

D Ó M U R

27. mars 2015

Mál nr. S-36/2014:
Ákærandi: Ríkissaksóknari
(*Kolbrún Benediktsdóttir saksóknari*)

Ákærði: A
(*Bragi Dór Hafþórsson hdl.*)

Dómari: Hildur Briem héraðsdómari

D Ó M U R

Héraðsdóms Austurlands föstudaginn 27. mars 2015 í máli nr. S-36/2014:

Ákærvaldið

(*Kolbrún Benediktsdóttir saksóknari*)

gegn

A

(*Bragi Dór Hafþórsson hdl.*)

(*Eva Dís Pálmadóttir hrl., réttargæslumaður*

brotapola)

Mál þetta, sem dómtekið var 13. febrúar 2015, er höfðað með ákæru ríkissaksóknara, útgefinni 3. september 2014, á hendur A, [kt.], [...], „fyrir brot gegn barnaverndarlögum, brot gegn blygðunarsemi og stórfelldar ærumeiðingar gegn fyrrum unnustu sinni, B, þá 17 ára, með því að hafa þann 2. febrúar 2014 birt fimm nektarmyndir af B á *Facebook* samskiptasíðu sinni, en með háttseminni særði ákærði blygðunarsemi B auk þess að móðga hana og smána.“

Í ákæruskjali er brotið talið varða við 209. gr. og 233. gr. b. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 og 3. mgr. 99. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002 og er þess krafist að ákærði verði dæmdur til refsingar og greiðslu alls sakarkostnaðar.

Þá er í ákæru tilgreind svofelld einkaréttarkrafa, sem haldið var uppi við dómtöku málsins, en þá hafði brotþoli náð 18 ára aldri og tekið sjálf við aðild einkaréttarkröfunnar:

„Í málinu gera C, [kt.], og [D], [kt.], þá kröfu fyrir hönd ólögráða dóttur sinnar B, [kt.], að ákærði verði dæmdur til greiðslu miskabóta að fjárhæð 250.000 kr. auk vaxta samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 frá 2. febrúar 2014 til greiðsludags af framangreindri fjárhæð. Ef greitt verður síðar en 30. maí 2014 er gerð krafa um dráttarvexti, skv. 1. mgr. 6. gr., sbr. 9. gr. laga nr. 38/2001, frá þeim degi til greiðsludags. Þá er krafist þóknunar til handa réttargæslumanni vegna réttargæslustarfa, sbr. 48. gr. laga nr. 88/2008, sbr. 216. gr. sömu laga, þ.m.t. vegna framsetningar bótakröfu.“

Hinn 10. október 2014 sótti ákærði þing ásamt skipuðum verjanda sínum og játaði skýlaust þá háttsemi sem honum er gefin að sök í ákæru. Hann kvaðst þó neita sök og hafna bótakröfu. Óskaði verjandi ákærða eftir því að fá að leggja fram greinargerð í málinu og var málinu frestað í því skyni. Greinargerðin var lögð fram í þinghaldi 3. nóvember s.á. og málinu frestað til 18. s.m., en þann dag var bókað í þingbók um að verjandi ákærða teldi nauðsynlegt að fram færi aðalmeðferð í málinu. Hafði það áður komið fram í þinghöldum en láðst að bóka um það. Ákveðið var að aðalmeðferð málsins færi fram 12. febrúar 2015. Utan réttar féll verjandi ákærða frá kröfu um að aðalmeðferð færi fram í málinu og voru dómari og sakarflytjendur þá sammála um að skilyrði væru til þess að taka málið til dóms sem játningarmál. Utan réttar var fyrirtöku málsins frestað um einn dag, til 13. s.m. Var málið tekið til dóms á þeim degi á grundvelli 164. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála, eftir að sækjanda, verjanda ákærða og réttargæslumanni brotþola hafði gefist kostur á að reifa sjónarmið sín varðandi lagaatriði, ákvörðun viðurlaga og einkaréttarkröfu.

