

## II

Utvärdering av 2005 års reform och  
frågan om samtyckesreglering –  
överväganden och förslag

# Inledning och avgränsning av vårt uppdrag

Våra direktiv ger oss i uppdrag att utvärdera tillämpningen av 2005 års sexualbrottsreform. Vi ska, bl.a. genom en praxisgenomgång, följa upp och undersöka hur bestämmelserna har fungerat i praktiken och om syftet med reformen har uppnåtts. Utvärderingen ska fokusera på våldtäktsbrottet och de särskilda straffbestämmelserna om sexualbrott mot barn samt hur tillämpningen i dessa hänseenden har fallit ut.

Inom ramen för vårt övergripande uppdrag att utvärdera reformen ska vi särskilt undersöka tolkningen och tillämpningen i praktiken av dels begreppet ”sexuell handling”, dels begreppet ”hjälpöst tillstånd”. Finner vi att det, mot bakgrund av resultatet av utvärderingen, finns behov av förändringar i bestämmelserna ska vi lämna förslag till författningsändringar.

Vidare ska vi enligt direktiven utreda och ta ställning till om det nuvarande kravet på tvång som grund för straffansvar för våldtäkt bör ersättas med ett krav på bristande samtycke. Oavsett ställningstagande i sak när det gäller frågan om en samtyckeslagstiftning ska vi lämna författningsförslag på hur en sådan lagstiftning lämpligen bör utformas.

Vårt uppdrag beskrivs närmare i avsnitt 1.1.

Vårt uppdrag är således i första hand att göra en *utvärdering* av 2005 års sexualbrottsreform, dvs. en bedömning om syftet med reformen har uppnåtts. Reformen föregicks av arbetet i den parlamentariskt sammansatta Sexualbrottskommittén och en därpå följande omfattande beredning och behandling i riksdagen. Vi har inte sett det som vår uppgift att göra egna principiella bedömningar i sådana frågor där riksdagen genom antagandet av propositionen 2004/05:45 *En ny sexualbrottslagstiftning* har tagit ställning eller att göra någon mera genomgripande omarbetning av lagtexten. Endast

när vi funnit att det i propositionen uttalade syftet med reformen inte har uppnåtts har vi övervägt ändringar i lagstiftningen.

En fråga har vi dock att utreda och ta ställning till på nytt, nämligen frågan om det nuvarande kravet på tvång som grund för straffansvar bör ersättas med ett krav på bristande samtycke. Denna fråga behandlar vi i kapitel 8. Till detta kommer att vi ska analysera frågan om Sveriges tillträde till Europarådets konvention om skydd för barn mot sexuell exploatering och sexuella övergrepp och vilka lagändringar som i så fall kan krävas. Den analysen redovisar vi i kapitel 13.

I avsnitt 1.2 har vi beskrivit hur vårt arbete har bedrivits. Som framgår där har vårt arbete och våra överväganden grundat sig på en genomgång av praxis, såväl refererad som orefererad sådan, samråd med företrädare för rättsväsendet, andra myndigheter, rättsvetenskapen och frivilligorganisationer samt studium av kriminalstatistik och annat publicerat material på området. Även utländsk rätt har studerats med anledning av uppdraget att ta ställning till en samtyckeslagstiftning.

I denna del (II) behandlar vi våra överväganden och förslag med anledning av utvärderingen av 2005 års reform och frågan om en samtyckesreglering. I det inledande kapitlet (kapitel 6) redovisar vi våra allmänna synpunkter och en övergripande bedömning i frågan om syftet med 2005 års reform har uppnåtts. Avsnittet är av sammanfattande karaktär och frågeställningarna däri behandlas mer utförligt i de efterföljande kapitlen. Då redovisar vi först våra överväganden och förslag gällande dels begreppet ”sexuell handling” (kapitel 7), dels våldtäkt och andra mer kvalificerade sexuella kränkningar av vuxna (kapitel 8–9) respektive barn (kapitel 10). I kapitel 11 behandlar vi sexuellt ofredande och avslutningsvis behandlar vi i kapitel 12 övriga sexualbrott samt osjälvständiga brottsformer.

Viss officiell statistik redovisas i denna del av betänkandet. Kapitel 6 innehåller ett sammandrag av hur sexualbrottsligheten har utvecklats över tid. För en mer utförlig beskrivning av detta hänvisar vi till kapitel 3. I kapitel 8–12 återkopplas till lagföringsstatistiken för sexualbrotten. Lagföringsstatistik redovisas sedan år 2004 dels avseende *antalet lagföringsbeslut mot personer efter huvudbrott och huvudpåföljd*, dels avseende *antalet lagförda brott efter brottstyp*. Syftet med vår redogörelse av lagföringsstatistik i detta sammanhang är endast att ge en bild av hur vanligt förekommande respektive brottstyp är och att visa på trender i brottsutvecklingen. Vi har valt att ta en utgångspunkt i statistiken avseende lagförings-

beslut mot personer eftersom en jämförelse då även är möjlig med statistik för åren före år 2004.

En särskild uppdelning utifrån gärningsmannens kön och ålder görs inte av statistiken i denna del av betänkandet. Det främsta skälet till detta är att syftet med redovisningen, som sagts, endast är att ge en bild av hur frekvent förekommande brottstypen är bland lagföringarna. Därtill kommer att endast någon enstaka procent av de lagförda sexualbrotten har begåtts av kvinnliga gärningsmän (1,1 procent eller 23 brott år 2009, varav 22 brott av kvinnor 21 år och äldre och ett av en kvinna i åldern 15-20 år). Eftersom det rör sig om låga absoluta tal, i den mån det överhuvudtaget har funnits en kvinnlig gärningsman, har vi av den anledningen inte heller ansett det vara relevant för vårt syfte med redovisningen att särredovisa lagföringarna beträffande varje brottstyp. För en köns- och åldersuppdelad redovisning av lagföringsstatistiken hänvisar vi till kapitel 3.

Eftersom en utvärdering av förbudet mot köp av sexuell tjänst har skett i en särskild utredning – *Utredningen om utvärdering av förbudet mot köp av sexuell tjänst (Ju 2008:09)* – har vi inte behandlat den bestämmelsen. Den utredningen lämnade sitt betänkande *SOU 2010:49 Förbud mot köp av sexuell tjänst. En utvärdering 1999-2008* den 2 juli 2010. I betänkandet konstateras att förbudet mot köp av sexuell tjänst har haft avsedd effekt och utgör ett viktigt instrument för att förebygga och bekämpa prostitution och människohandel för sexuella ändamål. I betänkandet föreslås att straffmaximum för köp av sexuell tjänst höjs från fängelse sex månader till fängelse ett år.

## 6 Har syftet med reformen uppnåtts? Allmänna synpunkter och en övergripande bedömning

**Bedömning:** Syftet med 2005 års sexualbrottsreform har i huvudsak uppfyllts. Det finns dock vissa brister i lagstiftningen eller rättstillämpningen när det gäller *dels* bestämmelserna gällande brott mot vuxna i utnyttjandesituationer, *dels* gränsdragningen mellan de särskilda straffbestämmelserna om sexualbrott mot barn, *dels* brottet sexuellt ofredande.

Genom brottsbalkens införande år 1965 kom sexualbrotten att betraktas som brott mot person. Tidigare hänfördes de t.ex. till brott mot allmän ordning eller den enskildes frihet. Skyddet för personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande har efter år 1965 ökat genom flera reformer på området och därmed har också synen på sexualbrott skärpts allt eftersom. Som redovisas i kapitel 2 var syftet med 2005 års reform att (1) ytterligare förstärka och tydliggöra varje människas absoluta rätt till personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande samt att (2) på olika sätt lyfta fram och förstärka skyddet för barn och ungdomar upp till 18 år mot att utsättas för sexuella kränkningar. Vidare syftade den till att (3) skapa klara och väl avgränsade bestämmelser samt att (4) modernisera språket i lagstiftningen och mönstra ut begrepp som framstod som olämpliga eller föråldrade.

Mycket översiktligt kan reformen sammanfattas enligt följande. Begreppet ”sexuellt umgänge” ersattes med ”sexuell handling”. Beträffande brott mot vuxna utvidgades och förändrades våldtäktsbrottet. För att förstärka skyddet för barn under 18 år mot att utnyttjas sexuellt och för att särskilt markera allvaret i sexualbrott mot barn infördes genom reformen flera nya straffbestämmelser

som skyddar enbart barn. Dessa bestämmelser är våldtäkt mot barn, sexuellt utnyttjande av barn, sexuellt övergrepp mot barn, köp av sexuell handling av barn och utnyttjande av barn för sexuell posering. Även vissa andra förändringar gjordes i brottsbalken av sakliga eller språkliga skäl. I kapitel 2 har vi beskrivit reformens innehåll närmare.

### *Sexualbrottslighetens utveckling*

Som anges i kapitel 3 har antalet polisanmälda sexualbrott totalt sett mer än femdubblats från 2 800 anmälda brott år 1975 till cirka 15 700 anmälda brott år 2009. Sett till olika brottskategorier<sup>1</sup> definierade av Brå har ökningen varit störst i kategorierna *våldtäkt*, *grov våldtäkt* samt vad som kallas *annat sexuellt ofredande* (annat sexuellt ofredande än blottning).

År 1975 polisanmälde knappt 800 våldtäktsbrott. Antalet polisanmälda våldtäktsbrott ökade sedan, med vissa svängningar, i en tämligen jämn takt till 2 631 år 2004. Sedan år 2005, då antalet anmälda våldtäktsbrott steg med 44 procent jämfört med föregående år till 3 800, har den årliga ökningen inom denna brottskategori varit kraftig. Totalt sett uppgick antalet anmälda våldtäktsbrott år 2009 till 5 900. Inom denna brottskategori har brott utgörande våldtäkter mot barn ökat mest sedan 2005 års reform, från drygt 700 anmälda brott år 2004 till drygt 1 900 år 2009.

I EU-projektet *Mapping attrition processes in rape cases across Europe* har en komparativ analys gjorts av våldtäkter och våldtäktsutredningar i olika europeiska länder.<sup>2</sup> Studien sträcker sig över åren 2001–2007. I Jo Lovetts och Liz Kellys slutrapport från projektet, *Different systems, similar outcomes? Tracking attrition in reported rape cases across Europe* (år 2009), redovisas att Sverige har den högsta anmälningsfrekvensen i Europa. År 2006 anmälde här 46,5 våldtäkter per 100 000 invånare, vilket var dubbelt så många som i Storbritannien/England och fyra gånger så många som i Tyskland.

Skälet till att anmälningsfrekvensen i Sverige är så pass hög har inte utretts närmare inom EU-projektet. I detta sammanhang måste dock framhållas svårigheterna att jämföra statistiska uppgifter från olika länder. Skälet till detta är att det finns stora skillnader i ländernas sätt att hämta in och redovisa sådana uppgifter.

---

<sup>1</sup> Även försöksbrott ingår i brottskategorierna.

<sup>2</sup> Se avsnitt 4.5.

Vissa länder utgår från anmälningstillfället för brottet vid upprättandet av brottsstatistiken medan andra länder väljer en senare tidpunkt, t.ex. när polisen har avslutat brottsutredningen. Väljs en senare tidpunkt än anmälningstillfället är den rättsliga rubriceringen generellt sett säkrare. Vidare innebär en senare registreringstidpunkt att de anmälda händelser aldrig tas med där utredningen visat att brottsliga handlingar inte begåtts eller där det inte kunde styrkas att brott förelåg. Sverige tillhör den minoritet av länder i Europa som utgår från anmälningstillfället för brottet vid upprättandet av brottsstatistiken. Därtill kommer att Sverige tillämpar ett system där antalet brott räknas extensivt medan en del andra länder räknar mer restriktivt. Som exempel kan anges att en person anmäler att hon eller han vid tio tillfällen utsatts för övergrepp av en viss person. Enligt vårt sätt att räkna antalet brott är det tio händelser som ska registreras. I länder med ett mer restriktivt sätt att räkna antalet brott kan denna serie av händelser registreras som ett enda brott.<sup>3</sup>

Dessutom påverkas anmälningstalen av hur ett land har valt att definiera våldtäkt i lagen och om lagen getts en snävare eller en mer vidsträckt definition. Det kan inte råda någon tvekan om att den breda definition av våldtäktsbrottet som Sverige har påverkar att anmälningstalen här är så höga. Vilka andra förklaringar som kan finnas till de jämförelsevis höga talen är dock oklart. Det kan därför bara spekuleras i förklaringar som att benägenheten att anmäla ett påstått övergrepp skulle vara större här än i andra länder eller att det rent faktiskt sker fler övergrepp här än i andra länder.

Antalet anmälda brott som i svensk kriminalstatistik betecknas som *sexuellt tvång, utnyttjande m.m.* uppgick till mellan 1 500 och 2 000 åren före 2005. Efter genomförandet av 2005 års reform har antalet anmälda brott i denna kategori sjunkit påtagligt. År 2007 var antalet cirka 1 200, vilket är en minskning med 27 procent jämfört med före reformen. År 2008 skedde en ökning med 9 procent jämfört med år 2007 och år 2009 skedde en ytterligare ökning med två procent till knappt 1 350 anmälningar. Som anges i kapitel 3 har anmälningarna av dessa brott minskat mest inom underkategorin brott mot person under 15 år där den misstänkte personen *inte* har en nära relation till offret. Även när den misstänkte personen har en nära relation till offret har det skett en minskning av

---

<sup>3</sup> Se Hanns Von Hofer, Crime statistics as constructs: the case of Swedish rape statistics, European Journal on Criminal Policy and Research 8:7, 2000.

antalet anmälda brott. Minskningen i denna underkategori är dock mindre än i den där en nära relation saknas.<sup>4</sup>

Den markanta ökningen av våldtäktsanmälningar (brott mot såväl vuxna som barn) och minskningen av anmälningarna av brott i kategorin *sexuellt tvång, utnyttjande m.m.* som skett sedan år 2005 har enligt Brå en förklaring i att definitionen av våldtäkt utvidgats.<sup>5</sup> En del gärningar som före reformen rubricerades som sexuellt utnyttjande rubriceras nu som våldtäkt. Brå konstaterade dock i sin rapport angående specialgranskningen av anmälda brott mot vuxna<sup>6</sup> att den relativa ökningen av andelen fall med berusade/drogpåverkade offer och av nöjeslivsrelaterade våldtäkter endast varit marginell och att detta strider mot den förväntade effekten av reformen. Brå anger som förklaring till att ökningen inte är större att våldtäkter där offret varit berusad antas ha ett särskilt omfattande mörkertal.

Enligt rapporten är andra förklaringar till ökningen av våldtäktsanmälningar en förhöjd anmälningsbenägenhet, framför allt av mindre grova våldtäkter begångna av obekanta eller ytligt bekanta gärningsmän, samt en faktisk ökning av vissa våldtäktstyper. Det är enligt myndigheten ett ökat nöjeslivsutbud och Internetanvändande samt en förändrad livsstil hos kvinnorna, innebärande att denna alltmer liknar männens, som har lett till en högre risk för vissa typer av våldtäkt.<sup>7</sup>

När man ska bedöma om syftena med 2005 års sexualbrottsreform har uppnåtts uppkommer frågan vilken betydelse kriminalstatistiken/brottsutvecklingen har. Ska antalet anmälningar sjunka? Eller ska antalet anmälningar i stället öka? Ska det rentav krävas att den faktiska brottsligheten minskar? Ska det krävas fler fällande domar i förhållande till antal anmälningar? Eller handlar det mer om hur de gärningar som lagförs bedöms (rubricering och påföljd)?

Det är allmänt känt att antalet anmälda sexualbrott i förhållande till det faktiska antalet brott är lågt (dvs. mörkertalet är stort). Även resultaten från den Nationella trygghetsundersökningen (NTU), gjord av Brå, ger stöd för detta antagande. Den ökning av anmälningar som skett på senare år kan därför vara ett resultat av en ökad anmälningsbenägenhet. Detta skulle i så fall tala för att lagens skydd

<sup>4</sup> Fr.o.m. 2009 års kriminalstatistik särredovisas brottsrubriceringarna 5 och 6 §§ i stället för relationen mellan barnet och den uppgivne förövaren.

<sup>5</sup> Se t.ex. Kriminalstatistik 2009, Rapport 2010:15, Brå, s. 27.

<sup>6</sup> Våldtäkt mot personer 15 år eller äldre – Utvecklingen under åren 1995–2006, Rapport 2008:13, Brå.

<sup>7</sup> A. a. s. 60 ff.



förbättrats allt eftersom reformer genomförts på området och kanske åtnjuter den nuvarande lagen allmänhetens förtroende bättre än tidigare regleringar har gjort. Även förtroendet för rättsväsendet i stort och dess sätt att utreda och lagföra sexualbrott påverkar dock människors benägenhet att anmäla ett övergrepp. Det är därför inte möjligt att klarlägga vilken betydelse lagens utformning i sig har för anmälningsbenägenheten. Därtill kommer att det inte går att bedöma i vad mån ökade anmälningar beror på en faktiskt ökning av antalet brott.

Det är således svårt att med ledning enbart av det totala antalet anmälda sexualbrott dra några slutsatser om syftet med sexualbrottsreformen – att förstärka och tydliggöra rätten till personlig och sexuell integritet samt att förstärka skyddet för barn – har uppnåtts. I stället måste i detta avseende kriminalstatistikens uppgifter tas med som en faktor i analysen av rättspraxis på området och uppgifter från vårt samrådsförfarande.

En viktigare faktor är hur de brott som anmäls och beivras bedöms. Vi har under vårt arbete inte funnit något som tyder på att den ökning som skett av våldtäktsanmälningarna sedan år 2005 har andra förklaringar än dem som Brå pekat på. I sammanhanget kan konstateras att anmälningarna ökade även efter 1998 års utvidgning av våldtäktsbrottet.

Även om minskningen i kategorin *sexuellt tvång, utnyttjande m.m.* efter 2005 års reform inte är lika kraftig som ökningen av antalet anmälda våldtäkter utgör förskjutningen mellan ärendetyperna ändå ett stöd för antagandet att lagstiftarens syfte att reformen skulle ge ett förstärkt skydd för personlig och sexuell integritet och sexuell självbestämmande, och därvid en särskild förstärkning av skyddet för barn, i så måtto har uppfyllts.

Särskilt tydlig är förskjutningen av anmälningar avseende brott mot barn under 15 år mellan de båda brottskategorierna. Där har det, som det redogjorts för, skett en mycket kraftig ökning av anmälda våldtäkter mot barn respektive kraftig minskning av utnyttjandefallen, till vilken kategori brotten sexuellt utnyttjande av barn, sexuellt utnyttjande av underårig och sexuellt övergrepp mot barn tillhör. Beträffande de särskilda statistikuppgifterna avseende brott mot barn kan vidare sägas att, förutom att det skett en kraftig ökning av antalet anmälningar av våldtäkt mot barn, så har även antalet anmälningar av brott mot barn i kategorin *annat sexuellt ofredande* (än blottning) ökat sedan 2005 års reform, från knappt 1 400 år 2004 till drygt 1 550 år 2009. Genom reformen infördes de

till skydd för barn nya bestämmelserna utnyttjande av barn för sexuell posering och köp av sexuell handling av barn.

Statistiken ger alltså vid handen att den förskjutning i bedömningen av lagförda brott som lagstiftaren har avsett också i stor utsträckning har kommit till stånd. Vid bedömningen av frågan om syftet med sexualbrottsreformen har uppnåtts måste man emellertid också studera förhållandet mellan antalet uppklarade brott i förhållande till antalet anmälda brott (uppklaringsfrekvensen).

### *Uppklarade brott*

Som redovisas i kap. 3 var uppklaringen av anmälda sexualbrott i form av åtal (personuppklaration) 23 procent i Sverige år 2009. Beträffande kategorin *våldtäkt, grov våldtäkt* var personuppklaringsprocenten 31 samma år. Procenttalet för våldtäkt avser såväl brott mot vuxna som barn. I den tidigare nämnda rapporten *Different systems, similar outcomes? Tracking attrition in reported rape cases across Europe* anges att andelen personuppklarade våldtäktsärenden avseende brott mot person över 15 år ur ett europeiskt perspektiv är lågt i Sverige.<sup>8</sup> Vidare konstateras att Sverige, liksom Förenade kungariket (Skottland och England), finns bland de länder som har den lägsta relationen mellan våldtäktsanmälda och fällda.<sup>9</sup> Förutom en jämförelse av kriminalstatistiken i 33 länder har i projektet gjorts en djupstudie i 11 länder, däribland i Sverige, av 100 våldtäktsärenden i varje land.

Orsaken till att Sverige har en i jämförelse med andra länder låg andel personuppklarade mål och fällande domar på området har inte utretts närmare. Även i detta sammanhang måste dock framhållas svårigheterna att jämföra statistiska uppgifter från olika länder. Tillförlitligheten i redovisad statistik torde även i någon mån kunna ifrågasättas. Som exempel kan nämnas att Ungern redovisat statistik innebärande att landet under åren 2001–2007 haft fler fällande domar än åtalade ärenden.<sup>10</sup> Den del av projektet som därför, enligt vår mening, främst är av intresse när man diskuterar en bättre och mer effektiv lagföring av våldtäkter är den där man djupstuderat landets

---

<sup>8</sup> A. a. s. 97. Bland de 100 våldtäktsärenden som studerades särskilt var ungefär 13 procent av våldtäktsärendena personuppklarade.

<sup>9</sup> 10 procent av anmälningarna av våldtäkt mot person över 15 år i Sverige år 2006 ledde enligt rapporten till fällande dom. Även i 10 procent av de ärenden som studerades särskilt meddelades en fällande dom. A. a. s. 97 och 101.

<sup>10</sup> A. a. s. 25.

våldtäktsärenden och bl.a. följt upp var i processen sållningen av ärendena sker. Professorn vid London Metropolitan University Liz Kelly, som var den som ledde projektet, uppgav vid ett seminarium i april 2009 på Stockholms universitet, där projektrapporten presenterades, att syftet med studien just var att visa på trender över tiden i ett land och på faktorer som bör studeras närmare.<sup>11</sup> Hon menade att omständigheten att främst stereotypa våldtäkter (i huvudsak överfallsvåldtäkter) leder till fällande dom, vilket studien visade, inte enbart är ett svenskt problem.

Lagföringsprocenten i Sverige är emellertid oförändrat låg. Detta är oroväckande. Frågan som vi har att ställa oss är då om detta, och i så fall i vilken utsträckning, beror på utformningen av den straffrättsliga lagstiftningen. Oavsett hur man utformar lagstiftningen om sexualbrott kommer man inte ifrån att dessa brott generellt sett är svåra att bevisa. Den moderna rättsmedicinen, framför allt DNA-tekniken, förbättrar möjligheterna att utreda brott men i många fall är inte tvistefrågan om sexuella handlingar har förekommit eller ej utan om den påstådda gärningsmannen tvingat sig till dessa eller utnyttjat ett hjälplöst offer. För den bedömningen är man ofta hänvisad till enbart de uppgifter som målsäganden och den uppgivne förövaren lämnar. Till detta kommer brister i utredningsarbetet som kan förekomma och som har påtalats i olika sammanhang.<sup>12</sup>

Det vore emellertid naivt att påstå att den straffrättsliga lagstiftningens utformning inte har någon betydelse. Tvärtom är det av yttersta vikt att bestämmelserna om sexualbrott är utformade på ett sådant sätt att sådana gärningar som, med den allmänna grundsyn som riksdagen ställt sig bakom, bör vara straffbara också kan lagföras på ett effektivt sätt och bedömas på det sätt som lagstiftaren har avsett. Såväl under reformarbetet som därefter har också frågan om bestämmelsernas utformning varit föremål för debatt.<sup>13</sup> Som kommer att framgå i det följande har vi funnit anledning att föreslå vissa förändringar i lagstiftningen. Vår förhoppning är att dessa ska

<sup>11</sup> Jfr The Stern Review, A report by baroness Vivien Stern CBE of an independent review into how rape complaints are handled by public authorities in England and Wales, Home Office, 2010.

<sup>12</sup> Se t.ex. Rikspolisstyrelsens och Åklagarmyndighetens gemensamma granskningsrapport Gemensam inspektion – Uppföljande granskning av brottsutredningar avseende våldtäkt och grov våldtäkt där brottsoffret är över 15 år, RPS/ÅM 1/07, och Christian Diesen och Eva F. Diesen i Övergripping mot kvinnor och barn – den rättsliga hanteringen, 2009.

<sup>13</sup> Ett antal motioner har väckts i riksdagen, se t.ex. motion 2007/08:Ju 432 och 2008/09:Ju 373. Jfr även motion 2005/06:Ju 306. Se vidare Madeleine Leijonhufvud, Samtyckesutredningen – lagskydd för den sexuella integriteten, 2008 och Christian Diesen och Eva F. Diesen, a. a.

bidra ytterligare till att de syften med sexualbrottsreformen som avsetts också ska uppnås.

### *Sexuell handling*

En väsentlig ändring som genomfördes i reformen var att det redan i tidigare lagstiftningsärenden kritiserade begreppet ”sexuellt umgänge” ersattes med ”sexuell handling”. Det nya begreppet avsågs att i allt väsentligt motsvara vad som tidigare omfattats av ”sexuellt umgänge” men även omfatta något mer. Utvidgningen skulle ske genom att det inte längre ska krävas att en handling innefattar en varaktig kroppslig beröring för att den ska kunna bedömas som en sexuell handling. Vår erfarenhet från praxisgenomgång och samråd är att begreppet ”sexuell handling” som sådant har uppfattats som ändamålsenligt från såväl språkliga som sakliga utgångspunkter. Någon kritik har således inte uttalats mot begreppet och vi har inte heller identifierat några tolknings- eller tillämpningsproblem som är hänförliga enbart till bytet av begrepp.

Mot bakgrund av erfarenheter av vår praxisgenomgång såvitt avser tolkningen och tillämpningen av begreppet har vi funnit skäl att belysa betydelsen av gärningsmannens sexuella avsikt. Vi återkommer till detta i nästa avsnitt. Det bör dock här framhållas att eventuella tillämpningsproblem i detta avseende inte är hänförliga till bytet av begrepp utan torde ha funnits även med begreppet ”sexuellt umgänge”.

När det gäller den något vidare innebörd som ”sexuell handling” ska ha jämfört med ”sexuellt umgänge” har vår utvärdering gett vid handen att en utvidgning har skett i enlighet med lagstiftarens intentioner.

Vår samlade bedömning allmänt sett är således att införandet av begreppet har tjänat lagstiftarens syfte med reformen väl ur såväl sakliga som språkliga utgångspunkter.

### *Mer kvalificerade sexuella kränkningar av vuxna*

Uppgifterna i kriminalstatistiken med en ökning av anmälningarna i kategorin *våldtäkt, grov våldtäkt* och en minskning i kategorin *sexuellt tvång, utnyttjande m.m.* talar som tidigare sagts för att lagstiftarens syfte med reformen att ge ett förstärkt skydd för per-

sonlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande har uppfyllts. Eftersom de olika brottstyperna inom den sistnämnda kategorin normalt sett inte särredovisas går det dock inte att utifrån den officiella statistiken säga i vad mån minskningen i kategorin är hänförlig till brott enligt 6 kap. 2 § eller 3 § brottsbalken. Således kan det inte heller utifrån dessa uppgifter sägas vilken effekt åtgärderna att sänka graden av tvång i våldtäktsbrottet respektive att flytta över de s.k. utnyttjandefallen dit har haft var för sig.

Det kan dock antas att förskjutningen till allra största delen avser sexuellt utnyttjande enligt 6 kap. 3 § brottsbalken till våldtäktsbestämmelsen. Detta eftersom tillämpningsområdet för brottet sexuellt tvång successivt har inskränkts genom tidigare reformer på området, där våldtäktsbrottet utvidgats, och att lagföringar för sexuellt tvång under många år har varit relativt sällsynta. Enligt tidigare speciellt framtagna statistik från Brå handlade det om 15 lagföringar för sexuellt tvång år 1998 och åren dessförinnan ca 20 fall per år.<sup>14</sup> Hittills under 2000-talet har antalet lagföringar för sexuellt tvång som huvudbrott varierat mellan fem och 20 fall per år enligt den officiella kriminalstatistiken. I den särskilda praxisgenomgång vi har gjort av samtliga hovrättsdomar meddelade under första halvåret 2008 fann vi 3 domslut avseende sexuellt tvång. Det året var det totala antalet lagföringar för sexuellt tvång som huvudbrott nio.

I de få domar som vi studerat där det varit aktuellt att bedöma den åtalade gärningen som sexuellt tvång, har den sexuella handlingens karaktär och inte graden av tvång varit den omständighet som avgjort huruvida gärningen skulle rubriceras som sexuellt tvång. Denna omständighet kan utgöra stöd för att en sänkning av graden av tvång fullt ut har genomförts i praxis. Med andra ord, har den sexuella handlingen utgjort samlag, eller varit jämförlig därmed, har *graden av tvång* alltså inte i något fall som vi studerat ansetts som för låg för att uppfylla kraven i 1 §.

När det gäller sänkningen av graden av tvång påverkas möjligheten att se några effekter av lagändringen också av att ändringen i vissa delar i realiteten motsvarade vad som redan gällde enligt praxis före reformen. Således ansågs kravet på våld uppfyllt redan genom ett fysiskt betvingande (i princip ett olaga tvång) av offrets rörelsefrihet trots att lagen föreskrev ett så kallat råntvång. En viss utvidgning i förhållande till tidigare praxis torde dock ha skett i och med att det numera räcker att våldet betecknas som våld *mot*

---

<sup>14</sup> Se SOU 2001:14 s. 141.

person och inte å person. Det räcker att gärningsmannen ryckt i offrets arm eller knuffat undan personen.

I praxis före reformen spelade tvång i form av hot inte samma roll som en direkt våldsanvändning. När nu graden av tvång har sänkts och det i fråga om hot räcker med hot om brottslig gärning som avses i straffbestämmelsen om olaga tvång i 4 kap. 4 § första stycket första meningen brottsbalken borde detta också återspeglas i praxis genom fler domar med tvång i form av hot. Praxisgenomgången har dock visat att åtal där grunden för våldtäkt enbart är ett hot alltså verkar vara ytterligt få. Bland de domar vi studerat har endast i något enstaka fall grunden varit denna.

En erfarenhet från praxisgenomgången är således att tvång i form av våld alltså synes vara den vanligaste grunden vid lagföring för våldtäkt. I många av de granskade fallen har våldet varit av lindrig art, t.ex. ett fysiskt betvingande av offrets rörelsefrihet. Förhållandevis vanligt har varit att gärningen bestått av såväl ett hot som ett lindrigt våld. Hoten har i de fall vi granskat bestått i hot till person. Inte i något fall har åtalet gällt hot till egendom.

Det nuvarande tillämpningsområdet för begreppet ”hjälpöst tillstånd” har även efter reformen varit föremål för debatt. Ett exempel på ett domstolsavgörande där frågan ställdes på sin spets är det uppmärksammade s.k. Jordbrofallet.<sup>15</sup> Vår bedömning, efter genomförd praxisgenomgång och efter att ha samrått med olika aktörer, är att det finns vissa brister i lagstiftningen och rättstillämpningen av begreppet. Bristerna gäller skyddet av personlig och sexuell integritet för personer som, utan att gärningsmannen har använt sig av något tvång, otillbörligt har utnyttjats, t.ex. i ett tillstånd av drogpåverkan. Som vi återkommer till föreslår vi därför ett förstärkt skydd mot ett otillbörligt utnyttjande.

När det gäller utvidgningen av tillämpningsområdet för grov våldtäkt finns det i och för sig tecken på att syftet med reformen att något utvidga tillämpningsområdet för det grova brottet inte har uppfyllts. Eftersom det rör sig om förhållandevis få lagförda fall per år har referensmaterialet för vår utvärdering i denna del emellertid varit begränsat. Vår slutsats blir att vi bedömer det som för tidigt att lämna något klart uttalande kring om lagstiftarens syfte med reformen i denna del har uppfyllts.

Sammantaget är det vår bedömning att ändringen av våldtäktsbestämmelsen bestående i en sänkning av graden av tvång samt en

---

<sup>15</sup> Svea hovrätts dom den 26 september 2005 i mål B 5763-05.

överföring dit av vissa utnyttjandefall har bidragit till att ytterligare förstärka och tydliggöra rätten till personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande. Vissa brister har dock identifierats gällande utnyttjandesituationer. Vidare har vi sett ett behov att göra det än tydligare än i dag att det vid avgränsningen av våldtäktsbestämmelsen ska göras en bedömning av *kränkningen av* en sexuell handling och inte en teknisk jämförelse mellan olika handlingar. Med undantag av vad som nu sagts har annat dock inte framkommit än att bestämmelserna i 6 kap. 1–3 §§ i och för sig är klara och väl avgränsade. Som vi återkommer till får den utvidgning av begreppet hjälplöst tillstånd som vi föreslår följdverkningar för övriga bestämmelser.

### *Ett särskild skydd för barn mot sexualbrott*

Sedan utvidgningen av våldtäktslagstiftningen år 1998 har gällt att det är kränkningens art i stället för sexualhandlingen som ska vara avgörande för om en gärning är jämförlig med påtvingat samlag. När det gäller brott mot barn och tillämpningen av begreppet ”sexuell handling” i avgränsningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn var det lagstiftarens tanke i 2005 års reform att denna avgränsning i princip ska sammanfalla med den som görs avseende brott mot vuxna.<sup>16</sup> Bedömningen av kränkningen ska således vara densamma för barn som för vuxna.

Som vi återkommer till senare gör vi, bl.a. mot bakgrund av erfarenheter från arbete inom hälso- och sjukvården med barn som utsatts för sexuella kränkningar, bedömningen att det beträffande brott mot barn, i vart fall yngre barn, i större utsträckning än beträffande brott mot vuxna saknar betydelse för kränkningen vilken karaktär den sexuella handlingen har. Det fokus som rättstillämpningen har på sexualhandlingens karaktär, och då närmast frågan om förekomst av penetration, är enligt vår mening allt för stort vid bedömningen av brott mot barn. I syfte att bättre skydda barn anser vi därför att en förändring bör ske när det gäller gränsdragningen mellan de olika straffbestämmelserna. Tillämpningsområdet för våldtäkt mot barn bör ges en vidare omfattning jämfört med brottet mot vuxna. I kränkningshänseende kan en och samma typ av sexualhandling vara att bedöma som jämförlig med samlag om

---

<sup>16</sup> Prop. 2004/05:45 s. 71.

den riktas mot ett barn men inte vara det om den riktas mot en vuxen.

När det gäller gränsdragningen mellan de olika brotten mot barn har det i den allmänna debatten riktats kritik mot HD:s bedömningar i avgörandena NJA 2006 s. 79 I och II att rubricera gärningarna som sexuellt utnyttjande av barn och inte som våldtäkt mot barn. Det har till och med sagts att rättstillämpningen står i strid med lagstiftarens intentioner.<sup>17</sup> Vid de samråd vi genomfört har liknande kritik framförts.

Det har varit en allmän uppfattning bland de åklagare och domare och advokater som vi mött att dessa vägledande avgöranden har varit styrande för hur underrättspraxis har utvecklats och att utrymmet för att döma för våldtäkt mot barn genom dessa domar har blivit tämligen begränsat i fall då målsäganden uppnått en ålder om 13 år och tvång inte förekommit. Denna uppfattning har stöd i den genomgång av orefererad praxis som vi har gjort.

Även om det tycks vara så att tillämpningsområdet för sexuellt utnyttjande av barn fått en omfattning som inte kunde förutses vid reformarbetet saknas enligt vår uppfattning tillräckligt underlag för att påstå att rättstillämpningen står i strid med lagstiftarens intentioner. Vid en jämförelse med refererad och orefererad praxis från tiden före reformen har vi funnit att en straffskärpning genom reformen i vart fall i någon mån har skett när det gäller gärningar motsvarande dem i avgörandena från 2006, vilka tidigare rubricerades som sexuellt utnyttjande av underårig men nu som sexuellt utnyttjande av barn. Dock är det vår uppfattning att tröskeleffekten i straffvärdehänseende mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn är allt för hög för gärningar som med hänsyn till likheter och skillnader i gärningsomständigheter borde ligga tämligen nära varandra straffvärdemässigt.

Också mellan brotten våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn har vi funnit att det finns en tröskeleffekt i straffvärdehänseende som det finns skäl att ifrågasätta.

Såvitt avser de nu nämnda mer kvalificerade sexualbrotten riktade mot barn är det vår slutsats att även om skyddet för barn (inklusive ungdomar under 18 år) har förstärkts allmänt sett genom 2005 års reform, så har lagstiftarens intentioner om ett förstärkt skydd inte till fullo uppfyllts. Som vi nyss nämnt föreslår vi därför en utvidgning av tillämpningsområdet för våldtäkt mot barn. Vidare föreslår

---

<sup>17</sup> Se bl.a. Madeleine Leijonhufvud, JT 2005-06:04, s. 900 ff.



vi att ett förhöjt straffminimum om fängelse sex månader införs för brottet sexuellt utnyttjande av barn och att straffminimum för grovt sexuellt övergrepp mot barn höjs till fängelse ett år. Vi återkommer till dessa frågor längre fram.

Av övriga straffbestämmelser som endast gäller personer under 18 år föranleddes den nuvarande avfattningen av sakliga eller språkliga skäl. Brottet *utnyttjande av barn för sexuell posering* var nytt genom reformen men motsvarade delar av tidigare bestämmelsen om sexuellt ofredande. Beträffande brottet *köp av sexuell handling av barn* var en viss utvidgning av det straffbara området avsedd jämfört med vad som tidigare gällde för brottet förförelse av ungdom. Utvidgningen skedde genom dels att begreppet "sexuellt umgänge" ersattes med "sexuell handling", dels att det inte längre krävs att det handlar om tillfälligt sexuellt umgänge (rena prostitutionsförhållanden). Med hänsyn till att underlaget för utvärderingen av dessa två bestämmelser varit mycket begränsat är det inte möjligt att dra några säkra slutsatser gällande frågan om det finns några problem vid tillämpningen av dem.

Ändringarna av bestämmelsen om *sexuellt ofredande* enligt 6 kap. 10 § första stycket brottsbalken föranleddes endast av språkliga skäl. Såvitt avser denna ändring och andra ändringar som gjordes av språkliga skäl är det allmänt sett vår bedömning att lagstiftarens syfte att genom reformen mönstra ut begrepp som framstod som olämpliga eller föråldrade har uppfyllts.

#### *Övriga bestämmelser i 6 kap. brottsbalken*

Beträffande övriga straffbestämmelser i 6 kap. brottsbalken var förändringar genom reformen föranledda av sakliga eller språkliga skäl. Således ändrades bestämmelsen om samlag med avkomling respektive samlag med syskon endast språkligt genom reformen medan bestämmelsen om koppleri ändrades både i sak och språkligt. Den sakliga ändringen avsåg ett tillägg till de exemplifierande omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av om ett brott är grovt. Antalet lagförda fall enligt dessa bestämmelser är litet men vår utvärdering av lagen ger inte underlag för att säga annat än att de avsikter lagstiftaren haft med ändringarna har uppfyllts.

Såvitt avser ändringen av bestämmelsen om sexuellt ofredande var ingen förändring av kriminaliseringens räckvidd avsedd med ändringen i bestämmelsens andra stycke. I vår utvärdering har vi

dock beträffande en viss typ av gärningar iakttagit ett försämrat skydd vid tillämpningen av denna bestämmelse, jämfört med före reformen. Det försämrade skyddet gäller gärningar, riktade såväl mot vuxna som mot barn, bestående i att någon genom ord eller handling ofredar en person på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet. Som vi redogör för längre fram föreslår vi därför vissa förändringar i denna bestämmelse för att förbättra skyddet för den sexuella integriteten.

Även bestämmelserna i nuvarande 6 kap. 13–15 §§ brottsbalken förändrades i viss mån genom reformen. Vi hänvisar till kapitel 2 för en kortare redogörelse för de ändringar som gjordes. Vår bedömning är att tillämpningen av bestämmelserna synes ligga helt i linje med lagstiftarens syfte med reformen.

### *Sammanfattande slutsatser*

Sammanfattningsvis är det vår uppfattning att skyddet för personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande totalt sett har förstärkts och tydliggjorts genom reformen, liksom att skyddet för barn under 18 år har ökat. Vidare är det vår uppfattning att syftet med reformen att skapa klara och väl avgränsade bestämmelser huvudsakligen har tillgodosetts. Ur ett mer övergripande perspektiv har, enligt vår mening, således lagstiftarens syfte med reformen i nämnda hänseenden uppnåtts.

Sett till olika brottskategorier var för sig har syftet dock uppnåtts i olika mån. I avsikt såväl att ytterligare förstärka skyddet för personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande, som att ytterligare klargöra och avgränsa bestämmelsernas tillämpningsområde, har vi därför funnit skäl att föreslå vissa förändringar i sexualbrottslagstiftningen. Dessa förslag redovisas närmare i kommande avsnitt. När det gäller lagstiftarens syfte att genom reformen modernisera språket i lagstiftningen och mönstra ut begrepp som framstod som olämpliga eller föråldrade är det vår bedömning att även detta syfte har uppnåtts.

## 7 Begreppet ”sexuell handling”

### 7.1 Inledning

Enligt direktiven ska vi undersöka hur begreppet ”sexuell handling” har tolkats och tillämpats i praktiken. Vårt uppdrag i den delen är att särskilt utreda och redovisa hur begreppet har avgränsats mellan olika brott, t.ex. våldtäkt och sexuellt tvång respektive sexuellt tvång och sexuellt ofredande, samt vilka omständigheter som har varit avgörande för domstolarnas bedömning. Vidare ska vi särskilt undersöka hur begreppet har tillämpats i situationer där någon fysisk beröring mellan gärningsman och offer inte har förekommit eller förekommit endast i begränsad utsträckning.

I avsnitt 7.2 behandlar vi uttrycket mera övergripande. Vi återkommer sedan längre fram i kapitlet närmare till tolkningen och tillämpningen av begreppet i samband med att gränsdragningen mellan de olika sexualbrotten mot vuxna respektive barn diskuteras. Begreppet ”sexuell handling” har även betydelse för gränsdragningen mellan sexualbrott och andra brott mot person, vilket vi mot bakgrund av vår praxisgenomgång har funnit skäl att närmare belysa. Vi redovisar också i detta kapitel mer samlat tillämpningen av begreppet i situationer där det inte förekommit någon varaktig fysisk beröring. I det sammanhanget, och när vi särskilt belyser frågan om övergrepp på Internet, tar vi också ur ett generellt perspektiv upp frågan om sexualbrotten ska anses vara s.k. egenhändiga brott, där endast den person kan vara gärningsman som utfört själva sexualhandlingen.

## 7.2 Om begreppet i ett övergripande hänseende

Genom 2005 års reform ersattes genomgående det i 6 kap. brottsbalken tidigare använda begreppet "sexuellt umgänge" med "sexuell handling". Det tidigare uttrycket hade blivit kritiserat såväl från språkliga som sakliga utgångspunkter.

Från pedagogisk synpunkt ville Sexualbrottskommittén välja ett uttryck som beskriver en gärning som är ett ensidigt handlande och som utgör en sexuell kränkning. Kommittén föreslog som nytt och mer neutralt begrepp uttrycket "sexuell handling". Vid remissbehandlingen av Sexualbrottskommitténs betänkande var det endast ett mindre antal remissinstanser som yttrade sig över begreppet som sådant. Majoriteten av dessa var positiva till förslaget men några av remissinstanserna ansåg att begreppet "sexuell handling" var alltför vagt och obestämt för att kunna godtas med tanke på legalitetsprincipen. Regeringen besvarade denna kritik med att även om utgångspunkten för all lagstiftning givetvis bör vara att den ska vara så klar och tydlig som möjligt är avsikten att begreppet ska fånga upp en mängd olika sexuella handlingar som en person kan utsättas för och att det därför finns ett starkt behov av att använda ett uttryck som ger ett visst tolkningsutrymme. Det kunde således enligt regeringen inte komma i fråga att i lagtext i detalj försöka räkna upp olika sexualhandlingar. Just uttrycket "sexuell handling" var det begrepp som enligt regeringen bäst beskriver de handlingar som bör omfattas av rekvisitet.<sup>1</sup>

I likhet med kommittén ansåg regeringen att uttrycket "sexuell handling" ska omfatta i allt väsentligt samma handlingar som avsågs med uttrycket "sexuellt umgänge" men därutöver något mer. I avsnitt 2.3 har vi mer utförligt redogjort för innebörden av uttrycket enligt motiven.

## 7.3 Särskilt om betydelsen av att fysisk beröring inte förekommit

För att en handling ska bedömas som en sexuell handling i lagens mening krävs att en någorlunda varaktig fysisk beröring av antingen den andres könsorgan eller den andres kropp med det egna könsorganet har förekommit. En fysisk beröring kan antingen bestå av

---

<sup>1</sup> Prop. 2004/04:45 s. 32 f.

en direkt kroppskontakt eller vara av ett mer indirekt slag om den hindras av t.ex. klädesplagg.

En viss utvidgning av det straffbara området var avsedd genom 2005 års reform genom att även vissa handlingar med påtaglig sexuell prägel, där någon fysisk beröring mellan gärningsman och offer inte har förekommit eller förekommit endast i begränsad utsträckning, ska kunna omfattas av begreppet sexuell handling. För att utröna vilka effekterna har blivit av reformen i detta hänseende har vi vid praxisgenomgång och samråd haft ett särskilt fokus på tillämpningen av begreppet i situationer där någon fysisk beröring inte har förekommit mellan gärningsman och offer eller endast förekommit i begränsad omfattning.

