

Frumvarp til laga

um breytingu á almennum hegningarlögum, nr. 19/1940 (kynferðisleg friðhelgi).

Frá dómsmálaráðherra.

1. gr.

Á eftir 199. gr. laganna kemur ný grein, 199. gr. a, svohljóðandi:

Hver sem í heimildarleysi útbýr, aflar sér, dreifir eða birtir ljósmynd, kvikmynd, texta eða sambærilegt efni af eða um nekt eða kynferðislega háttsemi annars skal sæta sektum eða fangelsi allt að 2 árum, en 4 árum sé brotið stórfellt.

Sömu refsingu skal sá sæta sem hótar því sem greinir í 1. mgr., enda er hótunin til þess fallin að vekja ugg hjá þeim sem hún beinist að.

Sömu refsingu skal sá sæta sem falsar um aðra efni sem greinir í 1. mgr.

Sé brot framið af gáleysi varðar það sektum eða fangelsi allt að 2 árum.

2. gr.

Eftirfarandi breytingar verða á 228. gr. laganna:

a. 1. mgr. hljóðar svo:

Hver sem brýtur gegn friðhelgi einkalífs annars með því að hnýsast í, útbúa, afla, afrita, sýna, skýra frá, birta eða dreifa í heimildarleysi skjölum, gögnum, myndefni, upplýsingum eða sambærilegu efni um einkamálefni viðkomandi, hvort heldur sem er á stafrænu eða hliðrænu formi, skal sæta sektum eða fangelsi allt að 1 ári, enda er háttsemin til þess fallin að valda brotaþola tjóni.

b. Við bætist ný málsgrein, svohljóðandi: Ákvæði 1., 2. og 3. mgr. eiga ekki við þegar háttsemin er réttlætanagerleg með vísan til almanna- eða einkahagsmuna.

3. gr.

229. gr. laganna orðast svo:

Hver sem í heimildarleysi verður sér úti um aðgang að gögnum eða forritum annarra sem geymd eru á tölvutæku formi skal sæta sektum eða fangelsi allt að 1 ári.

4. gr.

Á eftir orðinu „ákvæðum“ í 1. tölul. 242. gr. laganna kemur: 228. gr.

5. gr.

Lög þessi öðlast þegar gildi.

6. gr.

Við gildistöku laga þessara verður eftirfarandi breyting á lögum um meðferð sakamála, nr. 88/2008: Á eftir tilvísuninni „175. gr. a“ í 2. másl. 2. mgr. 83. gr. laganna kemur: 199. gr. a.

Greinargerð.

1. Inngangur.

Frumvarp þetta er unnið af Maríu Rún Bjarnadóttur lögfræðingi að tilstuðlan dómsmálaráðherra sem leggur frumvarpið fram. Frumvarpið byggist á skýrslu sem María vann fyrir stýrihóp sem forsætisráðherra skipaði í mars 2018 um heildstæðar úrbætur að því er varðar kynferðislegt ofbeldi og starfaði á vegum Stjórnarráðsins 2018–2020 undir forsæti Höllu Gunnarsdóttur, þáverandi ráðgjafa ríkisstjórnarinnar í jafnréttismálum. Stýrihópurinn starfaði í samræmi við stefnuyfirlýsingu ríkisstjórnarflokkanna um að ríkisstjórnin mundi meðal annars standa fyrir gerð áætlunar um að „útrýma kynbundnu ofbeldi, ekki síst stafrænu kynferðisofbeldi“.

Meginniðurstöður skýrslunnar eru þær að þörf sé á lagasetningu til þess að tryggja heildstæða og fullnægjandi réttarvernd kynferðislegrar friðhelgi einstaklinga í íslenskum rétti og að henni ætti að fylgja eftir með þriðþættum stefnumótandi aðgerðum sem lúta að forvörnum og fræðslu, úrbótum á meðferð mála innan réttarvörslukerfisins og stuðningi við þolendur. Þetta stafar af því að gildandi löggjöf veitir kynferðislegri friðhelgi einstaklinga ekki fullnægjandi réttarvernd, sem birtist meðal annars í óskýrri dómaframkvæmd og neikvæðri upplifun þeirra sem átt hafa samskipti við réttarvörslukerfið vegna mála af þessum toga.

Þá er ljóst af samfélagsmæðu, viðtölum við fulltrúa réttarvörslukerfisins og framlagningu annarra frumvarpa á Alþingi að skýr lagasetning um háttsemina væri til þess fallin að koma til móts við samfélagslega þörf fyrir skýrari réttarvernd friðhelgi einstaklinga, sem skapast hefur með aukinni tæknivæðingu í mannlegum samskiptum. Í þessu ljósi verður lagabreytingin einnig talin mikilvæg svo að heimfærsla brota undir refsíákvæði sé skýr og fyrirsjáanleg og að ákvæðin taki mið af alvarleika háttseminnar sem til umfjöllunar er. Þá verður að teljast mikilvægt að samhljómur sé í heimfærslu brota í dómaframkvæmd frá sjónarhóli réttaröryggis.

Frumvarp þetta byggist að meginstefnu til á niðurstöðum skýrslunnar, en vegna vinnu sem samhliða stendur yfir við endurskoðun ákvæða almennra hegningarlaga um barnanið eru ekki lagðar til breytingar á 210. gr. a laganna í frumvarpi þessu eins og lagt var til í fyrrgreindri skýrslu. Þá er aðeins fjallað um lagabreytingar en ekki stefnumótandi aðgerðir sem einnig voru lagðar til í skýrslunni. Hluti þeirra hefur þó þegar orðið þáttur í stefnumótun stjórnvalda, til að mynda í þingsályktun nr. 37/150 um forvarnir meðal barna og ungmenna gegn kynferðislegu og kynbundnu ofbeldi og áreitni, ásamt áætlun um aðgerðir fyrir árin 2021–2025 (þskj. 1609, 643. mál, 150. löggjafarþing 2019–2020).

2. Tilefni og nauðsyn lagasetningar.*2.1. Inngangur.*

Tilefni lagasetningarinnar er aukið stafrænt kynferðisofbeldi í íslensku samfélagi. Engin einhlít skilgreining liggur fyrir um hugtakið en með því er vísað til háttsemi sem felst í því að nýta stafræn samskipti til þess að búa til, dreifa eða birta kynferðislegt myndefni af öðrum í heimildarleysi. Slík brot geta þó einnig átt sér stað án þess að stafræn tækni sé nýtt. Í frumvarpi þessu, líkt og í skýrslu Maríu Rúnar, er því stuðst við hugtakið kynferðisleg friðhelgi en staf-

rænt kynferðisofbeldi sem tilgreint er í stefnuyfirlýsingu ríkisstjórnarinnar er ein birtingarmynd brota gegn kynferðislegri friðhelgi. Hugtakanotkunin markast ekki síst af mikilvægi þess að orðalag í hegningarlögum sé eins hlutlaust gagnvart tækni og miðlum og mögulegt er.

Umfang og afleiðingar brota gegn kynferðislegri friðhelgi hafa ekki verið kortlagðar markvisst í íslensku samfélagi þó að innlendar og erlendar rannsóknir bendi til þess að brot gegn kynferðislegri friðhelgi einstaklinga hafi aukist með tilkomu stafrænnar tækni. Afbrotatölfræði lögreglunnar gefur ekki skýra mynd af umfangi brotanna enda eru þau í vinnslu lögreglunnar, rétt eins og í dómaframkvæmd, heimfærð undir mismunandi ákvæði hegningarlaga.

Polendur hafa gagnrýnt viðbrögð réttarvörslukerfisins við brotum af þessum toga og kallað eftir úrbótum. Dæmi eru um alvarlega afleiðingar fyrir einstaklinga sem hafa mætt úrræða- og jafnvel skilningsleysi í samskiptum við fulltrúa réttarvörslukerfisins. Af rannsóknnum má ráða að þolendur stafræns kynferðisofbeldis á Íslandi vantreysta getu réttarvörslukerfisins til þess að taka á brotunum (Ásta Jóhannsdóttir, Mari Helenedatter Aarbakke og Randi Theil Nielsen. *Online Violence against Women in the Nordic Countries*, 2017.) Þetta vantraust veldur því að þolendur leita ekki til lögreglu þegar brotið er á þeim. Af viðtalsrannsókn sem gerð var við fulltrúa réttarvörslukerfisins í tengslum við fyrrnefnda skýrslu var einnig ljóst að fulltrúar lögreglu og ákærvalds telja svigrúm til úrbóta í meðferð mála er varða stafrænt kynferðisofbeldi og telja óskýra löggjöf meðal þeirra þátta sem valda því að ekki sé nægilega vel tekið á stafrænum brotum sem beinast gegn kynferðislegri friðhelgi.

Þáverandi þingmaður Bjartrar framtíðar, Björt Ólafsdóttir, lagði fram þingmannafrumvarp sem ætlað var að gera stafrænt kynferðisofbeldi refsivert, sbr. frumvarp til laga um breytingu á almennum hegningarlögum, nr. 19/1940 (bann við hefndarklámi) (þskj. 11, 11. mál, 145. löggjafarþing 2015–2016). Þá hefur Helgi Hrafn Gunnarsson, þingmaður Pírata, farið fyrir þverpólítískum hópi meðflutningsmanna og tvisvar lagt fram frumvarp til laga um breytingu á hegningarlögum til þess að bregðast við stafrænu kynferðisofbeldi, sbr. frumvarp til laga um breytingu á almennum hegningarlögum, nr. 19/1940 (stafrænt kynferðisofbeldi) (þskj. 37, 37. mál, 148. löggjafarþing 2017–2018 og þskj. 15, 15. mál, 149. löggjafarþing 2018–2019). Þrátt fyrir að frumvörpin hafi ekki náð fram að ganga komu við þinglega meðferð þeirra fram skýr sjónarmið um að lagasetning væri til þess fallin að styrkja réttarvernd kynferðislegrar friðhelgi og meðferð slíkra mála innan réttarvörslukerfisins. Meðal þeirra sem settu þau sjónarmið fram voru Kvenréttindafélag Íslands og embætti ríkissaksóknara.

Á vegum stjórnvalda hefur um nokkurra ára skeið verið unnið að úrbótum á meðferð kynferðisbrota, meðal annars með útgáfu tillagna um aðgerðir um meðferð kynferðisbrota innan réttarvörslukerfisins 2018–2022. Í tillögunum var sérstaklega tekið fram að lagaumgjörð varðandi stafrænt kynferðisofbeldi hefði verið til mikillar umræðu en að skoðun á fýsileika laga-breytinga til þess að bregðast við slíkum brotum gæti ekki rúmast innan tímamarka eða umboðs hópsins. Við síðustu endurskoðun kynferðisbrotakafla almennra hegningarlaga árið 2007 var ákvæði kaflans sem oftast er beitt í málum sem varða stafrænt kynferðisofbeldi ekki til endurskoðunar.

Þegar horft er til alls þessa eru það annars vegar samfélagslegar breytingar og hins vegar takmarkanir í ríkjandi réttarframkvæmd sem kalla á lagasetningu til þess að styrkja vernd kynferðislegrar friðhelgi í íslenskum rétti.

2.2. Samfélagslegar breytingar.

Í samhengi við vernd kynferðislegrar friðhelgi í íslenskum rétti eru það fyrst og fremst tvær samfélagslegar breytur sem kalla á lagabreytingar. Þar er annars vegar hinar miklu breytingar sem hafa átt sér stað á samskiptum fólks með tilkomu stafrænnar tækni á síðustu árum. Hins

vegar hafa samfélagsleg viðhorf til kynferðismála tekið stakkaskiptum en það má að einhverju leyti tengja áhrifum af sífellt auknum stafrænum samskiptum.

2.2.1. Áhrif tækninýjunga á samskipti.

Íslendingar hafa verið í fararbroddi þeirra þjóða heims sem hafa tekið stafrænni tækni fagnandi. Rúmlega 98% þjóðarinnar nota netið reglulega, samanborið við tæp 80% íbúa í Evrópu og tæp 46% á heimsvísu. Þetta er einn af þeim þáttum sem gerir það að verkum að Ísland er nú fremst í heiminum í notkun upplýsingatækni samkvæmt viðmiðum Alþjóðafjarskiptastofnunarinnar (*Measuring the Information Society Report*, 2017. Vol. 2, ICT country profiles, The International Telecommunications Union).

Tækninýjungar og breytingar í samskiptamynstri eru dæmi um samfélagslega þróun sem getur haft áhrif á mat löggjafans á refsibörfum samfélagsins. Þær framfarir sem hafa átt sér stað með aukinni stafvirknivæðingu samskipta hafa ekki síst falið í sér áður óþekkta veruleika hvað varðar brot gegn kynferðislegri friðhelgi einstaklinga. Prentvélavæðing, ljósmynda- og síðar kvikmyndataeknin voru nýtt til þess að brjóta gegn kynferðislegri friðhelgi einstaklinga áður en netið kom til sögunnar. Það sem hefur breyst með stafrænni tækni er tíðni brotanna, umfang þeirra og afleiðingar fyrir þolendur. Á sama tíma hefur vægi efnis sem birtist á netinu sífellt aukist í mannlegum samskiptum og samfélagi; birtingarmynd fólks á netinu verður þannig illa slitin frá birtingarmynd þess í hefðbundnum samskiptum. Þetta hefur ekki einvörðungu áhrif á það hvernig fólk sér eða upplifir annað fólk heldur eru vísbendingar um að ungt fólk geri ekki greinarmun á sjálfsmynd sinni eins og hún birtist á netinu og utan þess. Stafræn tækni, samfélagsmiðlar og sitenging hefur meðal annars leitt til breytinga á félagslegum viðmiðum um mörk einkalífs og hins opinbera sviðs og þess að fólk gerir sífellt minni greinarmun á félagslegum samskiptum sem eiga sér stað á netinu og utan þess.

Enn fremur eru í ýmsum stafrænum samskiptum innbyggðir hvatar fyrir fólk til þess að deila upplýsingum um sig og efni; meira efni skapar meiri virkni sem fólk getur bæði hagnast á félagslega og fjárhagslega. Dæmi um þetta eru möguleikar einstaklinga á að hafa tekjur af því að deila lífi sínu og persónulegum málefnum á ýmsum netmiðlum.

2.2.2. Viðhorfsbreytingar gagnvart kynferðisbrotum.

Veruleg vakning hefur átt sér stað um kynferðislega áreitni af ýmsum toga í hinum vestræna heimi á síðustu árum og hafði #metoo-byltingin þar mikið að segja. Hún átti sér að miklu leyti stað á samfélagsmiðlum og ögraði viðteknum viðhorfum til kynferðislegrar áreitni og annarrar óæskilegrar kynferðislegrar hegðunar. Þetta kallaði á skoðun á þeim mörkum sem samfélag, löggjöf og einstaklingar setja kynferðislegri hegðun.

Byltingin var hluti af stærrri bylgju sem lýst hefur verið sem fjórðu bylgju femínisma og á ekki síst rætur að rekja til þeirra verkfæra sem tækniframþróun hefur fært samfélögum. Hluti þeirrar bylgju er hin svokallaða brjóstabylting, eða #freethenipple, sem gekk út á að hafna viðteknum viðhorfum um kvenlíkamann á borð við að brjóst kvenna væru fyrst og fremst kynferðisleg. Þannig hefur á umliðnum árum vaknað öflug umræða um siðgæðismörk sýnileika kvenlíkama í hinni almennu umræðu og hinu opinbera rými.

