

Frumvarp til laga

um breytingu á almennum hegningarlögum, nr. 19/1940, með síðari breytingum (kynferðisbrot).

Flm.: Jón Steindór Valdimarsson, Andrés Ingi Jónsson, Ágúst Ólafur Ágústsson,
Bryndís Haraldsdóttir, Halldóra Mogensen, Hanna Katrín Friðriksson,
Helga Vala Helgadóttir, Helgi Hrafn Gunnarsson,
Silja Dögg Gunnarsdóttir, Willum Þór Þórsson,
Þorgerður K. Gunnarsdóttir, Þorsteinn Víglundsson.

1. gr.

1. mgr. 194. gr. laganna orðast svo:

Hver sem hefur samræði eða önnur kynferðismök við mann án samþykkis hans gerist sekur um nauðgun og skal sæta fangelsi ekki skemur en 1 ár og allt að 16 árum. Samþykki telst liggja fyrir ef það er tjáð af frjálsum vilja. Samþykki telst ekki liggja fyrir ef það er fengið með ofbeldi, hótunum eða annars konar ólögumætri nauðung, eða með því að beita blekkingum eða hagnýta sér villu viðkomandi um aðstæður. Til ofbeldis telst svipting sjálf-ræðis með innilokun, lyfjum eða öðrum sambærilegum hætti.

2. gr.

Lög þessi öðlast þegar gildi.

Greinargerð.

Frumvarp þetta var lagt fram á 146. löggjafarþingi (419. mál) og 147. löggjafarþingi (10. mál) en hlaut ekki afgreiðslu. Með frumvarpinu er lagt til að 1. mgr. 194. gr. almennra hegningarlaga verði breytt á þann veg að samþykki verði í forgrunni skilgreiningar á nauðgun. Þannig verði horfið frá megináherslu á verknaðaraðferð við nauðgun. Þess í stað verði aukin áhersla lögð á kynfrelsi og sjálfsákvörðunarrétt einstaklings með því að skilgreina nauðgun út frá því hvort samþykki hafi verið fyrir hendi eða ekki. Lagt er til að gerð verði krafa um að samþykki fyrir samræði eða öðrum kynferðismökum hafi legið fyrir þannig að samræði og önnur kynferðismök án samþykkis manns muni varða refsingu. Samþykki þarf að hafa verið tjáð af frjálsum vilja. Ekki er talin ástæða til að leggja til breytingu á 2. mgr. 194. gr. almennra hegningarlaga.

Frumvörp þessa efnis hafa áður verið lögð fram á Alþingi, m.a. á 141. löggjafarþingi (325. mál) auk þess sem álitafni þetta kom til umræðu við setningu laga nr. 61/2007, um breyting á almennum hegningarlögum, nr. 19/1940 (20. mál á 133. löggjafarþingi). Í frumvarpi þessu er þó að finna nýja útfærslu og orðalag slíkrar samþykkisreglu í ljósi kröfu um skýrleika refsheimilda skv. 69. gr. stjórnarskrárinnar. Eðlilegt þykir í ljósi aukinnar áherslu á kynfrelsi að nauðgun verði skilgreind út frá því hvort samþykki hafi verið fyrir hendi eða ekki, fremur en eingöngu út frá því hvaða verknaðaraðferðum var beitt til að ná fram nauðgun.

Kynfrelsi og réttur hvers manns til sjálfsákvörðunar yfir kynlífi.

Ákvæðum XXII. kafla almennra hegningarlaga um kynferðisbrot er það sameiginlegt að varða kynlíf fólks og vernda frelsi á því sviði. Hagsmunir þeir sem ákvæðin eiga að vernda eru fyrst og fremst friðhelgi einstaklingsins, þ.e. kynfrelsi og sjálfsákvörðunarréttur hvað varðar kynlíf, líkama og tilfinningalíf. Hver einstaklingur hefur þannig frelsi til að ákveða að hafa samræði eða önnur kynferðismök en jafnframt rétt til þess að hafna þátttöku í kynferðislegum athöfnum. Með nauðgun er brotið gegn kynfrelsi einstaklings þar sem hann hefur ekki veitt samþykki sitt fyrir samræði eða öðrum kynferðismökum.

Áhersla á skort á samþykki við skilgreiningu nauðgunar.

Nauðsynlegt er að skilgreina nauðgun út frá skorti á samþykki til þess að unnt sé að veita kynfrelsi fullnægjandi réttarvernd. Oft er vísað til slíkrar nálgunar sem svokallaðrar samþykkisreglu, þ.e. að samræði eða önnur kynferðismök geti varðað refsingu ef skýrt samþykki til þátttöku í kynferðislegri athöfn liggur ekki fyrir.

