ber þá barnaverndarnefnd að verða við þeirri beiðni um rökstuðning.⁶⁰ Þetta sýnir að samspil barnaverndarnefndar og Barnahúss er töluvert þegar teknar eru ákvarðanir um framhald og afdrif máls.

⁵⁵ Handbók barnaverndarstofu, bls. 84-86, <http://www.bvs.is>.

⁵⁶ Ólof Ásta Farestsveit. „Barnahús“, bls. 400.

⁵⁷ Ársskýrsla Barnaverndarstofu 2008-2011, bls. 98, <http://www.bvs.is>.

⁵⁸ Viðtal við Sigríði Maríu Jónsdóttur og Elísabetu Jónu Jóhannsdóttur hjá barnaverndarnefnd Reykjavíkur. Tekið 12. apríl 2013.

⁵⁹ Viðtal við Sigríði Maríu Jónsdóttur og Elísabetu Jónu Jóhannsdóttur hjá barnaverndarnefnd Reykjavíkur. Tekið 12. apríl 2013.

⁶⁰ Viðtal við Sigríði Maríu Jónsdóttur og Elísabetu Jónu Jóhannsdóttur hjá barnaverndarnefnd Reykjavíkur. Tekið 12. apríl 2013.

4.3 Rannsóknarheimildir barnaverndarnefnda

Fjallað er um markmið könnunar barnaverndarmáls í 22. gr. bvl. Markmið könnunar máls er að afla upplýsinga um allar aðstæður barns og meta þörf fyrir úrræði samkvæmt ákvæðum laganna sbr. 1. mgr. 22. gr. bvl. Barnaverndarnefnd ber því að sjá til þess að eigin frumkvæði að málsatvik í kynferðisbrotamálum sem tilkynnt eru séu nægilega upplýst sbr. 1. mgr. 41 gr. bvl. og 10. gr. ssl., mál skal vera nægilega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því og barnaverndarnefndum ber að sinna rannsóknarskyldu sinni. Í 43. bvl. er meðal annars fjallað um þær heimildir sem barnaverndarnefnd hefur við könnun máls. Ef barnaverndarnefnd tekur ákvörðun um að hefja könnun hvílir upplýsingaskylda á mörgum aðilum sbr. 44. gr. bvl.

Í 3. mgr. 44. gr. bvl. kemur sérstaklega fram að lögregla skuli láta nefndinni í té upplýsingar og afrit nauðsynlegra gagna sem þessar stofnanir búa yfir um barn, foreldra þess og aðra aðila sem varðað geta málið sem slíkt. Einnig er heimilt að leita eftir upplýsingum hjá öðrum um barn og hagi þess. Best er að hafa samráð um þetta við foreldra og barn, það er að segja til hverra beri að leita til að fá upplýsingar en sé það ekki hægt, sökum til dæmis rannsóknarhagsmuna, hefur barnaverndarnefnd heimild til að leita eftir upplýsingum án þeirra samþykkis.

Afla þarf allra nauðsynlegra upplýsinga til að upplýsa mál. Atriði sem talin eru upp í handbók Barnaverndarstofu eru eftirfarandi:

- að meta hvort barn sé í hættu eða hvort ástæða sé til að þess að hafa áhyggjur af því
- safna staðreyndum varðandi þann grun sem fram hefur komið
- meta þörf á aðgerðum gagnvart barninu og mögulega öðrum
- taka ákvörðun um hvort óska eigi eftir lækni skoðun og/eða lögreglurannsókn
- að tala við barn og tryggja aðgang þess að fullorðnum aðila sem það getur rætt við reglulega um líðan sína og aðstæður.⁶¹

Meðalhöfsreglan gildir þegar um er að ræða könnun máls hjá barnaverndarnefnd sbr. 12. gr. ssl. Könnunin má ekki vera umfangsmeiri en nauðsyn krefur sbr. 2. mgr. 41. gr. bvl. Nefndinni ber einnig að gæta jafnræðis, bæði þegar tekin er ákvörðun um hvort hefja skuli könnun sem og eftir að könnun hefst formlega sbr. 11. gr. ssl. Einnig þarf nefndin að gæta að málshraðareglunni.

⁶¹ Verklag við könnun máls þegar grunur leikur á líkamlegu ofbeldi forsjáraðila /heimilismanns gagnvart barni, bls. 2, <http://www.bvs.is>.

4.4 Réttarstaða barna í barnaverndarmáli

Leitast verður við að skoða hver réttarstaða barna er í barnaverndarmáli með tilliti til, aldurs og aðildar ungra geranda og brotþola. Ef tekin er stjórnvaldsákvörðun og hún nær til ákveðins einstaklings er honum veittur réttur til verja hagsmuni sína gagnvart viðkomandi stjórnvaldi. Einstaklingi eru tryggð þessi réttindi í ssl. og einnig í 1. mgr. 45. gr. bvl. Einstaklingurinn verður þó að teljast vera aðili máls. Til að teljast aðili máls verður einstaklingur að eiga beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta í máli. Í lögum og reglugerðum eru ýmis sérákvæði um stöðu barna sem brotþola, vitna eða sakborninga, hvort heldur er á rannsóknarstigi eða við meðferð máls. Þar er enn fremur að finna ákvæði er varða rétt foreldra til að vera viðstaddir, svo og um réttargæslumenn og verjendur. Með þessu er verið að tryggja réttarstöðu barna og þá er spurningin hverjir teljast vera aðilar máls. Í málsmeðferðarreglum frumvarpsins er gengið út frá því að barn sem náð hefur 15 ára aldri sé aðili barnaverndarmáls.⁶² Þetta er mikilvægt nýmæli sem á að tryggja réttarstöðu barna í barnaverndarmálum. Með þessum hætti fær barn sem náð hefur ákveðnum aldri rétt til að tjá sig um mál sbr., 46. gr. bvl. auk þess öðlast það önnur réttindi. Í 14. gr. ssl. kemur fram að stjórnvald skal tilkynna aðila um að mál sé til meðferðar sem hann varðar nema ljóst sé að hann hafi fengið vitneskju um það fyrir fram. Tilgangur þessarar reglu er að tryggja að aðili máls geti neytt andmælaréttar síns ef könnun máls hefst á annað borð.

Þrátt fyrir að mál sé tilkynnt til barnaverndarnefndar þar sem í hlut eiga gerandi og brotþoli þýðir alls ekki að þeir séu báðir taldir aðilar máls á öllum stigum. Því er oftast þannig farið að brotþoli er kallaður í könnunarviðtal þegar tekin er ákvörðun um afdrif máls. Það virðist hins vegar lítið fjallað um hvort ósakhæfir gerendur séu kallaðir í könnunarviðtal. Réttarstaða barns sem meints geranda er takmörkuð á fyrstu stigum, þegar mál er tilkynnt til barnaverndarnefndar. Að sögn barnaverndarnefndar Reykjavíkur eru gerendur undir lögræðisaldri stundum kallaðir í könnunarviðtal en einungis í þeim tilgangi að athuga hvort hegðun þeirra sé vegna þess að þeir hafi sjálfir verið beittir kynferðislegu ofbeldi. Tilgangurinn er því ekki að gefa þeim færi á að segja frá meintu broti, upplifun og aðstæðum. Það fer því ekki fram neitt sérstakt könnunarviðtal við ungan geranda líkt og í tilfalli brotþola.⁶³ Því má velta fyrir sér hvort rétt sé að gera þennan greinarmun, sérstaklega ef mál fer ekki í lögreglurannsókn. Leiða má líkur að því að nauðsynlegt sé að kalla til bæði ungan

⁶² Sbr. 46. gr. bvl.

⁶³ Viðtal við Sigríði Maríu Jónsdóttur og Elísabetu Jónu Jóhannsdóttur hjá barnaverndarnefnd Reykjavíkur. Tekið 12. apríl 2013.

brotapola og ungan geranda, þegar brot er ekki talið vera nægilega alvarlegt, og afla sem ítarlegustu upplýsinga, sérstaklega þegar litið er til þess að um er að ræða börn en ekki fullorðna einstaklinga. Samkvæmt 2. mgr. 12. gr. barnasáttmálans, á barni að vera sérstaklega tryggður réttur til að tjá sig við hverja þá málsmeðferð fyrir stjórnvaldi sem varðar það.⁶⁴ Markmið málsmeðferðar í barnaverndarmálum er ávallt að málið sé unnið í samvinnu við aðila máls, það er því ekki alveg ljóst á hvaða hátt aðilar fá að tjá sig og á hvaða stigum máls þeir fá að tjá sig.

Þegar mál er ekki sent í lögreglurannsókn kemur það fyrir að stofnuð séu tvö barnaverndarmál. Annars vegar um geranda og hins vegar um brotapolu.⁶⁵ Þau eru því unnin í sitthvoru lagi og er tilgangurinn væntanlega sá, miðað við framangreint, að sjá til þess að bæði mál fái ákjósanlega meðferð. Þetta er þó ekki alltaf gert í öllum tilvikum, til að nefna, ekki í þeim tilvikum sem brot er hreinlega ekki talið vera nægilega alvarlegt. Ítrekað skal aftur hér að það væri ekki úr vegi að barnaverndarnefnd myndi íhuga það af alvöru að í sumum tilfellum færi fram könnunarviðtal við ungan geranda eftir að könnunarviðtal hefur farið fram við brotapolu, til að tryggja að báðir aðilar fái að tala sínu máli.⁶⁶ Það hlýtur að þurfa að tryggja réttindi beggja barna sem talin eru vera aðilar máls, óháð alvarleikastigi, sérstaklega með tilliti til þess hversu alvarleg kynferðisbrot eru almennt og hvaða afleiðingar þau geta haft í för með sér, þó það sé ekki endilega skilgreint sem alvarlegt eða að könnunarviðtal leiði það í ljós.

4.4.1 Úrræði fyrir unga gerendur kynferðisbrota

Þeirri spurningu er enn ósvarað hvaða úrræði og meðferðarúrræði eru í boði fyrir börn sem sýna óæskilega kynferðislega hegðun. Fyrst og fremst þarf að fræða börn almennt um mörkin á milli kynlífs og ofbeldis, hvenær leikur snýst upp í ofbeldi og hvar mörkin liggja í kynferðislegu samneyti. Barnaverndarnefnd ber beinlínis skylda til að útvega barninu/geranda viðeigandi stuðning og meðferð. Á vef Barnaverndarstofu kemur fram að það úrræði er til staðar að barnaverndarnefndir mega sækja um sérhæfða sálfræðiþjónustu til Barnaverndarstofu fyrir börn allt að 18 ára aldri sem sýna óviðeigandi kynhegðun eða misnota

⁶⁴ Hrefna Friðriksdóttir: „Samningur um réttindi barnsins“, bls. 304.

⁶⁵ Viðtal við Sigríði Maríu Jónsdóttur og Elísabetu Jónu Jóhannsdóttur hjá barnaverndarnefnd Reykjavíkur. Tekið 12. apríl 2013.

⁶⁶ Rökin á bakvið það að kalla ekki ungan geranda í könnunarviðtal er hugsanlega þau að viðkomandi upplifi sig ekki sem afbrotamann ef mál er ekki talið vera nægilega alvarlegt. Það er hins vegar ástæða fyrir að flest mál eru tilkynnt og eru því tilkynningarnar sem slíkar væntanlega ekki úr lausu lofti gripnar.

aðra kynferðislega.⁶⁷ Þjónustan er í höndum teymis þriggja sálfræðinga sem sérhæfa sig á þessu sviði og hafa náð samstarf sín á milli. Markmið þjónustunnar er að styðja við barn sem sýnt hefur óviðeigandi eða skaðlega kynhegðun og draga úr skaðsemi hegðunarinnar fyrir barnið sjálft og þar með minnka líkur á því að hegðunin endurtaki sig.⁶⁸ Samkvæmt heimildum um þetta úrræði er gert ákveðið áhættumat. Í áhættumatinu er gerður greinarmunur á börnum sem eru í lítilli áhættu, miðlungsaáhættu eða mikilli áhættu á að hegðunin endurtaki sig. Óháð niðurstöðu áhættumatsins er nauðsynlegt að veita geranda sérhæfða meðferð í hverju og einu tilviki. Því meiri hætta á að hegðunin endurtaki sig, því meiri tíma fær meðferðarvinnan. Tilkoma þessarar þjónustu verður að teljast afar jákvæð í ljósi þess að oft er um unga gerendur að ræða í kynferðisbrotamálum og réttarvörslukerfið gegnir mjög takmörkuðu hlutverki þegar um er að ræða unga gerendur, sérstaklega hafi þeir ekki náð sakhæfisaldri. Þessi þjónusta er að sögn starfsmanna barnaverndarnefndar talsvert notuð ef það er mat fagaðila að barnið þurfi slíka meðferð. Það er því sótt um meðferð óháð því hvernig brotið er.⁶⁹ Telji barnaverndarnefnd að mál sé ekki nægilega alvarlegt og lokar því á fyrstu stigum er þessi þjónusta ekki notuð, til dæmis þegar um er að ræða jafnaldra á bilinu 14-18 ára og brotið er talið vera minniháttar. Þá telur barnaverndarnefnd að börnin ættu frekar að leysa málið sín á milli en að nefndin komi að málinu. Er því ekki líklegt, samkvæmt mati barnaverndarnefndar, að ungir gerendur í minniháttar málum þurfi á meðferð að halda í þeim tilgangi að leiðrétta hegðun, ranghugmyndir um kynlíf og kynferðislegar athafnir, fræða þá um mörkin á milli kynlífs og ofbeldis og mikilvægi þess að virða mörk annarra.

4.4.2 Samantekt um réttarstöðu ungra geranda

Ekki verður í annað ráðið eftir athugun á meðferð kynferðisbrotamála hjá barnaverndarnefndum en að nauðsynlegt sé að báðir aðilar fá að tala sínu máli. Það hlýtur að teljast vera grundvallarréttur barns að fá að tjá sig um mál sem það er talið vera aðili að, ef málið var tilkynnt til barnaverndarnefndar á annað borð. Ekki er einungis þörf á að vernda rétt brotþola og veita þeim einstaklingi viðeigandi meðferð heldur er það ekki síður mikilvægt að fram fari könnunarviðtal við geranda á barnsaldri líkt og við brotþola og þarf það ekki endilega að vera háð alvarleikastigi kynferðisbrotsins. Markmiðið hlýtur alltaf að vera að koma í veg fyrir ítrekunartíðni kynferðisbrota. Hér skal hafa í huga grundvallarregluna um hvað er barninu fyrir bestu þegar um er að ræða ráðstafanir sem varða börn. Tryggja þarf

⁶⁷ „Sálfræðiþjónusta fyrir börn vegna óæskilegrar kynhegðunar“, <http://www.bvs.is>.

⁶⁸ Ólafur Örn Bragason. „Sálfræðilegt mat á meðferð ungra geranda kynferðisbrota“, bls. 522.

⁶⁹ Viðtal við Sigríði Maríu Jónsdóttur og Elísabetu Jónu Jóhannsdóttur hjá barnaverndarnefnd Reykjavíkur. Tekið 12. apríl 2013.

börnum þá vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst samkvæmt meginreglum barnaréttar og barnasáttmálans.⁷⁰ Samkvæmt 2. mgr. 12. gr. barnasáttmálans ber sérstaklega að tryggja barni rétt til að tjá sig við hverja þá málsmeðferð fyrir stjórnvaldi sem varðar barnið.⁷¹ Í grein Hrefnu *Samningur um réttindi barnsins*⁷² kemur fram að í skýrslunni um ofbeldi gegn börnum í heiminum frá 2006 hafi verið hvatt til virkra forvarna og þverfaglegar samvinnu sérmenntaðra fagmanna. Er þar talað um að viðbrögð félagslega kerfisins verði að þróast með sérstakar þarfir barnsins í huga. Sérstök þörf var talin vera á því að huga að álitaefnum og staðreyndum um að einhverjir af þeim sem fremja kynferðisbrot gegn börnum eru sjálfir börn og þessu þurfi að bregðast við án tillits til alvarleika brota.⁷³

5 Upphafsmáls í réttarvörslukerfinu

Flestar kærur í kynferðisbrotamálum gegn barni berast frá barnaverndarnefnd, eins og áður hefur komið fram. Einnig getur það gerst að forráðamenn eða aðrir aðilar leggja fram kærur eða tilkynna um slíkt til lögreglu, jafnvel barn sem hefur orðið fyrir kynferðisofbeldi. Brotapoli getur einnig lagt fram kæru beint til ákæranda, sbr. 3. mgr. 52. gr. sml. Ef kynferðisbrot er kært strax til lögreglu auðveldar það lögreglu rannsókn máls, hins vegar gerist það oft í kynferðisbrotamálum að ekki er kært fyrr en mörgum árum eftir að brotið átti sér stað. Meðferð kynferðisbrotamála fer að meginstefnu eftir sml. og fer fram að mestu leyti eins og meðferð annarra sakamála.

5.1 Réttargæslumaður

Eitt af því fyrsta sem þarf að huga að þegar kæra berst um kynferðisbrot er að samkvæmt 1. mgr. 41. gr. sml. er lögreglu skylt að tilnefna brotapolu sem ekki hefur náð 18 ára aldri réttargæslumann ef rannsókn máls beinist að broti gegn XXII. kafla hgl. og skal það gert jafnskjótt og tilefni gefst sbr. 3. mgr. 41. gr. sml. Hlutverk réttargæslumanns er að gæta hagsmuna brotapola og veita honum aðstoð í málinu. Þessu hlutverki gegnir hann með því að til dæmis setja fram einkaréttarkröfur. Réttargæslumaður hefur ýmsum skyldum að gegna gagnvart skjólstaðingi sínum, það er þó stundum takmarkað hvað honum er leyfilegt að gera til að gæta hagsmuna brotapola og aðstoða hann í málinu. Réttargæslumaður fær ekki að vera viðstaddur yfirheyrslur sakbornings eða annarra vitna en brotapola. Réttargæslumanni er

⁷⁰ Hrefna Friðriksdóttir: „Samningur um réttindi barnsins“, bls. 300-301.

⁷¹ Hrefna Friðriksdóttir: „Samningur um réttindi barnsins“, bls. 304.

⁷² Hrefna Friðriksdóttir: „Samningur um réttindi barnsins“.

⁷³ Hrefna Friðriksdóttir: „Samningur um réttindi barnsins“, bls. 328.

aðeins heimilt að fá aðgang að þeim gögnum er varða brotþola og honum eru nauðsynleg til að gæta hagsmuna hans. Eftir að ákæra hefur verið gefin út á réttargæslumaður rétt á að vera viðstaddur öll þinghöld í máli. Réttargæslumanni er ekki heimilt að beina spurningu beint að vitnum eða ákærða í þinghaldi, honum er hins vegar heimilt að óska eftir að ákærvald og dómari spyrji brotþola um tiltekin atriði, svo og ákærða og vitni en spurningarnar verða að varða kröfu brotþola. Á sama hátt getur hann óskað eftir því að lögregla beini spurningum til brotþola þegar skýrsla er tekin af honum hjá lögreglu. Réttargæslumanni er einungis heimilt að tjá sig munnlega fyrir dómi um réttarfarsatriði sem snúa sérstaklega að brotþola og um einkaréttarkröfu hans en ekki um kröfu ákærvaldsins að öðru leyti. Auk alls þessa er brotþola ávallt heimilt að ráða á sinn kostnað lögmann til að gæta hagsmuna sinna í málinu sem talsmaður sbr. 1. mgr. 43. gr. sml. Slíkur lögmaður nýtur sömu réttarstöðu og réttargæslumaður, en þó má takmarka rétt hans til að vera viðstaddur skýrslutökum af brotþola eða aðgang að gögnum ef hætt er við að rannsókn torveldist við það. Brotþola er heimilt að hafa uppi einkaréttarkröfu í refsímáli og skal hún vera í ákveðnu formi, sbr. 173. gr. sml. Hlutverk réttargæslumanns er því aðallega að gæta hagsmuna brotþola og veita honum aðstoð.

5.2 Rannsókn lögreglu

Nokkuð mið verður tekið af grein Stefáns Eiríkssonar úr bókinni *Hinn launhelgi glæpur* í umfjöllun um rannsókn lögreglu, er það gert vegna kunnáttu hans og þekkingar þegar kemur að rannsóknum á kynferðisbrotum gegn börnum.⁷⁴ Lögregla fer með rannsókn sakamála á Íslandi en ríkissaksóknari yfirstjórn rannsókna. Hjá lögreglunni í Reykjavík starfar sérstök ofbeldis- og kynferðisbrotadeild sem sér um rannsókn kynferðisbrotamála. Þar er lögð áhersla á sérhæfða menntun rannsóknaraðila, unnið eftir ákveðnum verkferlum og jafnframt er starfandi einn aðstoðarsaksóknari lögreglustjóra sem sér alfarið um kynferðisbrotamál.⁷⁵ Ef kynferðisbrotamál koma upp í öðru umdæmi en á höfuðborgarsvæðinu rannsaka rannsóknardeildir lögreglu á viðkomandi svæði brotið.

Fjallað er um lögreglurannsóknir í 8. gr. lögreglulaga nr. 90/1996 og er þar tekið fram að lögregla gegnir því hlutverki að rannsaka brot í samráði við ákærendur. Í 2. þætti sml. er fjallað um rannsóknir sakamála og almennar reglur um rannsókn, skýrslutöku við rannsókn, hald á munum, leit og líkamsrannsókn, símhlustun og önnur úrræði sem og ýmsar

⁷⁴ Stefán Eiríksson: „Rannsókn kynferðisbrota gegn börnum“.

⁷⁵ Ríkissaksóknari svarar bréfi dómsmála- og mannréttindaráðuneytisins vegna umræðu um kynferðisbrot 15.10.2010, <http://rikissaksoknari.is>.

rannsóknaraðgerðir. Samkvæmt 1. mgr. 52. gr. sér lögreglan um rannsókn sakamála nema öðruvísi sé mælt fyrir í lögum. Í 2. mgr. 52. gr. kemur fram að lögreglan skuli hefja rannsókn vegna vitneskju eða gruns um að refsivert brot hafi verið framið. Ríkissaksóknari fer með yfirstjórn rannsóknar en í 3. mgr. 21 gr. sml. segir að ríkissaksóknari geti gefið öðrum ákærendum fyrirmæli um einstök mál sem þeim er skylt að fara eftir. Jafnframt getur hann kveðið á um rannsókn máls, mælt fyrir um framkvæmd hennar og fylgst með henni og er það í samræmi við 1. mgr. 8. gr. lögreglulaga nr. 90/1996 en þar segir að lögreglan annist rannsókn brota í samráði við ákærendur. Í mörgum opinberum gögnum er að finna lög og reglur um að flýta þurfi rannsókn mála og sérstaklega þegar um er að ræða svokölluð forgangsmál líkt og ofbeldisbrot og kynferðisbrotamál samkvæmt tilmælum ríkissaksóknara.⁷⁶ Þegar unnið er að rannsókn mála gilda þrjár meginreglur:

- hlutlægnisreglan 53. gr.⁷⁷,
- málshraðareglan 53. gr. sml.
- meðalhófsreglan skv. 53. gr.

Enn fremur gilda meginreglur ssl., til að mynda lögmætisreglan, jafnræðisreglan, hæfisreglur og leiðbeiningarskyldan.

Þegar frumrannsókn byrjar hjá lögreglu liggur almennt til grundvallar frásögn brotþola. Í upphafi máls þarf að finna og rannsaka vettvang sbr., 1. mgr. 54. gr. sml. og einnig að leita að hugsanlegum vitnum. Lögreglunni ber skylda til að afla allra tiltækra gagna um verknað þann sem er til rannsóknar, hafa uppi á munum, leggja hald á þá og önnur sýnileg sönnunargögn, sem og að rannsaka öll ummerki sem kunna að vera eftir brot sbr., 1. mgr. 53. gr. sml. Rannsaka þarf hugarfar sakbornings og hvatir hans til brots, hvort brotið hafi verið framið af ásetningi, gáleysi eða hvort um tilraun hafi verið að ræða og hvort hann hefur horfið frá þeim af sjálfsdáðum. Ef fleiri en einn eru um brot ber að rannsaka þátt hvers þeirra fyrir sig sbr., 3. mgr. 54. gr. sml. Stefán Eiríksson segir í grein sinni að viðbrögð lögreglu fari eftir eðli hvers máls, það er lýsingu atvika, fyrirliggjandi upplýsinga, sönnunargagna, tímalengd frá broti, alvarleika brots og hvort brot séu enn í gangi auk annarra atriða.⁷⁸ Í alvarlegustu málunum eru menn sem grunaðir eru handteknir á grundvelli 1. mgr. 90. gr. sml., og í sumum tilfellum er gæsluvarðhalds krafist.

⁷⁶ „Grundvallarstefna og langtímaáætlun lögreglunnar á höfuðborgarsvæðinu og stefna einstakra deilda 2008-2011“, bls. 19, <http://www.lögreglan.is>.

⁷⁷ Þeir sem rannsaka sakamál skulu vinna að því að hið sanna og rétta komi í ljós og gæta jafnt að þeim atriðum sem horfa til sýknu eða sektar. Þeim ber jafnframt að hraða málsmeðferð mála eftir því sem kostur er. Hlutlægnisreglan á að tryggja að stuðlað sé að efnislega réttri niðurstöðu og koma í veg fyrir að brotinn sé réttur á aðilum máls.

⁷⁸ Stefán Eiríksson: „Rannsókn kynferðisbrota gegn börnum“, bls. 114-115.