Samhliða hefur orðið mikil samfélagsvakning, bæði á Íslandi og erlendis, um aukna áherslu á sjálfsákvörðunarrétt kvenna í tengslum við kynferðisleg málefni og tjáningu. Valdefling kvenna hefur til að mynda fengið aukið vægi í dægurmenningu og almennri samfélagslegri umræðu. Þá hafa meint tengsl klæðaburðar kvenna og kynferðisbrota verið til umræðu í víðu samfélagslegu samhengi. Þetta hefur ekki síst komið til vegna druslugöngunnar sem gengin hefur verið árlega víða um heim, þar á meðal á Íslandi, frá árinu 2011 til þess að minna

á að klæðaburður kvenna felur ekki í sér samþykki fyrir kynferðislegri áreitni eða annars konar kynferðisbrotum.

Í þessu samhengi hefur sending nektarmynda og kynferðislegra mynda í misnánum samskiptum einstaklinga ekki aðeins verið hluti af þróun samskipta heldur í viðhorfi til kynferðislegar tjáningar kvenna. Þannig verða viðhorf um að sending nektarmynda í tilteknu samhengi feli sjálfkrafa í sér samþykki fyrir opinberri dreifingu efnisins réttilega talin jafnúrelt og að konur sem klæðist stuttum pilsum kalli yfir sig kynferðislegt ofbeldi.

2.3. Takmarkanir í ríkjandi réttarframkvæmd.

Í íslenskum rétti er ekki að finna sérstakt ákvæði um heimildarlausu dreifingu kynferðislegs efnis í gegnum netið eða með öðrum hætti. Í dómaframkvæmd hefur þó reynt á nokkur ákvæði almennra hegningarlaga varðandi heimildarlausu töku og dreifingu kynferðislegra mynda og skilaboða eins og nánari er rakið hér síðar. Þrátt fyrir að gildandi ákvæði laga dugi í einhverjum tilvikum leiðir skoðun lagaákvæða og dómaframkvæmdar í ljós að nokkuð vantar upp á til að tryggja heildstæða og þar af leiðandi fullnægjandi réttarvernd fyrir kynferðislega friðhelgi. Þetta helgast annars vegar af því að ekki er gert ráð fyrir háttseminni sérstaklega í lagaumgjörðinni og hins vegar af því að dómaframkvæmd, sem er í þróun, er ekki nægilega stöðug. Þetta á við hvort sem háttsemin er skoðuð í ljósi kynferðisbrotakafla eða friðhelgis-kafla almennra hegningarlaga.

2.3.1. Kynferðisbrot.

Kynferðisbrotakaflinn almennra hegningarlaga er sá kafli laganna sem hefur oftast og gagnert verið endurskoðaður. Breytingar á kaflanum, eins og á öðrum lögum, hafa oft en ekki verið gerðar í tengslum við þróun eða breytingar á samfélagslegum viðhorfum. Hugtakanotkun, verndarhagsmunir og orðfæri hafa til að mynda verið endurskoðuð samhliða framfaraskrefum í átt að jafnrétti kynjanna. Þá eru dæmi þess að breytingar á kynferðisbrotakaflanum séu ekki aðeins birtingarmynd samfélagslegra framfara heldur hafa lagabreytingar einnig stuðlað að mikilvægum breytingum á samfélagslegum viðhorfum.

Ákvæði kynferðisbrotakaflans við setningu almennra hegningarlaga árið 1940 voru meðal annars „reist á ýmsum mismunandi sjónarmiðum, en hafa það þó sameiginlegt, að þau varða að einhverju leyti kynferðislíf manna. Mörg ákvæðanna beinast að því að vernda kynfrelsi kvenna, önnur að því að vernda kynferðislíf barna og unglinga, sumum ákvæðanna er ætlað að koma í veg fyrir það, að menn geri sér lauslæti annarra að tekjulind, og loks eru ákvæði, sem vernda blygðunartilfinningar og leggja refsingu við verknaði, er almennum hneykslum getur valdið.“ Þetta er meðal þeirra gagna sem liggja til grundvallar þrískiptri flokkun brota í kynferðisbrotakaflanum í brot gegn fullorðnum, brot gegn börnum og brot þar sem verndarhagsmunirnir eru ekki endilega bundnir við einstakling, þ.e. ákvæði kaflans um vændi, blygðunarsemi og klám en það eru jafnframt þau ákvæði kaflans sem ekki voru tekin til endurskoðunar þegar kaflinn var síðast uppfærður árið 2007.

Engar breytingar urðu á kynferðisbrotakaflanum frá setningu almennra hegningarlaga árið 1940 og fram til árið 1992 þrátt fyrir að samfélagið hefði gengið í gegnum miklar breytingar, ekki síst hvað varðar stöðu og réttindi kvenna. Breytingarnar árið 1992 voru efnislegar og heiti kaflans var einnig breytt úr „Skírlífisbrot“ í „Kynferðisbrot“. Í athugasemdum við greinina í frumvarpi því er varð að umræddum lögum nr. 40/1992 kemur fram að orðalagsbreytingin sé vegna þess að eðlilegra sé að miða fremur við „einkenni háttseminnar en þau áhrif sem hún hefur á brotþola eða öllu heldur á hið siðræna viðhorf almennings til brots og brotþola“.

Lagabreytingarnar tóku til endurskoðunar á nokkrum ákvæðum kynferðisbrotakafans auk þess sem ný ákvæði voru sett, meðal annars um kynferðislega áreitni. Í greinargerð með frumvarpinu var fjallað um kynferðislega áreitni sem átti að ná yfir „ýmiss konar káf, þukl og annars konar líkamlega snertingu og ljósmyndun af kynferðislegum toga“ sem fram að því hafði verið heimfært undir 209. gr. laganna. Markmiðið með ákvæðinu var að vernda persónulegt frelsi, mannhelgi og kynfrelsi einstaklingsins, sem og að „veita slíkri háttsemi meiri athygli en áður með þessu sérákvæði og taka harðar á brotum“. Með lögunum var einnig ákvæði 209. gr. breytt, en í raun voru engar efnislegar breytingar gerðar á því þótt refsímörk ákvæðisins væru hert. Með breytingunni var háttsemi á borð við þukl, káf og ljósmyndun af kynferðislegum toga sem hafði áður verið felld undir 209. gr. um blygðunarsemi færð undir ákvæði um kynferðislega áreitni. Það reyndi þó lítið á ákvæðið í dómaframkvæmd enda var orðalag þess bundið þröngum takmörkunum og réttarverndin sem það veitti nokkuð óljós.

Með breytingum á kynferðisbrotakafla almennra hegningarlaga árið 2007 var brugðist við þessu og ákvæði 199. gr. breytt til að skilgreina háttsemina betur og kveða á um að hún væri refsiverð hvar svo sem hún ætti sér stað. Við undirbúning lagabreytingarinnar var áhersla lögð á að tryggja með löggjöf, eins og framast væri unnt, að virt væri „friðhelgi, sjálfsákvörðunarrettur, kynfrelsi og athafnafrelsi hvers einstaklings“. Ekki var fjallað sérstaklega um hvort breytingin fæli í sér breytingu á ætluðu gildissviði ákvæðisins varðandi kynferðislegar myndir. Af greinargerðinni má ráða að efri mörk kynferðislegrar áreitni gagnvart öðrum kynferðismökum liggja við snertingu á líkama annarrar manneskju „sem er andstæð góðum síðum og samskiptaháttum“ og dæmi um slíkt talið þukl og káf. Þá var tilgreint að lagabreytingin fæli í sér útvíkkun á neðri mörkum ákvæðisins um kynferðislega áreitni þannig að þau næðu einnig til orðbragðs og hegðunar sem væri meiðandi, ítrekuð eða til þess fallin að valda ótta og miðað við stöðugt áreiti sem nálgadist einelti. Breytingunni var meðal annars ætlað að bregðast við niðurstöðum rannsókna á kynferðislegri áreitni „við ýmsar aðstæður og íþyngjandi áhrifum hennar á þolendur“.

Í gildandi lögum verður því snertingarlaus háttsemi sett fram með orðum, látbragði eða háttalagi felld undir ákvæði 199. gr. og 209. gr. Þó má ljóst vera að einhliða háttsemi, sem jafnvel fer fram án þess að þolandi viti af, ætti að fella undir 209. gr. Þegar horft er til orðalags í greinargerð sem fylgdi breytingalagafrumvarpinu sem samþykkt var árið 1992 má ráða að fyrir breytingarnar hefðu kynferðislegar myndir verið taldar brot gegn blygðunarsemi 209. gr. laganna en eftir þær brot gegn 198. gr. um kynferðislega áreitni. Af greinargerðinni er þó ekki ljóst hvort um væri að ræða töku eða dreifingu slíkra mynda eða hvort tveggja, enda myndataka, framköllun og birting mynda tæknilega mun flóknara fyrirbæri árið 1992 en 2020. Þær breytingar sem urðu árið 2007 veita ekki frekari leiðbeiningu hvað þetta varðar.

Sú háttsemi sem reynir á hvað varðar vernd kynferðislegrar friðhelgi á stafrænum tímum á sér stað að meginstefnu til án snertingar í þeim skilningi sem lagður hefur verið til grundvallar breytingum á ákvæðum kynferðisbrotakafla almennra hegningarlaga. Í mörgum tilvikum reynir á myndatöku eða dreifingu mynda, myndskreiða eða texta, sem í ljósi stafrænnar þróunar getur átt sér stað með hraða og í umfangi sem ekki var mögulegt þegar ákvæði kafans voru síðast endurskoðuð. Að þessu leyti hafa ákvæði kafans ekki haldið í við þróun samfélagslegra viðmiða. Verulegt inngríp í kynferðislegt friðhelgi einstaklinga getur átt sér stað og haft miklar afleiðingar án þess að brotamaður hafi snert brotþola. Ákvæði kafans taka ekki mið af þessu og gildissvið þeirra virðast bæði skarast og valda því að hætta er á að háttsemi sem sannarlega rýfur kynferðislega friðhelgi annarra falli undir hvorugt þeirra. Ákvæðin veita þannig ófullnægjandi réttarvernd fyrir þá sem verða fyrir stafrænum brotum gegn kynferðislegri friðhelgi.

2.3.1.1. Óstöðug dómaframingarvæmd.

Meðfylgjandi töflur gefa yfirsýn yfir heimfærslu brota undir ákvæði almennra hegningarlaga og sýna hvaða þættir rofs á kynferðislegri friðhelgi eru heimfærðir undir gildandi lagaramma og með hvaða hætti það er gert. Dómarannsóknin fór fram sumarið 2019 og tók til allra dóma frá árinu 2008 sem eru aðgengilegir á leitarvélum allra dómstiga. Til viðbótar var horft til dóma sem nefndir voru í viðtalsrannsókn við fulltrúa réttarvörslukerfisins og í fræðigreinum.

Mál sem varða brot gegn kynferðislegri friðhelgi, hvort sem um er að ræða stafræna, hliðræna, myndræna eða á textaformi, og hafa farið í gegnum réttarvörslukerfið hafa flest verið heimfærð undir ákvæði 209. gr. almennra hegningarlaga um blygðunarsemi og 199. gr. um kynferðislega áreitni. Í þeim tilvikum sem þolandi og gerandi eru nákomnir, til að mynda makar eða fyrrverandi makar, hefur háttsemin einnig verið heimfærð undir 233. gr. b laganna um stórfelldar ærumeiðingar í garð nákominna. Þetta hefur einnig að meginstefnu til átt við um afleidda birtingarmynd brotanna, mynd eða myndband eftir atvikum, en í einhverjum tilvikum einnig gagnvart ákvæði 210. gr. laganna um klám og 210. gr. a um barnanið. Þegar börn eru brotþolar hefur jafnframt reynt á ákvæði 202. gr. laganna um kynferðislega áreitni gegn börnum, 99. gr. barnaverndarlaga, nr. 80/2002, um brot gagnvart börnum og ákvæði um barnanið í 210. gr. a almennra hegningarlaga. Í þeim tilvikum þegar málsaðilar eru nákomnir í skilningi 233. gr. b almennra hegningarlaga, sem kveður á um stórfelldar ærumeiðingar í nánnum samböndum, hefur þeirri grein einnig verið beitt í málum þar sem brotþolar eru börn.

Í hverju er brotið fólgið? Fullorðnir þolendur. Íslensk dómaframingarvæmd 2008–2019.	209. gr. hgl. Blygðunarsemi	209. gr. hgl., sbr. 20. gr. hgl. Tilraun til blygðunarsemisbrots	233. gr. b hgl. Stórfelld ærumeiðing í garð nákominna	199. gr. hgl. Kynferðisleg áreitni
Fá aðra til þess að bera sig fyrir framan vefmyndavél/taka af sér nektarmyndir/kynferðislegar myndir				
Taka mynd af öðrum nöktum eða í kynferðislegum stellingum	X		X	X
Sýna öðrum en þeim sem eru á myndinni myndina	X		X	
Dreifra kynferðislegri mynd af öðrum til annarra en viðkomandi (senda, birta)	X		X	
Reyna að taka mynd af öðrum nöktum		X		
Sýna sig nakinn eða kynferðislega (einhlíða)	X			X
Viðhafa kynferðislegt/klámfengið tal (óháð samskiptaformi)	X			X
Taka mynd af sér nöktum eða í kynferðislegum stellingum og senda öðrum	X			X

Í hverju er brotið fólgið? Polendur eru börn (undir 18 ára). Íslensk dómaframtal kvæmd 2008–2019.	209. gr. hgl. Blygðunarsemi	210. gr. a hgl. Barnaníð (áður 4. mgr. 210 gr.)	3. mgr. 99. gr. bvl. Ósiðlegt athæfi gegn barni	2. mgr. 202. gr. hgl. Kynferðisleg áreitni gegn barni	194. gr. hgl., sbr. 20. gr. hgl. Tilraun til nauðgunar	199. gr. hgl. Kynferðisleg áreitni	233. gr. b hgl. Stórfelld ærumeiðing í garð nákominna	2. mgr. 201. gr. hgl. Önnur kynferðisleg áreitni gegn barni sem er nákomnið
Fá barn til þess að bera sig fyrir framan vefmyndavél/ taka af sér nektarmyndir/ kynferðislegar myndir	X		X	X				
Taka mynd af barni nöktu eða í kynferðislegum stellingum	X	X	X	X				X
Taka mynd af kynferðisbroti gegn barni		X		X				X
Sýna mynd öðrum en þeim sem er á henni	X		X					
Dreifa mynd af barni til annarra en viðkomandi (senda, birta)	X	X	X					
Taka mynd af sér í kynferðislegum stellingum eða nektarmynd og senda barni	X	(X) Ekki í framtal						
Sýna sig nakinn eða kynferðislega (einhliða)	X		X					
Viðhafa kynferðislegt/ klámfengið/ ósiðlegt tal	X		X	X		X	X	

Í hverju er brotið fólgið? Polendur eru börn (undir 18 ára). Íslensk dómaframkvæmd 2008–2019.	209. gr. hgl. Blygðunarsemi	210. gr. a hgl. Barna níð (áður 4. mgr. 210 gr.)	3. mgr. 99. gr. bvl. Ósiðlegt athæfi gegn barni	2. mgr. 202. gr. hgl. Kynferðisleg áreitni gegn barni	194. gr. hgl., sbr. 20. gr. hgl. Tilraun til nauðgunar	199. gr. hgl. Kynferðisleg áreitni	233. gr. b hgl. Stórfelld ærumeiðing í garð nákominna	2. mgr. 201. gr. hgl. Önnur kynferðisleg áreitni gegn barni sem er nákomið
Sýna barni kynferðislegt myndefni	X		X					
Hótun um að dreifa mynd nema barn stundi kynmök með geranda					X			

Dómaskoðunin sýnir að meginveikleikar lagarammans liggja í:

- óskýrum mörkum við heimfærslu brota undir kynferðislega áreitni og blygðunarsemi,
- takmarkanir 209. gr. hvað varðar gildi samþykkis annars vegar og inntak hugtaksins *lostugt athæfi* hins vegar og
- heimfærslu ólíkra hagsmuna undir sama lagaákvæði.