Som angetts i avsnitt 2.3 gav regeringen som exempel på sådana olika förfaranden som enligt regeringens mening bör kunna bedömas som sexuella handlingar, trots att det inte varit fråga om någon varaktig fysisk beröring, att en gärningsman samtidigt som han onanerar berör en annan person sexuellt, liksom att gärningsmannen förmår offret att själv onanera. Även förfaranden när gärningsmannen själv vidtar eller förmår offret att vidta flera olika handlingar som sedda var för sig inte når upp till nivån "sexuell handling" men som sedda tillsammans i dess helhet gör det bör enligt regeringen omfattas av begreppet. Regeringen anförde att det som karaktäriserar dessa handlingar – där det alltså inte är fråga om någon varaktig kroppslig beröring – är att gärningsmannen på ett eller annat sätt använder eller utnyttjar offrets kropp som hjälpmedel för att bereda sig själv sexuell tillfredsställelse. Enligt regeringens mening hade de förfaranden som var aktuella i NJA 1996 s. 418, om de hade prövats enligt den reformerade lagstiftningen, varit att bedöma som en sexuell handling.<sup>2</sup>

När det gäller ställningstagandet till huruvida en gärning som inte innefattar en fysisk beröring, eller endast en begränsad sådan, är att bedöma som en sexuell handling torde gränsdragningsfrågorna främst ställas på sin spets vid bedömningen av det "nedre skiktet" av sexuell handling, det vill säga i gränsdragningen mellan sexuellt tvång och sexuellt ofredande eller sexuellt övergrepp mot barn och sexuellt ofredande. Detta eftersom samlag är jämförelsenormen för våldtäkt i dagens lagstiftning. Har det inte förekommit en någorlunda varaktig beröring torde handlingen normalt vara alltför olik en handling som med hänsyn till kränkningens art och omständig-

---

<sup>2</sup> A. prop. s. 34.

heterna i övrigt är jämförlig med samlag. Dock går det att tänka sig situationer där en gärning där någon varaktig fysisk beröring inte har förekommit ändå skulle kunna vara att bedöma som våldtäkt. Att under grovt hot tvinga två personer till samlag är således ett exempel på en gärning som skulle kunna vara att klassificera som en sexuell handling och då också som våldtäkt. Ett annat exempel är att en person via en s.k. webbkamera förmår en annan person under tvång att utföra en sexuell handling på sig själv.

## 7.4 Erfarenheter från utvärderingen och bedömningar

**Bedömning:** Införandet av begreppet "sexuell handling" har varit ändamålsenligt och har tjänat lagstiftarens syfte med reformen väl.

### 7.4.1 Övergripande

När vi vid samråd har tagit upp frågan om tolkningen och tillämpningen av begreppet "sexuell handling" har den generella uppfattningen bland de personer vi diskuterat med varit att begreppet som sådant inte innebär något problem, varken från språkliga eller sakliga utgångspunkter. Även våra erfarenheter från praxisgenomgången är att begreppet generellt sett fungerar väl som brottsrekvisit. Vi har i vår utvärdering haft ett särskilt fokus på frågan hur begreppet har fungerat vid gränsdragningen mellan olika sexualbrott. Några direkta gränsdragningsproblem har inte identifierats och det kan konstateras att Högsta domstolen har lämnat stöd åt rättstillämpningen genom vägledande avgöranden i bl.a. NJA 2008 s. 482 I och II. Vi återkommer senare till gränsdragningsfrågor i samband med att de olika brotten behandlas. Varken samråden eller praxisgenomgången har heller gett vid handen att begreppet i rättstillämpningen uppfattas som problematiskt med tanke på legalitetsprincipen.

I detta sammanhang där sexuell handling behandlas vill vi redovisa att det vid den hearing med bl.a. frivilligorganisationer som vi hållit framfördes från Riksförbundet för Sexuell Upplysning (RFSU) att begreppet generellt borde omfatta även handlingar där någon i sexuellt syfte tömmer tarmen på offret eller släpper sin utlösning

på offret. RFSU var därmed kritiskt till uttalanden om gärningar av detta slag som gjordes i förarbeten till lagstiftningen.<sup>3</sup>

#### **7.4.2 Gränsdragningen mot andra brott mot person. Gärningsmannens avsikt i förhållande till begreppet sexuell handling**

Brott mot person utgör en kränkning av den personliga integriteten. Det som skiljer sexualbrotten från övriga brott mot person är att det finns ett sexuellt moment i övergreppet. Hur kvalificerat det sexuella momentet är och till vilken nivå den sexuella kränkningen når upp har betydelse för såväl den inbördes gränsdragningen *mellan sexualbrotten* som gränsdragningen *mot andra brott* mot person. Avgörande för gränsdragningarna är huruvida en sexuell handling föreligger eller inte. När det gäller den senare gränsdragningen, den mot andra brott mot person, har vi vid vår genomgång av praxis sett tecken på att det i rättstillämpningen kan uppstå svårigheter att bedöma ett handlande. Svårigheterna tycks närmast gälla vilken betydelse avsikten hos gärningsmannen ska ha. Vi har funnit skäl att något närmare belysa den frågan. I detta sammanhang är det endast gränsdragningsfrågor som rör de mer kvalificerade sexuella handlingarna som vi behandlar. Vi återkommer i avsnitt 11.3 till gränsdragningen mellan sexuellt ofredande och ofredande.

Generellt gäller att vilken avsikt en person haft med sitt handlande kan ha betydelse för bedömningen av huruvida ett brott begåtts såväl objektivt sett som subjektivt sett. Avsikten kan även inverka på bedömningen av ett brotts straffvärde. Vad det i detta sammanhang handlar om är vilken betydelse gärningsmannens avsikt har för *den objektiva bedömningen av om en sexuell handling och ett sexualbrott förelåg*. Vi ska här närmast belysa den frågan. I nästa avsnitt tar vi därefter särskilt – och ur ett mer allmänt perspektiv – upp frågan om subjektiv täckning av begreppet "sexuell handling".

Problem kring gränsdragningen mellan sexualbrott och andra brott uppkommer knappast när gärningsmannen har utfört en "typisk" sexualhandling av kvalificerat slag och gärningsmannen också har haft ett sexuellt motiv. Gärningen kan då förmodligen bedömas som en sexuell handling. Situationer där gränsdragningsproblem mellan sexualbrott och andra brott mot person kan uppstå är främst av tre

<sup>3</sup> Se a. prop. s. 34.

varianter. Det ena typfallet (I) är när gärningsmannen i och för sig utfört en "typisk sexualhandling" men primärt, eller enbart, har haft ett annat motiv än ett sexuellt sådant. Exempelvis kan gärningsmannen ha skadat eller annars vållat offret smärta i underlivet eller andra "sexuella zoner" på kroppen och syftet med gärningen varit just att misshandla men kanske även att kränka offret sexuellt.

Det andra typfallet (II) är när gärningsmannen utfört en, mer eller mindre, "atypisk sexualhandling" men haft en sexuell avsikt med sin handling. Exempel på detta kan vara att gärningsmannen urinerar eller tömmer tarmen på offret.

Ett tredje typfall (III) av gärningar där det kanske i något enskilda fall sker någon form av överväganden kring om ett sexualbrott föreligger är när gärningsmannen utför en i och för sig "atypisk sexualhandling" och inte haft ett sexuellt motiv men där gärningsmannen ändå skadat eller vållat offret smärta eller obehag i underlivet eller andra "sexuella zoner" på kroppen. Man kan här som mer extrema fall tänka sig olika situationer med tortyr, utan inslag av penetration. Gärningar av detta slag utgör enligt gällande rätt dock knappast en sexuell handling.

Våra erfarenheter från praxisgenomgången i fråga om gränsdragningen mellan de mer kvalificerade sexualbrotten å ena sidan och andra brott mot person å andra sidan kommer enbart från underrättspraxis.

Ett hovrättsavgörande där gärningsmannens syfte tycks ha haft en avgörande betydelse för utgången i målet gällde en undersökningssituation. I målet var utrett att den åtalade mannen undersökt sin nioåriga flickas mödomshinna genom att ha fört in sitt finger i flickans slida. Han hade förklarat att hans avsikt med detta var att kontrollera flickans oskuld. Det handlade om två beröringar vid ett tillfälle. Beröringarna hade inte varit långvariga men inte heller helt flyktiga. Tingsrätten fann det uppenbart att målsägandens sexuella integritet kränkts allvarligt genom handlandet. I frågan om gärningen haft en påtaglig sexuell prägel fann tingsrätten dock att den inte haft det eftersom gärningen haft ett helt annat motiv än ett sexuellt. Tingsrätten ogillade till följd härav åtalet där ansvar yrkats för våldtäkt mot barn. Även i hovrätten godtogs mannens uppgifter att hans syfte med gärningen varit att undersöka dotterns oskuld. Hovrätten konstaterade därefter att det därmed inte var visat att han haft något sexuellt syfte med sitt agerande och att något ansvar för sexualbrott därför inte kunde bli aktuellt. Det var utrett att dottern känt smärta vid händelsen. Sedan åklagaren i hovrätten justerat sin



gärningsbeskrivning dömde hovrätten den åtalade mannen för miss-handel. Hovrätten fann att straffvärdet av gärningen motsvarade fängelse i fyra månader.<sup>4</sup>

Ett annat hovrättsavgörande som vi vill belysa här gällde ett åtal för grov kvinnofridskränkning och våldtäkt. Såväl tingsrätten som hovrätten dömde också för de gärningarna. Domstolarna tycks vid sin objektiva bedömning av om en sexuell handling förelåg ha bortsett från gärningsmannens avsikt. Påståendet om våldtäkt gällde att gärningsmannen fört in ett moppskaft ca tio centimeter in i målsägandens slida. Gärningsmannen hade i anslutning till den händelsen lämnat kränkande uttalanden av sexuell innebörd. Tingsrättens motivering, till vilken hovrätten anslöt sig, var att händelsen med moppskaftet inte synes ha haft som mål att tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift utan att den huvudsakliga avsikten varit att allvarligt kränka målsägandens sexuella integritet. I domskälen redogjordes för förarbetsuttalanden kring begreppet "sexuell handling" och konstaterades att eftersom gärningsmannens handlande var att betrakta som lika allvarligt som ett påtvingat samlag skulle han dömas för våldtäkt.<sup>5</sup>

Angående vägledningen i motiven till 2005 års reform<sup>6</sup> till hur rekvisitet "sexuell handling" ska tolkas anges att handlingen ska (1) ha haft en påtaglig sexuell prägel och (2) ha varit ägnad att kränka offrets sexuella integritet. Detta är samma krav som gällde för begreppet "sexuellt umgänge". Huruvida handlingen haft en *påtaglig sexuell prägel* anges i motiven följande kring bedömningen av detta krav.

För att en handling skall anses ha haft en påtaglig sexuell prägel bör det räcka att handlingen varit av sådan karaktär att den typiskt sett syftar till att väcka eller tillfredsställa bådars eller enderas sexuella drift. Frågan om den sexuella handlingen medfört en direkt tillfredsställelse av könsdriften eller inte bör dock lika lite som i dag vara av betydelse vid den rättsliga bedömningen.

Att gärningen "typiskt sett" ska syfta till att väcka eller tillfredsställa bådars eller enderas sexuella drift kan inte förstås på annat sätt än att det ska göras en objektiv bedömning av de faktiska omständigheterna.

<sup>4</sup> RH 2010:9 (Hovrättens för Västra Sverige dom den 23 februari 2009 i mål B 2544-08 och Mölndals tingsrätts dom den 4 april 2008 i mål B 889-07), se praxissammanställningen, bilaga 2.

<sup>5</sup> Svea Hovrätts dom den 21 maj 2008 i mål B 2540-08 (Falun tingsrätts dom den 3 mars 2008 i mål B 231-08).

<sup>6</sup> A. prop. s. 33.

Beträffande kravet på att handlingen ska ha varit ägnad att *kränka offrets sexuella integritet* uttalas uttryckligen i motiven att det är en objektiv bedömning som ska göras av de faktiska omständigheterna. Denna bedömning ska – för att kravet ska vara uppfyllt – ge vid handen att handlingen typiskt sett innebär en sådan kränkning.

Det är alltså vår slutsats att rekvisitet "sexuell handling" ska tolkas så att gärningsmannens avsikt i det enskilda fallet inte ska vara avgörande för bedömningen av om en sådan handling ska anses föreligga. (Slutsatsen gäller dock inte försöksbrott, vi återkommer strax till den frågan.) Avgörande enligt gällande rätt måste i stället anses vara huruvida den bedömning som görs av handlingen leder till resultatet att det objektivt sett är fråga om en handling med påtaglig sexuell prägel som är ägnad att kränka offrets sexuella integritet. Utgångspunkten blir därmed också att en gärning som kan betecknas som en "typisk sexualhandling" enligt typfall I ovan också är att bedöma som en sexuell handling. När det gäller en "atypisk sexualhandling" enligt typfall II blir i stället utgångspunkten att den inte är att bedöma som en sexuell handling. Dock har lagstiftaren öppnat för möjligheten för domstolarna att i det enskilda fallet göra en annan bedömning efter en helhetsbedömning av situationen.<sup>7</sup> I vår praxisgenomgång har vi dock inte påträffat någon gärning av sådant slag.

De två ovan behandlade hovrättsavgörandena utgör exempel på vilka svåra avvägningar domstolarna kan ställas inför. Vi menar emellertid att de utgångspunkter vi här har ställt upp för bedömningen av om ansvar för sexualbrott objektivt sett kan komma i fråga bör kunna tjäna som vägledning. Gärningsmannens verkliga avsikt i det enskilda fallet bör alltså inte vara avgörande för den objektiva bedömningen. I sammanhanget vill vi påpeka vanskligheten i att på det begränsade underlag som uppgifter i en dom utgör i efterhand göra en bedömning av om en sexuell handling förelåg eller inte objektivt sett. Omständigheterna i det enskilda fallet kring en gärning, t.ex. sådan som den med moppskaftet, kan vara sådana att den i ett fall kan bedömas vara en "typisk sexualhandling" medan den i ett annat kan bedömas vara "atypisk" och utgöra ett annat brott än ett sexualbrott. Såvitt avser undersökningssituationer så som det första av de ovan behandlade hovrättsavgörandena vill vi här också lyfta frågan om jämförelser med undersökningar inom hälso- och sjukvården. Att göra något analogislut från vad

---

<sup>7</sup> A. prop. s. 34.

som gäller för en gynekologisk undersökning företagen inom ramen för hälso- och sjukvården bör enligt vår uppfattning inte komma i fråga mot bakgrund av att det skett i ett privat sammanhang och av en obehörig person.<sup>8</sup>

När det gäller försöksbrott gäller inte det ovan närmast kategoriska uttalandet om betydelsen av gärningsmannens avsikt. Detta med hänsyn till försöksbrottens konstruktion. Att ta hänsyn till gärningsmannens avsikt med gärningen blir i stället nödvändigt som ett led i bedömningen av dennes brottsplan och om ett försöksbrott objektivt sett föreligger. Ett exempel på ett orefererat hovrättsavgörande gällande försök till våldtäkt är följande. Gärningsmannen hade antastat en för honom okänd kvinna utanför hennes bostad. Han höll fast henne, gav henne en örfil i ansiktet, drog henne i håret, försökte att kyssa henne och drog i hennes kläder samtidigt som han försökte att dra upp blytlåset på hennes jacka. Domstolarna (tingsrätten och hovrätten) dömde mannen för ofredande och (ringa) misshandel. Tingsrätten angav att det inte var klarlagt att han haft för avsikt att våldta kvinnan. Frågan om gärningen skulle bedömas som försök till våldtäkt fördes inte vidare till hovrättens prövning.<sup>9</sup>

Frågan är om det bör konkretiseras närmare hur gränsdragningen av rekvisitet "sexuell handling" bör göras och också var den bortre gränsen för sexualbrotten bör gå.

Väljer man, såvitt avser det objektiva tillämpningsområdet, att låta begreppet "sexuell handling" även omfatta gärningar som de facto kränker offrets sexuella integritet men där den sexuella prägeln av gärningen kanske inte är påtaglig, eller där den kanske inte typiskt sett innebär en kränkning av offrets sexuella integritet, uppstår lätt konkurrensproblem. Vi anser det inte rimligt med en ordning där slag riktade mot könsdelar bedöms som sexualbrott medan slag mot andra delar av kroppen bedöms som misshandel.

Som ett annat exempel på en konkurrensproblematik kan anges att en person utsätts för tortyr genom elektriska stötar mot könsorgan eller bröst. Att en kränkning då sker av den sexuella integriteten är ganska uppenbart. Skälet till att gärningen riktas mot så-

---

<sup>8</sup> En gynekologisk undersökning inom hälso- och sjukvården kan knappast vara att bedöma som en otillåten gärning. Med största sannolikhet brister det därvid både i fråga om gärningen haft en påtaglig sexuell prägel och om den varit ägnad att kränka offrets sexuella integritet. Hur som helst måste en sådan undersökning anses som rättsenlig, antingen på grund av samtycke eller med hänvisning till att den i vart fall är socialadekvat.

<sup>9</sup> Svea Hovrätts dom den 16 april 2008 i mål B 824-08 (Uppsala tingsrätts dom den 27 december 2007 i mål B 6133-07).

dana zoner utanpå kroppen är dock närmast att upplevelsen av smärta är särskilt stark där. Med dagens reglering torde en sådan gärning inte vara att bedöma som ett sexualbrott (ett exempel på typfall III) utan enbart som en misshandel, antagligen grov. Omständigheten att en kränkning skett av offrets sexuella integritet bör dock ges en betydelse vid straffvärdebedömningen av det brottet. Skulle sexualbrotten tolkas enligt en vidare måttstock än i dag uppstår frågan om det i konkurrens med grov misshandel även ska dömas för sexualbrottet eller om sexualbrottet ska konsumeras av det väsentligen svårare brottet. Oavsett vilken modell som väljs torde (det sammanlagda) straffvärdet av gärningen inte påverkas.

Vi ser mot bakgrund av vår utvärdering inget behov av att med anledning av gränsdragningen mellan sexualbrotten och andra brott mot person nu utvidga eller närmare definiera tillämpningsområdet för begreppet "sexuell handling". Det är vår uppfattning att det tolkningsutrymme som rättstillämpningen i dag ges av begreppet "sexuell handling" är att föredra jämfört med mer vida eller preciserade bedömningsgrunder. Hur kvalificerat det sexuella momentet är och till vilken nivå den sexuella kränkningen uppgår vid en gärning varierar från handling till handling enligt en glidande skala liksom vilken avsikt gärningsmannen haft med sin handling. Förutsatt att gärningsmannens sexuella avsikt inte ges en självständig betydelse i frågan om ett sexualbrott föreligger är dagens gränsdragning utifrån omständigheter av objektiv natur rimlig och godtagbar. I den mån en konkurrensproblematik föreligger i förhållande till andra brott mot person än sexualbrott är det vår bedömning att den är praktiskt hanterbar. Med en vidare definition torde denna problematik bli större och svårare att överblicka.

#### **7.4.3 Begreppet sexuell handling och frågan om personligt ansvar**

Begreppet "sexuell handling" kan sägas vara ett speciellt juridiskt (juridiskt-tekniskt) begrepp.<sup>10</sup> Begreppet har emellertid även en karaktär av ett normativt rekvisit<sup>11</sup> eftersom det dessutom förutsätter en värdering. Allmänt kan sägas om uppsåtsprövningen av normativa rekvisit att uppsåtskravet endast ska avse verklighets-

---

<sup>10</sup> Exempel på andra sådana juridiska begrepp i straffrättsliga sammanhang är "besittning", "ägenderätt" och "oriktig uppgift".

<sup>11</sup> Typiska normativa brottsrekvisit är "fara" och "otillbörlig belöning".

underlaget som domstolen gör sin prövning av. Dock brukar i litteraturen påpekas beträffande termer som kräver värderingar eller bedömningar att det ofta kan vara rimligt att kräva att värderingen inte kommer som en överraskning för gärningsmannen. Ibland talas det i detta sammanhang om att det ska göras en "parallellvärdering i lekmannasfären".<sup>12</sup> Till verklighetsunderlaget brukar allmänt sett hänföras såväl sakförhållandena i det särskilda fallet som allmänna erfarenhetsatser.

När det gäller juridiskt-tekniska begrepp går det inte att säga något mer generellt om i vilka fall det krävs subjektiv täckning av själva termen, och att gärningsmannen så att säga har gjort en egen rättslig klassificering, eller i vilka fall det räcker att uppsåtet täcker verklighetsunderlaget. I stället har frågor härom avgjorts från fall till fall i rättspraxis under beaktande av vad som är rättspolitiskt motiverat. Som exempel kan nämnas att enligt fast praxis krävs subjektiv täckning av själva det juridiska begreppet "äganderätt".<sup>13</sup> Exempel på det motsatta är att det för begreppen "besittning" och "narkotika" inte krävs att gärningsmannen själv gjort den klassificeringen.<sup>14</sup> Det förekommer även att lagstiftaren gör uttalanden om kravet på subjektiv täckning. Ett exempel på detta är motiven till den nya smugglingslagen från år 2000 där det i motiven uttryckligen anges att samtliga brottsrekvisit ska vara subjektivt täckta.<sup>15</sup> Således krävs det subjektiv täckning av t.ex. tullplikt eller införselsförbud.

Att gärningsmannens uppsåt även ska täcka den rättsliga klassificeringen "sexuell handling" finns det inga uttalanden om i förarbetena till sexualbrottslagstiftningen. Något sådant krav har inte heller ställts upp av Högsta domstolen. Mot bakgrund av att begreppet är tekniskt och komplext till sin natur är det vår uppfattning att det är tillräckligt med uppsåt i förhållande till det verklighetsunderlag som domstolen gör sin prövning på.

Vad utgör då enligt gällande rätt verklighetsunderlaget, de faktiska förhållandena, som en bedömning av gärningsmannens uppsåt i förhållande till begreppet "sexuell handling" ska grunda sig på? Inget särskilt finns skrivet på området. Preciseringarna av rekvisitet i förarbetena att handlingen ska ha en *påtaglig sexuell prägel* respektive vara *ägnad att kränka offrets sexuella integritet* utgör inte

<sup>12</sup> Se Nils Jareborg, Allmän kriminalrätt, 2001, s. 351 och Petter Asp, Magnus Ulväng och Nils Jareborg, Kriminalrättens grunder, 2009, s. 389 f.

<sup>13</sup> Se t.ex. NJA 1907 s. 471 och 1991 s. 117.

<sup>14</sup> Se t.ex. NJA 1979 s. 62 och 1999 s. 485.

<sup>15</sup> Prop. 1999/2000:124 s. 80 ff.

sådana faktiska förhållanden utan är i sig sådana rekvisit som i sig förutsätter en värdering. Hade de utgjort brottsrekvisit hade det normalt sett inte krävts uppsåt i förhållande till värderingen, utan enbart i förhållande till verklighetsunderlaget som utnyttjas vid bedömningen. Följaktligen bör dessa rekvisit/värderingar i sig inte heller vara täckta av gärningsmannens uppsåt.

Verklighetsunderlaget bör enligt vår uppfattning i stället närmast omfatta att handlandet utgjort en fysisk beröring av antingen den andres könsorgan eller den andres kropp med det egna könsorganet. Vidare torde det vara rimligt att kräva att gärningsmannen också ska ha uppsåt i förhållande till att en gärning av det aktuella slaget är sådan att den kan leda till att väcka eller tillfredsställa den sexuella driften hos den ene eller båda personerna. Till exempel torde det vara en allmän erfarenhetssats att penetration av en annan persons vagina eller anus, även med annat än penis eller finger, kan leda till att den sexuella driften hos den ene eller båda väcks eller tillfredsställs. Dock är det rimligt att kräva att den bedömning som görs inte ska komma som en överraskning för gärningsmannen. En "parallellvärdering i lekmannasfären" bör alltså göras. Det bör då prövas huruvida gärningsmannens bedömning, eller den bedömning han tror andra kan göra, påminner om den domstolen gör. Återigen bör det emellertid understrykas att eftersom vägledande uttalanden eller avgöranden på området saknas är det oklart vad kravet på subjektiv täckning i förhållande till begreppet "sexuell handling" egentligen innebär. Enligt gällande rätt ges domstolarna därför ett ganska vitt tolkningsutrymme.

#### 7.4.4 När den kroppsliga beröringen inte är varaktig

Vid de samråd vi haft i inledningen av utredningsarbetet har vi inte delgetts något exempel på fall där det varit aktuellt att pröva huruvida en handling som *inte* innefattade en kroppslig beröring mellan parterna, eller där en sådan beröring förekommit endast i begränsad utsträckning, var att bedöma som en sexuell handling. Någon refererad praxis finns inte i frågan. Bland orefererad praxis finns det dock exempel, även om de är få. Vid vår praxisgenomgång har vi funnit ett avgörande där ett handlande av denna karaktär bedömts som sexuell handling.<sup>16</sup> I det fallet hade en man genom dödshot

---

<sup>16</sup> Svea hovrätts dom den 22 december 2009 i mål B 7212-09 (Uppsala tingsrätts dom den 27 augusti 2009 i mål B 7120-08).

mot målsäganden och hennes mamma förmått målsäganden att i ungefär tio minuter onanera framför en webbkamera. Tingsrätten fann att gärningen haft en påtaglig sexuell prägel och uppenbarligen varit ägnad att kränka målsägandens sexuella integritet. Gärningen bedömdes således av tingsrätten som en sexuell handling och den tilltalade dömdes för grovt sexuellt tvång. Hovrätten delade tingsrättens bedömning i skuldfrågan. Tingsrätten uttalade att gärningen till sin karaktär var att bedöma som en "digital våldtäkt" och att dess straffvärde översteg minimistraffet för våldtäkt av normalgraden. Hovrätten gjorde en något annorlunda straffvärdebedömning. Enligt hovrätten var straffvärdet betydande och översteg klart ett års fängelse men gärningen kunde inte i straffvärdehänseende fullt ut jämföras med en våldtäkt. Eftersom den tilltalade dömdes även för ett mycket stort antal andra gärningar gick det inte av domarna att närmare utläsa straffvärdebedömningen för nu nämnt brott.

Vidare kan i detta sammanhang nämnas ett orefererat avgörande bland de domar från första halvåret år 2008 som vi gått igenom.<sup>17</sup> I avgörandet prövades en gärning bestående i att den tilltalade lagt två målsägande, som båda var under 15 år, i samlagsställning och utfört samlagsrörelser med dem samtidigt som han uppmanat dem att ha samlag med varandra och berört dem mellan benen. Gärningen var i åtalet rubricerad som sexuellt ofredande enligt bestämmelsens andra stycke. Hovrätten ogillade åtalet på denna punkt med motiveringen att den tilltalade endast försökt att förmå målsägandena till en sexuell handling och att detta är att bedöma som ett försök till sexuellt ofredande, vilket inte är straffbart. Av domen framgår att den tilltalade när han utförde samlagsrörelser på målsägandena tryckte/pumpade på den ene personens rumpa så att deras underliv kom att pressas mot varandra. Målsägandena hade kläder på sig under händelsen. Även om det kan diskuteras i vad mån gärningsbeskrivningen som den var avfattad ger utrymme för domstolen att döma för en annan gärning än sexuellt ofredande förs i domen ingen diskussion kring huruvida den tilltalades gärning skulle kunna vara att bedöma som en sexuell handling.

Vi har därefter under våren 2010 ställt en särskild fråga till åklagarkamrarna angående ärenden där det varit aktuellt att pröva huruvida en handling som inte innefattade en kroppslig beröring, eller där en sådan beröring förekommit endast i begränsad utsträckning, ändå

---

<sup>17</sup> Göta hovrätts dom den 3 december 2007 i mål B 2581-07 (Kalmar tingsrätts dom den 25 september 2007 i mål B 2732-07).

var att bedöma som en sexuell handling. Genom de svar som inkom fick vi del av ytterligare några exempel på situationer där frågan varit aktuell. Dels var det ett par fall av Internet-relaterade händelser där gärningsmannen via en webbkamera förmått offret att utföra en handling, dels ett fall där gärningsman och offer hade fysisk kontakt men där de handlingar som förekom inte var för sig utgjorde en sexuell handling men väl sammantaget var att bedöma så. I det senare fallet var omständigheterna de att gärningsmannen dömdes för att ha berört offret, en flicka i åttaårsåldern, i hennes underliv, fört hennes trosor åt sidan och blottat hennes underliv samt fotograferat hennes underliv minst sju gånger. Åklagaren gjorde gällande att detta var en sexuell handling och att gärningen skulle rubriceras som sexuellt övergrepp mot barn. Tingsrätten instämde i den bedömningen.<sup>18</sup>

Vår slutsats är att även om fall, där det har varit aktuellt att bedöma en gärning som en sexuell handling trots att någon varaktig beröring inte förekommit, är sällsynta bland anmälda sexualbrott så förekommer de. En utvidgning av det straffbara området avseende mer kvalificerade sexuella gärningar vid tillämpningen av begreppet "sexuell handling" jämfört med "sexuellt umgänge" tycks alltså ha skett. I detta sammanhang kan tilläggas att det finns skäl att utgå från att det finns ett mörkertal även bland denna typ av övergrepp.

En särskild kategori av gärningar som domstolarna har hanterat i det "utvidgade utrymmet" är de som gäller övergrepp som har skett på Internet och där parterna alltså inte har befunnit sig på samma plats. Avgörande för hur situationer av tvång eller utnyttjande i samband med att personer har sex inför en webbkamera eller via andra nätburna tekniker, som mobilnät, ska bedömas är vilka principiella straffrättsliga krav som ska ställas på gärningsmannens agerande i förhållande till själva sexualhandlingen.

Av tradition har rättstillämpningen hanterat sexualbrotten som egenhändiga brott. För att någon ska kunna dömas som gärningsman har då krävts att personen själv har utfört den straffbara gärningen, i detta fall den sexuella handlingen. Ett exempel från praxis under senare år där saken emellertid har behandlats annorlunda är RH 2004:48. I det rättsfallet bedömdes våldtäkt genom tvång vara ett brott som inte var egenhändigt utan medgärningsmannaskap ansågs föreligga. Det gällde en person som genom att utöva tvång mot offret främjade att en annan gärningsman utförde

---

<sup>18</sup> Södertörns tingsrätts dom den 24 april 2009 i mål B 1523-09.



själva sexualhandlingen. Vi anser att det finns goda skäl att, i likhet med vad domstolen gjorde i rättsfallet, lämna det synsätt där det krävs att någon personligen ska ha utfört sexualhandlingen för att kunna dömas som gärningsman när grunden är tvång.

Är grunden för ansvar i stället utnyttjande (andra stycket i 6 kap. 1 och 2 §§ brottsbalken) lägger dock enligt vår mening lagtextens utformning – vilken innebär att någon "genomför" den sexuella handlingen – hinder mot en sådan rättstillämpning. Det samma gäller för brott mot barn enligt 4–6 §§. För de gärningstyperna blir då en annan medverkande än den som utfört själva sexualhandlingen att bedöma enligt reglerna om medhjälp. Det ska dock här strykas under att förutsättningar finns att döma en medhjälpare lika strängt (eller t.o.m. strängare) som den som är egentlig gärningsman. Vi ser därför inget stort praktiskt problem att gärningar av dessa slag även framöver hanteras som egenhändiga brott. Ytterst är det en fråga för domstolarna att avgöra rubriceringsfrågan utifrån straffbudens utformning.

Vi ser alltså inga principiella straffrättsliga hinder mot en rättstillämpning som innebär att begreppet sexuell handling tillämpas på situationer där en person tvingar en annan, eller flera andra, till sex även om personerna inte träffas personligen. Exempelvis kan det gälla situationer så som den från praxis nyss beskrivna där offret tvingas att onanera på sig själv inför en webbkamera eller mobiltelefonkamera. Ett annat exempel är att gärningsmannen via någon sådan kamera genom tvång förmår två personer att genomföra ett samlag eller annan sexuell handling.

#### 7.4.5 Sammanfattande slutsatser

Sammanfattningsvis kan beträffande tolkningen och tillämpningen av begreppet "sexuell handling" sägas att de svårigheter som vi identifierat beträffande gränsdragningen mellan olika brott inte är av sådant slag att vi bedömer att begreppet som brottsrekvisit skulle vara alltför vagt och obestämt eller annars orsaka särskilda problem i rättstillämpningen. Tvärtom är det vår uppfattning att införandet av begreppet har varit ändamålsenligt och att det har tjänat lagstiftarens syfte med reformen väl. Begreppet är nu etablerat i rättstillämpningen.

Några skäl att mot bakgrund av resultatet av vår utvärdering föreslå något annat begrepp som beskrivning av vissa straffbara

sexualhandlingar finns inte enligt vår bedömning. Inte heller har vi funnit skäl att föreslå en utvidgning av tillämpningsområdet för begreppet. Det ställningstagande som gjordes i reformarbetet att det överlämnas åt rättstillämpningen att avgöra den närmare avgränsningen av begreppet med ledning av omständigheterna i varje enskilt fall är enligt vår uppfattning rimligt. Vi vill här framhålla att något hinder utifrån 2005 års motivuttalanden inte föreligger mot att bedöma någon av de handlingar som RFSU lyft fram särskilt, enligt vad vi redogjort för i avsnitt 7.4.1, som en sexuell handling i ett enskilt fall. I likhet med vad regeringen anförde i propositionen anser inte heller vi att sådana gärningar *oavsett sammanhang* ska utgöra en sexuell handling. För dessa gärningar liksom för andra där det kan bli aktuellt att pröva begreppet "sexuell handling" är det således en helhetsbedömning som ska göras.

## 8 Våldtäkt och andra mer kvalificerade sexuella kränkningar av vuxna – Begreppet hjälplöst tillstånd och frågan om tvång eller samtycke som grund för straffansvar

### 8.1 Vårt uppdrag angående begreppet hjälplöst tillstånd och frågan om en samtyckesreglering

En del av vårt utredningsuppdrag är att undersöka domstolarnas tolkning och tillämpning av begreppet ”hjelplöst tillstånd”. Vi ska analysera om det vid tolkningen och tillämpningen av begreppet har uppstått eller framkommit några särskilda problem eller andra brister och överväga om våldtäktsbestämmelsen behöver ändras i fråga om detta begrepp.

En annan del av vårt uppdrag är att utreda och ta ställning till om det nuvarande kravet på tvång som grund för straffansvar för våldtäkt bör ersättas med ett krav på bristande samtycke samt – oavsett ställningstagande i sak – lämna författningsförslag på hur en sådan samtyckeslagstiftning lämpligen bör utformas. Skälen för och emot en samtyckesreglering ska särskilt redovisas och analyseras liksom hur en sådan reglering skulle påverka brottsoffrens ställning i rättsprocessen och tillämpningen av bestämmelsen, t.ex. i bevishänseende. Vi ska också analysera de lagtekniska konsekvenserna av en samtyckesreglering.

Frågan hur lagskyddet för vuxna som är i ett hjälplöst tillstånd eller annars har en särskild svårighet att värna sin sexuella integritet bör vara utformat, hör nära samman med frågan om samtycke, eller ett motsvarande begrepp, ska vara brottsrekvisit eller inte. I detta

avsnitt behandlar vi därför både begreppet ”hjälpöst tillstånd” och frågan om en samtyckesreglering. Vi begränsar oss inte till våldtäktsbrottet utan tar med även andra mer kvalificerade sexuella kränkningarna riktade mot vuxna i bedömningen (sexuellt tvång).

I kapitel 2 har vi redovisat hur gällande rätt ser ut sedan 2005 års reform. I kapitel 5 finns en beskrivning av den tidigare behandlingen av frågan om en samtyckesreglering. Vi ger i det kapitlet också en beskrivning av hur regleringen ser ut i andra länder.

Här nedan redovisar vi först vår analys av vilka förpliktelser som för Sveriges del följer av den s.k. Bulgariendomen och annan internationell rätt i fråga om skyddet mot sexuella kränkningar. Därefter redogör vi för skäl för och emot en samtyckeslagstiftning. Sedan följer vår analys av skyddet mot våldtäkt och andra mer allvarliga sexuella kränkningar enligt den nuvarande lagstiftningen och tillämpningen av denna. I det sammanhanget behandlar vi särskilt våra erfarenheter i frågan om begreppet ”hjälpöst tillstånd”. Vi övergår sedan till att redovisa våra ställningstaganden i sak kring frågan om samtyckesreglering och då även vilka lagändringar som vi bedömer vara nödvändiga för att ge ett fullgott skydd för vuxna mot mer kvalificerade sexuella kränkningar.

## 8.2 Bulgariendomens innebörd och andra internationella åtaganden

En självklar utgångspunkt för våra överväganden är att svensk sexualbrottslagstiftning ska vara förenlig med Sveriges internationella åtaganden på området. Europakonventionen, som utgör svensk rätt, och hur dess grundläggande fri- och rättigheter har uttolkats av Europadomstolen är därvid av central betydelse.

Som vi redogjort för i avsnitt 5 övervägdes i samband med 2005 års reform vilken betydelse den s.k. Bulgariendomen (Europadomstolens avgörande den 4 december 2003, M. C. mot Bulgarien) har för frågan hur den svenska sexualbrottslagstiftningen ska utformas. Lagrådet hade i sitt yttrande över lagrådsremissen konstaterat att någon närmare analys inte gjorts av domens betydelse för svensk del, men att domen gav vid handen att Sverige skulle vara skyldigt att införa en lagstiftning som medför att varje sexualhandling som inte bygger på samtycke ska vara straffbar. Lagrådet hade också i sitt yttrande pekat på att det angående rekvisitet ”hjälpöst tillstånd” borde övervägas att låta denna del av våldtäktsbestämmelsen

även omfatta det fallet att en person befunnit sig i en särskilt utsatt situation. Enligt lagrådet skulle en sådan förändring vara i linje med uttalandena i Bulgariendomen.

Regeringen redovisade sedan i propositionen sin analys av domens betydelse för svensk rätt. Regeringens bedömning var att ett bibehållande av våld eller hot som krav för straffansvar för våldtäkt mot vuxna inte står i strid med Europakonventionens krav. Inte heller i övrigt fann regeringen skäl att mot bakgrund av uttalandena i Bulgariendomen ifrågasätta den i propositionen föreslagna våldtäktsbestämmelsens utformning. Riksdagens majoritet delade regeringens bedömning.

Frågan om bristande samtycke och den svenska våldtäktslagstiftningens förhållande till Europakonventionen har inte ställts på sin spets i något refererat domstolsavgörande. I avgörandet NJA 2004 s. 231, där frågan gällde om ett hjälplöst tillstånd förelåg eller inte, gjorde Högsta domstolen i samband med att Bulgariendomen kommenterades dock det uttalandet att bristen på samtycke är det grundläggande kriteriet när frågan om våldtäkt och sexuellt tvång prövas. Uttalandet kan möjligen tolkas som att det är Högsta domstolens slutsats i frågan att den svenska sexualbrottslagstiftningen inte strider mot Europakonventionen.

Debatten kring tolkningen av Bulgariendomen har fortsatt efter 2005 års reform. Några har hävdats att den bedömning som regeringen gjorde i 2005 års lagstiftningsärende är felaktig och att en samtyckesbaserad lagstiftning måste införas för att Sverige inte ska bryta mot Europakonventionens krav.<sup>1</sup> Andra har hävdats att regeringens slutsats, att det inte finns något absolut krav på att vi ska utforma vår lagstiftning på ett visst sätt, var riktig.<sup>2</sup>

Professorn emerita Madeleine Leijonhufvud tillhör dem som har dragit slutsatsen att Bulgariendomen innebär ett krav på Sverige att reformera lagstiftningen kring våldtäkt. I den s.k. Samtyckesutredningen<sup>3</sup>, som hon utfört på uppdrag av Miljöpartiet de gröna, utvecklar hon sitt ställningstagande. Hon redovisar däri ett utlåtande av förra ledamoten av Europadomstolen, före detta kammarrättspresidenten Elisabeth Palm. I utlåtandet drar Elisabeth Palm slutsatsen att det står helt klart att Europadomstolens praxis på detta

<sup>1</sup> Se bl.a. motionerna 2007/08:Ju 410, 2008/09:Ju 434 och 2008/09:Ju 426, Madeleine Leijonhufvud, a. a., samt Christian Diesen och Eva F. Diesen, a. a.

<sup>2</sup> Se bl.a. Petter Asp, *M.C v. Bulgaria – a Swedish perspective*, *Scandinavian Studies in Law*, volym 54, 2009, s. 191 ff. samt Fredrik Wersäll och Kajsa Rapp, *Utan samtycke – Om våldtäktsbrottets konstruktion i svensk rätt*, i *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, 2007, s. 429 ff.

<sup>3</sup> Se kap. 4.4 där utredningen beskrivs.

område innebär att det är bristande samtycke som är avgörande för om våldtäkt föreligger.<sup>4</sup> Med hänvisning till det uttalandet konstaterar Madeleine Leijonhufvud i sin utredning att:

Sverige måste alltså ha en lag som innebär att bristande samtycke konstituerar ett sexualbrott.<sup>5</sup>

Som vi redogör för i kapitel 5 pekar Europadomstolen i Bulgariendomen på att utvecklingen i internationell straffrätt går mot att varje sexuell penetration utan offrets samtycke utgör våldtäkt. I en av Jugoslavientribunalens domar, som det finns ett utdrag ifrån i Bulgariendomen, anges:

Force and threat of force provides clear evidence of non-consent, but force is not an element *per se* of rape.<sup>6</sup>

Författaren kommenterar just detta uttalande av Jugoslavientribunalen och anför att det inte heller är i överrensstämmelse med vad som gäller enligt den internationella rättsordningen att en stats nationella lag uppställer våld/hot som brottsrekvisit för att ett sexuellt övergrepp ska vara straffbart.<sup>7</sup> Hon drar därefter slutsatsen att vi i Sverige inte kan välja att behålla vår reglering som den är utan att bryta mot våra internationella förpliktelser.<sup>8</sup> I sitt förslag till ny reglering använder hon sedan begreppet "frivilligt" i stället för "samtycke".<sup>9</sup>

När det gäller andra internationella åtaganden för svensk del, förutom Europakonventionen, är Romstadgan för Internationella brottmålsdomstolen, FN-deklarationen från år 1993 om avskaffande av våld mot kvinnor och rekommendationen Rec(2002)5 från Europarådets ministerkommitté, gällande åtgärder för att bekämpa våld mot kvinnor, av särskilt intresse. Samtliga dessa tre instrument har vi presenterat i avsnitt 5.6. Vi har där också redovisat den definition av våldtäkt som finns i de till Romstadgan tillhörande s.k. brottskriterierna. Även om det i Romstadgan inte uttryckligen krävs att den nationella rättsordningen i de fördragsslutande staterna omfattar de brott som anges i stadgan har regeringen som sin avsikt

---

<sup>4</sup> A. a. s. 123.

<sup>5</sup> A. a. s. 72.

<sup>6</sup> Dom den 12 juni 2002 i målet Kunarac, Kovač och Vuković. Se punkt 105 i Bulgariendomen.

<sup>7</sup> A. a. s. 74.

<sup>8</sup> A. a. s. 87.

<sup>9</sup> En sexuell handling utförd mot eller utverkad av någon som inte frivilligt deltar beläggs med straffansvar i en inledande bestämmelse i sexualbrottskapitlet. Brottet benämns "sexuellt utnyttjande".

deklarerat att svensk rätt ska göra det. Vi vill också peka på att det i paragraf 35 i tillägget till Europarådets ministerkommittés rekommendation sägs att medlemsstaterna ska kriminalisera varje sexuell handling begången mot en person som inte samtycker, även om personen inte visar tecken på motstånd.<sup>10</sup>

Hur olika länder har valt att utforma sina rättsordningar gällande sexualbrott är högst skiftande. En del länder, bl.a. de som tillämpar common law, har valt en samtyckesbaserad våldtäktslagstiftning, medan andra, bl.a. europeiska länder influerade av den kontinentala rättsordningen, har valt en lagstiftning baserad på tvång. Vidare kan våldtäkt ha en alltifrån mycket bred definition till en mycket snäv sådan i olika länder. Således omfattar våldtäkt (rape) enligt den engelska lagen endast sexuella handlingar bestående i en mans penetration av en annan persons slida, anus eller mun. För svensk rätts vidkommande gäller att vi har en bred definition av våldtäkt samt att kravet på tvång är lågt ställt. Tvångsrekvisitet har här sedan länge tolkats extensivt och med fokus på att det sexuella umgänget inte varit frivilligt (jfr NJA 2004 s. 231).

Det kan således konstateras att det inte finns *ett givet sätt* att beskriva vad som är en våldtäkt eller hur gränsen till andra sexualbrott ska dras.

Varken Romstadgans brottskriterier, FN-konventionen eller rekommendationen från ministerkommittén anger närmare hur våldtäktsbrottet ska regleras. Romstadgan reglerar inte heller ren nationell rätt, utan har primärt betydelse för staternas tillämpning av den internationella straffrätten och mera precist brotten folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser. Det bör dock vara en målsättning för den svenske lagstiftaren att se till att vår nationella rätt inte har en snävare definition av våldtäktsbegreppet än vad som är fallet i den internationella rätten.

Jugoslavientribunalen – som tillämpar internationell straffrätt – har uttalat att varje sexuell penetration utan offrets samtycke utgör våldtäkt och att ett samtycke måste ha getts frivilligt, som ett resultat av personens fria vilja, med beaktande av samtliga omständigheter:

...the *actus reus* of the crime of rape in international law is constituted by ... sexual penetration ... where [it] occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as

---

<sup>10</sup> ”...penalise any sexual act committed against non-consenting persons, even if they do not show signs of resistance;”

a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances.<sup>11</sup>

Denna precisering av den internationella straffrättens innehåll innebär dock, som sagt, inte att enskilda stater måste utforma sin inhemska rätt på visst sätt.

När det gäller frågan om Bulgariendomen, och därmed Europadomstolens tolkning av skyddet enligt artiklarna 3 och 8 i Europakonventionen, innebär att Sverige skulle vara tvingat att utforma sin lagstiftning på visst sätt vill vi i vår bedömning inledningsvis peka på domstolens roll. Europadomstolens uppgift är att granska om lagstiftningen i medlemsländerna och dess tillämpning lever upp till de krav som ställs enligt konventionen. En dom från domstolen binder visserligen endast den stat som är part i målet men en stat som vill undvika att själv bli fälld av domstolen i samma fråga gör klokt i att studera domar som rör andra stater och anpassa sin lagstiftning till konventionens bestämmelser så som de tolkas av domstolen.