Það fellur í hlut lögreglunnar að taka skýrslur af brotapolum ef þeir eru á aldrinum 15-18 ára. Oftast er barnaverndarstarfsmaður hafður með í ráðum þegar um þennan aldurshóp er að ræða og er hann oftast en ekki viðstaddur skýrslutöku. Skýrslutökur af 15-18 ára börnum eru því án afskipta dómara á fyrstu stigum rannsóknar ólíkt því sem gildir um 14 ára og yngri. Það er þó hægt samkvæmt 6. gr. reglugerðar nr. 651/2009 um réttarstöðu handtekinna manna, ef aðstæður eru sérstæðar að hafa samráð við forráðamenn barns og eftir atvikum lofa þeim að vera viðstaddir yfirheyrslu. Oft er þó ekki æskilegt að hafa foreldra viðstadda því það getur reynst erfiðara að ræða mál við brotþola að þeim viðstöddum. Þetta getur til að nefna verið í þeim tilfellum þar sem um alvarlegt brot er að ræða.⁷⁹ Í 60. gr. sml. er lögreglu heimilt að nýta sér óformlega skýrslutöku eða könnunarviðtal ef upplýsingar í tilteknu máli eru ekki fullnægjandi til að hrinda af stað lögreglurannsókn. Þetta er mikilvæg heimild í ljósi þess að oft er langur tími liðinn frá broti og oft ekki til að dreifa nægjanlegum sönnunargögnum eða staðreyndum til að taka ákvörðun um að hefja rannsókn máls. Stefán Eiríksson segir í grein sinni⁸⁰ að slíkt könnunarviðtal sé viðkvæmt sökum þess að það getur rýrt sönnunargildi vitnisburðar brotþola. Það sem verra er að í sumum tilfellum er ekki unnt að byggja á vitnisburðinum. Hér skal tekið fram að ef lögreglan ákveður að hefja ekki rannsókn getur barnaverndarnefnd eftir sem áður haldið áfram vinnslu máls og unnið að frekari könnun eins kom fram í 4. kafla. Það verður að teljast vera mikilvæg heimild að barnaverndarnefndir geti haldið áfram vinnslu máls í ljósi þess hversu alvarleg kynferðisbrot eru og hversu algengt er að ekki sé til að dreifa nægjanlegum sönnunargögnum til að lögreglan geti á annað borð hafið rannsókn.

Við rannsókn kynferðisbrotamála getur verið mikilvægt að kanna uppvöxt og búsetu barnsins, samskipti við foreldra, systkini eða aðra ættingja, lækna og að lokum hinn grunaða. Nauðsynlegt getur einnig verið að skoða sjúkrasögu barns og segir Stefán það vera til þess fallið að komast í raun um atriði sem geta haft áhrif á rannsókn á tímalengd frá því að kynferðisbrotið hófst og þangað til það tók enda, það er að segja, ef misnotkun hefur staðið yfir í nokkurn tíma. Telja má sem víst að líkamleg og andleg einkenni komi oftast en ekki fram fljótlega ef barn hefur verið misnotað á kynferðislegan hátt. Það er því afar mikilvægt að afla allra nauðsynlegra gagna, má þarf nefna, skýrslur skólasálfræðinga, skólahjúkrunarfræðinga, lækna og sjálfstætt starfandi sálfræðinga. Þetta á við um hvers konar gögn sem geta hugsanlega hjálpað til við rannsókn kynferðisbrotamáls. Mikilvægur þáttur í meðferð

⁷⁹ Stefán Eiríksson: „Rannsókn kynferðisbrota gegn börnum“, bls. 115.

⁸⁰ Stefán Eiríksson: „Rannsókn kynferðisbrota gegn börnum“, bls. 116.

kynferðisbrotamála eru læknisfræðilegar og sálfræðilegar rannsóknir á þroska og andlegu ástandi þolenda og meintum geranda. Stefán Eiríksson segir dæmi um að skortur á slíkum upplýsingum hafi leitt til frávísunar máls frá héraðsdómi.⁸¹ Brotþoli á aldrinum 15-18 ára kemur eins og í öðrum sakamálum einungis fram sem vitni sbr. 5. mgr. 39. gr. sml. Vitnum er skylt að tjá sig og koma fyrir dóm og á það einnig við um brotþola sbr. 1. mgr. 116. gr. sml.

5.2.1 Rannsóknaraðferðir

Líkamsrannsókn er einn liður í rannsókn kynferðisbrotamála, sérstaklega þegar ekki er langt um liðið frá því að brotið átti sér stað. Í 1. mgr. 77. gr. sml. er veitt heimild til að taka blóð- og þvagsýni úr sakborningi og rannsaka þau, einnig að framkvæmdar séu aðrar líkamsrannsóknir sem nauðsynlegar eru í þágu rannsóknar enda leiki rökstuddur grunur um að sakborningur hafi framið brot sem varðað getur fangelsisrefsingu að lögum. Sama gildir um heimild til að taka lífssýni úr öðrum aðilum, líkt brotþola og öðrum þeim sem hugsanlega tengjast málinu. Samkvæmt 2. mgr. 78. gr. sml. skal líkamsrannsókn ákveðin með dómsúrskurði dómara nema fyrir liggi ótvírætt samþykki þess sem á í hlut. Sérstaklega er áréttað í 3. mgr. 79. gr. sml. að við leit og líkamsrannsóknir skal gæta þeirrar varfærni og hlífðar sem samræmist markmiðum hennar. Þá segir í 74. gr. að heimilt sé að leita í húsum sakbornings í því skyni að handtaka hann, rannsaka andlag brots og önnur ummerki eða hafa uppi á munum sem hald skal leggja á. Skilyrðin fyrir húsleit eru að rökstuddur grunur leiki á að framið hafi verið brot sem sætt getur ákæru enda séu augljósir rannsóknarhagsmunir í húfi. Leita þarf úrskurðar dómara um húsleit sbr., 75. gr. sml. nema fyrir liggi ótvírætt samþykki. Það eru þó undantekningar á þessu því í 2. og 3. mgr. 75 gr. er áréttað að ef brýn hætta er á bið eftir úrskurði valdi sakarspjöllum er leyfilegt að framkvæma húsleit án dómsúrskurðar. Einnig er heimilt að taka fingraför af ákærða samkvæmt 3. mgr. 76. gr. sml. Upplýsingar um fjarskiptabúnað líkt og síma og tölvur geta verið mikilvægar í rannsókn kynferðisbrotamáls. Lögð er sú skylda á fjarskiptafyrirtæki að veita upplýsingar um símtöl eða önnur fjarskipti í tiltekin tíma, tölvu eða annars konar fjarskiptatæki, að ákveðnum skilyrðum uppfylltum, sbr. 80. – 85. gr. sml. Með tilkomu netsins og nýrra samskiptasvæða varð til nýr vettvangur fyrir kynferðisbrotamenn að setja sig í samband við fórnarlömb. Því er í flestum kynferðisbrotamálum hald lagt á tölvur og annan þann búnað sem varpaði getur ljósi rannsókn máls. Samkvæmt Stefáni Eiríkssyni kallar þetta á sérhæfingu lögreglumanna til að framkvæma tölvurannsóknir og til er deild innan lögreglunnar sem sérhæfir sig í þessu. Til að

⁸¹ Stefán Eiríksson: „Rannsókn kynferðisbrota gegn börnum“, bls. 118.

grípa til þessarar rannsóknaraðferðar þarf úrskurð dómara sbr., 84. gr. sml., nema ótvírætt samþykki umráðamanns og eiginlegs notanda sé fyrir hendi.

Samkvæmt Stefáni Eiríkssyni eru vettvangsrannsóknir afar mikilvægur þáttur í rannsókn mála. Í vettvangsrannsókn er mögulegt að finna ummerki og sönnunargögn og getur hann því veitt mikilvægar upplýsingar um hvaða brot var framið og hvaða aðferð var beitt við brotið. Leitað er til dæmis að myndavélum, tækjum og tólum sem hugsanlegt er að notuð hafi verið við framkvæmd brotsins eða tengjast því, má þar nefna fatnað geranda og brotaþola, handklæði og rúmföt. Þá er leitað að hugsanlegum líkamsvessum, líkt og hári, blóði, saur, sæði og munnvatni. Þá eru ummerki einnig rannsökuð. Líkamsrannsóknir og læknisrannsóknir á brotaþola og grunuðum eru einnig mikilvægar þegar um er að ræða kynferðisbrot gegn barni og þá ekki síst skoðun brotaþola á neyðarmóttöku. Í eftirfarandi máli kom til skoðunar sérfræðiálit lækna sem dómkvaddir voru sem matsmenn og var spurningin sú hvort meyarhaft brotaþola hafi rofnað og hvaða þýðingu það hefði fyrir niðurstöðu máls. Erfiðlega gekk að sanna hvort samfarir hefðu átt sér stað. Sýnt var fram á í þessum dómi að meyarhöft rofna ekki endilega við ítrekaðar samfarir og því ekki talið að laskað meyarhaft hefði áhrif til sönnunar á ætluðu broti:

Hrd. frá 19. maí 2011 (571/2010). Faðir ákærður fyrir kynferðisbrot gegn dóttur sinni með andlega annmarka.

X var ákærður fyrir brot gegn 1. mgr. 200. gr. og 2. mgr. 194. gr. hgl., með því að hafa á árunum 2005-2008, haft 5 til 6 sinnum samræði við dóttur sína, A, fædda 1990, þrisvar sinnum látið hana eiga við sig munnmök og einu sinni haft munnmök við hana. Við þetta notfærði ákærði sér einnig að A gat ekki spornað við verknadnum sökum andlegra annmarka. Bæði héraðsdómur og Hæstiréttur lögðu mat á hvort meyarhaft hafi verið rofið eða ekki og var byggt á mati kvensjúkdómalækna. Virðist sem stúlkan hafi við skoðun verið með streng sem hluta af meyarhafti sínu. Breyting hafi orðið á strengnum á milli skoðana á ákveðnu árabili. Sýknað var í bæði héraðsdómi og Hæstarétti og var niðurstaðan byggð á mati læknis sem sinni skoðunum á árunum 2005-2008. Ekki var stuðst við mat tveggja dómkvaddra matsmanna sem ríkissaksóknari óskaði eftir á síðari stigum máls en hann lagði þrjár spurningar fyrir dómsskvöddu matsmennina og var ein spurningin hvort unnt hafi verið að hafa samræði við stúlkuna á meðan hún var með strenginn á meyarhaftinu án þess að hann slitnaði. Að mati læknisins væri strengurinn engin fyrirstaða samræðis þar sem hann lá til hliðar og væri það teygjanlegur að A upplifði engan sársauka frá honum. Þá var það enn fremur mat læknisins að strengurinn væri ennþá til staðar og væri hluti af meyarhafti hennar. Seinni álitin sýndu því að samræði hafi vel getað átt sér stað án þess að sjálft meyarhaftið rofnaði. Þrátt fyrir þetta mat var ákærði sýknaður vegna sönnunarskorts.

Það er því engum vafa undiropið að lögreglu og ríkissaksóknara er að meginstefnu heimilt að beita öllum þeim rannsóknaraðferðum sem lög leyfa ef viðkomandi sönnunargögn eða staðreyndir geta hugsanlega varpað ljósi á málið.

Komið hefur fyrir að lögreglurannsókn hafi verið ábótavant með tilliti til sönnunargagna sem varpað hefðu getað ljósi á mál, hvort sem um var að ræða að vettvangsrannsókn hafi farið fram of seint eða að skýrslutaka af geranda hafi ekki farið fram tímanlega. Lögreglan hefur þá í þeim tilfellum látið óeðlilegan drátt á máli viðgangast og er afleiðingin óhjákvæmilega sú að þau sönnunargögn og sönnunatriði sem hugsanlega hefðu getað komið að gagni hafa enga eða litla þýðingu. Hér má nefna dóm þar sem Hæstiréttur taldi rannsókn lögreglu vera aðfinnsluverða:

Hrd. frá 17. nóvember 2005 (358/2005). Karlmaður ákærður fyrir brot gegn 194. gr. hgl.

X var ákærður fyrir að fyrir að hafa með ofbeldi veist að Z og rífið hana úr öllum fatnaði, stungið fingrum í leggöng hennar, stungið salernispappír inn í leggöng hennar og þröngvað henni til holdlegs samræðis á einum stað í íbúðinni og þröngvað henni til holdlegs samræðis með því að láta hana sjúga getnaðarlim sinn og aftur þröngvað henni til holdlegs samræðis á öðrum stað í íbúðinni. Ýmsir áverkar voru á X og þurfti meðal annars að sauma leggangaop hennar með 9 sporum. Annmarkar voru taldir vera á rannsókn málsins og þótti Hæstarétti aðfinnsluvert að lögreglan hafi ekki handtekið manninn og fært til skýrslugjafar mun fyrr. Skýrsla var tekin af ákærða tveimur mánuðum eftir að atburðurinn átti sér stað. Taldi Hæstiréttur að hugsanlega hefði verið hægt að gera líkamsrannsókn á ákærða sem hefði komið að gagni ef lögregla hefði sinnt rannsóknarskyldu sinni á fullnægjandi hátt.

5.2.2 Lok máls hjá lögreglu

Lögreglan getur ákveðið að vísa kæru frá eða hætta rannsókn þess ef ekki þykir grundvöllur til að halda rannsókn áfram. Eins og segir í 4. mgr. 52. gr. sml. geta ástæður þess að lögregla hættir rannsókn verið margvíslegar, til að nefna kæra er ekki á rökum reist, brot er of smávægilegt, gerendur óþekktir eða finnast ekki, eða um er að ræða óskýra og misvísandi framburði. Þetta ákvæði er talið vera matskennt og er ekki tæmandi. Hér væri ekki úr vegi að vitna í nýlega skýrslu um meðferð nauðgunarmála⁸² varðandi nokkrar efnislegar ástæður fyrir því að lögregla hætti rannsókn í nauðgunarmálum. Má þar nefna:

- Engin vitni
- Ósannað að sakborningur hefði mátt vita að brotaþoli vildi ekki samfarir (ásetningur ósannaður)
- Sakborningur bar við samþykki brotaþola fyrir samræði
- Sönnunargögn þóttu ekki nægjanleg
- Orð á móti orði
- Framburður vitnis/vitna studdu ekki við frásögn brotaþola
- Ósannað að ölvunarástand brotaþola hafi verið með þeim hætti að hún hafi ekki getað spornað við verknaðinum
- Ósannað að þvingun hafi verið beitt

⁸² Einkenni og meðferð nauðgunarmála sem bárust lögreglu á árunum 2008-2009. Edda – öndvegissetur Háskóla Íslands, apríl 2013, <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

- Sakborningur neitaði að samræði hafi átt sér stað.⁸³

Samkvæmt skýrslunni kom annað fram sem er markvert sem varðaði afgreiðslu nauðgunarmála á landsbyggðinni samanborið við höfuðborgarsvæðið. Tilkynnt mál til lögreglu á landsbyggðinni voru í nánast öllum tilvikum vísað til ríkissaksóknara.⁸⁴

Ef lögreglan tekur ákvörðun um að vísa frá kæru eða hætta rannsókn er ekki fyrir hendi andmælaréttur en hana má þó kæra eins og nánar segir í 52 gr. sml. Sé rannsókn hætt er óheimilt að taka rannsókn upp að nýju á hendur sakborningi nema ný sakargögn komi fram eða líklegt sé að þau komi fram sbr., 3. mgr. 57. gr. sml. Einnig er fjallað um heimildir varðandi ákvarðanir um að vísa frá kæru, hætta rannsókn eða fella mál niður í fyrirmælum ríkissaksóknara nr. 10/2009.⁸⁵ Það er alfarið í höndum lögreglu að taka ákvörðun um að hætta rannsókn. Ekki er þörf á að rökstyðja ákvörðun lögreglu um að hætta rannsókn eða vísa máli frá, sbr. 8. mgr. 52. gr. sml., ólíkt því sem gildir um niðurfellingu máls sbr., 145. gr. sml. Ef hins vegar lögreglan telur kæru um kynferðisbrot geta leitt til saksóknar sendir hún málið til ákæranda sem ákveður hvort ákæra skuli í málinu sbr. 145. og 152. gr. sml.

5.3 Skýrslutaka af börnum á aldrinum 15-18 ára

Veigamikill þáttur í rannsókn kynferðisbrotamáls eru skýrslutökur. Í VIII. kafla sml. er fjallað um skýrslutöku lögreglu. Þar segir í 58. gr. sml. að lögregla taki skýrslur af sakborningi og vitnum á meðan mál er til rannsóknar. Þegar sml. tóku gildi var fyrirkomulagi skýrslutöku af 15-18 ára börnum breytt þannig að skýrslutaka af þessum aldurshópi fer fram eins og hjá fullorðnum. Lögregla tekur því skýrslur af 15-18 ára börnum ólíkt því sem gildir um 14 ára og yngri. Greinarmunur er því gerður á 14 ára og 15 ára barni í sml. hvað rannsókn kynferðisbrotamála varðar og er því ekki öllum börnum undir 18 ára aldri veitt sama réttarvernd. Í greinargerð sem fylgdi frumvarpi til sml. er að finna rökin fyrir því að fyrirkomulagi skýrslutöku af 15-18 ára börnum var breytt. Segir þar að ef 15-18 ára börnum yrði ekki gert skylt að gefa skýrslur hjá lögreglu og bera vitni fyrir dómi væri um að ræða frávík frá einni af meginreglum sakamálaréttarfars, reglunni um milliliðalaus sönunarfærslu. Reglan er áréttuð í 1. mgr. 112. gr. sml. Reglan felur það í sér að sá dómari sem dæmir mál á að taka skýrslur af ákærða og vitnum og jafnframt eru önnur sönnunargögn

⁸³ Einkenni og meðferð nauðgunarmála sem bárust lögreglu á árunum 2008-2009. Edda – öndvegissetur Háskóla Íslands, apríl 2013, bls. 24-25, <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

⁸⁴ Einkenni og meðferð nauðgunarmála sem bárust lögreglu á árunum 2008-2009. Edda – öndvegissetur Háskóla Íslands, apríl 2013, bls. 27, <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

⁸⁵ Fyrsmáli ríkissaksóknara nr. 10/2009, bls. 1, <http://www.ríkissaksoknari.is>.

færð fyrir sama dómara.⁸⁶ Það er þó gerð undantekning á þessu því samkvæmt 3. mgr. 111. gr. sml. getur skýrsla sem hefur verið gefin hjá lögreglu eða öðrum stjórnvöldum meðan mál var til rannsóknar haft sönnunargildi.

Óháð því hvort skýrslutökur af 14 ára og yngri stríði gegn meginreglunni um milliliðalausa sönnunarfærslu þá hefur löggjafinn ákveðið að fyrirkomulagið, að láta 15-18 ára börn fara í endurteknar skýrslutökur og rifja þannig ítrekað upp erfiða lífsreynslu sem þau hafa orðið fyrir, væri heppilegra. Umboðsmaður barna hefur lýst áhyggjum sínum að 15-18 ára börnum væri ekki veitt sama vernd og öðrum börnum í núgildandi löggjöf. Áréttaði hann í skýrslu sinni frá árinu 2010 til barnaréttarnefndar SP.⁸⁷ að mikilvægt væri að tryggja velferð barna sem verða fyrir kynferðislegu ofbeldi, óháð aldri, sbr. 19. og 34. gr. barnasáttmálans og taldi hann það einnig vera í samræmi við skyldu aðildarríkja að vernda réttindi og hagsmuni barna á öllum stigum sakamáls og taka sérstakt tillit til þarfa barna sem brotþola. Taldi umboðsmaður því núverandi fyrirkomulag á skýrslutökum af 15-18 ára börnum ekki vera það sem börnum sé fyrir bestu og lagði hann til að þessu yrði breytt í lögum.⁸⁸

Reynt er að halda fjölda skýrslna sem teknar eru af börnum í lágmarki en ef sannprófa þarf framburð geranda og brotþola geta skýrslutökur orðið fleiri en ein. Vitað er að geta barna til að segja frá kynferðislegu ofbeldi er misjöfn. Þó er ætlast til þess að barn geri grein fyrir brotinu á sem ítarlegastan og skýrastan hátt, óháð því hvar skýrslutakan fer fram og í hvaða umhverfi. Vegna séreðlis kynferðisbrotamála er afar mikilvægt að rétt sé staðið að yfirheyrslum, því brotþolar eru oftast en ekki einir til frásagnar um atburði og er framburðurinn oft eina haldbæra sönnunargagnið. Mikilvægt er hvernig frásögn barns er náð fram, hver sinnir því hlutverki og hvaða reglur gilda um skýrslutökur af barni. Sá sem tekur skýrslu af barni, óháð því hvort það er lögregla eða dómari þarf að þekkja málfar barna, háttarlag þeirra og viðbrögð og hafa einstaklega gott skynbragð á hvað sé mikilvægt að komi fram í skýrslutökunni og hér má vitna í orð Sigríðar Ingvarsdóttur í grein hennar *Skýrslutökur af börnum fyrir dómi*⁸⁹ um að mikilvægt sé að:

spyrjandinn sé fær um að mynda gott samband við barnið og fái það til að skynja að það geti treyst honum, traust er afar mikilvægur þáttur þegar kemur að skýrslutökum. Sá einstaklingur sem kemur til með að taka skýrslu af barni þarf að gera það á nærfærinn og víðeigandi hátt. Þá er brýnt að barnið finni fyrir því að hlustað sé á það og að kærán sé og hafi verið tekin alvarlega. Það skiptir ekki síður máli að einstaklingurinn sem sinnir því

⁸⁶ Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars*, bls. 22.

⁸⁷ Skýrsla Umboðsmanns barna til barnaréttarnefndar Sameinuðu þjóðanna 2010, bls. 8-10, <http://www.barn.is>.

⁸⁸ Skýrsla Umboðsmanns barna til barnaréttarnefndar Sameinuðu þjóðanna 2010, bls. 8-9, <http://www.barn.is>.

⁸⁹ Sigríður Ingvarsdóttir: „Skýrslutökur af börnum fyrir dómi“, <http://www.domstolar.is>.

mikilvæga hlutverki að framkvæma skýrslutöku sé sjálfur í afar góðu jafnvægi og sé yfirvegaður. Barnið þarf að geta slakað á, treyst þeim sem sinna þessu hlutverki. Þegar spyrjandanum tekst á þennan hátt að skapa góðar aðstæður virðist börnunum alls ekki líða mjög illa við skýrslutökuna þrátt fyrir að þeim sé oft þungbært að skýra frá erfiðri lífsreynslu.⁹⁰

Haldið var málþing þann 3. júní 2012 á vegum innanríkisráðuneytisins og lagadeildar Háskóla Íslands þar sem rætt var um skýrslutökur af börnum í sakamálum.⁹¹ Í ræðu innanríkisráðherra, Ögmundar Jónassonar, lýsti hann áhyggjum barnaréttarnefndar SP af því að í ljósi þess að kynferðislegur lágmarksaldur barna væri 15 ára á Íslandi nyti aldurshópurinn 15-18 ára ekki nægilegrar réttarverndar gagnvart kynferðislegu ofbeldi. Hins vegar vildi hann gera lítið úr áhyggjum nefndarinnar og sagði Ísland tryggja vernd þessa aldurshóp gegn kynferðislegu ofbeldi almennt en ef ráða þyrfti bót á einhverju þyrfti frekar að fræða börnin um mörkin á milli kynlífs og ofbeldis, óháð kynferðislegum lágmarksaldri. Hann tók samt sem áður fram að börn á aldrinum 15-18 ára nytu í öllum tilvikum eflaust ekki sömu réttarverndar og yngri börn hvað varðar skýrslutökur. Ögmundur sagði í lok ávarpsins að hann væri hlynntur því að núverandi fyrirkomulagi yrði breytt og að skýrslutaka af 15-18 ára börnum færi fram í Barnahúsi, því öll börn ættu að fá að sitja við sama borð. Sandra Baldvinsdóttir, héraðsdómari við héraðsdóm Reykjaness, tók einnig til máls og sagði allan rökstuðning vanta í frumvarp til laga um meðferð sakamála um lækun aldurs í 15 ár þeirra sem koma til skýrslutöku í Barnahús. Sagði hún að sem starfandi dómari væri í raun heppilegra að hafa aldursmarkið hærra. Tók hún sem dæmi að ef barn kemur í Barnahús 14 ára en aðalmeðferð fer ekki fram fyrir en það hefur náð 15 ára aldri þarf barn að koma fyrir dóm og bera vitni sem 14 ára börn þurfa ekki að gera. Nefndi hún að geta barna til að gefa skýrslu á ólíkum stöðum væri misjöfn, færi það eftir þroska, persónuleika og öðrum eiginleikum barns.⁹² Ólöf Ásta Farestveit forstöðumaður Barnahúss tók einnig til máls. Vildi hún benda meðal annars á þá staðreynd að fjöldi barna á aldrinum 15 - 17 ára væru með ýmsar þroskaraskanir, þar á meðal greiningar sem geta verið kvíði og þunglyndi sem fylgir oft í kjölfarið á kynferðisbroti. Þá getur skipt öllu máli hvort 15-18 ára börn mæti á lögreglustöð eða í barnvænt umhverfi líkt og Barnahús í skýrslutöku. Sagði hún að það tæki oft 2-3 meðferðartíma í Barnahúsi að aðstoða 15-18 ára börn við að jafna sig eftir að hafa mætt í dómssal. Í lok erindis síns spurði hún þeirrar spurningar hvort ætlunin væri í framtíðinni að láta hagsmuni barna ganga fyrir eða hvort það væru hagsmunir réttarvörslukerfisins sem ættu að hafa forgang. Ráða má af erindi

⁹⁰ Sigríður Ingvarsdóttir: „Skýrslutökur af börnum fyrir dómi“, <http://www.domstolar.is>.