Samkvæmt gildandi 1. mgr. 194. gr. almennra hegningarlaga gerist hver sem hefur samræði eða önnur kynferðismök við mann með því að beita ofbeldi, hótunum eða annars konar ólögumætri nauðgun sekur um nauðgun og skal sæta fangelsi ekki skemur en eitt ár og allt að 16 árum. Samkvæmt ákvæðinu telst til ofbeldis svipting sjálfræðis með innlokun, lyfjum eða öðrum sambærilegum hætti. Í ákvæðinu eru tilgreindar aðferðir sem taka til tilvika þar sem samræði eða önnur kynmök fara fram án samþykkis þolanda, þ.e. að beita ofbeldi, hótunum eða annars konar ólögumætri nauðgun. Þekkt er að þolendur nauðgana geta ekki veitt geranda mótspyrnu, t.d. vegna þess að þeir frjósa eða lamast af hræðslu. Rannsóknir hafa leitt í ljós að þessi viðbrögð eru algeng og að gerandi þarf þá ekki að beita miklu líkamlegu afli til að ná fram vilja sínum. Það verður sömuleiðis til þess að í reynd er óalgengt að þolendur beri mikla líkamlega áverka eftir nauðgun. Þetta kemur m.a. fram í skýrslu sem unnin var á vegum Eddu – öndvegissæturs í samvinnu við innanríkisráðuneytið árið 2013. Skýrslan fjallar um öll nauðgunarmál sem lögregla hafði til meðferðar á árunum 2008 og 2009 og jafnframt um afbrotið nauðgun, sakborning, brotaþola og málsmeðferð. Í henni kemur fram að algeng viðbrögð eða mótspyrna brotaþola einkenndust oft af því að brotaþolar, sem í langsamlega flestum málanna voru konur og stúlkur, mótmæltu gerendum. Þegar gerendur virtu mótmæli þeirra að vettugi einkenndust viðbrögð þeirra af hræðslu og/eða áfalli og þær sýndu í kjölfarið enga líkamlega mótspyrnu. Líkamlegt ofbeldi er því ekki algengt samkvæmt skýrslunni, til að mynda reyndust alvarlegir líkamlegir áverkar afar sjaldgæfir þegar brotaþolar gengust undir læknisskoðun í kjölfar brots. Í skýrslunni kemur einnig fram að ungur aldur brotaþolanna sé afar eftirtektarverður en 40,2% voru undir 18 ára aldri og töldust því börn að lögum. Algeng viðbrögð þeirra eru að frjósa af ótta og veita ekki líkamlega mótspyrnu.

Ljóst er að breytt skilgreining á nauðgun í almennum hegningarlögum breytir því ekki að sönnunarstaða í kynferðisbrotamálum verður alltaf þung, en á hinn bóginn kann hún að verða auðveldari í einhverjum tilvikum og stuðla að breyttum viðhorfum til brotsins. Verði nauðgun skilgreind út frá skorti á samþykki eins og frumvarp þetta leggur til mundi áhersla á samþykki aukast við rannsókn og saksókn nauðgunarbrot. Þá mundi slík skilgreining jafnframt fela í sér aukna viðurkenningu á mikilvægi kynfrelsis og jafnvel geta orðið til þess, samhliða aukinni fræðslu, að ungt fólk verði meðvitað um mikilvægi þess að samþykki liggi fyrir.

Flutningsmenn frumvarps þessa leggja áherslu á almenn varnaðaráhrif slíks ákvæðis sem mundi leiða til þess að einstaklingar yrðu líklegri til að vera meðvitaðri um mikilvægi sam-

þykkis fyrir þátttöku í kynferðislegri athöfn. Þá er slík nálgun eðlileg refsiréttarleg þróun á útfærslu nauðgunarákvæðisins þar sem í auknum mæli hefur verið horfið frá áherslu á ofbeldi og hótanir gerenda og sjónum beint að vernd kynfrelsis, þ.e. hvort viðkomandi hafi samþykkt að taka þátt í kynferðislegri athöfn eða ekki. Að teknu tilliti til aukinnar þekkingar á eðli nauðgunar og þess veruleika þar sem brotin eiga sér stað þykir flutningsmönnum tímabært að nauðgun verði nú skilgreind út frá samþykki með sjálfsákvörðunarrétt, friðhelgi og athafnafrelsi einstaklinga að leiðarljósi.

Breytingar á kynferðisbrotakafla almennra hegningarlaga.

Með lögum nr. 40/1992 voru fyrst gerðar breytingar á kynferðisbrotakafla almennra hegningarlaga frá setningu þeirra árið 1940. Umræða um þörf á breyttum viðhorfum til kynferðisbrota og gagnrýni á málsmeðferð í réttarkerfinu, ekki síst vegna áhrifa kvannahreyfingarinnar, leiddi m.a. til þess að skipuð var nefnd sem falið var að kanna löggjöf og lagaframkvæmd varðandi meðferð nauðgunarmála og gera tillögur um úrbætur. Á grundvelli þeirrar vinnu var ráðist í breytingar með lögum nr. 40/1992. Ákvæði kynferðisbrotakaflans voru m.a. gerð ókynbundin auk þess sem svonefnd önnur kynferðismök voru lögð að jöfnu við samræði, en þau höfðu áður varðað vægari refsingu.

