

1. Inngangur	2
2. Almennt um ákvæði 247. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940.....	3
2.1. Fjárdráttarhugtakið.....	3
2.2. Fjárdráttarákvæðið í sögulegu ljósi.....	4
2.3. Staða fjárdráttarákvæðis 247. gr. almennra hegningarlaga.....	5
3. Afmörkun fjárdráttar	8
3.1. Auðgunarásetningur fjárdráttar	8
3.3. Tileinkun	9
3.4. Vörsluhugtakið.....	10
3.5. Fjárdráttur sem trúnaðarbrot	10
3.6. Fjárdráttur eða fjársvik?	12
4. Fjárdráttur í opinberu starfi	16
4.1. Um opinbera starfsmenn	16
4.2. Nánar um 138. gr. hgl.	17
4.3. Sérgreiningarskyldan	19
4.4. Brot framið í opinberu starfi?	20
4.5. Ólögð mæltar refsíákvörðunarástæður.....	21
5. Lokaorð	24
Heimildaskrá.....	25
Dómaskrá	26

1. Inngangur

Í þessu ritgerðarkorni verður fjallað um fjárdráttarákvæði 247. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940.¹ Verður fjallað almennt um fjárdrátt þ.e. sögu ákvæðisins, hugtakið fjárdráttur skilgreint og staða fjárdráttar innan lögfræðinnar afmörkuð.

Þá verður farið í að gera skýran greinarmun á fjárdrætti og öðrum ákvæðum XXVI. kafla hgl. sem fjallar um auðgunarbrot þar sem 247. gr. hgl. skarast oftast en ekki á við önnur ákvæði kaflans. Kemur slík skörun skýrt fram í dómaframkvæmd þar sem oftast en ekki reynist erfitt að greina á milli ákvæða. Ekki gefst svigrúm til að bera saman öll ákvæði innan auðgunarbrotakafla hgl. , enda væri slíkt efni í aðra ritgerð. Þess í stað verður leitast við að aðgreina fjárdrátt skv. 247. gr. gagnvart fjársvikum, sbr. 248. gr. hgl. þar sem oftast en ekki reynir á skilin milli þessara tveggja atriða í réttarframkvæmd. Í ritgerðinni verður leitast við að skýra grundvallarhugtök fjárdráttar. Er það gert til að gera fjárdrætti fyllileg skil og til að öðlast frekari skilning á inntaki hans. Í því samhengi verður auðgunarásætningur hgl. skoðaður, fjallað verður um fjárdrátt sem einhliða brot og rætt um ákveðin hugtök sem felast í fjárdrætti eins og tileinkunar- og vörsluhugtak fjárdráttar.

Ef íslensk réttarframkvæmd er skoðuð, með tilliti til fjárdráttarbrot, kemur í ljós að fjárdráttur í opinberu starfi er sú tegund fjárdráttarbrotu sem oftast en ekki reynir á. Í þessari ritgerð verður fléttað saman umfjöllun um 247. gr. hgl. við 138. gr. sömu laga, en sú grein er refsihækkunarheimild sem heimilar að aukið sé við refsingu allt að helmingi hennar ef brot er framið í opinberu starfi. Í kjölfarið verður gert grein fyrir hverjir geti talist til opinberra starfsmanna í skilningi hgl.

¹ Hér eftir skammstafað hgl.

2. Almenn um ákvæði 247. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940

2.1. Fjárdráttarhugtakið

Hugtakið fjármunabrot nær yfir brot sem snúast um hvers konar fjárhagsleg verðmæti, ýmist þannig að verknaður beinist að áþreifanlegum verðmætum sem eru fyrir hendi eða að því að afla ávinnings eða spara útgjöld með ólögmætum hætti án þess að um eiginlega fjármunayfurfærslu sé að ræða. Fjármunabrot er víðtækt hugtak sem tekur m.a. til hagnaðarbrota og auðgunarbrota en nær auk þess yfir önnur fjármunabrot sem felast í eyðileggingu eða spjöllum á eignum eða í heimildarlausri notkun eigna.² Fjármunabrot má svo flokka í undirflokk, þ.e. auðgunarbrot, hagnaðarbrot og svo önnur fjármunabrot sem þá falla undir hvorugan hinna fyrrgreindu flokka.³ Fjárdráttur fellur undir þá brotategund sem nefnast auðgunarbrot og er um þau fjallað í XXVI. kafla almennra hgl. Verknaðarlýsing fjárdráttar kemur fram í 247. gr. hgl og er á þá leið að:

247. gr. Dragi maður sér fjármuni eða önnur verðmæti, sem hann hefur í vörslum sínum, en annar maður er eigandi að, án þess þó að verknaðurinn varði við 246. gr. , þá skal hann sæta fangelsi allt að 6 árum.⁴
□ Hafi maður notað peninga annars manns heimildarlaust í sjálfs sín þarfir, þá skal honum refsað fyrir það samkvæmt 1. mgr. , hvort sem honum hefur verið skylt að halda peningunum aðgreindum frá sínu fé eða ekki.⁵

Fjárdráttur hefur verið skilgreindur sem einhliða og ólögmæt tileinkun sérgreindra fjárverðmæta og peninga sem eru að nokkru leyti eða öllu eign annars manns en er í vörslu hins brotlega að einhverju leyti.⁶ Í þessu felst því tileinkun á fjárverðmætum annarra sem hinn brotlegi hefur í vörslum sínum. Með einhliða broti er átt við að til þess að brot verði fullframið þarf ekki atbeina þess sem misgert er við heldur koma til einhliða aðgerðir hins brotlega.⁷

² Skilgreininguna er að finna í *Lögfræðiorðabók með skýringum* bls. 128.

³ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíðabyrgð I*, bls. 63.

⁴ 246. gr. hgl. Ef maður kastar eign sinni á fundna muni eða muni, sem án aðgerða hans eru komnir í vörslur hans, þá varðar það sektum ...1) eða fangelsi allt að 3 árum.

⁵ *Lagasafn 2007*, bls. 653.

⁶ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls. 539.

⁷ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls. 539.

2.2. Fjárdráttarákvæðið í sögulegu ljósi

Ákvæði 247. gr. hgl. er fyrsta heildstæða refsíákvæðið í íslenskri löggjöf um fjárdrátt. Með ákvæðinu er fjárdráttur aðgreindur frá skyldum brotategundum og afmarkaður með sérstöku heiti. Hugtakið fjárdráttur kemur þó ekki beinlínis fyrir í lagatexta ákvæðisins né í athugasemdum í greinargerð. Má þó leiða fjárdráttarhugtakið af orðalagi ákvæðisins og hefur brotaheitið lengi verið notað í íslenskri réttarframkvæmd.

Fjárdráttarákvæðið á sér nokkra forsögu í eldri löggjöf hér á landi. Þó voru fyrri ákvæði ekki í sama formi né gegndu þau sama hlutverki og áður nefnt ákvæði 247. gr. hgl. Ef réttarsaga Íslendinga er skoðuð má sjá að í elstu lögum Íslendinga, Grágás, var ekkert ákvæði í lagabálkinum í líkingu við núgildandi 247. gr. hgl. Skýrist það að hluta til af því að á þeim tíma var ekki byggt á vörsluafstöðu eigna til aðgreiningar frá eiginlegum þjófnaðarbrotum.⁸ Þau ákvæði Grágásar sem skyld eru fjárdrætti í nútímaskilningi lutu að sérhæfðum þjófnaðarbrotum. Dæmi um þetta má finna úr þætti um fjárleigur, en þar segir að ef maður selur manni fé af trúnaði að láni eða til hirslu og dylur hinn og kveðst við engu tekið hafa, þá skal sá er féið á sækja til þýfðar, ef hann vill, enda á hann kost að stefna til gertækis um féið og gjalda tvinnra og láta varða þriggja marka sekt.⁹ Önnur ákvæði má finna í Grágás og er háttsemi þeirra oftast lýst með sögnunum að leyna eða dylja.

Í Jónsbók var ekki mikið af ákvæðum sem bera mætti saman við 247. gr. hgl. , en ber þó að nefna 15. kapítúla¹⁰ Þjófabálks um ábyrgð á geymslufé, en ákvæðið telst í gildi.¹¹

Það næsta markverða í íslenskri löggjöf, sem vert er að nefna hér, er tilskipun frá 11. apríl 1840 er varðaði straff fyrir þjófnaði, svikum, falsi og öðrum þess kyns afbrotum. Verður seint talið að þessi tilskipun hafi þróað lagaákvæði um fjárdrátt og skyldar brotategundir en þó er að finna ákvæði í tilskipuninni þar sem tvinnnaðar voru saman ýmsar brotalýsingar sem nú myndu flokkast undir fjársvik, fjárdrátt, skilasvik o.fl.¹² Hliðstæð ákvæði voru seinna meir sett í 26. kap. fyrstu heildstæðu almennu

⁸ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls. 539.