Domstolen tillämpar en dynamisk och teleologisk tolkningsmetod när den närmare definierar innebörden av konventionen. Syftet är att klarlägga konventionens olika fri- och rättigheter och att ange en minimistandard för dessa. Samtidigt ges staterna ett handlingsutrymme att utifrån det egna landets kultur och rättstradition utforma sin lagstiftning.<sup>12</sup> Att ålägga staterna att utforma sin lagstiftning på ett visst sätt har därför inte hittills varit i enlighet med domstolens tradition. Enligt vår bedömning är det ur ett mer allmänt perspektiv också tveksamt om domstolen just i detta fall har haft den avsikten. Detta särskilt som domstolens avgöranden byggs utifrån den gemensamma rättstradition som finns i medlemsländerna. Som vi tidigare angett finns det inte ett givet sätt att utforma sexualbrottslagstiftningen på och många av medlemsländerna har rent faktiskt en lagstiftning som bygger på tvång.

Det kan konstateras att Europadomstolen i Bulgariendomen inte fann att utformningen av den bulgariska våldtäktslagstiftningen som sådan innebar en kränkning av konventionen. Den utformningen påminner för övrigt om konstruktionen av våldtäktsbrottet i svensk rätt. I stället var det avgörande för domstolens bedömning hur lagstiftningen tillämpats och således vilket innehåll bl.a. rekvisit

---

<sup>11</sup> Målet Kunarac, Kovač och Vuković. Se punkt 106 i Bulgariendomen.

<sup>12</sup> Se t.ex. Hans Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, tredje upplagan, 2007, s. 48 f.



som tvång eller hot getts. Detta resonemang talar enligt vår uppfattning mycket starkt för att det av domen inte går att dra slutsatsen att domstolen avfärdar möjligheten att ha en tvångsbaserad våldtäktslagstiftning.

Domstolen stannade således inte vid att granska lagens konstruktion som sådan, utan gick vidare med att undersöka hur lagstiftningen tillämpats dels i det aktuella fallet, dels i allmänhet av domstolar och myndigheter i Bulgarien. Det var domstolens slutsats att en kränkning ägt rum av artiklarna 3 och 8 i konventionen. Detta eftersom Bulgarien i fallet med M.C. inte kunde anses ha uppfyllt sina positiva förpliktelser när det gäller att upprätta och effektivt tillämpa ett rättssystem som bestraffar varje form av våldtäkt och sexuellt utnyttjande. Här kan anmärkas att domstolen lade vikt vid *att* den bulgariska staten inte vederlagt påståendet om en restriktiv hållning när det gäller åtal för våldtäkt, *att* innebörden av praxis i de bulgariska domstolarna var oklar men att refererad praxis gällande våldtäkt från landets högsta domstol i de flesta fall gällde ärenden där omfattande våld använts samt *att* brottsundersökningen i det aktuella fallet varit för snäv och inriktats på om offret gjort fysiskt motstånd. Vidare konstaterade domstolen *att* utredningen tagit lång tid.

Innan Europadomstolen närmare gick in i den prövning som vi just redovisat av det aktuella ärendet från Bulgarien, gjorde den det mer generella uttalandet att det av konventionsstaterna, för att de inte ska bryta mot artikel 3 och 8 i konventionen, måste krävas kriminalisering och lagföring av *varje sexuell handling som skett utan samtycke även om offret inte gjort fysiskt motstånd* (punkt 166):

...the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim.

Uttalandet kan rimligen inte tolkas på annat sätt än att domstolen här har angett en standard på området. Att uttalandet ska tolkas som att medlemsstaterna måste ha en lag som uttryckligen anger bristande samtycke som brottsrekvisit menar vi dock vara felaktigt. I stället bör varje medlemsstat rimligen ha getts handlingsutrymmet att själv bestämma hur lagstiftningen ska utformas för att ge ett skydd i enlighet med den angivna standarden. Vi gör den bedömningen dels mot bakgrund av vad vi tidigare sagt om både domstolens allmänna uppgift och om domstolens "underlåtenhet" att uttryck-

ligen döma ut en tvångskonstruktion som sådan, dels mot bakgrund av att domstolen i domen understrukt att vad som är avgörande är hur lagstiftningen tillämpas. Beträffande det senare skälet kan här särskilt pekas på följande uttalande (punkt 171), som domstolen gjorde efter att ha konstaterat att den bulgariska lagstiftningen inte skiljer sig på något särskilt sätt från hur andra länder med en tvångsbaserad lagstiftning har valt att utforma lagen.

What is decisive, however, is the meaning given to words such as “force” or “threats” or other terms used in legal definitions. For example, in some legal systems “force” is considered to be established in rape cases by the very fact that the perpetrator proceeded with a sexual act without the victim’s consent or because he held her body and manipulated it in order to perform a sexual act without consent. As noted above, despite differences in statutory definitions, the courts in a number of countries have developed their interpretation so as to try to encompass any non-consensual sexual act (see paragraphs 95 and 130-47).

**Sammanfattningsvis** är det vår bedömning att Bulgariendomen inte innebär någon *förpliktelse* för Sverige att utforma lagstiftningen beträffande sexualbrott på visst bestämt sätt. Inte heller till följd av andra internationella åtaganden finns det en sådan skyldighet. Väljer vi att inte införa en samtyckesreglering måste vi emellertid vara säkra på att vi i praktiken kommer att leva upp till de krav som ställs i artikel 3 och 8 i Europakonventionen så som de kommit till uttryck i Bulgariendomen. Det krävs då att vår materiella straffrätt täcker *varje* sexuell handling som skett utan samtycke, samt att de rätts-tillämpande myndigheterna upprätthåller och effektivt tillämpar rätts-systemet. Detta är enligt vår mening fullt möjligt. Dock är det oneligen ett argument *för* en samtyckesreglering att det är lättare med en sådan reglering att anse att den standard som ställs upp i Bulgariendomen har uppfyllts.

### **8.3 Utgångspunkter för olika överväganden beträffande en samtyckesreglering**

Utgångspunkten för dagens lagstiftning om skyddet för vuxna mot kvalificerade sexuella kränkningar är varje individs rätt till sexuellt självbestämmande och sexuell integritet. Detta är också vår utgångspunkt i bedömningen av hur dessa brott framöver bör vara konstruerade. Intresset av att skydda självbestämmanderätten tillhör alltså kärnan i regleringen. Frågan om ett giltigt samtycke till en sexuell

handling finns blir då avgörande för om ett ömsesidigt sexuellt umgänge föreligger eller om gärningen är ett sexualbrott. Trots att självbestämmanderätten är normskyddsintresset är det emellertid en helt annan fråga huruvida samtycke (eller egentligen bristande samtycke) ska komma till uttryck direkt i lagen som ett brottsrekvisit eller om lagen ska bygga på rekvisit som anger när ett eventuellt samtycke ska lämnas utan avseende.

I det följande ska vi närmare behandla frågan om en samtyckesreglering och om svensk sexualbrottslagstiftning bör ha en sådan reglering som grund. Begrepp som "samtycke" eller liknande utgör normativa rekvisit när de används i lagen. Det finns därför ingen självklar avgränsning eller definition av ett sådant begrepp utan detta avgörs helt och hållet genom vilket innehåll man väljer att ge det. En självklar utgångspunkt bör dock vara att inte alla fall där någon sagt "ja" till en sexuell handling, eller annars accepterat den, ska omfattas av samtyckesbegreppet. I så fall skulle t.ex. samtycken lämnade under tvång vara giltiga. I stället är det under vilka omständigheter som samtycket har skett som bör vara avgörande för bedömningen. Frågan är då vilka samtycken som är särskiljande och därmed ska beaktas, eller med andra ord, när ett ja betyder ja.<sup>13</sup>

Gränslinjen mellan vad som är att anse som ett sexualbrott och vad som är att anse som godtagna former av sexuellt umgänge är således inte given i en samtyckesreglering. Detsamma gäller för ett regleringssätt av det slag vi har i dag. Enligt vår mening är det därför inte möjligt att ställa frågan om vi ska ha en samtyckesreglering eller en reglering baserad på medel och omständigheter (eventuellt av det slag som vi har i dag) utan att ha en idé om hur regleringsmodellerna närmare ska se ut och brotten avgränsas. Teoretiskt sett torde det vara möjligt att kriminalisera samma typ av gärningar med de olika modellerna.<sup>14</sup> Våra ställningstaganden kring hur sexualbrottslagstiftningen bör vara utformad grundar sig på en avvägning mellan olika tänkta regleringsmodeller. Dock kan vissa principiella aspekter, för- och nackdelar av mer övergripande slag, läggas på de olika regleringssätten utan att dessa närmare definierats. Vi gör detta i nästa avsnitt.

---

<sup>13</sup> Se t.ex. Petter Asp, *Sex & Samtycke*, 2010, s. 83 ff.

<sup>14</sup> Jfr Petter Asp, a. a. s. 204 f. Enligt författaren finns det inte någon principiell skillnad mellan, å ena sidan, en samtyckesreglering och, å andra sidan en reglering byggd kring faktorer som negerar samtycke. Han menar att den nuvarande regleringen kan sägas explicit uttrycka vad vi inte godtar till ett särskiljande samtycke till sex och att medel som tvång och hjälplöst tillstånd är "baksidan av det mynt som samtyckesbegreppet utgör".

En samtyckesreglering kan vara av det slaget att den helt ersätter dagens reglering baserad på medel och omständigheter (tvång och utnyttjande). Vi kallar en sådan reglering en "ren" samtyckesreglering. En samtyckesreglering kan även vara av det slaget att den utgör ett komplement till dagens reglering. I så fall behålls det nuvarande sättet att utforma de mer kvalificerade sexuella kränkningarna av vuxna men ett nytt, eventuellt subsidiärt, brott baserat på bristande samtycke införs.

## 8.4 Skälen för och emot en samtyckesreglering

Vi ska nu samlat redovisa de skäl för och emot en samtyckesreglering som enligt vår mening är beaktansvärda när en bedömning ska göras i frågan om en sådan reglering bör införas i svensk rätt. Även Sexualbrottskommittén hade i uppgift att analysera och redovisa skälen för och emot en lagstiftning baserad endast på ett bristande samtycke. Först ska vi därför redogöra för huvuddragen i Sexualbrottskommitténs bedömning av för- och nackdelar. Ett mera utförligt sammandrag av kommitténs bedömning finns i avsnitt 5.1.1. I avsnitt 5.1.2 finns redovisat regeringens bedömning. En majoritet av remissinstanserna som hade yttrat sig hade tillstyrkt Sexualbrottskommitténs slutsats att behålla kravet på tvång i lagstiftningen.

### 8.4.1 Sexualbrottskommitténs bedömning

Skäl för en samtyckesreglering var enligt kommittén bl.a. att en sådan bestämmelse kunde ses som en *naturlig fortsättning av utvecklingen av den straffrättsliga synen på detta område*. Vidare skulle en sådan reglering kunna antas ha en *normbildande verkan* och därmed kunna bidra till kvinnofriden och jämställdheten mellan kvinnor och män.

När det gäller *offrets ställning* i den rättsliga processen pekade Sexualbrottskommittén på att det fanns både för- och nackdelar med en samtyckesreglering. Å ena sidan redovisade man det som ett positivt argument att frågan om offret lämnat sitt samtycke till det sexuella umgänget blir central i brottsutredningen. Man pekade dock på att frågan om ett giltigt samtycke redan är en del av bedömningen med en tvångsreglering och därmed kan komma upp i

processen. Å andra sidan var frågan om ett förväntat fokus på målsäganden också ett skäl enligt kommittén, och som det får uppfattas ett mycket starkt sådant, mot en reglering baserad endast på ett bristande samtycke. Man beförde att offrets uppträdande och beteende före övergreppet skulle tillmätas stor vikt i processen. Omständigheter som man i tidigare reformer på området klargjort ska sakna betydelse för bedömningen av gärningen riskerade nu enligt kommittén att få en betydelse och kommittén ansåg det inte vara möjligt att skapa processuella regler som motverkar detta. Kommittén utgick då även ifrån sina erfarenheter från rättstillämpningen i England och Wales. Kommittén drog alltså slutsatsen att målsäganden hamnar i centrum för brottsutredningen med en samtyckeslagstiftning.

Övriga skäl *mot* en samtyckesreglering var i huvudsak följande.

- Risken för tillämpningssvårigheter. En underkastelse från brotts-offret skulle lätt kunna blandas ihop med samtycke.
- Kravet på tvång är redan uttunnat.
- Brottsbalkens systematik och risken att tunna ut styrkan i våldtäktsbegreppet.
- Svårigheterna att definiera ett samtycke.
- Den språkliga synpunkten att ordet våldtäkt tyder på att handlingen ska innehålla något slags tvång eller våld.
- Intresset av att behålla en gemensam rättstradition i Norden.

#### 8.4.2 Fördelar med en samtyckesreglering

*Naturlig fortsättning av utvecklingen av den straffrättsliga synen på sexualbrott*

Vi delar Sexualbrottskommitténs bedömning att ett införande av en samtyckeslagstiftning kan ses som en *naturlig fortsättning av utvecklingen av den straffrättsliga synen på detta område*. Utgångspunkten för lagstiftningen blir således en helt annan än dagens där våldtäkt är ett tagande med våld, hot eller utnyttjande av hjälplöst tillstånd. Det blir i stället den bristande frivilligheten som lagen inriktar sig på.

Som kritik mot dagens konstruktion brukar ibland sägas att en kvinna är tillgänglig så länge hon inte gör fysiskt motstånd. Med en samtyckesreglering blir presumtionen annorlunda och kvinnan, eller mannen, är inte tillgänglig förrän hon eller han uttryckt ett klart

”ja”. Eftersom det är en inte ovanlig reaktion hos offer för våldtäkt och andra kvalificerade sexuella övergrepp att de reagerar med passivitet som en strategi för att klara sig undan övergreppet med minsta möjliga skada<sup>15</sup> kan det med fog hävdas att det finns en risk för att inte alla straffvärda beteenden täcks av dagens kriminalisering baserad på tvång och kompletterad med hjälplöst tillstånd. En samtyckeslagstiftning är bredare än en som baseras på medel eller omständigheter. Eventuella luckor i vår nuvarande lagstiftning skulle därför kanske kunna täckas genom en samtyckesreglering och i så fall skulle också skyddet för den sexuella självbestämmanderätten och den kroppsliga och sexuella integriteten förstärkas ytterligare. En sådan reglering skulle också som sagts tidigare innebära att *de förpliktelser som följer av Bulgariendomen* mer säkert är tillgodosedda än om vi behåller dagens sätt att konstruera lagen på.

#### *Normerande verkan*

Det kan tänkas att en samtyckesreglering kan få en *normerande verkan*. Det är ett viktigt budskap från samhället att det inte är tillåtet att ha sex med en person som inte samtyckt till det. Den stereotypa bilden av våldtäkt som ett överfall utomhus överensstämmer inte med verkligheten. Den typen av våldtäkter står endast för en mindre del av det totala antalet.<sup>16</sup> I stället sker de allra flesta våldtäkter inomhus i någons bostad.

Vidare visar statistiken att det vanliga är att offer och gärningsman är bekanta med varandra eller i vart fall känner varandra ytligt. Att de inblandade personerna är påverkade av alkohol är vanligt. Likaså är det vanligt att offren för övergreppen inte uppvisar några skador från övergreppen eller endast måttliga sådana. Enligt vår mening vore det mycket att vinna på om lagstiftningen skulle kunna bidra till en debatt i samhället kring vad som är tillåtet respektive inte tillåtet i fråga om sex. En samtyckesreglering skulle också kunna vara ett stöd för den som utsätts för starka påtryckningar eller övertalningsförsök att acceptera olika sexuella handlingar som hon eller han inte vill medverka i.

En lagändring av detta slag måste dock för att uppnå denna normativa verkan kombineras med upplysning och utbildning. Forskningen har visat att tonårsflickor upplever att de har ett ansvar att

---

<sup>15</sup> Vi återkommer till frågan i avsnitt 8.5.

<sup>16</sup> Se kapitel 3.4.

vara sexuellt tillgängliga för pojkar.<sup>17</sup> I en attitydundersökning om våldtäkt som Amnesty International utfört i Sverige<sup>18</sup> visade det sig att många i ålderskategorin 15–25 år tyckte att kvinnan i någon grad har ett ansvar för våldtäkten om hon betett sig på ett visst sätt före eller under våldtäkten. Josefine Grände beskriver att gränsen mellan ”dåligt sex” och övergrepp ofta är hårfin för tonårsflickor. Deras första upplevelser av sex är enligt hennes undersökning inte sällan förknippade med associationer som ”press”, ”ont” och kränkning.<sup>19</sup>

#### *Fokus även på den misstänktes/tilltalades agerande*

Med en samtyckesbaserad lagstiftning kommer självklart frågan om det påstådda offret samtyckt eller inte att bli en central fråga i brottsutredningen. Den särskilda praxisgenomgången vi gjort av orefererad hovrättspraxis visar att denna fråga redan i dag är mycket central i processen. I drygt hälften av avgörandena vi studerat fanns det en samtyckesinvändning från den åtalade personen. Vad ett generellt skifte i fokus genom en samtyckesreglering kommer att betyda för offrets ställning i processen menar vi emellertid är osäkert. Det finns dock en beaktansvärd risk för att frågor om offrets agerande på ett annat sätt än i dag kommer att komma i förgrunden. Vi återkommer till detta strax. En fördel som vi ser med förändringen är dock att i ett avseende kommer *fokus att växla från målsäganden till den misstänkte/tilltalade i processen*. I vart fall i teorin blir nämligen utgångspunkten att förutsättningslöst utreda en situation där den ena parten känner sig kränkt. Utredningen måste då inrikta sig på den misstänktes/tilltalades agerande i själva gärningsögonblicket och om – och i så fall hur – denne försäkrade sig om eller hade fog för sin uppfattning att ett samtycke förelåg.

#### *Ett bättre bemötande*

Ett annat skäl som har anförts för en samtyckesreglering är den betydelse en sådan reglering torde ha ur *ett bemötandeperspektiv* enligt följande synsätt. Med utgångspunkten i tankarna om en tera-

<sup>17</sup> Se bl.a. Lena Berg, *Lagom är bäst: unga kvinnors berättelser om heterosexuell samvaro och pornografi*, 1999.

<sup>18</sup> Se kap. 4.3.

<sup>19</sup> ”Jag kallade det aldrig för våldtäkt”: att möta våldtagna kvinnor, 2005.

peutisk juridik<sup>20</sup> har professorn Christian Diesen studerat sexualbrottslagstiftningens effektivitet. I artikeln *Sex Crime Legislation; Proactive and Anti-Therapeutic Effects*<sup>21</sup> vill han visa på sambandet mellan hur en lag är utformad och vilka terapeutiska följder denna har för offer och förövare. Han menar att skillnader i lagstiftning inte bara har stora effekter för anmälningsfrekvens och lagföring utan också för hur offer och förövare blir bemötta av rättsapparaten. Hans tes är att en lag baserad på tvång har en anti-terapeutisk effekt medan en samtyckesbaserad lagstiftning har en terapeutisk effekt. Enligt honom gäller att även med det bästa bemötandet från polisens sida har ett våldtäktsoffer utan skador svårt att få rättsordningens skydd.

Är det en våldtäkt som inte kan bevisas menar Christian Diesen att målsäganden indirekt förebrås för att inte ha gjort motstånd eller anmält med en gång. Misstron från samhället ger enligt artikeln målsäganden en grund att i sin tur bli misstrogen mot samhället, rättssystemet m.m. och våldtäkten riskerar att bli ett långvarigt trauma. Med en samtyckesbaserad lagstiftning blir det i stället, enligt Christian Diesen, målsägandens upplevelse av integritetskränkning som är utgångspunkten för utredningen. Christian Diesen menar att polisen knappast kan hävda att målsäganden borde ha känt annorlunda; han eller hon blir hörd utan att bli ifrågasatt, vilket är av stor betydelse för offrets självaktning och rehabilitering. Även om det inte går att bevisa brott i det enskilda fallet är detta, enligt Christian Diesen, ur terapeutisk synvinkel mindre viktigt för många offer. I stället framhåller han att det för många offer – åtminstone på sikt – är viktigare att bli trodd. Även ur ett förövarperspektiv finns enligt honom motsvarande terapeutiska effekter av en samtyckesreglering.

---

<sup>20</sup> Therapeutic jurisprudence (TJ). Professor David Wexler, USA, var den som först lanserade termen (år 1987). TJ-skolan fokuserar på juridikens och rättstillämpningens betydelse för människors mentala hälsa. Genom skolan uppmuntras jurister att använda beteendevetenskapliga rön i allt sitt arbete, i teori, analys och praktik.

<sup>21</sup> Artikeln har ännu inte publicerats men avsikten är att den ska ingå i ett särskilt temanummer om terapeutisk juridik i tidskriften *International Journal of Law and Psychiatry*.



### 8.4.3 Nackdelar med en samtyckesreglering

#### *Ett ökat fokus på målsäganden i processen*

Som vi redovisat var ett för Sexualbrottskommittén tungt vägande skäl mot en samtyckesreglering att en sådan riskerade att medföra ett ökat fokus på målsäganden i processen. Även regeringen och lagrådet pekade i motiven till 2005 års reform på detta argument. För regeringen var argumentet det viktigaste i ställningstagandet till frågan om en samtyckesreglering skulle införas. Regeringen pekade särskilt på denna fara i situationer där den misstänkte åberopar att det förelagat ett tyst samtycke från offret eftersom det då kommer att bli av särskilt intresse hur offret handlat och betett sig i övrigt i samband med gärningen.<sup>22</sup>

Vi delar uppfattningen att en samtyckesreglering innebär risk för att *fokus i processen riktas mot målsäganden*. Erfarenheten från Storbritannien talar också i denna riktning, där man upplever att det ofta blir den centrala frågan i deras process hur offret har betett sig. Hur stor tyngd argumentet ska ges kan dock diskuteras. Det kan konstateras att även med den nuvarande svenska regleringen så riktas fokus i processen ofta mot målsäganden. Vidare kan det antas att oavsett hur en våldtäktslagstiftning konstrueras kommer en målsägandes berättelse alltid att få en mycket stor betydelse i processen. Det är inte ovanligt att det inte finns någon teknisk bevisning eller vittnesbevisning och då utgör målsägandens och den misstänktes berättelse den enda bevisningen.

Just frågan om samtycke har getts, tyst eller inte, är dessutom redan aktuell i många av dagens mål. För att kunna utreda såväl om ett brott objektivt sett har begåtts, som om den misstänkte haft uppsåt till det, går det av rättssäkerhetsskäl inte att undvika att frågor ställs kring parternas närmare relation eller offrets beteende i anslutning till och under den aktuella gärningen även om detta kan upplevas som oerhört påfrestande för målsäganden. En annan sak är att frågor som saknar relevans inte ska ställas eller tillåtas. Rätten, eller en förhørsledare, har ansvaret att förhindra att ovidkommande frågor ställs och att offret kränks i processen.

Det kan således sägas att det är tveksamt om fokus på målsäganden kommer att öka jämfört med i dag samt hävdas att insatserna i fråga om bemötande av sexualbrottsoffer möjligen kan göra större skillnad än vilken modell man väljer att definiera sexualbrotten

---

<sup>22</sup> Prop. 2004/05:45 s. 37 f.

efter. Inte desto mindre kan tänkas att det i *den praktiska processen* de facto kommer att bli ett ökat fokus på målsäganden om en samtyckesreglering införs. Frågor om tvång förekommit eller om gärningsmannen utnyttjat en för målsäganden hotfull eller utsatt situation riskerar att komma i bakgrunden när det bristande samtycket lyfts fram som det primära, och eventuellt det enda, brottsrekvisitet. Trots att frågan om ett samtycke funnits kanske inte ens är relevant i sådana situationer kan det befaras att det från försvarets sida ännu mer än i dag kommer att fokuseras på hur offret handlat och betett sig i övrigt i samband med gärningen i stället för på gärningsmannens beteende.

*Svårigheter att definiera vad samtycke är och att skilja de giltiga samtyckena från de ogiltiga*

Samtycke är ett normativt begrepp. Begreppet ger i sig ingen ledning i frågan vad det innebär utan det är tomt till sitt innehåll. I den engelska lagstiftningen har man preciserat det motsvarande begreppet "consent" som något som ges av en person som har frihet och kapacitet att göra det.<sup>23</sup> Dessa begrepp är emellertid i sin tur sådana att de måste definieras och är ytterst beroende av filosofiska och etiska värderingar.<sup>24</sup> Man behöver inte heller fundera så länge för att inse att begrepp som fri vilja eller frivillighet kan vara särskilt komplicerade när det gäller ställningstagande till propåer om sex.

Alla samtycken som lämnas kan inte heller räknas som giltiga. Med en samtyckesreglering måste därför begreppet definieras och de giltiga samtyckena skiljas från de ogiltiga för att lagen ska ges en rättssäker och förutsebar tillämpning. En "ren" samtyckesreglering, utan dessa preciseringar, kan sägas vara en alltför generell lagstiftning och svår att hantera ur utredningssynpunkt. I rättsordningar som har en samtyckesbaserad sexualbrottslagstiftning har man därför, som ett komplement till en generell definition av begreppet, pekat ut vilka omständigheter som negerar samtycke.<sup>25</sup> Detta är omständigheter som våld, hot, olaga frihetsberövande och felaktiga förutsättningar (sexuella bedrägerier) m.m., dvs. omständigheter som i en tvångsbaserad lagstiftning utgör eller kan utgöra brottsrekvisit.

<sup>23</sup> Artikel 74 Sexual Offences Act 2003.

<sup>24</sup> Se t. ex. Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 2009, s. 334 ff. och Petter Asp, a. a. s. 83 ff.

<sup>25</sup> Se t.ex. beträffande England och Wales artiklarna 75 och 76 i Sexual Offences Act 2003 och beträffande Skottland artikel 10 i Sexual Offences Bill 2009.

Vår bedömning, bl.a. mot bakgrund av erfarenheter från Storbritannien, är att det är minst lika svårt att ta ställning till vilka omständigheter som ska negra samtycke som att bygga lagen direkt på omständigheterna. Dessa svårigheter gäller inte enbart begreppet "samtycke" utan även motsvarande begrepp så som "frivillighet" eller "tillåtelse".

*Osäkerheten kring samtyckets (och det bristande samtyckets) form och sambandet med räckvidden av kriminaliseringen*

Eftersom en samtyckesreglering till sin natur är generell (även om någon form av definition ges) ser vi att det med en sådan lagstiftning kan uppstå frågor i rättstillämpningen kring om ett samtycke måste ha en viss form. En särskild svårighet i det sammanhanget är att frågan om samtycke i praktiken sällan är något som förs på tal mellan två personer innan de har sex med varandra; så fungerar vanligen inte det mänskliga samspelet. Det kan alltså ifrågasättas om man ska bygga en lagstiftning om sexualbrott på en tänkt situation som sällan förekommer i verkligheten. Det framstår t.ex. som betydligt mera självklart och naturligt att den som vill ta en annan persons egendom frågar först och att man baserar bestämmelserna om ansvar för stöld på det. Vid bedömningen av frågan om ett samtycke har funnits eller inte kommer domstolarna därför i de flesta fall att vara hänvisade till att värdera de inblandade personernas agerande och andra relevanta omständigheter.

En fråga som kan ställas är om det ska krävas att samtycket manifesterats på något sätt eller om det räcker med ett sådant samtycke som en tyst, inre accept. Den senare typen av ett samtycke brukar betecknas just *tyst samtycke* eller *inre samtycke*. Avgörande för denna frågeställning kan vara om man ser ett samtycke som en *gärning* eller som en *inställning*. Såväl Sexualbrottskommittén som regeringen i prop. 2004/05:45 hade som utgångspunkt att samtycke i en våldtäktsbestämmelse även skulle kunna avse tyst samtycke.<sup>26</sup> Ställningstagandet motiverades inte särskilt.

Generellt gäller i straffrätten att ett samtycke för att vara relevant som ansvarsfrihetsgrund enligt 24 kap. 7 § brottsbalken inte måste ha en viss form och att även inre samtycken godtas. När det gäller sexualbrotten har Petter Asp i samband med att han utvecklat sin syn på samtyckesgärningens form och karaktär tagit den ställ-

<sup>26</sup> SOU 2001:14 s. 134 och a. prop. s. 37.

ningen att ett inre samtycke *inte* bör duga som en samtyckesakt vid sexuella övergrepp.<sup>27</sup> Han menar att övervägande skäl talar för att samtycke i detta sammanhang bör ses som en gärning genom vilken den samtyckande ger någon tillstånd till att göra något eller själv accepterar att göra något. Skulle samtycke ses som en inställning skulle den utsatte enligt hans mening – även om ett inre samtycke föreligger – snarare behandlas som en sak eller ett medel i stället för som en person. Han menar att vid sexuella övergrepp är det just kränkningen av självbestämmanderätten som är det centrala och att intresset av självbestämmande står över det intresse som självbestämmandet avser (t.ex. sexuell eller fysisk integritet). Han anför:

Det kan därför sägas att det också om den utsatte accepterat gärningen (genom ett inre samtycke) finns kvar ett beaktansvärt intresseintrång: det som består i att den utsatte, på ett område där självbestämmande skattas särskilt högt, används utan tillbörligt beaktande av sin autonomi.

Enligt Petter Asp minskar betydelsen av ställningstagandet, att inte godta inre samtycken, av att det knappast kan ställas upp några särskilda formkrav på samtyckesgärningen utan att den kan komma till uttryck på så många olika sätt, t.o.m. genom underlåtenhet. Han pekar på att för de situationer där gärningsmannen t.ex. genom fysiskt våld har tilltvingat sig sex (alltså inget överenskommet våld-samt sex) har dock ställningstagandet en betydelse. I de fallen behöver man enligt honom inte fråga sig om den utsatte innerst inne godtog det tvångsvisa sexet.

Det är vår bedömning att för samtycke på sexualbrottslagstiftningens område, lika lite som för samtycke som allmän ansvarsfrihetsgrund enligt 24 kapitlet brottsbalken, *inte bör finnas något formkrav*. Hur samtycket kommer till uttryck, för att tillåtas ha relevans i antingen en ren samtyckesreglering eller en medelsreglering, kan således variera stort och har ingen betydelse för dess giltighet. Vad gäller den särskilda frågan huruvida inre samtycken ska godtas ställer vi oss bakom uppfattningen att *inre (eller tysta) samtycken inte ska beaktas*. Med en frånvaro av ett formkrav för samtycket torde detta ställningstagande dock inte få någon särskilt stor praktisk betydelse. I stället är ställningstagandet av principiell natur. I en samtyckesreglering blir budskapet att sexuella handlingar som sker utan att samtycke har kommit till uttryck – genom handling eller underlåtenhet – inte är tillåtna. Vad gäller samtycken som enbart sker i det inre kan dock konstateras att även om de inte

---

<sup>27</sup> Petter Asp, a. a. s. 114 ff.

är relevanta straffrättsligt blir gärningarna förmodligen inte lagförda. Finns ingen part som uppfattar sig förorättad är sannolikheten för en anmälan närmast obefintlig.

En konsekvens av ställningstagandet att ett samtycke ska manifesteras på något sätt även om något formkrav inte finns blir, med en samtyckesreglering, att ett *bristande* samtycke inte behöver manifesteras för att räknas. Med andra ord: har samtycket inte kommit till uttryck föreligger inget relevant samtycke och det spelar ingen roll huruvida bristen på samtycke kommer till uttryck på något särskilt sätt. Det går därför inte att utgå från att ”den som tiger samtycker” även om ett samtycke kan komma till uttryck genom underlåtenhet. Ett exempel på en situation där ett inre/tyst bristande samtycke föreligger kan vara den följande. Två personer i en relation är ense om att kärleken dem emellan tagit slut men de fortsätter att leva tillsammans av något skäl. Den ena av dem deltar helt passivt (inget tvång eller någon utnyttjandesituation) i en sexuell handling.

Vi frågar oss dock här om lagstiftningen materiellt sett rimligen bör täcka även fall där en person upplever sig ha blivit utsatt för ett sexualbrott, eftersom man var med om något man inte ville, men där det bristande samtycket inte uttalades och inte heller manifesterades på något annat sätt så att det var iakttagbart? Ytterst handlar det om räckvidden av kriminaliseringen.

Handlingar av nu nämnt slag, där det bristande samtycket, eller kanske enbart en olustkänsla inför vad man är med om, endast finns i tankarna hos den person som upplever sig vara kränkt, kommer knappast att leda till en fällande dom. Detta eftersom de inte är bevisbara. Troligen anmäls de inte heller. Som skäl mot en samtyckesreglering skulle i detta sammanhang kunna invändas att gärningar som inte är bevisbara inte heller ska vara kriminaliserade samt att räckvidden av en kriminalisering inte ska begränsas av om en gärning anmäls eller inte. Som ett argument för att ändå införa en sådan reglering kan dock å andra sidan hävdas att de berörda situationerna, där kriminaliseringen eventuellt kan ifrågasättas, endast utgör en liten del av de gärningar som täcks av lagen och att det finns exempel på andra brott, t.ex. mutbrott och bestickning, där kriminaliseringen är vid och även omfattar sådant som inte är bevisbart.

Vår bedömning är att det med en samtyckesreglering inte går att dra gränsen mellan vad som är ett sexualbrott och vad som är ömsesidigt sex på annat sätt än att ett uttryckt samtycke inte finns. Väljs

en samtyckesreglering får man därmed också acceptera att kriminaliseringens räckvidd materiellt sett blir tämligen vid och att inte alla gärningar som täcks av bestämmelsen går att lagföra.

När det gäller frågan om samtycke genom underlåtenhet är det vår uppfattning att den främst har en betydelse för bedömningen av det subjektiva rekvisitet och därmed gärningsmannens uppfattade bild av händelsen. Objektivt sett är det svårt att tänka sig situationer där en person ställer sig positiv till ett sexuellt närmande men möter detta med total passivitet på ett sätt som innebär att ett samtycke har kommit till uttryck genom underlåtenhet. I stället ligger det mer nära till hands att åtminstone någon form av samtyckesreaktion sker genom ord eller handling. Således är presumtionen att ”den som tiger samtycker”, vilken annars många gånger gäller i daglig mänsklig samvaro, t.ex. gällande lån av mindre värdefull egendom, enligt vår mening knappast tillämplig för sexualhandlingar. Ett leende från en annars passiv person kan vara en samtyckeshandling men en total passivitet är snarare ett uttryck för ett bristande samtycke.

#### *Orimliga förväntningar på fler fällande domar*

En samtyckesreglering kan förväntas ge en normativ verkan. En baksida av detta är emellertid risken för att det *skapas orimliga förväntningar på fler fällande domar* på området. Det kan knappast förväntas att en lagstiftning som baseras på bristande samtycke leder till fler fällande domar än som blir fallet med en modifierad lagstiftning av det slag som nu finns. Lagstiftningens fördel ligger i stället på ett annat plan – en förhoppning om att det på sikt begås färre brott.

När det gäller antalet anmälningar tror vi emellertid att vi med en samtyckesreglering kan få se en större ökning av antalet anmälda brott än om nuvarande modell behålls. Skälet till detta är att lagen per definition omfattar samtliga sexuella handlingar som skett utan en persons samtycke och såldes inte enbart som i dag de allvarligaste sexuella kränkningarna. Med en mycket bred definition av våldtäkt kan det således antas bli fler anmälningar, av vilka en del kan antas vara mycket svårbedömda i bevishänseende. Beträffande en del av de svårbedömda anmälningarna kan förutses att de aktualiserar bedömningar i gränslandet mellan vad som är juridiskt och moraliskt tillåtet respektive otillåtet. Risken för orimliga förväntningar på fler

fällande domar är enligt vår mening beaktansvärd om man helt bryter upp med den tidigare lagstiftningstraditionen på området och baserar lagen endast på ett bristande samtycke.

En naturlig åtgärd för att motverka orimliga förväntningar måste dock vara att i samband med införandet av en lag baserad på bristande samtycke informera och utbilda i frågan på en bred front. Eventuella förväntningar i denna fråga hos dem som anmäler ett sexualbrott bör också kunna hållas på en rimlig nivå om man inom polisen, åklagarna och domstolarna aktivt arbetar med bemötandefrågorna. Stämmer teorin att en samtyckesreglering i sig har en fördel ur ett bemötandeperspektiv kan lagen som sådan emellertid också bidra till att förväntningarna på lagen blir rimliga.

### *Ökad risk för sexualmoralism*

Ytterligare ett beaktansvärt skäl mot en samtyckesreglering som vi vill ta upp är en *ökad risk för sexualmoralism*. Sexualiteten är mångfacetterad och hur den tar sig uttryck kan variera mycket. Förhoppningen är att stereotypa föreställningar om vad som är "normalt" numera tillhör historien och att en fördomsfrihet ska gälla för alla som handlägger sexualbrott. Även om utredningen måste inrikta sig på den misstänktes agerande i själva gärningsögonblicket och om – och i så fall hur – denne försäkrade sig om att ett samtycke förelåg är ändå kärnfrågan i en samtyckesreglering huruvida målsäganden samtyckte eller inte. Vid bedömningen av denna kärnfråga ser vi en viss risk för att man kommer in på bedömningar av vad som är "normalt" eller inte att samtycka till.<sup>28</sup> En sådan utveckling vore olycklig men möjligen kan den stävjas genom utbildningsinsatser riktade till anställda i rättsväsendet och till nämndemän. Risken kan visserligen sägas finnas redan i dag, eftersom frågan om samtycke är uppe i ett stort antal fall, men med en samtyckesreglering kommer frågan upp i samtliga fall.

---

<sup>28</sup> Jfr Andrew Ashworth, a. a. s. 339 f. och Emily Finch och Vanessa E Munro, Breaking boundaries? Sexual consent in the jury room, *Legal Studies*, Volume 26, Issue 3, p. 303–320.

#### 8.4.4 Särskilt om bevisfrågan

Oavsett vilken väg som väljs när det gäller konstruktionen av sexualbrott är det för oss en given utgångspunkt att den för svensk brottmålsprocess grundläggande principen att bevisbördan helt åvilar åklagaren ska kvarstå. Detta har också slagits fast i våra direktiv.

I dag är samtliga sexualbrott uppsåtliga brott. Här kan nämnas att i den juridiska debatten har frågan om kriminalisering av oakt samma sexualhandlingar lyfts fram.<sup>29</sup> Mot bakgrund av att det för parterna sällan är oklart huruvida samtycke till en sexuell handling finns torde behovet av att kriminalisera oakt samma gärningar enligt vår mening dock vara begränsat. Mer påkallat kan det vara inom andra straffrättsliga områden – t.ex. våld mot person – där effekterna av en gärning för gärningsmannen kan vara osäker i gärningsögonblicket. Att det finns straffvärda sexuella handlingar som inte är straffbara eftersom det inte går att styrka uppsåt är i sig inget skäl för att utvidga kriminaliseringen till att även omfatta oakt samma gärningar.

I Norge är det kriminaliserat att av grov oakt samhet genomföra en sexuell handling med någon som inte samtycker till det. Dock är i norsk rätt den nedre gränsen för uppsåt snävare avgränsad än i svensk rätt. Genom vårt sätt att reglera den nedre gränsen genom s.k. likgiltighetsuppsåt är det vår bedömning att avgränsningen av det straffbara området sker på ett rimligt sätt. De mest klandervärda fallen av medvetet risktagande från gärningsmannens sida är härigenom kriminaliserade. Det är således vår uppfattning att sexualbrotten även framöver bör vara uppsåtliga brott och att t.ex. oakt sam våldtäkt således inte bör införas.

För att en brottslig gärning ska föreligga ska åklagaren visa dels att brottsrekvisiten objektivt sett är uppfyllda (och att någon omständighet inte föreligger som gör gärningen tillåten, t.ex. samtycke), dels att gärningsmannens uppsåt täcker dessa rekvisit. Sexualbrotten tillhör de mest svårutredda och svårbevisade brotten. En förklaring till detta är att det ofta saknas direkta vittnesiakttagelser och teknisk bevisning till stöd för åtalet. Högsta domstolen har vid flera tillfällen prövat frågan om bevisvärdering i våldtäktsmål. Det senaste tillfället var i NJA 2009 s. 447 I och II. I 2009 års avgöranden anges att en alltigenom trovärdig utsaga från målsäganden i förening med vad som framkommit i målet – t.ex. genom målsägandens beteende

---

<sup>29</sup> Se Petter Asp, a. a. s. 184 ff. Jfr även Madeleine Leijonhufvud, a. a. s. 91.



efter händelsen – kan vara tillräcklig för en fällande dom. Dock är det, enligt avgörandena:

...ett rimligt krav att målsägandens berättelse till den del det är praktiskt möjligt blivit kontrollerad under förundersökningen, låt vara att brister i det avseendet inte utan vidare behöver leda till bedömningen att åtalet inte har blivit styrkt.

Innebörden av avgörandena torde egentligen inte – mot bakgrund av hur domskälen utformats – vara någon annan än den vägledning som Högsta domstolen har gett angående bevisvärdering vid tidigare tillfällen (se bl.a. NJA 1991 s. 83, 1992 s. 446 och 2005 s. 712). Dock har det från flera håll sagts oss att 2009 års avgöranden har fått en betydelse för bevisvärderingen. Betydelsen har sagts vara att frågan när det anses som ”ställt utom rimligt tvivel”, att gärningsmannen gjort sig skyldig till den åtalade gärningen, nu tolkas strängare av såväl åklagare vid beslut om åtal som av domstolarna. Det återstår dock att se om avgörandena verkligen har haft en sådan effekt och, i så fall, om denna blir bestående.

Även om frågor kring bevisvärdering måste beaktas vid överväganden kring kriminalisering omfattar våra direktiv inte särskilt dessa frågor. Mot den bakgrunden, och då vi av tidsskäl inte haft möjlighet att inom ramen för vår utvärdering av reformen göra någon särskild analys av huruvida principer kring bevisvärdering inom sexualbrottsmål har *förändrats efter hand*, belyser vi inte den frågan närmare. Dock kan konstateras att den standard som Europadomstolen ställt upp genom Bulgariendomen, att det av varje medlemsstat krävs kriminalisering och lagföring av varje sexuell handling som skett utan samtycke även om offret inte gjort fysiskt motstånd, också omfattar rättstillämpningen i den del den avser bevisvärdering. För att rättstillämpningen ska anses uppfylla denna standard och för att rättssäkerhetsaspekterna ska tillgodoses, torde rimligen krävas att beviskraven i praktiken inte ställs högre för sexualbrotten än för andra brott men inte heller lägre.

Enligt vår uppfattning går det inte att säga att bevisproblemen i dag specifikt gäller brottets *objektiva* eller *subjektiva* sida. Svårigheterna när det gäller vissa våldtäktstyper, t.ex. riktade mot berusade eller andra som har särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet, att bevisa en brottslig gärning finns på såväl det objektiva som det subjektiva planet. Våra erfarenheter från den särskilda genomgång av orefererad hovrättspraxis som vi gjort är att när ett våldtäktsärende kommit så långt som till åtal, har nästan samtliga

åtal som inte bifallits ogillats på den grunden att det brustit på brottets objektiva sida. Huruvida det även brustit i fråga om subjektiv täckning har domstolen då inte behövt ta ställning till och det är därmed oklart hur det förhållit sig med den saken. Kanske har det funnits en brist även i detta hänseende. Eller kanske sällas fler av de fallen med svåra bedömningar på brottets subjektiva sida bort redan under utredningsstadiet. De kommer i så fall inte heller att prövas av domstol.

I samband med att Sexualbrottskommittén redogjorde för de svårigheter som den ansåg vara förknippade med att definiera ett samtycke tog den upp svårigheter att bevisa ett bristande samtycke. Kommittén antog att det kunde förväntas att den åtalade till sitt fredande ofta kommer att åberopa att det funnits ett tyst samtycke från offrets sida. Konsekvensen av detta förutsågs bli att utredningen till stora delar koncentreras på offret och hur denne agerat. Regeringen delade kommitténs bedömning av konsekvensen av en invändning om ett tyst samtycke.

Som vi redogjort för i det föregående är det vår uppfattning att inre eller tysta samtycken inte bör räknas som en samtyckesakt vid sexuella övergrepp. Hursomhelst leder dock en invändning om (tyst) samtycke till att en prövning måste ske av om gärningsmannen genom målsägandens agerande (eller underlåtenhet) fått något besked i frågan om villigheten till den utförda sexuella handlingen. Ett samtycke kan nämligen komma till uttryck på högst skiftande sätt, alltifrån en uttrycklig överenskommelse till en indirekt och reaktiv kommunikation. Om och i så fall hur gärningsmannen juridiskt närmare betecknat samtycket saknar således betydelse. Att bortse från de inre/tysta samtyckena lär därför knappast få någon processuell betydelse.

Det kan konstateras att invändning om samtycke förekommer redan i dag i en stor andel av våldtäktmålen. Följden av en ren samtyckesreglering skulle dock enligt vår mening bli att den frågan prövas mer generellt i alla målen. Det kommer också att vara den första fråga som ställs i utredningen. Först därefter får utredas om omständigheter föreligger som utesluter ett giltigt samtycke, t.ex. tvång eller utnyttjande. Utredningsvägen blir därför längre och utredningen många gånger därmed kanske mer krävande för polis och åklagare. Den negativa betydelsen av detta bör emellertid inte överdrivas och utgör inte heller ett bärande skäl mot en samtyckesreglering.

Huruvida bevisvärigheterna ökar, minskar eller i princip blir oförändrade med en samtyckesreglering går det enligt vår bedömning överhuvudtaget inte att säga något säkert om. Uppfattningen vid samråden har också varit skiftande. Även om bevisföringen torde skilja sig åt en del jämfört med i dag talar det mesta enligt vår uppfattning för att det i princip blir samma omständigheter som tas upp i processen. Bevisvärigheterna förefaller med en samtyckesreglering bli något annorlunda jämfört med i dag. Samtycke är ett normativt begrepp som kan ges olika betydelser. Det finns inget givet svar på frågan vilka samtycken som ska räknas som giltiga och när rekvisitet "ej samtycke" är uppfyllt. Avgörande för bevisningen av "ej samtycke" på den objektiva sidan blir således vilket innehåll samtyckesbegreppet har getts.

