



BA í lögfræði

Hin vandasömu verk dómstóla við
ákvörðun refsingar þegar brot eru framin
með þokukenndum ásetningi

(Með áherslu á fíkní- og vímuefnavanda síðastliðinn áratug.)

Janúar, 2018

Nafn nemanda: Guðrún Ósk Baldursdóttir

Kennitala: 271293-2249

Leiðbeinandi: Hulda María Stefánsdóttir

Útdráttur

Í ritgerð þessari verður fjallað um hin vandasömu verk dómstóla við ákvörðun refsingar þegar brot eru framin með þokukenndum ásetningi. Í ritgerðinni verður skoðað hvað veldur því að ákvörðun refsingar getur verið flókin. Grundvallarhugtak ritgerðarinnar er þokukenndur ásetningur en hann auðveldar dómstólum ekki hlutverkið. Hugtakið hefur ekki neina fastmótaða þýðingu í íslenskum rétti, því engar heildstæðar lagareglur gilda um það. Er einna helst að styðjast við 75. gr. almennra hegningalaga nr. 19/1940, þar sem kveðið er á um annarlegt ástand sakbornings, sem getur heimilað lægri refsingu til handa sakborningi eða jafnvel að refsing sé felld niður.

Nánar tiltekið verður efnið nálgast út frá nútímalegri hugsun þar sem brot sakbornings eru oft tengd heilbrigðisvandamáli. Einnig verður efnið afmarkað við mörk þokukennds ásetnings og ósakhæfis og þau ákvæði sem koma til álita í því samhengi, sbr. 15. gr., 16. gr. og 17. gr. hgl. sem varða geðrænt sakhæfi.

Í umfjölluninni verður dómaframkvæmd Hæstaréttar- og héraðsdóms í málum sem varða þokukenndan ásetning skoðuð. Þannig er gerð grein fyrir álitaefninu og ljósi varpað á það hvaða viðmið dómstólar nota við úrlausn slíkra mála og hvað ræður för þegar þeir komast að endanlegri niðurstöðu.

Í lok ritgerðar verða helstu niðurstöður og þau atriði sem vöktu athygli höfundar dregin saman en höfundur er sannfærður um að með tilkomu Landsréttar muni Hæstiréttur rökstyðja úrlausn mála sinna betur sem muni dýpka skilning almennings á því hvaða leiðir eru valdar hverju sinni og þeim rökum sem búa þar að baki.

Abstract

This essay deals with the problems faced by courts when determining punishment for *dolus eventualis* offences. The essay examines why the determination of punishment can be problematic. The principal concept of the essay, *dolus eventualis*, does not make the process any easier for the courts. The concept has no fixed definition in Icelandic law, as no comprehensive legal rules apply to it. Support comes mainly from Article 75 of the Penal Code No. 19/1940, on the defendant's "unnatural condition", which may result in a reduced penalty or even the penalty being waived.

More specifically, the subject will be approached from a modern perspective where the defendant's offences are frequently linked to health problems. The subject will focus on the boundaries between *dolus eventualis* and incompetence and the relevant provisions in that regard, cf. Article 15, Article 16 and Article 17 of the Penal Code regarding mental competence.

The discussion will focus on an examination of the case law of the Supreme and District Courts in cases pertaining to *dolus eventualis*. Thus, the issue is described along with the criteria used by the courts when deciding on the outcome of such cases and the determining factors guiding their ultimate decisions.

Finally, the main conclusions and the factors deemed noteworthy by the author are summarised. The author believes that the introduction of a new intermediate court level in Iceland will result in improved Supreme Court reasoning and, in turn, better understanding by the public of the decisions taken and the arguments supporting them.

Formáli

Ritgerð þessi er lokaritgerð til BA gráðu í lögfræði við lagadeild Háskólans í Reykjavík. Hugmyndin að þessari ritsmíð kviknaði í kjölfar umræðu sem hefur átt sér stað í þjóðfélaginu á síðastliðnum árum. Með hverju árinu sem líður verður samfélagið betur upplýst og hlutir eins og andleg veikindi og geðsjúkdómar sem áður lágu í þagnargildi eru nú ræddir opinskátt. Því ákvað ég að skoða hugtakið „þokukennan ásetning“ og kynna mér það til hlítar, sem og að skoða hvernig það birtist í fræðilegri umfjöllun.

Höfundur vill koma sérstökum þökkum á framfæri til leiðbeinanda síns, Huldu Maríu Stefánsdóttur, kennara við lagadeild Háskólans í Reykjavík, fyrir góða leiðsögn og gagnlegar leiðbeiningar við vinnslu ritgerðarinnar.

Höfundur vill einnig þakka fjölskyldu sinni og vinum fyrir góðan stuðning og þá miklu þolinmæði sem honum hefur verið sýndur í laganáminu.

Efnisyfirlit

DÓMASKRÁ	v
LAGASKRÁ	vi
LÖGSKÝRINGARGÖGN	vi
1. INNGANGUR	1
2. HUGTAKIÐ ÞOKUKENNDUR ÁSETNINGUR	2
2.1. ALMENNT UM ÞOKUKENNDAN ÁSETNING	2
2.2. SÖGULEGUR BAKGRUNNUR ÞOKUKENNDS ÁSETNINGS	5
2.3. ÞOKUKENNDUR ÁSETNINGUR VIÐ ÁKVÖRÐUN REFSINGAR	6
2.4. FLOKKUN ÞOKUKENNDS ÁSETNINGS	10
2.4.1. Fegrun tilgangs	10
2.4.2. Áköf geðshræring	11
2.4.3. Brot framín undir áhrifum vímuefna	14
2.4.4. Verk unnin án alvöru	15
3. MÖRK ÞOKUKENNDS ÁSETNINGS OG ÓSAKHÆFIS	16
3.1. ALMENNT UM SAKHÆFI	16
3.2. GEÐRÆNT SAKHÆFI	18
3.2.1. Andlegir annmarkar 15. gr. hgl.	18
3.3. GEÐHEILBRIGÐISRANNSÓKN	22
3.3.1. Mælikvarði 16. gr. hgl. á árangur refsingar	25
3.3.2. Refsileysi vegna fullkomins rænuleysis skv. 17. gr. hgl.	26
4. VANDASAMT VERK DÓMSTÓLA VIÐ ÁKVÖRÐUN REFSINGAR RÆÐST AF HEILDARMATI Í HVERJU MÁLI FYRIR SIG	28
5. NIÐURSTAÐA	31

Dómaskrá

Dómar Hæstaréttar

Hrd. 22. febrúar 1980 í máli nr. 214/1978
Hrd. 15. maí 1987 í máli nr. 62/1987
Hrd. 6. desember 2007 í máli nr. 232/2007
Hrd. 31. janúar 2008 í máli nr. 380/2007
Hrd. 6. desember 2007 í máli nr. 374/2007
Hrd. 19. febrúar 2009 í máli nr. 551/2009
Hrd. 26. mars 2009 í máli nr. 657/2008
Hrd. 21. júní 2010 í máli nr. 26/2010
Hrd. 28. október í máli nr. 41/2010
Hrd. 13. október 2011 í máli nr. 198/2011
Hrd. 17. janúar 2013 í máli nr. 334/2012
Hrd. 19. júní 2013 í máli nr. 697/2012
Hrd. 18. júní 2014 í máli nr. 729/2013
Hrd. 12. febrúar 2015 í máli nr. 85/2014
Hrd. 18. júní 2014 í máli nr. 201/2014
Hrd. 17. september 2015 í máli nr. 18/2015
Hrd. 22. september 2016 í máli nr. 499/2015
Hrd. 3. desember í máli nr. 524/2015
Hrd. 4. febrúar 2016 í máli nr. 739/2015
Hrd. 27. október í máli nr. 400/2016
Hrd. 6. apríl 2017 í máli nr. 598/2016

Dómar héraðsdómstóla

Héraðsdómur Reykjavíkur 29. maí 2001 í máli nr. S-599/2001
Héraðsdómur Norðurlands eystra 16. júní 2009 í máli S-19/2009
Héraðsdómur Austurlands 12. október 2016 í máli nr. S-27/2016
Héraðsdómur Reykjavíkur 24. júní 2016 í máli nr. S-389/2016

Lagaskrá

Lög:

Almenn hegningarlög nr. 19/1940

Barnaverndarlög nr. 80/2002

Lög um ávana- og fíkniefni nr. 65/1974

Mannréttindadómstóll Evrópu nr. 62/1004

Sakamálaölög nr. 88/2008

Stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944

Lögskýringargögn

Alþt. 1939 – 1940, A-deild, þskj. 43 – 29. mál.

Alþt. 1975-1976, B- deild, 164. mál, 71. fundur (Ólafur Jóhannesson)

1. INNGANGUR

Á síðustu áratugum hafa orðið tiltölulega snöggar og flóknar breytingar á þróun afbrota í íslensku samfélagi. Samfélagsgerðin hefur tekið stakkaskiptum með aukinni iðnvæðingu, breyttum atvinnuháttum og þéttbýlismyndun. Á sama tíma hefur Ísland rofið landfræðilega einangrun sína og opnað sig fyrir umheiminum með alþjóðasamskiptum og auknum samgöngum sem hafa hleypt ýmsum nýjungum inn í landið, þ. á m. fíkniefnum.¹ Maður sem tekur þá sjálfstæðu ákvörðun að neyta ávana- og fíkniefna breytir með neyslu sinni skynjun á umhverfinu og viðbrögðum gagnvart því vegna þeirra áhrifa sem efnin hafa á miðtaugakerfið.² Fyrir liggur að flest ávana- og fíkniefni eru alfarið bönnuð á íslensku yfirráðasvæði, sbr. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 65/1974 um ávana- og fíkniefni. Ljóst er að meginástæða þess að ávana- og fíkniefni hafa verið bönnuð er sú ætlun löggjafans að koma í veg fyrir þau skaðlegu áhrif sem efnin geta haft í för með sér, enda er hlutverk löggjafans að skapa réttaröryggi. Efnin geta haft áhrif á einstaklinginn sem og þjóðfélagið í heild og eru vímuefni talin ein af algengustu ástæðum þess að menn brjóta af sér.³ Stóra spurningin er hins vegar hvort líta skuli á fíkniefnabrot sem heilbrigðisvandamál frekar en brot.⁴ Svo dæmi sé tekið myndi heilbrigður einstaklingur almennt ekki fremja afbrot, enda ólíklegt að heilbrigður einstaklingur myndi misnota fíkniefni. Einnig má benda á rannsóknir sem hafa leitt í ljós að ýmsar birtingarmyndir vandamála barna á unglingsárunum megi rekja til misnotkunar á fíkniefnum, t.d. hefur verið sýnt fram á sterk tengsl við hegðunarraskanir o.s.frv. Af þeim sökum er auðvelt að álykta að fíkniefnaneytandi sé líklegri til að fremja afbrot en einstaklingur sem neytir ekki fíkniefna.⁵ Þegar talað er um glæp er átt við meiriháttar refsivert brot af ásetningi.⁶ Oftast er um að ræða brot gegn almennum hegningarlögum nr. 19/1940.⁷ Fyrir liggur að ásetningur getur birst með ýmsum hætti og stundum verið þokukenndur, eins og meginviðfangsefni þessarar ritgerðar.

¹ Helgi Gunnlaugsson, „Afbrot og Íslendingar“ (1995) 48 Úlfjótur 185, 192.

² Páll Sigurðsson o.fl., *Lögfræðiorðabók: með skýringum* (Bókaútgáfan Codex 2008) 48.

³ Helgi Gunnlaugsson (n. 1) 193.

⁴ Brynjar Nielsson, „Glæpir og refsingar“ (2002) 8 Lögmannablaðið 19, 19.

⁵ Bjarni Össurason Rafnar, „Vímuefnavandi hjá ungu fólki: forvarnir, greining og meðferð“ [2006] Geðvernd 13, 14.

⁶ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabýrgð I* (Háskólaútgáfan 1999) 21.

⁷ „hér eftir hgl.“

Þegar talað er um þokukenndan ásetning er átt við að einstaklingur sé í ákveðnu ástandi sem hann hafi ekki fullkomna stjórn á og geri sér ekki fyllilega grein fyrir þeirri skaðsemi sem hann getur valdið í því ástandi. Í slíkum tilvikum eigi hann því stundum rétt á lækkun refsingar.

Í mörgum tilvikum kemur því þokukenndur ásetningur til skoðunar hjá dómstólum þegar ákveða skal refsingu til handa einstaklingi, sérstaklega ef hann er undir áhrifum ávana- og fíkniefna er brot var framið.

Í ritgerð þessari verður því tekið fyrir ástand sem vafi leikur á hvort einstaklingur ráði í raun og veru við. Því getur viðfangsefnið oft og tíðum verið vandasamt. Efni ritgerðarinnar mun því afmarkast við þau atriði sem varða ákvörðunartöku dómara við ákvörðun refsingar og hvort brot sem framin eru af þokukenndum ásetningi geti haft áhrif á lækkun eða mildun refsingar. Í byrjun verður farið stuttlega yfir sögulega þróun refsilækkunarheimilda vegna þokukennds ásetnings, hvernig refsingar voru áður bundnar en fóru með tilkomu refsirammastefnu að þróast svo dómarar hafa nú frjáltsari hendur en áður.⁸ Einnig verður farið yfir atriði sem varða ákvörðun refsingar þegar brot eru framin með þokukenndum ásetningi, og skoðuð til hlítar atriði sem dómarar geta haft til hliðsjónar við ákvörðunina, eins og flokkar þokukennds ásetnings og sakhæfismat. Einnig verður farið ítarlega í mörk ósakhæfis og þokukennds ásetnings, þau atriði sem þar koma til álita eins og hvað felst í geðrænu sakhæfi og þau ákvæði sem tengjast náð geðrænu sakhæfi. Að lokum verða skoðuð ýmis sjónarmið sem hafa áhrif á ákvörðunartöku dómara. Til leiðbeiningar verður notast við dómaframkvæmd síðastliðinn áratug sem varðar ákvörðun refsingar og skoðað til hlítar hvaða atriði ákvarða endanlega úrlausn mála.

