



ML í lögfræði

Veruleg fjártjónshætta sem skilyrði
auðgunarásetnings við umboðssvik

Júní, 2018

Nafn nemanda: Stefán Ragnarsson

Kennitala: 110679 –3359

Leiðbeinandi: Eiríkur Elís Þorláksson

Útdráttur

Um umboðssvik er fjallað í 249. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 í ákvæðinu segir að, ef maður sem er í aðstöðu til þess að gera eitthvað, sem annar verður bundinn við, misnotar þá aðstöðu skuli hann sæta refsingu. Saknæmisskilyrði umboðssvika eru, annars vegar þarf að sýna þarf fram á ásetning geranda til þess að misnota aðstöðu sína og hins vegar þarf að sýna fram á auðgunarásetning samkvæmt 243. gr., sömu laga. Í auðgunarásetningi felst annars vegar ásetningur geranda til að auðga sjálfan sig eða annan og hins vegar að valda brotþola samsvarandi fjártjóni. Kröfunni um fjártjón er ekki alltaf haldið til streitu og nægir í því sambandi að sýna fram á að veruleg fjártjónshætta hafi hlotist af háttsemi geranda.

Í nýlegri dómaframkvæmd Hæstaréttar varðandi umboðssvik hafa skilyrði auðgunarásetnings, um auðgun og samsvarandi tjón, runnið saman í eitt skilyrði, verulega fjártjónshættu. Umfjöllunarefni þessarar ritgerðar er, eins og heiti hennar gefur til kynna, veruleg fjártjónshætta sem skilyrði auðgunarásetnings við umboðssvik.

Í ritgerðinni er rýnt í kenningar fræðimanna um umboðssvik, auðgunarásetning og verulega fjártjónshættu. Einnig er farið yfir kenningar fræðimanna um heimildir dómstóla við túlkun refsheimilda samkvæmt meginreglum refsiréttar og stjórnarskránni. Þá er skoðað hvort nýleg dómaframkvæmd Hæstaréttar hafi verið í samræmi við meginreglur refsiréttar og kenningar fræðimanna um verulega fjártjónshættu sem skilyrði auðgunarásetnings við umboðssvik, að hún komi aðeins í stað fjártjóns en ekki auðgunar.

Helstu niðurstöður ritgerðarinnar eru, að Hæstiréttur hafi skapað nýja réttarreglu með því að slá því föstu að veruleg fjártjónshætta, ein og sér, uppfylli skilyrði auðgunarásetnings. Með því hafi dómstóllinn farið út fyrir heimildir sínar samkvæmt stjórnarskránni og meginreglum refsiréttar.

Abstract

In the application of the fraud of agent provision of Article 249 of the Penal Code no. 19/1940, it must be demonstrated that the offender had an intent to abuse his position and the intent of enrichment in accordance with Article 243 of the Penal Code. The enrichment provision of Article 243, requires two main elements, the offenders intent to obtain enrichment for himself or for a third party and the offenders intent to cause the offended party an economic loss. In regards to the provisions requirement of an economic loss, a substantial risk of loss is sufficient. In the Supreme Court's recent case law, regarding fraud of agent, the two main elements of Article 243 have been reduced into one element, a substantial risk of loss.

The subject of this thesis is, as its name suggests, the application of a substantial risk of loss, as an element of the intent to obtain enrichment regarding fraud of agent.

The paper examined scholars doctrines on fraud of agent, the intent to enrichment and significant financial risk. The scholars' doctrine was also reviewed in regards to the Supreme Courts authority to interpret criminal provisions, according to the principles of criminal law and the constitution. It was also examined whether the recent case law of the Supreme Court has been in accordance with the principles of criminal law and theories on significant financial risk as a condition of enrichment, that it replaces only financial loss but not enrichment.

The main findings where that the Supreme Court has created a new rule of law, stating that it's sufficient to demonstrate a substantial risk of loss, as a single element of the intent of enrichment. By doing so, the Supreme Court has stepped beyond the boundaries set by the fundamental rules of the constitution.

Efnisyfirlit

Lagaskrá	V
Dómaskrá	V
1 Inngangur	1
2. Umboðssvik	3
2.1 Forsaga umboðssvika í íslenskum rétti.....	3
2.2. Fræðileg skilgreining umboðssvika	4
2.2.1 Gerendur og brotáþolar	5
2.2.2 Einhliða brot.....	6
2.2.3 Verknaðarandlag	6
2.2.4 Trúnaðarbrot	6
2.2.5 Athöfn/athafnaleysi.....	7
2.3 Skilyrði umboðssvika	8
2.3.1 Hlutlæg skilyrði.....	8
2.3.1.1 Aðstaða	8
2.3.1.2 Misnotkun á aðstöðu	10
2.3.1.3 Auðgun.....	14
2.3.1.4 Orsakasamband og vávæni.....	15
2.3.1.5 Neðri mörk	16
2.3.2. Huglæg skilyrði	17
2.3.2.1 Ásetningur samkvæmt 18. gr.....	17
2.3.2.2 Ásetningur til auðgunar.....	18
2.4 Umboðssvik í dönskum rétti	18
2.5 Umboðssvik án auðgunarásetnings.....	21
3. Auðgunarásetningur.....	22
3.1 Hlutlæg skilyrði	23
3.1.1 Efnisleg skerðing.....	23
3.1.2 Röskun á fjárskiptagrundvellingum	23
3.1.3 Ólögæt yfirfærsla fjármuna.....	24
3.2 Huglæg skilyrði.....	24
4. Fjártjónshætta og tilslökunarreglan	25
5. Meginreglur refsiréttar samkvæmt 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrár.....	27
5.1 Meginreglan um lögbundnar refsheimildir.....	28
5.1.1 Réttarheimspekilegar forsendur að baki reglunni.....	29
5.1.2 Inntak og gildissvið reglunnar	30
5.2 Meginreglan um skýrleika refsheimilda	32
5.2.1 Inntak og gildissvið	32
5.2.2 Mannréttindasáttmáli Evrópu.....	33
6. Túlkun refsíákvæða	35
6.1 Lögskýringargögn	36
6.1.1 Undirbúningsgögn	36
6.1.2 Greinargerðir með lagafrumvörpum	36
6.1.3 Umræður og meðferð mála hjá löggjafanum.....	38
6.1.4 Skýrslur ráðherra og svör við fyrirspurnum	38
6.2 Lögskýringarsjónarmið	39

6.2.1 Lagatexti.....	39
6.2.2 Tilgangur laga eða lagaákvæðis.....	40
6.2.3 Uppruni ákvæðis og tengsl við eldri lög.....	40
6.2.4 Lagasamræmi	41
6.2.5 Fordæmi og dómvenjur	41
6.2.6 Meginreglur laga	43
6.2.7 Eðli máls.....	44
6.3 Lögskýringarleiðir.....	44
6.3.1 Almenn lögskýring	45
6.3.2 Rýmkaði lögskýring.....	46
6.3.3 Þrengjaði lögskýring.....	49
7. Lögjöfnun	50
7.1 Skilyrði lögjöfnunar.....	50
7.2 Fullkomin lögjöfnun	52
8. Túlkunarregla refsiréttar	54
8.1 Röksemdir á bak við túlkunarregluna	54
8.1.1 Réttarríkissjónarmið	55
8.1.1.1 Viðvörðunarsjónarmið	55
8.1.1.2 Refsivörslusjónarmið.....	56
8.1.2 Sjónarmið um þriggreiningu ríkisvalds	57
8.2 Beiting reglunnar	57
9. Túlkun Hæstaréttar	59
10. Niðurstöður	62
Heimildarskrá.....	64

Lagaskrá

Íslensk lög

Almenn hegningarlög nr. 19/1940

Stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944

Lög um Mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994

Stjórnskipunarlög nr. 97/1995

Lög um meðferð sakamála nr. 88/2008

Dönsk lög

LBKG 2015-07-09 nr. 873 Straffeloven

Alþingistíðindi

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

Alþt. 1994-1995, A-deild, þskj. 389 - 297. mál

Dómaskrá

Hæstaréttardómar

Hrd. 20. júní 1938 í máli nr. 84/1937

Hrd. 19. júní 1947 í máli nr. 134/1946

Hrd. 28. apríl 1965 í máli nr. 203/1964

Hrd. 5. maí 1965 í máli nr. 47/1965

Hrd. 19. október 1978 í máli nr. 199/1977

Hrd. 1. desember 1983 í máli nr. 85/1983

Hrd. 14. nóvember 1985 í máli nr. 127/1985

Hrd. 5. desember 1985 í máli nr. 177/1985

Hrd. 13. október 1988 í máli nr. 320/1988

Hrd. 4. maí 1995 í máli nr. 105/1995

Hrd. 9. nóvember 1995 í máli nr. 146/1995

Hrd. 19. febrúar 1998 í máli nr. 435/1997

Hrd. 22. október 1998 í máli nr. 242/1997

Hrd. 3. mars 2005 í máli nr. 244/2004

Hrd. 14. apríl 2005 í máli nr. 8/2005

Hrd. 10. október 2005 í máli nr. 420/2005

Hrd. 6. apríl 2006 í máli 472/2005

Hrd. 14. desember 2006 í máli nr. 312/2006

Hrd. 25. janúar 2007 í máli nr. 181/2006

Hrd. 12 maí 2010 í máli nr. 502/2009

Hrd. 13. október 2011 í máli nr. 184/2011

Hrd. 23. febrúar 2012 í máli nr. 592/2011

Hrd. 18. apríl 2013 í máli nr. 310/2012

Hrd. 13. febrúar 2014 í máli nr. 88/2013

Hrd. 12. febrúar 2015 í máli nr. 145/2014

Hrd. 8. október 2015 í máli nr. 456/2014

Hrd. 11. maí 2017 í máli nr. 452/2016

Hrd. 14. desember 2017 í máli nr. 830/2016

Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu

Kokkinakis v. Greece App no 14307/88 (ECHR 25 may 1993)

Laukkanen v. Finland App no 48910/99 (ECHR 1 june 2004)

Salov v. Ukraine App no 65518/01 (ECHR 27 april 2004)

1 Inngangur

Umboðssvik eru refsiverð samkvæmt 249. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Í ákvæðinu segir, að hver sá sem fengið hefur aðstöðu til þess að gera eitthvað, sem annar maður verður bundinn við, eða hefur fjárreiður fyrir aðra á hendi, misnotar þessa aðstöðu sína, skuli sæta fangelsi allt að tveimur árum en allt að sex árum ef sakir eru miklar. Sérstaka viðbótar verknaðarlýsingu fyrir auðgunarbrot er að finna í 243. gr. almennra hegningarlaga sem áskilur að auðgunarásetningur búi að baki auðgunarbrotum. Í greinargerð með frumvarpi því er varð að almennum hegningarlögum, eru tilgreind í skýringum við 243. gr., tvö skilyrði fyrir auðgunarásetningi, auðgun og samsvarandi fjártjón.¹ Af framangreindum ákvæðum má ráða að skilyrði þess að manni verði refsað fyrir auðgunarbrot, í formi umboðssvika, er að hann hafi haft ásetning til þess að misnota aðstöðu sína í auðgunarskyni.

Í dómaframkvæmd hefur Hæstiréttur talið nægjanlegt að sýnt sé fram á verulega fjártjónshættu svo skilyrðum auðgunarásetnings sé fullnægt. Umfjöllunarefni ritgerðar þessarar er veruleg fjártjónshætta sem skilyrði fyrir auðgunarásetningi í umboðssvikum, í ljósi þeirra meginreglna refsiréttar sem leiddar verða af 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar.

Í 1. mgr. 1. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, segir að óheimilt sé að refsa manni, nema hann hafi gerst sekur um þá háttsemi, sem refsing er lögð við í lögum, eða megi öldungis jafna til hegðunar, sem að lögum er lýst refsiverð. Í 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944, sbr. 7. gr. stjórnskipunarlaga nr. 97/1995, er kveðið á um að engum skuli gert að sæta refsingu nema hann hafi gerst sekur um háttsemi sem var refsiverð samkvæmt lögum á þeim tíma þegar hún átti sér stað eða má fullkomlega jafna til slíkrar háttsemi. Þá er 1. mgr. 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. 1. gr. laga um Mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994, efnislega samsvarandi 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar. Af framangreindum ákvæðum er talið að leiða megi þrjár grundvallarreglur, sem sérstakt vægi hafa á sviði refsiréttar. Meginregluna um lögbundnar refsheimildir, meginregluna um skýrleika refsheimilda og túlkunarreglu refsiréttar. Þessar meginreglur sníða dómstólum ákveðinn ramma sem þeir verða að starfa innan þegar þeir komast að niðurstöðu um sekt eða sýknu sakbornings. Það er með hliðsjón af framangreindum meginreglum sem rannsóknarefni þessarar ritgerðar verður skoðað.

Umboðssvik, án þess að auðgunarásetningur teljist vera sannaður, falla aftur á móti undir XXVII. kafla almennra hegningarlaga sem fjallar um ýmis brot er varða fjárréttindi. Samkvæmt 261. gr. kaflans varðar slíkt brot sektum eða fangelsi allt að einu ári. Það getur haft

¹ Alþt. 1939-1940, A-deild, þskj. 43 - 29. mál.

verulega þýðingu fyrir ákærða hvort háttsemi hans verði felld undir ákvæði auðgunarbrotu kaflans eða önnur almenn ákvæði hegningarlaganna. Í fyrsta lagi eru almennt verulega þyngri refsingar við auðgunarbrotum auk þess sem sérstakar refsibýngingarheimildir 255. gr. laganna heimila allt að helmings þyngingu refsingar fyrir auðgunarbrot sem framið er í annað sinn og allt að tvöfalt þyngri refsingu fyrir þriðja brot.

Fjölmarginir dómur hafa fallið í Hæstarétti þar sem ákært hefur verið fyrir umboðssvik. Að því er varðar umfjöllunarefni ritgerðar þessarar má skipta þeim dómum í tvo flokka. Annars vegar þar sem ákærða er gefin að sök umboðssvik, sjálfum sér eða öðrum til hagsbóta og valdið brotþola samsvarandi tjóni. Hins vegar þar sem ákærða er gefin að sök umboðssvik og að hafa með háttsemi sinni, lagt fjármuni brotþola í verulega fjártjónshættu. Í þessum tilvikum hafa dómstólar lagt að jöfnu, ásetning brotamanns til þess að tefla fjármunum brotþola í verulega fjártjónshættu við skilyrði 243. gr., um auðgunarásetning. Það er einkum þessi síðari flokkur mála sem verður til umfjöllunar hér.

Í ritgerðinni verður fjallað um hvaða heimildir eru almennt viðurkenndar til handa dómstólum við túlkun refsiaákvæða. Einnig hvort dómstólar hafi, við túlkun og beitingu 243. gr., í tengslum við umboðssvik, starfað innan þeirra marka sem fyrrnefndar meginreglur refsiréttar setja þeim. Þannig verður leitað svara við því hvort túlka megi hugtakið, auðgunarásetning samkvæmt 243. gr., svo rúmt að veruleg fjártjónshætta falli þar undir, eða hvort dómstólar hafi gengið svo langt í túlkun sinni að þeir hafi í raun sett nýja refsheimild.

Við leit að svörum við álitaeftum ritgerðarinnar verður rýnt í skrif íslenskra og danskra fræðimanna um umboðssvik, auðgunarásetning og verulega fjártjónshættu. Einnig verður farið ítarlega yfir helstu kenningar íslenskra fræðimanna um skýrleika refsheimilda og túlkun lagaákvæða. Þá verða allir dómur Hæstaréttar er varða umboðssvik, frá setningu almennra hegningarlaga allt til ársloka 2017, skoðaðir ítarlega í því skyni að varpa ljósi á með hvaða rökum rétturinn leggur verulega fjártjónshættu að jöfnu við auðgunarásetning. Þá verður dómafrankvæmd Hæstaréttar borin saman við kenningar fræðimanna á framangreindum efnisatriðum.

Uppbygging ritgerðarinnar verður með þeim hætti að í kafla 2 er gerð grein fyrir forsögu umboðssvikaákvæðis hegningarlaganna. Einnig er gerð grein fyrir fræðilegri skilgreiningu umboðssvika sem og hlutlægum og huglægum skilyrðum þeirra. Þá er umboðssvikum að dönskum rétti gerð skil. Loks er gerð grein fyrir umboðssvikum án auðgunarásetnings. Í kafla 3 er fjallað um auðgunarásetning, þar er gerð grein fyrir hlutrænum efnisþáttum auðgunarásetnings sem og þeirri huglægu afstöðu brotamanns, sem áskilin er við auðgunarbrot. Í kafla 4 er fjallað um verulega fjártjónshættu og tilslökunarreglan útskýrð sem

og áhrif hennar á refsinaemi umboðssvika. Í kafla 5 er fjallað um tvær af þremur meginreglum refsiréttar sem leiddar eru af 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar en þær eru meginreglurnar um lögbundnar refsheimildir og skýrleika refsheimilda. Í kafla 6 er fjallað um þau lögskýringargögn, sjónarmið og lögskýringarleiðir sem viðurkenndar eru af fræðimönnum og dómaframkvæmd, að gildi við túlkun og beitingu refsheimilda. Í kafla 7 er fjallað um lögjöfnun, hvað hún felur í sér og hver skilyrðin eru fyrir beitingu hennar í refsirétti. Í kafla 8 er fjallað túlkunarreglu refsiréttar og áhrif hennar á val dómara á lögskýringarleið. Í kafla 9 er skoðað hvernig Hæstiréttur hefur beitt reglunni um verulega fjártjónshættu sem skilyrði auðgunarásetnings í umboðssvikum. Kafli 10 er niðurstöðukafli ritgerðarinnar. Þar verður skoðuð dómaframkvæmd Hæstaréttar í umboðssvikamálum, verður sjónum beint að því með hvaða hætti Hæstiréttur beitir hugtakinu veruleg fjártjónshætta sem skilyrði auðgunarásetnings og borið saman við þær túlkunarheimildir sem honum eru viðurkenndar í sakamálum.

2. Umboðssvik

2.1 Forsaga umboðssvika í íslenskum rétti

Almenn hegningarlög nr. 19/1940 tóku gildi 12. febrúar 1940 og leystu þau af hólmi fyrstu almennu hegningarlög Íslands, þágildandi almenn hegningarlög handa Íslandi frá 25. júní 1869. Þau nýmæli voru í hinum nýju hegningarlögum, að auðgunarbrot voru saman tekin í einn kafla þar sem sameiginlegt sérkenni þeirra brota, að þau séu framin í auðgunarskyni, birtist í upphafsgrein kaflans. Nýmæli fólust einnig í breyttri efnisskipan ákvæða um svik og svið þeirra rýmkað með tilkomu umboðssvikaákvæðis 249. gr. laganna.² Ákvæðið er svohljóðandi „Ef maður, sem fengið hefur aðstöðu til þess að gera eitthvað, sem annar maður verður bundinn við, eða hefur fjárreiður fyrir aðra á hendi, misnotar þessa aðstöðu sína, þá varðar það fangelsi allt að 2 árum, og má þyngja refsinguna, ef mjög miklar sakir eru, allt að 6 ára fangelsi.“ Hvorki í lagaákvæðinu sjálfu né í skýringum við það í greinargerð með frumvarpi því er varð að almennum hegningarlögum er notað orðið umboðssvik. Ákvæðið átti sér fyrirmynd í dönsku hegningarlögunum frá árinu 1930 og er vísað til þess ákvæðis í dönskum rétti sem mandatssvig, sem útleggst á íslensku sem umboðssvik og virðist heitið koma þaðan.³ Heiti ákvæðisins, umboðssvik, er þó ekki alveg lýsandi fyrir þá háttsemi sem ákvæðið leggur bann við. Í greinargerð er fylgdi frumvarpi með almennum hegningarlögum segir í skýringum við 249. gr., að bann við misnotkun aðstöðu til þess að gera eitthvað, sem annar maður verður bundinn við, eigi ekki aðeins við umboð, heldur raunverulega aðstöðu til þess að gera eitthvað.

² sama heimild.

³ sama heimild.

Þá segir einnig að ákvæðinu sé ætlað að koma í veg fyrir að menn, er hafa fjárreiður á höndum fyrir aðra, svo sem fjárhaldsmenn eða framkvæmdarstjórar fyrir félög og stofnanir, misnoti aðstöðu sína, sér eða öðrum til hagsbóta en umbjóðanda sínum til tjóns.⁴

Fyrsta málið sem kom til kasta Hæstaréttar er varðaði umboðssvikaákvæði 249. gr. var árið 1947 „Réttvísinn og valdstjórnin gegn Guðmundi Holberg og Brynjólfi Einarssyni.“⁵ Ákærðu voru stjórnarformaður og ritari stjórnar Hótel Heklu h/f. Voru þeir sakfelldir fyrir umboðssvik, með því að hafa gefið út tryggingarbréf með veði í fasteign í eigu félagsins til tryggingar greiðslu á persónulegri skuld stjórnarformannsins. Greiðsla barst ekki á tilsettum tíma og eignaðist lánadrottinn stjórnarformannsins veð í fasteign félagsins. Héraðsdómur taldi að með ráðstöfun sinni hefðu ákærðu misnotað aðstöðu sína gagnvart félaginu á þann veg að refsingu skyldi varða samkvæmt 249. gr. almennra hegningarlaga. Hæstiréttur staðfesti þá niðurstöðu með vísan til raka héraðsdóms. Virðist lítið hafa reynt á ákvæðið fyrir Hæstarétti næstu áratugina á eftir, eða aðeins níu sinnum á fjörutíu árum. Talsverð aukning hefur verið á sakamálum vegna umboðssvik á síðustu árum. Alls er um að ræða 49 Hæstaréttardóma og þar af féllu 23 dómar á árunum 2007 til 2017.

2.2. Fræðileg skilgreining umboðssvika

Umboðssvik falla undir flokk auðgunarbrotu líkt og staða þeirra innan almennra hegningarlaga gefur til kynna. Auðgunarbrot hafa með sér nokkur sameiginleg einkenni. Ekki verður refsað fyrir auðgunarbrot nema sannað sé að þau hafi verið framin af ásetningi í samræmi við kröfu 18. gr. almennra hegningarlaga. Ennfremur þarf að sanna að þau hafi verið framin af auðgunarásetningi skv. 243. gr. almennra hegningarlaga. Verndarandlag auðgunarbrotu eru fjárhagsleg verðmæti, þá eru slík brot í eðli sínu að mestu tjónsbrot.⁶ Segja má að auðgunarbrot séu brot sem fela í sér ólögmetta yfirfærslu ápreifanlegra verðmæta, til þeirra einstaklinga eða lögaðila sem ekki eiga með réttu tilkall til þeirra.⁷

Auðgunarbrot hafa einnig ýmis sérkenni sem notuð eru til þess að flokka þau nánar. Sérkenni einstaka auðgunarbrotu birtast í verknaðarlýsingu ákvæðanna, stöðu þeirra innan auðgunarbrotakaflans og þróunar þeirra í réttarframkvæmd. Á grundvelli þessara þátta hefur Jónatan Þórmundsson sett fram skilgreiningu á umboðssvikaákvæði 249. gr. almennra hegningarlaga. Samkvæmt skilgreiningu Jónatans á umboðssvikum, fela þau í sér „einhliða og

⁴ sama heimild.

⁵ Hrd. 19. júní 1947 í máli nr. 134/1946.

⁶ Jónatan Þórmundsson, „Umboðssvik“ (2007) 4 Tímarit Lögréttu 171, 174.

⁷ sama heimild 172.

ólögmæta misnotkun á aðstöðu eða trúnaðar til þess að gera eitthvað eða láta eitthvað ógert, sem annar maður eða lögaðili verður bundinn við, enda sé verkið unnið af auðgunarásetningi.⁸ Þykir rétt að gera hér stuttlega grein fyrir þeim efnisþáttum, skilgreiningar þessarar, er máli skipta.

2.2.1 Gerendur og brotapolar

Við fyrstu sýn mætti ráða af orðalagi umboðssvikaákvæðisins, að bæði gerandi og brotþoli umboðssvika, geti aðeins verið einstaklingar en ekki fyrirtæki, félag eða stofnanir. Hins vegar er í skilgreiningu umboðssvika, sem nefnd var í kafla 2.2, gert ráð fyrir rýmri skilningi á hugtakinu „maður“ þegar rætt er um brotþola, þannig að brotþoli geti einnig verið lögaðili. Talið hefur verið að lagatexti ákvæðisins hafi fyrst og fremst miðast við það sem tíðkaðist í viðskiptum á þeim tíma sem hegningarlögin voru sett, að fjármálaviðskipti fóru aðallega fram á milli einstaklinga. Því hefur verið litið svo á að samræmingarsjónarmið leiddu til þess að, ekki væri unnt að láta refsíabyrgð vegna umboðssvika ráðast af því hvort brotþoli væri einstaklingur eða lögaðili.⁹ Þá virðist í dómaframkvæmd Hæstaréttar ekki hafa verið uppi vafi um hvort brotþoli umboðssvika geti verið lögaðili. Sem dæmi má benda á áður nefndan dóm Hæstaréttar í máli nr. 134/1946,¹⁰ sem var fyrsta dómsmál sem rekið var fyrir Hæstarétti vegna umboðssvika á Íslandi. Brotþoli þess máls var hlutafélag en ákærðu voru stjórnarmenn þess félags. Þá má einnig benda á að í öllum málum þar sem sakfelld hefur verið fyrir umboðssvik á árunum 2014 til og með 2017, hefur brotþoli verið lögaðili. Samkvæmt þessu má slá því föstu að brotþoli umboðssvika geti verið lögaðili.

Í II. kafla A, almennra hegningarlaga er fjallað um refsíabyrgð lögaðila. Samkvæmt 19. gr. c, er refsíabyrgð lögaðila bundin því skilyrði að, fyrirsvarsmáður lögaðila, starfsmaður hans eða annar á hans vegum hafi með sagnæmum hætti unnið refsinaeman og ólögmætan verknað í starfsemi. Þá verður lögaðila refsað þrátt fyrir að ekki hafi verið sýnt fram á, hver framangreindra aðila átti í hlut. Sé þessum skilyrðum fullnægt er heimilt að láta lögaðila sæta refsíabyrgð og sviptingu réttinda samkvæmt 2. mgr. 68. gr. hegningarlaga, sbr. 19. gr. d. sömu laga. Ljóst er að refsíabyrgð lögaðila vegna umboðssvika takmarkast óhjákvæmilega við sektir og mögulega sviptingu réttinda, enda getur lögaðili ekki setið í fangelsi.

⁸ sama heimild 173.

⁹ sama heimild 174.

¹⁰ Hrd. 19. júní 1947 í máli nr. 134/1946.

2.2.2 Einhliða brot

Af orðalagi 249. gr. almennra hegningarlaga er ljóst að umboðssvik krefjast ekki atbeina brotþola til framningu brots. Verknaðarlýsing og fullframning brotsins felur í sér einhliða aðgerð hins brotlega þar sem hann misnotar aðstöðu sína.¹¹ Umboðssvik eru því einhliða brot, ólíkt til dæmis fjársvikum samkvæmt 248. gr., þar sem gerandi beitir blekkingum til þess að fá einhvern til þess að gera eitthvað eða láta eitthvað ógert, og hefur þannig fé af honum eða öðrum.