⁹¹ Upptaka af málþingi um skýrslutökur af börnum í sakamálum. 7. júní 2012, <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

⁹² Upptaka af málþingi um skýrslutökur af börnum í sakamálum. 7. júní 2012, <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

hennar að hún mælist til þess að skýrslutökur af 15-17 ára börnum færu fram í Barnahúsi en ekki hjá lögreglu og dómshúsi.⁹³

Óháð því sem framsögumenn höfðu að segja um að 15-18 ára börn þurfi að lúta öðrum reglum en 14 ára og yngri er mikilvægt að velta fyrir sér hvort ekki felist ákveðin mismunur í löggjöfinni eins og hún er í dag. Mismunur felst í því að láta einn aldurshóp barna fara í gegnum átakanlegra ferli hvað varðar skýrslutökur á meðan öðrum börnum er hlíft við því, þó það sé ekki nema eitt aldursár á milli, það er annars vegar 14 ára og hins vegar 15 ára barn. Spurningin er því alltaf sú hvort og að hvaða marki er hægt að réttlæta að gera þennan greinarmun í lögum, þegar þjónusta Barnahúss er til staðar og einnig aðstaða í Héraðsdómi Reykjavíkur til að taka skýrslur af börnum. Taka verður undir rökstuðning Söndru Baldvinsdóttur um að fyrirkomulag skýrslutöku af 15-18 ára börnum sé ábótavant. Bragi Guðbrandsson forstöðumaður Barnaverndarstofu lýsti einnig áhyggjum sínum á málþingi sem haldið var um meðferð kynferðisbrota í réttarvörslukerfinu þann 20. janúar 2012.⁹⁴ Sagði hann fyrirkomulagið jafnvel vera frávik íslenska réttarvörslukerfisins frá eftirfarandi tveim samningum, sá fyrri samningurinn um barnvinsamlegt réttarkerfi (Guidelines of Child friendly justice)⁹⁵ og sá seinni er Evrópuráðssamningnum um vernd barna gegn kynferðislegri misneytingu og kynferðislegu ofbeldi. Samspil barnaverndar og lögreglunnar við skýrslutöku væri ábótavant í þeim tilgangi að tryggja að hagsmunum barna væri fyllilega gætt.⁹⁶

Í grein sinni *Að byggja brýr* fjallar Bragi Guðbrandsson um mikilvægi tilkomu Barnahús og segir í raun að skýrslutaka ætti einnig að fara fram í Barnahúsi þegar um er að ræða 15-18 ára börn. Margt mælir með því að skýrslutaka fari fram í Barnahúsi í stað þess að fara fram á lögreglustöð þegar um þennan aldurshóp er að ræða, ef tekið er orðrétt upp úr grein hans:

Grunnurinn að hugmyndafræði barnahúss er tvíþættur, hagsmunir barnsins annars vegar og rannsóknarhagsmunir hins vegar. Skaðlegar afleiðingar þess að börn séu ítrekað látin greina frá sársaukafullri lífsreynslu á borð við kynferðisofbeldi hafa lengi verið kunnar. Óhagfelldar aðstæður og kunnáttuleysi við rannsókn mála getur magnað vanlíðan brotþola og hamlað tjáningu hans. Upplifun barna í rannsóknarferli þessara mála getur verið allt önnur en leikmenn ætla. Skýrslutaka á lögreglustöð eða í dómshúsi getur t.d.

⁹³ Upptaka af málþingi um skýrslutökur af börnum í sakamálum. 7. júní 2012, <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

⁹⁴ Upptaka af málþingi um meðferð kynferðisbrotamála í réttarvörslukerfinu. Fyrirlestur Braga Guðbrandssonar 20. janúar 2012, <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

⁹⁵ Reglurnar er að finna á vef Evrópuráðsins.

⁹⁶ Upptaka af málþingi um meðferð kynferðisbrotamála í réttarvörslukerfinu. Fyrirlestur Braga Guðbrandssonar 20. janúar 2012, <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

falið í sér skilaboð til barnsins um að það hafi gert eitthvað rangt. Slíkt getur aukið á sektarkennd þess og þar með sálrænar afleiðingar ofbeldisins.⁹⁷

Þegar kemur að magni og gæðum upplýsinga við rannsókn mála skiptir höfuðmáli hvernig staðið var að skýrslutöku.⁹⁸ Endurtekin og óskipulögð viðtöl við barn eru til þess fallin að menga framburð þess.⁹⁹ Með breytingu á sml. fara fram ítrekuð viðtöl við 15-18 ára börn, bæði fyrir lögreglu og fyrir dómi. Segir hann þetta stríða gegn meginreglunni um hvað sé barninu fyrir bestu.¹⁰⁰ Því má ekki gleyma að börn eiga að njóta ákveðinnar sérstöðu umfram fullorðna, þau ættu og eiga að fá að njóta meiri réttinda en fullorðnir¹⁰¹, hvort sem þau eru 14 ára og yngri eða 15-18 ára.

Aflað var upplýsinga um skýrslutökur af 15-18 ára börnum frá aðstoðaryfirlögregluþjóni hjá kynferðisbrotdeild lögreglunnar, Björgvini Björgvinssyni. Tjáði hann að þeir sem framkvæmdu skýrslutökur væru yfirleitt rannsóknarlögreglumenn sem starfa í ofbeldis- og kynferðisbrotadeild og að þessir aðilar væru mjög reyndir yfirheyrendur og hefðu setið sérstök námskeið fyrir rannsóknarlögreglumenn.¹⁰² Spurt var hver reynsla þeirra væri eftir að fyrirkomulagi skýrslutöku var breytt hjá 15-18 ára börnum árið 2008. Sagði hann að breytingin hafi ekki endilega verið til hins betra. Taldi hann að betra hefði verið að hafa lögregluna áfram í Barnahúsi og að lögreglan bæri ábyrgð á skýrslutökum yfir börnum í Barnahúsi.¹⁰³ Það væri svo hlutverk félagsráðgjafa og sálfræðinga í Barnahúsi að bera ábyrgð á meðferðarviðtölum en ekki skýrslutökunum sjálfum. Taldi hann þetta vera í samræmi við fyrirkomulag sem Barnahús á norðurlöndum hafa tileinkað sér. Aðspurður um hvort hann teldi núverandi fyrirkomulag skýrslutöku hjá 15-18 ára börnum á fyrstu stigum vera meira íþyngjandi fyrir börnin sagði hann að lögreglan tæki skýrslur af börnum í Barnahúsi í dag með leyfi starfsmanna þar. En lögreglan hefði ekki beinan aðgang að Barnahúsi sem væri miður, því í sumum tilfellum væri betra að taka skýrslur af 15-18 ára börnum þar af mörgum ástæðum. Hann tók þó fram að það væri nýtt fyrirkomulag hjá kynferðisbrotadeildinni að skýrslutaka af 15-16 ára börnum færi fram í Barnahúsi en ekki á lögreglustöð. Það er þá

⁹⁷ Bragi Guðbrandsson. „Að byggja brýr“, bls. 381.

⁹⁸ Bragi Guðbrandsson. „Að byggja brýr“, bls. 382.

⁹⁹ Bragi Guðbrandsson. „Að byggja brýr“, bls. 382.

¹⁰⁰ Bragi Guðbrandsson. „Að byggja brýr“, bls. 391.

¹⁰¹ Hrefna Friðriksdóttir: „Að nota samning SP um réttindi barnsins með hendi og vendi að hingað til brúkanlegum siðvana“, bls. 162.

¹⁰² Björgvin Björgvinsson, ofbeldis- og kynferðisbrotadeild lögreglunnar í Reykjavík. Tölvupóstur 4. apríl 2013.

¹⁰³ Björgvin Björgvinsson, ofbeldis- og kynferðisbrotadeild lögreglunnar í Reykjavík. Tölvupóstur 4. apríl 2013. Sagði hann jafnframt að skýrslutökur ættu að hafa ígildi dómsyfirheyrslu þar sem dómari í viðkomandi máli hefði falið lögreglunni skýrslutökuna.

væntanlega eitthvað sem lögreglan hefur ákveðið að gera, óháð því hvað löggjöfin segir.¹⁰⁴ Hérna er þó verið að tala um skýrslutökur á fyrstu stigum máls. Brotþólar þurfa samt sem áður að gefa einnig skýrslu fyrir dómi.

5.4 Mál sent til ríkissaksóknara

Ákærvaldinu ber að hafa í huga við starfa sinn að leiða hjá sér einstaklingsbundna og hópbundna hagsmuni og þrýsting frá almenningi eða fjölmiðlum.¹⁰⁵ Ákærendum ber einnig að sækja mál af ákveðni en sanngirni, og ekki umfram það sem sönnunargögn benda til.¹⁰⁶ Í ljósi þess hversu mikið kynferðisbrotamál eru fordæmd í þjóðfélaginu og umræðan mikil er nauðsynlegt að ákærvald nái og fái tækifæri til að halda hlutleysi sínu og einblíni á að leiða hið sanna og rétta í ljós. Þá er einnig mikilvægt að það fái að halda sjálfstæði sínu. Í 18. gr. sml. er fjallað um hlutverk ákæranda, þeim ber að tryggja í samvinnu við lögreglu, að þeir sem afbrot fremja, verði beittir lögmæltum viðurlögum. Þegar ákærandi fær mál til skoðunar hefur hann um þá kosti að velja að mæla fyrir um frekari rannsóknaraðgerðir sbr., 2. mgr. 57. gr. sml. fella mál niður sbr. 145. gr. sml., fresta ákæru sbr., 2 mgr. 146. gr. sml. og 56. gr. hgl., falla frá saksókn sbr. 3. og 4. mgr. 146. gr. sml. eða ákæra. Þegar ríkissaksóknari fær til sín mál getur hann mælt fyrir um frekari rannsóknaraðgerðir af hálfu lögreglu ef hann telur þess þörf sbr., 3 mgr. 21. gr. og 4. mgr. 23. gr. sml. og er þessari heimild oft beitt.¹⁰⁷ Ríkissaksóknari höfðar mál vegna brota á XXII. kafla hgl. Þegar rannsókn er lokið skoðar ákærandi tiltæk gögn og tekur ákvörðun um hvort það sem fram hefur komið sé nægilegt til að sækja sakborning til saka eða ekki, sbr. 152. gr. sml. en þar segir að ákærandi höfði sakamál með útgáfu ákæru og er það í samræmi við ákærureglu sem er í 142. gr. sml. Í henni kemur fram að sérhver refsiverður verknaður skuli sæta ákæru nema annað sé sérstaklega ákveðið í lögum. Hlutverk ákæranda er að sjálfsögðu ávallt að leiða hið sanna og rétta í ljós, og gæta jafnt að þeim atriðum sem horfa til sýknu og sektar.¹⁰⁸

Sönnunarbyrði hvílir á ákærvaldinu um sekt ákærða og atvik sem telja má honum í óhag sbr. 108. gr. sml.¹⁰⁹ Saksóknarar ríkissaksóknara eiga að líta til dómaframkvæmdar og meta þannig á hverjum tíma hvort mál sé líklegt til sakfellingar eða horfa til 145. gr. sml., sem inniheldur

¹⁰⁴ Björgvin Björgvinsson, ofbeldis- og kynferðisbrotadeild lögreglunnar í Reykjavík. Tölvupóstur 4. apríl 2013.

¹⁰⁵ Ríkissaksóknari. „Leiðbeinandi siðareglur fyrir ákærendur“, <http://www.ríkissaksoknari.is>

¹⁰⁶ Ríkissaksóknari. „Leiðbeinandi siðareglur fyrir ákærendur“, <http://www.ríkissaksoknari.is>.

¹⁰⁷ Uppataka af málþingi um meðferð kynferðisbrota í réttarvörslukerfinu. 20. janúar 2012. Sigríðar J.

Friðjónsdóttur ríkissaksóknari talar, <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

¹⁰⁸ Fyrirmæli ríkissaksóknara nr. 10/2009 um ákvörðun um að vísa frá kæru, hætta rannsókn eða fella mál niður, bls. 1, <http://www.ríkissaksoknari.is>.

¹⁰⁹ Eiríkur Tómasson: „Sitt er hvað, sönnunarbyrði og sönnunarmat“, bls. 485.

heimild til að fella mál niður. Ef ríkissaksóknari tekur ákvörðun um að ákæra er brýnt að gæta samræmis og jafnræðis þegar tekin er ákvörðun um saksókn, sbr. 1. mgr. 11. gr. ssl. Líta verður til þess að útgáfa ákæru getur verið ákveðinn áfellisdomur fyrir þann sem ákærður er þó svo að gert sé ráð fyrir meginreglu 2. mgr. 70. gr. stjkskr. að sérhver er talinn saklaus uns sekt er sönnuð fyrir dómi.¹¹⁰

5.5 Sönnun í kynferðisbrotamálum

Skortur á sönnun er algengasta ástæða þess að rannsókn kynferðisbrotamála gegn börnum er hætt eða þau felld niður. Spurningin er því hvort of miklar kröfur séu gerðar til sönnunar eða hvort lítil áhersla sé lögð á það sem getur styrkt framburð fórnarlamba kynferðisofbeldis.¹¹¹ Erfitt getur reynst að færa fram sannanir sökum þess að jafnan eru engin vitni og engir sýnilegir líkamlegir áverkar í þessum málum, enginn vettvangur til að rannsaka, engin sýnileg sönnunargögn, oft er einungis til staðar framburður brotþola.¹¹² Framburður brotþola er mikilvægt sönnunargagn og skiptir því miklu máli að brotþoli leiti strax til á neyðarmóttöku og lögreglu til að hægt sé að safna sönnunargögnum.

Hrd. 26. janúar 2011 (460/2011). Ákært fyrir brot gegn 194. gr. hgl.

X var ákærður fyrir nauðgun með því að hafa með ofbeldi þröngvað A til munnmaka, samræðis og endaparmsmaka. Ákærði hrinti A á rúm sitt, klæddi hana úr fötum, reif í hár hennar, hélt um háls hennar, togaði í hálsmen svo þrengdi að hálsi hennar og reif af henni gleraugu. Við atlöguna hlaut A sprungu og roða í endaparmi, marbletti á læri og rasskinn, eymsli yfir nefrót og í hnakka auk þess sem hár losnaði úr hársverði. Stúlkan leitaði strax til lögreglu og var í kjölfarið færð tafarlaust á neyðarmóttöku. Hún gat skýrt frá því að hún hafi grátið í hvítan kodda og hafi verið með svarta augnmálningu og hún hafi einnig skilið eftir sokka sína á vettvangi. Vettvangsrannsókn staðfesti þetta.

Um sönnun í kynferðisbrotamálum er fjallað um í 3. þætti sml. en í 108. gr. segir að sönnunarbyrði um sekt ákærða og atvik sem telja megi honum í óhag hvíli á ákæruvaldinu. Algengt er að mál séu felld niður þegar einungis er um að ræða framburð brotþola og því koma málin sjaldnast fyrir dómstóla. Í *Hrd. 28. október (204/2010)* var nánast einungis við framburði að styðjast og dugði það aðeins að sumu leyti til sakfellingar. Í málinu var J ákærður fyrir að hafa sem starfsmaður á meðferðarheimili framið ýmis konar kynferðisbrot gegn stúlkum sem voru vistaðar á meðferðarheimilinu á vegum barnaverndaryfirvalda.

Ef ákært er í máli fellur það í verkahring dómara að meta það hvort sönnun hefur tekist í kynferðisbrotamálum og er þetta án efa eitt það erfiðasta sem dómarar taka sér fyrir hendur.

¹¹⁰ Eiríkur Tómasson: „Ákæruvaldið í ljósi jafnræðisreglna“, bls. 54.

¹¹¹ Atli Gíslason og Jóhanna Katrín Magnúsdóttir: „Réttarvernd kynfrelsis“, bls. 31.

¹¹² Atli Gíslason og Jóhanna Katrín Magnúsdóttir: „Réttarvernd kynfrelsis“, bls. 31.

Mikil ábyrgð hvílir þá á dómsvaldinu líkt og það hvílir mikil ábyrgð á ákærvaldinu þegar kemur að því að færa sönnur fyrir því að ákveðið atvik hafi átt sér stað. Því má ekki gleyma að kynferðisbrot hafa farið í gegnum ákveðna síu áður en tekin er ákvörðun um að ákæra. Lögreglan og barnaverndarnefnd hafa rannsakað málið, ákærvaldið hefur tekið ákvörðun um að ákæra svo það er ærin ástæða fyrir að mál koma til kasta dómstóla. Einnig skal tekið fram hér að dómafordæmi hafa sitt að segja við mat á sönnun, það er að segja, hvernig hefur verið farið með sönnunargögn í sambærilegum tilvikum.

Samkvæmt 109. gr. sml. fellur það í hlut dómara að meta hverju sinni hvort nægileg sönnun, sem ekki verði vefngd með skynsamlegum rökum, sé fram komin um hvert það atriði sem varðar sekt og ákvörðun viðurlaga við broti. Hann metur sönnunargildi skýrslna ákærða, vitnisburðar, mats- og skoðunargerðir, skjöl og önnur sýnileg sönnunargögn. Í 109. gr. sml. felst hið svokallaða frjálsa mat dómara. Dómarinn er ekki bundinn af neinum fyrirframgefnum reglum sem segja honum hvernig ber að komast að niðurstöðu um hvað teljist sannað og hvað ekki.¹¹³ Dómari þarf engu að síður að komast að efnislega rétttri niðurstöðu.¹¹⁴ Þó svo að dómari sé ekki bundin af neinum ákveðnum sönnunargögnum eða sönnunaraðferðum, þá hefur hann ekki alfrjálsar hendur. „Þannig verður mat hans á sönnun að vera hlutlægt og jafnframt verður það að styðjast við málefnaleg rök.“¹¹⁵ Eiríkur fjallar ítarlega um *Hrd. 2005, bls. 4042 (148/2005)* í grein sinni *Sitt er hvað, sönnunarbyrði og sönnunarmat*.¹¹⁶ Í málinu var maður ákærður fyrir að hafa framið kynferðisbrot gegn dóttur þáverandi sambýliskonu sinnar er hún var yngri en 18 ára. Í greininni fjallar hann sérstaklega um sönnunatriði í málinu í ljósi þess að niðurstaða málsins réðust fyrst og fremst af mati á sönnunargildi munnlegs framburðar fyrir dómi. Auk þess var stuðst við framburð þriggja vitna um að brotþoli hefði tjáð þeim um refsiverða háttsemi ákærða gagnvart henni. Enn fremur var til stuðnings sakfellingu vísað til greinargerðar forstöðumanns Barnahúss. Eins og þessi dómur sýnir er sönnunarstaðan í kynferðisbrotamálum erfið, sérstaklega ef ákærði neitar sök. Í kynferðisbrotamálum verður að ganga úr skugga um trúverðugleika brotþola, til dæmis með því að leiða fyrir dóm vitni sem geta ýmist staðfest framburð brotþola eða sýnt fram á hið gagnstæða.¹¹⁷ Sérfræðingar Barnahúss sem og aðrir sérfræðingar sem sinna greiningu og meðferð á brotþolum geta einnig staðfest framburð brotþola og haft töluverð áhrif á

¹¹³ Eiríkur Tómasson: „Sitt er hvað, sönnunarbyrði og sönnunarmat“, bls. 490.

¹¹⁴ Eiríkur Tómasson: „Sitt er hvað, sönnunarbyrði og sönnunarmat“, bls. 490.

¹¹⁵ Eiríkur Tómasson: „Sitt er hvað, sönnunarbyrði og sönnunarmat“, bls. 490.

¹¹⁶ Eiríkur Tómasson: „Sitt er hvað, sönnunarbyrði og sönnunarmat“.

¹¹⁷ Eiríkur Tómasson: „Sitt er hvað, sönnunarbyrði og sönnunarmat“, bls. 520.

sönnunatriði í kynferðisbrotamáli eins og sést í áður nefndum dómi. Önnur sönnunargögn og sönnunatriði koma einnig til greina í kynferðisbrotamálum og verða rakin í næsta kafla.

Deilt hefur verið um hvort slakað hefur verið um of á kröfum um sönnun í kynferðisbrotamálum á undanförunum árum. Símon Sigvaldsson heldur því fram í grein sinni *Meginreglur sönnunarfærslu og kynferðisbrot gegn börnum*¹¹⁸ að dómarrar hafi ekki slakað sérstaklega á sönnunarkröfum í kynferðisbrotamálum eða tekið sérstakt tillit til séreðlis kynferðisbrotamála á undanförunum árum.

Dómarrar hafa lagt mat á þau sönnunargögn sem legið hafa fyrir í máli sem nægt hafa til að sannfæra þá um staðreyndir máls. Um það atriði eitt snýst sönnunarfærsla í sakamáli. Sönnun er ekki formbundin að íslenskum rétti þar sem sönnun verði einungis náð fram með tilteknum sönnunargögnum. Aðferð við sönnun er frjáls og er ákærvaldi heimilt að tefla fram hverjum þeim sönnunargögnum sem líklegt er að sannfært geti dómendur um sök í máli.¹¹⁹

5.5.1 Sönnunargögn

Þegar talað er um sönnunargögn er átt við þau gögn og upplýsingar sem lögð eru fyrir dómara í þeim tilgangi að hann geti lagt mat á þau. Sönnunargögn í sakamálum eru aðallega framburður ákærða, framburður vitna og brotþola, matsgerðir dómkvaddra matsmanna og framburður þeirra og skjöl og önnur sýnileg sönnunargögn sbr. 3 þáttur sml. um sönnun og sönnunargögn. Skýrslur og vitnisburðir sérfræðinga eru mikilvæg sönnunargögn. Læknaskýrslur þar sem um er að ræða skoðun læknis á börnum hafa einnig gildi sem sönnunargagn. Í sumum tilfellum koma læknar fyrir dóm til að staðfesta skýrslur sínar, svo sem athugun eða rannsóknir sínar á brotþolum.¹²⁰ Framburðir nákominna ættingja og þeirra sem hafa umgengist barn af einhverju ráði geta einnig haft sönnunargildi. Í þeim tilvikum er hægt að fá staðfestingu á breyttri hegðun barnsins eða óeðlilegri hegðun sem staðfestir þann grun að brotið hafi verið gegn þeim á kynferðislegan hátt. Í raun er um að ræða alla þá einstaklinga sem umgangast barnið reglulega. Þá teljast andlegir áverkar vera sönnunargagn og geta starfsmenn Barnahúss, aðrir sálfræðingar og þeir sem koma að málinu eða meðferðaraðilar lagt fram skýrslu þess efnis. Aftur á móti er áfallastreituröskun umdeild sem sönnunargagn og er mjög sjaldgæft að staðfesting fagaðila á einkennum hennar sé talin styðja framburð brotþola svo það leiði til sakfellingar. Í *Hrd. 10. maí 2011 (672/201)* var vottorð sálfræðings ekki talið geta stutt sakfellingu. Þá eru lífsýni ein tegund sönnunargagna. Lífsýni getað stutt við trúverðugleika framburðar brotþola. Í *Hrd. 9. desember 2010 (555/2010)*

¹¹⁸ Símon Sigvaldsson: „Meginreglur sönnunarfærslu og kynferðisbrot gegn börnum“, bls. 168.

¹¹⁹ Símon Sigvaldsson: „Meginreglur sönnunarfærslu og kynferðisbrot gegn börnum“, bls. 168.

¹²⁰ Símon Sigvaldsson: „Meginreglur sönnunarfærslu og kynferðisbrot gegn börnum“, bls. 166.

reyndist sýni sem tekið var úr leghálsi brotþola eftir að ætlað brot átti sér stað, innihalda DNA með sniði ákærða og var það talið sanna að samræði hafi átt sér stað. Svo var einnig í *Hrd. 8. mars 2007 (589/2006)*.

Fatnaður sem brotþoli klæddist getur einnig verið sönnunargagn. Þá getur verið um að ræða mismunandi sönnunargögn sem öll styðja framburð brotþola eins og tilfellið var í *Hrd. 31. janúar 2008 (380/2007)*. Í því máli var maður ákærður fyrir að misþyrma sambýliskonu sinni hrottalega, halda henni nauðugri í íbúð og nauðga henni. Notaðist hann við ýmis vopn og fundust þau öll á vettvangi og var það talið renna stoðum undir framburð brotþola. Einnig voru margir sjáanlegir líkamlegir áverkar á brotþola sem einnig styrktu framburð brotþola. Þá ber að nefna *Hrd. 6. maí 2010 (31/2010)* en í því máli skiptu aðstæður á vettvangi máli fyrir niðurstöðu máls, meðal annars, bjórblettur sem fannst á gólfi. Framburður ákærða hefur mesta þýðingu ef hann játar verknaðinn, en stundum þykir játning ekki haldbær. Framburður ákærða skiptir engu að síður ávallt miklu máli líkt og framburður brotþola, sérstaklega þegar meta á sönnunargildi framburðar brotþola í samanburði við framburð ákærða, vitna og annarra sönnunargagna. Í þeim tilfellum þar sem framburður brotþola og ákærða stangast á getur framburður annarra vitna verið afar mikilvægt sönnunargagn til að stuðnings annað hvort framburðar brotþola eða geranda. Samkvæmt öllu þessu koma margvísleg sönnunargögn til skoðunar í kynferðisbrotamálum þó raunin sé sú að oft sé ekki við mörg og haldbær sönnunargögn að styðjast.

5.5.2 Niðurfellingar mála og lok máls

Fjöldi kynferðisbrotamála endar á þann veg að mál fara ekki fyrir dómstóla, þar sem rannsókn þess er hætt eða mál fellt niður. Ýmsar ástæður liggja þar að baki og getur til að nefna verið að brot séu ekki kærð eða tilkynnt, brotþoli dregur framburð sinn til baka, lögregla hættir rannsókn, mál er fellt niður, misvísandi framburðir, fyrirsjáanlegir sönnunarerfiðleikar fyrir dómstólum, ásamt fleiri atriðum. Sérstaklega hafa verið nefnd nauðgunarmál þegar kemur að því að skoða hvaða kynferðisbrot rata alla leið til dómstóla. Margt bendir til þess að að fá nauðgunarmál séu kærð. ¹²¹ Ástæður þess eru taldar vera margvíslegar. Brotþolar vilja sleppa við óþægindi, sleppa við yfirheyrslur eða efast um getu lögreglunnar til að upplýsa málið. Hræðsla við hefnd brotamannsins, samúð með honum og einnig getur ótti verið til staðar um

¹²¹ Hildigunnur Ólafsdóttir og Þórdís Sigurðardóttir. Skýrsla dómsmálaráðherra um orsakir, umfang og afleiðingar heimilisofbeldis og annars gegn konum og börnum, 1997, <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

að refsing brotamannsins verði of þung. Enn fremur óttast margar stúlkur og konur að mæta fordómum.¹²²

Í sumum tilvikum er rannsókn kynferðisbrotamála hætt þar sem í ljós kemur að ætluð brot eru fyrnd en algengt er að kynferðisbrot séu ekki kærð fyrr en löngu eftir að atburðurinn eða atburðirnir áttu sér stað. Fyrning sakar er refsilokaástæða sem þýðir að þrátt fyrir að refsíabyrgð stofnist vegna afbrots þá fellur hún niður vegna atvika sem síðar koma til en um fyrningu sakar er mælt í IX. kafla hgl. Sé ákært í máli og brot reynist fyrnt leiðir það til sýknu. Þá er mikill hluti mála felldur niður vegna sönnunarskorts eða sýknudómar kveðnir upp sökum skorts á sönnun.