Kynferðisbrotakafla almennra hegningarlaga var breytt á ný með lögum nr. 61/2007. Í greinargerð frumvarps þess er varð að þeim lögum sagði að frá gildistöku laga nr. 40/1992 hefði þekking á kynferðisbrotum og afleiðingum þeirra aukist til muna og umræða í samfélaginu um slík brot orðið opinskárrí. Fram hefði komið gagnrýni á gildandi ákvæði kynferðisbrotakafla, m.a. að þau veittu ekki brotaþolum næga réttarvernd, auk þess sem einnig hefðu komið fram sjónarmið um að hugsanlega leyndist í lögnum gömul og úrelt viðhorf í afstöðu til kvenna. Við samningu frumvarpsins hefði verið lögð áhersla á að reyna að tryggja, svo sem framast væri unnt með löggjöf, að friðhelgi, sjálfsákvörðunarréttur, kynfrelsi og athafnafrelsi hvers einstaklings væri virt. Helstu breytingar sem urðu með lögum nr. 61/2007 fólu m.a. í sér nýja skilgreiningu hugtaksins nauðgun auk ákvæða um ýmis atriði sem geta komið til skoðunar við ákvörðun refsingar.

Nú er liðinn um áratugur síðan ákvæði XXII. kafla almennra hegningarlaga voru síðast tekin til endurskoðunar með lögum nr. 61/2007. Flutningsmenn telja að aftur sé tímabært að huga að endurskoðun nauðgunarákvæðisins og að það verði nútímalegt og endurspegli þá hagsmuni sem leitast er við að vernda. Það sé best gert með því að miða við samþykki.

Þörf á samþykkisreglu.

Þekking á eðli og afleiðingum kynferðisbrota hefur aukist til muna á undanförunum árum og áratugum. Vegna þessa hefur réttarstaða þolanda styrkst, t.d. með réttargæslumönnum, tilkomu neyðarmóttaka og nútímalegri sakamálarannsóknnum. Þrátt fyrir bættu málsmeðferð kynferðisbrota innan réttarvörslukerfisins er mikilvægt að ákvæði kynferðisbrotakafla hegningarlaga og framkvæmd þeirra sé í stöðugri endurskoðun. Í því samhengi verður m.a. að hafa í huga að þótt gerendur og þolendur geti verið af báðum kynjum er samt staðreynd að það eru einkum karlmenn sem eru gerendur í slíkum málum og konur og stúlkur þolendur.

Einnig er talið mikilvægt að skilningur almennings á afbrotinu nauðgun og skilgreining löggjafans haldist í hendur, þ.e. að lögin séu í samhengi við samfélagið sem þau gilda um. Á undanförunum árum hefur umræða um kynbundið ofbeldi farið vaxandi hér á landi og mikill fjöldi kvenna og stúlkna stigið fram, m.a. á vettvangi samfélagsmiðla, og greint frá reynslu af kynferðisofbeldi og þannig lagt áherslu á að ekki verði þagað um tilvist slíks ofbeldis. Í samfélagslegri umræðu hafa þolendur kynferðisofbeldis lagt áherslu á að ábyrgð kynferðis-

brota færast frá þolendum til gerenda. Þetta er til dæmis markmið Druslugöngunnar. Í umræðu um kynbundið ofbeldi og í forvarnastarfi vegna þess hefur jafnframt verið lögð áhersla á að auka skilning ungs fólks á mörkunum milli kynlífs og ofbeldis og lögð hefur verið áhersla á að færa ábyrgð frá þolanda til gerenda, t.d. með stuttmyndinni „Fáðu já!“. Þá hafa dómar í kynferðisbrotamálum og frásagnir af meðferð nauðgunarmála innan réttarvörslukerfisins vakið viðbrögð og mótmæli í samfélaginu.

Stígamót, grasrótarsamtök sem berjast gegn kynferðisofbeldi og veita þolendum aðstoð, skilgreina nauðgun sem kynferðislegt ofbeldi þar sem einhver þrengir sér eða gerir tilraun til að þrengja sér inn í líkama annarrar manneskju gegn vilja hennar og brýtur þar með sjálfsákvörðunarrétt og sjálfsstjórn hennar á bak aftur. Af umræðu um meðferð kynferðisbrota innan réttarvörslukerfisins og um niðurstöður í einstökum dómsmálum má sjá að í auknum mæli er kallað eftir því að lögð verði meiri áhersla en áður á skort á samþykki við skilgreiningu nauðgunarbrotis.