Einhliða brot auðgunarkaflans eru þónokkur og ólík innbyrðis. Með hliðsjón af verknaðaraðferðum þeirra og fullframningarstigi má skipta einhliða brotum í þrjá flokka. Brot eins og þjófnaður eða gripdeild eru í flokki tökubrota. Þá falla brot eins og fjárdráttur í flokk tileinkunarbrota. Loks eru svo brot sem fela í sér ólögsmæta ráðstöfun, umboðssvik falla í þann flokk og eru þau fullframin við misnotkun á aðstöðu.¹²

2.2.3 Verknaðarandlag

Almennt hefur verið litið svo á að andlag umboðssvika sé mjög víðtækt. Fyrir því hafa verið nefndar einkum tvær ástæður. Annars vegar að enga afmörkun andlagsins er að finna, hvorki í ákvæðinu sjálfu né skýringum við það í greinargerð. Hins vegar þá fela umboðssvik ekki eingöngu í sér ólögsmæta ráðstöfun verðmæta heldur einnig ólögsmæta öflun fjárvinnings sem ekki á lögmætt tilkall til þess.¹³ Þá má einnig líta til athugasemda við auðgunarbrota kafla, í greinargerð sem fylgdi frumvarpi til almennra hegningarlaga, þar sem fram kemur að 249. gr. hafi verið bætt við til þess að rýmka gildissvið ákvæða um svik. Andlag umboðssvika hefur því verið afmarkað sem „hvers konar áþreifanleg eða óáþreifanleg fjárverðmæti, sem hafa viðskiptagildi, svo sem lausafjármunir, peningar, fasteignir, óbein eignarréttindi eða kröfuréttindi.“¹⁴

2.2.4 Trúnaðarbrot

Megin sérkenni umboðssvika er misnotkun á aðstöðu eða trúnaði. Umboðssvik fela þannig í sér að gerandi hafi með háttsemi sinni brotið gegn trúnaði eða trausti umbjóðanda síns. Í tilfelli umboðssvika eru tengsl geranda og umbjóðanda oftast með þeim hætti að, gerandi er í þjónustu brotþola og oftast háður honum um vinnu eða verkefni og þar með endurgjald, þó

¹¹ Jónatan Þórmundsson, „Umboðssvik“ (n. 6) 177.

¹² Jónatan Þórmundsson, „Einkenni auðgunarbrota: tengsl þeirra innbyrðis og við önnur brot“ [2008] Tímarit lögfræðinga 403, 412–413.

¹³ Jónatan Þórmundsson, „Umboðssvik“ (n. 6) 177.

¹⁴ sama heimild.

ekki alltaf.¹⁵ Annars vegar er trúnaðarsambandið fólgið í raunverulegri aðstöðu til þess að binda annan, til dæmis handhafi tryggingarvísils, sbr. **Hrd. 85/1983**.¹⁶ Í málinu var ákærði sakfelldur fyrir umboðssvik með því að hafa ritað hærri fjárhæð á tryggingarvísil en ábekingur hafði heimilað honum. Hins vegar getur trúnaðarsambandið verið fólgið í því að gerandi hafi fjárreiður á hendi fyrir aðra. Í því felst annars vegar að gerandi hafi einhverskonar stöðuumboð í skjóli lagaheimildar eða samnings, til dæmis fjárhaldsmaður eða lögmaður. Hins vegar að gerandi sé í einhverskonar vinnuréttarsambandi við brotþola, er þá áskilið að gerandi njóti ákveðins trúnaðar og sjálfstæðis í starfi sínu.¹⁷ Sem dæmi má nefna framkvæmdarstjóra félags eða verslunarstjóra í verslun, sbr. **Hrd. 592/2011**,¹⁸ þar sem verslunarstjóri var sakfelldur fyrir umboðssvik gagnvart vinnuveitanda sínum.

2.2.5 Athöfn/athafnaleysi

Í umboðssvikaákvæði 249. gr. og skýringum við ákvæðið í greinargerð er fjallað um að maður hafi fengið aðstöðu til þess að gera eitthvað, sem annar maður verður bundinn við. Hins vegar segir í fyrrnefndri skilgreiningu Jónatans að misnotkun á aðstöðu, feli í sér að gera eitthvað eða láta eitthvað ógert. Þannig er lagt að jöfnu, athöfn og athafnarleysi. Hér er á því byggt að ákvæðið eigi ekki aðeins við um athafnir hins brotlega, heldur einnig athafnaleysi. Hér er um að ræða refsivert athafnarleysi eða óbeint athafnaleysi, en talið er að slíku athafnarleysi megi samsama athöfn eða verknaði.¹⁹ Þess má einnig geta að í greinargerð sem fylgdi frumvarpi með almennum hegningarlögum, segir í skýringum við 1. gr., að þar sem talað er um refsiverðan verknað sé einnig átt við refsivert athafnaleysi. Í dómaframkvæmd Hæstaréttar má sjá þess dæmi að menn hafi verið sakfelldir fyrir umboðssvik, með athafnaleysi. Sem dæmi má nefna **Hrd. 310/2012**.²⁰ Í málinu var ákærða gefið að sök umboðssvik, með því að hafa misnotað aðstöðu sína sem framkvæmdarstjóri V hf. og stofnað fjármunum félagsins í verulega fjártjónshættu. Í ákærulið héraðsdóms er háttsemi ákærða lýst með eftirfarandi hætti:

Útbúið tilhæfulaust skjal á ensku í nafni VSP með nafninu tryggingavörslusjóðir, dags. 17. október 2006, undirritað af ákærða, og látið viðgangast og ekki gert athugasemdir við að í útboðslýsingu skuldabréfaútboðs bandaríska fyrirtækisins A Inc., dags. 18. október 2006, sem skráð var í Kauphöll Ermasundseyja (sic.) í október 2006, kæmi fram að skuldabréfaútboðið væri tryggt með 700 milljón bandaríkjadala

¹⁵ sama heimild.

¹⁶ Hrd. 1. desember 1983 í máli nr. 85/1983.

¹⁷ Andrés Þorleifsson, „Skilyrði umboðssvika“ (2009) 62 Úlfjótur 365, 374.

¹⁸ Hrd. 23. febrúar 2012 í máli nr. 592/2011.

¹⁹ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíábyrgð. I* (Háskólaútgáfan 1999) 83–84.

²⁰ Hrd. 18. apríl 2013 í máli nr. 310/2012.

tryggingavörsluábyrgð á milli A Inc. og VSP. Skjalið tryggingavörslusjóðir var til grundvallar útboðslýsingunni.

Hér að framan er í ákæru vísað til þess að ákærði hafi útbúið skjalið og látið viðgangast athugasemdarlaust þær upplýsingar sem þar komu fram. Hér er annars vegar lýst athafnarbroti, þegar ákærði útbýr skjalið og hins vegar athafnaleysisbroti, þegar ákærði lætur skjalið viðgangast athugasemdarlaust. Ákærði var sýknaður í héraði og kom sú niðurstaða ekki til endurskoðunar fyrir Hæstarétti.

2.3 Skilyrði umboðssvika

Skilyrði þess að maður verði talinn hafa gerst sekur um umboðssvik, svo refsingu varði, má skipta í tvennt. Annars vegar hlutlæg skilyrði þ. e. hvaða háttsemi þarf að hafa verið viðhöfð og við hvaða aðstæður. Hins vegar huglæg skilyrði, með öðrum orðum hver var huglæg afstaða geranda til háttseminnar. Um hlutlæg skilyrði umboðssvika er fjallað í ákvæðinu sjálfu. Huglægum skilyrðum umboðssvika er annars vegar lýst í 18. gr. hegningarlaga, um ásetning og hins vegar í 243. gr. hegningarlaga um auðgunarásetning. Ekki verður refsað fyrir umboðssvik nema öll hlutræn og huglæg skilyrði þess séu uppfyllt.

2.3.1 Hlutlæg skilyrði

Segja má að hlutlæg skilyrði umboðssvika séu fjögur.²¹ Fyrir það fyrsta, þarf að vera fyrir hendi aðstaða. Í öðru lagi þarf sú aðstaða að vera misnotuð. Í þriðja lagi þarf gerandi að misnota aðstöðu sína, sjálfum sér eða öðrum til hags. Í fjórða lagi þarf að vera orsakasamband á milli misnotkunar á aðstöðu og röskunar á fjárskiptagrundvellingum. Verður hér gerð nánari grein fyrir framangreindum skilyrðum umboðssvika. Sérstaklega verður þó fjallað um þriðja skilyrðið, auðgunarásetning, í kafla 3 hér á eftir.

2.3.1.1 Aðstaða

Sé litið til orðalags umboðssvikaákvæðis 249. gr., skýringa við ákvæðið í greinargerð við frumvarp þess er varð að almennum hegningarlögum sem og dómaframkvæmdar er ljóst að, ákvæðið fjallar um misnotkun á tvenns konar aðstöðu. Annars vegar ef maður hefur fengið aðstöðu til þess að gera eitthvað sem annar maður verður bundinn við og hins vegar ef maður hefur fjárreiður fyrir aðra á hendi.

²¹ Andrés Þorleifsson (n. 17) 372.

Í greinargerð frumvarps almennra hegningarlaga nr. 19/1940 segir um 249. gr., að ákvæðið eigi ekki aðeins við um umboð heldur einnig raunverulega aðstöðu til þess að gera eitthvað sem bindur annan mann. Þá sé ákvæðið einnig til verndar gegn því að menn, sem hafa á hendi fjárreiður fyrir aðra, misnoti aðstöðu sína, sér eða öðrum til hagsbóta en umbjóðanda sínum til tjóns. Í greinargerðinni eru fjárhaldsmenn og framkvæmdarstjórar fyrirtækja eða stofnanna, taldir upp í dæmaskyni, um þá sem fallið geta undir seinni málslið ákvæðisins.²²

Ekki verður fundið hagnýtt gildi þess að greina á milli hvort háttsemi geranda í umboðssvikum falli undir 1. eða 2. málslið ákvæðisins þar sem ekki er hefð fyrir því í íslenskrri dómaframkvæmd að greina þar á milli. Þá er einnig óþarfi að tiltaka í ákæru undir hvorn málslið háttsemin heyrir.²³

Réttarsamband geranda og brotþola þarf hvorki að hafa stofnast með formlegum hætti né vera varanlegt. Réttarsamband þeirra getur því grundvallast af samningi, lögum, reglugerðum eða fyrir tilviljun.²⁴

Refsiábyrgð vegna umboðssvika takmarkast við þann sem er í ákveðinni aðstöðu til þess að binda annan mann, sem síðan misnotar þá aðstöðu, sjálfum sér eða öðrum til hagsbóta en brotþola til tjóns. Hins vegar leiðir það af 1. mgr. 22. gr. almennra hegningarlaga að, sá sem með liðsinni í orði eða verki, fortölum, hvatningu eða á annan hátt á þátt í því að framið sé umboðssvik, getur gerst sekur um hlutdeild í umboðssvikum, án þess að hafa sjálfur verið í þeirri aðstöðu er misnotuð var.²⁵ Í dæmaskyni má nefna dóm **Hæstaréttar nr. 147/2014 (Al Thani)**.²⁶ Ákærði H, var meðal annars sakfelldur fyrir umboðssvik, með því að hafa misnotað aðstöðu sína sem forstjóri K banka hf., þegar hann gaf þremur starfsmönnum bankans fyrirmæli á fundi um að greiða út lán að fjárhæð 50 milljón USD til BT Ltd., án nokkurra veðtrygginga og brotið gegn lánareglum bankans með því að afla ekki samþykkis lánanefndar.

Um sakargiftir á hendur ákærða M, fyrir að hafa tekið þátt í því með ákærða H að fyrirskipa starfsmönnum K hf. að greiða út umrætt lán til BT Ltd., segir í dómi Hæstaréttar:

að sannað sé að ákærði Magnús hafi átt fullan þátt í því með ákærða Hreiðari að hafa gefið starfsmönnum bankans fyrirmæli á fundi 18. september 2008 um þessa lánveitingu, svo og að lánið skyldi greitt út næsta dag. Yfir þessum starfsmönnum hafði ákærði Magnús ekki boðvald, en með atbeina sínum veitti hann ákærða Hreiðari liðsinni í skilningi 1. mgr. 22. gr. almennra hegningarlaga til þess brots gegn 249. gr. sömu laga, sem ákærði Hreiðar hefur verið sakfelldur fyrir hér að framan.

²² Alþt. 1939-1940, A-deild, þskj. 43 - 29. mál.

²³ Andrés Þorleifsson (n. 17) 375.

²⁴ sama heimild 373.

²⁵ sama heimild 376.

²⁶ Hrd. 12. febrúar 2015 í máli nr. 145/2014.

Þá segir einnig í dómi Hæstaréttar:

Að þessu virtu og með því að ákærða Magnúsi voru ekki síður en ákærða Hreiðari að fullu ljós öll áðurgreind atvik, sem ollu Kaupþingi banka hf. verulegri fjártjónshættu af lánveitingunni 19. september 2008 til Brooks Trading Ltd., verður ákærði Magnús sakfelldur fyrir þá hlutdeild í framkvæmd brots ákærða Hreiðars, sem að framan greinir. Þessi háttsemi ákærða Magnúsar varðar við 249. gr., sbr. 1. mgr. 22. gr. almennra hegningarlaga og eru sakir hans mjög miklar í skilningi fyrrnefnda lagaákvæðisins.

Af framangreindum dóm má ráða að ef tveir, eða fleiri, fremja umboðssvik en aðeins einn þeirra er í þeirri aðstöðu sem misnotuð er, verða samverkamenn hans sakfelldir fyrir hlutdeild í umboðssvikunum.

Séu báðir gerendur í aðstöðu til þess að binda annan mann og misnoti þeir þá aðstöðu, er litið svo á að báðir séu aðalmenn í broti og yrði því dæmt fyrir samverknað. Slík staða var uppi í fyrrnefndu máli **Hrd. 144/1946**.²⁷ Í málinu voru stjórnarformaður og ritari stjórnar Hótel Heklu h/f., sakfelldir fyrir umboðssvik, með því að hafa gefið út tryggingarbréf með veði í fasteign í eigu félagsins til tryggingar greiðslu á persónulegri skuld stjórnarformannsins. Greiðsla barst ekki á tilsettum tíma og eignaðist lánadrottinn stjórnarformannsins veð í fasteign félagsins.

2.3.1.2 Misnotkun á aðstöðu

Misnotkun á aðstöðu er eina verknaðarlýsing umboðssvikaákvæðisins, hver sem misnotað hefur aðstöðu svo bindandi sé fyrir annan aðila, hefur gerst sekur um umboðssvik. Við athugun á því hvort háttsemi geranda heyri undir umboðssvik þarf að skera úr um tvö atriði. Annars vegar hvort háttsemi geranda hafi falið í sér notkun á aðstöðu og hins vegar hvort sú notkun hafi falið í sér misnotkun.²⁸

Við mat á fyrra atriðinu, þ. e. hvort gerandi hafi notfært sér aðstöðu sína, þarf að skera úr um það hvort, gerandi hafi framið verknað sinn í skjóli einhverskonar trúnaðar eða trausts sem hann naut hjá brotþola. Til skýringar má líta til niðurstöðu héraðsdóms í **Hrd. 146/1995**.²⁹ Í málinu var forstöðumanni hagdeildar BÍ gefið að sök umboðssvik, með því að hafa, misnotað aðstöðu sína sjálfum sér til ávinnings og bankanum til samsvarandi tjóns. Í niðurstöðu héraðsdóms segir að ákærði hafi gert samkomulag um afláttarkjör af gjaldeyrisviðskiptum, sem

²⁷ Hrd. 19. júní 1947 í máli nr. 134/1946.

²⁸ Andrés Þorleifsson (n. 17) 378–379.

²⁹ Hrd. 9. nóvember 1995 í máli nr. 146/1995.

forráðamönnum bankans hafi verið kunnugt um. Þá hafi forráðamönnum bankans einnig verið kunnugt um, að ákærði lagði inn umtalsverða fjárhæð í upphafi viðskipta sinna við bankann enda hafi ákærði í engu farið leynt með þessi viðskipti. Ákærði hafi ekki notið neinnar sérstöðu, hann fór í biðröð eins og hver annar viðskiptavinur, við millifærslu gjaldeyris. Einnig hafi þær upplýsingar sem ákærði studdist við, í gjaldeyriskaupum sínum, ekki verið trúnaðarmál innan bankans enda hafi þær verið aðgengilegar öllum almenningi. Þá hafi fjöldi annarra viðskiptamanna bankans millifært gjaldeyri á sama hátt og ákærði á sama tíma. Því taldi héraðsdómur ljóst, að ákærði naut engrar sérstöðu gagnvart bankanum, umfram aðra viðskiptavini þegar hann ávaxtaði fjármuni sína með gjaldeyrisviðskipum við bankann, heldur hagnýtti hans sér afsláttarkjör sem honum stóð til boða sem starfsmaður. Var hann því sýknaður þar sem brot hans var ekki framið í skjóli neinnar aðstöðu. Hæstiréttur var ósammála og sakfelldi.

Hafi því verið slegið föstu að gerandi hafi notfært sér aðstöðu sína, þarf að skera úr um seinna atriðið, þ. e. hvort háttsemi hans hafi falið í sér misnotkun á aðstöðu. Við mat á því hvort háttsemi geranda hafi falið í sér misnotkun á aðstöðu þarf að meta hvort gerandi hafi haft heimild til þess að skuldbinda brotþola og hvort gerandi hafi starfað innan þeirra heimilda sem hann hafði. Þessi athugun hefur verið sett saman í eina spurningu: „Mátti viðkomandi gera það sem hann gerði?“³⁰

Við athugun á því hvort háttsemi hins brotlega hafi verið í samræmi við heimild hans er tvenns konar mælikvörðum beitt. Annars vegar er háttsemi hins brotlega borin saman við hlutlægan mælikvarða eins og lög, reglugerðir, starfsheimildir, útlánareglur, hæfisreglur og þess háttar. Sé þessum mælikvörðum ekki til að dreifa, kann háttsemin að vera metin huglægt, út frá bonus pater familias mælikvarðanum. Þannig er háttsemi hins brotlega borin saman við það sem vænta mætti frá góðum og gegnum manni í sömu stöðu við sömu aðstæður. Yfirleitt er þessum mælikvörðum þó beitt saman við heildstætt mat í hverju tilviki fyrir sig.³¹

Til skýringar má líta á nokkra dóma Hæstaréttar þar sem þessum mælikvörðum er beitt. Í máli **Hrd. 244/2004**,³² var framkvæmdarstjóri lífeyrissjóðs ákærður fyrir umboðssvik með því að fara út fyrir heimildir sínar til fjárfestinga. Kemur m.a. fram í dómnum „varðandi ákærulið I A verður að líta svo á að í ljós sé leitt að kaup lífeyrissjóðsins á skuldabréfum tryggðum með veði í eigninni Ingólfshvoli, voru utan þeirra marka sem fjárfestingarstefna hans heimilaði, um sérhæft atvinnuhúsnæði utan höfuðborgarsvæðisins.“ Í ákærulið II í sama máli var einnig ákært

³⁰ Andrés Þorleifsson (n. 17) 379.

³¹ sama heimild 381–382.

³² Hrd. 3. mars 2005 í máli nr. 244/2004.

fyrir umboðssvik. Í dómi Hæstaréttar segir meðal annars, að ákvæði reglugerðar sjóðsins veittu heimild til að ávaxta fjármuni sjóðsins í skuldabréfum tryggðum með veði í fasteignum, innan við 50% af fasteignamati, en að stjórn sjóðsins hafi þó verið heimilt að víkja frá þessu mati gefi markaðsverð eigna tilefni til. Benti Hæstiréttur á að í greinargerð með tilvitnuðu ákvæði hafi verið bætt við „að mati löggilts fasteignasala sem lífeyrissjóðurinn tilnefni en þó skal veðsetningin aldrei fara yfir 50% af brunabótamatsverði viðkomandi eignar.“ Taldi Hæstiréttur ljóst að um var að ræða nánari útfærslu á ákvæði reglugerðarinnar um það á hvern hátt stjórn sjóðsins hafi verið heimilt að miða veðhæfi eignar við annað en fasteignamat. Fram kom að ákærði bar þessi skuldabréfakaup ekki undir stjórnina. Hæstiréttur sakfelldi fyrir umboðssvik.

Í framangreindum dóm var háttsemi framkvæmdarstjórans annars vegar borin saman við fjárfestingarstefnu lífeyrissjóðsins og hins vegar við reglugerð sjóðsins. Í báðum ákæruliðum hafði háttsemi framkvæmdarstjórans brotið í bága við umrædd hlutlæg viðmið og var því sakfelld fyrir umboðssvik.

Í máli **Hrd. 435/1997**,³³ var sparisjóðsstjóri meðal annars ákærður fyrir umboðssvik, með því að hafa misnotað aðstöðu sína til að skuldbinda sparisjóðinn, heimildarlaust og án vitundar stjórnar sjóðsins, sjálfskuldarábyrgð með áritun á skuldabréf útgerðarfélagsins S hf. til FÍ að fjárhæð 23 milljónir. Héraðsdómur sakfelldi sparisjóðsstjóran þar sem sannað þótti með játningu ákærða, að hann hafi veitt áður nefnda ábyrgð fyrir hönd sparisjóðsins. Hæstiréttur sýknaði hins vegar með eftirfarandi rökum:

Upplýsingar skortir um hvort til hafi verið á þeim tíma, sem hér skiptir máli, skriflegar reglur eða munnleg fyrirmæli varðandi umboð ákærða til að gangast undir ábyrgð í nafni sparisjóðsins. Þykir ekki nægilega sannað með áður nefndum framburði endurskoðanda, að ákærði hafi haft ákveðnar reglur til að styðjast við í því efni, en jafnvel þó svo hefði verið, er alls óvíst hvers eðlis slíkar reglur hafi verið. Gegn andmælum ákærða verður ekki talið nægilega sannað með framburði formanns stjórnar sparisjóðsins, að ákærði hafi ekki haft heimild til að veita ábyrgð af því tagi, sem hér um ræðir. Þá hefur ekkert verið leitt í ljós um venjur, sem kunna að hafa myndast um heimild sparisjóðsstjóra til að veita ábyrgðir.

Í framangreindum dómi beitir Hæstiréttur mjög hlutlægum mælikvarða við mat sitt. Hæstiréttur bendir á að heimildir ákærða til að skuldbinda sparisjóðinn studdust hvorki við skýrar reglur né venjur. Það væri því svo óljóst hverjar heimildir hans væru, að ekki væri hægt að sýna fram á að hann hafi misnotað aðstöðu sína, sýknaði Hæstiréttur því sparistjóðsstjóran.

³³ Hrd. 19. febrúar 1998 í máli nr. 435/1997.

Í áður nefndu máli **Hrd. 146/1995**, var ákærða gefin að sök umboðssvik með því að misnota aðstöðu sína sem forstöðumaður hagdeildar BÍ í umfangsmiklum gjaldeyrisviðskiptum við bankann. Ákærði var sýknaður í héraði en sakfelldur í Hæstarétti með svofelldum rökstuðningi:

Ákærði gegndi stöðu yfirmanns hjá bankanum. Var hann bundinn trúnaðarskyldum við hann, sem honum bar að virða í starfi sínu og utan þess. Viðskipti hans við gjaldeyrisdeild voru afbrigðileg að því leyti, að hann naut sérstakra kjara umfram aðra viðskiptamenn, sem veitt voru á kostnað bankans. Verður að álykta, að ákærði hafi einkum fengið þessi kjör vegna þess, að hann var starfsmaður bankans. Jafnframt voru viðskiptin stunduð á kostnað bankans að því leyti, sem hagnaður af þeim svaraði tjóni af breytingum gengisskráningar frá millifærsludegi til næsta dags. Var ákærða kunnugt um þessa áhættu ásamt því, að í bankanum var ekki viðhaft innra eftirlit með einsökum gjaldeyrisviðskiptum dagsins. Fyrir liggur að hann stundaði viðskiptin skipulega og kerfisbundið með því markmiði að vísbendingar um gengisskráningu næsta dags kæmu honum að sem fyllstum notum án tillits til afleiðinga þess fyrir bankann. Verður hagnaður hans rakinn til þessa að verulegum hluta.

Þá segir einnig í dómi Hæstaréttar:

Heimildir þær, sem ákærði hafði frá stjórnendum bankans til að ávaxta fé sitt á innlendum gjaldeyrisreikningum, leystu hann á engan hátt undan trúnaðarskyldum sínum gagnvart bankanum. Hlaut honum fljótlega að verða ljóst, að hin eindregna kaupmennska hans á áhættu bankans væri ósamrýmanleg stöðu hans í bankanum og að umfang viðskiptanna væri orðið annað en það sem stjórnendur gerðu sér grein fyrir þegar við hann var samið um sérstök kjör.

Í framangreindum dómi styðst Hæstiréttur við fremur huglægan mælikvarða. Dómurinn sýnir að jafnvel þótt ekki sé sýnt fram á að skýrar reglur hafi verið brotnar, getur verið sakfelld ef ákærða hefur hlotið að vera ljóst að athafnir hans væru ósamrýmanlegar stöðu hans í bankanum.

Í máli **Hrd. 456/2014**³⁴ voru SPÁ, sem bankastjóri L hf., og SES, sem framkvæmdarstjóri fyrirtækjasviðs Landsbankans hf., ákærð fyrir umboðssvik, með því að hafa farið út fyrir lánveitingaheimildir er þau veittu Imon ehf., rúmlega 5,1 milljarðs króna lán til að fjármagna kaup Imon ehf., á hlutabréfum í L hf., án fullnægjandi trygginga fyrir endurgreiðslu lánsins. Héraðsdómur sýknaði ákærðu meðal annars með þeim rökum að, þau höfðu hvorki brotið gegn útlánareglum bankans né öðrum reglum sem vísað var til í ákæru. Hæstiréttur sakfelldi hins vegar. Um það megin skilyrði umboðssvika, að maður hafi misnotað aðstöðu sína, segir í dómi Hæstaréttar:

³⁴ Hrd. 8. október 2015 í máli nr. 456/2014.

Annað megin skilyrði fyrir því að háttsemi teljist refsiverð skv. 249. gr. almennra hegningarlaga er að maður hafi misnotað aðstöðu sem hann hefur fengið til að gera eitthvað sem annar verður bundinn við. Skilyrðið hefur meðal annars verið skýrt á þann veg að þegar þannig háttar til að heimild þess, sem hefur slíka aðstöðu, er ekki svo skýr sem skyldi nægi til þess að hann baki sér refsíabyrgð að færðar séu sönnur á að hann hafi verulega vikið frá þeim starfsháttum sem honum hlaut að vera ljóst að af honum væri krafist.

Í þessu sambandi gerði Hæstiréttur ítarlega grein fyrir þeim aðstæðum sem ríktu á fjármála og verðbréfamörkuðum á verknaðarstundu. Þá taldi Hæstiréttur að ákærðu hefðu mátt vera ljóst að víðtæk heimild þeirra til útlána væri eðli málsins samkvæmt, takmörkunum háð. Benti dómurinn á að bæði ákærðu hefðu haft víðtæka reynslu í bankaviðskiptum og hafi því mátt vera ljóst að tryggingar sem settar voru vegna lánanna hafi verið ófullnægjandi. Því sagði Hæstiréttur að ákærðu hlutu að hafa gert sér grein fyrir því að með því að veita lán á þessum forsendum við þær aðstæður sem ríktu á fjármála og verðbréfamörkuðum á verknaðarstundu, væru þau að víkja á freklegan hátt frá því sem af þeim var krafist í störfum þeirra. Með því móti misnotuðu þau aðstöðu sína í skilningi 249. gr. hegningarlaga.