⁹ Grágás. Lagasafn íslenska þjóðveldisins, bls. 160.

¹⁰ Kapítúli hér eftir skammstafað kap.

¹¹ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls. 540.

¹² Ákvæðin er að finna í 41-44. gr tilskipunarinnar.

hegningarlaga hér á landi frá 1869 og var þar að finna nokkrar sérhæfðar brotalýsingar sem gætu fallið undir 247. gr. núgildandi hgl.¹³

Hegningarlögin frá 1896 giltu að stofni til í 70 ár hér á landi. Í löggjöfinni og réttarframkvæmd byggðri á henni ríkti talsvert umburðarlyndi gagnvart ýmsum athöfnum sem nú myndu flokkast undir fjárdrátt og átti það sér í lagi við um heimildarlausa notkun peninga. Var þetta umburðarlyndi í engu samræmi við ríkjandi viðhorf gagnvart þjófnaðarbrotum. Samkvæmt 256. gr. fyrrgreindar hegningarlaga frá 1896 féll refsíábyrgð niður með sýknu ef gerandi endurgreiddi undandregið fé áður en dómur gekk í héraði, að því tilskildu að gerandi hafi ekki brotið upp lás eða innsigli þeirra. Regla þessi breyttist ekki fyrr en með lögfestingu núgildandi hegningarlaga árið 1940. Var hún þá talin úrelt þar sem hún mismunaði fólki á grundvelli fjárráðs þess, þ.e. að þeir efnameiri áttu frekari möguleika á að sleppa undan refsingu en þeir sem minna höfðu á milli handanna.¹⁴

Þegar undirbúningur hófst að núgildandi hegningarlögum þótti vera mikil þörf fyrir sérstakt, heildstætt ákvæði sem tæki utan um fjárdrátt og myndi koma í stað hinna eldri ákvæða en væri að sama skapi nútímalegra og víðtækara. Afraksturinn varð lögfesting 247. gr. hgl og var þá svo komið að margt kallaði á bætta refsivernd gegn fjárdrætti. Samfélagið hafði tekið stakkaskiptum og viðskiptahættir færst til nútímalegra horfs. Með verkskiptingu og vaxandi viðskiptum á öllum sviðum samfélagsins voru það sífellt fleiri sem höfðu fé annarra með höndum. Breyttir verslunarhættir eins og afborgunarkaup og umboðsverslun leiddu af sér ný og fleiri tækifæri til misferlis með fé annarra. Ýtti vaxandi eignamyndun og meiri fjármunir í umferð einnig undir þá freistingu að auðgast á auðveldan og ólögmetan hátt.¹⁵

2.3. Staða fjárdráttarákvæðis 247. gr. almennra hegningarlaga.

Síðustu ár hafa miklar breytingar orðið á viðskiptaháttum og vörslu fjármagns. Miklar kerfisbreytingar hafa orðið, rafræn viðskipti aukist og verðmætastig viðskipta margfaldast. Uppi hafa verið skoðanir þess efnis að 247. gr. hgl. þarfnist endurskoðunar þar sem núverandi efni ákvæðisins sé óskýrt um margt, t.d. skilin á milli 1. og 2. mgr.

¹³ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls. 540-541.

¹⁴ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls. 541.

¹⁵ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls. 542.

Telja sumir að andlag fjárdráttar og vörsluafstöðu verðmæta verði að endurmeta með hlutverk og framsetningu ákvæðisins í huga.

Ýmsar hugmyndir hafa verið uppi um hvernig fjárdráttarákvæðinu væri best farið innan hgl. og ekki allir vissir um hvort það eigi í raun að vera sérstakt fjárdráttarákvæði. Ef sú leið yrði farin að halda í sérstækt ákvæði þyrfti m.a. að skilgreina að nýju þau skilyrði sem varða verknaðarandlag og vörslur með hliðsjón af þeim breytingum sem orðið hafa í þjóðfélaginu. Hugmyndir um að einfalda ákvæði XXVI. kafla hgl. hafa einnig komið fram en í því myndi felast að fjárdráttarákvæðið yrði sameinað ákvæðunum um þjófnað, gripdeild eða jafnvel ákvæðinu um ólögsmæta meðferð fundins fjár. Margt er sameiginlegt með þessum brotategundum, m.a. andlag og verknaður.¹⁶

Sú hugmynd hefur einnig komið fram að sameina með einhverjum hætti ákvæðin um fjárdrátt og umboðssvik þar sem þróun samfélagsins, tæknivæðing og gjörbreyttir viðskiptahættir hafa aukið notagildi og mikilvægi umboðssvikaákvæðisins, 249. gr. hgl.,¹⁷ sumpart á kostnað fjárdráttarákvæðisins. Kerfisbundin brotastarfsemi í atvinnurekstri og misferli í rafrænum viðskiptum milli einstaklinga og lögaðila getur m.a. lýst sér í margs konar auðgunarbrotum og þar gegni umboðssvik mun stærra hlutverki en áður fyrr þar sem verknaðarlýsing 249. gr. hgl. nær betur en önnur ákvæði auðgunarbrotakafans yfir það flókna viðskiptaferli sem liggur að baki ýmsum efnahagsbrotum.¹⁸

Þær hugmyndir sem uppi hafa verið framtíð fjárdráttarákvæðisins og eru reifaðar hér eiga sér sínar stoðir. Miðað við lagatexta 247. gr. hgl. ætti peningafjárdráttur í öllum sínum myndum að falla undir 2. mgr. 247. gr. en í reynd er þessu á annan veg farið. Af dómaframkvæmd og lögskýringargögnum má leiða þá reglu að tiltekin sérgreining peninga eða skylda til sérgreiningar felli peninga sem verknaðarandlag undir 1. mgr. 247. gr. og þrengi gildissvið 2. mgr. mikið þrátt fyrir að orðalag 2. mgr. sé skýrt.¹⁹ Því er eðlilegt að velta fyrir sér framtíð fjárdráttarákvæðisins þar sem 2. mgr. þess virðist í raun óvirk í framkvæmd.

¹⁶ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls. 542.

¹⁷ 249. gr. hgl. hljóðar svo að 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.

¹⁸ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls. 542-543.

¹⁹ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls. 555.

Forvitnilegt verður að sjá hver framtíð fjárráttarákvæðis 247. gr. hgl. verður í því umróti sem á sér stað í samfélaginu. Vafalaust mun reyna á XXVI. kafla hgl. um auðgunarbrot á komandi árum og að þeirri reynslu lokinni verður vafalaust hægt að greina betur hvar veikleikar XXVI. kafla liggja sem og hver réttarvernd hgl. er þegar kemur að þessum brotaflokki.

3. Afmörkun fjárdráttar

3.1. Auðgunarásætningur fjárdráttar

Nauðsynlegt er að fjalla um þau grundvallarhugtök sem fjárdráttur byggir á og þau skilyrði sem þarf að uppfylla svo að um brot á 247. gr. hgl. sé að ræða. Aðeins verður dreypt á þessum hugtökum til að fylla upp í þá heildarmynd sem umfjölluninni um fjárdráttarákvæðið er ætlað að ná yfir. Eitt það mikilvægasta í þessari umfjöllun er auðgunarásætningur fjárdráttar, sem og tileinkunar- og vörsluhugtak fjárdráttar. Jafnframt verður fjallað um fjárdrátt sem trúnaðarbrot.

Skilyrði fyrir því að hægt sé að refsa mönnum fyrir brot sem framin eru á ákvæðum XXVI. kafla hgl. er að þau hafi verið framin í auðgunarskyni, sbr. 243. gr. hgl.²⁰ Á þetta við um öll auðgunarbrot sem fjallað er um í XXVI. kafla hgl. Í greinargerð með lögum nr. 19/1940 kemur fram í skýringum við 243. gr. hgl. að átt sé við að ásetningur brotamanns hafi verið sá að afla sér eða öðrum fjárvinning á þann hátt að annar maður biði ólöglega fjártjón að sama skapi.²¹ Þessi skilgreining felur í sér hlutræna þætti, en þeir koma fram í efnislegri skerðingu á fjárskiptagrundvellingum sem leiðir til ólögmetrar fjármunayfurfærslu.²²

Varðandi ásetninginn er gert ráð fyrir takmörkuðum ásetningskröfum þannig að vitund hins brotlega um að valda eiganda fjárdráttarandlags verulegri fjártjónshættu er nægjanleg til sakfellingar. Ásetningsskilyrðið tekur til ákveðinna þátta sem ekki koma fram í verknaðarlýsingu einstakra brotategunda XXVI. kafla hgl. Um er að ræða viðbótarverknaðarlýsingu sem er sameiginleg fyrir öll auðgunarbrotin en ásetningur þarf að taka til einstakra þátta hennar. Þó svo að gerandi hafi slegið eign sinni á fjárverðmæti sem er í eignum annars manns, þannig að fullnægi verknaðarlýsingu 247. gr. , er það ekki eitt og sér nægilegur grundvöllur til að sakfella fyrir fjárdrátt því ef ekki hefur verið sýnt fram á ásetning til hlutrænna efnisþátta auðgunar flokkast háttsemin ekki undir auðgunarbrot.²³

²⁰ 243. gr. hgl. Fyrir brot þau, er í þessum kafla getur, skal því aðeins refsa, að þau hafi verið framin í auðgunarskyni.