Samþykki kom til skoðunar í umfjöllun um breytingar á kynferðisbrotakafli almennra hegningarlaga, þ.e. við setningu laga nr. 61/2007. Í frumvarpinu segir m.a.: „Þær raddir hafa heyrst að til þess að forðast að mál standi og falli með því hvað þolandi gerði eða gerði ekki í stað þess að snúast fyrst og fremst um hið ólögmaeta og refsinaema atferli fremjanda þurfi að leggja meiri áherslu á samþykki eða skort á samþykki þolanda og skilgreina nauðgunarhugtakið út frá því. [...] Nauðgunarhugtak sem er eingöngu byggt á því að kynmök fari fram án samþykkis þolanda er mun víðtækara og óljósara en sú skilgreining, sem hér er lagt til að verði lögfest. Slík skilgreining kallar líka á ítarlegar útlistanir á því hvernig skilgreina eigi samþykki. Telja verður álitamál hvort skilgreining í þessa veru mundi leysa þennan vanda, enda erfitt að færa sönnur á svo huglægt atriði sem samþykki eða skortur á því er. Slík sönnun mundi væntanlega einnig snúast ekki síst um þolandann, hvað hann lét í ljós eða gaf til kynna, og því ekki fela í sér neina bót á þessum vanda. Þar að auki má segja að skortur á samþykki sé atriði sem fylgandi er í nauðgunarhugtakinu, því að það er einmitt sá samþykkisskortur sem gerir háttsemina að nauðgun og þar með refsiverða.“

Í greinargerð með frumvarpinu segir jafnframt að rétt sé að fylgja þeirri réttareiningu sem um þetta er á Norðurlöndum og byggja nauðgunarhugtakið ekki eingöngu á því að samþykki skorti til kynmakanna. Fram kemur að það hafi mátt ætla vænlegra til árangurs við skilgreiningu hins hefðbundna nauðgunarhugtaks að fella þvingunarbáttinn burt úr ákvæðinu og leggja meiri áherslu á orsakatengslin milli ofbeldis eða hótunar annars vegar og kynmakanna hins vegar, þ.e. að hinn brotlegi nái fram kynmökunum vegna þess að hann beitti ofbeldi eða hótunum en þannig hljóti að mega gera ráð fyrir að þolandi sé þvingaður til makanna, ella hefði ekki þurft að beita þessum aðferðum til þess að ná fram kynmökunum. Auðveldara er að sanna slík atriði en samþykkisskortinn. Í frumvarpinu kemur þó fram á mörgum stöðum að megináherslan sé lögð á það að með brotunum eru höfð kynmök við þolanda án þess að samþykki hans sé fyrir hendi og þannig brotið gegn sjálfsákvörðunarrétti hans og athafnafrælsi í kynlífi og á ákvæðið að vernda kynfrelsið.

Svo sem að framan greinir hefur nú liðið um áratugur frá því að kynferðisbrotakafli almennra hegningarlaga var endurskoðaður með lögum nr. 61/2007. Nú má telja nauðsynlegt að endurskoða skilgreiningu nauðgunar að nýju í samræmi við nútímalegri viðhorf. Skilgreining á nauðgun sem byggist á því að samræði eða önnur kynmök fari fram án samþykkis þolanda er ekki víðtækara eða óljósara en sú skilgreining sem lögfest var með lögum nr. 61/2007. Með því að útfæra hvað felst í samþykki, eins og hér er lagt til, er kröfum um skýrleika refsheimilda mætt. Með ákvæðum samkvæmt frumvarpi þessu verða kröfum um sönnun eftir sem áður þær sömu.

Í grein Ragnheiðar Bragadóttur, prófessors við lagadeild Háskóla Íslands, um hugtakið nauðgun frá 1. október 2017, er m.a. fjallað um hvort breyta þurfi skilgreiningu nauðgunarhugtaksins. Þar gerir höfundur þá breytingu sem þetta frumvarp gerir ráð fyrir að umfjöllunarefni og segir um það: „Í þessari tillögu er komin lausn sem tekur samþykki inn í lagaákvæðið og fullnægir kröfum um skýrleika refsheimilda, því að þar er skilgreint hvenær samþykki er fyrir hendi og hvenær ekki. Í þeirri skilgreiningu eru notuð sömu hugtök og í gildandi lögum. Frumvarpið felur því ekki í sér mikla breytingu en segja má að það sé eðlilegur þáttur í þróun réttarins og þar er leitast við að tryggja að lögín séu í samræmi við réttarvitund almennings. Hins vegar leiðir frumvarpsákvæðið samþykkið betur fram í dagsljósið, er auðskiljanlegt og slíkt ákvæði gæti haft áhrif til að fyrirbyggja brot.“

Áhrif alþjóðlegra mannréttindasamninga.

Ísland hefur fullgilt alþjóðasamninga sem varðað geta vernd gegn kynferðisbrotum og meðferð þeirra. Auk þess hafa eftirlitsnefndir samninganna m.a. gert athugasemdir við meðferð kynferðisbrota innan réttarvörslukerfisins. Slíkir samningar geta haft áhrif á þróun refsiréttar. Í því sambandi má nefna samning Sameinuðu þjóðanna um afnám allrar mismununar gagnvart konum frá 1979 og samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins frá 1989. Í skýrslu nefndar um afnám allrar mismununar gagnvart konum frá mars 2016, þar sem gerð er úttekt á Íslandi, er fjallað um ofbeldi gegn konum hér á landi. Nefndin hvetur íslenska ríkið m.a. til þess að leggja áherslu á að ákæra og saksækja gerendur í nauðgunar- og kynferðisbrotamálum sem varða konur og að greina og bregðast við háu hlutfalli sýknudóma í slíkum málum.