Hér verða þessi atriði rakin stuttlega.

2.3.1.2. Óskýr mörk við heimfærslu brota undir kynferðislega áreitni og blygðunarsemi.

Í dómaframkvæmd hefur heimildarlaus taka og dreifing kynferðislegs myndefnis bæði verið heimfærð undir 209. gr. og 199. gr. almennra hegningarlaga þó svo að merkja megi þróun í þá átt að heimfæra slíka háttsemi í auknum mæli undir 209. gr. laganna um blygðunarsemi.

Pegar brot beinast gegn börnum er miðað við að heimfæra háttsemi undir blygðunarsemi hafi snerting ekki átt sér stað. Þar sem heimildarlaus taka og birting kynferðislegra mynda á sér oft stað án þess að gerandi snerti þolanda hefur nokkuð reynt á 209. gr. í málum sem varða brot gegn börnum. Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 335/2012 frá 24. janúar 2013 var til að mynda maður sakfelldur fyrir að hafa tekið fjölmargar myndir af stúlkum á unglingsaldri sem voru naktar í ljósabekk. Ákærvaldið krafðist þess að sakfellt yrði fyrir brot gegn 2. mgr. 202. gr. almennra hegningarlaga um kynferðislega áreitni gegn börnum, en til vara gegn 209. gr. sömu laga og 3. mgr. 99. gr. barnaverndarlaga. Í niðurstöðu Hæstaréttar segir um heimfærslu háttseminnar undir ákvæði almennra hegningarlaga að hvorki verði ráðið af orðalagi ákvæða um kynferðislega áreitni né lögskýringargögnum um þau að „kynferðisleg áreitni gæti verið fólgin í háttsemi, sem sá, sem hún beindist að yrði ekki var við“. Vafi um inntak 2. mgr. 202. gr. að þessu leyti verði metinn ákærða í hag og brotin því talin réttilega heimfærð undir 209. gr. almennra hegningarlaga og 3. mgr. 99. gr. barnaverndarlaga. Þannig virðist vitund brotþola hafa úrslitaáhrif á heimfærslu brotanna en ekki háttsemin sjálf, aðstæður eða afstaða brotamannsins til þeirra.

Á hinn bóginn hefur heimildarlaus myndataka af kynfærum fullorðinnar konu verið heimfærð undir 199. gr. almennra hegningarlaga í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur í máli S-242/2016 frá 15. febrúar 2017. Í dóminum kom fram að með myndatökunni hefði ákærði brotíð gegn kynfrelsi brotþola, en í ljósi þess að myndatakan hefði átt sér stað í óþökk brotþola þótti háttsemin rétt heimfærð undir 199. gr. almennra hegningarlaga um kynferðislega áreitni. Afstaða brotþola virðist þannig skipta miklu máli þegar skorið er úr um hvort brot sé heimfært undir kynferðislega áreitni eða blygðunarsemi eins og kemur fram í dómi Hæstaréttar í máli nr. 407/2013 frá 15. maí 2014 en með þeim dómi var sýknudómur héraðsdóms staðfestur. Í niðurstöðu sinni horfði Hæstiréttur meðal annars til þess að brotþoli hefði ekki „kippt sér upp við smáskilaboðin“.

Í dómaframkvæmd hefur það verið heimfært undir blygðunarsemi og kynferðislega áreitni að senda öðrum óumbeðið nektarmyndir eða kynferðisleg skilaboð þó að ekki eigi sér stað snerting á milli þolanda og geranda. Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur í máli S-123/2019 frá 23. apríl 2019 játaði ákærði að hafa sent brotþola kynferðisleg og klámfengin skilaboð, auk kynferðislegra mynda. Háttsemin var talin varða við 209. gr. almennra hegningarlaga um blygðunarsemi. Sendingar á kynferðislegum samskiptum og myndefni, auk þess að biðja brotþola um að senda sér nektarmyndir, voru felldar undir 199. gr. almennra hegningarlaga í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur í máli S-25/2017 frá 27. apríl 2017. Ákærði var dæmdur fyrir að ganga langt út fyrir eðlileg mörk í samskiptum sínum við brotþola. Þegar litið var til eðlis, inntaks og ítrekunar skilaboðanna taldi dómurinn að ákærða hefði mátt vera ljóst að þau fælu í sér gróft áreiti gagnvart brotþola. Landsréttur komst að sambærilegri niðurstöðu í dómi í máli nr. 670/2018 frá 10. maí 2019 þar sem kemur fram að „hugtakið kynferðisleg áreitni verði ekki einskorðað við líkamlega snertingu en þó falli klúrt orðbragð og einhliða athafnir án líkamlegrar snertingar „yfirleitt“ undir 209. gr. laganna. Eigi það við þegar ekki sé um ítrekaða háttsemi að ræða gagnvart sama einstaklingi.“

Heimfærsla háttsemi undir kynferðislega áreitni eða blygðunarsemi virðist því fyrst og fremst ráðast af vitund um og afstöðu brotþola til háttseminnar, auk umfangs háttseminnar. Sú staðreynd að snerting á sér ekki endilega stað á milli brotþola og geranda hefur einnig áhrif í þá átt að myndrænt kynferðisofbeldi verður frekar heimfært undir ákvæði um blygðunarsemi en kynferðislega áreitni. Refsíræmi fyrir brot gegn 199. gr. almennra hegningarlaga er tveggja ára fangelsisvist, en fjögurra ára fangelsisvist fyrir brot gegn 209. gr. sömu laga. Þá bendir dómaframkvæmd til þess að óumbeðin sending kynferðislegra mynda og sambærilegs efnis sé brot gegn 209. gr., nema umfangið og ítrekun sé þannig að háttsemin teljist brot gegn 199. gr. laganna. Þannig má segja að í dómaframkvæmd sé ekki eðlismunur á brotunum heldur stigsmunur, sem er þó ekki að fullu í samræmi við það sem hefur verið vísað til sem skali kynferðisbrota.

Þess sér einnig stað í ákærum fyrir refsiverða háttsemi sem raðast á neðri hluta kynferðisbrotaskalans að aðalkrafa ákæruvaldsins er oft sú að dæmt verði fyrir brot gegn ákvæðum um kynferðislega áreitni, en til vara sé háttsemin talin brot gegn blygðunarsemi. Þetta á einnig við þegar brotþolar eru börn, þ.e. aðalkrafan snýst um heimfærslu undir 2. mgr. 202. gr. almennra hegningarlaga um kynferðislega áreitni gegn börnum, en varakrafan um heimfærslu undir 209. gr. almennra hegningarlaga um blygðunarsemi og 3. mgr. 99. gr. barnaverndarlaga um brot gagnvart börnum.

2.3.1.3. Takmarkanir 209. gr. almennra hegningarlaga um blygðunarsemi.

Með hliðsjón af þeim breytingum sem orðið hafa á kynferðisbrotakafli almennra hegningarlaga má halda því fram að brot gegn blygðunarsemi séu álitin vægustu kynferðisbrotin.

Hugtakið *blygðunarsemi* er þýðing á danska hugtakinu *blufærdighed* sem er að finna í 232. gr. dönsku hegningarlagaanna sem er fyrirmynd íslenska ákvæðisins. Blygðunarsemi hefur verið skilgreind sem kynferðisleg siðferðistilfinning einstaklinga og vísar þannig til siðferðis og tilfinningalífs frekar en réttinda sem brotið er gegn. Ákvæðinu er einnig komið fyrir í þeim hluta kynferðisbrotakaflans þar sem kveðið er á um kynferðisbrot sem beinast ekki endilega að tilteknum einstaklingum og tekur því til brota á borð við klám og vændi sem hafa einnig skírskotun til almannahagsmuna eða almenns siðgæðis. Ákvæðið er nokkurs konar safn-ákvæði sem tekur til margvíslegra kynferðislegra brota. Þessi eiginleiki ákvæðisins getur falið í sér ákveðna kosti í tengslum við heimfærslu háttsemi sem passar ekki nákvæmlega inn í þann hluta kynferðisbrotakaflans sem varðar hagsmuni einstaklinga en er ljóst að felur í sér brot gegn kynfrelsi eða kynhelgi einstaklinga.

Hins vegar er fölginn í hinu óljósa gildissviði galli sem birtist ekki síst í ófyrirsjáanlegri réttarframkvæmd sem er að nokkru leyti háð túlkun þeirra sem koma að meðferð máls innan réttarvörslukerfisins. Þetta getur stuðlað að óvissu um inntak ákvæðisins og réttarverndina sem ákvæðið veitir, ekki síst hjá almenningi og þeim sem starfa ekki innan refsivörslukerfisins, auk þess sem hugtakið *blygðunarsemi* er að áliti margra úrelt og í litlum tengslum við skynjun almennings á þeim ríku hagsmunum sem undir eru. Þegar horft er til uppbyggingar kynferðisbrotakaflans í almennum hegningarlögum, athugasemda sem fylgt hafa lagafrumvörpum sem breytt hafa kaflanum og umfjöllun íslenskra fræðimanna er ljóst að verndarandlag ákvæðisins er ekki aðallega kynfrelsi einstaklinga heldur siðferðiskennnd og tilfinningalíf þeirra sem verða vitni að kynferðislegu eða „lostugu“ athæfi annarra án þess að hafa veitt samþykki sitt.

Ákvæðið hefur ekki tekið efnislegum breytingum frá setningu almennra hegningarlaga árið 1940 og í raun ekki frá setningu fyrstu hegningarlaga fyrir Ísland árið 1869, en í athugasemdum við ákvæðið kemur fram að „186. gr. hegnl. 1869 er tekin hér upp óbreytt að efni“. Í almennum athugasemdum með frumvarpi því er varð að lögum nr. 40/1992, sem fólu í sér breytingar á kynferðisbrotakafla almennra hegningarlaga, kom fram að ef kynferðisathafnir gætu ekki talist vera samræði, önnur kynferðismök eða önnur kynferðisleg áreitni kynni 209. gr. almennra hegningarlaga að eiga við um þær. Þá sagði í athugasemdum við 15. gr. frumvarpsins að það leiddi af nýjum sérákvæðum um kynferðislega áreitni að undir 209. gr. félli „fyrst og fremst ýmiss konar háttsemi önnur en káf og þukl á líkama, t.d. gægjur á glugga, berháttun og önnur stripihneigð, klúrt orðbragð í síma“.

Þó að ákvæði 209. gr. sé gamalt að stofni til og beri að mörgu leyti merki eldri viðhorfa hefur það nýst í dómaframkvæmd og túlkun þess og inntak að nokkru leyti verið í takt við samfélagsþróun. Engu að síður leiðir skoðun á dómaframkvæmd í ljós veikleika á ákvæðinu sem gera það að verkum að það nýtist ekki fyllilega til þess að veita kynferðislegri friðhelgi refsivernd á tímum stafrænna samskipta. Í þessu samhengi reynir fyrst og fremst á túlkun dómstóla á áhrifum samþykkis, hvað teljist lostug háttsemi og þeim misvísandi skilaboðum sem felast í heimfærslu ólíkrar háttsemi undir sama ákvæðið.

2.3.1.4. Um samþykki.

Samþykki fyrir hvort heldur sem er myndatöku eða dreifingu mynda felur í sér mikilvægan greinarmun á milli kynferðislegrar tjáningar einstaklinga og brota gegn kynferðislegri friðhelgi þeirra. Brot gegn blygðunarsemi skv. 209. gr. almennra hegningarlaga eru samhverf brot þannig að tjón þarf að ekki að koma fram heldur þarf háttsemin sem fjallað er um aðeins að vera til þess fallin að brjóta gegn réttindum brotþola. Hvorki er sérstaklega fjallað um áhrif samþykkis í 209. gr. né heldur í lögskýringargögnum, enda stafræn samskipti ekki ríkjandi í

samskiptum einstaklinga þegar ákvæðið var sett eða þegar því var breytt. Þessi greinarmunur á því fyrst og fremst rætur að rekja til dómaframkvæmdar en styður við það mikilvæga sjónarmið að vegna þess að nekt sjáist á mynd verði tilvist hennar eða dreifing ekki sjálfkrafa álitin refsiverð eða brot á kynfrelsi þess sem á myndinni er.

Mikilvægi samþykkis við mat á refsinaemi þess að taka kynferðislega mynd af öðrum kom til umfjöllunar í úrskurði Landsréttar í máli nr. 509/2018 frá 29. ágúst 2018. Dómurinn taldi ekki nauðsynlegt að gefa út framhaldsákæru í málinu eins og ákærvaldið vildi gera til þess að tilgreina sérstaklega að upptaka kynferðislegra athafna hefði átt sér stað án samþykkis brotaþola. Í málinu hafði ákærði játað að hafa tekið myndir og myndbönd sem deilt var um en hélt því fram að brotaþoli hefði vitað af myndatökunni og verið henni samþykkur. Þetta féllst dómurinn ekki á og taldi sannað að myndirnar hefðu verið teknar án vitneskju brotaþola sem fæli í sér brot gegn 209. gr. almennra hegningarlaga.

Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 242/2007 frá 18. október 2007 reyndi fyrst og fremst á inntak hugtaksins *lostugt athæfi* í skilningi ákvæðisins. Hins vegar vekur athygli hversu mikil áhersla var lögð á hugsanlegt samþykki þess sem myndin var tekin af í því samhengi. Þetta má skilja sem merki um að myndataka verði síður talin *lostug* í skilningi ákvæðisins ef samþykki er fyrir henni. Þetta sjónarmið styður við þá nálgun að fólki sé frjálst að taka og láta taka af sér nektarmyndir standi hugur til þess en að skortur á samþykki breyti eðli samskiptanna. Af forsendum dómsins má ráða að skortur á samþykki leiði til þess að háttsemin geti talist *lostug*, en það er ekki í fullu samræmi við aðrar niðurstöður dómstóla um inntak hugtaksins *lostugt athæfi* í skilningi ákvæðisins.

2.3.1.5. Um *lostugt athæfi*.

Ákvæði af svipuðum toga og 209. gr. almennra hegningarlaga, sem ætlað er að vernda einstaklinga fyrir óumbeðinni nekt eða kynferðislegri háttsemi, fyrst og fremst í almannarými en einnig í einkarými, hafa verið í gildi í flestum öðrum vestrænum ríkjum um langt skeið. Danska ákvæðið um blygðunarsembrot (d. *blufærdighed*) og enskt ákvæði um sýniþörf (e. *voyerism*) eru til að mynda af sama meði.

Engin augljós viðmið eru um það hvað sé „*lostugt*“ í skilningi 209. gr. almennra hegningarlaga um blygðunarsemi. Með setningu almennra hegningarlaga árið 1940 var orðinu breytt í *lostugt* úr „*sauruglegu*“ eins og það hafði staðið frá setningu fyrstu almennu hegningarlaganna fyrir Íslandi árið 1869. Engar skýringar er að finna á inntaki hugtaksins í greinargerðum með þeim breytingum sem hafa orðið á ákvæðinu, hvorki árið 1940 né síðar. Íslenskir dómstólar hafa lagt þann skilning í hugtakið að með því væri átt við „*athöfn af kynferðislegum toga sem gengi skemmra en samræði og önnur kynferðismök*“.

