

Salka Hauksdóttir

**Ákvörðun refsingar í
líkamsárásarmálum skv. 1. mgr.
217. gr. alm. hgl.**

- Úttekt á dómum Hæstaréttar 2005 – 2009 –

- Meistararitgerð til Mag. jur. prófs í lögfræði -



HÁSKÓLI ÍSLANDS

Umsjónarkennari: Ragnheiður Bragadóttir próffessor

Lagadeild Háskóla Íslands

Júní 2010

Salka Hauksdóttir

**Ákvörðun refsingar í
líkamsárásarmálum skv. 1. mgr.
217. gr. alm. hgl.**

- Úttekt á dómum Hæstaréttar 2005 – 2009 –

- Meistararitgerð til Mag. jur. prófs í lögfræði -



HÁSKÓLI ÍSLANDS

Umsjónarkennari: Ragnheiður Bragadóttir próffessor

Lagadeild Háskóla Íslands

Júní 2010

FORMÁLI

Þessi ritgerð er lögð fram sem lokaverkefni til meistaraþrófs í lögfræði við lagadeild Háskóla Íslands. Viðfangsefni hennar er ákvörðun refsingar í Hæstaréttardómum frá árunum 2005 til 2009 þar sem sakfelld var fyrir brot gegn líkamsárásarákvæði 1. mgr. 217. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Ritgerðin er bæði ætluð sem fræðileg umfjöllun um ákvæðið, þ.e. sögu þess, þróun, lagarök og verndarhagsmuni og einnig sem greining á viðeigandi dómum og ákvörðun refsinga í þeim. Ég vil færa leiðbeinanda mínum Ragnheiði Bragadóttur, prófessor, sérstakar þakkir fyrir ánægjulegt samstarf og veitta aðstoð, einkum við öflun heimilda. Þar að auki færi ég föður mínum, Hauki Ólafssyni, stjórn málafræðingi og áhugamanni um íslenskt málfar og stafsetningu, bestu þakkir fyrir yfirllestur ritgerðarinnar og gagnlegar ábendingar. Jafnframt vil ég þakka föðursystur minni, Hildigunni Ólafsdóttur, afbrotafræðingi, fyrir yfirllestur ritgerðarinnar.

Reykjavík, 30. apríl 2010

Salka Hauksdóttir

EFNISYFIRLIT

FORMÁLI.....	1
1 Inngangur.....	4
2 Ágrip af réttarsögu.....	8
2.1 Almennt.....	8
2.2 Þróunin fram að 1869.....	8
2.3 Almenn hegningarlög frá 1869.....	10
2.4 Almenn hegningarlög frá 1940.....	11
2.5 Breytingarlög.....	13
3 Norrænn réttur.....	15
3.1 Danskur réttur.....	15
3.2 Norskur réttur.....	17
3.3 Sænskur réttur.....	20
4 Ákvæði 217. gr. alm. hgl. um líkamsárásir.....	21
4.1 Almennt.....	21
4.2 Lagarök og verndarhagsmunir.....	22
4.3 Verknaðaraðferð.....	23
4.4 Andlag brots.....	26
4.4 Fullframning og tilraun.....	27
4.5 Hlutdeild og samverknaður.....	30
5 Mörk ákvæða 217. og 218. gr. alm. hgl.	33
5.1 Almennt.....	33
5.2 Neðri mörk 1. mgr. 217. gr.....	33
5.2 Skil líkamsárása og líkamsmeiðinga.....	35
5.3 Skil meiri háttar og stórfelldra líkamsmeiðinga.....	37
6 Hlutrænar refsileysisástæður.....	41
6.1 Almennt.....	41
6.2 Neyðarvörn.....	42
6.3 Samþykki.....	44
7 Huglæg skilyrði.....	46
7.1 Hugtakið saknæmi.....	46
7.2 Ásetningur.....	47

7.2.1 Ásetningsstig.....	48
7.2.1.1 Beinn ásetningur	48
7.2.1.2 Líkindaásetningur	50
7.2.1.3 Dolus eventualis.....	51
a) Skilyrtur ásetningur.....	52
b) Jákvæð afstaða til afbrots	52
7.3 Gáleysi.....	53
7.4 Andlag og tímamark ásetnings	54
7.5 Blandaðar saknæmiskröfur, dolus mixtus cum culpa.....	55
8 Ákvörðun refsingar	57
8.1 Almenn	57
8.2 Refsilækkunar- og refsihækkunarástæður	59
8.3 Málsbætur og refsíþyngingarástæður	62
8.4 Ólögfestar refsíákvörðunarástæður.....	67
8.5 Skilorðsbinding dóms.....	71
8.6 Sáttamiðlun í sakamálum.....	72
9 Dómar 2005 – 2009	75
9.1 Almenn	75
9.2 Eitt einstakt brot gegn 217. gr. alm. hgl.	75
9.3 Brot gegn 217. gr. alm. hgl. og öðru líkamsmeiðingarákvæði laganna.....	80
9.4 Brot gegn 217. gr. alm. hgl. og ótengd brot.....	83
9.4.1 Tvö brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. og ótengd brot.....	84
9.4.2 Eitt brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. og skilorðsrof	86
9.4.3 Eitt brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. og ótengd brot	90
9.4.4 Niðurstöður	92
9.5 Tölfræði	93
10 Niðurstöður	96
HEIMILDASKRÁ.....	100
DÓMASKRÁ	102

1 Inngangur

Efni þessarar ritgerðar er ákvörðun refsingar í líkamsárásarmálum samkvæmt 217. gr. almennra hegningarlaga¹ fyrir Hæstarétti árin 2005 til 2009. Áhugi minn á refsirétti, einkum líkamsmeiðingarkafla almennu hegningarlaganna, kviknaði á þriðja ári í laganáminu, við skrif BA ritgerðar minnar. Efni hennar var stórfelldar líkamsmeiðingar samkvæmt 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. og áherslubreyting þeirra undanfarin ár. Þar fjallaði ég stuttlega um líkamsárásir samkvæmt 217. gr. alm. hgl. og skilin milli ákvæðanna tveggja og norrænan rétt. Við val á efni fyrir meistararitgerðina langaði mig að halda áfram að rýna í líkamsmeiðingaákvæði tuttugasta og þriðja kafla almennu hegningarlaganna. Þar sem tuttugu ár voru liðin frá síðustu lokaritgerð í lagadeild um ákvæði 217. gr. alm. hgl. varð sú umfjöllun fyrir valinu. Við afmörkun á efninu var ákveðið að kanna sérstaklega ákvörðun refsingar í líkamsárásarmálum og hvaða refsíákvörðunarástæður hefðu mest að segja við refsimat dómarans. Til að fá sem skýrasta mynd af gildandi framkvæmd valdi ég að rýna í líkamsárásardóma sem kveðnir voru upp í Hæstarétti á síðustu fimm árum, þ.e. frá 1. janúar 2005 til 31. desember 2009 og kryfja þá til mergjar.

Ákvæði XXIII. kafla almennu hegningarlaganna um líkamsmeiðingar af ásetningi eru þrjú talsins. Lengi vel hefur verið rætt um minni háttar líkamsmeiðingar samkvæmt 1. mgr. 217. gr., meiri háttar líkamsmeiðingar samkvæmt 1. mgr. 218. gr. og stórfelldar líkamsmeiðingar samkvæmt 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. Sumir telja þó eðlilegra að vísa frekar til líkamsárása vegna brota á 217. gr. alm. hgl. í stað minni háttar líkamsmeiðinga. Ástæðan er sú að afleiðingar slíkra brota geta verið svo smávægilegar að í sumum tilvikum eru þær litlar sem engar. Þá er tæpast hægt að halda því fram að einhverjar afleiðingar hafi orðið af umræddri háttsemi brotamanns. Í því ljósi er aukin áhersla lögð á árásina sjálfa í stað afleiðinganna og þykir því eðlilegra að tala um líkamsárásir í stað minni háttar líkamsmeiðinga. Afleiðingar líkamlegs ofbeldis eru hins vegar kjarni beggja málsgreina 218. gr. alm. hgl. og því er talað um líkamsmeiðingar.

Ritgerðin hefst á sögulegu ágripum um líkamsmeiðingaákvæði í íslenskum rétti. Þau eru meðal þess fyrsta sem sett voru í lög og eiga því nokkuð langa sögu að baki. Kaflanum er skipt niður í fjögur tímabil; þróunin fram að árinu 1869, setningu fyrstu almennu hegningarlaganna 1869, almennu hegningarlögin nr. 19/1940 og loks breytingarlög varðandi XXIII. kafla almennu hegningarlaga.

¹ Hér eftir skammstafað alm. hgl.

Í þriðja kafla ritgerðarinnar er fjallað um sambærilegan norrænan rétt í ljósi þess að íslensk löggjöf á sviði refsiréttar er að norrænni fyrirmynd, einkum danskri. Í umfjölluninni um danskan rétt eru öll líkamsmeiðingarákvæðin borin saman; líkamsárásir, líkamsmeiðingar og stórfelldar líkamsmeiðingar. Refsimörk brotanna eru borin saman og rýnt í ástæður þess hve ólík þau eru. Síðan er fjallað um andlag brots samkvæmt 244. gr. dönsku hegningarlaganna, sem samsvarar 217. gr. þeirra íslensku og hugtakið *vold* og háttsemin *på anden måde angriber en andens legeme* skilgreind. Næsti undirkafla þriðja kafla fjallar um 228. gr. norsku hegningarlaganna um líkamsárásir en það er mun ítarlegra en hið íslenska. Ýmis hugtök ákvæðisins eru skilgreind með hliðsjón af skrifum fræðimanna, einkum Johannes Andenæs, Svein Slettan og Toril Marie Øie. Loks er fjallað um sænskan rétt og 5. gr. í sænska *Brottsbalken*.

Fjórði kafla ber heitið „217. gr. alm. hgl. um líkamsmeiðingar“ og er almenn umfjöllun um ákvæðið. Kjarni kaflans er andlag og verknaðaraðferð refsíákvæðisins. Verknaðaraðferðir ákvæðis 217. gr. alm. hgl. eru óteljandi og því er orðalag þess almennt til að rúma sem flest tilvik. Fjallað er ítarlega um *Hrd. 22. janúar 2009 (506/2008)* sem var harðlega gagnrýndur fyrir að veita börnum lakari réttarvernd gagnvart líkamsárásum heldur en fullorðnum einstaklingum. Í kjölfarið var barnaverndarlögum nr. 80/2002 breytt og hafa þau nú að geyma afdráttarlaust bann við líkamlegum refsingum gegn börnum. Loks er rýnt í tilgang Alþingis með setningu ákvæðisins, verndarhagsmuni þess, fullframningu, hlutdeild og samverknað.

Í fimmta kafla er farið í skil líkamsmeiðingaákvæðanna þriggja: 1. mgr. 217. gr., 1. mgr. 218. gr. og 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. Líkt og ákvæðin sjálf hafa skilin tekið breytingum í gegnum árin og ber þar helst að nefna tannbrot. Þau voru upphaflega brot gegn 217. gr. alm. hgl. en þróunin varð sú að þau eru nú ótvírætt brot gegn 218. gr. alm. hgl. líkt og öll önnur beinbrot. Sérstakur kafla er tileinkaður neðri mörkum líkamsárása því afleiðingar þeirra eru oft litlar. Rakin eru dæmi frá fræðimönnunum Knud Waaben og Johannes Andenæs varðandi þau. Loks eru nokkrir hæstaréttardómar reifaðir þar sem brotamaður beitti sérstaklega hættulegri aðferð við árás og því um að ræða stórfellda líkamsmeiðingu en ekki brot gegn 1. mgr. 218. gr. alm. hgl.

Hlutrænar refsileysisástæður eru umfjöllunarefni sjötta kafla ritgerðarinnar. Aðeins er fjallað um tvær þeirra: neyðarvörn og samþykki. Neyðarréttur hefur ekki mikla þýðingu í líkamsárásarbrotum og því rúmast hann ekki innan kaflans. Fjallað er um skilyrði

neyðarvarnar og samþykkis svo þau hafi tilætluð réttaráhrif. Séu þau uppfyllt bakar hið meinta brot manni ekki refsíabyrgð og því ber að sýkna mann.

Brotamaður þarf að búa yfir tiltekinni huglægri afstöðu gagnvart broti svo hægt sé að sakfella hann fyrir háttsemi, sem lýst er refsiverð í verknaðarlýsingu refsíákvæðis. Rætt er um saknæmi en það er hvergi skilgreint í lögum né lögskýringargögnum. Afbrigði þess eru tvö konar: ásetningur og gáleysi. Farið er ítarlega í ásetning og mismunandi stig hans sem eru: beinn ásetningur, líkindaásetningur og *dolus eventualis*. Að því loknu tekur við stutt umfjöllun um hitt saknæmisskilyrðið, gáleysi, og andlag og tímamark ásetnings. Loks er fjallað um blandaðar saknæmiskröfur eða *dolus mixtus cum culpa*. Það felur í sér þá undantekningu frá meginreglunni um andlag ásetnings að ásetningur geranda þurfi aðeins að ná til frumverknaðar brots en einungis er krafist gáleysis sem saknæmisskilyrði til afleiðinga þess. Slíkt á við um líkamsmeiðingarákvæði 218. gr. alm. hgl.

Áttundi kafli ber heitið ákvörðun refsingar. Fyrst er vikið að þróuninni frá bundnum refsíákvörðunum þar sem svigrúm dómara var lítið sem ekkert til refsimarkastefnu dagsins í dag. Hún leyfir dómstólum að taka mið af einstaklingsbundnum aðstæðum hverju sinni við ákvörðun refsingar sem þó verður að vera innan ákveðinna refsimarka viðeigandi ákvæðis. Að því loknu er vikið að refsilækkunar- og refsihækkunarheimildum dómara og skiptingu þeirra niður í almennar og sérstakar annars vegar og frjálssar og bundnar hins vegar. Þar sem líkamsárásir eru efni ritgerðarinnar er sérstaklega vikið að ákvæði 218. gr. b. alm. hgl. er getur haft talsvert að segja við ákvörðun viðurlaga brotamanns. Þá er fjallað um málsbætur og refsilyngingarástæður og eru einkum töluliðirnir 9 í 1. mgr. 70. gr. alm. hgl. hafðir til hliðsjónar. Við skýringu á þeim atriðum er litið til líkamsárásardóma frá 2005 til 2009 þar sem iðulega er vísað til umræddrar lagagreinar. Þar sem æ meiri hliðsjón er höfð af ólögfestum refsíákvörðunarástæðum eru þeim gerð skil í kafla 8.4. Einnig er vikið að skilorðsbindingu dóma sem er algeng í líkamsárásarmálum. Loks er vikið að sáttamiðlun en árin 2006 til 2008 var í gangi tilraunaverkefni þess eðlis sem reyndist vel við brotum gegn 217. gr. alm. hgl. Þó tvö ár séu liðin síðan verkefninu lauk hafa ekki enn verið sett lög um sáttamiðlun á Íslandi.

Í níunda kafla ritgerðarinnar er fjallað um alla þá dóma Hæstaréttar er fallið hafa á árunum 2005 til 2009 og sakfellt var meðal annars fyrir líkamsárás samkvæmt 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Dómunum er skipt niður í þrjá flokka; eitt einstakt brot gegn ákvæðinu, brot gegn 217. gr. alm. hgl. og öðru líkamsmeiðingarákvæði XXIII. kafla laganna og loks brot gegn

umræddu ákvæði og önnur ótengd brot. Að lokinni yfirferð á dómum hvers kafla eru niðurstöðurnar síðan dregnar saman. Í lok kaflans eru síðan töflur fyrir hvern flokk fyrir sig sem gefa betri yfirsýn yfir dæmdar refsingar og skilorðsbindingu þeirra.

2 Ágrip af réttarsögu

2.1 Almennt

Í sérhverju samfélagi manna þarf að vera ákveðið skipulag og almennar reglur sem öllum ber að fylgja. Þessar reglur kveða á um boð og bönn í samskiptum manna innbyrðis og við yfirvöld. „Viðgangur samfélagsins veltur á því, að verulegur hluti þegnanna sinni boði og banni laganna, inni af hendi skyldur sínar og virði rétt annarra þegna samkvæmt lögnum.“² Að öðrum kosti mun samfélagið á endanum leysast upp.

Frá örófi alda hafa því ákveðnum verðmætum og hagsmunum manna verið veitt refsivernd með lögum, skrifuðum eða óskrifuðum. Lög voru með því fyrsta sem ritað var á Íslandi svo og Íslendingabók og Fyrsta málfræðiritgerðin sem rituð voru á 12. öld og mörkuðu þar með upphaf ritlistar og lagaritunar í landinu.³ Heill líkami og líf eru ein mikilvægustu réttindi mannsins og hafa notið einhvers konar refsiverndar frá örófi alda. Önnur brot svo sem þjófnaður, brenna, rán og nauðgun stangast einnig á við siðgæðis- og trúarvitund manna. Nú verður stuttlega gerð grein fyrir sögulegu yfirliti líkamsmeiðingarákvæða sem gilt hafa á Íslandi.

2.2 Þróunin fram að 1869

Refsiákvæði er veita lífi og líkama manna vernd hafa allengi verið í lögum Íslendinga. Í Grágás, lagasafni íslenska þjóðveldisins, var þeim ákvæðum skipað í Vígslóða. Sá hluti lögbókarinnar var ritaður á Breiðabólstað í Vestur-Hópi veturinn 1117-1118 og hefur að geyma hin ýmsu refsíákvæði.⁴ Ákvæði Grágásar eru ekki eins skýr og almenns eðlis og gildandi refsíákvæði um líkamsmeiðingar. Þau hafa iðulega að geyma ítarlega málavaxtalýsingu og reyna að ná til sem flestra atvika. Líkamsmeiðingum var skipt niður í þrjá flokka: sár, frumhlaup⁵ og drep⁶. Um frumhlaup segir:

² Lúðvík Ingvarsson, *Refsingar á Íslandi á þjóðveldistímanum*, bls. 7.

³ Gunnar Karlsson o.fl., *Grágás*, bls. ix.

⁴ Gunnar Karlsson o.fl., *Grágás*, bls. xx.

⁵ Frumhlaup merkir árás, tilræði.

⁶ Drep merkir hér högg.

„1. Fjörbaugsgarður varðar ef maður hleypur til manns lögmætu frumhlaupi. En þau eru fimm hlaup, ef maður höggur til manns eða drepur eða leggur eða skýtur eða kastar. Þá varða öll fjörbaugsgarð ef eigi kemur á, en skóggang ef á kemur.“⁷

Umrædd atлага varðaði fjörbaugsgarð er merkti þriggja ára útleið úr landi. Frumhlaup var vægasta líkamsmeiðingin, en hinar tvær, sár og drep, vörðuðu báðar skóggangi eða ævilangri útskúfun úr samfélaginu.

„6. Um sár. Ef maður særir mann, og varðar það skóggang. En það er sár ef þar blæðir sem á kom. En þó að maður ljóstri mann á meðal herða eða á nasir, svo að blóð hrjóti úr munni eða nösum, og er það eigi sár ef eigi blæðir þar sem á kom.“⁸

Ákvæði Grágásar um drep eru nokkur talsins og eru flokkuð eftir áverkum sem af hljótast. Ákvæði 10. gr. varða drep það er bein brotna, ákvæði 11. gr. varða drep það er eigi verður ásýnt og loks kveður 12. gr. á um drep er heyrn eða sýn spillist. Brot gegn öllum ákvæðunum vörðuðu skóggangi. Af framangreindum ákvæðum er ljóst að áverkar réðu miklu um heimfærslu til refsíákvæða.

Árið 1281 fengu Íslendingar nýja lögbók, Jónsbók, sem kom í stað Járnsíðu, sem lögtekin hafði verið 1271 – 1274. Jónsbók var samin að norskri fyrirmynd og tók ekki mikið mark af fyrri íslenskum refsíákvæðum. Ákvæði um líkamsmeiðingar var að finna í Mannhelgisbálki og voru þau jafnan lengri, ítarlegri og flóknari en ákvæði Grágásar. Í 2. gr. er fjallað um skemmdarvíg og níðingsverk. Segir þar meðal annars að það sé níðingsverk að höggva hönd eða fót af manni, stinga úr augu manns, skera tungu úr manni eða gelda hann.⁹ Ákvæði 14. og 15. gr. taka meira mið af verknaðaraðferð. Þannig tekur 14. gr. til skota, hnífslaga og rýtingaburðar. Þar segir meðal annars að „ef maður leggur mann með knífi þá er sá útlægur.“¹⁰ Samkvæmt 15. gr. skal sýslumaður brjóta framtennur úr manni sem bitur annan mann. Um höfuðhögg og lemstrarsár er fjallað í 21. gr. og varðar það sektum til konungs.

Ákvæði Jónsbókar voru gildandi refsilög Íslendinga um aldir. Líkamsmeiðingarákvæði hennar giltu allt til 4. október 1833, er ný tilskipun þess efnis tók gildi. „Hér voru lögfest ákvæði, sem veittu nokkurt svigrúm við refsíákvörðun, flokkar brota urðu þrír, og voru þeir reistir á eðlilegri greinimerkjum en áður var. Samkvæmt þessum ákvæðum voru líkamsmeiðingar smávægilegar, meiriháttar og stórfelldar, og voru lögmælt sérstök refsímörk

⁷ Gunnar Karlsson o.fl., *Grágás*, bls. 209.

⁸ Gunnar Karlsson o.fl., *Grágás*, bls. 211.

⁹ Már Jónsson, *Jónsbók*, bls. 102.

¹⁰ Már Jónsson, *Jónsbók*, bls. 109 – 110.

fyrir hvern flokk um sig.¹¹ Núgildandi refsilögum svipar nokkuð til þessa fyrirkomulags, en líkamsmeiðingarákvæðin eru enn þrískipt að þessu leyti og dómari hefur ákveðið svigrúm við ákvörðun refsingar. Viðurlög höfðu um langt skeið verið fyrirfram ákveðin fyrir hvert og eitt brot, bæði í Grágás og Jónsbók, og því var ekki unnt að taka tillit til hvers og eins tilviks fyrir sig. Sú stefna að veita dómara meira svigrúm við refsíákvörðun hélt áfram að þróast í gegnum aldirnar og nú hefur refsíákvæði iðulega að geyma ákveðið refsilágmark og refsihámark sem dómari verður að ákveða refsingu innan. Refsing getur þó farið út fyrir þau mörk sé sérstökum refsilækkunar- eða refsihækkunarástæðum beitt.

2.3 Almenn hegningarlög frá 1869

Fyrstu almennu hegningarlögin á Íslandi voru sett 25. júní 1869. Þau voru þýðing á dönsku hegningarlögunum frá 10. febrúar 1866 sem báru heitið *Almindelig borgerlig Straffelov*. Mikill ágreiningur var á Alþingi um gildistöku laganna. Hluti þingmanna vildi fresta henni sökum þess að lögin kváðu á um fangelsisrefsingu og sú viðurlagategund var ekki til á Íslandi þegar frumvarpið var lagt fyrir Alþingi þann 27. maí 1867. Lögin tóku þó loks gildi tveimur árum síðar. Í greinargerð með frumvarpi er varð að almennum hegningarlögum nr. 19/1940 er nokkuð fjallað um gildi fyrstu hegningarlaganna fyrir Ísland. Segir þar m.a. „Hin almennu hegningarlög frá 25. júní 1869 eru vel og skilmerkilega samin og voru á sínum tíma mikilvæg réttarbót á sínu sviði.“¹² Líkamsmeiðingarákvæðin var bæði að finna í 17. og 18. kapítula laganna. Ákvæðin voru nokkuð flókin og torskilin. Almennu líkamsmeiðingarákvæðin voru svohljóðandi:

202. grein. Hver, sem verður uppá annan mann með höggum og barsmíði eða öðru líkamlegu ofbeldi, en veitir honum samt ekki áverka eða annan skaða, skal gjalda sektir, ef sá, sem misgjört er við, höfðar mál og krefst þess; þó má beita fangelsis-hegningu eptir málavöxtum, einkum ef ofbeldið hefir verið fyrirhugað.

205. grein. Veitir nokkur öðrum manni áverka eða heilsutjón, en það kveður þó ekki eins mikið að því, eins og gjört er ráð fyrir hér á eptir í 206. grein, þá varðar það fangelsi, eða hegningarvinnu ef miklar sakir eru, og í tilfellum þeim, sem um er rædt í 203. og 204. grein má beita hegningarvinnu allt að 4 árum. Hafi ofbeldisverkið ekki verið framið af fyrirhuguðu ráði, má færa hegninguna niður í sektir ef aðrar málsbætur eru, ekki samt minni en 10 rd. Í tilfellum þeim, sem hér er rædt um, má málssókn falla niður, ef sá krefst þess, sem misgjört er við, og ekki hefir orðið neitt tjón að marki.

206. grein. Ef maður limlestir annan mann, blindar hann eða gjörir heyrnarlausan, eða gjörir honum svo mikinn skaða, að honum verður ónýtt hönd eða fótur, auga eða annar limur

¹¹ Ármann Snævarr, *Þættir úr refsirétti 1*, bls. 5.

¹² Alþt 1939, A-deild, bls. 352.

jafnáriðandi eða að líkams- eða sálarkraptar hans veikjast svo mjög að öðru leyti, að hann er óhæfur til að gegna embættisskyldum sínum eða hversdagslegum störfum annaðhvort fyrir fullt og allt ellegar um langan ótiltekinn tíma, þá varðar það hegningarvinnu allt að 12 árum, ef ofbeldismaðurinn annaðhvort vildi gjöra hinum slíkan skaða, eða hann hlaut að sjá fyrir, að það væri líklegt eða ekki ósennilegt, að slíkt hlytist af verki hans.

Af þessu má ráða að kjarni ákvæðanna var líkamstjónið sjálft, þ.e. afleiðingar ofbeldisins. Hins vegar er ekki skýrt nánar í 202. og 205. gr. hvers konar líkamstjón falli undir ákvæðin. Mörkin milli ákvæðanna eru þó „við það miðuð, hvort árásin hafi valdið áverka eða öðrum skaða.“¹³ Löginn höfðu auk þess að geyma sérákvæði um ofbeldi gagnvart ættingja í beinan legg upp á við, ofbeldi eiginmanns gegn konu sinni og misþyrmingu á börnum manns, sem höfðu öll fyrirmynd sína að sækja til tilskipunar frá 4. október 1833.¹⁴

Almennu hegningarlögin frá 1869 giltu í ein 70 ár og þá var talið tímabært að endurnýja lagaverkið í heild sinni. Hýðingar voru til að mynda dæmi um viðurlög sem gömlu hegningarlögin höfðu að geyma. Mörg önnur ákvæði þeirra voru orðin úrelt og þar að auki vantaði ýmis refsíákvæði yfir athafnir sem töldust nú refsiverðar.

2.4 Almenn hegningarlög frá 1940

Almenn hegningarlög nr. 19/1940 tóku við af almennu hegningarlögunum frá 1869 og eru enn í gildi, með margvíslegum áorðnum breytingum. Þau áttu að bæta úr ýmsum göllum gildandi hegningarlaga og vera heildarsafn almennra reglna um refsiverð brot. Tímabært var orðið að semja ný hegningarlög fyrir landið sem endurspegluðu betur gildandi viðhorf samfélagsins.

Ítarleg greinargerð fylgdi með frumvarpi er varð að lögunum og þar er meðal annars komið inn á markmið refsinga. „Refsing er ein þeirra aðferða, sem þjóðfélagið hefir til þess að verjast réttarbrotum. Markmið refsinga er fyrst og fremst verndum almenns réttaröryggis og viðhald lögbundins þjóðskipulags. En auk þess fullnægir refsing réttlætistilfinningu almennings, er ekki sættir sig við það, að menn skerði órefsað mikilvæg réttindi annarra.“¹⁵ Þá er einnig vikið að því að refsing er í eðli sínu bül fyrir samfélagið, en þó nauðsynlegt bül. „Af

¹³ Alþt. 1939, A-deild, bls. 391.

¹⁴ Ármann Snævarr, *Þættir úr refsirétti I*, bls. 5.

¹⁵ Alþt. 1939, A-deild, bls. 352.

því leiðir, að refsingu ber ekki að beita, nema nauðsyn krefji og ætla megi, að hún nái tilgangi sínum.¹⁶

Lögin greinast í tvo hluta. Annars vegar er það almenni hlutinn sem kveður á um reglur sem gilda um öll refsiverð brot, bæði í almennu hegningarlögunum og sérrefsilögum. Sem dæmi má nefna ákvæði um almenn refsiskilyrði, ákvörðun refsingar og fyrningu. Ákvæði um tilraun, hlutdeild, afturhvarf og saknæmi eru þó bundin við refsíákvæði almennu hegningarlögunum, þó þau séu staðsett í hinum almenna hluta laganna. Hins vegar er það sérstaki hlutinn sem hefur að geyma refsíákvæði um einstakar brotategundir. Brotin eru mörg og eru verndarhagsmunir ákvæðanna mismunandi. „Um hinn sérstaka hluta hegningarlögunum hafa þau sjónarmið helst ríkt, að þar bæri að skipa öllum hinum veigameiri og alvarlegri afbrotum, ekki síst ýmsum rötgrónum brotum, sem fylgt hafa mannlegu samfélagi frá alda öðli, svo sem manndráp, líkamsmeiðingar, rán og þjófnaður.“¹⁷ Auk þess má nefna kynferðisbrot, auðgunarbrot, brot gegn valdstjórninni, brennu og landráð.

Við samningu laganna voru norræn refsilög höfð til hliðsjónar og þá sérstaklega dönsku hegningarlögin frá 1930. Líkamsmeiðingarákvæðin tvö voru keimlík þeim dönsku og skipað í tuttugasta og þriðja kafla laganna. Þau voru tiltölulega einfaldari og auðskiljanlegri en samsvarandi ákvæði í almennu hegningarlögunum frá 1869. Ákvæði 217. og 218. gr. um líkamsmeiðingar voru svohljóðandi:

217. gr. Hver, sem gerist sekur um líkamsárás, enda sé hún ekki svo mikil sem í 218. gr. segir, skal sæta sektum, varðhaldi eða fangelsi allt að 1 ári. Sókn sakar út af brotum samkv. grein þessari eiga þeir, sem misgert var við. Opinber málssókn er þó jafnan heimil.

218. gr. Hafí maður með vísvitandi líkamsárás valdið öðrum manni tjóni á líkama eða heilbrigði, og þessar afleiðingar árásarinnar verða taldar honum til sakar vegna ásetnings eða gáleysis, þá varðar það varðhaldi eða fangelsi allt að 16 ár eða ævilangt.

Af orðalagi ákvæðanna er nokkuð óljóst nákvæmlega hvaða tilvik falla innan hvors ákvæðis um sig. Í greinargerð með frumvarpi er varð að almennu hegningarlögunum 1940 er tekið fram varðandi 217. gr., að beri tjónþoli engar menjar árásarinnar þá varði það við umrætt ákvæði. Sama gildir ef afleiðingarnar eru aðeins hrúfl, skinnspretta, blóðnasir o.s.frv. Sú skipan var á dómsmálum varðandi 217. gr. að það var á forræði brotaþola að sækja málið en ekki hlutverk ákærvaldsins. Í greinargerðinni er ekki fjallað ítarlega um 218. gr. en þó tekið

¹⁶ Alþt. 1939, A-deild, bls. 352.

¹⁷ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 18.

fram að ákvæðið nái yfir allar líkamsmeiðingar aðrar en þær er í 217. gr. getur. Þótti því nauðsynlegt að veita dómsvaldinu talsvert svigrúm við refsíákvörðun og refsímörkin eru því óvenjulega rúm.¹⁸ „Sérákvæði þau, sem voru í hgl. 1869 um tilræði við tiltekinn ættingja í beinan legg upp á við og börn eða við eiginkonu eru numin úr lögum.“¹⁹ Mörkin milli 217. gr og 218. gr. taka mið af því hvort líkams- eða heilsutjón hafi hlotist af verki. Þar með var horfið frá þeirri stefnu að miða við sýnilega áverka við heimfærslu til 202. eða 205. gr. í eldri hegningarlögum. Þykir þetta eðlilegra í ljósi þess að áverkar líkamlegs ofbeldis geta komið fram löngu eftir að árás átti sér stað. Sjáanlegir áverkar strax í kjölfar atlögu segja oft ekki alla söguna og alvarlegar afleiðingar geta komið fram síðar svo sem þrálátir höfuð- og bakverkir og innvortis meiðsl á líffærum. Frekar verður fjallað um mörk ákvæðanna í 5. kafla.

2.5 Breytingarlög

Gildandi hegningarlögum frá 1940 hefur alloft verið breytt. Tuttugasta og þriðja kafla almennu hegningarlaganna hefur verið breytt samtals fjórum sinnum, þ.e. með lögum nr. 101/1976, 20/1981, 82/1998 og 83/2005. Helsta breytingin með lögum nr. 20/1981 var að líkamsmeiðingarákvæðunum fjölgaði úr tveimur í þrjú talsins. Ákvæði 2. mgr. 218. gr. um stórfelldar líkamsmeiðingar bættist nú við líkamsmeiðingarkaflann:

2. mgr. 218. gr. Nú hlýst stórfelld líkams- eða heilsutjón af árás eða brot er sérstaklega hættulegt vegna þeirrar aðferðar, þ. á m. tækja, sem notuð eru, svo og þegar sá, er sætir líkamsárás, hlýtur bana af atlögu, og varðar brot þá fangelsi allt að 16 árum.

Ákvæði 1. mgr. 217. gr. breyttist að tvennu leyti með umræddum breytingarlögum. Það var svohljóðandi með nýju lögunum:

1. mgr. 217. gr. Hver, sem gerist sekur um líkamsárás, enda sé hún ekki svo mikil sem í 218.gr. segir, skal sæta sektum eða varðhaldi, en fangelsi allt að 1 ári, ef háttsemin er sérstaklega vítaverð.

Málssókn er opinber út af broti samkvæmt 1. mgr., og skal mál eigi höfðað nema almenningshagsmunir krefjist þess.

Í fyrsta lagi var afnumið að leggja það í hendur brotþola að höfða einkamál og sækja sjálfur sök. Nú varð það hlutverk ákærvalds að saksækja fyrir slíkt brot með opinberu máli. Það var

¹⁸ Alþt. 1939, A-deild, bls. 391.

¹⁹ Ármann Snævarr, *Þættir úr refsirétti 1*, bls. 6.

Þó skilyrði málssóknar að almenningshagsmunir krefðust þess samkvæmt 2. mgr. 217. gr. alm. hgl. Auk þessa var sú breyting gerð að fangelsisrefsing lá aðeins við broti að háttsemin hefði verið sérstaklega vítaverð. Með breytingarlögum nr. 82/1998 var varðhaldsrefsing síðan afnumin og í stað þess kom fangelsi allt að 6 mánuðum.

3 Norrænn réttur

3.1 Danskur réttur

Eins og fram kom í kaflanum Ágrip af réttarsögu voru dönsku hegningarlögin fyrirmyndin að gildandi hegningarlögum Íslendinga. Þar af leiðandi getur danska löggjöfin og lögskýringargögn við hana gefið skýrari mynd af innihaldi lagatextans. Auk þess má líta til danskra dómafordæma. Dönsku hegningarlögin tóku gildi 1. janúar 1933. Síðan þá hefur þeim verið breytt oft en 70 sinnum. Ástæður þess eru til komnar vegna breyttra aðstæðna, til dæmis á stríðstíma, vegna örra tækniframfara og öðruvísi félagslegra aðstæðna.²⁰ Tuttugasti og fimmti kafli dönsku hegningarlögunna samsvarar tuttugasta og þriðja kafla íslensku hegningarlögunna um líkamsmeiðingar. Sá danski ber heitið *Forbrydelser mod liv og legeme*. Dönsku líkamsmeiðingarákvæðin eru þrjú talsins og koma fram í 244. – 246. gr. laganna. Þau eru flokkuð eftir grófleika ofbeldis í „ordinær völd (§ 244), kvalificeret völd (§ 245) og særlig grov völd (§ 246).“²¹ Þessi framsetning ákvæðanna minnir mjög á þá íslensku. Ákvæðin spanna allt frá vægustu líkamsárásunum og yfir í þær allra grófustu sem geta haft alvarlegar afleiðingar í för með sér eða jafnvel dauða, án þess þó að ásetningur hafi verið til manndráps.²² Dönsku líkamsmeiðingarákvæðin þrjú eru eftirfarandi:

§ 244. Den, som øver völd mod eller på anden måde angriber en andens legeme, straffes med bøde eller fængsel indtil 3 år.

§ 245. Den, som udøver et legemsangreb af særlig rå, brutal eller farlig karakter eller gør sig skyldig i mishandling, straffes med fængsel indtil 6 år. Har et sådant legemsangreb haft betydelig skade på legeme eller helbred til følge, skal dette betragtes som en særlig skærpende omstændighed.

Stk. 2. Den, som uden for de i stk. 1 nævnte tilfælde tilføjer en anden person skade på legeme eller helbred, straffes med fængsel indtil 6 år.

§ 246. Har et legemsangreb, der er omfattet af § 245 eller § 245 a, været af en så grov beskaffenhed eller haft så alvorlige skader eller døden til følge, at der foreligger særdeles skærpende omstændigheder, kan straffen stige til fængsel i 10 år.

Ákvæðin samsvara 1. mgr. 217. gr., 1. mgr. 218. gr. og 2. mgr. 218. gr. íslensku hegningarlögunna. Hér sést bersýnilega hversu líkir danski og íslenski rétturinn eru á þessu sviði. Ákvæðin eru jafnmörg og skiptast á svipaðan hátt eftir stigi ofbeldis og afleiðingu árásar. Orðalag íslensku ákvæðanna er þar að auki nánast bein þýðing á þeim dönsku. Helsta

²⁰ Malene Frese Jensen o.fl., *The Danish Criminal Code & The Danish Corrections Act*, bls. 1.

²¹ Knud Waaben, *Strafferettens specielle del*, bls.15.