Kynferðisbrot og vernd gegn þeim hefur einnig verið til umræðu á vettvangi Evrópuráðsins. Þar ber helst að nefna mannréttindasáttmála Evrópu og Mannréttindadómstól Evrópu. Í dómi mannréttindadómstólsins frá 4. desember 2003 í máli M.C. gegn Búlgaríu var talið að búlgarska ríkið hefði brotið gegn jákvæðum skyldum sínum skv. 3. gr. og 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu með því að tryggja ekki að landslög í Búlgaríu og framkvæmd þeirra veittu næga vernd gegn nauðgunum og kynferðislegri misnotkun.

Stefnandi í málinu var kona sem hélt því fram að henni hefði verið nauðgað af tveimur mönnum þegar hún var 14 ára. Mennirnir neituðu sök og við rannsókn málsins voru ekki talin næg sönnunargögn fyrir hendi til að sýna fram á að stefnandi hefði verið þvinguð til kynmakanna. Rannsókn málsins var hætt samkvæmt ákvörðun saksóknara sem taldi ekki hafið yfir vafa að mennirnir hefðu beitt ofbeldi og hótunum. Nánar tiltekið var ekki unnt að sýna fram á að stefnandi hefði streist á móti eða reynt að fá utanaðkomandi aðstoð. Fyrir dómstólnum benti stefnandi m.a. á að algengustu viðbrögð þolenda nauðgunar eru að frjósa af ótta (e. frozen fright). Stefnandi taldi búlgörsk lög og framkvæmd þeirra ekki veita skilvirka réttarvernd gegn nauðgunum og kynferðislegri misnotkun þar sem einungis var ákært í málum þar sem þolandi veitti mótspyrnu. Hún taldi búlgarska ríkið hafa jákvæðar skyldur samkvæmt sáttmálanum til þess að vernda líkama og friðhelgi og veita virk réttarræði. Hún taldi jafnframt að yfirvöld hefðu ekki rannsakað mál hennar nægjanlega vel.

Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að of þröng nálgun að því er varðar saksókn og rannsókn í kynferðisbrotamálum, svo sem að krefjast þess að þolandi hafi veitt líkamlega mótspyrnu, hefði þá hættu í för með sér að ekki yrði refsað fyrir tiltekna nauðganir og þar með væri vernd kynfrelsis einstaklinga í hættu. Dómstóllinn taldi að líta yrði svo á að jákvæðar skyldur aðildarríkja skv. 3. og 8. gr. mannréttindasáttmálans settu þau skilyrði að ákært og refsað væri fyrir kynferðisbrot þar sem samþykki lægi ekki fyrir, þ.m.t. í tilvikum þar sem þolandi veitti ekki virka mótspyrnu gegn brotinu.

Ísland hefur jafnframt undirritað samning Evrópuráðsins um forvarnir og baráttu gegn ofbeldi gegn konum og heimilisofbeldi (Istanbúl-samningurinn), þar sem áhersla er lögð á að líta skuli til þess um nauðgun hvort samþykki hafi legið fyrir fremur en til þeirra verknaðaraðferða sem beitt var við að fremja nauðgunina.

Í 36. gr. sammingsins eru ákvæði sem fjalla um kynferðisofbeldi, þ.m.t. nauðgun. Í 1. mgr. segir að sammingsaðilar skuli tryggja að eftirfarandi háttsemi sé refsiverð: a) að eiga samfarir, af kynferðislegum toga, við aðra manneskju í leggöng, endaparm eða munn, með einhverjum líkamshluta eða öðrum hlut, án þess að samþykki liggi fyrir, b) að eiga í öðrum kynferðisathöfnum við aðra manneskju án þess að samþykki liggi fyrir, og c) að stuðla að því að önnur manneskja eigi í kynferðisathöfnum við þriðja aðila, án þess að samþykki liggi fyrir. Í 2. mgr. kemur fram að samþykki verði að vera gefið af fúsum og frjálsum vilja og skal það metið í ljósi kringumstæðna. Loks er í 3. mgr. mælt fyrir um að aðilar sammingsins skuli tryggja að ákvæði 1. mgr. eigi einnig við um brot sem eru framin gegn fyrrverandi eða núverandi maka eða sambýlisaðila.