Ljóst má vera að telji dómstólar hina umdeildu háttsemi hverju sinni ekki *lostuga* í skilningi ákvæðisins verður ekki fallist á refsinaemi hennar. Því hefur inntak hugtaksins mikið að segja um virkni ákvæðisins í framkvæmd. Í dómaframkvæmd hefur verið leitast við að leggja til grundvallar einhvers konar hlutrænan mælikvarða á því hvað sé *lostugt* í skilningi ákvæðisins. Þó virðist vera að aðstæður hafi einnig mikið að segja um hið ætlaða hlutræna mat sem hefur ekki verið til þess fallið að skýra inntak hugtaksins. Þá hefur ásetningur brotamanns einnig verið talinn skipta máli við matið og hvort sönnur séu færðar á hvort samþykki brotaþola hafi legið fyrir töku eða dreifingu efnisins eftir atvikum, í stað þess að áhersla sé lögð á afstöðu brotaþola eins og henni er lýst við meðferð málsins eða afleiðingar háttseminnar fyrir hann. Af niðurstöðum í einstökum málum sem fengið hafa meðferð dómstóla má ráða að mat á því hvort háttsemin sé til þess fallin að brjóta gegn blygðunarsemi brotaþola sé því ekki eins hlutrænt og ætla mátti.

Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 523/2005 frá 30. mars 2006 var manni gefið að sök að taka myndskaið af konu á kvennasalerni á veitingastað þar sem hún hafði þvaglát. Í niðurstöðu dómsins sagði: „Ljóst má vera að lostugt athæfi í skilningi 209. gr. almennra hegningarlaga er athöfn af kynferðislegum toga og sem stjórnast af kynhneigð manna, en gengur skemmra en samræði og önnur kynferðismök. Ákærði hefur borið því við að það athæfi hans sem hann telst hafa framið samkvæmt framansögðu hafi ekki verið af kynferðislegum rótum sprottið og að hann hafi eingöngu verið að „fíflast“. Hlutrænt séð og svo sem aðstæðum var háttáð í umrætt sinn verður ekki staðhæft að verknaður ákærða teljist lostugt athæfi í framangreindum skilningi.“ Þá var sérstaklega tilgreint að ákærði yrði að njóta vafans sem var í málinu um þá huglægu afstöðu sem bjó að baki verknaði hans. Þó kom fram í niðurstöðu dómsins að brotápoli hefði upplifað atvikið sem grófa innrás í friðhelgi sína og að henni fyndist sem hún hefði verið svívirt. Þá hafði hún áhyggjur af því að myndunum yrði dreift á netinu.

Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 242/2007 frá 18. október 2007 fjallaði dómurinn meðal annars um inntak hugtaksins *lostugt athæfi*. Í málinu hafði maður tekið mynd af stúlku nakinni og sýnt öðrum myndina. Í dómi héraðsdóms hafði brotið ekki verið talið rétt heimfært undir 209. gr. almennra hegningarlaga, þrátt fyrir að fallist væri á að háttsemin væri til þess fallin að brjóta gegn blygðunarsemi stúlkunnar þar sem ekki væri um að ræða lostugt athæfi í skilningi ákvæðisins. Hæstiréttur taldi hins vegar ekki ljóst að stúlkan hefði veitt samþykki sitt fyrir myndatökunni. Hæstiréttur sneri því við sýknudómi í héraði og taldi bæði myndatökuna og sýningu myndarinnar lostugt athæfi sem braut gegn blygðunarsemi stúlkunnar. Í dómi Hæstaréttar segir: „Hlutrænt séð og eins og aðstæðum var háttáð í umrætt sinn verður að líta svo á að taka myndarinnar og eftirfarandi sýning hennar og annarrar myndar úr sama síma, er ákærði sagði vera af kynfærum stúlkunnar, hafi verið lostugt athæfi í skilningi ákvæðisins.“

Dómur Héraðsdóms Austurlands frá 6. mars 2015, sem var staðfestur með dómi Hæstaréttar í máli nr. 309/2015 frá 28. janúar 2015, fjallar ekki um stafræna háttsemin en í málinu er fjallað um heimfærslu undir 209. gr. almennra hegningarlaga. Þar segir: „Sú háttsemin sem sannað er samkvæmt framanrituðu að ákærði viðhafði í garð brotáþola, þar sem hann lá í kjöltu hennar og gaf í skyn með orðum og látbragði að hún gæti sótt símann sinn inn undir fráhnepptar buxur hans á kynfærsvæði, er hlutlægt séð af kynferðislegum toga og til þess fallin að brjóta gegn blygðunarsemi brotáþola, eins og framburður hennar er jafnframt til marks um. Er brot ákærða réttilega heimfært í ákæru til 209. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, og jafnframt til 3. mgr. 99. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002, í ljósi ungs aldurs brotáþola.“

Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 213/2015 frá 10. desember 2015 var staðfest niðurstaða Héraðsdóms Austurlands um brot gegn 209. gr. almennra hegningarlaga og 3. mgr. 99. gr. barnaverndarlaga. Í niðurstöðu héraðsdóms var vísað til niðurstöðu Hæstaréttar í máli nr. 242/2007 frá 18. október 2007 varðandi hið efnislega inntak hugtaksins *lostugt athæfi*. Í málinu hafði ungur maður sett nektarmyndir af fyrrverandi kærustu á Facebook-síðu þannig að allir vinir hennar og hans á miðlinum gátu séð myndirnar. Hann hélt því fram að tilgangurinn með birtingunni hefði ekki verið kynferðislegur heldur hefði hann verið reiður og viljað hefna sín á stúlkunni. Hvað varðaði skilyrði 209. gr. almennra hegningarlaga mat Hæstiréttur það svo að birting nektarmynda sem sýndu kynfæri brotáþola í nærmynd á samskiptasíðu væri háttsemin sem væri hlutrænt séð til þess fallin að brjóta gegn blygðunarsemi stúlkunnar. Dómurinn taldi óumdeilt að birting myndanna hefði verið í algjöru heimildarleysi brotáþola og að myndirnar hefðu verið sendar ákærða í krafti trúnaðar og trausts í kynferðislegu sambandi þeirra. Ákærði var því sakfelldur fyrir brot gegn 209. gr. almennra hegningarlaga og 3. mgr. 99. gr. barnaverndarlaga þar sem brotápoli var undir 18 ára aldri þegar brotið átti sér stað.

Í dómi Héraðsdóms Reykjaness í máli S-158/2018 frá 3. janúar 2019 var maður meðal annars ákærður fyrir brot gegn blygðunarsemi fyrir að hafa tekið ljósmynd á síma sinn af brotþola þar sem hún lá hálfnakinn á rúmi með nöktum karlmanni og senda hana í kjölfarið til þriggja vina sinna. Háttsemin var að mati dómsins til þess fallin að særa blygðunarsemi brotþola en fallist var á varnir ákærða um að háttsemin gæti í ljósi málsatvika ekki talist lostugt athæfi í skilningi 209. gr. almennra hegningarlaga. Í dóminum kom fram að með lostugu athæfi væri „átt við háttsemin af kynferðislegum toga, er stjórnast af kynhneigð, sem einhver annar verður vitni að“. Ákærði lýsti því að háttsemin hans hefði ekki verið sprottin af kynferðislegum rótum heldur hefði honum „verið verulega brugðið við að koma að brotþola og mannum. Hann hefði vilja eiga myndina ef brotþoli myndi síðar þræta fyrir að karlmaður hefði gist hjá henni þessa nótt, eitthvað sem hún hefði síðan gert síðar þennan sama dag.“ Niðurstaða dómsins varð því eftirfarandi: „Samkvæmt framansögðu er lostugt athæfi í skilningi 209. gr. almennra hegningarlaga athöfn af kynferðislegum toga sem stjórnast af kynhneigð manna en gengur skemmra en samræði og önnur kynferðismök. Að öllu því hlutrænt virtu sem að framan hefur verið rakið um aðstæður þykir því ekki verða slegið föstu að sá verknaður ákærða að taka myndina og senda hana til þriggja vina sinna teljist lostugt athæfi í skilningi 209. gr. almennra hegningarlaga. Verður ákærði því sýknaður af ákæru um brot gegn því ákvæði.“

Skilyrðinu um að háttsemin sé ekki einvörðungu kynferðisleg heldur séu hvatir brotamannsins einnig kynferðislegar er því ekki beitt með einhlítum hætti í dómaframkvæmd. Þannig hafa dómstólar fallist á að háttsemin brjóti gegn blygðunarsemi án þess að fjalla sérstaklega um hvatir brotamanns en einnig tiltekið að háttsemin sem er til þess fallin að brjóta gegn blygðunarsemi þolanda verði ekki talin refsibrot í skilningi ákvæðisins vegna þess að hvatir brotamannsins voru ekki kynferðislegar. Eins og þó má ráða af bæði dómaframkvæmd og fræðilegri umfjöllun um stafrænt kynferðisofbeldi eru afleiðingar fyrir brotþola alla jafna alls óháðar ásetningi brotamanns. Skilyrðið um að háttsemin sé lostug í skilningi ákvæðis almennra hegningarlaga um blygðunarsemi er þannig til þess fallið að draga úr réttarvernd þeirra sem verða fyrir rofi á kynferðislegri friðhelgi, sérstaklega þegar um er að ræða stafræna dreifingu myndefnis.

2.3.1.6. Heimfærsla ólíkrar háttsemin undir sama ákvæði.

Ákvæði 209. gr. almennra hegningarlaga er að meginstefnu ætlað að taka til einhliða háttsemin þar sem einstaklingur berar sig eða viðhefur kynferðislega háttsemin án samþykkis þess sem verður vitni að henni. Landsréttur vikur að þessum skilningi í dómi sínum í máli nr. 670/2018 frá 10. maí 2019. Með dóminum var maður sakfelldur fyrir kynferðislega áreitni skv. 199. gr. hegningarlaga en í 12. mgr. dómsins kemur fram að „[í] ljósi þess að háttsemin ákærða beindist að brotþola persónulega verður ekki talið að um einhliða athöfn af þeim toga sem vísað er til í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 61/2007 hafi verið að ræða“.

Þrátt fyrir að tilkoma stafrænnar tækni hafi í einhverjum tilvikum fært þessa háttsemin yfir á stafrænt form verður varla deilt um að „flössun“ verður rétt heimfærð undir 209. gr. almennra hegningarlaga um blygðunarsemi hvort sem hún á sér stað stafrænt í gegnum samfélagsmiðla eða á almannaferi undan ljósum frakka. Óumbeðnar myndsendingar af kynfærum í gegnum samfélagsmiðla eða aðra stafræna samskiptamiðla verða þannig réttilega heimfærðar undir 209. gr., enda aðeins um breytt form á sömu háttsemin að ræða. Þó hafa dómstólar, til að mynda í dómi Landsréttar í máli nr. 204/2018 frá 18. janúar 2019, fellt sendingu óumbeðinna kynferðislegra mynda undir ákvæði 199. gr. en ekki 209. gr.

Þegar um er að ræða heimildarlausu töku eða birtingu kynferðislegra mynda reynir á tvíhliða samskipti sem fela í sér innrás í friðhelgi einkalífs þess sem fyrir brotinu verður. Þannig

er um að ræða brot sem lúta ekki einvörðungu að tilfinningum eða kynferðislegri siðferðistilfinningu einstaklinga heldur fela einnig í sér brot gegn kynferðislegri friðhelgi þeirra og eftir atvikum sjálfsákvörðunarrétti. Þrátt fyrir að í báðum tilvikum sé um að ræða háttsemi sem yfirleitt á sér stað án snertingar er ekki um eðlislika háttsemi að ræða að öllu leyti. Þegar ráðist er inn í einkalíf brotþola með stafrænu kynferðisofbeldi er það flóknara en svo að þolendur verði vitni að tiltekinni háttsemi gegn vilja sínum. Einhliða óumbeðnar sendingar af kynfæraljósmyndum eru í raun stafræn birting hefðbundins blygðunarsemisbrots. Sömu sjónarmið eiga ekki við um atlögu að kynferðislegri friðhelgi með heimildarlausri gerð eða birtingu kynferðislegra mynda eða sambærilegs efnis. Um er að ræða ólíka háttsemi og verndarhagsmuni sem ættu ekki að falla undir sama lagaákvæði. Þá má ljóst vera að heimfærsla ólíkrar háttsemi undir sama ákvæðið er ekki til þess fallin að styrkja skilning almennings á inntaki brotanna sem til umfjöllunar eru.

2.3.2. Friðhelgi einkalífs.

Friðhelgi einkalífs nýtur verndar 71. gr. stjórnarskrár sem kallast á við 8. gr. mannréttindaáttmála Evrópu sem Ísland á aðild að. Friðhelgi einstaklinga, æra þeirra og mannhelgi hefur lengi notið réttarverndar í íslenskum rétti. Þannig er einn bálkur Jónsbókar sem lögtekin var á Alþingi 1281 kallaður *mannhelgi* en í honum er að finna ákvæði sem veita friðhelgi einstaklinga réttarvernd. Síðan hefur með einum eða öðrum hætti verið fjallað um lagalega vernd friðhelgi einkalífs einstaklinga og úrræði til þess að bregðast við brotum gegn friðhelgi í íslenskum rétti. Hér hefur ekki einvörðungu verið til að dreifa reglum skaðabótaréttarins um bætur fyrir miska og annað tjón heldur einnig refsivernd sem fjallað er um í XXV. kafla almennra hegningarlaga. Í kaflanum er meðal annars kveðið á um refsivernd gegn hótunum, ærumeiðingum og brotum gegn nálgunarbanni. Þá er að finna ákvæði um heimildarlausu innngöngu í hús, skip og aðra hlutræna staði, auk ákvæða sem er ætlað að tryggja friðhelgi einkamálefna fólks, bæði hvað varðar aðgang að þeim og dreifingu. Hér er um að ræða ákvæði 228. gr. og 229. gr. sem bæði eru dæmi um einkarefsiákvæði sem skv. 242. gr. sæta ekki opinberri málshöfðun heldur eru háð því að brotþoli höfði sjálfur mál.

Þróun inntaks friðhelgi einstaklinga í innlendum og alþjóðlegum rétti er samofin framförum í upplýsingatækni og var lengi framan af tengd inngrípi ríkisvaldsins í einkalíf einstaklinga í tengslum við rannsókn sakamála. Í auknum mæli, ekki síst vegna þeirra tækniframfara sem hafa áhrif á öll svið nútímasamfélagsins, reynir á mörk friðhelgi einkalífsins í samskiptum einstaklinga. Í þessu samhengi koma til dæmis til skoðunar nærgöngul stafræn samskipti. Í dómaframkvæmd hefur reynt á mörk almennarýmismis og einkarýmismis í þessum skilningi en í samhengi við kynferðislega friðhelgi á stafrænum tímum kristallast þau mörk í því hvort stafrænar sendingar á milli einstaklinga feli í sér sjálfkrafa að sendandi efnisins hafi afsalað sér friðhelgi sinni, til að mynda með því að senda nektarmynd af sér í gegnum samfélagsmiðil. Í reynd virðist skipta nokkru hvernig sendingin á sér stað, þ.e. hvaða stafrænu samskiptaleiðir eru nýttar hverju sinni.