²² Knud Waaben, *Strafferettens specielle del*, bls. 16.

atriðið sem greinir að dönsku og íslensku ákvæðin eru refsímörk ákvæðanna, sem virðast ekki haldast í hendur að öllu leyti. Refsihámark fyrir minni og meiri háttar líkamsmeiðingar samkvæmt dönskum rétti er töluvert hærra en samsvarandi ákvæði íslensku hegningarlaganna. Ákvæði íslensku hegningarlaganna um stórfelldar líkamsmeiðingar kveður þó á um mun hærra refsihámark en samsvarandi danska ákvæðið gerir. Færa má rök fyrir því að refsihámörk dönsku ákvæðanna búi yfir betra samræmi en þeirra íslensku. Hámarksfangelsisrefsing þeirra er þrjú ár fyrir líkamsárás, sex ár fyrir meiri háttar líkamsárás og tíu ár fyrir stórfellda líkamsárás. Refsihámark íslensku laganna virðist tilviljunarkenndara. Þar er hámarkið sex mánaða fangelsi fyrir líkamsárás (þó allt að einu ári sé brot sérstaklega vítavert), þrjú ár fyrir meiri háttar líkamsárás og loks sextán ár fyrir stórfellda líkamsárás. Ástæðan fyrir jafnt stóru stökki og raun ber vitni á hámarksrefsingu milli ákvæða 1. og 2. mgr. 218. gr. er óljós. Varpa má fram þeirri spurningu hvað varð til þess að íslenski löggjafinn taldi rétt að víkja frá þeirri stefnu að hafa gildandi danskan rétt að leiðarljósi við samningu refsilaga. Eldra ákvæði 218. gr. alm. hgl. um meiri háttar líkamsmeiðingar tók til all margra brota og því var nauðsynlegt að veita löggjafanum rúm refsímörk til að ákvarða refsingu innan þess. Inntak ákvæðisins þótti þó of víðtækt og því var farin sú leið árið 1981 að skipta því niður í tvö refsíákvæði.

Eins og minnst var á hér að framan er ákvæði 244. gr. dönsku hegningarlaganna samsvarandi 217. gr. alm. hgl. um líkamsárásir. Það tekur yfir vægustu tilvik líkamsmeiðinga og líkamsárása. „Angrebet skal rettes mod legemet, ikke f.eks. mod blufærdigheden, lokalfriheden, æren eller offerets moral. Påvirkninger af psyken, f.eks. urovækkende indtryk eller traumer, er ikke omfattet.“²³ Brotapoli þarf ekki að finna til sársauka að mati Vagn Greve, t.d. gæti tjónið verið að klippa hár af brotþola. Varðandi neðri mörk ákvæðisins þá tekur það ekki til „[en] let kilden, tjat, små puf og skub“²⁴ Algengast er að ákvæðið taki til venjulegra slagsmála milli manna en þar að auki falla hrindingar, bit og að bregða fæti fyrir einhvern þar undir. Ýmis íþróttameiðsl geta þar að auki legið á neðri mörkum ákvæðisins, einkum þau sem eiga sér stað í bardagaíþróttum á borð við hnefaleika og júdó.

Hugtakið *vold* er ekki skilgreint nánar í lögnum og er það hlutverk dómstóla og fræðimanna. Högg, spörk, hrindingar, að bregða fyrir mann fæti og að kasta hlutum í annan mann eru allt brot á umræddu ákvæði. Hið líkamlega ofbeldi þarf þó ekki að skilja eftir sig sjáanleg meiðsl svo sem skrámur, marbletti og rispur né valda einhverjum líkamlegum

²³ Vagn Greve, *Kommenteret straffelov. Speciel del*, bls. 253.

²⁴ Vagn Greve, *Kommenteret straffelov. Speciel del*, bls. 271.

sársauka.²⁵ Varðandi hugtakið *på anden måde angriber en andens legeme*, þ.e. § 244. gr. dönsku hegningarlaga, nefnir Knud Waaben dæmi eins og að láta mann missa meðvitund, dáleiða mann, eitra fyrir manni, koma manni fyrir í ísköldu eða funheitu rými, ofþreyta mann, sprauta miklu magni af vatni á mann og klippa hár af manni.²⁶ Allt þetta fellur undir ákvæði 244. gr. dönsku hegningarlaga.

Ásetning þarf til svo hægt sé að sakfella fyrir líkamsárás samkvæmt 244. gr. dönsku hegningarlaga. Þetta er í samræmi við hið íslenska ákvæði 18. gr. alm. hgl. um það að verknaður sem telst refsiverður samkvæmt hegningarlögunum er ekki saknæmur nema hann sé unninn af ásetningi. Til að refsa megi fyrir gáleysisbrot þarf sérstaka lagaheimild. Slík heimild er ekki til um líkamsárásir aðeins líkamsmeiðingar.

3.2 Norskur réttur

Þar sem íslenskri refsiréttarlöggjöf svipar mjög til norræns réttar er við hæfi að líta einnig til norskra og sænskra hegningarlaga. Hins vegar verður aðeins vikið að þeim ákvæðum er samsvara ákvæði 217. gr. alm. hgl. um líkamsárásir en ekki meiri háttar og stórfelldra líkamsmeiðinga. Gildandi norsk hegningarlög eru frá 1902 og heita *Almindelig borgerlig Straffelov*. Í tuttugasta og öðrum kafla þeirra, *Fobrytelser mot liv, legeme og helbred*, er lífi og limum manna veitt réttarvernd. Í eldri hegningarlögum frá 1842 var fylgt erlendum fordæmum að því leyti að manndráp og líkamsmeiðingar voru aðskilin og höfð sitt í hvorum kaflanum.²⁷ Þetta breyttist 1902 er gildandi lög tóku gildi. Ákvæði kaflans um líkamsmeiðingar eru stigmagnandi eins og í íslensku hegningarlögunum. Aðalflokkar líkamsmeiðingar eru *legemsfornærmelse*, *legemsbeskadigelse* og *grov legemsbeskadigelse*. Brot gegn þessum þremur flokkum má síðan skipta niður í átta tilvik með hliðsjón af afleiðingum árásar.²⁸ Ákvæði 228. gr. norsku hegningarlaga um vægustu líkamsárásirnar er svohljóðandi:

228. Den, som øver Vold mod en andens Person eller paa anden Maade fornærmer ham paa Legeme, eller som medvirker hertil, straffes for Legemsfornærmelse med Bøder eller med Fængsel indtil 6 Maaneder.

²⁵ Knud Waaben, *Strafferettens specielle del*, bls. 17.

²⁶ Knud Waaben, *Strafferettens specielle del*, bls. 17.

²⁷ Johs. Andenæs og Anders Bratholm, *Spesiell Strafferett*, bls. 21.

²⁸ Johs. Andenæs og Anders Bratholm, *Spesiell Strafferett*, bls. 39.

Har Legemsfornærmelsen tilfølge Skade paa Legeme eller Helbred eller betydelig Smerte, kan Fængsel indtil 3 Aar anvendes, men indtil 5 Aar, hvis den har Døden tilfølge, eller Skaden er betydelig.

Er en Legemsfornærmelse gjengjældt med en Legemsfornærmelse, eller er ved en saadan en forudgaaende Legemsfornærmelse eller Ærekrænkelse gjengjældt, kan den lades straffri.

Offentlig påtale finner ikke sted uten fornærmedes begjæring med mindre

- a) forbrytelsen har hatt døden til følge, eller
- b) forbrytelsen er forøvd mot den skyldiges tidligere eller nåværende ektefelle eller samboer, eller
- c) forbrytelsen er forøvd mot den skyldiges barn eller barn til den skyldiges ektefelle eller samboer, eller
- d) forbrytelsen er forøvd mot den skyldiges slektning i rett oppstigende linje, eller
- e) allmenne hensyn krever påtale.

Af framangreindu er ljóst að umrætt ákvæði norsku hegningarlagna er mun ítarlegra en hið íslenska. Því svipar þó að mörgu leyti til hins íslenska en refsímörkin eru meðal annars þau sömu, þ.e. fangelsi í allt að sex mánuði. Lýsingin á hinni refsiverðu háttsemi er þó ekki alveg samræmd. Norska ákvæðið tekur til tvenns konar háttsemi: „For det første å øve vold mot en annens person. For det annet å fornærme ham på legeme på annen måte. I praksis er det oftest det første alternativ som kommer til anvendelse.“²⁹ Inntak ákvæðisins er meira og minna það sama og 1. mgr. 217. gr. alm. hgl., þ.e. spörk og högg og fleira er ekki leiðir til beinbrots eða alvarlegri afleiðinga. Stundum getur þó leikið vafi á hvað fellur undir umrætt ákvæði, enda eru hvorki efri né neðri mörk þess skilgreind af löggjafanum. Johannes Andenæs og Anders Bratholm taka dæmi um mann sem neitar að yfirgefa skrifstofu manns. Taki maður í handlegginn á honum og fylgi honum út er það ekki ofbeldi. Ef maður grípur hins vegar í hnakkann á honum og hendir honum út er um ofbeldi að ræða. Það telst þar að auki ekki ofbeldi að troða sér fram fyrir með olnbogunum í biðröð.³⁰

Hugtakið *vold* er hvergi skilgreint í lögnum. Það hefur verið skilgreint þannig í fræðiritum að gerandi beiti líkamlegum krafti sínum gagnvart þolanda af svo miklum styrk að hægt sé að fella það undir ofbeldishugtakið.³¹ Eitt spark eða eitt högg er nóg til að sakfella fyrir brot á ákvæðinu. „Vold er det også at skalle, klipe, knipse, klore, rispe, bite, lugge, ta strupetak eller riste noen, hvis der skjer med en viss kraft. Volden trenger ikke å hå satt fysiske spor.“³² Séu afleiðingar til staðar mega þær ekki vera svo miklar að ákvæði 229. eða

²⁹ Johs. Andenæs og Anders Bratholm, *Spesiell Strafferett*, bls. 40.

³⁰ Johs. Andenæs og Anders Bratholm, *Spesiell Strafferett*, bls. 40 - 41.

³¹ Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff*, bls. 243.

³² Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff*, bls. 243.

231. gr. norsku hegningarlaganna um meiri háttar og stórfelldar líkamsmeiðingar taki til þeirra. Ekki er nauðsynlegt að gerandi og þolandi snertist við hið líkamlega ofbeldi enda er einnig refsivert samkvæmt ákvæðinu að kasta einhverju í þolanda svo sem flösku, steini eða snjóbolta, keyra bíl á hann eða siga hundi á hann.³³

Líkt og líkamsmeiðingaákvæði 244. gr. dönsku hegningarlaganna tekur norska ákvæðið ekki bara til ofbeldis (*vold*) heldur einnig til *på annen måte fornærme på legemet*, þ.e. 228. gr. norsku hegningarlaganna. Fræðimennirnir Svein Slettan og Toril Marie Øie nefna nokkur dæmi um það eins og óbærilegan hávaða, blikkandi ljós eða viðbjóðslega lykt. Þess þrjú atriði eiga það sameiginlegt að valda líkamlegum óþægindum og falla þar af leiðandi undir umrætt ákvæði. Þar að auki nefna þau að blása sígarettureyk framan í einhvern, kyssa einhvern gegn vilja hans eða gefa barni áfengi svo það veikist.³⁴ Refsihámark ákvæðisins er það sama og samsvarandi ákvæði íslensku hegningarlaganna eða sex mánuðir. Það hefur þó að geyma ákveðnar refsihækkunarheimildir sem ekki verður farið nánar út í hér.

Samin voru ný hegningarlög fyrir Noreg árið 2005³⁵. Aðeins örfáir kaflar laganna hafa þegar öðlast gildi en ekki líkamsmeiðingarkafli þeirra, *Voldslovbrudd*. Hið nýja ákvæði er svohljóðandi:

271. Kroppskrenkelse: Med bot eller fengsel inntil 1 år straffes den som øver vold mot en annen person eller på annen måte krenker ham fysisk.

En kroppskrenkelse kan gjøres straffri dersom

- a) den er gjengjeldt med en kroppskrenkelse eller kroppsskade, eller
- b) den gjengjelder en forutgående kroppskrenkelse, kroppsskade eller særlig provoserende ytring.

Ákvæðið er hnitmiðaðra og einfaldara í sniðum. Það tekur enn bæði til líkamlegs ofbeldis og háttsemi sem skaðar brotþola á annan hátt líkamlega og því halda fyrri dómafordæmi gildi sínu. Hins vegar er refsiramminn breyttur og er refsihámarkið eins árs fangelsi en ekki sex mánuðir. Ákvæðið hefur þó ekki lengur að geyma neinar refsihækkunarástæður, aðeins refsibrottfallsástæður sem eru tvær talsins.

³³ Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff*, bls. 243.

³⁴ Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff*, bls. 243.

³⁵ Norsk lög nr. 28/2005.

3.3 Sænskur réttur

Uppbygging sænsku hegningarlaganna, *Brottsbalken*, frá árinu 1965 er aðeins öðruvísi en á hinum Norðurlöndunum. Þar er líkamsmeiðingum skipað í 5. kafla. Hann ber heitið *Om brott mot liv ovh hälsa*. Fimmta grein hans er svohljóðandi:

5 § Den som tillfogar en annan person kroppsskada, sjukdom eller smärta eller försätter honom eller henne i vanmakt eller något annat sådant tillstånd, döms för misshandel till fängelse i högst två år eller, om brottet är ringa, till böter eller fängelse i högst sex månader.

Samkvæmt þessu ákvæði geta hinar líkamlegu afleiðingar árásar verið af fimm mismunandi gerðum. Það eru fyrst og fremst líkamleg meiðsl eins og sár, bólgur, mar, beinbrot, innvortis blæðingar, skemmdir á vefjum eða skaði á hreyfifgetu, sjón eða heyrn. Hár telst líkamspartur og þar af leiðandi er refsivert samkvæmt ákvæðinu að klippa það af í leyfisleysi.³⁶ Nils Jareborg telur upp fleiri afleiðingar af völdum líkamlegs ofbeldis. Þær geta t.d. verið sjúkdómar svo sem geðsjúkdómur, líkamlegur sársauki og vangeta á að stjórna eigin líkama, ef til vill vegna meðvitundarleysis, dáleiðslu eða vímu af völdum áfengis eða annarra vímugjafa. Loks nefnir hann „med vanmakt direkt jämförbart tillstånd“ svo sem lömum eða eitrun af völdum tárágass.³⁷

Framangreind upptalning er í samræmi við bæði danskan og norskan rétt. Hins vegar virðast mörk minni háttar og meiri háttar líkamsmeiðinga vera öðruvísi ákveðin í sænskum rétti en í rétti hinna Norðurlandanna. Samkvæmt honum taka skilin ekki aðeins mið af afleiðingum ofbeldisins heldur einnig aðstæðum við árásina. Hafi brotþoli til að mynda ögrað geranda getur atlagan verið virt sem vægari líkamsárás en ella hefði verið.³⁸

³⁶ Nils Jareborg, *Brotten*, bls. 190.

³⁷ Nils Jareborg, *Brotten*, bls. 191.

³⁸ Nils Jareborg, *Brotten*, bls. 191.

4 Ákvæði 217. gr. alm. hgl. um líkamsárásir

4.1 Almennt

Ákvæði 217. gr. alm. hgl. er svohljóðandi:

217. gr. Hver, sem gerist sekur um líkamsárás, enda sé hún ekki svo mikil sem í 218. gr. segir, skal sæta sektum eða fangelsi allt að 6 mánuðum, en fangelsi allt að 1 ári, ef háttsemin er sérstaklega vítaverð.

Ákærvaldið höfðar mál út af broti skv. 1. mgr. og skal það ekki gert nema almenningshagsmunir krefjist þess.

Af orðalagi ákvæðisins er ljóst að það skýrist með neikvæðum hætti gagnvart ákvæði 218. gr. laganna. Sú grein hefur að geyma mun nákvæmari lýsingu á inntaki brotsins: „hafi maður með vísvitandi líkamsárás valdið öðrum manni tjóni á líkama eða heilbrigði...“. Ákvæði 217. gr. er hins vegar stutt og hnitmiðað en skýrir ekki nákvæmlega hvaða tilvik falla innan þess. Lögjafinn hefur væntanlega ekki talið þörf á því þar sem nokkuð skýr dómaframkvæmd hefur myndast um skil ákvæðanna tveggja í gegnum árin. Verknaðaraðferð brotanna beggja er líkamlegt ofbeldi og andlag þeirra er líf manna, heilsa og limir.

Í fyrstu voru það aðallega afleiðingar árásar sem réðu úrslitum um heimfærslu til refsíákvæða. Það hefur hins vegar færst í vöxt að líta einnig til hættueiginleika atlögu við mat á því. Þó afleiðingar líkamlegs ofbeldis séu aðeins mar, sár og rispur getur brot samt sem áður verið heimfært undir 1. eða 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. með hliðsjón af hættueiginleikum þess, sbr. *HR 1992, bls. 363* sem reifaður er í 5. kafla.

Eins og áður er getið eru algengustu afleiðingar af broti gegn 217. gr. alm. hgl. glóðarauga, skrámur, rispur, marblettir, sár, grunnir skurðir, bólgur, hrufll, eymsli og blóðnasir. Til að árás falli undir 218. gr. alm. hgl. þarf meira til svo sem beinbrot. Öll brot koma til greina, kjálkabrot, fingurbrot, nefbrot, handleggsbrot, fótbrott, höfuðkúpubrot og tannbrot. Tannbrot voru upphaflega virt sem minni háttar líkamsárás en eru nú skýrt brott gegn 218. gr. alm. hgl. Hins vegar koma enn upp vafaatriði varðandi þau. „Ef flísast úr tönn, sprunga myndast í tönn eða tönn deyr án þess þó að hún brottni úr eða hana verði að fjarlægja virðast brott felld undir 217. gr. Sömuleiðis þegar stíftennur eða annars konar gervitennur

brotna.³⁹ Auk tann- og beinbrota falla einnig ýmis konar innvortis áverkar án beinbrots undir ákvæði 218. gr.

Í Hæstarétti hafa ekki fallið margir dómar vegna líkamsárása. Á fimm ára tímabili frá 2005 til 2009 féllu þar 23 dómar þar sem sakfelld var fyrir brot gegn 217. gr. alm. hgl. Farið verður ítarlega í þá dóma og refsingar samkvæmt þeim í 9. kafla.

4.2 Lagarök og verndarhagsmunir

Í greinargerð með frumvarpi er varð að almennu hegningarlögunum nr. 19/1940 er meðal annars komið inn á lagarök þeirra. Þar er kveðið á um að refsing sé ein þeirra aðferða sem þjóðfélagið hafi til þess að stemma stigu við réttarbrotum. Markmið þeirra sé bæði að vernda réttaröryggi almennings og viðhalda lögbundnu þjóðskipulagi en auk þess fullnægja þær réttlætistilfinningu almennings.⁴⁰ Að því leyti öðlast brotþoli, ættingjar hans og samfélagið í heild ákveðna friðþægingu. Refsingar eiga þar að auki að hafa bæði almenn og sérstök varnaðaráhrif. Hin almennu varnaðaráhrif eiga að forða öðrum en geranda frá því að fremja brot í framtíðinni og vera ákveðin aðvörun fyrir hina þegna samfélagsins. Tilgangur hinna sérstöku varnaðaráhrifa er hins vegar að sjá til þess að gerandi fremji ekki afbrot aftur vegna þeirra viðurlaga sem honum voru dæmd. Allt framangreint virðist réttlæta refsingar við ákveðnum athöfnum manna sem bannaðar eru samkvæmt lögum. Knud Waaben komst svo að orði að „Det er en af strafferettens vigtigste opgaver at værne mennesker mod fysisk overlaster.“⁴¹

Kaflaskipti brotategunda í X. til XXVII. kafla almennu hegningarlaganna eru byggð á mismunandi verndarhagsmunum þeirra.⁴² Verndarhagsmunir kaflanna geta annars vegar verið almannahagsmunir eða einstaklingsbundnir hagsmunir. Sumir kaflar eru þó blanda af þeim báðum svo sem kaflarnir um kynferðisbrot, rangan framburð og rangar sakargiftir og peningafölsun. Í XXIII. kafla almennu hegningarlaganna er lífi manna, limum og heilsu veitt réttarvernd. Þetta eru meðal mikilvægustu verðmæta hvers og eins. Þó að verndarhagsmunirnir séu augljóslega einstaklingsbundnir verður þó að telja að það sé jafnframt samfélaginu fyrir bestu að veita slíkum verðmætum sterka réttarvernd. Af þeim

³⁹ Sigurður Tómas Magnússon og Hildigunnur Ólafsdóttir, *Ákvörðun refsingar*, bls 270.

⁴⁰ Grg. með frv. er varð að alm. hgl. nr. 19/1940, bls. 352.

⁴¹ Knud Waaben, *Strafferettens specielle del*, bls. 1.

⁴² Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 58.

ástæðum taka refsilög þau undir verndarvæng sinn og reyna að sporna við brotum gegn þeim með öllum tiltækum ráðum réttarins.⁴³

Mikilvægi refsilaga um atlögur að lífi og líkama manna hefur aukist frá því almennu hegningarlögin voru sett. „Samfunnet er mer preget av vold enn tidligere. Volden er grovere og mer brutal.“⁴⁴ Það hefur færst í aukana að gerendur beiti hættulegum vopnum, verkfærum, tækjum og tólum við árás og ræður oft tilviljun ein að bani hlýst ekki af, sbr. *Hrd. 1992, bls. 363* og *Hrd. 1993, bls. 1081*. Til að sporna gegn því var nauðsynlegt að setja þriðja líkamsmeiðingarákvæðið í XXIII. kafla almennu hegningarlaganna þ.e. 2. mgr. 218. gr.

4.3 Verknaðaraðferð

Í eldri lagabálkum, svo sem Grágás og Jónsbók, var leitast við að hafa verknaðaraðferðir brota tæmandi. Tilgangurinn var að ná yfir sem flest tilvik svo refsinemi verknaðar væri sem nákvæmast. Löggjafinn getur þó aldrei séð fyrir öll möguleg tilvik og því varð þróunin sú að hafa almennari og einfaldari verknaðarlýsingu sem var ætlað að ná yfir sem flest brot á verndarhagsmunum ákvæðisins. Ómögulegt væri til dæmis að telja upp allar verknaðaraðferðir manndrápsákvæðis 211. gr. alm. hgl. enda afleiðingarnar bannaðar, hvernig svo sem gerandi fer að framkvæmd þeirra. Önnur ákvæði hegningarlaganna eru þó þess eðlis að aðeins ákveðnar verknaðaraðferðir eru bannaðar, en aðrar heimilar og þar með refsilausar. Sem dæmi um slík ákvæði má benda á nauðgunarákvæði 1. mgr. 194. gr. og ákvæði 110. gr. um innbyrðis samskipti fanga.

Helstu verknaðaraðferðir almennu hegningarlaganna eru líkamlegt ofbeldi, hótanir einar sér eða sem þáttur í nauðung, blekkingar einar sér eða sem þáttur í svikum, misneyting, frelsissvipting, fölsun, rangfærsla og spjöll á eignum.⁴⁵ Aðeins ein verknaðaraðferð er refsiverð samkvæmt 217. gr. og það er líkamlegt ofbeldi.

Hugtakið líkamlegt ofbeldi er hvergi skilgreint í almennu hegningarlögunum. Þar sem refsilöggjöfin tekur mið af norrænum refsilögum er þó hægt að líta til skilgreininga erlendra fræðimanna hvað það varðar. Stephan Hurwits lýsir því svo að „Angrebet skal være udøvet ved »vold« eller »på anden måde«. *Vold* omfatter de ved ydre mekaniske midler tilføjede

⁴³ Ármann Snævarr, *Þættir úr refsirétti I*, bls. 1.

⁴⁴ Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff*, bls. 242.

⁴⁵ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsiaþbyrgð I*, bls. 64.

legemskrænkelse Bestemmelsen omfatter legemskrænkelse bevirket ved f. eks. gift, smitte, bedøvelse, ild, vand og ved psykiske midler (hypnose, chok m.v.).⁴⁶ Ljóst er að hið líkamlega ofbeldi þarf að beinast að líkama *annars manns*. Ofbeldið getur komið fram með mismunandi hætti svo sem við barsmíðar, mekaníska nauðung, að kasta hlut í brotaþola, keyra á hann, siga hundi á hann eða eitra fyrir honum.

Ofbeldishugtak almennu hegningarlaganna tekur til margs konar tilvika í mismunandi aðstæðum. „Átök á milli ókunnugra í miðbænum, eða götuofbeldið, er allt annars eðlis en heimilisofbeldi þar sem um ítrekaðar misþyrmingar er að ræða.“⁴⁷ Almennu hegningarlögin veita réttarvernd gegn öllum þessum myndum ofbeldis.

Ýmis vafatilvik geta komið upp varðandi ofbeldishugtakið. Hvar liggja neðri mörk ákvæðisins? Hvaða ofbeldi er það smávægilegt að 217. gr. alm. hgl. taki ekki til þess? Gott dæmi um slíkt vafaatriði er *Hrd. 22. janúar 2009 (506/2008)*:

Maður var ákærður fyrir kynferðislegt og líkamlegt ofbeldi gegn tveimur börnum sambýliskonu sinnar með því að flengja þau í tvígang á beran rassinn að móður þeirra viðstaddri. Ástæða flenginganna var óþekkt barnanna tveggja. Ekki var talið sannað að X hefði áreitt börnin kynferðislega og var háttsemi hans því ekki heimfærð til 1. mgr. 202. gr. alm. hgl. Þá var 1. mgr. 217. gr. laganna ekki talin eiga við í þessu tilfalli. Um ástæður þess að virða flengingar ekki sem líkamlegt ofbeldi segir í forsendum héraðsdóms, sem staðfestar voru í Hæstarétti: „Almennt séð varðar það við 1. mgr. 217. gr. almennra hegningarlaga að slá mann nauðugan á rassinn með flötum lófa svo að undan roðnar. Til þess er hins vegar að líta að hugsanlega tíðkast eitthvað, eða hefur tíðkast, að flengja börn. Verður að gæta að því að ekki verður öðru vísi litið á en að ákærði hafi flengt drengina með samþykki móður þeirra, í tilefni af því að þeir höfðu sýnt af sér óþekkt, þótt ekki liggi fyrir í hverju hún hafi falist. Hversu óviðurkvæmilegt sem það kann að virðast nú á tímum að flengja börn fyrir óþægð þykir ekki verða kveðið á um það hér að það varði refsingu, ef uppalandi barns tekur á því ábyrgð með samþykki sínu og nærveru, þegar til þess er litið að skilja verður ákvæði 1. mgr. 99. gr. laga nr. 80/2002 svo að ekki sé þar lagt algert bann við því að börn séu beitt refsingum og líkamlegar refsingar þar ekki undanskildar, sbr. hins vegar a-lið 3. mgr. 82. gr. laganna, sem leggur bann við því að börn sem dveljast á heimili eða stofnun skv. 79. gr. séu beitt andlegum og líkamlegum refsingum.“

⁴⁶ Stephan Hurwitz, *Kriminalret. Speciel del*, 1970, bls. 253.

⁴⁷ Sigurður Tómas Magnússon og Hildigunnur Ólafsdóttir, *Ákvörðun refsingar*, bls. 56.

Þetta er gagnrýnisverður dómur að mörgu leyti. Fyrir það fyrsta þá tekur dómurinn skýrt fram að sú háttsemi að rasskella mann nauðugan með berum lófa telst brot gegn ákvæði 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Hins vegar lítur dómurinn svo á að börn njóti lakari réttarverndar að þessu leyti, a.m.k. sé foreldri þeirra viðstatt og veiti samþykki sitt fyrir verknaðinum. Hvergi í lögum er lagagrundvöllur fyrir því að foreldri barns geti veitt samþykki sitt fyrir ofbeldi í garð barns síns. Slíkt væri óréttlætanlegt af þeirri ástæðu að börn eiga að njóta sömu réttarverndar og fullorðnir einstaklingar. Það samrýmist varla réttarvitund almennings að undanskilja börn frá verndarhagsmunum líkamsárásarákvæðis 217. gr. alm. hgl. eins og dómurinn gerir.

Hrefna Friðriksdóttir hefur gagnrýnt rökstuðning héraðsdóms um áralanga hefð sem réttlætingu fyrir flengingu barna. Hún segir meðal annars að það þyki „óhætt að fullyrða að minniháttar líkamsárásir eða líkamsmeiðingar fullorðins einstaklings í garð annars hafi tíðkast svo lengi sem menn muna og að menn hafi eflaust talið sig hafa ýmis tilefni til þess arna. Hið sama má segja um háttsemi af ýmsu öðru tagi, t.d. hraðaakstur, akstur undir áhrifum áfengis og undanskot undan tekjuskatti, svo nefnd séu nokkur dæmi um tíðkanleg brot sem mönnum hættir til að réttlæta. Þess sjást samt engin merki í dómaframkvæmd að þessi tíðkanlega háttsemi hafi dregið úr refsinaemi verknaðar.“⁴⁸

Með hliðsjón af framangreindu verður að telja að hvorki héraðsdómur né Hæstiréttur hafi haft nægileg rök fyrir jafn grófri mismunun gagnvart börnum og hér á við. Ákvæði 217. gr. alm. hgl. um líkamsárásir undanskilur hvergi flengingar barna og því síður má lesa það út úr lögskýringargögnum laganna. Ákærði flengdi annað barnið þar að auki með beltisól sem dómurinn neitar einnig að heimfæra til 217. gr. alm. hgl. Afleiðingar flengingar geta til dæmis verið eymsli og roði sem eru einmitt dæmigerðar afleiðingar fyrir brot gegn umræddu ákvæði laganna. Börn geta ekki varið sig jafn auðveldlega vegna stöðu sinnar og líkamsburða og því er enn meiri ástæða til að veita þeim aukna réttarvernd og þá sérstaklega vegna brota sem þau eru líkleg til að verða fyrir svo sem minni háttar líkamlegt ofbeldi.

Hrefna Friðriksdóttir bendir einnig á að það stangist á hjá dóminum að fullyrða að það þyki óviðurkvæmilegt nú á tímum að flengja börn en engu að síður refsilaust þar sem það tíðkist hugsanlega eitthvað.⁴⁹ Deila má um hvort dómarnir séu að senda löggjafanum ákveðin skilaboð um galla laganna gagnvart börnum. Hins vegar er ekkert sem kemur fram í

⁴⁸ Hrefna Friðriksdóttir, *Að nota samninga SP um réttindi barnsins með hendi og vendi að hingað til brúkanlegum siðvana*, bls. 163.

⁴⁹ Hrefna Friðriksdóttir, *Að nota samninga SP um réttindi barnsins með hendi og vendi að hingað til brúkanlegum siðvana*, bls. 164.

Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944⁵⁰, almennum hegningarlögum, lögum um Mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994⁵¹, samningi Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins⁵² eða í barnaverndarlögum nr. 80/2002 sem bendir til þess að börn njóti lakari réttarverndar við flengingar en fullorðnir. Þvert á móti veita umræddir lagabálkar börnum aukna réttarvernd gagnvart hinum ýmsu brotum og ætla mætti að það væri orðin óskrifuð meginregla. Í kjölfar uppkvaðningar dómsins var mikil umfjöllun um hann í fjölmiðlum og talsverð umræða skapaðist um líkamlegt ofbeldi gegn börnum í refsiskyni. Lög nr. 52/2009 um breytingu á barnaverndarlögum nr. 80/2002 voru síðan sett. Samkvæmt þeim er lagt afdráttarlaust bann við andlegum eða líkamlegum refsingum, hótunum eða ógnunum gagnvart barni. Brot gegn umræddu ákvæði varðar sektum eða fangelsi allt að þremur árum. Loks hefur börnum nú verið veitt sú aukna refsivernd sem nauðsynleg er að þessu leyti, en refsihámark ákvæðisins er umtalsvert hærra en í hinu almenna líkamsárásarákvæði 217. gr. alm. hgl.

Líkamlegt ofbeldi er verknaðaraðferð í fleiri brotum en þeim sem talin eru upp í líkamsmeiðingarkafli hegningarlaganna. Því er nauðsynlegt að skilgreining hugtaksins sé samræmd. „Ekki er áskilið neitt heilsutjón eða yfirleitt neitt tjón af valdbeitingunni gagnstætt því, sem 217. gr. og þó sérstaklega 218. gr. gera ráð fyrir.“⁵³ Sem dæmi um brot sem tæma sök gagnvart 217. gr. má nefna brot gegn opinberum starfsmanni skv. 1. mgr. 106. gr., nauðgun skv. 1. mgr. 194. gr., ólögmæta nauðung skv. 225. gr. og rán skv. 252. gr. Fari ofbeldi samkvæmt framangreindum ákvæðum hins vegar fram úr mörkum 217. gr. og heyri undir 218. gr. tæma þau ekki sök gagnvart því. Er þá um brotasamsteypu að ræða samkvæmt 1. mgr. 77. gr. alm. hgl.

4.4 Andlag brots

Andlag brots gegn 217. gr. alm. hgl. er líkami og heilsa annars manns. Ekki þarf að skýra nánar líkama manns en ljóst er að öllum líkamspörtum er veitt refsivernd, bæði innvortis sem útvortis. Heilsa manna er annars eðlis og meira er um vafatilvik hvað hana áhrærir. Geðheilsa manna er hluti af hugtakinu sem helst þó oft í hendur við líkamlega heilsu manns. Spyrja má til dæmis hvort ofsahræðsla og reiði falli þar undir. Svo hefur ekki verið talið að mati

⁵⁰ Hér eftir skammstafað stjskr.

⁵¹ Hér eftir skammstafað MSE.

⁵² Sbr. auglýsingu nr. 18/1992.

⁵³ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsiaþbyrgð I*, bls. 64.

Ármanns Snævarrs⁵⁴ né sálræn vanlíðan vegna háreysti, atlaga að trúrækniskennnd eða blygðunarsemi manna, að falla skammvinnu í yfirlið, hrækja framan í mann eða vekja viðbjóð eða andúð hjá manni. Allt framangreint hefur verið talið of vægt til að fella undir minni háttar líkamsárásir. Mikið vatn hefur runnið til sjávar síðan þetta var skrifað árið 1970 og spyrja má hvort þetta séu óþarflega ströng neðri mörk ákvæðisins. Hinn danski Knud Waaben telur til dæmis að bæði hárskurður og að láta mann missa meðvitund falli innan sambærilegs ákvæðis dönsku hegningarlagna⁵⁵ og að mati norsku fræðimannanna Svein Slettan og Toril Marie Øie rúmast það innan ákvæðis norsku laganna um líkamsárás að framkalla viðbjóðslega lykt.⁵⁶ Með hliðsjón af því að refsilöggjöf Íslendinga endurspeglar að mörgu leyti refsilög hinna Norðurlandþjóðanna, má ætla að hún hafi að einhverju leyti þróast í átt að hinum norræna rétti síðustu áratugi. Hins vegar hefur ekki reynt á mörg slík takmarkatilvik fyrir rétti og því ómögulegt að fullyrða eitt eða annað um það.

4.4 Fullframning og tilraun

Fullframningarstig brota er mismunandi. Með fullframningarstigi brots er átt við „á hvaða stigi atburðarásar löggjafinn telur rétt að leggja refsíabyrgð við háttsemi sem fullfrömdu afbroti. Þá er við það miðað, að afbrot sé fullframið, þegar allir þeir efnisþættir eru fram komnir, sem hlutaðeigandi refsíákvæði tilgreinir beinlínis ... og að uppfylltum sagnæmisskilyrðum.“⁵⁷ Brot eru flokkuð í þrjá flokka eftir fullframningarstigi þeirra: tjónsbrot, samhverf brot og hættubrot. Tjónsbrot eru þess eðlis að tilteknar afleiðingar verða að koma fram svo brotið sé fullframið. Í samhverfum brotum þurfa afleiðingar brots ekki að koma fram, nóg er að fremja hinn refsiverða verknað svo brot sé virt sem fullframið. Loks er það einkenni hættubrota að tiltekin hættu skapist við brotið. Líkamsárásir eru tjónsbrot og því verður vikið nánar að þeim flokki.

Afleiðingar eru kjarni tjónsbrota, hvort sem það er líkamsmeiðing, manndráp eða tjón á eignum. Komi þær ekki fram er ekki um fullframið brot að ræða heldur aðeins tilraun til brots samkvæmt 1. mgr. 20. gr. alm. hgl. Tjónsbrot eru á víð og dreif í almennu hegningarlögunum, sem flokkuð eru eftir verndarhagsmunum en ekki fullframningarstigi. Af skilgreiningu á hugtakinu fullframning er ljóst að tiltekin sagnæmisskilyrði þurfa að vera uppfyllt svo um

⁵⁴ Sjá *Þættir úr refsirétti 1*, bls. 13 – 15.

⁵⁵ Knud Waaben, *Strafferettens specielle del*, bls. 17.

⁵⁶ Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff*, bls. 243.

⁵⁷ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 74.

refsivert brot sé að ræða. Ásetningur þarf með öðrum orðum að taka til allra efnispáttá verknaðar, eins og honum er lýst fullfrömdum í verknaðarlýsingu refsíákvæðis, þar á meðal til afleiðinga verknaðar.⁵⁸ Þetta er í samræmi við ákvæði 18. gr. alm. hgl. um skilyrði ásetnings við framningu afbrots. Ásetningur geranda ræður heimfærslu brots. Hafi maður ætlað sér að berja einhvern en brotþoli hlýtur dauða af er um líkamsárás að ræða því ásetning skorti til manndráps. Hafi maður hins vegar haft ásetning til að drepa mann en hann lifir árásina af er um tilraun til manndráps að ræða þó afleiðingarnar hafi aðeins varðað 217. eða 218. gr. alm. hgl. Sönnun á ásetningi til brots skiptir þar af leiðandi miklu máli fyrir dómi. Eðli líkamsárásarbrotá er jafnframt þannig að afleiðingar geta komið fram síðar. Það getur valdið vafa um heimfærslu til refsíákvæðis.

Þó aðaleinkenni tjónsbrotá sé að ákveðnar afleiðingar séu fram komnar er það ekki algilt meðal þeirra. Tjónsbrot með fullframningarstig fært fram er stórt frávik frá þeirri meginreglu. „Munurinn er í því fólgin að í hinum síðarnefndu er fullframningarstigið fært framár í atburðarásinni en í venjulegum tjónsbrotum, en ásetningurinn (gáleysið) verður þá að ná út fyrir fullframningarstigið og til fyrirhugaðrar afleiðingar, sem ekki er komin fram. Saknæmið hagar sér eins og um væri að ræða tjónsbrot fullframin eftir almennum skýringarreglum.“⁵⁹ Sem dæmi um slík brot má nefna landráð skv. 86. gr., mútur opinberra starfsmanna skv. 109. gr., rangar sakargiftir skv. 1. mgr. 148. gr. og peningafals skv. 150. gr. alm. hgl. Framangreind brot eru öll alvarlegs eðlis og sönnunarbyrðin erfið. „Tilgangurinn með þessu formi refsíákvæða er því sá að auka virkni og varnaðaráhrif ákvæðanna.“⁶⁰

Margt getur komið í veg fyrir að brotamaður náí að fullfremja brot sitt. Öll refsiskilyrði geta verið fyrir hendi, þ.e. ólögmati, refsínæmi og ásetningur til brots en af einhverjum ástæðum koma afleiðingar þess ekki fram. Sem dæmi má nefna mann sem skýtur annan mann en missir marks eða mann sem ætlar sér að ræna annan mann sem hleypur á brott og brotamaður nær ekki að slá eign sinni á verðmæti brotþola. Auk þess getur verið um hreinar tilviljanir að ræða sem afstýra broti. Samkvæmt hinu almenna tilraunarákvæði 20. gr. alm. hgl. eru allar slíkar tilraunir til refsiverðs verknaðar refsiverðar. „Alminnelige straffebestemmelser om forsøk hører til på et forholdsvis sent stadium i rettsutviklingen. Eldre rett tok utgangspunkt i handlingens resultat, i skaden for den krenkede; forelå ikke slik skade, følte man heller ikke trang til reaksjon. ... Generelle straffebestemmelser mot forsøk er et

⁵⁸ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíábyrgð I*, bls. 75.