Í framangreindum dómi hafnar Hæstiréttur beinlínis að beita hlutlægum mælikvarða. Ákærðu störfuðu innan þeirra starfsreglna sem þeim voru sett. En Hæstiréttur beitir hins vegar mjög huglægum og sértækum mælikvarða. Hæstiréttur leggur til grundvallar hvað ákærðu máttu gera sér grein fyrir, að teknu tilliti til reynslu þeirra og stöðu, miðað við aðstæður á verknaðarstundu. Af framangreindum dómi má ráða að þrátt fyrir að sýnt sé fram á að ákærði hafi starfað innan þeirra heimilda sem honum höfðu verið markaðar, getur verið sakfelldu engu að síður, ef háttsemi hans er ekki talin forsvaranleg miðað við aðstæður á verknaðarstundu.

2.3.1.3 Auðgun

Skilyrðið um auðgun er bæði hlutlægt og huglægt. Í skýringum í greinargerð sem fylgdi frumvarpi með almennum hegningarlögum segir um umboðssvikaákvæði 249. gr., að því sé ætlað að vernda gegn því að menn misnoti aðstöðu sína, sér eða öðrum til hags, en umbjóðanda sínum til tjóns, þetta er hið hlutlæga skilyrði. Huglæg skilyrði auðgunar eru að brotið hafi verið framið í auðgunarskyni í samræmi við ákvæði 243. gr. almennra hegningarlaga. Í sömu greinargerð segir um 243. gr., að með auðgunarásætningi sé átt við að brotamaður hafi haft ásetning til þess að afla sér eða öðrum ávinnings á þann hátt, að annar maður biði ólöglega fjártjón að sama skapi.³⁵ Um huglæg og hlutlæg skilyrði auðgunar vísast til 3. kafla.

³⁵ Alþt. 1939-1940, A-deild, þskj. 43 - 29. mál.

2.3.1.4 Orsakasamband og vávæni

Ýmis ákvæði almennra hegningarlaga krefjast þess að réttarröskun verði rakin til manns eftir rökleiðum svo refsna megi geranda.³⁶ Þetta á við varðandi þau brot er falla undir auðgunarbrotakafla hegningarlaganna þar sem auðgunartilgangur 243. gr., felur í sér það skilyrði að vakað hafi fyrir geranda að afla sér eða öðrum hagnaðar, öðrum til samsvarandi tjóns.³⁷ Til þess að refsað sé fyrir umboðssvik samkvæmt 249. gr. almennra hegningarlaga er ekki nóg að sýnt sé fram á að gerandi hafi misnotað aðstöðu sína í auðgunarskyni, heldur þarf einnig að vera fyrir hendi orsakasamband á milli þeirrar háttsemi og röskunarinnar á fjárskiptagrundvellingum.

Til skýringar má nefna **Hrd. 88/2013**.³⁸ Í málinu var framkvæmdarstjóri og forstjóri fyrirtækjasviðs tiltekins banka ákærðir fyrir umboðssvik, með því að hafa veitt B ehf., peningamarkaðslán án viðunandi veða. Í niðurstöðu sinni segir Hæstiréttur, að með því að heimila lánveitinguna og gefa fyrirmæli um að lánið skyldi greitt út, brutu þeir lánareglur bankans og misnotuðu þannig aðstöðu sína. Veiting lánsins hafi verið til hagsbóta, meðal annars, fyrir B ehf. Taldi Hæstiréttur engan vafa á því að ákærðu hefðu af ásetningi misnotað aðstöðu sína, til hagsbóta fyrir B ehf., því væri skilyrðum 249. gr. hegningarlaga, um misnotkun á aðstöðu og auðgunarásetning fullnægt. Næst vék dómurinn sér að því skilyrði að tjón eða veruleg fjártjónshætta hefði hlotist. Um það segir í dómi Hæstaréttar:

Að teknu tilliti til framangreindra atriða verður niðurstaðan sú að ákærvaldið hafi ekki axlað sönnunarbyrði sína fyrir því að háttsemi ákærðu, sem hér um ræðir, hafi falið í sér verulega fjártjónshættu fyrir A banka hf. Samkvæmt því er ekki fullnægt öllum skilyrðum til þess að ákærðu verði gerð refsing samkvæmt 249. gr. almennra hegningarlaga og verða þeir því sýknaðir af kröfum ákærvaldsins í máli þessu.

Af framangreindum dóm má ráða að orsakasamband þurfi að vera á milli misnotkunar á aðstöðu í auðgunarskyni og fjártjóns sem af hlýst. Í þessu máli skorti á skilyrðið um samsvarandi fjártjón og því var sýknað.

Þar að auki felur kenningin um vávæni í sér, að gerð er sú krafa að gerandi hafi getað séð fyrir að slíkt tjón, eða veruleg hætta á því, væri sennileg afleiðing af háttsemi hans. Við sakarmat geranda er miðað við hvort góður og gegn maður í sambærilegri aðstöðu, hafi séð

³⁶ Ármann Snævarr, „Orsakatengsl og skaðvæni atferlis“ (1976) 4 Úlfjótur 229, 230.

³⁷ sama heimild.

³⁸ Hrd. 13. febrúar 2014 í máli nr. 88/2013.

eða átti að sjá fyrir afleiðingar háttsemi sinnar eða verulegri hættu á slíkum afleiðingum.³⁹ Til skýringar má líta til niðurstöðu héraðsdóms í áðurnefndu máli **Hrd. 456/2014**.⁴⁰ SPÁ og SES voru ákærð fyrir umboðssvik með því að hafa misnotað aðstöðu sína þegar þau fóru út fyrir lánaheimildir sínar og veittu ríflega 5,1 milljarðs króna lán til Ímon ehf., til kaupa á hlutabréfum í L hf., án nægjanlegra trygginga til endurgreiðslu lánsins og þannig stofnað fjármunum bankans L hf., í verulega hættu. Þær tryggingar sem lagðar voru fram vegna lánsins voru hlutabréfin sem Ímon ehf. keypti ásamt stofnfjárlutum í Byr sparisjóði. Um mat á þessum tryggingum taldi héraðsdómur að líta bæri til þeirra gagna sem lágu fyrir um gengi stofnfjárlutanna á þeim tíma er lánveitingin fór fram. Þá taldi héraðsdómur einnig að þrátt fyrir að lánveitingin hafi farið fram á víðsjárverðum tímum í íslensku efnahagslífi, yrði ekki hægt að leggja til grundvallar að ákærðu hefðu getað séð það fyrir að Fjármálaeftirlitið myndi taka yfir rekstur L hf., með þeim afleiðingum að hlutabréf í honum yrðu verðlaus.

Í framangreindum dóm, leggur héraðsdómur það til grundvallar sýknu að ákærðu hefðu, á verknaðarstundu, ekki getað séð fyrir þær afleiðingar sem hlutust af háttsemi þeirra.

2.3.1.5 Neðri mörk

Talið hefur verið að umboðssvikaákvæðið hafi viss neðri mörk. Í því felst að háttsemi geranda sé ekki nægilega alvarleg til þess að stofna til refsíabyrgðar. Þannig megi segja að röng notkun feli ekki í sér misnotkun nema háttsemin sé að einhverju leyti ámælisverð.⁴¹ Við mat á því hvort háttsemi geranda sé nægilega alvarleg er annars vegar litið til þess hvort háttsemin sé ólögmat.⁴² Þannig eru hlutrænar refsileyisástæður útilokaðar, líkt og ef samþykki brotaþola liggur fyrir. Hins vegar er háttsemin metin samkvæmt bonus pater familias mælikvarðanum þ. e. hvað geranda mátti vera ljóst að væri eðlilegt eða forsvaranlegt. Í þessu sambandi má líta til niðurstöðu Hæstaréttar í áðurnefndu máli **Hrd. 146/1995**. Í málinu naut forstöðumaður hagdeildar BÍ, samkvæmt ráðningarsamningi, sérstakra afsláttarkjara í gjaldeyrisviðskiptum við bankann. Fyrst um sinn átti forstöðumaðurinn í hóflegum gjaldeyrisviðskiptum við bankann, en þau jukust skyndilega. Á rúmlega tveggja ára tímabili, sem ákært var fyrir, færði forstöðumaðurinn gjaldeyri á milli reikninga í rúmlega 200 millifærslum með þeim afleiðingum að veltufé hans jókst, á kostnað bankans, úr tæplega 6,5 milljónum króna upp í tæplega 40 milljónir. Hæstiréttur taldi að þær heimildir sem ákærði hafði frá stjórnendum

³⁹ Ármann Snævarr (n. 36) 233.

⁴⁰ Hrd. 8. október 2015 í máli nr. 456/2014.

⁴¹ Andrés Þorleifsson (n. 17) 385.

⁴² Jónatan Þórmundsson, „Umboðssvik“ (n. 6) 178.

bankans til þess að ávaxta fé sitt á gjaldeyrisreikningum, leystu hann á engan hátt undan trúnaðarskyldum hans gagnvart bankanum. Hlaut honum að hafa orðið það ljóst, að umfang viðskiptanna væri orðið annað en það sem stjórnendur bankans gerðu sér grein fyrir, þegar samið var við hann um þessi sérstöku kjör.

2.3.2. Huglæg skilyrði

Huglæg skilyrði auðgunarbrotu eru tvenns konar. Annars vegar leiðir það af 18. gr. almennra hegningarlaga að gerandi þarf að hafa ásetning þeirrar háttsemi sem lýst er í hverju broti fyrir sig. Hins vegar leiðir það af 243. gr. sömu laga að gerandi þarf að hafa ásetning til auðgunar með háttsemi sinni. Þessi tvö skilyrði má einnig nefna saknæmisskilyrði auðgunarbrotu, þar á meðal umboðssvika. Verður hér gerð nánari grein fyrir þeim.

2.3.2.1 Ásetningur samkvæmt 18. gr.

Saknæmi þeirra brota sem lýst eru refsiverð í almennum hegningarlögum, er háð því að þau séu framin af ásetningi eða gáleysi. Þó verður ekki ekki refsað fyrir brot framin af gáleysi nema sérstök heimild standi til þess í lögum. Þetta almenna saknæmisskilyrði hegningarlaganna er lögfest í 18. grein þeirra og á það við um öll ákvæði laganna, þar á meðal ákvæði auðgunarbrotakaflans. Örfá ákvæði almennra hegningarlaga heimila að refsað sé fyrir gáleysi en ákvæði auðgunarbrotakaflans eru ekki þar á meðal. Ásetningur er því fortakslaust saknæmisskilyrði auðgunarbrotu.

Sem fyrr segir, flokkast auðgunarbrot að meginstefnu til undir tjónsbrot. Af því leiðir að auðgunarbrot teljast fullframin þegar afleiðingar verknaðarins eru fram komnar.⁴³ Varðandi einstaka auðgunarbrot, þar á meðal umboðssvik, er fullframningarstigið fært frammar í atburðarrásina. Þannig getur brotið verið talið fullframið, þrátt fyrir að afleiðingin sé ekki komin fram. Í tilfalli umboðssvika má segja að, hafi gerandi misnotað aðstöðu sína, sjálfum sér eða öðrum til hags, en brotþola til samsvarandi tjóns, telst hann hafa fullframið umboðssvik þrátt fyrir að tjón hafi ekki komið fram, ef verulega hættu var á slíku tjóni. Verður gerandi að hafa ásetning til allra þátta og þurfa þeir að ná út fyrir fullframningarstig og til fyrirhugaðra, ókominna afleiðinga.⁴⁴

Það er ásetningur ef gerandi aðhefst í þeim tilgangi að ná fram ólögætum afleiðingum verka sinna, ef hann telur þá niðurstöðu óhjákvæmilega afleiðingu verka sinna, eða ef hann álitur yfirgnæfandi líkur á því að hin ólögætta afleiðing hljóti. Hér er lýst beinum ásetningi

⁴³ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsiaþbyrgð*. I (n. 14) 74.

⁴⁴ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsiaþbyrgð*. I (n. 19) 76.

og líkindaásetningi. Einnig dugar lægsta stig ásetnings, dolus eventualis. Í því felst annars vegar jákvæð afstaða geranda til brots og hins vegar að þrátt fyrir að gerandi telji að sennilegt sé að afleiðingarnar hljóttist af verknaði hans, þá aðhafist hann engu að síður.⁴⁵ Að íslenskum rétti koma öll stig ásetnings til greina varðandi ákvæði almennra hegningarlaga þar á meðal auðgunarbrot.

2.3.2.2 Ásetningur til auðgunar

Seinna sagnæmisskilyrði auðgunarbrotar er tekið fram í upphafi auðgunarbrotakafans. Þar er tekið fram að verknaður geti aðeins varðað við ákvæði hans, að hann hafi verið framin í auðgunarskyni. Með þessu er átt við að ásetningur brotamanns hafi verið sá að afla sér eða öðrum fjárvinnings á þann hátt, að annar maður biði ólöglegt fjártjón að sama skapi.⁴⁶ Að íslenskum rétti er talið að öll stig ásetnings dugi til, þ. e. beinn ásetningur, líkindaásetningur og dolus eventualis.⁴⁷ Nánar verður fjallað um auðgunarásetning í kafla 3.

2.4 Umboðssvik í dönskum rétti

Það gætti allnokkurra nýmæla við setningu almennra hegningarlaga nr. 19/1940, en helsta fyrirmyndin við samningu þeirra voru dönsku hegningarlögin frá 1930. Á meðal þeirra nýjunga sem fylgdu lögum nr. 19/1940, var breytt efnisskipan um svik og var svið þeirra víkkað með tilkomu umboðssvikaákvæðis 249. gr., laganna. Ákvæðið er að verulegu leyti byggt á umboðssvikaákvæði dönsku hegningarlaganna.⁴⁸ Verður hér gerð stuttlega grein fyrir hinu danska ákvæði.

Um umboðssvik eða mandatsvig, er fjallað í 280. gr. dönsku hegningarlaganna (dhl) og er það svohljóðandi:

§ 280. For mandatsvig straffes, for så vidt forholdet ikke falder ind under §§ 276- 279 a, den, som for derigennem at skaffe sig eller andre uberettiget vinding påfører en anden formuetab

- 1) ved misbrug af en for ham skabt adgang til at handle med retsvirkning for denne eller
- 2) ved i et formueanliggende, som det påhviler ham at varetage for den anden, at handle mod dennes tarv.

⁴⁵ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð*. 2 (Háskólaútgáfan 2002) 60.

⁴⁶ Alþt. 1939-1940, A-deild, þskj. 43 - 29. mál.

⁴⁷ Jónatan Þórmundsson, „Auðgunarásetningur“, *Lindæla* (2001) 339.

⁴⁸ Alþt. 1939-1940, A-deild, þskj. 43 - 29. mál.

Hið danska ákvæði felur í sér að refsað sé fyrir umboðssvik, svo framarlega sem háttsemin teljist ekki þjófnaður, ólögmat meðferð fundins fjár, fjárdráttur, fjársvik eða tölvubrot. Sjá má að ákvæðið gerir ráð fyrir tveimur verknaðaraðferðum við umboðssvik. Sú fyrri gerir ráð fyrir misnotkun á aðstöðu sambærilegri þeirri sem lýst er í fyrri málslið 249. gr. almennra hegningarlaga. Þá tekur 2. tl. ákvæðisins til þeirra tilvika þegar geranda ber skylda til þess að fara með fjárreiður fyrir aðra, t. d. framkvæmdarstjóri í fyrirtæki. Þessi töluliður er því sambærilegur seinni málslið 249. gr. almennra hegningarlaga. Þá refsar hið íslenska ákvæði fyrir misnotkun á aðstöðu á meðan hið danska krefst þess að gerandi hafi gengið gegn hagsmunum tjónþola.

Samkvæmt dönsku hegningarlögunum, verður ekki refsað fyrir brot gegn ákvæðum þeirra, nema þau hafi verið framin af ásetningi eða gáleysi. Þá verður ekki refsað fyrir brot framin af gáleysi nema sérstök heimild standi til þess í hverju ákvæði fyrir sig. Þessi regla kemur fram í 1. mgr. 19. gr. laganna og er hún svo hljóðandi § 19, 1 „Uagtsomhed straffes ved de i denne lov omhandlede lovovertædelser kun, når det er særligt hjemlet.“ Tilvitnuð grein dönsku laganna er efnislega samhljóða 18. gr. íslensku hegningarlaganna, er fjallar um sagnæmisskilyrði. Af þessu leiðir að gerandi þarf að hafa ásetning til þess að ganga gegn hagsmunum tjónþola, ásetning til þess að auðgast eða auðga 3ja aðila og ásetning til þess að valda tjónþola fjártjóni. Tvö síðari skilyrðin eru efnislega þau sömu og auðgunarásetningur 243. gr. íslensku hegningarlaganna. Líkt og að íslenskum rétti, er litið svo á í dönskum rétti að skilyrðið um að valda brotaþola fjártjóni sé uppfyllt, ef sýnt er fram á að fjármunum tjónþola var stefnt í verulega hættu. Auðgunarásetningur er sameiginlegt skilyrði allra auðgunarbrotu dönsku hegningarlaganna, líkt og þeim íslensku. Munurinn er hins vegar sá, að í dönsku lögunum er auðgunarásetningurinn áskilinn í hverju ákvæði fyrir sig, en í íslensku lögunum er eitt ákvæði sem gildir fyrir allan auðgunarbrotakaflann.⁴⁹

Það er líkt með danskan rétt og þann íslenska, að ásetningur er ekki skilgreindur í dönsku hegningarlögunum. Danskir fræðimenn hafa skilgreint ásetning í fræðiritum sem síðan hefur hlotið staðfestingu í dómaframkvæmd, þannig skiptir það mestu máli að sýna fram á hvað gerandi raunverulega ætlaði sér, „Det afgørende for alle former for forsæt er, hvad gerningsmanden faktisk har tænkt.“⁵⁰ Ljóst er að skilgreining danskra fræðimanna og dómaframkvæmd, er efnislega hin sama og á Íslandi. Þá eru stig ásetnings þau sömu að

⁴⁹ Jónatan Þórmundsson, „Umboðssvik“ (n. 6) 172.

⁵⁰ Vagn Greve, Poul Dahl Jensen og Gorm Toftegaard Nielsen, *Kommenteret straffelov: almindelig del*; (10. útg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2013) 245.

dönskum rétti og íslenskum, þ. e. beinn ásetningur (direkte forsæt),⁵¹ líkindaásetningur (sandsynlighedsforsæt) og dolus eventualis.⁵² Öll stig ásetnings koma til greina og þarf ásetningur að ná til allra efnisþátta í verknaðarlýsingu brots.⁵³ Í **Ufr. 1992.455 H**, hvatti Hæstiréttur Danmerkur hins vegar til varúðar við beitingu lægsta stigs ásetnings, „Der bør generelt udvises varsomhed med hensyn til anvendelse af forsætsformen dolus eventualis...“⁵⁴

Kröfunni um að tjón hafi þegar hlotist af umboðssvikum, er ekki haldið til streitu af dönskum dómstólum. Nægir í þessu sambandi að sýnt sé fram á að gerandanum hafi mátt vera ljóst að veruleg hættu væri á því að fjártjón hlytist af háttsemi hans. Ekki er gerð krafa um að gerandi hafi verið í fullri vissu um fjártjónshættuna, heldur nægir að hann hafi talið það líklega niðurstöðu að fjártjón kynni að hljóta af. Hér er því áskilinn bæði beinn ásetningur og hættuásetningur (risikoforsæt), sem er blanda af líkindaásetningu og dolus eventualis.⁵⁵

Að dönskum rétti er því litið svo á, að gerandi geti hafa misnotað aðstöðu sína og farið út fyrir heimildir sínar, án þess að vera talin hafa framið umboðssvik, ef ekki er sýnt fram á auðgunarásetning, honum sjálfum til handa eða 3ja aðila. Þá þarf jafnframt að sýna fram á ásetning geranda til þess að vinna gegn hagsmunum umbjóðanda síns. Af þessu leiðir að sýna þarf fram á að ásetningur geranda hafi staðið til þrenns konar atriða. Í fyrsta lagi auðgunarásetning,⁵⁶ þ. e. að gerandi hafi haft ásetning til þess að afla sér eða öðrum fjárvinnings en hér er áskilið að sá sem auðgast geti ekki verið sá sami og ætlast er til að verði fyrir fjártjóni. Í öðru lagi ásetning til þess að valda öðrum fjártjóni,⁵⁷ en í því tilliti nægir að valda verulegri fjártjónshættu.⁵⁸ Í þriðja lagi, ásetning til þess að vinna gegn hagsmunum tjónþola.⁵⁹ Öll framangreind skilyrði þurfa að vera til staðar, svo sakfella megi fyrir umboðssvik.⁶⁰

Í Danmörku hefur komið fram sú gagnrýni, að ákærvaldið einblíni of mikið á afleiðingar háttseminnar við mat á því hvort hún falli undir umboðssvik, en líti fram hjá skilyrðinu um auðgunarásetning. Þannig sé of mikil áhersla lögð á hvort fjártjón hafi orðið, eða

⁵¹ sama heimild 246.

⁵² sama heimild 247.

⁵³ sama heimild 252.

⁵⁴ sama heimild 248.

⁵⁵ Erik Werlauff, „On market manipulation and umboðssvik/mandantsvig“ í Guðrún Gauksdóttir o.fl. (ritstj.), *Afmælisrit: Jón Steinar Gunnlaugsson sjötugur, 27. september 2017* (Bókaútgáfan Codex 2017) 143–144.

⁵⁶ „...for derigennem at skaffe sig eller andre uberettiget vinding...“

⁵⁷ „...påfører en anden formuetab...“

⁵⁸ „væsentlig risiko for formuetab“

⁵⁹ „...handle mod dennes tarv...“

⁶⁰ Werlauff (n. 55) 147.

veruleg fjártjónshætta, en ekki gefinn nægilegur gaumur að hinu skilyrðinu, að gerandinn hafi haft ásetning til að auðga sig eða einhvern annan en brotþola.⁶¹ Til skýringar má nefna danskan dóm **Ufr. 1994.932/2**. Í málinu var bókhaldari ákærður fyrir umboðssvik, með því að hafa millifært af reikningi fyrirtækis sem hann vann hjá, 1,3 milljónir dkr inn á reikning þýsks fyrirtækis sem hann hafði gert gjaldeyriskaupasamninga við, fyrir hönd vinnuveitanda síns. Spákaupmennska bókhaldarans gekk ekki upp og tapaðist öll fjárhæðin. Bókhaldarinn var sakfelldur í undirrétti fyrir umboðssvik en áfrýjunardómstóll sýknaði bókhaldarann hins vegar. Áfrýjunardómstóllinn taldi sýnt að bókhaldarinn hafi ætlað sér að láta vinnuveitanda sinn njóta væntanlegs hagnaðar af gjaldeyrisviðskiptunum og því hafi skilyrðinu um auðgunarásetning ekki verið uppfyllt. Af þessum dóm má ráða að samkvæmt dönskum rétti nægir ekki til sakfellingar fyrir umboðssvik, að gerandi hafi misnotað aðstöðu sína og valdið brotþola tjóni ef hann hafði ekki ásetning til þess að auðga sig eða þriðja aðila.

2.5 Umboðssvik án auðgunarásetnings

Í XXVII. kafla hegningarlaga eru tekin saman ýmis ákvæði um brot er varða fjárréttindi. Brot samkvæmt þessum kafla eru ólík brotum samkvæmt XXVI. kafla að því leytinu til að auðgunarásetnings er ekki krafist. Undir þennan kafla heyrir 261. gr. almennra hegningarlaga, og er hún svohljóðandi „Hafi maður drýgt athafnir sams konar þeim, sem í 248.-250. gr. getur, án þess að auðgunartilgangur þyki sannaður, þá varðar það sektum eða fangelsi allt að 1 ári.“ Sé ákvæði 249. gr. um umboðssvik lesið saman með ákvæði 261. gr., má orða það sem svo; ef maður, sem fengið hefur aðstöðu til þess að gera eitthvað, sem annar maður verður bundinn við, eða hefur fjárreiður fyrir aðra á hendi, misnotar þessa aðstöðu sína, án þess að auðgunartilgangur þyki sannaður, þá varðar það sektum eða fangelsi allt að 1 ári. Í greinargerð er fylgdi frumvarpi til almennra hegningarlaga, segir í skýringum við 261. gr., að hún eigi bæði við þegar ekki hefur tekist að sanna auðgunartilgang og þegar sannað þykir að auðgunartilgangur hafi ekki verið fyrir hendi.⁶² Brot gegn 249. gr., sbr. 261. gr., er tjónsbrot með fullframningarstigi færðu fram. Það er því fullframið við misnotkun á aðstöðu, af ásetningi um að valda fjártjóni.⁶³ Sök vegna brota gegn 249. gr., sbr. 261. gr., fyrnist á tveimur árum, sbr. 1. tl. 1. mgr. 81. gr. almennra hegningarlaga.

⁶¹ sama heimild 140.

⁶² Alþt. 1939-1940, A-deild, þskj. 43 - 29. mál.

⁶³ Andrés Þorleifsson (n. 17) 414.

3. Auðgunarásetningur

Í XXVI. kafla almennra hegningarlaga er að finna fyrirmæli um auðgunarbrot. Sameiginlegu sérkenni auðgunarbrotá er lýst í upphafsgrein kaflans, 243. gr. Í ákvæðinu segir „fyrir brot, þau er í þessum kafla getur, skal því aðeins refsá, að þau hafi verið framín í auðgunarskyni“. Með þessu ákvæði er auðgunarásetningur gerður að fortakslausu saknæmisskilyrði auðgunarbrotá. Hugtakið auðgun hefur verið skilgreint sem aukning fjármuna einstaklings eða lögaðila.⁶⁴ Í athugasemdum greinargerðar með hegningarlögum er hugtakið auðgunarásetningur skilgreindur sem svo; „Er þá átt við, að ásetningur brotamanns hafi verið sá að afla sér eða öðrum fjárvinnings á þann hátt, að annar maður biði ólöglega fjártjón að sama skapi.“⁶⁵ Af skilgreiningu greinargerðarinnar má ráða að ekki er skilyrði að hinn brotlegi hagnist sjálfur á brotinu, sem dæmi má nefna **Hrd. 592/2011**.⁶⁶ Í málinu var verslunarstjóri ákærður fyrir umboðssvik með því að hafa misnotað aðstöðu sína, í því skyni að viðskiptavinur verslunarinnar gæti tekið út vörur án þess að staðgreiða þær. Í dómi Hæstaréttar segir um þetta: „Það er ekki skilyrði umboðssvika frekar en annarra auðgunarbrotá að sá sem þannig misnotar aðstöðu sína hagnist sjálfur á brotinu, en ekki er fram komið í málinu að ákærði hafi notið einhvers ávinnings af viðskiptunum.“

Þá er einnig ljóst að sá sem hagnast getur ekki verið sá sami og verður fyrir tjóninu, sbr. orðalag í greinargerð um 243. gr., „afla sér eða öðrum fjárvinnings, á þann hátt að annar maður biði ólöglega fjártjón að sama skapi.“ Þar af leiðandi væri ekki um auðgunarásetning að ræða ef starfsmaður veldur vinnuveitanda sínum tjóni, hafi hann haft ásetning til þess að auðga vinnuveitanda sinn, sbr. **Ufr. 1994.932/2** er reifaður var í kafla 2.4. Þá þarf fjárhagslegur hagnaður af brotinu að fela í sér samsvarandi tap tjónþola, hér er því krafist þess að um samhverf eða samsvarandi verðmæti sé að ræða.⁶⁷ Auðgunarbrot fela þannig í sér ólöglega yfirfærslu fjármuna frá einum aðila til annars.⁶⁸ Hið tvíþætta eðli auðgunarásetnings felur í sér annars vegar að ákveðnir hlutrænir efnisþættir auðgunar þurfa að vera til staðar og hins vegar tiltekin huglæg afstaða geranda til auðgunar, þ. e. ásetningur.⁶⁹ Verður hér gerð nánari grein fyrir þessum þáttum.