Í skýringum við samninginn segir að 1. mgr. nái yfir allar tegundir kynferðisbrota sem eru framin gegn öðrum aðila án þess að skýrt samþykki liggi fyrir og sem eru framin af ásetningi. Fjallað er um hvaða háttsemi fellur undir a-, b- og c-lið ákvæðisins. Í skýringum við a-liðinn er m.a. fjallað um afmörkun ákvæðisins, þ.e. að samfarir séu „af kynferðislegum toga“. Í b-lið er fjallað um tegundir kynferðisbrota þar sem samþykki liggur ekki fyrir og innþrenging á sér ekki stað. Þá kemur fram að við mat á því hvort allir þættir brota séu til staðar séu sammingsaðilar hvattir til þess að hafa hliðsjón af fordæmum Mannréttindadómstóls Evrópu og er sérstaklega vísað til máls M.C. gegn Búlgaríu frá 4. desember 2003. Í skýringum við samninginn segir að þessi tegund brots krefjist þess að sönnunargögn séu metin með hliðsjón af aðstæðum til þess að unnt sé að ákvarða í hverju tilviki fyrir sig hvort þolandinn hafi gefið samþykki sitt af fúsum og frjálsum vilja fyrir þeirri kynferðisathöfn sem um ræðir. Við slíkt mat beri að taka tillit til margra atferlisviðbragða gagnvart kynferðisofbeldi og nauðgun sem þolendur sýna og matið skuli ekki vera byggt á tillögum um dæmigerð viðbrögð við slíkar aðstæður.

Norðurlöndin og engilsaxneskur réttur.

Löggjöf ríkja er nokkuð mismunandi að því er varðar skilgreiningu nauðgunar. Í ríkjum þar sem byggt er á germönskum rétti, eins og á Norðurlöndunum og í Þýskalandi, er þekkt að tilgreina verknaðaraðferðir eða tiltekna aðstæður í lagaákvæðum um kynferðisbrot, þ.e. skilgreina nauðgun út frá ofbeldi, hótunum eða misneytingu. Í engilsaxneskum rétti er þessu hins vegar öfugt farið, þ.e. þekkt er að skilgreina nauðgun út frá hugtakinu samþykki.

Á sviði refsiréttar hefur m.a. verið litið til löggjafar annarra ríkja Norðurlanda um þróun refsiakvæða. Af þeirri ástæðu er eðlilegt að líta til þess hvernig rétturinn hefur þróast þar, enda er löggjöf okkar skyldust löggjöf þeirra. Í því sambandi er rétt að benda á að nýlega kom út skýrsla sem unnin var á vegum sænsku ríkisstjórnarinnar um aukna vernd kynfrelsis (Ett starkare skydd för den sexuella integriteten, SOU 2016:60). Starfshópurinn sem vann að skýrslunni fjallaði fyrst og fremst um afbrotið nauðgun. Í skýrslunni er m.a. lagt til að horfið verði frá gildandi skilgreiningu nauðgunar og lögð áhersla á að útfæra lagaákvæði sem mælti fyrir um að skortur á samþykki væri grundvallaratriði í skilgreiningu á hugtakinu nauðgun í stað þvingunar, með það að markmiði að veita kynfrelsinu fullnægjandi vernd. Skýrslan fór í umsagnarferli þar sem leitað var álits stofnana og hagsmunaaðila.

Sviþjóð.

Í sænsku hegningarlögunum eru ákvæði um kynferðisbrot í 6. kafla laganna (brottsbalken), sbr. breytingalög frá 1984. Í fyrrnefndri skýrslu um aukna vernd kynfrelsis frá 2016 kemur fram að ákvæði um kynferðisbrot hafi þá nýlega verið tekin til endurskoðunar í tvígang sem hafi leitt til lagabreytinga árin 2005 og 2013. Í bæði skiptin var tekið til skoðunar hvort miða ætti skilgreiningu nauðgunar við skort á samþykki.

1. apríl 2005 tóku gildi breytingar á kynferðisbrotakafla sænsku hegningarlögunum, sbr. lög nr. 2005:90. Í kaflanum eru ákvæði um nauðgun og stórfellda nauðgun en það er samkvæmt þeim nauðgun að þvinga manneskju til samræðis eða annarra kynferðismaka með ofbeldi eða hótunum um refsiverðan verknað. Nauðgunarhugtakið var rýmkað með lagabreytingunni 2005, m.a. með því að misnotkun á manni sem ekki getur spornað við kynmökunum, t.d. vegna meðvitundarleysis, svefns, ölvunar o.fl., teldist til nauðgunar. Í þeim tilvikum var ekki skilyrði að þolandi væri þvingaður til kynmakanna heldur var litið svo á að manneskja sem væri meðvitundarlaus, sofandi, ölvuð eða undir áhrifum annarra vímuefna, veik, slösuð eða andlega sködduð gæti verið svo bjargarlaus að ekki væri rétt að miða við að hún hefði verið þvinguð til kynmaka. Nauðgunin fælist þannig í því að notfæra sér þá stöðu sem hún hefði verið í þar sem manneskjan hefði ekki skilið það sem fram fór og því ekki getað tekið afstöðu til þess. Samkvæmt sænsku hegningarlögunum varðar nauðgun 2–6 ára fangelsi. Séu aðstæður við brotið taldar mildandi er hámarksrefsing fjögurra ára fangelsi. Sé brot hins vegar talið stórfellt er lágmarksrefsing fjögurra ára fangelsi og hámarksrefsing 10 ára fangelsi.