²¹ Alþingistíðindi, bls. 394.

²² Jónatan Þórmundsson, *Auðgunarbrot og nokkur skyld brot*, bls. 1-2.

²³ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls. 583-584.

Þrenns konar hlutrænir efnisþættir auðgunar felast í skilgreiningu auðgunarásætnings en þeir eru efnisleg skerðing, röskun á fjárskiptagrundvellingum og ólögmet fjármunayfurfærsla. Efnislega skerðingin leiðir af sér ólögmeta yfurfærslu fjármuna og eru auðgunarbrot að þessu leyti dæmigerð tjónsbrot. Ekki þarf fjártjón þó í öllum tilvikum að hafa hlotist af háttsemi geranda þar sem í fyrsta lagi getur verið um tilraunaverknað að ræða, sbr. 20. gr. hgl. Í annan stað er fullframningarstigið fært talsvert fram í sumum ákvæðum XXVI. kafla. hgl. Að lokum ber að nefna að svo háttar til um ákveðnar tegundir auðgunarbrot, fjárráttur þar með talinn, að ekki þykir nauðsynlegt að áskilja endanlegt fjártjón heldur nægir veruleg fjártjónshætta af völdum verksins.²⁴

3.3. Tileinkun

Pungamiðja fjárráttar er ólögmet hagnýting þeirra eignarréttarheimilda sem eingöngu eru ætlaðar eigandanum einum. Getur verið um varanlega eigin notkun eða eyðslu fjárverðmæta að ræða eða ráðstöfun þeirra með löggerningum til annarra. Tileinkun er þannig efnisþáttur fjárráttarbrotis og fellur fjárráttur sem slíkur undir dæmigert tileinkunarbrot. Tileinkunarhugtak fjárráttarákvæðis 247. gr. hgl. er oftast bundið við tiltekna afmörkun verknaðarandlags, þ.e. sérgreint, áþreifanlegt fjárverðmæti sem til staðar er og í vörslum geranda. Hvað fjárrátt varðar er verknaðarandlagið bundið við lausafjármuni og peninga, sbr. 1. og 2. mgr. 247. gr. hgl. Orðalagið sem kemur fram í 2. mgr. varðandi heimildarlausu notkun peninga stafar af tegundareðli andlagsins en heyrir engu að síður undir tileinkunarhugtakið.²⁵

Ef tileinkunarhugtakið er skoðað út frá refsiréttarlegu sjónarmiði er tileinkun hins brotlega talin samanstanda af annarsvegar „neikvæðum þætti“ og hins vegar „jákvæðum þætti“. Með neikvæðum þætti er átt við að gerandi sviptir eiganda fjárráttarandlags varanlega umráðum yfir fjármunum. Með jákvæðum þætti er átt við að hinn brotlegi noti fjármuni sem hann hefur dregið sér til að fullnægja fjárhagslegri þörf hvort sem hún er varanleg eða tímabundin.

Tileinkun er hlutlægur þáttur í verknaðarlýsingu fjárráttarbrotis sem ráðist getur af huglægri afstöðu hins brotlega. Til einföldunar um samspil þessara þátta má nefna þegar B fær lánaðan hlut hjá A og A gleymir því síðan að B hafi fengið hlutinn lánaðan. Á

²⁴ Jónatan Þórmundsson, „Fjárráttur“, bls. 584-585.

²⁵ Jónatan Þórmundsson, „Fjárráttur“, bls. 550.

meðan að B er með hlutinn í láni en ætlar sér að skila honum gerist hann ekki sekur um fjárdrátt. Hins vegar ef B ákveður að skila A ekki hlutnum og tileinkar sér hann gerist hann sekur um fjárdrátt frá því augnabliki sem hann tók þá meðvituðu ákvörðun.²⁶

3.4. Vörsluhugtakið

Það er eitt af hugtakseinkennum fjárdráttar að tileinkunarverknaður beinist að fjárverðmætum sem gerandi hefur sjálfur í vörslum sínum þegar tileinkun á sér stað. Eitt mikilvægasta atriðið til aðgreiningar milli fjárdráttar og einhliða tókubrota, þ.e. þjófnaðar, gripdeildar og ráns, er vörsluafstaða verðmæta. Ólögmet taka fjármuna úr vörslum annars manns einkennir tókubrotin og þar með hefst verknaðarferli brotanna. Með fjárdrætti hefst hins vegar verknaðarferlið á síðara stigi með tileinkun verðmæta óháð því hvernig vörslustofnun er háttáð. Í fjárdráttarbrotum stofnast langoftast til vörslu geranda á löglegan hátt við afhendingu verðmæta, annað hvort samkvæmt samningi eða öðru samkomulagi.

Vörslustofnun getur verið lögleg þótt önnur atvik en samningur liggi til grundvallar, t.d. neyðarréttur eða óbeðinn erindrekstur. Í undantekningartilvikum er vörslustofnun þó ólögleg, svo sem ef maður einhliða tekur eign annars manns í vörslur sínar sjálfur sér til afnota, án þess að hann ætli sér þá að kasta eign sinni á verðmætið, sbr. 259. gr. hgl.²⁷ Ef gerandi slær síðar eign sinni á hlut, sem upphaflega var tekinn til óheimilla afnota er um brotasamsteypu að ræða, þ.e. 259. gr. hgl og 247. gr. hgl.²⁸

3.5. Fjárdráttur sem trúnaðarbrot

Eins og fyrr segir er vörslustofnun sem undanfari tileinkunarverknaðar í flestum tilfellum byggð á samningi eða öðru samkomulagi geranda við eiganda, eða eftir tilvikum annan löglegan vörsluaðila fjárverðmæta. Af slíku samningssambandi leiðir ákveðið

²⁶ Sigmundur Hannesson, „Um fjárdrátt opinberra starfsmanna“, bls. 24

²⁷ 259. gr. [Hver, sem heimildarlaust notar bifreið annars manns, flugfar, skip eða önnur vélknúin farartæki, skal sæta ...1) fangelsi allt að 4 árum eða sektum, ef brot er smávægilegt eða sérstakar málsbætur eru. Ef maður notar ella hlut annars manns heimildarlaust og veldur honum með því tjóni eða verulegum óþægindum, þá varðar það sektum ...1) eða fangelsi allt að 2 árum. Hver, sem aftrar öðrum manni að neyta réttar síns til umráða yfir hlut, sem hann hefur í vörslum sínum, eða til þess að halda honum, skal sæta sektum ...1) eða fangelsi allt að 6 mánuðum. Mál út af brotum, sem í 2. og 3. mgr. getur, skal því aðeins höfðað, að sá krefjist þess, sem misgert var við.]

²⁸ Jónatan Þórmundsson, *Auðgunarbrot og nokkur skyld brot*, bls. 61.

trúnaðarsamband sem er rofið með tileinkunarverknaði. Fjárdráttur er því trúnaðarbrot og er trúnaður rofinn þegar hinn brotlegi bregst trausti aðila sem hann hefur samið við um afhendingu verðmæta gegn endurgjaldi. Það sama gildir ef brotlegi hefur einhliða fengið í hendur tiltekin verðmæti til varðveislu í þágu eiganda enda hafi hann áttað sig á því til hvers af honum var ætlast með slíkri afhendingu.