Samkvæmt 145. gr. sml. skal ríkissaksóknari fella mál niður ef það sem fram er komið í málinu er ekki nægilegt eða líklegt til sakfellis. Embættinu ber að beita þessari heimild af varfærni því niðurstaða ríkissaksóknara um niðurfellingu málsins er endanleg niðurstaða.¹²³ Hér ber að taka fram að tveir aðilar sem starfa hjá ríkissaksóknara koma að þessari ákvörðun í hverju tilviki¹²⁴ og er það gert til að tryggja vandaða málsmeðferð. Þegar kynferðisbrotamál er fellt niður er ávallt veittur samhliða rökstuðningur með þeirri ákvörðun sem útheimtir mikla vinnu, en slíkur rökstuðningur samsvarar í raun samningu dóms þar sem farið er yfir málavexti, sönnunarstöðu og niðurstaðan rökstudd.¹²⁵ Brotapoli fær því ítarlegar ástæður og rök fyrir málalyktum.

Sigríður Friðjónsdóttir ríkissaksóknari benti á í ræðu á málþingi um meðferð kynferðisbrotamála að óheppilegt væri að ekki sé hægt að kæra ákvörðun ríkissaksóknara um niðurfellingu, því einungis eitt stig ákærvalds fjallar um málið og ákveður niðurfellingu.¹²⁶ Taldi hún ákjósanlegra að fyrirkomulaginu yrði breytt á þann veg að ákærvaldið yrði gert að tveimur stjórnslustigum.

¹²² Hér má minnst á svokallað Húsavíkur-mál sem var mikið í umræðunni á meðan ritgerðin var skrifuð. Stúlkán sem kærði nauðgunina var hrædd um að hennar mál myndi leiða til þess að aðrar stúlkur sem lenda í sömu aðstæðum veigruðu sér við að kæra nauðgun og leita réttar síns. Einmitt vegna ótta um að mæta fordómum. Kastljósþáttur í ríkissjónvarpinu þann 8. apríl 2013, <http://www.ruv.is>.

¹²³ Þegar sml. tóku gildi var gerð breyting á ákærvaldinu í þeim tilgangi að stofna embætti héraðsaksóknara. Með tilkomu embættisins verður unnt að kæra ákvarðanir um niðurfellingu máls. Gildistöku ákvæða um embætti héraðsaksóknara hefur hins vegar ítrekað verið frestað nú síðast frestað til 1. janúar 2014.

¹²⁴ Upptaka af málþingi um meðferð kynferðisbrota í réttarvörslukerfinu . 20. janúar 2012, <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

¹²⁵ Sigríður J. Friðjónsdóttir: „Ákærvaldið á krossgötum“, bls. 138-142.

¹²⁶ Upptaka af málþingi um meðferð kynferðisbrota í réttarvörslukerfinu. 20. janúar 2012, <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

5.6 Hámarkstími meðferðar kynferðisbrotamála

Fyrst ber að nefna málshraðareglu sem er ein af grundvallarreglum réttarfars. Hún er tryggð sérstaklega í 1. mgr. 70. gr. stjkskr. og 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Málshraðareglan er til þess fallin að tryggja réttarstöðu bæði brotþola og sakbornings. Í fyrirmælum ríkissaksóknara nr. 5/2009 er fjallað um hámarkstíma nauðgunarmála hjá lögreglu og ákærendum. Þar kemur fram að kynferðisbrotamál séu af þeim toga að miklu varðar að málsmeðferðartíminn sé sem stystur, enda byggjast málin oft á tíðum einungis á framburði aðila og vitna. Það er því skýrt tekið fram að málshraði sé mikilvægur þegar um er að ræða kynferðisbrotamál, hvort sem um er að ræða nauðgunarmál eða önnur kynferðisbrotamál. Ríkissaksóknari gerir þá kröfu að lögreglustjóri setji sér krefjandi markmið um meðferð kynferðisbrotamála, vönduð og markviss vinnubrögð við rannsóknir einstakra mála, sama gildir um málshraða. Sama skylda er lögð á ákærvaldið.¹²⁷ Stytting meðferðartíma má þó aldrei vera á kostnað gæða og réttaröryggis. Nauðgunarmál eru sérstaklega nefnd og kemur fram að meðferðartíminn skuli ekki vera lengri en 60 dagar nema rannsóknarhagsmunir eða aðrar sérstakar ástæður komi í veg fyrir það. Til að nefna ef beðið er eftir niðurstöðum DNA rannsókna eða annarra sérfræðigagna.¹²⁸ Samkvæmt þessu má telja að sama eigi við um aðrar tegundir kynferðisbrota, það er meðferðartíminn frá kæru þar til rannsókn er hætt eða mál sent ríkissaksóknara þó að gengið sé út frá því að þetta eigi einungis við um nauðgunarmál. Meðferðartíminn í kynferðisbrotamálum á því ekki að taka lengri tíma en 60 daga nema sérstakar ástæður réttlæti frávik. Vitað er að meðferðartími kynferðisbrotamála tekur í sumum tilfellum lengri tíma en viðunandi þykir. Hröð málsmeðferð getur skipt miklu máli fyrir brotþola jafnt sem gerendur. Ein rökin fyrir því að meðferðartíminn megi ekki ílengjast er að þau börn sem orðið hafa fyrir kynferðisofbeldi mega ekki byrja í meðferðarviðtölum í Barnahúsi fyrir en þau hafa gefið skýrslu hjá lögreglu og oft getur það tekið margar vikur, jafnvel mánuði. Málsmeðferð frá því að mál er kært og þar til því lýkur með dómi getur tekið tvö ár og á meðan getur barnið ekki lokið meðferð í Barnahúsi.¹²⁹ Málshraði skiptir því mjög miklu máli í kynferðisbrotamáli. Nýlega ákvað ríkisstjórn sérstakar aðgerðir sökum neyðarástands sem talið er ríkja vegna fjölda mála er varðar kynferðisbrot gegn börnum. Um

¹²⁷ Fyrirmæli ríkissaksóknara nr. 10/2009 um ákvörðun að vísa frá kæru, hætta rannsókn eða fella mál niður, bls. 1. <http://www.ríkissaksoknari.is>.

¹²⁸ Fyrirmæli ríkissaksóknara nr. 10/2009 um ákvörðun að vísa frá kæru, hætta rannsókn eða fella mál niður, bls. 1. <http://www.ríkissaksoknari.is>.

¹²⁹ Skýrsla Unicef. *Réttindi barna á Ísland: Ofbeldi og forvarnir*. Mars 2013, <http://www.unicef.is>.

er að ræða forgangstillögur og jafnframt tillögur sem koma til framkvæmda árið 2014.¹³⁰ Tillögurnar fela meðal annars í sér úrræði til að efla lögreglu og ákærvald til þess að takast á við rannsóknir og saksókn í kynferðisbrotamálum.¹³¹ Ekki er komin reynsla á hvernig þessar breytingar koma til með að vera eða hvernig þær munu bæta meðferðartíma kynferðisbrotamála en gera má ráð fyrir að breytingarnar eigi eftir að skila einhverjum árangri.

6 Kynferðisbrotakafli hgl.

Sum ákvæða XXII. kafla hgl. eiga sérstaklega við um börn en sum eiga við um alla einstaklinga. Auk ákvæða sem varðar sérstaklega brot gegn börnum á aldrinum 15-18 ára reynir sérstaklega á 194. gr. hgl. Nýleg skýrsla um rannsókn á meðferð nauðgunarmála árin 2008 og 2009 sýnir að um 40% brotþola í nauðgunarmálum eru yngri en 18 ára.¹³² Ítreka niðurstöður skýrslunnar enn frekar nauðsyn þess að veita einstaklingum á aldrinum 15-18 ára viðunandi réttarvernd. Í umfjöllum um 200. – 202. gr. hgl. verður ekki fjallað ítarlega um ákvæðin eða hvernig þeim er beitt og hvernig þeim er beitt með öðrum ákvæðum. Markmið umfjöllunarinnar er einungis að sýna fram á þann greinarmun sem gerður er og var í ákvæðunum á 15-18 ára börnum samanborið við 14 ára og yngri hvað varðar refsimörk.

Áður en umfjöllun hefst um ákvörðun refsingar og ákvæði XXII. kafla hgl. er rétt að fjalla um skilgreiningar á samræði, öðrum kynferðismökum og annarri kynferðislegri áreitni til að gera sér betur grein fyrir hvernig löggjafinn skilgreinir hugtökin og hvernig þau geta ráðið niðurstöðu dómsmála.

- *Samræði*: þarf ekki að vera fullframið þegar verið er að meta hvort um samræði hafi verið að ræða. Samkvæmt skilgreiningu í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 40/1992 er um samræði að ræða þegar getnaðarlimur karlmanns er kominn inn í fæðingarveg konu að nokkru leyti eða öllu. Sáðlát þarf ekki að hafa átt sér stað og meyarhaft þarf ekki að rofna ef því er að skipta.¹³³
- *Önnur kynferðismök*: felur í sér kynferðislega misnotkun á líkama annarrar manneskju sem kemur í stað hefðbundins samræðis eða hefur gildi sem slíkt (surrogat).¹³⁴ Athafnirnar veita geranda kynferðislega fullnægingu eða eru almennt til þess fallnar. Þá er gert ráð fyrir að munnmök og endaparmsmök falli undir skilgreiningu um önnur kynferðismök. Einnig það að setja hluti eða fingur í leggöng eða endaparm og sleikja og sjúga kynfæri. Enn fremur fellur

¹³⁰ „Aðgerðir sökum neyðarástands vegna kynferðisbrota gegn börnum“ 5. apríl 2013, <http://www.forsaetisraduneyti.is>.

¹³¹ „Aðgerðir sökum neyðarástands vegna kynferðisbrota gegn börnum“ 5. apríl 2013, <http://www.forsaetisraduneyti.is>.

¹³² Einkenni og meðferð nauðgunarmála sem bárust lögreglu á árunum 2008-2009. Edda – öndvegissetur Háskóla Íslands apríl 2013, bls. 9, <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

¹³³ Alþt. 2006-07, A- deild, bls. 13.

¹³⁴ Alþt. 2006-07, A- deild, bls. 14.

undir hugtakið að láta brotþola fróa sér og samræðishreyfingar milli læra brotþola, á bakhluta hans eða maga.¹³⁵

Hugtökin samræði og önnur kynferðismök eru lögð að jöfnu samkvæmt frumvarpinu. Það virðist sem ekki eigi að gera greinarmun á samræði og öðrum kynferðismökum þegar refsipýngd er ákvörðuð eða alvarleiki brotsins en spurningin er hvort það sé raunin í dómaframkvæmd.

Til samanburðar og aðgreiningar á annars vegar kynferðislegri áreitni og hins vegar samræði og annars konar kynferðismökum er hér að neðan að finna atriði sem koma til skoðunar þegar um er að ræða kynferðislega áreitni.

- *Önnur kynferðisleg áreitni:* í hugtakinu felst til dæmis ýmis konar káf, þukl og annars konar líkamleg snerting auk ljósmyndunar af kynferðislegum toga. Þá fellur undir kynferðislega áreitni káf á kynfærum og brjóstum sem varir stutt. Þukl og káf annars staðar en á kynfærum og brjóstum gæti verið kynferðisleg áreitni einnig.¹³⁶ Það virðist vera almennt við það miðað að snerting sem fellur undir kynferðislega áreitni veiti geranda ekki kynferðislega fullnægingu.¹³⁷ Stundum getur verið mjótt á munum þegar barn verður fyrir kynferðisbroti hvort brot fellur undir önnur kynferðismök eða kynferðislega áreitni.¹³⁸ Þess ber sérstaklega að geta að í frumvarpinu er kynferðisleg áreitni ekki miðuð einungis við líkamlega snertingu. Meiðandi orðbragð, meiðandi táknræn hegðun geta einnig átt við en það verður að vera stöðugt áreiti og háttsemin til þess fallin að valda ótta.¹³⁹

6.1 Ákvörðun refsingar

Refsing er ein tegund viðurlaga og það fellur í hlut ríkisvaldsins að beita refsingum. Ýmsar ástæður eru fyrir nauðsyn refsinga og þar ber að nefna helst samfélagsnauðsyn, varnaðarástæður og viðreisnarástæður. Dómstólar hafa oft á tíðum þurft að sæta margskonar gagnrýni vegna ákvarðana refsinga í kynferðisbrotamálum. Helsta gagnrýnin er hversu vægir dómur falla almennt í kynferðisbrotamálum. Refsimörk hvers ákvæðis fyrir sig eru misjöfn, fer það eftir eðli brotsins. Refsiramminn er oftast ekki nýttur að fullu enda koma margþætt atriði til skoðunar við ákvörðun refsingar og er staða dómara í kynferðisbrotamálum ekki öfundsverð hvað það varðar. Dómarar þurfa almennt að leggja sig fram við að gæta samræmis við refsíákvörðanir sínar. Þeim ber að leggja sig fram við að sjá til þess að sambærileg mál fái sambærilega meðhöndlun og refsíákvörðun. Það liggur þó í hlutarins eðli að engin tvö mál eru eins en dómurum ber samt sem áður ávallt að fara varlega í sakirnar og gæta samræmis- og jafnræðissjónarmiða þegar refsing er ákveðin. Þó ber þeim að gæta þess að ef of mikið tillit er

¹³⁵ Alpt. 2006-07, A- deild, bls. 16.

¹³⁶ Alpt. 2006-07, A- deild, bls. 46.

¹³⁷ Alpt. 2006-07, A- deild, bls. 16.

¹³⁸ Alpt. 2006-07, A- deild, bls. 46.

¹³⁹ Alpt. 2006-07, A- deild, bls. 9.

tekið til jafnræðissjónarmiða getur það orsakað stöðnun. Þessi meðalvegur er án efa vandmeðfarin.

Dómar í kynferðisbrotamálum hafa verið að þyngjast undanfarin ár í ljósi aukinnar umræðu og umfjöllunar, auk þeirra lagabreytinga sem gerðar hafa verið á XXII. kafla hgl. Dómstólar hafa tekið til skoðunar ný sjónarmið þegar komist er að niðurstöðu í kynferðisbrotamálum og eru þau til að nefna andlegar afleiðingar kynferðisbrota. Löggjafinn hefur hækkað refsímörk í einstaka ákvæðum XXII. kafla hgl. og má því telja að því þyngri sem refsímörk ákvæðis eru því alvarlegri telur löggjafinn brotin vera. Ekki má gleyma við ákvörðun refsingar að möguleikarnir á reynslulausn fyrir þá sem hljóta dóm fyrir kynferðisbrot eru ekki miklir¹⁴⁰ og einnig eru ekki miklar líkur á að viðkomandi einstaklingar geti fengið að afplána fangelsisrefsingu sína með samfélagsþjónustu. Þeir getað þó fengið samfélagsþjónustu ef refsing er innan þeirra marka sem miðað er við, 9 mánuðir og almannahagsmunir mæla ekki gegn því.

Með lögum nr. 61/2007 voru lögfest nýmæli sem hafa áhrif á ákvörðun refsingar, einnig hafa nýlega verið gerðar breytingar á refsiramma 200.- 202. gr. eins og fjallað verður um í kafla 6.5. Varða allar þessar breytingar ýmist að refsímörk voru hækkuð, lögfest voru ný ákvæði um refsihækkun og þyngingu refsingar og enn fremur refsilækkun.¹⁴¹ Sérstaklega voru gerðar almennar breytingar á nauðgunarákvæðum hgl. og einnig refsihæð. Refsímörk hafa einnig verið hækkuð ef sérstök tengsl eru á milli geranda og brotaþola. Ákvörðun refsingar ræðst af mörgum þáttum í kynferðisbrotamálum. Refsihámark og refsilágmark er yfirleitt ákvarðað í hlutaeigandi refsíákvæðum en ef ekki ræðst það af almennum reglum um hámark og lágmark sbr. 34. gr. hgl. Við ákvörðun refsingar kemur margt til skoðunar, mismunandi refsitegundir, skilorðsbundinn og óskilorðsbundinn refsídómur og síðast en ekki síst ákvörðun um refsihæð innan refsiramma ákvæðis.¹⁴² Við ákvörðun refsingar fléttast enn fremur sérrefsímörk sem eru til dæmis málsbætur og þyngingarástæður eða ákveðnar refsilækkunar- og refsihækkunarástæður og hafa dómstólar að jafnaði frjálts mat um það hvort þeir beiti þessum sérrefsímörkum.¹⁴³ Almennar heimildir til lækkunar eru í 2. mgr. 20. gr. um tilraun, 2. mgr. 22. gr., 74. gr. og 75. gr. Hækkunarheimildir eru til að nefna í 71. gr. (ítækun), 72. gr. og 2. mgr. 77. gr. hgl.

¹⁴⁰ Gerendur fá almennt reynslulausn eftir 2/3 hluta, sbr. 63. gr. laga nr. 49/2005 um fullnustu refsinga.

¹⁴¹ Ragnheiður Bragadóttir: „Þróun refsinga fyrir kynferðisafbrot“, bls. 53.

¹⁴² Jónatan Þórmundsson: „Viðurlög við afbrotum“, bls. 244.

¹⁴³ Jónatan Þórmundsson: „Viðurlög við afbrotum“, bls. 244

Því er þannig farið í XXII. kafla hgl. að yfirleitt er kveðið á um hámarksrefsingu. Refsiramma laga veita dómstólum ekki mikla vísbendingu um hvaða refsing telst hæfileg í hverju og einu tilviki en svigrúmið til mats er talsvert. Refsimörk laga eru að mati Jónatans Þórmundssonar ófullkomin.¹⁴⁴ Að auki eru þau matskennd viðmið við refsíákvörðun.¹⁴⁵ Refsirammur lagaákvæða eru afar sjaldan fullnýttir og þarf mikið til að svo verði gert. Einnig ber að líta til þess að dómafordæmi binda hendur dómstóla við ákvörðun refsingar. Á Íslandi virðist sú dómvenja hafa skapast um að ákveða refsingu frekar neðarlega innan refsimarka.¹⁴⁶ Þegar dómarrar komast að niðurstöðu er eðlilegt að um skýra, aðgengilega og gagnsæja niðurstöðu sé að ræða þegar tekið er tillit til mannréttindasjónarmiða. Ef einstaklingur er dæmdur í fangelsisvist á hann vitaskuld að fá að vita af hvaða ástæðum hann er dæmdur. Auk þess ættu menn að geta lesið út úr dómum hvaða atriði höfðu áhrif á niðurstöðu máls þeirra.

6.1.1 Lögmæltar refsíákvörðunarástæður

Ákvæði 70. gr. hgl. flokkast undir lögmæltar ástæður. Í ákvæðinu er fjallað um þau sjónarmið, málsbætur eða refsipýngingu, sem hafa skal í huga við ákvörðun refsingar en flest atriðin sem koma þar fram eru matskennd. Það sem dómarrar líta til dæmis mikið til við ákvörðun refsingar í kynferðisbrotamálum eru afleiðingar háttsemi. Í 1. tl. 1. mgr. 70. gr. kemur til skoðunar hversu mikilvægt það er sem brotið hefur beinst að, kemur þar til skoðunar ungur aldur brotþola. Þá er sérstaklega litið til 2. tl. 1. mgr. 70. gr. um hversu yfirgripsmiklu tjóni afbrot hefur valdið, líkamlegir áverkar sem og andlegar afleiðingar. Í *Hrd. 18. júní 2007 (35/2007)* komu andlegir erfiðleikar í kjölfar kynferðisbrots sérstaklega til skoðunar við ákvörðun refsingar og var litið til 1., 2., 3., 6. og 7. tl. 1. mgr. 70. gr. Fyrrum sambýlismaður misþyrmdi brotþola hrottalega, beindust brot hans að lífi, líkama og kynfrelsi hennar. Í 3. tl. er tekið tillit til verknaðaraðferðar sem beitt var og hættustigi. Til að nefna ef notuð voru vopn eða önnur verkfæri við framkvæmd kynferðisbrotsins. Metið er hversu mikil hætta var búin að verkinu, hvort um hafi verið að ræða háskalega verknaðaraðferð sem leitt gæti til refsihækkunar.¹⁴⁷ Í 5. tl. verkar það til málsbóta ef brotaferill geranda er flekklaus og hreinn. Ef hins vegar um er að ræða mörg fyrri afbrot því meiri eru refsipýngingaráhrifin. Hægt er að horfa til 5. tl. ef gerandi hefur áður brotið af sér en þau brot eru of gömul til að hafa ítrekunaráhrif samkvæmt 71. gr. Þá er litið til 6. tl. 1. mgr. 70. gr. um hversu styrkur og einbeittur vilji geranda hefur verið til að fremja brotið. Samkvæmt ákvæðinu er leyfilegt að

¹⁴⁴ Jónatan Þórmundsson: „Viðurlög við afbrotum“, bls. 250.

¹⁴⁵ Jónatan Þórmundsson: „Viðurlög við afbrotum“, bls. 250.

¹⁴⁶ Ragnheiður Bragadóttir: „Þróun refsinga fyrir kynferðisafbrot“, bls. 58.

¹⁴⁷ Jónatan Þórmundsson: „Viðurlög við afbrotum“, bls. 255.

vísa bæði til ásetningsbrota sem og hæsta stig gáleysis til lægst stigs.¹⁴⁸ Í *Hrd. 28. maí 2009 (58/2009)* var um að ræða langvarandi kynferðislega misnotkun og kom 6. tl. sérstaklega til skoðunar með tilliti til styrks og einbeitts vilja geranda. Í 7. tl. er um að ræða hvatir sem felur í sér undirrót eða aflvaka verknaðar og getur í því sambandi verið um að ræða bæði virðingarverðar sem og vítaverðar hvatir. Í *Hrd. 18. júní 2007 (35/2007)* taldi héraðsdómur að tilgangur ákærða með árásinni hafi verið að lítilsvirða og knésetja brotapolu í þágu eigingjarna hvata hans sjálfs. Í 8. tl. kemur til skoðunar við ákvörðun refsingar hvernig framkoma og fyrstu viðbrögð geranda eru eftir verknaðinn og fram að dómtöku máls. Í *Hrd. 15. október 2009 (676/2008)* var um að ræða 29 ára geranda sem greiddi brotapolu bætur, játaði verknað sinn og leitaði sér aðstoðar til að vinna bug á fíkn sinni og var það allt saman virt refsilækkunar. Í þessu máli var X ákærður fyrir að hafa í minnsta kosti tvö skipti sýnt stúlku lim sinn og fróað sér í gegnum vefmyndavél og í annan stað var hann ákærður fyrir að hafa í bifreið einni sleikt kynfæri 14 ára stúlku, haft við hana samræði og látið hana hafa við sig munnmök.

Þá virkar 3. mgr. 70. gr. hgl. til refsipýngingar ef verknaður (kynferðisbrotið) hefur beinst að karli, konu eða barni sem er nákominn geranda og tengsl þeirra auka á grófleika verknaðarins. Í *Hrd. 18. júní 2007 (35/2007)* var sérstaklega rætt um 3. mgr. 70. gr. og hvort ákvæðið kæmi til skoðunar á málinu. Segir í dóminum að þegar ákvæðið kæmi til skoðunar bæri að líta til þess hvort um væri að ræða langvarandi eða endurtekin brot, ekki einungis hvort um væri að ræða tengsl aðila. Taldi dómurinn að í máli þessu kæmi 3. mgr. 70. gr. til skoðunar vegna tengsla aðila og ætti að virða það til refsipýngingar að brotið var einkar niðurlægjandi eða að brotið hafi jafnvel skert sjálfsmat brotapolu eða sjálfsvirðingu. Einnig kom 3. mgr. 70. gr. til skoðunar í *Hrd. 12. maí 2010 (502/2009)* þar sem um var að ræða alvarlegar líkamsárásir og gróf og svívirðileg kynferðisbrot gegn þáverandi sambúðarkonu geranda og stóð brotahrinan yfir linnulaust í rúm tvö ár. Neyddi hann meðal annars brotapolu til að hafa samfarir og önnur kynferðismök við fjöldann allan af ókunnugum karlmönnum sem hann ýmist ljósmyndaði eða tók upp á myndband. Við ákvörðun refsingar var einnig litið til 77. gr., 1., 2., 3., 7. og 8. tl. 1. mgr. 70. gr. hgl.

Í XXII. kafla hgl. er ítrekunarheimild um kynferðisbrot sem felur í sér að sakfellingardómur hefur áhrif við brot sem framið er síðar af sama einstaklingi sbr. 205. gr. hgl. Að auki koma

¹⁴⁸ Jónatan Þórmundsson: „Viðurlög við afbrotum“, bls. 257.

aðrar refsihækkunarheimildir til skoðunar til að nefna 71. gr. (ítrekun), 72. gr., 77. gr. (brotasamsteypa) og 78. gr. hgl.

Í 74. og 75. gr. hgl. og eru almennar refsilækkunarheimildir. Hvorki verður fjallað nánar um 74. eða 75. gr. hgl. að sinni né um ítrekun eða brotasamsteypu. Tilgangurinn með upptalningu ákvæða er að benda á hvað kemur til skoðunar við ákvörðun refsingar og að refsiramma ákvæðis segir ekki alla söguna. Eins og sést koma margskonar þættir til skoðunar.