Af hálfu ákærða er þess aðallega krafist að hann verði sýknaður af þeim sakargiftum sem greinir í ákæru. Til vara er þess krafist að ákvörðun refsingar hans

verði frestað, en til þrautavara að honum verði gerð sú vægasta refsing sem lög leyfa. Krafist er frávísunar einkaréttarkröfu, en til vara sýknu af henni og til þrautavara að hún verði lækkuð verulega.

I

Um málavaxtalýsingu er skírskotað til ákæru. Ákærði hefur játað skýlaust að hafa birt á *Facebook* samskiptasíðu sinni, 2. febrúar 2014, fimm nektarmyndir af brotþola, fyrrum unnustu sinni, sem þá var 17 ára gömul. Samkvæmt rannsóknargögnum er um að ræða nærmyndir af bakhluta og kynfærum konu og fylgdi myndunum textinn „Takk fyrir að halda framhja mer sæta“, ásamt fullu nafni brotþola. Óumdeilt er í málinu að brotþoli hafði tekið umræddar myndir af sjálfri sér og sent þær rafrænt til ákærða meðan á sambandi þeirra stóð.

II

Krafa ákærða um sýknu af refsikröfu ákæruvaldsins byggist á því að sú háttsemi sem lýst er í ákæru varði ekki við þau ákvæði almennra hegningarlaga og barnaverndarlaga sem í ákæru greinir.

Byggir ákærði í fyrsta lagi á því að á skorti að uppfyllt sé það skilyrði 209. gr. almennra hegningarlaga að brotið hafi verið gegn blygðunarsemi brotþola. Brotþoli hafi sjálf tekið umræddar myndir að ákærða fjarstöddum og sent honum þær. Um hafi verið að ræða kynferðisleg samskipti í sambandi þeirra. Þurfi að velta upp þeirri spurningu hvort mynd sem aðili tekur sjálfur, skoðar og sendir áfram geti nokkru sinni sært blygðunarsemi hans sjálfs.

Þá sé ekki uppfyllt það skilyrði ákvæðisins að um „lostugt athæfi“ hafi verið að ræða. Með því hugtaki sé átt við ákveðna kynferðislega hegðun sem þurfi að beinast gegn öðrum aðila til að teljast refsiverð. Þá sé það skilyrði að athæfið hafi verið framið í kynferðislegum tilgangi. Háttsemi ákærða hafi ekki verið knúin fram af kynferðislegri hvöt, heldur af reiði í garð brotþola. Hann hafi fljótlega séð að sér og fjarlæggt myndirnar af samskiptasíðu sinni. Þótt myndirnar séu kynferðislegar hafi ásetningur ákærða ekki verið af þeim toga. Því séu ekki skilyrði til að refsa honum fyrir brot gegn 209. gr. almennra hegningarlaga. Þessu til stuðnings vísar ákærði til dóms Hæstaréttar frá 31. janúar 2013 í máli nr. 521/2012.

Við munnlegan málflutning var enn fremur vísað til krafna um skýrleika og fyrirsjáanleika refsíákvæða, sbr. 69. gr. stjórnarskrárinnar og 1. gr. almennra hegningarlaga, og byggt á því að ekki megi skýra hugtökin „lostugt athæfi“ og „blygðunarsemi“ í 209. gr. rýmra en efni standi til.

Ákærði kveðst fallast á að háttsemi hans hafi verið til þess fallin að meiða æru brotþola, en bendir á að um eitt einangrað tilvik sé að ræða. Mæli það gegn

Því að um stórfellda ærumeiðingu teljist að ræða í skilningi 233. gr. b. almennra hegningarlaga. Þá verði að túlka ákvæði 233. gr. b. þröngt í ljósi þess að brot gegn þeirri grein varði fangelsi en ekki sektum, ólíkt 234. gr. sömu laga. Vísar ákærði til réttarþróunar undanfarin ár, þar sem fátítt sé að refsingum, hvað þá fangelsisrefsingum, sé beitt við brotum gegn æruvernd manna. Við munnlegan málflutning var enn fremur á því byggt að samband ákærða og brotþola hafi vart verið þess eðlis að þau teljist hafa verið nákomin í skilningi 233. gr. b. almennra hegningarlaga, þótt óumdeilt sé að sambandið hafi varað í rúmlega eitt ár.