2. HUGTAKIÐ ÞOKUKENNDUR ÁSETNINGUR

2.1 Almennt um þokukenndan ásetning

Þegar vísað er til þokukennds ásetnings er átt við sérstakt birtingarform ásetnings, en í almennri umfjöllun er ásetningur annað af tveimur skilyrðum þess að háttsemi einstaklings geti talist sagnæm. Sagnæmi er eitt af þeim atriðum sem falla undir efnismerkingu hugtaksins afbrot, en afbrot samanstendur af þremur þáttum samkvæmt skilgreiningu, þ.e.a.s. refsineami, ólögmæti og sagnæmri háttsemi. Formleg merking hugtaksins hefur verið skýrð með eftirfarandi hætti: „Hver sú háttsemi, athöfn eða athafnarleysi, sem refsing liggur við samkvæmt þeim refsheimildum sem gildandi eru taldar á hverjum tíma“, og ber dómurum að fylgja hinum formlega mælikvarða við úrlausn mála.⁹ Á hinn bóginn er ljóst að skilgreining hugtaksins

⁸ Ólafur Lárusson, *Lög og saga* (Hlaðbúð 1958) 288.

⁹ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsibýrgð I* (n. 6) 21.

„afbrot“ getur verið breytileg frá einum tíma til annars, það sem áður var refsivert er refsilaust í dag og öfugt. Er það í höndum Alþingis að meta hvað telst afbrot á hverjum tíma.¹⁰

Í íslenskum rétti hefur saknæmisskilyrðunum verið skipt niður í tvo meginflokka, ásetning (dolus) og gáleysi (culpa) sbr. 18. gr. hgl. Af 18. gr. hgl. leiðir að refsiverður verknaður verður ekki saknæmur nema hann sé unninn af ásetningi eða gáleysi. Allvíða í lögum er vísað til ásetnings sem refsiskilyrðis, en hvergi hvað í honum felst. Til samanburðar má benda á athugasemdir með lögum þar sem segir í II. kafla að „...ekki þyki fært að ákveða með lögum skýrgreiningu á ásetnings- og gáleysishugtökunum, né ákveða mörkin þar á milli. Úrlausn um þau atriði eigi fremur heima í hinni almennu refsiréttarfræði fremur en í beinni lagasetningu.“¹¹ Þrátt fyrir vafa má sjá nokkurn stigsmun á ásetningi og gáleysi í 18. gr. hgl. þar sem ásetningur er nefndur sem aðalsaknæmisskilyrði laganna framur gáleysi. Til samanburðar má benda á 19. gr. hgl. þar sem vísað er til tjónsbrota og bent á að gáleysi hið minnsta þurfi til að uppfylla skilyrði um refsinaemi.¹² Hugtakið ásetningur er því nokkuð flókið og getur verið af ýmsum meiði. Ásetningur hefur verið flokkaður í nokkur stig ásetnings, þ.e.a.s. fjögur hefðbundin ásetningsstig og tvær tegundir beins ásetnings.¹³ Smám saman hefur myndast skilgreining á hugtakinu í fræðilegri umfjöllun refsiréttarins, með hliðsjón af langri þróun í íslenskri og norrænni réttarframkvæmd, en ásetningur hefur verið skilgreindur á mismunandi hátt eftir því hvort um er að ræða tjónsbrot eða samhverft brot. Með tjónsbroti er átt við hina huglægu afstöðu geranda á verknaðarstundu sem lýtur að ókomnum afleiðingum. Af þeim sökum er hugtak tjónsbrot skoðað til hlítar þar sem hugtakið tengist náð meginviðfangsefni ritgerðarinnar. Tjónsbrot hafa verið skilgreind með eftirfarandi hætti:¹⁴

Það er ásetningur, ef hinn brotlegi vill koma því til vegar, sem refsíákvæði lýsir afbrot (tilgangur), ef hann álítur það óhjákvæmilega afleiðingu verknaðar síns (óhjákvæmileg afleiðing), eða hann álítur yfirgnæfandi líkur á því, að afleiðingin komi fram (líkindaásetningur), og loks ef hann álítur, að afleiðing kunnist að koma fram, en hann hefði engu að síður framið verknaðinn, þótt hann hefði talið víst, að afleiðingi kæmi fram (dolus eventualis: jákvæð afstaða til afbrots).¹⁵

¹⁰ „Hér eftir stjskr.“

¹¹ Alþt. 1939 – 1940, A- deild, þskj. 43 – 29 mál, athugasemdir við II. kafla.

¹² Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð II* (Háskólaútgáfan 2002) 13.

¹³ sama heimild 60.

¹⁴ sama heimild.

¹⁵ sama heimild.

Í fræðilegri umfjöllun miðast ásetningur í flestum tilvikum við fremur heilbriggt hugarástand einstaklings.¹⁶ Á hinn bóginn má velja því fyrir sér hvort einstaklingur sem fremur brot af ásetningi sé í raun og veru heilbrigður. Ef litið er aftur til skilgreiningar Eyju má halda því fram að einstaklingur geti í raun og veru verið að hefna fyrir ákveðna háttsemi og af þeim sökum verið alveg sama um afleiðingar sem brotið getur haft í för með sér. Hann gæti því verið heilbrigður í þeim skilningi.

Þá ber að skoða hugtakið þokukenndan ásetning. Þegar þokukenndur ásetningur er skoðaður má sjá að margt er á huldu. Þá kemur til álita hvort einstaklingur hafi í raun og veru framið brotið viljandi á þeim tíma sem það var framið enda hugarástand sakbornings brenglað að einhverju leyti. Þokukenndum ásetningi hefur því verið lýst með eftirfarandi hætti:

Þokukenndur telst ásetningur manns til refsiverðrar háttsemi, ef hann gerir sér ekki fyllilega grein fyrir, að hverju hann raunverulega stefnir með háttsemi sinni, eða hann er í svo annarlegu ástandi, andlega og líkamlega, að geta hans til að hafa hemil á tilfinningum sínum og viðbrögðum er verulega skert.¹⁷

Dómstólar gegna því oft og tíðum því erfiða hlutverki að greina ástand sakbornings í annarlegu ástandi enda oft óljóst að hve miklu leyti sakborningur gerði sér grein fyrir háttsemi sinni. Í sumum tilvikum leita dómstólar því til sérfróðra matsmanna. Við matið skal ávallt virða grundvallarreglu sakamálaréttarfars um að hvern mann skuli telja saklausan uns sekt er sönnuð, enda hafi sá sem framdi verknaðinn verið í mjög annarlegu ástandi og beri því að skoða ástand hans í því ljósi. Sýnt er að hugtakið þokukenndur ásetningur hefur ekki fengið neina fastmótaða þýðingu í íslenskum rétti, og engar heildstæðar lagareglur gilda um hugtakið. Einna helst geta dómstólar stuðst við flokka þokukennds ásetnings, fyrri dómaframkvæmd og 75. gr. hgl. sem lýsir ástandi þokukennds ásetnings á greinargóðan hátt.¹⁸

Á hinn bóginn ber að skoða hversu oft dómstólar taka tillit til þokukennds ásetnings í dómaframkvæmd. Kemur þá til álita hvort ekki sé nægilega oft tekið tillit til þokukennds ásetnings í dómaframkvæmd með þeim afleiðingum að hugtakið hafi ekki fengið nægilega fastmótaða þýðingu.

¹⁶ sama heimild 99.

¹⁷ sama heimild.

¹⁸ sama heimild 100.

2.2 Sögulegur bakgrunnur þokukennds ásetnings

Í flestum samfélögum manna eru viðurkenndar ákveðnar leikreglur sem binda þegna samfélagsins, svokölluð réttarvarsla.¹⁹ Leikreglurnar eru oft á tíðum meginstoð réttarríkisins og því mikilvægt að þeim sé fylgt og þeir sem brjóta refsilög geta því þurft að sæta refsingu.²⁰ Fram eftir öldum þekktist refsivist ekki á Íslandi. Þær refsingar sem hins vegar tíðkuðust voru framkvæmdar í einu lagi og því ekki þörf á fangelsi. Fyrstu dæmi um refsivist eru frá 16. desember 1625 þegar konur voru sendar til Kaupmannahafnar ef þær vildu ekki segja til faðernis barna sinna. Refsing þessi gleymdist fljótt, og það var ekki fyrr en 1695 að kona var dæmd til hýðingar á Alþingi.²¹ Á 17. öld fóru lagaboð að tíðkast, en með lagaboði er átt við það vald sem lagt er í hendur dómstóla til að ákveða hvaða refsingu skuli beitt.²² Síðan þá hefur mikið vatn runnið til sjávar.

Á öldum áður voru allar refsingar að jafnaði bundnar en með því er átt við að ákveðin lögmæt refsing lá við hverri brotategund. Var því ekki svigrúm til að ákvarða aðra refsingu en tiltekin var í lögum. Dæmi: „Hver, sem sviptir annan mann lífi, skal sæta fangelsi í tíu ár.“ Þar sem refsing þessi er bundin verður henni ekki haggð og allir þeir sem svipta annan mann lífi fá fangelsisdóm sem hljóðar upp á tíu ár.²³ Það var ekki fyrr en á fyrri hluta 19. aldar sem svokölluð refsirammastefna varð allsráðandi. Stefnan gaf dómstólum ákveðið svigrúm við ákvörðun refsingar innan lögmætra refsimarka.²⁴ Með tíð og tíma hefur stefnan aukist að umfangi og hafa flestar Norðurlandþjóðir afnumið mörg refsilágmörk í hegningarlögum sínum.²⁵

Á hinn bóginn koma öðru hverju fram skoðanir um afnám refsihámarks en ætla má að sektarhámark standist illa tímans tönn enda alveg á skjön við þá betrunarstefnu sem almennt gildir á Íslandi. Til glöggvunar má vísa til flutnings Ólafs Jóhannessonar dómsmálaráðherra á frumvarpi til laga nr. 1. nr. 101/1976, þar sem Ólafur vísar til þess að sektarhámark stangist á við kenningar refsiréttarfræðinga, þar sem tiltaka verði í lögum ákveðið hámark fyrir refsingu.²⁶

¹⁹ Andri Árnason og Stefán A. Svansson, *Aðferðarfræði - Réttarheimildir* (Háskólinn í Reykjavík 2015) 7.

²⁰ sama heimild 8.

²¹ Ólafur Lárusson (n. 8) 285.

²² sama heimild 288.

²³ sama heimild.

²⁴ Jónatan Þórmundsson, *Viðurlög við afbrotum* (Orator 1992) 245.

²⁵ Stephan Hurwitz, *Den danske kriminalret: almindelig del* (4. útg., Gad 1971) 530.

²⁶ Alþt. 1975-1976, B- deild, 164. mál, 71. fundur (Ólafur Jóhannesson) skoðað 5. mars 2017.

Hámark og lágmark ræðst af almennum ákvæðum um refsimörk. Hins vegar eru til refsimörk sem kölluð hafa verið einu nafni sérrefsimörk. Sérrefsimörk geta oft skipt sakborninga miklu máli þar sem sérrefsimörkin geta leitt til vægari refsinga ef málsbætur eru fyrir hendi. Aftur á móti geta sérrefsimörkin líka haft íþyngjandi áhrif þar sem þau geta lögum samkvæmt einnig leitt til þyngri refsingar þegar þyngingarástæður eru fyrir hendi.²⁷ Þegar kveðið er á í lögum um sérstök refsimörk sem tengjast afbroti er talað um refsilækkunar- eða refsihækkunarástæður.²⁸ Þokukenndur ásetningur er eitt af þeim sjónarmiðum sem falla undir sérrefsimörk. Ef ásetningur einstaklings er metinn þokukenndur á hann möguleika á málsbóta, refsilækkun eða jafnvel refsibrottfalli við ákvörðun refsingar.²⁹ Því má draga þá ályktun að hægt sé að rekja tilkomu þokukennds ásetnings til refsirammastefnunnar sem kom fram snemma á 19. öld.

2.3 Þokukenndur ásetningur við ákvörðun refsingar

Þegar dómarrar eru spurðir hvert sé erfiðasta viðfangsefnið í starfi þeirra eru eflaust mjög skiptar skoðanir á því. Hins vegar má ljóst vera að ákvörðun refsingar getur oft og tíðum verið mjög erfitt og vandasamt verk fyrir dómara og valdið þeim miklu hugarangri. Að hluta til skýrist það af því að refsimörk laga eru rúm og dómstólum eru veittar takmarkaðar vísbendingar hverju sinni um hvað teljist hæfileg refsing.³⁰ Ljóst er að til álita koma ýmis sjónarmið við ákvörðun refsingar, ekkert eitt sjónarmið ræður endanlegri niðurstöðu.

Með ákvörðun refsingar í hinum víðtækasta skilningi er átt við val á milli refsinga og annarra viðurlaga. Jafnframt hvort beita skuli fésekt, varðhaldi eða fangelsi, og hvort skilorðsbinda skuli refsidóm í heild eða hluta. Enn fremur getur ákvörðun refsingar snúið að ákvörðun á refsihæð innan lögmætra refsimarka. Þegar refsihæð er ákvörðuð er ýmist stuðst við tilteknar refsilækkunar- og refsihækkunarástæður eða jafnvel málsbætur eða þyngingarástæður.³¹ Upp koma ýmis álitaefni þegar refsihæðin eru ákvörðuð. Ákvörðunin um refsingu byggist á því mati sem dómari leggur til grundvallar í hvert sinn, og eðli málsins samkvæmt geta þau sjónarmið sem liggja að baki ákvörðun um refsingu verið mismunandi frá einum dómara til annars.³² Má því gagnrýna ákvæði hegningarlaganna sem snúa að refsihæðinni þar sem ákvæðin eru rúm

²⁷ Jónatan Þórmundsson, *Viðurlög við afbrotum* (n. 24) 247.

²⁸ sama heimild 248.

²⁹ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsiaþbyrgð II* (n. 12) 99.

³⁰ Þorgeir Ingi Njálsson, „Hugleiðingar um ákvörðun refsingar“ [1996] *Tímarit lögfræðinga* 13, 13.

³¹ sama heimild 14.