Den problematik som är förknippad med en invändning om samtycke, och som fördes fram i det förra lagstiftningsärendet, ska enligt vår bedömning inte underskattas, även om tysta eller inre samtycken inte bör räknas. De situationer som vi bedömer vara särskilt komplicerade är när målsäganden har varit passiv och gärningsmannen invänder att han eller hon trodde att målsäganden var med på handlingen. Det handlar här om vad som kan betecknas "putativt samtycke". Målsägandens underlåtenhet att göra eller säga något just i den aktuella situationen skulle då, enligt invändningen (gärningsmannens uppfattning), vara ett uttryck för samtycke. Att för åklagaren först på den objektiva sidan av brottet bevisa att det inte förelegat något samtycke från målsäganden och sedan på den subjektiva sidan bevisa att gärningsmannens uppsåt omfattar att ett samtycke inte förelegat kan vara komplicerat. Särskilt svårt torde det vara att motbevisa en berättelse från gärningsmannen om hur denne uppfattade situationen, om berättelsen i sig inte är helt orimlig. Samma beviskrav gäller för bedömningen av den objektiva som för den subjektiva sidan av ett brott. Det ska således vara ställt utom rimligt tvivel att gärningsmannen hade uppsåt i förhållande till omständigheten att offret inte samtyckte.

Även om det ska bevisas att något *inte har hänt* bör det alltså inte komma i fråga att efterge kraven på bevisningens styrka varken i fråga om den objektiva eller den subjektiva bedömningen, vilket t.ex. sker i bedömningen av nödvärn. Dock är det inte rimligt att kräva att åklagaren ska kunna motbevisa en – objektivt eller subjektivt/putativt sett – "blank" invändning om samtycke. Invändningen får således inte framstå helt obefogad utan måste vinna stöd av omständigheterna för att kunna beaktas. Att det då kan komma

att åvila den misstänkte/tiltalade en viss förklaringsbörd, sedan bevisning från åklagaren lagts fram rörande varför samtycke inte förelåg, är enligt vår uppfattning helt förenligt med oskyldighetspresumtionen i brottmål.<sup>30</sup>

I fråga om den subjektiva sidan bör det närmast handla om att – för direkt uppsåt eller insiktsuppsåt – bevisa att gärningsmannen inte hyst den uppfattningen, eller insett, att samtycke inte förelåg. För att i stället likgiltighetsuppsåt ska föreligga, krävs att denne insett risken för att ett samtycke inte förelåg och sedan förhållit sig likgiltigt till att samtycke inte förelåg. Som vi ovan anfört skulle vi då i den praktiska processen med en samtyckesreglering de facto få ett ökat fokus på målsäganden.

Att mot bakgrund av det här anförda kunna säga att det skulle bli svårare att utreda och lagföra påstådda övergrepp på t.ex. berusade offer med en ren samtyckesreglering är inte möjligt. Vi stöder oss här bl.a. på erfarenheter från Storbritannien/England samtidigt som vi konstaterar att redan med vår nuvarande reglering av hjälplöst tillstånd föreligger stora bevissvårigheter.

Även om det är mycket som talar för att en samtyckesreglering innebär att det blir ungefär samma omständigheter som tas upp i processen som i dag lär dock *processen generellt sett se något annorlunda ut* än jämfört med i dag. Direkta jämförelser med andra länder har varit svårt att göra mot bakgrund av grundläggande skillnader mellan rättsordningar och det sammanhang de tillämpas i (se t.ex. jurysystemet i Storbritannien). Vissa slutsatser kan dock göras av rättstillämpningen i andra länder. Trots att vi bedömer att det inte går att göra några mer säkra bedömningar om hur processen närmare kan komma att förändras i vårt rättssystem med en samtyckesreglering drar vi slutsatsen att det finns skäl att tro att *bevisproblematiken blir lika omfattande oavsett regleringssätt*.

#### 8.4.5 Sammanfattning

Som vi just konstaterat är det vår bedömning att det i bevishänseende inte går att säga om en samtyckesreglering innebär en fördel eller en nackdel. De beaktansvärda skäl för och emot en

---

<sup>30</sup> Angående förklaringsbörd och bevisverkan av parts passivitet se t.ex. NJA 1984 s. 520, 1988 s. 292 och Europadomstolens avgöranden Murray mot Storbritannien (SvJT 1996 s. 368) och Averill mot Storbritannien (SvJT 2000 s. 587).

samtyckesreglering som vi, enligt föregående redogörelse, bedömer finns är de följande.

#### *Fördelar*

- Naturlig fortsättning av utvecklingen av den straffrättsliga synen på sexualbrott
- Normerande verkan
- Fokus även på den misstänktes/tilltalades agerande
- Ett bättre bemötande

#### *Nackdelar*

- Ett ökat fokus på målsäganden i processen
- Svårigheter att definiera vad samtycke är och att skilja de giltiga samtyckena från de ogiltiga
- Osäkerheten kring samtyckets (och det bristande samtyckets) form och sambandet med räckvidden av kriminaliseringen
- Orimliga förväntningar på fler fällande domar
- Ökad risk för sexualmoralism

### **8.5 Finns det brister i dagens reglering av våldtäktsbrottet och andra mer kvalificerade sexuella kränkningar av vuxna?**

**Bedömning:** Det nuvarande begreppet ”hjälpöst tillstånd” är för snävt, dvs. det täcker inte in alla straffvärda handlingar där gärningsmannen utnyttjat den situation som målsäganden befinner sig i.

Vidare är det en brist i lagstiftningen att det i vissa andra situationer, då varken tvång eller utnyttjande förekommit, inte är kriminaliserat som ett allvarligare sexualbrott än sexuellt ofredande att genomföra en sexuell handling mot en persons vilja, t.ex. när ett offer möter övergreppet med total passivitet.

Dessutom finns vissa brister i lagstiftningen avseende situationer med vilseledande av offret från gärningsmannens sida (s.k. sexuella bedrägerier).

Genom de reformer som genomförts på området under de senaste decennierna har våldtäktsbrottet successivt utvidgats. Till följd av det har tillämpningsområdet för brotten sexuellt tvång och sexuellt utnyttjande inskränkts. Förutom att kravet på tvång sänktes genom 2005 års reform flyttades även de allvarligaste utnyttjandefallen till våldtäktsbestämmelsen.

Vid sidan av förekomsten av tvång eller ett utnyttjande av hjälplöst tillstånd krävs för våldtäktsbestämmelsens tillämpning att den sexuella handlingen är av ett mer kvalificerat slag. Även brottet sexuellt tvång omfattar sedan reformen att gärningsmannen utnyttjar ett hjälplöst tillstånd hos målsäganden. Gränsdragningar mellan de olika brotten mot vuxna hänförliga till begreppet sexuell handling behandlar vi särskilt i avsnitt 9.2. Den fråga som vi ska besvara i detta avsnitt är om det finns kvalificerat straffvärda sexuella handlingar riktade mot vuxna som inte alls omfattas av dagens kriminalisering eller som eventuellt är straffbelagda endast som sexuellt ofredande eller köp av sexuell tjänst.

### *Hjälplöst tillstånd*

Vid vår utvärdering av 2005 års reform har vi fått en tydlig bild av att det finns problem gällande tolkningen och tillämpningen av begreppet ”hjelplöst tillstånd”. Det har vid de samråd vi haft funnits en utbredd uppfattning att det i praxis har ställts för höga krav för att någon ska anses vara i ett hjälplöst tillstånd. När det särskilt gäller tillämpningen av begreppet på berusade eller annars drog-påverkade offer har det sagts att det i princip är omöjligt att utreda och lagföra anmälda våldtäkter när det inte finns stödbevisning främst i form av direkta vittnesiakttagelser. Likaså beträffande offer med psykiska eller fysiska funktionshinder har det förts fram att begreppet tillämpas mycket snävt och att dessa ärenden ofta läggs ner i ett tidigt skede.

Den refererade praxis från Högsta domstolen som finns gällande hjälplöst tillstånd rör hjälplöst tillstånd på grund av sömn; NJA 2008 s. 482 I och II. Det finns således inga avgöranden från Högsta domstolen efter 2005 års reform där tolkningen av begreppet som sådant ställts på sin spets. Viss refererad hovrättspraxis finns dock. Den består i ett par fall där målsäganden sovit och ett fall med en utvecklingsstörd målsägande.<sup>31</sup> I det sistnämnda fallet,

---

<sup>31</sup> Se vår praxissammanställning, bilaga 2.

RH 2006:53, påstod åklagaren att målsäganden till följd av sitt handikapp ständigt var i ett hjälplöst tillstånd. Ett sådant synsätt tog hovrätten emellertid avstånd från och ogillade åtalet på den grunden att målsäganden vid tillfället för samlaget inte befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd.

Den bild av rättstillämpningen som vi har fått genom samråden bekräftas även av erfarenheterna från vår praxisgenomgång. Såvitt avser vår genomgång av de orefererade hovrättsavgörandena från första halvåret 2008 kan följande sägas. Ungefär en tredjedel av åtalen i de 30 mål där ansvar yrkats för grov våldtäkt eller våldtäkt genom utnyttjande av ett hjälplöst tillstånd ogillades. Detta är att jämföra med ansvarsyrkandena för grov våldtäkt eller våldtäkt grundade på tvång, där ungefär en femtedel av åtalen i de totalt 78 målen ogillades. I samtliga fall där åtalet avseende hjälplöst tillstånd ogillades hänvisades till brister i objektivt hänseende. Vanliga motiveringar var att det inte gick att utreda vad som egentligen hänt eller hur påverkad målsäganden varit. I ungefär hälften av det totala antalet fall var målsäganden påverkad av alkohol eller droger, i ungefär lika många fall sovande. Beträffande de sovande kan dock nämnas att dessa ofta i någon mån också var påverkade av alkohol eller droger. I fyra fall åberopades psykiskt funktionshinder till stöd för att offret var i ett hjälplöst tillstånd. Hjälplöst tillstånd var styrkt i ett av dessa fall. I vår rättsfallsbilaga redogör vi för några av de orefererade avgörandena där frågan om hjälplöst tillstånd har prövats.

Erfarenheten från utvärderingen har föranlett oss att ställa frågan om man i praxis nu har tagit ett steg tillbaka jämfört med vad som tidigare gällde enligt det s.k. Södertäljefallet, NJA 1997 s. 538, och vad det i så fall beror på. I det avgörandet fann HD att målsäganden varit påtagligt alkoholpåverkad men att hon inte enbart på grund av det var i ett hjälplöst tillstånd. Dock ansåg domstolen att denna påverkansgrad i förening med den hotfulla situation hon befunnit sig i (bortförd i bil av gärningsmännen som hon inte kände) innebar att hon varit i ett sådant tillstånd.

Den slutsats vi dragit är att tolkningen av hjälplöst tillstånd har blivit snävare jämfört med den jämförelsestandard som HD ställde upp genom Södertäljefallet. Situationen beträffande alkohol- eller drogpåverkade offer kan mot bakgrund av vad som framkommit närmast liknas vid ett s.k. moment 22: Kan offret lämna en någorlunda sammanhängande berättelse från händelsen, eller i vart fall fragment från den, är kravet på hjälplöst tillstånd inte uppfyllt. Är offret i ett sådant (tillräckligt) påverkat tillstånd kan hon eller han

inte lämna en sammanhängande berättelse, och då går det inte heller att styrka ett hjälplöst tillstånd om det inte finns tillräcklig stödbevisning.

Såvitt avser den senare situationen, att det inte går att styrka hjälplöst tillstånd om brottet inte går att utreda, finns det dock inte något att göra lagtekniskt. Åklagaren har hela bevisbördan för att ett brott begåtts. För att det över huvud taget ska gå att pröva om brott föreligger objektivt sett måste brottsutredningen ha en viss robusthet. Av rättsäkerhetsskäl kan det därför inte komma i fråga att sänka det beviskravet för att kunna konstatera hjälplöst tillstånd och nå fram med fler personuppklarade ärenden. Vad vi fokuserar på blir därför antagandet att kravet för att någon ska anses ha befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd i praktiken är för högt ställt.

Vad denna snäva rättstillämpning beror på har vi ingen säker uppfattning om. Kanske kan en orsak vara att de farhågor om ett snävt tillämpningsområde som lagrådet gav uttryck för i sitt svar på lagrådsremissen inför den senaste reformen har blivit uppfyllda i praxis. Här ska sägas att regeringen genom reformen inte avsåg att inskränka tillämpningsområdet för hjälplöst tillstånd. Avseende tillämpningsområdet hänvisade regeringen särskilt till Södertäljefallet.<sup>32</sup> Skälet till att regeringen inte anslöt sig till lagrådets förslag till rekvisit – ”särskilt utsatt situation” – var närmast en befarad risk för tillämpningssvårigheter med det begreppet. I sammanhanget måste också framhållas de särskilda svårigheter som finns att utreda dessa brott och frågan kan ställas om detta har haft någon betydelse för utfallet. Även om det inte ska finnas några skillnader i beviskrav mellan brott av olika svårhetsgrad kan det möjligen vara så att det ändå i underrätterna har blivit en skärpt syn i fråga om beviskravet när det är fråga om att pröva ett åtal för våldtäkt.

Vid samråden med åklagare har uppfattningen framförts att det finns utrymme att förbättra förhörsmetoderna när det gäller berusade offer. Det har sagts att utredningarna i dessa ärenden till viss del skulle kunna bli bättre genom att de inriktas på frågor om varför offret inte gjorde motstånd, dvs. på omständigheter som kan styrka att offret befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd.

Vår slutsats av utvärderingen av rättstillämpningen kring begreppet hjälplöst tillstånd är att det förefaller finnas ett otillräckligt skydd mot sexuellt övergrepp för en person som, utan att befinna sig i ett – som begreppet kommit att tillämpas – hjälplöst tillstånd, ändå

---

<sup>32</sup> A. prop. s. 50 f. och 137 f.



befinner sig i en utsatt situation, i en situation där personen har påtagliga svårigheter att värna sin sexuella integritet. Särskilt tydligt har detta varit beträffande berusade eller annars påverkade offer. Men även beträffande personer med fysiska eller psykiska handikapp kan det nuvarande skyddet ifrågasättas.

Många gånger finns förtäckta hot med i bilden. Sådana hot kan vara mer eller mindre subtila och det är vår erfarenhet att det i dag är mycket svårt att med framgång lagföra övergrepp av detta slag med påstående att målsäganden utsatts för hot.<sup>33</sup> Kanske kan det med förbättrade förhörsmetoder vara möjligt att få en högre andel uppklarade brott inom denna kategori. Detta skulle dock inte vara en tillräcklig åtgärd för att upprätthålla det skydd som lagen måste kunna erbjuda för en person som befinner sig i en sådan utsatt situation som nyss beskrivits.

#### *Andra situationer av utnyttjande eller där offret reagerar med passivitet*

En fråga som har betydelse när man ska bedöma om nuvarande lagstiftning erbjuder tillräckligt skydd mot sexuella övergrepp är hur offer för sexualbrott reagerar vid själva övergreppet. Varje offer för sexualbrott antar någon form av försvarsstrategi vid ett angrepp. Det kan vara att göra motstånd eller att prata med gärningsmannen för att förmå denne att sluta eller för att vinna tid. En inte ovanlig reaktion är emellertid att reagera med passivitet. I detta sammanhang brukar man inom forskningen och bland medicinsk expertis tala om "spela död"-reflexen. I internationella sammanhang förekommer bl.a. beteckningarna "frozen-fright pattern", "traumatic psychological infantilism syndrome" och "tonic immobility" på denna reflex, som är medfödd. Typiskt för reaktionen är att offren blir så rädda att de inte vågar göra något motstånd, alternativt att de upplever att deras kropp "stängts av". Det är också vanligt att offret får en minneslucka från händelsen. Minnesluckan kan i sig vara en följd av ett psykiskt försvar från kroppen eller berusning. De som har fått en minneslucka kan börja minnas händelsen senare.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Jfr det s.k. Jordbrofallet, Svea hovrätts dom den 26 september 2005 i mål B 5763-05, se vår rättsfallsbilaga.

<sup>34</sup> Angående dessa försvarsmekanismer se bl.a. Bulgariendomen, p. 70–71. Mekanismerna har även beskrivits vid våra samråd, bl.a. med företrädare för Nationellt centrum för kvinnofrid; se även Perski, Alexander, *Ur balans: om stress, utbrändhet och vägar tillbaka till ett balanserat liv*, 2002 och Bandler R, Keay K, Floyd N, Price J. *Central circuits mediating patterned*

Dessa kunskaper om hur offer reagerar tog man hänsyn till i 2005 års reform genom att kravet på tvång vid våldtäkt sattes lägre. Vår erfarenhet från genomgången av hovrättsdomarna från första halvåret 2008 visar att tvånget i så gott som samtliga fall består av våld. Våldet var i ungefär hälften av fallen av ett lindrigt slag där gärningsmannen t.ex. hållit fast, dragit eller lagt sig på offret. Vidare var det vanligt att våldet kombinerades med ett hot. Endast i två fall bestod tvånget enbart i ett hot. En slutsats från detta, i förening med kunskap om offers försvarsstrategier vid övergrepp, är att en gärningsman i de flesta fall inte behöver använda något större tvång för att genomföra ett övergrepp. Som lagen är konstruerad i dag är det vidare så att kravet på tvång inte kan sättas lägre – det är redan så att det räcker med det lindrigaste ofredande-våldet.

Oavsett detta mycket låga krav på vad som är ett straffbart tvång finns det ändå situationer där en sexuell handling kan utföras med en person som inte samtycker till detta, men där personen underkastar sig övergreppet utan att gärningsmannen behöver använda sig av något som helst tvång. I många sådana fall utnyttjar gärningsmannen att offret är i en utsatt situation och har svårigheter att värna sin sexuella integritet. Man kan dock, enligt vad som nyss sagts om olika försvarsstrategier, även tänka sig situationer då någon mot en persons vilja genomför en sexuell handling med den personen, utan att personen för den skull befinner sig i en särskilt utsatt situation. Exempelen på sådana situationer kan varieras. En person kan t.ex. ha följt med en ytligt bekant person hem, som han eller hon mött i nöjeslivet. När de kommit till bostaden har gärningsmannen låst dörren om dem (låst in dem) och det har gått upp för den andra personen, som blir rädd, att skälet för deras samvaro från gärningsmannens sida var att ha sex. Att i den situationen genomföra en sexuell handling med den som reagerar med passivitet är i dag inte kriminaliserat som sexualbrott (annat än möjligen som sexuellt ofredande) och detta menar vi är en brist.

Man kan vidare tänka sig situationer där någon använder erbjudanden för att förmå någon att tåla eller utföra en sexuell handling. Även om ett samtycke ges från den utsatte kan det enligt vår mening finnas situationer där ett samtycke inte är relevant därför att den utsatte aldrig haft några egentliga möjligheter att tacka nej till

---

autonomic activity during active vs. passive emotional coping, *Brain Research Bulletin* 2000 Sep; 53(1):95–104.

erbjudandet. Så kan t.ex. vara fallet i en extrem situation som att A befinner sig i livsfara (håller t.ex. på att drunkna) och erbjuds hjälp av B under förutsättning att A har sex med B. Även andra, kanske i några fall mer praktiska, exempel kan uppstå när ett accepterande av ett erbjudande (som i sin tur är villkorat av sex) är en förutsättning för att den utsatte inte ska drabbas av skada. Ett exempel på det är att en person, som under en vistelse i ett främmande land blivit bestulen på pengar och telefon och står utan mat och husrum, får ett erbjudande om hjälp i utbyte mot sex. Ett annat exempel är att en person som driver en rörelse, vilken under en tillfällig konjunkturnedgång blir konkursmässig, får ett erbjudande om ekonomisk hjälp i utbyte mot sex. Det antas då att utan det erbjudandet hade konkursen, med stora ekonomiska konsekvenser för näringsidkaren, varit ett faktum. Denna typ av situationer är i dag inte straffbara som våldtäkt eller sexuellt tvång om de inte riktas mot en person i hjälplöst tillstånd.<sup>35</sup> Vi upplever att detta är en brist i de fallen när erbjudandet upplevs som lika tvingande som ett tvång i form av hot om brottslig gärning. Det handlar även här om en form av otillbörligt utnyttjande, ett missbruk av en persons utsatta läge. Eventuellt kan gärningen i dag utgöra ett sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning om det föreligger en beroendeställning.<sup>36</sup>

Här kan nämnas att Amnesty International har riktat kritik mot hur man i Sverige valt att definiera tvång och menar att begreppet borde omfatta mer än våld och hot. Man har hänvisat till definitionen av våldtäkt i Romstadgan för den internationella brottmålsdomstolen och menar att även psykiskt våld eller att dra fördel av en hotfull situation ska omfattas av begreppet.<sup>37</sup> Med en sådan bredare definition av tvång skulle lagen i och för sig kunna omfatta fler situationer än i dag men inte alla där offret möter övergreppet med total passivitet. Den gemensamma nämnaren i samtliga fall vi här berört är att det inte finns något samtycke eller, i utnyttjandesituationer eller motsvarande, i vart fall inget giltigt sådant.

I sammanhanget vill vi framhålla att, när det gäller utnyttjandesituationer och situationer där den utsatte genom passivitet underkastar sig en sexuell handling, svårigheter kan uppstå kring gränsdragningen av kriminaliseringen. En situation där det i och för sig kan sägas förekomma någon form av underkastelse är den som kan

<sup>35</sup> Sex som utverkats mot löfte om ersättning i någon form täcks av bestämmelsen om köp av sexuell tjänst, 6 kap. 11 § brottsbalken.

<sup>36</sup> Jfr Petter Asp, a. a. s. 128 ff.

<sup>37</sup> Se Fallet nedlagt – Våldtäkt och mänskliga rättigheter i de nordiska länderna, Amnesty International, 2008, s. 21. Samma uppfattning redovisades vid vår hearing den 21 september 2009.

uppstå i etablerade relationer där endast den ena parten vill ha sex men den andra ställer upp på det, t.ex. av skälet att man inte orkar ta en diskussion kring det eller att man av något skäl inte vill avsluta relationen. Enligt vår mening kan det dock knappast sägas att det faktum att sådana situationer inte är kriminaliserade i dag utgör en brist i regleringen. Vi utgår då från att det inte finns något hot eller våld med i bilden eller att den utsatte befinner sig i en särskild beroendeställning. Det finns i dessa situationer trots allt ett samtycke till sex, som inte kan bortses från.

Även när det gäller situationer att någon utnyttjas genom ett erbjudande är det inte svårt att förutse att det finns situationer som moraliskt är högst klandervärda men knappast kan vara straffbara på annat sätt än genom köp av sexuell tjänst. Vidare anser vi inte heller att det föreligger en brist i dagens lagstiftning att det inte är straffbart med "tjatsex", förutsatt att det inte finns något otillbörligt utnyttjande och att det samtycke som lämnas kan betraktas som giltigt. Det torde inte vara ovanligt, särskilt bland ungdomar, att den ena parten "ger upp" efter övertalning eller efter enträgna försök till sexuella närmanden och samtycker till den sexuella handlingen eller helt enkelt underkastar sig denna. Oavsett hur en reglering ser ut är det svårt att lagföra gärningar av dessa slag, där vi befinner oss i gränslandet mellan vad som ska vara juridiskt eller moraliskt tillåtet respektive otillåtet, undantaget situationer där gärningsmannen verkligen kan sägas ha utnyttjat att den andra personen är i en särskilt utsatt situation.

#### *Särskilt om sexuella bedrägerier och vilseledanden*

I dag är s.k. sexuella bedrägerier inte alls kriminaliserade som sexualbrott, eller i vart fall endast kriminaliserade som sexuellt ofredande. Utgångspunkten för dessa bedrägerier är att den utsatte har samtyckt till en sexuell handling men att det finns en villfarelse hos den utsatte som antingen kan röra *skälen för den sexuella handlingen* (t.ex. har gärningsmannen utlovat äktenskap) eller *identiteten på den person med vilken man har sex* (gärningsmannen låtsas vara en annan person). Vilseledande av det senare slaget kan ta sig olika uttryck. Det kan vara av det mer abstrakta slaget när en person har sex med en annan därför att denne utgett sig för att vara en viss känd person (typfall 1). En helt annan typ av vilseledande rörande identiteten är när gärningsmannen utger sig för att vara en person som den ut-

satte sedan tidigare har en sexuell relation med (typfall 2). Ett exempel på en sådan vilseledandesituation kan vara att gärningsmannen kryper ner i sängen i ett släckt rum hos en halvt slumrande person och utför en sexuell handling. Gärningar enligt typfall 1 är inte kriminaliserade medan gärningar enligt typfall 2 kan utgöra sexuellt ofredande.<sup>38</sup>

Man kan även tänka sig en villfarelse rörande *den sexuella handlingen*, t.ex. har den utsatte samtyckt till sedvanlig massage men gärningsmannen överraskar med att föra in ett finger i den utsattes slida eller analöppning. Gärningar av det senare slaget kan vara kriminaliserade som ett sexuellt ofredande.<sup>39</sup>

Skulle vi införa en samtyckesreglering skulle även dessa sexuella handlingar vara att beteckna som våldtäkt eller sexuellt tvång, om man inte finner skäl att särskilt undanta dem från det straffbara området. I Storbritannien är t.ex. alla nu nämnda situationer straffbelagda som rape, assault by penetration eller sexual assault.

Frågan är om denna lucka/dessa luckor som faktiskt finns i dagens reglering av de allvarligare sexualbrotten också är att uppfatta som en brist. Enligt vår mening finns det knappast anledning att kriminalisera sexuella bedrägerier i form av ett vilseledande gällande skälen för att ha sex som ett allvarligare sexualbrott. Det är inte svårt att förutse stora tillämpningssvårigheter med en sådan reglering där kränkningen närmast är kopplad till förväntningar i stället för till den sexuella integriteten. Större anledning kan finnas att kriminalisera som ett allvarligare sexualbrott att vilseleda någon om att man tänkte utföra en annan handling än en sexuell och där man sedan överrumplar personen med den sexuella handlingen.

Vidare kan det också finnas skäl att kriminalisera den typ av vilseledanden gällande gärningsmannens identitet som innebär att den utsatte vilseletts i fråga om vilken kropp denne har framför sig (typfall 2) som ett allvarligare sexualbrott. Det handlar här inte om de gärningar som innebär ett vilseledande av mer abstrakt slag där en person lurats beträffande sitt namn och utgett sig för att vara en person som är allmänt känd men som offret inte själv känner (typfall 1). De gärningarna ligger närmare ett ej straffbart vilseledande beträffande skälen för sex. Skillnaden mellan de olika typfallen är att det i typfall 2 inte finns något samtycke till sex med den kropp

<sup>38</sup> Angående en gärning enligt typfall 2, se exempel från praxis i fotnot 47.

<sup>39</sup> Angående en massagesituation, där gärningen bl.a. bestod i fingrar i slidan, som bedömdes som sexuellt ofredande se Hovrättens för Nedre Norrland dom den 5 maj 2008 i mål B 1242-07 (Ångermanlands tingsrätts dom den 30 oktober 2007 i mål B 1084-07).

personen har framför sig medan det finns ett sådant samtycke i typfall 1. Av dessa två typfall är det alltså endast beträffande det andra som vi anser att en brist föreligger i dagens lagstiftning.

### *Bristerna sammanfattade*

Sammanfattningsvis kan sägas att vi anser att det finns vissa brister eller luckor i dagens reglering och tillämpning av den som behöver åtgärdas för att upprätthålla ett fullgott skydd mot kränkningar av den sexuella självbestämmanderätten och den sexuella integriteten. Dessa brister avser dels vissa utnyttjandesituationer, dels situationer där en sexuell handling utförs utan tvång eller utnyttjande men ändå mot en persons vilja. Även vissa sexuella bedrägerier och vilseledanden kan det finnas skäl att kriminalisera som allvarigare sexualbrott. Bristerna är dessutom sådana att vi ifrågasätter om vi utan att vidta några åtgärder kan anses fullt ut uppfylla den standard som Europadomstolen ställt upp i Bulgariendomen, att det av medlemsstaterna krävs kriminalisering och lagföring av varje sexuell handling som skett utan samtycke även om offret inte gjort fysiskt motstånd.

Avgörande för valet av vad som bör göras för att avhjälpa dessa brister är vilken väg som ska väljas i fråga om konstruktionen av våldtäktsbrottet. Enligt vår mening måste i dessa överväganden även inkluderas regleringen av övriga sexualbrott riktade mot vuxna där kränkningen består i en sexuell handling (i dag sexuellt tvång och sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning).

## **8.6 Hur ska bristerna åtgärdas? Bör vi införa en samtyckesreglering?**

**Bedömning och förslag:** Samtyckets betydelse vid bedömningen av vad som är en tillåten respektive otillåten sexuell handling bör framgå direkt av lagen. En *ren* samtyckesreglering, dvs. en reglering där bristande samtycke är det grundläggande och enda brottsrequisitet, bör dock inte införas. Strukturen i den nuvarande regleringen av de mer kvalificerade sexuella kränkningarna av vuxna bör behållas samtidigt som lagstiftningen kompletteras.

Brotten våldtäkt och sexuellt tvång ska även framöver utgå från medel (tvång) och omständigheter (utnyttjande). För att

åtgärda brister i dagens kriminalisering av dessa brott och andra mer kvalificerade sexuella kränkningar av vuxna ska *dels* genomföras en utvidgning av 6 kap. 1 § andra stycket brottsbalken, *dels* införas en helt ny och samtyckesbaserad bestämmelse där brottet ska kallas *sexuellt övergrepp*.

Utvidgningen av 1 § andra stycket innebär att det ska vara straffbart att otillbörligt utnyttja inte bara den som befinner sig i ett hjälplöst tillstånd utan också den som annars har särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet. Som en konsekvens av utvidgningen upphävs bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning (3 §). Gärningar enligt den bestämmelsen ska i stället omfattas av bestämmelserna om våldtäkt eller sexuellt tvång.

Genom brottet sexuellt övergrepp, införd i en ny 3 §, kriminaliseras att genomföra en sexuell handling med en person utan den personens tillåtelse. Bestämmelsen ska vara subsidiär till bestämmelserna om våldtäkt och sexuellt tvång, dvs. tillämpas först om gärningen inte utgör våldtäkt eller sexuellt tvång. Straffskalan för brottet föreslås vara fängelse i högst fyra år.

### Övergripande om valmöjligheterna

I det föregående har vi redovisat de brister som vi menar finns i dagens reglering och som vi anser måste åtgärdas för att man ska uppnå ett tillräckligt skydd för den sexuella självbestämmanderätten och den sexuella integriteten. Dessa brister avser dels vissa situationer där gärningsmannen utnyttjar att offret befinner sig i en särskilt utsatt situation, dels situationer där en sexuell handling utförs utan tvång eller utnyttjande men ändå mot en persons vilja. Därutöver kan det finnas skäl att kriminalisera vissa sexuella bedrägerier.

Ett sätt att åtgärda bristerna kan vara att ersätta dagens reglering med en "ren" samtyckesreglering, dvs. en reglering där bristande samtycke är det grundläggande brottsrekvisitet. En sådan reglering bör förutom att innehålla en generell bestämmelse även – i lag eller förarbeten – peka ut de omständigheter vars förekomst innebär att ett giltigt samtycke inte föreligger. I princip bör detta vara de omständigheter som utgör brottsrekvisit i dagens reglering och därutöver en viss utvidgning. En annan lösning är att vidareutveckla dagens reglering baserad på medel och omständigheter men alltså behålla tvång som grundrekvisitet. En tredje möjlighet kan vara att behålla

och vidareutveckla dagens sätt att konstruera brotten men som ett komplement ha en samtyckesreglering. De tre modeller som vi i det följande kommer att värdera är alltså de följande.

- En ren samtyckesreglering
- En utvidgad reglering baserad enbart på medel och omständigheter
- En kompletterande samtyckesreglering vid sidan av en utvidgad reglering baserad på medel och omständigheter

#### *Våra utgångspunkter för valet av regleringssätt*

Utgångspunkten för lagstiftningen om skyddet för vuxna mot kvalificerade sexuella kränkningar bör även framöver vara varje individs rätt till sexuellt självbestämmande och sexuell integritet.

Det som skiljer ömsesidigt sex från sexuellt övergrepp är närvaron, eller frånvaron, av ett giltigt och relevant samtycke i den stund den sexuella handlingen utförs. Detta faktum skulle kunna sägas utgöra ett principiellt skäl för att i lagstiftningen använda brist på samtycke (eller motsvarande) som brottsrekvisit.

Även om bristande samtycke utgör ett skäl för kriminalisering på ett övergripande plan innebär det dock inte att lagens konstruktion i sig nödvändigtvis behöver utgå från samtycke. Det finns inget principiellt hinder mot – eller något motsägelsefullt i – att bygga lagen på omständigheter vars förekomst innebär att ett giltigt samtycke inte finns, dvs. negerar ett samtycke, och ändå hävda att det är det bristande samtycket som är kärnfrågan för prövningen. Regleringen uttrycker då vilka omständigheter som innebär att något giltigt samtycke *inte* finns.

Avgörande för val av regleringssätt är i stället vilken reglering som är den mest ändamålsenliga för att uppnå syftet med kriminaliseringen. I detta sammanhang går det inte att bortse från att man bör vara försiktig med att införa ett helt nytt och centralt brottsrekvisit i bestämmelserna om sexualbrott. Finner man att man genom en modifiering av nuvarande lagstiftning kan uppnå vad man avser, talar det således mot att införa en samtyckesreglering. En inte oväsentlig faktor i den bedömningen är att man med ett helt nytt rekvisit inte – eller i vart fall endast i begränsad utsträckning – har möjlighet att använda och bygga vidare på den domstolspraxis på området som har byggts upp genom åren.



*Hur bör en ren samtyckesreglering se ut om en sådan ska införas?*

Som vi tidigare anført anser vi att det inte är möjligt att ta ställning till frågan om vi i svensk rätt ska ha en samtyckesreglering utan att ha en idé om hur denna närmare ska se ut. De tre olika alternativen ovan kan därför inte heller värderas utan att det är klarlagt hur en ren samtyckesreglering bör vara utformad.

En nackdel med en samtyckesreglering är som vi tidigare pekat på att det finns svårigheter dels att – med den särskilda komplexitet som i den frågan finns på sexualitetens område – definiera vad ett samtycke är och hur det ska kunna ta sig uttryck, dels att skilja ut de giltiga samtyckena från de ogiltiga. Självklart är att lagen med en ren samtyckesreglering ska ange att sex utan samtycke (eller motsvarande begrepp) inte är tillåtet. Det ska i det sammanhanget också övervägas om samtyckesbegreppet ska definieras i lagen. Valet måste sedan göras mellan alternativet att de omständigheter som negerar samtycke ska komma till uttryck *direkt i lagen*, vid sidan om den mer generella bestämmelsen, och alternativet att omständigheterna ska anges *enbart i förarbetena*. Vi har under utredningsarbetet skissat på förslag till författningstext till båda regleringsmodellerna avseende var omständigheterna bör anges.

Anges omständigheterna som negerar samtycke direkt i lagen krävs det att dessa anges mer exakt jämfört med om det enbart sker i förarbetena. En reglering där de omständigheter som negerar samtycke enbart ges i förarbetena ger domstolarna utrymme för en friare bedömning av om samtycke funnits eller inte. Vi bedömer i och för sig att det är en fördel med en sådan mer ”öppen” reglering. En sådan reglering kan också sägas överensstämma bättre med hur andra straffbestämmelser i brottsbalken är uppbyggda. Ett konstruktionssätt där det direkt i lagen anges när ett samtycke *inte* föreligger kan med hänsyn till vår lagstiftningstradition framstå som tveksamt.

Vissa skäl finns således för att välja en reglering där omständigheterna anges enbart i förarbetena. Det viktigaste argumentet i valet mellan hur en ren samtyckesreglering bör vara uppbyggd talar dock enligt vår mening för att omständigheterna i stället kommer till uttryck direkt i lagen. Vi bedömer det nämligen som tveksamt om en samtyckesreglering där omständigheter som negerar samtycke endast kommer till uttryck i förarbetena uppfyller rimliga krav på legalitet, dvs. att lagstiftningen är så preciserad att det med tillräcklig tydlighet kan utläsas vad som är straffbart och att den ger tillräcklig

ledning för rättstillämpningen. En sådan regleringskonstruktion skulle innebära att straffbestämmelserna gällande de allvarligaste sexuella kränkningarna till stor del får sitt innehåll och görs begripliga endast genom lagmotiven. För det fall en ren samtyckesreglering ska införas bör därför enligt vår mening en sådan reglering väljas där i vart fall de omständigheter som neget samtycke och som är möjliga att urskilja kommer till uttryck *direkt i lagen*.

Med våldtäktsbrottet som exempel bör då grunden för brottslig gärning vara att samlag eller en handling jämförlig därmed genomförs med en person som inte samtycker (eller motsvarande viljebegrepp). Därefter bör det i bestämmelsen anges de viktigaste omständigheterna vars förekomst innebär att ett samtycke som lämnats inte är giltigt. Det ska här strykas under att uppräkningslistan inte kan vara uttömmande. Även andra samtycken som rent faktiskt har lämnats kan bedömas som ogiltiga även om grunden för varför samtycket blir ogiltigt inte anges i lagen. Straffbarheten i de fallen följer av att det inte finns något giltigt samtycke. Sättet att konstruera lagstiftningen på som vi tänker oss har likheter med den väg som Skottland har valt genom Sexual Offences Act 2009. Dock innehåller vårt förslag inte, så som den skotska lagen, någon definition av samtyckesbegreppet som sådant. Skälet till detta är att vi bedömer att den närmare tolkningen av begreppet inte låter sig sammanfattas i en lagtext utan bör ske i domstol efter vägledning i motiven. I bilaga 3 redovisar vi närmare hur en ren samtyckesreglering skulle kunna se ut.

#### *En ren samtyckesreglering bör inte införas*

Enligt vår mening finns det skäl för att införa någon form av samtyckesreglering i svensk rätt. Inte minst talar skälet att en sådan reglering kan ses som en naturlig fortsättning av utvecklingen av den straffrättsliga synen på området för en sådan reglering. Mot bakgrund av kunskapen om hur offer för sexualbrott reagerar på sexuella övergrepp, och hur verkligheten ser ut där tvång i form av våld eller hot inte alls har den betydelse som man ansett historiskt, vore det således en idé att låta lagen utgå från en bristande frivillighet i stället för ett tagande med våld. Vidare vill vi framhålla den normerande verkan som en samtyckesreglering kan få och det stöd som en sådan reglering skulle kunna vara för en person som utsätts för påtryckningar om sex som han eller hon inte vill delta i.

Även de andra skälen för en samtyckesreglering som vi redovisat i det föregående är omständigheter som är väl värda att beakta vid en samlad bedömning, särskilt det om att vi med en samtyckesreglering mera säkert uppfyller de krav som den s.k. Bulgariendomen ställer på oss.

Det finns emellertid också skäl av tyngd som talar mot en samtyckesreglering, i vart fall en ren samtyckesreglering som alltså baseras på enbart bristande samtycke.

Ett argument som ibland förts fram mot en samtyckesreglering är att bevissvårigheterna med en sådan reglering skulle bli större än i dag. Som anförts tidigare delar vi emellertid inte denna uppfattning. I stället kan det förväntas att bevisproblemen – även om de kan komma att se något annorlunda ut – kommer att bli lika omfattande vilken väg som än väljs. Argumenten att det med en samtyckesreglering skulle skapas orimliga förväntningar på fällande domar samt att det finns risk för sexualmoralism är visserligen värda att ta på allvar, men sådana effekter borde vara möjliga att i vart fall i viss utsträckning motverka genom upplysning och utbildning.

Viktigare är emellertid, som vi också angett tidigare, att det med en ren samtyckesreglering finns en uppenbar risk för att fokus i den praktiska processen än mer än i dag kommer att hamna på målsägandens agerande och att frågan om gärningsmannen missbrukat eller kränkt målsägandens sexuella integritet – genom tvång eller med utnyttjande av den situation målsäganden befunnit sig i – kommer i bakgrunden. Även om det kan hävdas att målsäganden och dennes agerande redan med nuvarande lagstiftning ofta kommer i fokus, så måste man undvika att genom förändrad lagstiftning göra saken värre.

Begrepp som fri vilja och frivillighet på sexualitetens område är inte sällan komplicerade och det framstår inte som en självklar lösning att bygga en lagregel om sexualbrott på den i verkligheten sällan förekommande situationen att parterna utväxlar uttryckliga frågor och svar. Vad det blir fråga om är därför att göra en bedömning som till stor del baseras på parternas agerande och vad som framkommer om den situation där detta sker. Vi ser en svårighet i detta om det blir så att frågan om samtycke fanns eller inte blir utgångspunkten i samtliga mål.

Även om det förslag till ren samtyckesreglering som vi arbetat fram (bilaga 3) kan anses uppfylla de krav som legalitetsprincipen ställer på lagstiftningen finns det en risk att det uppstår svårigheter beträffande tolkningen av samtyckesbegreppet. Inte minst visar

erfarenheterna från Storbritannien det. Under alla förhållanden kvarstår svårigheterna att definiera vad ett samtycke är i de situationer när de omständigheter som, enligt den tänkta bestämmelsens andra stycke, negerar samtycke inte kan styrkas. Brottsbeskrivningen i den modell som vi presenterar (bestämmelsens första stycke) kommer ju att omfatta fler fall än sådana där omständigheter som negerar samtycke förekommer. Även sådana gärningar faller under lagens tillämpningsområde. Förekomsten av någon omständighet som anges i andra stycket utgör alltså en tillräcklig – men inte nödvändig – förutsättning för att ett giltigt samtycke inte ska föreligga. Även andra exempel på omständigheter kan leda till att ett giltigt samtycke inte föreligger. I andra rättsordningar med en samtyckesreglering, så som i England och Wales respektive Skottland, hanterar man regleringen på det sättet. Som framgått tidigare innebär emellertid det inte att man därigenom löst alla problem vid tillämpningen av samtyckesbegreppet.

Även om intresset av att skydda varje individs sexuella självbestämmanderätt är ett primärt skäl för att kriminalisera sexuella övergrepp innebär detta som sagt inte att också lagen i sig måste innehålla bristande samtycke som brottsrekvisit. Kärnan i de allvarligaste sexuella kränkningarna av vuxna är, som framhållits av många, inte främst våld eller hot utan i stället den kränkning av en annan människas sexuella självbestämmanderätt och sexuella integritet som de utgör. Vid bedömningen av om en sådan kränkning har skett är förekomsten av ett samtycke i högsta grad relevant men inte ensamt avgörande; giltiga samtycken måste skiljas från ogiltiga.

Vid en samlad bedömning av skälen för och mot en lagstiftning baserad *endast* på ett bristande samtycke finner vi inte tillräckliga skäl att föreslå en sådan samtyckeslagstiftning. Vi kan inte se att de fördelar som en sådan reglering skulle innebära uppväger de nackdelar – av vilka alla kanske inte heller kan förutses – som den skulle medföra. Det är enligt vårt synsätt bättre att i lagen fokusera på situationer då en person utnyttjar eller missbrukar en annan persons sexuella självbestämmande eller sexuella integritet och härigenom ringa in de straffvärda beteendena där det, förutom i tvångssituationer, inte heller finns något giltigt samtycke. Därmed kan också den utgångspunkt som slås fast i våra direktiv, att våldtäktsbrottet ska förbehållas de allvarligaste sexuella kränkningarna, bibehållas.

En sannolik konsekvens av en ren samtyckesreglering är att den medför en generell straffskärpning genom att förekomsten av tvång eller utnyttjande beaktas som försvårande omständigheter jämfört

med när detta inte har förekommit. Har tvång eller utnyttjande förekommit blir därmed utgångspunkten för straffvärdebedömningen högre än straffminimum för våldtäktsbrottet. En generell straffskärpning på detta område skulle medföra en risk för en bristande proportionalitet mellan sexualbrotten och andra brott mot person. Till detta kan läggas den särskilda hänsyn som enligt 29 kap. 1 och 2 §§ brottsbalken, sedan 2010 års reform om skärpta straff för allvarliga våldsbrott, ska tas vid straffvärdebedömningen om ett allvarligt tvång har använts.<sup>40</sup> Det finns därmed en risk för att tvångets inverkan på straffmätningen beaktas dubbelt.

Det ska här också framhållas att vi i vår bedömning haft utgångspunkten att det, för att en helt annan regleringsmodell än den vi har i dag ska väljas, måste krävas att en sådan framstår som klart bättre än den nuvarande. Att helt överge en regleringsmodell för en annan som inte kan antas vara klart bättre framstår som olämpligt. Tillräckliga skäl för så stora förändringar som en ren samtyckesreglering innebär finns inte enligt vår uppfattning. Genom den förändring som vi i det följande i stället föreslår bör det värde som ligger i att kunna bygga vidare på befintlig praxis kunna utnyttjas på bästa sätt.

I det ställningstagande som vi nu gjort ligger att vi anser att det är möjligt att uppfylla Sveriges internationella åtaganden – i första hand som det uttryckts i Bulgariendomen – på annat sätt än genom en ren samtyckesreglering. Vi återkommer till detta.

#### *Fler fall av utnyttjande bör kriminaliseras*

Det är således vår bedömning att rekvisiten för våldtäktsbrottet också framöver bör utgå från medel och omständigheter. Tvång i form av våld och hot bör finnas kvar med motsvarande innebörd som i dag. För att täcka vissa brister i kriminaliseringen, som vi tidigare pekat ut som nödvändiga att åtgärda, föreslår vi en utvidgning av grunden ”hjälpöst tillstånd”. Utvidgningen innebär att inte bara den kan straffas som utnyttjar att en person befinner sig i ett hjälpöst tillstånd utan också den som otillbörligt utnyttjar en person som med hänsyn till omständigheterna har särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet. Vi föreslår att denna grund för straffansvar blir en självständig grund vid sidan av den som avser hjälpöst tillstånd.

---

<sup>40</sup> Se prop. 2009/10:147.