⁶⁴ Páll Sigurðsson o.fl., *Lögfræðiorðabók: með skýringum* (Codex : Lagastofnun Háskóla Íslands 2008) 33.

⁶⁵ Alþt. 1939-1940, A-deild, þskj. 43 - 29. mál.

⁶⁶ Hrd. 23. febrúar 2012 í máli nr. 592/2011.

⁶⁷ Jónatan Þórmundsson, „Auðgunarásetningur“ (n. 47) 339–340.

⁶⁸ sama heimild 340.

⁶⁹ Jónatan Þórmundsson, „Umboðssvik“ (n. 6) 185.

3.1 Hlutlæg skilyrði

Að íslenskum rétti hefur verið talið að auðgunarbrot feli í sér þrjá hlutræna efnisþætti. Til þess að brot megi flokka sem auðgunarbrot þurfa allir þessir þættir að vera til staðar. Þessir þrjú þættir eru efnisleg skerðing, röskun á fjárskiptagrundvellingnum og ólögmæt yfirfærsla fjármuna.⁷⁰ Verður hér gerð nánari grein fyrir efnisþáttum þessum.

3.1.1 Efnisleg skerðing

Skilyrðið um efnislega skerðingu lýsir tjónsbroti, í því felst að háttsemi geranda þarf að leiða til fjártjóns eða annarrar efnislegrar verðmætaröskunar. Af skilyrðinu um efnislega skerðingu leiðir að ekki er um auðgunarbrot að ræða þegar háttsemi geranda felur í sér formbrot eins og gertæki, nauðungarkaup eða nauðungarskipti. Til skýringar má nefna **Hrd. 105/1995**,⁷¹ þar sem maður tók heimildarlaust, sjónvarp og örbylgjuofn úr bát í eigu útgerðar sem hann vann hjá. Hann hélt því fram að útgerðin skuldaði honum laun og því hefði hann tekið verðmætin sem tryggingu. Maðurinn var sýknaður af ákæru um þjófnað. Þessi dómur sýnir að taki maður verðmæti sem hann á, eða telur sig eiga, með ólögmætri aðferð, er ekki um þjófnað skv. 244. gr. að ræða heldur gertæki skv. 260. gr., þar sem brotþoli verður ekki fyrir efnislegri skerðingu.

Við mat á því hvort auðgunarásetningur teljist vera til staðar, þykir í sumum tilfellum, veruleg fjártjónshætta jafngilda tjóni. Þetta á einkum við um fjárdrátt, fjársvik, umboðssvik og skilasvik. Nægir í þeim tilfellum að sýna fram á að háttsemi geranda hafi valdið verulegri fjártjónshættu og geranda hafi mátt vera það ljóst að veruleg fjártjónshætta stafaði af háttsemi hans. Um verulega fjártjónshættu verður fjallað í 4. kafla.

3.1.2 Röskun á fjárskiptagrundvellingnum

Skilyrðið um röskun á fjárskiptagrundvellingnum felur í sér kröfu um fjártjón hjá þolanda. Ákvæðum auðgunarbrotakafla hegningarlaganna er ætlað að vernda eignarrétt manna í rýmri merkingu hugtaksins gegn athöfnum annarra í því skyni að afla sér eða öðrum fjárvinnings.⁷² Verðmæti sem ekki hafa tilgreint fjárgildi eða eru ekki lengur háð eignarrétti, verða ekki andlag auðgunarbrot. Ef brot rýrir ekki eignir brotþola, eða kröfu hans um endurgjald fyrir vinnu eða þjónustu, hefur hún ekki í för með sér röskun á fjárskiptagrundvellingnum, þar sem hvorki

⁷⁰ sama heimild 186.

⁷¹ Hrd. 4. maí 1995 í máli nr. 105/1995.

⁷² Jónatan Þórmundsson, „Auðgunarásetningur“ (n. 47) 342–343.

verður fjártjón né fjárvinningur.⁷³ Til skýringar má benda á **Hrd. 177/1985**,⁷⁴ í málinu hafði maður stolið tékkahefti og notað úr því þrjá tékka. Hæstiréttur sagði að verðmæti tékkaheftisins lægi ekki fyrir og því var sýknað af þjófnaðarbroti, en sakfelld fyrir skjalafals. Af þessum dómi má ráða að brotþoli geti orðið fyrir efnisskerðingu af háttsemi geranda, en hafi andlag brots mjög lítið eða ekkert fjárhagslegt gildi er ekki um auðgunarbrot að ræða, því þarf háttsemin að fela í sér að raunveruleg verðmæti flytjist frá einum aðila til annars.

3.1.3. Ólögsmæt yfirfærsla fjármuna

Loks þarf að vera um ólögsmæta yfirfærslu fjármuna að ræða. Þrátt fyrir að hin ólögsmæta yfirfærsla feli í sér röskun á eignarskiptingunni, leiðir hún ekki alltaf til vörsluskipta. Við einhliða tókubrot eins og þjófnað er um eiginleg, hlutlæg, vörsluskipti að ræða. Hins vegar geta vörslur geranda hafa stofnast með lögsmætum hætti en yfirfærsla fjármuna gerist svo huglæg þegar gerandi síðar tileinkar sér verðmætin og er fjárdráttur gott dæmi um slík tileinkunarbrot. Umboðssvik eru hvorki tókubrot né tileinkunarbrot heldur er um að ræða ólögsmæta ráðstöfun verðmæta. Fjármunayfirfærsla umboðssvika getur bæði verið hlutlæg og huglæg.⁷⁵

3.2 Huglæg skilyrði

Um huglæg skilyrði auðgunar segir í athugasemdum greinargerðar við 243. gr. almennra hegningarlaga, að ásetningur brotamanns hafi verið sá, að afla sér eða öðrum fjárvinnings með þeim hætti að annar maður biði ólöglega fjártjón að sama skapi.⁷⁶ Með öðrum orðum þarf ásetningur brotamanns að ná til allra hinna hlutrænu efnispátta sem að framan voru nefndir, efnislegrar skerðingar á fjárskiptagrundvellingnum er leiðir til ólögsmætrar fjármunayfirfærslu.⁷⁷

Líkt og áður greinir teljast umboðssvik, líkt og önnur auðgunarbrot, til tjónsbrota. Íslenskir fræðimenn hafa lýst ásetningi til tjónsbrota, og þar af leiðandi auðgunarbrot, með eftirfarandi hætti:

Það er ásetningur, ef hinn brotlegi vill koma því til vegar, sem refsíákvæði lýsir afbrot (tilgangur), ef hann álitur það óhjákvæmilega afleiðingu verknaðar síns (óhjákvæmileg afleiðing), eða hann álitur yfirgnæfandi líkur á því, að afleiðingin komi fram (líkindaásetningur), og loks ef hann álitur, að afleiðingunni kunnist að koma fram, en hann hefði engu að síður framið verknaðinn, þótt hann hefði talið víst, að afleiðingin kæmi fram (dokus eventualis: skilyrt afbrigði),

⁷³ sama heimild 343.

⁷⁴ Hrd. 5. desember 1985 í máli nr. 177/1985.

⁷⁵ Andrés Þorleifsson (n. 17) 401.

⁷⁶ Alþt. 1939-1940, A-deild, þskj. 43 - 29. mál.

⁷⁷ Jónatan Þórmundsson, „Auðgunarásetningur“ (n. 47) 344.

eða þá hinn brotlegi lætur sér í léttu rúmi liggja, hvort afleiðingin kemur fram (dolus eventualis: jákvæð afstaða til afbrots)⁷⁸

Af tilvitnaðri skilgreiningu má sjá að öll stig ásetnings til auðgunar nægja, þ. e. beinn ásetningur, líkindaásetningur og dolus eventualis.

4. Fjártjónshætta og tilslökunarreglan

Vegna þess að auðgunarbrot eru í eðli sínu tjónsbrot gildir sú regla að ásetningur verður að taka til allra efnisþátta verknaðar eins og honum er lýst fullfrömdum í verknaðarlýsingu ákvæðisins. Fullframningarstig brots og ásetningur verða því að falla saman.⁷⁹ Í tilviki umboðssvika dugur ekki eitt og sér að lesa ákvæði 249. gr., enda lýsir það brot fullfrömdum verknaði við misnotkun aðstöðu. Því þarf að lesa ákvæðið samhliða viðbótarlýsingu 243. gr. um auðgunarásetning. Séu þessi tvö ákvæði lesin saman, að uppfylltu almennu ásetningsskilyrði 18. gr., er ljóst að umboðssvik samkvæmt 249. gr., teljast fullframin þegar aðstaða hefur verið misnotuð og afleiðingarnar komnar fram, þ. e. auðgun hefur átt sér stað og samsvarandi tjón. Ásetningur þarf að ná til allra þessa þriggja þátta. Þegar 249. gr., er lesin saman með 261. gr., er ljóst að umboðssvik samkvæmt þeim ákvæðum eru fullframin þegar aðstaða hefur verið misnotuð og fjártjón orðið.

Bæði á Íslandi og í Danmörku hefur þróast sú regla í dómaframkvæmd, að kröfu um að fjártjón hafi orðið verði ekki alltaf haldið til streitu. Þannig er stundum talið nóg að gerandi hafi með háttsemi sinni valdið verulegri fjártjónshættu. Þessi regla er nefnd tilslökunarreglan og felur hún í sér að slakað er á ásetningskröfum um að allar afleiðingar brots séu fram komnar. Tilslökunin nær bæði til hlutrænna þátta auðgunar sem og hins huglæga þáttar. Þannig þarf tjón ekki að hafa hlotist af háttseminni, heldur nægir að veruleg fjártjónshætta hafi skapast. Þá nægir vitund eða vitneskja hins brotlega um að valda verulegri fjártjónshættu til sakfellingar.⁸⁰ Með öðrum orðum er fullframningarstig brotsins, að því er varðar fjártjón, fært fram. Þessi regla hefur verið talin gilda um fjárdrátt, umboðssvik, fjársvik og skilasvik.⁸¹

⁷⁸ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíábyrgð*. 2 (n. 45) 60.

⁷⁹ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíábyrgð*. 1 (n. 19) 75.

⁸⁰ Jónatan Þórmundsson, „Auðgunarásetningur“ (n. 47) 349.

⁸¹ sama heimild 347–349.

Varðandi mat á því hvort fjártjónshætta sé veruleg eða ekki, hefur Hæstiréttur veitt nokkra vísbendingu um til hvaða þátta skal líta við slíkt mat. Í **Hrd. 88/2013**,⁸² reyndi meðal annars á þetta álitaeefni. Um mat á verulegri fjártjónshættu segir í dómi Hæstaréttar;

Loks er það skilyrði þess að sakfelld verði fyrir umboðssvik, þegar ekki liggur fyrir að tjón hafi í raun orðið vegna háttseminnar, að með henni hafi verið valdið verulegri fjártjónshættu. Verður við mat á henni að taka bæði tillit til þess hverjar líkur voru á því að fjártjón yrði svo og hve mikið tjón hlytist af, ef til þess kæmi.

Af framangreindum dómi má ráða að við mat á verulegri fjártjónshættu er annars vegar metnar hættulíkur og hins vegar hættustig. Þannig er horft til þess hversu mikla líkur eru á tjóni og hversu mikið tjón er líklegt að verði.

Refsiábyrgð geranda er miðuð við efnislegan mælikvarða, þ. e. a. s. huglæga afstöðu hans til hugsanlegra afleiðinga af ráðstöfun hans. Efnislegur mælikvarði felur í sér mat á almennum líkum samkvæmt þekktum reynslulögmálum og hugmyndum geranda á verknaðarstundu um ástand og horfur á tilteknum tímapunkti, til dæmis gjalddaga kröfu.⁸³ Dæmi um mat Hæstaréttar á huglægri afstöðu ákærða til að valda verulegri fjártjónshættu má sjá í máli **Hrd. 456/2014**, málsatvik hafa áður verið reifuð.

Ákærðu var báðum kunnugt um að verð á hlutabréfum í fjármálafyrirtækjum fór lækkandi í lok sept 2008 og því mikillar varúðar þörf við þær aðstæður, sem þá ríktu, eins og haft var eftir ákærða Sigurjóni á bankráðsfundinum 29. þess mánaðar. Eins og áður greinir kom og á daginn að eftir að samningur um lánið hafði verið gerður og þar til beiðni barst frá Imon ehf um að það yrði greitt út hafði gengi hlutabréfanna í L hf., sem stóðu að hluta til tryggingar láninu, lækkað umtalsvert. Á þessum tíma, hvort heldur 30. sept eða 2. okt 2008, gat ákærðu af þeim sökum ekki dulist að mun meiri líkur væru á því en minni að verðmæti tryggingar fyrir lánnum bankans til Imon ehf myndi rýrna og það enn síður hrökkva til greiðslu lánanna ef að þeim yrði gengið. Skv. því er sannað að ákærðu hafi af ásetningi valdið L verulegri fjártjónshættu þegar þau ákváðu að veita Imon ehf lánið með þeim hætti sem gert var.

Gerandi þarf að hafa séð fyrir eða hlotið að sjá fyrir, á verknaðarstundu, að fjártjón myndi hljóttast af háttsemi hans, annað hvort með vissu, yfirgnæfandi líkum eða einhverjum minni líkum, að uppfylltum viðbótarskilyrðum sem felast í dolus eventualis.⁸⁴

Tilslökunarreglan, nær eingöngu til annarrar af tveimur afleiðingum auðgunarbrotá, fjártóns. Hún snertir ekki síðara hlutlæga skilyrði auðgunarásetnings um að háttsemin auðgi

⁸² Hrd. 13. febrúar 2014 í máli nr. 88/2013.

⁸³ Jónatan Þórmundsson, „Auðgunarásetningur“ (n. 47) 351.

⁸⁴ sama heimild 349.

geranda eða þriðja mann.⁸⁵ Það er því eftir sem áður, skilyrði að gerandi hafi haft ásetning til þess að auðga sjálfan sig eða þriðja aðila. Í umboðssvikabrotum veldur það sjaldnast vafa hvort skilyrðinu um auðgun sé fullnægt, hafi á annað borð verið sýnt fram á, að aðstaða hafi verið misnotuð og fjártjón eða veruleg fjártjónshætta hafi hlotist. Þó hefur vaknað upp sú spurning í tengslum við verulega fjártjónshættu samhliða lánveitingum, hvort lánþegi auðgist við það að þiggja lán. Í **Al Thani málinu**⁸⁶ tók Hæstiréttur afstöðu til þessa álitaefnis. Í málinu var forstjóri K banka, sakfelldur fyrir umboðssvik með því að hafa, látið bankann lána eignarlausu félagi með takmarkaða ábyrgð, skráðu á Bresku Jómfrúareyjum, 50 milljónir bandaríkjadala, án nokkurrar tryggingar til endurgreiðslu lánsins. Forstjórinn var talinn hafa stofnað fjármunum bankans í verulega fjártjónshættu. Varðandi auðgunarþáttinn segir í dómi Hæstaréttar um lánveitinguna; „Með háttsemi sinni bakaði þannig ákærði Hreiðar Kaupþingi banka hf. verulega og augljósa fjártjónshættu, með ráðstöfun sem um leið var til þess fallin að verða Brooks Trading Ltd. til auðgunar.“ Auðgun lántakanda við aðstæður sem þessar, eru taldar felast í ráðstöfunarrétti hans yfir fjármuninum, þar til að endurgreiðslu kemur.⁸⁷ Varhugavert er þó að fallast á þá ályktun að lánþegi auðgist við það eitt að þiggja lán. Í fyrsta lagi fellur sú ályktun illa að hugtakinu *auðgun* en sem fyrr segir felur auðgun í sér aukningu fjármuna einstaklings eða lögaðila. Lántaki skuldar enn þá fjármuni sem hann fær lánaða, hann hefur því ekki auðgast. Í öðru lagi fellur það ekki undir auðgunarbrot ef gerandi tekur hlut en ætlar sér að skila honum aftur, gæti slík háttsemi fremur fallið undir nytjastuldur samkvæmt 259. gr. almennra hegningarlaga.

5. Meginreglur refsiréttar samkvæmt 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrár

Í 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, eins og henni var breytt með 7. gr. stjórnskipunarlaga nr. 97/1995, segir að engum verði gert að sæta refsingu nema hann hafi gerst sekur um háttsemi sem var refsiverð samkvæmt lögum á þeim tíma þegar hún átti sér stað eða má fullkomlega jafna til slíkrar háttsemi. Þá megi viðurlög ekki verða þyngri en heimiluð voru í lögum þá er háttsemin átti sér stað. Stjórnarskrárákvæðið er efnislega samsvarandi 1. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 og 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. 1. gr. laga um Mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994. Í greinargerð með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995, segir í skýringum við 7. gr. laganna, að bann við afturvirkni laga sé nýmæli á meðal mannréttindaákvæða stjórnarskrárinnar. Þá er enn fremur vísað til þess

⁸⁵ Andrés Þorleifsson, „Veruleg fjártjónshætta við lánveitingar“ (2015) 65 Tímarit lögfræðinga 589, 593.

⁸⁶ Hrd. 12. febrúar 2015 í máli nr. 145/2014.

⁸⁷ Andrés Þorleifsson (n. 85) 594.

að reglan sé ein mikilvægasta grundvallarregla íslensks refsiréttar, hún sé efnislega sambærileg 1. og 2. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1040 og 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Þá segir enn fremur að nauðsynlegt þyki að árétta mikilvægi reglunnar og stjórnarskrárbinda hana á meðal mannréttindakafla hennar.⁸⁸

Af skrifum íslenskra fræðimanna og dómum Hæstaréttar má greina þrjár meginreglur refsiréttar. Meginregluna um skýrleika refsheimilda, meginregluna um lögbundnar refsheimildir og túlkunarreglu refsiréttar. Framangreindar meginreglur gera bæði kröfur til löggjafans og til dómsstóla. Krafan lýtur að því að refsheimildir skulu eingöngu vera skráð lög frá Alþingi og þau skulu vera svo skýr að efni til að „ekki leiki vafi á því hvort tiltekin háttsemi – athöfn eða athafnarleysi – falli undir verknaðarlýsingu í refsíákvæði.“⁸⁹ Þá skuli allan vafa á heimfærslu tiltekinnar háttsemi til refsíákvæða, túlka sakborningi í hag, sem og vafa um sönnun málsatvika. Ljóst er að tengsl þessara meginreglna, við meginreglu refsiréttar um sakleysi uns sekt er sönnuð, eru augljós. Hér á eftir verður gerð grein fyrir meginreglunni um lögbundnar refsheimildir og í kjölfarið, meginreglunni um skýrleika refsheimilda. Um túlkunarreglu refsiréttar er fjallað í 8. kafla.

5.1 Meginreglan um lögbundnar refsheimildir

Meginreglan um lögbundnar refsheimildir var fyrst lögfest í íslenskan rétt með 1. gr. almennra hegningarlaga handa Íslandi frá 25. júní 1869 og var hún sett að fyrirmynd dönsku hegningarlaganna frá 1866.⁹⁰ Ákvæðið var svohljóðandi „Eigi skal hegna neinum manni eftir lögum þessum, utan hann hafi orðið brotlegur í einhverju því, sem hegning er lögð við í lögnum, eða er öldungis samkynja einhverju því verki, sem þar er afbrot talið.“ Upphaflega var reglan takmörkuð við hegningarlögin, sbr. orðalagið „í lögum þessum“. Tilgangur ákvæðisins var einkum að breyta þágildandi réttarástandi, þar sem Hæstarétti Danmerkur var talið heimilt að ákveða að háttsemi skyldi sæta refsingu, ef rétturinn taldi hana „eðli máls samkvæmt“ refsiverða.⁹¹ Með 1. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, var gildissvið ákvæðisins víkkað og reglan látin gilda um öll lög. Ákvæði 1. mgr. 1. gr. er svohljóðandi í dag; „Eigi skal refsa manni, nema hann hafi gerst sekur um háttsemi, sem refsing er lögð við í lögnum, eða má öldungis jafna til hegðunar, sem þar er afbrot talin.“

⁸⁸ Alþt. 1994-1995, A-deild, þskj. 389 - 297. mál.

⁸⁹ Róbert Ragnar Spanó, „Stjórnarskráin og refsíabyrgð: (síðari hluti) meginreglan um skýrleika refsheimilda“ (2005) 55 Tímarit lögfræðinga 5, 7.

⁹⁰ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð. I* (n. 19) 153–154.

⁹¹ Róbert Ragnar Spanó, „Stjórnarskráin og refsíabyrgð: (fyrri hluti) grunnreglan um lögbundnar refsheimildir“ (2004) 54 Tímarit lögfræðinga 5, 11.

Mannréttindasáttmáli Evrópu var lögfestur á Íslandi árið 1994, sbr. lög nr. 62/1994. Samkvæmt 7. gr. sáttmálans er kveðið á um að engin refsing skuli vera án laga. 1. mgr. 7. gr. sáttmálans er svohljóðandi „Engan skal telja sekan um afbrot hafi verknaður sá eða aðgerðaleysi, sem hann er borinn, eigi varðað refsingu að landslögum eða þjóðarétti þá framin voru. Eigi má heldur dæma mann til þyngri refsingar en lög leyfðu þegar afbrotið var framið.“

Árið 1995 var stjórnarskránni breytt með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995. Sú breyting fól í sér að nýjum mannréttindakafla var bætt í stjórnarskránni. Á meðal hinna nýju ákvæða mannréttindakaflans var 69. gr., sbr. 7. gr. stjórnskipunarlaga nr. 97/1995. Í 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar segir:

Engum verður gert að sæta refsingu nema hann hafi gerst sekur um háttsemi sem var refsiverð samkvæmt lögum á þeim tíma þegar hún átti sér stað eða má fullkomlega jafna til slíkrar háttsemi. Viðurlög mega ekki verða þyngri en heimiluð voru í lögum þá er háttsemin átti sér stað.

Með lögfestingu 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar var meginreglunum um lögbundnar refsheimildir, skýrleika refsheimilda og túlkunarreglu refsiréttar veitt stjórnarskrárvernd. Þá má segja að með staðsetningu ákvæðisins í mannréttindakafla stjórnarskrárinnar, sé staðfest sú viljaafstaða löggjafans að í framangreindum meginreglum felist mannréttindi.

Reglan um lögbundnar refsheimildir samkvæmt 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu gerir ekki eins strangar kröfur til uppruna refsheimildar og 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar. Refsheimild samkvæmt 7. gr. MSE getur verið sett lög, reglugerðir, dómaframkvæmd, alþjóðasamningar og milliríkjavenjur. Undirliggjandi krafa til refsheimildanna samkvæmt þessu ákvæði er þó alltaf sú að reglurnar séu aðgengilegar og fyrirsjáanlegar.⁹² Það er hins vegar talið að 7. gr. Mannréttindasáttmálans heimili ekki beitingu lögjöfnunar við heimfærslu refsíákvæða, og gerir Mannréttindasáttmálinn strangari kröfur en stjórnarskráin að þessu leyti.

5.1.1 Réttarheimspekilegar forsendur að baki reglunni

Túlkun á lagatexta ákvæða stjórnarskrárinnar getur ekki farið fram með viðhlýtandi hætti nema túlkandi hafi vald á þeim réttarheimspekilegu viðfangsefnum sem þýðingu kunna að hafa við ákvörðun þeirra. Ákvæði stjórnarskrárinnar eru sett fram með þeim hætti að þar eru orðaðar tiltekna meginreglur um samskipti ríkisvalds og grundvallarréttindi borgaranna. Þar af leiðandi þarf að taka mið af þeim réttarheimspekilegu forsendum sem búa að baki

⁹² Róbert Ragnar Spanó, „Bann við afturvirkni laga og grunnreglan um lögbundnar refsheimildir“ í Björg Thorarensen o.fl. (ritstj.), *Mannréttindasáttmáli Evrópu: meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt* (Mannréttindastofnun Háskóla Íslands, Lagadeild Háskólans í Reykjavík 2005) 280.

meginreglum ákvæða stjórnarskrárinnar við túlkun ákvæða hennar. Þær forsendur sem hér er vísað til eru, kenningar réttarheimspekinnar um réttarríkið og lýðræðið. Þessar kenningar byggja á sjónarmiðum um réttaröryggi borgaranna og sjálfsákvörðunarrétt þeirra og ber að leggja þær til grundvallar þegar 1. mgr. 69. gr. er túlkuð.⁹³ Verður hér gerð stuttlega grein fyrir hlutverki meginreglunnar sem efnisþætti í framangreindum kenningum.

Meginreglunni um lögbundnar refsheimildir e. lögmætisreglu refsiréttar, sem efnisþætti réttarríkishugtaksins verður lýst með þeim hætti að, henni er ætlað að tryggja réttaröryggi borgaranna með því að krefjast þess að ákvörðun um íhlutun í líf þeirra, verði einungis tekin að undangengnu tilteknu ákvarðanaferli um inntak íhlutunarinnar. Þess er jafnframt krafist að efni ákvörðunarinnar sé birt. Enn fremur þarf ákvörðuninni að vera lýst með nægilega skýrum og fyrirsjáanlegum hætti, svo borgarinn geti séð fyrir afleiðingar háttsemi sinnar. Af þeim leiðir meðal annars að löggjafinn er einn til þess bær að ákveða hvort beita skuli borgarana, íþyngjandi ríkisvaldi.⁹⁴

Lýðræðishugtakið í tengslum við lögmætisreglu refsiréttar, byggir meðal annars þeim sjónarmiðum að uppspretta ríkisvaldsins sé hjá fólkinu sjálfu. Það sé siðferðilega ótækt að vald til þess að ákveða hvað sé refsivert á hverjum tíma, sé ekki í höndum fólksins sjálfs, enda yrði ríkisvaldi ekki beitt án vilja fólksins.⁹⁵ Af þessu sjónarmiði leiðir að það er einungis á valdi hins lýðræðiskjörna Alþingis að setja refsilög, enda hefur það til þess lýðræðislegt umboð. Þessi grundvallarregla er einnig bersýnileg í 2. gr. stjórnarskrárinnar, þar sem kveðið er á um þrískiptingu ríkisvalds.

Lögmætisregla refsiréttar hefur einnig verið rökstudd með vísan til varnaðaráhrifa refsinga. Löggjafinn setji fram háttennisreglur sem ætlað er að hafa áhrif á breytni borgaranna, að viðlagðri refsihótun. Hugsunin sé sú að hótun um refsingu vegi þyngra en löngunin til þess að brjóta af sér. Til þess að þessi varnaðaráhrif nái fram að ganga þurfi að birta almenningi refsihótunina með settum lögum.⁹⁶

5.1.2 Inntak og gildissvið reglunnar

Það leiðir af meginreglunni um lögbundnar refsheimildir að manni verði ekki gert að sæta refsíabyrgð nema með heimild í lögum, settum af Alþingi. Þannig gerir reglan þá kröfu til löggjafans að hann mæli fyrir um, í settum lögum, hvaða háttsemi það er sem refsa skal

⁹³ Róbert Ragnar Spanó, „Stjórnarskráin og refsíabyrgð“ (n. 91) 13–14.