Þá skjóti það skökku við að ákært sé fyrir brot gegn barnaverndarlögum um leið og ákært sé fyrir brot gegn 233. gr. b. almennra hegningarlaga. Ákærði hafi sjálfur vart verið af barnsaldri er háttsemin átti sér stað, en hann hafi þá nýlega verið orðinn 18 ára. Tilgangur barnaverndarlaga sé að verja börn fyrir ólögmaetri háttsemi fullorðinna. Við beitingu ákvæðisins verði að hafa í huga að ákærði og brotþoli hafi bæði verið á barnsaldri og á svipuðu þroskastigi er þau hófu samband sitt.

III

Ákærða er í fyrsta lagi gefið að sök brot gegn blygðunarsemi, sbr. 209. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, en samkvæmt þeirri lagagrein skal hver sem með lostugu athæfi særir blygðunarsemi manna eða er til opinbers hneykslis sæta fangelsi allt að 4 árum en fangelsi allt að 6 mánuðum eða sektum ef brot er smávægilegt. Eins og rakið hefur verið mótmælir ákærði því hvort tveggja að háttsemi hans hafi falið í sér lostugt athæfi og að með henni hafi verið brotið gegn blygðunarsemi brotþola.

Hlutrænt séð var sú háttsemi ákærða, að birta á samskiptasíðu sinni nektarmyndir af brotþola, sem sýna kynfæri hennar í nærmynd, til þess fallin að brjóta gegn blygðunarsemi hennar. Breytir engu þar um þótt leggja verði til grundvallar að brotþoli hafi sjálf tekið myndirnar og sent þær unnusta sínum, ákærða, af fúsum og frjálsum vilja. Jafnframt braut háttsemin í reynd gegn blygðunarsemi brotþola, eins og ráðið verður af framburði hennar hjá lögreglu.

Með lostugu athæfi í skilningi 209. gr. almennra hegningarlaga er átt við athöfn af kynferðislegum toga sem gengur skemmra en samræði og önnur kynferðismök. Með lögum nr. 40/1992 voru gerðar nokkrar breytingar á ákvæðum XXII. kafla almennra hegningarlaga. Í athugasemdum við 15. gr. frumvarps til laganna kemur fram að undir 209. gr. falli „nú fyrst og fremst ýmiss konar háttsemi önnur en káf og þukl á líkama t.d. gægjur á glugga, berháttun og önnur strípihneigð, klúrt orðbragð í síma“. Þessi talning er augljóslega ekki tæmandi.

Í dómi Hæstaréttar frá 18. október 2007 í máli nr. 242/2007 var ákærði sakfelldur fyrir brot gegn 209. gr. almennra hegningarlaga, með því að hafa tekið mynd á gsm-síma sinn af nafngreindri nakinni stúlku án hennar vitneskju og að hafa nokkru síðar sýnt öðrum þessa mynd, ásamt annarri mynd í sama síma af kynfærum konu og sagt að sú mynd væri af stúlkunni. Segir í dóminum að „hlutrænt séð og eins og aðstæðum var háttað í umrætt sinn [verði] 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“. Þá féllst rétturinn á þá niðurstöðu héraðsdóms að háttsemi ákærða hafi verið til þess fallin að særa blygðunarkennd stúlkunnar.