Með þessu verður ekki dregin skýr lína um hvaða samfélagsmiðlar feli í sér einkasamskipti og hverjir ekki, en eins og má greina af niðurstöðu Hæstaréttar í máli nr. 279/2015 frá 14. janúar 2016 verður ekki talið að þótt samskipti eigi sér stað í gegnum samfélagsmiðil missi þau öll einkenni einkasamtals eða trúnaðar í samskiptum. Í málinu reyndi á hvort lögreglu- maður hefði brotið gegn lögbundinni þagnarskyldu þegar hann greindi vini frá persónulegum upplýsingum um barn sem hann hafði haft afskipti af í starfi. Í málinu áttu sakborningur og vinur hans samskipti í gegnum spjallforrit Facebook sem dómstóllinn taldi ljóst af samhenginu að hann hefði ekki ætlað til frekari dreifingar. Þetta speglast í niðurstöðu Hæstaréttar sem

gerði manningum ekki refsingu fyrir brotið, meðal annars með vísan til þess „að hann greindi aðeins einum manni frá þeim upplýsingum er urðu tilefni ákæru“.

2.3.2.1. Greinarmunur á réttarvernd háður mati á sambandi geranda og þolanda.

233. gr. b laga nr. 19/1940 var lögfest með 3. gr. laga nr. 27/2006. Markmið með setningu ákvæðisins sem beinist gegn heimilisofbeldi var að virkja refsivernd laganna þannig að raunhæfara væri að ná þeim refsiréttarlegu og réttarpólítísku markmiðum sem eðlilegt þótti að leggja til grundvallar. Í ákvæðinu er fjallað um tvenns konar verknaðaraðferðir, að móðga eða smána einstakling sem er manni nákominn.

Við skýringu hugtaksins *móðgun* er því lýst að rétt sé að miða við réttarframkvæmd og skrif fræðimanna um inntak 234. gr. almennra hegningarlaga. Hvað varði *smánun* skal horfa til inntaks hugtaksins eins og það kemur fram í 233. gr. a laganna. Þá er skýrt tekið fram að refsinaemi verknaðar á grundvelli ákvæðisins feli í sér grófari verknað en annars yrði heimfærður undir 234. gr. Í þeim tilvikum sem háttsemi nái aðeins því grófleikastigi sem 234. gr. miðar við geti einstaklingur höfðað einkarefsimál. Þannig sé miðað við að háttsemin sé endurtekin eða ítrekuð og verði talin alvarleg skerðing á friðhelgi brotaþola. Það þurfi því almennt séð mikið að koma til svo að einstaka athafnir á milli nákominna uppfylli skilyrði ákvæðisins.

Dómaframkvæmd bendir þó til þess að ekki þurfi að koma til endurtekinna eða ítrekaðra brota gegn kynferðislegri friðhelgi einstaklinga svo að ákvæðið verði talið eiga við. Við mat á heimfærslu háttsemi undir ákvæðið er einnig litið til tengsla geranda og þolanda og áhrifa þeirra tengsla á sjálfsvirðingu brotaþola eða hvort háttsemin hafi „í för með sér niðurlægingu eða skert sjálfsmat hans“, sbr. frumvarp það er varð að fyrrgreindum lögum nr. 27/2006. Dómaframkvæmd á grundvelli ákvæðisins í samhengi við stafræna kynferðislega friðhelgi er í fullu samræmi við þann skýra greinarmun sem gerður er á réttarvernd þeirra sem teljast nánir í skilningi ákvæðisins og þeirra sem eru það ekki. Þrátt fyrir að ekki séu fyrir hendi aðstæður sem kalla á heimfærslu brota undir 223. gr. b almennra hegningarlaga, t.d. þegar dómstólar telja það samband sem til umfjöllunar er ekki nægilega náði til þess að ákvæðið verði talið eiga við eða þegar samband á milli þolanda og geranda er ekki fyrir hendi í skilningi ákvæðisins, verður ekki fram hjá því litið að um getur verið að ræða gróf brot gegn friðhelgi einstaklings í krafti trúnaðar milli brotamanns og brotaþola. Til þess að 233. gr. b eigi við þurfa að vera „náin félagsleg tengsl á milli aðila“.

Þessi skilningur birtist ágætlega í niðurstöðu Landsréttar í máli nr. 79/2018 frá 22. júní 2018 þar sem ekki var aðeins horft til edlis sambandsins við mat á því hvort brotaþoli hefði verið nákominn ákærða í skilningi ákvæðisins. Annar mælikvarði í dómaframkvæmd er tímalengd samvistanna. Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 312/2015 frá 10. desember 2015 er fallist á niðurstöðu héraðsdóms um að samband kærustupars, sem varði í eitt ár, á milli 17 ára stúlku og 18 ára pils, var ekki talið nægjanlegt svo að heimfæra mætti brotið undir 233. gr. b almennra hegningarlaga. Í dómi Héraðsdóms Reykjaness í máli S-158/2018 frá 3. janúar 2019 kemur fram að brotaþoli og ákærði hafi verið kærustupar og í sambúð í eitt ár. Engin umfjöllun er um hvort rétt væri að meta hvort sambandið væri náði í skilningi 233. gr. b almennra hegningarlaga við heimfærslu háttseminnar.

Í niðurstöðu Héraðsdóms Reykjavíkur í máli S-670/2018 frá 19. febrúar 2019 höfðu brotaþoli og ákærði verið par í eitt ár, ekki búð saman en hist reglulega. Ákærði var sakfelldur fyrir dreifingu á myndefni og ummælum um brotaþola sem töldust bæði brjóta gegn 209. gr. og 233. gr. b almennra hegningarlaga. Í hvorugu tveggja síðarnefndu málanna var fjallað sérstaklega um aldur parsins eins og hins vegar er gert í fyrrgreindum dómi Hæstaréttar. Það má vera að ungur aldur málsaðila hafi haft áhrif á mat á því hvort þau teldust nákominn í skilningi

ákvæðisins. Hins vegar, þegar horft er til héraðsdómanna tveggja frá 2019 er samvistatímabilið svipað, eða um eitt ár. Það verður því ekki dregin skýr ályktun af dómaframkvæmd hversu náð samband milli þolanda og geranda þurfi að vera svo að ákvæði 233. gr. b almennra hegningarlaga eigi við um háttsemina.

Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 508/2015 frá 15. september 2016 skoðaði rétturinn mörk ákvæða laganna um blygðunarsemi skv. 209. gr. almennra hegningarlaga og stórfelldar ærumeiðingar í nánu sambandi skv. 223. gr. b sömu laga. Ákærði í málinu taldi 209. gr. tæma sök gagnvart 223. gr. b, sem dómurinn féllst ekki á.

Í málum sem varða kynferðislega friðhelgi hafa ákvæði 228. gr. almennra hegningarlaga ekki komið til skoðunar dómstóla. Líklegast verður að telja að ástæður þess séu einkum þær takmarkanir sem felast í einkarefsimálum. Hugsanlegur kostnaður við málarekstur og erfiðleikar við öflun sönnunargagna gætu talist þar á meðal. Þá má með vísan til úrskurðar Hæstaréttar í máli nr. 62/2015 frá 22. janúar 2015 velta upp hvaða úrræði séu tæk til þess að tryggja kynferðislega friðhelgi einstaklinga til skemmri tíma. Í málinu var ekki fallist á að heimildarlaus dreifing nektarmynda gæti verið grundvöllur nálgunarbandis. Í dómi Hæstaréttar segir að „[j]afnvel þótt varnaraðili hafi með háttsemi sinni í hinu síðarnefnda tilviki gróflega rofið friðhelgi einkalífs A verður ekki talið að nálgunarband á grundvelli laga nr. 85/2011 veiti henni vernd gagnvart slíkri háttsemi“.

Í ljósi þeirra áhrifa sem tækniþróun hefur haft á samskipti fólks, ekki síst kynferðisleg samskipti, er ljóst að fólk sem hefur þekkt í skamman tíma getur átt í mjög persónulegum samskiptum og til að mynda skipst á mjög nærgöngulu myndefni. Vegna þess varanleika sem stafræn samskipti fela í sér, svo sem í gegnum stefnumótaforrit, er hægt að dreifa víða því sem farið hefur á milli fólks og var ekki ætlað neinum öðrum en þeim sem það átti í samskiptum við. Þrátt fyrir að einstaklingar hafi ekki verið í löngu sambandi er áberandi sá mikli greinarmunur sem verður á réttarvernd þeirra sem eiga í kynferðislegum stafrænum samskiptum í sambandi sem dómstólar meta náð í skilningi laganna og í sambandi þeirra sem ekki falla undir þá skilgreiningu. Þannig njóta aðeins þeir opinberrar verndar friðhelgiskafla almennra hegningarlaga sem eiga í nánu sambandi að mati dómstóla, en aðrir ekki. Áherslan í mati dómstóla er að meginstefnu til ekki á inntak samskiptanna heldur sambandsins sem er grundvöllur samskiptanna.

Þessi greinarmunur er skiljanlegur þegar horft er til þeirra verndarhagsmuna sem 228. gr. almennra hegningarlaga er ætlað að vernda en verður þó ekki að fullu ráðinn af eðli eða inntaki brotanna. Ríkjandi lagaframkvæmd felur þá einnig í sér að eigi brot gegn kynferðislegri friðhelgi sér stað í nánu sambandi geti verið um að ræða kynferðisbrot og friðhelgisbrot í skilningi almennra hegningarlaga en sé náð samband ekki fyrir hendi verði brotið einvörðungu álitíð kynferðisbrot, nema viðkomandi höfði einkarefsimál á grundvelli 228. gr. eða 234. gr. almennra hegningarlaga. Með hliðsjón af þessu verður að teljast mikilvægt að grípa til lagaþreyinga til þess að tryggja einstaklingum sem ekki eru nákomnir gerendum sínum fullnægjandi réttarvernd friðhelgi sinnar.

2.4. Mat á nauðsyn lagasetningar.

Rof á kynferðislegri friðhelgi einstaklinga með notkun tækninnar felur ekki í sér nýjan veruleika. Tækniþróunin hefur hins vegar boðið upp á nýjar leiðir til þess að taka, dreifa og vista efni. Prentvélavæðing, ljósmynda- og síðar kvikmyndatækni höfðu ekki síður mikil áhrif fyrir tilkomu netsins. Það sem hefur breyst með stafrænni tækni er tíðni brotanna, umfang þeirra og afleiðingar fyrir þolendur. Í gildandi réttarframkvæmd nýtur kynferðisleg friðhelgi

einstaklinga ekki heildstæðrar eða fullnægjandi réttarverndar þegar horft er til þeirra samfélagslegu breytinga sem hafa átt sér stað með tilkomu stafrænnar tækni og viðhorfsbreytinga gagnvart kynferðisbrotum í íslensku samfélagi.

Þegar horft er til þess hverjar afleiðingar af stafrænu kynferðisofbeldi og sambærilegu rofi á kynferðislegri friðhelgi geta verið er ljóst að þar er um að ræða hagsmuni sem krefjast refsiverndar. Þá er um að ræða hagsmuni sem njóta bæði verndar stjórnarskrár og alþjóðlegra mannréttindasamninga sem Ísland á aðild að. Í ljósi þessa er rétt að grípa til lagasetningar í því augnamiði að styrkja refsivernd kynferðislegrar friðhelgi. Í því samhengi er mikilvægt að varast að lagasetning verði ekki einvörðungu viðbragð við ákalli um lagabreytingar í ljósi tiltekinnar háttsemi þar sem slíkt er til þess fallið að taka einvörðungu á þeim aðstæðum sem eru til umfjöllunar í því samhengi. Þess konar nálgun getur skapað hættu á að lagasetningin nái hvorki tilgangi sínum né utan um þau undirliggjandi sjónarmið sem háttsemin á rætur að rekja til. Því er lagt upp með að frumvarpið taki ekki aðeins til þeirrar háttsemi sem mest hefur verið til umræðu, stafræns kynferðisofbeldis, til þess að koma í veg fyrir að það verði atviksbundið og taki ekki mið af því að háttsemin getur verið hluti af stærri heild. Í því sambandi þarf, eins og áður hefur verið vikið að, að gera skýran greinarmun á kynferðislegri tjáningu annars vegar og brotum gegn friðhelgi einstaklinga með heimildarlausri dreifingu eða gerð nærgönguls efnis hins vegar. Í frumvarpinu eru lagðar til breytingar á kynferðisbrota- og friðhelgiskafla almennra hegningarlaga sem taka mið af þessum sjónarmiðum.

Aðrar lagalegar leiðir hefði mátt skoða til þess að ná markmiði frumvarpsins sem varðar breytingar á kynferðisbrotakafla laganna. Í stað þess að leggja til nýtt ákvæði 199. gr. a hefði mátt ráðast í endurskoðun á 209. gr. um blygðunarsemi og leggja grundvöll að skýrari mörkum þess í réttarframkvæmd, sérstaklega gagnvart 199. gr. um kynferðislega áreitni. Þegar horft er til þeirrar dómaframkvæmdar sem skapast hefur um 209. gr. er þó ljóst að ákvæðið nýtist ekki fyllilega til þess að veita kynferðislegri friðhelgi refsivernd á tímum stafrænna samskipta. Í þessu samhengi reynir fyrst og fremst á túlkun dómstóla á áhrifum samþykkis og hvað teljist lostugt athæfi sem og þeim misvísandi skilaboðum sem felast í heimfærslu ólíkrar háttsemi undir sama ákvæðið. Þessu mætti bregðast við með því að endurskoða ákvæði um samþykki og réttaráhrif þess og fella brott þau skilyrði að háttsemin teljist „lostug“. Það gæti hins vegar raskað þeim hagsmunum sem þegar eru réttilega heimfærðir undir ákvæðið. Slík lausn mundi þó ekki koma í veg fyrir að ólíkir hagsmunir yrðu heimfærðir undir ákvæðið. Þá er staðsetning ákvæðisins í kynferðisbrotakaflanum áminning um þá hagsmuni sem því er ætlað að vernda en þeir eru ekki fyllilega hinir sömu og stefnt er að því að vernda með setningu nýs ákvæðis um vernd kynferðislegrar friðhelgi. Í þessu ljósi er lagt til nýtt ákvæði, 199. gr. a, í stað þess að ráðast í endurskoðun á ákvæði 209. gr. laganna.

Hvað varðar breytingar á ákvæðum friðhelgiskafla almennra hegningarlaga er leitast við að tryggja einstaklingum sem ekki eru nákomnir gerendum sínum fullnægjandi réttarvernd friðhelgi sinnar. Þessu markmiði má ná með ýmsum hætti en hér er lagt til að það verði gert með breytingum á 228. gr. og 229. gr. laganna, sem feli einnig í sér að brot gegn ákvæðunum sæti ákæru. Í því skyni er lögð til orðalagsbreyting á 242. gr. laganna. Íslensk löggjöf hefur ekki sætt endurskoðun vegna samfélagslegra áhrifa stafrænnar tækni eins og hefur verið gert bæði í Svíþjóð og í Danmörku á síðustu árum. Í ljósi þessa og þess að tilkynnt hefur verið að breytingar á ákvæðum kaflans sem varða ærumeiðingar muni sæta endurskoðun eru lagðar til þessar lágmarksbreytingar á gildandi ákvæðum kaflans til þess að ná markmiði lagasetningarinnar en hreyfa ekki við öðru.

Þegar horft er til þeirra veikleika í lögjöfnum sem birtast í dómaframkvæmd er ljóst að í þágu sterkari réttarverndar fyrir þolendur rofs á kynferðislegri friðhelgi er lagasetning gagnleg

í því augamiði að skýra lagaumgjörðina, ekki síst með tilliti til áhrifa stafrænnar tækni á samskipti. Mikilvægt er að heimfærsla brota undir refsíákvæði sé skýr og fyrirsjáanleg og að ákvæðin taki mið af alvarleika háttseminnar sem til umfjöllunar er. Þá verður að teljast mikilvægt að samhljómur sé í heimfærslu brota í dómaframkvæmd frá sjónarhóli réttaröryggis en í gildandi réttarframkvæmd er þessu nokkuð ábótavant.