Þegar rætt er um trúnaðarbrot er rétt að minnast á að slík brot leiða ekki sjálfkrafa til þess að um launung sé að ræða. Þrátt fyrir það fer þetta tvennt þó oftar en ekki saman. Launung (leynd) er ekki hugtaksatriði fjárdráttar. Þrátt fyrir það einkennist slík brotastarfsemi oft af launung þar sem hún getur gert hinum brotlega kleift að stunda ólöglega háttsemi sína um langt skeið án þess að upp komist. Launung gegnir einnig því hlutverki þegar rannsaka skal fjárdráttarmál að vera til sannindamerkis um tileinkun og tileinkunarásætning geranda.²⁹

Mörg önnur ákvæði almennra hegningarlaga byggja á því að um trúnaðarbrot sé að ræða þótt trúnaðarsamband og trúnaðarrof séu ekki hugtaksatriði. Brot á ákvæðum XIV. kafla hgl. , um brot í opinberu starfi, eru þó sérstaklega til þess fallin að teljast til brots á trúnaði eins og sjá má af dómaframkvæmd.³⁰

E, oddviti hreppsnefndar, var ákærður fyrir umboðssvik og fjárdrátt í opinberu starfi. Voru brotin í ákæru talin fólgin í því að E hefði misnotað aðstöðu sína til að gefa út skuldabréf í nafni hreppsins án þess að hreppsnefnd samþykkti og verja meginhluta lánsfjárins til greiðslu á öðrum skuldabréfi sem var rekstri hreppsins óviðkomandi. Þá var hann talinn hafa dregið sér fé með því að hafa látið færa til inneignar á viðskiptareikning sinn tiltekna fjárhæð sem hafði verið gjaldfærð hjá sveitarsjóði sem kostnaður vegna vegagerðar í hreppnum og taldi ósannað að auðgunarásætningur hefði legið að baki þeim gjörðum. Hins vegar var E sakfelldur fyrir fjárdrátt þar sem ljóst þótti að tilteknar bókhaldsfærslur hefðu leitt til lækkunar á skuld hans við hreppinn. Var með skírskotun til forsenda héraðsdóms fallist á ákvörðun refsingar E en í nefndum forsendum héraðsdóms sagði meðal annars að „við ákvörðun refsingar í málinu bæri að taka sérstaklega tillit til 138. gr. almennra hegningarlaga þar sem ákærði gegndi trúnaðarstörfum og hafði sem oddviti á hendur fjárreiður hreppsins.“³¹

Af dómnum má leiða að þegar um brot í opinberu starfi er að ræða, og slíka háttsemi er hægt að fella undir 138. gr. hgl. , er slík háttsemi líklegri til að falla undir

²⁹ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls. 552-553.

³⁰ Jónatan Þórmundsson, *Viðurlög við refsingum*, bls. 267.

³¹ Hæstaréttardómur frá 17. maí 2001 í málinu nr.71/2000. Hér eftir verða Hæstaréttardómar skammstafaðir Hrd.

trúnaðarbrot en ef slíkt brot hafi verið framin af öðrum en opinberum starfsmanni. Trúnaðarbrot fellur undir það sem kallast ólögæltar refsíákvörðunarástæður, en nánar verður fjallað um þær síðar í ritgerðinni.

3.6. Fjárdráttur eða fjársvik?

Fjárdráttur fellur í flokk einhliða brota og ásamt nokkrum öðrum brotategundum XXVI. kafla hgl. þ.e. þjófnaði, gripdeild, ólögæltari meðferð fundins fjár, umboðssvikum, skilasvikum, hylmingu og ráni að hluta til.³² Þegar þessi brot eru framin þarf ekki atbeina eða tilverknað brotaþola, hvorki á verknaðar- né fullframningarstigi. Það sem einkennir þessar brotategundir eru einhliða aðgerðir hins brotlega. Hinn brotlegi getur m.a. beitt brotaþolann eða annan mann blekkingum eða notfært sér rangar hugmyndir hans til þess að skapa sér brotataækifæri án þess þó að aðild brotaþola teljist til óhjákvæmilegs atbeina. Milliliðurinn getur verið til staðar við dæmigert einhliða brot, t.d. við þjófnað, en gæti allt eins horfið úr atburðarrásinni t.d. með því að hinn brotlegi bíður tækifæris án þess að gera nokkuð til þess að hafa áhrif á framvinduna.³³ Það breytir engu varðandi eðli og flokkun fjárdráttar sem einhliða brots þótt til grundvallar vörslum hin brotlega liggi samningsgerð eða annars konar samningssamband við brotaþola. Tileinkunarverknaðurinn er eftir sem áður einhliða brot.

Ef áskilinn er að lögum atbeini brotaþola til þess að brot teljist fullframið eða hann er nauðsynlegur í eðli sínu í verknaðarlýsingu XXVI. kafla hgl. eru slík brot flokkuð sem tvíhliða brot. Þegar þannig háttar bitnar tjón á brotaþola eða öðrum sem hann getur bundið með ráðstöfunum sínum. Til tvíhliða brota teljast fjársvik, fjárkúgun, misneyting og rán að hluta. Brotaþoli er með þessu fenginn til fjárhagslegrar ráðstöfunar með ólögæltari og refsínæmri aðferð svo að fjártjón eða veruleg fjártjónshætta hlýst af fyrir brotaþola eða aðra aðila.³⁴

Af þessari skilgreiningu má því ráða að fjárdráttur og fjársvik falla í mismunandi flokka, m.ö.o. fjárdráttur sem einhliða brot og fjársvik sem tvíhliða brot.³⁵ Þó svo að þessi

³² Jónatan Þórmundsson, *Fjármuna- og efnahagsbrot*, bls. 8-9.

³³ Jónatan Þórmundsson, *Auðgunarbrot og nokkur skyld brot*, bls. 54-55.

³⁴ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls. 547.

³⁵ Um fjársvik segir í 248. gr. hgl. Ef maður kemur öðrum manni til að hafast eitthvað að eða láta eitthvað ógert með því á ólögæltan hátt að vekja, styrkja eða hagnýta sér ranga eða óljósa hugmynd hans um einhver atvik, og hefur þannig fé af honum eða öðrum, þá varðar það fangelsi allt að 6 árum.

brot falli í sitthvorn flokkinn getur aðgreining þeirra reynst ótrúlega erfið í einstökum málum. Þegar rætt er um fjárdrátt byggist tileinkunarverkskiður að jafnaði á vörslum þess sem brotlegur gerist sem stofnað er til með löglegum samningi hans við brotþola. Fjársvik eru vanalega framin við gerð samnings eða í kjölfar hans. Það sem kann að einkenna tileinkunarverkskið fjárdráttar eru blekking eða sviksemi. Dæmi um það er t.d. ef synjað er fyrir viðtöku lánshlutar eða hlutnum leynt. Þegar um fjársvik ræðir er blekkingaratferlið grundvöllur þess, þ.e. að koma öðrum manni til að aðhafast eitthvað með því á ólögmetan hátt að vekja, styrkja eða hagnýta sér ranga eða óljósa hugmynd hans um einhver atvik, sbr. 248. gr. hgl. Sú staða getur komið upp að verkskiður beinist að lausafjármunum í vörslum geranda þannig að bæði 247. gr. og 248. gr. hgl. taki til hans. Af þessu leiðir að 247. gr. um fjárdrátt getur skarast við fjársvikaákvæði 248. gr. hgl og nauðsynlegt getur verið að greina þar á milli.³⁶

Fjársvik eru tvíhliða brot þar sem atbeini brotþola þarf til skv. lögum og eðli sínu. Með atbeina brotþola er aðallega átt við virkan atbeina hans, þ.e. þegar hinn brotlegi beitir vísvitandi blekkingum t.d. við samningsgerð til þess að vekja eða styrkja ranga eða óljósa hugmynd hjá viðsemjanda sínum og fá hann með því til þess að gera eitthvað, eða eftir tilfellum láta eitthvað ógert, sem veldur fjártjóni. Má sem dæmi nefna að afhenda verðmæti, veita þjónustu eða samþykkja peningalán. Svikin eru hér grundvöllur samnings og er hann því bæði ólögmetur og refsínæmur. Ef ásetningur stendur til slíkra blekkinga við upphaf samningsgerðar er um fjársvik að ræða að öðrum skilyrðum 248. gr. hgl. uppfylltum. Þegar um slíkt athæfi er að ræða tæmir ákvæði 248. gr. sök gagnvart eftirfarandi ólögmetri ráðstöfun fjársvikinna verðmæta. Af þessu leiðir að ef fjársvik eru ósönnuð er oftast en ekki borðliggjandi að um fjárdrátt sé að ræða. Það getur reynst erfitt að sanna upphaflegan ásetning til fjársvika þó sýna megi fram á það með óyggjandi hætti að eftirfarandi háttsemi geranda uppfylli þau refsiskilyrði sem 247. gr. kveður á um.³⁷ Í dómaframkvæmd hefur reynt á skilin á milli fjársvika og fjárdráttar og má í því sambandi benda á eftirfarandi dóma.

Hrd. 493/1998. B og H tóku saman ákvörðun um að taka á leigu vinnupall í því skyni að kasta eign sinni á hann. B var ætlað að leigja pallinn hjá fyrirtækinu Stoð en síðan myndi

³⁶ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls. 547.

³⁷ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls. 547-548.