6.1.2 Ólögmaeltar refsíákvörðunarástæður

Ólögmaeltar refsíákvörðunarástæður byggjast ekki á heimildum í lögum líkt og gildir um lögmaeltar refsíákvörðunarástæður. Dómstólar beita þó ólögmaeltum refsíákvörðunarástæðum og vísa til þeirra í forsendum sínum. Til þessara ástæðna telst til að nefna trúnaðarbrot og sifjatengsl í þeim tilvikum þar sem þau eru ekki efnisþáttur í verknaðarlýsingu brots, launung, sjálfsbjargar- og verndarviðleitni geranda, samþykki og dómvenjur sem skapast hafa. Einnig getur komið til skoðunar athugasemdir í greinargerð vegna lagabreytinga. Sérstaklega þegar það liggur ljóst fyrir í athugasemdum með lagafrumvarpi að þvingja eigi refsingar, má hér nefna sérstaklega kynferðisbrot. Ákvæði 2. gr. hgl. kemur einnig til skoðunar, verknaður sem áður var refsiverður verður í sumum tilfellum refsilaus og öfugt. Ólögmaeltar refsíákvörðunarástæður verða þó aldrei tæmandi taldar.¹⁴⁹ Sérstaklega er rætt um sifjatengsl geranda og brotaþola ef afbrot lenda á nánnum vandamanni geranda og með því er tekið tillit til hagsmuna hans og vandamannsins.¹⁵⁰ Trúnaðarbrot er ein algengasta ólögmaelta refsíákvörðunarástæðan og nánast undantekningarlaust er um refsíþvingingu að ræða. Dómarar tilgreina í refsíákvörðun sinni að gerandi hafi brotið gegn trúnaðartrausti sem hann bæri gagnvart þolanda.

Í *Hrd. 15. maí 2008 (539/2007)* var meðal annars um trúnaðarbrot að ræða. Lögmaður var ákærður fyrir margskonar kynferðisbrot gegn fjórum stúlkum sem stóðu höllum fæti og var honum kunnugt um það.

6.2 Ákvæði 200. gr. hgl., sifjaspell

Í 1. mgr. og 2. mgr. 200. gr. hgl. er lagt fortakslaust bann við kynmökum skyldra aðila og hefur því samþykki brotaþola enga þýðingu. Ákvæðið átti við um um öll börn óháð aldri. Hins vegar voru refsimörk ákvæðisins mismunandi eftir aldri brotaþola. Ákvæðinu var breytt

¹⁴⁹ Jónatan Þórmundsson: „Viðurlög við afbrotum”, bls. 266.

¹⁵⁰ Jónatan Þórmundsson: „Viðurlög við afbrotum”, bls. 268.

með lögum nr. 37/2013 er tóku gildi þann 26. mars síðastliðinn. Ákvæðið var svohljóðandi fyrir breytingar:

Hver sem hefur samræði eða önnur kynferðismök við barn sitt eða annan niðja skal sæta fangelsi allt að 8 árum og *allt að 12 ára fangelsi sé barnið yngri en 16 ára.*

Í 1. mgr. 200. gr. hgl. var því gerður greinarmunur á 16-18 ára börnum samanborið við 15 ára og yngri hvað varðar þyngd refsingar. Það varðaði þyngri refsingu að misnota barn sitt eða annan niðja kynferðislega ef brotþoli var 15 ára eða yngri. Ef aftur á móti barn var 16-17 ára voru refsímörkin lægri. Með breytingu á 200. gr. hgl. kemur 15, 16 eða 17 ára í stað 16 ára og yngri.¹⁵¹

Hrd. 2003, bls. 2536 (44/2003). Faðir ákærður fyrir bæði brot gegn þágildandi 196. gr. og 200. gr. hgl. gegn 16 ára dóttir sinni.

X var ákærður fyrir kynferðisbrot með því að hafa gert tilraun til þess að hafa samræði við 16 ára dóttur sína sem gat ekki spornað við verknáðinum sökum ölvunar og svefndrunga. Stúlkan, sem bjó á heimili fyrir fíkniefnaneytendur, kom í heimsókn til föður síns í nokkra daga. Þau hafi byrjað að drekka áfengi saman og það staðið yfir í nokkurn tíma auk þess hafi stúlkan neytt amfetamíns. Sagðist stúlkan hafa sofnað í sófa en vaknað við það að hún var komin í rúm föður síns, í engu fatakyns að neðan og hafi faðir hennar verið að sleikja kynfæri hennar og því næst haft samræði við sig. Hún hafi í kjölfarið barist á móti, hann beðist fyrirgefningar og hótað að fyrirfara sér ef hún segði einhverjum frá. Stúlkan sagði síðar ekki geta með vissu sagt hvað nákvæmlega gerðist annað en að hún hafi rankað við sér, nakin að neðan, við kynferðislega tilburði föður síns. Segir orðrétt niðurstöðu dómsins „Háttsemin var alvarleg og beindist gegn mikilvægum hagsmunum, enda brotið gegn dóttur hans, sem var gestkomandi á heimili hans og gat enga björg sér veitt vegna svefndrunga og eigin ölvunarástands. Stúlkan var nýorðin 16 ára þegar brotið var framið og því ósjálfráða og undir verndarvæng föður síns, sem bar ábyrgð á velferð hennar. Voru þessi atriði talin horfa til refsíþyngingar. Ákærða var kunnugt um langvarandi vímuefnavandamál stúlkunnar, en lét engu að síður ekki aðeins viðgangast að hún neytti áfengis á heimili hans heldur drakk hann einnig áfengi með henni ótæpilega í nokkra sólarhringa og stuðlaði þannig að því ástandi, sem hún var í þegar brotið var framið. Refsing var hæfilega ákvörðuð 18 mánaða fangelsi.

Í 2. mgr. 200. gr. hgl. er sama upp á teningnum. Refsimörk ákvæðisins voru mismunandi eftir aldri barna sem brotþola.

Önnur kynferðisleg áreitni manns gagnvart barni sínu eða öðrum niðja en sú er greinir í 1. mgr. varðar allt að 4 ára fangelsi og allt að 6 ára fangelsi sé barnið yngra en 16 ára.

Það varðaði því þyngri refsingu að áreita barn sitt eða annan niðja kynferðislega ef brotþoli var 15 ára eða yngri. Ef aftur á móti barnið var 16-17 ára voru refsímörkin lægri. Þessu

¹⁵¹ Alpt. 2012-2013, A-deild, bls. 1.

aldursmarki hefur einnig verið breytt með lögum nr. 37/2013 og nær nú einnig til 16-17 ára barna.¹⁵²

Samkvæmt 3. mgr. 200. gr. hgl. er refsivert að hafa samræði eða önnur kynferðismök við systkini sitt. Ekki þarf að vera um að ræða blóðtengsl, stjúpsystkini falla einnig undir ákvæðið.

Samræði eða önnur kynferðismök milli systkina varða fangelsi allt að 4 árum. Hafi annað systkina eða bæði ekki náð 18 ára aldri þegar verknaður átti sér stað má ákveða að refsing falli niður að því er þau varðar.

Ef hins vegar annað systkina eða bæði hafa ekki náð 18 ára aldri þegar verknaður á sér stað má láta refsingu niður falla. Hér því gerður greinarmunur á 17 ára systkinum samanborið við 18 ára systkini. Það mætti því leiða líkur að því samkvæmt þessu að systkinum sem eru yngri en 18 ára væri ekki jafn fortakslaut meinað að hafa samræði eða að það sé ekki endilega refsivert. Ekkert sérstakt ákvæði er um kynferðislega áreitni á milli systkina.

Hver rökin voru að baki þeim greinarmun sem gerður var á 16-17 ára börnum og 15 ára og yngri í 1. og 2. mgr. 200. gr. hvað varðar refsismörk er ekki útskýrt í greinargerð með frumvarpi er varð að lögum nr. 61/2007. Að undanskildari þeirri almennu skýringu að börn undir 15 ára aldri geta minna varið sig og skilja oft ekki það sem fram fer.¹⁵³ Sjónarmiðin eru þau að 15-18 ára börn séu yfirleitt byrjuð að stunda kynlíf og því erfiðara að verja þau með fortakslausu banni eins og yngri hópinn.¹⁵⁴ Spurningin er hvort aldurs aðgreiningin hafi átt rétt á sér þegar um er að ræða sífjaspell. Hvort það hafi hreinlega gleymst að hugsa út í þetta atriði þegar lög nr. 61/2007 tóku gildi er óvíst. Barn á aldrinum 16 ára hlýtur að þurfa á jafn mikilli réttarvernd að halda og 15 ára þegar um er að ræða sífjaspell. Löggjafinn virðist hafa fallist á það sjónarmið, miðað við þær breytingar sem hafa nýlega verið gerðar, að réttarvernd 15-18 ára barna væri ekki nægilega tryggð, að minnsta kosti, þegar um er að ræða sérstök tengsl.

6.3 Ákvæði 201. gr., trúnaðarbrot

Í 201. gr. hgl. er ákvæði er varðar trúnaðarbrot gegn börnum tengdum geranda. Í ákvæðinu eru aldursmörk miðuð við 18 ára aldur.

¹⁵² Alþt. 2012-2013, A-deild, bls. 1.

¹⁵³ Alþt. 2006-07, A- deild.

¹⁵⁴ Hér ber þó að nefna að öðrum ákvæðum er stundum beitt með 200. gr. þannig að refsiramminn hækkar, til dæmis er 194. gr. beitt með 200. gr. Sjá *Hérd. Norðeyst. 21. maí 2007 (S-90/2007)*.

Í 1. mgr. 201. gr. kemur fram að hver sem hefur samræði eða önnur kynferðismök við barn yngra en 18 ára sem er tengt honum eða um er að ræða barn sem honum hefur verið trúað fyrir til kennslu eða uppeldis skal sæta fangelsi allt að 8 árum og *allt að 12 ára fangelsi ef barnið er yngra en 16 ára.*

Börnum á aldrinum 16-17 ára var því ekki veitt sama réttarvernd og 15 ára og yngri. Þessu hefur verið breytt þannig að refsihámarkið 12 ára fangelsi nær einnig til brota gegn barni á aldrinum 16 og 17 ára.¹⁵⁵

Hrd. 17. september 2009 (19/2009) Brotapolar, tveir drengir, á aldrinum 15-17 ára.

X var sakfelldur fyrir kynferðisbrot gegn tveimur piltum, A og B, sem hann kenndi á skollinöðru og bifreið. Var hann talinn hafa sem ökukennari A, á nærri tveggja ára tímabil, þegar A var 15-17 ára, í fjölmörg skipti frá A og haft við hann munnmök. Kynferðismökin áttu sér stað ýmist á heimili ákærða en einnig í bifreið hans í Heiðmörk og á fleiri stöðum. Einnig var X ákærður fyrir kynferðisbrot gegn B með því að hafa sem ökukennari B þegar pilturinn var 14 til 17 ára gamall, að jafnaði einu sinni í viku, frá piltinum og í eitt skipti sett fingur í endaparm hans. Var hann sakfelldur fyrir að hafa frá bádum drengjunum en ósannað þótti að hann hafi haft munnmök við A og ósannað var að hann hafi sett fingur sinn í endaparm B. Var það sönnunarmat byggt á einskærri neitun ákærða og að engin haldbær sönnunargögn voru fyrir hendi. Segir orðrétt í niðurstöðu héraðsdóms: „Við ákvörðun refsingar ákærða ber að hafa í huga að hann var kennari piltanna við ökuskóla og hafði verið trúað fyrir þeim til kennslu. Breytir engu um þá niðurstöðu hvort þeir sjálfir leituðu sér skólavistar eða forráðamenn þeirra. Hafa verður í huga að ákærði virðist hafa leitað að piltum úr hópi nemenda til að vingast við og síðan haft kynferðislegt samneyti við þá sem hann náði tökum á“. Einnig var tekið tillit til að brotin stóðu yfir í langan tíma og að reynsla drengjanna hafi verið þeim afar þungbær. Refsing ákvörðuð 2 ár.

Við ákvörðun refsingar í héraðsdómi var sérstaklega metið að annar drengjanna var 15-16 ára og hinn var 16-17 ára þegar brotin áttu sér stað. Segir orðrétt í niðurstöðu héraðsdóms: „en vegna refsimarka nefnds lagaákvæðis verður að gæta að því að A var 16 til 17 ára að aldri mestan hluta tímans, sem brot ákærða gagnvart honum stóðu yfir, og B 15 til 16 ára.“¹⁵⁶

Í 2. mgr. 201. gr. kom fram að:

Önnur kynferðisleg áreitni en sú sem greinir í 1. mgr. varðar fangelsi allt að 4 árum og allt að 6 árum sé barnið yngra en 16 ára.

Hér var einnig gerður greinarmunur á refsiramma eftir því hvað barnið sem brotið var gegn var gamalt.

Hrd. 13. maí 2011 (225/2011) 16 ára stúlka.

X, ákærði, fararstjóri í ferð á vegum íþróttafélags, var sakfelldur fyrir kynferðisbrot með því að hafa í ágúst 2007, í sal íþróttahúss í Svíþjóð, káfað innanklæða á brjóstum og kynfærum stúlkunnar A, sem þá var 16 ára og var í æfinga- og keppnisferð á vegum B, en ákærði var fararstjóri í ferðinni og hafði þannig verið trúað fyrir stúlkunni. Að sögn stúlkunnar hafi hún vaknað við að ákærði fór með hönd sína inn á hana og káfaði á

¹⁵⁵ Alþt. 2012-2013, A-deild, bls. 1.

¹⁵⁶ Hrd. 17. september (19/2009).

kynfærum hennar og brjóstum. Hún hafi reynt að færa sig frá ákærða en hann hafi ekki hætt þrátt fyrir það. Sagði hún að ákærði hefði sofnað áfengisdauða en vaknað aftur og haldið áfram að káfa á henni. Ákærði var sakfelldur fyrir brot gegn 2. mgr. 201. gr. með því að hafa áreitt kynferðislega 16 ára gamla stúlku sem honum var falið að gæta í utanlandsferð. Litið var til þess að atvikin ollu stúlkunni verulegri vanlíðan. Var ákærða gert að sæta fangelsi í 6 mánuði, skilorðsbundið í 2 ár.

Í þessu tiltekna máli er spurning hvort dómurinn hefði verið þyngrri ef brotþoli hefði verið á aldrinum 14 eða 15 ára.

6.4 Ákvæði 202. gr.

Í 1. mgr. 202. gr. er kveðið á um algjört bann við því að hafa samræði eða önnur kynferðismök við barn undir 15 ára aldri. Þetta ákvæði er tengt kynferðislegum lágmarksaldri sem er 15 ár. Einnig kom nýtt viðhorf inn í ákvæðið með breytingarlögunum nr. 61/2007. Ef gerandi og brotþoli eru á svipuðum aldri eða þroskastigi má lækka eða láta refsingu niður falla. Það er því álitamál samkvæmt þessu hvað gerist ef gerandi er 15 eða 19 ára en brotþoli 13 eða 14 ára.

Hérd. Reykjaness 10. desember 2007 (S-689/2007). 15 ára gerandi og brotþoli 13 ára. 1. mgr. 202. gr. Svipuð í aldri og þroska.

X var meðal annars ákærður fyrir að hafa haft samræði við Z sem var 13 ára gömul. Taldist brotið varða við 1. mgr. 202. gr. Í niðurstöðu dómsins var tekið tillit til lítils aldursmunar og að ákærði væri aðeins 15 ára og því barn að lögum. Tekið var sérstaklega fram að það væri ákærða til hagsbóta að hann og brotþoli væru svipuð í aldri og þroska og því mætti lækka refsingu eða láta hana falla niður. Refsing þótti hæfilega ákveðin í 6 mánuði. Skilorðsbundin í 3 ár.

Hérd. Norðeyst. 28. júní 2011 (S-93/2011) Ákærði 19 ára og brotþoli tæpra 14 ára gömul. 1. mgr. 202. gr. Aldursmunur of mikill.

X, 19 ára, var ákærður fyrir að hafa nokkrum sinnum haft samræði við Y sem var tæpra 14 ára gömul, ýmist á heimili hans eða hennar. Héraðsdómur rakti sérstaklega heimildina í 1. mgr. 202. gr. um að lækka mætti refsingu eða láta hana falla niður ef gerandi og þolandi væru svipuð í aldri og þroska. Í niðurstöðu dómsins kemur fram að ákærði hafi verið 19 ára og því kæmi ekki til álita að lækka refsingu eða láta hana falla niður vegna svipaðs aldursmunar eða þroska, og skipti engu máli þó svo að stúlkan hafi viljað hafa við hann samræði. Aldursmunurinn var því talinn vera of mikill. Tilgangur 202. gr. væri að vernda börn undir 15 ára aldri áður en þau öðluðust andlegan og líkamlegan þroska til að lifa kynlífi. Ákærði var dæmdur í 15 mánaða fangelsi en fullnustu refsingar frestað vegna ungs aldurs hans og hann játaði skýlaust brot sín.

Ákvæði 1. og 2. mgr. 202. gr. er svohljóðandi:

Í 1. mgr. 202. gr. segir að hver sem hefur samræði eða önnur kynferðismök við barn, yngra en 15 ára skal sæta fangelsi ekki skemur en 1 ár og allt að 16 árum. Leyfilegt er að lækka refsingu eða láta hana niður falla ef gerandi og brotþoli eru á svipuðum aldri og þroskastigi.

Í 2. mgr. 202. gr. segir að önnur kynferðisleg áreitni en sú sem greinir í 1. mgr. varðar fangelsi allt að 6 árum.

Tekið er fram í greinargerð með frumvarpinu sem varð að lögum 61/2007 að vernda þurfi börn sérstaklega fyrir kynferðislegum árásum. Rökin þar að baki eru þau að vernda þurfi börn sérstaklega þar sem kynmök fullorðins manns við barn er gróf misnotkun á yfirburðastöðu hans gagnvart barninu. Börn séu varnarlaus og eigi því erfitt með að verjast slíkum árásum.¹⁵⁷ Gera verður athugasemd við þessa nálgun sökum þess að gróf misnotkun einstaklings, hvort sem það er 18 ára einstaklingur eða fullorðinn maður, á yfirburðastöðu gagnvart barni er ávallt alvarleg. Skiptir þá ekki endilega máli hvort gerandi og brotþoli eru tengdir á sérstakan hátt. Aldur skiptir heldur ekki öllu máli í öllum tilvikum þótt taka megir undir það að mikill aldursmunur eykur grófleika brotsins á vissan hátt. Ekki liggur ljóst fyrir hvernig mögulegt er að gera greinarmun á 14 ára og yngri og til dæmis börnum á aldrinum 15-16 ára eins og er gert í 1. og 2. mgr. 202. gr. Nauðgunarákvæði 194. gr., tælingarákvæði 3. mgr. 202. gr. og 199. gr. gætu átt við í þeim tilvikum þar sem börn eru misnotuð kynferðislega á aldrinum 15-18 ára en brotið sem slíkt þarf að falla undir verknaðarlýsingar þessara ákvæða til að þau eigi við. Því má segja að fullnægjandi réttarvernd sé ekki til staðar fyrir 15-18 ára börn hvað þetta varðar þegar ekki eru fyrir hendi sérstök tengsl milli geranda og brotþola.

6.4.1 Ákvæði 3. mgr. 202. gr. hgl., tæling

Í 3. mgr. 202. gr. er svohljóðandi ákvæði sem verndar 18 ára og yngri börn:

Hver sem með blekkingum, gjöfum eða á annan hátt tælir barn yngra en 18 ára til samræðis eða annarra kynferðismaka skal sæta fangelsi allt að 4 árum.

Ákvæðið veitir 15-18 ára börnum réttarvernd sem 1. og 2. mgr. 202. gr. gera ekki, ef ákveðinni aðferð er beitt til að ná fram samræði eða öðrum kynferðismökum, svokölluð tæling.

Hrd. 3. febrúar 2011 (385/2010). 33 ára karlmaður tældi 17 ára stúlku.

X, 33 ára karlmaður, var ákærður fyrir kynferðisbrot með því að hafa í sumarbústað, í nokkur skipti tælt stúlkuna A, sem hafði átt við fíkniefnavanda að stríða frá 13 ára aldri, til samræðis og gagnkvæmra munnmaka. Ákærði vissi að stúlkan ætti við fíkniefnavanda að stríða og átti á þessum tíma að vera á meðferðarheimili. X greiddi fyrir hana flugfar til Reykjavíkur og lét A hafa áfengi og amfetamín þegar þau voru í sumarbústaðnum auk þess nýtti hann sér yfirburði sína gagnvart stúlkunni sökum aldurs- og þroskamunar. Samkvæmt framburði stúlkunnar hafi maðurinn skallað sig Gutti og sagðist hún hafa kynnst manningum á einkamal.is. Þegar í sumarbústaðinn var komið hafi hann verið með fulla ferðatöku af áfengi, fíkniefnum og kynlífstækjum. Brotþoli sagðist hafa orðið hrædd við Gutta og aldrei samþykkt að hafa

¹⁵⁷ Alpt. 2006-07, A- deild, bls. 27.

samfarir með honum. Á neyðarmóttöku tjáði brotþoli starfsmönnum að X hafi sett járnstykki í endaparm sinn og aðra aðskotahluti bæði í endaparm og leggöng. Hún hafi einnig verið bundin á höndum um úlnliði. Þetta var hins vegar ekki hluti af ákærinni en brotþoli sagði hins vegar frá þessu þegar á neyðarmóttöku var komið. Sagði hún ákærða hafa notað smokk en að lokum hafi hann fengið sáðlát í leggöng án smokks. Í niðurstöðu dómsins var litið til aldurs- og þroskamunar, bágrar aðstöðu brotþola og hvernig X nýtti sér það til að hafa við hana samræði, sbr. 3. mgr. 202. gr. Refsing var ákvörðuð 12 mánuðir.

Hafa ber í huga þó að 3. mgr. eigi að vernda sérstaklega 15-17 ára á ákvæðið ekki við ef einstaklingar eru á svipuðum aldri, reynslu eða þroska. Þegar um er að ræða börn á aldrinum 14-17 ára er bann við kynmökum ekki jafnfortakslaust og þegar um er að ræða börn yngri en 14 ára, sbr. 3. mgr. 202. gr. Aftur á móti er það talið vera refsivert að tæla unglinga á þessum aldri til samræðis eða annarra kynferðismaka.¹⁵⁸ Dæmi um tælingu unglinga er að tæla þau með blekkingum eða gjöfum, upptalningin getur þó aldrei verið tæmandi. Í frumvarpinu kemur fram að ákvæðið eigi einungis við ef gerandi er mun eldri og notfærir sér yfirburði sökum aldurs og reynslu. Samkvæmt þessu er það gert að skilyrði að gerandi sé mun eldri. Einnig er það gert að skilyrði að um ásetning þarf að hafa verið að ræða, gerandi þarf að hafa vitað að brotþoli væri yngri en 18 ára. Þó má vera um að ræða gáleysi um aldur brotþola sbr. 204. gr. og í þeim tilvikum er beitt vægari refsingu.¹⁵⁹ Einnig ber að nefna að refsimörk ákvæðisins eru fremur lág, einungis allt að 4 ára fangelsi.

6.5 Breytingar á 200. -202. gr. hgl.

Lagt var fyrir Alþingi frumvarp, hvað varðar 15, 16 og 17 ára börn, um breytingu á hgl., með síðari breytingum (kynferðisbrot gegn börnum í fjölskyldu- og öðrum trúnaðarsamböndum).¹⁶⁰ Ákvæðum 200. – 202. gr. hefur nú verið breytt með gildistöku laga nr. 37/2013.

Í fyrsta lagi ber að nefna að í frumvarpinu kemur fram að þágildandi, 1. mgr. 200. gr. og 1. mgr. 201. gr., sem kveða á um refsinaemi samræðis og annarra kynferðismaka varði fangelsisrefsingu allt að 12 árum sé barn yngri en 16 ára ef um sérstök tengsl er að ræða. En í 1. mgr. 202. gr. er hámarksrefsing allt að 16 ára fangelsi fyrir brot gegn barni yngra en 15 ára barni sem er ótengt aðila. Taldi refsiréttarnefnd þetta vera skekkju¹⁶¹ þegar litið væri til hámarksrefsingu og dómaframkvæmdar varðandi brot gegn börnum í sérstöku trúnaðarsambandi við geranda. Skekkjan felst í því að samkvæmt 1. mgr. 200. gr. og 201. gr. eru kynferðisbrot sem framin eru í skjóli trúnaðarsamband ekki álitin jafn alvarleg í

¹⁵⁸ Alþt. 2006-07, A- deild, bls. 27.

¹⁵⁹ Svala Ísfeld Ólafsdóttir: „Refsiákvæði sem varða kynferðisbrot gegn börnum“, bls. 67.

¹⁶⁰ Alþt. 2012-2013, A-deild.

¹⁶¹ Alþt. 2012-2013, A-deild, bls. 14.

Þágildandi löggjöf og brot gegn börnum þar sem slík tengsl eru ekki fyrir hendi. Taldi nefndin því orðalag og framsetningu 200.-202. gr. ekki vera í samræmi við ríkjandi dómaframkvæmd.¹⁶² Sem sagt, breytingin sem hefur verið gerð felst í því að nú gildir 1. mgr. og 2. mgr. 202. gr. um öll börn 15 ára og yngri, hvort sem um er að ræða sérstök tengsl eða ekki og er því refsiramminn allt að 16 ára fangelsi.

Á eftir 1. mgr. 202. gr. og 2. mgr. 202. gr. kemur svohljóðandi ákvæði:

Það skal virða til þyngingar refsingar skv. 1. og 2. mgr. ef tengsl geranda og barns eru með þeim hætti sem greinir í 1. mgr. 200. gr. eða 1. mgr. 201. gr., enda eigi síðari málsliður 1. mgr. þessarar greinar ekki við.¹⁶³

Samkvæmt þessum breytingum munu 200. gr. og 201. gr. framvegis taka einungis til barna sem eru 15 ára og eldri. Gerðar voru athugasemdir við þann greinarmun sem gerður var í 200. gr. og 201. gr. á annars vegar brotþolum sem voru 15 ára og yngri og hins vegar á brotþolum sem voru 16-17 ára, hvað varðar refsibýngd vegna kynferðisbrota þegar um er að ræða sérstök tengsl við geranda. Var talið að aldursaðgreiningin ætti ekki rétt á sér. Því var lagt til að ákvæðunum yrði breytt á þann veg að ákvæðin yrðu afnumin sem byggðu á því að refsirammni væri hærri ef barn væri yngra en 16 ára. Lagt var til að refsing vegna samræðis eða annarra kynferðismaka við 15, 16 og 17 ára barn innan fjölskyldusambands eða annars trúnaðarsambands yrði allt að 12 ára fangelsi, en varðaði áður allt að 8 ára fangelsi.