⁹⁴ sama heimild 9.

⁹⁵ sama heimild 10.

⁹⁶ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð. I* (n. 19) 151.

fyrir, sem og hvaða refsingum verði beitt og hvert umfang þeirra geti orðið. Samkvæmt 1. m. 61. gr. stjórnarskrárinnar, skulu dómendur einungis fara eftir lögnum í embættisverkum sínum. Á grundvelli þessa ákvæðis, eru dómstólar bundnir af fyrirmælum löggjafans um hámark og lágmark refsingar.⁹⁷ Víst er að dómstólar séu með sama hætti bundnir við verknaðarlýsingar í refsíákvæðum, svo sem hvaða skilyrði þurfa að vera fyrir hendi svo refsar megi fyrir háttsemina.

Samkvæmt skýru orðalagi 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar, er hugsanlegt að menn verði látnir sæta refsíabyrgð á grundvelli lögjöfnunar, sbr. „eða má fullkomlega jafna til slíkrar háttsemi“, þessi málsliður er efnislega samhljóða því sem segir í 1. mgr. 1. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, „má öldungis jafna til hegðunar“. Íslenskir fræðimenn efast þó um að heimilt sé að beita fullkominni lögjöfnun í refsímáli í ljósi 1. mgr. 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu.⁹⁸ Má benda á niðurstöðu Mannréttindadómstóls Evrópu, þar sem dómstóllinn virðist hafa tekið afstöðu til þessa álitaefnis í máli Kokkinakis gegn Grikklandi frá 25. maí 1993.⁹⁹

The Court point out that Article 7 para. 1 (art. 7-1) of the Convention is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage. It also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (nullum crimen, nulla poena sine lege) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy; it follows from this that an offence must be clearly defined in law. This condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the court's interpretation of it, what acts and omissions will make him liable.

Ráða má af þessum dómi, að Mannréttindadómstóll Evrópu telji 1. mgr. 7. gr. Mannréttindasáttmálans fela í sér, að skilgreina verði með lögum, hver hin refsiverða háttsemi er og jafnframt mæla fyrir um hver refsing skuli vera. Enn fremur verði slíkt refsíákvæði ekki túlkað rúmt sakborningi í óhag, svo sem með lögjöfnun. Þessi nálgun MDE virðist einnig vera í samræmi við túlkunarreglu refsiréttar, sem fjallað er um í 8. kafla, um að refsíákvæði verði ekki túlkað rúmt sakborningi í óhag.

Það leiðir af stöðu 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar, sem stjórnskipulegri laga áskilnaðarreglu, að hún takmarkar gildi annarra réttarheimilda en settra laga á sviði refsiréttar. Hún leiðir meðal annars til þess að mönnum verður ekki refsað fyrir háttsemi sem telst refsiverð

⁹⁷ Róbert Ragnar Spanó, „Stjórnarskráin og refsíabyrgð“ (n. 91) 15.

⁹⁸ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð. I* (n. 19) 156.

⁹⁹ Kokkinakis v. Greece App no 14307/88 (ECHR 25 may 1993) mgr. 52.

á grundvelli réttarvenju, meginreglna laga eða eðli máls, sem teljast annars viðurkenndar réttarheimildir í skilningi 60. gr. stjórnarskrár. Að íslenskum rétti styðst refsheimild eingöngu við sett lög frá Alþingi, eða stjórnvaldsfyrirmæli sem hafa viðeigandi lagastoð.¹⁰⁰

Samkvæmt því sem hér hefur verið rakið um lögmætisreglu refsiréttar, felur reglan í sér vernd til handa borgurunum, gegn því að vera látinn sæta refsíabyrgð, nema slík ákvörðun verði rakin til skýrrar viljaafstöðu lýðræðislega kjörins Alþingis.¹⁰¹ Þannig er komið í veg fyrir að dómara eða handhafar framkvæmdarvalds, ákveði hvað skuli teljast refsivert og hverjar refsingar skulu vera án þess að styðjast við sett lög. Ákvörðun um hvað skuli teljast refsiverð háttsemi verður leidd af vilja löggjafans en ekki pólitískri afstöðu framkvæmdarvaldsins eða persónulegum skoðunum dómara.¹⁰²

5.2 Meginreglan um skýrleika refsheimilda

Krafan um lögbundnar refsheimildir nær vart takmarki sínu ef þess er ekki jafnframt krafist að refsíákvæði séu skýr. Sú krafa kemur fram í meginreglunni um skýrleika refsheimilda. Meginregla sú, verður leidd fram af sömu lagaheimildum og meginreglan um lögbundnar refsheimildir. Saman mynda þessar tvær reglur tvo nátengda efnisþætti er falla undir heildarheitið *lögmætisregla refsiréttar*.¹⁰³ Krafa um skýrar refsheimildir felur í sér að refsíákvæði verði að vera svo skýrt orðað að ekki leiki vafi á því hvort tiltekin athöfn eða athafnarleysi falli undir verknaðarlýsingu refsíákvæðis.¹⁰⁴

5.2.1 Inntak og gildissvið

Almennt er litið svo á að fullorðnir og heilbrigðir einstaklingar geti ráðið gjörðum sínum. Þeim sé því nauðsyn að geta kynnt sér, hvaða háttsemi valdhafar hafa lýst refsiverða svo þeim sé mögulegt að haga gjörðum sínum í samræmi við það. Þannig geta skýrar og vel skilgreindar verknaðarlýsingar refsíákvæða, gefið sanngjarna og eðlilega viðvörðun. Átti menn sig ekki fyllilega á öllum réttaráhrifum refsíákvæðis, þá veita skýrlega orðuð refsíákvæði fremur tilefni til þess að menn leiti sér lögfræðiálits. Séu refsíákvæði hins vegar of almenn og óljós, eru þau fremur til þess fallin að leiða hinn almenna borgara í gildru til þess að brjóta af sér.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Róbert Ragnar Spanó, „Stjórnarskráin og refsíabyrgð“ (n. 91) 21–22.

¹⁰¹ sama heimild 37.

¹⁰² sama heimild 23.

¹⁰³ Róbert Ragnar Spanó, „Stjórnarskráin og refsíabyrgð“ (n. 89) 64.

¹⁰⁴ sama heimild 7.

¹⁰⁵ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð. I* (n. 19) 167.

Þessu sjónarmiði sem hér er lýst, hefur verið kallað *viðvörðunarsjónarmiðið*¹⁰⁶ og er það annað tveggja sjónarmiða á bak við meginregluna um skýrleika refsheimilda.

Annað megin sjónarmiðið á bakvið regluna um skýrleika refsheimilda, er refsivörslusjónarmiðið. Það sjónarmið er rökstutt með vísan til lögbundins hlutverks refsivörslukerfisins, að hafa eftirlit með því hvort borgararnir brjóti af sér og bregðast við þeim brotum. Lögregla og ákærvald styðjast við verknaðarlýsingu refsíákvæða til þess að bera saman við háttsemi borgarana, í því skyni að meta hvort þeir hafi framið refsiverðan verknað. Séu þessar verknaðarlýsingar óskýrar leiða þær til handahófskenndra ákvarðana um hvernig beri að túlka og beita tiltekinni refsheimild. Því verður að telja skýrar refsheimildir stuðli að samkvæmni og fyrirsjáanleika við framkvæmd refsivörslunnar.¹⁰⁷

Við mat á skýrleika refsheimilda, virðast íslenskir dómstólar leggja áherslu á að refsheimild þurfi að veita sanngjarna og eðlilega viðvörðun um hvaða háttsemi falli undir verknaðarlýsingu refsíákvæða, því megi þær ekki vera of almennar og óljósar.¹⁰⁸ Sá mælikvarði sem lagður er til grundvallar á fyrirsjáanleika refsheimilda er almennur og hlutlægur, það er hvernig refsíákvæðið horfi við venjulegum og sakhæfum einstaklingi en ekki hinum ákærða sérstaklega.¹⁰⁹

5.2.2 Mannréttindasáttmáli Evrópu

Meginreglan um skýrleika refsheimilda er ekki eingöngu leidd af 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar heldur er hún einnig leidd af hinni almennu laga áskilnaðarreglu 1. mgr. 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. 1. gr. laga um Mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994.¹¹⁰ Í ákvörðun Mannréttindadómstólsins um meðferðarhæfi, í máli *Laukkanen gegn Finnlandi* má greina öll þau meginsjónarmið, sem dómstóllinn hefur lagt til grundvallar, í dómaframkvæmd sinni við mat á skýrleika refsíákvæða.¹¹¹

The guarantee enshrined in Article 7, which is an essential element of the rule of law, occupies a prominent place in the Convention system of protection, as is underlined by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 in time of war or other public emergency. It should be construed and applied, as follows from its object and purpose, in such a way as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment.

¹⁰⁶ Róbert Ragnar Spanó, „Stjórnarskráin og refsíabyrgð“ (n. 89) 17.

¹⁰⁷ sama heimild 18.

¹⁰⁸ sama heimild 41.

¹⁰⁹ sama heimild 49.

¹¹⁰ sama heimild 28.

¹¹¹ *Laukkanen v. Finland* App no 48910/99 (ECHR 1 June 2004).

Accordingly, as the Court held in its *Kokkinakis v. Greece* judgement ... Article 7 is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage: it also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy. From these principles it follows that an offence must be clearly defined in the law. In its aforementioned judgment the Court added that this requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the court's interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable. The Court thus indicated that when speaking of 'law' Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written as well as unwritten law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability ... However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in ... the ... Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could be reasonably be foreseen.

Samkvæmt tilvitnuðum dómi er ljóst að Mannréttindadómstóllinn telur kröfu 1. mgr. 7. gr. Mannréttindasáttmálans, um skýrleika refsheimilda, fullnægt ef refsíákvæði er nægilega skýrt og fyrirsjáanlegt, að einstaklingur geti lesið lagatextann og skoðað dómaframkvæmd til að átta sig á inntaki þess. Þá telur MDE, 7. gr. sáttmálans ekki girða fyrir að dómstólar aðildarríkjanna túlki og þrói inntak refsíákvæða, svo framarlega sem það rúmist innan ramma ákvæðisins og þróunin sé fyrirsjáanleg. Af framangreindum sjónarmiðum verður einnig ráðið að, viðvörunarsjónarmiðið er ríkjandi við túlkun MDE á 7. gr., Mannréttindasáttmálans.

Af dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins má sjá, að mat hans á skýrleika refsheimilda er atviksbundið. Þannig leggur dómstóllinn fyrst og fremst áherslu á að meta hvort túlkun og beiting refsheimildar hafi verið fyrirsjáanleg fyrir sakborning. Það mat er ekki alltaf almennt og hlutlægt.¹¹² Hér má benda á ákvörðun Mannréttindadómstóls Evrópu um meðferðarhæfi, í máli *Salov gegn Úkraínu*.¹¹³ Málið varðaði lögfræðing sem var fulltrúi frambjóðanda í forsetakjöri í Úkraínu. Lögfræðingurinn var sakfelldur fyrir að hafa haft áhrif á kosningarétt borgaranna. Kvörtun kæranda til Mannréttindadómstólsins byggði á því að

¹¹² Róbert Ragnar Spanó, „Stjórnarskráin og refsíabyrgð“ (n. 89) 32.

¹¹³ *Salov v. Ukraine* App no 65518/01 (ECHR 27 april 2004).

háttsemi hans hafi verið heimfærð undir rangt refsíákvæði, og væri það í andstöðu við 1. mgr.

7. gr. Mannréttindasáttmálans. Í ákvörðun MDE segir um þetta;

The Court finds that the applicable law in the instant case was sufficiently accessible. As to the foreseeability of the law, the Court considers that, with the benefit of appropriate legal advice, or on the basis of his own knowledge, the applicant, being a practising lawyer, could reasonably be expected to be able to appreciate at the material time that he ran a real risk of being found guilty of an offence under Article 127 of the CC if he disseminated a forged issue of a newspaper containing false information about a candidate for the presidency of Ukraine.

Af framangreindum dómum má ráða að mikið þarf að koma til svo Mannréttindadómstóll Evrópu telji refsíákvæðið fara í bága við kröfu 1. mgr. 7. gr. Mannréttindasáttmálans, um skýrleika refsheimilda. Þannig leggur hann heildarmat á lagatexta ákvæðisins og umfjöllun um ákvæðið í dómaframkvæmd, að teknu tilliti til aðstæðna sakbornings hverju sinni. Þar skipta þættir eins og menntun sakbornings og reynsla, sem og möguleikar hans á að kynna sér dómaframkvæmd eða leita sér lögfræðiráðgjafar.

6. Túlkun refsíákvæða

Hér verður lýst því ferli eða þeirri aðferð sem dómstólum ber að beita við túlkun eða skýringu laga, einkum refsilaga. Aðferðin felur í sér að afmarka efni lagareglu og ákvarða hvort tiltekin háttsemi falli undir hana eða ekki. Í refsirétti er markmið þessa ferlis að skera úr um refsinemi þeirrar háttsemi sem er til skoðunar hverju sinni.¹¹⁴ Þetta ferli felur í sér þrjá þætti, í upphafi er valið það ákvæði sem skal verða andlag túlkunar við úrlausn málsins. Næst er merkingarfræðilegur rammi þess afmarkaður, en slík athugun leiðir yfirleitt í ljós mismunandi lögskýringarsjónarmið sem til greina koma við túlkun ákvæðisins. Nánar er fjallað um lögskýringarsjónarmið í kafla 6.2. Niðurstaða þessa ferlis er síðan sú lögskýringarleið sem túlkandinn ákveður að fara. Þær leiðir eru þrjár, almenn lögskýring, þrengjandi lögskýring og rýmkandi lögskýring.¹¹⁵ Lögskýringarleiðunum þremur er gerð nánari skil í kafla 6.3.

¹¹⁴ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð*. 1 (n. 19) 211.

¹¹⁵ Davíð Þór Björgvinsson, *Lögskýringar* (Háskólinn í Reykjavík ; JPV útgáfa 2008) 159.

6.1 Lögskýringargögn

Í rýmri merkingu orðsins lögskýringargögn, er átt við öll skráð gögn sem veitt geta upplýsingar eða leiðbeiningar um túlkun lagaákvæða. Hér er átt við eldri lög, önnur gildandi lög, fræðirit, ýmsa úrskurð, dómsniðurstöður, álit umboðsmanns Alþingis og þess háttar.¹¹⁶

6.1.1 Undirbúningsgögn

Í þrengri merkingu orðsins lögskýringargögn er átt við þau undirbúningsgögn, sem liggja að baki samningu og samþykkt lagafrumvarpa. Í þessum gögnum er að finna upplýsingar um aðdraganda, tilurð og tilgang lagaákvæðis og mikilvægar leiðbeiningar um skýringu ákvæða svo sem skilgreiningar á hugtökum.¹¹⁷

6.1.2 Greinargerðir með lagafrumvörpum

Mjög mikilvægar leiðbeiningar og upplýsingar er að finna í greinargerðum þeim er fylgja lagafrumvörpum. Athugasemdirnar eru ýmist almennar athugasemdir um frumvarpið í heild sinni eða sérstakar athugasemdir með einstökum greinum. Hér er nærtækast að nefna greinargerð með frumvarpi því er varð að hegningarlögum nr. 19/1940 og síðari breytingarlaga á þeim. Óhætt er að segja að lagafrumvörp og greinargerðir með þeim séu mikilvægustu undirbúningsgögn við lagasetningu og ómissandi við skýringu laga. Þrátt fyrir að vera ekki í raun bindandi fyrir dómstóla, þá hafa ótvíræðar skýringar og skilgreiningar í greinargerð mjög mikilvægt leiðbeiningargildi fyrir dómstóla og sterk rök þarf til þess að ganga gegn slíkum leiðbeiningum.¹¹⁸

Í greinargerð með almennum hegningarlögum er að finna mikilvægar leiðbeiningar við túlkun laganna. Þar kemur fram aðdragandi og markmið laganna í heild, einstakra kafla þeirra og einstakra ákvæða. Þá er einnig að finna skilgreiningar á réttarhugtökum, bæði í einstaka ákvæðum laganna sjálfra, svokölluðum lögskýrgreinum til dæmis rýmkað ofbeldishugtak 194. gr. laganna.¹¹⁹ Einnig eru skilgreiningar á réttarhugtökum í greinargerðinni, til dæmis er hugtakið auðgunarásetningur skilgreindur í greinargerð með almennum hegningarlögum sem ásetningur brotamanns til þess að afla sér eða öðrum fjárvinnings með þeim hætti að annar maður biði ólöglega fjártjón að sama skapi.¹²⁰ Þá geta ummæli í greinargerð einnig verið til fyllingar og skýringar einstakra atriða í lagatexta eða textans í heild.

¹¹⁶ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð*. 1 (n. 19) 215.

¹¹⁷ sama heimild.

¹¹⁸ sama heimild 216.

¹¹⁹ sama heimild 218–219.

¹²⁰ Alþt. 1939-1940, A-deild, þskj. 43 - 29. mál.

Í sakamállum má sjá þess dæmi að Hæstiréttur styðjist við ummæli úr greinargerðum við túlkun refsíákvæða, sem dæmi má nefna **Hrd. 472/2005**.¹²¹ Í málinu var ákærða gefið að sök brot gegn 3. mgr. 202. gr. almennra hegningarlaga með því að hafa tælt þrjár ungar stúlkur til samræðis og annarra kynferðismaka, auk þess sem hann tók kynferðislegar ljósmyndir af stúlkunum. Hæstiréttur taldi þá háttsemi ákærða, að hafa tælt stúlkurnar til samræðis og annarra kynferðismaka, réttilega heimfærða til refsíákvæða. Því var hins vegar hafnað að sú háttsemi ákærða, að taka kynferðislegar ljósmyndir af stúlkunum, yrði heimfært undir hugtakið „önnur kynferðismök“ í refsíákvæðinu, með svofelldum rökum:

Við úrlausn um þetta verður að líta til skýringa í athugasemdum með frumvarpi, er varð að lögum nr. 40/1992, en þá var meginefni 3. mgr. 202. gr. almennra hegningarlaga breytt í núverandi horf. Segir þar að skýra beri hugtakið fremur þröngt „þannig að átt sé við kynferðislega misnotkun á líkama annarrar manneskju, er kemur í stað hefðbundins samræðis eða hefur gildi sem slíkt (surrogat). Eru þetta athafnir sem veita eða eru almennt til þess fallnar að veita hinum brotlega kynferðislega fullnægingu.“ Með því að skýra hugtakið í samræmi við þetta og að virtum þeim framburði ákærða að hann hafi fengið stúlkurnar til þessara athafna í þeim tilgangi að ljósmynda þær, verður að hafna kröfu ákæruvalds um að þessi háttsemi ákærða verði felld undir brotalýsingu 3. mgr. 202. gr. almennra hegningarlaga.

Hér má einnig benda á niðurstöðu Hæstaréttar í **Hrd. 502/2009**.¹²² Í málinu var ákærða meðal annars gefin að sök kynferðisbrot samkvæmt 1. mgr. 194. gr. almennra hegningarlaga, með því að hafa neytt þáverandi sambýliskonu sína, með hótunum um ofbeldi eða annars konar ólögmati nauðung, til þess að hafa samræði við aðra karlmenn, á meðan hann horfði á. Vörn sakbornings laut meðal annars að því að háttsemi hans yrði ekki réttilega heimfærð undir 1. mgr. 194. gr. almennra hegningarlaga. Samkvæmt orðalagi ákvæðisins, teldist það nauðgun að eiga samræði eða önnur kynferðismök við mann, með því að beita ólögmati nauðung, því þyrfti að beina ákæru að þeim sem áttu við hana kynferðismök. Um þetta segir Hæstiréttur:

Við úrlausn um heimfærslu framangreindra brota ákærða til refsíákvæða verður að líta til þess að með lögum nr. 40/1992 og 61/2007 var ákvæðum XXII. kafla almennra hegningarlaga um kynferðisbrot breytt verulega meðal annars með því markmiði að tryggja svo sem kostur væri virðingu fyrir kynfrelsi hvers manns og réttarvernd handa þolendum slíkra brota. Þær breytingar hafa ekki síst snúið að 194. gr. laganna, en hugtakið nauðgun í ákvæðinu hefur verið rýmkað verulega og tekur nú til háttsemi, sem áður varðaði vægari viðurlögum. Þá hafa svonefnd önnur kynferðismök verið lögð að jöfnu við samræði og er hvort tveggja nú fellt undir ákvæðið. Í athugasemdum, sem fylgdu frumvarpi sem varð að lögum nr. 40/1992, sagði um hugtakið önnur kynferðismök að í því fælist kynferðisleg misnotkun á

¹²¹ Hrd. 6. apríl 2006 í máli 472/2005.

¹²² Hrd. 12 maí 2010 í máli nr. 502/2009.

líkama annars manns, sem komi í stað hefðbundins samræðis eða hafi gildi sem slíkt. Þetta séu athafnir sem veiti geranda kynferðislega fullnægingu eða séu almennt til slíks fallnar. Í athugasemdum, sem fylgdu frumvarpi sem varð að lögum nr. 61/2007, voru nefnd ýmis dæmi um háttsemi, sem teldist falla undir þetta hugtak. Ákærði neyddi sambúðarkonu sína með hótunum og beinu ofbeldi til kynmaka við aðra karla, ljósmyndaði athæfi þeirra og tók upp á myndband. Af hálfu ákærvaldsins er því haldið fram að ekkert geti skýrt þessa háttsemi ákærða annað en það að þessi kynmök annarra hafi haft kynferðislegt gildi fyrir hann og komið í staðinn fyrir eða bætt upp hefðbundið samræði, jafnvel þótt hann hafi sjálfur iðulega tekið þátt í þessum athöfnum. Athæfið, sem hann neyddi sambúðarkonu sína til að taka þátt í, falli því undir önnur kynferðismök í merkingu 1. mgr. 194. gr. almennra hegningarlaga. Fallist verður á þessa skýringu ákærvaldsins og eru brot ákærða samkvæmt 7. til 12. lið ákæru því réttilega heimfærð þar til refsíákvæðis.

Af framangreindum dómum má ráða að Hæstiréttur telur sér heimilt að líta til lögskýringargagna við túlkun refsíákvæða og getur niðurstaða slíkrar könnunar ýmist leitt til sýknu sakbornings eða sakfellingar.

6.1.3 Umræður og meðferð mála hjá löggjafanum

Á Alþingi snúast umræður að mestu leyti um lagafrumvörp og undirbúning þeirra utan þings og um álit frá nefndum þingsins. Könnun á athugasemdum og ábendingum þeirra þingmanna er taka til máls á Alþingi um lagafrumvörp geta gefið vísbendingar um viðhorf einstakra þingmanna eða þingsins í heild til einstakra atriða í lögnum eða laganna í heild. Slíkar upplýsingar geta gagnast dómstólum við ákvörðun um hvaða skýringarkosti skuli velja.¹²³

6.1.4 Skýrslur ráðherra og svör við fyrirspurnum

Á Alþingi getur ráðherra gert grein fyrir opinberu málefni með skýrslu sem útbýtt er meðal þingmanna á fundi. Ráðherra gerir svo grein fyrir skýrslunni og í kjölfarið fer fram umræða um hana á þinginu. Í þessum skýrslum, sem og skriflegum svörum ráðherra við fyrirspurnum þingmanna, kunna að koma fram ýmislegar upplýsingar um framkvæmd laganna og skilning á lagaákvæðum er koma dómara að gagni við skýringu lagaákvæðis.¹²⁴

¹²³ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíábyrgð*. I (n. 19) 223–224.

¹²⁴ sama heimild 223.

6.2 Lögskýringarsjónarmið

Lögskýringarsjónarmið eru þau sjónarmið sem ráða för við val á lögskýringarleið í hverju tilfalli fyrir sig. Þetta eru þau atvik, atriði, viðhorf eða viðmiðanir sem ráða mestu um val á skýringu ákvæðisins. Lögskýringarsjónarmið eru því í raun kjarni þeirra röksemda sem mest hafa vægi við skýringu lagaákvæða.¹²⁵ Lögskýringarsjónarmið hafa einnig áhrif á hvaða lögskýringargögn skipta máli við túlkun ákvæðis, sem og hvaða atriðum skuli leita af í slíkum gögnum og hvaða vægi ber að gefa þeim við túlkun ákvæðis.¹²⁶ Það er álitamál hvernig skuli flokka lögskýringarsjónarmið og ljóst er að íslenskir fræðimenn fara ekki allir sömu leið í þeim efnum. Í riti sínu, *Lögskýringar*, setur Davíð Þór Björgvinsson fram almenna flokkun lögskýringarsjónarmiða að íslenskum rétti.¹²⁷ Slík almenn flokkun á þó ekki alls kostar við um skýringu refsilaga.¹²⁸ Verður hér því stuðst að mestu leyti við þá flokkun sem Jónatan Þórmundsson hefur sett fram í riti sínu „*Afbrot og Refsiábyrgð I*“ þar sem hann setur fram hefðbundin viðhorf og viðmiðanir lögfræðinnar um vinnubrögð við lögskýringu refsíákvæða.

Flest af mikilvægustu lögskýringarsjónarmiðunum er hægt að staðreyna með lögskýringargögnum, aðallega í lagatextanum sjálfum. Finna má tilgang laganna, tilefni þeirra, forsendur og forsögu í undirbúningsgögnum, einkum í lagafrumvarpi og greinargerð að því er varðar refsíheimildir. Í öðrum lögskýringargögnum er að finna lögskýringarsjónarmið um lagasamræmi, dómvenju og meginreglur laga. Þá er að finna lögskýringarsjónarmið sem vísa til hreinna matskenndra viðhorfa um sanngirni og hallkvæmni í hverju tilviki með vísan til eðli máls.¹²⁹ Verður hér gerð nánari grein fyrir þessum sjónarmiðum.

6.2.1 Lagatexti

Þegar búið er að afmarka lagalega merkingu texta refsíákvæðis þarf að leysa úr því, hvaða efnisreglu ákvæðið hefur að geyma. Ráðandi lögskýringarsjónarmið í flestum tilfellum er að skýra ákvæðið í samræmi við orðanna hljóðan og er almennt litið svo á að sérstök rök þurfi til svo önnur lögskýringarsjónarmið verði látin ráða för. Þannig verður val á lögskýringarleið rökstudd með þeim hætti að hún sé í samræmi við orðalag ákvæðisins. Beiting lögskýringarsjónarmiða með vísan til orðs og textafræðilegra atriða styðst við sterk rök. Fyrir það fyrsta má benda á að, lagatextinn hefur verið formlega birtur og er bindandi sem slíkur. Þá hefur lagatextinn hlotið þá meðferð hjá löggjafanum sem lög gera ráð fyrir við lagasetningu og

¹²⁵ Davíð Þór Björgvinsson (n. 115) 102.

¹²⁶ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíábyrgð. I* (n. 19) 224.

¹²⁷ Davíð Þór Björgvinsson (n. 115) 102.

¹²⁸ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíábyrgð. I* (n. 19) 224.