H stela honum. Átti B að fá 350.000 krónur fyrir sinn þátt. Þrátt fyrir að leigupallurinn hafi verið tekinn á leigu beinlínis með það að markmiði að kasta eign á hann voru ákærðu dæmdir fyrir brot á 247. gr. hgl.

Hrd. 1948:393. GG var beðinn um að aðstoða R við að útvega eldavél. Fékk hann 900.00 kr. í fyrirgreiðslu sem hann seinna eyddi til handa eigin heimilis. Lét ákærði R hvorki vita um að hann gæti ekki útvegað henni eldavélina, né að hann hefði eytt peningunum. Reyndist ákærði ófær að greiða peningana til baka. Í héraðsdómi var ákærði sakfelldur fyrir fjárdrátt en í Hæstarétti var brot hans virt sem fjársvik. Hæstiréttur taldi, eins og málið lág fyrir, að ákærði hafi frá upphafi ætlað að nota féið í eigin þarfir og þarf af leiðandi hafi verið um fjársvik að ræða en ekki fjárdrátt.

Hrd. 1981:1534. BK tók við fyrirframgreiðslu til efniskaupa og viðgerðarvinnu. Stóð hann skil á hvorugu og notaði peningana í þágu fyrirtækis í sinni eigu. Var BK ákærður fyrir fjársvik aðallega, en til vara fyrir fjárdrátt. Í héraðsdómi þótti ekki sannað að ákærði hefði ekki haft ásetning til þess að nota sér fé þetta án þess að inna verkið af höndum. Hins vegar þótti háttsemi ákærða varða við 247. gr. hgl., þar sem honum var óheimilt að ráðstafa fénu til annars en þess verks sem hann hafði tekið að sér, svo sem til efniskaupa eða upp í áfallin vinnulaun.

Af þessum dómum sést vel það vandmál sem uppi getur verið þegar viðtaka fjárverðmæta á sér stað í atvinnurekstri eða viðskiptum. Varðandi fyrsta dóminn mætti t.d. rökstyðja að í upphafi verknaðar hafi legið fyrir ásetningur til að fremja fjársvik. Ákærðu leigðu vinnupallinn í því skyni að kasta eign sinni á hann seinna meir. Samkvæmt orðalagi 247. gr. gæti slíkt athæfi átt undir ákvæðið, þ.e. það uppfyllir hlutlæg skilyrði þess að draga sér fjármuni eða önnur verðmæti sem aðili hefur í vörslum sínum en annar maður er eigandi að. Vandamálið er hins vegar að verknaðurinn í þessu tilfalli gæti einnig átt undir 248. gr. hgl. þar sem ákærðu höfðu strax í upphafi einbeittan vilja til að eigna sér vinnupallinn og nýttu sér ranga hugmynd fyrirtækisins um að þeir ætluðu að leigja pallinn.

Ef um er að ræða óvirkan atbeina brotþola, þ.e. þegar viðtakandi verðmæta hagnýtir sér ranga eða óljósa hugmynd viðsemjanda síns um einhver atvik, getur marklínan milli fjárdráttar og fjársvika orðið sérstaklega óskýr eins og leiða má af umfjöllun hér að framan. Þessu til skýringar má nefna dæmi um fjárverðmæti sem afhent er viðtakanda fyrir mistök. Einn af verknaðarþáttum 248. gr. hgl. er hagnýting villu og verknaður hins brotlega er í slíkum tilfellum afleiðing villu sem þegar er fyrir hendi og ráðstöfunar sem af henni leiðir. Til þess að skilyrðum 248. gr. hgl. sé fullnægt þurfa mistökkin að vera viðtakanda ljós áður, eða um leið, og hann tekur við verðmætunum.

Eins og fram hefur komið getur verið erfiðleikum bundið að greina á milli einstakra ákvæða XXVI. kafla hgl. Sem dæmi má nefna að mörkin milli þriggja brotategunda, þ.e. 248. gr. , 247. gr. 246. gr. hgl. geta ráðist af því hvenær tileinkunarásætningur hins brotlega vaknar og nánar tiltekið af því hvort viðtakandi verðmæta var grandlaus við móttöku þeirra eða ekki. Ef maður tekur meðvitað ólöglega við fjárhagslegu verðmæti og slær eign sinni á það þrátt fyrir að villa viðsemjanda sé honum ljós fellur slík háttsemi undir fjársvik að öðrum skilyrðum uppfylltum. Hins vegar er um fjárdrátt að ræða ef að hinn brotlegi tekur við verðmætinu af gáleysi eða þá að ósannað er um ásetning hans við móttöku verðmætisins áður en hann slær eign sinni á þau. Sönnunarfærslan snýst þá um að fyrir liggi tileinkunarásætningur eftir það tímamark sem hinn brotlegi fékk verðmætið í hendur. Að lokum getur reynt á veigaminnsta brotið af þeim sem hér eru útlistuð, þ.e. ólögmet meðferð fundins fjár sbr. 246. gr. hgl. , ef maður hefur tekið við verðmæti í góðri trú en síðar uppgötvað mistökin og slegið eign sinni á það.

Eins og umfjöllun hér að ofan og tilvísun í dóma sýnir hefur það mikið hagnýtt gildi að geta greint á milli fjárdráttar og fjársvika. Í íslenskum rétti eru fjársvik talin alvarlegra brot en fjárdráttur og refsing fyrir fjársvik því að sama skapi þyngri í reynd þótt refsimörk laga séu hin sömu í 247. gr. og 248. gr. hgl.³⁸ Stafar þessi munur m.a. af því að fjársvik er tvíhliða brot en fjárdráttur einhliða brot. Einnig er áskilið þegar um fjársvik er að ræða að ásetningur til blekkingar og auðgunar standi strax í upphafi verknaðarferlisins. Það getur reynt erfitt að sanna slíkan ásetning og er fjárdráttur þá oftast en ekki varaskeifa fyrir áætlað fjársvikabrot.³⁹

Hvað varðar fjárdrátt í opinberu starfi má leiða að því líkur að nánast undantekningarlaust sé stofnað til samningsskuldbindinga með löglegum hætti, þ.e. í trausti þess að sá sem seinna gerist sekur um fjárdrátt er í umboði opinberra aðila eða stofnanna. Af þeim sökum eru fjársvik opinberra starfsmanna því lítt þekkt.

³⁸ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls. 549.

³⁹ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls. 549-550.

4. Fjárdráttur í opinberu starfi

Ef mið er tekið af íslenskri réttarframkvæmd er fjárdráttur opinberra starfsmanna algeng tegund slíkra brota. Meirihluti dómsmála er varða fjárdrátt lúta að fjártökum úr opinberum sjóðum ríkisins, ríkisstofnana, fyrirtækja á vegum ríkisins eða sveitarfélaga. Háttsemi sem stríðir gegn lögum og viðhöfð er í opinberu starfi getur varðar við refsihækkunarheimild sem kveðið er á um í 138. gr. hgl.

Þegar um ræðir brot í opinberu starfi er undanfari slíks verknaðar einhvers konar ráðningarsamningur, þ.e. skipun eða setning í embætti og oftast eru gerendur þeir sem í störfum sínum hafa með höndum meðferð og varðveislu fjár eða annan aðgang að sjóðum stofnunar eða fyrirtækis.⁴⁰ Í þessum kafla verður leitast við að skilgreina hverjir opinberir starfsmenn séu í skilningi hgl. Þá verður refsihækkunarheimild 138. gr. hgl. rakin og rýnt í dómaframkvæmd til að skýra betur fjárdrátt í opinberu starfi.

4.1. Um opinbera starfsmenn

Nauðsynlegt er að skilgreina hverjir teljist til opinberra starfsmanna í skilningi hegningarlagna. Í XIV. kafla hgl. er að finna viðurlög við brotum í opinberu starfi en í ákvæðum kaflans er ekki að finna skýringu á því hverjir teljist opinberir starfsmenn í skilningi laganna. Hins vegar má finna skýringu á hugtakinu opinber starfsmaður í greinargerð fyrir XIV. kafla hgl. en þar kemur fram að:

Ákvæði kaflans ná til allra opinberra starfsmanna, hvort heldur þeir teljast til embættismanna eða sýslunar, og án tillits til þess, hvort þeir eru skipaðir til starfans eða settir eða á annan hátt löglega að honum komnir. Ákvæðin ná einnig til þeirra manna, sem falið hefur verið að gegna einhverju starfi er að embætti eða sýslan lýtur ... Að sjálfsögðu geta menn, er sjálfir eru ekki opinberir starfsmenn, gerst sekir um brot á ákvæðum þessa kafla eftir venjulegum reglum um hlutdeild. Stundum má jafnvel líta svo á, að sá, sem ekki gegnir opinbera starfinu, sé aðalfremjandi brots.⁴¹

Framangreind skýring á opinberum starfsmönnum er almennt orðuð og þar til gerð að stuðla að rýmkandi lögskýringu. Af því leiðir að skiptar skoðanir geta verið uppi um skýringu hugtaksins.⁴² Finna má dæmi úr dómaframkvæmd þar sem tekið er af skarið

⁴⁰ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls. 578.