⁵⁹ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíábyrgð I*, bls. 76.

⁶⁰ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíábyrgð I*, bls. 77.

uttrykk for at interessen har vendt seg mer mot gjerningsmannens subjektive forhold.⁶¹ Helstu rök með refsináemi tilraunar, jafnvel þó afleiðingar brots komi ekki fram, eru aukin varnaðaráhrif laganna. Auk þess teldist það varla uppfylla friðþægingu og réttlætistilfinningu almennings að sýkna geranda af þeim ástæðum einum að afleiðingar brots komu ekki fram þó einbeittur ásetningur hafi verið til verksins.

Ákvæði 20. gr. alm. hgl. um refsináemi tilraunar er svohljóðandi:

20. gr. Hver sá, sem tekið hefur ákvörðun um að vinna verk, sem refsing er lögð við í lögum þessum, og ótvírætt sýnt þann ásetning í verki, sem miðar eða er ætlað að miða að framkvæmd brotsins, hefur, þegar brotið er ekki fullkomnað, gerst sekur um tilraun til þess.

Fyrir tilraun til brots má dæma lægri refsingu en mælt er um fullframin brot. Skal það einkum gert, þegar af tilrauninni má ráða, að brotamaðurinn sé ekki eins hættulegur og vilji hans ekki eins harðnaður og ætla má, að sé um menn, sem fullfremja slík brot.

Ef hagsmunum þeim, sem verknaður beinist að, eða verknaðinum sjálfum er svo háttað, að tilraunin hefði ekki getað leitt til fullframins brots, má ákveða, að refsing skuli falla niður.

Af orðalagi ákvæðisins er skýrt að gerandi verður að hafa tekið þá ákvörðun að fremja brot. Það telst ekki refsiverð háttsemi að hugsa um að fremja brot eða sjá það fyrir sér í huganum. „Lauslegar bollaleggingar, umtal, ráðagerðir og fyrirætlanir nægja ekki einar sér, í samræmi við þá grundvallarreglu, að engum verði refsað fyrir illar hugsanir einar saman.“⁶² Ásetningur í verki, á hvaða stigi sem er, þarf að koma fram svo hægt sé að sakfella fyrir tilraun til brots. „Það er eitt af grundvallareinkennum tilraunar, að andlag ásetnings er hið sama og við fullframið brot.“⁶³ Hann verður því að ná til allra efnisþátta brots svo hægt sé að virða tilraun sem refsiverða háttsemi.

Yfirleitt er fremur auðvelt að aðgreina hvenær um tilraun til brots er að ræða og hvenær fullframið afbrot hefur átt sér stað. Að mati Johannes Andenæs er „Grensen oppad ... i prinsippet lett á trekke. Fullbyrdet er forbrytelsen når alt det foreligger som det enkelte straffebud krever. Hvor meget som skal til, beror på beskrivelsen i straffebudet.“⁶⁴

Meginreglan er sú að refsing fyrir tilraunarbrot sé ákveðin innan sömu refsimarka og hafi brotið verið fullframið. Hins vegar er frjáls refsilækkunarheimild í 2. mgr. 20. gr. alm. hgl. og

⁶¹ Johannes Andenæs, *Alminnelig strafférett*, bls. 313.

⁶² Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsiaþbyrgð I*, bls. 113.

⁶³ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsiaþbyrgð I*, bls. 106.

⁶⁴ Johannes Andenæs, *Alminnelig strafférett*, bls. 314.

refsibrottfallsheimild í 3. mgr. sömu greinar. Önnur málsgrein á bæði við um nothæfar sem ónothæfar tilraunir en 3. mgr. ákvæðisins er bundin við ónothæfa (pútatíva) tilraun sem aldrei hefði getað leitt til fullframins brots, þrátt fyrir ásetning geranda til þess. Þetta á til dæmis við þegar maður ætlar að drepa mann sem er nú þegar dáiinn en gerandi veit ekki af því.

4.5 Hlutdeild og samverknaður

Oft er það svo að afbrot eru framin af fleiri en einum manni. Sá samverknaður eða hlutdeild í broti getur átt sér stað með mismunandi hætti og mörk samverknaðar og hlutdeildar eru ekki alltaf ljós. Ákvæði 22. gr. alm. hgl. fjallar um hlutdeild, sem er að jafnaði virt sem minna brot en brot aðalmanns og 2. mgr. 70. gr. sömu laga kveður á um að samverknaður sé refsipýngingarástæða við ákvörðun refsingar. Að þessu leyti er eðlismunur á háttseminni, eftir því hvort um hlutdeild eða samverknað er að ræða.

22. gr. Hver sá maður, sem með liðsinni í orði eða verki, fortöllum, hvatningum eða á annan hátt á þátt í því, að brot samkvæmt lögum þessum er framið, skal sæta þeirri refsingu, sem við brotinu er lögð.

Ef hlutdeild einhvers þátttakanda í brotinu er smávægileg, eða er í því fólgin að styrkja áform annars manns, sem áður er til orðið, svo og þegar brot er ekki fullframið eða fyrirhuguð þátttaka hefur misheppnast, má dæma hann í vægari refsingu en þá, sem lögmaelt er við brotinu.

Þegar svo stendur á, sem í annarri málsgrein segir, og sömuleiðis, ef manni hefur orðið á af gáleysi að taka þátt í broti, má láta refsingu falla niður, ef brotið á undir hegningarákvæði, þar sem ekki er sett þyngri refsing en fangelsi allt að 1 ári.

Nú er brot fullframið, og skal þá sá, sem veitir brotamanni sjálfum eða öðrum liðsinni til þess að halda við ólögmaetu ástandi, er skapast hefur fyrir brotið, eða nýtur hagnaðar af því, sæta refsingu eftir ákvæðum þessarar greinar, enda taki önnur ákvæði laga ekki til verknaðar hans.

2. mgr. 70. gr. Hafi fleiri menn en einn unnið verkið í sameiningu, skal að jafnaði taka það til greina til þyngingar refsingunni.

Framangreind ákvæði eru ekki í algjöru samræmi við norrænan rétt. Svo virðist sem norrænn réttur, einkum norskur, aðgreini ekki hlutdeild skýrt frá samverknaði líkt og íslensku hegningarlögin gera ráð fyrir. Í norskum rétti eru til að mynda engar almennar reglur um hlutdeild og samverknað. Johannes Andenæs lýsir því svo: „Vár lov har valgt en

lovgivningsteknikk som den visstnok er alene om: Den gir svaret på spørsmålet om medvirkerens straffansvar ved bestemmelser i de enkelte straffebud.⁶⁵

„Af orðalagi ákvæðis 1. mgr. 22. gr. og réttarframkvæmd má ráða, að hlutdeild beri að aðgreina frá aðalverknaði og sé alla jafna virt sem minna brot en aðalverknaður.“⁶⁶ Af þessu er ljóst að nauðsynlegt er að hlutdeild tengist aðalverknaði að einhverju leyti svo hægt sé að virða hana sem refsiverða þátttöku í broti. Meginreglan er sú að refsingu hlutdeildarmanns í afbroti skal ákveða innan refsimarka aðalbrotsins. Ákvæði 2. og 3. mgr. ákvæðisins kveða þó á um refsilækkunar- og refsibrottfallsheimildir hafi hlutdeildin verið smávægileg. Eftirfarandi hlutdeild er efni 4. mgr. ákvæðisins. Samverknaður verkar hins vegar ávallt til refsipýngingar samkvæmt ákvæði 2. mgr. 70. gr. alm. hgl.

Hugtakið hlutdeild er ekki skilgreint nákvæmlega í hinu almenna ákvæði þess efnis. Það hefur þó verið virt sem liðsinni annað hvort fyrir eða eftir framkvæmd refsiverðs verknaðar eða jafnvel minni háttar liðsinni við framkvæmd verksins svo sem að standa vörð.⁶⁷ Aðstoð hlutdeildarmanns getur verið annað hvort verkleg eða sálræn hlutdeild. Verkleg hlutdeild er til dæmis þátttaka í undirbúningsathöfnum svo sem við útvegum vopna, tækja og verkfæra fyrir afbrot, keyrsla aðalmanns til og frá vettvangi og fjármögnun. „Hin sálræna hlutdeild kemur fram í tjáningu hugsana í því skyni að hafa sálræn áhrif á ráðagerðir og ákvarðanatöku aðalmanns. Hún birtist oftast í orðum, en getur einnig lýst sér í svipbrigðum, hreyfingum, bendingum eða öðru látbragði.“⁶⁸ Dæmi um sálræna hlutdeild eru meðal annars ráðleggingar, hvatningar, skipanir, hótanir eða kennsla. Sama aðgreining á verklegri og sálrænni hlutdeild er í norskum rétti: „Medvirkning kan skje med fysiske eller psykiske midler. Den som skaffer våpen eller holder vakt, medvirker fysisk. Den som overtaler eller oppmuntrer en annan til å begå en forbrytelse eller gir råd om hvordan forbrytelsen bør gjennomføres, medvirker psykisk.“⁶⁹ Megintilgangurinn með því að lögfesta refsinaemi hlutdeildar er að efla varnaráhrif refsíákvæða og refsivörslukerfisins í heild.⁷⁰

Tímamark hlutdeildar er yfirleitt fyrirfram eða samtímis framkvæmd brots. Ákvæði 1. – 3. mgr. 22. gr. alm. hgl. taka til hlutdeildar á því tímamarki en 4. mgr. tekur til eftirfarandi

⁶⁵ Johannes Andenæs, *Alminnelig strafferett*, bls. 297.

⁶⁶ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 131.

⁶⁷ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 132.

⁶⁸ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 139.

⁶⁹ Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff*, bls. 83.

⁷⁰ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 132.

hlutdeildar. Hylming er dæmi um eftirfarandi hlutdeild, en þá er verið að halda við ólögmætu ástandi. Sérstakt refsíákvæði kveður á um ólögmæti hylmingar, þ.e. ákvæði 254. gr. alm. hgl.

Það er meginregla að hlutdeild manns í afbroti er virt sem sjálfstætt brot.⁷¹ Hlutdeildin fer eftir verknaðarlýsingu hins refsiverða brots og sakfelling aðalmanns er ekki nauðsynleg til sakfellingar hlutdeildarmanns. Af því leyti getur hlutdeildarbrot bæði verið athafnabrot eða athafnaleysisbrot. Sömu reglur virðast gilda í rétti Norðurlandanna en Svein Slettan og Toril Marie Øie segja meðal annars um hlutdeildarbrot: „Meðvirkningsansvaret er et selvstendig straffansvar: Medvirkeren kan straffes bare hvis han selv har opfyldt alle straffbarhetsvilkårene. At hovedovertræderen kan straffes, er verken nødvendig eller tilstrekkelig.“⁷²

Eins og með önnur afbrot þurfa saknæmisskilyrði að vera uppfyllt svo hægt sé að sakfella fyrir hlutdeildarbrot. Hlutdeildarmaður þarf þar af leiðandi að hafa ásetning til þess að brot sé framið eða valdur af gáleysi, sé það nægilegt saknæmisskilyrði samkvæmt viðeigandi refsíákvæði. Ásetningur (eða gáleysi) hlutdeildarmanns þarf að ná til allra efnisþátta brots en að öðrum hætti ber að sýkna hann.

Þegar brot er framið af fleiri en einum manni getur verið vandkvæðum bundið að aðgreina hvort um hafi verið að ræða hlutdeild eða samverknað þeirra. Mörkin eru ekki nákvæmlega skilgreind í lögum og því ekki alltaf skýr. Telja verður að þetta sé fremur óheppilegt í ljósi þess að réttaráhrif hvors um sig eru þveröfug: hlutdeild verkar yfirleitt til refsilækkunar en samverknaður er lögbundin refsíþyngingarástæða. Með samverknaði er átt við „þegar tveir menn eða fleiri hafa samvinnu eða samtök um framkvæmd refsiverðs verknaðar og standa nokkurn veginn jafnt að vígi um ákvarðanir og framkvæmd.“⁷³ Taka má undir þá stefnu löggjafans að virða samverknað sem refsíþyngingarástæðu í ljósi þess að afbrot framið í samvinnu fleiri en eins manns geta oft orðið mun hættulegri fyrir vikið. Líkamsárásir eru gott dæmi um slíkt en þær eru iðulega hrottafengnari og alvarlegri því fleiri sem gerendur hennar eru.

⁷¹ Alþt. 1939, A-deild, bls. 359.

⁷² Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff*, bls. 87.

⁷³ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíábyrgð I*, bls. 145.

5 Mörk ákvæða 217. og 218. gr. alm. hgl.

5.1 Almennt

XXIII. kafli almennu hegningarlögunum ber heitið manndráp og líkamsmeiðingar. Af orðalaginu er ljóst að verknaður felst í líkamlegu ofeldi en afleiðingarnar geta hins vegar verið bæði andlegar og líkamlegar. Líkamsmeiðingarbrotunum er skipt niður í refsíákvæði eftir grófleika ofbeldis, saknæmisstigi, verknaðaraðferð og afleiðingum brots. Refsimörk ákvæðanna eru mismunandi en hækka þó því grófari sem líkamsmeiðingin er. „Auk þess að meta hversu alvarlegt brotið er, hverjar afleiðingar þess eru fyrir brotapolann og hvað hann hefur orðið fyrir miklu heilsutjóni taka lögin tillit til annarra atriða.“⁷⁴ Gáleysisbrot eru litin vægari augum en líkamsárás framin af ásetningi. Litið er til aðstæðna við verknaðinn, var brotþoli saklaus og árásin þar af leiðandi með öllu tilefnislaus? Hafði brotþoli ögrað eða hóttað árásarmanni? Þessi atriði koma til frekari skoðunar þegar fjallað verður um ákvörðun refsingar í 8. kafla ritgerðarinnar.

Líkamsmeiðingar af ásetningi skiptast í þrjá flokka í almennu hegningarlögunum: líkamsárásir samkvæmt 1. mgr. 217. gr., líkamsmeiðingar samkvæmt 1. mgr. 218. gr. og stórfelldar líkamsmeiðingar samkvæmt 2. mgr. 218. gr. laganna. Ákvæði 219. gr. alm. hgl. tekur til líkamsmeiðinga af gáleysi. Hér verður aðeins gerð grein fyrir þremur fyrstnefndu ákvæðunum.

5.2 Neðri mörk 1. mgr. 217. gr.

Óljóst er nákvæmlega hvar neðri mörk ákvæðis 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. liggja. Telst til dæmis léttur kinnhestur, að ýta laust við einhverjum eða klippa lokk úr hári einhvers til minni háttar líkamsárása? Er þar að auki nauðsynlegt að einhvers konar sjáanlegar afleiðingar verði af árás? Þar sem hvorki löggjafinn né dómstólar hafa skýrt þessi mörk hafa skrif fræðimanna helst þýðingu við mat á umræddu atriði. Ármann Snævarr segir meðal annars um þetta að „Áreitni við líkama manns getur og verið svo lítilvæg, að ákvæði um líkamsmeiðingar þyki ekki eiga við, svo sem er, ef A snertir aðeins við B, leggur hendi léttilega á öxl hans eða t.d. ýtir aðeins við honum.“⁷⁵

⁷⁴ Sigurður Tómas Magnússon og Hildigunnur Ólafsdóttir, *Ákvörðun refsingar*, bls. 55-56.

⁷⁵ Ármann Snævarr, *Þættir úr refsirétti 1*, bls. 13 - 14.

Knud Waaben reynir að afmarka neðri mörkin og telur það meðal annars ekki refsivert að taka í handlegg einhvers, ýta létt við honum eða neyða hann til að stíga nokkur skref fram eða til baka. Hann tekur einnig fram að líkamsárás þurfi ekki að valda sársauka eða minni háttar líkamlegum meiðslum svo sem marblettum, bólgum eða rispum.⁷⁶

Varpa má fram þeirri spurningu hvort neðri mörkin séu mishá eftir aðstæðum brotaþola. „Allergikere er en særlig utstatt gruppe, f.eks. overfor tobakksrøyk. Trenger en røyker seg inn på en allergiker og puster tobakksrøyk i ansiktet på ham, slik at han får voldsomme hosteanfall, er det et klart tilfelle av legemsfornærmelse.“⁷⁷ Hér verður að gera þá kröfu að gerandi hafi vitað fyrirfram að brotaþoli þjáðist af ofnæmi fyrir tóbaksreyk, því annars skortir ásetning til afleiðingar árásar.

Deila má um hvort sú athöfn að húðflúra einhvern án hans vitundar og/eða samþykkis geti talist líkamsárás í skilningi 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Þá verður að rýna í ætlun og tilgang geranda með umræddu verki því önnur ákvæði hegningarlaganna koma einnig til skoðunar við heimfærslu til refsíákvæða. Umrædd athöfn gæti til að mynda verið ærumeiðing í verki skv. 234. gr. alm. hgl. eða brot á kynferðisbrotakafla alm. hgl. hafi kynferðislegar hneigðir legið að baki henni. Að mati Ármanns Snævarrs væri sú athöfn að hrækja framan í einhvern tæpast skilgreind sem líkamsárás, nema heilsutjón hlytist af, heldur væri umrædd háttsemi virt sem ærumeiðing í verki.⁷⁸ Í dag er HIV veiran þó mun útbreiddari en þegar Ármann Snævarr ritaði framangreint. HIV veiruna er hægt að finna í líkamsvessum eins og munnvatni og því er hráki mun hættulegri eftir að farið var að greina veiruna. Að því virtu má færa rök fyrir því að um líkamsmeiðingu geti verið að ræða hafi maður ásetning til að smita annan mann af HIV veirunni með því að hrækja framan í hann.

Brotamaður og brotaþoli þurfa ekki að snertast svo um brot gegn ákvæðinu sé að ræða. Sem dæmi má nefna að gerandi getur kastað snjóbolta að manni, keyrt á viðkomandi á bíl eða hjóli eða leggja gildru þess eðlis að brotaþoli detti. Þar að auki telst það líkamsárás að siga hundi sínum að öðrum manni.⁷⁹

Af framangreindu er ljóst að ekki er hægt að aðgreina nákvæmlega neðri mörk 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Löggjafinn skýrir ekki hver þau eru og því verður að líta til dómafordæma þess efnis og skrifa fræðimanna, bæði íslenskra og norrænna. Við matið ber að taka tillit til

⁷⁶ Knud Waaben, *Strafferettens specielle del*, bls. 17.

⁷⁷ Johs. Andenæs og Anders Bratholm, *Spesiell strafferett*, bls. 42.

⁷⁸ Ármann Snævarr, *Þættir úr refsirétti I*, bls. 15.

⁷⁹ Johs. Andenæs og Anders Bratholm, *Spesiell strafferett*, bls. 41.

aðstæðna við árás hverju sinni, ásetnings og hvata brotamanns auk aðstæðna brotaþola. Það er ómögulegt að skera úr því í eitt skipti fyrir öll hvar neðri mörkin liggi.

5.2 Skil líkamsárása og líkamsmeiðinga

Líkamsárásir eru skilgreindar með neikvæðum hætti gagnvart meiri háttar líkamsmeiðingum. Undir 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. falla þar af leiðandi allar vægari líkamsmeiðingar en ákvæði 1. mgr. 218. gr. alm. hgl. tekur til. Ákvæðið segir með öðrum orðum takmarkað um inntak þess og því verður fremur að líta til dómaframkvæmdar um nákvæmari skilgreiningu. Þar sem ákvæðin eru tiltölulega gömul og rótgróin er dómaframkvæmd orðin fremur skýr. Það er almennt viðurkennt að beinbrot marki skilin milli ákvæðanna tveggja. Mar, blóðnasir, hrúfl og skinnspretta teljast öll brot á líkamsárásarákvæði 217. gr. alm. hgl. en um leið og bein brotnar er árásin talin alvarlegri og fellur þar af leiðandi undir 218. gr. alm. hgl.

Þrátt fyrir langa og skýra dómaframkvæmd varðandi mörk ákvæðanna geta komið upp vafaatriði. Þar að auki hefur þjóðfélagið breyst til muna frá setningu ákvæðanna árið 1940. Dæmi um atriði sem færst hefur á milli refsíákvæða er tannbrot. Þau voru upphaflega felld undir ákvæði 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. um minni háttar líkamsmeiðingar en er nú skýrt brot á 218. gr. alm. hgl. um líkamsmeiðingar, alveg eins og öll önnur beinbrot. Það var hinn svokallaði „Pylsubarsdómur“ Hæstaréttar sem breytti þeirri dómaframkvæmd.

Hrd. 1956, bls. 153: Til átaka kom á Pylsubarnum í Reykjavík. Brotaþoli hlaut skurð, mar og tannbrot. Hæstiréttur felldi verknaðinn undir 218. gr. alm. hgl. sem meiri háttar líkamsmeiðingu en ekki 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. sem hafði verið venjan hingað til.

Hér víkur dómurinn með ófyrirsjáanlegum hætti frá fyrri fordæmum sínum og áralangri venju. Hæstiréttur gefur takmarkaðar skýringar á þessu fráviki sínu. Ekkert nýtt var til komið sem gat með nokkru móti réttlætt svo afdráttarlausu breytingu á heimfærslu til refsíákvæða. Í ákveðinn tíma eftir að umræddur dómur féll í Hæstarétti var nokkuð á reiki hvort fella ætti tannbrot undir minni háttar eða meiri háttar líkamsmeiðingu eins og sést af eftirfarandi tveimur dómum. Brot eða sprungur á gervitönnum falla hins vegar enn undir 1. mgr. 217. gr. alm. hgl.

Hrd. 1970, bls. 703: Maður var ákærður fyrir brot gegn 217. gr. alm. hgl. með því að skalla annan mann á dansleik á Akureyri með þeim afleiðingum að taka varð 4 tennur úr gómi hans

og sprunga kom í kjálkabein. Dómurinn gerði ekki athugasemd við heimfærslu til refsíákvæða í ákæru og felldi verknaðinn undir 217. gr. alm. hgl. sem minni háttar líkamsmeiðingu.

Hrd. 1986, bls. 646: Maður var ákærður fyrir brot gegn 217. gr. alm. hgl. fyrir að hafa skallað annan mann með þeim afleiðingum að 5 tennur brotnuðu. Hæstiréttur tók fram að brotið væri þess eðlis að 1. mgr. 218. gr. alm. hgl. ætti við um það. Þar sem ákærvaldið hafði einungis krafist refsingar samkvæmt 217. gr. sömu laga var refsing dæmd innan marka þess ákvæðis.

Hér virðist samræmis ekki nægilega vel gætt í heimfærslu til refsíákvæða, bæði hjá saksóknara og dómstólum. Þrátt fyrir nýja stefnu varðandi tannbrot í *Hrd. 1956, 153* vikur Hæstiréttur til fyrri framkvæmdar í dómi frá 1970, næstum því fimmtán árum seinna og gerir ekki athugasemd við heimfærslu ákærvaldsins til refsíákvæða. Í síðast reifaða dómnum virðist sem Hæstiréttur hafi fallist á hina nýju framkvæmd og áréttar heimfærslu saksóknara til refsíákvæða í ákæru. Í dag er eins og áður segir almennt viðurkennt að tannbrot heimfærast til 1. mgr. 218. gr. alm. hgl. Færa má rök fyrir því að það sé betra fyrirkomulag að virða öll beinbrot, einnig tannbrot, sem meiri háttar líkamsmeiðingar frekar en að gera upp á milli þeirra og heimfæra til misalvarlegra refsíákvæða. Tannbrot getur þar að auki valdið brotþola meiri óþægindum en hefðbundin beinbrot, til að mynda hafi framtennur hans brotnað. Ef til vill gæti þó skipt máli hve margar tennur brotna.

Fleira skilur að ákvæðin tvö en grófleiki brots og afleiðingar þess. Mismunandi saknæmiskröfur eru til að mynda gerðar til þeirra, eins og sjá má af orðalagi 1. mgr. 218. gr. alm. hgl. Það er meginregla samkvæmt 18. gr. alm. hgl. að verknaður sem telst refsiverður samkvæmt hegningarlögunum sé ekki saknæmur nema hann sé unninn af ásetningi eða gáleysi. Fyrir gáleysisbrot skal þar að auki aðeins refsa að sérstök heimild sé til þess í lögunum, samkvæmt 2. másl. 18. gr. laganna. „Ásetningur þarf að taka til allra efnispátta verknaðar eins og honum er lýst fullfrömdum í verknaðarlýsingu refsíákvæðis“⁸⁰, þ.e. bæði til frumverknaðar og einnig til afleiðinga. Mismunandi stig ásetnings geta þó staðið til ólíkra efnispátta brots. Skorti ásetning til einhvers efnispátta í broti, telst það refsilaust. „Mikilvægt frávík frá meginreglunni er að finna í 218. gr. hgl. um vísvitandi líkamsárás. Þar nægir til refsíabyrgðar fyrir ásetningsbrot, að afleiðingar árásar verði taldar árásarmanni til sakar vegna gáleysis (dolus mixtus cum culpa). Stafar þetta frávík af miklum sönnunarörðugleikum, sem ella væru fyrir hendi.“⁸¹ Þessar blönduðu saknæmiskröfur taka einnig til ákvæðis 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. þó það sé ekki skýrt tekið fram í ákvæðinu. Venjulegar saknæmiskröfur gilda þó

⁸⁰ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 41.

⁸¹ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 41.

um líkamsárásir samkvæmt 1. mgr. 217. gr. alm. hgl., þannig að ásetningur þarf að taka til allra efnisþátta ákvæðisins og nægir gáleysi ekki til.

Af þessu er ljóst að margt greinir að hin umræddu ákvæði. Árið 1981 varð sú breyting á líkamsmeiðingakafla almennu hegningarlöganna að ákvæði 218. gr. alm. hgl. var skipt niður í tvö ákvæði, þ.e. 1. og 2. mgr. þess. Ármann Snævarr tók þó fram í umfjöllun sinni um breytingalögin að skilin milli 217. gr. og 218. gr. yrðu í höfuðdráttum með sama hætti og áður.⁸²

5.3 Skil meiri háttar og stórfelldra líkamsmeiðinga

Árið 1981 var 218. gr. alm. hgl. skipt niður í tvö ákvæði. Það eru annars vegar meiri háttar líkamsmeiðingar í 1. mgr. sem höfðu verið í lögunum frá setningu þeirra og hins vegar nýtt ákvæði um stórfelldar líkamsmeiðingar. Ákvæði 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. er svohljóðandi:

2. mgr. 218. gr. Nú hlýst stórfellt líkams- eða heilsutjón af árás eða brot er sérstaklega hættulegt vegna þeirrar aðferðar, þ. á m. tækja, sem notuð eru, svo og þegar sá, er sætir líkamsárás, hlýtur bana af atlögu, og varðar brot þá fangelsi allt að 16 árum.

Orðalag ákvæðisins er mun nákvæmara en ákvæðisins um meiri háttar líkamsmeiðingar. Tiltekin skilyrði þarf að uppfylla svo hægt sé að beita 2. mgr. 218. gr. alm. hgl.: stórfellt líkams- eða heilsutjón verður af árás, sérstaklega hættuleg aðferð er notuð eða bani hlýst af atlögu. Þessir þrír þættir marka meðal annars skil ákvæðanna tveggja. Brot gegn 1. mgr. 218. gr. er nú orðinn eins konar miðflokkur líkamsárása, andspænis 217. og 2. mgr. 218. gr. alm. hgl.⁸³

Mörk ákvæðanna eru ekki nánar tilgreind í breytingarlögunum. Í greinargerð með frumvarpi er varð að lögum nr. 20/1981 segir að mörkin milli ákvæðanna yrðu væntanlega fljótlega ákvörðuð af dómvenju og þau gætu naumast valdið neinum umtalsverðum örðugleikum í lagaframkvæmdinni.⁸⁴ Orðalagið stórfellt líkams- og heilsutjón er nokkuð matskennt. Af dómaframkvæmd er ljóst að höfuðkúpubrot fellur ávallt undir 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. Sama á við um atlögur að mikilvægum líkamshlutum, s.s. höfði sbr. *Hrd. 2000, bls. 3064 (232/2000)*, hjarta og andliti sbr. *Hrd. 17. september 2009 (153/2009)* og *Hrd. 28.*

⁸² Ármann Snævarr, „Breytingar á almennum hegningarlögum í ljósi breyttra viðhorfa í refsirétti“, bls. 165.

⁸³ Ármann Snævarr, „Breytingar á almennum hegningarlögum í ljósi breyttra viðhorfa í refsirétti“, bls. 166.

⁸⁴ Alþt. 1980 – 1981, A-deild, bls. 331.

febrúar 2009 (413/2007). Varanlegir skaðar að einhverju leyti geta þar að auki talist til stórfelldra líkamsmeiðinga, sbr. *Hrd. 8. maí 2008 (11/2008)*, auk sköddunar á innri líffærum, heilaskemmdir, sjónskerðing, heyrnarsköddun og varanleg lömum.⁸⁵

Skilgreining á hugtakinu hættuleg aðferð er ef til vill auðveldari og afmarkaðri en skilgreining á stórfelldu heilsu- eða líkamstjóni. Í ákvæðinu er beinlínis tekið fram að atлага telst hættuleg, hafi tækjum verið beitt. Mótast hefur sú regla í dómaframkvæmd að miða sífellt meira við aðferð verknaðar við heimfærslu til refsíákvæða ólíkt því sem áður gildi um afleiðingar verknaðarins. Í greinargerð með frumvarpi er varð að lögum nr. 20/1981 er tekið fram að setning 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. breyti engu um skil 217. og 218. gr. laganna.⁸⁶ Beinbrot aðgreinir ákvæðin tvö enn að. Dómar kveðnir upp fyrir setningu breytingarlaganna halda því fordæmisgildi sínu. Svo virðist sem Hæstiréttur hafi ekki fylgt þessum fyrirmælum löggjafans í hvívetna. Sú dómaframkvæmd hefur myndast að láta hættulega aðferð eina og sér nægja til að fella háttsemi undir stórfellda líkamsmeiðingu, þrátt fyrir að afleiðingar hennar séu ekki beinbrot eða aðrar alvarlegri afleiðingar. Af þessu er ljóst að mikil réttarþróun hefur átt sér stað frá gildistöku 2. mgr. 218. gr. alm. hgl., en í raun í aðra átt miðað við það sem löggjafinn ætlaði.

Hæstiréttur hefur ekki gefið neina skýringu á þessari breytingu á réttarframkvæmd. Varpa má fram þeirri spurningu hvort hugtakið hættuleg aðferð hafi tekið breytingum frá árinu 1981. Á þessum árum hafa miklar framfarir átt sér stað á sviði læknavísinda og því frekar hægt að koma í veg fyrir langvarandi skaða en áður fyrr. Þar að auki má nefna bættar samgöngur síðustu ára og þar af leiðandi er oftast ekki fljótlegri að koma brotaþola undir læknishendur. Tækniframfarir undanfarinna þriggja áratuga hafa auk þess orðið brotaþolum til nokkurra hagsbóta. Að öllu þessu virtu má hugsa sér að aðferð sem áður fyrr var talin hættuleg er ekki álitin eins hættuleg áratug síðar.

Dómar sem gengið hafa um umrædda grein síðan 1981 sýna að oft er það tilviljun ein sem ræður því að bani hlýst ekki af árás, sbr. *Hrd. 1992, 363* og *Hrd. 1993, 1081*. Spyrja má hvort sanngjarnt sé að fella háttsemi undir minni háttar líkamsmeiðingu þótt beitt hafi verið hættulegu vopni en tilviljun ein réð því að aðeins hlutust af mar og rispur en ekki alvarlegri áverkar. Einnig má varpa fram þeirri spurningu hvort Alþingi hafi sniðið dómstólum of þröngan stakk með fyrirmælum um heimfærslu til refsíákvæða við líkamsmeiðingar af

⁸⁵ Ármann Snævarr, „Breytingar á almennum hegningarlögum í ljósi breyttra viðhorfa í refsirétti“, bls. 167.

⁸⁶ Alþt. 1980 – 1981, A-deild, bls. 331.

ásetningi og láðst að veita þeim nauðsynlegt svigrúm við það. Sjálfvirkar refsíakvarðanir sem miðast aðeins við afleiðingar árásar þjóna ekki tilgangi sínum þar sem afleiðingar segja oft ekki alla söguna. Það sést meðal annars í eftirfarandi dómum Hæstaréttar:

Hrd. 1992, bls. 363: Hjón voru að skilja. Maðurinn sagðist ætla í vinnuferð en brýst inn í húsið um miðja nótt. Hann læðist inn í svefnherbergi konunnar þar sem hún liggur sofandi, tekur fast um öndunarfæri hennar með plastpoka og slær hana tvisvar í höfuðið með kúluhamri. Ákærði bar fyrir dómi að konan hefði verið leiðinleg við sig og að hann hefði aðeins ætlað að stríða henni smávegis. Hann var ákærður fyrir tilraun til manndráps sbr. 211. gr. sbr. 20. gr. alm. hgl. Ekkert beinbrot hlaut af árásinni og áverkar konunnar féllu aðeins undir 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Dómurinn tekur fram að aðferð ákærða og atlagan hafi verið fólkskuleg. Maðurinn var sýknaður af manndrápstilraun en sakfelldur fyrir brot gegn 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. og hlaut níu mánaða fangelsi, en sex þeirra var frestað skilorðsbundið í tvö ár.

Hrd. 1993, bls. 1081: Maður var stöðvaður af lögreglu og ætist mjög við það. Skyndilega dregur hann upp skæri og stingur lögreglumanninn í hjartastað. Lögreglumaðurinn var hins vegar með stóra og þykka vasabók í brjóstvasanum sem skærin stungust í, sem væntanlega bjargaði lífi hans. Áverkar lögreglumannsins áttu aðeins undir 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Þrátt fyrir það var maðurinn bæði ákærður og sakfelldur fyrir brot gegn 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. og hlaut sjö ára fangelsisdóm.

Hrd. 2004, bls. 1672 (42/2004): Maður kastaði björglasi í annan mann á skemmtistað. Maðurinn skarst á nefi, hlaut djúpan skurð á efri vör og skurð á enni. Í forsendum dómsins er kveðið á um að árás ákærða hafi verið með öllu tilefnislaus og hrottafengin og hefði hæglega getað leitt til stórkostlegra líkamsmeiðsla og örkumla. Hæstiréttur taldi að hér væri um hættulega aðferð að ræða og sakfelldi ákærða fyrir brot gegn 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. Áverkar áttu þó aðeins undir 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Var hann dæmdur í sex mánaða fangelsi en þriggja þeirra var frestað skilorðsbundið í þrjú ár.

Hrd. 2005, bls. 2616 (551/2005): Maður var ákærður fyrir tilraun til manndráps og til vara stórfellda líkamsárás fyrir að hafa ráðist á fyrrverandi sambýliskonu sína og slegið hana margsinnis með felgulykli. Hæstiréttur taldi ásetning hans um að drepa konuna ósannaða og átti verknaðurinn því ekki undir ákvæði 211. gr. alm. hgl. heldur 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. vegna aðferðarinnar við árásina. Hin hættulega árás með felgulyklinum ein og sér var nóg til að 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. væri beitt, þrátt fyrir að áverkarnir ættu einungis undir 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Hlaut hann tveggja og hálfis árs fangelsi.

Hrd. 2006, bls. 5707 (321/2006): Maður var sakfelldur fyrir hættulega líkamsárás með því að slá annan mann tvisvar sinnum í höfuðið með tveggja kílóa þungri álstöng og slá hann síðan í

andlitið með krepptum hnefa. Við það féll brotþoli í götuna. Hann hlaut auk þess skurð á augabrún, rispur og tognun. Áverkar áttu aðeins undir 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Þrátt fyrir það var sakfelld fyrir stórfellda líkamsárás skv. 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. og hlaut hann átta mánaða fangelsisrefsingu.

Hrd. 17. janúar 2008 (390/2007): Maður var dæmdur í héraðsdómi fyrir brot gegn 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. með því að hafa mörgum sinnum slegið mann með hafnaboltakylfu í höfuð og líkama og ennfremur slegið hann hnefahöggi í höfuðið. Við þetta hlaut maðurinn sár og mar á höfði, mar í andliti, á brjóstakassa, öxl og framhandleggjum. Hæstiréttur tekur fram að árásin hafi verið hrottafengin. Í dóminum var vísað til 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. með vísan til hættulegrar aðferðar, þó áverkar ættu aðeins undir 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. og honum dæmd 18 mánaða fangelsisrefsing.

Allir framangreindir dómar eiga þrennt sameiginlegt. Í fyrsta lagi heyra afleiðingar ofbeldisins allar undir líkamsárásir samkvæmt 1. mgr. 217. gr. alm. hgl., t.d. mar, rispur og tognun. Í öðru lagi beitti ákærði hættulegri aðferð við verknaðinn. Tækin sem notuð voru við árásirnar teljast öll hættuleg vopn: kúluhamar, skæri, bjórglas, felgulykill, álstöng og hafnaboltakylfa. Þar að auki var þeim beint að mikilvægum líkamshlutum svo sem höfði, andliti og brjóstakassa. Í þriðja lagi felldi Hæstiréttur allar árásirnar undir sama refsíákvæði hegningarlagaanna, 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. Í forsendum er oft tekið fram að árás hafi verið fólkskuleg og tilviljun ein hafi ráðið því að ekki hlutust af verri áverkar en raun bar vitni. Hefði Hæstiréttur farið eftir lögskýringargögnum laga nr. 20/1981 og dæmt verknaðina sem brot á 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. væri refsihámarkið aðeins 6 mánaða fangelsi og mest fangelsi í eitt ár hafi háttsemin verið sérstaklega vítaverð. Hins vegar er refsihámark fyrir stórfellda líkamsárás 16 ára fangelsi. Fallast má á, að það eigi sér ekki stoð í réttarvitund almennings að telja jafn grófar atlögur að lífi og líkama manns, sem fjallað er um í framangreindum dómum, sem minni háttar líkamsmeiðingu í ljósi refsihámarks þess ákvæðis. Þá hefur tilviljun ein, að ekki fór verr, of mikil áhrif, brotamanni í hag. Dómurinn virðist réttlæta réttarþróun sína með vísan í þessi atriði. Af þessu er ljóst að Hæstiréttur fer ekki eftir vilja löggjafans við setningu laga nr. 20/1981 og hefur í raun breytt skilyrðum fyrir beitingu 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. Nú virðist sem hættuleg aðferð ein og sér sé nóg til að fella verknað undir umrætt ákvæði.