³² sama heimild.

og mættu vera betur rökum stutt, svo dómarrar beiti ekki geðþóttaákvörðun þegar þeir ákveða refsingu. Til samanburðar má benda á 61. gr. stjkskr. þar sem kveðið er á um eftirfarandi:

Dómendur skulu í embættisverkum sínum fara einungis eftir lögnum. Þeim dómendum, sem ekki hafa að auk umboðsstörf á hendi, verður ekki vikið úr embætti nema með dómi, og ekki verða þeir heldur fluttir í annað embætti á móti vilja þeirra, nema þegar svo stendur á, að verið er að koma nýrri skipun á dómstólana.

Ákvæðið er áhugavert þar sem það kveður á um að dómarrar skuli einungis fara eftir lögum í embættisverkum sínum og má því í fyrstu ætla að dómarrar dæmi einungis eftir almennum lögum. Þrátt fyrir orðnotkunina er átt við lög í hinu víðara samhengi, m.ö.o. allar réttarheimildir íslensks réttar. Því má ætla að dómarrar geti t.d. dæmt skv. réttarheimildinni meginreglur laga eða eðli máls. Meginreglur laga eru frábrugðnar hinum réttarheimildunum þar sem þær geta verið hugsjónir og stefnur í félagsmálum, stjórnmálum og siðferði. Því vaknar sú spurning hvort siðferðissjónarmið ráði að einhverju leyti för þegar Hæstiréttur kemst að mismunandi niðurstöðu varðandi refsingu í sambærilegum málum.

Til dæmis má benda á ákvæði hegningarlagna sem kveður á um refsingu ef einstaklingur birtir klám á prenti. Skilgreining hugtaksins „klám“ er loðin og teygjanleg, en í 210. gr. hgl. er kveðið á um eftirfarandi:

...ef klám birtist á prenti, skal sá, sem ábyrgð ber á birtingu þess eftir prentlögum, sæta sektum eða fangelsi allt að 6 mánuðum.

Samkvæmt þessu ber dómurum að meta orðið á þeim tíma sem meint brot átti sér stað.³³ Vaknar þá sú spurning hvort dómarrar láti siðferðissjónarmið ráða för þegar þeir taka ákvörðun um refsingu.

Eitt af þeim atriðum sem koma til refsilækkunar eru brot sem framin eru af þokukenndum ásetningi. Meginskilyrði fyrir því að þokukenndur ásetningur komi til greina við ákvörðun refsingar er að ásetningur sé grundvöllur sakfellingar. Til útskýringar má benda á 1. mgr. 69. gr. stjkskr. og 1. gr. hgl. þar sem fram kemur það frumskilyrði að sakborningi skuli ekki refsað nema hann hafi gerst sekur um þá háttsemi sem er refsiverð skv. lögum eða hegðun sem jafna má til hegðunar sem er talin afbrot. Þegar dómari ákvarðar að þokukenndur ásetningur sakbornings hafi verið allsráðandi á þeim tíma sem brot var framið getur sú ákvörðun skipt sakborning miklu máli. Ákvörðunin getur leitt til refsilækkunar, málsbóta eða að refsing sé felld niður skv. 75. gr. hgl.

³³ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsiaþbyrgð I* (n. 6) 15.

Jafnframt getur þokukenndur ásetningur valdið því að sakhæfur einstaklingur sé sýknaður af ákæru og með þeim hætti haft áhrif á sönnunarstöðu ákæruvaldsins.³⁴ Til skýringar má benda á 1. mgr. 110. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála sem kveður á um öflun sönnunargagna ákæranda í 1. mgr. 110. gr.³⁵ Þar segir eftirfarandi:

Ákærandi aflar sönnunargagna en ákærði getur einnig aflað sönnunargagna telji hann ástæðu til þess.

Þokukenndur ásetningur getur verið rakinn til margra þátta, t.d. misnotkunar á fíkniefnum. Strax í æsku er flestum börnum kennt mikilvægi heilbrigðs lífnis. Þættir eins og góð tengslamyndun við fjölskyldu, öryggi, hollusta og hreyfing eru lykilatriði. Með auknum þroska aukast kröfurnar og unglingar þurfa að aðlagast nýjum hlutverkum og aukinni ábyrgð. Við aukið sjálfstæði myndast sterk tengsl við vini og tengslin við fjölskyldu breytast. Unglingar fara að þreifa sig áfram á öllum sviðum, og stundum tekst vel til og einstaklingurinn verður sjálfstæður og heilbrigður. Hins vegar er margt sem getur raskað þroskaferli einstaklingsins, t.d. misnotkun vímuefna. Stór hluti unglunga prófar áfengi og margir fíkta við ólögleg fíkniefni en aðeins lítill hluti missir stjórn á neyslunni. Allir þeir sem til þekkja vita hvers konar hörmungar geta fylgt fíkniefnaneyslu ungs fólk, ekki bara fyrir einstaklinginn sjálfan heldur getur fíkniefnavandinn haft áhrif á fjölskylduna alla. Tilveran kollvarpast og skaðinn verður á mörgum sviðum. Neysla getur í sumum tilfellum haft mikil áhrif á andlega heilsu einstaklinga. Til dæmis má nefna tímabundna og varanlega geðveiki eða hvatvísa hegðun vegna skyndilegs ótta eða ofsóknarkenndar. Jafnframt fylgir oft neyslunni dómgreindarleysi sem getur leitt til slysa eða ofbeldis.³⁶ Neysla ávana- og fíkniefna getur einnig leitt til afbrota ef einstaklingurinn þarf að fjármagna neysluna með þjófnaði eða öðrum glæpsamlegum hætti, með tilheyrandi skaða fyrir þjóðfélagið.³⁷ Eins og kunnugt er ríkir betrunarstefna á Íslandi, en betrun hefur verið skilgreind sem „það að verða að „betri manni“ (m.a. fyrir atbeina hlutaðeigandi yfirvalda).³⁸ Almenn skiptir betrun því allt samfélagið máli, að einstaklingur fái réttláta málsmeðferð og mannsæmandi meðferð fyrir dómi sbr. 1. mgr. 6. gr. laga nr. 62/1994 og 1. mgr. 70. gr. Stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944.

³⁴ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíábyrgð II* (n. 12) 99.

³⁵ Hér eftir „sml.“

³⁶ Bjarni Össurason Rafnar (n. 5) 14.

³⁷ Jónatan Þórmundsson, „Eiturlyf og afbrot“ (1972) 25 *Úlfjótur* 207, 230.

³⁸ Páll Sigurðsson o.fl. (n. 2) 54.

Þar sem segir eftirfarandi:

Öllum ber réttur til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur eða um ákæru á hendur sér um refsiverða háttsemi með réttlátri málsmeðferð innan hæfilegs tíma fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli. Dómþing skal háð í heyranda hljóði nema dómari ákveði annað lögum samkvæmt til að gæta velsæmis, allsherjarreglu, öryggis ríkisins eða hagsmuna málsaðila.

Betrun skiptir allt íslenskt þjóðfélag miklu máli þar sem það eru sameiginlegir hagsmunir allra að sakborningur vaxi og dafni og verði að betri manni og skili þannig sem mestu af sér til samfélagsins. Refsing er í eðli sínu ein harkalegasta aðferð ríkisvaldsins til betrunar en aðferðinni er beitt í von um að það komi samfélaginu til góða. Með breyttum högum getur einstaklingur jafnvel bætt samfélagið til hins betra, og því er nauðsynlegt að sakborningur fái viðeigandi meðferð þegar refsing hans er metin.³⁹ Sakarefni sakamála eru viðkvæm í eðli sínu og vandmeðfarin enda miklir hagsmunir í húfi þegar ákvörðun um refsingu er tekin. Ávallt skiptir því miklu máli fyrir sakborning að dómari beiti faglegum og vönduðum vinnubrögðum við ákvörðun refsingu. Því þarf að kanna þörfina vandlega áður en viðurlögum er beitt. Ef dómstólar rökstyðja ekki þörfina nægilega er hætta á mikilli gagnrýni, og er ekki síst mikilvægt að dómstólar gæti samræmis í dómum sínum sem kostur er.⁴⁰ Mikilvægt er í allri umfjöllun um ákvörðun refsingar að benda á að flestallir neytendur ávana- og fíkniefna eru fórnalömb eigin neyslu og sjúklingar miklu fremur en afbrotamenn. Af þeim sökum er mikilvægt að heilsufarsvandamál einstaklingsins sé haft til hliðsjónar þegar tekin er ákvörðun um refsingu ef hann glímir við vandamál af því tagi.

Gagnsemi þess að vista einstakling sem glímir við vímuefnavandamál í fangelsi má draga í efa þar sem vistin hefur engin sérstök varnaðaráhrif né siðbætandi áhrif á einstaklinginn. Refsivist getur aftur á móti haft þau áhrif að aftra sumum frá neyslu og því haft varnaðaráhrif fyrir samfélagið með því að fækka afbrotum.⁴¹ Því má ætla að refsivist sé af hinu góða til þess að móta almennt viðhorf samfélagsins til þess hvað sé rétt og rangt, því mikilvægt er að í öllum samfélögum gildi ákveðnar reglur sem öllum þegnum beri að fylgja. Af þeim sökum má ætla að ekki sé hægt að víkja alveg frá refsingu til handa einstaklingum sem glíma við fíkniefnavanda þar sem fordæmi eru mikilvæg í öllum afbrotum sem dómurum ber að hafa í huga. Hins vegar kemur til álita að lækka refsingu vegna fíkniefnabrota þar sem tefla má fram því sjónamiði að einstaklingur glími við fíkniefnavandamál eða m.ö.o. ákveðið

³⁹ Hafsteinn Þór Hauksson, „Fangelsið á Hólmsheiði“ (2015) 65 Tímarit lögfræðinga 1, 2.

⁴⁰ Jóhannes Rúnar Jóhannsson, „Aðgát skal höfð í nærveru sálar“ [2007] Úlfjótur 319, 319.

⁴¹ Jónatan Þórmundsson, „Eiturlyf og afbrot“ (n. 37) 228.

heilsufarsvandamál sem skuli taka tillit til. Því verður skoðað til hlítar hér á eftir að hve miklu leyti tillit hefur verið tekið til þokukennnds ásetnings síðasta áratuginn og hvert sé í raun og veru sjónarmið dómara til mála af því tagi.

2.4 Flokkun þokukennnds ásetnings

Hugtakið þokukennndur ásetningur er vítt og hefur ekki fengið neina fastmótaða þýðingu sbr. framangreinda umfjöllun. Þrátt fyrir að hugtakið sé ekki meitlað í stein hafa dómarar ágætan leiðavísi sér til handa þegar refsing er ákveðin og skoðað til hlítar hvort einstaklingur eigi rétt á refsilækkun sökum þokukennnds ásetnings. Eitt af þeim atriðum sem dómarar styðjast við ákvörðun refsingar eru flokkar þokukennnds ásetnings. Í fræðilegri umfjöllun hefur þokukennndur ásetningur almennt verið flokkaður í fjóra flokka. Flokkarnir eru nokkuð ólíkir en einhverjir skarast að hluta. Það sem allir flokkarnir eiga sameiginlegt er að þokukennndur ásetningur kemur ekki til skoðunar nema einstaklingur sé sakhæfur sbr. 14. og 15. gr. hgl. og verður því sakhæfi skoðað hér á eftir. Flokkarnir miða við einstakling sem er ásakaður um refsiverðan verknað en framkvæmdi verknaðinn í ástandi sem hann gat ekki fullkomlega spornað við. Af þeim sökum er ekki um fullkomið viljaverk að ræða, heldur var eitthvað sem brá út af hjá sakborningi og því kemur til álita hvað olli því að háttsemin var unnin.

1. Fegrun tilgangs

Fyrsti flokkurinn miðar við þá háttsemi sem einstaklingur telur sig hafa unnið í góðri trú eða valdið tjóni eingöngu af virðingarverðum ástæðum. Verkið er í raun og veru refsivert þótt gerandi hafi réttlætt verkið fyrir sjálfum sér, um er að ræða sjálfsblekkingu sakbornings gagnvart eigin gerðum. Flokkur þessi hefur verið nefndur fegrun tilgangs.⁴² Af íslenskri réttarframkvæmd má sjá að ekki hefur mikið reynt á þennan flokk og því fá dæmi sem hægt er að styðjast við. Svo eitthvað sé nefnt má benda á fjárdrátt, til eru dæmi um að einstaklingar réttlæti fyrir sjálfum sér ákveðna háttsemi sökum þess að þeir séu með lág laun í starfi sbr. 1. mgr. 247. gr. hgl. þar sem segir eftirfarandi:

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

Til samanburðar má sjá dóm Hæstaréttar þann 22. september 2016 í máli nr. 499/2015 þar sem maður var eigandi og framkvæmdastjóri fyrirtækis og því hafði hann undir höndum fé vegna þeirra stöðu sem hann gegndi en leiddist svo út í stórfelld fjárvik.

⁴² *Afbrot og refsiaþbyrgð II* (n. 12) 105.

Hrd. 499/2015: þar sem ákærði misnotaði aðstöðu sína og dró að sér fé að fjárhæð 4.000.000 krónur af bankareikning fyrirtækisins sem hann var eigandi að. Í niðurstöðu Hæstaréttar var vísað til 247. gr. hgl. um fjársvik þar sem fjárhæðin var ekki hans eigin eign. Af þeim sökum var hinn ákærði sakfelldur fyrir brot skv. 247. gr. hgl.

Í umfjöllun þessari má jafnframt skoða líknardráp, þar sem aðili aðstoðar annan mann við að binda enda á líf sitt. Hinn sakfelldi ber því við að samþykki hafi verið fyrir verknaðinum og telur því verkið réttlæt看legt. Af greinargerð má sjá að samþykki leysir ekki gerandann undan refsingu.