⁴¹ Alþingistíðindi, bls. 377.

⁴² Sigmundur Hannesson, „Um fjárdrátt opinberra starfsmanna“, bls. 10.

um hvort aðilar sem gerst hafa sekir um fjárdráttarbrot teljist sem opinberir starfsmenn eða ekki. Ljóst þykir að embættismenn falli undir ákvæði XIV. kafla hgl. um opinbera starfsmenn og kemur það fram í Hrd. 1951:496, þar sem starfsmaður Tóbakseinkasölu Ríkisins var ákærður. Í dómnum kemur fram að Tóbakseinkasala Ríkisins sé stofnuð skv. l. nr. 58/1931 og að ríkissjóður leggi fram það fé sem þarf til rekstrar hennar en ríkisstjórnin annist reksturinn. Ágóði af versluninni átti að greiðast í ríkissjóð. Ákærði var gjaldkeri einkasölnunnar og var því talinn sem opinber starfsmaður.

Þegar greina þarf hvort tiltekinn aðili teljist opinber starfsmaður í skilningi hgl. verður að skoða eðli starfsins sem hann sinnir. Líta ber til þess hvort um sé að ræða stafsmannt ríkis eða sveitarfélags og í því sambandi hvort um starfsmann ríkisfyrirtækis sé að ræða. Skoða þarf á hvaða hátt viðkomandi er að starfinu kominn, með öðrum orðum hvort hann sé skipaður, settur, ráðinn, kjörinn eða með hvaða öðrum hætti hann hefur fengi starfið. Mögulegt væri að styðjast við lög nr. 70/1996 um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins.⁴³ Í II. kafla laganna er fjallað um veitingu starfs. Eðli máls samkvæmt þyrfti starfsmaður að uppfylla skilyrði laganna til að geta talist sem opinber starfsmaður. Hins vegar kemur hvergi fram í greinargerð með lögnum afmörkun á hugtakinu opinber starfsmaður.

Athuga skal á hvaða stjórnisýslusviði starfið er unnið eða hvort það sé unnið á sviði dóms- eða löggjafarvalds og hvort að um sé að ræða aðalstarf eða aukastarf og þá hvort það sé launað eða ólaunað. Líta ber til þess hvort starfið sé tímabundið, þ.e. mjög skammvinnnt eða tiltölulega varanlegt. Að lokum þyrfti að skoða hvort að um leyfisbundinn atvinnurekstur sé að ræða með opinberum skyldum, t.d. lögmenn. Þessi atriði þarf að hafa í huga þegar það er vegið og metið hvort tiltekinn aðili hafi framið brot í skjóli opinbers starfs síns.⁴⁴

4.2. Nánar um 138. gr. hgl.

Með tilskipun frá 11. apríl 1840, sem minnst er á fyrr í ritgerðinni, kom fyrst fram það sjónarmið í íslenskum rétti að refsing embættismanna og þar til greindra manna innan stjórnisýslunnar skyldi vera strangari í þeim tilvikum er þeir köstuðu eign sinni á fé sem þeim var trúað fyrir til opinberrar umsjónar. Gat þetta orðið til allt að tvöföldun refsingar.

⁴³ Sigmundur Hannesson, „Um fjárdrátt opinberra starfsmanna“, bls. 12

⁴⁴ Sigmundur Hannesson, „Um fjárdrátt opinberra starfsmanna“, bls. 12-13.

Í hgl. frá 1869 komu einnig fram slík refsihækkunarsjónarmið. Í 13. kap. laganna var fjallað um afbrot í embættisfærslu og var þar safnað saman margháttuðum en sundurleitum ákvæðum sem lýstu nánar tiltekinni háttsemi embættismanna í starfi sem saknæmri og gat slík háttsemi varðað sérstakri refsingu. Refsinæmi verknaðar í þessum tilvikum var bundið við starfsstöðu eða embætti.⁴⁵

Í XII. kafla hgl. kveður á um viðurlög vegna brota gegn valdstjórninni og veitir kaflinn opinberum starfsmönnum því þá vernd og starfsfrið sem ætla megi að þeir þurfi í starfi sínu. Með XIV. kafla hgl. er opinberum starfsmönnum hins vegar veitt ákveðið aðhald og kemur fram í 138. gr. hgl. að ef opinber starfsmaður fremur almennt refsilagabrot sé heimilt að dæma honum þyngri refsing en öðrum. Samkvæmt ákvæðinu er hægt að bæta allt að helmingi við refsingu sem við broti liggur ef starfsmaður hefur gerst sekur um refsiverðan verknað sem telja verður misnotkun á stöðu hans. Skilyrði er þó að við því broti sé ekki lögð sérstök refsing sem broti í embætti eða sýslan.⁴⁶

Efnisatriði 138. gr. hgl. hefur því að geyma sérstaka refsihækkunarheimild í þeim tilvikum þegar opinber starfsmaður hefur gerst sekur um refsilagabrot með verknaði sem telja verður misnotkun á stöðu hans og við því broti er ekki lögð sérstök refsing sem broti í embætti eða sýslan.⁴⁷

Í greinargerð með 138. gr. hgl. segir að þetta almenna ákvæði komi í stað ýmissa sérákvæða í 13. kap. hegningarlaga 1896, en sé mun víðtækara. Áður hefur verið vikið að því hverjir þeir aðilar eru sem talist geta til opinberra starfsmanna í skilningi XIV. kafla hgl. og skal því vikið að þeim sjónarmiðum sem liggja til grundvallar refsihækkunarástæðu þeirri sem felst í 138. gr. hgl. Í greinargerð með núgildandi hgl. kemur fram að ákvæði XIV. kafla eigi að veita opinberum starfsmönnum aðhald í starfi, en almennt er talið að á embættismönnum og öðrum opinberum starfsmönnum hvíli ríkari hollustu- og trúnaðarskylda gagnvart ríkinu en á starfsmönnum almennt gagnvart vinnuveitanda sínum.⁴⁸ Ekki er þó fullkomlega ljóst hvert efni nefndrar trúnaðarskyldu er

⁴⁵ Sigmundur Hannesson, „Fjárdráttur opinberra starfsmanna“, bls. 43-45.

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

⁴⁷ Róbert R. Spanó, „Verknaðarlýsing XIV. kafla almennra hegningarlaga um brot í opinberu starfi“, bls. 379.

⁴⁸ Alþingistíðindi, bls. 379.

en eðlilegt þykir að í henni felist sú trygging að opinberir aðilar hafi hreinan skjöld og er ákvæðinu ætlað að tryggja vernd hinna almennu borgara gagnvart misbeitingu þess valds sem opinberum aðilum er fengið. Ljóst er þó að lítið er til þessarar trúnaðarskyldu í réttarframkvæmd eins og fram kemur fyrir í ritgerðinni.

Sé opinber starfsmaður fundinn sekur um fjárdrátt í starfi sínu, sem rekja má til misnotkunar á stöðu, er slík háttsemi að jafnaði heimfærð undir 247. gr. hgl. sbr. 138. gr. hgl.

4.3. Sérgreining verðmæta

Sérgreiningarskyldan er þáttur í fjárdráttarbrotum en hún tengist andlagi fjárdráttar. Fjárdráttarákvæði 247. gr. hgl. skiptist í tvær málsgreinar. Verknaðarandlag 1. mgr. tekur til sérgreindra áþreifanlegra verðmæta er hafa fjárgildi en til sérgreindra verðmæta eru, auk einstakra muna, sérgreindir peningar og í réttarframkvæmd einnig peningar sem hinum brotlega er skylt að halda aðgreindum frá sínu eigin fé. Í 2. mgr. er sérákvæði gagnvart 1. mgr. og varðar heimildarlausu notkun á peningum annars manns, hvort sem geranda er skylt að halda peningunum aðgreindum frá sínu fé eða ekki. Af sérstöðu peninga leiðir að verknaðarlýsing málsgreinanna er mismunandi.⁴⁹ Áður í ritgerðinni var fjallað um lítið vægi 2. mgr. í framkvæmd.