Markmið lagasetningarinnar er að styrkja réttarvernd einstaklinga gegn brotum á kynferðislegri friðhelgi þeirra. Þannig er stefnt að því að vernda þá grundvallarhagsmuni sem eru persónulegt frelsi, mannhelgi og kynfrelsi einstaklinga. Í því skyni eru lagðar til lagabreytingar til þess að skýra réttarumhverfið og stuðla að betri meðferð mála innan réttarvörslukerfisins.

3. Meginefni frumvarpsins.

Frumvarpið felur í sér breytingar á ákvæðum í köflum almennra hegningarlaga er kveða á um kynferðisbrot annars vegar og friðhelgi einkalífs hins vegar. Þá er kveðið á um breytingu á lögum um meðferð sakamála til þess að tryggja virkni þeirra breytinga sem lagðar eru til á hegningarlögum. Efni frumvarpsins miðar að því að styrkja réttarvernd einstaklinga með hliðsjón af þeim samfélagslegu breytingum sem hafa orðið með aukinni tæknivæðingu og viðhorfsbreytingum gagnvart kynferðisbrotum á Íslandi.

Í íslenskum rétti er ekki að finna sérstakt ákvæði um heimildarlausu dreifingu kynferðislegs efnis í gegnum netið eða með öðrum hætti. Ekki er heldur sérstaklega kveðið á um bann við því að taka kynferðislegt myndefni af öðrum án heimildar. Fjallað er um kynferðislegar myndir í greinargerð með frumvarpi til laga um breytingu á almennum hegningarlögum frá árinu 1992 eins og vikið var að í kafla 2.3.1 að framan. Í dómaframkvæmd hefur þó reynt á nokkur ákvæði almennra hegningarlaga varðandi heimildarlausu töku og dreifingu kynferðislegra mynda. Þetta eru fyrst og fremst ákvæði í kynferðisbrotakafla almennra hegningarlaga, þ.e. 209. gr. um blygðunarsemi, 199. gr. um kynferðislega áreitni og 210. gr. um klám. Þegar börn eru brotapolar hefur jafnframt reynt á ákvæði 202. gr. almennra hegningarlaga um kynferðislega áreitni gegn börnum, 99. gr. barnaverndarlaga um brot gagnvart börnum og ákvæði um barnanið í 210. gr. a almennra hegningarlaga. Í þeim tilvikum þegar málsaðilar eru nákomnir í skilningi 233. gr. b almennra hegningarlaga, er kveður á um stórfelldar ærumeiðingar í nánnum samböndum, hefur þeirri grein einnig verið beitt eftir atvikum.

Sköðun á lagaumgjörðinni leiðir í ljós að hún tekur ekki nægjanlegt mið af þeim áskorunum sem stafræn samskipti fela í sér fyrir vernd kynferðislegrar friðhelgi einstaklinga. Þá er ekki sérstaklega skorið úr um hver mörk heimfærslu undir refsíákvæði eiga að vera ef verknáðarferð felur í sér fleiri brot gegn almennum hegningarlögum. Löggjöfin og framkvæmd hennar miðar að meginstefnu til við hlutbundna staðsetningu efnis þegar raunin er sú að stafrænt efni hlutgerist ekki í hefðbundnum skilningi þess orðs nema með sérstakri aðgerð. Það gerir efnið þó engu minna raunverulegt og takmarkar síður en svo alvarlega röskun á réttindum einstaklinga. Þrátt fyrir að gildandi ákvæði laga dugi til í einhverjum tilvikum leiðir sköðun lagaákvæðanna og dómaframkvæmdar í ljós að nokkuð vantar upp á til að tryggja heildstæða og þar af leiðandi fullnægjandi réttarvernd kynferðislegrar friðhelgi. Þetta helgast annars vegar af því að ekki er gert ráð fyrir háttseminni sérstaklega í lagaumgjörðinni og hins vegar af því að dómaframkvæmd, sem er í þróun, er ekki nægilega stöðug. Þær breytingar sem hér eru lagðar til miða að því að uppfæra refsilöggjöf til þess að bregðast við þeirri stöðu.

Kjarni þessara breytinga felst í nýju ákvæði, 199. gr. a, í kynferðisbrotakafla laganna. Með breytingunni er áherslan færð frá hinum siðferðilega grundvelli refsinnæmis brota gegn kynferðislegri friðhelgi og réttindamiðuð nálgun styrkt. Um leið er leitast við að koma til móts

við þær áskoranir sem áhrif tækniframfara í samskiptum hafa haft á vernd friðhelgi einstaklinga. Markmið breytingar á friðhelgiskafla almennra hegningarlaga er að bregðast við veikleikum í ríkjandi lagaframkvæmd, sem fela í sér greinarmun á réttarvernd brotþola, háð ytra mati á sambandi brotþola og brotamanns. Breytingin miðar að því að tryggja einstaklingum sem ekki eru nákomnir gerendum sínum fullnægjandi réttarvernd friðhelgi sinnar. Í því skyni eru lagðar til breytingar á 228. gr. og 229. gr. almennra hegningarlaga sem fela einnig í sér að brot gegn 228. gr. sæti opinberri málshöfðun. Í því skyni er lögð til orðalagsbreyting á 242. gr. laganna.

3.1. *Reynsla annarra ríkja.*

Kynferðisleg friðhelgi einstaklinga nýtur brotakenndrar réttarverndar í íslenskum rétti eins og kemur fram í umfjöllun um þörf á lagasetningu í 2. kafla. Þetta er þó ekki einstakt fyrir íslenskan veruleika þar sem sambærilegar áskoranir hafa komið fram í flestum ríkjum heims samhliða tækniframförum í samskiptum. Þær áskoranir sem ríki hafa staðið frammi fyrir hafa birst og verið teknar til skoðunar með mismunandi hætti, en stjórnarfar og samfélagsleg menning og viðmið hafa mikið um það að segja hver viðbrögð ríkisvalds eru hverju sinni. Í flestum ríkjum sem gripið hafa til sérstakrar lagasetningar til þess að taka á stafrænum brotum gegn kynferðislegri friðhelgi einstaklinga hefur verið um að ræða breytingar á refsilöggjöf. Ýmist hafa þær breytingar lotið að ákvæðum um friðhelgi einstaklinga eða um kynferðisbrot en í einhverjum tilvikum hefur háttsemin verið skilgreind sem áreitni. Annars vegar hefur verið um að ræða breytingar á gildandi lögum þannig að ljóst væri að þau tækju til brota gegn kynferðislegri friðhelgi eða myndrænu kynferðisofbeldi. Hins vegar hafa verið sett ný og sérstök ákvæði um háttsemina, eða ákveðna þætti hennar, ýmist í refsilöggjöf eða einkaréttarlega löggjöf.

Þegar horft er til reynslu annarra ríkja af lagasetningu, sem miðar að því að vernda kynferðislega friðhelgi einstaklinga með hliðsjón af stafrænum veruleika, verður að telja rétt að horfa í fyrsta kasti til þess sem gert hefur verið annars staðar á Norðurlöndum. Þetta kemur ekki síst til af ríkum tengslum á milli Íslands og annarra norrænna þjóða, bæði menningarlega og í lagalegum skilningi. Sú ítarlega greining sem unnin var á vegum sænskra stjórnvalda um vernd friðhelgi á stafrænum tímum og lá til grundvallar lagabreytingum til aukinnar refsiverndar friðhelgi einkalífs gagnast að ýmsu leyti fyrir íslenskt samhengi. Auk hinnar samnorrænu lagahefðar er Svíþjóð einnig bundin af reglum innri markaðar Evrópusambandsins og mannréttinasáttmála Evrópu með aðild sinni að Evrópuráðinu eins og íslensk stjórnvöld.

Sænska nefndin sem vann greininguna mat það svo að þær breytingar sem tækniframþróun hefði haft í för með sér fyrir samskipti þýddu að styrkja þyrfti refsivernd friðhelgi einkalífs. Þetta á þó aðeins við í þeim tilvikum þar sem vernd tjáningarfrelsis sleppir og háttsemi er til þess fallin að hafa alvarlegar afleiðingar fyrir einstaklinga, sem réttlætir refsikennd viðurlög. Sjónarmið sænsku nefndarinnar um að viðurlög við alvarlegum brotum gegn kynferðislegri friðhelgi séu af refsiréttarlegum meiði eiga með hliðsjón af ofangreindu einnig vel við í íslensku samhengi. Sú nálgun er einnig í samræmi við þau viðbrögð sem lagabreytingar í Danmörku og að ákveðnu leyti í Noregi byggjast á. Þegar horft er til þeirra ríku hagsmuna sem stefnt er að því að vernda verður ekki annað séð en refsikennd viðurlög séu bæði réttlætianleg og viðeigandi hér á landi.

Nokkur ríki hafa valið að leggja heldur áherslu á einkaréttarleg úrræði en refsikennd viðurlög til þess að tryggja virka réttarvernd kynferðislegrar friðhelgi. Þar hefur Ástralía sennilega náð einna mestum árangri með þarlendri netöryggisstofnun sem aðstoðar einstaklinga við að fá úr sínum málum skorið í samskiptum við samfélagsmiðla og netveitur sem hýsa efnið sem

um ræðir, og leita réttar síns gagnvart þeim sem brjóta gegn þeim. Þrátt fyrir að hér sé lagt til að refsivernd kynferðislegrar friðhelgi verði styrkt á Íslandi felur það ekki í sér neinar takmarkanir á þeim úrræðum sem þegar eru til staðar á grundvelli einkamálaréttar, til að mynda skaðabótalaga.

3.1.1. Svipjód.

Sænsk stjórnvöld réðust í heildstæða úttekt á refsivernd friðhelgi einkalífs í sænskum rétti árið 2014. Skipuð var nefnd sérfræðinga sem skilaði úttekt og tillögum að lagabreytingum árið 2016. Niðurstaða nefndarinnar var að leggja til að bætt yrði sérstöku ákvæði við hegningarlög til þess að styrkja refsivernd friðhelgi einkalífs einstaklinga í ljósi þess að hinn stafræni veruleiki þrengdi í auknum mæli að friðhelgi. Sérstaklega var fjallað um mörk tjáningarfrelsis og friðhelgi einkalífs á stafrænum tímum og mikil áhersla lögð á að við útfærslu tillögu til úrbóta væri gætt að jafnvægi á milli þessara réttinda. Lagt var til að ákvæðinu yrði fundinn staður í kafla hegningarlaga sem varðar friðhelgi en jafnframt að gripið yrði til lagasetningar sem styrkti réttarvernd gegn hótunum, röskun á friði og ærumeiðingum bæði í refsilögum og fjölmiðlalöggjöf. Að lokinni tilskilinni þinglegri meðferð urðu tillögur nefndarinnar að lögum um mitt ár 2017. Ákvæði sem vörðuðu heimildarlausar myndbirtingar tóku gildi 1. janúar 2018 og taka til heimildarlausrar dreifingar á nærgöngulu efni, hvort sem efnið er í myndrænu formi eða öðru.

Í ákvæðinu sem gerir heimildarlausu birtingu nærgönguls efnis refsiverða er um að ræða stigskipta nálgun sem tekur mið af ásetningi og umfangi brotsins. Þannig varðar háttsemin allt að tveggja ára fangelsisrefsingu fyrir minni háttar brot, en að lágmarki sex mánaða og að hámarki fjögurra ára fangelsisrefsingu þegar dreifingin felur í sér gróft brot. Við mat á því hvað felist í grófu broti skal horft til þess hvernig dreifingin átti sér stað, umfangs hennar og inntaks upplýsinganna. Þá er refsilaust að dreifa efni þegar það er forsvaranlegt, t.d. í þágu fjölmiðlunar eða löggæslu.

Í öðru ákvæði er kveðið á um að myndatökur úr laumi á stöðum þar sem búast má við friðhelgi, svo sem í íþróttastöð, séu refsiverðar. Það varði þó ekki refsingu þegar um sé að ræða forsvaranlegar aðstæður með tilliti til tilgangs og aðstæðna upptökunnar og ekki heldur þegar um er að ræða aðgerðir sem eru í þágu opinberra eftirlitsaðila. Í skýrslu nefndarinnar var enn fremur fjallað um ákvæði laga í kynferðisbrotakafli hegningarlaganna sem hægt væri að beita eftir atvikum. Þar var vísað til ákvæðis um kynferðislega áreitni (s. sexúellt ofráðande), sem er þó líkara ákvæðum 3. mgr. 99. gr. barnaverndarlaga og 209. gr. almennra hegningarlaga sem vernda blygðunarsemi, en ákvæðum annarra íslenskra laga sem fjalla um kynferðislega áreitni. Þannig er kveðið á um að refsivert sé að viðhafa kynferðislega háttsemi gegn barni en einnig að refsivert sé að sýna sig nakinn (s. blotta) og misbjóða þannig kynferðislegri friðhelgi annarra.

Samhliða lagabreytingunni sem gerði dreifingu nærgönguls efnis refsiverða var opnað á að brotapolar gætu sótt bætur úr brotapolasjóði. Sjóðurinn starfar á grundvelli laga og geta brotapolar sótt bætur í sjóðinn vegna brota sem þeir verða fyrir en geta af mismunandi ástæðum ekki sótt bætur úr hendi brotamanns. Ákvarðanir um bótagrundvöll og fjárhæð eru teknar af sérstakri bótanefnd. Fyrstu ákvarðanirnar sem brotapolasjóðsnefndin tók vegna slíkra brota voru birtar í júní 2019 en þá lagði nefndin línurnar um hvaða fjárhæðum þolendur mættu búast við úr sjóðnum vegna óheimilla birtinga nektarmynda. Tekið er mið af aðstæðum hverju sinni við ákvörðun bótafjárhæðar en einnig horft til þeirra viðmiða sem sett eru fram í ákvæðinu og varða til að mynda eðli og umfang dreifingar efnisins. Meðal fyrstu málanna var mál manns sem hafði berað sig fyrir framan vefmyndavél en þeim myndum var síðan dreift til ættingja

hans, vina og atvinnurekanda. Brotamaðurinn hafði einnig stofnað samfélagsmiðlareikninga undir mismunandi nöfnum og notað þá til þess að skrifa athugasemdir á samfélagsmiðla um að maðurinn væri barnaniðingur. Brotapóli fékk 10.000 sænskar kr. í bætur. Í öðru máli taldi nefndin rétt að veita konu 40.000 sænskar kr. í bótageiðslu vegna ljósmynda og kvikmynda sem þáverandi kærasti hennar hafði tekið af henni og þeim við kynferðislegar athafnir og gert efnið aðgengilegt á klámsíðu á netinu.

3.1.2. Danmörk.

Í skýrslu danska afbrotavarnaráðsins *Når forbrydelser bilver digitale*, sem kom út árið 2016, var fjallað um áhrif stafræns veruleika á afbrot og brotastarfsemi í dönsku samfélagi. Meðal þess sem var til umfjöllunar var stafrænt kynferðisofbeldi og birtingarmyndir þess, sérstaklega hvað varðar börn og ungt fólk. Í framhaldi af útgáfu skýrslunnar og mikilli umfjöllun, bæði í fjölmiðlum og í samfélaginu, réðust dönsk stjórnvöld í aðgerðir til þess að berjast gegn stafrænu kynferðisofbeldi (d. digitale sexkrænkelser). Aðgerðirnar fólu meðal annars í sér endurskoðun á verklagi lögreglu, margþættar aðgerðir varðandi fræðslu og forvarnir fyrir ungt fólk og fjármögnun aðstoðar fyrir ungt fólk sem verður fyrir stafrænu kynferðisofbeldi.