Afstaða íslensks réttar til líknardráps ræðst fyrst og fremst af 211. gr. hgl. um manndráp enda er skilyrðum um ásetning fullnægt og dánarstund manns er flýtt. Einnig hefur verið höfð hliðsjón af 213. gr. hgl. þar sem gerðarþoli hvetur ákærða til manndráps sbr. 214. gr. þar sem ákærði á hlutdeild í sjálfsmorði. Enn fremur koma til athugunar þær leiðbeiningar sem sjá má af athugasemdum laganna um 213. gr. þar sem kveðið er á um heimild 75. gr. hgl. þar sem vísað er til þess að ef um er að ræða sérstakar málsbætur gæti refsilækkun komið til skoðunar og annars vegar refsing felld niður.⁴³

Vísast því til dóms sem féll árið 2006 í Rotenburg þar sem maður að nafni Armin Meiwes var dæmdur í ævilangt fangelsi fyrir mannát og morð. Armin hafði borið því fyrir dómi að sá látni hefði samþykkt að láta borða sig.⁴⁴

2. Áköf geðshræring

Undir annan flokk þokukenns ásetnings falla brot sem eru framin í ákafri geðshræringu eða í annarlegu ástandi. Um er að ræða ástand sem varir í skamman tíma sem kann að vera sterkt og ákaft meðan á því stendur eða m.ö.o. skammvinnnt ójafnvægi á geðsmunum. Þetta orðalag er notað sem almenn lýsing á því ástandi sem 75. gr. hgl. fjallar um.

⁴³ Jónatan Þórmundsson, „Líknardráp“ [1976] Úlfjótur 153, 158.

⁴⁴ „Mannætan frá Rotenburg aftur fyrir rétti í Þýskalandi“ *mbl.is* (Reykjavík, 12. janúar 2006)

<http://www.mbl.is/frettir/erlent/2006/01/12/mannaetan_fra_rotenburg_aftur_fyrir_retti_i_thyskal/> skoðað 18. mars 2017.

Kveðið er á um eftirfarandi í 75. gr. hgl.:

Hafi maður framið brot í ákafri geðshræringu, vegna skammvinnis ójafnvægis á geðsmunum eða svo er ástatt að öðru leyti, að verknaðurinn verður ekki talinn líkt því eins refsiverður og venjulegt er um samskonar brot, má færa refsingu niður og jafnvel, ef brot varðar ekki þyngri refsingu en [fangelsi allt að 1 ári], láta hana falla niður. Hafi sá sem verkið vann, sjálfur komið sér í umrætt ástand með neyslu áfengis, koma framangreind ákvæði því aðeins til greina, að málsbætur séu fyrir hendi og fremjandinn hafi ekki áður gerst sekur um samskonar eða né um svipuð brot á 1. eða 2. mgr. 123. gr.

Fyrir liggur að geðshræringin skv. 75. gr. er ekki varanleg né á því stigi að sakhæfisreglur 15. gr. og 16. gr. hgl. eigi við sem er athyglisvert þar sem einstaklingur getur því verið talinn sakhæfur á verknaðarstundu, þrátt fyrir að læknað telji einstakling ósakhæfan á grundvelli læknisfræðilegra sjónarmiða. Orsakir verknaðarins geta hins vegar verið af ýmsum toga en oftast óvænt utanaðkomandi atvik. Birtingarform geðshræringar geta verið afbrýðissemi, geðofsi, hatur eða reiði.

Til skýringar má nefna dóm Héraðsdóm Reykjavíkur 29. maí 2001 í máli nr. S-599/2001 þar sem hinn ákærði lýsti ástandinu eins og allt hefði verið brjáláð á verknaðarstundu en ekki var litið til 75. gr. við ákvörðun refsingar.

S-599/2001: þar sem maður var ákærður fyrir manndráp skv. 211. gr. hgl. Aðdraganda málsins mátti rekja til deilna sem upp komu á milli brotapolans og gerandans vegna peninga sem ákærði hafði kvaðst leggja til reksturs fyrirtækisins. Deilurnar stigmögnuðust sem endaði með því að ákærði sló til brotapolans með hamri og hlaust mannsbani af.

Því var borið við að ákærði hefði notast við örvandi efni sem hefðu getað haft áhrif á háttsemi hans. Í dóminum var hvergi vísað til 75. gr. hgl. og engar refsilækkunarástæður voru fyrir hendi. Því ber að skoða hvort geðshræringin sé varanleg skv. 15. og 16. gr. hgl. en fram kom í málinu mat geðlæknis sem mat svo að 15. og 16. gr. hgl. ættu ekki við en vísaði til þess að ákærði hefði misnotað örvandi efni um nokkurt skeið eins og áður kom fram. Af þeim sökum má deila um niðurstöðu héraðsdóms þar sem geðlæknir benti dóminum réttilega á misnotkun ákærða á efnum og má því ætla að háttsemi ákærða gæti vel átt undir 75. gr. sökum hugsanlegs heilaskaða ákærða vegna neyslunnar.⁴⁵

⁴⁵ Bjarni Össurason Rafnar (n. 5) 14.

Í seinni tíð hefur verið áberandi varfærni dómstóla við beitingu 75. gr. hgl. og túlkun ákvæðisins mun þrengri en nauðsynlegt er. Hluti af þessari varfærni er rakinn til breyttra þjóðfélagsaðstæðna.⁴⁶ Þegar dómaframkvæmd Hæstaréttar er skoðuð má sjá þessu til stuðnings að síðasti Hæstaréttardómur sem féll þar sem 75. gr. hgl. var beitt var í dómi sem féll 18. júní 2014 í máli nr. 729/2013. Hins vegar má sjá nýlegri dæmi í dómum héraðsdóms, til dæmis má nefna tvo dóma sem féllu árið 2016 þar sem vísað var til 75. gr. hgl. Annars vegar dóm Héraðsdóm Austurlands 12. október 2016 í máli nr. S-27/2016 þar sem kona var ákærð fyrir líkamsárás. Þar mat dómstóllinn svo að 75. gr. hgl. ætti aðeins við að hluta.

Einnig kom 75. gr. hgl. við sögu í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 24. júní 2016 í máli nr. S-389/2016 þar sem hinn ákærði var dæmdur fyrir tilraun til manndráps er hann stakk mann í bakið. Lögmaður ákærða vísaði í 75. gr. hgl. en í niðurstöðu dómsins þótti ekki ástæða til að hafa hliðsjón af ákvæðinu þrátt fyrir að ákærði hefði verið í uppnámi á verknaðarstundu samkvæmt gögnum málsins. Þess má geta að ákvæði 75. gr. hgl. fer oft saman við 4. tl. 1. mgr. 74. gr. hgl þar sem ákvæðin kveða á um heimild til refsilækkunar vegna brots einstaklings sem hefur verið framið í ákafri geðshræringu. Kveðið er á um eftirfarandi í 4. tl. 74. gr.:

Þegar maður hefur framið brot í mikilli reiði eða geðæsingu, sem sá, er fyrir brotinu verður, hefur vakið hjá honum með ólögmati árás eða stórfelldri móðgun.

Vaknar því sú spurning hver sé í raun og veru tilgangurinn með refsilækkunarheimildunum í 4. tl. 74. gr. og 75. gr. hgl., ef gengið er út frá því að heilbrigður einstaklingur myndi seint fremja afbrot í ákafri geðshræringu. Þó að einstaklingur sé metinn fær um að stjórna gerðum sínum á þeim tíma sem brot er framið sbr. 15. gr. hgl. kemur til álita hvort einstaklingur sem fremur afbrot geti verið metinn veikur á geði og valdi því að einstaklingur fremji afbrot. Í 4. tl. 1. mgr. 74. gr. er háttsemi brotapolans bundin við ólögmeta árás eða stórfellda móðgun og því er ákvæðið þrengra en 75. gr. Af því leiðir að 4. tl. 1. mgr. 74. gr. er einungis beitt ef þolandi æsti hinn ákærða til afbrotsins með því að reita hann til reiði, móðga eða með annars konar háttsemi. Vísast því til Hrd. frá 15. maí 1987 í máli nr. 62/1987 þar sem upphaf verknaðar er rakinn til þess að brotapolí rífur hatt af hinum ákærða með þeim afleiðingum að margra ára tilfinningar brjótast út hjá hinum ákærða og hann rekur hníf í átt að hinum með þeim afleiðingum að mannsbani hlaust af.

Hrd. 62/1987: þar sem ákærði var sakfelldur fyrir brot á 211. gr. hgl. er hann stakk annan dreng í brjóstið. Við ákvörðun refsingar var 75. gr. hgl. höfð til hliðsjónar.

⁴⁶ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsiaþbyrgð II* (n. 12) 108–110.

Af orðalagi dómsins hefði því 4. tl. 1. mgr. 74. gr. hgl. vel átt við en þar sem 75. gr. hgl. er viðtækara ákvæði er nóg að vísa í það eitt og sér.

3. Brot framín undir áhrifum vímuefna

Þá ber að skoða þriðja flokk þokukenns ásetnings sem varðar brot sem framín eru undir áhrifum áfengis eða fíkniefna. Ávana- og fíkniefni hafa verið skilgreind sem efni sem hafa áhrif á miðtaugakerfi manna líkt og fram hefur komið. Óhófleg inntaka slíkra efna getur haft slæm áhrif á líf manna.⁴⁷ Geðrænt ástand einstaklings kann að magnast upp við neyslu fíkniefna, þ.e.a.s. efnin geta valdið geðshræringu og aukinni ástríðu um leið og dómgreind og minni sljóvgast og verða því mörg afbrot rakin til vímuefna og neyslu þeirra.

Í Hrd. 22. febrúar 1980 í máli nr. 214/1978 segir að við neyslu áfengis verði hinn ákærði mun ofbeldishneigðari og sjálfstjórn hans minnki. Því megi draga þá ályktun að meiri líkur en minni séu á að aðilinn hafi framið afbrotið þar sem hann var undir áhrifum áfengis. Ákvæði 75. gr. hgl. hefur ekki ætluð varnaðaráhrif fyrir þann sem kom sér sjálfur í umrætt ástand, hins vegar kveður 1. ml. 1. mgr. 75. gr. hgl. á um eftirfarandi:

Hafi sá, sem verkið vann, sjálfur komið sér í umrætt ástand með neyslu áfengis, koma framangreind ákvæði því aðeins til greina, að málsbætur séu fyrir hendi og fremjandi hafi ekki áður orðið sekur um samskonar eða svipað brot...

Því er ljóst að málsbætur þurfi að vera fyrir hendi og að einstaklingur sé að brjóta af sér í fyrsta skipti svo 1. ml. 1. mgr. 75. gr. hgl. geti komið til refsilækkunar fyrir gerandann.

Í 17. gr. hgl. segir eftirfarandi:

Refsingu skal beita, þótt brot hafi verið framið í öläði eða undir áhrifum annarra nautnalyfja. Hafi verið um fullkomið rænuleysi að ræða, skal þó ekki refsað, nema sakborningur hafi fyrirfram vitað um eða hafi fullkomna ástæðu til að ætla, að hann myndi fremja brotið, meðan á áhrifunum stæði, eða að það myndi leiða af þessu ástandi hans.

Kemur því refsing oftast til skoðunar ef einstaklingur brýtur á sér undir áhrifum áfengis skv. 17. gr. hgl. en ef um algert rænuleysi er að ræða kemur til skoðunar að fella refsingu niður.

⁴⁷ Jónatan Þórmundsson, „Eiturlyf og afbrot“ (n. 37) 208.

4. Verk unnin án alvöru

Að lokum skal skoða fjórða flokkinn sem varðar verk sem unnin eru án alvöru. Af dómaframkvæmd má sjá ákveðin tilvik dóma þar sem sakborningur ber því við að háttsemi hans hafi verið réttlæt看leg af einhverjum ástæðum. Sakborningur heldur því fram að einungis hafi verið um spaug að ræða, verkið meinlaust eða jafnvel að um saklaus drykkjulæti hafi verið að ræða og því sé verkið í raun og veru refsilaust.

Verk af þessu tagi verður sjaldnast talið afsakanlegt. Sem dæmi verður líkamsárás sem og kynferðisbrot seint talið afsakanlegt.⁴⁸ Eins og flestum er ljóst eru kynferðisbrot oft og tíðum erfið viðureignar, brotin eru erfið sönnunar og oft gildir upplifun brotapolans. Sem dæmi má nefna ef maður slær konu á rassinn, meðan einni konu getur verið alveg sama getur önnur upplifað háttsemina á allt annan hátt og jafnvel fundist á sér brotið, þótt maðurinn telji að aðeins hafi verið um grín að ræða. Til stuðnings má nefna Hrd. 17. september 2015 í máli nr. 18/2015 þar sem litið var til upplifunar brotapolans við mat á miskabótum.

Hrd. 18/2015: var maður ákærður fyrir að hafa áreitt stúlku með kynferðislegu orðbragði. Hafði háttsemin verið ítrekuð og því til þess fallin að vekja ótta hjá stúlkunni. Ákærði var af þeim sökum ákærður fyrir brot gegn 199. gr. hgl. og 3. mgr. 99. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002.

Í síðasta flokkunum skal einnig benda á 17. gr. hgl. þar sem kveðið er á um refsingu fyrir brot undir áhrifum áfengis. Þrátt fyrir skýrt ákvæði í 17. gr. hgl. kann samt sem áður að leika ákveðinn vafi á því hvort um ásetningsverk hafi í raun verið að ræða þegar einstaklingur er undir áhrifum áfengis, enda erfitt að sanna hversu vel einstaklingurinn gerði sér grein fyrir háttsemi sinni. Annars vegar ber að benda á að einstaklingur sem tekur þá sjálfstæðu ákvörðun að neyta áfengis ber ábyrgð á gjörðum sínum. Hins vegar fer áfengi misvel í fólk og sumir geta einfaldlega ekki meðhöndlað áfengi eins og skyldi. Af þeim sökum væri auðvelt að flokka áfengisvandamál fólks undir heilbrigðisvandamál. Því má ætla að um vandasamt verk sé að ræða þegar tvo ólík sjónarmið vegast á. Ljóst er af athugasemdum með lögnum að sjaldnast sé ástæða til að leysa mann undan refsingu sökum ölæðis.⁴⁹ Til samanburðar má nefna Hrd. 6. desember 2007 í máli nr. 232/2007 þar sem hinn ákærði bar því við að hann drykki ekki oft en tiltók að þegar svo óheppilega vildi til að hann drykki of mikið myndi hann ekki eftir atburðum.

⁴⁸ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsiaþbyrgð II* (n. 12) 112.