6 Hlutrænar refsileysisástaður

6.1 Almennt

Hugtakið afbrot er efnislega skilgreint sem refsiverð, ólögmæt og saknæm háttsemi. Refsinæmi er hlutrænt skilyrði að því leyti að löggjafinn hefur sett lagaákvæði gegn viðkomandi verknaði. Ólögmæti er einnig hlutrænt skilyrði en þó víðtækara en skilyrðið um refsinnæmi. Samkvæmt því mega engar ástaður vera fyrir hendi sem geta réttlætt verknaðinn svo sem samþykki brotþola. Saknæmi er huglægt skilyrði þess efnis að brotamaður hafi framið verknaðinn af ásetningi eða gáleysi. Uppfylli verknaður öll ofangreind skilyrði er um afbrot að ræða. Þessi skilyrði eru lögbundin í almennum hegningarlögum, stjórnarskrá og Mannréttindasáttmála Evrópu. Samkvæmt 1. mgr. 69. gr. stjkskr. og 1. mgr. 7. gr. MSE verður engum 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 auk þess ekki vera þyngri en heimiluð voru í lögum er háttsemin átti sér stað. Þessi ákvæði eru grundvöllur refsinnæmis. Ólögmætisskilyrðið kemur skýrt fram í ákvæðum 12. og 13. gr. alm. hgl. um neyðarvörn og neyðarrétt. Loks er kveðið á um saknæmisskilyrðið í 18. og 19. gr. alm. hgl. Samkvæmt 18. gr. er verknaður, sem refsing er lögð við í alm. hgl., ekki saknæmur, nema hann sé unninn af ásetningi eða gáleysi. Fyrir gáleysisbrot skal auk þess aðeins refsa að sérstök heimild sé til þess í lögum.

Ólögmæti er fortakslaust refsiskilyrði. Hugtakið má skilgreina nánar sem athöfn eða athafnaleysi sem brýtur í bága við réttarreglu, jafnt skráða sem óskráða. Þótt verknaður sé refsinnæmur geta ýmsar aðstaður leitt til þess að hann hafi verið lögmætur frá upphafi og varði þar af leiðandi ekki við refsilög. „Til grundvallar liggja m.a. *hlutrænar refsileysisástaður*, byggðar á almennum réttarreglum, skráðum eða óskráðum, svo sem neyðarvörn (12. gr. hgl.), neyðarréttur (13. gr. hgl.), samþykki (m.a. til minni háttar líkamsárása, sbr. 218. gr. a. hgl.), óbeðinn erindisrekstur, opinber réttarvarsla, tiltekin hagsmunavarsla og hagsmunamat.“⁸⁷ Þetta er þó ekki tæmandi talið.

Í sumum refsíákvæðum er ólögmætisskilyrðið tekið fram berum orðum. Það er nauðsynlegt þegar verknaður telst í eðli sínu eðlilegur og refsilaus sé hann ekki framinn í ólögmætum tilgangi. Sem dæmi um slík ákvæði má nefna 103. gr. alm. hgl. um ólöglega hegðun við kosningar, 2. mgr. 111. gr. alm. hgl. sem leggur bann við tilteknum samskiptum

⁸⁷ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíábyrgð I*, bls. 39.

við fanga, 131. gr. alm. hgl. um beitingu þvingana til að ná fram játningu, 181. gr. alm. hgl. um ólöglega framfærslu og fjárvikaákvæði 248. gr. alm. hgl. Í öðrum ákvæðum er óþarft að tilgreina ólögmetisfyrirvarann svo sem í manndrapsákvæði 211. gr. alm. hgl.

Nú verður fjallað um tvær helstu refsileysisástæðurnar sem gera það að verkum að refsiverður verknaður telst af þeim ástæðum refsilaus. Þær eru neyðarvörn og samþykki. Ber þ.a.l. að sýkna ákærða eigi þær við. Ekki verður rætt um neyðarrétt þar sem hann kemur sjaldan til skoðunar í líkamsárásarmálum.

6.2. Neyðarvörn

„Neyðarvörn samkvæmt 12. gr. hgl. er lögmet réttarvörsluathöfn einstaklings, er felur í sér nauðsynlega beina valdbeitingu gegn manni til þess að verjast eða afstýra ólögmetri árás hans á þann, sem neyðarvörninni beitir, eða á einhvern annan mann.“⁸⁸ Neyðarvörn bakar manni hvorki refsíabyrgð né skaðabótaábyrgð. Eins og heitið gefur til kynna þarf ákveðin neyð að vera fyrir hendi svo réttlætanlegt sé að verjast árás með árás. Ávallt ber að huga að hættustigi yfirvofandi árásar og ekki grípa til harðari neyðarvarnaraðgerða en nauðsynlegt er hverju sinni. Valdbeitingin þarf m.ö.o. að vera forsvaranleg. Ef unnt er að komast hjá árásinni án beinnar valdbeitingar eru skilyrði 12. gr. alm. hgl. ekki uppfyllt. Neyðarvörn veitir þegnum samfélagsins ákveðna heimild til að taka lögin í sínar hendur við sérstakar aðstæður. „Den som er i en nødssituasjon, har på bestemte vilkår rett til å begå handlinger som vanligvis er straffbare, for å redde seg ut av situasjonen («nød bryter alle lover»“.⁸⁹

Ákærðu í líkamsárásarmálum bera stundum neyðarvarnarákvæði 12. gr. alm. hgl. fyrir sig.

Hrd. 2000, bls. 1403 (51/2000): G var ákærður fyrir tvö brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. með því að hafa annars vegar veist að S og slegið hann tvívegis í höfuðið með flösku og hins vegar lagt til D með hnífi. Talið var að þótt D hefði í umrætt sinn ráðist að fyrri bragði að G væri ekki unnt að fallast á að honum yrði metið refsilaust samkvæmt 12. gr. alm. hgl. að hafa beitt hnífi sér til varnar. Hins vegar yrði að líta til aðdraganda atlögunnar við ákvörðun refsingar G. Var G sakfelldur fyrir bæði brotin og dæmdur til að greiða S skaðabætur. Með hliðsjón af því að D hafði átt upptök að átökunum við G þótti hann verða að bera hluta tjóns síns sjálfur. G var dæmdur til að bæta tjón hans að hálfu. Refsing hans var 6 mánaða fangelsi, en fullnustu fjögurra þeirra var frestað í tvö ár.

⁸⁸ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð III*, bls. 116.

⁸⁹ Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff*, bls. 89.

Hrd. 18. janúar 2007 (454/2006): G var sakfelldur fyrir að kasta gangstéttarhellubroti í andlit X með þeim afleiðingum að X hlaut skurð sem náði frá hægri augnkrók niður eftir andliti auk þess sem sex tennur brotnuðu í munni hans. Fallist var á að G hafi ætlað að nota hellubrotið til að verja sig eða ógna, en hann var á flótta undan X, sem hljóp á eftir honum á mikilli ferð ásamt nokkrum vinum sínum. Hins vegar var talið að G hafi hlotið að vera ljóst að sú háttsemi hans að sveifla þungu hellubrotinu og henda því um leið og hann sneri sér við, vitandi að X var fast á hæla honum, var stórhættuleg og til þess fallin að líkamstjón hlytist af. Brot hans var heimfært undir 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. Ekki var fallist á að verknaður G hefði verið unninn í neyðarvörn. Við ákvörðun refsingar var þó litið til 3. mgr. 218. gr. b. alm. hgl. þar sem í verknaðinum fólst erting af hálfu X að elta G við annan mann þegar hann lagði á flótta. Einnig var litið til 4., 5. og 8. tölulíðar 70. gr. alm. hgl. G var dæmdur í fimm mánaða skilorðsbundið fangelsi og til að greiða X skaðabætur.

Af þessum dómum er ljóst að mikið þarf til að koma svo verknaður verði talinn refsilaus frá upphafi og virtur sem neyðarvörn. Í báðum ofangreindum dómum beitir ákærði hættulegu vopni til að verjast árás, þ.e. annars vegar hnífi og glerflösku og hins vegar gangstéttarhellubroti. Skilyrði neyðarvarnar töldust því ekki uppfyllt og háttsemin var talin refsiverð. Það telst aldrei réttlæt看legt að verjast ærumeiðingu með ofbeldi eins og skýrt kemur fram í eftirfarandi dómi:

Hrd. 1976, bls. 4: Maður var ákærður fyrir að hafa slegið til annars manns svo hann féll í götuna og síðan sparkað í hann liggjandi. Brotapoli hlaut bæði líkams- og heilsutjón: heilahristing og blæðingu á heila, glóðarauga á báðum augum og sjóntruflanir vegna skaða á sjóntaugum. Ákærði krafðist sýknu af kröfum ákærvaldsins með þeim rökum að um nauðvörn hefði verið að ræða. Hæstiréttur féllst ekki á það. Þó taldi dómurinn sannað með framburði ákærða og þriggja vitna að brotapoli hafi talað niðrandi um móður ákærða. Dómurinn taldi þó atlögu ákærða að brotapola hvorki nauðsynlega til þess að verjast eða afstýra hinu meiðandi orðbragði né fyllilega réttlæt看lega út frá sanngirnissjónarmiði. Hér verður einnig að hafa í huga að ákærði hélt árásinni áfram eftir að brotapoli féll óvígur í götuna.

Ávallt ber að hafa í huga, að „þessi regla um heimild einstaklinga til að taka réttarvörsluna í sínar hendur, innan tiltekinna marka, er frávik frá þeirri grundvallarreglu, að réttarvarslan sé í höndum almannavaldsins.“⁹⁰ Hins vegar er þetta nauðsynleg regla í samfélagi manna. Sanngirnissjónarmið liggja að hluta til að baki henni, en markmið hennar er að koma í veg fyrir að óréttlæti sé réttlæt看inu yfirsterkara. Lögregluþyrirvöld geta engan veginn komið í veg

⁹⁰ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsiaþbyrgð III*, bls. 116.

fyrir alla yfirvofandi glæpi og því er nauðsynlegt að veita borgurunum ákveðinn sjálfsvarnarrétt sem ekki bakar þeim refsíabyrgð. Að lokum hafa neyðarvarnareglur ákveðna forvörn í sér. Líklegt er að árásarmaður hugsi sig tvisvar um viti hann að fórnarlambi hans sé fjálst að verjast árás upp á eigin spýtur.⁹¹

Þó skilyrði neyðarvarnarverka séu ekki uppfyllt samkvæmt 1. mgr. 12. gr. alm. hgl. þarf þó ekki að sakfella fyrir fullframið ásetningsbrot. Í 1. tl. 1. mgr. 74. gr. alm. hgl. er sérstök refsilækkunarheimild. Hún felur í sér að færa má refsingu niður fyrir lágmark hennar eins og fram kemur í viðeigandi refsíákvæði hafi maður farið út fyrir takmörk leyfilegrar neyðarvarnar eða neyðarréttar. Þó er aðeins um heimild að ræða en ekki skyldu, sem dómari getur gripið til þegar við á. Ákvæðið er því eins konar millivegur milli sýknudóms á grundvelli 1. mgr. 12. gr. alm. hgl. og fulls refsidóms. Samkvæmt 2. mgr. ákvæðisins má þar að auki láta refsingu niður falla ef sérstaklega stendur á. Af framangreindu er ljóst að þó skilyrði neyðarvarnar séu ekki uppfyllt er þó litið til þeirra við ákvörðun refsingar.

6.3 Samþykki

Eðli og verknaðarlýsing flestra refsiverðra brota samkvæmt alm. hgl. eru á þann veg að samþykki brotaþola leiðir til refsileysis. Sem dæmi má nefna að ómögulegt er að fremja þjófnað eða gripdeild hafi hinn meinti brotaþoli samþykkt háttsemina. Þá er litið svo á að ekkert brot hafi verið framið. Hugtakið samþykki er skilgreint sem „undanfarandi eða samtímis viljatjáningu þess, sem afbrot bitnar á, um að hann fallist á framkvæmd verksins.“⁹² Skilgreiningin hefur að geyma mörg skilyrði, til dæmis að um gilt samþykki sé að ræða, sem leiðir til brottfalls refsíabyrgðar. Engar formkröfur eru gerðar til þessarar viljayfirlýsingar brotaþola sem getur verið gefin munnlega, skriflega, með látbragði eða með því að aðhafast ekkert. Mikilvægt er þó að viljayfirlýsingin sé gefin af réttum aðila, þ.e. brotaþola sjálfum. Í almannahættubrotum eins og brennu er enginn einn sérstakur brotaþoli og því ómögulegt að bera samþykki fyrir sig sem refsileysisástæðu. Tímamörk samþykkis eru annað hvort fyrirfram eða samtímis. Eftirfarandi og síðar til komið samþykki hefur engin áhrif. Sé samþykki gilt hefur það sömu réttaráhrif og aðrar hlutrænar refsileysisástæður, þ.e. verknaður var lögmætur frá upphafi og bakar geranda ekki refsíabyrgð. Reglur um samþykki eru að mestu leyti ólögfestar en þó eru undantekningar frá því. Í 213. gr. alm. hgl. er sérákvæði um

⁹¹ Svein Slettan og Toril Maire Øie, *Forbrytelse og straff*, bls. 90.

⁹² Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð III*, bls. 164.

manndráp framið fyrir brýna beiðni viðkomandi. Hið almenna manndrápsákvæði 211. gr. alm. hgl. kveður á um að hver sem sviptir annan mann lífi skuli sæta fangelsi ekki skemur en 5 ár eða ævilangt. Ljóst er að samþykki viðkomandi hefur töluverð áhrif á hámark refsingar sem er þriggja ára fangelsi samkvæmt ákvæði 213. gr. alm. hgl. Rökin að baki umræddu fyrirkomulagi laganna eru þau að manndráp er virt sem svo alvarlegt brot að gilt samþykki getur ekki haft áhrif sem refsileysisástæða. „Den enkelte råder ikke fritt over sitt eget liv.“⁹³

Ekki er til ein algild regla um réttaráhrif samþykkis fyrir hvert og eitt brot. Verður því að leitast við að túlka áhrif samþykkis fyrir hvert þeirra um sig. Samþykki hefur mikil áhrif í líkamsmeiðingarbrotum. Fræðimennirnir Svein Slettan og Toril Marie Øie nefna, að „Samtykket kan være gitt – uttrykkelig eller underforstått – i forbindelse med slagsmål eller kampsport, eller ved tatovering, eksperimenter eller seksuell utfoldelse.“⁹⁴ Í 2. mgr. 218. gr. b. er lögfest ákvæði um samþykki í líkamsmeiðingarbrotum.

2. mgr. 218. gr. b. Samþykki til líkamsárásar veldur því, að refsingu, sem ella væri unnið til, má lækka. Nú varðar verknaður við 217. gr., og verður þá ekki refsað, þegar samþykki liggur fyrir.

Fyrri málsliður ákvæðisins tekur til meiri háttar og stórfelldra líkamsmeiðinga og er þá refsilækkunarástæða en veldur ekki refsileysi. Slíkt gerir þó seinni málsliður varðandi líkamsárásir samkvæmt 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Mið hliðsjón af afleiðingum líkamsárása, þ.e. skrámur, hrúfl og skinnspretta sem dæmi, þykir eðlilegt að gilt samþykki leiði til algers refsileysis, en ekki aðeins mildari refsingar. Ekki þarf mikið ofbeldi til að koma svo slíkar afleiðingar komi fram. Líf og líkami manna njóta þó víðtækrar verndar samkvæmt almennu hegningarlögunum og því er skiljanlegt að alvarlegri brot gegn þeim leiði ekki til sýknu.

⁹³ Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff*, bls. 99.

⁹⁴ Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff*, bls. 252.

7 Huglæg skilyrði

7.1 Hugtakið saknæmi

Tiltekin hlutlæg og huglæg skilyrði þarf að uppfylla svo að maður baki sér refsíabyrgð. Hin hlutlægu skilyrði eru refsínæmi og ólögmæti en hin huglægu eru saknæmi og sakhæfi. Sakhæfi felur í sér tvennt, annars vegar að gerandi hafi náð sakhæfisaldri sem er 15 ár samkvæmt 14. gr. alm. hgl. og hins vegar að hann sé ekki alvarlega veikur á geði, sbr. 15. gr. laganna. Með saknæmi er átt við að tiltekin huglæg afstaða geranda þarf að vera uppfyllt svo heimilt sé að refsa viðkomandi fyrir brot. Hugtakið saknæmi er hvergi skilgreint í lögum. Það hefur þó lengi verið gert ráð fyrir því í framkvæmd og því er inntak þess orðið nokkuð afmarkað. Saknæmi má skilgreina sem ákveðna grundvallarreglu um að refsíabyrgð áskilji tiltekna huglæga og ámælisverða afstöðu geranda til refsínæms verknaðar, nema annað sé skýrlega tekið fram í settum lögum. Saknæmi getur bæði verið lögfest, sbr. 18. gr. alm. hgl., og ólögfest. Saknæmi skiptist í ásetning (dolus) og gáleysi (culpa) sem hvort um sig flokkast í nokkra undirflokka eftir stigsmun. Hugtökin tvö eru hvergi skilgreind í lögnum né í greinargerð er fylgdi þeim. Í greinargerðinni var þó tekið fram að slík skilgreining ætti fremur heima í hinum almennu refsiréttarfræðum heldur en í beinni lagasetningu.⁹⁵ Inntak þeirra hefur verið skýrt með hliðsjón af norrænum rétti sem iðulega er til fyrirmyndar við lagasetningu á sviði refsiréttar. Segja má að skilgreining þeirra mótist bæði af fræðilegri umfjöllun svo og dómaframkvæmd. Hugtökin eiga það þó sameiginlegt að grundvallast á tiltekinni huglægri afstöðu manns, sem telst ámælisverð, þar sem gerandi vinnur refsínæmt og jafnframt ólögmætt verk, þótt hann gæti látið það hjá líða (athafnabrot) eða hann vanrækir að vinna verk sem honum ber skylda til að gera (athafnaleysisbrot).⁹⁶ Saknæmisskilyrðin verða þó að ná ákveðnu lágmarki til að hægt sé að dæma fyrir afbrot. Knud Waaben hefur lýst ásetningshugtakinu sem svo að menn fremji afbrot með vitund og vilja.⁹⁷

Það er hlutverk ákærvalds að sanna að slík huglæg afstaða hafi legið að baki broti ákærða. Slík sönnun getur þó verið afar erfið og deila má um hvort hún dragi úr gildi saknæmisreglunnar. Sanna þarf að saknæmi geranda hafi staðið til allra efnisþátta hins refsiverða brots, eins og þeim er lýst í refsíákvæði. Efnisþættirnir eru þó mismiklir eftir fullframningarstigi refsíákvæðis. Eitt afbrigði er þó frá þeirri meginreglu sem nefnist

⁹⁵ Alþt. 1939, A-deild, bls. 357.

⁹⁶ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 13.

⁹⁷ Knud Waaben, *Strafferettens almindelige del I*, bls. 140.

blandaðar saknæmiskröfur eða *dolus mixtus cum culpa*. Nánar verður fjallað um þá reglu síðar.

Helsta lagaheimildin um saknæmi er í 18. og 19. gr. alm. hgl. Umrædd ákvæði eru svohljóðandi:

18. gr. Verknaður, sem refsing er lögð við í lögum þessum, er ekki saknæmur, nema hann sé unninn af ásetningi eða gáleysi. Fyrir gáleysisbrot skal því aðeins refsá, að sérstök heimild sé til þess í lögnum.

19. gr. Sé refsinnæmi verknaðar, eða aukin refsing við honum, bundið því skilyrði samkvæmt þessum lögum, að verkið hafi í för með sér tilteknar afleiðingar, telst því skilyrði ekki fullnægt, nema gáleysi sakbornings megi að minnsta kosti um afleiðingarnar kenna, eða því, að sakborningur hefur ekki gert sér far um að afstýra eftir mætti hættu þeirri, er verkið hafði í för með sér, þegar er hann varð hennar var.

Ákvæðin ná einungis til almennu hegningarlaganna og er gagnályktað út frá þeim. Af 18. gr. er ljóst að ásetningur er aðalsaknæmiskrafan, enda er aðeins heimilt að sakfella mann á grundvelli gáleysis sé sérstök lagaheimild til þess. Slík heimild er til dæmis í ákvæði 215. gr. um manndráp af gáleysi og 219. gr. um líkamsmeiðingar af gáleysi. „Með 19. gr. hgl. eru tekin af öll tvímæli um, að saknæmi sé fortakslaust refsiskilyrði samkvæmt hegningarlögum.“⁹⁸ Þegar lögbundnum ákvæðum um saknæmisskilyrði sleppir tekur hin ólögfesta meginregla um saknæmi við. Jónatan Þórmundsson telur hana reista á langri sögulegri hefð, umræddum ákvæðum 18. og 19. gr. alm. hgl. og þeirri staðreynd að hún er talin gilda í sérrefsilögum, sé ekki annað tekið fram.⁹⁹ Flokkun saknæmis í undirkafla hefur helst áhrif við ákvörðun refsingar.

7.2 Ásetningur

Ásetningur er hið veigameira ásetningsstig og meginreglan um saknæmi samkvæmt ákvæði 18. gr. alm. hgl. Knud Waaben tekur dæmi um ásetning sem saknæmisskilyrði í sambandi við líkamsmeiðingar: „De af § 244 omfattede legemsangreb skal være foretaget med forsæt, dvs. iværksat ved styrede legemsbevægelser og med bevidsthed om at en andens krop rammes eller påvirkes. Der er ikke hjemmel til at straffe den som ved klodshed, i fuldskab eller i

⁹⁸ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsiaþbyrgð II*, bls. 22.

⁹⁹ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsiaþbyrgð II*, bls. 21.

øvrigt uagtsomt vælter eller rammer en anden, medmindre der herved påføres en skade der kan henføres under § 249.¹⁰⁰

Hugtakið ásetningur er hvergi skilgreint í lögum og skiptist niður í nokkra flokka eins og nefnt var hér að framan. Flokkarnir eru beinn ásetningur, sem greinist í tilgang og óhjákvæmilega afleiðingu, líkindaásetningur og *dolus eventualis* sem skiptist í skilyrtan ásetning og jákvæða afstöðu til brots. Önnur hugtök yfir ásetning eru til dæmis af ásettu ráði, vísvitandi eða af ráðnum hug.

7.2.1 Ásetningsstig

Í fyrstu gæti flokkun í mismunandi ásetningsstig eftir huglægri afstöðu brotamanns virst tilgangslaus og óþörf. Ákvæði 18. gr. alm. hgl. nefnir engin stig ásetnings sem skilyrði saknæmis heldur aðeins ásetning eða gáleysi, sé sérstök lagaheimild þess efnis til staðar. Spyrja má því, hvaða tilgangi það þjóni að brjóta saknæmisskilyrðin niður í svo ítarlega flokka og raun ber vitni. Þó sönnun um ásetning eða gáleysi brotamanns sé nóg fyrir sakfellingu getur stigskipting hvors saknæmisskilyrðis um sig haft áhrif við ákvörðun refsingar. Því meiri ásetningur til brots, skipulag og undirbúningur því þyngri ákvarðast viðurlögin. „Þess vegna er það einkum í manndrápsmálum og málum út af öðrum meiri háttar afbrotum (stórfelld líkamsárás, brenna o.fl.), þar sem rækileg könnun fer fram á ásetningsstigi geranda hverju sinni. Í þeim málum hefur ásetningsstigið veruleg áhrif á refsíákvörðun, bæði um það hvort skilorðsdómur kemur til greina og um refsihæð innan lögumáltra refsimarka.“¹⁰¹ Í 6. málsl. 1. mgr. 70. gr. alm. hgl. er beinlínis tekið fram að þegar hegning er tiltekin skal hafa hliðsjón af því hversu styrkur og einbeittur brotavilji geranda hafi verið.

7.2.1.1 Beinn ásetningur

Hæsta stig ásetnings er beinn ásetningur. Hann skiptist niður í tvö afbrigði, tilgang og óhjákvæmilega afleiðingu. Með beinum ásetningi vill brotamaður því til leiðar sem verknaðarlýsing í refsíákvæði lýsir sem afbroti. Brotamanni er þá oftast ljóst hverjar afleiðingarnar af verknaði hans verða. Kjarninn í tilgangi er vilji og vitund brotamanns og að

¹⁰⁰ Knud Waaben, *Strafferettens specielle del*, bls. 18.

¹⁰¹ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 67.

hann vilji beinlínis koma afleiðingum brots til vegar. Brotamaður framkvæmir því athafnir sem miða að ákveðnum afleiðingum eða árangri sem lýst er sem refsiverðum í verknaðarlýsingu refsíákvæðis. Svein Slettan og Toril Marie Øie lýsa inntaki tilgangs svoleiðis: „Hensiktsforsett foreligger når gjerningspersonen har tilsiktet (tilstrebet) følgen; han har skutt *for* å drepe. Offerets død var motivet for handlingen.“¹⁰² Sem dæmi um tilgang má nefna eftirfarandi dóm:

Hrd. 1986, bls. 1071: Maður var dæmdur fyrir brennu og manndráp, almannahættubrot og eignaspjöll. Hann réðst á yfirmann sinn á skipi, barði hann til óbóta og kveikti síðan í skipinu til að eyða öllum sönnunargögnum. Hæstiréttur taldi að honum hlyti að hafa verið ljóst að slík atлага gæti leitt til dauða.

Hæstiréttur rýnir auk þess ítarlega í saknæmisstig brotamanns í *Hrd. 1992, bls. 987:*

Hrd. 1992, bls. 987: Brot ákærða laut að tilraun til manndráps með hnífsstungu en ákærði kom að fyrrverandi sambýliskonu sinni liggjandi í rúmi með öðrum manni. Í forsendum héraðsdóms, sem staðfestar voru í Hæstarétti, segir um ásetning hans: „Ákærði hefur sjálfur borið við rannsókn og meðferð málsins, að fyrir sér hafi vakað að ráða S bana með hnífsstungunni, og segir þann ásetning hafa vaknað á þeirri stundu, er hann sá S sofandi við hlið fyrrverandi sambýliskonu sinnar, en við það hafi ákærði fyllst slíku hatri í garð S, að ekkert annað hafi komist að í huga sér en ráða manninn af dögum. Segist ákærði eftir þetta hafa farið fram í eldhús nefndrar íbúðar, þar sem hann valdi sér hníf úr hnífa „statívi“ til að nota til verksins. Með hliðsjón af þessum framburði ákærða verður að telja sannað, að á áðurnefndri stundu hafi vaknað hjá honum styrkur og einbeittur vilji til að ráða S af dögum, enda atlagan til þess fallin að valda dauða hans.“

Þó svo brotamaður hafi búið yfir einbeittum ásetningi er ekki nauðsynlegt að verkið hafi leitt af sér miklar afleiðingar. Hins vegar verður að vera raunverulegur möguleiki á því að afleiðingarnar komi fram og brotamaður verður einnig að telja yfirgnæfandi líkur á þeim.¹⁰³

Óhjákvæmileg afleiðing er næst hæsta stig ásetnings fyrir utan tilgang. Hún snýst um vitund geranda um að tiltekna afleiðingar verknaðar séu óhjákvæmilegar eða um það bil 95% líkur á að þær gerist. Horft er til þess hvað gerandi mátti sjá fyrir við framkvæmd brots og hvernig brot horfði við honum. Það eru því ekki hinar raunverulegu líkur á afbroti sem skipta hér máli.

¹⁰² Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff*, bls. 112.

¹⁰³ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíábyrgð II*, bls. 70-71.

Við skýringu á umræddu ásetningsstigi má nefna eftirfarandi dóm:

Í *Hrd. 7. febrúar 2008 (438/2007)* voru málavextir þeir að ákærði skaut að eiginkonu sinni með haglabyssu á heimili þeirra. Hún hlaut ekki alvarlega áverka en ljóst var að ákærði hafði beitt skotvopninu á þann hátt að hann framdi lífshættulegan verknað og að hending ein réði því að ekki hlaut bani af. Með vísan til forsendna héraðsdóms var staðfest sú niðurstaða hans að ákærði hefði með verknaði sínum brotið gegn 211. gr., sbr. 20. gr. alm. hgl. Við ákvörðun refsingar var litið til þess hversu einbeittur ásetningur ákærða til verknaðarins hefði verið. Að þessu virtu og með hliðsjón af ákvæði 3. mgr. 70. gr. alm. hgl. var refsing ákærða hæfilega ákveðin fangelsi í sex ár.

Taka má undir rökstuðning Hæstaréttar varðandi einbeittan ásetning ákærða sem skaut úr hlaðinni haglabyssu í átt að dyragætt þar sem kona hans stóð. Honum hlaut að vera ljóst að miklar líkur væri á manndrápi með umræddum verknaði hans.

7.2.1.2 Líkindaásetningur

Líkindaásetningur er næsta stig fyrir neðan beinan ásetning. Hér eru líkurnar nokkuð minni en í tilgangi og óhjákvæmilegri afleiðingu eða um 60-70%¹⁰⁴. Gerandinn telur með öðrum orðum yfirgnæfandi líkur á því eða langlíklegast að refsinnæm afleiðing komi fram í kjölfar verknaðar síns. „Í íslenskri réttarframkvæmd er þessu líkindastigi yfirleitt lýst þannig, að geranda geti ekki dulist eða honum hljóti að vera það ljóst, að langlíklegast sé, að afleiðingin komi fram.“¹⁰⁵ Sem dæmi um líkindaásetning má líta til eftirfarandi tveggja dóma:

Hrd. 2006, bls. 912 (408/2005): Maður var ákærður fyrir manndráp með því að bregða þvottasnúru um háls eiginkonu sinnar á heimili þeirra og þrengja að með þeim afleiðingum að hún lést af völdum kyrkingar. Í héraði var hann sakfelldur fyrir brot gegn 211. gr. alm. hgl. auk þess sem hann var dæmdur til greiðslu skaðabóta. Hæstiréttur taldi að um skyndiásetning væri að ræða, sem mótast hefði rétt fyrir árásina. Þá sá ákærði annan mann yfirgefa heimili þeirra um miðja nótt auk þess sem hin látna hafði beðið hann um að hjálpa sér að deyja. Dómurinn taldi að honum hlyti að hafa verið ljóst að miðað við hve miklu afli hann beitti við kyrkinguna væru yfirgnæfandi líkur á að konan hlyti bana af.

¹⁰⁴ Jón Þór Ólason, Tímaglósur úr refsirétti 2, haust 2008.

¹⁰⁵ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsiaþbyrgð II*, bls. 76.

Hrd. 25. janúar 2007 (415/2006): Maður var ákærður fyrir tilraun til manndráps með því að hafa stungið X tvisvar sinnum með hnífi í brjóstholið með þeim afleiðingum að lunga hans féll saman. Í niðurstöðu héraðsdóms, sem staðfest var í Hæstarétti, segir að hnífsstunga í brjósthol manns hljóti ávallt að teljast til þess fallin að valda dauða hans. Hafi ákærði hlotið að gera sér grein fyrir því að langlíklegast væri að X biði bana af atlögunni. Var hann sakfelldur fyrir brot gegn 211. gr., sbr. 1. mgr. 20. gr. alm. hgl. og gert að sæta fangelsi í 5 ár.

Taka má undir rökstuðning Hæstaréttar um að bæði kyrking með þvottasnúru sem beitt er af öllu afli og hnífsstunga í brjósthol manns teljist hátt stig ásetnings. Dauði er jafnframt langlíklegasta afleiðing af slíkum verknaði.

Inntak líkindaásetnings er ekki alveg samræmt milli Norðurlandþjóðanna. Athyglisvert er að skoða norskan rétt í þessu sambandi. Johannes Andenæs segir um neðri mörk líkindaásetnings árið 1998 „Det som er tvilsomt, er hvor høy grad av sannsynlighet som kan kreves. Betegner »overveiende sannsynlig« en sannsynlighet som nærmer seg visshet, eller er det nok at det er *mer* sannsynlig at skaden skal inntre enn at det skal gå godt? Eller ligger grensen et sted mellom disse punkter?“¹⁰⁶ Hann heldur því jafnframt fram að þróunin hafi verið í þá átt að lækka neðri mörk umrædds ásetningsstigs og hörfa frá fyrri framkvæmd um að hærri líkindi þurfi til. Svein Slettan og Toril Marie Øie lýsa sama ásetningsstigi árið 2001. Þar taka þau fram að „Selv om gjerningspersonen verken hadde til hensikt å fremkalle følgen, eller holdt den som sikker, er det forsætt hvis han regnet det som mest sannsynlig (minnst 51 prosent sannsynlig) at følgen ville inntre.“¹⁰⁷ Hér er ljóst að neðri mörk líkindaásetnings hafa lækkað umtalsvert og ná nú niður í 51%. Að því leyti má færa rök fyrir því að hinn norski líkindaásetningur náí í raun einnig yfir ásetningsstigið *dolus eventualis* í íslenskum rétti, en neðri mörk hans eru einmitt 51%.

7.2.1.3 Dolus eventualis

Dolus eventualis er neðsta stig ásetnings og tekur við þar sem líkindaásetningi sleppir. Neðri mörk hans eru við hæsta stig gáleysis en *dolus eventualis* gerir ákveðnar lágmarkskröfur um vitundarstig brotamanns ólíkt gáleysi. Þessi neðsti flokkur ásetnings er erfiður í framkvæmd því það er oft vandræðum bundið að greina hann frá gáleysi. Umrætt sagnæmisstig byggir þá

¹⁰⁶ Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferet*, bls. 217.

¹⁰⁷ Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff*, bls. 112.

á ákveðnum vitundarmælikvarða um að afleiðingar verknaðar geti komið fram. „Þessi huglæga afstaða er yfirleitt lögð að jöfnu við meðvitað (vísvitandi gáleysi), og þess vegna þarf meira en almenna einkennið til þess að staðreyna megi ásetning (sérstök takmörkunarviðmið).“¹⁰⁸ *Dolus eventualis* skiptist niður í tvo undirflokka sem verða nú skýrðir nánar.

a) Skilyrtur ásetningur

Skilyrtur ásetningur er annað tveggja afbrigða *dolus eventualis*. Hann lýsir sér þannig að talið er ljóst að brotamaður hefði engu að síður framið umrætt brot þó að hann hefði hann talið nær víst að hin refsiverða afleiðing kæmi fram.¹⁰⁹ Sönnun á slíkri hugsun er nær ómöguleg og byggist í raun á mati dómstólsins einu og sér, enda er játning í refsimálum sjaldgæf. Þar af leiðandi hefur þetta stig ásetnings litla sem enga þýðingu. Varpa má fram þeirri spurningu hvaða tilgangi það þjóni að greina ásetning brotamanns svo nákvæmt. Færa má rök fyrir því að undirflokkar ásetnings séu nægir og óþarft sé því að fara enn dýpra í saknæmismatið. Helsta dæmið um skilyrtan ásetning í íslenskum rétti er hið svokallaða Yrsufellsmál, *Hrd. 1973, bls. 912*.

Hrd. 1973, bls. 912: Málavextir voru þeir að maður hóf skothríð í fjölbýlishúsi í Breiðholti þar sem fyrrverandi tengdamamma hans bjó. Hæstiréttur rýnir í ásetning mannsins og segir meðal annars: „Þegar virt er allt atferli ákærða, áður en hann hóf skothríðina, svo og háttsemi hans þar næst á eftir, verður að telja, að það hefði eigið aftrað honum í að skjóta þótt honum hefði verið ljóst, að skothríðin drægi til líftjóns.“

Hér lítur rétturinn til aðstæðna fyrir og eftir brot og það talið nægilegt til að ákvarða ásetningsstig mannsins.

b) Jákvæð afstaða til afbrots

„Þetta síðara meginafbrigði af *dolus eventualis* felst í því viðbótarskilyrði, að gerandi, sem hefur a.m.k. grun eða hugboð um tiltekna refsinsæma afleiðingu verknaðar síns eða tilvist ákveðinna aðstæðna, lætur sér í léttu rúmi liggja, hvort afleiðingin kemur fram eða

¹⁰⁸ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð II, bls. 79*.

¹⁰⁹ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð II, bls. 80*.

aðstæðurnar eru fyrir hendi.¹¹⁰ Skilgreiningin minnir á gáleysishegðun sem er næsta stig saknæmis fyrir neðan. Gerandinn er í raun að framkvæma verk í von um að refsiverðar afleiðingar þess komi ekki fram svo sem hraðakstur án áreksturs eða notkun skotvopns í þéttbýli án þess að líkamsmeiðing, manndráp eða voðaskot eigi sér stað á meðan. Brotamaður tekur áhættu og vonast eftir því að hafa heppnina með sér.

Skýrasta dæmið um jákvæða afstöðu til brots er danskur dómur frá árinu 1918.

U 1918, bls. 946: Ákærði, sem var trésmiður, var í öngum sínum vegna hjúskaparbrotis konu sinnar. Honum var gefið að sök að hafa af ásetningi valdið eldsvoða, er hann henti frá sér logandi eldspýtu í spænina á verkstæði sínu, um leið og hann heyrðist segja: „Ske hvad der vill!“ Í skýrslugjöf hans síðar kom fram, að honum hefði verið það ljóst, að brugðið gat til beggja vona um afleiðingar þessa verknaðar. Svo fór, að húsið brann til kaldra kola.¹¹¹

Hér er ljóst að ákærði gerði sér grein fyrir hugsanlegum afleiðingum refsinnæms verknaðar síns en hann lætur sér þær í léttu rúmi liggja.

7.3 Gáleysi

Gáleysi er annað tveggja saknæmisskilyrðanna. Til þess að unnt sé að sakfella fyrir gáleysishegðun samkvæmt almennu hegningarlögum þarf sérstaka lagaheimild þess efnis. Þessi meginregla á sér stoð í 18. gr. laganna. Þetta er sérregla varðandi umrædd refsilög en almenna reglan er sú að saknæmisskilyrðin tvö standa jafnfætis varðandi refsíabyrgð. Sú saknæmisskipan á almennt við í sérrefsilögum.