Núgildandi 1. mgr. 200. gr. er svohljóðandi:

Hver sem hefur samræði eða önnur kynferðismök við barn sitt eða annan niðja skal sæta fangelsi allt að 8 árum og allt að 12 ára fangelsi sé barnið á aldrinum 15, 16 eða 17 ára.¹⁶⁴

Einnig var lagt til í frumvarpinu að refsing vegna annarrar kynferðislegrar áreitni gagnvart barni á aldrinum 15 ára eða eldra í fjölskyldusambandi eða öðru trúnaðarsambandi varði refsingu allt að 4 árum.

Eftir breytingu er 2. mgr. 200. gr. svohljóðandi:

Önnur kynferðisleg áreitni manns gagnvart barni sínu eða öðrum niðja en sú er greinir í 1. mgr. varðar allt að 4 ára fangelsi, enda sé barnið 15 ára eða eldra.

Markmiðið er því að veita öllum börnum á aldrinum 15, 16 og 17 ára sömu réttarvernd þegar um að ræða kynferðisbrot í sérstökum trúnaðarsamböndum og fjölskyldusamböndum. Samt sem áður skal tekið fram að kynferðislegt áreiti varðaði áður allt að 6 ára fangelsi ef barn var

¹⁶² Alþt. 2012-2013, A-deild, bls. 15.

¹⁶³ Alþt. 2012-2013, A-deild, bls. 1.

¹⁶⁴ Alþt. 2012-2013, A-deild, bls. 1.

16 ára eða yngra. Refsihámarkið, 6 ár, átti þá við um 15 ára barn. Með þessum breytingum er verið að skerða réttarvernd 15 ára barna þegar um sérstök tengsl er að ræða milli brotaþola og geranda með því að færa þau í flokk 16 og 17 ára. Það varðar því ekki lengur allt að 6 ára fangelsi að beita 15 ára barn kynferðislegu áreitni heldur allt að 4 ára fangelsi. Voru rökin fyrir þessu í frumvarpinu þau að:

Það þykir eðlilegt að refsihámark skv. 2. mgr. 200. gr. verði lægra en refsihámark vegna annarrar kynferðislegrar áreitni við barn yngra en 15 ára skv. 2. mgr. 202. gr. sem verður áfram allt að 6 ára fangelsi.¹⁶⁵

Skýring lögjafans á þessari breytingu er að það sé eðlilegt að hafa refsihámarkið lægra og hafa áfram aldursaðgreiningu þegar um er að ræða sérstök tengsl. Það varðar því allt að 6 ára fangelsi að áreita 14 ára barn kynferðislega, sbr. 2. mgr. 202. gr., ef um sérstök tengsl er að ræða, en allt að 4 ára fangelsi að áreita 15 ára barn kynferðislega sbr. 2. mgr. 200. gr. ef um sérstök tengsl er að ræða.

Sambærilegar breytingar voru gerðar á 201. gr. Ákvæðið tekur einungis til 15-18 ára barna en ekki einstaklinga sem eru eldri eða yngri. Refsimörkin eru lægri í 201. gr. en í 202. gr. Það er því gerður greinarmunur á hvort brotið er gegn 14 ára eða 15 ára barni þegar brotaþoli er kjörbarn, stjúpbarn, fósturbarn, sambúðarbarn eða tengt fjölskylduböndum í beinan legg eða barn, sem geranda hefur verið trúað fyrir til kennslu eða uppeldis.

Núgildandi 1. mgr. 201. gr. er nú svohljóðandi:

Hver sem hefur samræði eða önnur kynferðismök við barn á aldrinum 15, 16 eða 17 ára sem er kjörbarn hans, stjúpbarn, fósturbarn, sambúðarbarn eða barn sem er tengt honum þannig fjölskylduböndum í beinan legg, eða barn sem honum hefur verið trúað fyrir til kennslu eða uppeldis, skal sæta fangelsi allt að 12 árum.¹⁶⁶

Samkvæmt breytingunni varðar það allt að 12 ára fangelsi að misnota kynferðislega 15 ára kjörbarn sitt, stjúpbarn, fósturbarn, sambúðarbarn eða barn, sem geranda hefur verið trúað fyrir til kennslu eða uppeldis sbr. 1. mgr. 201. gr. En það varðar allt að 16 ára fangelsi ef barnið er 14 ára sbr. 1. mgr. 202. og núgildandi 3. mgr. 202. gr.

Varðandi breytingar á 2. mgr. 201. gr. verður ákvæðið svohljóðandi:

Önnur kynferðisleg áreitni en sú sem greinir í 1. mgr. varðar fangelsi allt að 4 árum.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Alþt. 2012-2013, A-deild, bls. 16.

¹⁶⁶ Alþt. 2012-2013, A-deild, bls. 1.

¹⁶⁷ Alþt. 2012-2013, A-deild, bls. 1.

Það varðar því allt að 4 ára fangelsi eftir breytingarnar að beita 15 ára kjörbarn sitt, stjúpbarn, fósturbarn, sambúðarbarn eða barn, sem geranda hefur verið trúað fyrir til kennslu eða uppeldis, kynferðislegu áreiti, en allt að 6 ára fangelsi sé barnið 14 ára sbr. 2. mgr. 202. gr.

Það er því samkvæmt þeim breytingum sem gerðar voru á ákvæðunum enn gerður greinarmunur á 14 ára og yngri samanborið við 15, 16 eða 17 ára þegar börn eru í sérstöku trúnaðarsambandi við geranda. Refsimörkin eru ekki jafn há fyrir báða aldurshópa eftir þessar breytingar. Það varðar 16 ára fangelsi í dag að misnota barn sem er 14 ára eða yngra kynferðislega ef sérstök tengsl eru milli brotþola og geranda en það varðar allt að 12 ára fangelsi sé barnið 15, 16 eða 17 ára þegar um er að ræða sérstök tengsl. Kynferðisbrot sem gerandi fremur gegn 15 ára barni sínu telst því ekki jafn alvarlegt og brot gegn 14 ára barni hvað refsipýngd varðar. Í frumvarpinu segir orðrétt.

Þá er eðlilegt að sífjaspellsbrot gagnvart börnum á aldrinum 15 og fram til 18 ára, sem náð hafa kynferðislegum lágmarksaldri, miðist við eitt samræmt refsihámark sem geri viðhlítandi greinarmun á börnum sem eru yngri eða eldri en 15 ára.¹⁶⁸

Það er því, þótt ótrúlegt megi virðast, verið að tala um kynferðislegan lágmarksaldur, 15 ára, þegar um er að ræða sífjaspellsbrot og að gera þurfi áfram viðhlítandi greinarmun á yngri og eldri börnum. Hvort rétt sé að gera þann greinarmun eða nauðsynlegt verður látið liggja á milli hluta að sinni. Eins og án efa sést í umfjöllun þessa kafla um 15-18 ára aldurshópin er oftast en ekki erfitt að gera sér grein fyrir þeim viðhorfum og áherslum sem ríkjandi eru hjá löggjafanum þegar kemur að ákvörðunum um hvernig réttarvernd þessa hóps skuli háttáð. Þær breytingar sem hafa verið gerðar hvað varðar sérstök tengsl og trúnaðarsambönd er skref í rétta átt en ennþá er mörgu ósvarað eða erfitt að finna viðhlítandi skýringar á eftir rannsókn á réttarvernd 15-18 ára aldurshópnum í XXII. kafla hgl.

6.6 Önnur lagaákvæði

Í 4. mgr. 202. gr. er nýtt ákvæði sem kom inn í löginn með lögum nr. 58/2012. Ákvæðið verndar sérstaklega börn á aldrinum 14 ára og yngri. Breytingin var gerð til að uppfylla skuldbindingar samkvæmt Evrópuráðssamningnum um vernd barna gegn kynferðislegri misneytingu og kynferðislegu ofbeldi.¹⁶⁹ Í ákvæðinu segir:

¹⁶⁸ Alþt. 2012-2013, A-deild, bls. 16.

¹⁶⁹ Alþt. 2011-2012, A-deild. Sjá lög nr. 58/2012 um breytingu á almennum hegningarlögum, nr. 19. 1940, með síðari breytingum (samningur Evrópuráðsins um vernd barna gegn kynferðislegri misneytingu og kynferðislegri misnotkun).

Hver sem með samskiptum á netinu, annarri upplýsinga- eða fjarskiptatækni eða með öðrum hætti mælir sér mót við barn yngra en 15 ára í því skyni að hafa við barnið samræði eða önnur kynferðismök eða til að áreita það kynferðislega á annan hátt skal sæta fangelsi allt að 2 árum.

Í ákvæðinu er augljóslega gerður greinarmunur á 14 ára og yngri börnum samanborið við 15-18 ára. Í greinargerð með frumvarpi sem varð að lögum nr. 58/2012 segir um 4. mgr. 202. gr. að það sé leitast við að auka réttarvernd barna yngri en 15 ára sem ekki hafa náð kynferðislegum lágmarksaldri varðandi samskipti við fullorðna á veraldarvefnum eða annarri fjarskiptatækni.¹⁷⁰ Tilgangurinn er því að veita einungis börnum sem ekki hafa náð kynferðislegum lágmarksaldri aukna vernd ef fullorðinn einstaklingur reynir að falast eftir þeim í kynferðislegum tilgangi.¹⁷¹

Í 204. gr. hgl. er almenn heimild að beita vægari refsingu ef brot gegn 201. gr. og 202. gr. hefur verið framið í gáleysi um aldur þess er fyrir broti verður. Það er því litið til þessa ákvæðis þegar refsing er ákveðin. Ásetningur er saknæmisskilyrði og þarf ásetningurinn að taka til allra þátta í efnisyfirlýsingu brots.

6.7 Ákvæði 199. gr., kynferðisleg áreitni.

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

Ákvæðið á ekki við þegar um er að ræða börn undir 15 ára aldri enda tæmir 2. mgr. 202. gr. sök gagnvart 199. gr. Því má gera ráð fyrir að 199. gr. hafi það hlutverk að vernda 15-18 ára börn gegn kynferðislegri áreitni ef ekki er um að ræða þau tengsl á milli geranda og brotþola sem greinir í 200. - 201. gr. Ákvæðið kom inn í hgl. með lögum nr. 61/2007. Í greinargerð með frumvarpinu kemur reyndar fram að ákvæðið eigi við um kynferðislega áreitni gagnvart öðrum en börnum. Það var því ekki sett sérstaklega til að vernda börn á aldrinum 15-18 ára.¹⁷² Höfundur gerir hins vegar fastlega ráð fyrir að það sé tilgangurinn, að vernda aðra einstaklinga en 15 ára og yngri ef ekki eru fyrir hendi sérstök tengsl við geranda. Athugavert er að refsiramminn er mun lægri í 199. gr. en í ákvæðum 200.-202. gr. Það varðar sem sagt fangelsi allt að 2 árum að áreita barn á aldrinum 15-18 ára kynferðislega ef gerandi er ekki í sérstökum tengslum við brotþola, sbr. 199. gr., en 4 ára fangelsi ef barnið er 15, 16 eða 17

¹⁷⁰ Alþt. 2011-2012, A - deild, bls. 13.

¹⁷¹ Alþt. 2011-2012, A - deild, bls. 7.

¹⁷² Alþt. 2006-07, A- deild, bls. 45. Í greinargerðinni kemur reyndar fram að ákvæðið eigi við um áreitni gagnvart öðrum en börnum en ákvæðið tekur í raun við þar sem ákvæðum er varða börn sérstaklega sleppir.

ára og barn er í sérstökum tengslum við geranda, sbr. nógildandi 2. mgr. 200. gr. og 2. mgr. 201. gr. Ef barnið er 15 ára og það er beitt kynferðislegu áreitni af hálfu aðila sem er ótengdur því er refsiramminn allt að 2 ár en ef barn er 15 ára og aðilinn er tengdur barninu er refsiramminn allt að 4 ár, sbr. 2. mgr. 202. gr. Það liggja ýmis sjónarmið að baki því að um hærri refsingu er að ræða ef sífjaspell, blóðtengsl, sérstök tengsl og svo framvegis eiga við. Taka verður undir þau sjónarmið að vernda þurfi börn sérstaklega gegn kynferðislegu ofbeldi þegar gerendur eru sérstaklega tengdir barninu. Tilgangur þessarar umfjöllunar er ekki að halda því fram að það eigi ávallt að beita nákvæmlega sömu refsingu í öllum tilvikum, sama um hvaða aðstæður, eðli brots, aldur brotþola, aldur geranda, tengsl eða önnur atriði. Hins vegar er sá greinarmunur sem gerður er í XXII. kafla hgl. oft torskilin þegar kemur að 15-18 ára börnum. Erfitt er að átta sig á þeim greinarmun sem gerður er á 15-18 ára börnum í sumum tilvikum og í öðrum tilvikum 16-18 ára samanborið við 15 ára og yngri eða 14 ára og yngri. Telja má að löggjafinn hafi metið það sem svo að afleiðingar séu minni fyrir 15 ára barn samanborið við 14 ára barn ef það er beitt kynferðislegu ofbeldi af aðila sem er því sérstaklega tengdur þó höfundur dragi það stórlega í efa. Vitaskuld er refsiramma ákvæða sjaldan nýttur að fullu. Koma þar til skoðunar mis miklar afleiðingar sem geta leitt til hækkunar refsingar. Oft er einnig eitthvað annað sem ræður því hversu há refsing er ákveðin að endingu en aldur brotþola. Óháð því er erfitt að gera sér grein fyrir þeim greinarmun sem löggjafinn gerir, almennt í XXII. kafla hgl., hvað varðar aldursaðgreiningu.

6.8 Ákvæði 209. gr., brot gegn blygðunarsemi

Í 209. gr. segir:

að hver sem með lostugu athæfi særir blygðunarsemi manna eða er til opinbers hneykslis skal sæta fangelsi allt að 4 árum, en fangelsi allt að 6 mánuðum eða sektum ef brot er smávægilegt.

Samkvæmt 209. gr. er börnum á aldrinum 15-18 ára veitt sérstök réttarvernd líkt og fullorðnum. Þau kynferðisbrot sem falla undir 209. gr. geta verið; klúrt orðbragð, að bera sig eða fróa sér í návist annarra einstaklinga, strípihneigð og gægjur. Þetta er þó ekki tæmandi og getur einnig í sumum tilfellum fallið undir kynferðislega áreitni. Hér ber að hafa í huga varðandi 209. gr. að refsiramminn er hærri og refsing við broti gegn blygðunarsemi varðar allt að 4 ára fangelsi. Ef brotið hins vegar fellur undir 199. gr. um kynferðislega áreitni er um allt að 2 ára refsingu að ræða að hámarki. Það skiptir því 15-18 ára börn máli undir hvort ákvæðið kynferðisbrotið fellur.

Segja má, til aðgreiningar frá kynferðislegu áreiti, að undir 209. gr. falli einhliða athöfn geranda sem stjórnast af kynhneigð hans. „Þetta merkir að þegar um er að ræða klúrt orðbragð og einhliða athafnir geranda megi almennt gera ráð fyrir að háttsemin falli undir 209. gr. nema hún beinist ítrekað að sama einstaklingi og um sé að ræða áreiti sem nálgast einelti.“¹⁷³ Hvernig dómara meta hvort 209. gr. eigi við eða hvernig háttsemin þarf að vera er hægt að vitna í niðurstöðu Héraðsdóms Norðurlands vestra í *Hrd. 18. október 2007 (242/2007)*:

undir 209. gr. fellur nú fyrst og fremst ýmiss konar háttsemi önnur en káf og þukl á líkama, t.d. gægjur á glugga, berháttun og önnur strípihneigð, klúrt orðbragð í síma. Þetta bendir ótvírætt til þess að með lostugu athæfi sé átt við háttsemi af kynferðislegum toga sem er til þess fallin að veita þeim sem slíka háttsemi hefur í frammi einhverja kynferðislega fullnægju.

Mörkin geta verið óskýr á milli kynferðislegrar áreitni og brots gegn blygðunarsemi. Það er almennt miðað við að ef líkamleg snerting hefur ekki átt sér stað fellur brotið undir 209. gr. Einnig þarf að vera um einhverskonar kynferðislega fullnægju að ræða sem er ekki stuðst við þegar reynir á 199. gr.

Hérd. Rvk. 25. október 2012 (S-716/2012). 17 ára stúlka.

X var sakfelldur fyrir brot gegn 209. gr. hgl. með því að hafa stungið farsíma sínum inn um opna glugga á sturtu- og búningasklefa í íþróttahúsi KR og tekið hreyfimyndir í kynferðislegum tilgangi af 17 ára stúlkunni A og einnig voru með henni stúlkurnar B, D og E. Stúlkurnar voru allsnaktar og/eða fáklæddar þegar hann tók hreyfimyndirnar. Með þessari háttsemi særði ákærði blygðunarsemi stúlkanna. Hann játaði skýlaust brot sín. Refsing var ákveðin 90 dagar skilorðsbundin í 3 ár.

6.9 Ákvæði 194. gr., nauðgun, ólögmæt nauðung og misneyting

Nauðgun er líkamsárás, þvingun eða tilraun til þvingunar til kynferðislegra samskipta. Ekki skiptir máli hvort hvatir árásaðila beinast að líkamsmeiðingum, andlegri/persónulegri niðurlægingu eða kynferðislegri útrás.¹⁷⁴

Megináherslan er að árás, þvingun eða ærumeiðing hafi átt sér stað. Gerandinn þvingar brotaþola til einhvers sem hann er ekki viljugur til að gera. Nauðgun er því kynferðisleg valdbeiting. Reynt hefur töluvert á ákvæðið þegar um er að ræða brot gegn 15–18 ára einstaklingum:

Í 194. gr. hgl. segir að:

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

¹⁷³ Svala Ísfeld Ólafsdóttir: „Refsiákvæði sem varða kynferðisbrot gegn börnum“, bls. 93.

¹⁷⁴ Sigrún Júlíusdóttir. *Nauðgun, tilfinningaleg og félagsleg hremming*, bls. 27.

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

Með lögum nr. 61/2007 var nauðgunarhugtak 194. gr. rýmkað með því að láta þáverandi ákvæði 195. gr. hgl. um ólögsmæta nauðung og þágildandi ákvæði um misneytingu sbr. 196. gr. hgl., falla undir 194. gr. Því tekur 194. gr. núna til kynmaka sem fara fram án samþykkis brotaþola og er það grundvöllur þess að verknaður falli undir ákvæði en einnig þarf einhver af verknaðarlýsingum ákvæðisins að eiga við. Til að nefna, að lágmarksofbeldi sé beitt eða atvik eru fyrir hendi sem teljast vera ólögsmæt nauðung.

Núverandi 196. gr. er svohljóðandi: þegar refsing er ákveðin fyrir brot gegn 194. gr. skal virða það til þyngingar:

- ef brotaþoli er yngri en 18 ára
- ef ofbeldi geranda er stórfellt
- ef brotið er framið á sérstaklega sársaukafullan eða meiðandi hátt.

Í greinargerð með frumvarpi er varð að lögum nr. 61/2007 er ítarlega fjallað um hvern þátt fyrir sig í 194. gr. Fjallað er um hvað felst í samræði, öðrum kynferðismökum, ofbeldi eða hótunum og annars konar ólögsmætri nauðung. Í þágildandi ákvæði um nauðgun þótti of mikil áhersla lögð á verknaðaraðferð sem notuð var við að brjóta gegn kynfrelsi. Það var því nauðsynlegt að horfa meira til þess að brotið var gegn friðhelgi, kynfrelsi og athafnafrelsi fólks, sem er þungamiðja nauðgunarbrotisins en ekki verknaðaraðferðinni sem er beitt. „Aðalatriði kynferðisbrots er að brotið hefur verið gegn sjálfsákvörðunarrétti fólks varðandi kynlíf, frelsi þess og friðhelgi og það er alvarlegast fyrir þolendur brotanna.“¹⁷⁵ Þó að þetta komi fram í frumvarpinu var ákvæðinu ekki breytt í samræmi við þetta því enn þarf að sanna verknaðaraðferð. Nauðgunarákvæði hgl. nær til 15-18 ára barna og má segja að það reyni sérstaklega á ákvæðið þegar um þennan aldurshóp er að ræða. Nauðgunarákvæði hgl. veitir því 15-18 ára börnum sérstaka vernd. Ákvæðinu er í sumum tilvikum beitt með öðrum ákvæðum þegar um þennan aldurshóp er að ræða og má þar nefna 200. gr. hgl. Ákvæði 202. gr. er vitaskuld líka beitt samhliða 194. gr. þegar um börn er að ræða en það á einungis við um yngri en 15 ára.

¹⁷⁵ Alpt. 2006-07, A- deild, bls. 8.

Hérd. Norðeyst. 21. maí 2007 (S-90/2007) Faðir ákærður fyrir brot gegn dóttur sinni sem var verulega greindarskert. Reyndi á 2. mgr. 194. gr. og 200. gr. hgl.

X var ákærður fyrir brot gegn 200. gr. og 2. mgr. 194. gr. með því að hafa haft samræði við dóttur sína minnst tvisvar sinnum og misnotað sér að hún gat ekki spornað við verknaðinum sökum andlegra annmarka. Var hann sakfelldur og dæmdur í fangelsi í 3 ár. Í dóminum er sérstaklega tekið fram að hann hafi áður hlotið dóm fyrir sífjaskapar- og skírlífisbrot gegn dóttur sinni áður, árið 1991. Var hann á þeim tíma sakfelldur fyrir að hafa að minnsta kosti 13 sinnum haft holdlegt samræði við dóttur sína. Dómurinn hafði þó ekki ítrekunaráhrif.

6.9.1 Verknaðaraðferð sem beitt er við nauðgun

Nauðsynlegt þótti að setja ákvæði um verknaðaraðferðir við nauðgun til að uppfylla skilyrðið um skýrleika refsheimilda. Það er þó ekki þar með sagt að aðalatriðið sé verknaðaraðferðin þó að vitaskuld koma til skoðunar aðrir þættir þegar um nauðgun er að ræða. Nauðsynlegt var að taka fram aðferðir til að lýsa refsinaemi háttseminnar sem ná til þeirra tilvika þar sem kynmök eiga sér stað án samþykkis brotaþola.¹⁷⁶ Í 1. mgr. 194. gr. er um að ræða refsinaemi þess að beita ofbeldi eða hótunum til að ná fram kynmökum.

6.9.2 Ofbeldi og hótun

Í frumvarpi til breytingar á XXII. kafla hgl. er ítarlega fjallað um ofbeldishugtakið enda um að ræða víðtækt hugtak. Meiri áhersla var lögð á ofbeldishugtakið í þágildandi löggjöf en nú er gert, en hins vegar er ofbeldi oft þáttur í verknaðinum í núverandi löggjöf. Samkvæmt frumvarpinu skilgreinist ofbeldi sem „hvers konar beiting valds til þess að yfirvinna viðnám, sem er alvarlega meint.“¹⁷⁷ Margs konar ofbeldi getur fallið undir hugtakið ofbeldi og má þarf nefna meðal annars þegar:

- gerandi neytir aflsmunar til þess að ná fram vilja sínum
- Brotaðoli er tekinn hálstaki eða kverkataki og getur enga björg sér veitt.
- högg, barsmíðar, spörk og hrindingar.¹⁷⁸

Þetta eru einungis dæmi um hvernig líkamlegt ofbeldi er metið í hverju og einu tilviki. Hér ber að nefna að það er ekki skilyrði að brotaþoli sé með líkamlega áverka. Árásin sem slík þarf ekki að vera sérstaks eðlis eða fara fram á ákveðinn hátt og ekki þurfa að vera varanlegar afleiðingar.¹⁷⁹ Brotaðoli þarf ekki að veita mótspyrnu eins og áhersla virtist verða lögð á í tíð eldri laga. Stundum er hægt að sanna með sönnunargögnum að brotaþoli hafi ekki verið samþykkuð kynmökunum og hafi þar af leiðandi veitt mótspyrnu.

¹⁷⁶ Alþt. 2006-07, A- deild, bls. 19.

¹⁷⁷ Alþt. 2006-07, A- deild, bls. 39.

¹⁷⁸ Alþt. 2006-07, A- deild, bls. 39.

¹⁷⁹ Alþt. 2006-07, A- deild, bls. 39.

Hótun er einnig eitt form ofbeldis og er hótun liður í ofbeldinu sjálfu. Til að nefna geta aðstæður verið á þann veg að ekki er um líkamlegt ofbeldi að ræða en gerandi hótar ofbeldi láti brotþoli ekki undan eða dragi ekki úr mótspyrnu sinni.¹⁸⁰ Í frumvarpinu kemur fram að „það er skilyrði að hótunin leiði til þess að gerandi nær fram kynmökum sem honum hefði ekki tekist ella, þ.e. orsakasamband þarf að vera á milli hótunar og kynmakanna.“¹⁸¹

Hrd. 2000, bls. 1722 (40/2000). Kærandi og ákærði bæði 17 ára, svokallað Húsavíkurmál.

Æ var sakfelldur fyrir nauðgun með því að hafa með ofbeldi og ógnandi framkomu þröngvað stúlkunni K til holdlegs samræðis. Um var að ræða samnemendur sem voru að fagna próflokum og þar sem áfengi var haft um hönd og þau bæði undir áhrifum áfengis. Ákærði játaði hjá lögreglu að hafa nauðgað K en dró framburð sinn tilbaka fyrir dómi. Sagðist ákærði ekki hafa nauðgað K en sagði engu að síður „að hún hefði engan áhuga á þessum kynmökum“. Hjá lögreglu skýrði K frá atburðinum á þann hátt að Æ hafi viljað hafa samfarir en hún ekki. Hann hafi ekki hlustað á það heldur togað sig úr að neðanverðu, beitt sig ofbeldi með því að toga í hár sitt og þvingað sér til samfara með hótunum. Jafnframt hafi hann skipað henni að setja getnaðarliminn í munn sinn og sjúga hann. Framburður ákærða var talinn óhaldbær en tekið var mikið mið af framburði K. Refsing var hæfilega ákveðin 15 mánuðir, skilorðsbundið 3 ár.

Hrd. 2003, bls. 3386 (138/2003). 16 ára stúlka.