⁴⁹ Alþt. 1939 – 1940, A- deild, þskj. 43 – 29 mál, athugasemdir við 17. gr.

Hrd. 232/2007 þar sem ákærða var gefið að sök kynferðisbrot gegn dóttur sambúðarkonu sinnar. Í málinu lék vafi á tímasetningu brots hins ákærða, einnig var frásögn brotapolans óljós og ekki studd neinum haldbærum gögnum. Af þeim sökum var ákærði sýknaður.

Af framangreindri umfjöllun má sjá að skilgreining hugtaksins þokukenndur ásetningur er á við og dreif og því getur hlutverk dómara oft og tíðum verið vandasamt. Verða því skoðuð til hlítar ýmis sjónarmið sem spila inn í ákvörðunartöku dómara þegar ákvarða skal refsingu til handa sakborningi. Einnig má velta því fyrir sér hver sé í raun og veru tilgangurinn með refsilækkunarheimildunum í 4. tl. 74. gr. og 75. gr. hgl., ef gengið er út frá því að heilbrigður einstaklingur myndi seint fremja afbrot í ákafri geðshræringu. Hugtakið sakhæfi er líka á sveimi þar sem læknisfræðileg og lögfræðileg sjónarmið togast á.

3. Mörk þokukennds ásetnings og ósakhæfis

3.1 Almennt um sakhæfi

Í fyrsta lagi ber að skoða hið vandasama verkefni dómstóla varðandi sakhæfi einstaklinga en fyrir liggur að umfjöllun um þokukenndan ásetning er bundin við sakhæfi á verknaðarstundu og því refsiskilyrði fyrir því að þokukenndur ásetningur verði skoðaður til hlítar. Þegar vísað er til refsiskilyrða er átt við „skilyrði sem þurfa að vera uppfyllt til að maður geti sætt refsingu.“⁵⁰ Í flestum tilvikum skal því fara fram sakhæfismat á því hvort skilyrði séu fyrir hendi til þess að einstaklingur beri refsíabyrgð á háttsemi sinni, enda óþarfi að skoða til hlítar refsilækkun til handa einstaklingi sem metinn er ósakhæfur og því laus við refsingu sökum ósakhæfis. Í íslenskum hegningarlögum felur sakhæfi í sér tvenns konar skilyrði. Fyrra skilyrðið kveður á um sakhæfisskilyrði hlutræns eðlis, að viðkomandi einstaklingur skuli hafa náð 15 ára aldri á þeim tíma sem brotið var framið og bera því refsíabyrgð vegna afbrots, sbr. 14. gr. hgl. þar sem segir eftirfarandi:

Eigi skal manni refsað fyrir verknað, er hann hefur framið áður en hann varð 15 ára gamall.

Ákvæðið er skýrt og ætti af þeim sökum ekki að valda dómurum miklu hugarangri. Þær deilur sem helst eru uppi varða hvenær nákvæmlega einstaklingur telst hafa náð 15 ára aldri, nánar tiltekið hvenær á fæðingarári einstaklingur er orðinn sakhæfur. Til skýringar má nefna dóm Héraðsdóms Norðurlands eystra 16. júní 2009 í máli nr. S-19/2009 þar sem ákærða var ekki

⁵⁰ Páll Sigurðsson o.fl. (n. 2) 338.

refsað fyrir öll þau brot sem hann framdi því hluti brotanna hafði átt sér stað fyrir 15 ára aldur og því óheimilt að refsa honum fyrir þau sbr.14. gr. hgl.

S-19/2009: Við skýrslutöku þann 16. september 2008 skýrði kærandi frá því að hann og ákærðu hefðu verið nágrennar frá bernsku, ásamt því að ákærði passaði kæranda oft á tíðum. Í framburði hans greindi kærandi frá því að um níu ára aldur hefði ákærandi farið að sýna sér kynferðislega háttsemi, en þá var hinn ákærði um 16 ára aldur. Hins vegar flutti kærandi í burtu um 12 ára aldur og þá hefði kynferðislegu háttseminni lokið.

Í seinni skilgreiningunni er kveðið á um geðrænt ástand viðkomandi, skilgreiningin á því við um sakhæfisskilyrði sem eru huglægs eðlis, þegar brotið var framið, sbr. 15. gr. og 17. gr. hgl. sbr. neðangreinda umfjöllun.

Í 15. gr. hgl. segir eftirfarandi:

Þeim mönnum skal eigi refsað, sem sökum geðveiki, andlegs vanþroska eða hrörmunar, rænuskerðingar eða annars samsvarandi ástands voru alls ófærir á þeim tíma, er þeir unnu verkið, til að stjórna gerðum sínum.

Til samræmis ber að nefna Hrd. 6. apríl 2017 í máli nr. 598/2016 þar sem litið var til 15. gr. hgl. í atvikum máls. Þrátt fyrir vafa um geðrænt sakhæfi var ákærði talinn fær um að stjórna gerðum sínum á verknaðarstundu og því sakhæfur í skilningi ákvæðisins. Einnig var vísað til ákvæðis 16. gr. hgl. og því borið við að andlegir hagir ákærða hafi verið á þann veg að refsing kæmi að gagni.

Hrd. 598/2016: Atvik máls eru rakin til háttsemi ákærða er sást til hans stela í verslun ásamt þremur öðrum mönnum. Brotapolinn í málinu bað mennina um að skila vörunum með þeim afleiðingum að hann lenti í átökum við tvo þeirra en ákærði hefði verið í annarlegu ástandi.

Í umræddum dómi er einstaklingur talinn sakhæfur, en einnig kveðið á um að einstaklingur skuli sæta refsingu þar sem refsing er talin skila árangri. Höfundur veltir því hins vegar fyrir sér hvers vegna dómstólar skoðuðu aldrei þokukennndan ásetning í málinu enda ljóst að ákærði var í annarlegu ástandi á verknaðarstundu. Telur höfundur því réttast að horfa á þokukennndan ásetning í hinu víðara samhengi, enda skal meta sakborningi allan vafa í hag, sbr. „saklaus uns sekt er sönnuð.“ Því er ljóst að álitamál sem varða geðrænt sakhæfi verða oftast flókin og erfið viðfangs, því „enginn ber utan á sér það sem hann ber innra með sér.“ Af þeim sökum ber dómurum að leita álits lækna, sálfræðinga eða annars konar sérfræðinga sem hafa öðlast grundvallarþekkingu á geðheilbrigði einstaklings. Benda má á að lögfræðingar eru ekki sérfróðir á sviði geðheilbrigðismála og af þeim sökum má setja spurningarmerki við þá

staðreynd að dómarrar fari með endanlegt ákvörðunarvald varðandi geðheilbrigði einstaklinga.⁵¹ Að mati höfundar væri réttast að fara sömu leið og farin hefur verið í norrænum rétti. Til dæmis má nefna mál Anders Behring Breivik, þar sem Breivik var ákærður fyrir skotárás á saklausa samborgara sína.⁵² Í málinu var Breivik talinn sakhæfur samkvæmt niðurstöðum réttarlækna og bar dómurinum að fylgja því.⁵³

Aftur á móti má benda á að hin óljósu mörk annars vegar þokukenns ásetnings þar sem maður á rétt á lækun refsingar sökum annarlegs ástands en samt talinn sakhæfur og hins vegar ósakhæfis sem leiðir til refsileysis gerir mál af þessu tagi gríðalega erfið sönnunar og verða því nokkur slík skoðuð hér á eftir til hlítar.

3.2 Geðrænt sakhæfi

Álitaefni sem varða geðheilsu manna eru oft flókin og erfið viðfangs. Það má orða það svo að við sjáum ekki utan á einstaklingum hvernig þeim líður, en sjáum ef viðkomandi haltrar með hækju að það amar eitthvað að. Því geta komið upp vafamál sem varða geðheilsu manna en þá er einna helst að styðjast við ákvæði 15. gr. og 17. gr. hgl., en 17. gr. hgl. verður skoðuð til hlítar hér á eftir.⁵⁴ Ákvæði hegningarlagna eru bundin refsiskilyrðum, hið sama gildir um ákvæði 15. gr. hgl. og þarf því oft að fara fram mat á sakhæfi einstaklings, þar sem metið er hvort einstaklingur hafi verið heill á geði á verknaðarstundu.⁵⁵

5. Andlegir annmarkar 15. gr. hgl.

Þegar upp koma álitaefni sem varða 15. gr. hgl. eru það helst þrjú atriði sem þarf að skoða. Í fyrsta lagi ber að skoða hvort andlegur vanþroski einstaklings sé á því stigi að nægi til refsileysis. Í öðru lagi ber að skoða hvort hinn andlegi vanþroski hafi verið fyrir hendi á verknaðarstundu og í þriðja lagi hvort orsakatengsl voru milli vanþroska mannsins og verknaðarins, með þeim afleiðingum að sakborningur hafi verið alls ófær um að stjórna gerðum sínum á verknaðarstundu.⁵⁶

⁵¹ Jónatan Þórmundsson, „Sakhæfi“ [1991] *Úlfjótur* 277, 284.

⁵² Háskólabókasafn, „Breivik, fjölmening - og mörk umræðunnar“ (2011) 7 Þjóðmál 56, 56.

⁵³ „Dómarar vilja skýr svör um sakhæfi Breivik“ *mbl.is* (24. maí 2012)

<http://www.mbl.is/frettir/erlent/2012/05/24/domarar_vilja_skyr_svor_um_sakhæfi_breivik/> skoðað 9. maí 2017.

⁵⁴ Jónatan Þórmundsson, „Sakhæfi“ (n. 51) 277.

⁵⁵ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsiaþbyrgð III* (Háskólaútgáfan 2004) 95.

⁵⁶ Jónatan Þórmundsson, „Sakhæfi“ (n. 51) 284.

Sem dæmi má nefna umdeildan Hrd 13. október 2011 í máli nr. 198/2011 þar sem Hæstiréttur vék frá niðurstöðu héraðsdóms:

Hrd. 198/2011: Þar var ákærði sakfelldur fyrir brot á 211. gr. hgl. um manndráp. Þar sem hinn ákærði hafði veist að brotþola á heimili hans þann 15. ágúst 2011 og banað honum með því að stinga hann ítrekað. Í málinu lá fyrir matsgerð og yfirmat þriggja dómkvaddra geðlækna sem allir voru á því að ákærði hefði verið haldinn geðveiki á verknaðarstundu sbr. 15. gr. hgl. Hæstiréttur tefldi því fram að ekki yrði hróflað við mati hinna dómkvöddu geðlækna en það væri endanleg úrlausn dómstóla að meta hvort ákærði hefði sökum geðsjúkdómsins verið ófær um að stjórna gerðum sínum á verknaðarstundu sbr. 15. gr. hgl.

Niðurstaða Hæstaréttar í framangreindu máli hefur verið gífurlega umdeild og hugtakið „sakhæfi“ mikið rætt í kjölfari dómsins. Niðurstaðan var rökstudd á þeim forsendum að túlka skuli 15. gr. hgl. þröngt fremur en rúmt, enda hefur ákvæðið að geyma undantekningu frá meginreglunni um að mönnum skuli refsað fyrir afbrot. Af þeim sökum var ákærði talinn sakhæfur á verknaðarstundu. Á hinn bóginn er ljóst að geðrænt sakhæfi er fyrst og fremst lögfræðilegt hugtak. Þegar sakhæfi er metið eiga dómara þess kost að fá aðstoð sérfræðinga við úrlausn mála sinna sem meta það hvort ákærði sé sakhæfur. Mat sérfræðinga er álit, því bindur matið ekki hendur dómara og er því einungis leiðbeinandi fyrir þá við mat á sakhæfi sakbornings, en af athugasemdum með ákvæði 15. gr. laga leiðir að dómstólar taka endanlega ákvöðun um sakhæfi.⁵⁷ Gildir því almennt í réttarframkvæmd að einstaklingur getur verið talinn sakhæfur á verknaðarstundu þrátt fyrir að geðlæknar telji viðkomandi ósakhæfan í skilningi 15. gr. hgl. og hann þjáist af geðrænum kvillum.⁵⁸ Eins og fyrir liggur er niðurstaða í dómsins umdeild og ber jafnframt að skoða orðalag í dómnum: „...að ekki var ljóst að hversu miklu leyti ákærði gerði sér grein fyrir verknaðinum“. Af þeim sökum má ætla að dómurinn hefði átt að leyfa hinum ákærða að njóta vafans enda skulu dómara taka mið af grundvallarreglu sakamálaréttarfars um að hver einstaklingur er „saklaus uns sekt er sönnuð“ og meta hinum ákærða það í minnsta lagi til refsilækkunar sbr. 75. gr. hgl. Vaknar því sú spurning af hverju dómara beittu ekki 75. gr. hgl. í framangreindum dómi þar sem niðurstaða Hæstaréttar var sú að hinn ákærði hafi verið sakhæfur á verknaðarstundu þrátt fyrir að ekki liggi fyrir að hversu miklu leyti hann gerði sér grein fyrir verknaðinum.⁵⁹ Sennilega var henni ekki beitt vegna alvarleika brots.

⁵⁷ Alþt. 1939 – 1940, A- deild, þskj. 43 – 29 mál, athugasemdir við 15. gr.

⁵⁸ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsiaðbyrgð III* (n. 55) 96.

⁵⁹ Hrd 13. október 2011 í máli nr. 198/2011.

Til samanburðar má nefna Hrd. 18. júní 2014 í máli nr. 729/2013 þar sem brot hins ákærða var talið það alvarlegt að veruleg áfengisáhrif leystu ákærða ekki undan refsingu.

Hrd. 729/2013 þar sem ákærði var sakfelldur fyrir manndráp sbr. 211. gr. hgl. með því að hafa veist að heimili manns og stungið hann með þeim afleiðingum að bani hlaust af.

Af þeim sökum er spurning hvort dómstóllinn hafi verið búinn að skoða þokukenndan ásetning til hlítar en verknaðurinn sem framinn var það alvarlegur að refsilækkun hafi ekki komið til skoðunar og af þeim sökum aldrei komið inn á þau sjónarmið í rökstuðningnum sem fylgdi dómnum. Til samanburðar má nefna Hrd. 31. janúar 2008 í máli nr. 380/2007 þar sem ákærði byggði sýknukröfu sína á því að skilyrði um sakhæfi skv. 15. gr. hgl. væri ekki uppfyllt.