Våldtäktsbestämmelsen kommer därmed att, utöver de situationer som täcks av nuvarande lagstiftning, omfatta fall där en person annars är i ett så utsatt läge att den med hänsyn till omständigheterna har särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet och undgå ett övergrepp. Med begreppet ”värna” avser vi ett fredande av den egna personen genom ord eller handling i vid bemärkelse. Begreppet ska således inte förstås som ett krav på att ett våldtäktsoffer ska bjuda på fysiskt motstånd för att ett övergrepp ska vara att bedöma som våldtäkt. Redan i dag gäller enligt svensk rätt att ett våldtäktsoffer inte behöver göra motstånd för att betvingande ska föreligga. Avgörande ska vara om personen befinner sig i en situation, där möjligheterna att fritt avvisa sexuella handlingar av ett eller annat skäl är begränsade. För att inte kriminaliseringen ska sträckas ut allt för långt bör det krävas att situationen är sådan att personen har *särskilda* svårigheter att värna sin sexuella integritet.

Gemensamt för gärningar som bör falla in under den utvidgade bestämmelsen om utnyttjande är att det är sexuella handlingar riktade mot personer där det inte behövs något tvång från gärningsmannens sida för att utföra övergreppet. Vår praxisgenomgång har gett vid handen att, även om Högsta domstolen genom NJA 1997 s. 538 uttalat att en påtaglig berusning i kombination med att offret befunnit sig i en hotfull situation bedömts som ett hjälplöst tillstånd, det finns en försiktighet i underrätterna att låta vad som kan kallas yttre omständigheter avgöra huruvida ett hjälplöst tillstånd föreligger. I stället tycks sådana omständigheter som är hänförliga till offrets person vara avgörande, t.ex. berusningsgrad. Rättstillämpningen i nämnda avgörande från Högsta domstolen bör emellertid alltjämt ses som vägledande. Enligt vår uppfattning bör principen enligt avgörandet dessutom vara vägledande även för de situationer som ryms i det utvidgade tillämpningsområde som vi föreslår. Således ska betydelsen av såväl offrets personliga omständigheter som yttre omständigheter värderas i en samlad bedömning även i de situationer där den utsatte, utan att befinna sig i ett hjälplöst tillstånd, ändå har haft särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet. I vissa fall kan tänkas att förekomsten av vissa yttre omständigheter – t.ex. en hotfull situation i förening med ett bortförande till en enslig plats – i sig självt är tillräckligt för att ett straffbart utnyttjande enligt denna nya grund för våldtäkt ska föreligga<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Jfr situationen i Bulgariendomen.

De fall av utnyttjande där det kan övervägas att bedöma en kvalificerad sexuell handling som våldtäkt kommer med den föreslagna ändringen således att bli fler än med dagens reglering. Avgörande för räckvidden av utvidgningen blir huruvida det föreligger ett *otillbörligt utnyttjande*. Otillbörlighetsrekvisitet kan därför förutses få en större betydelse än i dag för avgränsningen av brottet. Föreligger ett otillbörligt utnyttjande kan ett faktiskt samtycke från den utsatte aldrig vara ansvarsbefriande. Detsamma gäller i dag för hjälplöst tillstånd.

Att i motiven uttömmande precisera hur otillbörlighetsbedömningen ska göras är inte möjligt. I stället får det i viss utsträckning överlämnas åt domstolarna att avgöra detta. Vi ska dock i det följande ange typiska situationer där ett sådant hänsynslöst beteende föreligger att det bör anses vara fråga om ett otillbörligt utnyttjande av att en person med hänsyn till omständigheterna har särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet. Innan så sker, vill vi påpeka att det i otillbörlighetsbedömningen måste beaktas att den som i och för sig befinner sig i en utsatt situation kan ha en verklig önskan om kroppslig närhet – inkluderande sexuella handlingar – och att det då inte alltid bör anses vara ett otillbörligt utnyttjande att genomföra en sexuell handling med denna person.

Vid tillstånd av berusning eller annan drogpåverkan hos offret bör kravet på att personen med hänsyn till omständigheterna ska ha särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet anses uppfyllt även om personen till följd av påverkansgraden inte är helt utslagen utan själv kan ge en bild av vad som hänt. Därigenom sker en utvidgning i förhållande till hur begreppet hjälplöst tillstånd ofta tillämpas i dag. Dock bör här återigen strykas under att vad det är fråga om är en helhetsbedömning av den situation som övergreppet skedde i. Har situationen varit hotfull bör det kunna krävas mindre i fråga om påverkansgraden jämfört med när detta inte förekommit.

Även när det gäller utnyttjande av sjukdom eller fysiskt eller psykiskt funktionshinder bör fler fall bedömas som våldtäkt till följd av utvidgningen av våldtäktsbestämmelsen. Här ska dock påminnas om den försiktighet som i dag iakttas vad gäller att bedöma belägenheten i sig som ett hjälplöst tillstånd. För det utvidgade straffområdet som vi nu behandlar bör detsamma gälla. Således bör den situation som den sexuella handlingen utförs i och den betydelse som sjukdomen och funktionshindret har vara avgörande. Skälet till detta är att även sjuka och personer med funktionshinder har en rätt till ett sexualliv inom ramen för självbestämmanderätten. En

bedömning måste då göras av personens förmåga att ta ställning till frågan, med beaktande inte bara av självbestämmandet utan också rätten till sexuell integritet. Att här låta det straffbara området omfatta i princip alla sexuella handlingar och sedan låta det som i praktiken blir avgörande för lagföringen vara huruvida den enskilde personen upplever sig kränkt av gärningen och därför anmäler är ingen framkomlig väg vad gäller kriminalisering. Avgörande bör i stället – återigen – vara huruvida det vid en helhetsbedömning är fråga om ett otillbörligt utnyttjande.

Andra fall av utnyttjanden som kan omfattas av bestämmelsen är sådana som gäller transportsituationer där den som kör har en särskild förtroendeställning, t.ex. en taxi- eller färdtjänstchaufför. En särskild svårighet att värna sin sexuella integritet kan t.ex. föreligga när en person en sen kväll åker med en taxichaufför som kör till en helt annan plats än den överenskomna med avsikten att genomföra en sexuell handling med den utsatte.

Den utvidgade bestämmelsen bör också kunna omfatta fall där en person i utbyte mot sex erbjuds hjälp eller någon förmån och befinner sig i en situation där han eller hon har små möjligheter att tacka nej. Om erbjudandet för den drabbade framstår som lika tvingande som ett tvång i form av hot om brottslig gärning bör ett otillbörligt utnyttjande som täcks av den föreslagna utvidgningen anses föreligga.

Ett otillbörligt utnyttjande av en person som med hänsyn till omständigheterna har särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet kan också föreligga i vissa överrumplingssituationer. Kanske har en person samtyckt till någon form av beröring som inte är sexuell men överraskas sedan med en sexuell handling. Ett exempel på en sådan gärning är att en person som befinner sig i en patientsituation liggande på en brits helt oförberedd upptäcker att den blir utsatt för en sexuell handling bestående i att en annan person för in ett finger i slidan eller analöppningen.

Det kan konstateras att den föreslagna utvidgningen av utnyttjandesituationer i våldtäktsbestämmelsen innebär att fall som i dag är att bedöma som sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning enligt 6 kap. 3 § nu kommer att täckas av 1 eller 2 §. Vi återkommer strax till denna fråga.



*Konsekvenser och följdändringar efter utvidgningen samt den närmare utformningen av 1 § andra stycket*

Brottet sexuellt tvång (6 kap 2 § brottsbalken) bör finnas kvar och även framöver bygga på tvång och situationer av utnyttjande på samma sätt som våldtäktsbrottet. Den utvidgning av utnyttjandesituationerna som vi föreslagit för våldtäktsbrottet blir därmed tillämplig även för brottet sexuellt tvång.

Vad gäller brottet sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning (6 kap. 3 § brottsbalken) kan konstateras att dess nuvarande tillämpningsområde överlappas av våldtäktsbrottet och brottet sexuellt tvång om 6 kap. 1 och 2 §§ utvidgas på det sätt vi föreslår. I situationer av allvarligt missbruk av beroendeställning är det enligt vår uppfattning alltså även fråga om ett otillbörligt utnyttjande av en person som med hänsyn till omständigheterna har särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet. Att ha kvar 3 § parallellt med den föreslagna utvidgningen av utnyttjandesituationerna framstår dessutom som olämpligt eftersom denna bestämmelse, som är av mer speciell natur, då hamnar *efter* den generella. 3 § i dess nuvarande lydelse bör därför upphävas. Härigenom sker också viss regel-förenkling.

Straffvärda missbruk av beroendeställning bör i stället helt hanteras inom ramen för 1 och 2 §§. Avsikten med detta är egentligen varken att utvidga eller inskränka straffbarheten av handlingar som utgör ett missbruk av beroendeställning utan enbart att låta handlingarna helt och hållet rymmas inom ett annat straffbud. Lagtekniskt kan man antingen låta grunden att någon med hänsyn till omständigheterna har särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet omfatta dessa situationer eller får en ytterligare utvidgning ske av andra stycket i 1 § genom att beroendeställningsfallen uttryckligen tas med där.

Sedan år 2005 har antalet lagföringar enligt 3 §, för det brottet som huvudbrott, varit 22 år 2005, 13 år 2006, fyra år 2007, sex år 2008 och tre år 2009. Såvitt avser talen för åren 2005 och 2006 kan antas att en del av lagföringarna avser gärningar som efter reformen är att hänföra till 1 eller 2 §. En rättvisande bild av fallen enligt den reformerade lagstiftningen visar sig förmodligen först ett par år efter ikraftträdandet. Hur som helst rör det sig om ett fåtal lagföringar för sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning som huvudbrott. Vår praxisgenomgång har bekräftat att denna brottstyp sällan förekommer.

Även om det alltså kan konstateras att fall av brottet sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning är sällsynt förekommande i domstolsprocessen finns det ett behov av en kriminalisering av sådana gärningar. Gärningstypen är förhållandevis tydlig och särskiljbar. Att skilja ut denna kategori av brott i förhållande till det mer generella tillämpningsområdet för det utvidgade hjälplösa tillståndet framstår som rimligt. Vi föreslår därför att dessa utnyttjandefall uttryckligen tas med i 1 § andra stycket.

Med termen "beroendeställning" bör avses detsamma som enligt gällande rätt. Dock blir det en följd av införandet av den generella bestämmelsen om särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet att även utnyttjande av andra, mera tillfälliga, beroendesituationer är straffbara som våldtäkt.

Den nuvarande bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning (3 §) omfattar endast gärningar där gärningsmannen *förmår* offret att företa eller tåla en sexuell handling. I samband med arbetet med 2005 års reform övervägdes på Sexualbrottskommitténs förslag att även kriminalisera situationer där målsäganden tagit initiativ till den sexuella handlingen. Sedan det i remissförfarandet riktats kritik mot det förslaget stannade regeringen för att behålla den avgränsning av det straffbara området som gällt sedan tidigare.<sup>42</sup>

Sexualbrottskommittén hade vidare föreslagit – utan att avse någon förändring i sak – att byta ut uttrycket "allvarligt missbruka" mot "utnyttjar". Med hänvisning till att uttrycket "utnyttjar" rent språkligt har en vidare innebörd än "allvarligt missbruka" avstod regeringen från att byta ut det sedan tidigare gällande begreppet.<sup>43</sup>

Med utgångspunkten att en ny utformning av 1 § andra stycket med olika grunder bör vara lätt att överskåda vore det en fördel att även för beroendeställningssituationerna använda uttrycket "otillbörligt utnyttja". Vi ser inte heller något hinder mot detta även om utgångspunkten är att det straffbara området i princip ska vara detsamma som i dag. I och för sig delar vi regeringens synpunkt att uttrycket "utnyttjar" är vidare än "allvarligt missbruka" men genom att det krävs att utnyttjandet även är otillbörligt för att vara straffbart ser vi uttrycken som i princip likvärdiga.

Att som i dag i beroendeställningssituationerna upprätthålla en skiljelinje mellan vilka sexuella handlingar som är straffbara respektive straffria utifrån vem av parterna som har varit aktiv och för-

<sup>42</sup> Prop. 2004/05:45 s. 63 f.

<sup>43</sup> A. prop. s. 64.

mått den andra personen till en sexuell handling bedömer vi som mindre lämpligt med den utvidgning som vi i det föregående har föreslagit. Den utvidgningen omfattar inte enbart situationer där gärningsmannen har tagit initiativet utan alla fall av otillbörligt utnyttjande av någon som med hänsyn till omständigheterna har särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet. Med den lösning av beroendeställningssituationerna som vi föreslår kommer därför inte bara fall där någon *förmår* en person i beroendeställning att företa eller tåla en sexuell handling att bestraffas, utan rätt och slätt den som *genomför* en sexuell handling med en person i beroendeställning. Även fall där det är personen i beroendeställning som har tagit initiativet till den sexuella handlingen omfattas således. Bedömningen av frågan om en straffbar gärning har begåtts får här göras inom ramen för otillbörlighetsbedömningen. För straffbarhet bör som regel krävas att det är gärningsmannen som har varit aktiv och förmått den andra personen till en sexuell handling. Det måste emellertid lämnas öppet för att det i sällsynta fall även kan finnas situationer av utnyttjande av beroendeställning där initiativet till sex tas från personen som står i beroendeställning till gärningsmannen.

För att göra andra stycket i 1 § överskådligt föreslår vi att de olika situationerna av utnyttjande ställs upp i två punkter. Första punkten (1) bör avse hjälplöst tillstånd och andra punkten (2) de berörda beroendeställningssituationerna tillsammans med den nya grunden att otillbörligt utnyttja att en person med hänsyn till omständigheterna har särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet. Härigenom skiljs fallen av hjälplöst tillstånd på ett tydligt sätt från de där en person annars är i ett utsatt läge och utnyttjas. Visserligen torde den som befinner sig i ett hjälplöst tillstånd eller i en beroendeställning till gärningsmannen generellt sett kunna sägas ha särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet. För tydlighetens skull och för att markera den utvidgning som sker bör dock utnyttjande av hjälplöst tillstånd liksom beroendeställning anges särskilt i bestämmelsen. Således bör det i första hand komma i fråga att bedöma huruvida hjälplöst tillstånd eller en beroendeställning förelåg. Något förenklat kan sägas att första punkten (hjelplöst tillstånd) främst gäller tillstånd hos offer och den andra punktens andra led (särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet) främst avser att omfatta situationer där de yttre omständigheterna är av betydelse.

Straffansvaret för samtliga fall av otillbörligt utnyttjande gäller oberoende av den utsattes samtycke till en sexuell handling.

Straffskalan för det nuvarande brottet sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning är lägre än för våldtäkt och överensstämmer med den som gäller för sexuellt tvång. Beträffande de gärningar där sexualhandlingen är av mer kvalificerat slag – och således är att hänföra till våldtäktsbestämmelsen – blir konsekvensen av vårt förslag en straffskärpning. Här kan emellertid erinras om möjligheten att för de fall där brottet är att anse som mindre grovt att döma till fängelse enligt en lägre straffskalan i 1 § tredje stycket. Även om samtycke till gärningen inte befriar från straffansvar kan en situation där den utsatte befinner sig i beroendeställning men samtyckt till den sexuella handlingen i vissa fall vara sådan att det är tänkbart att den lägre straffskalan kan bli aktuell.<sup>44</sup> Motsvarande kan gälla om det i en situation där den utsatte är den som tog initiativ till den sexuella handlingen, förutsatt att det kan komma i fråga att döma till ansvar. Dock ska understrykas att försiktighet är påkallad vid bedömningen. I dessa utnyttjandefall handlar det i större eller mindre utsträckning om en otillbörlig psykisk påverkan från gärningsmannens sida. Det kan då vara svårt att utröna huruvida den utsatte haft en reell möjlighet att överblicka konsekvenserna av sitt handlande.

*En kompletterande samtyckesbaserad bestämmelse bör införas*

Genom den nu föreslagna utvidgningen av brotten våldtäkt och sexuellt tvång anser vi att lagstiftningen – förutom att den står i samklang med hur verkligheten ser ut – i allt väsentligt uppfyller kraven enligt Europakonventionen, så som de kommit till uttryck i Bulgariendomen. Det är dock inte alldeles säkert att den föreslagna regleringen kommer att täcka samtliga brister i nuvarande lagstiftning som vi anser behöver åtgärdas. Vad som kan falla utanför regleringen är dels när en sexuell handling utförs utan tvång eller straffbart utnyttjande men ändå mot en persons vilja, dels vissa fall av villfarelse (sexuella bedrägerier) där utnyttjandet inte är tillräckligt tydligt för att falla under den utvidgning av dessa situationer som vi föreslagit.

De fall av bedrägerier som vi anser bör vara kriminaliserade består i att den utsatte vilseleds antingen i frågan om objektet för

---

<sup>44</sup> Jfr brottet sexuellt utnyttjande av barn.

den sexuella handlingen, och då vilken kropp man har sex med, eller vilseleds om att en person tänkte utföra en annan handling än en sexuell sådan och den utsatte sedan överrumplas med den sexuella handlingen. Vid ett vilseledande av det senare slaget kan dock omständigheterna enligt vad vi sagt i det föregående vara sådana att gärningen utförs genom ett otillbörligt utnyttjande av att den utsatte haft särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet. Gärningen kan då komma att bedömas som våldtäkt eller sexuellt tvång.

Ett vilseledande beträffande det vi kallar *objektet för den sexuella handlingen* ska skiljas från ett vilseledande avseende identiteten på den person man har framför sig och uppfattar. Vi har diskuterat detta i avsnitt 8.5. Frågan om ett giltigt samtycke finns är grunden för vårt ställningstagande till om handlingen bör vara straffbar. I det första fallet finns nämligen inte något giltigt samtycke till sex med den kropp man har framför sig (man tror att det är en annan kropp) medan det finns ett sådant samtycke i det andra fallet i förhållande till den kropp man har framför sig (ser).

De straffvärda gärningar som inte täcks in genom den föreslagna utvidgningen av 1 § andra stycket kommer måhända inte att vara så många. Inte desto mindre bör det säkerställas att de kan bestraffas. När det gäller bevisbarheten kan det förutses att gärningarna ofta blir svåra att lagföra på grund av svårigheter att styrka såväl att ett brott har begåtts objektivt sett som att det finns uppsåt hos en utpekad gärningsman. Omständigheten att det i dessa fall inte finns ett giltigt samtycke är svår att konstatera därför att den inte är iakttagbar genom yttre omständigheter och kanske inte manifesterats på något sätt alls. Inte desto mindre bör det kunna finnas fall som är bevisbara.

Trots vår tvekan inför att principiellt och generellt övergå till brist på samtycke som grundläggande rekvisit för våldtäkt och andra allvarliga sexuella övergrepp, anser vi att det som ett komplement, och subsidiärt, till bestämmelserna om våldtäkt och sexuellt tvång bör införas en bestämmelse som straffbelägger att utan en persons samtycke förmå personen att medverka i eller tåla en sexuell handling. På det sättet täcker man säkert in de situationer som vi nyss beskrivit.

De skäl som för oss har varit avgörande för att avstå från en lagstiftning som endast baseras på ett bristande samtycke gör sig inte heller på samma sätt gällande när en sådan reglering blir subsidiär i förhållande till våldtäkt och sexuellt tvång. Eftersom de mest straffvärda och frekventa tyfallen av sexualbrotten mot vuxna är

konkretiserade i de nämnda brotten ser vi inte några problem i förhållande till legalitetsprincipen. Inte heller argumentet mot en samtyckesreglering att en sådan skulle innebära ett ökat fokus på målsäganden gör sig gällande här. I en samtyckesreglering är det frågan om samtycke som allra först aktualiseras i utredningen. Risken för ett ökat fokus på målsäganden med en sådan reglering befarar vi främst i situationer där det de facto förekommit tvång eller utnyttjande eftersom det då ändå är frågan om målsäganden samtyckte eller inte som blir utgångspunkten i stället för tvånget eller utnyttjandet. Eftersom de fallen primärt ska behandlas enligt bestämmelserna om våldtäkt och sexuellt tvång finns det därmed inte någon grund för en sådan oro.

Vidare kan pekas på att den norska sexualbrottslagstiftningen har en reglering som påminner om den av oss föreslagna. Således är våldtäktsbrottet i Norge reglerat utifrån medel och omständigheter, så som den svenska lagen, medan den nedre gränsen av straffbara sexuella handlingar är reglerad genom en särskild samtyckesbaserad bestämmelse.<sup>45</sup>

I sammanhanget vill vi också stryka under att genom införandet av bestämmelsen lyfts i lagstiftningen också samtyckesfrågan fram på ett avvägt sätt som markerar den betydelse som den generellt har, det vill säga även i fallen med tvång och utnyttjande. Det tycker vi är viktigt. Frågan kommer därigenom mera självklart att uppmärksammas redan under förundersökningen, även i de fall då det finns tecken på att tvång eller utnyttjande förekommit.

Genom införande av en bestämmelse av det slag som vi nu föreslår kan det knappast råda någon tvekan om att Sverige uppfyller sina internationella åtaganden.

Vi föreslår att brottet i den kompletterande bestämmelsen kallas sexuellt övergrepp och införs som en ny 3 § i 6 kap. brottsbalken.<sup>46</sup> Vi har övervägt om brottet bör vara gradindelad men har kommit fram till att det inte finns behov av det. Skulle försvårande omständigheter föreligga i form av att gärningsmannen har visat en särskild hänsynslöshet eller råhet ligger det nämligen mycket nära till hands att bedöma gärningen som våldtäkt eller sexuellt tvång i stället. På samma sätt bör de flesta fall där flera gärningsmän har medverkat bedömas eftersom offret då i vart fall med hänsyn till om-

<sup>45</sup> Se avsnitt 5.3.

<sup>46</sup> Begreppet "sexuellt övergrepp" används dels som ett övergripande begrepp för sexuellt kränkande handlingar, dels som en benämning på ett föreslaget brott. Dessutom finns brottsbenämningen sexuellt övergrepp mot barn. Det sammanhang som begreppet används i får utvisa dess betydelse i det enskilda fallet.

ständigheterna typiskt sett haft särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet. Skulle så ändå inte anses vara fallet bör dock den försvårande omständighet som då föreligger i tillräcklig mån kunna beaktas inom ramen för en enda straffskala. Straffskalan för brottet bör vara fängelse i högst fyra år. Detta överensstämmer med den som gäller för s.k. mindre grov våldtäkt. I nästa avsnitt beskriver vi brottet sexuellt övergrepp närmare.

I valet mellan att i lagen använda termen ”samtycke” eller någon liknande, och då närmast ”frivillighet”, ”fri vilja” eller ”tillåtelse”, kan konstateras att inte någon av dessa termer har någon given definition. Att försöka beskriva termerna som sådana leder lätt vidare in i resonemang av djupare filosofiskt slag som inte ger någon direkt ledning fråga om deras innebörd. ”Samtycke” förekommer redan i lagstiftningssammanhang genom regleringen i 24 kap. 7 § brottsbalken. Termen representerar där en objektiv ansvarsfrihetsgrund. Förekomsten av ett giltigt samtycke medför att en annars objektivt sett brottslig gärning blir ansvarsfri förutsatt att gärningen bedöms vara försvarlig. Bestämmelsen utgör en allmän undantagsbestämmelse men har främst betydelse för brott mot person enligt 3 och 4 kap. brottsbalken.

Fördelen med att för brottet sexuellt övergrepp använda ”samtycke” som brottsrekvisit skulle kunna vara att det finns en struktur kring den termen. Att utgångspunkten för rekvisitet blir den helt omvända här – att en annars straffri gärning blir straffbar – än när termen används som en ansvarsfrihetsregel är i sig inte problematiskt enligt vår mening. Desto större betydelse har det emellertid enligt vår mening vilken innebörden blir av att för avgränsningen av sexualbrotten använda sig av den i dag etablerade strukturen kring ”samtycke” som begrepp.

De krav som anses gälla för att ett samtycke ska kunna ha en ansvarsbefriande verkan enligt 24 kap. 7 § brottsbalken kan sammanfattas enligt följande. Samtycket ska ha getts av en person som (1) är behörig att förfoga över det aktuella intresset, (2) är kapabel att förstå innebörden av samtycket samt (3) har lämnat det frivilligt och under insikt om relevanta förhållanden. Vidare ska samtycket (4) vara allvarligt menat (och alltså inte lämnats på skämt).

Såvitt avser dessa ”krav” är det vår bedömning att inte samtliga passar in på den beskrivning vi tänker oss av ett giltigt samtycke till sexualhandlingar. Hur tillämpas t.ex. kravet på att en person ska vara kapabel att förstå innebörden av samtycket när det gäller en sexualhandling? Här kan man förstå sig en situation där en per-

son fått bristfällig sexualundervisning, kanske i annat land, och inte vet något närmare om vad hon eller han samtycker till. Om strukturen kring samtycke enligt 24 kap. 7 § brottsbalken används skulle dessutom utgångspunkten vara att samtliga sexuella bedrägerier utgör brott. Vidare, den försvarlighetsbedömning som ska göras enligt 24 kap. brottsbalken komplicerar möjligheterna att överföra rekvisitet till sexualbrottens område. Härtill kommer en principiell invändning av mer övergripande slag: Ett samtycke till sex uppfattas normalt inte som en särskild rättshandling. Normalt ges ett sådant samtycke i stället implicit. Här skiljer samtycke enligt 24 kap. och 6 kap. brottsbalken sig således åt. Enligt vår mening vore det därför mest lämpligt om ett annat rekvisit än samtycke valdes för brottet sexuellt övergrepp. Härigenom kan termen ges en egen innebörd i det sammanhang det ska användas i. Inget hindrar dock att strukturen kring 24 kap. 7 § brottsbalken ändå ger viss vägledning. Vi återkommer till detta närmare i nästa avsnitt.

När det gäller valet av rekvisit kan tilläggas att det redan i dag finns straffbestämmelser som för sin tillämpning förutsätter att samtycke finns men där ett annat rekvisit än "samtycke" används. Exempel på det är "olovligen tager" i stöldbestämmelsen. Genom att välja en annan term än "samtycke" för brottet sexuellt övergrepp reserveras "samtycke" som rekvisit även framöver för undantagsituationerna där en straffbar handling blir straffri om den är försvarlig.

Det uttryck som vi anser vara det mest tydliga i sammanhanget och vilket vi förordar som brottsrekvisit är "tillåtelse". Till ansvar för sexuellt övergrepp döms enligt vårt förslag därför den som genomför en sexuell handling med en person utan den personens tillåtelse.

## 8.7 Närmare om den nya bestämmelsen om sexuellt övergrepp

Vi föreslår alltså att en särskild samtyckesbaserad straffbestämmelse, *sexuellt övergrepp*, införs. Genom brottet kriminaliseras att genomföra en sexuell handling med en person utan den personens tillåtelse. Brottet föreslås vara subsidiärt i förhållande till våldtäkt och sexuellt tvång. Brottet kommer att reglera den nedre gränsen för straffvärda sexuella handlingar mot vuxna. Genom brottet säkerställs att krimi-



naliseringen av kvalificerade sexualhandlingar mot vuxna, som ett allvarigare sexualbrott, är objektivt sett heltäckande.

Det avgörande för om en straffbar gärning enligt den föreslagna bestämmelsen har begåtts är frågan om det finns ett giltigt samtycke eller, annorlunda uttryckt, en tillåtelse till den sexuella handlingen.

Vi har tidigare pekat på tänkbara situationer för tillämpningen av bestämmelsen. Förutsatt att någon av situationerna som pekas ut i 6 kapitlet 1 och 2 §§ brottsbalken inte föreligger är bestämmelsen aktuell såväl när det rent faktiskt saknas en tillåtelse från den utsatta personens sida som när en tillåtelse har lämnats men denna inte kan tillerkännas någon straffrättslig verkan. Det senare bör bli aktuellt främst i olika villfarelsesituationer.

Vår bedömning är att samtyckesbegreppet ”utan en persons tillåtelse” som sådant inte bör definieras närmare i lagen. Detta bör i stället ske i motiven till bestämmelsen om sexuellt övergrepp. Det är även vår uppfattning att en sådan regleringsmodell är den mest ändamålsenliga genom att domstolarna då ges ett större tolkningsutrymme jämfört med en i lag preciserad reglering. Här kan nämnas att i 24 kap. 7 § brottsbalken har ”samtycke” inte heller definierats.

Eftersom bestämmelsen om sexuellt övergrepp är subsidiär till våldtäkt och sexuellt tvång gör sig legalitetsskäl och ett krav på att i lag så noggrant som möjligt avgränsa bestämmelsen inte så starkt gällande som om det varit fråga om en ren samtyckesreglering. En ren samtyckesreglering hade ersatt en reglering baserad på medel och omständigheter och det hade, som vi tidigare anfört, krävts en mer noggrann precisering av tillämpningsområdet. Skälet till att lagtexten avseende en subsidiär samtyckesreglering inte behöver innehålla omständigheter som negerar samtycke är att de viktigaste, och troligen också vanligast förekommande, omständigheterna vars förekomst innebär att en tillåtelse som har lämnats inte är giltig redan täcks av bestämmelsen om våldtäkt eller sexuellt tvång. Bedömningen är, som vi tidigare redogjort för, att brottet sexuellt övergrepp blir tillämpligt endast i undantagsfall, eftersom utvidgningen av bestämmelserna om våldtäkt och sexuellt tvång kommer att fånga upp de allra flesta fall då samtycke till sex inte finns. Den bestämmelse vi föreslår innehåller därför inte exempel på situationer där en giltig tillåtelse inte ska anses föreligga utan det överlämnas åt rättstillämpningen att bedöma de fallen inom ramen för tolkningen av begreppet ”utan en persons tillåtelse”.

En tillåtelse behöver inte ha någon särskild form för att gälla. Som vi tidigare har utvecklat är det vår bedömning att samtycken i form av en tyst, inre accept dock inte bör beaktas utan att samtycket måste ha manifesterats på något sätt, även om det är tillräckligt att det skett genom ett faktiskt agerande. Här skiljer sig således formkraven åt för ett samtycke enligt 24 kap. 7 § brottsbalken och för en tillåtelse enligt den föreslagna bestämmelsen.

För att tillåtelsen ska godtas måste den ha funnits under hela den sexuella handlingen. Detsamma gäller för samtycke enligt 24 kap. 7 § brottsbalken.

Det är självklart att en tillåtelse inte kan betraktas som giltig bara för att den faktiskt har lämnats eller på annat sätt manifesterats av en person. Avgörande är i stället under vilka omständigheter som tillåtelsen har lämnats. En naturlig utgångspunkt för en giltig handling som innebär att en tillåtelse lämnas är att denna skett frivilligt och under insikt om relevanta förhållanden. Har en samtyckeshandling eller en tillåtelse framkallats genom tvång – fysiskt eller psykiskt – finns inte ett giltigt samtycke/en giltig tillåtelse till en sexualhandling. Inte heller finns detta om gärningsmannen har gjort sig skyldig till sådant utnyttjande som grundar ansvar för våldtäkt enligt 1 § andra stycket i 6 kap. brottsbalken. Allt detta är omständigheter vars förekomst innebär att en samtyckeshandling eller en tillåtelse inte är giltig. I och för sig täcker brottsbeskrivningen för sexuellt övergrepp dessa gärningar. Eftersom brottet är subsidiärt till våldtäkt och sexuellt tvång blir det dock i första hand aktuellt att tillämpa de bestämmelserna.

Situationer där den nya 3 § kan bli aktuell är därför andra än de nyss nämnda men där någon tillåtelse till en sexuell handling ändå inte finns (har manifesterats). Så kan vara fallet om offret reagerat med passivitet redan inledningsvis på ett sexuellt närmande och en sexuell handling (se avsnitt 8.5), naturligtvis under förutsättning att detta på grund av andra omständigheter inte bör tolkas som en tillåtelse. Här tänker vi oss främst tillstånd av ”frozen fright”, dvs. den reaktion hos målsäganden som kan kallas ”spela-död-reflexen”.

Ett annat exempel är när det finns en form av samtycke, men där samtycket avser en annan typ av handling än en sexuell handling. T.ex. kan offret ha samtyckt till massage, men gärningsmannen för in ett finger i slidan eller analöppningen på offret. Även om gärningen medför smärta för offret är denna typ av ”övertäckningsövergrepp” i dag normalt inte att se som våldtäkt eftersom gärningsmannen inte betvingat offret med våld eller hot. Med den tidigare

föreslagna utvidgningen av straffbara utnyttjanden kan det dock förutses att gärningar av detta slag i de flesta fall kommer att bedömas som våldtäkt. För det fall det skulle anses att det inte handlat om en person som med hänsyn till omständigheterna haft särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet finns det dock möjlighet att döma enligt den nya 3 §.

Vidare kan 3 § bli aktuell i de villfarelsesituationer som vi i föregående avsnitt konstaterat som straffvärda men som i dag inte är straffbara. Inte alla typer av sexuella bedrägerier bör omfattas av straffbudet, se avsnitt 8.5. Således bör en tillåtelse till sex som har sin grund i främst ett vilseledande kring skälen för sex inte vara en tillåtelse som bör bedömas som ogiltig enligt bestämmelsen om sexuellt övergrepp. Det kan vara fråga om exempelvis löfte om äktenskap, ersättning, förmåner eller att någon utger sig för att vara en känd person och detta föranleder offret att lämna sin tillåtelse,

Ett exempel på villfarelsesituationer där en lämnad tillåtelse till en sexualhandling inte bör tillerkännas verkan – och brott objektivt sett därmed anses ha begåtts – är de där offret har vilseletts beträffande vilken kropp man utför en sexuell handling tillsammans med. T.ex. kan gärningsmannen ha utgett sig för att vara en person som offret sedan tidigare har en relation till och bestämt träff med offret i ett släckt rum.<sup>47</sup> Det kan här handla om mer eller mindre sofistikerade brottsplaner. Från dessa situationer får – som vi tidigare pekat på – skiljas situationer där en person i och för sig uppger sig vara en annan än han eller hon egentligen är, men där den andra personen ändå är medveten om vilken fysisk kropp som är ”motpart”. I en sådan situation har ju tillåtelse till sexualhandlingen lämnats till denna person.

Den aktuella bestämmelsen är avsedd att primärt tillämpas beträffande offer som är över 15 år. I undantagsfall kan, liksom beträffande brott enligt 1 och 2 §§, förekomma att bestämmelsen tillämpas när offret är under 15 år. Ett exempel på detta kan vara att gär-

---

<sup>47</sup> Jfr omständigheterna i Göta hovrätts dom den 11 maj 2004 i mål B 1413-03 (Linköpings tingsrätts dom den 30 april 2003 i mål B 2107-00). Avgörandet gällde en man som hade vilselett målsäganden om sin identitet. Målsäganden tillät en person utföra en sexuell handling i tron att personen var en man som hon nyligen träffat och tyckte mycket om. Den åtalade hade ringt upp målsäganden och viskande förmått henne att på natten lämna ytterdörren olåst och i sin säng naken invänta honom. Mannen kröp in under täcket från fotändan. Innan han på målsägandens uppmaning kröp längre upp i sängen, och därmed möjliggjorde för henne att upptäcka att han inte var den man som hon trodde, smekte han henne på benen, slickade henne i underlivet och förde in fingrar i hennes slida. Åklagaren hade gjort gällande att målsäganden befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd. Hovrätten delade inte den bedömningen utan dömde mannen för sexuellt ofredande. Jfr även Göta hovrätts dom den 21 juni 2010 i mål B 1211-10 (Skaraborgs tingsrätts dom den 9 april 2010 i mål B 74-09).

ningsmannen varken insåg eller hade skälig anledning att anta att barnet inte var 15 år. Även barn i åldersgruppen 15–17 år kan vara undantagna från tillämpningsområdet för 3 §, såväl som för 1 och 2 §§, genom regleringen i 4 § andra stycket och 5 och 6 §§.

Brottet sexuellt övergrepp bör i likhet med övriga sexualbrott vara ett uppsåtligt brott. Åklagaren har bevisbördan för att den misstänkte gärningsmannens uppsåt täcker rekvisiten i den rättsstridiga gärningen. Uppsåtets nedre gräns i svensk rätt, dvs. gränsen mellan uppsåt och medveten oaktsamhet, regleras genom likgiltighetsuppsåtet. När det gäller samtyckesrekvisitet ”tillåtelse” krävs det för att likgiltighetsuppsåt ska föreligga att den misstänkte vid gärningstillfället (1) insåg risken att målsäganden inte tillät den sexuella handlingen samt (2) var likgiltig till att en tillåtelse inte förelåg.

Sannolikheten för att en person genomför en sexuell handling med en annan person utan att förstå att den andre inte samtycker eller lämnar sin tillåtelse till detta får bedömas vara ganska liten. Sexuella övergrepp är gärningar över vilka gärningsmannen typiskt sett har kontroll. Utrymmet för uppsåtsbrist kan därför antas vara mindre vid dessa brottstyper än vid andra där straffbestämmelserna närmast handlar om att straffbelägga orsakandet av en mer eller mindre okontrollerad följd av en gärning. Sexuella handlingar kännetecknas av en intimitet och har oftast en viss tidsmässig utsträckning. Detta bidrar till att de inblandade personerna ges möjlighet till att såväl framföra som förstå varandras avvisanden.<sup>48</sup> Även om det torde vara sällsynt sker dock i vissa situationer misstag från gärningsmannens sida. Det handlar då främst om situationer där gärningsmannen ”avläst” en passiv målsägande fel. Man kan tänka sig situationer, utan tvång, där målsäganden är berusad eller rädd och reagerar med passivitet på ett sexuellt närmande men där gärningsmannen uppfattar målsägandens beteende som kontrollerat och rimligt i den aktuella situationen. Förutsatt att det inte kommer i fråga att döma till ansvar för våldtäkt eller sexuellt tvång på grunden otillbörligt utnyttjande enligt 1 § andra stycket, får en prövning ske enligt bestämmelsen om sexuellt övergrepp. Det bör påpekas att ett påstående från gärningsmannens sida att han eller hon har uppfattat att målsäganden samtyckte till den sexuella handlingen inte utan vidare kan godtas. Rimligheten av påståendet måste alltid prövas.

---

<sup>48</sup> Jfr Petter Asp, a. a. s. 180.

En särskild problematik finns så vitt avser misstag från gärningsmannens sida som bottnar i att denne på grund av egen berusning haft svårigheter att uppfatta att den utsatte inte lämnade sin tillåtelse till sex. Gällande rätt beträffande betydelsen av berusning hos gärningsmannen för straffansvaret är något oklar. Vad oklarheten gäller är i vilken utsträckning avsteg kan göras från kravet på subjektiv täckning med stöd av 1 kap. 2 § andra stycket brottsbalken. Det är vår uppfattning att det undantag från kravet på subjektiv täckning av rekvisitet "utan en persons tillåtelse" som kan göras i situationen av detta slag innebär att domstolen ska göra ett hypotetiskt prov där det provas huruvida gärningsmannen skulle ha gjort samma bedömning av situationen i ett nyktert tillstånd. Om provet utfaller i ett "ja" finns det en brist i fråga om subjektiv täckning. Om provet utfaller i ett "nej" ska gärningen anses ha begåtts med uppsåt. Avgörande är således om berusningen hos gärningsmannen är orsaken till misstaget/villfarelsen.

Även om misstag om huruvida ett samtycke eller en tillåtelse till en sexuell handling finns eller inte bör vara sällsynt kan det konstateras att frågeställningen är vanlig i straffprocessen. Invändningar om samtycke, såväl objektivt som subjektivt<sup>49</sup>, görs ofta. Åklagaren ska då bevisa såväl att gärningen objektivt sett skett utan en persons tillåtelse som att gärningsmannens uppsåt omfattade att någon tillåtelse inte fanns. Det torde dock krävas att en invändning om en tillåtelse blir konkretiserad på något sätt för att kunna beaktas. "Blanka" invändningar kan bortses ifrån om de inte vinner något stöd av omständigheterna i målet.

Utgångspunkten för utredningen av brottet sexuellt övergrepp bör vara att förutsättningslöst utreda huruvida målsäganden lämnat en (giltig) tillåtelse eller inte till den sexuella handlingen. Målsägandens upplevelse av integritetskränkning blir då central. Av särskilt intresse blir dessutom hur den misstänkte agerat i själva gärningsögonblicket och om – och i så fall hur – denne försäkrade sig om att en tillåtelse förelåg. Liksom vid utredning av våldtäktsbrottet är det en helhetsbedömning av gärningen som ska göras och frågorna bör koncentreras till vad som hände i själva övergreppssituationen. Målsägandens beteende före händelsen, så som att hon eller han följt med den misstänkte hem eller tillåtit vissa närmanden, saknar närmast helt betydelse också för utredningen av detta brott. Vid bedömningen av den misstänktes uppsåt kan det dock inte helt

---

<sup>49</sup> Kan betecknas "putativt samtycke".

bortses från målsägandens beteende i omedelbar anslutning till den aktuella gärningen. Om målsäganden exempelvis först samtyckt till en sexuell handling men sedan ändrat sig måste den misstänkte ha haft möjlighet att uppfatta det.

Vi har tidigare pekat på olika försvarsstrategier som sexualbrottsoffer antar vid angrepp och vill understryka vikten av att det i rättstillämpningen finns kännedom om dessa. Vidare bör utbildning ske kring den kunskap som finns inom forskningen om försvarsstrategier hos offer kopplade till tiden efter ett övergrepp. Således kan omständigheter som att offret inte anmäler direkt, stannar kvar hos förövaren efter övergreppet eller reagerar till synes helt irrationellt med att skratta vara tecken på att offret är i en chock. Offret förnekar händelsen för sig själv eller låstas som att den inte hänt. En sådan förträngningsmekanism kan förklaras med att om det har hänt skulle det vara alltför svårt att hantera för offret psykiskt. Kunskapen om offers reaktioner efter ett övergrepp måste finnas med i hela brottmålsprocessen. Härigenom kan undvikas att omständigheter av detta slag hanteras på ett felaktigt sätt i bevisvärderingen.

Det kan konstateras att bestämmelsen om sexuellt övergrepp kommer att omfatta gärningar av skiftande karaktär. Såväl samlag och jämförliga sexuella handlingar som andra, mindre kvalificerade, sexuella handlingar ryms således inom bestämmelsen. I det föregående har vi redogjort för våra överväganden kring eventuell gradindelning av brottet och straffskala. Det är vår bedömning att en enda straffskala för brottet är tillräcklig. Den föreslås som sagt vara fängelse i högst fyra år. Sexualhandlingens karaktär bör sedan vara en viktig omständighet när straffvärdet bedöms. För sexuella handlingar av mindre kvalificerat slag bör det då vara det vanliga att straffmätningen sker i den nedre delen av straffskalan. När det gäller de mer kvalificerade sexuella handlingarna – samlagen, etc. – bör straffmätningen i stället ta sin utgångspunkt en bit upp i straffskalan. Den praxis som finns kring straffvärdebedömningen av gärningar som hänförs till s.k. mindre grov våldtäkt enligt 6 kap. 1 § tredje stycket brottsbalken bör kunna tjäna till vägledning även för brottet sexuellt övergrepp.

Det ska dock erinras om att även andra omständigheter än sexualhandlingens karaktär kan ha betydelse när straffvärdet bedöms. I den enskilda situationen kan de medel gärningsmannen använt sig av för att genomföra handlingen eller vilken grad av utnyttjande som förekommit ha betydelse. Vi vill då peka på de försvårande och

förmildrande omständigheter som anges i 29 kap. 2 och 3 §§ brottsbalken vid sidan av den allmänna föreskriften om straffvärdebedömning i 29 kap. 1 § andra stycket. Genom en lagändring som trädde i kraft den 1 juli 2010 gäller att utrymmet att i straffvärdebedömningen beakta försvårande respektive förmildrande omständigheter har vidgats.

Även den grad av uppsåt som gärningsmannen haft till den aktuella handlingen kan vara en omständighet att beakta. En gärning som begås med direkt uppsåt är således generellt sett mer straffvärd än en som begås med likgiltighetsuppsåt.

Som vi pekat på i det föregående kan det på grund av bristande subjektiv täckning av ett barns ålder (yngre än 15 år) tänkas att den nya 3 § blir tillämplig även om den aktuella gärningen objektivt sett är ett brott enligt 4–6 §§. Mot bakgrund av det särskilda skydd som barn har enligt sexualbrottslagstiftningen bör det faktum att offret är ett barn beaktas som en ur straffvärdehänseende försvårande omständighet. En förutsättning för det är dock att gärningsmannen insett eller haft skäligen anledning att anta att det handlat om en person under 18 år.

## 9 Våldtäkt och sexuellt tvång – gränsdragningar och gradindelningar

### 9.1 Inledning

Enligt direktiven ska vi i vår utvärdering av 2005 års reform särskilt fokusera på våldtäktsbrottet. Vi ska också särskilt undersöka hur begreppet ”sexuell handling” har tolkats och tillämpats i praktiken. I detta avsnitt redovisar vi först våra erfarenheter från hur avgränsningen av våldtäkt mot brottet sexuellt tvång har fallit ut. Förutom gränsdragningen mellan brotten utifrån sexuell handling och tvång ska vi behandla gränsdragningen inom brotten våldtäkt och sexuellt tvång (gradindelningen av brotten). I kapitel 10 behandlas brotten mot barn särskilt.

### 9.2 Gränsdragningen mellan brott mot vuxna grundad på den sexuella handlingen

I avsnitt 2.3 har vi närmare beskrivit innebörden av begreppet ”sexuell handling” enligt motiven. Avgörande för om en sexuell handling föreligger är att handlingen har haft en påtaglig sexuell prägel samt varit ägnad att tydligt kränka offrets sexuella integritet. Utgångspunkten för att en handling ska bedömas som en sexuell handling är att det förekommit en någorlunda varaktig fysisk beröring antingen av den andres könsorgan eller av den andres kropp med det egna könsorganet.