Refsiréttarnefnd í Danmörku var árið 2015 falið að taka til skoðunar refsivernd friðhelgi einkalífs og æruvernd einstaklinga með hliðsjón af hinum stafræna veruleika. Nefndin skilaði greinargerð 2017 og lagði til að ráðist yrði í lagabreytingar þar sem gildandi lagaumgjörð veitti ekki nægilega vernd í ljósi þeirra miklu breytinga sem aukin stafvirknivæðing hefði í för með sér. Nefndin taldi þó ekki ástæðu til þess að ráðast í breytingar á ákvæðum laga vegna stafrænna kynferðisbrota þar sem beita mætti ákvæðum hegningarlaga um dreifingu einkamálefna annars vegar og um blygðunarsemi hins vegar samhliða í slíkum málum og þau veittu þannig fullnægjandi vernd. Þá væri mögulegt fyrir einstaklinga að leita réttar síns gagnvart öðrum einstaklingum á grundvelli ákvæða persónuverndarlaga um óheimilar myndbirtingar og þegar reyndi á myndefni af börnum kæmi til ákvæða hegningarlaga um barnaniðsefni. Enn fremur mætti ráða af dómafordæmum að þeir sem yrðu fyrir barðinu á myndfölsun gætu gert einkaréttarlega bótakröfu á grundvelli skaðabótalaga og því þyrfti ekki að koma til frekari laga-breytinga í því samhengi.

Danski dómismálaráðherrann mælti þrátt fyrir þetta fyrir frumvarpi til laga um breytingu á hegningarlögum, fjölmiðlalögum og persónuverndarlögum og byggðust breytingarnar meðal annars á tillögum refsiréttarnefndarinnar en einnig öðrum sjónarmiðum. Frumvarpið fól til að mynda í sér að skerpt var á ákvæði hegningarlaga nr. 264 d um dreifingu einkamálefna til þess að styrkja refsivernd kynferðislegrar friðhelgi þegar nektarmyndum væri dreift án heimildar. Lagabreytingin fól í sér að dreifing og áframsending samskipta eða mynda sem vörðuðu einkalíf annarra og væru augljóslega ekki ætluð fyrir opinbera birtingu varðaði sektum eða fangelsisvist í allt að sex mánuði. Eins og í Svíþjóð er ákvæðið bæði friðhelgisbrot og stigskipt þannig að það varðar allt að þriggja ára fangelsisrefsingu ef inntak eða dreifingarmáti upplýsinganna er þess eðlis.

3.1.3. Noregur.

Þó nokkur mál sem varða stafrænt kynferðisofbeldi hafa komið upp í Noregi á síðustu árum. Ekki er sérstakt ákvæði í löggjöf um háttsemina en í dómaframkvæmd hefur nokkrum ákvæðum refsilaga verið beitt til þess að bregðast við henni. Þegar um er að ræða börn reynir á 311. gr. hegningarlaga um barnanið. Í ákvæðinu er einnig að finna heimild sem kveður á um refsilausa háttsemi þegar um er að ræða samskipti sem eiga sér stað með samþykki beggja aðila á aldrinum 16–18 ára, sem eru báðir á svipuðum aldri og á svipuðu þroskastigi. Með

undantekningunni er komið í veg fyrir að kynferðisleg samskipti ungmenna séu glæpavædd vegna þess eins að þau eigi sér stað með hjálp nútímatækni.

Í dómaframkvæmd hefur reynt á ákvæði friðhelgisbrota- og kynferðisbrotakafla norsku refsilaganna. Þar á meðal veitir 266. gr. refsilaga um friðhelgi vernd gegn gáleysislegri háttsemi (n. hensynslös atferd). Á þetta hefur reynt í málum þar sem þolendur hafa verið fullorðnir sem og börn í skilningi laga. Lagagreinin kveður á um að refsivert sé að veita öðrum eftirför eða brjóta gegn friðhelgi þeirra með því að hræða eða valda óþægindum eða sýna annars konar gáleysislega hegðun.

Þá hefur óheimil dreifing kynferðislegra mynda verið heimfærð undir 298. gr. refsilaga um kynferðislega móðgandi hegðun (n. seksuelt krenkende atferd). Ákvæðinu hefur verið beitt þegar brotið er gegn kynferðislegri friðhelgi einstaklinga án þess að snering eigi sér stað, til að mynda í almannarými eða í návist annarra án þeirra samþykkis. Þá hefur reynt á ákvæði kynferðisbrotakaflans um klám og ákvæði höfundaréttarlaga í þessu samhengi. Dæmi um þetta er dómur Hæstaréttar Noregs í máli HR-2016-2263-A, en í málinu var manni gerð refsing fyrir höfundaréttarbrot og dreifingu á klámefni þegar hann hlóð niður og deildi áfram miklum fjölda nektarmynda og myndbanda af ungum konum án þeirra samþykkis. Í forsendum dómsins kom fram að ein ástæða þess að refsing sakborningsins var þyngd á æðra dómstigi væri sú að mikilvægt væri að dómurinn hefði almenn fælingaráhrif þar sem um alvarleg brot gegn friðhelgi einstaklinga væri að ræða.

3.1.4. England og Wales.

Með breytingu á refsilögum árið 2015 var gert refsivert að birta eða dreifa kynferðislegum myndum eða hreyfimyndum sem eru einkamálefni í því skyni að valda öðrum skaða eða tjóni. Þá er í lögnum að finna undanþágu frá banninu sem felur í sér að refsilaust er að deila efni af þessum toga með þeim sem er á myndinni. Þá getur háttsemi verið réttlæt看anleg í því skyni að upplýsa um refsiverða háttsemi eða í þágu fjölmiðlunar, sé miðlunin í þágu almennings. Nánar er skilgreint hvað felist í birtingu og hvað teljist ljósmynd eða hreyfimynd í skilningi laganna og þá er skilgreint nánar hvernig myndir teljast einkamál eða kynferðislegar í skilningi laganna og njóta þar af leiðandi verndar ákvæðisins. Hótun um birtingu eða dreifingu myndefnis, sem skilgreint er í ákvæðinu, er ekki refsiverð en á síðustu misserum hefur verið kallað eftir því að svo verði.

Fleiri ákvæði laga taka á háttseminni. Stjórnvöld hafa talið að fella megi háttsemi sem felst í að senda mynd í heimildarleysi oftast en tvisvar sinnum undir refsiverða áreitni á grundvelli laga um vernd gegn áreitni. Þá hefur myndrænt kynferðisofbeldi að einhverju leyti einnig verið fellt undir ákvæði kynferðisbrotalaga um sýniþörf (e. voyeurism) sem má að mörgu leyti jafna við ákvæði íslenskra almennra hegningarlaga um blygðunarsemi. Samkvæmt ákvæðinu er brot gegn friðhelgi einstaklings, sem framið er í kynferðislegum tilgangi, refsivert enda sé sá sem fyrir brotinu verður grunlaus um verknaðinn. Nýlega voru gerðar breytingar á ákvæðum laga um sýniþörf til þess að tryggja að þau tækju til þess sem á ensku hefur verið kallað *upskirting*, eða myndataka undir fatnaði fólks til þess að mynda kynfæri án vitundar þess eða vilja. Þrátt fyrir að slíka háttsemi hafi í einhverjum tilvikum áður verið hægt að fella undir ákvæði laga taldi ríkisstjórnin mikilvægt að setja nýtt ákvæði sem kvæði skýrt á um refsinaemi háttseminnar. Ákvæðinu var einkum ætlað að snúa að tilvikum þar sem mynd væri tekin af léttúð eða í einhvers konar stríðni því að stjórnvöld töldu mikilvægt að enginn vafi léki á um að það væri refsiverð háttsemi þó svo að hvati sakbornings væri ekki kynferðislegur.

Þá hafa gengið dómur um heimildarlausu birtingu kynferðislegra mynda á netinu fyrir enskum dómstólum á grundvelli einkaréttarlaga ákvæða sem kveða á um skaðabótaskyldu

Þess sem dreifði slíkri mynd með vísan til laga um trúnaðarbrot (e. breach of confidence) og ákvæða laga um meðferð persónuupplýsinga. Að ákveðnum skilyrðum uppfylltum verður brotamanni gert að sæta takmörkuðum aðgangi að netinu, ákveðinni rafrænni þjónustu og/eða samfélagsmiðlum sem hluta af refsingu vegna stafrænna brota. Í þessu getur meðal annars falist að einstaklingi sé bannað að stofna eða hafa aðgangsræking að tilteknum samfélagsmiðli og/eða sé gert að eyða samfélagsmiðlareikningi sem hann hefur notað til þess að fremja brot.

Enska löggjöfin hefur sett nokkurri gagnrýni, bæði hvað varðar löggjöfina sjálfa og efnisþætti hennar, en einnig varðandi framkvæmd á grundvelli hennar. Því hefur verið haldið fram að hin lagalega vernd sé brotakennd, óstöðug og þjóni ekki tilgangi sínum og því rétt að endurskoða regluverkið. Stjórnvöld hafa brugðist við þessari gagnrýni hefur falið laganeind (e. Law Commission) að endurskoða lagaumgjörðina og leggja fram tillögur að breytingum fyrir lok árs 2021.

3.1.5. Skotland.

Með lagasetningu árið 2016 var dreifing nærgöngulla ljós- og/eða hreyfimynda gerð refsiverð í Skotlandi. Skosku kvenréttindasamtökin Scottish Women's Aid (SWA) höfðu krafist úrbóta á lagaumgjörðinni til þess að verja kynferðislega friðhelgi kvenna. Með lögunum varð refsivert að dreifa eða hóta að dreifa myndefni sem sýnir eða virðist sýna annað fólk í nærgöngulum aðstæðum. Þetta á við þegar ekki liggur fyrir samþykki eða ætlað samþykki fyrir dreifingunni en ekki þegar dreifingin er ætluð í lögmætum tilgangi, svo sem þegar hún er hluti af lögreglurannsókn eða umfjöllun sem á erindi til almennings. Ekki er gerð einhlít krafa um ásetning til þess að valda tjóni með birtingunni heldur dugir til gáleysi um afleiðingar brotsins. Brotið varðar sekt eða allt að fimm ára fangelsisvist.

3.1.6. Ástralía.

Ástralía er sambandsríki og innan þess eru sjálfstæð ríki sem fara hvert fyrir sig með löggjafarvald. Löggjöf um myndrænt kynferðisofbeldi er ekki samræmd á milli allra ríkjanna en það hefur verið talið einn þeirra þátta sem hefur neikvæð áhrif á framgang og rannsókn mála af þessum toga innan réttarvörslukerfisins.

Í Viktoríuríki var sett sérstök löggjöf árið 2007 til höfuðs þeim sem taka myndir í heimildarleysi af öðru fólkni nöktu eða af kynfærum þeirra og/eða dreifa slíku efni. Á grundvelli ákvæða hegningarlaga um nærgöngular myndir frá árinu 2017 í bæði New South Wales og á ástralska höfuðborgarsvæðinu er dreifing nærgöngulla mynda refsiverð. Þá er dómstólum veitt heimild til að kveða á um skyldu þess sem sakfelldur er fyrir slík brot til að grípa til viðeigandi aðgerða til að fjarlægja, eyða og/eða koma í veg fyrir frekari dreifingu myndefnisins. Grípi viðkomandi ekki til slíkra aðgerða getur það varðað allt að tveggja ára fangelsisvist.

3.1.7. Bandaríkin.

Bandaríkin, og þá sérstaklega Kaliforníuríki, hafa af sögulegum ástæðum verið mikilvæg lögsaga fyrir netið, bæði innviði þess og nettengda starfsemi á borð við samfélagsmiðla og leitarvélur. Engin alríkislöggjöf er í gildi í Bandaríkjunum sem kveður sérstaklega á um heimildarlausar birtingar kynferðislegra mynda af fullorðnum.

Af 50 ríkjum Bandaríkjanna hafa 43 sett sérstök ákvæði um myndrænt kynferðisofbeldi og/eða kynferðislega friðhelgi í lög. Fyrst þeirra var New Jersey árið 2003 en í janúar 2019 tók nýjasta löggjöfin gildi í New York-ríki. Nokkur munur er á löggjöf hinna ýmsu ríkja; þannig eru einhver ríki sem fella háttsemina undir refsilög en önnur undir svið einkaréttar. Þá

eru mismunandi þættir lagðir til grundvallar varðandi saknæmisskilyrði. Í sumum ríkjum þarf að sanna ásetning geranda til þess að valda þolanda tjóni en í öðrum ríkjum er nóg að dreifing hafi átt sér stað. Þá er ýmist greint á milli þeirra verknaðarþátta sem fallið geta undir háttsemina, eða ekki, og þannig getur dreifing myndar verið refsiverð þó að ekki sé endilega refsivert að taka hana, eða öfugt.

Fátítt er að lög taki til falsaðs efnis til viðbótar við efni sem sannarlega er af brotapolum. Í nýlegum lögum sem sett voru í Virginíuríki var þó sérstaklega tekið fram að lagalega verndin næði einnig til falsaðs myndefnis. Lagasetningin hefur ekki alls staðar verið gagnrýnislaus og því hefur verið haldið fram að löggjöf sem gerir sendingu nærgöngulla mynda án samþykkis brjóti í bága við tjáningarfrelsið sem nýtur verndar fyrsta viðauka bandarísku stjórnarskrárinnar. Áfrýjunardómstóll í Texas taldi lögin í því ríki til að mynda brjóta gegn hinu stjórnarskrárvarða tjáningarfrelsi þar sem refsinaemi háttseminnar samkvæmt lögnum var of víðfeðmt að mati dómstólsins. Þetta taldi dómstóllinn sérstaklega eiga við varðandi þá sem dreifðu mynd óafvitandi um afstöðu þess sem á myndinni væri til dreifingar myndarinnar. Það væri því of mikil rannsóknarskylda lögð á þann aðila að ætla að vita afstöðu þess á myndinni til dreifingarinnar. Málið bíður meðferðar Hæstaréttar Texas.

Þá hefur hin nýlega löggjöf í New York sætt gagnrýni þar sem að háttsemin er skilgreind sem tegund af áreitni en ekki brot gegn friðhelgi einstaklinga. Enn fremur er skilyrði laganna um að ásetningur brotamanns standi til þess að valda brotþola tjóni með háttseminni gagnrýnt á þeim forsendum að áhrif á brotþola eigi heldur að vera þungamiðja ákvæðisins enda geti afleiðingar brotanna verið alvarlegar óháðar ásetningi brotamanns.

4. Samræmi við stjórnarskrá og alþjóðlegar skuldbindingar.

Megintilgangur frumvarpsins er að styrkja réttarvernd þeirra sem verða fyrir rofi á kynferðislegri friðhelgi. Frumvarpið miðar að því að tryggja virk réttarúræði og mannréttindavernd borgaranna sem eru meðal grunnþátta í skuldbindingum ríkisvaldsins á sviði mannréttinda. Með breytingunum eru stóðir friðhelgi einkalífs styrktar í íslenskum rétti en við undirbúning og útfærslu ákvæðanna var leitast við að tryggja að ákvæðin fælu ekki í sér takmarkanir á tjáningarfrelsi sem gengju lengra en stjórnarskráin og mannréttinasáttmáli Evrópu leyfa. Við smíði frumvarpsins var áhersla lögð á jafnvægi á milli þessara mikilvægu réttinda sem bæði njóta verndar stjórnarskrár og alþjóðlegra mannréttindaskuldbindinga.