Hrd. 380/2007: Í málinu var maður ákærður fyrir frelsissviptingu þar sem hann hafði haldið sambúðarkonu sinni nauðugri í íbúð þeirra og varnað henni að hringja í Neyðarlínuna, í því skyni að hún leitaði sér hjálpar. Jafnframt ákærður fyrir stórfellda líkamsárás með því að hafa ítrekað slegið hana hnefahögg, dregið hana á hárinu, fleygt henni og skipað henni að fara úr fötunum. Einnig var hann ákærður fyrir kynferðisbrot með því að þröngva sambúðarkonu sinni til samræðis. Af virtum gögnum málsins var sýknukröfu ákærða hafnað og hann því metinn sakhæfur sbr. 15. gr. hgl.

Fyrir lá í málinu að ákærði byggði sýknukröfu sína á skilyrði 15. gr. hgl. um að sakhæfi væri ekki uppfyllt, þar sem hann hefði orðið fyrir slysi árið 1999 sem leiddi til þess að hann hlaut framheilaskaða og hann teldi sig því ófæran um að stjórna gerðum sínum. Sérfróðir matsmenn lögðu mat á skaðann og töldu engin merki þess að háttsemi ákærða yrði rakin til áverka af þeim toga. Hins vegar báru matsmennirnir því við að líklegri skýring væri afbrýðissemi og langvarandi og mikil áfengisneysla. Því kemur til álita hvort sýknukrafan hefði verið tekin til greina hefði ákærði borið því við að hann glímdi við áfengisvandamál og þyrfti í raun aðstoð. Dómurinn staðfestir því framangreind sjónarmið um að refsileysisástandurnar séu túlkaðar þröngt af dómstólum og af þeim sökum beiti dómstólar ekki geðþótta í ákvörðunum sínum.

Ber því að benda á að hlutverk dómara felst ekki í því að dæma samkvæmt forsendum sem ekki eru lagðar fram í dómi sbr. 180. gr. sml. þar sem segir eftirfarandi:

Hvorki má dæma ákærða fyrir aðra hegðun en þá sem í ákæru greinir né heldur dæma aðrar kröfur á hendur honum. Þó má sakfella ákærða þótt aukaatriði brots, svo sem staður og stund þess, séu ekki skýrt eða rétt greind, enda telji dómari að vörn hafi ekki verið áfátt þess vegna. Dómari getur gefið aðilum færi á að tjá sig um atriði að þessu leyti, ef þurfa þykir. Með sömu skilyrðum er dómara og rétt að dæma eftir öðrum refsíákvæðum en fram koma í ákæru, þó aldrei aðrar kröfur en þar greinir.

Þrátt fyrir að 180. gr. sml. gæti hafa legið því til grundvallar að dómarrar tóku ekki tillit til veiklaðs ástand ákærða, mátti dómurum samt sem áður vera ljóst skv. gögnum málsins að einstaklingurinn var ekki við fulla heilsu þegar brotið var framið. Því telur höfundur þokukenndan ásetning vel koma til greina til refsilækkunar ákærða. Þar sem hugtakið þokukenndur ásetningur er bæði opið og vítt má ætla að dómarrar hefðu getað tekið mið af því að athöfnin var framin í annarlegu ástandi, enda óljóst hvort 75. gr. hgl. sé skilyrði fyrir því að dómarrar taki mið af þokukenndum ásetningi til refsilækkunar. Enn fremur má benda á að heilbrigður einstaklingur myndi seint haga sér á þennan hátt, líkt og rætt var um í upphafi ritgerðarinnar.

Af dómaframkvæmd má því sjá þrönga túlkun á refsileysissskilyrðum,⁶⁰ enda er afturhvarf frá refsingu litið gríðarlega alvarlegum augum og því að finna í fáum ákvæðum hegningarlagna. Hér má einnig benda á athugasemdir með frumvarpi til hegningarlagna þar sem túlka má hlutverk dómstólanna þrengra en lesa má úr lagatextanum sjálfum. Í athugasemdum segir að andlegir annmarkar eigi alltaf að valda refsileysi en að það sé á herðum dómstólanna að meta hvenær slík vanheilsa teljist hafa verið fyrir hendi.⁶¹ Af framangreindu leiðir að ákvæði 15. gr. hgl. kveður á um þröng skilyrði og meginreglan stendur því traustum fótum og má því ætla að flestir heilbrigðir einstaklingar sem hafa náð 15 ára aldri teljist sakhæfir. Á hinn bóginn er hægt að gagnrýna niðurstöður Hæstaréttar með vísan til lögskýringargagna, en með hliðsjón af athugasemdunum með lögnum má álykta um rúma túlkun á annarlegu ástandi manns sem ætti ávallt að leiða til ósakhæfis.

Í fræðilegri umfjöllun er miðað við almennar, sérstakar refsileysisástæður sem og hlutrænar og huglægar eftir því sem við á. Þær almennu refsileysisástæður verða skoðaðar hér til hlítar. Þegar talað er um almennar refsileysisástæður er átt við heimildir sem varða brot almennt, þó ekki einungis brot á almennum hegningarlögum heldur jafnframt brot á öðrum lögum. Dæmi um almennar refsileysisástæður má finna í 14. gr., 15. gr., og 17. gr. hgl. en í þeim ákvæðum má finna meginreglurnar um sakhæfi. Fyrirgreind ákvæði heimila refsilausn einstaklings vegna ungs aldurs eða ef andlegir annmarkar eru taldir hrjá viðkomandi. Af framangreindri umfjöllun er ljóst að 75. gr. hgl. kemur eðli málsins skv. ekki til skoðunar þegar einstaklingur fær refsilausn skv. refsileysisákvæðunum þar sem einstaklingur er þar með

⁶⁰ sama heimild.

⁶¹ Alþt. 1939 – 1940, A- deild, þskj. 43 – 29 mál, athugasemdir við 15. gr. hgl.

laus allra mála. Einnig miða 14. gr., 15. gr., og 17. gr. hgl. við varanlegt ástand einstaklingsins öfugt við 75. gr. hgl., þar sem hún miðar við ástand manns á verknaðarstundu.

Sambærilegt vafatilvik má sjá í málum þar sem einstaklingur brýtur af sér undir áhrifum áfengis samkvæmt 17. gr. hgl. Á verknaðarstundu er einstaklingur metinn svo að hann hafi að einhverju leyti getað stjórnað gjörðum sínum og því ekki um fullkomið rænuleysi að ræða. Því ber að skoða hvort 75. gr. hgl. komi til refsilækkunar til handa viðkomandi. Háttsemi sem framín er í öläði eða undir áhrifum áfengis er seint talin afsakanleg og því er refsingu oftast beitt. Hins vegar ber að skoða hvað felst í fullkomnu rænuleysi, í því samhengi hvort einstaklingur geti í raun og veru eitthvað aðhafst þegar hann er ekki með rænu til athafna.⁶²

3.3 Geðheilbrigðisrannsókn

Ýmis vafatilvik koma upp þegar meta á sakhæfi manns, allt frá því að einstaklingur telst ósakhæfur sökum ungs aldurs eða jafnvel vegna andlegra annmarka. Ýmsar ástæður eru fyrir andlegum annmörkum einstaklings, sem dæmi má nefna að einstaklingur sem hefur misnotað ávana- eða fikniefni í langan tíma getur skert eða einfaldlega eyðilaggt heilsu sína til frambúðar. Neyslunni fylgir oft dómgreindarleysi sem getur leitt til slysa, ofbeldis eða jafnvel sjálfsvíga. Allir sem þekkja til vita hvers konar hörmungar fylgja neyslu á ávana- eða fikniefnum. Í sumum tilvikum andlegir kvillar eins og þunglyndi, kvíði og mótþróaröskun, en auk þess leiðast margir fikniefnaneytendur út í glæpi.⁶³ Með aukinni sjúkdómavæðingu síðari ára hafa fikniefnabrot oft verið flokkuð sem heilbrigðisvandamál frekar en glæpur. Ljóst er að hver og einn einstaklingur mótast af því samfélagi sem hann er hluti af, og er þá átt við samskipti við fjölskyldu, féлага eða jafnvel kennara, ásamt miklu fleiri atriðum sem spila stóran þátt í mótun einstaklingsins. Getur það verið allt frá því að verða fyrir áfalli í æsku sem veldur misþroska eða vanþroska almennt eða á sviði viljalífs eða tilhugalífs og hugsana.⁶⁴ Af þeim sökum má rekja stóran hluta þeirra glæpa sem framdir eru í þjóðfélaginu til atvika sem misfórust á uppvaxtarárum brotamannanna og má rekja orsökina til brenglaðrar hugsunar þeirra.⁶⁵ Í sumum tilvikum veikist einstaklingur sem er orðinn fullþroska af sjúkdómi sem veldur geðrænum vandamálum, sem ruglar dómgreind hans og veldur því að hann greinir ekki muninn á réttu og röngu. Í báðum tilfellum, þ.e. einstaklinga sem verða fyrir áfalli í æsku og einnig þeirra sem verða fyrir áfalli síðar á ævinni, geta þeir verið haldnir misskynjunum sem ógna þeim, ofsóknarhugmyndum,

⁶² Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð II* (n. 12) 112.

⁶³ Bjarni Össurarson Rafnar (n. 5) 14.

⁶⁴ Stefán Hjörleifsson, „Ýmsar afleiðingar þekkingar“ (2003) 89 Læknablaðið 379, 380.

⁶⁵ Bjarni Össurarson Rafnar (n. 5) 15.

þokuvitund eða rugli o.s.frv. Sýnt hefur verið fram á ákveðna fylgni milli þeirra sem gerast brotlegir við hegningarlögin og geðsjúklunga sem koma á spítala, að tíðni lögbrota sé almennt hærri meðal geðveikra en hjá heilbrigðum einstaklingum.⁶⁶ Því vaknar sú spurning hvort fella megi einstakling sem fremur afbrot miklu oftari undir hugtakið þokukennan ásetning sökum andlegs annmarka hans svo hann eigi rétt á lækkun refsingar af þeim sökum. Þarf því oft að fara fram geðheilbrigðisrannsókn þegar vafi er á sakhæfi manns vegna andlegs annmarka. Hér ber einnig að nefna 15. gr. hgl. sem leggur það í vald dómstóla að fara með efnislegt mat, meta hvenær skilyrði ákvæðisins séu fyrir hendi og jafnframt taka endanlega ákvörðun um það hvort einstaklingur sé sakhæfur. Þrátt fyrir nauðsyn geðheilbrigðisrannsókna er sú skylda ekki lögð á ákærvaldið að hefja sjálfkrafa rannsókn á geðrænu sakhæfi manns í öllum málum. Í alvarlegustu málunum hefur ákærvaldið samt sem áður heimild til að hefja sjálfkrafa rannsókn ef málgögn gefa tilefni til, m.ö.o ef þess er þörf, sbr. 2. mgr. 52. gr. sml. Í öðrum málum þarf frumkvæðið að koma frá sakborningi eða verjanda hans, sbr. 3. mgr. sama ákvæðis. Því er það hlutverk lækna og sálfræðinga að meta ástand einstaklingsins út frá öllu því sem getur haft áhrif á hann þegar upp koma efasemdir um geðheilbrigði hins ákærða í einkamálum sem og sakamálum. Miðað við framangreinda umfjöllun er því ekki að undra að lengi hafi verið talið ákveðið samband milli glæpa og geðveiki.⁶⁷ Sjúkdómavæðing hefur því oft verið litin sem mannúðleg og skynsamleg en jafnframt gagnrýnisverð vegna ýmissa ókosta sem henni fylgja, sem dæmi má nefna stóran hluta fólks sem hefur verið greint með sýndarsjúkdóma, sjúkdóma sem það hefði ekki orðið vart við án greiningar.⁶⁸ Engin ein tegund afbrota hefur verið tengd við þá sem eru veikir á geði og virðist sem glæpir þeirra séu illa undirbúnir og oft klaufalegir í framkvæmd. Til samanburðar má nefna Hrd. 13. október 2011 í máli nr. 198/2011. Þar var ráðið af framburði ákærða að verknaðurinn hafði verið skipulagður í þaula og gerði því hinn ákærði allt sem í hans valdi stóð til þess að verknaðurinn kæmist ekki upp.

Hrd. 198/2011: þar sem ákærða var gefið að sök manndráp samkvæmt 211. gr. hgl. eftir að hafa stungið annan mann ítrekað með hníf í brjóst, bak, háls, andlit, handlegg og hendur.

Í framangreindu máli vegast á tvö sjónarmið. Annars vegar það að ákærði skipulagði verknaðinn í þaula, sem vekur upp spurningar hvort um heilbrigðan einstakling sé að ræða, og það sjónarmið að ákærði hafi gert sér grein fyrir verknaðinum að einhverju leyti. Hins vegar ber að skoða að hve miklu leyti hann gerði sér grein fyrir verknaðinum á

⁶⁶ Helgi Tómasson, „Geðheilbrigðisrannsóknir“ 28, 31.

⁶⁷ sama heimild 30.

⁶⁸ Stefán Hjörleifsson (n. 64).

verknaðarstundu, þar sem ætla má að heilbrigður einstaklingur myndi gera sér fyllilega grein fyrir alvarleika brots sem þessa. Til samanburðar má benda á alvarlegt brot í Hrd. frá 27. október 2016 í máli nr. 400/2016 þar sem ákærði krafðist þess að ákæru yrði vísað frá dómi þar sem hann bar því við að hinn látni hefði ekki látist af völdum atlögu hins ákærða fimm dögum síðar.

Hrd. 400/2016 þar sem ákærði var sakfelldur fyrir manndráp skv. 211. gr. hgl. með því að gripið var með báðum höndum utan um háls hins látna og hert að með þeim afleiðingum að mannsbani hlaust af.