Hugtakið gáleysi er hvergi skilgreint í lögum eða lögskýringargögnum. Það verður því að styðjast við dómaframkvæmd og skilgreiningar fræðimanna við túlkun á inntaki þess. Jónatan Þórmundsson hefur sett fram ítarlega skilgreiningu á gáleysi:

„Það er gáleysi, ef hinn brotlegi álitur eða hefur hugboð um, að refsinnæm afleiðing verknaðar kunní að koma fram (tjónsbrot), eða hann hefur hugboð um, að aðrir refsinnæmir þættir verknaðarlýsingar kunní að vera til staðar (samhverft brot), en hann vinnur verkið í trausti þess, að afleiðingin komi ekki fram eða að hugboðið reynist ekki rétt. Enn fremur er það gáleysi, ef hinn brotlegi, sem gegn og skynsamur maður, hefði átt að gera sér grein fyrir nefndum aðstæðum og bregðast við í samræmi við þær, en hann hefur hins vegar ekki gætt þeirrar varkárni, sem af honum mátti ætlast.“¹¹²

¹¹⁰ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 82.

¹¹¹ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 83.

¹¹² Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 123.

Gáleysi á það sameiginlegt með ásetningi að það mælir fyrir um tiltekna ámælisverða huglæga afstöðu hjá geranda. Af skilgreiningunni er ljóst að það minnir á neðstu stig ásetnings og það getur oft verið vafaatriði hvort saknæmisskilyrðið eigi við. Það er mikilvægt að úr því sé rétt skorið þar sem gáleysisbrot eru alla jafna virt sem töluvert vægari brot og endurspeglast það helst í refsíákvörðunum dómara.

Líkt og ásetning þá má flokka gáleysi niður í nokkra undirflokka. Það getur auk þess verið bæði meðvitað og ómeðvitað. Hið meðvitaða gáleysi spannar neðsta stig vitundarmælikvarðans í framhaldi af lægsta stigi ásetnings en hið ómeðvitaða gáleysi byggir á hreinu félagslegu og siðferðilegu mati háttseminnar.¹¹³ Þar fyrir utan skiptist umrætt saknæmisskilyrði í stórfellt og venjulegt gáleysi. Þessi stigskipting þjónar álíka litlu hlutverki og stigskipting ásetnings í undirflokka og hefur helst áhrif við ákvörðun refsingar, sbr. 6. tl. 1. mgr. 70. gr. alm. hgl. Óhappatilviljun tekur við þar sem neðri mörk gáleysis enda. Óhapp getur ekki orðið grundvöllur refsíábyrgðar. Engin gáleysisheimild er fyrir hendi varðandi líkamsárásir samkvæmt 217. gr. alm. hgl. og því verður ekki sakfelld fyrir brot þess eðlis.

7.4 Andlag og tímamark ásetnings

Það er grundvallarregla um andlag ásetnings að hann verður að ná til allra efnispáttá verknaðar, eins og verknaðarlýsing brots hljóðar hverju sinni. Að þessu virtu er andlag ásetnings breytilegt eftir því hvort um sé að ræða tjónsbrot, samhverft brot, hættubrot eða brot með fullframningarstig fært fram. Líkamsárásir eru tjónsbrot því brotið telst ekki fullframið nema tilteknar afleiðingar þess komi einnig fram. Hins vegar geta afleiðingar líkamsárása verið svo smávægilegar að færa má rök fyrir því að brotið sé á mörkum þess að vera samhverft brot, en þau eru fullframin við frumverknað og þurfa afleiðingar ekki að koma fram svo hægt sé að sakfella fyrir brotið.

Meginreglan um andlag ásetnings gildir einnig um tilraunarbrot. Brotamaður verður að hafa haft ásetning til að framkvæma verknað sem lýst er sem refsiverðum í verknaðarlýsingu refsíákvæðis. Þetta gildir jafnvel þótt efnispættir brotsins séu ekki fram komnir. Um þetta segja Svein Slettan og Toril Marie Øie: „Skylden må som hovedregel dekke alle de faktiske forhold som er av betydning for om handlingen er straffbar (dekningsprinsippet). Er

¹¹³ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíábyrgð II*, bls. 123.

skyldkravet forsett, má gjerningspersonen ha kjent til alle de omsendigheter som gjorde handlingen straffbar.¹¹⁴

Varðandi tímamark ásetnings skal ásetningur geranda standa til allra efnisþátta afbrots á verknaðarstund, þ.e. á því tímamarki, þegar frumverknaður er framinn.¹¹⁵ Þetta horfir ekki eins við í samhverfum brotum, hættubrotum og tjónsbrotum. Í fyrrgreindum tveimur brotaflokkum haldast ásetningur og fullframning í hendur. Slíkt á ekki við um tjónsbrot en þá þarf brotamaður að hafa ásetning til afleiðinga á verknaðarstund. Til að mynda þarf hann að hafa ásetning til manndráps þegar hann skýtur úr byssu að manneskju svo hægt sé að sakfella hann fyrir manndráp samkvæmt 211. gr. alm. hgl. Það breytir því ekki að „Den som kommer til å ta livet av sin uvenn ved et vådeskudd, blir ikke drapsmann selv om han etterpå er tilfreds med resultatet.“¹¹⁶

Það er meginregla að eftirfarandi vitneskja um refsiverðan verknað eða refsivert ástand bakar manni ekki refsíabyrgð. Þó eru undantekningar á því, t.d. varðandi hylmingu samkvæmt 254. gr. alm. hgl. Það ákvæði leggur refsingu við því að halda verðmætum frá eiganda þeirra sem aflað hefur verið á ólögmetan hátt.

7.5 Blandaðar saknæmiskröfur, *dolus mixtus cum culpa*

Þó meginreglan um andlag ásetnings sé að hann eigi að ná til allra efnisþátta brots, þ.e. bæði til frumverknaðar og afleiðingar er mikilvæg undantekning frá henni í ákvæði 218. gr. alm. hgl. Undantekningin felur það í sér að sakfella má fyrir brot á umræddri háttsemi þó afleiðingar atlögu verði aðeins taldar geranda til sakar vegna gáleysis. Þannig er slakað á saknæmiskröfunum varðandi líkamsmeiðingar. Færa má rök fyrir því að slíkt sé réttlætjanlegt í ljósi þess að sönnun á ásetningi geranda til afleiðinga brots sé fremur erfið í framkvæmd. Umrædd skipan er því í betra samræmi við réttarvitund almennings og siðferðissjónarmið borgaranna. Taka ber fram að þessar blönduðu saknæmiskröfur eiga bæði við um meiri háttar og stórfelldar líkamsmeiðingar þó þær komi aðeins fram í 1. mgr. ákvæðisins.

Blönduðu saknæmiskröfur 218. gr. alm. hgl. eða *dolus mixtus cum culpa* taka bæði til tilvika þar sem líkams- og líftjón verður af árás. Hins vegar verður ásetningur að vera til

¹¹⁴ Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff*, bls. 109.

¹¹⁵ Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð II*, bls. 96.

¹¹⁶ Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff*, bls. 109.

líkamsmeiðinga en ekki til dauða, því að þá er um að ræða brot gegn manndrapsákvæði 211. gr. alm. hgl. Hin afbrigðilega saknæmisskipan tekur þar að auki ekki til brota á ákvæði 217. gr. alm. hgl. því þar er krafist ásetnings bæði til frumverknaðar sem og til afleiðinga hans. Afleiðingar slíkra brota teljast ekki svo alvarlegar að réttlætanlegt sé að refsast fyrir þau á grundvelli blandaðra saknæmiskrafna.

8 Ákvörðun refsingar

8.1 Almennt

Að ákvarða manni refsingu er meðal þess erfiðasta í starfi dómara. Með ákvörðun refsingar er átt við að ákveða refsihæð fyrir framið afbrot innan refsimarka þess refsíákvæðis sem háttsemin varðaði við. Til skoðunar geta komið bæði refsilækkunar- og refsihækkunarástæður, málsbætur og refsilyngingarheimildir og því margt sem dómari þarf að líta til áður en hann kveður upp dóm sinn í sakamáli. Í rýmri skilningi felur ákvörðun refsingar í sér fjóra þætti: í fyrsta lagi valið milli refsingar eða annarra viðurlaga. Í öðru lagi hvaða refsitegundum skuli beita, fangelsi eða fésekt. Í þriðja lagi hvort skilorðsbinda eigi refsidóminn, annað hvort að hluta eða að öllu leyti. Loks er það ákvörðun um refsihæð innan lögmæltra refsimarka að teknu tilliti til lögmæltra og ólögmæltra refsíákvörðunarástæðna.¹¹⁷ Síðasti þátturinn er efni þessa kafla og verður nú nánar farið í þann hluta.

Samkvæmt ákvæði 183. gr. sakamálalaga nr. 88/2008 skal kveða upp dóm sé mál ekki fellt niður, vísað frá dómi eða lokið með viðurlagaákvörðun skv. 182. gr. laganna. Forsendur niðurstöðu dómara skulu auk þess fylgja með í dómsorðinu. Í 2. mgr. 183. gr. sakamálalaga er nánar rakið hvaða atriði skuli fram koma í dómi. Meðal þeirra eru röksemdir dómara fyrir niðurstöðu um viðurlög. Telja verður að það sé hluti af grundvallarmannréttindum hvers og eins að fá greinargóðan rökstuðning fyrir refsíákvörðun á hendur sér. Hins vegar virðist sem svo að rökstuðningur fyrir refsíabyrgð sé iðulega ítarlegri en rök að baki refsíákvörðun. Einnig má benda á að efniskröfur fyrir rökstuðningi á sviði stjórnslu séu mun strangari en á sviði refsiréttar og eru ítarleg ákvæði þess efnis í V. kafla stjórnslulaga nr. 37/1993.

Refsingar samkvæmt fornlögum Íslendinga, þ.e. Grágás, Járnsíðu og Jónsbók, voru yfirleitt bundnar, þannig að tiltekin lögmælt refsing lá við hverju broti fyrir sig.¹¹⁸ Sú þróun varð þó á 17. og 18. öld að veita dómurum ákveðið svigrúm við refsíákvörðun. Knud Waaben getur um reglugerð um þjófnað frá árinu 1789, „hvis formål var at bevirke et »billigt og passende forhold imellem misgerningens forskellige grader og sammens straffe«.¹¹⁹ Í dag er skipanin sú að tiltekin refsimörk eru yfirleitt í hverri verknaðarlýsingu fyrir sig og dómari ákveður refsingu innan þeirra marka. Sú skipan að binda tiltekna refsingu við ákveðna

¹¹⁷ Jónatan Þórmundsson, *Viðurlög við afbrotum*, bls. 244, Jónatan Þórmundsson „Rökstuðningur refsíákvörðunar“, bls. 11 og Jón Þór Ólason, „Auga fyrir auga“, bls. 225.

¹¹⁸ Jónatan Þórmundsson, *Viðurlög við afbrotum*, bls. 244.

¹¹⁹ Knud Waaben, *Strafferettens almindelige del 2*, bls. 92.

brotategund á nú einungis við smávægileg brot, er heyra undir sektargerðir stjórnvalda.¹²⁰ Horfið hefur verið frá flóknum og ítarlegum refsíákvæðum og almenn og auðskiljanlegri ákvæði hafa tekið við.

Rökin að baki núgildandi refsímarkastefnu við ákvörðun refsingar eru margs konar. Fyrir það fyrsta er ómögulegt að sjá fyrir öll tilvik sem brjóta gegn hverju og einu refsíákvæði fyrir sig. Sem dæmi má nefna að hægt er að fremja líkamsárás og manndráp á óteljandi vegu. Því væri tilgangslaust að reyna að telja upp allar mögulegar leiðir til þess í ákvæðinu sjálfu. Þar að auki eru aðstæður fyrir, við og eftir brot, svo og hvatir og hagir geranda mismunandi og dómara ber ávallt að líta til þeirra, sbr. 70. gr. alm. hgl. Viðurlagakerfið er auk þess mun flóknara og fjölbreyttara en áður var.¹²¹

Þrátt fyrir aukið svigrúm dómara eru þeim ýmis takmörk sett. „Der findes for hver gerningstype en udmålingsmæssig tradition, og en dommer opnår en sådan føling med retspraxis og med de retlige vurderingsmåder at han i de fleste tilfælde føler sig bundet inden for et nogenlunde afgrænset spektrum af strafmuligheder. Man kan derfor ikke sige at den enkelte dommer står meget frit over for udmålingen i de enkelte sager.“¹²² Slíkar formfastar refsingar eiga til dæmis við um brot á lögum um ávana- og fíkniefni og umferðarlögum. Hér gætir auk þess áhrifa jafnræðisreglunnar en samkvæmt henni skulu sambærileg mál hljóta sambærilega refsingu.

Ákvæði 1. mgr. 34. gr. alm. hgl. tilgreinir hin almennu refsímerk refsinga. Varðandi fangelsisrefsingu er hið almenna refsilágmark 30 daga fangelsi og þess ber að geta að refsilækkunarástæður heimila ekki frávik frá því. Refsihámarkið er 16 ára fangelsi eða ævilangt. Sé ekki kveðið á um lágmark eða hámark fangelsisrefsingar í refsíákvæði eiga hin almennu mörk við. Hámarksrefsing fyrir líkamsárás er sex mánaða fangelsi samkvæmt 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. eða eitt ár ef háttsemin er sérstaklega vítaverð.

Í sumum refsíákvæðum er kveðið á um tiltekið refsihámark eða refsilágmark refsingar fyrir brot gegn ákvæðinu. Þannig hefur löggjafinn bein áhrif á refsíákvörðun dómara. Refsilágmark finnast ekki víða í almennu hegningarlögunum og hefur stefnan verið sú að afnema slík lágmarksákvæði. Þau sem ekki hafa verið felld brott eru yfirleitt bundin við „hin alvarlegustu afbrot, þar sem tilhlýðilegt þykir að lögfesta talsvert hærra refsilágmark en hið

¹²⁰ Jónatan Þórmundsson, „Rökstuðningur refsíákvörðunar“, bls. 11.

¹²¹ Jónatan Þórmundsson, *Viðurlög við afbrotum*, bls. 245.

¹²² Knud Waaben, *Strafferettens almindelige del 2*, bls. 100.

almenna lágmark fangelsisrefsingar¹²³. Sem dæmi um slík brot má nefna manndráp samkvæmt 211. gr. alm. hgl. þar sem 5 ára fangelsi er lögbundið refsilágmark og brennubrot samkvæmt 1. mgr. 164. gr. alm. hgl. sem kveður á um 6 mánaða refsilágmark eða tveggja ára fangelsi að lágmarki sé um að ræða stórfellt brennubrot samkvæmt 2. mgr. 164. gr. alm. hgl.

Löggjafinn sendir skýr skilaboð með því að setja fyrirfram ákveðið refsilágmark fyrir tiltekin brot. Dómsvaldið verður þar af leiðandi að hafa markmið löggjafans í huga við ákvörðun refsingar fyrir slík brot og beita refsilækkunarheimildum af mikilli varúð, enda ganga þau þvert gegn vilja lagasetningarvaldsins. Refsilágmörk og refsihámörk takmarka svigrúm dómarsins við ákvörðun refsingar og dómari getur því ekki tekið mikið tillit til einstaklingsbundinna aðstæðna. Að því leyti reynir að nokkru á þrískiptingu ríkisvaldsins samkvæmt 2. gr. stj.skr. Löggjafinn verður að halda sig innan lögbundinna takmarka sinna og gæta þess að ganga ekki of langt í því að binda hendur dómsvaldsins um of við lagasetningu.

Deila má um hvort slík bundin refsilágmörk þjóni tilgangi sínum. Árið 1927 var sett nýtt ákvæði í norsku hegningarlögin þess efnis að refsilágmark fyrir kynferðisbrot gegn börnum væri þriggja ára fangelsi. Það var gert í þeim tilgangi að þyngja refsingar vegna slíkra brota frá því sem áður var. Dómstólar mótmæltu harðlega hinu nýja refsilágmarki og tóku ítrekað fram í dómum sínum að refsing við slíkum brotum hefði verið ákvörðuð mun vægari ef ekki hefði verið kveðið á um svo háa lágmarksrefsingu í lögum.¹²⁴ Ákvæðinu var loks breytt árið 1969 og fært niður í eins árs refsilágmark. Með vísan til þessa verður að fara varlega í setningu refsilágmarksákvæða. Dómsvaldið er fullfært um að ákvarða refsingar fyrir afbrot og þarfnast ekki nákvæmra leiðbeininga frá löggjafarvaldinu um það.

Ýmsar refsíákvörðunarástæður koma til skoðunar við refsimat dómara. Þær byggja á mismunandi sjónarmiðum og geta gengið í mismunandi áttir. Verður nú vikið sérstaklega að þeim.

8.2 Refsilækkunar- og refsihækkunarástæður

Í sumum tilvikum gera lögin ráð fyrir að tilteknar aðstæður eða atriði við afbrot geri það að verkum að heimilt sé að hækka eða lækka refsingu út fyrir refsimörk ákvæðis um brotið. Það kallast refsilækkunar- og refsihækkunarheimildir. Í raun má segja að um sé að ræða sjálfstæða

¹²³ Jónatan Þórmundsson, „Rökstuðningur refsíákvörðunar“, bls. 13.

¹²⁴ Jón Þór Ólason, „Auga fyrir auga“, bls. 228 – 229.

verknaðarlýsingu sem háð er annarri viðtækari verknaðarlýsingu.¹²⁵ Taka ber fram að hin almennu refsímörk samkvæmt 1. mgr. 34. gr. alm. hgl. gilda þó enn fullum fetum. Löggjafinn er þá að teygja sig enn meira inn á svið dómsvaldsins við ákvörðun refsingar.

Svipaðar reglur gilda um refsilækkunar- og refsihækkunarheimildir í dönskum rétti. Knud Waaben lýsir því sem svo að „En strafferamme udvides nedad eller opad i tilfælde der er omfattet af en almindelig regel om strafnedsættelse eller strafforhøjelse. En *strafnedsættelsesgrund* bevirker at straffen kan gå ned til lavere grad af frihedsstraf end angivet i strafferammen eller til lovens laveste straf, dvs. bøde.“¹²⁶

Sem dæmi um refsilækkunarheimild má nefna 1. mgr. 256. gr. alm. hgl. Samkvæmt henni má færa refsingu vegna brots sem varðar við 244. - 250. gr., 253. eða 254. gr. alm. hgl. niður í sektir eða jafnvel fella niður að öllu leyti sé um smáræði að tefla ef sökunautur hefur ekki áður verið dæmdur fyrir auðgunarbrot. Gott dæmi um refsihækkunarheimild er 2. mgr. 244. gr. alm. hgl. um stórfellt þjófnaðarbrot. Það gerir ráð fyrir lágmarks þriggja mánaða fangelsi hafi þjófnaður verið sérstaklega stórfelldur.

Refsilækkunar- og refsihækkunarheimildum er skipt niður í nokkra flokka eftir eðli þeirra. Þær skiptast niður í almennar, og eiga þar af leiðandi við um öll brot hegningarlaganna, og sérstakar, og því bundnar við ákveðin brot. Í ákvæðunum um tilraun og hlutdeild og ákvæðum 74. og 75. gr. laganna felast almennar refsilækkunarheimildir. Jafnframt er samverknaðarákvæði 2. mgr. 70. gr. almenn refsihækkunarheimild sem afmarkast ekki við tiltekin brot. Hinar sérstöku refsilækkunar- og refsihækkunarheimildir laganna eru í sérstaka hluta þeirra. Sem dæmi má nefna ákvæði 2. mgr. 142. gr., 3. mgr. 155. gr., 135. gr. og 1. mgr. 201. gr. alm. hgl.

Sérstakt ákvæði, 218. gr. b. alm. hgl., tekur til refsilækkunar- og refsihækkunarheimilda varðandi líkamsárásir samkvæmt 217., 218. og 218. gr. a. alm. hgl. Greinin er svohljóðandi:

218. gr. b. Nú hefur sá, sem dæmdur er sekur um brot á 217., 218. eða 218. gr. a, áður sætt refsingu samkvæmt þeim greinum eða honum hefur verið refsað fyrir brot, sem tengt er að öðru leyti við vísvitandi ofbeldi, og má þá hækka refsingu allt að helmingi.

Samþykki til líkamsárásar veldur því, að refsingu, sem ella væri unnið til, má lækka. Nú varðar verknaður við 217. gr., og verður þá ekki refsað, þegar samþykki liggur fyrir.

¹²⁵ Jónatan Þórmundsson, *Viðurlög við afbrotum*, bls. 248.

¹²⁶ Knud Waaben, *Strafferettens almindelige del 2*, bls. 96.

Nú er líkamsárás unnin í áflogum eða átökum milli þess, sem henni veldur, og þess, sem misgert er við, og er þá heimilt að lækka refsingu eða jafnvel láta hana falla niður, þegar verknaður á undir 217. gr. Sama er, ef sá, sem verður fyrir tjóni, á upptök að átökum með árás, ertingum eða líku.

Ákvæði 1. mgr. 218. gr. b. alm. hgl. varðar ítrekun. Hún á við hafi gerandi áður verið sakfelldur fyrir líkamsárás. Ákvæðið felur í sér refsihækkunarheimild um allt að helmingi dæmdrar refsingar. Hinar tvær málsgreinar ákvæðisins hafa að geyma refsilækkunar-, refsibrottfalls- og refsileysisheimildir, séu aðstæður við brot eins og kveðið er á um í greinunum. Réttaráhrifin eru þó mismunandi eftir því á hvaða líkamsmeiðingarákvæði kaflans reynir. Sé um að ræða brot gegn 217. gr. alm. hgl., sem er vægasta ákvæði líkamsmeiðingarkaflans, þykir eðlilegra að undanfarandi átök milli brotamanns og brotþola eða samþykki leiði til refsibrottfalls eða jafnvel refsileysis. Þar sem brot gegn 218. gr. og 218. gr. a. alm. hgl. eru umtalsvert alvarlegri en líkamsárásir samkvæmt 217. gr. alm. hgl. er nauðsynlegt að takmarka réttaráhrif lækkunarheimildanna frekar við brot af því tagi. Eðli þeirra gerir það að verkum að jafnvel samþykki brotþola hefur ekki full áhrif.

Að baki 3. mgr. 218. gr. b. alm. hgl. liggja réttlætissjónarmið. Líkamsárásir eiga sér oft stað í átökum manna á milli og er því erfitt að segja til um hver átti upptökin. Hins vegar veldur það ekki refsileysi nema um neyðarvörn hafi verið að ræða samkvæmt 12. gr. alm. hgl. Á tímabilinu 2005 til 2009 báru ákærðu oft fyrir sig ákvæði 3. mgr. 218. gr. b. alm. hgl. Beitingu ákvæðisins var hafnað í *Hrd. 12. nóvember 2009 (487/2008)*, *Hrd. 17. desember 2009 (10/2009)*, *Hrd. 20. desember 2007 (424/2007)* og *Hrd. 16. október 2008 (273/2008)*. Í fyrstnefnda málinu kom til átaka milli ákærða og fyrrverandi sambýliskonu hans. Hún réðst á hann, ýtti honum, beit hann í handlegginn og reyndi að kasta í hann grjóti. Brotamaður veittist þá að henni, tók um báða handleggi hennar og kreisti og hrissti hana til með þeim afleiðingum að hún hlaut mar á höndum. Héraðsdómur féllst á beitingu ákvæðisins en ekki Hæstiréttur þar sem hann taldi brotþola ekki hafa átt upptökin að átökunum. Athyglisvert er að Hæstiréttur telji slíka atlögu konunnar ekki falla undir átök eða áflog samkvæmt 3. mgr. 218. gr. b. alm. hgl. sérstaklega í ljósi eftirfarandi Hæstaréttardóms þar sem ákvæðinu var beitt:

Hrd. 18. desember 2008 (431/2008): M var ákærður fyrir líkamsárás skv. 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. með því að hafa ráðist á V á heimili hennar og gripið í hár hennar, hárreytt hana og fellt í gólfíð og eftir að hún hafi staðið upp tekið hana kverkatak og ýtt upp að vegg. M játaði verknaðinn fyrir dómi. Við ákvörðun refsingar var m.a. litið til 2. málslíðar 3. mgr. 218. gr. b.

alm. hgl. þar sem aðdragandi árársarinnar var erfiðleikar í samskiptum M og V og hún hafði ögrað og hótað honum. Var refsing M ákveðin fangelsi í fimm mánuði.

Athygli vekur hér hve lítið þarf til að koma svo 3. mgr. 218. gr. b. alm. hgl. sé beitt. Brotþoli hafði hér aðeins ögrað og hótað honum en árásin var ekki unnin í átökum eða áflogum þeirra á milli. Það er því talsvert á reiki hvað þurfi til að koma svo beiting 3. mgr. 218. gr. b. alm. hgl. komi til greina, þó orðalag ákvæðisins sé tiltölulega skýrt og auðskilið.

Refsilækkunar- og refsihækkunarheimildum almennu hegningarlaganna er skipt niður eftir því hvort þær eru frjálssar eða bundnar. Eins og heitin gefa til kynna þá eru frjálssar heimildir þær sem heimila að fara út fyrir refsimörk viðkomandi ákvæðis en þær bundnu kveða á um hækkun á lágmarksrefsingu eða lækkun á hámarki refsimarkna ákvæðis¹²⁷. Flestar heimildirnar eru frjálssar sem er í samræmi við þá stefnu að veita dómurum svigrúm til að ákveða viðeigandi og sanngjarna refsingu í hverju máli fyrir sig, með tilliti til einstaklingsbundinna aðstæðna.

8.3 Málsbætur og refsipýngingarástæður

Í 70. gr. alm. hgl. eru tiltekin 9 atriði er dómara ber skylda að líta til við ákvörðun refsingar. Atriðin leiða ýmist til málsbóta eða refsipýngingar innan hinna almennu refsimarkna laga eða sérrefsimarkna og hefur því ekki refsihækkunar- eða refsilækkunarheimildir að geyma.¹²⁸ Þetta er ekki tæmandi upptalning um málsbætur eða refsipýngingarástæður, en sú skylda hvílir á dómara að líta til þeirra að því leyti sem á þær reynir. Þau eru flest öll matskennd og sum geta bæði verkað til málsbóta og refsipýngingar, þ.e. hvatir, hegðun geranda fyrir og eftir framkvæmd brotsins og hve styrkur og einbeittur vilji hans til verksins var. Við ákvörðun refsingar er algengast að dómari telji upp þær málsbætur og refsipýngingarástæður sem til skoðunar koma. Hins vegar er vægi hvers þáttar um sig ekki tilgreint sérstaklega. Ákvæðið er í heild sinni eftirfarandi:

70. gr. Þegar hegning er tiltekin, á einkum að taka til greina eftirtalin atriði:

1. Hversu mikilvægt það er, sem brotið hefur beinst að.
2. Hversu yfirgripsmiklu tjóni það hefur valdið.
3. Hversu mikil hætta var búin af verkinu, einkum þegar til þess er lítið, hvenær, hvar og hvernig það var framkvæmt.

¹²⁷ Jónatan Þórmundsson, *Viðurlög við afbrotum*, bls. 248.

¹²⁸ Jónatan Þórmundsson, *Viðurlög við afbrotum*, bls. 254.

4. Aldur þess, sem að verkinu er valdur.
5. Hegðun hans að undanfögnu.
6. Hversu styrkur og einbeittur vilji hans hefur verið.
7. Hvað honum hefur gengið til verksins.
8. Hvernig framferði hans hefur verið, eftir að hann hafði unnið verkið.
9. Hvort hann hefur upplýst um aðild annarra að brotinu.

Hafi fleiri menn en einn unnið verkið í sameiningu, skal að jafnaði taka það til greina til þyngingar refsingunni.

Hafi verknaður beinst að karli, konu eða barni sem eru nákomin geranda, og tengsl þeirra þykja hafa aukið á grófleika verknaðarins, skal að jafnaði taka það til greina til þyngingar refsingunni.

„Atriði 1. – 3. tl. 1. mgr. 70. gr. tengjast hinum refsiverða *verknaði*, en atriði 4. – 8. tl. [nú 9. tl.] og 2. mgr. varða hins vegar huglæga afstöðu og persónulega hagi *geranda*, samvinnu hans við aðra um verkið og hegðun hans á undan og eftir.“¹²⁹ Umrætt ákvæði gegnir því hlutverki að varpa sem skýrustu ljósi á aðstæður til að geta ákvarðað geranda bæði sanngjarna og eðlilega refsingu fyrir brot sitt. Hins vegar tekur það ekki mið af aðstæðum brotþola. Ákvæði 80. gr. dönsku hegningarlaganna samsvarar 70. gr. þeirra íslensku og er svohljóðandi:

80. Ved straffens fastsættelse skal der under hensyntagen til ensartethed i retsanvendelsen lægges vægt på lovovertrædelsens grovhed og på oplysninger om gerningsmanden.

Stk. 2. Ved vurderingen af lovovertrædelsens grovhed skal der tages hensyn til den med lovovertrædelsen forbundne skade, fare og krænkelse samt til, hvad gerningsmanden indså eller burde have indset herom. Ved vurderingen af oplysninger om gerningsmanden skal der tages hensyn til dennes almindelige personlige og sociale forhold, dennes forhold før og efter gerningen samt dennes bevæggrunde til gerningen.

Samkvæmt 1. mgr. ákvæðisins skal fyrst og fremst líta til alvarleika brots og upplýsinga er varða geranda. Í seinni málsgrein ákvæðisins er farið nánar út í þessi atriði en þau eru meðal annars hættan sem búin var af verki, hvatir brotamanns og hegðun hans fyrir og eftir brot. Af framangreindu er ljóst að hinu íslenska ákvæði svipar mjög til hins danska. Ákvæðið leggur jafnframt þá skyldu á dómara að líta til þessara atriða þó það geti verið erfiðleikum bundið að meta vægi þeirra þegar þau hafa áhrif í mismunandi áttir. „Den nærmest liggende fortolkning af § 80 må gå ud på at retten skal være opmærksom på begge hensyn og foretage den endelige afvejning, eventuelt bestemme at det ene hensyn skal vige for det andet.“¹³⁰

¹²⁹ Jónatan Þórmundsson, *Viðurlög við afbrotum*, bls. 255.

¹³⁰ Knud Waaben, *Strafferettens almindelige del 2*, bls. 99.

Ekki verður hér vikið að hverjum tölulið fyrir sig heldur látið nægja að rýna í þá sem eiga yfirleitt við í líkamsárásarmálum. Ákvæði 3. tl. 1. mgr. 70. gr. alm. hgl. varðar þá hættu sem búin var af verkinu, einkum þegar litið er til hvenær, hvar og hvernig það var framkvæmt. „Hér er vikið að verknaðaraðferð og hættustigi. ... Nefna má notkun bareflis, hnífs, skotvopns, elds eða sprengiefnis við brot eins og eignaspjöll, líkamsárásir eða manndráp.“¹³¹ Ákvæðið kemur því fyrst og fremst til skoðunar þegar hið líkamlega ofbeldi brýtur gegn verknaðarlýsingu 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. um stórfelldar líkamsmeiðingar en hættuleg aðferð og/eða beiting hættulegs vopns er einkenni þeirra. Tilefnisleysi árásar á einnig hér undir og verkar til refsipýngingar. Margar líkamsárásir eru framdar af litlu sem engu tilefni og er litið til þess við refsíákvörðun, sbr. *Hrd. 18. desember 2008 (431/2008)*, *Hrd. 27. nóvember 2008 (203/2008)* og *Hrd. 19. júní 2008 (100/2008)*. Þá má þess einnig geta að í *Hrd. 18. desember 2008 (431/2008)* lét brotamaður ekki aftra sér frá því að ráðast að brotaþola að börn hennar væru á heimilinu og yrðu vitni að átökunum. Þetta var virt honum til refsipýngingar.

Samkvæmt 4. tl. 1. mgr. 70. gr. alm. hgl. hefur aldur brotamanns áhrif við refsíákvörðun. Ungur aldur verkar hér til málsbóta fyrir hann. Telja verður að hár aldur geti haft sömu áhrif. Ákvæðið tekur einungis tillit til aldurs brotamanns en ekki brotaþola. Aðeins tveir líkamsárásardómar á tímabilinu 2005 – 2009 líta til ungs aldurs brotamanns við refsíákvörðun. Sá fyrri er *Hrd. 22. maí 2008 (642/2007)* en þar var ákærði aðeins 17 ára. Seinni dómurinn er *Hrd. 17. desember 2009 (10/2009)* en ákærði var aðeins 16 ára er hann framdi brotið. Að teknu tilliti til aldurs hans, þess hve langur tími var liðinn frá brotinu og þess að hann hafði ekki áður sætt refsingu þótti rétt að fresta ákvörðun um refsingu hans skilorðsbundið í tvö ár frá uppsögu dómsins. Hér liggur ekki fyrir hversu þungt aldur brotamanns vó við umrædda dómsuppsögu en telja verður að ungur aldur hans hefði þó dugað einn og sér.

Hegðun geranda fyrir brot getur bæði verkað til málsbóta og refsipýngingar fyrir brotamann samkvæmt 5. tl. 1. mgr. 70. gr. alm. hgl. Það er sakaferill geranda sem kemur hér til skoðunar. Því fleiri og alvarlegri brot sem hann hefur framið því þyngri dóm má hann búast við að hljóta. Þetta er í samræmi við almenn sjónarmið um sérstakar varnaðarástæður refsinga. Hafi brotamaður ekki áður gerst sekur um refsivert brot er það til hagsbóta fyrir hann við ákvörðun refsingar. Hreinn sakaferill hafði hagstæð áhrif fyrir geranda í *Hrd. 12. nóvember 2009 (487/2008)*, *19. júní 2008 (100/2008)*, *25. janúar 2007 (540/2006)* og *Hrd*

¹³¹ Jónatan Þórmundsson, *Viðurlög við afbrotum*, bls. 255.

2006, bls. 2425 (543/2005). Ákærði hafði að baki nokkurn sakarferil í *Hrd.* 19. nóvember 2009 (655/2008): ákærufrestun og þrjá dóma fyrir þjófnaðarbrot og dóm fyrir fikniefnalagabrot. Auk þess hafði honum verið refsað nokkrum sinnum fyrir umferðarlagabrot. Allt þetta var virt honum til refsipýngingar. Sakaferill brotamanns í *Hrd.* 2005, bls. 2112 (446/2004) hafði sömu áhrif en litið var til þess við dómsuppkvaðningu að hann hafði ítrekað gerst sekur um líkamsárásir. Jafnframt hafði brotaferill ákærða þau áhrif í *Hrd.* 30. apríl 2008 (33/2008) að vegna hans þótti ekki efni til að skilorðsbinda refsinguna.

Við refsíákvörðun er litið til sagnæmisstigs brotamanns. Í 6. tl. 1. mgr. 70. gr. alm. hgl. er dómara jafnframt gert að líta til þess hversu styrkur og einbeittur vilji hans hafi verið til verksins. Því einbeittari sem brotavilji geranda er því meira kemur það honum til refsipýngingar. Ákvæðið getur þó einnig haft öfug áhrif, þannig að hafi brotamaður framið afbrot af lægsta stigi gáleysis verkar ákvæðið honum til málsbóta. Í *Hrd.* 17. desember 2009 (10/2009) var talið að dæmd líkamsárás hafi verið með vilja ákærða og að honum hafi mátt vera fyllilega ljóst að af henni gæti hlotist meiðsl. Hins vegar verkuðu fleiri málsbætur upp á móti þessari refsipýngingarástæðu og því var ákvörðun refsingar frestað skilorðsbundið í tvö ár frá uppsögu dómsins.

Í 7. tl. 1. mgr. 70. gr. alm. hgl. er litið til þess hvað geranda gekk til verksins. „Átt er við *hvatir*, sem skilgreina má sem undirrót eða aflvaka verknaðar, óháða sagnæmisskilyrðum laga. Hvatir geta verið sjálfstæð refsiskilyrði, en hér er einungis fjallað um þær sem refsíákvörðunarástæður.“¹³² Hvatirnar geta bæði verkað til málsbóta fyrir brotamann og til refsipýngingar fyrir hann allt eftir eðli hvatanna. Jafnframt geta hvatirnar verið hlutlausar og hafa þar af leiðandi engin áhrif við refsimatið. Sem dæmi um fleiri ákvæði er líta til hvata brotamanns má nefna 3. mgr. 155. gr., 214. gr. og 1. mgr. 75. gr. alm. hgl. Samkvæmt síðastnefnda ákvæðinu má lækka refsingu eða fella hana niður hafi maður framið brot í ákafri geðshræringu þannig að verknaður verði ekki talinn líkt því eins refsiverður og venjulegt er um sams konar brot.

Í *Hrd.* 22. maí 2008 (642/2007) leit héraðsdómur meðal annars til hvata brotamanns við ákvörðun refsingar en hann var sakfelldur fyrir líkamsárás gegn fyrrverandi unnustu sinni. Meðal málsbóta hans að mati héraðsdóms voru ungur aldur hans, en hann var aðeins 17 ára þegar hann framdi brotið og að stúlkan hefði storkað honum með því að segjast hafa verið honum ótrú. Hann hlaut 45 daga fangelsisrefsingu í héraðsdómi, skilorðsbundna til þriggja

¹³² Jónatan Þórmundsson, *Viðurlög við afbrotum*, bls. 257.

ára. Athyglisvert er að Hæstiréttur tekur ekki undir sjónarmið héraðsdóms. Í refsíákvörðun Hæstaréttar tekur dómstóllinn fram að það réttlæti ekki verknaðinn að stúlkan hafi storkað honum með því að segjast hafa verið honum ótrú eins og segir í héraðsdómi. Að þessu virtu hafa hvatir brotamannsins ekki áhrif til hagsbóta fyrir hann við ákvörðun refsingar í Hæstarétti. Var refsing hans ákveðin fangelsi í þrjú mánuði, skilorðsbundin í þrjú ár frá uppkvaðningu dóms.

Framferði geranda eftir framkvæmd brots, bæði strax í kjölfarið og einnig fram að dómi, er meðal atriða sem dómara ber að líta til samkvæmt 8. tl. 1. mgr. 70. gr. alm. hgl. Góð framkoma geranda við brotaþola eftir verknaðinn, t.d. með greiðslu skaðabóta, getur stuðlað að skilorðsákvörðun eða refsibrottfalli.¹³³ Umrætt atriði verkaði til málsbóta fyrir ákærða í *Hrd. 2005, bls. 2112 (446/2004)*. Þar tók Hæstiréttur fram að hagir hans hefðu breyst til hins betra frá því sem áður var, en hann hafði langan sakaferil að baki.