Við lagabreytinguna árið 2005 héldust ákvæði um kynferðislega nauðung í kynferðisbrotakafla hegningarlögunum en inntak þeirra varð mun þrengra en áður þar sem fleiri tilvik töldust til nauðgunar. Með lagabreytingunni var refsivernd barna aukin með sérákvæði um nauðgun og aðrar kynferðislegar árásir gegn börnum. Samræði eða önnur sambærileg kynferðismök við barn yngra en 15 ára taldist nauðgun en þess var ekki krafist að beitt væri ofbeldi, hótunum eða nauðung til þess að brot teldist nauðgun gegn barni. Kynmök við börn á aldrinum 15–17 ára töldust einnig til nauðgunar og vörðuðu refsingu ef barnið var afkomandi hins brotlega eða var falið honum til fösturs eða uppeldis. Við mat á því hvort brotið teldist stórfelld nauðgun skyldi taka tillit til þess hvort hinn brotlegi hefði beitt ofbeldi eða hótun um refsiverðan verknað, hvort fleiri væru þátttakendur í broti eða hinn brotlegi hefði með háttalagi sínu og ungum aldri barnsins sýnt af sér sérstakt tillitsleysi eða ruddaskap.

1. júlí 2013 tóku gildi breytingar á 6. kafla sænsku hegningarlögunum, m.a. að því er varðar nauðgunarákvæðið, sbr. lög nr. 2013:365. Nauðgunarhugtakið var þá rýmkað enn frekar en gerð var sú breyting að í stað þess að kveða á um að þolandi væri í bjargarlausu ástandi gæti hann verið í viðkvæmri stöðu (s. utsatt situation). Þessi breyting var gerð til þess að unnt væri að veita ríkari vernd, þ.e. að ákvæðið næði til fleiri tilvika kynferðislegrar misnotkunar, en með breyttu orðalagi er kveðið skýrt á um að það geti einnig talist nauðgun þegar þolandi veitir ekki mótspyrnu gegn misnotkuninni.

Í áðurnefndri skýrslu um aukna vernd kynfrelsis frá 2016 kemur fram að niðurstaða skýrsluhöfunda sé að vernd kynfrelsis, í þeim skilningi að verknaður sem á að vera refsiverður sé refsiverður, virðist vera nægjanleg. Í sumum tilvikum sé hins vegar álitamál hvort gildandi löggjöf tryggi nægilega sterka vernd vegna tiltekinna athafna. Skýrsluhöfundar benda á að mál sem geti verið erfið viðfangs séu t.d. þegar um er að ræða kynferðislegar athafnir þar sem einstaklingur hafi ekki viljað taka þátt í athöfninni en hann ekki verið beittur þvingun og gerandinn hafi ekki notfært sér viðkvæma stöðu einstaklingsins eða það að hann var háður gerandanum. Í skýrslunni er því lagt til að ákvæðum um kynferðisbrot verði breytt

á þann hátt að einstaklingur ber refsíabýrgð ef hann hefur samræði eða önnur kynferðismök við einstakling sem tekur ekki þátt í athöfninni af frjálsum vilja.

Um skilgreiningu hugtaksins samþykki.

Í 1. gr. frumvarpsins er lögð til sú breyting á 1. mgr. 194. gr. almennra hegningarlaga að tiltekið verði að það varði refsingu að hafa samræði eða önnur kynferðismök við mann án samþykkis hans. Aðaláhersla er því lögð á hvort samræði eða kynferðismök hafi farið fram með vilja og samþykki þátttakenda. Til þess að ákvæðið fullnægi kröfum sem gerðar eru um skýrleika refsheimilda er jafnframt að finna nánari skilgreiningu á hvenær samþykki telst liggja fyrir og hvenær ekki. Samþykki telst liggja fyrir ef það er tjáð af frjálsum vilja. Samþykki telst hins vegar ekki liggja fyrir ef það er fengið með ofbeldi, hótunum eða annars konar ólögumætri nauðung, eða með því að beita blekkingum eða hagnýta sér villu viðkomandi um aðstæður.

Við gerð frumvarpsins var m.a. litið til nýlegrar skýrslu sænskra stjórnvalda um aukna vernd kynfrelsis og tillögu sem þar kemur fram um breytingu á nauðgunarákvæði sænsku hegningarlaganna. Við skilgreiningu nauðgunar hefur m.a. verið litið til umfjöllunar í skýrslunni.