Kynferðisleg tjáning einstaklinga nýtur verndar tjáningarfrelsis og getur verið þáttur í mótun sjálfsmyndar þeirra. Hins vegar þarf að tryggja að lagaumgjörð og framkvæmd laga séu þannig úr garði gerð að gætt sé að friðhelgi einkalífs einstaklinga. Í þessu samhengi er áhersla lögð á að nektarmyndir eða annars konar kynferðisleg tjáning einstaklinga verði ekki sjálfkrafa álitin andlag hegningarlaga. Því er í frumvarpinu sérstaklega hugað að mörkunum á milli kynferðislegrar tjáningar annars vegar og hins vegar brota gegn kynferðislegri friðhelgi með því að útbúa eða dreifa kynferðislegu efni af öðrum í heimildarleysi.

Efni frumvarpsins er til þess fallið að styrkja mannréttindavernd og samræmist bæði stjórnarskrá og alþjóðlegum skuldbindingum sem Ísland hefur undirgengist.

5. Samráð.

Frumvarpið snertir fyrst og fremst einstaklinga enda er megintilgangur þess að styrkja réttarvernd þeirra. Efni frumvarpsins hefur áhrif á réttarvörsluferfið og framgang mála innan þess.

Frumvarpið byggist á niðurstöðum skýrslu sem María Rún Bjarnadóttir lögfræðingur vann fyrir stýrihóp um heildstæðar úrbætur að því er varðar kynferðislegt ofbeldi, sem starfaði á

vegum Stjórnarráðsins 2018–2020. Fulltrúar forsætisráðuneytis, dómsmálaráðuneytis, félagsmálaráðuneytis, mennta- og menningarmálaráðuneytis og utanríkisráðuneytis áttu sæti í stýrihópnum. Stýrihópurinn fékk sérstaka kynningu á efni og niðurstöðum skýrslunnar og fjallaði um þær í sínu starfi. Við undirbúning skýrslunnar fór fram viðtalsrannsókn við fulltrúa réttarvörslukerfisins og gætir sjónarmiða þeirra aðila bæði í tillögum að úrbótum sem koma fram í skýrslunni og í frumvarpi þessu. Efni skýrslunnar var kynnt ráðherranefnd um jafnréttismál og var hún í framhaldinu birt á vef Stjórnarráðsins.

Frumvarpið var kynnt í samráðsgátt stjórnvalda á vefnum Ísland.is 21. september til 5. október 2020 (mál nr. S-194/2020) og bárust engar umsagnir.

Rétt er að þó að taka fram að frá því að frumvarpið var kynnt í samráðsgátt hefur verið felld brott tilvísun í 1. mgr. 1. gr. um háttsemi sem sanngjarnt og eðlilegt er að farið sé með sem einkamál. Sama á við um 5. mgr. 1. gr. frumvarpsins þar sem sagði að væri háttsemi sem greinir í 1. mgr. réttlætlanleg með vísan til almanna- eða einkahagsmuna væri hún refsilaus.

6. Mat á áhrifum.

Frumvarpið felur í sér breytingar á ákvæðum í köflum almennra hegningarlaga er kveða á um kynferðisbrot annars vegar og friðhelgi einkalífs hins vegar. Þá er kveðið á um breytingu á lögum um meðferð sakamála til að tryggja virkni þeirra breytinga sem lagðar eru til á almennum hegningarlögum. Efni frumvarpsins miðar að því að styrkja réttarvernd einstaklinga með hliðsjón af þeim samfélagslegu breytingum sem hafa orðið með aukinni tæknivæðingu og viðhorfsbreytingum gagnvart kynferðisbrotum á Íslandi. Verði frumvarpið óbreytt að lögum er hvorki gert ráð fyrir því að það hafi í för með sér útgjöld fyrir ríkissjóð né sveitarfélög.

Mikill meiri hluti þeirra sem verða fyrir brotum gegn kynferðislegri friðhelgi, hvort heldur sem er með stafrænum eða hliðrænum hætti, er kvenkyns. Af þeim málum sem komið hafa til meðferðar íslenskra dómstóla vegna heimildarlausrar gerðar, birtingar eða dreifingar kynferðislegra mynda hafa flestir brotáþolar verið kvenkyns og brotamenn karlkyns. Þó svo að frumvarpið veiti einstaklingum óháð kyni réttarvernd má ráða af tölfræði dómsmála að í framkvæmd muni það styrkja réttarvernd kvenna sérstaklega.

Um einstakar greinar frumvarpsins.

Um 1. gr.

Ákvæðið sækir fyrirmynd til nýlegra lagabreytinga í Svíþjóð en tekur mið af þeim sjónarmiðum sem komið hafa fram við setningu og framkvæmd laga um stafrænt og/eða myndrænt kynferðisofbeldi í Englandi og Wales, Skotlandi, Danmörku og Bandaríkjunum. Tilgangur og markmið ákvæðisins er að skýra réttarframkvæmd og bæta réttarvernd kynferðislegrar friðhelgi einstaklinga. Ekki er fjallað um sérstök samskiptaform þannig að ákvæðið getur átt við um háttsemi sem á sér stað með hliðrænum, stafrænum eða öðrum hætti. Háttsemi þarf því ekki að styðjast við tiltekna tækni til þess að réttarverndin nái til hennar.

Þegar háttsemin sem fjallað er um í ákvæðinu er hluti af stærra mynstri, til að mynda heimilisofbeldi eða umsáturseinelti, getur hún hvort heldur sem er falið í sér sjálfstætt brot eða tæmt sök gagnvart viðkomandi ákvæði. Ef efni eins og greinir í 1. mgr. er aflað með ólögætum hætti, til að mynda með því að brjótast inn á gagnageymslu og stela þaðan kynferðislegu myndefni sem síðan er dreift áfram, getur verknaðaraðferðin falið í sér sjálfstætt brot óháð kynferðislegri friðhelgi.

Um 1. efnismgr.

Til umfjöllunar eru brot sem snúa að því að búa til efni, t.d. að taka mynd, sem og sýna, birta eða dreifa efni. Framsetning efnisins getur verið með hliðrænum, stafrænum eða öðrum hætti og getur hvort heldur átt við um mynd, myndskaið, texta eða annars konar efni.

Með því að útbúa efni er átt við að útbúa eða skapa þess konar efni sem háttsemin tekur til. Í dæmaskyni má nefna myndatöku eða hljóðupptöku í heimildarleysi. Um er að ræða sjálfstætt brot gegn kynferðislegri friðhelgi einstaklinga, óháð því hvort efninu er dreift áfram eða ekki.

Með öflun er átt við að sá brotlegi sæki sér aðgang að efni sem fjallað er um í ákvæðinu. Í dæmaskyni má nefna að einstaklingur fari í heimildarleysi inn á gagnageymslu sem tengd er við farsíma eða taki skjáskot eða annars konar afrit af efni sem ekki var ætlað til frekari dreifingar.

Í dreifingu felst að öðrum er veittur aðgang að efni. Í dæmaskyni má nefna áframsendingu myndar til tilgreindra aðila í gegnum samfélagsmiðil. Birting er að sýna efni eða gera það aðgengilegt. Sem má nefna að hlaða myndskaiði á almenna vefsíðu og gera það þannig öðrum aðgengilegt.

Við mat á því hvort að brot sé stórfellt verður ekki einvörðungu horft til þess hvert umfang háttseminnar er heldur einnig að hverjum hún beinist, með hvaða hætti og í hvaða samhengi hún á sér stað. Þannig getur birting sem beinist að nánnum aðilum, til að mynda vinnuveitanda eða fjölskyldu, haft alvarlegri afleiðingar fyrir brotaþola en birting sama efnis á klámsíðu á netinu. Mikilvægt er að horfa heildstætt á atvik máls og þær afleiðingar sem ætla mátti að yrðu af háttseminni. Kjarni matsins er því fölginn í afleiðingum brotsins enda geta afleiðingar brota af þessum toga orðið víðfeðmari en ásetningur brotamanns stendur til.

Þrátt fyrir að heimild eða samþykki liggi fyrir varðandi einn þeirra þátta sem tilgreindir eru í ákvæðinu verður ekki sjálfkrafa gert ráð fyrir að það gildi einnig um aðra þætti. Dæmi um þetta er að þó að einstaklingur sendi mynd af sér til annars felst ekki í því sjálfkrafa heimild fyrir áframsendingu efnisins eða frekari dreifingu þess.

Efni sem fjallað er um í málsgreininni tekur t.d. til ljósmynda, kvikmynda, texta eða annars sambærilegs efnis. Í ljósi örra tækniframfara eru ekki talin standa efni til þess að telja upp efnislega framsetningu kynferðislegrar tjáningar svo að tæmandi sé. Þá verða ekki lögð hlutlæg viðmið um það hvað teljist kynferðislegt heldur þarf að eiga sér stað heildstætt mat á því efni sem til skoðunar er. Þannig er nekt hvorki sjálfkrafa forsenda þess að efni verði fellt undir ákvæðið, né heldur að kynferðisleg háttsemi eigi sér stað. Í dæmaskyni má nefna kynferðisleg samskipti sem eiga sér stað skriflega. Ákvæðið tekur einnig til efnis sem verður til með öðrum hætti en kynlífi, t.d. með hljóðupptöku af kynferðisbroti þegar það á sér stað eða með því að taka myndir undir pilsfald án heimildar.

Um 2. efnismgr.

Hvað varðar brot gegn kynferðislegri friðhelgi geta hótanir eða kúgun verið hluti af brotinu með tvenns konar hætti. Annars vegar þegar um er að ræða hótanir sem beitt er til þess að búa til efnið, t.d. með því að hóta einstaklingi einhvers konar tjóni ef hann aðstoðar ekki við að útbúa efni, til að mynda með því að leyfa að teknar séu myndir af sér. Hins vegar þegar hótad er dreifingu eða birtingu efnis sem þegar er til til þess að ná einhverju fram.

Um 3. efnismgr.

Tækni hefur fleygt fram á síðustu árum þannig að nú er auðvelt, aðgengilegt og ódýrt að falsa efni, hvort heldur sem er ljósmyndir eða hreyfimyndir, svo að sannfærandi sé. Sem dæmi

um háttsemi sem málsgreinin tekur til er að mynd af andliti einstaklings sé skeytt með tölvutækni inn á aðra mynd eða myndefni af kynferðislegum toga og látið líta út fyrir að myndefnið sé af viðkomandi.

Um 4. efnismgr.

Þrátt fyrir ákvæði 70. gr. almennra hegningarlaga er hér lagður til stigskiptur refsiramma, annars vegar í 1. mgr. og hins vegar í 4. mgr. Þessi nálgun sækir meðal annars stoð í sænskri fyrirmynd þar sem sérstaklega er horft til ásetnings brotamanns og umfangs brotsins, sbr. ákvæði 6c og 6d í 4. kafla sænsku hegningarlaga. Þannig er dreifing efnisins, umfang þess og inntak það sem huga þarf að við mat á því hvort brot teljist stórfellt eður ei. Þar af leiðandi verða hlutlausir mælikvarðar ekki lagðir til grundvallar heldur þarf að meta hvert mál fyrir sig. Dæmi um stigskipta nálgun er til að mynda að finna í 188. gr. almennra hegningarlaga um sifskaparbrot þar sem greinarmunur er gerður á refsiramma fyrir brotið eftir því hvort hinum aðilanum var ókunnugt um fyrri ráðahag eða ekki. Þá er gerður greinarmunur á hámarksrefsiramma eftir því hvort athæfið var framið af ásetningi eða stórfelldu gáleysi.

Með hliðsjón af þeim fjölbreyttu aðstæðum sem upp geta komið í málum sem varða brot gegn kynferðislegri friðhelgi verður að telja rétt að horfa til sænskra og danskra fyrirmynda og leggja til stigskiptingu brota sem birtist til að mynda í því að greinarmunur er gerður á hámarksrefsiramma fyrir ásetningsbrot annars vegar og gáleysisbrot hins vegar. Í dæmaskyni má nefna einstakling sem tekur nektarmynd af öðrum í heimildarleysi og dreifir stafrænt til þriðja aðila. Þriðja aðila getur eftir atvikum ekki verið kunnugt um afstöðu þess sem myndaður er, en sýnir enn öðrum myndina. Í báðum tilvikum er um að ræða refsiverða háttsemi en aðkoma brotamanna ólík og kallar á mismunandi refsheimildir.

Um 2. gr.

Ákvæðið byggist á gildandi ákvæðum 228. gr. og 229. gr. almennra hegningarlaga og felur ekki í sér verulegar efnislegar breytingar. Í ljósi þeirra áskorana sem stafrænn veruleiki hefur í för með sér fyrir vernd friðhelgi einstaklinga er breytingunum ætlað að skýra þá réttarvernd sem þegar er til staðar á grundvelli ákvæðanna, en leggja ber áherslu á að verndin er óháð því formi sem gögn eða upplýsingar eru geymdar á. Ákvæðið á því við um þá hagsmuni sem njóta friðhelgi einkalífs en einskorðast ekki við tiltekna þætti friðhelgi einstaklinga, til að mynda kynferðislega friðhelgi.

Ákvæðið tæmir ekki sök gagnvart nýrri 199. gr. a má beita samhliða.

Um 3. gr.

Ákvæðið tekur breytingum samhliða breytingum á 228. gr. og tekur til háttsemi sem greinir í tölvubrotasamningi Evrópuráðsins og er nú kveðið á um í 2. másl. 1. mgr. 228. gr. Ein orðalagsbreyting er lögð til, þannig að nú verður kveðið á um að aðgangs sé aflað í heimildarleysi í stað þess að aðgangs sé aflað á ólögmetan hátt. Í athugasemdum við ákvæði gildandi 2. másl. 1. mgr. 228. gr. í breytingalagafrumvarpi því er varð að lögum nr. 30/1988 kom fram að með orðalaginu „á ólögmetan hátt“ væri átt við að aðgangur væri heimildarlaus. Breyting á orðalagi er jafnframt í tengslum við það orðalag sem lagt er til í 1. mgr. 228. gr. en felur ekki í sér efnislega breytingu.

Um 4. gr.

Markmið breytingarinnar er að tryggja að brot gegn kynferðislegri friðhelgi einstaklinga sæti opinberri saksókn en lúti ekki reglum um einkarefsiréttarmál. Þannig er tryggt að staða einstaklinga sé sambærileg hvort sem brotamaður er nákominn brotþola í skilningi 233. gr. b

almennra hegningarlaga eður ei. Í þessu skyni bætist vísun í 228. gr. við upptalningu laga-ákvæða í 1. tölul. 1. mgr. 242. gr. laganna.

Um 5. gr.

Greinin þarfnast ekki skýringar.

Um 6. gr.

Í því skyni að tryggja fullnægjandi rannsóknarúrræði lögreglu til þess að bregðast við staf-rænum brotum gegn kynferðislegri friðhelgi felur ákvæðið í sér breytingu á 2. másl. 2. mgr. 83. gr. laga um meðferð sakamála, nr. 88/2008, þannig að við upptalningu ákvæða bætist vísun í nýja grein, 199. gr. a almennra hegningarlaga, nr. 19/1940. Ekki er lagt til að heimildin nái til breytinga sem lagðar eru til á friðhelgiskafli almennra hegningarlaga í þágu samræmis við önnur ákvæði kaflans.