¹²⁹ sama heimild.

er orðalag hans og merking vel ígrunduð. Þá má einnig gera ráð fyrir því að lagaleg merking textans sé í samræmi við almennan skilning eða viðurkenndan sérfræðiskilning.¹³⁰

6.2.2 Tilgangur laga eða lagaákvæðis

Hér er vísað til svokallaðrar markmiðsskýringar og vísar það til samfélagslegs markmiðs laganna. Oft reynir á tilgang laga í heild sinni í tengslum við tiltekið ákvæði þeirra. Almennt fellur tilgangur einstaka ákvæðis saman við tilgang laganna í heild. Oft er að finna tilgang laganna í lagatextanum sjálfum, ýmist í ákvæðinu sem er til skoðunar eða sérstökum ákvæðum þeirra þar sem tilgangi laganna er lýst. Í sumum tilfellum má greina tilgang laganna með því að lesa þau í heild. Oftar en ekki má þó einnig greina tilgang laganna eða einstakra ákvæða þeirra í undirbúningsgögnum laganna, einkum greinargerð er fylgir frumvarpi þeirra.¹³¹ Sem dæmi má nefna að í greinargerð með frumvarpi til almennra hegningarlaga, er í skýringum við XXVI. kafla lýst tilgangi umboðssvikaákvæðis 249. gr. laganna, sem var nýmæli í lögum á þeim tíma. Þar segir að tilgangurinn með ákvæðinu hafi verið að rýmka gildissvið svika.¹³²

6.2.3 Uppruni ákvæðis og tengsl við eldri lög

Oftast reynir á þetta sjónarmið þegar ný lög taka við að eldri lögum um sama efni. Ef yngri lögin eru efnislega þau sömu og eldri lögin varðandi það réttaratriði sem er til umfjöllunar, standa líkur til þess að ákvæði yngri laganna verði skýrt með sama hætti og sambærilegt eldra ákvæði. Samanburður sem þessi hefur mikið gildi þegar reynir á reglur um afturvirkni refsibrota skv. 2. gr. almennra hegningarlaga. Þá er einnig að finna leiðbeiningar í greinargerðum laga um hvernig beri að skýra ýmis hugtök eða önnur réttaratriði, með vísan til eldri laga.¹³³ Sem dæmi má nefna úr almennum hegningarlögum þar sem hugtakið „gertæki“ er skýrt. Þar segir að efnið sé tekið upp frá 117. gr. hegningarlaga, frá 1869 og sagt að gertæki komi í stað orðsins „sjálftaka“ er notað var í eldri lögnum.¹³⁴ Þegar ummælum í undirbúningsgögnum er ekki til að dreifa þarf að styðjast við eldri lagaákvæði og lagaframkvæmd.¹³⁵

¹³⁰ Davíð Þór Björgvinsson (n. 115) 104.

¹³¹ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð. I* (n. 19) 224.

¹³² Alþt. 1939-1940, A-deild, þskj. 43 - 29. mál.

¹³³ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð. I* (n. 19) 227.

¹³⁴ Alþt. 1939-1940, A-deild, þskj. 43 - 29. mál.

¹³⁵ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð. I* (n. 19) 228.

6.2.4 Lagasamræmi

Hér er átt við að lagaákvæði sé skýrt með þeim hætti að það samrýmist öðrum skráðum eða óskráðum réttarreglum. Fyrir það fyrsta þarf að skýra lagaákvæðið þannig að það samræmist öðrum ákvæðum innan sömu laga eða lagabálknum í heild. Í öðru lagi þarf að gæta samræmis við önnur lög er kunna að varða sömu réttaratriði. Loks í þriðja lagi þarf að gæta samræmis við óskráðar meginreglur þegar það á við.¹³⁶ Varðandi almenn hegningarlög gæti þurft að líta til mannréttindakafla stjórnarskrárinnar, einkum 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar og þeirra meginreglna sem af henni leiða og gert hefur verið grein fyrir í 5. kafla. Þá gæti einnig verið litið til Mannréttindasáttmála Evrópu, einkum 1. mgr. 7. gr., en sú grein leggur til dæmis þrengri skorður við beitingu lögjöfnunar í refsirétti heldur en ákvæði stjórnarskrárinnar gerir.

6.2.5 Fordæmi og dómvenjur

Strangt til tekið er fordæmið sem slíkt ekki sjálfstætt lögskýringarsjónarmið.¹³⁷ Hugtakið felur í sér að með dómi sé búið að slá því föstu hvert inntak réttarheimildar sé á tilteknu sviði. Frumheimildin er eftir sem áður sá efniviður sem leiddi til þeirrar niðurstöðu um efni reglunnar sem birtist í dóminum.¹³⁸ Það þykir hins vegar rétt að gera sérstaklega grein fyrir fordæmi sem lögskýringarsjónarmiði þar sem tilvísun til fordæmis felur stundum í sér meginrök fyrir niðurstöðunni.¹³⁹ Fordæmi getur lotið að því að leysa úr ýmiss konar álitaefnum sem kunna að rísa varðandi skýringu á lagatexta. Fordæmi sem lögskýringarsjónarmið felur í sér að skýra skuli lagaákvæði með þeim hætti að það samræmist fordæmi sem er til staðar, þar sem það hefur áður verið skýrt. Áhrif dómafordæma við túlkun laga getur verið með ýmsum hætti, þegar stuðst er við eldra dómafordæmi, þar sem inntak ákvæðisins hefur verið skýrt áður, sem fyrirmynd í síðara máli. Þá getur dómur sem fallið hefur á grundvelli eldri laga, haft þýðingu við að ákvarða inntak ákvæðis í nýju lögunum, eða að yngri lög séu skýrð með þeim hætti að hafnað sé sjónarmiðum eldri laga. Loks geta eldri dómafordæmi skipt sköpum við túlkun nýrra laga, þrátt fyrir að engin lög hafi náð yfir viðkomandi réttarsvið á þeim tíma. Sem dæmi má nefna að á sviði skaðabótaréttar geta eldri dómafordæmi haft þýðingu við túlkun ákvæða skaðabótalaga nr. 50/1993, vegna þess að fyrir tilkomu laganna voru ekki í gildi nein skaðabótalög á Íslandi.¹⁴⁰

¹³⁶ sama heimild 229.

¹³⁷ Davíð Þór Björgvinsson (n. 115) 143.

¹³⁸ Jón Steinar Gunnlaugsson, *Um fordæmi og valdmörk dómstóla* (Háskólinn í Reykjavík 2003) 32.

¹³⁹ Davíð Þór Björgvinsson (n. 115) 144.

¹⁴⁰ sama heimild 144–145.

Þá er einnig ljóst að dómvenja getur haft áhrif á túlkun refsíákvæðis líkt og raunin varð í **Hrd. 8/2005**,¹⁴¹ þar sem ákært var fyrir ölvunarakstur. Í málinu reyndi meðal annars á hvort breytingar sem gerðar voru á 102. gr. umferðarlaga nr. 50/1987, með 8. gr. laga nr. 84/2004, röskuðu dómvenju um tímalengd ökuréttarsviptingar. Vísað var til þess að breytingarnar hafi ekki falið sér nein fyrirmæli um að svipting ökuréttar samkvæmt 2. mgr. 102. gr. umferðarlaganna skyldi fara stighækkandi á bilinu frá einu ári til tveggja í samsvörun við hækkun á magni vínanda í blóði. Ekkert yrði heldur ráðið af lögskýringargögnum um að vakað hafi fyrir löggjafanum að nýtt ákvæði í 3. mgr. 102. gr. umferðarlaga myndi stuðla að slíkri hliðrun á rótgróinni dómvenju, enda hefði verið í lófa lagið að kveða beinlínis á um þá breytingu í lögum. Í þessu máli lætur Hæstiréttur, dómvenju ráða úrslitum við skýringu umrædds ákvæðis umferðarlaga.¹⁴²

Á sviðið refsiréttar hafa fordæmi og dómvenja haft gríðarleg áhrif. Í þessu sambandi má benda á 244. gr. almennra hegningarlaga, þar segir eingöngu að þjófnaður á fjármunum eða orkuforða varði fangelsi. Enga verknaðarlýsingu er að finna í ákvæðinu sjálfu, þá segir í skýringum við ákvæðið í greinargerð, að engin ástæða sé til þess að skýrgreina hugtakið í lögum þar sem enginn vafi muni leika á því, hvorki í réttarfræði né framkvæmd.¹⁴³ Hugtakið hefur hins vegar verið skýrt og afmarkað í dómaframkvæmd og skrifum fræðimanna. Þá má einnig benda á að refsimörk eru oft á tíðum mjög rúm, dómstólar hafa því mótað viðmið um ákvörðun refsingar.¹⁴⁴

Fram er komið að dönsku hegningarlögin frá 1930 voru að mestu leyti höfð sem fyrirmynd við samningu íslensku hegningarlaganna nr. 19/1940. Á þetta sérstaklega við um umboðssvikaákvæði 249. gr. sem sett var að fyrirmynd 280. gr. dönsku laganna er fjallaði um mandatsvig og er nafnið fengið þaðan. Þá er auðgunarásetningur einnig skilgreindur á sama hátt í dönsku lögnum og þeim íslensku þrátt fyrir að framsetningin sé með ólíkum hætti. Því getur túlkun danskra dómstóla á umboðssvikaákvæði dönsku hegningarlaganna og skilyrðum auðgunarásetnings gefið vísbendingar um hvernig túlka beri ákvæðin þegar ekki er til að dreifa íslenskri dómaframkvæmd. Enda þekktist vel í íslenskum fræðiskrifum er fjalla um refsirétt, að vísað er til danskra dóma til skýringar.

¹⁴¹ Hrd. 14. apríl 2005 í máli nr. 8/2005.

¹⁴² Davíð Þór Björgvinsson (n. 115) 147.

¹⁴³ Alþt. 1939-1940, A-deild, þskj. 43 - 29. mál.

¹⁴⁴ Davíð Þór Björgvinsson (n. 115) 149.

6.2.6 Meginreglur laga

Hér er ekki verið að halda því fram að meginreglur laga séu refsheimild, enda eru þær almennt ekki viðurkenndar sem slíkar heimildir. Meginreglur laga hafa hins vegar mikilvægu hlutverki að gegna við túlkun refsíákvæða. Líkt og með beitingu lögskýringarsjónarmiða um lagasamræmi, leiðir beiting lögskýringarsjónarmiða um meginreglur laga til þess að velja þann skýringarkost er best fellur að lagaheildinni.¹⁴⁵ Þegar reynir á lögskýringarsjónarmið um meginreglur laga í sakamáli, grundvallast þær alla jafna á meginreglum refsiréttar.¹⁴⁶

Veigamestu meginreglur refsiréttar eiga uppruna sinn að rekja til 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944. Fyrst ber að nefna meginregluna um skýrleika refsheimilda, einnig meginregluna um lögbundnar refsheimildir og loks túlkunarreglu refsiréttar sem kveður á um að, leiki vafi á um hvort háttsemi teljist refsiverð eða hvort heimfæra beri háttsemi undir refsíákvæði ber að túlka þann vafa sakborningi í hag. Önnur mikilvæg meginregla refsiréttar er leidd af 18. gr. almennra hegningarlaga, að manni verði aðeins refsað fyrir háttsemi sem rakin verður til ásetnings hans eða gáleysis. Loks má nefna meginreglu 2. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar og 108. gr. laga um meðferð sakamála nr. 88/2008, að sakborningur sé saklaus uns sekt er sönnuð.

Í dómaframkvæmd má sjá fjölmörg dæmi þess að dómstólar túlki lagaákvæði með hliðsjón af meginreglum laga, sem dæmi má nefna **Hrd. 203/1964**.¹⁴⁷ Í málinu var flugstjóri ákærður fyrir brot gegn 47., sbr. 52. gr. reglugerðar um fluglið nr. 184/1949, sbr. 41. gr. laga um loftferðir nr. 32/1929, með því að hafa neytt áfengis á laugardagskvöldi og fram á aðfararnótt sunnudags, þrátt fyrir að hann átti að stjórna flugvél í millilandaflugi klukkan 8:00 á sunnudagsmorgninum. Héraðsdómur sýknaði ákærða og var sú niðurstaða staðfest af Hæstarétti, með vísan til eftirfarandi forsendna:

Það er skoðun dómsins, að úrslit málsins eigi að velta á því, hvort orðin „áður en störf eru hafin“ í 47. gr. reglugerðar um fluglið nr. 184 frá árinu 1949 tákni, að störf hafi raunverulega verið tekin upp eða byrjuð, eða hvort nægjanlegt sé, að störf hafi átt að hefjast innan 18 klukkustunda frá áfengisneyzlu. Þegar það er virt, að orðanna hljóðan er nær fyrri skilningnum og það er almenn regla íslenzks réttar, að refsíákvæði beri að skýra þröngt, sbr. meginhugsun 1. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, í þeim skilningi, að allan vafa um það, hvort refsíákvæði taki til háttsemi, eigi að virða ákærða í hag, og loks það, að ákærði var hvorki farinn að starfa í flugvélinni né flugumsjóninni, t. d. við flugáætlun, þá lítur dómurinn svo á, að ákærði hafi ekki brotið gegn ákvæðinu, og því ber að sýkna ákærða af öllum kröfum ákærvaldsins.

¹⁴⁵ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíábyrgð*. 1 (n. 19) 234.

¹⁴⁶ sama heimild 235.

¹⁴⁷ Hrd. 28. apríl 1965 í máli nr. 203/1964.

Í framangreindum dóm valt sakfelling ákærða á túlkun orðanna „áður en störf eru hafin“. Dómurinn valdi að skýra orðin með hliðsjón af þeirri meginreglu refsiréttar, að vafa um heimfærslu refsíákvæða beri að túlka sakborningi í hag.

6.2.7 Eðli máls

Hugtakið eðli máls er í raun tvíþætt hugtak. Annars vegar er það réttarheimildin eðli máls, og hins vegar lögskýringarsjónarmiðið eðli máls. Með vísan til þess er áður hefur komið fram um viðurkenndar refsíheimildir að íslenskum rétti er ljóst að eðli máls er ekki refsíheimild. Eðli máls er hins vegar lögskýringarsjónarmið sem miðar að því að túlka lagaákvæði með þeim hætti að það feli í sér sanngjarna og hagkvæma reglu.¹⁴⁸ Í dómaframkvæmd er stundum sagt að lagarök eða efnisrök leiði til fenginnar niðurstöðu. Þá þekkist einnig í dómaframkvæmd að talið sé eðlilegt að skilja lagaákvæði á ákveðinn hátt. Getur slík tilvitnun bæði falið í sér að ákveðinn skilningur liggja beinast við samkvæmt orðanna hljóðan eða hins vegar að sá skilningur feli í sér sanngjarna og hallkvæma niðurstöðu.¹⁴⁹

Sem dæmi þess að Hæstiréttur hafi litið til meginreglna laga við túlkun lagaákvæða má nefna **Hrd. 320/1988**.¹⁵⁰ Í málinu hafði sakadómari talið rannsókn sakamáls svo ábótavant að hann vísaði því frá *ex officio*, án þess að ríkissaksóknara gæfist færi á að tjá sig um frávísunina. Samkvæmt þágildandi lögum um meðferð opinberra mála nr. 74/1974, bar dómara að gefa ríkissaksóknara kost á að tjá sig áður en dómari tók ákvörðun um framkomna frávísunarkröfu. Hæstiréttur taldi efnisrök standa til þess að dómari gæfi ríkissaksóknara einnig tækifæri til að tjá sig um mál, áður en ákvörðun yrði tekin um frávísun *ex officio*. Í framangreindum dómi túlkar Hæstiréttur ákvæði þágildandi laga um meðferð opinberra mála, með hliðsjón af eðli máls.

6.3 Lögskýringarleiðir

Áður hefur komið fram að svokallaðar lögskýringarleiðir séu þrjár, almenn lögskýring, þrengjandi lögskýring og rýmkaði lögskýring. Lögskýringarleiðirnar lýsa í raun aðeins niðurstöðu lögskýringar, sem leidd er fram með þeim sjónarmiðum sem túlkandi telur að hafa skuli mest vægi hverju sinni. Einstök lögskýringarsjónarmið geta skorið úr um hvaða lögskýringarleið verður látin ráða för við lögskýringu í hverju tilviki fyrir sig. Val á lögskýringarleið veltur því ævinlega á því, hvaða lögskýringarsjónarmiðum er fengin mest

¹⁴⁸ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð*. 1 (n. 19) 237.

¹⁴⁹ Davíð Þór Björgvinsson (n. 115) 155.

¹⁵⁰ Hrd. 13. október 1988 í máli nr. 320/1988.

vægi við lögskýringuna, að lokinni könnun á texta ákvæðisins sem og annarra fyrirbyggjandi gagna (lögskýringargagna). Þannig eru lögskýringarleiðirnar í raun ekki hluti þeirra meginraka sem ráða niðurstöðu, heldur aðeins fræðilegt heiti sem notað er til þess að lýsa ólíkum niðurstöðum.¹⁵¹

6.3.1 Almenn lögskýring

Almenna lögskýringu má skilgreina sem lögskýringarleið sem er valin þegar enginn vafi leikur á að tilvik falli undir lagaákvæði samkvæmt textaskýringu þess, eða þegar heildarmat á samhengi ákvæðisins leiðir til þess að ekki sé lengur talinn vafi um þá túlkunarniðurstöðu sem var til staðar að lokinni textaskýringu.¹⁵² Almenn lögskýring felur í sér að lagaákvæði er túlkað til samræmis við það sem má ætla að falli innan marka lagatextans í heild sinni. Er hér stuðst við almennar lögskýringaraðferðir, þ. e. lagatexta sem efnivið lögskýringar, svo og skýringar sem vísa til orð- og textafræðilegra atriða. Alla jafna felur þetta í sér að lagaákvæði er skýrt í samræmi við almennan skilning á heildartexta þess eða einstökum orðum.¹⁵³ Við skýringu laga ber því fyrst og fremst að kanna lagatextann sjálfan, efni hans og ytra samhengi og ákvarða hvort tiltekin háttsemi falli undir hann. Við þessa könnun þarf einnig að huga að ýmsum lögskýringargögnum og sjónarmiðum. Niðurstaða þessa ferlis er svo val á lögskýringarleið. Rúmist háttsemin innan viðkomandi ákvæðis á grundvelli þess lögskýringarferlis, er valin almenn lögskýring sem lögskýringarleið. Beitt er orðskýringu, þ. e. ákvæðið skýrt eftir orðanna hljóðan.¹⁵⁴

Ákvarðandi skýring er afbrigði almennrar lögskýringar. Sérstaða þessarar skýringar lýtur annars vegar að því einkenni margra refsíákvæða, að í þeim felast fleiri efnisþættir en fram koma orðrétt í verknaðarlýsingum þeirra. Hins vegar lýtur sérstaðan að því einkenni, að orðalag refsíákvæða er oft svo teygjanlegt, að það felur í sér ýmist þrengri eða rýmri lögskýringarkosti, sem þó rúmast allir innan marka lagatextans. Fyrri einkenni ákvarðandi lögskýringar birtist í fjölmörgum verknaðarlýsingum bannbrota hegningarlaganna, sem lýsa ýmsum athöfnum berum orðum, en leiðir af eðli máls að þær hafa rýmri merkingu í raun. Þannig mætti leiða reglur um óbein athafnarleysisbrot af bannreglum hegningarlaga er fjalla um athafnarbrot. Seinna einkenni ákvarðandi lögskýringar er lagatexti sem rúmar mismunandi skýringarkosti. Sakfelling getur þá oltið á því að rýmri kosturinn sé valinn.¹⁵⁵

¹⁵¹ Davíð Þór Björgvinsson (n. 115) 159.

¹⁵² Róbert Ragnar Spanó, *Túlkun lagaákvæða* (Codex 2007) 283.

¹⁵³ Davíð Þór Björgvinsson (n. 111) 159.

¹⁵⁴ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð. I* (n. 19) 237.

¹⁵⁵ sama heimild 240–241.

Annað afbrigði almennrar lögskýringar, sem þó er vissulega mjög sjaldgæft á sviði refsiréttar, snúa að afbrigðilegum atriðum í lagatexta. Í þessu felst annars vegar svokallaðar lögskýrgreiningar og hins vegar matskennd svigrúmsákvæði. Með hugtakinu lögskýrgreiningar er átt við skilgreiningar hugtaka sem koma fram í lagatextanum sjálfum, sem dæmi um slíkt úr almennum hegningarlögum má nefna rýmkað ofbeldishugtak 194. gr. laganna. Matskennd svigrúmsákvæði í almennum hegningarlögum eru refsíákvæði sem byggja á hugtökum sem erfitt er að skilgreina. Hér eru hugtök eins og klám, blygðunarsemi og guðlast. Ljóst er að heimfærsla háttsemi til þessara ákvæða byggir að mestu leyti á því að dómstólar beiti siðferðislegum mælikvarða byggðan á réttarvitund almennings, sem bæði er óljós og breytilegur.¹⁵⁶

6.3.2 Rýmkaði lögskýring

Inntaki og beitingu rýmkaði lögskýringar hefur verið lýst sem lögskýringarleið er gengur út á að ákvarða efni lagareglu rýmra en orðalag hennar gefur til kynna.¹⁵⁷ Með því sé farið út fyrir vébönd ákvæðisins samkvæmt textaskýringu og bætt við tilviki sem ekki rúmast innan merkingar orðalags lagatextans.¹⁵⁸ Rýmkaði lögskýringu geti þannig verið beitt ef, athugun á lagatextanum sjálfum, sem og viðeigandi lögskýringargögnum og sjónarmiðum, leiðir í ljós að sú háttsemi sem er til skoðunar fellur utan lagatextans.¹⁵⁹

Framangreind skilgreining á rýmkaði túlkun er gagnrýniverð. Bent hefur verið á, að verið er að túlka fyrirbyggjandi texta og veita honum merkingu sem felur í sér bindandi lagareglu. Þrátt fyrir að verið sé að túlka óræðan eða tvíræðan lagatexta verði það alltaf takmörkum háð, hvaða túlkunarkostir geti orðið fyrir valinu. Upphafleg textafræðileg skýring lagaákvæðis, ákvarði merkingarfræðilegt þanþol þess. Lögskýringaraðferðir verði því að miðast að því, að merking ákvæðis verði ákvörðuð svo, að hún rúmist innan merkingarfræðilegs ramma textans. Verði niðurstaða lögskýringarinnar, merking sem ekki geti fallið þar undir, hefur sú merking ekki verið ákveðin með túlkun á textanum.¹⁶⁰

Eftirfarandi dæmi hefur verið sett fram til frekari skýringa: Skilti við inngang að skruðgarði kveður á um bann við hundum og köttum í garðinum og deilt er um hvort heimilt sé að fara með hamstur í garðinn. Niðurstaða um að hamstrar séu einnig bannaðir í garðinum, verður ekki leidd af rýmkaði túlkun á bannreglunni. Nú er dæminu breytt á þann veg að, á

¹⁵⁶ sama heimild 242.

¹⁵⁷ Davíð Þór Björgvinsson (n. 115) 184.

¹⁵⁸ Ármann Snævarr, *Almenn lögfræði* (Orator 1989) 477.

¹⁵⁹ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíábyrgð. I* (n. 19) 242–243.

¹⁶⁰ Róbert Ragnar Spanó, *Túlkun lagaákvæða* (n. 152) 281.

skiltinu standi að húsdýr séu bönnuð í garðinum. Merkingarfræðilega virðist ekki útilokað að *hamstur* geti fallið undir hugtakið *húsdýr*, samkvæmt almennri málvenju. Verði það leitt af heildarmati, að ekki verði unnt að taka ákvörðun á grundvelli almennrar lögskýringar, þarf að taka afstöðu til þess hvort beita skuli þrengjandi lögskýringu eða rýmkaði lögskýringu. Þrengjandi túlkun á hugtakinu *húsdýr*, leiðir þá til þess að bannið gildir ekki um hamstra. Rýmkaði túlkun á hugtakinu *húsdýr* leiðir hins vegar til þeirrar niðurstöðu, að hamstrar séu einnig bannaðir í garðinum.¹⁶¹

Með vísan til framangreindrar gagnrýni, hefur því verið hafnað að leggja til grundvallar, þá lýsingu á rýmkaði lögskýringu, að hún feli í sér að lagaákvæði sé túlkað rýmra en orðalag þess gefur tilefni til. Þvert á móti sé það skilyrði fyrir beitingu rýmkaði lögskýringar, að af henni leiði merking sem rúmist innan merkingarfræðilegs ramma lagaákvæðisins. Því hefur rýmkaði lögskýring verið skilgreind með svofelldum hætti:

Að tilvik er látið falla undir lagaákvæði, þegar vafi liggur fyrir um merkingu þess að loknu heildarmati á innra og ytra samhengi ákvæðisins, eða sérstök og knýjandi rök réttlæta að ákvæðið sé túlkað rúmt, þótt með því sé vikið frá merkingu ákvæðisins, sem leiðir af textaskýringu.¹⁶²

Samkvæmt framangreindri skilgreiningu er ljóst að beiting reglunnar kemur til álita annars vegar þegar óvíst er um merkingu lagaákvæðis. Hins vegar ef textaskýring leiðir til þeirrar niðurstöðu að tilvik falli ekki undir lagaákvæði en sérstök og knýjandi rök leiða til þess, á grundvelli heildstæðs mats, að réttlætanlegt sé að ákvæðið sé túlkað rúmt. Þannig mætti hugsa sér að rúm túlkun væri í samræmi við skýringar í lögskýringargögnum um tilgang og markmið ákvæðisins, til dæmis ef hamstur væri ekki talin geta fallið undir hugtakið *húsdýr* samkvæmt almennri málvenju, en ummæli í lögskýringargögnum leiddu til þess að skýra bæri hugtakið *húsdýr* svo rúmt að hamstur félli þar undir. Hins vegar væri þessi nálgun ótæk ef bannreglan fjallaði eingöngu um hunda og ketti.¹⁶³

Munurinn á þessum tveimur skilgreiningum er sá að sú fyrri gerir ráð fyrir því að valinn sé sá túlkunarkostur sem fellur utan við merkingarfræðilegan ramma ákvæðis. En sú seinni felur í sér að val á túlkunarkosti takmarkist við merkingarfræðilegan ramma ákvæðisins.¹⁶⁴ Að teknu tilliti til sjónarmiða sem áður hafa verið rakin um þrískiptingu ríkisvalds, sbr. 2. gr.

¹⁶¹ sama heimild 282.

¹⁶² sama heimild 296.

¹⁶³ sama heimild 297.

¹⁶⁴ sama heimild 281.

stjórnarskrár, hlutverki dómstóla samkvæmt 61. gr. stjórnarskrár og lögmetisreglu 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrár, þykir rétt að leggja síðari skilgreininguna til grundvallar og hafna þeirri fyrri.

Vægi rýmkandi lögskýringar er breytilegt eftir réttarsviðum. Þannig er almennt talið að túlka skuli mannréttindaákvæði rúmt í samræmi við tilgang þeirra og markmið. Þá verða einnig málsmeðferðarreglur opinbers réttar eins og stjórnarsýslulögin, túlkuð rúmt.¹⁶⁵

Beiting rýmkandi lögskýringar á sviði refsiréttar er hins vegar vandmeðfarin. Ekkert er því til fyrirstöðu að beita rýmkandi lögskýringu, sakborningi til hagsbóta.¹⁶⁶ Það kann hins vegar að vera álitamál, hvort heimilt sé að beita henni til sakfellingar, þá sérstaklega í ljósi túlkunarreglu refsiréttar sem kveður á um að túlka skuli vafa sakborningi í hag en nánar er fjallað um túlkunarregluna í 8. kafla. Dæmi eru um að Hæstiréttur beiti rýmkandi lögskýringu til sakfellingar. Í máli **Hrd. 84/1937**,¹⁶⁷ var slæm framkoma og skelfilegur aðbúnaður af hálfu hjóna gagnvart vistráðinni stúlku virt sem refsiverð frelsissvipting.