Í máli því sem hér er til umfjöllunar takmarkast sú háttsemi sem ákært er fyrir við birtingu nektarmynda en ekki töku þeirra. Að öðru leyti eru atvik málsins að áliti dómsins sambærileg við þau atvik sem um var fjallað í nefndum dómi Hæstaréttar í máli nr. 242/2007. Verður sá dómur talinn hafa fordæmisgildi í máli þessu. Óumdeilt er að birting myndanna fór fram í algjöru heimildarleysi brotaþola sem hafði sent ákærða þær í trúnaði meðan á kynferðislegu sambandi þeirra stóð. Er ekkert fram komið sem bendir til annars en að sú háttsemi ákærða að birta umræddar myndir af nöktum bakhluta og kynfærum fyrrum unnustu sinnar hafi verið af kynferðislegum toga. Má hér til hliðsjónar vísa til dóma Hæstaréttar frá 30. október 2014 í máli nr. 757/2013 og frá 11. desember 2014 í máli nr. 335/2014 (VI. kafla), sem þykja fremur eiga hér við en dómur réttarins í máli nr. 521/2012 sem verjandi ákærða vísar til. Það af hvaða hvötum, s.s. reiði, ákærði lét verða af háttseminni breytir ekki eðli verknaðarinnar. Ákærða mátti vera það ljóst að opinber birting myndanna bryti gegn blygðunarsemi brotaþola og kynni að varða við refsilög. Þá verður ekki á það fallist að ákvæði 209. gr. almennra hegningarlaga uppfylli ekki áskilnað 1. gr. sömu laga og 69. gr. stjórnarskrárinnar um skýrleika og fyrirsjáanleika gagnvart þeirri háttsemi sem hér um ræðir. Telst brot ákærða því réttilega heimfært í ákæru til 209. gr. almennra hegningarlaga.

Í öðru lagi er háttsemi ákærða samkvæmt ákæru talin fela í sér stórfelldar ærumeiðingar gegn brotaþola og brotið talið varða við 233. gr. b. almennra hegningarlaga. Í þeirri lagagrein segir að sá sem móðgi eða smáni maka sinn eða fyrrverandi maka, barn sitt eða annan mann sem er nákominn geranda, og verknaður verður talinn fela í sér stórfelldar ærumeiðingar, skuli sæta fangelsi allt að tveimur árum. Áskilur ákvæðið þannig að hvort tveggja sé uppfyllt, skilyrðið um nán tengsl geranda og brotaþola og að verknaður feli í sér „stórfelldar“ ærumeiðingar. Ákærði byggir á því að hvorugt skilyrðanna sé uppfyllt.

Brot gegn 233. gr. b. almennra hegningarlaga sæta opinberri ákæru samkvæmt 1. tölul. 242. gr. sömu laga, ólíkt því sem almennt gerist um brot gegn

æruvernd manna. Ákvæðið var tekið upp í lögin með 3. gr. laga nr. 27/2006 um „breyting á almennum hegningarlögum nr. 19 12. febrúar 1940 (heimilisofbeldi)“. Er þar að stofni til um að ræða ákvæði sem áður var að finna í 1. mgr. 191. gr. laganna, í XXI. kafla um sifskaparbrot. Í almennum athugasemdum með frumvarpinu kemur fram að telja verði að markmiðið að baki 1. mgr. 191. gr. sé einkum að vernda friðhelgi og æru einstaklinga í samskiptum við aðra fjölskyldumeðlimi. Í athugasemdum við 3. gr. frumvarpsins segir að ákvæðið (233. gr. b.) taki til brota í samskiptum maka eða fyrrverandi maka og falli þar undir „hvort tveggja hjón og sambúðarfólk“. Þá taki ákvæðið til samskipta geranda og barns hans eða annars manns, þar á meðal annars barns, sem telst nákominn geranda. Ákvæðið sé því hvað afmörkun á hópi brotaþola varði „nokkuð rýmra en gildissvið 1. mgr. 191. gr.“. Er þar um nánari afmörkun vísað til gildissviðs nýmælis 1. gr. frumvarpsins og athugasemda að baki því, þ.e. núgildandi ákvæðis 3. mgr. 70. gr. laganna.