I kapitel 7 redovisar vi våra erfarenheter av tillämpningen av begreppet i ett övergripande hänseende. Dessutom behandlas där särskilt avgränsningen mellan sexualbrott och andra brott utifrån begreppet samt hur begreppet kommit att tillämpas i situationer där



någon varaktig beröring inte förekommit mellan offer och gärningsman. Som vi redovisar i avsnitt 7.4 är det vår uppfattning efter genomförd utvärdering att införandet av begreppet har varit ändamålsenligt och tjänat lagstiftarens syfte med reformen väl. Det kan alltså sägas att begreppet generellt sett har fungerat väl som brottsrekvisit. Vi ska nu särskilt belysa begreppets betydelse för gränsdragningen dels mellan våldtäkt och sexuellt tvång, dels mellan våldtäkt och sexuellt tvång å ena sidan och sexuellt ofredande å andra sidan.

### 9.2.1 Våldtäkt eller sexuellt tvång? Samlag som jämförelsenorm

**Bedömning och förslag:** Gränsdragningen mellan brotten våldtäkt och sexuellt tvång med utgångspunkt i samlaget som jämförelsenorm fungerar generellt sett på det sätt som förutsatts i förarbetena till nuvarande lagstiftning. För att understryka att det i första hand är en bedömning av kränkningen vid en sexuell handling som ska göras föreslår vi dock en ändring av våldtäktsbestämmelsen, så att det där anges att de sexuella handlingar, förutom samlag, som grundar ansvar för våldtäkt är de där gärningen med hänsyn till den sexuella kränkningens allvar är jämförlig med påtvingat samlag.

#### *Allmänt*

Tillämpningsområdet för brottet våldtäkt har successivt utvidgats genom olika reformer. Fram till år 1984 gällde att den enda sexualhandling som kunde bestraffas som våldtäkt var att en man tvingade en kvinna till samlag. Här bör framhållas att för att en gärning ska utgöra samlag krävs inte att det är fråga om ett fullbordat samlag där inträngande eller sädesavgång har skett. Det är i stället tillräckligt att mannens och kvinnans könsdelar har kommit i beröring med varandra.

Genom lagändringen 1984 infördes en könsneutral reglering och våldtäkt kom, förutom samlag, även att omfatta ett därmed jämförligt sexuellt umgänge. Den typ av sexualhandlingar som lagstiftaren då främst tänkte sig var anala och orala samlag även om det inte i detalj angavs vilka andra slags sexualhandlingar som kunde vara

jämförliga med samlag. Enligt lagstiftaren borde det dock krävas att handlingen var av ”klart samlagsliknande karaktär” för att brottet ska bedömas som våldtäkt.<sup>1</sup>

Genom 1998 års reform utvidgades kriminaliseringen till att omfatta de mest allvarliga kränkningarna även om handlingen inte var direkt samlagsliknande. Fokus skulle vara på kränkningens art i stället för typen av sexualhandling. I första hand skulle inte göras en jämförelse mellan sexualhandlingar utan mellan kränkningarna. Om kränkningen var lika allvarlig som den som kan uppkomma vid påtvingat samlag kunde dömas för våldtäkt.<sup>2</sup>

Sexualbrottskommittén ansåg att bestämmelsen om våldtäkt även i fortsättningen skulle reserveras för de mest allvarliga sexuella kränkningarna. Kommittén ville göra regleringen mer ”teknikoberoende” och föreslog att bestämmelsen om våldtäkt inte längre skulle ha ett påtvingat vaginalt samlag som jämförelsenorm eller att ett sådant samlag skulle vara det som var bestämmande för ”kränkningshöjden”.<sup>3</sup> Kommitténs författningsförslag var det följande.

För våldtäkt döms den som med våld eller hot tvingar en annan person till en sexuell handling som är allvarligt kränkande med hänsyn till tvångets art eller omständigheterna i övrigt.

Regeringen uttryckte i prop. 2005/05:45 i och för sig en förståelse för Sexualbrottskommitténs inställning att våldtäktsregleringen bör fästa mindre avseende vid sexualhandlingen som sådan och ta mer fasta på den sexuella kränkningen och dess art. Kommitténs författningsförslag kunde dock inte godtas av regeringen. Förslaget hade kritiserats av flera remissinstanser och regeringen delade kritiken att tillämpningen av en sådan bestämmelse som den föreslagna kunde väntas medföra betydande svårigheter att avgränsa det brottsliga området. Enligt regeringen fanns det en risk för att rättstillämpningen under lång tid skulle komma att präglas av en osäkerhet om hur vida gränserna för våldtäktsbrottet egentligen är.

I stället ansåg regeringen att samlag som jämförelsenorm skulle kvarstå i bestämmelsen och att denna skulle utformas i nära anslutning till den då gällande lagtexten. Regeringen pekade på att bestämmelsen sedan år 1998 väl inrymmer de mest allvarliga och kränkande sexuella övergreppen. Vidare anfördes att den gällande regleringen var klar och tydligt utformad och innebar en relativt

---

<sup>1</sup> Se prop. 1983/84:105 s. 17 f.

<sup>2</sup> Se prop. 1997/98:55 s. 135.

<sup>3</sup> SOU 2001:14 s. 156 ff.

klar och tydlig gräns när det gäller vilka slags sexuella handlingar som bör omfattas av det kriminaliserade området. Ett ytterligare skäl till att regeringen ansåg att tillräckliga skäl inte fanns att ändra bestämmelsens utformning på det sätt som kommittén föreslagit var att några tillämpningsproblem inte heller var kända.<sup>4</sup> Den ändring som gjordes av bestämmelsen såvitt avser samlag som jämförelsenorm genom 2005 års reform var förutom att ”sexuellt umgänge” ersattes av ”sexuell handling” endast språklig.

Regeringen pekade på att ändringen till begreppet ”sexuell handling” i våldtäktsbestämmelsen bara torde medföra en mycket begränsad om än någon utvidgning av tillämpningsområdet.<sup>5</sup> Det utrymme för utvidgning som finns består i att även en gärning som inte innefattar en varaktig fysisk beröring kan utgöra en sexuell handling.

De gärningar som utan att utgöra samlag (enligt den betydelse som begreppet har enligt lagen) ändå omfattas av våldtäktsbestämmelsen är därmed i princip desamma före och efter 2005 års reform. Förutom samlag omfattas samlagsliknande handlingar (oral och anala samlag) och andra sexuella handlingar som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförliga med samlag. Följande vägledande uttalanden från 1998 års reform har fortfarande bäring i frågan om vilka handlingar som avses.

Regeringen föreslår därför en utvidgning av ansvaret för våldtäkt så att det omfattar, förutom samlag, även sådana handlingar som innebär en kränkning jämförlig med den som uppkommer vid ett påtvingat samlag. Handlingar som att föra in ett föremål eller en knytnäve i en kvinnas underliv torde regelmässigt innebära en sådan allvarlig kränkning. Det skall vara fråga om en objektiv bedömning om handlingen typiskt sett innebär en så allvarlig kränkning. Sådana handlingar som är jämförliga med samlag skall självfallet också, liksom enligt nuvarande lagstiftning, omfattas av våldtäktsbestämmelsen. Ändringen innebär att vissa av de bestämmelser som enligt nuvarande lagstiftning bedöms som sexuellt tvång kommer att omfattas av våldtäktsbestämmelsen.<sup>6</sup>

Regeringen gjorde i 2005 års lagstiftningsärende följande sammanfattande beskrivning av vilka gärningar det kan handla om som i kränkningshänseende kan anses jämförliga med samlag.

Med begreppet ”en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art eller omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag”

---

<sup>4</sup> S. 45 f.

<sup>5</sup> Prop. 2004/05:45 s. 46.

<sup>6</sup> Prop. 1997/98:55 s. 91.

avses alla sexuella handlingar som enligt dagens reglering omfattas av begreppet ”annat sexuellt umgänge, om gärningen med hänsyn till kränkningens art eller omständigheterna i övrigt är jämförlig med påtvingat samlag”. Hit räknas bl.a. orala och anala samlag och att föra in föremål, fingrar eller en knytnäve i en kvinnas underliv. Vad gäller orala samlag omfattar bestämmelsen sådana oavsett om det är gärningsmannen eller offret som utför den orala handlingen. Även att föra in t.ex. föremål eller fingrar i anus på en person omfattas.<sup>7</sup>

För gränsdragningen mellan våldtäkt och sexuellt tvång gäller en skillnad i graden på tvång eller en skillnad i fråga om ”kvalitet” på den sexuella handlingen. Som vi tidigare berört i kapitel 6 har vi i vår praxisgenomgång funnit att det i praktiken endast är kvaliteten på den sexuella handlingen som haft betydelse för gränsdragningen mellan brotten. Skälet till detta torde vara att kravet på tvång i våldtäktsbestämmelsen redan i dag är mycket lågt satt. I motiven till 2005 års reform anges som exempel på sexuell handling som utgör sexuellt tvång kan vara att onanera åt en annan person.<sup>8</sup>

### *Högsta domstolens praxis*

Högsta domstolen har meddelat två vägledanden avgöranden gällande gränsdragningen mellan våldtäkt och sexuellt tvång, NJA 2008 s. 482 I och II.<sup>9</sup> I det första avgörandet (I) bestod den sexuella handlingen i att en man stack in sina fingrar i en kvinnas underliv när hon sov. Han avbröt sitt handlande direkt när kvinnan vaknade och klargjorde att hon inte var intresserad av sexuellt umgänge. Högsta domstolen konstaterade att kvinnan utsatts för en inte obetydlig penetrering av underlivet, vilken lett till viss smärta, och att kränkningen av att utsättas för en sådan handling måste anses snarlik kränkningen av att utsättas för ett påtvingat samlag. Domstolen fann därför – även med beaktande av att händelseförloppet varit kortvarigt – att handlingen med hänsyn till kränkningens art och övriga omständigheter måste anses jämförlig med samlag.

I det andra avgörandet (II) bestod den sexuella handlingen av att en man i 50-årsåldern med sin hand onanerade på en 17-årig berusad pojke när denne sov. Målsäganden var provanställd hos mannen och händelsen utspelade sig på ett hotellrum när de båda var på en tjänsteresa. Högsta domstolen fann att den gärningen i kränk-

<sup>7</sup> Prop. 2004/05:45 s. 135 f.

<sup>8</sup> A. prop. s. 59 och 141.

<sup>9</sup> Se vår praxisanmälan, bilaga 2.

ningshänseende inte var jämförlig med samlag. Domstolen skrev (s. 502):

Att en gärningsman onanerar åt en annan person torde i de flesta fall inte utgöra ett sådant övergrepp som innefattar en kränkning jämförlig med den som uppstår vid ett påtvingat samlag (se prop. 2004/05:45 s. 59 och 141). Några skäl att bedöma den i målet aktuella handlingen på annat sätt har inte framkommit. Den gärning som hovrätten funnit styrkt skall således bedömas som sexuellt tvång enligt 6 kap. 2 § BrB.

*Bilden i övrigt av rättsläget. Synpunkter vid samråd, underrättspraxis m.m.*

När det gäller den typ av sexuell handling som det var fråga om i NJA 2008 s. 482 I, dvs. fingrar i en slida, kan först sägas att genomgången av underrättspraxis ger en bild av att domstolarna regelmässigt bedömer gärningen som en sexuell handling jämförlig med samlag. Denna typ av gärning har också varit ganska vanlig bland de fall vi gått igenom. Vid samråden som vi har haft har det också uttryckts att Högsta domstolens ställningstagande i frågan inte var överraskande och att rättstillämpningen i underrätterna sker på det sättet.

Mer överraskande upplevdes utgången i NJA 2008 s. 482 II bland flera av dem, bl.a. åklagare, som vi samrått med. Uppfattningen har förts fram att avgörandet kan tolkas på det sätt att det för våldtäkt av en man krävs penetration och att det inte är rimligt att göra de skillnaderna mellan övergrepp på män och kvinnor. Här ska emellertid också sägas att en del åklagare och advokater som vi talat med fört fram åsikten att ställningstagandet från Högsta domstolen var rimligt och väl avvägt. Den dominerande uppfattningen har dock varit att det typiskt sett torde vara lika kränkande för en man att bli utsatt för en gärning av det slag som var föremål för prövning i NJA 2008 s. 482 II som den som kvinnan utsattes för i NJA 2008 s. 482 I. Det bör i sammanhanget dock framhållas att det finns en svårighet att tolka räckvidden av avgörande II eftersom gärningen inte närmare beskrivs genom referaten och det framgår att delar av tingsrättens domskäl var sekretessbelagda.

Vid vår hearing med bl.a. olika frivilligorganisationer var det flera som framförde åsikten att det är problematiskt att ha samlag som jämförelsenorm i lagstiftningen vid avgränsningen av våldtäktsbrottet. Särskilt Riksförbundet för Sexuell Upplysning (RFSU), brottsofferjouren hos Riksförbundet för Sexuellt Likaberättigade

(RFSL) och Sveriges Kvinno- och tjejjourers Riksförbund (SKR) hade den uppfattningen. Det pekades då särskilt på de svårigheter som dagens reglering är förknippad med när det gäller att bedöma gärningar mellan homo-, bi- och transsexuella personer. Också beträffande brotten mot barn framfördes åsikten att man i lagen borde ändra avgränsningen av våldtäktsbrottet och lämna samlaget som jämförelsenorm. Vi återkommer till vår bedömning av avgränsningen av våldtäkt mot barn längre fram.

Bland de knappt 200 underrättsdomar från första halvåret 2008 som vi har studerat var brottet våldtäkt, inklusive grov våldtäkt, aktuellt i drygt hälften. Lagföringar för brottet sexuellt tvång är som vi tidigare pekat på mycket ovanliga. Den bilden stämmer även med erfarenheterna från vår praxisgenomgång där det brottet var aktuellt i endast tre domar. Ungefär en fjärdedel av ansvarsyrkandena i målen där ansvar yrkats för våldtäkt ogillades. I ungefär fem procent av domarna prövades mer än ett fall av våldtäkt. I cirka tio procent av domarna yrkades ansvar för försök till våldtäkt.<sup>10</sup>

Våldtäktsbrotten fördelade sig så att det var brott enligt 1 § första stycket (tvång) i 70 domar, brott enligt andra stycket (hjälpöst tillstånd) i 25 domar, brott enligt tredje stycket (mindre grov våldtäkt) i fem domar och brott enligt fjärde stycket (grov våldtäkt) i åtta domar. Brottet sexuellt tvång förekom i tre domar. Samtliga tre fall avsåg brott av normalgraden.

Vid praxisgenomgången har inga direkta oklarheter i gränsdragningen mellan våldtäkt och sexuellt tvång observerats. Frågan hurvida gärningen utgjort en sexuell handling jämförlig med samlag tycks många gånger ha varit självklar och därför inte närmare berörts. Endast i något fall har gränsdragningen mellan brotten, utifrån om det var en sexuell handling jämförlig med samlag, ställts på sin spets. Domstolarna har då också fört ett mer eller mindre utförligt resonemang i frågan. Det kan konstateras att i de fall där rubriceringen blev sexuellt tvång var skälet i alla tre fallen att sexualhandlingen inte var jämförlig med samlag i kränkningshänseende. Omständigheterna i ett av fallen påminde till viss del om dem som prövades i NJA 2008 s. 482 II, dvs. det handlade om att en pojke utsattes för onani när han sov. I detta fall utfördes gärningen av en kvinna.

<sup>10</sup> Grunden för vår indelning av de åtalade gärningarna i de genomgångna domarna har varit det brott som hovrätten dömt för eller, om åtalet ogillats i hovrätten, det brott som tingsrätten dömt för. För det fall åtalet ogillades såväl i tingsrätten som hovrätten utgår indelningen från åklagarens ansvarsyrkande.

*Överväganden och förslag*

Erfarenheten från praxisgenomgången ger vid handen att gränsdragningen mellan våldtäkt och sexuellt tvång med samlag som jämförelsenorm inte vållar några direkta problem för rättstillämpningen. Samlaget var jämförelsenormen även före 2005 års reform och den sedan tidigare etablerade praxisen i domstolarna i fråga om hur andra sexualhandlingar än samlag ska bedömas har överförts till de nya förhållandena. I de fall där gränsdragningsfrågan kan antas ha ställts på sin spets har domstolarna också normalt redovisat att det som varit avgörande för utgången har varit vilken nivå som kränkningen har legat på. Det kan också konstateras att Högsta domstolens praxis på området efter reformen har fått genomslag i rättstillämpningen.

Trots denna bild av en till synes fungerande rättstillämpning i underrätterna kan diskuteras huruvida rättstillämpningen är helt förenlig med lagstiftarens intentioner beträffande hur avgränsningen ska ske. (Härmed avser vi uttalanden som redan gjordes i 1998 års lagstiftningsärende.) Vi vill här hänvisa till den kritik som vid samråden förts fram mot samlaget som jämförelsenorm för avgränsningen. Det är inte samlagen eller andra sexuella handlingar som är *klart samlagsliknande*, så som analt eller oralt samlag, som vi då vill lyfta fram. Bedömningen av dessa gärningar är i de allra flesta fall tämligen klar. I stället är det *de andra mer oklara fallen* som behöver diskuteras. En sådan diskussion kan underlättas av att kvalificerade sexuella handlingar delas upp i tre kategorier. Hänförs samlagen till ”kategori 1” av de som våldtäkt straffbara sexualhandlingarna kan de klart samlagsliknande handlingarna hänföras till ”kategori 2”. Övriga sexualhandlingar som i kränkningshänseende är jämförliga med samlag kan då hänföras till ”kategori 3”. Gärningar i denna tredje kategori är de som sedan 1998 års reform har varit kriminaliserade som våldtäkt. Exempel på sexuella handlingar i det tredje skiktet är att föra in ett föremål, fingrar eller en knytnäve i en kvinnas underliv. Det förekommer sedan andra mer oklara fall, t.ex. med onani.

Tecken finns, efter vad vi sett i vår utvärdering, på att lagstiftarens intentioner att avgränsningen i första hand inte ska göras utifrån en jämförelse mellan sexualhandlingar, utan mellan kränkningarna, inte till fullo fått genomslag. Detta visar sig vid bedömningen av de oklara fallen i kategori 3, där den sexuella handlingen

varken utgör samlag, är klart samlagsliknande eller annars innefattar penetration.

Vi har en förståelse för att dagens regleringssätt – som kan sägas utgå från en heterosexuell norm – kan uppfattas som problematisk. Särskilt för personer för vilka samlaget inte utgör normen för ett sexuellt umgänge kan det vara svårt att motivera att kränkningen ska bedömas utifrån den normen. Frågan är om det inte genom dagens regleringssätt i praktiken ställs upp ett i vart fall indirekt krav på penetration för att kränkningen ska anses som ”tillräckligt kvalificerad”.

Bedömningen av en sexuell handling som innebär att gärningsmannen onanerar på offret kan vara ett exempel på ett oklart gränsdragningsfall. I förarbetena anges i och för sig att en sexuell handling av detta slag kan utgöra exempel på en gärning utgörande sexuellt tvång. Här vill vi dock framhålla att enligt gällande rätt ändå förutsätts att det i varje enskilt fall ska göras en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet och nivån på kränkningen. Möjligheten finns då att bedömningen faller ut på det sättet att kränkningen väl är i nivå med den vid ett tilltvingat samlag, NJA 2008 s. 482 II bör därför endast ses som ett exempel på en bedömning av avgränsningen. Som vi tidigare berört begränsas prejudikatvärdet av det avgörandet något genom att de närmare omständigheterna kring gärningen inte är beskrivna.

Det är vår samlade bedömning att dagens regleringssätt *i princip* fungerar tillfredsställande och i enlighet med lagstiftarens intentioner. Den brist som dock finns består i att det inte alltid är tydligt att det är kränkningarna, och inte sexualhandlingarna, som jämförs i första hand. De argument som Sexualbrottskommittén hade till att lämna kopplingen till samlaget som jämförelsenorm vid avgränsningen mellan våldtäkt och sexuellt tvång gör sig därför alltjämt gällande.

Dock går det inte att bortse från den kritik som riktades mot Sexualbrottskommitténs förslag till ändring av regleringen. Vi delar uppfattningen att en reglering som, utan någon jämförelsenorm alls, enbart anger att det ska vara fråga om en allvarlig kränkning riskerar att leda till svårigheter att avgränsa det straffbara området. Med hänsyn till detta och till vårt konstaterande att dagens regleringssätt fungerar i enlighet med de intentioner som riksdagen ställde sig bakom, finner vi inte anledning att inom ramen för en utvärdering föreslå en ändring i enlighet med Sexualbrottskommitténs förslag.



Inte heller vill vi inom ramen för denna utvärdering föreslå något annat sätt att formulera våldtäktsbestämmelsen på som innebär att samlaget överges som jämförelsenorm; de invändningar vi har mot rättstillämpningen i fråga om en ibland för tydlig fokusering på teknikaliteter är dessutom inte av det slag att det är nödvändigt med en helt ny regleringsmodell. För att åtgärda bristen föreslår vi i stället att samlaget behålls som jämförelsenorm, men att dagens reglering förändras genom att det tydligare lyfts fram att det är bedömningen av den sexuella kränkningen som ska vara det centrala i avgränsningen av våldtäktsbrottet. Alltjämt ska, som också anges i våra direktiv, våldtäktsbrottet vara reserverat för de allvarligaste sexuella kränkningarna.

Som vi redovisat tidigare avses med ”samlag” i lagens mening endast vaginalt samlag. Detta kan i viss mån sägas avspegla en förlegad syn på sexualiteten. Vi har dock inte funnit anledning att inom ramen för denna utvärdering försöka ändra den definitionen, eftersom det med vår lagstiftningstradition skulle krävas att ett nytt motsvarande begrepp konstruerades eller i vart fall att en ny definition gjordes i lagtext. Det är ju dessutom så att andra samlag än vaginala samlag i lagen är jämställda med vaginala samlag.

Den utformning av bestämmelsen som vi föreslår är att de sexuella handlingar, förutom samlag (kategori 1), som grundar ansvar för våldtäkt är de där det är fråga om en sexuell handling som med hänsyn till den sexuella kränkningens allvar är jämförlig med påtvingat samlag (kategori 2 och 3). Vilken typ av sexualhandling som har förekommit har självklart en betydelse, men ytterst är det fråga om en helhetsbedömning av den sexuella kränkningen som ska göras. Här måste framhållas att det är en *konkret bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet* som ska göras, och inte en abstrakt bedömning.

Till grund för bedömningen av den sexuella kränkningen vid våldtäkt bör inte hela gärningen läggas utan i stället enbart omständigheterna kring den sexuella handlingen. Omständigheter som karaktären av våld eller hot som kan ha förekommit påverkar då inte nivån på kränkningen men har givetvis en betydelse för straffvärdet. Vilka omständigheter som påverkar en sexuell kränkning är inte närmare belyst i förarbetena till våldtäktsbestämmelsen. Det sägs där mer allmänt att det ska vara fråga om en objektiv bedömning av om handlingen typiskt sett innebär en sådan allvarlig kränkning

som den som uppkommer vid ett påtvingat samlag.<sup>11</sup> I förarbetena till 1984 års reform, då våldtäktsbestämmelsen utvidgades till att omfatta – förutom samlag – därmed jämförligt sexuellt umgänge, pekades dock särskilt omständigheterna smärta och varaktighet ut som omständigheter som skulle ha betydelse för bedömningen. Regeringen anförde då följande.<sup>12</sup>

Det synes knappast vare sig lämpligt eller möjligt att i detalj ange vilka slags sexualhandlingar som kan vara att jämföra med samlag; ett försök i denna riktning från kommitténs sida har fått ett mycket blandat mottagande vid remissbehandlingen. Att s.k. anala och orala samlag som regel måste räknas dit står emellertid klart. När det gäller andra sexualhandlingar får man med ledning av omständigheterna avgöra om handlingen kan anses jämförlig med samlag. Av betydelse är här sådana omständigheter som om övergreppet har varit förenat med smärta, om det har varit av kortare eller längre varaktighet etc. Det bör krävas att handlingen skall ha varit av klart samlagsliknande karaktär för att brottet skall bedömas som våldtäkt. Denna beteckning bör även i fortsättningen reserveras för de allvarligaste formerna av sexuell kränkning.

Exempel på omständigheter som enligt vår uppfattning bör ha betydelse är

- övergreppets varaktighet,
- om övergreppet medförde smärta, sår eller annan kroppsskada till följd av penetration eller annan beröring,
- om övergreppet innebar en risk för offret att smitta överfördes från gärningsmannen,
- om gärningsmannen uttalat grova smädelser mot offret eller på annat sätt förnedrat offret och
- om övergreppet bevitnats av andra personer eller dokumenterats i bild.

Ett par av omständigheterna kan kräva en förklaring. När det gäller den att övergreppet medfört *smärta, sår eller annan kroppsskada* är det inte det våld som förekommit för att betvinga offret som vi avser utan i stället effekten av själva den sexuella handlingen. Såvitt avser omständigheten *risk för överföring av smitta* avser vi en konkret risk i det enskilda fallet. I princip kan sägas att någon form av risk för smittoöverföring alltid finns när en kontakt med kroppsvätskor har förekommit. Den oro som detta mer generellt medför för ett offer beaktas dock inom ramen för våldtäktsbrottets abstrakta

<sup>11</sup> Prop. 1997/98: 55 s. 91 och 135.

<sup>12</sup> Prop. 1983/84:105 s. 17 f.

straffskala och ligger så att säga i brottets natur. I det fall gärningsmannen faktiskt bar på en smittsam sjukdom, så som HIV eller klamydia, medför det däremot en försvårande omständighet värd att beakta särskilt vid kränkingsbedömningen, oavsett gärningsmannens uppsåt i förhållande till en överföring av smitta.

Exempel på situationer där *offret förnedrats* är om gärningsmannen tömmer tarmen eller urinerar på offret. Beträffande en gärning som enbart eller huvudsakligen består av ett sådant handlande vill vi stryka under att detta inte självklart är att bedöma som en sexuell handling.<sup>13</sup> En helhetsbedömning måste göras av omständigheterna när det avgörs huruvida en sexuell handling förekommit eller inte. I detta sammanhang är det dock fråga om att bedöma vilken betydelse ett sådant handlande har som försvårande moment när en redan konstaterad sexuell handling ska värderas.

Utöver de här nämnda omständigheterna kan andra förekomma som kan påverka bedömningen av kränkningens allvar. Miljön för övergreppet kan tänkas vara en omständighet som det kan finnas skäl att beakta i särskilda fall. Det måste överlämnas åt rättstillämpningen att närmare värdera olika omständigheters betydelse för graden av kränkning i det konkreta fallet. Viktigt i sammanhanget är att omständigheter knutna till offrets person helt saknar betydelse.

Även om det sedan 1998 års reform inte krävs att sexualhandlingen är klart samlagsliknande måste den ändå vara av någorlunda kvalificerat slag för att kränkningen av den ska kunna nå upp till den nivå som uppkommer vid påtvingat samlag. En mindre kvalificerad sexuell handling, t.ex. en yttlig beröring av offrets könsorgan, i förening med omständigheter som är försvårande för kränkingsbedömningen, så som längre varaktighet, är alltså inte tillräcklig för att våldtäktsbestämmelsen ska bli tillämplig. Detta följer av att brottet våldtäkt även i fortsättningen bör vara reserverat för de allvarligaste sexuella kränkningarna.

Vi vill här stryka under att någon förändring av det av lagstiftaren avsedda tillämpningsområdet för våldtäkt egentligen inte är avsedd med förslaget. I stället syftar det enbart till att i lagen på ett bättre sätt än i dag ska uttrycka hur lagstiftaren sedan 1998 års reform har tänkt sig att avgränsningen av brottet ska ske. Liksom tidigare bör presumtioner kunna användas i bedömningen. Således bör det beträffande de klart samlagsliknande handlingarna – de orala och anala samlagen – alltså kunna presumeras att de i kränk-

---

<sup>13</sup> Jfr avsnitt 7.3 och prop. 2004/05:45 s. 34.

ningshänseende är jämförliga med samlag. Det blir vid bedömningen av de fall som är att hänföra till det vi betecknar som *kategori 3*, och då särskilt de fall som inte innefattat någon penetration, som frågan kring kränkningens allvar främst ställs på sin spets. Beroende på om någon särskild omständighet kring den sexuella handlingen föreligger som har betydelse för kränkingsbedömningen kan bedömningen i två olika fall, med i och för sig en och samma typ av sexuell handling (tekniskt sett), mynna ut i att denna handling i kränkningshänseende är jämförlig med samlag, respektive inte är det.

### 9.2.2 Gränsdragningen mot sexuellt ofredande

**Bedömning:** Gränsdragningen i rättstillämpningen mellan våldtäkt och sexuellt tvång å ena sidan och sexuellt ofredande å andra sidan grundad på begreppet ”sexuell handling” fungerar generellt på det sätt som förutsatts i förarbetena till den nuvarande lagstiftningen.

#### *Allmänt*

För gränsdragningen mellan våldtäkt och sexuellt tvång å ena sidan och sexuellt ofredande å andra sidan är frågan om det föreligger en sexuell handling eller inte av central betydelse. Inom begreppet ”sexuell handling” ryms handlingar av högst skiftande karaktär. Ett sätt att skilja dessa åt är att tala om sexuella handlingar i det ”övre” respektive ”nedre skiktet”. I det övre skiktet av sexuella handlingar gäller eventuella gränsdragningsproblem beträffande brott mot vuxna normalt frågan om gärningen ska anses utgöra våldtäkt eller sexuellt tvång. I det nedre skiktet gäller det normalt frågan om gärningen ska anses utgöra sexuellt tvång eller sexuellt ofredande. För gränsdragningen mellan våldtäkt och sexuellt tvång är det avgörande huruvida den sexuella handlingen i kränkningshänseende är jämförlig med samlag. För gränsdragningen mellan sexuellt tvång och sexuellt ofredande är en avgörande faktor huruvida det överhuvudtaget föreligger en sexuell handling eller inte. Vid sidan av denna generella uppdelning ligger försöksbrotten. Såväl vid försök till våldtäkt som försök till sexuellt tvång kan gränsdragningen mot sexuellt ofredande – fullbordat brott – vara aktuell.

Det ska påpekas att en faktor i avgränsningen mot sexuellt ofredande också kan vara frågan huruvida det förekommit tvång eller inte. Vi har tidigare berört gränsdragningsproblem kring detta i avsnitt 8.5 (målsäganden överrumplas med gärningen) och återkommer i nästa avsnitt. I detta avsnitt ska vi enbart fokusera på gränsdragningen mellan våldtäkt och sexuellt tvång å ena sidan och sexuellt ofredande å andra sidan utifrån frågan om en sexuell handling föreligger eller inte.

*Bilden av rättsläget. Synpunkter vid samråd, underrättspraxis m.m.*

Vid de samråd vi har haft har inget annat framkommit än att gränsdragningen mellan våldtäkt och sexuellt tvång å ena sidan och sexuellt ofredande å andra sidan fungerar i enlighet med lagstiftarens intentioner. Några särskilda gränsdragningsproblem har inte lyfts fram.

Ingen refererad praxis finns på området.

Vid den särskilda genomgång av hovrättsavgöranden från första halvåret 2008 som vi har genomfört var, som vi redogjort för i det föregående, brottet sexuellt tvång aktuellt i endast tre domar. I 29 domar var brottet sexuellt ofredande enligt 6 kap. 10 § andra stycket aktuellt. I drygt en handfull av dessa var gärningarna riktade mot barn. Brotten mot barn behandlas särskilt i kapitel 10. Utöver domarna från den särskilda praxisgenomgången har vi även studerat ett flertal andra orefererade domar.

Inte i någon av de domar som vi har gått igenom har från domstolens sida pekats på att det skulle finnas svårigheter att avgränsa brottet sexuellt ofredande utifrån begreppet "sexuell handling". Generellt kan sägas att det varit sällsynt att domstolen fört något resonemang i frågan om en gärning var att bedöma som sexuellt ofredande eller ett annat brott. De fåtal gånger det alls förekommit bland de domar vi studerat har bedömningen gällt gärningsmannens avsikt och huruvida gärningen skulle bedömas som ett försök till våldtäkt eller ett fullbordat sexuellt ofredande. Åtalet har då också formulerats på det sättet att det varit möjligt för domstolen att välja mellan olika rubriceringar. En förklaring till att domstolarna annars i princip genomgående inte anger någon motivering till varför en gärning rubriceras som sexuellt ofredande torde helt enkelt vara att åtalet också avser endast det brottet. Domstolen har då inte haft anledning att lyfta fram någon fråga om gränsdragning mot ett svårare brott. Här bör framhållas att vi – mot bakgrund av vad som

i dessa domar har redovisats av de närmare omständigheterna – inte i något fall har funnit skäl att efterlysa att åtalet utformats på det sättet att domstolen haft möjlighet att överväga huruvida en sexuell handling förelåg och att välja en svårare rubricering än sexuellt ofredande.

Genom reformen är det tänkt att tillämpningsområdet för våldtäkt och sexuellt tvång ska vara något större än tidigare eftersom begreppet ”sexuell handling” avses omfatta även vissa handlingar där det inte förekommit en varaktig sexuell beröring. Som vi redogör för i avsnitt 7.3 har vi funnit det oklart huruvida det i praktiken har skett en sådan utvidgning vid tillämpningen av begreppet ”sexuell handling” jämfört med ”sexuellt umgänge”. Något avgörande där ett sådant förfarande som förekom i NJA 1996 s. 418 var aktuellt har vi inte funnit. Över huvud taget tycks fall där det kan vara aktuellt att bedöma en gärning som en sexuell handling trots att någon varaktig beröring inte förekommit vara sällsynta bland anmälda sexualbrott. Det finns emellertid inget som talar *mot* att rättstillämpningen när saken blir aktuell tillämpar begreppet ”sexuell handling” på avsett sätt. Vi har också, som vi tidigare redogjort för, funnit något exempel på en sådan rättstillämpning där det kan antas att en utvidgning skett i förhållande till begreppet ”sexuellt umgänge”.

### *Överväganden*

I avsnitt 7.3 finns redovisat vår bedömning av tillämpningen av begreppet ”sexuell handling” i situationer där det inte varit fråga om en varaktig kroppslig beröring. Vi hänvisar därför till det avsnittet avseende den särskilda frågan.

Den samlade bilden vi har av rättsläget efter genomförd utvärdering är att det inte finns några särskilda problem avseende gränsdragningen mellan å ena sidan våldtäkt och sexuellt tvång och å andra sidan sexuellt ofredande utifrån förekomsten av sexuell handling. Generellt sett tycks gränsdragningen således fungera på det sätt som förutsatts i förarbetena till nuvarande lagstiftning. Något skäl att föreslå någon förändring på området finns inte enligt vår uppfattning.

### 9.3 Ett lägre krav på tvång genom 2005 års reform

**Bedömning:** Gränsdragningen i rättstillämpningen mellan våldtäkt och sexuellt tvång grundad på graden av tvång fungerar generellt på det sätt som förutsatts i förarbetena till den nuvarande lagstiftningen. Ändringen av våldtäktsbestämmelsen bestående i en sänkning av graden av tvång har bidragit till att ytterligare förstärka och tydliggöra rätten till personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande.

*Bilden av rättsläget. Synpunkter vid samråd, underrättspraxis m.m.*

En viktig förändring för att förstärka rätten till personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande var att det genom 2005 års reform i bestämmelsen om våldtäkt föreskrevs ett lägre krav på tvång jämfört med före reformen. Vid samråden har inget annat framkommit än att gränsdragningen mellan våldtäkt och sexuellt tvång också sker utifrån en sådan lägre grad av tvång.

Våldtäkt grundat på tvång var aktuellt i totalt drygt 75 domar i den av oss genomgångna hovrättspraxisen från första halvåret 2008. Endast i två av dessa bestod tvånget enbart i ett hot. Däremot var det vanligt att hot förekom i samband med våld, som ofta var lindrigt. Hoten har då bestått i hot till person och inte i något fall gällt hot till egendom. 70 av de drygt 75 domarna avsåg brott enligt första stycket i 6 kap. 1 § brottsbalken (våldtäkt av normalgraden). Generellt kan beträffande dessa 70 domar sägas om graden av våld att våldet i ungefär hälften av de fall där det förekom var av ett lindrigt slag. Det kunde således röra sig om att gärningsmannen hållit fast, dragit i eller lagt sig på målsäganden. Sexuellt tvång förekom i tre domar. I alla tre domarna var det den sexuella handlingens karaktär och inte graden av tvång som gjorde att gärningen skulle rubriceras som sexuellt tvång. Den bild vi har av övrig praxis efter reformen överensstämmer med den vi fått från den särskilda praxisgenomgången.

#### *Överväganden*

Som vi tidigare anfört i kapitel 6 kan det antas att förskjutningen i den officiella kriminalstatistiken av anmälningar mot kategorin *våldtäkt, grov våldtäkt* från kategorin *sexuellt tvång, utnyttjande m.m.* till

största delen avser utnyttjandefallen. Detta eftersom tillämpningsområdet för brottet sexuellt tvång successivt har inskränkts genom tidigare reformer på området, där våldtäktsbrottet utvidgats, och att lagföringar för sexuellt tvång under många år har varit relativt sällsynta.

Omständigheten att den sexuella handlingens karaktär och inte graden av tvång varit det som avgjort huruvida gärningen skulle rubriceras som sexuellt tvång kan, som vi tidigare sagt i kapitel 6, utgöra stöd för att en sänkning av graden av tvång fullt ut har genomförts i praxis. Här måste dock framhållas att utvidgningen till stor del var genomförd i praxis redan före reformen. I fråga om våld gällde redan tidigare att det räckte med ett fysiskt betvingande av offret (i princip ett olaga tvång) trots att lagen föreskrev ett råntvång. En viss utvidgning i förhållande till vad som gällde före reformen har dock antagligen skett genom att det numera räcker att våldet betecknas som våld *mot* person och inte *å* person. Att gärningsmannen ryckt i offrets arm eller knuffat undan personen är alltså tillräckligt för att uppfylla kravet på tvång.

I praxis före reformen spelade tvång i form av hot inte samma roll som en direkt våldsanvändning. Efter reformen räcker det nu i fråga om hot med ett sådant hot om brottslig gärning som avses i straffbestämmelsen om olaga tvång i 4 kap. 4 § första stycket första meningen brottsbalken. Dock har vi inte tillräckligt underlag för att säga att denna sänkning av graden av hot också återspeglas i praxis genom fler domar med tvång i form av hot. Praxisgenomgången har visat att åtal där grunden för våldtäkt enbart är ett hot alltså verkar vara ytterligt få. Endast i något enstaka fall bland de domar vi studerat har grunden varit denna.

Vår slutsats från praxisgenomgången är därför att tvång i form av våld alltså tycks vara den vanligaste grunden vid lagföring för våldtäkt och att det våld som använts ofta är relativt lindrigt. Det räcker med ett ofredandevåld för att kravet på tvång ska vara uppfyllt. Gränsdragningen i rättstillämpningen mellan våldtäkt och sexuellt tvång grundad på graden av tvång fungerar enligt vår bedömning generellt på det sätt som förutsatts i förarbetena till den nuvarande lagstiftningen. Sänkningen av graden av tvång har enligt vår uppfattning bidragit till att rätten till personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande har förstärkts och tydliggjorts.



## 9.4 Gradindelningen av våldtäktsbrottet

### 9.4.1 Våldtäkt eller grov våldtäkt?

**Bedömning:** En minskning har skett av antalet lagförda grova brott såväl i absoluta som i relativa tal sedan år 2005. Mot bakgrund av att antalet fall är förhållandevis litet per år bör lagföringsstatistiken dock bedömas med viss försiktighet. Därtill kommer att det är oklart hur den faktiska brottsligheten ser ut. Det är därför svårt att ta ställning till frågan om lagstiftarens syfte med reformen i denna del – att tillämpningsområdet för det grova brottet ska utvidgas något – har uppfyllts. Frågan kan lämpligen följas upp framöver, t.ex. genom en praxisgenomgång inom ramen för arbetet vid Åklagarmyndighetens Utvecklingscentrum Göteborg. Det kan även i utbildningssammanhang inom rättsväsendet finnas skäl att särskilt belysa frågan om gradindelningen av våldtäktsbrottet.

Genom 2005 års reform avsåg lagstiftaren att tillämpningsområdet för det grova våldtäktsbrottet skulle utvidgas något. Sexualbrottskommittén hade också lagt fram ett sådant förslag och flera remissinstanser hade delat den bedömningen. Kommitténs förslag var dock något annorlunda utformat än det som slutligen antogs. De försvårande omständigheter som anges i bestämmelsen är endast att se som exempel på omständigheter som kan medföra att våldtäktsbrottet bedöms som grovt. Enligt bestämmelsen ska särskilt beaktas om våldet eller hotet varit av särskilt allvarlig art eller om fler än en förgripit sig på offret eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet.

#### *Kriminalstatistiken*

Den officiella kriminalstatistiken avseende lagföringsbeslut redovisar antalet beslut om fällande domar i tingsrätt, utfärdade strafföreläggande och meddelade åtalsunderlåtelse. Det som redovisas är huvudbrottet i en lagföring. För det fall en person lagförs för mer än en typ av brott är det således endast lagföringen för den svåraste brottstypen som redovisas. Med tanke på att grov våldtäkt är ett allvarligt brott med ett straffminimum på fyra år kan antas att stati-

stiken ger en mer rättvisande bild av lagföringsbesluten avseende det brottet jämfört med lagföringar för ett väsentligen lindrigare brott, t.ex. stöld. Antalet lagföringsbeslut avseende våldtäkt och grov våldtäkt sedan år 2002 är följande.

**Tabell 1 a** Antalet lagföringsbeslut med våldtäkt eller grov våldtäkt som huvudbrott. Även procentandelen grova brott av samtliga våldtäktsbrott

År	1 § 1–3 st., våldtäkt	1 § 4 st., grov våldtäkt	Andel grova brott, procent
2002	73	28	27,7
2003	89	34	26,0
2004	129	24	15,7
2005	185	31	14,4
2006	197	30	13,2
2007	203	14	6,5
2008	245	17	6,5
2009	227	26	10,3

Källa: Brå

Enligt kriminalstatistiken har andelen lagföringsbeslut för brottet grov våldtäkt i förhållande till våldtäktsbrottet sedan år 2003 sjunkit. Åren före reformen och även åren 2005 och 2006 har antalet lagföringar för grova brott varit omkring 30 per år. Eftersom antalet lagföringar för brott av normalgraden har ökat årligen har andelen grova brott av det totala antalet våldtäktsbrott – trots att de alltså under de åren har varit ungefär lika många – dock sjunkit. En tydlig nedgång av antalet lagföringar skedde åren 2007 och 2008 till 14 respektive 17 lagföringar för att sedan år 2009 uppgå till 26.

Görs en jämförelse med den officiella kriminalstatistiken avseende *antalet brott* enligt dessa lagrum i lagföringarna är trenden den samma. Således var det en tydlig nedgång av antalet grova brott åren 2007 och 2008. Vidare har det efter reformen jämfört med före skett en minskning i andelen lagföringar för grov våldtäkt i förhållande till våldtäkt av normalgraden.

**Tabell 1 b** Antalet fall av våldtäkt och grov våldtäkt i lagföringarna. Även procentandelen grova brott av samtliga våldtäktsbrott

År	1 § 1–3 st., våldtäkt	1 § 4 st., grov våldtäkt	Andel grova brott, procent
2004 <sup>14</sup>	200	31	13,4
2005	289	48	14,2
2006	273	40	12,8
2007	304	15	4,7
2008	394	23	5,5
2009	349	36	9,4

Källa: Brå

*Bilden i övrigt av rättsläget. Synpunkter vid samråd, underrättspraxis m.m.*

Det finns ingen refererad praxis efter 2005 års reform som gäller gränsdragningen mellan våldtäkt och grov våldtäkt.

Vid samråden har det från några åklagare sagts att man upplevt att det inte har skett någon förskjutning i avgränsningen sedan reformen. Särskilt har det då påpekats att det uppfattas som oklart vad som egentligen gäller när det varit flera gärningsmän som har förgripit sig på samma offer i en följd. I övrigt har inga särskilda synpunkter framkommit på gränsdragningen.

I den särskilda genomgång av hovrättspraxis från första halvåret 2008 som vi har gjort var brottet våldtäkt aktuellt i 101 domar och grov våldtäkt i åtta domar. I de domar där grov våldtäkt förekommit har grunden för att gärningen bedömdes som grov i fyra av fallen varit att det varit fler än en gärningsman. I två av dessa fallen förgrep sig gärningsmännen på offret i en följd efter varandra och i ett av fallen rörde det sig om att en person utförde en sexuell handling med hjälp av två andra personer. I det fjärde fallet var det fråga om två gärningsmän som var och en utförde samlag och andra sexuella handlingar i en följd samtidigt som de hjälptes åt att hålla fast målsäganden. I ett av de andra fallen var grunden en hög ålder – 81 år – hos målsäganden i förening med ett långt händelseförlopp och intrång i bostad. Ett utdraget händelseförlopp samt stryppgrepp och dödsängest hos målsäganden var grunden för att bedöma våldtäkten som grov i ett annat fall. I det sjunde fallet var grunden den att gärningsmannen utsatt målsäganden för risk för HIV-smitta. I

<sup>14</sup> Statistik avseende samtliga brott i lagföringarna finns tillgänglig sedan år 2004.

det åttonde fallet hade åklagaren yrkat ansvar för grovt brott med hänvisning till våldets natur men åtalet ogillades helt.

Inte i någon av domarna i den särskilda praxisgenomgången där gärningen bedömdes som grovt brott går det att utläsa någon tveksamhet från domstolens sida hur gärningen i det enskilda fallet skulle rubriceras. Inte heller bland de fall där rubriceringen blev våldtäkt (av normalgraden) går det av domskälen att utläsa att domstolarna fann svårigheter i gränsdragningen mot det grova brottet. Denna bild från den särskilda praxisgenomgången överensstämmer för övrigt helt med den vi fått av rättstillämpningen generellt sedan 2005 års reform när vi studerat underrättsdomar från också andra tidpunkter än första halvåret 2008.