Af þeim gögnum sem lágu fyrir í geðrannsókninni sbr. 2. mgr. 77. gr. sml. sem fór fram á hinum ákærða var ákærði talinn sakhæfur sbr. 15. gr. hgl. á verknaðarstundu, ekkert mælti gegn því að refsing bæri árangur og heilsufar ekki með þeim hætti sem 16. gr. hgl. tiltekur. Í 16. gr. hgl. er kveðið á um eftirfarandi:

Nú var maður sá, sem verkið vann, andlega miður sín, svo sem vegna vanþroska, hrörmunar, kynferðislegs misþroska eða annarrar truflunar, en þetta ástand hans er ekki á eins háu stigi og 15. gr. getur, og skal honum þá refsað fyrir brotið, ef ætla má eftir atvikum og eftir að læknisumsagnar hefur verið leitað, að refsing geti borið árangur.

Til samanburðar má nefna Hrd. 18. júní 2014 í máli nr. 201/2014 þar sem ekki var hægt að slá því föstu hvort ákærði hafi verið alveg ófær um að stjórna gerðum sínum á verknaðarstundu. Því taldi dómurinn 15. gr. hgl. um skilyrði sakhæfis ekki koma til skoðunar. Talið var að 16. gr. ætti við um ákærða en metið svo að refsing skilaði ekki tilteknum árangri. Því var ákveðið að hinum ákærða væri betur borgið á viðeigandi stofnun og látinn sæta öryggisgæslu sbr. 62. gr. hgl. Af þeim sökum er ákærði óbeint talinn ósakhæfur í eiginlegum skilningi sbr. neðangreinda umfjöllun.

Hrd. 201/2014: Í málinu voru ákærða gefnar að sök tvær tilraunir til manndráps sbr. 211. gr. og sbr. 20. gr. hgl. þar sem hann reyndi að svipta unga stúlku lífi, með því að skera hana nokkrum sinnum með hníf í hálsinn, ásamt því að veita henni fleiri áverka. Jafnframt var hann ákærður fyrir að hafa brotist inn á heimili konu til þess að ráða henni bana.

Af niðurstöðu dómsins telur höfundur óþarfi að lækka refsingu samkvæmt 75. gr., þar sem dómurinn ákvað að refsingin myndi skila sakborningi árangri og því má ætla að refsingin geri hinn ákærða að betri manni. Ákvæði 16. gr. er því af hinu góða þar sem dómurum ber að velta vöngum yfir því hvort refsing muni skila árangri fyrir sakborning. Einnig telur höfundur ákvæðið í samræmi við þá betrunarstefnu sem almennt gildir í íslensku samfélagi, því ætla má að árangur refsingarinnar skili sér síðar út í samfélagið.

6. Mælikvarði 16. gr. hgl. á árangur refsingar

Ákvæði 16. gr. hgl. er nokkurs konar framhald af 15. gr. sömu laga. Ákvæðið er nokkuð frábrugðið að því leyti að ákvæðið felur ekki í sér sakhæfisskort í eiginlegum skilningi eins og 15. gr. hgl. gerir. Af þeim sökum kemur ákvæðið ekki til greina þegar einstaklingar eiga rétt á sýknu sökum sakhæfisskorts. Ákvæðið miðar því við að sakfella einstakling þrátt fyrir að einstaklingur hafi framið refsiverðan verknað í annarlegu ástandi. Aftur á móti kveður ákvæðið á um heimild til þess að viðkomandi losni undan refsingu sökum þess að refsingin sé talin árangurslaus. Draga má því þá ályktun að ákvæði 16. gr. sé almennt í takt við þá nútímahugsun sem gildir í samfélaginu varðandi betrun. Visast því til 62. gr. hgl. þar sem kveðið er á um heimild til að beita úrræðum ákvæðisins sé þeim skilyrðum uppfyllt.

Í 62. gr. hgl. segir eftirfarandi:

Nú er maður sýknaður samkvæmt ákvæðum 15. gr., eða niðurstaða dóms verður sú, samkvæmt ákvæðum 16. gr., að refsing sé árangurslaus, og má þá ákveða í dómi, ef nauðsynlegt þykir vegna réttaröryggis, að gerðar skuli ráðstafanir til að varna því, að háski verði að manningum. Ef ætla má, að vægari ráðstafanir, svo sem trygging, bann við dvöl á ákveðnum stöðum eða svipting lögræðis, komi ekki að notum, má ákveða, að honum sé komið fyrir á viðeigandi hæli. Skal þá hæstiréttur skipa honum tilsjónarmann, sem eftirlit hefur með því, að dvöl hans á hælínu verði ekki lengri en nauðsyn ber til. Þegar ástæða þykir til, getur [ráðherra]⁶⁹ leitað úrlausnar héraðsdóms, þar sem hælið er, hvort téðar ráðstafanir skuli teljast lengur nauðsynlegar, enda hafi umsagnar læknis verið leitað. Svo getur og tilsjónarmaður krafist þess, þegar ár er liðið frá dómsuppsögn eða síðasta dómsúrskurði, eða fyrr, ef [ráðherra]⁶⁹ samþykkir, að málið skuli að nýju lagt undir úrskurð dómstóls þess, sem áður segir. [Mál samkvæmt þessari grein sæta meðferð eftir lögum um meðferð sakamála.]

Fyrir liggur að ákvæði 15. og 16. gr. hgl. eru keimlík, helsti munurinn liggur í stigsmun ákvæðanna þar sem ástand ákærða í 16. gr. hgl. er ekki talið á jafnháu stigi og 15. gr. hgl. kveður á um. Af þeim sökum er ekki hægt að refsa einstaklingi fyrir brot skv. 16. gr. hgl. ef viðkomandi er ósakhæfur skv. 15. gr. hgl. Því má draga þá ályktun að 16. gr. hgl. feli ekki í sér sakhæfisskort í eiginlegum skilningi.⁶⁹ Því má spyrja hvers konar árangur er miðað við þegar refsing er metin til handa viðkomandi og hvort læknisfræðilegt eða lögfræðilegt mat ráði ákvörðuninni, en ljóst er að dómurum ber að taka tillit til margra annarra ástæðna en læknisfræðilegra. Almennt er því heildarmat látið ráða för. Hins vegar liggur beinast við að árangurinn verði miðaður við það að skapa réttaröryggi fyrir samfélagið, jafnframt því að mikilvægt er að refsing hafi endurhæfingarhrif á sakborninginn sjálfann. Af þeim sökum er það fremur hlutverk dómara

⁶⁹ Jónatan Þórmundsson, „Sakhæfi“ (n. 51) 294.

en geðlækna að meta líkur á því hvort refsing beri árangur.⁷⁰ Til samanburðar má nefna Hrd. 12. febrúar 2015 í máli nr. 85/2014 þar sem ákærði óskaði eftir að dómkvaddur yrði matsmaður til þess að meta sakhæfi sitt. Ekki var talið að geðræn einkenni hans útilokuðu að refsing kæmi að gagni sbr. 16. gr. hgl. Því staðfesti Hæstiréttur niðurstöðu héraðsdóms um sakfellingu.

Hrd. 85/2014: Ákærði var sakfelldur af héraðsdómi fyrir stórfellt fíkniefna- og umferðarlagabrot með því að hafa ekið bifreið undir áhrifum ávana- og fíkniefna. Í Hæstarétti var niðurstaða héraðsdóms staðfest.

Í framangreindu máli var ekki fallist á ósakhæfi eins og ætla má að ákærði vonaðist eftir, þar sem ekkert útilokaði þá staðreynd að refsing kæmi að gagni. Því má ætla að brenglað ástand sakbornings hafi ekki verið á því stigi sem 15. gr. tiltekur. Í þessu tilviki telur höfundur niðurstöðu dómsins réttan enda dómarrar sérfræðingar á sínu sviði, þegar þeir meta hvort refsing muni skila ákærða árangri. Af þeim sökum finnst höfundi ekki endilega þörf á að skoða 75. gr. hgl. til refsilækkunar í málum sem ákvæði 16. gr. hgl. eiga við, þar sem ætla má að dómstóllinn meti hæfilega refsingu. Ef dómstóllinn telur þörf á refsingu skal ávallt gæta þess að einstaklingur dvelji ekki lengur í fangelsi en nauðsyn krefur. Því má spyrja hvort 75. gr. hgl. eiga að koma til skoðunar ef einstaklingur var í annarlegu ástandi þegar hann framdi verknaðinn. En eins og að framan greinir eru dómarrar almennt sérfræðingar á sínu sviði og því almennt hægt að treysta á að niðurstöður þeirra séu réttar.

7. Refsileysi vegna fullkomins rænuleysis skv. 17. gr. hgl.

Ákvæði 17. gr. hgl. hefur það sammerkt með ákvæðum 15. og 16. gr. að heimila refsilausn til handa einstaklingi ef skilyrði refsilausnar eru fyrir hendi. Allt frá fornu fari hefur verið talið sanngjarn að manni skuli ekki refsað í málum þar sem viðkomandi gerir sér ekki grein fyrir eðli verknaðar né afleiðingum hans. Í atvikum sem þessum er refsingin ekki talin bera árangur. Eins og framan greinir hafa 15. og 17. gr. hgl. sem kveða á um geðrænt sakhæfi heimilað refsilausn einstaklings vegna andlegs annmarka sem hrjáir viðkomandi. Gilda því sömu reglur í 17. gr. eins og 15. gr. hgl. varðandi þröng skilyrði enda ákvæðunum tekið mjög alvarlega og meginreglurnar standa traustum fótum.

⁷⁰ Jónatan Þórmundsson, „Mat á geðrænu sakhæfi“ [1968] Tímarit lögfræðinga 21, 30.

Í ákvæði 17. gr. hgl. segir eftirfarandi:

Refsingu skal beita, þótt brot hafi verið framið í ölaði eða undir áhrifum annarra nautnalyfja. Hafi verið um fullkomið rænuleysi að ræða, skal þó ekki refsað, nema sakborningur hafi fyrirfram vitað um eða hafi fullkomna ástæðu til að ætla, að hann myndi fremja brotið, meðan á áhrifunum stæði, eða að það myndi leiða af þessu ástandi hans.

Í dómaframkvæmd Hæstaréttar síðastliðin ár má sjá að 17. gr. hgl. er sjaldan beitt enda skal refsingu beita skv. ákvæðinu þrátt fyrir áhrif ölaðis eða annarra nautnalyfja. Undantekning frá ákvæðinu er ansi þröng því hún kveður á um fullkomið rænuleysi og óvíst hvað í því felst. Getur maður sem brýtur af sér eitthvað aðhafst í fullkomnu rænuleysi? Síðasti dómur sem féll þar sem vísað var til ákvæðisins berum orðum var Hrd. 4. febrúar 2016 í máli nr. 739/2015. Í málinu lék ákveðinn vafi á því hvort hinn ákærði hefði verið undir áhrifum lyfja eða annarra efna. Hinn áfrýjaði dómur vísaði réttilega til þess að þótt ákærði hefði verið undir áhrifum nautnalyfja á verknaðarstundu er umrædd málsástæða ekki talin gild til refsilausnar skv. 17. gr. hgl.

Hrd. 739/2015: Í málinu voru A og B ákærð fyrir stórfellt fíkniefnabrot ásamt ólöglegum innflutningi sem ætlað var til söludreifingar í ágóðaskyni. Í málinu kom fram að það var hlutverk A að veita efnunum viðtöku á Íslandi og koma þeim áleiðis.

Af framangreindum dómi má draga þá ályktun að refsilausn kom ekki til skoðunar þar sem háttsemi ákærða var ekki framin í fullkomnu rænuleysi, en hins vegar ber að skoða af hverju dómurinn tók ekki tillit til refsilækkunar við ákvörðun refsingar sökum þokukennds ásetnings ákærða í hinum rúma skilningi. Til samræmis má sjá Hrd. 3. desember í máli nr. 524/2015 þar sem fram kom í skýrslu geðlæknis að hin ákærða sýndi engar vísbendingar um einkenni geðrofs, ranghugmynda né merki um persónuleikaröskun. Hins vegar lá fyrir í málinu að hin ákærða glímdi við áfengisvandamál og hefði verið mjög ölvuð á verknaðarstundu.

Hrd. 524/2015 þar sem kona var ákærð fyrir brot á 211. gr. hgl. um manndráp er hún veittist að manni sínum með hníf með þeim afleiðingum að bani hlaust af atlgunni. Ekki var talið að 17. gr. og 1. mgr. 70. gr. hgl. hefðu áhrif á ákvörðun refsingar.

Við ákvörðun refsingar var ekki tekið tillit til 17. gr. hgl. þrátt fyrir að meginorsök verknaðar hafi verið rakin til áfengisneyslu enda má ætla að ekki hafi verið um að ræða fullkomið rænuleysi á verknaðarstundu. Má þá spyrja af hverju dómurinn vísaði ekki til þokukennds ásetnings ákærða til málsbóta sbr. 2. ml. 1. mgr. 75. gr. hgl. þar sem það kom fram í málinu að hinni ákærðu hefði ekki verið gerð refsing áður skv. vottorði frá sakaskrá ríkisins, þar sem eftirfarandi segir í 2. ml. 1. mgr. 75. gr. hgl.: „...málsbætur séu fyrir hendi og fremjandinn hafi ekki áður orðið sekur um sams konar eða svipað brot á 1. eða 2. mgr. 123. gr.“

4. VANDASAMT VERK DÓMSTÓLA VIÐ ÁKVÖRÐUN REFSINGAR RÆÐST AF HEILDARMATI Í HVERJU MÁLI FYRIR SIG

Af öllu framangreindu leiðir að hlutverk dómstólanna getur verið gífurlega vandasamt og ýmis atriði sem þeir þurfa að taka tillit til. Ákvörðun refsingar er eitt af þeim atriðum sem reynast dómurum gífurlega vandasöm enda refsimörk laga rúm og dómstólum veittar takmarkaðar vísbendingar hverju sinni um það hvað telst hæfileg refsing líkt og greint er frá í kaflanum um ákvörðun refsingar.⁷¹ Þegar upp koma álitæfni í réttarframkvæmdinni sem varða þokukenndan ásetning getur oft leikið vafi á því hvort einstaklingur eigi rétt á lægri refsingu sökum þokukennds ásetning eða jafnvel talist ósakhæfur. Samt sem áður er ljóst að mörkin milli ósakhæfis og þokukennds ásetnings eru nokkuð á reiki og oft þarf lítið til að greina á milli. Þarf því að skoða enn fleiri sjónarmið sem geta haft áhrif á úrlausn máls.