Í athugasemdum við 1. gr. frumvarpsins segir að ekki sé talin ástæða til að skilgreina það með tæmandi hætti í lagatextanum eða lögskýringargögnum hvernig tengsl geranda og brotaþola þurfi að vera úr garði gerð. Hugtakið „nákominn“ áskilji að „náin félagsleg tengsl séu á milli aðila“. Það þýði hins vegar ekki að gerandi og brotaþoli „þurfi að búa saman á verknaðarstundu eða hafa verið í daglegum samskiptum þegar verknaður á sér stað“. Ákvæðið taki því til samskipta fyrrverandi maka, þ.e. hjóna sem eru skilin og sambúðarfólks, svo lengi sem tengsl þeirra verða talin þess eðlis samkvæmt almennum mælikvarða að þau séu nákominn.

Óumdeilt er að ákærði og brotaþoli voru kærustupar í a.m.k. eitt ár, áður en sá atburður gerðist sem í ákæru greinir, en ekki verður annað séð af rannsóknargögnum málsins en að þau hafi búið á sitthvoru heimilinu, enda ung að árum.

Ekki er að sjá að reynt hafi á ákvæði 233. gr. b. fyrir Hæstarétti. Þá er ekki að sjá að rétturinn hafi fallist á beitingu 3. mgr. 70. gr. í tilvikum þar sem um stutt parasamband án sambúðar er að ræða. Að virtum mótmælum ákærða, framangreindri dómaframkvæmd og lögskýringagögnum, ungum aldri ákærða og brotaþola, sem og rannsóknargögnum málsins, þykir ákærði verða að njóta vafans um það hvort slík festa hafi verið komin á félagsleg tengsl hans og brotaþola, þrátt fyrir rúmlega eins árs samband, að þau teljist hafa verið „nákominn“ í skilningi 233. gr. b. Þegar af þeirri ástæðu eru ekki skilyrði til að sakfella ákærða fyrir stórfelldar ærumeiðingar, sbr. 233. gr. b. almennra hegningarlaga.

Í þriðja lagi er brot ákærða heimfært í ákæru til 3. mgr. 99. gr. barnaverndarlaga. Skýr dómaframkvæmd er fyrir beitingu þess ákvæðis þegar brot beinist að barni undir 18 ára aldri, samhliða þeim ákvæðum almennra

hegningarlaga um kynferðisbrot sem ekki miðast sérstaklega við brot gegn börnum. Hefur aldur geranda ekki þýðingu í því sambandi. Telst brot ákærða því réttilega heimfært í ákæru til 3. mgr. 99. gr. barnaverndarlaga, auk 209. gr. almennra hegningarlaga.

IV

Ákærði er hér sakfelldur fyrir brot gegn blygðunarsemi, sbr. 209. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 og brot gegn 3. mgr. 99. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002. Hann er 19 ára að aldri, en var 18 ára er brot hans átti sér stað. Ákærði á sér engan sakaferil og hefur frá upphafi játað háttsemina og skýrt hreinskilnislega frá atvikum. Horfir það og ungur aldur hans til mildunar við ákvörðun refsingar hans.

Á hinn bóginn ber við ákvörðun refsingar ákærða að líta til ungs aldurs brotþola, sem var 17 ára er brotið átti sér stað og alvarleika brotsins með hliðsjón af myndunum sjálfum. Ákærði birti myndirnar rafrænt á samskiptasíðu sinni með tilvísun til fulls nafns brotþola. Verður við ákvörðun refsingar ákærða litið til þessa birtingarháttar og þeirrar hættu sem honum fylgdi á auðveldri dreifingu myndanna, en jafnframt lagt til grundvallar að ákærði hafi innan fárra mínútna fjarlægt myndirnar af samskiptasíðu sinni.