Við fjárdrátt skiptir aðgreining einstaklega ákveðinna og tegundarákveðinna verðmæta verulegu máli. Við fjárdrátt getur undanfari verknaðar eða sjálfur verknaðurinn verið fólgin í því að blanda peningum annars manns saman við sitt eigið fé með þeim afleiðingum að verðmætin verði ekki aðgreind eða sérgreind. Eigandi peninga, sem blandað er saman á slíkan hátt, öðlast eingöngu kröfu til endurgreiðslu sömu fjárhæðar í peningum eða öðrum verðmætum. Það getur oltið á eðli viðskipta- eða starfssambandi aðila og öðrum aðstæðum hversu mikið þarf til að brot á sérgreiningarskyldunni verði refsíábyrgð samkvæmt 1. mgr. 247. gr.⁵⁰ Hvað varðar meðferð og varðveislu fjár í opinberu starfi er sérgreining verðmæta almennt fortakalaust skilyrði. Þannig er stjórnanda eða starfsmanni stofnunar óheimilt með öllu að skerða eða nota opinbert fé í

⁴⁹ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls. 553.

⁵⁰ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls.554-555.

eigin þágu, þótt ætlunin sé að endurgreiða það síðar og líkur séu á því að það muni takast.⁵¹

Fjöldi Hæstaréttardóma hafa gengið um fjárdrátt í opinberu starfi og eru brotin yfirleitt heimfærð undir 1. mgr. 247. gr. , sbr.138. gr. hgl. Oft er þó ekki vísað til ákveðinnar málsgreinar 247. gr. hgl. heldur eingöngu til lagaákvæðisins án nánari útlístunar. Til að sjá samspil 247. gr. og 138. gr. í réttarframkvæmd má benda á Hrd. Tóbakseinkasala ríkisins⁵² en í honum var 247. gr. hgl. ótiltekin í ákæru en í dómnum var gjaldkeri Tóbakseinkasölu ríkisins dæmdur fyrir fjárdrátt í opinberu starfi. Fram kemur í dómnum að brot ákærða varði við 1. mgr. 247. gr. hgl. og 138. gr. hgl. , enda hafi skilyrði þess verið fyrir hendi þótt greinarinnar hafi ekki verið getið í ákæruskjalinu. Í Hrd. 1992:133 var deildarþroskaþjálfari á Kópavogshæli dæmdur fyrir fjárdrátt í opinberu starfi. Starf hennar fólst m.a. í því að taka við og geyma vasapeninga vistmanna á viðkomandi deild, hafa umsjón með ráðstöfun þeirra og afhenda síðan gjaldkera skilagrein með viðeigandi fylgiskjölum. Bar ákærðu að halda peningum þessum aðgreindum frá eigin fé. Var ákærða talin hafa gerst brotleg við 1. mgr. 247. gr. hgl. sbr. 138. gr. hgl. Einn dómari skilaði sérákvæði í málinu og taldi að sýkna bæri ákærðu, m.a. á þeim rökum að ákærða hafi staðfastlega haldið því fram að hún hafi ætíð endurgreitt að fullu þá fjármuni er hún viðurkenndi að hafa um stundarsakir tekið til sinna þarfa úr sjóði vistmanna á Kópavogshæli. Endurspeglar dómurinn vel þá ströngu sérgreiningarskyldu sem á opinberum starfsmönnum hvílir.

4.4. Brot framið í opinberu starfi?

XIV. kafli hgl. ber yfirskriftina *Brot í opinberu starfi*. Því er eðlilegt, ef fella á brot undir þann kafla, að sýna fram á að ákærði hafi framið brotið í skjóli þess starfs sem hann var í. Hér á undan er fjallað um efni og tilgang 138. gr. hgl. en ákvæðið er til þess fallið að þyngja refsingu um allt að helming ef verknaður er framinn í skjóli opinbers starfs. Því getur þeim sem gerst hafa sekir um brot á hegningarlögum verið mikið kappsmál að sýna fram á að brot þeirra hafi ekki verið framið í því opinbera starfi sem viðkomandi hafði með höndum. Ekki er í öllum tilvikum skýr lína á milli þess hvort opinber starfsmaður fremji brot sitt innan starfsins eða utan þess. Þetta má glögg sjá í Hrd. 1967:71.

⁵¹ Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, bls.556.

⁵² Hrd. 1951:496 sem fjallað eru um áður í ritgerðinni.

K, fyrrum starfsmaður pósthúss, notaði þrjár póstávísanir í lögskiptum er hann hafði falsað. Var hann ákærður fyrir brot gegn 155. gr. hgl. sbr. 139. gr. sömu laga. Á því tímamarki er K framdi nefndan verknað hafði hann hætt sem starfsmaður á pósthúsinu en var í öðru opinberu starfi, þ.e. í bókhaldi hjá Landssímanum, og hélt því starfi uns rannsókn hófst í máli hans. Héraðsdómur komst að þeirri niðurstöðu að K hefði misnotað aðstöðu sína sem starfsmaður Pósts og síma til að falska póstávísanir og koma þeim áleiðis. 138. gr. hgl. þótti eiga við en ekki 139. gr. s.l. sem greindi í ákæru. Í Hæstarétti var K hins vegar sýknaður af bæði 138. og 139. gr. hgl. þar sem hann var hættur sem starfsmaður á pósthúsinu er hann framdi misferlið með póstávísanirnar.

Í dómnum lá fyrir að ákærði hafi ekki verið í starfi þegar hann framdi brot sín og því um „hefðbundinn“ fjárdrátt að ræða en ekki brot í opinberu starfi. Í öðrum tilvikum getur verið mun auðveldara að greina hvort brot hafi verið framið á meðan ákærði var í opinberu starfi. Eðlilega gætir þeirrar viðleitni hjá ákærðu að komast hjá sakfellingu á grundvelli 138. gr. hgl. , enda um refsihækkunarheimild er að ræða. Ásamt fyrrgreindum dómi má sjá slíka viðleitni í Hrd. nr. 532/2005.

I var ákærður fyrir fjárdrátt í opinberu starfi með því að hafa sem framkvæmdastjóri Fjórðungssambands Vestfirðinga dregið sér samtals rúmlega 17 milljónir króna af bankareikningi sambandsins. I viðurkenndi fjárdráttarbrott en mótmælti því að hafa verið í opinberu starfi. Í málinu kom m.a. fram að skv. 86. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998 geta sveitarfélög stofnað til staðbundinna landshlutasamtaka sveitarfélaga er vinni að hagsmunamálum íbúa í hverjum landshluta. Fjórðungssamband Vestfirðinga er slík landshlutasamtök. Að þessu gættu féllst dómurinn á það að ákærði hafi í starfi sínu sem framkvæmdastjóri Fjórðungssambandsins talist opinber starfsmaður í skilningi 138. gr. og 141. gr. a. laga nr. 19/1940, sbr. 6. gr. laga nr. 54/2003. Þótti refsing hans hæfilega ákveðin 12 mánaða fangelsi, þar af voru níu mánuðir skilorðsbundnir.

Ljóst er að það verður að liggja skýrt fyrir að hinn brotlegi hafi jafnframt verið í opinberu starfi þegar hann framdi meint brot þar sem 138. gr. hgl. er verulega íþyngjandi fyrir ákærða fari svo að hann sé einnig dæmdur fyrir brot gegn ákvæðinu.

4.5. Ólögæltar refsíákvörðunarástæður

Að lokum skulum við skoða brott í opinberu starfi út frá ólögæltum refsíákvörðunarástæðum. Fyrr í ritgerðinni var fjallað um launung fjárdráttar sem og fjárdrátt sem trúnaðarbrott. Launungin og trúnaðarbrottin falla bæði undir svokallaðar ólögæltar refsíákvörðunarástæður og er litið til þeirra með refsíþyngingu í huga.

Það hefur færst í vöxt að verjendur sakborninga freisti þess að fá neikvætt umtal fjölmiðla virt ákærða til hagsbóta. Bent hefur verið á að slíkt geti verið varhugavert þar sem það gæti leitt til óheppilegrar og jafnvel hættulegrar víxlverkunar milli refsíákvörðunar og fjölmiðlaumfjöllunar.⁵³ Í Hrd. 1980:89 var dómur sakadóms skilorðsbundinn og var m.a. vísa til þess óhagræðis sem ákærði hafði mátt þola vegna frásagna í fjölmiðlum af hinu svokallaða Guðmundar- og Geirfinnsmáli, en sakborningur var aðeins lítillaga tengdur því máli. Í dómi sakadóms í ávana- og fíkniefnamála 28. nóv. 1979 var „fráleit og röng umfjöllun í tveimur síðdegisblöðum“ virt ákærða til málsbóta.⁵⁴ Af orðalagi dómsins má því leiða af því líkur að máli skiptir hvort um sanna eða ranga umfjöllun að ræða.

Ljóst er að brot í opinberu starfi eru þess eðlis að þau vekja nánast alltaf mikla athygli fjölmiðla. Skemmst er að minnast Hrd. nr. 393/2002 þar sem þingmaður var meðal annars sakaður um fjárdrátt.