G var sakfelldur fyrir brot gegn 194. gr. með því að hafa, í tjaldi á mótssvæði, þröngvað Y, 16 ára stúlku, með ofbeldi til holdlegs samræðis. Y þekkti G ekkert fyrir og tjáði hún fyrir dómi að G hafi ruðst inn í tjald hennar, ráðist á hana, gripið um háls hennar og þrýst henni niður. Hafi hann í framhaldi af þessu rífið hana úr buxunum, tekið peysu upp um hana og þröngvað henni til samræðis. Stúlkun fór á neyðarmóttöku og bar hún þess greinilega merki um að hún hafi verið beitt líkamlegu ofbeldi, m.a. mar og þrýstingsáverka á brjósti og hálsi og áverka á kynfærum. Ákærði var töluvert ölvaður og hafði neytt MDMA taflna sem blóð- og þvagsýni staðfestu og var því ekki tekið mið af framburði hans. Við ákvörðun refsingar var litið til þess að brotið var gróft og að brotþoli var einungis 16 ára gömul. Refsing var hæfilega ákveðin 2 ár.

Hrd. 2003, bls. 379 (360/2002). Tveir stóðu að atlögu gegn kynfrelsi 16 ára stúlku.

G og E voru ákærðir fyrir að hafa með ofbeldi þröngvað Y, 16 ára stúlku, til samræðis og annarra kynferðismaka. G hafi í tvígang þröngvað getnaðarlim sínum inn í leggöng stúlkunnar og E hafi á meðan á þessu stóð fyrst troðið getnaðarlim sínum í munn stúlkunnar og síðan lagst ofan á hana og þröngvað getnaðarlim sínum inn í endaparm hennar. Vitnisburður Y var lagður til grundvallar niðurstöðu þrátt fyrir eindregna neitun ákærðu. Segir í Hæstarétti að háttsemi G og E hafi haft verulega slæm áhrif á sálarlíf og geðheilsu stúlkunnar og var litið til þess við ákvörðun refsingar. Einnig var tekið sérstaklega fram að þeir stóðu tveir að atlögu gegn kynfrelsi hennar og gæti það haft enn frekari áhrif á líðan og upplifun hennar. En á móti var einnig litið til ungs aldurs G og E sem voru nýlega orðnir 17 ára, við ákvörðun refsingar. G: fangelsi 22 mánuðir. E: 2 ára fangelsi.

¹⁸⁰ Alpt. 2006-07, A- deild, bls. 39.

¹⁸¹ Alpt. 2006-07, A- deild, bls. 40.

Hrd. 8. mars 2007 (589/2006). 15 ára stúlka, 194. gr., ofbeldi.

X var ákærður fyrir kynferðisbrot, með því að hafa þröngvað Y með ofbeldi til samræðis. Ákærði X og kærasti Y leigðu sitt hvort herbergið í sama húsi og var Y þar stödd að bíða eftir kærasta sínum. X og Y sátu saman í sófa þegar X bað Y um að hjálpa sér aðeins þar sem hann hefði ekki verið með konu í sex mánuði og væri ekki „búinn að fá neitt.“ Y sagðist ekki vilja það sökum þess að hún ætti kærasta og hann væri of gamall. Þrátt fyrir neitun stúlkunnar tók ákærði um hægri mjóðm hennar þannig að hún fraus af hræðslu og gat ekki hreyft sig. Samkvæmt framburði Y hafi ákærði því næst rennt peysunni hennar niður og farið inná hana bera, þreifað á brjóstum hennar og einnig farið með höndina niður í buxur hennar, tekið höndina upp úr öðru hvoru og þefað og sleikt á sér fingurna. Síðan hafi ákærði klætt hana úr gallabuxunum og renndi ákærði niður buxnaklauf sinni í kjölfarið og tók getnaðarlim sinn út. Sagði stúlkan að ákærði hafi lyft fótum hennar upp að bringu og þannig komið vilja sínum fram við hana. Greinargerð var lögð fram af starfsmanni Barnahúss um að andlegar afleiðingar væru miklar og að brotþoli ætti við ýmis vandamál að stríða eftir atburðinn. Í niðurstöðu dómsins kom fram að ljóst væri að stúlkan hafi eindregið sagt að hún vildi ekki taka þátt í neinu með ákærða, það hafi því ekki átt að geta dulist X að stúlkan neitaði að taka þátt í athæfinu. X var því talinn hafa beitt hana aflsmunum þannig að hún gat hvorki spornað við verknaðinum né veitt mótspyrnu þar sem hún var lömuð af hræðslu og hreinlega fraus. Verknaður ákærða þótti hafa alvarlegar andlega afleiðingar fyrir brotþola í för með sér. Við ákvörðun refsingar var m.a. litið til þess hversu ung stúlkan var að árum og aldurs ákærða en hann var 29 árum eldri en stúlkan. Refsing var hæfilega ákveðin 2 ár og 6 mánuðir.

Einnig þarf að hafa í huga að það ofbeldi sem um ræðir í hverju og einu tilviki sé ekki meira en greinir í 217. gr. hgl. um líkamsárásir, ef ofbeldið er ekki meira þá tæmir 194. gr. sök gegn 217. gr. hgl. Ef ofbeldið eða afleiðingar þess eru slíkar að það falli undir 218. gr. hgl., þá þarf að beita ákvæðunum saman, svokölluð brotasamsteypa. Einnig getur beiting vopns óháð áverkum á brotþola leitt til þess að brot falli undir 2. mgr. 218. gr.

Hrd. 1983, bls. 1608. Hrottaleg árás á 15 ára stúlku.

X var ákærður fyrir að berja 15 ára stúlku með steini í höfuðið með þeim afleiðingum að stúlkan missti meðvitund. Einnig stakk hann hana með skrufjárnri í höfuðið, andlit, brjóst og læri og reif hana úr fötum. Hann reyndi að hafa við hana samfarir rænulausa og bar logandi kveikjara að kynfærum hennar og brjóstum. Að lokum yfirgaf hann hana rænulausa og mikið særða utanhúss að vetri til. Stúlkan fannst alblóðug og var hætt komin með fjölmörg stungusár, brunasár, skrámur, marbletti og var vinstra lunga samfallið. Hún hlaut af þessum verknaði varanlegt heilsutjón, lamaðist í vinstri andlitshelming sökum mikilla höfuðáverka og hlaut einnig heyrnarskerðingu og taldi lækni hana eiga eftir að eiga í erfiðleikum með skynjun máls framvegis. Refsing ákveðin 10 ár. Brot gegn 194. gr. og 218. gr.

Hrd. 2001, bls. 4518 (290/2001). Langvinn atлага að 17 ára stúlku. Svipt kynfrelsi á svívirðilegan hátt.

X var sakfelldur fyrir nauðgun og líkamsmeiðingar með því að hafa slegið 17 ára sambýliskonu sína með krepptum hnefum í andlit og víðsvegar í líkama, sparkað í hana og tekið hálstaki, hrint henni niður brattan stiga og í nokkur skipti þröngvað henni, með ofbeldi og hótunum um ofbeldi, til kynmaka og annarra kynferðismaka, bæði í leggöng og endaparm. Af langvarandi og hrottafengnum atlögum ákærða, bólгнаði og marðist hún mikið í andliti, hlaut glóðaraugu, særðist og marðist á hálsi, hlaut marbletti víða um líkamann og verulega áverka við op legganga og endaparms. Atlagan stóð yfir í um þrjár

klukkustundir í sumarbústað sem þau voru stödd í og átti Y sér enga undankomuleið þar sem þau voru stödd fjarri byggð. Þá hefði X einnig troðið tréglasahaldara upp í leggöng Y og þar með veitt henni stórfelldan líkamlegan áverka. Þá hótaði X um frekara ofbeldi, líkt og að fletta húðinni af henni með ostaskera og kvaðst X einnig ætla að mölbrjóta á henni lappirnar ef hún reyndi að flýja frá honum. Enn fremur hafi X hent Y inn í brennandi heita sturtuna og barið hana á meðan. Í skýrslu neyðarmóttöku kom fram að brotþoli hafi átt erfitt með að tjá sig, verið í losti og dofin við skoðun og hafi grátið mikið og skolfið. Hún tjáði starfsmönnum neyðarmóttöku að hún hafi óttast um að sleppa ekki lifandi frá ódæðinu og sagði jafnframt að hún hafi haldið að eina leiðin til að losna frá árásarmanninum væri að skera sig á púls. Við vettvangsrannsókn var augsjáanlegt að átök hafi átt sér stað og einnig fundust töluvert margir brúnir blettir víðsvegar um húsið sem voru taldir vera saurblettir. Hjúkrunarfræðingur á neyðarmóttöku skýrði frá fyrir dómi að brotþoli hafi verið afar illa útleikin og að ekki hafi verið unnt að taka utan um hana sökum eymsla um allan líkama. Þá segir orðrétt í framburði hjúkrunarfræðingsins að „áverkarnir hafi verið svo miklir að þetta hafi verið eitt það hrikalegasta tilvik sem hún hafi séð á neyðarmóttöku“. Að mati dómsins þótti X hafa með langvinnri atlögu að 17 ára stúlku svipt hana kynfrelsi sínu á svívirðilegan hátt. Héraðsdómur ákvað refsingu 3 ár en Hæstiréttur þyngdi refsingu og var hún ákveðin 4 ár og 6 mánuðir með hliðsjón af 77. og 78. gr. hgl. Brot gegn 194. gr. og tæmdi 194. gr. sök gagnvart 217. gr. Ákærði átti sér engar málsbætur.

6.9.3 Misneyting

Samkvæmt 2. mgr. 194. gr. hgl. er refsivert að notfæra sér bágt ástand brotþola til þess að hafa við hann samræði eða önnur kynferðismök. Um er að ræða misneytingarákvæði og er brot gegn ákvæðinu misneytingarbrot.¹⁸² Ákvæðið nær bæði yfir þau tilvik þar sem gerandi notfærir sér geðveiki eða aðra andlega annmarka einstaklinga til að ná fram kynferðismökum. Einnig er það talið vera brot gegn ákvæðinu þegar gerandi misnotar ástand brotþola sem getur ekki spornað við verknaðinum eða skilið þýðingu hans. Það er skilyrði að veiklaða ástandið sé til staðar á verknaðarstundu.¹⁸³ Undir tilvikið að misnota ástand brotþola er til að nefna rænuleysi vegna áfengisneyslu eða fíkniefnaneyslu, svefn, dáleiðsluástand, yfirlið eða annað meðvitundarleysi til að nefna af völdum deyfilyfja.¹⁸⁴ Sjá *Hrd. 1. nóvember 2012 (354/2012)* þar sem um var að ræða mat á ölvun og ástandi brotþola:

X var ákærður fyrir nauðgun með því að hafa haft samræði og önnur kynferðismök við A og við það notfært sér að A gat ekki spornað við verknaðinum sökum ölvunar og svefndrunga. Var þetta talið varða við 2. mgr. 194. gr. Hæstiréttur rakti ítarlega hvernig komið var fyrir A. Hún hafði lítið sofið í sólarhring, verið töluvert ölvuð, sem orsakaði mikla þreytu, einnig hafi hún reykt Marijúana og hafi hún einnig verið einhvern tíma í heitum potti sem hafi haft áhrif á líkamsstarfsemi. Þótti það sannað að X hafi notfært sér að A gat ekki spornað við verknaðinum sökum ölvunar og svefndrunga.

¹⁸² Alpt. 2006-07, A- deild, bls. 9.

¹⁸³ Alpt. 2006-07, A- deild, bls. 9.

¹⁸⁴ Alpt. 2006-07, A- deild, bls. 10.

Hrd. 11. desember 2008 (284/2008). 17 ára þroska- og hreyfihömluð stúlka. Andlegir og líkamlegir annmarkar, sbr. 2. mgr. 194. gr.

X, sem var á fimmtugsaldri og bílstjóri ferðapjónustu fatlaðra, sá um að aka A til og frá skóla þar sem hún sótti námsbraut fyrir þroskaheft börn. Ákærði var sakfelldur fyrir að hafa í tvígang brotið gegn persónu- og kynfrelsi, A, 17 ára þroska- og hreyfihamlaðrar stúlku sem honum var trúað fyrir sem afleysingarbílstjóra hjá Ferðapjónustu fatlaðra. Var hann sakfelldur fyrir hafa haft samræði eða önnur kynferðismök við A með því að setja fingur í leggöng A og haft munnmök við A og fengið hana til að hafa munnmök við sig og við það notfært sér að hún gat ekki spornað við verknaðnum sökum andlegra annmarka. A var fötluð eftir bílslys sem hún hafði lent í og hlaut við það alvarlega höfuðáverka, svokallaðan framheilaskaða. Átti hún því við bæði andlega og líkamlega fötlun að stríða. Sérfróðir sálfræðingar voru fengnir til að leggja mat á fötlun stúlkunnar og sagði einn þeirra að fötlun hennar væri fjölþætt og sýnileg, fötlunin hefði ekki átt að leynast neinum sem ættu í samskiptum við stúlkuna. Þá væri vitsmunaproski hennar á við 8-9 ára barn. Héraðsdómur taldi refsingu hæfilega ákvarðaða 2 ár (dæmt var eftir þágildandi 196. gr., nú 2. mgr. 194. gr.) en Hæstiréttur taldi refsingu hæfilega ákveðna 18 mánuði. Tveir hæstaréttardómarar skiluðu sératkvæði og töldu að staðfesta bæri héraðsdóm í ljósi þess að ákærði, sem væri á fimmtugasaldri, hafi brotið í tvígang gegn þroskaheftri 17 ára stúlku, sem ekki gat spornað við brotum hans. Auk þess hafi honum verið trúað fyrir að aka stúlkunni frá heimili hennar í skóla þar sem hún sótti námsbraut fyrir þroskaheft börn.

Í tíð fyrri laga, sbr. 196. gr. hgl., varðaði það lægri refsingu að notfæra sér bágt ástand brotaþola til þess að hafa við hann samræði. Þessu var breytt með lögum nr. 61/2007 í ljósi þess að löggjafinn lítur jafn alvarlegum augum á að nýta sér geðveiki, andlega fötlun fólks, rænuleysi eða vanmátt einstaklinga til þess að brjóta gegn kynfrelsi þeirra.¹⁸⁵ Ákvæði 2. mgr. 194. gr. hgl. hefur samkvæmt heimildum komið meira og meira til álita undanfarin ár þegar um er að ræða aldurshópin 15-18 ára.¹⁸⁶

7 Skýrsla samráðshóps forsætisráðherra

Í skýrslu samráðshóps um kynferðisbrotamál segir að þrátt fyrir margvíslegar breytingar á XXII. kafla hgl. nái réttarkerfið einungis að hluta til utan um þau kynferðisbrot sem eiga sér stað á Íslandi.¹⁸⁷ Kynferðisbrotamál rata aðeins að hluta til í gegnum allt réttarkerfið og er það áhyggjuefni. Nefndin átti fund með töluverðum fjölda af einstaklingum, til að nefna, einstaklingar sem starfa hjá lögreglunni, barnaverndarnefndum, Barnahúsi, neyðarmóttöku LSH, Barnaheill, embætti ríkissaksóknara, Stígamótum, geðsvið LSH og Blátt áfram.

Rætt er um áhrif kláms í skýrslunni og lýst áhyggjum af hversu neikvæð áhrif klám hefði á börn, hvernig klám hefði áhrif á virðingu þeirra fyrir þeim sjálfum og jafnframt hugmyndir barnanna um kynlíf, samskipti kynjanna, klæðaburð og útlit.¹⁸⁸ Þá kemur fram þar að rekja

¹⁸⁵ Alþt. 2006-07, A- deild, bls. 11.

¹⁸⁶ Björgvin Björgvinsson, ofbeldis- og kynferðisbrotadeild lögreglunnar í Reykjavík. Tölvupóstur 4. apríl 2013.

¹⁸⁷ Skýrsla samráðshóps forsætisráðherra, bls. 13, <http://www.forsaetisraduneyti.is>.

¹⁸⁸ Skýrsla samráðshóps forsætisráðherra, bls. 14, <http://www.forsaetisraduneyti.is>.

megi fjölgun kynferðisbrotamála til aukinnar klámvæðingar. Einnig kemur fram að styrkja þurfi lagalega umgjörð um kynferðisbrot sem eiga sér stað innan samtaka, svo sem, trúarfélög og æskulýðs- og íþróttafélaga.¹⁸⁹ Ítrekuð er nauðsyn þess að auka þjónustu Barnahúss og einnig meðferð vegna óviðeigandi kynhegðunar.¹⁹⁰

Einnig þótti mikilvægt að komið yrði á laggirnar samráðshópi barnaverndaryfirvalda, lögreglu og ákærvalds með þátttöku fulltrúa Ríkissaksóknara.¹⁹¹ Innanríkisráðherra óskaði sérstaklega eftir að athugað yrði hvort ástæða væri til að fyrsta skýrslutaka af barni á aldrinum 15-18 ára færi fram fyrir dómi, þá væntanlega í Barnahúsi þegar það ætti við.¹⁹² Þá var ítrekað að efla þyrfti lögreglu og ákærvald og að mikilvægt væri að sami lögreglumaður kæmi að máli frá upphafi til enda í þeim tilgangi að tryggja að mikilvægar upplýsingar fari ekki forgörðum og að réttu atriðin væri könnuð.¹⁹³ Taldi nefndin afar mikilvægt að efla tæknirannsóknir innan lögreglunnar. Að lokum tekur samráðshópurinn fram að veitt sé þjónusta fyrir börn undir 18 ára aldri sem sýna af sér óviðeigandi kynhegðun á vegum Barnaverndarstofu. Taldi hópurinn mikilvægt að skoðaðir yrðu möguleikar þess að efla meðferðarþátt úrræðisins verulega.¹⁹⁴

Einungis er hér stiklað á stóru varðandi þær aðgerðir og margvíslegu tillögur sem koma fram í skýrslunni en skýrslan var gefin út þegar vinnsla ritgerðarinnar var á lokastigi.

8 Lokaorð og helstu niðurstöður

Í ritgerðinni hefur sjónum verið beint að meðferð kynferðisbrota gegn 15-18 ára börnum. Eftir skoðun á núgildandi löggjöf eru allir einstaklingar undir 18 ára aldri skilgreindir sem barn. Hins vegar hefur löggjafinn ákveðið að gera ákveðinn greinarmun á 15-18 ára börnum samanborið við 14 ára og yngri. Börn á aldrinum 15-18 ára eru því oft á mörkum þess að teljast vera börn eða fullorðin. Óháð því verður að telja að afar mikilvægt sé að veita þessum aldurshópi viðunandi réttarvernd. Það liggur í augum uppi að sum ákvæði í XXII. kafla hgl. gera greinarmun á 15-18 ára börnum annars vegar og hins vegar 14 ára og yngri. Börnum á þessum aldri er í sumum tilfellum ekki veitt viðunandi réttarvernd í XXII. kafla hgl., jafnframt er þeim ekki veit nægileg réttarvernd í sml. hvað varðar skýrslutökur. Enn fremur virðist sem ferlið í barnaverndarkerfinu sé ekki alveg ljóst þegar brot eru talin vera minniháttar og ekki er

¹⁸⁹ Skýrsla samráðshóps forsætisráðherra, bls. 14, <http://www.forsaetisraduneyti.is>.

¹⁹⁰ Skýrsla samráðshóps forsætisráðherra, bls. 15, <http://www.forsaetisraduneyti.is>.

¹⁹¹ Skýrsla samráðshóps forsætisráðherra, bls. 18, <http://www.forsaetisraduneyti.is>.

¹⁹² Skýrsla samráðshóps forsætisráðherra, bls. 21, <http://www.forsaetisraduneyti.is>.

¹⁹³ Skýrsla samráðshóps forsætisráðherra, bls. 27, <http://www.forsaetisraduneyti.is>.

¹⁹⁴ Skýrsla samráðshóps forsætisráðherra, bls. 38, <http://www.forsaetisraduneyti.is>.

farið fram á lögreglurannsókn. Löggjafinn hefur ákveðið kynferðislegan lágmarksaldur 15 ár og við það mat var stuðst við ýmis sjónarmið. Til að nefna að unglingar byrjuðu snemma að stunda kynlíf á Íslandi og væri því eðlilegt að taka mið af því. Velta má fyrir sér hvort 15 ára börn séu yfirleitt fær um að taka ákvarðanir um að lifa kynlífi án þess að velferð þeirra sé ógnað. Það hlýtur að vera löggjafanum sem og öðrum sem að málunum koma erfitt að ákvarða þetta atriði. Eflaust getur enginn tekið ákvörðun um það hvenær börn eru í raun og veru tilbúin til taka ákvarðanir um að lifa kynlífi. Hvenær barn telst vera barn eða hvenær barn telst í raun vera fullorðið er erfitt að segja. Barn er til að nefna ekki talið nægilega þroskað 16 ára gamalt til að ráðstafa sínu eigin fé en nægilega þroskað til að taka ákvarðanir um kynlífsiðkun. Réttur barna gegn kynferðislegu ofbeldi er víða tryggður í íslenskri löggjöf en spurningin er hvort aldursviðmiðin og aldursaðgreiningin sé réttmæt og hvort réttarvernd 15-18 ára barn sé nægilega tryggð. Kynferðisbrot gegn börum sem eru eldri eru oft alvarlegri og grófari. Rannsóknir hafa sýnt að 40% brotþola í nauðgunarmálum eru yngri en 18 ára og eru það sláandi tölur. Einnig hefur dómaframkvæmd sýnt að þegar um er að ræða hópkyrnök, hópnaudganir og hópverknað eru gerendur í flestum tilfellum ungir og brotþolar eru yfirleitt á svipuðum aldri og gerendur. Í ljósi þess er enn mikilvægara að börnum sé veitt viðunandi réttarvernd. Allir setja sér kynferðisleg mörk og er samþykki beggja eða allra aðila meginforsenda þess að kynferðislegt athæfi megi fara fram.

Í hgl. er ákvæði þess efnis að lækka megi refsingu eða láta hana niður falla ef gerandi og brotþoli eru á svipuðum aldri og þroska. Í greinargerð með frumvarpi sem varð að lögum nr. 61/2007 eru skilyrðin skilgreind á þann veg að ekki sé meira en 2-3 aldursbil á milli aðila og einnig verður að uppfylla skilyrðið um að vera á sama þroskastigi. Barnaverndarnefnd og Barnahús eru með allt annað viðmið. Að sögn starfsmanna barnaverndarnefndar er farið eftir alþjóðlegum stöðlum og miða þeir við að aldursbilið 5 ár eða verulegur þroskamunur. Það þarf samkvæmt þessu að uppfylla annað hvort skilyrðið en í hgl. þarf að uppfylla bæði aldurs- og þroskastig. Það skýtur skökku við að ekki skuli vera farið eftir sömu stöðlum og viðmiðum þegar um er að ræða sömu tegundir brota, kynferðisbrot. Mikil áhersla virðist vera lögð á aldursviðmið í kynferðisbrotamálum og er það skiljanlegt í sumum tilfellum þar sem um mjög ung börn er að ræða sem brotþola. Hins vegar getur skipt öllu máli á hvaða aldri gerandi og brotþoli, hver þroski þeirra er og hvers eðlis brotið ef um er að ræða eldri börn. Ef börn eru á svipuðum aldri geta málin verið vandasöm og er það miður. Fjallað var um mikilvægi könnunarviðtala og hvernig þau fara fram, viðtalstækni og sérhæfing þeirra sem taka viðtölin skiptir öllu máli.

Að sögn barnaverndarstarfsmanna kemur það varla fyrir að minniháttar brot gegn 15-18 ára séu tilkynnt til þeirra. Ef brot telst minniháttar er oft ekki talin ástæða til að skoða málið eða málum er lokað og það sett í hendur barnanna að leysa málið sín á milli. Brotþola er þó boðin meðferð í Barnahúsi ef barnið upplifir sig sem brotþola en minna eða ekkert er gert í tilfalli geranda í slíkum tilvikum. Komið hefur verið á fót meðferðarúrræði fyrir unga gerendur og er sú þjónusta töluvert notuð. Hins vegar er hún ekki alltaf notuð ef brot eru talin vera minniháttar, fer það eftir eðli hvers máls. Hér ber að nefna að rannsóknir hafa sýnt að ungir gerendur eru líklegri til að endurtaka brot sín. Í ljósi þess er mikilvægt að til séu úrræði vegna ungra gerenda, bregðast þarf við vandanum. Ef brugðist er við tímanlega og ekki einblínt jafn mikið á alvarleikastig hvers brots fyrir sig sem tilkynnt er um, væri líklega hægt að koma í veg fyrir ítrekunartíðni kynferðisbrota. Markmiðið hlýtur alltaf að vera það sama, það er að fækka kynferðisbrotamálum. Ef réttarvörslukerfið getur ekki brugðist við sökum minniháttar alvarleikstigs kynferðisbrotsins er nauðsynlegt að úrræði séu til staðar í barnaverndarkerfinu. Þó ekki væri nema að kanna upplifun geranda, aðstæður og viðhorf gerandans til þess kynferðislega athæfis sem fram fór eða tilkynnt var um og upplýsa ungt fólk um mörkin á milli kynlífs og ofbeldis. Bent hefur verið á að könnunarviðtal ætti einnig að fara fram í tilfalli ungs geranda þegar brot eru talin vera minniháttar líkt og könnunarviðtal fer fram við brotþola. Það er ekki síður mikilvægt að sjá til þess að ungur gerandi fái viðunandi meðferð á sínu máli því hann telst aðili máls frá því að könnun hefst á barnaverndarmáli.

Rætt var um mikilvægi samspils barnaverndarkerfisins og réttarvörslukerfisins og er það einkar mikilvægt í ljósi þess að oft eru mál til meðferðar hjá báðum aðilum á sama tíma þó að lögreglurannsókn sé að sjálfsögðu á forræði lögreglunnar. Samspilinu er ætlað að tryggja að barnaverndarnefnd geti fylgst mjög náið með rannsókn máls, veitt brotþola og ungum geranda viðunandi meðferð, aðstoð og stuðning því hlutverk barnaverndarnefndar er ekki að refsa.