När det sedan gäller frågan om utvidgningen av det grova brottet har fått något genomslag i praxis finns det ett par domar från vår särskilda praxisgenomgång som är av intresse. I ett avgörande hade två gärningsmän deltagit i övergreppet. Den ene hade hjälpt till att hålla målsäganden för att den andre skulle kunna genomföra ett samlag. Gärningsmännen var okända för målsäganden, övergreppet skedde utomhus och det våld som användes för att betvinga målsäganden var tämligen omfattande. Åtalet avsåg brott av normalgraden och av domen framgår inte huruvida frågan om brottet skulle bedömas som grovt varit uppe till behandling vid domstolsförhandlingarna. Straffvärdet av gärningen bedömdes för var och en av gärningsmännen motsvara fängelse i tre år och sex månader, vilket är högt för *ett* brott av normalgraden. I ett annat fall, i vilket det övervägdes huruvida gärningen utgjorde ett brott av normalgraden eller ett grovt, hade gärningsmannen lurat sig in hos en 91-årig kvinna och fört upp ett finger i hennes slida. Gärningsmannen hade använt våld av lindrigare slag och kvinnan hade vissa avvärjningsskador. Tingsrätten bedömde gärningen som grovt brott. Hovrätten rubricerade dock gärningen som brott av normalgraden. Straffvärdet av gärningen samt ett fall av sexuellt ofredande bedömdes motsvara fängelse i tre år enligt hovrätten. Bedömningen är att jämföra med den som gjordes i det fall vi nyss nämnt som avsåg en 81-årig målsägande. Där hade gärningsmannen smugit sig in på natten hos den sovande äldre kvinnan och med sin penis berört kvinnans slidmynning och analöppning. På grund av målsägandens motstånd lyckades han inte penetrera henne. Målsägandens ålder var i det fallet en viktig faktor för rubriceringen av gärningen.

### *Överväganden*

Det kan konstateras att den årliga ökning som sedan ett antal år tillbaka skett i fråga om lagföringar för våldtäkt av normalgraden inte gäller för det grova brottet. Tvärtom har det skett en minskning av lagförda grova brott såväl i absoluta som i relativa tal.

Den tydliga minskning som skedde åren 2007 och 2008 är särskilt anmärkningsvärd. Någon statistisk förklaring till att det då skedde ungefär en halvering av antalet fall i förhållande till åren dessförinnan finns inte. Eftersom det kunnat konstateras att de ökade anmälningarna av våldtäkter som skett sedan ett antal år framför allt avser mindre grova våldtäkter i bruket av våld, vapen och förekomsten av skador hos offret<sup>15</sup> är det i och för sig inte särskilt anmärkningsvärt att de grova brotten i viss mån minskar relativt sett. En minskning i absoluta tal kan dock inte förklaras av en sådan brottsutveckling. Därtill kommer att det även har konstaterats att kategorin våldtäkter med flera gärningsmän har ökat i absoluta tal under åren 1995–2006. De gärningarna är sådana att de typiskt sett bör bedömas som grova brott och skulle då påverka det statistiska utfallet.

Även om det i sammanhanget i viss mån måste beaktas den osäkerhet som den officiella kriminalstatistiken innehåller till följd av att den enbart grundar sig på avgöranden i första instans och inte tar hänsyn till en prövning i högre rätt överensstämmer den bild statistiken ger över hur vanligt förekommande lagföringar för grova brott är med den vi fått vid vår praxisgenomgång. Av domarna som vi gått igenom utgjorde de grova våldtäkterna således sju procent av det totala antalet våldtäktsdomar. Mot bakgrund av den ändring som gjorts av rekvisiten för grovt brott genom reformen för att utvidga tillämpningsområdet för grov våldtäkt är dessa erfarenheter överraskande. Även om det inte är möjligt att enbart med ledning av kriminalstatistiken dra några säkra slutsatser, skulle erfarenheterna från lagföringsstatistiken kunna tyda på att syftet med reformen i nämnda avseende inte har uppfyllts. För en sådan slutsats talar även i viss mån de signaler vid samråden som har kommit om att man upplever det som osäkert att utvidgningen av det grova brottet har fått genomslag. Det ska emellertid understrykas att det inte var en generell uppfattning bland åklagare att utvidgningen inte fått genom-

---

<sup>15</sup> Se Våldtäkt mot personer 15 år eller äldre – Utvecklingen under åren 1995–2006, Rapport 2008:13, Brå.

slag och att det från flera håll inte fanns några synpunkter på rättstillämpningen i denna del.

Hur kan denna bild av rättstillämpningen som främst lagföringsstatistiken ger förklaras? Vid vår genomgång av praxis har vi generellt sett inte funnit något anmärkningsvärt i hur domstolarna har resonerat i själva gränsdragningsfrågan. Just när det gäller omständigheten att flera personer deltagit i en våldtäkt som grund för att bedöma en gärning som grovt brott är det vår bild av de domar vi gått igenom att detta generellt sett har fått det genomslag som avsågs i 2005 års reform. Det bör också framhållas att för den som inte har följt huvudförhandlingen i ett mål utgör domen inte alltid ett tillräckligt underlag för att göra några mer säkra slutsatser kring just vilken nivå ett tvång legat på eller om gärningsmannen annars uppfyller rekvisitet särskild hänsynslöshet eller råhet. Därför är det på det underlag domarna från praxisgenomgången utgör svårt att uttala sig i frågan om kraven i fråga om brottets svårhet för att komma i fråga för att bedömas som grovt har sänkts efter reformen jämfört med före. Det finns dock heller inget som talar emot att så inte har skett.

I något fall som vi har studerat är det vår bedömning att det för domstolen dock torde ha legat nära till hands att bedöma gärningen som grov våldtäkt men att domstolen varit förhindrad till detta mot bakgrund av hur åtalet formulerats och vad som tagits upp vid huvudförhandlingen. Det ska här understrykas att vi utifrån hur domstolarna uttalat sig i domskälen inte har bedömt det som ett generellt problem att det från åklagarnas sida sker en för lindrig bedömning av hur våldtäktsbrott bör bedömas. Erfarenheten från genomgången av olika domar är vidare den att det är vanligt att domstolen delar åklagarens bedömning av om en gärning ska rubriceras som våldtäkt eller grov våldtäkt. Således går den låga andelen lagföringar för grov våldtäkt inte att förklara med att domstolarna skulle ha intagit en strängare attityd till att rubricera en våldtäkt som grov.

Vi har således inte funnit någon rimlig förklaring till varför lagföringsfrekvensen avseende de grova våldtäkterna ser ut som den gör efter 2005 års reform. Det bör understrykas att avsikten med lagändringarna genom 2005 års reform var att utvidga tillämpningsområdet *något*. Någon mer regelmässig uppgradering av våldtäktsbrottens svårhet i det fall någon försvårande omständighet förekommit har det således aldrig varit fråga om. Eftersom straffminimum för det grova brottet är fängelse i fyra år talar också den abstrakta

straffskalan för brottet för att det krävs något särskilt för att bedöma en våldtäkt som grov. Just omständigheten att lagföringarna för det grova brottet även tidigare har varit sällsynt förekommande relativt sett gör det svårt att dra några mer direkta slutsatser kring rättsutvecklingen sedan år 2005.

Även om vår utvärdering visar att det under ett par år har skett en minskning i absoluta tal kan inte bortses från att detta kan hänföras till tillfälliga omständigheter. Kanske skedde det också färre anmälningar för grova brott de åren, vilket självklart får återverkningar på lagföringsstatistiken. Kanske begicks det till och med färre grova våldtäkter dessa åren. För det fall den faktiska brottsligheten avseende grov våldtäkt skulle ha minskat skulle detta givetvis utgöra en framgång för reformen. Då sexualbrottsligheten kännetecknas av ett stort mörkertal är det dock omöjligt att undersöka närmare hur det förhåller sig med den saken.

Som vi strax återkommer till skedde det åren 2005 och 2006 en minskning jämfört med åren före av antalet lagförda fall av mindre grov våldtäkt samtidigt som de grova brotten ökade något. Detta skulle kunna åberopas till stöd för att en förskjutning direkt efter reformens ikraftträdande skett i riktning mot fler lagförda grova brott men att effekten därefter avtagit något.

Vår slutsats blir att vi bedömer det som något tidigt att lämna något klart uttalande kring om lagstiftarens syfte med reformen i denna del har uppfyllts. I sammanhanget vill vi dock framhålla att inget vid granskningen av domar och domskäl i vår praxisgenomgång talar emot att tillämpningsområdet har utvidgats något. Frågan kan lämpligen följas upp framöver, t.ex. genom en praxisgenomgång inom ramen för arbetet vid Åklagarmyndighetens Utvecklingscentrum Göteborg. Det kan även i utbildningssammanhang inom rättsväsendet finnas skäl att särskilt belysa frågan om gradindelningen av våldtäktsbrottet.

#### 9.4.2 Ansvar för våldtäkt enligt en lindrigare straffskala

**Bedömning:** Tillämpningen av den lindrigare straffskalan för våldtäkt enligt 6 kap. 1 § tredje stycket brottsbalken fungerar generellt på det sätt som förutsatts i förarbetena till 2005 års reform.

Möjligheten att döma för våldtäkt enligt en lindrigare straffskala behölls i den reformerade våldtäktslagstiftningen. Avsikten var inte att få till stånd någon mildare straffvärdebedömning än vad som gällde före reformen. Regeringen underströk i propositionen att bestämmelsen även fortsättningsvis skulle tillämpas med restriktivitet.<sup>16</sup> Förutsättningarna för att använda den lindrigare straffskalan är att brottet med hänsyn till omständigheterna vid brottet är att anse som mindre grovt.

Våldtäktsbrottet är i strikt straffrättslig mening gradindelad i två nivåer; våldtäkt och grov våldtäkt. Genom att tre olika straffskalor används i 6 kap. 1 § brottsbalken – en för grov våldtäkt, en för våldtäkt enligt första och andra styckena och en för våldtäkt enligt tredje stycket – kan våldtäktsbrottet emellertid i praktiken sägas vara uppdelat i tre nivåer. Även om ”mindre grov våldtäkt” inte finns som brottsbenämning används uttrycket således ändå i vissa sammanhang för att beskriva ett våldtäktsbrott som bedöms enligt tredje stycket. Vi använder oss av begreppet ”mindre grov våldtäkt” för att klargöra fördelningen mellan våldtäktsbrott som inte är grova. I förhållande till ”mindre grov våldtäkt” benämns våldtäkt enligt första och andra styckena i 1 § av oss som ”våldtäkt av normalgraden”.

### *Kriminalstatistiken*

Av särskilt framtagna statistik från Brottsförebyggande rådet framgår att lagföringarna för våldtäkt enligt första–tredje styckena i 6 kap. 1 § sedan år 2002 fördelas enligt följande.

---

<sup>16</sup> A. prop. s. 53.



**Tabell 2** Antalet lagföringsbeslut med våldtäkt (exklusive grov våldtäkt) som huvudbrott uppdelat på de olika straffskalorna. Även procentandelen s.k. mindre grova våldtäktsbrott av samtliga våldtäktsbrott som inte är grova

År	1 § 1–2 st.	1 § 3 st. (s.k. mindre grova våldtäktsbrott)	Andel mindre grova brott, procent
2002	61	12	16,4
2003	80	9	10,1
2004	114	15	11,6
2005	180	5	2,7
2006	191	6	3,0
2007	192	11	5,4
2008	231	14	5,7
2009	211	16	7,0

Källa: Brå

Enligt kriminalstatistiken har det varit färre lagföringar för mindre grov våldtäkt efter reformen 2005 jämfört med före. Särskilt stor var minskningen åren 2005 och 2006. Sedan 2007 har andelen mindre grova brott i förhållande till samtliga våldtäktsbrott enligt första-tredje styckena i 6 kap. 1 § varit drygt fem procent.

*Bilden i övrigt av rättsläget. Synpunkter vid samråd, underrättspraxis m.m.*

Frågan om en gärning var att bedöma som mindre grov våldtäkt var uppe till bedömning i avgörandet NJA 2008 s. 482 I. Högsta domstolen bedömde en gärning bestående i att gärningsmannen fört upp sina fingrar i målsägandens slida när hon sov som en mindre grov våldtäkt. Motsvarande bedömning gjordes i notisfallet NJA 2008 N 61. Omständigheterna i de båda fallen var likartade.<sup>17</sup>

Frågan om en våldtäktsgärning är att bedöma som mindre grov eller av normalgraden har även prövats i ett par refererade hovrättsavgöranden; se främst RH 2008:6 och 2008:41<sup>18</sup> men även RH 2006:86, 2006:99 och 2010:6.

Vid ett av våra samråd framkom att i granskningen av sexualbrottsdomar i det bevisvärderingsprojekt som genomfördes vid Åklagar-

<sup>17</sup> Se vår praxissammanställning, bilaga 2.

<sup>18</sup> Se vår praxissammanställning, bilaga 2.

myndigheten Utvecklingscentrum Göteborg, och som mynnade ut i Rättspromemorian 2007:13, kunde två typfall av gärningar urskiljas bland dem som bedömdes som mindre grova våldtäkter. Ett typfall var att målsäganden sov men vaknat upp när gärningsmannen påbörjat en sexuell handling och handlingen då avbrutits när målsäganden gett uttryck för att inte tillåta handlingen. Ett annat typfall var att en från början frivillig sexuell handling gått över gränsen för vad målsäganden föreställt sig från början och målsäganden därför inte velat fortsätta.

Uppfattningen vid samråden har varit att det inte har skett någon utvidgning av tillämpningsområdet för det mindre grova brottet genom reformen.

I den hovrättspraxis från första halvåret 2008 som vi gått igenom prövades åtal för våldtäkt (som inte var grov) i 100 domar.<sup>19</sup> I ungefär 25 procent av domarna ogillades åtalet. Bland de ungefär 75 domar som åtalet bifölls i dömdes det i fem fall till ansvar enligt den lindrigare straffskalan. Andelen mindre grova våldtäkter i förhållande till samtliga våldtäkter som inte är grova av de genomgångna domarna överensstämmer därmed med den bild som kriminalstatistiken ger av tillämpningen av den lindrigare straffskalan. Såvitt avser själva våldtäktsgärningarna i dessa fem domar kan konstateras att det i fyra fall var fråga om en målsägande som inledningsvis sov men vaknade upp och protesterade mot den sexuella handlingen och att det i ett fall var fråga om ett ofrivilligt analt samlag som genomfördes efter ett frivilligt vaginalt samlag.

### *Överväganden*

Den lindrigare straffskalan för våldtäktsbrott i 6 kap. 1 § tredje stycket brottsbalken fördes över till den nya lagstiftningen med påpekandet att den även fortsättningsvis skulle tillämpas med restriktivitet.<sup>20</sup> Vår bedömning efter genomförd utvärdering av tillämpningen av våldtäktsbrottet och avgränsningen av mindre grova brott är att det sker en restriktiv tillämpning av den lindrigare straffskalan. En jämförelse med statistiken före reformen ger vid handen att tillämpningen av bestämmelsen till och med är mera sällsynt nu än vad den var före reformen. Bland de fall där den lindrigare straffskalan övervägts tycks domstolarna ha gjort en väl avvägd bedöm-

<sup>19</sup> I fem av dessa domar prövades mer än en gärning.

<sup>20</sup> A. prop. s. 53.

ning av omständigheterna vid brottet. Vår slutsats är att tillämpningen av den för våldtäkt lindrigare straffskalan generellt sett fungerar på det sätt som förutsatts i förarbetena till 2005 års reform.

## 9.5 Gradindelningen av brottet sexuellt tvång

**Bedömning:** Med hänsyn till att underlaget för utvärderingen i denna del har varit mycket begränsat är det inte möjligt att dra några säkra slutsatser beträffande frågan om det finns några tillämpningsproblem gällande gradindelningen av brottet sexuellt tvång.

Genom 2005 års reform höjdes straffmaximum för grovt sexuellt tvång som ett led i genomförandet av det inom EU antagna rambeslutet om bekämpande av sexuellt utnyttjande av barn och barnpornografi. Någon generell höjning av straffvärdet för grovt sexuellt tvång var inte avsedd. Även de exempel på omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av om ett brott är grovt ändrades genom reformen. I motiven anges dock inte att någon förändring var avsedd beträffande tillämpningsområdet för det grova brottet. De exempel på omständigheter som gör att ett sexuellt tvång ska bedömas som grovt är desamma som finns i bestämmelsen om grov våldtäkt.

*Bilden av rättsläget. Synpunkter vid samråd, underrättspraxis m.m.*

Vi har tidigare redovisat att brottet sexuellt tvång är sällan förekommande i lagföringsstatistiken. Det handlar om ett fåtal fall per år. Eftersom brott av normalgraden och grova brott redovisas gemensamt i den officiella kriminalstatistiken avseende antalet *lagföringsbeslut* ger den delen av statistiken inte någon ledning i frågan om hur stor del av lagföringarna som avser grovt brott. I statistiken avseende *lagförda brott*, som redovisas sedan år 2004, finns dock en sådan uppdelning. Med lagförda brott avses samtliga brott som enskilda individer lagförts för. Dessa bygger på antal brott i lagföringsbeslut. Sedan år 2004 har antalet lagförda brott avseende sexuellt tvång, brott av normalgraden respektive grovt brott, varit de följande.

**Tabell 3** Antalet fall av sexuellt tvång och grovt sexuellt tvång i lagföringarna sedan år 2004. Inom parentes anges antalet fall där respektive brott utgjorde huvudbrott. För år 2007 finns det ingen särredovisning av brottet av normalgraden och grovt brott

År	2 § 1–2 st., sexuellt tvång	2 § 3 st., grovt sexuellt tvång
2004	14 (8)	1 (1)
2005	14 (4)	8 (1)
2006	43 (18)	5 (3)
2007	43 (20)	-
2008	17 (9)	4 (0)
2009	25 (15)	3 (1)

Källa: Brå

Såvitt avser tolkningen av statistiken måste här – liksom i andra fall när det handlar om ett fåtal fall – försiktighet iakttas.

Bland domarna i den särskilda genomgång av hovrättspraxis för första halvåret 2008 som vi gjort förekom sexuellt tvång, grovt brott, inte i något fall. Sexuellt tvång, brott av normalgraden, förekom i tre domar.

Någon refererad praxis gällande gränsdragningen sexuellt tvång och grovt sexuellt tvång finns inte. Vid samråden har inga synpunkter framkommit på gränsdragningen.

### Överväganden

Med hänsyn till att underlaget för utvärderingen har varit mycket begränsat beträffande brottet sexuellt tvång är det inte möjligt att dra några säkra slutsatser gällande frågan om det finns några tillämpningsproblem vid gränsdragningen mellan brottet av normalgraden och det grova brottet. Likväl, med den begränsade bild vi har av rättsläget, ska det framhållas att inget talar emot att rättstillämpningen fungerar på ett tillfredsställande sätt.

## 9.6 Gradindelningen av brottet sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning

**Bedömning:** Med hänsyn till att underlaget för utvärderingen har varit mycket begränsat är det inte möjligt att dra några säkra slutsatser beträffande frågan om det finns några tillämpningsproblem beträffande gradindelningen av brottet sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning.

Sedan utnyttjandefall som tidigare omfattats av bestämmelsen flyttats över till andra bestämmelser sänktes maximistraffet för det grova brottet i 6 kap. 3 § brottsbalken i förhållande till vad som gällt före reformen. De exempel på omständigheter som gör att ett sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning ska bedömas som grovt är desamma som finns i bestämmelsen om grovt sexuellt tvång.

*Bilden av rättsläget. Synpunkter vid samråd, underrättspraxis m.m.*

Vi har tidigare redovisat att brottet sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning är sällan förekommande i lagföringsstatistiken. Det handlar om ett fåtal fall per år. En särredovisning av det grova brottet och brottet av normalgraden sker inte i statistiken avseende lagföringsbeslut utan endast avseende lagförda brott. Förutom år 2005, då antalet fall av lagföring för det grova brottet var nio, har det lagförts för det grova brottet två–fyra gånger per år. Bland domarna i den särskilda genomgång av hovrättspraxis för första halvåret 2008 som vi utfört förekom sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning i två domar. Åtalet avsåg i båda fallen brott av normalgraden. I båda fallen ogillades åklagarens talan på objektiva grunder.

Någon refererad praxis gällande sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning finns inte. Vid samråden har inga synpunkter framkommit på gränsdragningen mellan sådant brott av normalgraden och grovt brott.

### *Överväganden*

Med hänsyn till att underlaget för utvärderingen har varit mycket begränsat beträffande brottet sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning är det inte möjligt att dra några säkra slutsatser gällande

om det finns några problem beträffande gränsdragningen mellan brottet av normalgraden och det grova brottet. Likväl, med den begränsade bild vi har av rättsläget, ska det framhållas att inget talar emot att rättstillämpningen fungerar på ett tillfredsställande sätt. Som framgår av avsnitt 8.6 föreslår vi att 3 § i dess nuvarande lydelse bör upphävas och att dessa utnyttjandefall i stället hanteras inom ramen för andra stycket i 1 §.

## 10 Ett särskilt skydd för barn mot sexualbrott

### 10.1 Inledning

Våra direktiv ger oss i uppdrag att vid utvärderingen av 2005 års reform särskilt fokusera på de straffbestämmelser som ger barn ett särskilt skydd mot sexualbrott och hur tillämpningen av dessa bestämmelser har fallit ut. Flera nya straffbestämmelser som enbart skyddar barn infördes genom reformen. Vi hänvisar till kapitel 2 för en närmare redogörelse för gällande rätt.

I det följande redovisar vi vad som under vårt arbete har framkommit om tillämpningen av brotten mot barn och vilka slutsatser som kan dras i frågan om syftet med reformen att förstärka barns skydd mot sexualbrott har uppfyllts. Vi har ett särskilt fokus på de mer kvalificerade sexuella kränkningarna av barn, nämligen våldtäkt mot barn, sexuellt utnyttjande av barn och sexuellt övergrepp mot barn. Sexuellt ofredande av barn behandlas i avsnitt 11.4.

Först redogör vi för våra erfarenheter kring gränsdragningen mellan olika sexualbrott mot barn med utgångspunkt i begreppet ”sexuell handling”. Därefter behandlar vi frågan om gradindelningen av brottet våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn, rättstillämpningen kring brotten köp av sexuell handling av barn och utnyttjande av barn för sexuell posering samt frågor kring straffvärdebedömningar. Slutligen presenterar vi våra överväganden och förslag.

### 10.2 Gränsdragningen mellan olika brott med utgångspunkt i begreppet sexuell handling

Som vi redogjort för i kapitel 7 är det vår erfarenhet från utvärderingen av reformen att begreppet ”sexuell handling” generellt sett fungerar väl som brottsrekvisit. Beträffande brott mot vuxna har vi

i det föregående gjort bedömningen att nuvarande regleringsmodell med utgångspunkt i begreppet sexuell handling bör behållas. Vi har dock funnit skäl beträffande avgränsningen mellan våldtäkt och sexuellt tvång att föreslå ändringar i regleringen för att betona att det är den sexuella kränkningens allvar som är det centrala för bedömningen. I detta avsnitt ska vi särskilt belysa betydelsen av begreppet sexuell handling för gränsdragningen dels mellan våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn, dels mellan sexuellt övergrepp mot barn och sexuellt ofredande.

### 10.2.1 Våldtäkt mot barn eller sexuellt övergrepp mot barn? Samlag som jämförelsenorm

**Bedömning:** Gränsdragningen i rättstillämpningen mellan brotten våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn fungerar generellt sett på det sätt som förutsatts i förarbetena till nuvarande lagstiftning. Dock finns det skäl att ifrågasätta om det, för att ett brott ska kunna rubriceras som våldtäkt mot barn, ska krävas att samlag eller en handling jämförlig med samlag har förekommit.

#### *Allmänt*

Liksom vad gäller gränsdragningen mellan våldtäkt och sexuellt tvång är samlaget jämförelsenormen för gränsdragningen mellan brotten våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn. Förutom samlag omfattar således straffbestämmelserna i 6 kap. 1 och 4 §§ ”annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag”. Den jämförelse som ska ske enligt 4 § ska, i likhet med jämförelsen enligt 1 §, ta sikte på den sexuella kränkningens art och inte på sexualhandlingarna som sådana. I motiven till 2005 års reform sägs att avsikten med att använda samma lokution i båda bestämmelserna är att avgränsningen i princip ska sammanfalla.

Enligt gällande rätt avses med samlag endast vaginala samlag. För att en handling ska utgöra samlag räcker det med att mannens och kvinnans könsdelar har kommit i beröring med varandra. Det finns alltså inte något krav på ett fullbordat samlag där sädesavgång eller inträngande har skett. I avsnitt 9.2.1, gällande brott mot vuxna, har



vi närmare redogjort för samlaget som jämförelsenorm i lagstiftningen och för de gärningar som enligt motiven omfattas av begreppet ”annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag”. I det sammanhanget har vi också redogjort för de vägledande avgöranden Högsta domstolen har meddelat i fråga om gränsdragningen vid brott mot vuxna. Det som nämns där har bäring även på gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn.

### *Högsta domstolens praxis*

Högsta domstolen har meddelat tre vägledande avgöranden som avser gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn.<sup>1</sup> I NJA 2006 s. 221 gällde målet en praktikant på en förskola som hade utfört en sexuell handling genom att han fört in sin hand under en fyraårig pojkes byxor och kalsonger och tagit på dennes könsorgan. Han hade även vidrört pojken analöppning, vilket orsakat pojken smärta. Högsta domstolen fann att beröringarna inte varit långvariga men att de inte heller kunde betecknas som flyktiga. Domstolen gjorde sedan bedömningen att den sexuella handlingen, med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt, inte kunde anses jämförlig med samlag. I stället bedömdes gärningen som sexuellt övergrepp mot barn, brott av normalgraden. Påföljden bestämdes till fängelse i sex månader.

Även i de två senare avgörandena – NJA 2008 s. 1096 I och II – gjorde Högsta domstolen bedömningen att de sexuella handlingar som prövades inte kunde anses jämförliga med samlag.<sup>2</sup> I det första fallet var det en äldre man som dragit med och hållit fast en knappt åttaårig flicka, allt medan han dragit av henne kläderna på underkroppen och utsatt henne för en sexuell handling som bestått i att han en kort stund tryckt sin penis mellan hennes skinkor. Han hade inte berört hennes könsorgan eller analöppning. Högsta domstolen fann att den sexuella handlingen var av allvarligt slag men inte jämförlig med samlag. Som skäl för sin slutsats anförde domstolen att man främst tagit hänsyn till att händelseförloppet varit

---

<sup>1</sup> Se vår praxissammanställning, bilaga 2.

<sup>2</sup> Högsta domstolen gjorde i de båda avgörandena NJA 2008 s. 1096 I och II inte någon prövning av påföljdsfrågan. I det första avgörandet stod hovrättens påföljdsbestämning om fängelse åtta månader fast, i det andra undanröjdes hovrättens dom i fråga om bl.a. påföljd och hovrätten fick pröva den frågan på nytt. I den efterföljande prövningen bestämdes påföljden till fängelse i sex månader, vilket hovrätten ansåg motsvara straffvärdet av gärningen.

kortvarigt och att någon beröring inte skett med målsägandens könsorgan eller analöppning. Gärningen rubricerades som sexuellt övergrepp mot barn, brott av normalgraden.

I NJA 2008 s. 1096 II dömdes för sexuellt övergrepp mot barn, brott av normalgraden. En man hade fört sitt finger på könsorganet på en drygt femårig flicka, som var hans styvdotter, och slickat henne på könsorganet. Beröringarna bedömdes vara inte helt flyktiga men det sades att de inte hade orsakat flickan någon smärta. När det gällde rubriceringen av gärningen konstaterade Högsta domstolen först att den tilltalade kortvarigt berört målsägandens könsorgan och att handlingen inte till någon del inneburit penetration. Därefter sade domstolen:

Han har således inte gjort sig skyldig till vad som brukar förstås med ett oralt samlag. Inte heller i övrigt finns det anledning att bedöma H.B:s handlande som ett sådant övergrepp som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförligt med samlag.

I domskälen till vart och ett av dessa avgöranden strök Högsta domstolen under att den jämförelse mellan samlag och annan sexuell handling som ska göras enligt 6 kap. 4 § brottsbalken enligt förarbetena ska ta sikte på kränkningens art och inte sexualhandlingen som sådan. Likaså betonade domstolen i dessa avgöranden, med hänvisning till förarbetena<sup>3</sup> och annan vägledande praxis (NJA 2008 s. 482 I och II), att bestämmelsen om våldtäkt även fortsättningsvis ska vara reserverad för de mest allvarliga sexuella kränkningarna. I NJA 2008 s. 1096 I och II fortsatte domstolen sedan med följande uttalande (s. 1106).

Mot bakgrund av vad nu redovisats bör bedömningen av om en kränkning är av sådant slag som avses i 6 kap. 4 § första stycket brottsbalken, liksom motsvarande bedömning enligt 6 kap. 1 §, göras med utgångspunkt i att övergrepp genom samlag eller annat inträngande i kroppen typiskt sett utgör de mest kränkande sexuella övergreppen. En viss försiktighet är därför påkallad när det gäller att bedöma en helt kortvarig sexuell handling utanpå kroppen som våldtäkt.

---

<sup>3</sup> Prop. 2004/05:45 bl.a. s. 45 f.

*Bilden i övrigt av rättsläget. Synpunkter vid samråd, underrättspraxis m.m.*

Vid samråd med åklagare har flera sagt att de upplevt bedömningarna från Högsta domstolens sida i avgörandena NJA 2008 s. 1096 I och II som överraskande. Man hade trott att gärningarna skulle ha rubricerats som våldtäkt mot barn. Även vid samråd med advokater har denna uppfattning förts fram.

En särskild synpunkt från åklagarnas sida gällde det uttalande som Högsta domstolen gjorde i NJA 2008 s. 1096 II angående frågan om det förekommit ett oralt samlag eller inte. Uppfattningen hos åklagarna vid den kammare som tog upp frågan var att det alltid är oralt samlag att slicka ett könsorgan.

När det gäller bedömningen av vad som är ett oralt samlag har utgångspunkten många gånger varit ett inträngande av gärningsmannens könsorgan i offrets mun.<sup>4</sup> Ett exempel på en sexuell handling där det i stället är gärningsmannen som utför den orala handlingen behandlades i arbetet med 2005 års reform. Sexualbrottskommittén hade uppfattningen att en handling där gärningsmannen, med våld eller hot, slickar en kvinna i underlivet bör bedömas som våldtäkt mot bakgrund av motivuttalanden men anförde samtidigt att så sannolikt inte sker i praxis.<sup>5</sup> Regeringen framhöll sedan att redan förarbetena till 1984 års reform ger stöd för att sådana sexuella handlingar som regel får anses jämförliga med samlag, oavsett om det är frågan om ett homosexuellt eller heterosexuellt övergrepp.<sup>6</sup>

Vi vill i detta sammanhang stryka under vad regeringen anförde gällande övergrepp av detta slag. Dock vill vi – bl.a. med anledning av de ovan angivna uttalandena i Högsta domstolens domar – samtidigt peka på att slutsatsen i det enskilda fallet kan bli en annan när en samlad bedömning ska göras av nivån på kränkningen av gärningen. Vid endast en kort beröring av könsorganet med gärningsmannens mun kan det således tänkas att nivån på kränkningen inte motsvarar den vid ett påtvingat samlag. Det sagda är ett exempel på den jämförelse som i första hand ska göras mellan kränkningarna som de olika sexuella handlingarna inneburit i stället för mellan sexualhandlingarna som sådana. Det är svårt att med ledning av referatet från avgörandet i NJA 2008 s. 1096 II dra några närmare

---

<sup>4</sup> Se t.ex. SOU 2001:14 s. 159.

<sup>5</sup> A. SOU s. 158 ff.

<sup>6</sup> A. prop. s. 46 f.

slutsatser kring vilken varaktighet det orala övergreppet egentligen haft.

Med anledning av Högsta domstolens här nämnda avgöranden samt avgörandena gällande vuxna, har från åklagarhåll framförts åsikten att det har blivit för stort fokus på om penetration skett eller inte när våldtäktsbrotten ska avgränsas.<sup>7</sup> Bl.a. denna synpunkt har i sin tur föranlett oss att ställa frågan om det överhuvudtaget är relevant att ställa upp ett krav på att samlag förekommit eller att en handling ur kränkningssynpunkt ska vara jämförlig med samlag, när brottet mot våldtäkt mot barn ska avgränsas.

Här bör nämnas att Sexualbrottskommitténs förslag innebar att anknytningen till samlag som jämförelsenorm skulle utgå i lagen såväl beträffande brott mot vuxna som beträffande brott mot barn. I stället skulle avgränsningen av brotten ske utifrån hur allvarligt kränkande gärningen var. I likhet med flera remissinstanser fann dock regeringen att det fanns risk för betydande svårigheter att avgränsa det brottsliga området med en sådan reglering och samlaget som jämförelsenorm bibehölls därför i den reformerade lagstiftningen.

Vid vår hearing med frivilligorganisationerna m.fl. fördes som vi tidigare redogjort för åsikten om en reglering utan samlag som jämförelsenorm fram på nytt. Enligt UNICEF:s uppfattning saknar det betydelse huruvida en handling är jämförlig med samlag när det gäller brott mot barn. Organisationen har föreslagit att regleringen i stället ska utgå ifrån huruvida det rört sig om en allvarlig kränkning av barnet. Också ECPAT har ifrågasatt samlag som jämförelsenorm för brott mot barn med utgångspunkten att ett barns uppfattning av vad som är kränkande inte kan jämföras med en vuxens uppfattning.

Av stor vikt för frågan om det är relevant att ställa upp krav på samlag, eller att en handling ur kränkningssynpunkt är jämförlig med samlag, är vilka slutsatser om rättstillämpningen som kan dras av underrättspraxis.

I den hovrättspraxis från första halvåret 2008 som vi gått igenom var brottet våldtäkt mot barn aktuellt i 27 mål, brottet sexuellt utnyttjande av barn i nio mål och brottet sexuellt övergrepp mot barn i tolv mål.<sup>8</sup> Brotten enligt 4 § (våldtäkt mot barn) fördelade sig så

---

<sup>7</sup> Se avsnitt 9.2.1.

<sup>8</sup> Grunden för vår indelning av de åtalade gärningarna i de genomgångna domarna har varit det brott som hovrätten dömt för eller, om åtalet ogillats i hovrätten, det brott som tingsrätten dömt för. För det fall åtalet ogillades såväl i tingsrätten som hovrätten utgår indel-

att det var brott enligt första stycket i 24 mål, brott enligt andra stycket i ett mål och grovt brott i två mål. Brotten enligt 6 § (sexuellt övergrepp mot barn) fördelade sig på brott av normalgraden i tio mål och grova brott i två mål (varav ett även avsåg åtal för brott av normalgraden). Ungefär en tredjedel av åtalen enligt 4 § ogillades. Knappt 40 procent av dessa ogillanden motiverades med att gärningsmannen inte insåg att målsäganden var underårig och inte heller hade skälig anledning att anta detta. Ett åtal för sexuellt utnyttjande av barn ogillades och det var med hänvisning till bestämmelsen i 6 kap. 14 § brottsbalken (ansvarsfrihet på grund av ålder). Totalt sett var brott enligt 4 och 5 §§ (våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn) aktuella i 36 mål och ungefär en tredjedel av ansvarsyrkandena i dessa fall ogillades. Av de elva domar där brottet sexuellt övergrepp mot barn var aktuellt ogillades ansvarsyrkandet i ett fall.

Det kan mot bakgrund av dels vår praxisgenomgång, dels den officiella kriminalstatistiken konstateras att brottet sexuellt övergrepp mot barn, i vart fall under senare år, är mer vanligt förekommande än motsvarande brott mot vuxna, sexuellt tvång. I hovrättspraxisen från första halvåret 2008 var sexuellt tvång aktuellt i tre mål. Fördelningen på sexuellt tvång respektive sexuellt övergrepp mot barn enligt kriminalstatistiken, utifrån antal lagföringsbeslut med respektive brott som huvudpåföljd, var år 2009 16 (sexuellt tvång) respektive 34 (sexuellt övergrepp mot barn), år 2008 9 respektive 45, år 2007 20 respektive 25 och år 2006 21 respektive 20.

Vid praxisgenomgången har vi sett en tydlig tendens att det beträffande yngre barn är ovanligt att den gärning som prövats utgjort samlag eller varit en sexuell handling jämförlig därmed. De yngre barnen är sedan i majoritet bland målen som gällt sexuellt övergrepp mot barn. Karin Bondestam, överläkare i gynekologi och ungdomshälsa vid Kvinnokliniken på Akademiska sjukhuset i Uppsala, har också bekräftat att de sexuella övergrepp mot yngre barn som kommer till hälso- och sjukvårdens kännedom vanligtvis *inte* innefattar penetration (vaginal eller anal). Hon har vidare berättat att frekvensen av penetration sedan stiger i takt med en ökande ålder hos barnen för att vara vanligt förekommande bland barn i puberteten.

---

ningen från åklagarens ansvarsyrkande. I några av målen förekom att mer än en gärning var föremål för domstolarnas prövning.

I detta sammanhang vill vi dock peka på att beträffande barn som är offer för kommersiell sexuell exploatering finns det skäl att anta att bilden av de sexuella handlingarnas karaktär ser annorlunda ut. Barnsexhandeln pågår över hela världen, inklusive i Sverige, och kommer till uttryck i handel med barn för sexuella ändamål, dokumenterade sexuella övergrepp och kommersiellt sexuellt utnyttjande av barn i samband med resande. Björn Sellström, kriminalinspektör vid Rikskriminalpolisen, har bekräftat att det bland det barnpornografiska material som Rikskriminalpolisens grupp mot sexuella övergrepp mot barn och barnpornografi granskar är vanligt att övergrepp mot yngre barn innefattar vaginal eller anal penetration, ibland också med sadistiska inslag. Enligt Björn Sellström är en stor del av materialet sådant att det inte har spelats in i ett kommersiellt syfte utan för att användas privat. Materialet har sedan så småningom spridits till den kommersiella markanden. Av det material som gruppen granskar kan det i vissa fall konstateras att offren är svenska barn. Enligt Björn Sellström är det en generell iakttagelse att övergrepp som har skett utomlands är grövre än de som har skett i Sverige.

Att det vid brott mot barn i Sverige som kommer till myndigheternas kännedom är vanligare att den sexuella handling som företas inte når upp till en nivå av kränkning som är att jämföra med den vid påtvingat samlag har förmodligen olika förklaringar. Omständigheten att penetration av ett yngre barn med största sannolikhet ger upphov till en smärta hos barnet har säkerligen en stor betydelse. I en övergreppssituation präglad av hemlighållande, maktmissbruk och upprepade övergrepp från förövarens sida undviker kanske förövaren att orsaka barnet fysisk skada för att lättare kunna knyta barnet till sig och då också undvika ett avslöjande. Övergreppet begränsas i dessa fall i stället till beröringar, vilka många gånger kombineras med att förövaren onanerar.

En annan omständighet av betydelse för det praktiska utfallet kan vidare antas vara svårigheten att i brottmålsprocessen bevisa att den sexuella handlingen utgjort samlag eller varit jämförlig därmed. Det kan konstateras att många gånger vet ett yngre barn inte riktigt vad det varit med om eller kan inte förklara det. Karin Bondestam har uppgett att ganska många barn inte vet hur de rent anatomiskt ser ut i underlivet och därmed inte kan beskriva övergreppet på annat sätt än att det just skett i underlivet och eventuellt att det gjorde ont. Vid åklagarsamråden har det också pekats på de särskilda bevissvårigheter som finns när det gäller brott mot yngre

barn och att det därför kan vara svårt att åtala för våldtäkt mot barn.

Förutom att små barn inte kan sätta ord på händelsen kan en annan anledning till att de – i likhet med många andra offer för sexualbrott – inte berättar vara att barnet helst inte vill minnas eftersom det är förknippat med stark olust och ångest. Kanske har det använt sig av ett beteende som inom psykiatri kallas dissociation och helt enkelt ”stängt av” när övergreppet skedde. Detta är en ren överlevnadsstrategi.

För små barn kan också gälla att de inte upplevt övergreppet som något konstigt eftersom de har utnyttjats under en lång tid, kanske sedan mycket låg ålder. Små barn kan också ha svårt att skilja mellan vad som är en lek och vad som är en otillåten sexuell handling. Särskilt svårt att förmedla vad de varit med om har barn – oavsett ålder – som är funktionshindrade, lider av psykisk störning, har talsvårigheter eller är beroende av tolk.

Andra omständigheter som generellt påverkar att barn inte berättar är bl.a. att barnen var sovande eller drogade, att de känner skuld och skam över vad de varit med om, att de är rädda för att berätta med tanke på de konsekvenser det kan få för närstående, att de har blivit hotade till tystnad eller att de kanske upplever att övergreppet är en hemlighet som de inte får berätta. Ett ytterligare skäl till att de inte berättar kan vara att de inte har någon att tala med om övergreppen som lyssnar och som ställer de rätta frågorna.<sup>9</sup>

När det sedan gäller de gränsdragningar som domstolarna gjort i den praxis som vi gått igenom – omfattande såväl hovrättsdomarna från första halvåret 2008 som övrig underrättspraxis vi tagit del av – kan det allmänna konstaterandet göras att det i de flesta fall framstår som att det inte funnits någon oklarhet kring hur gärningen skulle rubriceras. Domstolen har ofta utan något särskilt resonemang gjort sin gränsdragningsfråga. Ett skäl till en mycket kortfattad bedömning kan dock helt enkelt vara att den handling som prövats varit ett samlag eller en sådan samlagsliknande gärning, som mera sällan ger upphov till några gränsdragningsproblem.

I två av de hovrättsavgöranden från våren 2008 där något resonemang i gränsdragningsfrågan inte alls redovisades hade det dock varit särskilt intressant att närmare kunna följa övervägandena. Åtalet i det ena av målen avsåg fyra gärningar där det för samtliga yrkats ansvar för våldtäkt mot barn. Målsäganden var ungefär 13 år

<sup>9</sup> Se bl.a. Barnsexhandel – kommersiell sexuell exploatering av barn, ECPAT Sverige, 2009, s. 114 ff.

vid gärningstillfällena och styvdotter till gärningsmannen. Det var ett fall av oralt samlag, två fall av vaginala samlag, varav ett med våld, samt ett fall av onani. Det är den sistnämnda gärningen som vi här vill belysa. Gärningsmannen dömdes för att med sin kroppstyngd ha betvingat målsäganden och förmått henne att med sin hand vidröra hans könsorgan så att han fått utlösning. Åklagaren hävdade att denna gärning med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt var jämförlig med samlag. Tingsrätten, vars bedömning hovrätten instämde i, konstaterade helt kort att gärningen var att bedöma i enlighet med åtalet.<sup>10</sup>

I det andra målet dömdes en drygt 20-årig man för sexuellt utnyttjande av barn bestående i att han vid ett stort antal tillfällen under en längre tidsperiod genomfört samlag eller därmed jämförliga handlingar med en tonårsflicka som han hade en relation till. De gärningar som påstods vara jämförliga med samlag bestod dels i orala samlag av olika slag, dels i att mannen förmått målsäganden att beröra hans penis och onanera åt honom. Åklagaren hade beträffande samtliga gärningar yrkat ansvar för våldtäkt mot barn. Domstolarna behandlade samliga gärningar i ett sammanhang och berörde inte alls frågan om gränsdragningen mot sexuellt övergrepp mot barn. Tingsrätten fokuserade enbart på gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn medan hovrätten, sedan målet överklagats enbart i påföljdsfrågan, helt kort konstaterade att mannen gjort sig skyldig till sexuellt utnyttjande av barn.<sup>11</sup>

Att en gärningsman förmår en annan person att onanera på gärningsmannen är typiskt sett en sexuell handling där gärningsmannen använder eller utnyttjar offrets kropp som ett hjälpmedel för att bereda sig själv sexuell tillfredsställelse. I de flesta fall torde detta inte utgöra ett sådant övergrepp som i kränkningshänseende avsetts vara jämförligt med samlag.<sup>12</sup> Särskilda omständigheter kan dock finnas och bedömningen bli den motsatta. Det hade enligt vår uppfattning varit intressant att få veta om domstolarna i de aktuella fallen ansåg sådana särskilda omständigheter föreligga eller om det var så att man beträffande barn helt enkelt fann utrymme att göra en vidare bedömning av lokutionen ”annan sexuell handling som

<sup>10</sup> Hovrättens för Västra Sverige dom den 13 maj 2008 i mål B 2073-08 (Halmstads tingsrätts dom den 6 mars 2008 i mål 2383-07).

<sup>11</sup> Hovrättens för Nedre Norrland dom den 28 mars 2008 i mål B 1043-07 (Gävle tingsrätts dom den 14 september 2007 i mål B 635-07).

<sup>12</sup> Jfr a. prop. s. 140.



med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag” än beträffande vuxna.

I några fall har dock gränsdragningsfrågan närmare belysts av domstolen. Det har då också varit vanligt att domstolen fört ett resonemang kring nivån på kränkningen av den aktuella gärningen och inte gjort en direkt jämförelse mellan sexualhandlingen och samlag. Vi konstaterar att en sådan rättstillämpning är helt i enlighet med lagstiftarens intentioner.

Gällande frågan om betydelsen av penetration för rubriceringen kan sägas att frågan huruvida penetration skett eller inte generellt har varit av stor betydelse dels för hur åklagaren valt att rubricera åtalet, dels för domstolens bedömning. Exempel på undantag från detta var dock de ovan kommenterade avgörandena gällande onani. Enbart en beröring av ett barns könsorgan har således inte i något fall ur kränkningssynpunkt bedömts som en handling jämförlig med samlag. I ett hovrättsavgörande som gällde beröringar av en yngre flickas könsorgan, där en fråga var om beröringarna var så djupgående att de innebar penetration, fördes emellertid ett resonemang att även om begreppet ”annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag” som utgångspunkt ska ha samma innebörd i båda paragraferna torde den omständigheten att en gärning riktas mot ett barn ibland kunna motivera avvikelser. Mot bakgrund av de oklarheter som förelåg, dels beträffande hur lång tid beröringarna pågått, dels hur de gestaltat sig i detalj, fann dock hovrätten i det fallet att det inte var visat att de sexuella handlingarna var jämförliga med samlag. I stället dömdes för grovt sexuellt övergrepp mot barn.<sup>13</sup>

#### *Medicinska erfarenheter gällande konsekvenser av sexuella övergrepp mot barn*

Liksom beträffande brott mot vuxna kan ett sexuellt övergrepp mot ett barn, förutom fysiska skador, orsaka barnet psykiska skador på såväl kort som lång sikt. Av betydelse för övervägandena kring hur lagstiftningen avseende brott mot barn bör utformas är vilka erfarenheter som kan dras av forskning och klinisk verksamhet gällande barn som utsatts för sexuella övergrepp. Vi har i frågan samrått

<sup>13</sup> Göta hovrätts dom den 30 maj 2008 i mål B 1015-08 (Skövde tingsrätts dom den 13 mars 2008 i mål B 1774-07).

med dels överläkarna Steven Lucas<sup>14</sup> och Karin Bondestam vid Akademiska sjukhuset i Uppsala, dels professorn i barn- och ungdomspsykiatri vid Universitetssjukhuset i Linköping, Carl-Göran Svedin.