Í mörgum dómum koma fjöldi atriða til skoðunar sem bæði málsbætur og refsilyngingarástæður. Yfirleitt fer dómurinn ekki nákvæmlega í vægi hvers þáttar fyrir sig eða samspil þeirra á milli. Hann virðist telja það nægilegt að telja upp þau atriði sem hann hefur til skoðunar og sem niðurstaða hans ræðst af. Gott dæmi um slíkt mál er *Hrd 19. júní 2008 (100/2008)*. Þar eru talin upp mörg atriði 70. gr. alm. hgl. sem höfð eru hliðsjón af. Í málinu var ákærði sakfelldur fyrir tvær líkamsárásir og eina líkamsmeiðingu sem heimfærðist til 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. Í forsendum héraðsdóms, sem staðfestar voru fyrir Hæstarétti segir:

Við ákvörðun refsingar er litið til þess að ákærði hefur á afar greinargóðan hátt játað háttsemi sína hér fyrir dómi. Á hinn bóginn er litið til þess að í málinu er ákærði sakfelldur fyrir þrjár fyrirvaralaugar líkamsárásir af litlu tilefni. Einnig er höfð hliðsjón af því að um einbeittan ásetning ákærða var að ræða þar sem hann tók sér sérstaka ferð á hendur frá Egilsstöðum til Eskifjarðar að næturlagi til að ganga þar í skrokk á mönnum. Loks er litið til þess að ákærði beitti stórhættulegri aðferð við atlögu sína gagnvart A og þykir ljóst að hún hefði getað haft mun alvarlegri afleiðingar í för með sér en raun varð á. Með vísan til alls framangreinds þykir refsing ákærða hæfilega ákveðin fangelsi í átta mánuði. Þar sem ákærði hefur ekki áður gerst sekur um refsiverða hegðun þykir rétt að fresta fullnustu sex mánaða af refsingunni og ákveða að hún falli niður að liðnum þremur árum frá uppkvaðningu dómsins haldi ákærði almennt skilorð 57. gr. almennra hegningarlaga.

Hér hefur 3. tl. 1. mgr. 70. gr. alm. hgl. áhrif af þeim sökum að um tilefnislausu árás var að ræða og að brotamaður beitti stórhættulegri aðferð við framkvæmd hennar. Ákvæði 6. tl. 1. mgr. 70. gr. alm. hgl. kemur til skoðunar í ljósi einbeitts vilja hans og 5. tl. þar sem hann hafði

¹³³ Jónatan Þórmundsson, *Viðurlög við afbrotum*, bls. 257 – 258.

ekki áður gerst sekur um refsiverða hegðun. Þriðji og sjötti töluliður 1. mgr. 70. gr. alm. hgl. höfðu því áhrif til refsilyngingar en sá fimmti til málsbóta fyrir geranda. Dómurinn tiltekur þó ekki nákvæm áhrif hvers og eins atriðis fyrir sig heldur þau vega upp hver á móti öðru.

8.4 Ólögfestar refsíákvörðunarástæður

Flestar refsíákvörðunarástæður sem dómari vísar til eru bundnar í lögum. Hins vegar hafa dómáram lengi vísað til tiltekinna ólögfesta refsíákvörðunarástæðna í forsendum sínum. Þessar ólögfestu refsíákvörðunarástæður byggjast ekki á lagaheimild. „Þar getur annars vegar verið um að ræða meginreglur sem styðjast við ákveðin stefnumörk laga og hins vegar ástæður sem eru ólögsmæltar með öllu en kunna að hafa leitt af sér dómvenju í réttarframkvæmd.“¹³⁴ Dómurum hefur verið talið heimilt að styðjast við slíkar ólögfestar ástæður við refsímat í ljósi þess að þeir hafa yfirleitt talsvert svigrúm við ákvörðun refsingar. Þær geta bæði verkað til refsímildunar og til refsilyngingar. Það er einnig brotamanni, lögsmönnum og öðrum í hag að vita nákvæmlega til hvaða atriða, lögfesta sem ólögfesta, dómari hafði hliðsjón af. Þessar ólögfestu ástæður verða ekki tæmandi taldar og breytast með tímanum. Fleiri bætast síðan við í ljósi síbreytilegra og ófyrirséðra aðstæðna við þróun þjóðfélagsins. Dómstólum er frjálst hvort og þá að hve miklu leyti þeir beita hinum ólögsmæltu ástæðum nema að því leyti sem þeir telja sig bundna af dómafordæmum.¹³⁵ Verður nú vikið að hinum helstu ólögfestu refsíákvörðunarástæðum sem beitt hefur verið í dómaframkvæmd líkamsárásamála.

Sem dæmi um rótgróna ólögfesta refsíákvörðunarástæðu má nefna trúnaðarbrot. Með því er átt við að brotamaður hafi rofið traust manns, sem samið hefur við hann um að afhenda verðmæti, inna af hendi vinnu eða þjónustu.¹³⁶ Sé afbrot jafnframt trúnaðarbrot verkar það til refsilyngingar við ákvörðun refsingar brotamanns. Helstu brotaflokkarnir sem hér reynir á eru brot í opinberu starfi, þjófnaður samkvæmt 1. mgr. 244. gr. alm. hgl. og fjársvikaákvæði 248. gr. laganna. Auk þess er rætt um trúnaðarbrot sé brotið gegn ákvæði 201. gr. alm. hgl. um kynferðisbrot gegn barni sem er t.d. stjúp barn brotamanns. Einnig væri hægt að líta svo á að um trúnaðarbrot sé að ræða hafi brotamaður ráðist gegn maka sínum eða barni með líkamlegu ofbeldi. Það yrði þá væntanlega virt honum til refsilyngingar. Í *Hrd.* 27. nóvember 2008

¹³⁴ Helgi I. Jónsson, „Heimildir dómstóla til að beita ólögsmæltum meginreglum við ákvörðun refsingar“, bls. 253 en frumheimild er Jónatan Þórmundsson, *Viðurlög við afbrotum*, bls. 266.

¹³⁵ Jónatan Þórmundsson, *Viðurlög við afbrotum*, bls. 266 – 267.

¹³⁶ Jónatan Þórmundsson, *Viðurlög við afbrotum*, bls. 267.

(203/2008) sló stjúpfaðir 10 ára gamalt stjúpbarn sitt. Það var hins vegar ekki virt sem trúnaðarbrot en dómurinn er ítarlega reifaður í kafla 9.

Samþykki brotþola hefur áhrif til refsimildunar eða jafnvel refsileysis. Mörg brot eru þess eðlis að samþykki veldur því að ekki er um afbrot að ræða, heldur refsilausa háttsemi. Sem dæmi um slíkt má nefna ákvæði 244. og 194. gr. alm. hgl. Auk þess má benda á að samkvæmt ákvæði 2. mgr. 218. gr. b. alm. hgl. veldur samþykki því að refsingu má lækka og refsing fellur niður varði brot við 217. gr. alm. hgl. Þar sem ítarlega var farið í samþykki og réttaráhrif þess í kafla 6.3, einkum gagnvart líkamsárásarbrotum, verður það ekki rakið frekar hér.

Talsvert er litið til sífjatengsla geranda og brotþola við refsimat eigi það við. Nefna má refsibrottfallsheimild 2. mgr. 192. gr. alm. hgl. og 3. mgr. 256. gr. alm. hgl. Í síðastnefnda ákvæðinu er talað um nána vandamenn. Við skýringu á því má líta til 3. mgr. 25. gr. laganna. Þar segir að sé sá dáiinn, sem misgert var við, eða verknaður sem beinist að dánun manni er refsiverður, hafi eiginmaður eða eiginkona hins látna, foreldrar, börn, kjörbörn, barnabörn og systkin rétt til að höfða mál. Ekki er þó um tæmandi upptalningu að ræða. Í 3. mgr. 70. gr. alm. hgl. er skýrt tekið fram að hafi verknaður beinst að karli, konu eða barni sem eru nákominn geranda, og tengsl þeirra þykja hafa aukið á grófleika verknaðar, skuli að jafnaði taka það til greina til þyngingar refsingunni.

Í *Hrd. 27. nóvember 2008 (203/2008)* var maður sakfelldur fyrir líkamsárás með því að slá 10 ára stjúpson sinn í tjaldútilegu. Fyrir það hlaut hann eins mánaðar fangelsisdóm, skilorðsbundinn til tveggja ára. Í forsendum héraðsdóms, sem staðfestur var í Hæstarétti, er hvergi vikið að sífjatengslum geranda og brotþola og þeim refsíþyngingaráhrifum sem þau búa yfir. Færa má rök fyrir því að hefði dómari litið til þeirra tengsla við ákvörðun refsingar svo og til ákvæðis 3. mgr. 70. gr. alm. hgl., líkt og honum bar skylda til, hefði refsingin ekki verið svo væg og raun bar vitni. Telja verður að eins mánaðar skilorðsbundið fangelsi fyrir líkamsárás gegn stjúpbarni sínu sé of væg refsing. Nánar verður fjallað um umræddan dóm í kafla 9.2 hér á eftir.

Sú þróun hefur orðið við ákvörðun refsingar að líta í auknum mæli til aðstæðna geranda afbrotsins. Til að mynda líta dómara til þess hvort gerandi hafi hlotið heilsutjón, þurft að þola ástvina- eða starfsmissi. Slíkar aðstæður verka til refsimildunar við refsíákvörðun. Sama gildir ef brotamaður hefur sætt stjórnsluviðurlögum vegna brots síns nú þegar. Annað mótlæti getur einnig verkað brotamanni í hag. „Heilsubrestur geranda, líkamlegur eða andlegur,

dapurlegar uppeldisaðstæður, heimiliserjur, andleg kúgun og félagsleg vandamál kunna að hafa nokkur áhrif á refsimat til mildunar.¹³⁷

Umtal fjölmiðla er tiltölulega nýleg refsíákvörðunarástæða sem virkar til mildunar refsingar. Hafi brotamaður orðið fyrir mikilli neikvæðri umfjöllun getur hann reynt að fá réttinn til að taka tillit til þess við ákvörðun refsingar. Í hinu svokallaða Guðmundar- og Geirfinnsmáli, *Hrd.* 1980, bls. 89, var refsing eins sakbornings skilorðsbundin m.a. með hliðsjón af því óhagræði er ákærði hafði mátt þola vegna frásagna í fjölmiðlum um málið sem ákærði var aðeins lítillega tengdur.¹³⁸ Hæstiréttur tók hins vegar umrædda refsímildunarástæðu ekki til greina í sakamáli gegn þingmanni í *Hrd.* 2003, bls. 435 (393/2002). Færa má rök fyrir því að talsvert þurfi til að koma svo umtal fjölmiðla geti verkað til refsímildunar. Fjölmiðlar eru í dag mun sterkara afl en áður fyrr. Fjölmiðlastéttin hefur vaxið ört undanfarin ár sem ýtir undir virka og óheftari samkeppni milli hennar innbyrðis. Fjölmiðlar birtast nú í alls kyns formi og því auðvelt að verða sér úti um upplýsingar um hvers kyns málefni. Með hliðsjón af framangreindu er nauðsynlegt að dómstólar móti einhver neðri mörk svo umrædd refsímildunarástæða missi ekki marks.

Það hefur fæst í vöxt að vísa til þess í forsendum líkamsmeiðingardóma að árás hafi verið með öllu tilefnislaus. Þetta atriði er virt brotamanni til refsíþyngingar við ákvörðun refsingar. Þá er jafnframt talið að engar þær hvatir hafi legið að baki verknaði sem virða megi ákærða til málsbóta samkvæmt 7. tl. 1. mgr. 70. gr. alm. hgl. um hvað geranda hafi gengið til með verknaði. Auk þess er útilokað að brotþoli hafi veitt samþykki sitt fyrirfram með einhverjum hætti né ögrað honum skv. 4. tl. 1. mgr. 74. gr. eða 3. mgr. 218. gr. b. alm. hgl. Af þessu leiðir að tilefnislaus árás er virt sem alvarlegra brot en ella. Brotþoli hefur þá væntanlega heldur ekki tækifæri til að verjast árás jafn vel og ef hann hefði mátt búast við henni.

Líkamsárásir eru oft tilefnislausar. Það reynir því talsvert á tilefnisleysi sem ólögmaelta refsíþyngingarástæðu í líkamsárásardómum. Á tímabilinu 2005 – 2009 var vísað til þess sem refsíákvörðunarástæðu í alls sjö líkamsárásardómum af tuttugu og þremur. Í *Hrd.* 25. janúar 2007 (415/2006) var ákærði sakfelldur fyrir að ráðast á mann á skemmtistaðnum Gauki á Stöng og slá hann einu höggi í höfuðið með þeim afleiðingum að brotþoli féll af stól sínum og vankaðist. Í forsendum héraðsdóms, sem staðfestur var í Hæstarétti, var tekið fram að árás

¹³⁷ Jónatan Þórmundsson, *Viðurlög við afbrotum*, bls. 270.

¹³⁸ Helgi I. Jónsson, „Heimildir dómstóla til að beita ólögmaeltum meginreglum við ákvörðun refsingar“, bls. 265.

ákærða hafi verið fólkskuleg og tilefnislaus. Hann var dæmdur í 4 mánaða fangelsi, þar af voru þrjár þeirra skilorðsbundnir. Í *Hrd. 18. desember 2008 (299/2008)* var einnig litið til tilefnisleysis árásar við ákvörðun refsingar. Þar réðst maður án nokkurs tilefnis á tvo menn úti á götu og veitti þeim þung höfuðhögg. Var refsing ákærða ákveðin fangelsi í þrjá mánuði en ekki þóttu efni til að skilorðsbinda hana. Í hvorugum dómnum leggur dómariinn nákvæmt mat á vægi þess atriðis að árás hafi verið algjörlega tilefnislaus.

Það telst nú til grundvallar mannréttinda að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur eða um ákæru á hendur sér um refsiverða háttsemi með réttlátri málsmeðferð. Hún verður jafnframt að eiga sér stað innan hæfilegs tíma og fyrir óhlutdrægum og óháðum dómstóli. Þessi regla á sér stoð í 1. mgr. 70. gr. stjkskr. og 1. mgr. 6. gr. Mannréttinasáttmála Evrópu, sem hefur lagagildi á Íslandi. Samkvæmt 1. mgr. 171. gr. laga um meðferð sakamála nr. 88/2008 skal auk þess hraða meðferð máls eftir föngum. Hafi málsmeðferð dregist óhóflega hjá lögreglu, ákæruvaldi eða dómstólum skal höfð hliðsjón af því við refsimat, brotamanni til hagsbóta. Helgi I. Jónsson heldur því fram að helstu áhrif þess séu skilorðsbinding refsingar ákærða að hluta eða öllu leyti.¹³⁹ Gott dæmi um slíkt er *Hrd. 2005, bls. 2112 (446/2004)*. Þar var brotamaður sakfelldur fyrir tvær líkamsárásir. Þær voru báðar fólkskulegar og tilefnislausar að mati dómsins og honum dæmd 18 mánaða fangelsisrefsing. Tekið var fram að brot hans voru framin fyrir fjórum árum og að rannsókn hefði dregist hjá lögreglu, án þess að fullnægjandi skýringar hefðu verið gefnar á þeim drætti. Með hliðsjón af því og að hagir hans hefðu breyst til hins betra frá því sem áður var þótti mega fresta fullnustu 15 mánaða af refsingunni.

Nú hefur verið gerð grein fyrir helstu sjónarmiðum við refsimat dómara. Fjallað var um flestar þeirra ólögæltu refsíákvörðunarástæðna sem til greina koma í líkamsárásarmálum og sleppt var að ræða þær refsíákvörðunarástæður sem yfirleitt koma ekki til skoðunar í slíkum málum. Stiklað var á stóru varðandi samþykki brotaþola, enda gerð ítarleg grein fyrir því í 6. kafla um hlutrænar refsileysisástæður. Ekki þótti tilefni til að rýna í sjálfsbjargar- og verndarviðleitni geranda þar sem gerð var grein fyrir neyðarvörn og refsilækkunarheimildum byggðar á svipuðum sjónarmiðum og neyðarvörn samkvæmt 1. tl. 1. mgr. 74. gr. alm. hgl. Þar að auki þykir ekki ástæða til að fjalla um atvik máls og hegðun sakbornings við rannsókn máls sem refsíákvörðunarástæður fyrir dómi.

¹³⁹ Helgi I. Jónsson, „Heimildir dómstóla til að beita ólögæltum meginreglum við ákvörðun refsingar“, bls. 267.

8.5 Skilorðsbinding dóms

Samkvæmt 6. kafla almennu hegningarlaganna er dómara heimilt að skilorðsbinda refsingu, í heild eða að hluta. Matið er alfarið í höndum dómara og engar takmarkanir eru í lögum varðandi tegund afbrots. Skilorðsbinding dóma er að norrænni fyrirmynd en slík ákvæði voru sett í norsku hegningarlögin 1894 og 1905 í þau dönsku. Skilorðsbinding dóma er meðal mikilvægustu úrræða hegningarlaganna. Johannes Andenæs nefnir mörg rök þar að baki.¹⁴⁰ Það er ómögulegt að búast við bætandi áhrifum af nokkurra vikna fangelsisrefsingu, sér í lagi ef dómþoli er ungur afbrotamaður. Þvert á móti hefur það neikvæð áhrif á brotamann sem rifinn er úr sínu nánasta umhverfi, vinnu og frá fjölskyldu. Þar að auki hefur það slæm áhrif að kynnast öðrum föngum sem hafa ef til vill framið alvarlegri afbrot. Með öðrum orðum getur fangelsisvist ýtt undir frekari afbrot í stað þess að koma í veg fyrir þau. „Ved den betingede dom blir lovovertræderen spart for avsoningen og dens sosiale følger, og samtidig har han en særlig spre til å holde seg på rett vei i fremtiden, for ellers risikerer han å måtte sone straffen både for den gamle og den nye forbrytelse.“¹⁴¹ Í raun er dómurinn að vara brotamann við sem ræður sjálfur hvort hann taki út hina dæmdu refsingu með hegðun sinni framvegis í ákveðinn takmarkaðan tíma frá uppkvaðningu dóms.

Samkvæmt 57. gr. alm. hgl. má dómari skilorðsbinda refsingu í heild en að hluta samkvæmt 57. gr. a. laganna. Lagarökin að baki blönduðum skilorðsdómum voru meðal annars þau að þessi skipan myndi stuðla að auknum varnaðaráhrifum gagnvart dómþola án þess að dómi þyrfti að fylgja fullur refsipungi.¹⁴² Þetta veitir auk þess dómara aukið svigrúm við refsimat. Samkvæmt 1. mgr. 57. gr. a. alm. hgl. má hinn óskilorðsbundni hluti refsingarinnar þó aðeins vera að hámarki þrjú mánuðir.

Varðandi mat á því hvort kveða eigi upp skilorðsbundinn dóm kemur margt til skoðunar. Grundvöllur skilorðsbindingar er helst til staðar þegar brotamáður er ungur að árum eða hefur ekki áður gerst sekur um refsilagabrot.¹⁴³ Því yngri sem brotamáður er, því meiri líkur eru á að hann hljóti skilorðsbundinn dóm. Litið er til fleiri atriða en aldurs brotamanns við mat á skilorðsbindingu dóms. Sem dæmi má nefna umfang afbrots, óhæfilegur dráttur á meðferð máls sem sakborningi verði ekki um kennt, skert heilsa eða örorka ákærða svo og röskun sem

¹⁴⁰ Sjá *Alminnelig strafferett*, bls. 426.

¹⁴¹ Johannes Andenæs, *Alminnelig strafferett*, bls. 426.

¹⁴² Þorgeir Ingi Njálsson, „Hugleiðingar um ákvörðun refsingar“, bls. 17.

¹⁴³ Þorgeir Ingi Njálsson, „Hugleiðingar um ákvörðun refsingar“, bls. 18.

orðið hefur á stöðu hans og högum og rakin verður til brots.¹⁴⁴ Í raun er um að ræða svipuð atriði og koma til skoðunar við lengd refsídóms.

Margir líkamsárásardómar kveða á um skilorðsbunda refsingu dómþola. Af þeim 23 líkamsárásardómum sem teknir voru til skoðunar á fimm ára tímabili 2005 til 2009 voru aðeins sex þeirra óskilorðsbundnir að öllu leyti. Í fimm þeirra var auk þess um skilorðsrof að ræða, sem ætla má að hafi haft hvað mest að segja við mat á skilorðsbindingu dóms. Aðeins í *Hrd. 18. desember 2008 (299/2008)* var ekki um skilorðsrof að ræða. Þar réðst maður án nokkurs tilefnis á tvo menn úti á götu og veitti þeim þung höfuðhögg. Dómurinn virðist líta á umrædda háttsemi svo alvarlegum augum að skilorðsbinding refsingar hafi ekki komið til greina. Af þeim 17 dómum þar sem fullnustu refsingar var frestað í tiltekinn tíma voru 10 þeirra skilorðsbundnir í heild en 7 að hluta.

8.6 Sáttamiðlun í sakamálum

Undanfarin ár hefur verið leitað annarra lausna sem viðbrögð við refsiverðri háttsemi en hinna hefðbundnu leiða innan refsivörslukerfisins, þ.e. með ákæru á hendur brotamanni og síðan dómi. Ýmis rök liggja þar að baki til dæmis að fækka refsídómum yfir ungum brotamönnum og koma deilumálum aftur í hendur aðila máls. Uppbyggileg réttvísi er byggð á þeirri hugmyndafræði að leitast er við að ná sáttum milli brotamanns og brotaþola sem þeir sjálfir standa að með ákveðnu ferli.¹⁴⁵ Með því móti er komist hjá því að fara með málið fyrir refsivörslukerfi ríkisins og staða brotaþola styrkist.

Sáttamiðlun er eitt form uppbyggilegrar réttvísí. Það felur í sér að brotamaður og brotaþoli samþykkja að taka málið í eigin hendur og gera sáttasamning. Mál fer þar af leiðandi aldrei í hendur saksóknara eða fyrir dómara. Reynt er að koma brotamanni í skilning um afleiðingar refsiverðra gjörða hans fyrir brotaþola og samfélagið í heild. Brotaþoli gerir ítarlega grein fyrir því tjóni sem brotamaður hefur valdið honum. Óháður sáttasemjari hefur yfirumsjón með ferlinu og sér til þess að báðir aðilar fái að láta skoðanir sínar óhindraðar í ljós og að sáttasamningur þeirra sé sanngjarn fyrir þá báða. Í honum skal ákveða viðeigandi viðurlög fyrir brotamann, til dæmis greiðslu skaðabóta eða aðstoð við að bæta úr tjóni brotaþola. Í raun er um sex þrep að ræða; upphaf sáttamiðlunar, greinargerð beggja aðila,

¹⁴⁴ Þorgeir Ingi Njálsson, „Hugleiðingar um ákvörðun refsingar“, bls. 19.

¹⁴⁵ Kolbrún Benediktsdóttir, „Sáttamiðlun í sakamálum“, bls. 308.

afmörkun ágreiningsefnis, mögulegar lausnir settar fram, unnið að samkomulagi og samkomulagsdrög skoðuð.¹⁴⁶ Kjarninn er þó sá að komið sé á sátt milli aðila máls í lok hennar en ekki sönnun máls líkt og hjá dómstólum.

Hugsunin að baki sáttamiðlun á rætur sínar að rekja til hugmynda sem fram komu í Bandaríkjunum og Kanada í lok sjöunda áratugar síðustu aldar. „Þær miðuðu að því að finna aðrar leiðir til að leysa úr smávægilegum ágreiningi manna á milli í stað hinnar hefðbundnu dómstólaleiðar og nýta betur aðrar stofnanir í þjóðfélaginu svo sem bæjarfélögin.“¹⁴⁷ Með þessu væri fremur hægt að aðlaga brotamann að kröfum samfélagsins, flýta fyrir úrlausn máls og styrkja stöðu og auka þátt brotaþola í málinu. Aðeins sum brot eru þess eðlis að umrædd skipan geti átt við. Hin alvarlegri brot svo sem manndráp væri til að mynda ógerlegt að leysa með sáttamiðlun. Dæmigerð brot sem úrræðið gæti vel átt við eru brot ungra afbrotamanna á aldrinum 15 – 21 árs, eignaspjöll, þjófnaður og hinar vægustu líkamsárásir. Norski fræðimaðurinn Nils Christie skrifaði um sáttamiðlun á áttunda áratugnum. Hann taldi ágreininginn milli brotamanns og brotaþola réttmæta eign brotamanns og brotaþola. Christie gagnrýndi þá skipan í hinu hefðbundna réttarvörslukerfi að tekið væri fram fyrir hendur brotaþola í svo miklum mæli að hann væri í raun ekki lengur hluti af deilunni. Ágreiningurinn væri því orðinn eign brotamanns og ríkisins að brotaþola forspurðum. Með sáttamiðlun átti að leiðrétta þá stefnu og koma deilunni aftur í hendur hinna réttu eigenda hennar: brotamanns og brotaþola.¹⁴⁸

Færa má rök fyrir því að kostir sáttamiðlunar séu fleiri en gallar hennar. Úrræðið er skjótvirkara í framkvæmd og ódýrara en ákæruleið saksóknara. Ætla má að sátttaumleitan hafi meira uppeldislegt gildi fyrir brotamann sem þarf að útskýra gjörðir sínar fyrir brotaþola og hlusta á hann lýsa þeirri tilfinningalegu röskun sem hann hefur valdið sér.¹⁴⁹ Með því eru meiri líkur á að brotaþoli nái að sættast við brotamann sem telja verður betri kost en að treysta refsikerfinu til að sjá um afdrif málsins. Helsti galli sáttamiðlunar er að erfitt er að gæta jafnræðis sambærilegra mála þar sem meiri áhersla er lögð á aðstæður hverju sinni og vilji málsaðila ræður för.

Sáttamiðlun hefur yfirleitt byrjað sem tilraunaverkefni í ríkjum þar sem hún hefur verið tekin upp. Slíkt tilraunaverkefni til tveggja ára hófst 1. október 2006 á vegum

¹⁴⁶ Ingibjörg Bjarnardóttir, „Sáttamiðlun í hnotskurn“, bls. 40.

¹⁴⁷ Guðfinna Jóhanna Guðmundsdóttir, „Sátttaumleitan á sviði sakamála“, bls. 37.

¹⁴⁸ Nils Christie, „Konflikt som eiendom“, bls. 113

¹⁴⁹ Jón Þór Ólason, „Auga fyrir auga“, bls. 223.

dómsmálaráðuneytisins. Tilraunaverkefnið tók aðeins til eftirfarandi brota: þjófnaðar samkvæmt 244. gr., gripdeildar samkvæmt 245. gr., húsbrots samkvæmt 231. gr., hótunar samkvæmt 233. gr., eignaspjalla samkvæmt 257. gr., líkamsárása samkvæmt 217. gr., nytjastulds samkvæmt 259. gr. og minni háttar brota gegn valdstjórninni samkvæmt 106. gr. alm. hgl. Þó aldur gerenda væri ekki fullkomlega afmarkaður var fyrst og fremst miðað við unga brotamenn á aldrinum 15 til 21 árs.¹⁵⁰ Helstu skilyrðin eru, samkvæmt skýrslu dómsmálaráðherra, að máli yrði annars lokið með skilorðsbundinni ákærufrestun eða ætla mætti að refsing við brotinu færi ekki fram úr sektum eða skilorðsbundnu fangelsi. Þar að auki þarf brotamaður að hafa játað brot sitt, brotið verður jafnframt að vera talið upplýst og báðir aðilar þurfa að hafa samþykkt sáttamiðlunina.

Ætla verður að líkamsárásarmál ungra afbrotamanna sé hagkvæmt að leysa með sáttamiðlun, einkum ef um er að ræða fyrsta brot geranda. Á fyrsta ári tilraunaverkefnisins var 12 líkamsárásarmálum lokið með sáttumleitan aðilanna sjálfra.¹⁵¹ Hins vegar er tekið fram í stöðuskýrslu dómsmálaráðuneytisins um tilraunaverkefnið að afleiðingar verknaðar, tengsl árásarmanns og árásarþola, verknaðaraðferðir geranda og vettvangur brotsins geti gert það að verkum að ákærandi taki þá ákvörðun að höfða opinbert mál í stað þess að beina máli í farveg sáttamiðlunar.¹⁵² Það verður því að skoða hvert og eitt mál sérstaklega. Færa má rök fyrir því að máli *Hrd. 17. desember 2009 (10/2009)* hafi getað lokið með sáttamiðlun aðila í stað refsisdóms. Þar var um að ræða líkamsárás 16 ára stráks sem hrinti stelpu þannig að hún féll í gólfíð og hlaut áverka af. Málinu lauk með frestun á ákvörðun um refsingu hans skilorðsbundið í tvö ár. Hér virðist vera um að ræða dæmigert mál sem hægt væri að leysa með sáttumleitan aðila fyrir óháðum sáttasemjara. Bæði brotamaður og brotþoli eru ung, brotið er gegn refsíákvæði sem leysa má með umræddu úrræði og afbrot virðist fullsannað. Hins vegar vantar upp á það meginskilyrði að brotamaður gangist við broti sínu en hann krefst hér sýknu fyrir dómi. Telja verður að miklar líkur hafi verið á því að málinu hefði mátt ljúka með sáttamiðlun hefði játning legið fyrir.

¹⁵⁰ Dís Sigurgeirsdóttir o.fl., *Tilraunaverkefni um sáttamiðlun í sakamálum*, bls. 4.

¹⁵¹ Dís Sigurgeirsdóttir o.fl., *Tilraunaverkefni um sáttamiðlun í sakamálum*, bls. 7.

¹⁵² Dís Sigurgeirsdóttir o.fl., *Tilraunaverkefni um sáttamiðlun í sakamálum*, bls. 8.

9 Dómar 2005 – 2009

9.1 Almennt

Eins og lýst var í inngangskafli er eitt af markmiðum þessarar ritgerðar að kanna ákvörðun refsingar í líkamsárásarmálum þar sem brotið er gegn ákvæði 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Ákveðið tímabil var tekið fyrir, þ.e. síðustu fimm ár, og farið yfir alla dóma Hæstaréttar þar sem sakfelld var fyrir brot gegn líkamsárásarákvæði 217. gr. alm. hgl. frá 1. janúar 2005 til og með 31. desember 2009. Nú verða umræddir dómar reifaðir, flokkaðir niður eftir tegund og fjölda brota sem dæmt var fyrir og niðurstöður þeirra ræddar. Einkum verður litið til atriða er hafa áhrif á ákvörðun refsingar brotamanns. Ekki verður fjallað um héraðsdóma eða sýknudóma í Hæstarétti þar sem ákært var fyrir líkamsárás.

Á því fimm ára tímabili sem hér er til skoðunar, 2005 – 2009, gengu 23 dómar þar sem sakfelld er fyrir brot gegn 217. gr. alm. hgl. Umræddum dómum hefur verið skipt niður í þrjú flokka: eitt einstakt brot gegn 217. gr. alm. hgl., brot gegn 217. gr. og öðru líkamsmeiðingarákvæði alm. hgl. og loks brot gegn 217. gr. alm. hgl. og önnur ótengd brot. Sú aðferðarfræði sem byggð er á í kaflanum var fyrst beitt af Ragnheiði Bragadóttur, prófessor, í grein hennar Ákvörðun refsingar í nauðgunarmálum árið 1999.¹⁵³

9.2 Eitt einstakt brot gegn 217. gr. alm. hgl.

Til að fá sem skýrasta mynd af ákvörðun refsingar er fyrst rétt að kanna þá dóma þar sem aðeins er um eitt brot að ræða gegn umræddu ákvæði. Á árunum 2005 til 2009 féllu 8 slíkir dómar. Vægustu viðurlögin voru frestun á ákvörðun dómara um refsingu brotamanns skilorðsbundið í tvö ár frá uppsögu dómsins. Að þessum dómi frátöldum var vægasta refsingin 45 daga fangelsi í *Hrd. 19. nóvember 2009 (655/2008)* og þyngsta refsingin 5 mánaða fangelsi í *Hrd. 24. janúar 2008 (354/2007)*. Aðeins tveir af þessum 8 dómum voru óskilorðsbundnir og öll brotin voru fullframin tjónsbrot.

Í dómi *Hrd. 17. desember 2009 (10/2009)*, þar sem ákveðið var að fresta ákvörðun refsingar skilorðsbundið í tvö ár, voru málavextir þeir að 16 ára piltur var sakfelldur fyrir brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. með því að hafa hrint stúlku í samkvæmi þannig að hún féll í gólfíð. Við það hlaut hún heilahristing og eymsli yfir hægra gagnauga og kjálkalið. Hæstiréttur tók

¹⁵³ Ragnheiður Bragadóttir: „Ákvörðun refsingar í nauðgunarmálum“.

fram að háttsemin hafi verið með vilja brotamanns og að honum hafi mátt vera fyllilega ljóst að af henni gætu hlotist meiðsli. Þrátt fyrir fyrrgreind atriði telur Hæstiréttur réttlætanlegt að fresta ákvörðun refsingar með tilliti til aldurs brotamanns, sem var aðeins 16 ára þegar brotið var framið, þess hve langur tími var liðinn frá brotinu, og þess að hann hafði ekki áður sætt refsingu.

Þeirri spurningu má varpa fram hvort þessi atriði hafi verið nægjanleg til að beita svo vægri refsingu sem raun bar vitni. Færa má rök fyrir því að ef til vill hefði verið réttara að dæma eins mánaðar fangelsi skilorðsbundið í tvö ár. Það væri ef til vill meira í samræmi við fyrri fordæmi Hæstaréttar auk þess sem ásetningur brotamanns var skýr. Þykir ungur aldur brotamanns ekki eiga að vega þessi atriði niður að svo miklu marki sem Hæstiréttur ákvað.

Eins og áður var getið er *Hrd. 19. nóvember 2009 (655/2008)* sá dómur er mælir fyrir um vægustu fangelsisrefsinguna eða 45 daga fangelsi, skilorðsbundið í tvö ár.

Hrd. 19. nóvember 2009 (655/2008): Bíl var ekið niður Laugaveg og farþegar hans köstuðu eggjum úr honum að gangandi vegfarendum, þar á meðal brotaþola. Í framhaldi af því gekk brotaþoli að bifreiðinni og skvetti úr bjórflösku inn um glugga hennar. Ákærðu stigu þá út úr bifreiðinni og hlupu á eftir brotaþola niður á Hverfisgötu. Einn ákærðu sló flöskuna úr hendi brotaþola og sló hann síðan hnefahöggi í andlitið. Hæstiréttur taldi þetta varða við 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. og dæmdi ákærða í 45 daga skilorðsbundið fangelsi.

Telja verður framangreinda refsingu fremur væga fyrir jafn hættulega háttsemi og atlögu gegn andliti brotaþola. Héraðsdómur taldi sannað að ákærði hefði framið stórfellda líkamsárás og dæmdi hann í 6 mánaða fangelsi, en fullnustu 3 mánaða var frestað skilorðsbundið í þrjú ár. Ákærði hafði þar að auki nokkurn sakaferil að baki fyrir brot gegn umferðar- og fíkniefnalöggjöf, bæði fyrir og eftir 18 ára aldur. Svo virðist sem Hæstiréttur hafi ekki talið brot ákærða svo fólksulegt og hættulegt þar sem aðeins var um eitt einstakt högg að ræða og afleiðingar ekki miklar.

Í engum af dómunum 8 er refsiramma ákvæðis 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. fullnýttur. *Hrd. 24. janúar 2008 (354/2007)* kemst næst því, þar sem dæmt er 5 mánaða óskilorðsbundið fangelsi. Taka ber fram að þar eru tveir menn ákærðir. Einn þeirra gerðist aðeins sekur um brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. en hinn braut einnig gegn umferðarlögum og rauf þar að auki skilyrði reynslulausnar sem honum hafði verið veitt í eitt ár á 30 dögum óafplánaðrar refsingar. Það er virt sem ótengt brot og er sá hluti dómsins til umfjöllunar í kafla 9.4.

Hrd. 24. janúar 2008 (354/2007): Sá ákærðu sem aðeins braut gegn 217. gr. alm. hgl. hrinti brotaþola utan í vegg, sló hann nokkur hnefahögg og sparkaði auk þess í hann liggjandi nokkrum sinnum með þeim afleiðingum að hann hlaut áverka í andliti og á líkama. Ákærði hafði ekki áður gerst sekur um refsivert brot. Hæstiréttur taldi þó atlögu hans tilefnislausa og illyrmislega og var refsing hans ákveðin fimm mánaða óskilorðsbundið fangelsi.

Þrátt fyrir að dómstóllinn hafi ákveðið refsingu í hærra lagi innan refsimarka ákvæðisins þykir það eðlilegt miðað við eðli atlögunnar. Ákærði réðst á saklausan mann ásamt vini sínum, sem dómurinn virti sem hlutdeildarmann samkvæmt 1. mgr. 22. gr. alm. hgl., sló í hann og hélt árásinni áfram eftir að brotaþoli datt í jörðina og gat sér engan veginn hlíft. Því má fallast á það með Hæstarétti að ákærði hafi hlotið viðeigandi refsingu miðað við brot sitt.

Hinn dómurinn, þar sem refsingin var óskilorðsbundin, er *Hrd. 18. desember 2008 (299/2008)*:

Maður var ákærður fyrir brot gegn 1. mgr. 106. gr. alm. hgl. með því að hafa slegið tvo lögreglumenn annars vegar og hins vegar með því að hafa, ásamt öðrum, ráðist að lögreglumanni og slegið hann ítrekað og sparkað í höfuð hans. Hæstiréttur taldi sannað að ákærði hefði slegið lögreglumennina tvo en hins vegar ósannað að hann hafi gert sér grein fyrir að um lögreglumenn væri að ræða við verknaðinn, en þeir voru óeinkennisklæddir. Var brot hans því ekki heimfært undir 1. mgr. 106. gr. alm. hgl. heldur 1. mgr. 217. gr. þeirra. Við ákvörðun refsingar var meðal annars litið til þess að hann réðst án nokkurs tilefnis á tvo menn úti á götu og veitti þeim þung höfuðhögg. Þá voru fjórir félagar hans komnir út úr bifreið reiðubúnir til að leggja honum lið. Var refsing hans ákveðin fangelsi í þrjá mánuði, en ekki þóttu efni til að skilorðsbinda hana.

Telja verður þessa refsingu Hæstaréttar réttlætanlega með hliðsjón af atvikum máls. Sú staðreynd að atlagan var tilefnislaus virðist hafa þó nokkur áhrif á ákvörðun refsingar. Svipuð sjónarmið komu fram í dómi *Hrd. 24. janúar 2008 (354/2007)*. Ekki var um eitt einstakt högg að ræða heldur ítrekuð högg og spörk sem beindust að höfðum brotaþolanna. Báðir síðastnefndu dómarnir virðast einnig eiga það sameiginlegt að beinbrot hefði hæglega getað hlotist af árás og virðist tilviljun ein ráða því að svo varð ekki. Með hliðsjón af framansögðu verður að telja refsingu í dómi *Hrd. 18. desember 2008 (299/2008)* sanngjarna og eðlilega.