Varðandi skýrslutökur af 15-18 ára börnum þykir ekki heppilegt að ítrekaðar skýrslutökur fari fram hjá þessum aldurshópi og rætt var um nauðsyn þess að þær færu fram í barnvænlegu umhverfi líkt og í Barnahúsi. Miklu máli skiptir hvort börn á aldrinum 15-18 ára fari á lögreglustöð eða í barnvænlegt umhverfi. Ekki verður séð að rökin fyrir því að greinarmunur sé gerður á 15-18 ára og 14 ára og yngri standist alltaf. Börn eiga og verða að fá að njóta ákveðinnar sérstöðu umfram fullorðna. Börn þurfa á sérstakri vernd að halda.

Það er engum vafa undiropið að fjöldi kynferðisbrotamála enda á þann veg að mál ratar ekki til dómstóla, rannsókn er hætt eða mál er fellt niður. Sönnun er hvað erfiðust í kynferðisbrotamálum samanborið við sönnun í öðrum sakamálum. Oft er einungis við að styðjast framburð brotþola. Kynferðisbrot eru oft fyrnd sökum þess að ekki er kært fyrr en mörgum árum eftir að brotið eða brotin áttu sér stað. Rannsókn mála og öflun sönnunargagna er mikilvæg í kynferðisbrotamálum. Einstaklingar sem sinna rannsóknum og koma að almennri meðferð á kynferðisbrotamálum þurfa að búa yfir töluverðri sérhæfingu og sérþekkingu á eðli og sérkennum kynferðisbrotamála.

Að teknu tilliti til alvarleika kynferðisbrotamála og í ljósi þess hversu mörg kynferðisbrotamál eru tilkynnt og einnig þeirri vitundarvakningu sem hefur átt sér stað í þjóðfélaginu er nauðsynlegt að fræða alla þá sem vinna með börnum eða eru í návist þeirra um kynferðislegt ofbeldi, má þar nefna í íþróttahreyfingum, félögum og skólum. Þörf er á siðareglum fyrir alla þá sem vinna með börnum. Nauðsynlegt er að gera alla einstaklinga meðvitaða um að allir setja sér kynferðisleg mörk og skilgreini hvaða hegðun er æskileg og hver er óæskileg. Það er ekki síður nauðsynlegt að fræða börn og unglinga um eðli og afleiðingar kynferðisleg ofbeldis. Ein leiðin til þess, er til að nefna, mynd sem var nýlega sýnd opinberlega, Fáðu já. Stuttmyndin fjallar um kynferðislegt ofbeldi, áhrif klámvæðingar og heilbriggt kynlíf.

Þegar öllu er á botninn hvolft eftir skoðun á meðferð kynferðisbrotamála er erfitt að gera sér grein fyrir þeim viðhorfum og viðmiðum sem ríkjandi eru hjá löggjafanum almennt þegar kemur að því að veita 15-18 ára aldurshópnum viðunandi réttarvernd í kynferðisbrotamálum. Kynferðisbrotakafli hgl. er afar mikilvæg mannréttindalöggjöf og því liggur það í augum uppi að gæta verður samræmis og jafnræðis í lagalegu tilliti þegar um er að ræða meðferð kynferðisbrotamála 15-18 ára barna í barnaverndar- og réttarvörslukerfinu.

9 Heimildaskrá

Ritaðar heimildir

Atli Gíslason og Jóhanna Katrín Magnúsdóttir: „Réttarvernd kynfrelsis“, *Guðrúnarbók: Afmælisrit til heiðurs Guðrúnu Erlendsdóttur 3. maí 2006*. Pétur Kr. Hafstein o.fl. (formaður ritnefndar). Reykjavík 2006.

Bogi Nilsson: „Rannsókn kynferðisbrota gegn börnum“. *Jónatan Þórmundsson Sjötugur* 19. desember 2007. Reykjavík 2007.

Bragi Guðbrandsson: „Að byggja brýr“. *Hinn launhelgi glæpur : kynferðisbrot gegn börnum*. Svala Ísfeld Ólafsdóttir (ritstj.). Reykjavík 2011.

Brynhildur G. Flóvenz: „Kynferðisbrotadómurinn: dómur Hæstaréttar Íslands í máli nr. 286/1999“, *Úlfjótur* 1. tbl. 2000.

Davíð Þór Björgvinsson: *Barnaréttur*. Bókaútgáfa Orators Reykjavík 1994.

Eiríkur Tómasson: „Ákærvaldið í ljósi jafnræðisreglna“. Rannsóknir í félagsvísindum IV, Reykjavík 2003.

Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars 2. útgáfa*. Reykjavík 2009.

Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi: íslensk lög og lagaframkvæmd í ljósi 1. og 3. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu*. Reykjavík 1999.

Eiríkur Tómasson: „Sitt er hvað, sönnunarbyrði og sönnunarmat. Umfjöllun um dóm Hæstaréttar 20. október 2005 í máli nr. 148/2005“. *Úlfjótur*, 3. tbl. 2007.

Gerður Kristný: *Myndin af pabba. Saga Thelmu*. Reykjavík 2005

Hrefna Friðriksdóttir: „Að nota samning SP um réttindi barnsins með hendi og vendi að hingað til brúkanlegum siðvana“. Rannsóknir í Félagsvísindum X, Félagsvísindastofnun Háskóla Íslands 2009.

Hrefna Friðriksdóttir: „Kynferðislegt ofbeldi í ljósi réttinda barnsins“. *Kynferðislegt ofbeldi gegn börnum*. Ritroð Barnaheilla 4. Reykjavík 1999.

Hrefna Friðriksdóttir: „Samningur um réttindi barnsins“ *Mannréttindasamningar Sameinuðu þjóðanna – Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Björg Thorarensen (ritstj.) Reykjavík 2009.

Hrefna Friðriksdóttir: „Sjálfræði og réttindi barna“. *Úlfjótur* 4. tbl. 1997.

Hulda Elsa Björgvinsdóttir: „Hugtakið önnur kynferðismök“ Rannsóknir í félagsvísindum V, Reykjavík 2004.

Ingibjörg Benediktsdóttir: „Staða sakhæfra barna á aldrinum 15-18 ára sem sakborninga, Málsmeðferð og möguleg refsíúrræði“ í *Lindælu: Afmælisrit. Sigurður Lindal sjötugur*. Garðar Gíslason ritstýrði o.fl. ritstýrðu. Reykjavík 2001.

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

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

Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíábyrgð III*. Reykjavík 2004.

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

Jónatan Þórmundsson: „Um kynferðisbrot“. *Úlfjótur*, 1. tbl. 1989.

Kristín Marja Baldursdóttir: *Óreiða í striga*. Reykjavík 2007.

Ólafur Örn Bragason: „Sálfræðilegt mat á meðferð ungra gerenda kynferðisbrota“. *Hinn launhelgi glæpur: kynferðisbrot gegn börnum*. Svala Ísfeld Ólafsdóttir (ritstj.) Reykjavík 2011.

Ólöf Ásta Farestveit. „Barnahús“. *Hinn launhelgi glæpur: kynferðisbrot gegn börnum*. Svala Ísfeld Ólafsdóttir (ritstj.) Reykjavík 2011.

Ólöf Ásta Farestveit og Þorbjörg Sveinsdóttir: *Verndum þau, hvernig bregðast á við grun um vanrækslu eða ofbeldi gegn börnum og unglíngum*. Reykjavík 2007.

Ragna Björg Guðbrandsdóttir, „Rannsóknarviðtal í Barnahúsi: Nokkur atriði sem gera rannsókn kynferðisbrotamála erfiða“. *Kynferðislegt ofbeldi gegn börnum*. Ritroð Barnaheilla 4, Reykjavík 1999.

Ragnheiður Bragadóttir: *Kynferðisbrot*. Reykjavík 2006.

Ragnheiður Bragadóttir: *Kynferðisbrot. Dómabók*. Reykjavík 2009.

Ragnheiður Bragadóttir: „Refsingar í nauðgunarmálum“. *Rannsóknir í félagsvísindum IV*. Lagadeild. Ritstj. Viðar Már Matthíasson. Reykjavík 2003.

Ragnheiður Bragadóttir: „Þróun refsinga fyrir kynferðisafbrot“. *Stjórnsmál og stjórnsýsla*, vef tímarit, 1. tbl. 2009.

Sigríður J. Friðjónsdóttir: „Ákærvaldið á krossgötum“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. hefti 2011.

Sigrún Júlíusdóttir: *Nauðgun (tilfinningaleg og félagsleg hremming Rannsóknarviðtal við 24 konur)*. Reykjavík 2011.

Sigrún Sigurðardóttir og Sigríður Halldórsdóttir: „Þögul þjáning – samanburður á áhrifum kynferðislegs ofbeldis í bernsku á heilsufar og líðan íslenskra karla og kvenna“. *Hinn launhelgi glæpur : kynferðisbrot gegn börnum*. Svala Ísfeld Ólafsdóttir (ritstj.) Reykjavík 2011.

Símon Sigvaldsson: „Meginreglur sönnunarfærslu og kynferðisbrot gegn börnum“. *Hinn launhelgi glæpur: kynferðisbrot gegn börnum*. Svala Ísfeld Ólafsdóttir (ritstj.) Reykjavík 2011.

Stefán Eiríksson: „Rannsókn kynferðisbrota gegn börnum“. *Hinn launhelgi glæpur: kynferðisbrot gegn börnum*. Svala Ísfeld Ólafsdóttir (ritstj.) Reykjavík 2011.

Stefán Már Stefánsson: „Um sönnun í sakamálum,“ *Ritroð Lagastofnunar Háskóla Íslands nr. 4*. Reykjavík 2007.

Svala Ísfeld Ólafsdóttir: „Fjölmiðlar og ungir afbrotamenn í ljósi stimplunarkenninga afbrotafræðinnar“. *Afmælisrit. Jónatan Þórmundsson sjötugur*. Reykjavík 2007.

Svala Ísfeld Ólafsdóttir: „Fyrning kynferðisbrota gegn börnum“. *Stjórnsmál og stjórnsýsla*, vef tímarit, 2. tbl. 2007.

Svala Ísfeld Ólafsdóttir: *Heggur sá er hlífa skyldi. Kynferðisbrot gegn börnum og ungmennum*. Umboðsmaður barna. Reykjavík 1997.

Svala Ísfeld Ólafsdóttir: „Refsiákvæði sem varða kynferðisbrot gegn börnum“. *Hinn launhelgi glæpur: kynferðisbrot gegn börnum*. Svala Ísfeld Ólafsdóttir (ritstj.) Reykjavík 2011.

Verklag við könnun máls vegna gruns um kynferðisofbeldi gegn barni. Handbók Barnaverndar Reykjavíkur. Janúar 2007.

Þórdís Elva Þorvaldsdóttir: *Ofbeldi á Íslandi, Á mannamáli (Brotin dómarnir aðgerðirnar og umræðan)*. Reykjavík 2009.

Þórhildur Líndal: „Barnasáttmálinn - Rit um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi“. *Unicef*. Reykjavík 2007.

Munnlegar heimildir og tölvupóstur

Tölvupóstur 2. apríl 2013 frá Heiðu Björg Pálmadóttir lögfræðingi hjá Barnaverndarstofu.

Tölvupóstur 4. apríl 2013 frá Björgvini Björgvinssyni aðstoðaryfirlögregluþjónn ofbeldis- og kynferðisbrotadeild lögreglunnar í Reykjavík.

Viðtal við Sigríði Maríu Jónsdóttur og Elísabetu Jónu Jóhannsdóttur hjá barnaverndarnefnd Reykjavíkur. Tekið 12. apríl 2013.

Rafrænar heimildir

„Aðgerðir sökum neyðarástands vegna kynferðisbrota gegn börnum“
<http://www.forsaetisraduneyti.is/frettir/nr/7546> (skoðað 10. apríl 2013).

Ársskýrsla Barnaverndarstofu 2008-2011.
<http://www.bvs.is/media/arsskyrslur/ARSSKYRSLA-2008-2011-lokaeintak2.pdf> (skoðað 1. mars 2013).

Ársskýrsla ríkissaksóknara 2008.
<http://www.rikissaksoknari.is/media/arsskyrslur/Arsskyrsla-2008.pdf>. (skoðað 3. apríl 2013).

Ársskýrsla ríkissaksóknara 2011.
http://www.rikissaksoknari.is/media/arsskyrslur/Rikissaksoknari_2011_LR.pdf. (skoðað 4. apríl 2013).

Barnaverndarstofa. „Sálfræðiþjónusta fyrir börn vegna óæskilegrar kynhegðunar“.
<http://www.bvs.is/fagfolk/urraedi-barnaverndarstofu/salfraedimedferd-fyrir-born-med-oaeskilega-kynhegdu/> (skoðað 12. mars 2013).

Barnaverndarstofa. Skilgreiningar- og flokkunarkerfi í barnavernd (SOF) 2. útgáfa.
<http://www.bvs.is/media/arsskyrslur/Pall--28.12.12.pdf> (skoðað 3. mars 2013).

Barnaverndarstofa. Verklag við könnun máls þegar grunur leikur á líkamlegu ofbeldi forsjáraðila /heimilismanns gagnvart barni. <http://www.bvs.is/media/skjol/file916.pdf> (skoðað 1. mars 2013).

Handbók Barnaverndarstofu. Útgefin í mars 2006. Endurskoðuð í ágúst 2011.
<http://www.bvs.is/media/handbok/handbok-2006---uppfaerd-agust-2011b.pdf> (skoðað 29. mars 2013).

Edda – öndvegissetur við Háskóla Íslands. Skýrsla um einkenni og meðferð nauðgunarmála sem bárust lögreglu á árunum 2008 og 2009. Samantekt á helstu niðurstöðum. Apríl 2013.
<http://www.innanrikisraduneyti.is/media/frettir-2013/Samantekt--a-nidurstodum-rannsoknar-um-einkenni-og-medferd-naudgunarmala.pdf> (skoðað 20. apríl 2013).

„Fáðu já“. Heimildarmynd.
<http://www.velferदारaduneyti.is/vitundarvakning/fraedsluefni/nr/33532> (skoðað 6. apríl 2013).

Fyrirmæli ríkissaksóknara nr. 10/2009 um ákvörðun um að vísa frá kæru, hætta rannsókn eða fella mál niður.

http://www.ríkissaksoknari.is/media/frettir/RS-10-2009_akvordun_um_ad_visa_fra_kaeru_haetta_rannsokn_eda_fella_mal_nidur.pdf (skoðað 20. mars 2013).

Fyrirmæli ríkissaksóknara nr. 9/2009 um meðferð mála gegn börnum yngri en 15 ára.

http://www.ríkissaksoknari.is/media/frettir/RS-9-2009-Medferd-mala_gegn_bornum_yngri_en_15_ara.pdf (Skoðað í 2. apríl 2013).

Fyrirmæli ríkissaksóknara um sáttamiðlun nr. RS:1/2011.

<http://www.ríkissaksoknari.is/media/arsskyrslur/RS-1-2011-Fyrirmaeli---sattamidlun.pdf> (skoðað 1. febrúar 2013).

Hildigunnur Ólafsdóttir og Þórdís Sigurðardóttir. Skýrsla dómsmálaráðherra um orsakir, umfang og afleiðingar heimilisofbeldis og annars ofbeldis gegn konum og börnum. Dóms- og kirkjumálaráðuneytið, febrúar 1997.

http://www.innanrikisraduneyti.is/media/Skyrslur/Heimilisofbeldi_skyrsla1997.pdf (skoðað 1. mars 2013).

Sigríður Ingvarsdóttir. „Skýrslutökur af börnum fyrir dómi“.

<http://www.domstolar.is/greinar/nr/237/> (skoðað 1. febrúar 2013).

Innanríkisráðuneytið. Upptaka af málþingi um meðferð kynferðisbrota í réttarvörslukerfinu

sem haldið var þann 20. janúar 2012 <http://www.innanrikisraduneyti.is/frettir/nr/27919> (skoðað 13. febrúar 2013).

Innanríkisráðuneytið. Upptaka af málþingi um skýrslutökur af börnum í sakamálum. 7. júní

2012. <http://www.innanrikisraduneyti.is/frettir/nr/28100> (skoðað 21. janúar 2013).

Lögreglan á höfuðborgarsvæðinu. „Grundvallarstefna og langtímaáætlun lögreglunnar á höfuðborgarsvæðinu og stefna einstakra deilda 2008- 2011“.

<http://www.logreglan.is/upload/files/Grundvallarstefna%20og%20langt%C3%ADma%C3%A1%C3%A6tlun.pdf> (skoðað 12. febrúar 2012).

Ríkissaksóknari. „Leiðbeinandi siðareglur fyrir ákærendur“.

<http://www.ríkissaksoknari.is/um-akaerualdid/skipulag/> (skoðað 23. janúar 2013).

Ríkissaksóknari svarar bréfi dómsmála- og mannréttindaráðuneytisins vegna umræðu um kynferðisbrot. 15.10.2010.

<http://www.ríkissaksoknari.is/um-embattid/frettir/nr/41> (skoðað 22. febrúar 2013).

Rúv. Kastljóspáttur í ríkissjónvarpinu þann 8. apríl 2013.

<http://www.ruv.is/sarpurinn/kastljós/08042013-1> (skoðað 10. apríl 2013).

Skýrsla samráðshóps forsætisráðherra um samhæfða framkvæmd stjórnvalda við að tryggja skilvirk úrræði fyrir þolendur kynferðisbrota, einkum börn. Gefin út í apríl 2013.

<http://www.forsaetisraduneyti.is/media/Skyrslur/skyrsla-urraedi-fyrir-tholendur-kynferdisbrota.pdf> (skoðað 21. apríl 2013).

Skýrsla Umboðsmanns barna til barnaréttarnefndar Sameinuðu þjóðanna, 2010.

http://www.barn.is/barn/upload/files/utgefid_efni/adrar_skyrslur/ub_skyrsla_til_barnarettarnefndar_sth_2010.pdf (skoðað 1. apríl 2013).

Skýrsla Unicef. „Réttindi barna á Ísland: Ofbeldi og forvarnir“. Gefin út í mars 2013.

http://www.unicef.is/rettindibarna/UNICEF_Rettindi_barna_ofbeldi_og_forvarnir.pdf (skoðað 2. apríl 2013).

Alþingistíðindi

Frumvarp til laga um breytingu á almennum hegningarlögum (kynferðisbrot), 132. löggjafarþing 2005-2006. Þskj. 1048-712. mál. Vefútgáfa Alþingis. <http://www.althingi.is/altext/133/s/pdf/0020.pdf> (sótt 23. mars 2013).

Frumvarp til laga um breytingu á almennum hegningarlögum (kynferðisbrot gegn börnum í fjölskyldu og öðrum trúnaðarsamböndum), 141. löggjafarþing 2012-2013. Þskj. 616-478. mál. Vefútgáfa Alþingis. <http://www.althingi.is/altext/141/s/pdf/0616.pdf> (sótt 12. apríl 2013).

Frumvarp til laga um breytingu á almennum hegningarlögum vegna fullgildingar samnings Evrópuráðsins um vernd barna gegn kynferðislegri misneytingu og kynferðislegri misnotkun, 140. Löggjafarþing 2011-2012. Þskj. 420-344. mál. Vefútgáfa Alþingis. <http://www.althingi.is/altext/140/s/0420.html> (sótt 14. febrúar 2013).

Frumvarp til barnaverndarlaga, 127. löggjafarþing 2001-2002. Þskj. 403-318. mál. Vefútgáfa Alþingis. <http://www.althingi.is/altext/127/s/0403.html>. (Sótt 2. apríl 2013).

Frumvarp til laga um meðferð sakamála, 135. löggjafarþing 2007-2008. Þskj. 252-233. mál. Vefútgáfa Alþingis. <http://www.althingi.is/altext/135/s/0252.html> (sótt 11. febrúar 2013).

10 Dómaskrá

Dómar héraðsdóms

Hérd. Vestfj. 20. febrúar 2007 (S-310/2006)

Hérd. Rvk. 15. maí 2007 (S-296/2007)

Hérd. Norðeyst. 21. maí 2007 (S-90/2007)

Hérd. Rvk. 5. júní 2007 (S-262/2007)

Hérd. Norðvest. 18. júní 2007 (S-89/2007)

Hérd. Reykn. 10. desember 2007 (S-689/2007)

Hérd. Suðl. 7. janúar 2009 (S-265/2008)

Hérd. Rvk. 25. október 2012 (S-716/2012)

Hérd. Norðeyst. 28. júní 2011 (S-93/2011)

Dómar Hæstaréttar

Hrd. 1983, bls. 1608 (53/1983)

Hrd. 2000, bls. 1117 (31/2000)

Hrd. 2000, bls. 1722 40/2000

Hrd. 2001, bls. 1304 (409/2000)

Hrd. 2001, bls. 4518 (290/2001)

Hrd. 2003, bls. 379 (360/2002)

Hrd. 2003, bls. 2536 (44/2003)

Hrd. 2003, bls. 3386 (138/2003)

Hrd. 2004, bls. 55 (372/2003)

Hrd. 2005, bls. 4042 (148/2005)

Hrd. 17. nóvember 2005 (358/2005)

Hrd. 8. mars 2007 (589/2006)

Hrd. 18. júní 2007 (35/2007)

Hrd. 18. október 2007 (242/2007)

Hrd. 31. janúar 2008 (380/2007)

Hrd. 15. maí 2008 (539/2007)

Hrd. 11. desember 2008 (284/2008)

Hrd. 4. desember 2008 (383/2008)

Hrd. 5. febrúar 2009 (258/2008)

Hrd. 28. maí 2009 (58/2009)

Hrd. 17. september 2009 (19/2009)

Hrd. 15. október 2009 (676/2008)

Hrd. 6. maí 2010 (31/2010)
Hrd. 12. maí 2010 (502/2009)
Hrd. 28. október 2010 (204/2010)
Hrd. 9. desember 2010 (555/2010)
Hrd. 26. janúar 2011 (460/2011)
Hrd. 3. febrúar 2011 (385/2010)
Hrd. 13. maí 2011 (225/2011)
Hrd. 19. maí 2011 (571/2010)
Hrd. 10. maí 2012 (672/2011)
Hrd. 1. nóvember 2012 (354/2012)

11 Lagaskrá

Almenn hegningarlög nr. 19/1940.
Barnalög nr. 76/2003.
Barnaverndarlög nr. 80/2002.
Lög um meðferð sakamála nr. 88/2008.
Lög um greiðslu ríkissjóðs á bótum til þolenda afbrota nr. 69/1995.
Lögreglulög nr. 90/1996.
Lög nr. 49/2005 um fullnustu refsinga.
Lög nr. 62/1994 um mannréttindasáttmála Evrópu.
Lögræðislög nr. 71/1997.
Stjórnarskrá lýðveldisins Ísland nr. 33/1944.
Stjórnsýsluög nr. 13/1994.
Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins nr. 18/1992.

Reglugerðir

Reglugerð nr. 56/2004 um málsmeðferð fyrir barnaverndarnefnd.
Reglugerð nr. 651/2009 um réttarstöðu handtekinna manna.

Viðauki I

SOF-flokkunarkerfið

Barnaverndarnefnd virðist styðja mat sitt á kynferðislegu ofbeldi og áhættuhegðun barna með hliðsjón af SOF-flokkunarkerfinu,¹⁹⁵ að minnsta kosti er bent á það að kynna sér flokkunarkerfið ef einstaklingar eru í vafa um hvernig barnaverndarnefnd flokkar málin. Tekið er orðrétt upp eftir flokkunarkerfinu til að ekki verði vafamál hvernig leiðbeinandi reglur barnaverndarnefndar eru

Í flokkunarkerfinu er fyrst nefnt að kynferðislegt ofbeldi felir í sér:

- kynferðislega athöfn gegn barni eða með barni innan 14 ára aldurs með eða án vilja barnsins.¹⁹⁶
- barnsins og jafnframt kynferðislega athöfn gagnvart eða með barni 14 ára og eldra án vilja barnsins.¹⁹⁶

Helstu þættir kynferðislegs ofbeldis sem hafa áhrif á afleiðingar fyrir barn eru:

- hversu alvarlegt það er (hversu langt er gengið)
- hversu nákominn gerandi er (t.d. hvort hann er innan eða utan heimilisins)
- tímabil sem það stendur yfir (dagar, mánuðir, ár)
- tíðni (hve oft varð barnið fyrir kynferðislegu ofbeldi)
- aldur barns.

Flokkað er í þrjú alvarleikastig (listinn er ekki tæmandi) og eru stigin eftirfarandi:

1. stig:

Munnmök forsjáraðila við barn eða munnmök við forsjáraðila
Samfarir forsjáraðila og barns (í leggöng eða endaparm)

2. stig:

Þukl innan klæða á kynfærum og svæðum nálægt kynfærum barns, t.d. brjóstum, maga, rassi og lærum.

Barn fengið til að þukla eða káfa innan klæða á einhverjum fullorðnum t.d. á kynfærum,svæðum nálægt kynfærum, s.s. brjóstum, maga, rassi og lærum

3. stig:

Einhver sýnir barni kynfæri sín

Barn er látið horfa á kynferðislegar athafnir

Einhver horfir á kynfæri barns eða á barn þegar það er fáklætt, t.d. þegar barn fer á salerni, í bað eða er í rúmi sínu, eða fær barnið til að fækka klæðum í þeim tilgangi að örva sig eða barnið kynferðislega

Þukl og káf utan klæða á kynfærum og svæðum nálægt kynfærum þess, t.d. brjóstum, maga, rassi og lærum

Barn fengið til að þukla eða káfa á fullorðnum einstaklingi utan klæða, á kynfærum og svæðum nálægt kynfærum, t.d. brjóstum, maga, rassi og lærum

Teknar eru myndir af barni í þeim tilgangi að örva aðra kynferðislega

¹⁹⁵ Heiða Björg Pálmadóttir. Lögfræðingur hjá Barnaverndarstofu. Tölvupóstur 2. apríl 2013.

¹⁹⁶ <http://www.bvs.is>.

Klámefni sem er vísitandi haft í návist barns eða sýnt barni, t.d. klámblöð, myndbönd sem innihalda klám eða klámefni á vefnum
Klúrir brandarar sagðir í návist barns
Barn sendi klúr SMS skilaboð.¹⁹⁷

Í hluta II. er fjallað um áhættuhegðun barna þar sem barn beitir annað barn eða fullorðinn einstakling kynferðislegu ofbeldi.¹⁹⁸

¹⁹⁷ <http://www.bvs.is>.

¹⁹⁸ <http://www.bvs.is>.