Í dómnum var Á m.a. ákærður fyrir fjárdrátt, rangar skýrslur til yfirvalda, mútubægni og umboðssvik í opinberu starfi. Á þeim tíma sem brotin áttu sér stað var ákærði alþingismaður og gegndi jafnframt formennsku í þriggja manna nefnd, sem ætlað var að fjalla um endurbætur og uppbyggingu Þjóðleikhússins sem og að fara með forsvar í svonefndri Brattahlíðarnefnd. Í nefndina voru auk ákærða Á skipaðir þeir SB Þjóðleikhússtjóri og SG forstöðumaður Framkvæmdasýslu ríkisins. Ákærði Á var m.a. einn sakaður um fjárdrátt í opinberu starfi sem formaður byggingarnefndar Þjóðleikhússins vegna úttekta í nafni hennar á fánum og veifum, timbri, saumi og fleiri byggingarvörum og þéttidúk. Ákærði byggði vörn sína m.a. á því að ekki ætti að heimfæra brot hans undir 138. gr. hgl. þar sem hann hafði ekki komið fram sem opinber starfsmaður í þessum tilvikum. Féllst Hæstiréttur á það með Héraði að ákærði Á hafi með því að tileinka sér þá hluti sem um ræðir, dregið sér fé sem nemur verði þeirra. Í störfum sínum í byggingarnefnd Þjóðleikhússins gat ákærði ráðstafað opinberum hagsmunum og skuldbundið opinbera sjóði um greiðslur. Taldist hann í þessum störfum hafa verið opinber starfsmaður í skilningi XIV. kafla almennra hegningarlaga. Voru brotin því talin falla undir 247. gr. , sbr. 138. gr. laganna.

Mikið fjölmiðlafár varð í kringum málið og gerðu allir fréttamiðlar málinu greinargóð skil. Ekki er í dómnum, né öðrum dómum er varða brot í opinberu starfi ef því er að skipta, að sjá neina viðleitni til að koma fjölmiðlaumfjöllun að sem ólögmeltri refsíákvörðunarástæðu. Spurning er hvort að verjendur einstaklinga sem hafa gerst brotlegir gagnvart XIV. kafla hgl. muni í framtíðinni leitast við að fá mildari refsingu fyrir skjólstæðinga sína á þessum grundvelli. Veltur slíkt á því hvernig þróun þessarar

⁵³ Jónatan Þórmundsson, *Viðurlög við afbrotum*, bls. 270.

⁵⁴ Jónatan Þórmundsson, *Viðurlög við afbrotum*, bls. 270.

ólögmæltu refsíákvörðunarástæðu verður. Þó verður að telja slíkt harla ólíklegt þar sem brot í opinberu starfi eru litin alvarlegum augum af samfélaginu og eðlilegt að fjölmiðlaumfjöllun sé mikil um slík brot. Einnig er mögulegt að fjölmiðlaumfjöllun setji ákveðna samfélagslega pressu á dómstóla um að láta opinbera starfsmenn ekki sleppa auðveldlega frá því broti sem þeir hafa framið og þeim trúnaði sem þeir hafa brotið. Engu að síður er forvitnilegt, í ljósi þeirrar umfjöllunar sem brotin fá og þeirrar staðreyndar að fjölmiðlaumfjöllun hefur í einhverjum tilvikum verið talin falla undir ólögmæltar refsíákvörðunarástæður, að velja þeim möguleika upp hvort slík umfjöllun gæti hugsanlega haft áhrif á niðurstöðu dómstóla í framtíðinni. Með ört vaxandi tækniþróun hafa nýir miðlar komið fram og má þar nefna fréttavefsíður og bloggsíður. Margar bloggsíður fá þúsundir heimsóknna á dag og spurning er hvort að slíkar síður geti fallið í flokk fjölmiðlaumfjöllunar þegar ólögmæltar refsíákvörðunarástæður eru metnar. Ekki verður útséð með það fyrir en á reynir. Hins vegar er ljóst að nýir tímar kalla á ný viðmið og ef sú viðleitni að fá fjölmiðlaumfjöllun metna til refsímildunar heldur áfram er ekki óeðlilegt að ýmis form fjölmiðla geti fallið þar undir.

5. Lokaorð

Í þessari ritgerð hefur verið gert grein fyrir fjárdráttarákvæði 247. gr. hgl. með áherslu á fjárdrátt í opinberu starfi. Ljóst er að auðgunarbrot eru algengur brotaflokkur hér á landi. Samkvæmt skýrslu ríkislögreglustjóra um afbrotatölfræði fyrir árið 2007 voru skráð 6.177 auðgunarbrot á því ári. Af því voru 87% þjófnaðir og innbrot en tilkynnt fjárdráttarbrot voru 86 og voru það álíka mörg og að meðaltali á árunum 2002-2006.

	2007	Meðaltal 2002 - 2006
Þjófnaðir	3.093	3.756
Innbrot	2.277	2.695
Fjársvik	345	358
Hylming (254. gr.)	154	78
Gripdeild (245. gr.)	112	74
Fjárdráttur	86	89
Rán (252. gr.)	42	41
Auðgunarbrot, annað	68	97
Samtals	6.177	7.188

55

Eftir að hafa farið í gegnum fjárdráttarákvæði hgl. stendur upp úr að ákvæðið þarfnast ákveðinnar endurskoðunar. Orðalag 2. mgr. 247. gr. gefur skýrt til greina að ef um fjárdrátt á peningum sé að ræða skuli slíkur verknaður falla þar undir. Í framkvæmd hefur 2. mgr. þó verið óvirk og skýrist það að hluta til sökum þeirrar þrengingar á gildissviði ákvæðisins sem kemur fram í greinargerð. Sú staðreynd hvað lítið hefur reynt á 2. mgr. 247. gr. ætti eitt og sér að vera nægileg ástæða til þess að endurskoða þann hluta ákvæðisins.

Ábyrgð opinberra starfsmanna er mikil og ekki síst þar sem þeir eru andlit ríkisvaldsins út á við. Því er eðlilegt að þeim sé gert að þola aukna refsingu ef þeir bregðast því trausti sem ætlast er til af þeim. Að mínu mati er samspil 138. gr. hgl. við önnur ákvæði laganna nauðsynlegt til að tryggja traust á stofnunum, vernda samfélagið og koma í veg fyrir að einstaklingar misnoti vald sitt því eins og Acton lávarður orðaði það: „Vald spillir, algjört vald gjörspillir.”

⁵⁵ www.rls.is → tölfræði/rannsóknir → Afbrotatölfræði 2007 (október 2008).

Heimildaskrá

Rit:

Alþingistíðindi.

Grágás : Lagasafn íslenska þjóðveldisins, Gunnar Karlsson, Kristján Sveinsson, Mörður Árnason sáu um útgáfuna, Reykjavík 1997.

Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð I*, Reykjavík 1999.

Jónatan Þórmundsson, *Auðgunarbrot og nokkur skyld brot*, Reykjavík 1975.

Jónatan Þórmundsson, *Fjármuna- og efnahagsbrot 1.hluti*, Reykjavík 1995.

Jónatan Þórmundsson, „Fjárdráttur“, *Útljótur afmælisrit*, 3. tbl, Reykjavík 2007, bls. 535-588.

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

Lagasafn 2007, Ritstjórn Ragna Árnadóttir o.fl., Reykjavík 2007.

Lögfræðiorðabók með skýringum, Ritstjóri Páll Sigurðsson, Reykjavík 2008.

Róbert R. Spanó, „Verknaðarlýsing XIV. kafla almennra hegningarlaga um brot í opinberu starfi“, *Tímarit lögfræðinga*, 4. hefti, 52. árgangur, Reykjavík 2002, bls. 357-384.

Sigmundur Hannesson, „Um fjárdrátt opinberra starfsmanna“, Kandidatsritgerð í lögfræði við Háskóla Íslands, Reykjavík 1979. Birt með leyfi höfundar.

Aðrar heimildir:

<http://www.rls.is> → tölfræði/rannsóknir → Afbrotatölfræði 2007 (október 2008)

Dómaskrá

Hæstaréttardómar

Hrd. 1948, bls. 393 (8/1948).

Hrd. 1951, bls. 496 (147/1951).

Hrd. 1967, bls. 160 (71/1967).

Hrd. 1981, bls.1534 (95/1981).

Hrd. 1980, bls. 89 (214/1978).

Hrd. 1992, bls.133 (247/1991).

Hrd. 1999, bls. 1431 (493/1998).

Hrd. 2000, bls. 931 (71/2000).

Hrd. 5. febrúar 2003 (393/2003).

Hrd. 30. mars 2006 (532/2005).

Aðrir dómar

Dómur sakadóms í ávana- og fíkniefnamála frá 28. nóv. 1979.