Hvað varðar hugtakið samþykki í 1. gr. frumvarpsins er ljóst að samþykki til þátttöku í samræði eða öðrum kynferðismökum verður að tjá með orðum eða annarri ótvíræðri tjáningu. Það þýðir að gefa þarf samþykki til kynna eða að virk þátttaka í tiltekinni athöfn verði túlkuð sem samþykki af hálfu annars eða annarra þátttakenda. Ekki verður gerð krafa um að þátttakandi mótmæli eða sýni móttöðu gagnvart þátttöku í kynferðislegri athöfn. Þá getur algert athafnaleysi ekki verið túlkað sem vilji til þátttöku.

Samþykki fyrir þátttöku í samræði eða öðrum kynferðismökum afmarkast við það tiltekna tilvik og við þær kynferðislegu athafnir sem samþykkið nær til. Af kynfrelsi leiðir að eðlilegt er að þátttakandi í kynferðislegri athöfn geti hvenær sem er skipt um skoðun um þátttöku sína. Slík skoðanaskipti verður að tjá með orðum eða annarri tjáningu þannig að annar eða aðrir þátttakendur verði þessi áskynja.

Ekki er talið æskilegt að skilgreina of nákvæmlega með hvaða hætti samþykki skuli tjáð. Hætta er á að löggjöf sem setur nákvæm skilyrði fyrir því hvernig einstaklingar skuli tjá sig verði ekki í samræmi við hvernig mannleg samskipti eru í raun.

Hafi samþykki verið tjáð þarf jafnframt að taka til skoðunar hvort það hafi verið veitt af frjálsum vilja. Af þeirri ástæðu er einnig mælt fyrir um að við tiltekna aðstæður verði tjáð samþykki ekki talið liggja fyrir þar sem það hafi ekki verið veitt af frjálsum vilja og geranda hefði mátt vera ljóst að samþykki þolanda væri ekki fyrir hendi. Er það við aðstæður þar sem þolandi hefur veitt samþykki í kjölfar þess að gerandi hefur beitt ofbeldi, hótunum eða annars konar ólögumætri nauðung. Sambærilegt orðalag er nú að finna í gildandi 1. mgr. 194. gr. þar sem segir að hver sem hafi samræði eða önnur kynferðismök við mann með því að beita ofbeldi, hótunum eða annars konar ólögumætri nauðung gerist sekur um nauðgun. Hefur ákvæðið verið skýrt svo að við þessar aðstæður sé undirliggjandi að samþykki til athafnanna skorti.

Með 1. gr. frumvarpsins er áhersla hins vegar lögð á hvort samþykki fyrir samræði eða öðrum kynmökum hafi legið fyrir eða ekki. Einnig er gert ráð fyrir að samþykki liggja ekki fyrir ef það er fengið með því að beita blekkingum eða með því að hagnýta sér villu viðkomandi um aðstæður.

Hér er rétt að nefna að ekki er talin ástæða til að leggja til breytingu á 2. mgr. 194. gr. almennra hegningarlaga, en þar segir að það teljist einnig nauðgun og varði sömu refsingu

og mælt er fyrir um í 1. mgr. að notfæra sér geðsjúkdóm eða aðra andlega fötlun manns til þess að hafa við hann samræði eða önnur kynferðismök, eða sé þannig ástatt um hann að öðru leyti að hann geti ekki spornað við verknaðinum eða skilið þýðingu hans. Ljóst er að við þessar aðstæður hefur samþykki ekki þýðingu þar sem þolandi er ýmist þannig staddur eða í þannig stöðu að hann getur ekki spornað við verknaði eða skilið þýðingu hans.

Þá er rétt að undirstrika að þrátt fyrir að lagðar séu til breytingar á 1. mgr. 194. gr. almennra hegningarlaga er ekki lagt til að breyta huglægum skilyrðum nauðgunarbrot. Þannig verður ásetningur áfram saknæmisskilyrði skv. 1. mgr. 194. gr., sbr. 18. gr. almennra hegningarlaga. Þar kemur fram að verknaður sem refsing er lögð við í hegningarlögunum sé ekki saknæmur nema hann sé unninn af ásetningi eða gáleysi. Fyrir gáleysisbrot skuli því aðeins refsa að sérstök heimild sé til þess í lögunum. Ekki er lagt til að slík heimild verði í 1. mgr. 194. gr. og því verður nauðgun ekki refsivert brot nema hún sé framin af ásetningi. Af þessu leiðir að ásetningur verður að taka til allra efnispáttá 1. mgr. 194. gr., þ.e. að fram fari samræði eða önnur kynmök þrátt fyrir að það sé gert án vilja þolanda þar sem samþykki hans er ekki fyrir hendi. Gerandi verður þannig að gera sér grein fyrir að þolandi vilji ekki hafa við hann samræði eða önnur kynferðismök. Sé beitt tiltekinni verknaðaraðferð við að fá samþykki, t.d. með ofbeldi, hótunum eða annars konar ólögmætri nauðung, verður ásetningur að taka til þess og einnig ef gerandi fær samþykki með því að beita blekkingum eða hagnýta sér villu viðkomandi um aðstæður.

Þá er lagt til að verði frumvarpið að lögum öðlist ákvæði þess þegar gildi.