Nú hefur verið fjallað um vægustu og þyngstu refsingar fyrir eitt einstakt brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. um minni háttar líkamsmeiðingar á tímabilinu 2005 til 2009. Síðustu

fjórir dómarnir kveða á um tveggja, þriggja og fjögurra mánaða fangelsi og er fullnustu refsingar í þeim öllum frestað skilorðsbundið í tvö ár.

Hrd. 27. nóvember 2008 (203/2008): Málavextir voru þeir að maður var sakfelldur fyrir líkamsárás með því að hafa slegið 10 ára stjúpson sinn einu hnefahöggi í andlitið með þeim afleiðingum að hann hlaut mar yfir nefbeini og blóðnasir. Brotið taldist varða við 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Refsing hans var ákveðin tveggja mánaða fangelsi en fullnustu refsingarinnar var frestað skilorðsbundið.

Deila má um þyngd refsingar Hæstaréttar í þessu máli. Hér braut náinn fjölskyldumeðlimur gegn 10 ára barni sem gat með engu móti varið sig. Það telst jafnframt til refsilyngingar samkvæmt 3. mgr. 70. gr. alm. hgl. ef brot beinist gegn maka, barni eða nákomnum ættingja en hvergi er minnst á þá grein í dóminum. Brotamaður hlaut aðeins eins mánaðar fangelsi fyrir héraðsdómi, skilorðsbundið í tvö ár. Í forsendum héraðsdóms, sem Hæstiréttur féllst á, er tekið fram að þrátt fyrir að samband ákærða og drengsins hafi ekki verið gott, verði það ekki metið honum til refsilækkunar eins og hann hafi krafist. Héraðsdómur taldi árásina með öllu tilefnislausu en drengurinn var ungur og í umsjá og á ábyrgð móður sinnar og stjúpföður. Með hliðsjón af þessum atriðum sem nefnd eru í dóminum mætti ætla að refsing brotamanns yrði þyngri en aðeins tveggja mánaða skilorðsbundið fangelsi. Hugsanlega hefur sú staðreynd að aðeins var um eitt hnefahögg að ræða ráðið of miklu við ákvörðun refsingar.

Hinn dómurinn, þar sem dæmt var tveggja mánaða skilorðsbundið fangelsi fyrir brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl., er *Hrd. 16. október 2008 (273/2008)*. Þar var jafnframt um ítrekun að ræða.

Hrd. 16. október 2008 (273/2008): Maður var sakfelldur fyrir líkamsárás með því að hafa veist að eiginkonu sinni á þáverandi heimili þeirra. Þau ræddu um yfirvofandi skilnað sem lauk með rifrildi og konan bað manninn um að fara. Hann neitaði og hún kvaðst hún þá hafa ætlað að fara en hann hafi stoppað hana og hún rekið honum kinnhest. Hafi hann þá ráðist á hana, kýlt hana margsinnis í andlitið, barið höfði hennar við eldhúsglugga og haldið áfram höggum og spörkum eftir að hún datt í jörðina. Hún hlaut meðal annars opið sár og mar á augnloki og áverka á höfði, höndum og fæti. Var brot hans heimfært til 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Við mat á refsingu ákærða var litið til þess að hann hafði áður gerst brotlegur gegn sama ákvæði sem hafði nú ítrekunaráhrif samkvæmt 1. mgr. 218. gr. b. sömu laga. Hins vegar þóttu ekki skilyrði til að beita 3. mgr. sama ákvæðis eins og málið lá fyrir. Þá þótti jafnframt ekki tækt að beita ákvæði 3. mgr. 70. gr. alm. hgl. til refsilyngingar þar sem um einstakt tilvik var að ræða. Ákærði hlaut tveggja mánaða skilorðsbundið fangelsi.

Hér er einnig um sifjatengsl að ræða eins og í fyrrnefndum dómi *Hrd. 27. nóvember 2008 (203/2008)*. Ljóst er að þar sem ákærði hlaut dóm 30. mars 2005 fyrir brot gegn sama ákvæði hegningarlaganna þyngir það refsinguna að einhverju marki. Við refsimat virðist skipta hve mestu máli að um eitt einstakt tilvik sé að ræða. Fallast má á með Hæstarétti að einn kinnhest sé ekki hægt að túlka sem „átök“ eða „áflog“ í skilningi 3. mgr. 218. gr. b. alm. hgl. Hins vegar má færa rök fyrir því að brotþoli hafi ef til vill haft upptök að átökunum með ertingu og ögrun í skilningi 2. másl. 3. mgr. 218. gr. b. alm. hgl. með því að slá hann utanundir. Það er óskýrt hvers vegna dómurinn telur eitt einstakt tilvik ekki rúmast innan ákvæðis 3. mgr. 70. gr. alm. hgl. Það mælir fyrir um, að hafi verknaður beinst að karli, konu eða barni sem eru nákomin geranda og tengsl þeirra þykja hafa aukið á grófleika verknaðarins, skal að jafnaði taka það til greina til þyngingar refsingunni. Af orðalagi ákvæðisins verður að telja að fleiri tilvik þurfi ekki til að koma svo beiting þess komi til greina og því virðist sem dómurinn hafi aukið við skilyrði ákvæðisins.

Síðustu tveir dómarnir kveða á um þriggja og fjögurra mánaða skilorðsbundna fangelsisrefsingu. Þeir eiga það sameiginlegt að báðir brotamennirnir réðust á mágkonur sínar og annar þar að auki á frænku sína.

Hrd. 2006, bls. 2425 (543/2005): Ákærði ruddist drukinn og æstur inn á heimili bróður síns, eiginkonu hans og dóttur þeirra um miðja nótt. Þar kom til átaka milli hans og mæðgnanna sem hann meðal annars hrinti í gólfíð, sparkaði og sló í þær og reif í hár þeirra. Móðirin hlaut roða og skrámur aftan á hálsi, á báðum öxlum og bringu, klór milli herðablaða og eymsli í vöðvum á hálsi og hægri öxl, auk mars og roða á báðum fótleggjum. Dóttir hennar hlaut roða yfir neðri kjálka og marbletti á höndum, fótum, rist, lærum og baki. Var refsing ákærða ákveðin fangelsi í 4 mánuði, en þar sem hann hafði ekki gerst sekur um önnur brot sem áhrif hefðu á refsinguna þótti rétt að hún yrði skilorðsbundin.

Í *Hrd. 25. janúar 2007 (540/2006)* voru málavextir þeir að brotamaður var sakfelldur fyrir að hafa veist að mágkonu sinni, þar sem hún var stödd á dvalarstað hans, með þeim afleiðingum að hún hlaut marbletti og eymsli víðsvegar um líkamann. Brot hans var heimfært til 217. gr. alm. hgl. og refsing hans ákveðin þriggja mánaða fangelsi skilorðsbundið í tvö ár.

Hér fóru afleiðingar árásanna ekki fram úr mörkum 217. gr. alm. hgl. og var þetta fyrsti refsisdómur brotamannanna beggja. Fallast má á með Hæstarétti að umræddar refsíakvarðanir hafi verið eðlilegar í ljósi atburðanna sem áttu sér stað. Brotþolar voru tveir talsins í *Hrd. 2006, bls. 2425 (543/2005)* og því eðlilegt að ákærði þar hafi hlotið aðeins þyngri refsingu en

ákærði í *Hrd. 25. janúar 2007 (540/2006)*, þar sem atlagan beindist aðeins gegn einum brotþola.

Nú hefur verið farið yfir hvern dóm fyrir sig þar sem dæmt er fyrir eitt brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. árin 2005 – 2009. Dómarnir eru 8 talsins og er meðaltal refsingar þeirra 77 dagar eða rúmlega þriggja mánaða fangelsisrefsing. Í fjórum dómanna virðist refsingin vera heldur væg en í hinum fjórum dómunum þykir refsing hæfilega ákveðin. Fallast má á, að Hæstiréttur gæti ákveðins samræmis við ákvörðun refsingar í þessum málum, sem flest kveða á um skilorðsbundna refsingu. Aldur brotamanns og sú staðreynd að um eitt einstakt brot hafi verið að ræða hafa talsverð áhrif við ákvörðun refsingar, auk brotaferils ákærða ef einhver er. *Hrd. 27. nóvember 2008 (203/2008)* var þó sérstaklega gagnrýndur fyrir of væga refsingu og að hafa ekki næga hliðsjón af ungum aldri brotþola og tengslum hans við brotamann. Auk þess var talið athyglisvert hvernig Hæstiréttur breytir skilyrðum fyrir beitingu ákvæðis 3. mgr. 70. gr. alm. hgl. í *Hrd. 16. október 2008 (273/2008)*.

9.3 Brot gegn 217. gr. alm. hgl. og öðru líkamsmeiðingarákveði laganna

Á árunum 2005 til 2009 voru fjórir dómur þar sem sakfelld var fyrir fleiri en eitt brot gegn líkamsmeiðingarákveðum almennu hegningarlaga þar sem að minnsta kosti eitt þeirra var brot gegn ákvæði 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Báðar málsgreinar 218. gr. alm. hgl. kveða á um talsvert hærri refsihámark en ákvæði 217. gr. alm. hgl. og því má ætla að brot gegn þeim hafi þyngt refsinguna umtalsvert.

Hrd. 20. desember 2007 (424/2007): Tveir hundar, annar í eigu V, bitu nokkur lömb til dauða og voru í kjölfar þess skotnir. Er V kom til að sækja hræið af hundi sínum veittist hann með ofbeldi að eigendum fjáris, sem drepð hafði verið. Var hann sakfelldur fyrir líkamsárás í tvígang gegn A, sem taldist í báðum tilvikum varða við 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. og einu sinni gegn E með því að hrinda henni þannig að hún féll í jörðina með þeim afleiðingum að hún hlaut brot á efri hluta sköflungsbeins og tognun og eymsli á miðlægu hliðarbandi í hné. Taldist síðastgreind árás varða við 1. mgr. 218. gr. alm. hgl. Refsing V þótti hæfilega ákveðin þriggja mánaða fangelsi skilorðsbundið í tvö ár.

Færa má rök fyrir því að þriggja mánaða skilorðsbundið fangelsi fyrir þrjár líkamsárásir, þar af eina meiri háttar, sé tiltölulega væg refsing. Í forsendum dómsins tekur Hæstiréttur meðal annars fram að ekki sé fallist á beitingu 3. mgr. 218. gr. b. alm. hgl. Ákærði hafi veist með

offorsi og ofbeldi að nágrönnum sínum. Hvergi er minnst á 77. gr. alm. hgl. um brotasamsteypu. Samkvæmt 2. mgr. þeirrar greinar skal tiltaka refsingu innan takmarka þess hegningarákvæðis, sem við brotunum liggur og eigi þau ekki öll undir sama hegningarákvæði, þá innan takmarka þess hegningarákvæðis, sem þyngsta hegningu setur. Að þessu virtu skal ákveða refsingu innan refsimarka 1. mgr. 218. gr. alm. hgl. sem er fangelsi allt að þremur árum. Undanfarandi atburðir árásarinnar hafa ef til vill haft sitt að segja við ákvörðun refsingar. Hæstiréttur tekur það þó ekki fram í forsendum sínum né hvað annað gæti hafa réttlætt svo væga refsingu.

Í seinni dómi Hæstaréttar, þar sem brot voru heimfærð til bæði 1. mgr. 217. gr. og 1. mgr. 218. gr. alm. hgl., var um að ræða fjórar líkamsárásir, tvær gegn hvoru ákvæði.

Hrd. 12. nóvember 2009 (487/2008): X var sakfelldur fyrir fjórar líkamsárásir gegn fyrrverandi sambýliskonu sinni og tveimur börnum hennar. Voru brotin heimfærð undir 217. gr. og 1. mgr. 218. gr. alm. hgl. og refsing hans ákveðin með vísan til 77. gr. sömu laga. X neitaði sök í málinu. Hann hafði ekki áður hlotið refsingu, en að öðru leyti var ekki talið að hann ætti sér málsbætur. Ekki var talið að 3. mgr. 218. gr. b. alm. hgl. ætti við í málinu en við ákvörðun refsingar var litið til 3. mgr. 70. gr. sömu laga. Var X dæmdur í 8 mánaða fangelsi, þar af voru 6 mánuði skilorðsbundnir í fjögur ár.

Hér hlýtur brotamaður töluvert þyngri refsingu en í fyrri dómi þar sem reyndi á bæði ákvæðin, enda braut hann tvívegis gegn ákvæði 1. mgr. 218. gr. alm. hgl. og hefur það haft sitthvað að segja við ákvörðun refsingar. Réttilega er vísað til brotasamsteypuákvæðis 77. gr. og 3. mgr. 70. gr. laganna, sem virkar til refsþyngingar. Með hliðsjón af framansögðu og því að einu málsbætur brotamanns eru hreinn sakaferill verður að telja dæmda refsingu hans hæfilega.

Aðeins einn dómur á umræddu tímabili fjallar um brot gegn 217. gr. og 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. Þar var um að ræða tvær minni háttar líkamsmeiðingar og eina stórfellda líkamsmeiðingu sem var heimfærð til 2. mgr. 218. gr. alm. hgl.

Hrd. 19. júní 2008 (100/2008): Á var sakfelldur fyrir þrjár líkamsárásir: Í fyrsta lagi fyrir að ráðast á A í aftursæti bifreiðar og slá hann með krepptum hnefa í andlitið, í öðru lagi fyrir að hafa veist að B og slegið hann með golfkylfu í öxlina með þeim afleiðingum að hann hlaut rispu og mar og í þriðja lagi fyrir að hafa veist að A og slá hann nokkur högg með golfkylfu í höfuðið. Við þetta hlaut A meðal annars mar og eymsli hægra megin á hálsi og gagnauga og gat á aðra hljóðhimnu. Var fyrsta atlagan heimfærð til 217. gr. alm. hgl. og sú seinni einnig þar sem árásin beindist að öxl brotþola en ekki höfði hans og var því ekki um stórfellda

líkamsmeiðingu að ræða, líkt og talið var í ákæru. Síðasta atlagan var talin brot á 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. Var Á gert að sæta fangelsi í 8 mánuði og greiða skaðabætur. Með vísan til þess að Á hafði ekki áður gerst sekur um refsiverða háttsemi þótti rétt að fresta fullnustu sex mánaða af refsingunni.

Í forsendum héraðsdóms, sem Hæstiréttur staðfesti, er farið nánar í atriði sem máli skipta við refsimatið. Meðal annars var litið til þess að brotamaður játaði háttsemi sína á greinargóðan hátt fyrir dómi. Á hinn bóginn er hann sakfelldur fyrir þrjár fyrirvaralausar líkamsárásir af litlu tilefni. Einnig var höfð hliðsjón af því að um einbeittan ásetning ákærða var að ræða, en sannað var að hann gerði sér sérstaka ferð frá Egilsstöðum til Eskifjarðar til að ganga í skrokk á mönnunum. Að lokum er vikið að því að brotamaður beitti stórhættulegri aðferð í árásinni þar sem hann notaðist við golfkylfu. Deila má um hvort tilefnisleysi árásarinnar og einbeittur ásetningur brotamanns hefði átt að hafa meira vægi við refsíákvörðunina. Hreinn sakaferill ákærða virðist hér vega tiltölulega mikið upp á móti ásetningi, tilefnisleysi og aðferð hans við árásina. Með vísan til 77. gr. alm. hgl. um brotasamsteypu, sem hvergi er vísað til í dóminum, á að ákveða refsingu innan refsimarka ákvæðis 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. Það kveður á um fangelsisrefsingu allt að 16 árum. Að því virtu er refsing ákveðin mjög neðarlega innan markanna. Telja verður að málsbætur brotamanns geti ekki réttlætt svo væga refsingu fyrir þrjú brot gegn líkamsmeiðingarkafli almennu hegningarlaganna.

Síðasti dómurinn fjallar um tvær minni háttar líkamsmeiðingar sem vörðuðu við 1. mgr. 217. gr. alm. hgl.:

Hrd. 2006, 5413 (410/2006): Hér var um að ræða þrjá menn sem ákærðir voru fyrir margs konar alvarleg brot gegn bæði almennum hegningarlögum og sérrefsilögum. H var meðal annars ákærður fyrir að hafa kýlt annan mann með krepptum hnefa í andlitið svo af hlaust hrufll og bólga yfir vinstra kinnbeini. Honum var einnig gefið að sök, ásamt öðrum, að hafa ráðist að brotþola og sparkað í hann liggjandi, meðal annars í höfuð hans. Báðar árásirnar voru heimfærðar til 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Í forsendum héraðsdóms, sem staðfestur var í Hæstarétti, var tekið fram að atлага H hafi verið stórhættuleg er hann, ásamt öðrum, elti uppi brotþola án nokkurs réttlætanlegs tilefnis til þess eins að valda honum tjóni. Við ákvörðun refsingar var litið til 2. mgr. 70. gr. og 77. gr. alm. hgl. H hafði ekki áður hlotið refsingu og var refsing hans hæfilega ákveðin fjögurra mánaða fangelsi skilorðsbundið í þrjú ár.

Hér má deila um hvort Hæstiréttur hafi nýtt refsiramma ákvæðis 217. gr. alm. hgl. nægilega vel við refsíákvörðun sína. Samkvæmt umræddu refsíákvæði er heimilt að færa hámarksrefsingu upp í eins árs fangelsi hafi háttsemin verið sérstaklega vítaverð. Í forsendum

dómsins er beinlínis tekið fram að atлага brotamanns hafi verið stórhættuleg er hann sparkaði ítrekað í höfuð liggjandi manns. Þetta gerði hann í samverknaði við aðra, sbr. 2. mgr. 70. gr. alm. hgl., sem er jafnframt refsipýngingarástæða. Óljóst er af hverju dómurinn lítur ekki á atlöguna sem sérstaklega vítaverða og færir refsingu upp fyrir venjulegt refsihámark brotsins. Einu málsbætur H eru hreinn sakaferill hans. Í forsendum dómsins er þar að auki tekið fram að brotamaður sé fæddur 1987 og það hefur ef til vill mildað refsingu hans að einhverju leyti, þó Hæstiréttur taki það ekki beinlínis fram.

Nú hefur verið gerð grein fyrir fjórum dómum Hæstaréttar þar sem sakfelld var fyrir brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. og öðru líkamsmeiðingarákvæði. Þrír þeirra voru gagnrýndir fyrir að vera of vægir og láta t.d. hreinan sakaferil í *Hrd. 19. júní 2008 (100/2008)* hafa of mikið vægi eða hættulega háttsemi eða atlögu ekki nógu mikið vægi, samanber *Hrd. 2006, bls. 5413 (410/2006)*. Hins vegar er Hæstiréttur almennt fremur stuttur við rökstuðning refsíákvörðunar og því ekki alltaf auðvelt að gera sér grein fyrir þeim rökum sem liggja til grundvallar refsingu, t.d. í *Hrd. 20. desember 2007 (424/2007)*, þar sem talið er að undanfarandi athafnir milli ákærða og brotþola hafi haft áhrif og *Hrd 2006, bls. 5413 (410/2006)* þar sem ætla má að ungur aldur brotþola hafi haft sitt að segja þó það komi ekki skýrt fram. Meðalrefsingin er um það bil 6 mánaða fangelsi sem telja verður í lægra kanti þegar annað brotið varðar við aðra hvora málsgrein 218. gr. alm. hgl.

9.4 Brot gegn 217. gr. alm. hgl. og ótengd brot

Síðasti og jafnframt stærsti flokkurinn varðar eitt eða fleiri brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. annars vegar og ótengd brot hins vegar. Ótengdu brotin eru öll önnur brot en brot gegn líkamsmeiðingarkafli almennu hegningarlaganna og eru í sumum tilfellum eldri skilorðsbundnir dómar sem teknir eru upp og refsing ákveðin í einu lagi fyrir bæði eða öll brotin. Rof á reynslulausn er einnig virt sem ígildi ótengds brots og falla því dómar þar sem á það reyndi einnig í umræddan flokk.¹⁵⁴

Dómarnir í þessum flokki eru 14 talsins og þar reynir á hin ýmsu brot almennu hegningarlaganna auk sérrefsilagabrota. Í þremur þeirra er einnig ákært fyrir alvarlegri brot en

¹⁵⁴ Umræddri aðferðarfræði var fyrst beitt í grein Ragnheiðar Bragadóttur: „Ákvörðun refsingar í nauðgunarmálum“.

líkamsmeiðingu og er refsingin þar af leiðandi töluvert þyngri en í venjulegum líkamsárásarmálum.

Í *Hrd. 28. maí 2009 (67/2009)* var sakfelldur fyrir líkamsárás og kynferðislega áreitni samkvæmt 199. gr. alm. hgl. og brotamaður hlaut eins árs fangelsisdóm, þar sem 9 mánuðir voru skilorðsbundnir í þrjú ár.

Hrd. 8. október 2009 (129/2009): Maður var sakfelldur fyrir bæði líkamsárás og nauðgun samkvæmt 1. mgr. 194. gr. alm. hgl. og gert að sæta fangelsi í fjögur og hálf ár.

Hrd. 2006, bls. 5413 (410/2006): Einn ákærðu var dæmdur í 6 ára fangelsi fyrir tilraun til manndráps, fjórar líkamsárásir, brot á vopnalögum og brot á lögum um ávana- og fíkniefni.

Hámarksrefsing fyrir brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. er 6 mánaða fangelsi, eða eins árs fangelsi ef háttsemin er sérstaklega vítaverð og því er ljóst að það brot hafði tiltölulega lítið vægi við ákvörðun refsingar í ofangreindum þremur dómum. Auk þess kveða tvö ákvæðin, sem brotið er gegn, á um ákveðna lágmarksrefsingu. Þannig er lágmarksrefsing fyrir manndráp fimm ára fangelsi og eitt ár fyrir brot gegn nauðgunarákvæði 1. mgr. 194. gr. alm. hgl. Þessir þrjú dómar eru því undanskildir samanburðinum og verða ekki raktir nánar.

Eftir standa 11 dómar sem kveða á um fangelsisrefsingu frá 30 dögum og allt að 18 mánuði. Í þremur þeirra er dæmt fyrir tvö brot gegn 217. gr. alm. hgl. og ótengd brot og eru tveir þeirra jafnframt þyngstu dómarnir. Fyrst verður vikið að þessum þremur dómum, síðan að dómum er varða brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. og skilorðsrof og loks að öðrum dómum um brot gegn umræddu ákvæði og öðrum ótengdum brotum sem ekki eru jafnframt skilorðsrof.

9.4.1 Tvö brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. og ótengd brot

Hrd. 2005, bls. 2112 (446/2004): Ó var sakfelldur fyrir tvær líkamsárásir á árinu 2001 er hann bæði skallaði mann og sló til annars með björkönnu í andlitið. Fallist var á með héraðsdómi að báðar árásirnar hefðu verið fólkskulegar og tilefnislausar, en þær voru heimfærðar undir 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Þessi brot Ó voru framin áður en tveir síðustu dómar á hendur honum voru kveðnir upp. Var skilorð síðari dómsins tekið upp og Ó gert að sæta fangelsi samtals í 18 mánuði. Tekið var fram að brot Ó hefðu verið framin fyrir fjórum árum og að rannsókn hefði dregist hjá lögreglu, án þess að fullnægjandi skýringar hefðu verið gefnar á þeim drætti. Þá

hefðu hagir Ó breyst til hins betra frá því sem áður var. Þótti því mega fresta fullnustu 15 mánaða af refsingunni.

Hér hlýtur brotamaður nokkuð þunga refsingu fyrir tvær líkamsárásir og brot á skilorði. Svo virðist sem Hæstiréttur hafi mildað refsinguna umtalsvert með hliðsjón af fjölda málsbóta hans. Hins vegar verkar langur brotaferill hans til refsipýngingar. Hæstiréttur vísar bæði til 77. gr. alm. hgl. um brotasamsteypu og 78. gr. laganna um hegningarauka. Síðastnefnda ákvæðið kveður á um, að verði maður sem búið er að dæma fyrir eitt brot eða fleiri uppvis að því að hafa framið önnur brot áður en hann er dæmdur, skuli honum dæmdur hegningarauki er samsvari þeirri þyngingu hegningarinnar sem kynni að hafa orðið, ef dæmt hefði verið um öll brotin í fyrra málinu. Sakaferill brotamanns er rakinn í héraðsdómi. Þar segir að frá 18 ára aldri hafi hann hlotið 6 refsidóma, þar af fjóra vegna líkamsárása. Að auki hefur brotamaður verið dæmdur fyrir auðgunarbrot, fíkniefnabrot og umferðarlagabrot. Brot þau sem umræddur dómur tekur til meðferðar eru framin fyrir uppkvaðningu dóms Héraðsdóms Reykjavíkur 3. júlí 2001, en þar var hann dæmdur í sjö mánaða fangelsi, þar af fimm skilorðsbundna í fjögur ár, fyrir brot gegn 1. mgr. 218. gr. og 1. mgr. 217. gr. alm. hgl., og dóm Héraðsdóms Austurlands 5. mars 2002, en þar hlaut hann 13 mánaða skilorðsbundið fangelsi fyrir fíkniefnabrot. Brotamaður rauf skilorð síðastnefnda dómsins sem var nú tekinn upp og honum ákveðin refsing í einu lagi samkvæmt 60. gr. alm. hgl. Með hliðsjón af sakaferli brotamanns þykir refsíákvörðun Hæstaréttar hæfileg.

Næsti dómur sem sakfellir brotamann fyrir tvær líkamsárásir og önnur ótengd brot er *Hrd. 3. maí 2007(616/2006)*:

E var sakfelldur fyrir að hafa ráðist á X í anddyri hótels og skallað hann í andlitið með þeim afleiðingum að X hlaut hrúfl og mar á enni. Jafnframt var E sakfelldur fyrir að hafa í beinu framhaldi fellt Y í jörðina fyrir utan hótelið og ítrekað sparkað í hann liggjandi með þeim afleiðingum meðal annars að Y hlaut liðhlaup á vinstri öxl. Þóttu báðar líkamsárásir varða við 217. gr. alm. hgl. Með brotum sínum rauf E skilyrði reynslulausnar sem hann hafði fengið af 5 mánaða eftirstöðvum refsingar samkvæmt eldri dómi. Refsing E var ákveðin fangelsi í 8 mánuði.

Telja verður að sakaferill brotamanns hafi hér mikil áhrif við refsíákvörðun. Hann rauf ekki aðeins skilorð reynslulausnar heldur var hann þar að auki dæmdur 18. apríl 2007 til fjögurra mánaða fangelsisvistar fyrir nytjastuld. Loks hefur hann tvisvar áður, 2001 og 2002, verið

dæmdur fyrir líkamsárás sem varðaði við 217. gr. alm. hgl. Í ljósi þessa má telja refsíákvörðun dómsins hæfilega.

Loks er í *Hrd. 2006, bls. 3348 (57/2005)* einnig fjallað um tvö brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. og þar að auki brot gegn fíkniefnalöggjöfinni svo og skilorðsrof:

Hrd. 2006, bls. 3348 (57/2005): Maður var sakfelldur fyrir brot gegn fíkniefnalögum með því að kaupa fimm grömm af hassi og fyrir tvær líkamsárásir: Í fyrsta lagi með því að hrinda A út úr bifreið á ferð sem var á um það bil 10 kílómetra hraða, en dómurinn taldi þá háttsemi sérstaklega háskalega, jafnvel þótt bifreiðin hafi verið á mjög lítilli ferð. Þar að auki sló hann B með krepptum hnefa í hægri auga, hrinti henni þannig að hún rakst utan í hurðarkarm og féll fram á gang og sparkaði síðan í hana. Af þessu hlaut B meðal annars mar og bólgu yfir hægri kinnbeini og eymsli á enni, handleggjum og hryggvöðvum. Við ákvörðun refsingar var vísað til 77. gr. alm. hgl. og hann dæmdur í þriggja mánaða skilorðsbundið fangelsi.

Sakaferill brotamanns er rakinn í héraðsdóminum en hann var þann 11. júní 2002 dæmdur í eins mánaðar fangelsi, skilorðsbundið í tvö ár, fyrir þjófnað. Með umræddum dómi rauf hann skilorð þess dóms og bar því að taka hann upp og dæma honum refsingu í einu lagi samkvæmt 77. gr. alm. hgl. Dómurinn tiltekur fá atriði sem koma til skoðunar við ákvörðun refsingar og ekki verður séð að brotamaður eigi sér neinar þær málsbætur sem gætu ef til vill réttlætt jafn væga refsingu og hann hlaut. Þykir sakaferill brotamanns ekki hafa haft nógu mikið vægi við refsíákvörðun.

9.4.2 Eitt brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. og skilorðsrof

Margir dómur á umræddu tímabili varða eitt brot á 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. og skilorðsrof á fyrri dómi sem tekinn er upp og brotamanni dæmd refsing í einu lagi, sbr. 60. gr. alm. hgl. Eins og áður kom fram eru skilorðsrof virt sem ótengd brot. Ef brotamaður rýfur skilorð virðist það valda því að dæmd er óskilorðsbundin refsing eða að minnsta kosti hluti hennar sé óskilorðsbundinn og kemur það fram í bæði *Hrd. 2005, bls. 2112 (446/2004)* og *Hrd. 3. maí 2007 (616/2006)*. Nú verður farið yfir dóma er varða eina minni háttar líkamsmeiðingu og skilorðsrof, frá þeim þyngsta til hins vægasta.

Hrd. 30. apríl 2008 (33/2008): B var sakfelldur fyrir líkamsárás með því að hafa slegið dyravörð á skemmtistað á Akureyri hnefahöggi í andlitið með þeim afleiðingum að hann hlaut 1 cm langan skurð ofan við efri vör auk þess sem kvarnaðist örlítið upp úr hægri augntönn.

Brotið, sem B játaði fyrir dómi, var heimfært undir 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Með því rauf hann skilorð sjö mánaða fangelsisrefsingar, sem hann hlaut með dómi 3. apríl 2006, og var það mál tekið upp og honum gerð refsing í einu lagi samkvæmt 60. gr. alm. hgl. Refsing hans var ákveðin 8 mánaða óskilorðsbundið fangelsi.

Þó brotamaður hafi við fyrstu sýn fengið þungan dóm verður að fallast á rök Hæstaréttar fyrir því. Þetta var annað brot hans gegn umræddu líkamsmeiðingarákvæði og hafði hann einnig hlotið fleiri refsidóma fyrir brot á ávana- og fíkniefnalögum. Dómurinn frá 3. apríl 2006, sem tekinn var upp, kvað á um 7 mánaða fangelsi, skilorðsbundið í þrjú ár. Með hliðsjón af sakaferli hans og ofbeldisbrotum verður að telja viðurlagaákvörðun dómstólsins hæfilega, bæði lengd fangelsisrefsingarinnar og það að hún er óskilorðsbundin.

Þrír dómur kveða á um 5 mánaða fangelsisvist og þar af er refsing tveggja þeirra að öllu leyti óskilorðsbundin.

Hrd. 18. desember 2008 (431/2008): M var ákærður fyrir líkamsárás skv. 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. með því að hafa ráðist á V á heimili hennar og gripið í hár hennar, hárreytt hana og fellt í gólfíð og eftir að hún hafði staðið upp tekið hana kverkataki og ýtt henni upp að vegg. M játaði verknaðinn fyrir héraðsdómi. Við ákvörðun refsingar var litið til þess að M hafði áður verið dæmdur fyrir brot gegn 1. mgr. 106. gr. alm. hgl. og hafði sá dómur ítrekunaráhrif á brot M, skv. 71. gr., sbr. 1. mgr. 218. gr. b. alm. hgl. Þá var litið til þess að um skilorðsrof var að ræða og að M réðst á V þó börn hennar væru á heimilinu og yrðu að einhverju leyti vitni að átökunum. Hins vegar var einnig litið til 2. málslíðar 3. mgr. 218. gr. b. laganna þar sem aðdragandi árásarinnar var erfíðleikar í samskiptum M og V og hún hafði ögrað og hóttað honum. Var refsing M ákveðin fangelsi í fimm mánuði.

Hér tilgreinir Hæstiréttur mörg atriði sem geta annað hvort verkað til mildunar eða þyngingar refsingar brotamanns. Svo virðist sem ítrekunaráhrif fyrri ofbeldisdóms og skilorðsrof hafi haft hvað mest að segja við ákvörðun refsingar og að hún hafi verið með öllu óskilorðsbundin. Dómurinn skýrir ekki nánar hversu mikil áhrif refsimumildunarástæðan hafi haft, þ.e. að brotþoli hafi bæði hóttað og ógnað ákærða sbr. 3. mgr. 218. gr. b. alm. hgl. en það ákvæði hefur bæði að geyma refsilækkunar- og refsibrottfallsheimild. Héraðsdómur beitir ekki umræddu ákvæði við ákvörðun refsingar sinnar en það horfði þó til þyngingar að brotamaður lét ekki viðveru barna brotþola aftra sér frá því að ráðast á hana. Að öllu þessu virtu þykir ekki efni til að gagnrýna ákvörðun Hæstaréttar um 5 mánaða óskilorðsbundið fangelsi.

Seinni dómurinn þar sem dæmd er 5 mánaða óskilorðsbundin fangelsisrefsing er *Hrd. 24. janúar 2008 (354/2007)*. Þar var um tvo brotamenn að ræða en hér er aðeins annar þeirra til skoðunar. Hinn framdi aðeins eitt einstakt brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. og var sá hluti dómsins til umfjöllunar í kafla 9.2.

Hrd. 24. janúar 2008 (354/2007): J var sakfelldur fyrir að hafa liðsinnt I í broti hans og þannig gerst hlutdeildarmaður í skilningi 1. mgr. 22. gr. alm. hgl., en I var sakfelldur fyrir líkamsárás skv. 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. með því að hafa hrint A utan í vegg, slegið hann nokkur hnefahögg og sparkað í hann liggjandi nokkrum sinnum með þeim afleiðingum að hann hlaut áverka í andliti og á líkama. Þar að auki var J fundinn sekur um umferðarlagabrot. Með broti J rauf hann skilyrði reynslulausnar sem honum hafði verið veitt í eitt ár á 30 dögum óafplánaðrar refsingar. Með vísan til 1. mgr. 65. gr. laga nr. 49/2005 um fullnustu refsinga var honum því gerð refsing í einu lagi fyrir þessi brot, og var hún ákveðin fangelsi í fimm mánuði.

Hér er refsíabyrgð brotamanns byggð á hlutdeildarákvæði almennu hegningarlaganna sem kveður á um að hver, sem með liðsinnti í orði eða verki, fortölum, hvatningum eða á annan hátt á þátt í því, að brot samkvæmt lögnum er framið, skal sæta þeirri refsingu, sem við brotinu er lögð. J hlaut mun þyngri dóm í héraði, eða 18 mánaða fangelsi. Þar eru fleiri atriði tiltekin við refsíákvörðun svo sem líkamsburðir hans og að brotaþoli standi honum talsvert að baki hvað líkamlega burði varðar. Héraðsdómur taldi atlöguna fólkskulega er þeir gengu afskiptalaust í skrokk á brotaþola og sýndu jafnframt vægðarleysi og hrottaskap við hana. J hefur að baki annan líkamsárásardóm sem, að mati dómsins, sýnir að hann sé ofbeldisfullur einstaklingur. Hæstiréttur virðist byggja á því að ekki hafi tekist að sanna að J hafi tekið beinan þátt í líkamsárásinni heldur aðeins að hann hafi veitt meðákærða liðsinnti sitt við framkvæmd hennar. Þetta virðist lækka refsingu J umtalsvert. Hæstiréttur rekur síðan brotaferil J sem var dæmdur í tveggja mánaða fangelsi fyrir minni háttar líkamsmeiðingu árið 2005. Með broti sínu rauf hann einnig skilorð reynslulausnar. Telja verður að umferðarlagabrotið hafi ekki haft áhrif sem slíkt á refsihæðina. Ofbeldissaga hans virðist tryggja það að refsing hans liggi ofarlega innan refsimarka ákvæðis 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. og að refsingin sé jafnframt óskilorðsbundin.

Síðasti dómurinn þar sem dæmd er 5 mánaða refsing er *Hrd. 23. október 2008 (172/2008)*. Þar eru þó fjórir mánuðir af refsingunni skilorðsbundnir í þrjú ár væntanlega vegna þess að um skilorðsrof var einnig að ræða.

Hrd. 23. október 2008 (172/2008): H var sakfelldur fyrir líkamsárás með því að hafa ráðist á GP og GV með þeim afleiðingum að GP hlaut 1 cm langan skurð á fingri og GV rotaðist og hlaut 2 cm langan skurð á kinn, skurð á vör og langan skurð á höku. Var brot H heimfært undir 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Með því rauf hann skilorð sem hann hlaut með dómi 30. október 2006 og var það mál tekið upp og honum gerð refsing í einu lagi samkvæmt 60. gr. alm. hgl. Refsing hans var ákveðin 5 mánaða fangelsi en frestað var fullnustu 4 mánaða af refsingunni.

Í fyrri dómi brotamanns frá 30. október 2006 var hann sakfelldur fyrir stórfelldar líkamsmeiðingar samkvæmt 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. og vopnalagabrot. Fyrir það hlaut hann 6 mánaða fangelsisrefsingu og þar af voru fjórir mánuðir bundnir skilorði í þrjú ár. Héraðsdómur tekur fram að umrætt brot hafi verið framið fyrir uppkvaðningu fyrrnefnds dóms og því beri að taka upp skilorðshluta hans og ákvarða refsingu í einu lagi fyrir öll brotin samkvæmt 60. gr. alm. hgl., sbr. 77. og 78. gr. þeirra. Með hliðsjón af því að þetta er annað ofbeldisbrot brotamanns og að umrædd árás hafi verið með öllu tilefnislaus þykir athyglisvert að Hæstiréttur ákveður að skilorðsbinda svo stóran hluta af refsingunni í *Hrd. 23. október 2008 (172/2008)*.

Síðustu tveir dómarnir er varða aðeins eitt brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. og skilorðsrof eru *Hrd. 25. janúar 2007 (415/2006)* og *Hrd. 6. desember 2007 (299/2007)*. Refsing Hæstaréttar í þeim tveimur þykir hæfilega ákveðin, en hún var annars vegar 4 mánaða fangelsi, þar af þrír skilorðsbundnir í tvö ár og hins vegar þriggja mánaða óskilorðsbundið fangelsi. Verða þeir nú reifaðir stuttlega.

Hrd. 25. janúar 2007 (415/2006): Hér eru ákærðu tveir og er aðeins annar þeirra til umfjöllunar, S. Hann var ákærður fyrir að hafa slegið X einu höggi í höfuðið með þeim afleiðingum að X féll af stól og vankaðist. Með brotinu rauf S skilorð. Hann var sakfelldur fyrir brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. og gert að sæta fangelsi í 4 mánuði, þar af voru 3 mánuðir skilorðsbundnir.