Enn fremur er áhugavert að skoða **Hrd. 184/2011**.¹⁶⁸ Í málinu var ákært fyrir brot gegn 246. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 um ólögsmæta meðferð fundins fjár, með því að hafa í heimildarleysi kastað eign sinni á fjármuni sem voru ranglega lagðir inn á reikning ákærðu. Ákærða krafðist sýknu þar sem hún taldi innistæðu á bankareikningi ekki geta verið brotaandlag samkvæmt 246. gr., en samkvæmt ákvæðinu er það refsivert ef „maður kastar eign sinni á fundna muni eða muni sem án aðgerða hans eru komnir í vörslur hans“. Hæstiréttur hafði áður, í **Hrd. 127/1985**¹⁶⁹, komist að þeirri niðurstöðu að innistæða á bankareikningi gæti ekki verið brotaandlag ákvæðisins. Í málinu frá 2011 vildu tveir af þremur dómurum Hæstaréttar sakfella ákærðu og lögðu til grundvallar að bankainnistæða gæti verið brotaandlag ákvæðisins með eftirfarandi rökstuðningi:¹⁷⁰

Samkvæmt þessari skýringu á refsíákvæðinu telst það ólögsmæt meðferð fundins fjár ef greiðsla berst viðtakanda fyrir mistök og hann ráðstafar henni gegn betri vitund í auðgunarskyni, svo framarlega sem greiðslan sé innt af hendi með áþreifanlegum og hreyfanlegum hlutum, svo sem peningum eða tékka, en ekki ef hún er í formi millifærslu á bankareikning viðtakandans. Frá því að almenn hegningarlög voru sett hafa hins vegar orðið miklar breytingar á viðskiptum, ekki síst með tilkomu tölva og gerbreyttra fjarskiptahátta, þar sem greiðslur eru almennt nú orðið inntar af hendi með rafrænum hætti. Af þeim sökum verður að telja eðlilegt, miðað við upphaflegt markmið þessa refsíákvæðis, að það sé skýrt svo að það nái til ólögsmætrar ráðstöfunar á fé,

¹⁶⁵ sama heimild 303–304.

¹⁶⁶ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíábyrgð*. 1 (n. 19) 243.

¹⁶⁷ Hrd. 20. júní 1938 í máli nr. 84/1937.

¹⁶⁸ Hrd. 13. október 2011 í máli nr. 184/2011.

¹⁶⁹ Hrd. 14. nóvember 1985 í máli nr. 127/1985.

¹⁷⁰ Hrd. 13. október 2011 í máli nr. 184/2011.

sem ranglega hefur borist viðtakanda, án tillits til þess hvort um sé að ræða reiðufé eða fjárhæð sem lögð hefur verið inn á bankareikning hans.

Þriðji dómari skilaði sératkvæði og vildi sýkna með eftirfarandi rökstuðningi:

Það getur ekki verið hlutverk dómstóla að breyta merkingu refsíákvæða vegna breytinga á almennum viðskiptaháttum og gefa þeim þannig víðari merkingu en orðalag þeirra gefur tilefni til. Tel ég því að háttsemi sú sem ákærðu er gefin að sök rúmist ekki innan verknaðarlýsingar lagaákvæðisins og beri því að sýkna ákærðu af ákærinni.

Í framangreindum dómi togast á sjónarmið um skilvirka refsivörslu og stjórnarskrárvarin réttindi sakaðra manna. Þrátt fyrir að ekki sé minnst á 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrár í sératkvæðinu, má samt glögglega greina áhrif þeirra meginreglna sem að baki hennar búa, einkum túlkunarreglu refsiréttar og meginreglunnar um lögbundnar refsheimildir. Í sératkvæðinu er því hafnað að beita rýmkaði lögskýringu sakborningi í óhag, á grundvelli sjónarmiða um þrískiptingu ríkisvalds. Meirihluti Hæstaréttar virðist þó byggja niðurstöðu sína á sjónarmiðum um skilvirka refsivörslu. Önnur niðurstaða var í máli **Hrd. 181/2006** sem reifaður er í kafla 8.2, þar var því hafnað að beita rýmkaði lögskýringu, með því að veita tilteknu hugtaki viðtækari merkingu en orðalag gaf tilefni til, þrátt fyrir að yfirlýst markmið ákvæðisins í lögskýringargögnum gæfi tilefni til þess.

Mannréttindadómstóll Evrópu hefur litið svo á að 1. mgr. 7. gr. Mannréttinasáttmála Evrópu geti takmarkað beitingu rýmkaði lögskýringar, sakborningi í óhag. Í þessu sambandi má benda á niðurstöðu Mannréttindadómstóls Evrópu í áður nefndu máli *Kokkinakis gegn Grikklandi*, sem fjallað var um í kafla 5.1.2. Í dómnum segir um rýmkaði lögskýringu „the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused’s detriment...”

6.3.3 Þrengjandi lögskýring

Þrengjandi lögskýring felst í því að túlka lagatexta þrengra en orðalag hans gefur til kynna og þannig útiloka þá háttsemi sem er til skoðunar hverju sinni. Þrengjandi lögskýringu er einkum beitt þegar könnun á lagatexta, lögskýringargögnum og lögskýringarsjónarmiðum hefur leitt í ljós að tilvikið rúmist innan texta ákvæðisins, en gild rök standa til þess að útiloka það með þrengjandi skýringu. Meginreglan er sú að refsíákvæði skuli túlka þröngt, ef uppi er vafi um hvort tiltekin háttsemi falli undir refsíákvæði, eða hvor skýringarkosturinn af tveimur, sem til greina koma, hæfi betur. Þetta sjónarmið er leitt af túlkunarreglu refsiréttar. Í þeirri meginreglu felst, að vafa skuli virða ákærða í hag um það hvort refsíákvæði taki til tiltekinna háttsemi. Að sama skapi skuli vafa virða sakborningi til hagsbóta, um hvort sekt hans sé

sönnuð. Í refsiframkvæmd ríkir það meginviðhorf, að skýra beri refsíákvæði sakborningi í hag. Þar af leiðandi er þrengri lögskýringarkostur fremur valin, ef fleiri en einn skýringarkostur er í boði. Mikilvægi þess sjónarmiðs er hér hefur verið rakið er enn mikilvægara eftir því sem refsheimildin er matskenndari og óljósari. Verður því einnig að telja lögskýringarleiðina, um þrengjandi lögskýringu, nátengda meginreglunni um skýrleika refsheimilda.¹⁷¹

7. Lögjöfnun

Ef niðurstaða lögskýringar, sem leidd hefur verið fram með þeim lögskýringarsjónarmiðum sem tiltæk eru hverju sinni, dugar ekki til þess að fella viðkomandi atriði undir lagaákvæði, kemur til skoðunar að beita lögjöfnun. Lögjöfnun er sjálfstæð réttarheimild, sem felur í sér beitingu tiltekins lagaákvæðis um ólögákveðið atriði, þótt viðurkenndar lögskýringarleiðir leiði ekki til þess að hið ólögákveðna atriði falli undir lagaákvæðið.¹⁷² Ljóst er að ekki er lengur verið að túlka lagatextann, heldur er verið að meta hvort rökrétt sé að beita þeirri efnisreglu, sem leidd hefur verið af ákvæðinu með lögskýringu, á það tilvik sem er til úrlausnar.¹⁷³ Lögjöfnun hefur verið lýst með eftirfarandi hætti:¹⁷⁴

Með lögjöfnun er fundin ný regla. Hér hefur verið staðreynt, að efni lagaákvæðis samkvæmt viðurkenndum lögskýringaraðferðum nær ekki til þess tilviks sem til álita er, jafnvel þótt það sæti rýmkandi lögskýringu. Lögjöfnun er beiting settrar réttarreglu með tilteknum hætti. Forsenda hennar er skýring á lagaákvæðinu, sem nota á sem grundvöll að þeirri ályktun sem nefnd er lögjöfnun.

7.1 Skilyrði lögjöfnunar

Ekki er að finna í settum lögum, hvaða skilyrði þurfa að vera fyrir hendi svo beita megi lögjöfnun. Hins vegar hefur löng lagaframkvæmd og skrif fræðimanna leitt fram ýmiss skilyrði sem talin eru þurfa vera til staðar.¹⁷⁵

Í fyrsta lagi er frumskilyrði þess að lögjöfnun verði beitt um tiltekið atvik, að það sé ólögælt, í rúmri merkingu. Í því felst að ekki verði leyst úr því á grundvelli neinnar annarrar réttarheimildar, hvorki skráðum eða óskráðum lögum, venju eða dómafordæmi. Úr dómaframkvæmd má nefna dæmi **Hrd. 242/1997**.¹⁷⁶ Í málinu hafði yfirskattanefnd úrskurðað að B skyldi greiða virðisaukaskatt vegna sölu notaðra vélsleða. Taldi yfirskattanefnd að beita

¹⁷¹ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð*. 1 (n. 19) 243–244.

¹⁷² sama heimild 195.

¹⁷³ Róbert Ragnar Spanó, *Túlkun lagaákvæða* (n. 152) 306–307.

¹⁷⁴ Ármann Snævarr (n. 158) 232.

¹⁷⁵ Davíð Þór Björgvinsson (n. 115) 193.

¹⁷⁶ Hrd. 22. október 1998 í máli nr. 242/1997.

ætti þágildandi ákvæði 10. gr. virðisaukaskattslaga nr. 50/1988 um tilvik með lögjöfnun, en samkvæmt orðalagi þess átti það aðeins við um fólksbifreiðar fyrir færri en níu manns. Almennar reiknireglur 7. gr. sömu laga áttu hins vegar við um önnur vélknúin ökutæki. Í dómi Hæstaréttar segir um þetta: „Verður ekki fallist á, að heimilt hafi verið að beita fyrra ákvæðinu með lögjöfnun um önnur vélknúin ökutæki en þar greindi, enda urðu þau ekki talin ólögákveðin tilvik, sem annars konar réttarregla ætti ekki við um.“ Í þessum dóm tekur Hæstiréttur þá afstöðu að beiting lögjöfnunar hafi ekki komið til álita, þar sem umdeilt atvik var ekki ólögmaelt.

Í öðru lagi verður eingöngu settum lögum, eða eftir atvikum öðrum skráðum réttarreglum, beitt með lögjöfnun. Þannig er útilokað að beita öðrum réttarheimildum svo sem venju, fordæmi eða eðli máls.¹⁷⁷

Í þriðja lagi þarf hið lögmaelta og ólögmaelta tilvik að vera eðlisskyld eða samkynja.¹⁷⁸ Með þessu er átt við að sömu efnisástæður og lagarök eigi við bæði tilvikin. Kröfur um sambærileika tilvika eru mismiklar, eftir því á hvaða réttarsviði andlag lögjöfnunar er. Þannig er gerð strangari krafa um skyldleika tilvika ef um refsíákvæði er að ræða heldur en beitingu mannréttindaákvæða, til hagsbóta fyrir borgara.¹⁷⁹ Dæmi um beitingu Hæstaréttar á þessu skilyrði er **Hrd. 312/2006**.¹⁸⁰ Atvik máls voru að, við nauðungarsölu á helmings eignarhluta fasteignar lýstu sammingsveðhafar fullri kröfufjárhæð samkvæmt heimildarbréfum sínum í þann eignarhluta hennar, þrátt fyrir að veðréttindi þeirra hefðu náð til fasteignarinnar í heild. Varð það til þess að G, sem átti aðfararveð í þeim helmingi eignarinnar sem seldur var, fékk ekki kröfu sína að fullu greidda af söluverði hans. G krafðist viðurkenningar á rétti sínum til þess að ganga inn í veðrétt sammingsveðhafanna í þeim helmingshluta fasteignarinnar, sem ekki var seldur, á grundvelli lögjöfnunar frá 2. mgr. 12. gr. laga nr. 75/1997 um sammingsveð. Hæstiréttur taldi að þau sjónarmið sem lögju til grundvallar nefndri lagagrein ættu jafnt við um rétt veðhafa sem byggði á aðfararveði og þess sem byggði veðrétt sinn á samningi. Í báðum tilvikum væri sama þörfin á að vernda veðhafann fyrir tilviljunarkenndum niðurstöðum af því hvernig fyrri veðhafar í eign, sem jafnframt ættu veðrétt í annarri eign, kysu að leita fullnustu fyrir sínum kröfum. Var því fallist á að beita ákvæðinu með lögjöfnun um þann rétt sem hann leitaði viðurkenningar á.

¹⁷⁷ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíábyrgð*. I (n. 19) 196.

¹⁷⁸ Róbert Ragnar Spanó, *Túlkun lagaákvæða* (n. 152) 314.

¹⁷⁹ Davíð Þór Björgvinsson (n. 115) 194–195.

¹⁸⁰ Hrd. 14. desember 2006 í máli nr. 312/2006.

Í fjórða lagi verður lögjöfnun aðeins beitt ef mikilvæg lagarök eða meginreglur standa ekki til þess að leyst verði úr málinu á grundvelli annarra réttarheimilda, þá einkum settum lögum.¹⁸¹ Þetta skilyrði felur í sér kröfu um nytsemi þeirrar réttarreglu sem fundin verður með lögjöfnun. Þannig verður regla sem verður til um hið ólögumælda atvik, að styðjast við traust efnisrök, almenna réttarvitund og meginreglur laga.¹⁸²

7.2 Fullkomin lögjöfnun

Lögjöfnun er annars vegar frjáls lögjöfnun og hins vegar fullkomin lögjöfnun. Ekki er um að ræða eðlismun á þessu tvennu, aðeins stigsmun, öll sömu skilyrði þurfa að vera fyrir hendi.¹⁸³ Réttargrundvöllur frjálsrar lögjöfnunar helgast af dómvenju og er almennt viðurkennd af fræðimönnum.

Réttargrundvöll fullkominnar lögjöfnunar er hins vegar að finna í 1. mgr. 1. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, þar segir að engum skuli refsna nema, hann hafi gerst sekur um háttsemi, sem refsing er lögð við í lögum, eða má öldungis jafna til refsiverðrar hegðunar. Í greinargerð með frumvarpi því er varð að almennum hegningarlögum segir í skýringum við 1. gr., að ákvæðið heimili að refsna fyrir hegðun, þótt ekki séu bein ákvæði um refsingu við henni í lögum, ef fullkomin lögjöfnun er fyrir hendi. Þá segir enn fremur að samsvarandi regla hafi verið í 1. gr. hegningarlaganna frá 1869, en samkvæmt því ákvæði hafi verið heimilt að beita frjálsri lögjöfnun frá refsíákvæðum annarra laga til fjölgunar refsiverðum ákvæðum. Með því að áskilja fullkomna lögjöfnun í sakamáli sé verið að auka við réttaröryggi. Samkvæmt þessu kemur beiting frjálsrar lögjöfnunar alla jafna ekki til álita í sakamáli nema sakborningi til hagsbóta.

Í 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrár, er einnig kveðið á um fullkomna lögjöfnun með orðalaginu „eða má fullkomlega jafna til slíkrar háttsemi.“ Það er því ljóst að lögjöfnun sem refsíheimild felur í sér stjórnarskrárverndað frávik frá meginreglunni um lögbundnar refsíheimildir. Samkvæmt skýru orðalagi 1. mgr. 1. gr. almennra hegningarlaga og 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar, ber að beita lögjöfnun af ýrústu varkárni, sbr. orðalagið „öldungis jafna til“ og „má fullkomlega jafna til“. Með gagnályktun frá fyrrnefndum ákvæðum er ljóst, að séu skilyrði lögjöfnunar á annað borð til staðar í sakamáli, er ekki einungis heimilt að beita henni

¹⁸¹ Róbert Ragnar Spanó, *Túlkun lagaákvæða* (n. 152) 314.

¹⁸² Davíð Þór Björgvinsson (n. 115) 198.

¹⁸³ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð. I* (n. 19) 199.

til sakfellingar heldur er það skylt.¹⁸⁴ Sjá einnig **Hrd. 47/1965**.¹⁸⁵ Í málinu höfðu starfsmenn Útvegsbankans farið í verkfall, þeir voru ákærðir fyrir brot gegn þágildandi lögum nr. 33/1915, en ákvæði þeirra laga bönnuðu opinberum starfsmönnum að fara í verkfall. Starfsmenn Útvegsbankans töldu sig ekki vera opinbera starfsmenn, með þeim rökum að samkvæmt skýru orðalagi laga nr. 33/1915 ættu þau bara við um starfsmenn Landsbankans en ekki Útvegsbankans. Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu að skilyrði fyrir beitingu löggjöfnunar væru fyrir hendi í málinu. Segir svo í niðurstöðu Hæstaréttar:

Þar sem þessir tveir bankar eru þannig algerlega settir á sama bekk að lögum, verður samkvæmt 1. gr. laga nr. 19/1940 að beita gegnt starfsfólki Útvegsbanka Íslands viðurlögum þeim við verkfalli, sem eru í lögum nr. 33/1915 um verkföll opinberra starfsmanna mælt á hendur starfsfólki Landsbankans.

Af orðalagi Hæstaréttar „verður að beita“ er ljóst að ekki sé aðeins heimilt, heldur skylt að beita löggjöfnun til sakfellingar, séu skilyrði fyrir beitingu hennar til staðar.

Beiting löggjöfnunar til sakfellingar, líkt og í framangreindum dómi, er fremur sjaldgæf. Algengara er að lögjafnað sé frá þeim hluta almennra hegningarlaga er bundin er við lög in sjálf, aðallega III. kafla laganna um tilraun og hlutdeild. Þannig hefur þessum ákvæðum verið beitt um tilraun og hlutdeild í brotum gegn ákvæðum sérrefsilaga.¹⁸⁶

Í 1. mgr. 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu sbr., 1. gr. laga um Mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994, er kveðið á um enga refsingu án laga. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur túlkað þessa reglu með þeim hætti að hún girði fyrir beitingu löggjöfnunar í sakamáli, sbr. áður nefndan dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *Kokkinakis gegn Grikklandi* frá 25. maí 1993, þar sem Mannréttindadómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að löggjöfnun yrði ekki beitt til sakfellingar í sakamáli.

Lög um Mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994 eru almenn lög og geta þau því ekki hnikað til ákvæðum stjórnarskrárinnar, samkvæmt almennt viðurkenndri réttarheimildarfræði. Sú staða getur því fræðilega komið upp í sakamáli að dómara sé skylt á grundvelli stjórnarskrárinnar að beita löggjöfnun til sakfellingar en á sama tíma bakað íslenska ríkinu skaðabótaskyldu gagnvart sakborningi, með broti á Mannréttindasáttmála Evrópu. Hafa ber þó tvennt í huga. Annars vegar þá staðreynd að, við beitingu fullkominnar löggjöfnunar þarf skyldleiki hins lögsmæltu tilviks og hins ólögsmæltu að vera svo náinn að nánast fráleitt væri að

¹⁸⁴ sama heimild 202.

¹⁸⁵ Hrd. 5. maí 1965 í máli nr. 47/1965.

¹⁸⁶ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsiaþbyrgð*. 1 (n. 19) 202–203.

beita ekki sama lagaákvæði yfir bæði tilvikin.¹⁸⁷ Hins vegar, þá leggur Mannréttindadómstóllinn fyrst og fremst áherslu á að meta hvort túlkun og beiting refsheimildar hafi verið fyrirsjáanleg, í ljósi heildarmats á lagatexta, þróun á inntaki hennar í dómaframkvæmd og hvað sakborningur mátti vita miðað við menntun hans og reynslu, sbr. *Laukkanen gegn Finnlandi* sem fjallað var um í kafla 5.2.2.

8. Túlkunarregla refsiréttar

Þegar dómari stendur frammi fyrir því að túlka refsíákvæði sem hefur óskýra merkingu og vafasamt er hvort tiltekin háttsemi falli innan marka þess, hefur hann úr tveimur kostum að velja. Annars vegar að lýsa því sem stjórnskipulega ótæku og hafna því eða beita þeim túlkunarheimildum sem honum eru viðurkenndar. Fari hann síðari leiðina er hann bundinn af meginreglum 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar. Þar af leiðandi er talið að refsilög beri almennt að túlka þröngt, sé vafi um hvort tiltekið sakarefni heyri undir refsákvæði. Sé hægt að túlka ákvæðið á fleiri en einn veg, er valin sú leið sem leiðir til sýknu. Lesa má þessa meginreglu úr 108. gr. laga um meðferð sakamála nr. 88/2008, sem kveður á um að sönnunarbyrði um sekt ákærða og atvik, sem má telja honum í óhag, hvílir á ákærvaldinu.

Sé uppi vafi um hvort tiltekin háttsemi teljist refsiverð, ber að túlka slíkan vafa sakborningi í hag. Þessi meginregla hefur verið nefnd túlkunarregla refsiréttar og er hún ein þeirra þriggja meginreglna sem mæla fyrir um stjórnskipuleg valdmörk valdhafa ríkisvalds á sviði refsiréttar.¹⁸⁸ Hinar tvær reglurnar eru annars vegar, meginreglan um lögbundnar refsheimildir, sem útilokar að aðrir handhafar ríkisvalds ákveði hvaða háttsemi skuli vera refsiverð. Hins vegar meginreglan um skýrleika refsheimilda, sem kveður á um að refsíákvæði skuli vera nægilega skýr og glögg svo byggja megi á þeim fyrir dómi. Verður hér gerð nánari grein fyrir röksemdum á bakvið túlkunarregluna sem og við hvaða aðstæður skuli beita henni.

8.1 Röksemdir á bak við túlkunarregluna

Túlkunarregla refsiréttar byggir á tvenns konar lagasjónarmiðum, annars vegar sjónarmiðum um réttarríkið og hins vegar sjónarmiðum um þrígreiðingu ríkisvalds.¹⁸⁹

¹⁸⁷ sama heimild 200.

¹⁸⁸ Róbert Ragnar Spanó, *Túlkun lagaákvæða* (n. 152) 405–406.

¹⁸⁹ sama heimild 412.

8.1.1 Réttarríkissjónarmið

Sjónarmið að baki formgreiningu réttarríkishugtaksins eru tvenns konar. Annars vegar er það svokallað viðvörunarsjónarmið og hins vegar eru það refsivörslusjónarmið. Þessi sjónarmið búa jafnframt að baki öllum þremur meginreglum refsiréttar sem leiða má af 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar.¹⁹⁰

8.1.1.1 Viðvörunarsjónarmið

Tilvist túlkunarreglunnar styðst meðal annars við það sjónarmið að veita verði borgunum sanngjarna og eðlilega viðvörun um hvaða háttsemi teljist refsiverð hverju sinni. Sjónarmið þetta tengist þeirri kröfu réttarríkisins, að lögin eigi að vera fyrirsjáanleg og skýr. Sé merking refsíákvæðis óskýr, leiðir það af viðvörunarsjónarmiðinu að láta ákærða njóta vafans. Ekki sé ásættanlegt að láta ákærvaldið njóta vafans, þegar löggjafinn orðar refsíákvæði með þeim hætti að það er hvorki skýrt né fyrirsjáanlegt.¹⁹¹

Þetta sjónarmið er gott og gilt, svo langt sem það nær. Röksemdin á bak við það gengur út frá því að hinn almenni borgari þekki refsilöggjöfina og hafi kynnt sér ákvæði hennar. Hins vegar er raunveruleikinn sá að venjulegur borgari gerir sér almennt ekki far um að lesa og kynna sér lögin eða dómsúrlausnir til þess að bera saman við fyrirhugaða háttsemi sína. Það er því engin rökrétt ástæða fyrir dómara, sem stendur frammi fyrir því að leysa úr vafa um hvort háttsemi ákærða falli undir refsíákvæði, að láta ákærða njóta vafans á grundvelli viðvörunarsjónarmiða, enda hafði hann enga ástæðu til þess að ætla að háttsemi hans væri refsilaus.

Þá má einnig áréttta að of mikil áhersla á viðvörunarsjónarmiðið við túlkun refsíákvæða setur takmörk við möguleikum dómarans til að meta heildstætt, merkingu refsíákvæðis í vafatilvikum. Valkostir, sem ekki styðjast við textaskýringu virðast nær útilokaðir, enda verður ekki ætlast til þess að ákærði hafi kynnt sér lögskýringargögn að baki refsíákvæðinu, túlkun þess í dómaframkvæmd eða ályktanir um merkingu ákvæðisins sem leiða má af samræmisskýringu við önnur lagaákvæði. Of mikil áhersla á viðvörunarsjónarmiðið leiðir til þess að þrengsti mögulegi túlkunarkostur verður alltaf fyrir valinu og þar af leiðandi verður skilvirkni refsivörslukerfisins að engu höfð.¹⁹²

Það má segja að gildi viðvörunarsjónarmiðsins sé að einhverju leyti háð eðli brotsins sem um ræðir. Ef refsíákvæði lýsa háttsemi sem er í eðli sínu siðferðilega ámælisverð (mala

¹⁹⁰ sama heimild.

¹⁹¹ sama heimild.

¹⁹² sama heimild 413.

per se), er ekki nauðsynlegt að láta ákærða njóta þess á grundvelli viðvörunarsjónarmiðsins, þótt vafi sé uppi um heimfærslu háttsemi til refsíákvæðis. Dæmi um slík ákvæði eru flest ákvæði almennra hegningarlaga líkt og 211. gr. um manndráp, þjófnaðarákvæði 244. gr eða jafnvel 249. gr. um umboðssvik. Að baki refsíákvæðum sem þessum búa sterk siðferðisleg rök og öllum má vera ljóst að háttsemi sem brýtur gegn þessum ákvæðum kallar á fordæmingu samfélagsins og refsingu.

Hins vegar kann öðru máli að gegna um háttsemi sem er ekki endilega siðferðislega ámælisverð í sjálfu sér en löggjafinn hefur engu að síður lýst hana refsiverða (mala quia prohibita). Brotum sem þessum er yfirleitt lýst í ýmsum sérrefsilögum eins og áfengislögum eða tollalögum. Talið er að lýsa þurfi refsiverðri háttsemi með mun skýrari hætti í slíkum brotum þar sem hinn almenni borgari hefur ekki við almenna siðferðisvitund að styðjast heldur aðeins lagatextann til þess að átta sig á hvort háttsemi hans sé refsiverð eður ei.¹⁹³

8.1.1.2 Refsivörslusjónarmið

Þegar um er að ræða óljós og matskennd refsíákvæði eykst hættan á að teknar séu handahófskenndar ákvarðanir á rannsóknar og ákærustigi. Slíkt getur leitt til þess að þeir sem grunaðir eru um refsiverða háttsemi sæti umfangsmeiri rannsókn en efni standa til, þar sem rannsakendur eru í vafa um hvort tiltekin athöfn eða athafnarleysi falli undir refsíákvæði. Þá getur það einnig, af sömu ástæðu, leitt af óljósum og matskenndum refsíákvæðum, að ákærvaldið þurfi að taka ákvarðanir um að látið verði reyna á ætlað refsínæmi háttseminnar.¹⁹⁴

Sé beiting túlkunarreglunnar í dómaframkvæmd skýr, verða refsivörsluaðilar að tileinka sér aðferðarfræði reglunnar strax á rannsóknar og ákærustigi. Að láta sakborning njóta vafans þegar álitamál rís við túlkun refsíákvæða, takmarkar það svigrúm sem refsivörsluaðilar, rannsakendur og saksóknarar hafa, þegar teknar eru ákvarðanir um farveg rannsóknar, þegar uppi er vafi um refsínæmi athafnar og hvort efni standa til útgáfu ákæru. Því sjónarmiði sem hér hefur verið lýst hefur verið nefnt *refsivörslusjónarmið*.¹⁹⁵ Þetta sjónarmið heyrir undir réttarríkishugtakið í formmerkingu þess. Þannig takmarkar beiting reglunnar handahófskennda valdbeitingu refsivörsluaðila við framkvæmd refsilaga.¹⁹⁶

¹⁹³ sama heimild 416–417.