Með hliðsjón af alvarleika brotsins þykja ekki efni til að fresta ákvörðun um refsingu ákærða, sbr. a-lið 1. mgr. 57. gr. almennra hegningarlaga. Með hliðsjón af öllu framanrituðu, 1., 3., 4., 5. og 8. tölul. 1. mgr. 70. gr. og 77. gr. sömu laga, þykir refsing ákærða hæfilega ákveðin fangelsi í 60 daga, en í ljósi ungs aldurs og hreins sakaferils ákærða verður fullnustu refsingarinnar frestað og fellur hún niður að tveimur árum liðnum, haldi ákærði almennt skilorð 57. gr. sömu laga.

Í málinu krefst brotþoli, B, miskabóta úr hendi ákærða að fjárhæð 250.000 krónur, auk vaxta og dráttarvaxta. Krafan er studd vottorði sálfræðings um líðan og hagi brotþola í kjölfar brots ákærða. Sú háttsemi sem ákærði er hér sakfelldur fyrir fól ótvírætt í sér meingerð gegn brotþola, sem veitir henni rétt til miskabóta úr hendi hans, sbr. b-lið 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993. Fjárhæð umkrafinna bóta þykir í hóf stillt. Verður krafan því tekin til greina að fullu, með vöxtum og dráttarvöxtum eins og krafist er, en upphafstími dráttarvaxta tekur þó mið af því að ekki verður séð að ákærði hafi fengið fullnægjandi upplýsingar um einkaréttarkröfuna fyrr en hann kom fyrir dóminn 10. október 2014, sbr. 9. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu.

Þá verður ákærða gert að greiða allan sakarkostnað málsins. Þóknun skipaðs verjanda ákærða, Braga Dórs Hafþórssonar hdl., þykir hæfilega ákveðin að fjárhæð 376.500 krónur, en auk þess ber að greiða verjandanum 40.398 krónur samkvæmt

reikningi vegna flugfargjalds. Þóknun skipaðs réttargæslumanns brotþola, Evu Dísar Pálmadóttur, er hæfilega ákveðin 188.250 krónur, en auk þess ber að greiða réttargæslumanninum 11.600 krónur vegna aksturs. Fjárhæð þóknunar til verjanda og réttargæslumanns miðast við störf þeirra á rannsóknarstigi málsins og fyrir dómi, auk þess sem tekið hefur verið tillit til virðisaukaskatts. Samtals verður ákærði því dæmdur til að greiða 616.748 krónur í sakarkostnað.

Dómur þessi er kveðinn upp af Hildi Briem héraðsdómara í dómsal Héraðsdóms Austurlands að Lyngási 15, Egilsstöðum, klukkan 11.00 föstudaginn 27. mars 2015. Við dómsuppsögu var gætt ákvæða 1. mgr. 184. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála, en dómsuppsaga dróst fram yfir lögbundinn frest vegna embættisanna dómarsins.

Dómsorð:

Ákærði, A, sæti fangelsi í 60 daga, en fullnustu refsingarinnar er frestað og fellur hún niður að tveimur árum liðnum, haldi ákærði almennt skilorð 57. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940.

Ákærði greiði B 250.000 krónur, með vöxtum samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001, frá 2. febrúar 2014 til 10. nóvember 2014, en með dráttarvöxtum skv. 9. gr. sömu laga frá þeim degi til greiðsludags.

Ákærði greiði 616.748 krónur í sakarkostnað, sem er þóknun skipaðs verjanda hans, Braga Dórs Hafþórssonar hdl., 376.500 krónur, auk ferðakostnaðar verjandans, 40.398 krónur og þóknun réttargæslumanns brotþola, Evu Dísar Pálmadóttur hrl., 188.250 krónur, auk ferðakostnaðar réttargæslumannsins, 11.600 krónur.

Hildur Briem