Hrd. 6. desember 2007 (299/2007): S var ákærður fyrir sérstaklega hættulega líkamsárás með því að hafa stungið annan mann ítrekað í líkamann með stórum hnífi. Eins og S beitti hnífnum í umrætt sinn var háttsemi hans ekki metin svo hættuleg að hún yrði felld undir 2. mgr. 218. gr. alm. hgl. Þá voru áverkar mannsins, sem varð fyrir hnífsstungunum, ekki taldir svo verulegir að fella bæri háttsemina undir 1. eða 2. mgr. sömu greinar og var S því sakfelldur fyrir brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Með brotinu rauf hann skilorð dóms frá 27. júní 2006, þar sem hann hafði hlotið eins mánaðar skilorðsbundið fangelsi fyrir þjófnað. Í samræmi við

60. gr. alm. hgl. var sá dómur tekinn upp og bæði málin dæmd í einu lagi, sbr. 77. gr. sömu laga. Þótti refsing S hæfilega ákveðin þriggja mánaða fangelsi.

Fyrri dómurinn tilgreinir fá atriði sem komu til skoðunar við ákvörðun refsingar. Héraðsdómur taldi atlöguna þó fólksulega og tilefnislausu og rauf ákærði skilorð við framningu hennar. Þó Hæstiréttur taki það ekki skýrt fram er líklegt að þar sem ákærði hafði aðeins slegið brotþola einu höggi hafi það mildað refsinguna að einhverju leyti.

Í seinni dóminum var ákærði dæmdur í 6 mánaða fangelsi í héraði, en þar taldist brot hans varða við 1. mgr. 218. gr. alm. hgl. Þó hann hafi notað hníf við árásina var aðferðin ekki nóg til að teljast „hættuleg aðferð“ samkvæmt 2. mgr. 218. gr. alm. hgl., þar sem hann hélt um hnífsoddinn og „pikkaði“ með honum í brotþola. Því þykir ljóst að hann hafi ekki beitt hnífnum af öllu afli og hættueiginleikar vopnsins ekki miklir í umrætt sinn. Héraðsdómur leggur auk þess áherslu á sakaferil ákærða en hann átti að baki alls 14 fangelsisdóma. Athyglisvert er að Hæstiréttur virðist sjá þetta frá öðru sjónarhorni því hann leggur áherslu á að ákærði hafi ekki áður gerst sekur um líkamsárás og taldi jafnframt umrætt brot vera minni háttar líkamsmeiðingu með hliðsjón af áverkum brotþola. Að því virtu að Hæstiréttur telur ákærða hafa framið mun minna brot en samkvæmt héraðsdómi þykir eðlilegt að refsíákvörðunin sé talsvert vægari. Þykir hún hæfilega ákveðin með hliðsjón af atvikum máls eins og hér háttaði. Þá telst eðlilegt að hafa hana óskilorðsbundna þar sem um skilorðsrof var þar að auki að ræða hjá ákærða.

9.4.3 Eitt brot gegn 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. og ótengd brot

Aðeins tveir dómar standa nú eftir og eiga þeir það sameiginlegt að sakfelld er fyrir eina líkamsárás og fyrir brot gegn öðru ákvæði almennu hegningarlaganna. Í hvorugum dóminum reynir á skilorðsrof né rof á reynslulausn.

Hrd. 22. maí 2008 (642/2007): X var ákærður fyrir líkamsárás og brot gegn frjálrsæði A, fyrrum unnustu sinnar. Þá var hann ákærður fyrir hótanir í hennar garð. Ekki þótti hafið yfir skynsamlegan vafa að brotið hefði verið gegn frjálrsæði A og var X því sýknaður af þeim lið ákærunnar. X var hins vegar sakfelldur fyrir brot gegn 217. gr og 233. gr. alm. hgl. Í dómi Hæstaréttar sagði að X hefði játað brot sín að hluta. Þá hefði hann einungis verið 17 ára er hann framdi brotin og væri litið til þessara atriða til refsímildunar. Hins vegar yrði að líta til þess að sú líkamsárás sem X var fundinn sekur um stóð yfir í langan tíma og hafði talsverðar

afleiðingar í för með sér fyrir A, einkum vegna þess áfalls sem hún varð fyrir er kærasti hennar beitti hana slíku ofbeldi. Var refsing X ákveðin fangelsi í þrjá mánuði en fullnustu refsingarinnar frestað skilorðsbundið.

Ákvæði 233. gr. alm. hgl. mælir fyrir um að hver sá sem hefur í frammi hótun um að fremja refsiverðan verknað og hótunin er til þess fallin að vekja hjá öðrum manni ótta um líf, heilbrigði eða velferð sína eða annarra, þá varði það sektum eða fangelsi allt að tveimur árum. Af þessu er ljóst að refsihámarkið er töluvert hærra en refsihámark 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Því hefur hótunarbrotið ef til vill lengt fangelsisrefsinguna umtalsvert. Í ljósi þess að þetta var hans fyrsta brot, sem hann játaði að hluta og var aðeins 17 ára er hann framdi það, má ætla að hann hefði ef til vill aðeins hlotið eins mánaðar skilorðsbundið fangelsi hefði hann verið sakfelldur fyrir líkamsárás eina og sér. Dómurinn tekur þó fram að þó stúlkan hafi storkað honum með því að segjast hafa verið honum ótrú, réttlæti það ekki verknaðinn. Af framangreindu verður að telja hina dæmdu refsingu eðlilega en athygli vekur þó að ekki er vísað til 77. gr. alm. hgl. um brotasamsteypu í dóminum.

Seinni dómurinn er varðar fleiri en eitt brot gegn almennu hegningarlögum er *Hrd. 2005, bls. 2353 (513/2004)*:

Á var gefið að sök að hafa ráðist inn á heimili A, ýtt honum upp að vegg og slegið hann nokkur hnefahögg í andlit og líkama. Talið var sannað að Á hefði veist að A umrætt sinn á þann hátt að varðaði við 217. gr. alm. hgl. Hins vegar var með vísan til þess að ekki væri loku fyrir það skotið að C hefði veitt A einhverja þá áverka sem lýst var í ákæru, talið ósannað hverjir áverkanna stöfuðu af atlögu Á, þótt ljóst væri að hann hefði átt þátt í að veita einhverja þeirra. Þá var talið sannað að Á hefði tekið farsíma A og slegið eign sinni á hann og með því gerst brotlegur við 245. gr. alm. hgl. Við ákvörðun refsingar var vísað til 77. gr. og hún hæfilega ákveðin 30 daga fangelsi, skilorðsbundin í tvö ár.

Hér brýtur brotamaður annars vegar gegn líkamsmeiðingarkafli almennu hegningarlaganna og hins vegar gegn auðgunarbrotakafli þeirra. Gripdeildarbrot varðar sömu refsingu og þjófnaður samkvæmt 1. mgr. 244. gr. alm. hgl., en þar er refsihámarkið 6 ára fangelsi. Skal þar að auki ákveða refsingu innan refsimarka þess brots sem kveður á um hærra refsihámark. Með hliðsjón af framangreindu þykir 30 daga skilorðsbundið fangelsi nokkuð væg refsing. Sakaferill brotamanns er rakinn í héraðsdómi en hann hefur frá árinu 1994 fimm sinnum verið dæmdur fyrir brot gegn almennum hegningarlögum, umferðarlögum og áfengislögum. Þar að auki á hann að baki annað ofbeldisbrot frá árinu 1995. Brotamaður á sér í raun engar málsbætur og þykir því 30 daga skilorðsbundið fangelsi fyrir tvö jafn alvarleg brot og hann

var sakfelldur fyrir of væg refsing. Að vissu leyti má líta svo á að brotasamsteypuákvæði 77. gr. alm. hgl. hafi ekki haft neitt að segja og í raun aðeins verið formsatriði við refsíákvörðun.

9.4.4 Niðurstöður

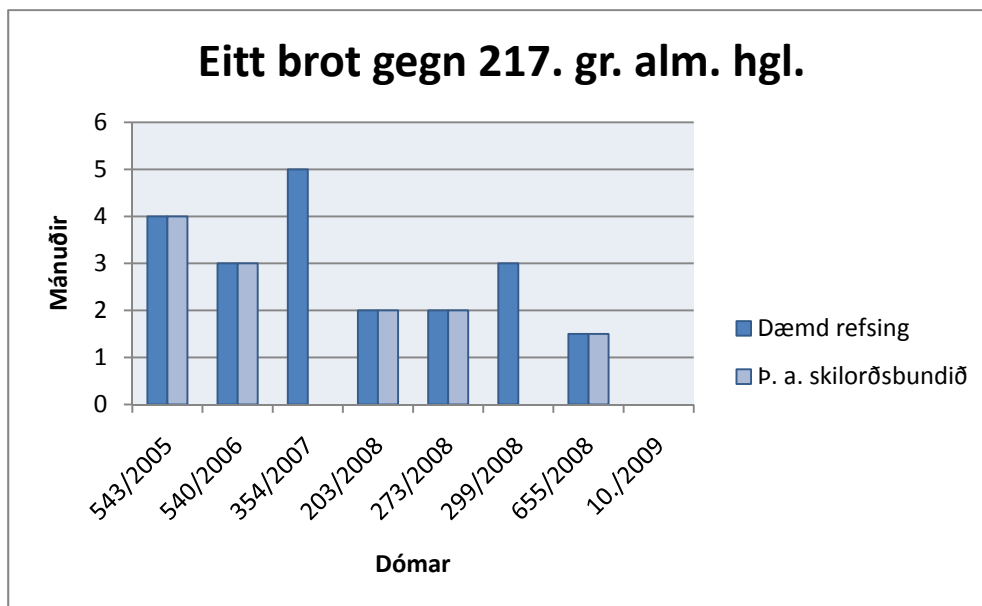
Nú hefur verið farið yfir alla dóma þar sem sakfelld er fyrir brot á 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. og annað ótengt brot. Ótengdu brotin voru meðal annars skilorðsrof, rof á reynslulausn, annað brot gegn almennu hegningarlögunum en líkamsárás og loks sérrefsilagabrot. Dómarnir eru alls 14 á tímabilinu 2005 – 2009. Þrír þeirra voru undanskildir samanburðinum strax í upphafi því seinna brotið var mun alvarlegra með hærra refsilágmark en refsihámark 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Því var ljóst að líkamsmeiðingarbrotið hafði lítið sem ekkert að segja við refsíákvörðun og dómarnir því ekki samanburðarhæfir.

Þeim 11 dómum sem eftir stóðu var síðan skipt niður í 3 undirflokkka. Í fyrsta lagi voru það dómur þar sem brotið var oftast en einu sinni gegn umræddu ákvæði og einnig var dæmt fyrir ótengt brot. Í sumum þeirra reyndi auk þess á skilorðsrof eða brot gegn lögum um ávana- og fíkniefni. Tveir þeirra, *Hrd. 2005, bls. 2112 (446/2004)* og *Hrd. 3. maí 2007 (616/2006)*, kveða jafnframt á um þyngstu refsingarnar í umræddum flokki og telja verður að refsing þeirra sé hæfilega ákveðin af Hæstarétti. Þriðji og síðasti dómurinn, *Hrd. 2006, bls. 3348 (57/2005)*, var gagnrýndur fyrir of væga refsingu fyrir jafn alvarleg brot og að sakaferill brotamanns skuli ekki hafa haft meira vægi við refsíákvörðun. Að því loknu var litið til dóma þar sem seinna brot brotamanns var skilorðsrof. Í einum dómi, *Hrd. 24. janúar 2008 (354/2007)*, var þar að auki um að ræða umferðarlagabrot en telja verður að það hafi ekki haft mikið að segja við ákvörðun refsingar. Sá dómur er jafnframt eini dómurinn þar sem grundvöllur refsíabyrgðar var hlutdeildarákvæði 22. gr. alm. hgl. Af öllum þessum dómum er þó ljóst að hafi brotamaður rofið skilorð eða reynslulausn með dæmdum brotum er refsing hans óskilorðsbundin að öllu leyti eða að hluta. Sakaferill brotamanns hefur mikið að segja við ákvörðun refsingar og er hann yfirleitt vel reifaður í héraðsdómi. Langur sakaferill réttlætir til að mynda þunga refsingu brotamanns í *Hrd. 2005, bls. 2112 (446/2004)*. Þar hlaut gerandi 18 mánaða fangelsi þar af 15 þeirra skilorðsbundnir en hann hafði hlotið sex refsidóma frá 18 ára aldri. Sumir dómur hafa þó verið gagnrýndir fyrir að líta ekki nóg til brotaferils ákærða, *Hrd. 23. október 2008 (172/2008)*, *Hrd. 2006, bls. 3348 (57/2005)* og *Hrd. 2005, bls. 2353 (513/2004)*.

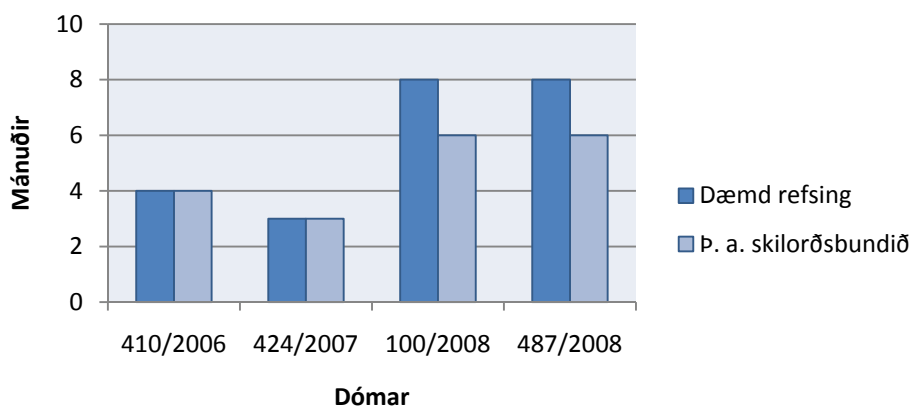
Erfitt er að komast að einni heildarniðurstöðu yfir dómana í umræddum flokki enda reyna þeir auk þess á fleiri ólík brot. Hins vegar gætir Hæstiréttur samræmis við ákvörðun refsingar að því leyti að atriði eins og aldur brotamanns og sakaferill koma talsvert til skoðunar.

9.5 Tölfræði

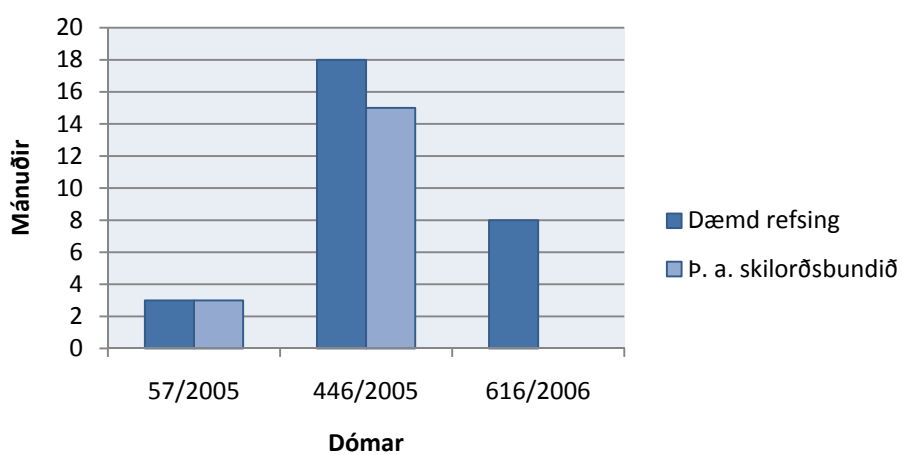
Til að gefa sem skýrustu heildarmynd yfir dæmdri refsingu í hverjum dómi og þeim hluta hennar sem er skilorðsbundinn var tölfræðin sett saman í fimm súlurit, eitt fyrir hvern flokk fyrir sig. Dökkbláa súlan merkir dæmda refsingu í umræddum dómi og ljósbláa súlan til hægri við hana sýnir hve stór hluti hennar var skilorðsbundinn. Sé aðeins dökkblá súla en engin ljósblá er fangelsisrefsingin óskilorðsbundin að öllu leyti.



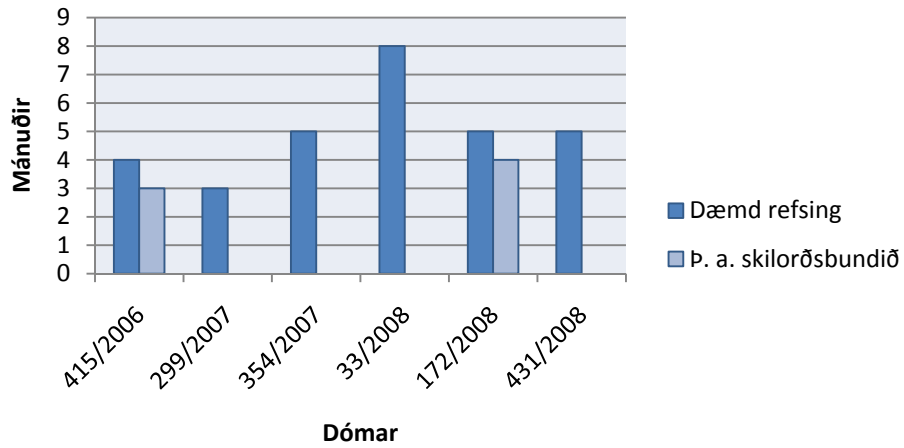
Brot gegn 217. gr. og öðru líkamsmeiðingarákvæði



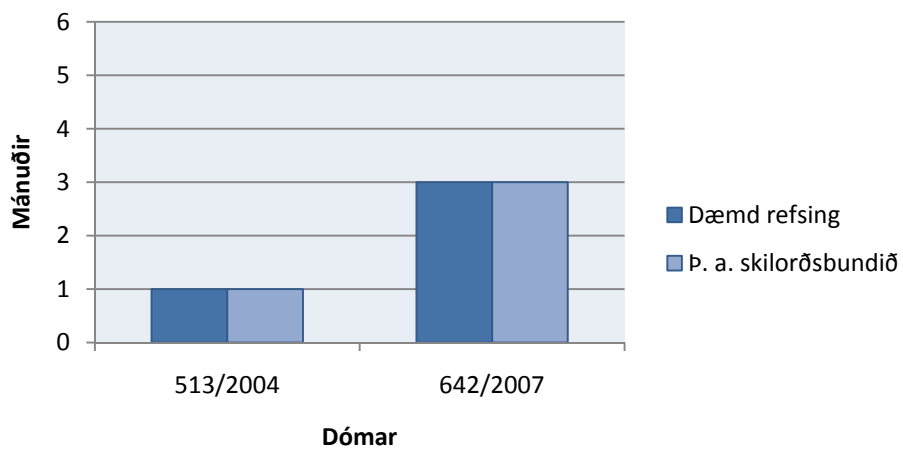
Tvö brot gegn 217. gr. og ótengd brot



Brot gegn 217. gr. og skilorðsrof



Brot gegn 217. gr. og ótengd brot



10 Niðurstöður

Í þessari ritgerð hefur verið leitast við að fjalla um refsíakvarðanir Hæstaréttar í málum er varða meðal annars brot gegn líkamsárásarákvæði 1. mgr. 217. gr. alm. hgl. Meginmarkmiðið var að fá sem skýrasta mynd af þeim atriðum sem höfð voru til hliðsjónar við uppkvaðningu refsingar dómara og hvort samræmi væri meðal sambærilegra mála í umræddum brotaflokki. Tímabilið 2005 til 2009 varð fyrir valinu til að gefa sem skýrasta mynd af gildandi rétti. Til að ná fyrrgreindu markmiði var þó í upphafi nauðsynlegt að gera ákvæði 217. gr. alm. hgl. og hinna líkamsmeiðingaákvæðanna tveggja ákveðin almenn skil. Þar sem almennu hegningarlögin eru sniðin að fyrirmynd norrænna hegningarlaga, einkum dönsku hegningarlaganna, þótti nauðsynlegt að fjalla um samsvarandi norræn ákvæði til skerpa myndina. Mun oftast hefur reynt á líkamsárásarákvæði bæði norsku og dönsku hegningarlaganna fyrir dómi sem hefur því mótast betur og lengur í dómaframkvæmd. Þetta gerir fræðimönnum kleift að rýna betur í ákvæðið með hliðsjón af dómaframkvæmd. Dansk fræðimaðurinn Knud Waaben tekur dæmi um háttsemi sem fellur undir líkamsárásarákvæði dönsku hegningarlaganna eins og að láta mann missa meðvitund, dáleiða mann, eitra fyrir manni, koma manni fyrir í ísköldu eða funheitu rými, ofþreyta mann og sprauta miklu magni af vatni á mann.¹⁵⁵ Norsku fræðimennirnir Svein Slettan og Toril Marie Øie telja upp háttsemi eins og óbærilegan hávaða, blikkandi ljós, viðbjóðslega lykt, að blása sigarettureyk framan í mann, kyssa mann gegn vilja hans og gefa barni áfengi svo það veikist.¹⁵⁶ Jafn skýr afmörkun er ekki til um 217. gr. íslensku hegningarlaganna. Hins vegar er afmörkun og þróun norrænu ákvæðanna fyrirmynd þeirra íslensku og er leiðbeinandi um inntak þeirra. Í fjórða kafla ritgerðarinnar var gerð ítarleg grein fyrir ákvæðinu sjálfu, lagarökum og verndarhagsmunum, andlagi þess, verknaðaraðferð, fullframningu og fleira.

Óhjákvæmilegt var að gera grein fyrir ákvörðun refsingar almennt og helstu lagaákvæðum er þar koma til skoðunar áður en dómaframkvæmd Hæstaréttar í líkamsárásarmálum síðustu fimm árin var tekin til umfjöllunar. Að almennri umfjöllun um refsilækkunar- og refsihækkunarheimildir lokinni er vikið að ákvæði 218. gr. b. alm. hgl. sem hefur aðeins áhrif á refsimat í líkamsárásamálum. Ákærðu bera iðulega 3. mgr. ákvæðisins fyrir sig en hún felur í sér bæði refsilækkunar- og refsibrottfallsheimild við ákvörðun refsingar. Dóm *Hrd. 12. nóvember 2009 (487/2008)* má gagnrýna fyrir að skýra ekki þá háttsemi brotaþola að reka brotamanni kinnhest fyrir líkamsárás hans sem ertingu eða upphaf

¹⁵⁵ Knud Waaben, *Strafferettens specielle del*, bls. 17.

¹⁵⁶ Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff*, bls. 243.

átaka í skilningi 3. mgr. 218. gr. b. alm. hgl. Þessi dómur er einkum athyglisverður með hliðsjón af *Hrd. 18. desember 2008 (431/2008)* þar sem ögrun og erting brotþola þótti nægileg fyrir beitingu ákvæðisins. Ákvæði 3. mgr. 218. gr. b. alm. hgl. er skýrt og auðskiljanlegt. Markmið og tilgangur löggjafans með setningu þess er skýr; að hækka eða lækka refsingu í líkamsárásarmálum séu skilyrðin uppfyllt. Skilyrði ákvæðisins eru því á talsverðu reiki þrátt fyrir skýrt orðalag þess.

Næsti undirkaflí fjallar um málsbætur og refsilyngingarástæður en dómara ber að líta til þeirra við ákvörðun refsingar. Þeir töluðir er eiga hvað helst við um líkamsárásarmál eru síðan skýrðir með hliðsjón af dómaframkvæmd í líkamsárásarmálum á umræddu tímabili. Af þeirri umfjöllun kom bersýnilega í ljós að aldur brotamanns, tilefnisleysi árásar, sakaferill hans og sú staðreynd að aðeins var um eitt högg að ræða hefur hve mest áhrif við refsimat. Færa má rök fyrir því að fyrrgreind atriði hafi ef til vill fengið of mikið vægi við refsiakvörðun dómara í nokkrum dómum. *Hrd. 17. desember 2009 (10/2009)* var sérstaklega gagnrýndur fyrir að þar hafi verið höfð of mikil hliðsjón af ungum aldri brotamanns við refsimat en hann var aðeins 16 þegar hann framdi umrætt brot. Ákvörðun refsingar var frestað skilorðsbundið í tvö ár með hliðsjón af aldri hans, hreinum sakaferli og þeim langa tíma sem liðinn var frá brotinu. Telja verður að ásetningur hans hafi haft of lítið að segja við ákvörðun refsingar en Hæstiréttur tekur fram að honum mátti vera fyllilega ljóst að af háttsemi hans gátu hlotist meiðsl. Athyglisvert er að ungur aldur hans hafi vegið í svo miklum mæli upp á móti ásetningi hans til verksins eins og raun bar vitni. Þá þótti hreinn sakaferill í *Hrd. 20. desember 2007 (424/2007)* hafa heldur mikið vægi við refsiakvörðun dómara. Brotamaður framdi þrjár líkamsárásir, þar af eina sem varðaði við 1. mgr. 218. gr. alm. hgl., en hlaut fyrir það einungis þriggja mánaða skilorðsbundið fangelsi. Hæstiréttur tekur þar að auki fram að brotamaður hafði veist með offorsi og ofbeldi að nágrönnum sínum. Með hliðsjón af fjölda brota og eðli þeirra þykir refsingin ákveðin of væg. Í umfjöllun um *Hrd. 27. nóvember 2008 (203/2008)* eru færð rök fyrir því að sú staðreynd að brotamaður hafi aðeins slegið brotþola einu höggi hafi vegið heldur mikið við refsimat dómara. Því er einnig haldið fram að næg hliðsjón hafi ekki verið höfð af aldri og stöðu brotþola sem var 10 ára gamall stjúpsonur hans. Að því virtu þótti tveggja mánaða fangelsisrefsing hans, sem var skilorðsbundin í tvö ár, of lág.

Í 9. kafla ritgerðarinnar voru dómarnir reifaðir og ræddir. Alls féllu 23 dómar frá 2005 til 2009 þar sem sakfelld var fyrir brot gegn 217. gr. alm. hgl. Til að fá sem skýrastan samanburð var valin sú leið að skipta þeim niður í flokka eftir því hve mörg brot sakfelld var fyrir og eðli

þeirra. Byggt var á svipaðri hugmyndarfræði og Ragnheiðar Bragadóttir setur fram í grein sinni, Ákvörðun refsingar í nauðgunarmálum, við flokkun dómanna. Í lok yfirferðar hvers flokks fyrir sig voru niðurstöður síðan dregnar saman. Í fyrsta floknum voru dómar þar sem sakfelld var fyrir eitt brot gegn ákvæði 217. gr. alm. hgl. og var um að ræða 8 slíka dóma. Í helmingi þeirra þótti refsing brotamanns ákveðin heldur væg. Refsing þótti hæfilega ákveðin í hinum fjórum dómunum og var meðalrefsing þeirra 77 daga fangelsi. Telja verður að Hæstiréttur gæti ákveðins samræmis í málunum sem kveða flest á um skilorðsbundna refsingu. Það voru helst aldur og að aðeins hafi verið um eitt högg að ræða sem réðu hve mestu við refsimat. Þessi flokkur hefur hvað mest að segja varðandi samanburðinn á refsingum líkamsárásarbrota enda er aðeins um eitt brot gegn ákvæðinu að ræða. Í ljósi refsimarka ákvæðis 217. gr. alm. hgl., frá 30 dögum upp í 6 mánaða fangelsi, og þeirrar staðreyndar að refsingar fyrir brot gegn almennu hegningarlögunum eru yfirleitt ákveðnar neðarlega í refsimörkum refsíákvæða verður að telja 77 daga fangelsi hæfilegt meðaltal í refsidómunum átta.

Annar flokkur samanburðarins tók til dóma þar sem sakfelld var fyrir fleiri en eina líkamsárás en a.m.k. eitt brotið var heimfært til 217. gr. alm. hgl. Aðeins fjórir dómar féllu undir umræddan flokk og þóttu þrír þeirra kveða á um of væga refsingu og leggja of mikla áherslu á hreinan sakaferil brotamanns við ákvörðun refsingar hans. Meðalrefsing dómanna var um sex mánaða fangelsi sem telja verður fremur of væga refsingu í ljósi þess að í þremur dómanna var einnig sakfelld fyrir brot gegn öðrum hvorum málslið 218. gr. alm. hgl. en þar eru refsihámörkin talsvert hærri. Bæði líkamsmeiðingarbrot þess ákvæðis eru mun alvarlegri brot en þau er varða við 217. gr. alm. hgl. og því má færa rök fyrir því að dómstóllinn hafi ekki nýtt refsimörk þeirra nógu vel. Hreinn sakaferill og ungur aldur brotamanns voru einkum höfð til hliðsjónar við refsimat.

Í síðasta flokki féllu allir þeir dómar þar sem brotamaður var sakfelldur fyrir líkamsárás og annað eða önnur ótengd brot. Þetta var jafnframt stærsti flokkurinn en alls féllu 14 dómar þar undir. Með öðru ótengdu broti var átt við brot gegn ákvæðum almennu hegningarlaganna annað en líkamsmeiðingar, sérrefsilagabrot, skilorðsrof eða rof á reynslulausn. Þrír dómanna fjölluðu auk þess um umtalsvert alvarlegri brot en líkamsárás, þ.e. kynferðislega áreitni skv. 199. gr. alm. hgl., nauðgun skv. 194. gr. alm. hgl. og tilraun til manndráps skv. 211. gr. sbr. 1. mgr. 20. gr. alm. hgl. Líkamsárásin hafði því lítið að segja við ákvörðun refsingar og þessir dómar voru því ekki hluti samanburðarins. Síðustu 11 dómunum var skipt niður í þrjá undirflokk; tvö brot gegn 217. gr. alm. hgl. og önnur ótengd brot, eitt brot gegn 217. gr. alm.

hgl. og skilorðsrof og loks eitt brot gegn 217. gr. alm. hgl. og önnur ótengd brot. Niðurstaðan var sú að Hæstiréttur lítur yfirleitt til sömu atriðanna við refsimat sitt og hefur aldur brotamanns og sakaferill hans jafnan hvað mest að segja. Skilorðsrof þyngdi yfirleitt refsinguna umtalsvert og langur brotaferill einnig, sbr. dóm *Hrd. 19. maí 2005 (446/2004)*. Þá voru *Hrd. 22. september 2005 (57/2005)* og *Hrd. 2. júní 2005 (513/2004)* gagnrýndir fyrir að kveða á um of væga refsingu og telja verður að ekki hafi verið litið nógu mikið til langs sakaferils gerenda. Þar sem brotin sem sakfelld var fyrir í dómunum ellefu voru ólík og aðstæður við brot einnig þykir varhugavert að draga fram eina heildstæða niðurstöðu yfir þá alla. Hæstiréttur virðist taka mið af einstaklingsbundnum aðstæðum í hvert skipti sem er einmitt það sem refsirammastefna löggjafans gerir dómurum kleift að gera. Þrátt fyrir það verður að telja að sú stefna dómsins að líta ávallt til sömu atriðanna við refsimat og gefa um þremur þeirra aukið vægi tryggi nægilegt samræmi í sakfellingarmálum vegna líkamsárása.

HEIMILDASKRÁ

Alþingistíðindi, A-deild

- 1939
- 1980-1981

Ármann Snævarr: *Þættir úr refsirétti I*, Reykjavík 1983.

Ármann Snævarr: „Breytingar á almennu hegningarlögunum í ljósi breyttra viðhorfa í refsirétti“, *Tímarit Lögfræðinga*, 3. hefti 1983.

Dís Sigurgeirsdóttir o.fl.: *Tilraunarverkefni um sáttamiðlun í sakamálum, Stöðuskýrsla til dómsmálaráðherra*, desember 2007, http://www.domsmalaraduneyti.is/media/Skyrslur/Stoduskysrsla_sattamidlun.pdf, (skoðað 18. mars 2010).

Guðfinna Jóhanna Guðmundsdóttir: „Sáttaumleitan á sviði refsiréttar“, *Lögmannablaðið*, 3. tbl. 2005, bls. 37.

Gunnar Karlsson, Kristján Sveinsson og Mörður Árnason sáu um útgáfu: *Grágás, lagasafn íslenska þjóðveldisins*, Reykjavík 2001.

Helgi I. Jónsson: „Heimildir dómstóla til að beita ólögmaeltum meginreglum við ákvörðun refsingar“, Ritstjóri: Ragnheiður Bragadóttir, *Afmælisrit: Jónatan Þórmundsson sjötugur*, bls. 253 – 273. Reykjavík 2007.

Hrefna Friðriksdóttir: „Að nota samninga SP um réttindi barnsins með hendi og vendi að hingað til brúkanlegum siðvana“, *Rannsóknir í félagsvísindum X*, Reykjavík 2009.

Ingibjörg Bjarnardóttir: Sáttamiðlun í hnotskurn, *Lögmannablaðið*, 4. tbl. 2005, bls. 38 – 40.

Jón Þór Ólason: „Auga fyrir auga – markmið refsinga og þróun viðurlagakerfisins“. *Úlfljótur* 2004. Bls. 201–232.

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

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

Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsiaþbyrgð III*, Reykjavík 2004.

Jónatan Þórmundsson: „Rökstuðningur refsiaþvörðunar“, *Rannsóknir í félagsvísindum IV, Lagadeild*, bls. 11-28, Reykjavík 2003.

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

Jónsbók, Lögbók Íslendinga hver samþykkt var á alþingi árið 1281 og endurnýjuð um miðja 14. öld en fyrst prentuð árið 1578, Már Jónsson tók saman, Davíð Ólafsson, Sigurður Gylfi Magnússon, Háskólaútgáfan, Reykjavík 2004.

- Johs. Andenæs og Anders Bratholm: *Spesiell Strafferett*, Utvalgte emner, 2. Utgave, Osló 1990.
- Johs. Andenæs: *Alminnelig strafferet*, 4. utgave, Osló 1998.
- Kolbrún Benediktsdóttir: „Sáttamiðlun í sakamálum“. Ritstjóri: Ragnheiður Bragadóttir, *Afmælisrit. Jónatan Þórmundsson sjötugur*. Bókaútgáfan Codex. Reykjavík 2007. Bls. 307–322.
- Safn greinargerða við almenn hegningarlög nr. 19/1940 ásamt breytingum, *Úlfjótur*, 1978.
- Knud Waaben: *Strafferettens specielle del*, Kaupmannahöfn, 1999.
- Knud Waaben: *Strafferettens almindelige del I. Ansvarslæren*, Kaupmannahöfn 1993.
- Knud Waaben: *Strafferettens almindelige del II. Sanktionslæren*, Kaupmannahöfn 2001.
- Lúðvík Ingvarsson: *Refsingar á Íslandi á þjóðveldistímanum*, Reykjavík 1970.
- Malene Frese Jensen, Vagn Greve, Gitte Høyer & Martin Spencer: *The Danish Criminal Code & The Danish Corrections Act*, Kaupmannahöfn, 2003.
- Nils Christie: „Konflikt som eiendom“. *Tidsskrift for rettsvitenskap*. 90. árg, Ritstj. Birger Stuevold Lassen, Magnus Aarbakke. Osló 1977.
- Ragnheiður Bragadóttir: „Ákvörðun refsingar í nauðgunarmálum“. *Úlfjótur* 1. tbl. 1999. Bls. 67-84.
- Ragnheiður Bragadóttir: „Refsingar í nauðgunarmálum“. *Rannsóknir í félagsvísindum IV. Lagadeild*. Félagsvísindastofnun Háskóla Íslands. Háskólaútgáfan 2003. Bls. 29-44.
- Sigurður Tómas Magnússon og Hildigunnur Ólafsdóttir: *Ákvörðun refsingar*, Reykjavík 2003.
- Stephan Hurwitz: *Kriminalret speciel del*, Kaupmannahöfn 1970.
- Svein Slettan og Toril Marie Øie: *Forbrytelse og straff, Bind I, Innføring i strafferett*, Osló 2001.
- Vagn Greve, Gorm Toftegaard Nielsen & Asbjørn Jensen: *Kommenteret straffelov. Speciel del*, Kaupmannahöfn 1997.
- Þorgeir Ingi Njálsson: „Hugleiðingar um ákvörðun refsingar“, *Tímarit lögfræðinga*, 1. hefti 1996, bls. 13-22.

DÓMASKRÁ

Íslenskir dómar:

Hrd. 1956, bls. 153

Hrd. 1970, bls. 703

Hrd. 1973, bls. 912

Hrd. 1976, bls. 4

Hrd. 1980, bls. 89

Hrd. 1986, bls. 646

Hrd. 1986, bls. 1071

Hrd. 1992, bls. 363

Hrd. 1992, bls. 987

Hrd. 1993, bls. 1081

Hrd. 2000, bls. 1403 (51/2000)

Hrd. 2000, bls. 3064 (232/2000)

Hrd. 2003, bls. 435 (393/2002)

Hrd. 2004, bls. 1672 (42/2004)

Hrd. 2005, bls. 2112 (446/2004)

Hrd. 2005, bls. 2353 (513/2004)

Hrd. 2005, bls. 2616 (551/2005)

Hrd. 2006, bls. 912 (408/2005)

Hrd. 2006, bls. 2425 (543/2005)

Hrd. 2006, bls. 3348 (57/2005)

Hrd. 2006, bls. 5707 (321/2006)

Hrd. 2006, bls. 5413 (410/2006)

Hrd. 18. janúar 2007 (454/2006)

Hrd. 25. janúar 2007 (415/2006)
Hrd. 25. janúar 2007 (540/2006)
Hrd. 3. maí 2007 (616/2006)
Hrd. 6. desember 2007 (299/2007)
Hrd. 20. desember 2007 (424/2007)
Hrd. 17. janúar 2008 (390/2007)
Hrd. 24. janúar 2008 (354/2007)
Hrd. 7. febrúar 2008 (438/2007)
Hrd. 30. apríl 2008 (33/2008)
Hrd. 8. maí 2008 (11/2008)
Hrd. 22. maí 2008 (642/2007)
Hrd. 19. júní 2008 (100/2008)
Hrd. 16. október 2008 (273/2008)
Hrd. 23. október 2008 (172/2008)
Hrd. 27. nóvember 2008 (203/2008)
Hrd. 18. desember 2008 (431/2008)
Hrd. 22. janúar 2009 (506/2008)
Hrd. 28. febrúar 2009 (413/2007)
Hrd. 28. maí 2009 (67/2009)
Hrd. 17. september 2009 (153/2009)
Hrd. 8. október 2009 (129/2009)
Hrd. 12. nóvember 2009 (487/2008)
Hrd. 19. nóvember 2009 (655/2008)
Hrd. 17. desember 2009 (10/2009)

Danskur dómur:

U 1918, bls. 946