Fyrst þarf að skoða dómaframkvæmd Hæstaréttar á síðastliðnum áratug eða frá árunum 2007-2017, til að sjá hvaða sjónarmið hafa ráðið för í niðurstöðum dómsins þegar einstaklingur á rétt á lækkun refsingar, mildun eða jafnvel að refsing sé felld niður. Af þeirri dómaframkvæmd sem hefur verið höfð til hliðsjónar við skrif þessi er ljóst að ekki er oft tekið tillit til þokukennds ásetnings til refsilækkunar, en hvað því veldur er stóra spurningin sem höfundur veltir vöngum yfir.

Af þeim sökum var dómaframkvæmd síðastliðinn áratug skoðuð til hlítar, en þó einkum þeir dómur þar sem vísað var til 75. gr. hgl. þar sem einna helst er að styðjast við hana í allri umfjöllun um þokukenndan ásetning. Nýjasti dómur sem vísar til 75. gr. hgl. er í Hrd. 18. júní 2014 í máli nr. 729/2013 þar sem 4. tl. 74. gr. hgl. og 75. gr. hgl. kom manni ekki til refsilækkunar sökum alvarleika brots.

Í Hrd. 19. júní 2013 í máli nr. 697/2012 var ákvæði 75. gr. hgl. ekki talið eiga við þrátt fyrir að hinn ákærði hafi verið greindur með sjúkdóm sem sé undirliggjandi ástæða afbrota hans. Í málinu var einnig tekið fram að hinn ákærði þyrfti að leita sér sálfræðiaðstoðar vegna sjúkdóms síns og hefði fengið viðeigandi lyfjameðferð en áhersla lögð á að sjúkdómurinn væri rakinn til vímuefnaneyslu ákærða. Nefna ber að dómurinn tekur ekki fram um hvers konar sjúkdóm er að ræða en höfundur gerir ráð fyrir að um sé að ræða geðsjúkdóm af einhverju tagi sökum þess að ákærði leitaði sér sálfræðiaðstoðar vegna hans.

⁷¹ Þorgeir Ingi Njálsson (n. 30) 13.

Í Hrd. 17. janúar 2013 í máli nr. 334/2012 var vísað til þess að ákvæði 74. gr. og 74. gr. geti ekki leitt til mildunar refsingar. Í málinu lá fyrir rökstuðningur þar sem greint var frá því að í málinu hefði verið um að ræða aðskilda atburði og því ekki hægt að halda fram skammvinnu ójafnvægi ákærða og nýta það til refsilækkunar. Jafnframt bendir dómurinn á að reiði eigi ekki við ákvæðið sem höfundur vill gagnrýna.

Í Hrd. 28. október 2010 í máli nr. 41/2010 var niðurstaða dómsins sú að 75. gr. hgl. leiddi ekki til refsilækkunar, en dómstóllinn rökstuddi niðurstöðu sína með því að misskilningur gæti ekki leitt til refsilækkunar þó að ákærði hefði talið sig vera að jafna sakir við brotaþola, sökum þess að brotaþoli hefði slegið ákærða í höfuði með flösku.

Í Hrd. þann 21. júní 2010 í máli nr. 26/2010 kom ekki til álita að beita 75. gr. hgl. til lækkunar refsingar ákærða. Hins vegar var litið til 4. tl. 74. gr. til mildunar refsingar ákærðar sökum andlegs ójafnvægis í kjölfar dómsins.

Í Hrd. 26. mars 2009 í máli nr. 657/2008 þar sem maður var ákærður fyrir tilraun til manndráps sbr. 20. gr. hgl. og sbr. 211. gr. hgl. kom 4. tl. 74. gr. og 75. gr. ekki til álita við lækkun refsingar, en álykta má að það hafi verið vegna alvarleika brotsins, sbr. framangreindan dóm.⁷²

Í Hrd. 19. febrúar 2009 í máli nr. 551/2009 féllst Hæstiréttur ekki á það með héraðsdómi að 75. gr. hgl. kæmi til refsilækkunar vegna tilviks eða annars sem ákært var fyrir. Hins vegar féllst Hæstiréttur á refsilækkun skv. 75. gr. þar sem það lá fyrir að eiginkona hins ákærða hefði skemmt bifreið hans fyrr um daginn og því mátt rekja geðshræringuna til þess.

Í Hrd. 6. desember 2007 í máli nr. 374/2007 var ákært fyrir tilraun til manndráps þar sem ekki var fallist á röksemdir um 75. gr. hgl. til refsilækkunar.

Af dómaframkvæmd síðastliðins áratugar má því draga þá ályktun að þokukenndur ásetningur sé túlkaður þröngt þar sem fallist var á refsilækkun í einungis í einu máli af þeim átta sem voru skoðuð skv. 75. gr. hgl. eða m.ö.o. í Hrd. 13. október 2011 í máli nr. 198/2011 en í Hrd. 21. júní 2010 í máli nr. 26/2010 var fallist á mildun refsingar skv. 4. tl. 74. gr. hgl.. Því er ljóst að þokukenndur ásetningur kom aðeins til lækkunar eða mildunar í tveimur málum af átta.

Höfundur vill gagnrýna niðurstöðu í Hrd. 19. júní 2013 í máli nr. 697/2012 þar sem refsilækkun kom ekki til skoðunar þrátt fyrir að sakborningur hafi verið greindur með sjúkdóm sem höfundur telur að öllum líkindum geðsjúkdóm af einhverju tagi. Höfundur er því sammála niðurstöðu Hæstaréttar í sjö málum af átta.

⁷² Hrd. 18. júní 2014 í máli nr. 729/2013.

Í öðru lagi má benda á umfjöllun í kaflanum „Almennt um þokukenndan ásetning“ þar sem vísað er til þess að skýring hugtaksins þokukennds ásetnings sé nokkuð á sveimi og má því álykta að sama gildi um ósakhæfi enda hugtökin nátengd. Má því spyrja hvort það hafi í gegnum tíðina haft áhrif á ákvörðun refsingar í réttarframkvæmd.

Einnig ber að vísa til athugasemda með lögunum þar sem nefnt er að lögin eru komin vel til ára sinna og því ekki skrytið að ýmis ákvæði séu orðin úrelt.⁷³ Af þeim sökum væri vel hægt að gagnrýna refsilækkunar- og refsihækkunarheimildirnar og óska eftir betur rökstuddum ákvæðum til leiðbeiningar. Jafnframt kemur til álita hvort sjónarmið nútímans endurspeglar ekki nægilega vel í ákvörðunum dómara, enda ber dómurum að fara eftir gildandi réttarheimildum þar sem dómara eru bundir af fordæmum. Fordæmi eru bindandi og dómurum ber að fylgja fyrri dómaframkvæmd við úrlausn mála sinna sem verða svo aftur fordæmisgefandi. Einnig má gagnrýna hversu fordæmisgefandi málin verða í hinu óviðunandi álagi sem hvílir á Hæstarétti. Alltof mörg mál fara fyrir Hæstarétt og dómstóllinn rökstyður því dóma sína illa.⁷⁴ Af þeim sökum getur verið að dómstóllinn hafi skoðað þokukenndan ásetning til hlítar en ekki rökstutt sjónarmiðin sem liggja að baki niðurstöðum hans. Því verður forvitnilegt að sjá hvað mun breytast í réttarframkvæmd með tilkomu Landsréttar, hvort Hæstiréttur muni rökstyðja mál sín enn betur þegar færri mál koma fyrir Hæstarétt, og jafnvel vísa til sjónarmiða sem ekki hafa sést áður, eins og að vísa til þess að þokukenndur ásetningur komi ekki til skoðunar og hvað búi því að baki. Ljóst er að markmiðið með Landsrétti er að létta álagi af Hæstarétti og einnig efla fordæmisgefandi hlutverk Hæstaréttar og ekki síst stuðla að réttlátari málsmeðferð sbr. 1. mgr. 70. gr. stjkskr. og framangreint.⁷⁵

⁷³ Alþt. 1939 – 1940, A- deild, þskj. 43 – 29 mál, athugasemdir við greinagerð.

⁷⁴ Ása Ólafsdóttir o.fl., „Skýrsla vinnuhóps um millidómstig“ (Innanríkisráðuneytið 2011) 36.

⁷⁵ sama heimild 39.

5. NIÐURSTAÐA

Mikilvægt er í allri umfjöllun um ákvörðun refsingar að benda á að flestallir neytendur ávana- og fikniefna eru fórnalömb eigin neyslu og sjúklingar miklu frekar en afbrotamenn. Af þeim sökum er mikilvægt að heilsufarsvandamál einstaklings sé haft til hliðsjónar þegar tekin er ákvörðun um refsingu ef hann glímir við vandamál af þessu tagi. Því gagnrýnir höfundur þrönga túlkun í dómaframkvæmd á sakhæfishugtakinu enda skal vafi túlkaður sakborningi í hag sbr. „saklaus uns sekt er sönnuð.“ Ættu því fleiri að fá skilorðsbundna dóma skv. 57. gr. hgl., en skilorðsbinding er það þegar refsingu er frestað til ákveðins tíma, bundið því skilyrði að einstaklingur gerist ekki brotlegur á skilorðstímanum sbr. 3. mgr. 57. gr. Höfundur er jafnframt fylgjandi því að fleiri sakborningar sæti öryggisgæslu skv. 62. gr. hgl. með betrunarstefnu samfélagsins í huga og að einstaklingar geti þannig breytt lífi sínu til hins betra. Enn fremur vill höfundur benda á athugasemdir með lögnum sem dómarrar skulu hafa til hliðsjónar við ákvörðun refsingar.⁷⁶ Þar segir að andlegir annmarkar eigi ávallt að leiða til refsileysis en samt sem áður með undantekningum. Höfundur tekur því undir niðurstöðu í Hrd. 18. júní 2014 í máli nr. 729/2013 þar sem brot var talið það alvarlegt að refsilausn kæmi ekki til greina. Jafnframt er ljóst að hugtakið þokukenndur ásetningur er nokkuð á sveimi, og af þeim sökum ætti að meta vafa sakborningi í hag, en í því tilliti má benda á rannsóknir sem hafa sýnt fram á tengsl afbrota og heilbrigðisvandamála.

Til enn frekari stuðnings má sjá dóma í málum sem féllu í Hæstarétti frá 2007 til dagsins í dag, en aðeins í tveimur málum Hæstaréttar af átta var tekið tillit til þokukenns ásetnings við ákvörðun refsingar eða í 25% tilvika til refsilækkunar. Líklega kemur niðurstaðan lítt á óvart þegar litið er til þeirra atriða sem til greina koma þegar refsíákvörðun er metin. Á hinn bóginn ber að nefna að dómarrar eru sérfræðingar á sínu sviði og af þeim sökum má ætla að á bak við úrlausn mála liggi dýpri rökstuðningur sem ekki komi fram í dómsúrlausnum sökum anna hjá dómstólum.

⁷⁶ Alþt. 1939 – 1940, A- deild, þskj. 43 – 29 mál, athugasemdir við 15. gr. hgl.

Heimildaskrá

Andri Árnason og Stefán A. Svansson, *Aðferðarfræði - Réttarheimildir* (Háskólinn í Reykjavík 2015)

Ása Ólafsdóttir o.fl., „Skýrsla vinnuhóps um millidómstig“ (Innanríkisráðuneytið 2011)

Bjarni Össurason Rafnar, „Vímuefnavandi hjá ungu fólki: forvarnir, greining og meðferð“ [2006] *Geðvernd* 13

Brynjar Níelsson, „Glæpir og refsingar“ (2002) 8 *Lögmannablaðið* 19

„Dómarar vilja skýr svör um sakhæfi Breivik“ *mbl.is* (24. maí 2012)
<http://www.mbl.is/frettir/erlent/2012/05/24/domarar_vilja_skyr_svor_um_sakhaefi_breivik/> skoðað 9. maí 2017

Hafsteinn Þór Hauksson, „Fangelsið á Hólmsheiði“ (2015) 65 *Tímarit lögfræðinga* 1

Háskólabókasafn, „Breivik, fjölmennig - og mörk umræðunnar“ (2011) 7 *Þjóðmál* 56

Helgi Gunnlaugsson, „Afbrot og Íslendingar“ (1995) 48 *Úlfjótur* 185

Helgi Tómasson, „Geðheilbrigðisrannsóknir“ 28

Hurwitz, S, *Den danske kriminalret: almindelig del* (4. útg., Gad 1971)

Jóhannes Rúnar Jóhannsson, „Aðgát skal höfð í nærveru sálar“ [2007] *Úlfjótur* 319

Jónatan Þórmundsson, „Mat á geðrænu sakhæfi“ [1968] *Tímarit lögfræðinga* 21

——, „Eiturlyf og afbrot“ (1972) 25 *Úlfjótur* 207

——, „Líknardráp“ [1976] *Úlfjótur* 153

——, „Sakhæfi“ [1991] *Úlfjótur* 277

——, *Viðurlög við afbrotum* (Orator 1992)

——, *Afbrot og refsíabyrgð I* (Háskólaútgáfan 1999)

——, *Afbrot og refsíabyrgð II* (Háskólaútgáfan 2002)

——, *Afbrot og refsíabyrgð III* (Háskólaútgáfan 2004)

„Mannætan frá Rotenburg aftur fyrir rétti í Þýskalandi“ *mbl.is* (Reykjavík, 12. janúar 2006)
<http://www.mbl.is/frettir/erlent/2006/01/12/mannaetan_fra_rotenburg_aftur_fyrir_retti_i_thy_skal/> skoðað 18. mars 2017

Ólafur Lárusson, *Lög og saga* (Hlaðbúð 1958)

Páll Sigurðsson o.fl., *Lögfræðiorðabók: með skýringum* (Bókaútgáfan Codex 2008)

Stefán Hjörleifsson, „Ýmsar afleiðingar þekkingar“ (2003) 89 *Læknablaðið* 379

Þorgeir Ingi Njálsson, „Hugleiðingar um ákvörðun refsingar“ [1996] Tímarit lögfræðinga 13