¹⁹⁴ sama heimild 418.

¹⁹⁵ sama heimild 419.

¹⁹⁶ sama heimild.

8.1.2 Sjónarmið um þrígreiðingu ríkisvalds

Að íslenskum rétti hefur það löngum verið viðurkennt sjónarmið að dómstólum sé veitt tiltekið svigrúm við úrlausn sakamála til að meta hvort manni skuli refsað á grundvelli gildandi laga og þá hvernig. Ummerki þessa sjónarmiðs má greina í íslenskri löggjafarhefð, sem byggir á því að verknaðarlýsingar refsíákvæða eru oft orðaðar með matskenndu orðalagi eða óræðum hugtökum, sem síðan eru útskýrið nánar í lögskýringargögnum. Með þessum hætti hefur löggjafinn framselt dómstólum tiltekið vald til þess að móta nánar og skýra inntak þessa ákvæða með dómaframkvæmd.¹⁹⁷ Meginreglurnar um lögbundnar refsheimildir og skýrleika refsheimilda, sem og reglan um þrískiptingu ríkisvalds í 2. gr. stjórnarskrár, setja takmörk við því hversu langt löggjafinn má ganga í þessum efnum. Löggjafinn hefur það hlutverk að ákveða hvaða háttsemi skuli vera refsiverð, enda hefur hann til þess lýðræðislegt umboð. Dómstólar hafa ekkert slíkt umboð og því er það siðferðislega ótækt að þeim verði falið þetta lagasetningarvald löggjafans. Túlkunarreglan felur þannig í sér að dómstólum ber að sporna gegn því að löggjafinn gangi of langt við að veita dómstólunum vald til að móta nánar, opin og matskennd refsíákvæði. Þá skyldu sína rækja þeir með því að láta ákærða njóta vafans um hvort háttsemi hans heyri undir refsíákvæði, enda ekki hlutverk dómstóla að ákveða að láta refsíabyrgð taka til þeirra tilvika með því að rýmka efnisvið ákvæðisins. Þannig má segja að túlkunarreglan sé verkfæri fyrir dómara til þess að hindra að þeir sjálfir fari með óhóflegt svigrúm við beitingu refsíákvæða. Þetta sjónarmið sem hér hefur verið reifað hefur verið nefnt þrígreiðingarsjónarmið.¹⁹⁸

8.2 Beiting reglunnar

Við skoðun á því, hvort og hvernig skuli beita túlkunarreglu refsiréttar þarf að líta til þess, við hvaða aðstæður henni verði beitt og hvaða skilyrði þurfa að vera fyrir hendi svo byggja megi á henni við úrlausn máls.¹⁹⁹

Ljóst er að frumskilyrði þess að reglunni verði beitt, er að uppi sé vafi um merkingu refsíákvæðis. Við túlkun á óskýrum refsíákvæðum getur sú staða verið uppi að annars vegar er ákvæðið svo efnislega óljóst að ekki verður komist að niðurstöðu um, hvaða háttsemi ákvæðinu er ætlað að refsa fyrir. Beiting hefðbundinna túlkunarheimilda leiða til þess að hvorki sú háttsemi sem til skoðunar er, né nokkur önnur, virðast falla undir ákvæðið. Við aðstæður sem

¹⁹⁷ sama heimild 420.

¹⁹⁸ sama heimild.

¹⁹⁹ sama heimild 421.

þessar leiðir það af meginreglunni um skýrleika refsheimilda, sem fjallað var um í 5. kafla, að refsíákvæðið verði að vettugi virðandi vegna stjórnskipulegra efnisannmarka.²⁰⁰

Verði það hins vegar leitt af túlkun lagaákvæðis, að tvær eða fleiri niðurstöður séu tækar, þarf að taka á þeim óskýrleika með öðrum hætti. Dómarinn þarf að taka afstöðu til þess hvaða leið skuli farin, við heimfærslu háttseminnar undir viðkomandi refsíákvæði. Það er við þessar aðstæður sem beita skal túlkunarreglu refsiréttarins og kveður hún á um að velja skuli þann skýringarkost sem er sakborningi í hag. Túlkunarreglan tekur þannig við, þar sem meginreglunni um skýrleika refsheimilda sleppir.

Sem fyrr segir kemur beiting reglunnar ekki til álita nema vafi leiki á merkingu lagaákvæðisins. Svar við því hvort slíkur vafi sé fyrir hendi, fæst að loknu heildstæðu lögfræðilegu mati, að teknu tilliti til þeirra lögskýringarsjónarmiða sem koma til greina að leggja til grundvallar við slíkt mat. Ef einstök lögskýringarsjónarmið leiða til ólíkrar niðurstöðu um skýringu refsíákvæðis, t. d. orðalag þess miðað við almenna málvenju andspænis öðrum lagaákvæðum eða upplýsingum úr lögskýringargögnum, rís vafi um hvert skuli vera inntak ákvæðisins. Þá leiðir það af túlkunarreglunni að veita skuli því lögskýringarsjónarmiði meira vægi, sem leiðir til túlkunar ákærða í hag.²⁰¹

Gott dæmi um beitingu reglunnar má sjá í **Hrd. 181/2006**²⁰² þar sem ákært var meðal annars vegna brota á þágildandi lögum um ársreikninga. Sakfelling ákærða í þessum ákærulið valt á túlkun hugtaksins lán í 1. mgr. 43. gr. þágildandi laga um ársreikninga. Við túlkun á merkingu hugtaksins lán, var litið til þess að eingöngu reyndi á hana við úrlausn um hvort ákærði hefði gerst sekur um refsiverða háttsemi. Segir svo í niðurstöðu Hæstaréttar:

Þessu orði verður því ekki gefið hér víðtækara inntak en leiðir af hljóðan þess og getur þar engu breytt hvort ákvæðinu kunnir að hafa verið ætlað annað markmið en þjónað yrði með slíkri skýringu, svo sem meðal annars mætti álykta af lögskýringargögnum við það, þar sem sagði að það væri í samræmi við fyrirmæli 13. töluliðar 1. mgr. 43. gr. tilskipunar ráðs Evrópubandalaganna nr. 78/660/EB. Að þessu virtu og með því að orðalagi 1. mgr. 43. gr. laga nr. 144/1994 var hagað á þennan veg, en hvorki rætt þar um kröfur á hendur félagsaðilum eða stjórnendum félags né inneign hjá þeim, svo sem löggjafanum hefði verið í lófa lagið ef ætlunin hefði verið að gefa ákvæðinu slíkt inntak, verður að beita þeirri orðskýringu að félag teljist hafa veitt lán í þessum skilningi þegar það hefur greitt félagsaðila, stjórnanda eða einstaklingi nátengdum þeim peningaupphæð eða ígildi hennar eða látið af hendi til þeirra önnur fjárhagsleg verðmæti með áskilnaði um endurgreiðslu peningaupphæðarinnar eða ígildis hennar eða skil á verðmætunum.

²⁰⁰ Róbert Ragnar Spanó, „Stjórnarskráin og refsíabyrgð“ (n. 89) 43–44.

²⁰¹ Róbert Ragnar Spanó, *Túlkun lagaákvæða* (n. 152) 422–423.

²⁰² Hrd. 25. janúar 2007 í máli nr. 181/2006.

Í framangreindu máli stóð val Hæstaréttar á milli þess að skýra hugtakið lán í samræmi við það er leiða mátti af beinni textaskýringu, eða veita hugtakinu rýmri merkingu með því að túlka það í samræmi við það sem leiða mátti af markmiðum ákvæðisins eins og því var lýst í lögskýringargögnum. Þar sem þessi tvö lögskýringarsjónarmið leiddu til ólíkra niðurstöðu var því sjónarmiði er leiddi til hagstæðari niðurstöðu fyrir sakborning gefið meira vægi. Niðurstaða Hæstaréttar um hvora leiðina skyldi velja réðist á beitingu túlkunarreglunnar.

Við beitingu túlkunarreglunnar er rétt að hafa í huga, sem áður segir, að hún er leidd af 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar og nýtur því stjórnarskrárverndar, ólíkt því sem tíðkast um aðrar lögskýringaraðferðir. Túlkunarreglan er því réttaröryggistæki sem dómstólum er skylt að beita eftir því sem við á, við úrlausn sakamála. Þannig hvílir ekki eingöngu hin hefðbundna sönnunarbyrði um atvik máls á ákærvaldinu, sbr. 108. og 109. gr. laga um meðferð sakamála nr. 88/2008. Heldur hvílir einnig sönnunarbyrði á ákærvaldinu að sýna dómara fram á að sönnuð atvik séu refsínæm. Því felur rétt beiting reglunnar af hálfu dómara í sér, að túlkunarreglan sé útgangspunktur við túlkun refsíákvæðis. Þannig ber dómara strax í upphafi að ganga út frá því að kanna þurfi ýtarlega hvort einstök lögskýringarsjónarmið leiði til mismunandi niðurstöðu með þeim hætti að nauðsynlegt sé að skera úr um hvort velja beri þá túlkun sem er sakborningi í hag. Séu aðstæður með slíkum hætti, ber ákærvaldið sönnunarbyrðina fyrir því að velja skuli þann kost sem leiðir til sakfellingar. Sakfelling eða sýkna ræðst þá af því hversu mikill vafi um heimfærslu háttsemi til refsíákvæðis er að loknu heildstæðu mati á innra og ytra samhengi ákvæðisins. Þess er þó ekki krafist að alltaf beri að velja þá skýringu á refsíákvæði að hún sé sem þrengst og hagstæðust ákærða. Ef bein textaskýring ákvæðis, að teknu tilliti til annarra lögskýringarsjónarmiða, leiðir ótvírætt til þess að sönnuð háttsemi teljist refsínæm er ekkert svigrúm til að beita reglunni, þegar endanleg niðurstaða er fengin við úrlausn málsins.²⁰³

9. Túlkun Hæstaréttar

Frá því að almenn hegningarlög nr. 19/1940 tóku gildi hefur Hæstiréttur dæmt í alls 49 málum er varða umboðssvik, þar af voru þrjú mál sem var vísað frá eða héraðsdómur ómerktur. Fyrsti dómurinn féll í júní 1947 og nýjasti dómurinn féll 12. desember 2017. Framan af virðast hvorki Hæstiréttur né héraðsdómur fjalla sérstaklega um hvernig brot geranda hafi falið í sér auðgunarásetning og yfirleitt er ekki minnst á 243. gr. almennra hegningarlaga.

²⁰³ Róbert Ragnar Spanó, *Túlkun lagaákvæða* (n. 152) 433–434.

Árið 1978 fellur fyrsti dómur Hæstaréttar þar sem greina má saknæmisskilyrði umboðssvika, auðgunarásetning, án þess þó að minnst sé á 243. gr., eða hugtakið auðgunarásetning. Í **Hrd. 199/1977**,²⁰⁴ hafði ákærði selt nokkrar íbúðir en kaupendur þeirra tryggðu ekki eignarrétt sinn með því að þinglýsa kaupsamningi. Ákærði misnotaði aðstöðu sína til þess að veðsetja íbúðirnar. Í niðurstöðu héraðsdóms sem staðfest var af Hæstarétti segir; „Verður því að líta svo á, að athæfi ákærða hafi miðað að ólögmætri auðgun á kostnað kaupenda íbúðanna.“ Í **Hrd. 146/1995**,²⁰⁵ var sviðsstjóri í banka sakfelldur fyrir umboðssvik, með því að hafa misnotað aðstöðu sína við gjaldeyriskaup, sér til ávinnings og til tjóns fyrir bankann. Í **Hrd. 420/2005**,²⁰⁶ var ákært í nokkrum ákæruliðum m. a. fyrir umboðssvik. Öllum ákæruliðum er varðaði umboðssvik var vísað frá dómi með eftirfarandi rökstuðningi: „verður ekkert ráðið af ákærinni um hvernig varnaraðilarnir eru taldir hafa auðgast með þessu, bakað Baugi hf. tjóni eða valdið hættu á slíku tjóni.“ Rökstuðningur var efnislega samhljóða fyrir alla ákæruliði. Í **Hrd. 88/2013**,²⁰⁷ var talið sannað að ákærðu hefðu af ásetningi misnotað aðstöðu sína, þá var einnig talið sannað að þeir hafi haft ásetning til auðgunar. Hins vegar hlaut hvorki fjártjón af háttseminni né var veruleg hættu á slíku tjóni. Hæstiréttur sýknaði þar sem skilyrðum auðgunarásetnings um auðgun og samsvarandi tjón var ekki fullnægt.

Framangreind dómaframkvæmd ber með sér, að Hæstiréttur hefur talið tvö efnisatriði þurfa að vera til staðar svo saknæmisskilyrði umboðssvika, auðgunarásetningur samkvæmt 243. gr. almennra hegningarlaga, teljist vera fullnægt. Annars vegar að ásetningur hafi staðið til auðgunar fyrir hinn brotlega eða þriðja aðila og hins vegar að hlotist hafi samsvarandi fjártjón eða veruleg hættu á slíku tjóni.

Árið 2015 féll dómur í **Imon málinu**²⁰⁸ svokallaða. Þar reyndi í fyrsta sinn, fyrir Hæstarétti, á það álitaefni varðandi umboðssvik, hvort skilyrðinu um auðgunarásetning væri fullnægt ef ásetningur geranda stóð til að auðga þann sem varð fyrir tjóninu. Í þessu máli voru SPÁ bankastjóri og SES framkvæmdarstjóri fyrirtækjasviðs L hf. sakfelld fyrir umboðssvik með því að hafa farið út fyrir lánaheimildir sínar er þau veittu Imon ehf., ríflega 5 milljarða lán til að fjármagna kaup Imon ehf., á hlutabréfum í L hf., án fullnægjandi trygginga fyrir endurgreiðslu lánsins. Þær tryggingar sem stóðu að baki lánveitingunni voru veð í hlutabréfunum sjálfum sem og veð í stofnfjárhlutum í Byr sparisjóði, en Imon ehf., var stærsti einstaki hluthafi Byr.

²⁰⁴ Hrd. 19. október 1978 í máli nr. 199/1977.

²⁰⁵ Hrd. 9. nóvember 1995 í máli nr. 146/1995.

²⁰⁶ Hrd. 10. október 2005 í máli nr. 420/2005.

²⁰⁷ Hrd. 13. febrúar 2014 í máli nr. 88/2013.

²⁰⁸ Hrd. 8. október 2015 í máli nr. 456/2014.

Ákærði SPS, hélt því fram fyrir dómi að hann hafi haft hagsmuni bankans að leiðarljósi með umræddum lánveitingum. Um þær varnir segir í dómi Hæstaréttar:

Í skýrslu sinni fyrir dómi sagðist ákærði hafa tekið umrædda ákvörðun með hagsmuni bankans í huga þar sem tilgangurinn hafi verið að auðvelda sameiningu bankans og Byrs sparisjóðs, en Imon ehf. hafi verið stærsti eigandi sparisjóðsins. Slíkar hvatir að baki broti ákærða geta ekki gert það refsilaust.

Aðstæður í þessu máli eru talsvert ólíkar þeim sem voru í Al Thani málinu. Hér hafði L banki handveð í hlutabréfunum sem þeir seldu sem og handveð í stofnfjárbréfum í Byr. Þá náði veðsetningin einnig til arðgreiðslna af bæði hlutabréfunum og stofnfjárbréfunum. Með öðrum orðum, Imon ehf., hafði hvorki ráðstöfunarrétt né möguleika á að njóta arðs af hlutabréfunum eða stofnfjárbréfunum á meðan á veðsetningu stóð. Verður því vart séð að í þessu máli hafi einhver auðgast eða að ákærði hafi með háttsemi sinni haft ásetning til annars en að auðga tjónþola. Í niðurstöðu sinni segir Hæstiréttur um auðgunarásetning ákærðu:

Hitt meginskilyrðið fyrir því að háttsemi teljist refsiverð samkvæmt þessari lagagrein er að fyrir hendi hafi verið auðgunarásetningur hjá þeim, sem sakaður er um slíkt brot, sbr. 243. gr. almennra hegningarlaga. Nægir í því sambandi að sýnt sé fram á að háttsemin hafi valdið verulegri fjártjónshættu fyrir þann sem bundinn varð af henni.

Af framangreindum dómi má ráða að skilyrði 243. gr. almennra hegningarlaga, um auðgunarásetning sé uppfyllt, við það eitt að háttsemin valdi verulegri fjártjónshættu, án tillits til þess hvort gerandi hafi haft ásetning til þess að auðga sjálfan sig eða þriðja aðila. Við ákvörðun refsingar ákærðu, sagði Hæstiréttur að jafnframt yrði litið til þess, að ákærðu hefðu hvorugt með brotum sínum verið að hygla sjálfum sér eða öðrum sem þeim tengdust. Af þessum dóm má einnig ráða, að ef gerandi hefur ásetning til þess að auðga brotaþola með háttsemi sinni, þá horfir það til refsímildunar við ákvörðun refsingar.

Það má telja varhugavert að slá því föstu, að einn dómur myndi dómaframkvæmd. Því er rétt að taka til skoðunar fleiri dóma sem fallið hafa í kjölfar Imon dómsins. Í **Hrd. 452/2016**²⁰⁹ var sakfelld fyrir umboðssvik. Í niðurstöðu Hæstaréttar segir um refsinaemi umboðssvika;

Felur brotið í sér þrjú efnisatriði, en þau eru í fyrsta lagi að gerandi hafi verið í aðstöðu til að skuldbinda annan aðila, í öðru lagi að hann hafi misnotað aðstöðu sína og í þriðja lagi að ráðstöfun hafi valdið tjóni eða í öllu falli haft í för með sér verulega fjártjónshættu.

²⁰⁹ Hrd. 11. maí 2017 í máli nr. 452/2016.

Þá má einnig benda á **Hrd. 830/2016**,²¹⁰ í málinu var ákært fyrir umboðssvik. Í héraðsdómi segir að eitt megin skilyrði þess að háttsemi teljist refsiverð samkvæmt 249. gr. almennra hegningarlaga, að fyrir hendi hafi verið auðgunarásetningur. Nægi í því sambandi að sýnt sé fram á að háttsemin hafi valdið verulegri fjártjónshættu fyrir þann sem bundinn var af henni. Rökstuðningur í niðurstöðu héraðsdóms, er að þessu leytinu til tekinn orðrétt upp úr niðurstöðu Hæstaréttar í Imon málinu. Rétt er að geta þess að héraðsdómur sýknaði ákærða af sakargiftum um umboðssvik en Hæstiréttur komst að gagnstæðri niðurstöðu.

Af framangreindum dómum má ráða að í kjölfar niðurstöðu Hæstaréttar í Imon málinu hefur myndast dómaframkvæmd þar sem þeirri reglu er slegið fastri, að nægilegt sé að sýna fram á fjártjón, eða verulega fjártjónshættu, svo skilyrðum auðgunarásetnings sé uppfyllt, án tillits til þess hvort samsvarandi auðgun hafi orðið. Með þessari reglu virðist Hæstiréttur ganga út frá því að skilyrði auðgunarásetnings séu ekki lengur tvö, auðgun og fjártjón, heldur dugi fjártjón eitt og sér. Að því leiðir að Hæstiréttur hefur fækkað efnisatriðum umboðssvika niður í þrjú, þ. e. að fyrir hendi hafi verið aðstaða, hún hafi verið misnotuð og að tjón eða veruleg fjártjónshætta, hafi hlotist.

10. Niðurstöður

Samkvæmt því sem hér hefur verið rakið, hefur löggjafinn gefið þau fyrirmæli, með 249. gr. almennra hegningarlaga, að hver sá sem fengið hefur aðstöðu til þess að gera eitthvað, sem annar maður verður bundinn við, eða hefur fjárreiður fyrir aðra á hendi, misnotar þessa aðstöðu sína, hafi gerst sekur um umboðssvik og skuli því sæta fangelsi allt að 6 árum ef sakir eru miklar. Enn fremur hefur löggjafinn með 243. gr., almennra hegningarlaga, ákveðið að ekki skuli refsa fyrir framangreint brot nema það hafi verið framið í auðgunarskyni. Í greinargerð með almennum hegningarlögum er að finna leiðbeiningar löggjafans um hvaða efnisatriði hann telur þurfa að vera fyrir hendi svo skilyrðum auðgunarásetnings sé fullnægt. Þau skilyrði eru að ásetningur brotamanns hafi staðið til þess að afla sér eða öðrum fjárvinnings á þann hátt, að annar maður biði ólöglega fjártjón að sama skapi. Hafi maður hins vegar misnotað aðstöðu sína, brotþola til tjóns, án þess að auðgunarásetningur þyki sannaður, varðar það sektum eða fangelsi allt að einu ári, sbr. 261. gr. almennra hegningarlaga.

Íslenskir fræðimenn hafa almennt litið svo á að skilyrði auðgunarásetnings séu tvö, að gerandi eða einhver annar hafi auðgast og samsvarandi fjártjón hafi hlotist. Þá hafa þeir einnig litið svo á að varðandi sum brot, eins og umboðssvik, sé fullframningarstigið fært fram og

²¹⁰ Hrd. 14. desember 2017 í máli nr. 830/2016.

brotið talið fullframið þegar veruleg hættu er á að fjártjón hafi hlotist. Þessi regla, sem nefnd hefur verið tilslökunarreglan, nær hins vegar aðeins yfir annað skilyrði auðgunarásætnings, það er fjártjónsskilyrðið. Af þessu leiðir að skilyrðin samkvæmt kenningum fræðimanna eru áfram tvö, gerandi eða einhver annar hafi auðgast og að hagsmunir brotþola hafi verið settir í verulega fjártjónshættu. Lengst framan af virðist dómaframkvæmd Hæstaréttar hafa verið í samræmi við skoðanir fræðimanna, hvað varðar verulega fjártjónshættu sem skilyrði auðgunarásætnings. Í dómum sínum virðist Hæstiréttur hafa talið verulega fjártjónshættu uppfylla aðeins annað skilyrði af tveimur fyrir auðgunarásætningi.

Með dómi Hæstaréttar frá 8. október 2015 í máli nr. 456/2014, hefur Hæstiréttur hins vegar slegið þeirri reglu fastri, að það nægi að sýna fram á að gerandi hafi valdið verulegri fjártjónshættu fyrir brotþola svo skilyrði auðgunarásætnings sé uppfyllt. Með þessari reglu hafa dómstólar breytt inntaki auðgunarásætnings í umboðssvikum. Ekki er lengur áskilið að gerandi haft ásetning til þess að auðga sig eða annan og valda brotþola samsvarandi tjóni. Samkvæmt þessari nýju reglu Hæstaréttar, dugar fjártjón, eða veruleg fjártjónshætta, eitt og sér. Segja má, að með hinni nýju reglu Hæstaréttar sé ekki einungis búið að rýmka gildissvið 249. gr., heldur hefur rétturinn að sama skapi þrengt gildissvið 261. gr., svo verulega að henni verður ekki lengur beitt um umboðssvik. Ekki er að finna neina heimild í lögum sem kveður á um að veruleg fjártjónshætta geti dugað ein og sér sem skilyrði auðgunarásætnings. Rýmkaði lögskýring takmarkast við þanþol orðalags lagaákvæðis. Því verður ekki komist að þeirri niðurstöðu með rýmkaði lögskýringu, hvorki á hugtakinu „auðgunarásætningur“ né á hugtakinu „veruleg fjártjónshætta“.

Þegar Hæstiréttur slær því föstu að veruleg fjártjónshætta uppfylli skilyrði auðgunarásætnings verður að telja að hann sé kominn út fyrir mörk rýmkaði lögskýringar við túlkun auðgunarásætnings 243. gr., og búið að slá nýrri reglu fastri með aðferð sem best verður lýst sem lögjöfnun. Hins vegar eru skilyrði lögjöfnunar ekki fyrir hendi við þessar aðstæður þar sem 261. gr. almennra hegningarlaga tekur til umboðssvika þar sem ekki hefur verið sýnt fram á auðgunarásætning.

Samkvæmt því sem fram hefur komið, um meginreglur refsiréttar sem leiddar verða af 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar, er ljóst að Hæstiréttur hefur farið talsvert út fyrir þær heimildir sem honum eru viðurkenndar samkvæmt stjórnarskránni og meginreglum refsiréttar. Verður samkvæmt framansögðu að telja ótækt að fullyrða að nægilegt sé að sýna fram á verulega fjártjónshættu, til að uppfylla skilyrðum auðgunarásætnings. Rétt fullyrðing er, að nægilegt sé að sýna fram á verulega fjártjónshættu, að uppfylltu skilyrði um auðgun, til þess að skilyrðum auðgunarásætnings sé fullnægt.

Heimildarskrá

- Andrés Þorleifsson, „Skilyrði umboðssvika“ (2009) 62 Úlfljóttur 365
- , „Veruleg fjártjónshætta við lánveitingar“ (2015) 65 Tímarit lögfræðinga 589
- Ármann Snævarr, „Orsakatengsl og skaðvæni atferlis“ (1976) 4 Úlfljóttur 229
- , *Almenn lögfræði* (Orator 1989)
- Davíð Þór Björgvinsson, *Lögskýringar* (Háskólinn í Reykjavík ; JPV útgáfa 2008)
- Greve V, Dahl Jensen P og Toftegaard Nielsen G, *Kommenteret straffelov: almindelig del ;* (10. útg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2013)
- Jón Steinar Gunnlaugsson, *Um fordæmi og valdmörk dómstóla* (Háskólinn í Reykjavík 2003)
- Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð. 1* (Háskólaútgáfan 1999)
- , „Auðgunarásetningur“, *Lindæla* (2001)
- , *Afbrot og refsíabyrgð. 2* (Háskólaútgáfan 2002)
- , „Umboðssvik“ (2007) 4 Tímarit Lögréttu 171
- , „Einkenni auðgunarbrot: tengsl þeirra innbyrðis og við önnur brot“ [2008] Tímarit lögfræðinga 403
- Páll Sigurðsson o.fl., *Lögfræðiorðabók: með skýringum* (Codex : Lagastofnun Háskóla Íslands 2008)
- Róbert Ragnar Spanó, „Stjórnarskráin og refsíabyrgð: (fyrri hluti) grunnreglan um lögbundnar refsíheimildir“ (2004) 54 Tímarit lögfræðinga 5
- , „Bann við afturvirkni laga og grunnreglan um lögbundnar refsíheimildir“ í Björg Thorarensen o.fl. (ritstj.), *Mannréttindasáttmáli Evrópu: meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt* (Mannréttindastofnun Háskóla Íslands, Lagadeild Háskólans í Reykjavík 2005)
- , „Stjórnarskráin og refsíabyrgð: (síðari hluti) meginreglan um skýrleika refsíheimilda“ (2005) 55 Tímarit lögfræðinga 5
- , *Túlkun lagaákvæða* (Codex 2007)
- Werlauff E, „On market manipulation and umboðssvik/mandantsvig“ í Guðrún Gauksdóttir o.fl. (ritstj.), *Afmælisrit: Jón Steinar Gunnlaugsson sjötugur, 27. september 2017* (Bókaútgáfan Codex 2017)