Steven Lucas har på vårt uppdrag lämnat ett särskilt utlåtande där det nuvarande kunskapsläget i frågan om de medicinska erfarenheterna gällande konsekvenser av sexuella övergrepp mot barn beskrivs översiktligt. Utlåtandet finns intaget i bilaga 4. Han har däri svarat på följande frågor.

1. Vilka slags skador får barn – på kort och lång sikt – till följd av sexuella övergrepp?
- 2 a. Vilket är det nuvarande kunskapsläget beträffande vilka faktorer som har betydelse för vilka skador barn får av sexuella övergrepp på kort och lång sikt?
- 2 b. Går det att säga något om hur faktorerna förhåller sig till varandra ur skadlighetshänseende?

I utlåtandet tas, enligt våra anvisningar, upp en differentiering mellan yngre barn (före puberteten) och tonåringar (egentligen upp till 15 år) samt ges en särskild belysning av betydelsen av sexualhandlingens art, t.ex. om penetration förekommit eller inte.

Sammanfattningsvis anges i utlåtandet bl.a. att det är av särskild vikt för uppkomsten av psykiska och fysiska skador på kort och lång sikt om övergreppen begås av en person nära offret, utövas med våld, är upprepade eller sker under lång tid. Ytterligare omständigheter av betydelse är om övergreppen innebär att barnet själv tar på sig skulden samt även om de innefattar orala eller penetrerande samlag. Stor ålderskillnad mellan offer och förövare är också en viktig riskfaktor för trauma enligt gällande kunskapsläge. Beskrivningen av kunskapsbilden är att det således inte enbart är övergreppens sexuella innehåll som är avgörande för skadebilden, utan på vilket sätt övergreppet för övrigt inkräktar på barnets integritet som växande individ i en värld som ska skydda och stödja dess utveckling.

Vid bedömningen av sexualbrott är frågan om vilken personlig integritetskränkning gärningsmannens handlingssätt innebär av central betydelse. Kränkning bedöms enligt en objektiv måttstock och just utifrån gärningstillfället. Det är vår uppfattning att den för-

---

<sup>14</sup> Steven Lucas är barnläkare och knuten till verksamheten vid NCK som expert vid enheten för forskning och utveckling.

höjda risk för att få allvarliga skador som barn generellt löper, såväl på kort som på lång sikt, även medför att brott mot barn generellt sett är mer kränkande än brott mot vuxna. De konsekvenser som har beskrivits i det föregående är därför sådana att de påverkar nivån på den straffrättsliga integritetskränkningen. Eftersom det är en objektiv bedömning av kränkningen som ska ske saknar det betydelse om barnet i det enskilda fallet vid händelsen inte uppfattar denna, t.ex. på grund av låg ålder eller att det sover.

Vad gäller den särskilda frågan vilken betydelse det har för kränkingsbedömningen vilken typ av sexuell handling det har varit fråga om (övergreppets sexuella innehåll) talar de medicinska erfarenheterna gällande konsekvenser av sexuella övergrepp mot barn för att det i avgränsningen av brottet våldtäkt mot barn bör övervägas vilken betydelse penetration bör ges i förhållande till andra omständigheter. Skäl att helt bortse från förekomsten av penetration, eller frånvaron av den, finns i och för sig inte mot bakgrund av nuvarande kunskapsläge. Mycket talar för att förekomsten av penetration generellt ökar allvarlighetsgraden av kränkningen.<sup>15</sup> Dock kan finnas skäl att överväga om inte andra omständigheter kan ha en motsvarande, eller större, betydelse för nivån på en kränkning, sett ur ett barnperspektiv.

#### *Våra slutsatser kring rättsläget*

Sammantaget är det vår bild av rättstillämpningen att gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn, med utgångspunkt i frågan om samlag eller en sexuell handling jämförlig med samlag förekommit, generellt sett fungerar på det sätt som förutsatts i förarbetena till den nuvarande lagstiftningen. Domstolarna tycks, i vart fall i de domar som innehåller en motivering, ha tagit fasta på att det är en bedömning av nivån på kränkningen och inte sexualhandlingen som sådan som ska vara avgörande för avgränsningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt tvång. Det kan emellertid konstateras att domstolarna många gånger ändå hamnar i ganska tekniska överväganden kring den sexuella handlingen. Avgörande för rubriceringen kan då bli t.ex. huruvida beröringen av barnet skett utanpå könsorganet, på klitoris, i slidmynningen eller längre in i slidan. Även varaktigheten av den sexuella handlingen

<sup>15</sup> T.ex. har Carl-Göran Svedin pekat på att penetration ofta är förknippat med de försvårade omständigheterna tvång och våld.

har därvid en stor betydelse. Det sagda exemplifieras genom Högsta domstolens praxis på området.

Enligt vår uppfattning finns det mot bakgrund av erfarenheterna från rättstillämpningen skäl att ifrågasätta om det beträffande de mest kvalificerade sexualbrotten mot barn är en god ordning att även i fortsättningen ställa upp ett krav på att samlag eller en handling jämförlik med samlag har förekommit. Den bild vi fått av det medicinska kunskapsläget gällande konsekvenser av sexuella övergrepp mot barn är även den sådan att det finns skäl att överväga att utforma kriminaliseringen på ett annat sätt än i dag. Vi återkommer till våra slutsatser kring detta i avsnitt 10.9.3.

Vi vill också peka på den tydliga tröskeleffekt som uppstår med den nuvarande regleringen. Till synes ganska ringa skillnader i handlingssätt hos gärningsmannen kan således leda till att straffvärdet anses motsvara antingen fängelse i två år, om gärningen rubriceras som våldtäkt mot barn, eller fängelse i omkring sex månader, om den i stället bedöms som sexuellt övergrepp mot barn. Det kan med fog ifrågasättas om skillnaderna i kränkning vid de olika handlingssätten är sådana att dessa skillnader i straffvärde är motiverade. Frågan behandlas mer utförligt i avsnitt 10.8.3.

### 10.2.2 Sexuellt övergrepp mot barn eller sexuellt ofredande?

**Bedömning:** Gränsdragningen i rättstillämpningen mellan sexuellt övergrepp mot barn och sexuellt ofredande fungerar generellt sett på det sätt som förutsatts i förarbetena till den nuvarande lagstiftningen.

*Bilden av rättsläget. Synpunkter vid samråd, underrättspraxis m.m.*

I likhet med vad som varit fallet vid gränsdragningen mellan våldtäkt och sexuellt tvång å ena sidan och sexuellt ofredande å andra sidan har det vid de samråd vi haft inte framkommit att det i rättstillämpningen uppstått några särskilda problem avseende gränsdragningen mellan brotten sexuellt övergrepp mot barn och sexuellt ofredande.

Ingen refererad praxis finns som gäller denna gränsdragningsfråga.

Som vi redogjorde för i föregående avsnitt var brottet sexuellt övergrepp mot barn aktuellt i tolv mål i den av oss genomgångna hovrättspraxisen från första halvåret 2008. Brottet sexuellt ofredande enligt första stycket i 6 kap. 10 § BrB var aktuellt i tio domar. Sexuellt ofredande enligt andra stycket, där brottet riktats mot barn, var aktuellt i drygt en handfull fall.<sup>16</sup> Förutom denna särskilda praxisgenomgång har vi även studerat flera andra orefererade underdomar.

Domstolarna har i den orefererade praxis som vi har gått igenom inte vid något tillfälle pekat på att man upplevt svårigheter beträffande hur brottet sexuellt övergrepp mot barn ska avgränsas mot sexuellt ofredande. I en del av domarna har domstolens resonemang i gränsdragningsfrågan redovisats. Tämmligen vanligt är dock att motiven till ställningstagandet inte redovisats särskilt i domskälen. I vissa av dessa fall tycks ställningstagandet ha varit närmast självklart, och av detta skäl inte utvecklats. I vissa andra fall kunde gränsdragningsfrågan emellertid, enligt vår mening, ha diskuterats något närmare av domstolen. Det hade i dessa senare fall också varit av särskilt intresse att i domskälen kunna följa domstolens resonemang för att kunna bedöma om dagens reglering medför gränsdragningsproblem.

Ett sådant intressant fall gällde en gärning där gärningsmannen vid två tillfällen berört en pojkes penis utanpå pojkens byxor. Gärningarna var enligt åtalet att bedöma som sexuellt övergrepp mot barn. Omständigheterna kring gärningarna, såsom deras varaktighet, var inte närmare beskrivna av tingsrätten eller hovrätten. Båda domstolarna rubricerade gärningarna som sexuellt övergrepp mot barn utan att utveckla frågan om rubricering närmare.<sup>17</sup> Åtalet avsåg också flera andra sexuella övergrepp riktade mot samme målsägande samt fyra andra barn.

Här kan anmärkas att det förekommer praxis från Högsta domstolen gällande tillämpningen av äldre rätt som innebär att beröring av könsdelar som skett genom klädesplagg varit att beteckna som sexuellt umgänge, se NJA 1950 s. 263, 1993 s. 616 och 1996 s. 461. I de fallen var det förmodligen dock fråga om en mer omfattande

---

<sup>16</sup> Grunden för vår indelning av de åtalade gärningarna i de genomgångna domarna har varit det brott som hovrätten dömt för eller, om åtalet ogillats i hovrätten, det brott som tingsrätten dömt för. För det fall åtalet ogillades såväl i tingsrätten som hovrätten utgår indelningen från åklagarens ansvarsyrkande. I vissa av målen förekom att mer än en gärning var föremål för domstolarnas prövning.

<sup>17</sup> Göta hovrätts dom den 3 december 2007 i mål B 2581-07 (Kalmar tingsrätts dom den 25 september 2007 i mål B 2732-07).

beröring än i det orefererade avgörandet. Eftersom omständigheterna kring gärningarna inte är beskrivna i tingsrätts- eller hovrättsdomen går det emellertid inte att utläsa om domstolarna tvekat inför om beröringarna haft en påtaglig sexuell prägel och varit ägnad att kränka offrets sexuella integritet.

En del av tidigare kritik mot rekvisitet ”sexuellt umgänge” avsåg att det i praxis lagts stor vikt vid att övergreppet haft en viss varaktighet och att detta inneburit ganska tekniska överväganden. För begreppet ”sexuell handling” finns inte uppställt några krav på viss varaktighet även om det i motiven sägs att det är en utgångspunkt för bedömningen att det förekommit en någorlunda varaktig beröring av antingen den andres könsorgan eller den andres kropp med det egna könsorganet. För att gärningar av det slag som i det ovan nämnda exemplet ska vara att bedöma som sexuella handlingar krävs därför att beröringen genom klädesplaggen inte varit helt flyktig utan haft en någorlunda varaktighet för att utgången i målet ska vara i enlighet med lagstiftarens intentioner.

Vad som menas med *en någorlunda varaktig beröring* är överlämnat åt rättstillämpningen att ta ställning till. Domstolarna torde därvid ha ett ganska omfattande tolkningsutrymme när en helhetsbedömning ska göras av omständigheterna kring en gärning. Ett exempel på detta är ett orefererat hovrättsavgörande som gällde en beröring av en pojkes penis under cirka två sekunder. Rubriceringen blev sexuellt övergrepp mot barn och inte sexuellt ofredande. Pojken var i tolvårsåldern och utsattes för övergreppet av en äldre och för honom okänd man i samband med ett besök på ett badhus. Tingsrätten konstaterade att beröringen av målsägandens könsorgan visserligen inte pågått under någon längre tid men att det varit fråga om en beröring av hans nakna könsorgan på en plats där han bort räkna med att han skulle kunna klä av sig för att duscha utan att råka ut för något sådant. Hovrätten delade tingsrättens bedömning av hur gärningen skulle rubriceras.<sup>18</sup>

Ett annat exempel är ett mål där beröringen varit betydligt mer varaktig än i det senast beskrivna målet. Två gärningsmän hade dragit omkull målsäganden och hållit fast henne samtidigt som de drog av henne kläderna på underkroppen och berörde hennes bröst och underliv. Gärningen avbröts när fler personer kom till platsen för övergreppet. Åklagaren åtalade för sexuellt ofredande. Domstolarna dömde också för det brottet, förmodligen av straff-

<sup>18</sup> Hovrättens för Västra Sverige dom den 5 maj 2008 i mål B 4132-07 (Alingsås tingsrätts dom den 3 oktober 2007 i mål B 260-07).

processuella skäl. De tycks dock ha haft uppfattningen att gärningen egentligen utgjorde ett svårare brott. Tingsrätten angav att gärningen låg snubblande nära ett försök till våldtäkt mot barn.<sup>19</sup> Det är inte svårt att instämma i tingsrättens uppfattning i det målet och förutse en annan utgång på målet om åtalet utformats på annat sätt. Avgörandet bör därför inte ges någon betydelse när slutsatser dras kring avgränsningen mellan sexuellt övergrepp mot barn och sexuellt ofredande på annat sätt än att gärningen enligt vår uppfattning bör ses som ett exempel på en gärning som utgör en sexuell handling.

I de domar där frågan om avgränsningen mellan sexuellt övergrepp mot barn och sexuellt ofredande berörts närmare i domskälen har domstolarna just tagit fasta på kraven i motiven att gärningen för att utgöra en sexuell handling ska ha haft en påtaglig sexuell prägel och varit ägnad att kränka offrets sexuella integritet. Även omständigheter så som gärningens varaktighet eller flyktighet är sådant som domstolarna synes ha lagt stor vikt vid i bedömningarna.

#### *Våra slutsatser kring rättsläget*

Även om vi känt tvekan inför något enstaka avgörande som vi gått igenom är den sammantagna bild som vi fått vid praxisgenomgången – och även vid samråden – att inget framkommit som visat på att det i rättstillämpningen skulle finnas några särskilda svårigheter kring var den nedre gränsen för begreppet ”sexuell handling” går när det gäller brotten mot barn. I stället tycks domstolarna i varje enskilt fall på ett rimligt sätt kunna ta ställning till avgränsningen och detta helt i enlighet med hur lagstiftaren tänkt sig tolkningen av begreppet.

---

<sup>19</sup> Göta hovrätts dom den 22 april 2008 i mål B 444-08 (Linköpings tingsrätts dom den 1 februari 2008 i mål B 3308-07). Åtalet avsåg även grov våldtäkt mot barn.

### 10.3 Våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn? Även frågan om tillämpningen av ansvarsfrihetsregeln

**Bedömning:** Gränsdragningen i rättstillämpningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn fungerar i allt väsentligt på det sätt som förutsatts i förarbetena till nuvarande lagstiftning. Tillämpningen av ansvarsfrihetsregeln i 6 kap. 14 § brottsbalken förefaller vara väl avvägd.

#### *Bakgrund*

Sexualbrottskommittén föreslog att brottet våldtäkt mot barn skulle vara indelat i ett brott av normalgraden och ett grovt brott. Möjligheten att i vissa fall, så som vid brott mot vuxna, döma för våldtäkt enligt en lindrigare straffskala skulle således enligt kommittén inte föras över till våldtäkt mot barn.

Regeringen delade dock inte kommitténs bedömning att inte ha en lindrigare straffskala. Remissutfallet i frågan hade varit splittrat.

På regeringens förslag infördes brottet *sexuellt utnyttjande av barn* med en straffskala motsvarande den för mindre grov våldtäkt (6 kap. 1 § tredje stycket). För bestämmelsens tillämplighet krävs att gärningen med hänsyn till omständigheterna vid brottet är att anse som mindre allvarlig. I motiven strök regeringen under att bestämmelsen skulle tillämpas med restriktivitet.<sup>20</sup> Utgångspunkten är därför att domstolen ska döma för våldtäkt mot barn om rekvisiten i 6 kap. 4 § är uppfyllda. För de fall där det är uppenbart att en sexuell handling som begåtts mot ett barn inte inneburit något övergrepp alls mot barnet finns regeln om frihet från ansvar i 6 kap. 14 §.

#### *Högsta domstolens praxis*

NJA 2006 s. 79 I och II<sup>21</sup> var de första vägledande avgöranden som Högsta domstolen meddelade angående tillämpningen av den reformerade sexualbrottslagstiftningen och de gällde just gräns-

<sup>20</sup> A. prop. s. 77.

<sup>21</sup> Se vår praxissammanställning, bilaga 2.



dragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn. I båda avgörandena bestod den sexuella handlingen av ett samlag. Målsäganden var i det första avgörandet (I) 13 år och 10 månader vid gärningstillfället medan gärningsmannen var 25 år. Parterna, som känt varandra under ungefär ett år, hade ett förhållande. Mannen var dock gift och hade barn. Målsäganden hade sin häst hos mannen. Det samlag som genomfördes i mannens bostad hade planerats mellan parterna. Målsäganden hade dock tidigare lämnat olika besked i frågan om sin önskan att inleda en sexuell relation med mannen. Mannen hade då sagt att han kunde vänta, men att han inte kunde lova att han då inte i stället skulle ha sex med sin fru, vilket målsäganden upplevde som jobbigt. Samtliga tre instanser dömde för sexuellt utnyttjande av barn till fängelse i sex månader. Högsta domstolen motiverade sin rubricering av gärningen enligt följande.

Av utredningen i målet framgår, med de reservationer som kan följa av målsägandens ålder och mognad, att samlaget varit helt frivilligt från målsägandens sida och att det präglats av ömsesidighet. Målsäganden och N.A. har bägge förklarat att de blivit kära i varandra, och den sexuella samvaron har planerats av dem bägge i samråd. Målsäganden hade också vid samvaron uppnått en sådan ålder att denna i sig inte kan anses utgöra något hinder mot att beakta frivilligheten. Det har inte heller framkommit något om målsägandens mognad eller omständigheterna i övrigt vid gärningen som ger anledning att bortse från frivilligheten. Det får under sådana förhållanden anses stå klart att gärningen inte kan betraktas som ett så allvarligt slag som avsetts falla under bestämmelsen om våldtäkt mot barn och som skall bestraffas med minst två års fängelse. N.A. skall därför dömas för sexuellt utnyttjande av barn.

I det andra avgörandet (II) var målsäganden 14 år och 10 månader och gärningsmannen 24 år när ett samlag genomfördes mellan dem. Gärningsmannen och målsägandens mamma hade haft ett sexuellt förhållande året före händelsen. Samlaget genomfördes en morgon i mannens bostad efter det att parterna varit vakna hela natten och umgåtts. De hade träffats på ett dansställe kvällen före. Målsäganden hade druckit en hel del alkohol den kvällen, bl.a. som gärningsmannen bjudit henne på. En fråga i målet var huruvida målsäganden samtyckt till samlaget eller inte. Högsta domstolen fann att det inte var utrett att gärningsmannen uppfattat att hon sagt nej utan lade till grund för sin bedömning att det var ett från hennes sida frivilligt samlag. Med den utgångspunkten – att det var ett frivilligt samlag – gjorde domstolen bedömningen att med beakt-

ande av den korta tid som återstod innan hon skulle fylla 15 år borde gärningen betecknas som sexuellt utnyttjande av barn.

Påföljden bestämdes till fängelse i ett år. Vid straffvärdebedömningen angav Högsta domstolen att gärningen var av allvarligt slag eftersom målsäganden – även om hon enligt domstolens mening inte befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd – varit vaken hela natten och druckit alkohol i en inte obetydlig omfattning, vilket mannen känt till.

I de båda avgörandena gjorde Högsta domstolen allmänna uttalanden kring gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn. Domstolen pekade på att de allmänna uttalandena i propositionen om en restriktiv tillämpning av brottet sexuellt utnyttjande av barn måste läsas mot bakgrunden att det i motiven också sägs att begreppet våldtäkt ska vara reserverat för de allvarligaste sexualbrotten. Högsta domstolen fortsatte sedan med att peka på att de omständigheter som framhålls i förarbetena när det gäller förutsättningarna för att bedöma en gärning som sexuellt utnyttjande av barn är målsägandens ålder och om den sexuella handlingen från dennes sida varit frivilligt. Domstolen återgav också de exempel på gärningar som enligt motiven inte borde rubriceras som våldtäkt mot barn utan i stället som sexuellt utnyttjande av barn.

I propositionen görs, i samband med att brottet våldtäkt mot barn behandlas, uttalanden om att det vid övergrepp mot barn framstår som ”främmande att laborera med begrepp som frivillighet och samtycke”<sup>22</sup> och att ”barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar”<sup>23</sup>. Uttalandena, som enligt Högsta domstolen visserligen synes vara kategoriska, tolkar domstolen enligt följande.

Inte minst mot bakgrund av att betydelsen av frivillighet senare betonas i flera olika sammanhang måste det emellertid antas att dessa uttalanden, förutom den rent legala betydelsen av den sexuella självbestämmandeåldern, främst tar sikte på sådana övergrepp mot mindre barn (jfr s. 144) som föranlett den ovan redovisade kritiken mot tillämpningen av den tidigare våldtäktsbestämmelsen. Uttalandena kan således inte antas vara avsedda att förhindra att frivillighet beaktas som en för den straffrättsliga bedömningen relevant faktor även om betydelsen därav självfallet, i överensstämmelse med vad som uttalas i propositionen (s. 144), måste bedömas med hänsyn till barnets mognad och förmåga att inse innebörden av sitt handlande.

---

<sup>22</sup> A. prop. s. 67.

<sup>23</sup> A. prop. s. 70.

Två av Högsta domstolens ledamöter var skiljaktiga i det första avgörandet (I) och en av dessa även skiljaktig i det andra avgörandet (II). De skiljaktiga ledamöterna i NJA 2006 s. 79 I pekade på att målsäganden, som vid tillfället var 13 år och 10 månader, hade förhållandevis lång tid kvar till åldern för sexuellt självbestämmande och att den tilltalade var 25 år och familjefar. Justitieråden anförde vidare att målsägandens vistelse i mannens hem kunde sägas innehålla inslag av ett beroendeförhållande. Även om samlaget var frivilligt och gemensamt planerat av parterna hade det enligt justitieråden föregåtts av övertalning och viss påtryckning. Dissidenterna konstaterade därför, med beaktande av målsägandens ålder och bristande erfarenhet, samt det ansvar den tilltalade med hänsyn till sin ålder hade varit skyldig att ta, att det inte kunde anses att brottet var att bedöma som mindre allvarligt enligt det synsätt som kommit till uttryck i lagmotiven.

I det andra avgörandet konstaterade det skiljaktiga justitierådet att målsäganden, som var 14 år och 10 månader vid tillfället, var nära åldern för sexuellt självbestämmande. Beträffande omständigheten att det var oklart huruvida den tilltalade hade uppfattat att målsäganden före samlaget sagt nej flera gånger anförde justitierådet att den tilltalade emellertid kände till att flickan varit vaken hela natten och druckit alkohol i en inte obetydlig omfattning. Justitierådet konstaterade att åtminstone om den tilltalade hade varit nykter måste han ha förstått att omständigheterna inte varit sådana att målsäganden haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till om hon skulle ha samlag med honom. Justitierådet anförde att under dessa förhållanden kunde brottet inte anses som mindre allvarligt enligt det synsätt som kommit till uttryck i lagmotiven.

Även NJA 2006 s. 510<sup>24</sup> gällde frågan om gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn. Målet överklagades emellertid endast i påföljdsfrågan till Högsta domstolen. De vägledande uttalanden Högsta domstolen gjorde avsåg straffmätningen vid upprepade fall av sexuella övergrepp mot barn. Prejudikatvärdet av avgörandet såvitt avser gränsdragningen mellan brotten våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn är således begränsat. I rubriceringsfrågan konstaterade domstolen helt kort att det saknades skäl att frångå hovrättens rubricering av gärningarna. Hovrätten hade dömt en 22-årig man för att vid ett

---

<sup>24</sup> Se vår praxissammanställning, bilaga 2. Avgörandet refereras där i fråga om straffmätning.

femtontal tillfällen ha haft samlag eller utfört därmed jämförliga handlingar med fyra flickor i åldrarna 12–14 år. Gärningarna mot tre av flickorna rubricerades som våldtäkt mot barn och mot en av flickorna som sexuellt utnyttjande av barn. Närmare bestämt dömdes han för

- två fall av våldtäkt mot barn bestående i att han haft vaginala samlag med målsäganden A, som var 13 år och 10 månader,
- tio fall av sexuellt utnyttjande av barn (under tre månader) bestående i att han haft vaginala samlag med målsäganden B, som var 14 år och 7–9 månader,
- två fall av våldtäkt mot barn bestående i ett vaginalt respektive ett oralt samlag med målsäganden C, som var 13 år och 5 månader samt
- ett fall av våldtäkt mot barn bestående i ett vaginalt och ett oralt samlag med målsäganden D, som var 12 år och 5 månader.

Mannen hade kontaktat flickorna via Internet och efter en viss kontakt där stämt möte med dem och bjudit hem dem, en i taget, till sin bostad. I bostaden hade han tagit initiativ till och genomfört sexuella handlingar med dem. Att ha sex var den för honom egentliga anledningen till kontakterna med flickorna. I hovrättens dom redovisas att parterna inför besöken i hans lägenhet aldrig diskuterat att samlag skulle ske samt att det inte förekommit någon form av hot eller våld i syfte att förmå någon målsägande att ha sex med honom.

Beträffande målsägandena A och C konstaterade hovrätten att flickorna hade förhållandevis lång tid kvar till åldern för sexuell självbestämmanderätt men att de dock ansågs ha uppnått en sådan ålder att denna inte i sig kunde anses utgöra något hinder mot att beakta frivillighet att ha samlag eller en därmed jämförbar sexuell handling. Hovrätten pekade sedan på att de varit ensamma med honom i hans bostad i en mycket utsatt situation, att det fanns en påtaglig åldersskillnad mellan dem och att den tilltalade måste ha insett att gärningarna inte byggt på någon fullständig frihet och ömsesidighet dem emellan. Gärningarna mot A och C bedömdes således som våldtäkt mot barn.

Även gärningarna mot D bedömdes som våldtäkt mot barn. Hovrätten skrev att hon inte ens fyllt 13 år och att hon får anses så ung att redan hennes ålder utgör hinder för att – annat än i mycket speciella fall – anse att omständigheterna vid ett samlag med en

vuxen man som den tilltalade kan anses mindre allvarliga. Något sådant speciellt fall var inte för handen i målet enligt hovrätten.

Såvitt avsåg gärningarna mot B anförde hovrätten att vid flera tillfällen när samlag förekommit hade flickan sovit över hos den tilltalade. Hovrätten konstaterade att även om flera omständigheter beträffande deras förhållande och kontakter dem emellan liknade dem som gällt för övriga målsägande framstod det inte som osannolikt att han uppfattat gärningarna som berör henne som frivilliga från hennes sida. Med den utgångspunkten och med beaktande av flickans ålder rubricerade hovrätten gärningarna som sexuellt utnyttjande av barn.

Högsta domstolen fann att den samlade brottslighetens straffvärde motsvarade fängelse i tre år och sex månader. Påföljden bestämdes i enlighet härmed.

NJA 2007 s. 201<sup>25</sup> gäller tillämpningen av ansvarsfrihetsregeln i 6 kap. 14 § brottsbalken. Två kamrater – en flicka som var 14 år och 7 månader och en pojke som var strax över 17 år – hade haft samlag med varandra. Pojken åtalades för sexuellt utnyttjande av barn. Samlaget hade skett utan att någon påtryckning eller annan otillbörlig påverkan förekommit och bedömdes som ömsesidigt och helt frivilligt från bådas sida. Högsta domstolen fann att uttalandena i förarbetena, om möjligheten att tillämpa ansvarsfrihetsregeln när det är fråga om ”en nära och god relation”, inte innebär att det ska vara fråga om t.ex. ett kärleksförhållande. Enligt domstolen bör hinder inte föreligga mot att tillämpa ansvarsfrihetsregeln också när relationen var mer kamratlig som i förevarande fall. Högsta domstolen konstaterade att de omständigheter som ska beaktas vid prövningen främst hänför sig till ungdomarnas ålder, mognad och utveckling i förhållande till varandra, deras relation till varandra och omständigheterna kring den sexuella handlingen.

När det gäller ålders- och utvecklingskriterierna pekade domstolen på att ansvarsfrihetsregeln är avsedd för tonåringar kring 15-årsgränsen och det i den ålderskategorin ofta torde förhålla sig så att flickor hunnit längre i utveckling och mognad än pojkar i samma ålder. Domstolen fann det dock inte lämpligt eller kanske ens möjligt att föra bevisning i saken utan anförde att en viss schablonisering i bedömningen bör tillåtas. Domstolen anförde vidare:

---

<sup>25</sup> Se vår praxissammanställning, bilaga 2.

Därvid synes det vara rimligt att i fall där den yngre än mycket nära 15-årsgränsen godta en större åldersskillnad än när den yngre är just över 14 år. Det anförda leder till att skillnad i ålder och utveckling i det här aktuella fallet inte skall anses så stor att ansvarsfrihetsregeln inte kan tillämpas.

Högsta domstolen fann att det fick anses uppenbart att samlaget mellan parterna inte har inneburit ett övergrepp mot henne och åtalet ogillades.

### *Kriminalstatistiken*

Den officiella kriminalstatistiken ger en bild av hur vanligt förekommande brottet sexuellt utnyttjande av barn är i förhållande till brottet våldtäkt mot barn, brott av normalgraden. Antalet lagföringsbeslut med något av de båda brotten som huvudpåföljd sedan år 2005 är följande.<sup>26</sup>

**Tabell 4 a** Antalet lagföringsbeslut med våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn som huvudbrott

År	4 § 1 och 2 st., våldtäkt mot barn	5 §, sexuellt utnyttjande av barn
2005	155	4
2006	152	19
2007	112	56
2008	143	50
2009	130	56

*Källa:* Brå

Även statistiken avseende antalet brott enligt dessa lagrum kan vara av intresse att redovisa för att få en bild av hur vanligt förekommande brottsligheten har varit sedan år 2005 bland lagföringarna:

<sup>26</sup> Statistiken avseende våldtäkt mot barn innehåller även domar avseende sexuellt utnyttjande av underårig enligt den äldre lagstiftningen.

**Tabell 4 b** Antalet fall av våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn i lagföringarna sedan år 2005

År	4 § 1 och 2 st., våldtäkt mot barn	5 §, sexuellt utnyttjande av barn
2005	268	9
2006	253	33
2007	199	83
2008	232	81
2009	220	84

Källa: Brå

Skillnaden mellan å ena sidan främst år 2005 men även år 2006 och å andra sidan de därefter följande åren är intressant. Då det handlar om statistiska uppgifter finns inget som helst utrymme för jämförelser av omständigheterna i ärendena. Helt klart torde dock vara att andelen brott som var att bedöma enligt den äldre lagstiftningen var högst under de första åren och att detta påverkade utfallet. En annan förklaring skulle eventuellt kunna vara att underrätterna inledningsvis var mycket försiktiga i valet av den lindrigare brottsrubriceringen, men att rubriceringen blev vanligare efter Högsta domstolens vägledande avgöranden, som kom i mars 2006.

*Bilden i övrigt av rättsläget. Synpunkter vid samråd, underrättspraxis m.m.*

Högsta domstolens avgöranden NJA 2006 s. 79 I och II har varit föremål för debatt.<sup>27</sup> Kritik har riktats mot avgörandena innebärande att de utgör en felaktig rättstillämpning. Det har bl.a. sagts att det inte i något av fallen handlade om en relation mellan parterna. Vidare har frivilligheten i situationerna ifrågasatts. Madeleine Leijonhufvud har gett uttryck för att de slutsatser dissidenterna dragit av omständigheterna i målet i stället är de korrekta.<sup>28</sup>

När vi vid våra samråd har tagit upp frågan om gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn var det

<sup>27</sup> Se bl.a. Madeleine Leijonhufvud i Juridisk Tidskrift 2005-06 s. 900 ff. och 2007-08 s. 995 f., Josef Zila i Juridisk Tidskrift 2007-08 s. 552 ff. och Christian Diesen och Eva F. Diesen, a. a. s. 161.

<sup>28</sup> Juridisk Tidskrift 2005-06 s. 900 ff.

uppfattningen bland de advokater vi träffat att Högsta domstolen i NJA 2006 s. 79 I och II tillämpat lagstiftningen på ett bra sätt och att det på området finns en balans mellan gärning, kränkning och straff. Vid övriga samråd har den allmänna uppfattningen emellertid varit att Högsta domstolen – mer eller mindre – gått emot lagstiftarens vilja i sina avgöranden. Bl.a. åklagarna har framfört att ålderskillnaden mellan parterna i det första fallet var sådan att utgången borde ha blivit en annan liksom att omständigheterna i fallen inte var sådana att man kunde säga att det förelåg en ömsesidighet och frivillighet.

Vidare har samråden gett uttryck för en samstämmighet kring att avgörandena NJA 2006 s. 79 I och II har fått ett mycket stort genomslag i underrättspraxis. Barnombudsmannen har anfört att rubriceringen sexuellt utnyttjande används i alldeles för stor utsträckning och att praxis kan uppfattas på det sättet att rubriceringen sexuellt utnyttjande är huvudregeln i stället för våldtäkt mot barn. ECPAT har anfört att den diskussion som förs kring frivillighet är problematisk och menar att barn under 15 år nu enligt praxis inte har något absolut skydd mot sexuella övergrepp.

Vid åklagarsamråden har man gett den bilden av praxis att om det finns någon form av relation mellan parterna och gärningen utförts utan hot eller våld mot en person över 13 år bedöms gärningen regelmässigt som sexuellt utnyttjande av barn av domstolarna. Vid åklagarsamråden har också sagts att domstolarnas försiktighet att döma för våldtäkt mot barn skulle kunna bero på att domstolen gör en straffvärdebedömning före gradindelningen av brottet.

Kritik har även riktats mot hur åklagarna utreder och åtalar i dessa ärenden. Således har från domarhåll sagts att en del åklagare inte ser brottet sexuellt utnyttjande som ett undantag från huvudregeln utan åtalar för det brottet även om det inte finns ”förmildrande omständigheter”.

Vid ett av samråden med åklagare sades att man i liknande fall som de i NJA 2006 s. 79 I och II normalt ändå åtalar för våldtäkt mot barn eftersom en fullständig utredning av ärendet oftast visar på omständigheter som talar för att brottet inte kan ses som mindre allvarligt. Det har också sagts att de båda fallen var dåliga ur prejudikatsynpunkt eftersom omständigheterna i dem, särskilt i det första, var speciella.

Flera åklagare har gett uttryck för en tumregel som innebär att om parterna är 19 år respektive 14 år åtalar man för sexuellt ut-



nyttjande av barn och inte våldtäkt mot barn. Som exempel på när ansvarsfrihetsregeln tillämpas har getts att målsäganden är 14 år och gärningsmannen 17 år.

I frågan om reformen innebär att de fall som nu bedöms som sexuellt utnyttjande av barn bestraffas strängare jämfört med motsvarande fall före reformen har uppfattningen bland dem vi talat med varit splittrad. Vissa åklagare har sagt att trots den restriktiva hållning domstolarna har beträffande rubriceringen har en straffskärpning skett. Andra åklagare har sagt att det inte blivit någon förändring alls beträffande straffen.

Erfarenheterna från vår genomgång av underrättspraxis – såväl den särskilda genomgången avseende hovrättspraxis från första halvåret 2008 som annan praxis – överensstämmer i stort med vad som kommit fram vid samråden. Således kan erfarenheterna sammanfattas med att underrättspraxis ligger i linje med Högsta domstolens vägledande avgöranden NJA 2006 s. 79 I och II. Att målsäganden i vart fall ska ha fyllt 13 år och att gärningsmannens ålder är högst omkring 20 år förefaller utgöra någon form av ”normalfall” när rubriceringen sexuellt utnyttjande av barn kan komma i fråga. Vi har funnit något exempel på fall där en hovrätt ansett bestämmelsen vara tillämplig när målsäganden nyss fyllt 12 år. Det tycks emellertid röra sig om ett klart undantag från det som förefaller vara huvudregeln.<sup>29</sup> I ett hovrättsfall med liknande förhållanden – frivillighet och parterna var 12 år och 1 månad respektive 15 år – men där utgången blev den motsatta uttalade hovrätten att det utifrån en schabloniserad bedömning av mognaden var mycket tveksamt om 6 kap. 5 § brottsbalken någonsin kan bli tillämplig när målsäganden inte är äldre än i målet. Då det inte fanns något som tydde på att målsäganden uppnått en större mognad än vad som är normalt vid henens ålder kunde hon inte anses ha haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. Vidare, vid den bedömningen spelade det för rubriceringen av gärningen enligt hovrätten ingen roll vilken grad av mognad som gärningsmannen hade uppnått.<sup>30</sup>

I den hovrättspraxis från första halvåret 2008 som vi har gått igenom var brottet sexuellt utnyttjande av barn aktuellt i nio mål, såtillvida att det dömdes för det brottet i åtta fall och hade yrkats

<sup>29</sup> Hovrättens för Västra Sverige dom den 3 juni 2010 i mål B 2134-10 (Varbergs tingsrätts dom den 29 mars 2010 i mål B 2035-09).

<sup>30</sup> RH 2010:24, se vår praxissammanställning bilaga 2. (Hovrättens över Skåne och Blekinge dom den 19 maj 2010 i mål B 846-10 (Lunds tingsrätts dom den 17 mars 2010 i mål B 4996-09))

ansvar enligt bestämmelsen i ett fall där åtalet ogillades med hänvisning till ansvarsfrihetsregeln i 6 kap. 14 § brottsbalken. I fyra av de nio målen hade åklagaren, i vart fall i tingsrätten, yrkat ansvar för våldtäkt mot barn. I övriga fall hade ansvar yrkats för sexuellt utnyttjande av barn. Vidare hade parterna i två eller tre av fallen någon form av kärleksrelation. Åldern hos parterna i de fall där gärningsmannen dömdes för sexuellt utnyttjande av barn redovisas i det följande liksom övriga omständigheter i korthet.

**Tabell 5 Omständigheterna i hovrättsavgörandena från första halvåret 2008 där gärningsmannen dömdes för sexuellt utnyttjande av barn**

Nr	Ålder gärningsman (gm)	Ålder målsägande (må)	Övriga omständigheter i korthet
1	25 år	13 år, lite drygt	Bekanta. Ett samlag. Må. berusad. Åklagaren yrkade 6:5.
2	18 år	14 år 6 mån.	Ytligt bekanta. Samlag (analt och vaginalt) vid ett tillfälle. Bedömningen utgick från att gm uppfattade frivilligt. Åklagaren yrkade 6:4.
3	65 år	13 år	Bekanta. Smekte könsorgan och 1–2 fingrar i slida kort stund. Åklagaren yrkade 6:5.
4	20 år	13 år 4–7 mån.	Kärleksrelation. 10–15 samlag. Åklagaren yrkade 6:4
5	21–22 år	13 år 10 mån.– 15 år	Kärleksrelation. Ett stort antal gärningar, samlag och sexuella handlingar jämförbara därmed (oral samlag och onani). Ostridigt att handlingarna byggde på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Åklagaren yrkade 6:4 i tingsrätten.
6	20 år	13 år drygt resp. 14 år	Ytligt bekanta. Samlag vid två tillfällen. Åklagaren yrkade 6:5.
7	20 år	13 år	Relation? Chattat på Internet först, träffats två gånger. Ett samlag vid andra mötet. Åklagaren yrkade 6:5.
8	19 år	13 år	Kamrater. Ett samlag som inleddes frivilligt. Må sade hon ville sluta men ej visat gm uppfattat det. Bedömningen utgick från att gm uppfattade frivilligt. Åklagaren yrkade 6:4 i tingsrätten.

I det fall där ansvarsfrihetsregeln i 6 kap. 14 § brottsbalken tillämpades var den tilltalade 17 år och 6 månader och målsäganden 14 år. De kände varandra väl, hade en kärleksrelation under en period och hade då ungefär tio samlag.

Frågan om gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn var dock aktuellt i några fler av hovrättsdomarna från första halvåret 2008 än de nu nämnda. Bland de domar där det dömdes för våldtäkt mot barn förekom det således att domstolarna i en del fall uttryckligen angav att de gjort överväganden kring gränsdragningen. Domskälen i dessa mål kan tolkas på det sättet att den gemensamma avgörande faktorn, för att en gärning rubricerades som våldtäkt mot barn, var en brist på ömsesidighet beträffande den sexuella handlingen.<sup>31</sup> I vissa fall har detta ungefär uttryckts med ”att omständigheterna vid brottet inte har varit sådana att gärningen kan ses som mindre allvarlig”.

I samtliga fall utom i ett där gärningsmannen dömdes för sexuellt utnyttjande av barn bestämdes påföljden till fängelse. I tabellen nedan har vi sammanställt påföljderna. Endast i ett par av fallen angav domstolarna uttryckligen straffvärdet.

**Tabell 6** Påföljdsbestämningen i hovrättsavgörandena från första halvåret 2008 där gärningsmannen dömdes för sexuellt utnyttjande av barn

Nr	Påföljd, ev. angett straffvärde
1	Fängelse 9 månader
2	Fängelse 6 månader. Åldern beaktad; 29:7-reduktion
3	Fängelse 6 månader
4	Fängelse 6 månader, straffvärde 8 mån. 29:7-reduktion
5	Fängelse 10 månader
6	Fängelse 6 månader, straffvärde 8 mån. 29:7-reduktion
7	Fängelse 7 månader. 29:7-reduktion
8	Skyddstillsyn p.g.a. gärningsmannens personliga förhållanden (utvecklingsstörning)

<sup>31</sup> Se Hovrättens över Skåne och Blekinge dom den 16 januari 2008 i mål B 2860-07 (Helsingborgs tingsrätts dom den 3 december 2007 i mål B 4566-07) och Svea hovrätts dom den 1 februari 2008 i mål B 127-08 (Västmanlands tingsrätts dom den 14 december 2007 i mål B 4701-07). I det sistnämnda fallet hade två tilltalade, båda ca 20 år, bjudit en flicka, 13 år och 10 månader, på alkohol och sedan haft samlag med henne. Domstolarna tog fasta på att anledningen till att hon samtyckte var att hon var berusad.

Några av fallen vill vi särskilt peka på. I fallen nr 2 och 8 kunde det, i likhet med NJA 2006 s. 79 II, objektivt sett ifrågasättas att det förelegat en fullständig frivillighet och ömsesidighet mellan parterna beträffande det sexuella umgänget. I likhet med Högsta domstolen förde underrätterna i dessa fall ett resonemang innebärande att det som emellertid var avgörande var hur gärningsmannen uppfattade situationen.<sup>32</sup> Till skillnad från Högsta domstolens avgörande var gärningsmännen i de aktuella hovrättsavgörandena – såvitt framkommit – inte berusade.

Att låta gärningsmannens uppfattning om förekomsten av omständigheter av förmildrande slag vara avgörande vid gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn är enligt vår mening en korrekt rättstillämpning. Av täckningsprincipen följer att brottets objektiva rekvisit – vid våldtäkt mot barn bl.a. avsaknaden av ”förmildrande omständigheter” enligt 5 § – ska vara täckt av gärningsmannens uppsåt. En särskild fråga är emellertid vilken betydelse en villfarelse från gärningsmannens sida om förekomsten av sådana förmildrande omständigheter, som beror på berusning hos gärningsmannen, kan ha.<sup>33</sup> Det mesta talar för att gällande rätt beträffande berusningens betydelse för straffansvaret innebär att domstolen ska bortse från en villfarelse om t.ex. frivilligheten hos målsäganden, om den gör bedömningen att gärningsmannen i ett nyktert tillstånd inte skulle ha misstagit sig i frågan.

Ett annat fall som vi särskilt vill peka på är nr 3.<sup>34</sup> Likheter finns mellan den sexuella handlingen i det fallet och den handling som prövades i NJA 2008 s. 482 I. Det måste dock påpekas att det vägledande avgörandet – som innebar att en sexuell handling bestående i att gärningsmannen förde sina fingrar upp i målsägandens slida bedömdes som en mindre grov våldtäkt – meddelades först efter domen i nu aktuellt mål. I detta orefererade hovrättsavgörande fanns det inget som helst som talade för att målsäganden frivilligt underkastade sig den sexuella handlingen, vilken hade ett kort händelseförlopp. Tvärtom gav utredningen vid handen att gärningsmannen överraskade målsäganden med den sexuella handlingen och att hon direkt sade till mannen att sluta, vilket han då gjorde. Parterna umgicks regelbundet hemma hos mannen. Målsäganden och hennes

<sup>32</sup> Göta hovrätts dom den 20 maj 2008 i mål B 338-08 (Eksjö tingsrätts dom den 3 januari 2008 i mål B 2681-07) och Svea hovrätts dom den 11 februari 2008 i mål B 7065-07 (Falu tingsrätts dom den 5 september 2007 i mål B 200-07).

<sup>33</sup> Jfr NJA 2006 s. 79 II.

<sup>34</sup> Hovrättens för Västra Sverige dom den 30 april 2008 i mål B 2598-07 (Halmstads tingsrätts dom den 10 maj 2007 i mål B 192-06).

kamrat brukade fika hos mannen. Han skjutsade dem till olika ställen och han gav dem pengar. Åklagaren hade yrkat ansvar för sexuellt utnyttjande av barn. Tingsrätten och hovrätten dömde också för det brottet utan någon särskild motivering härtill till fängelse i sex månader. Avgörandet är principiellt intressant och visar på gränsdragningsvårigheter i det enskilda fallet.

De exempel regeringen pekar på i motiven när tillämpningsområdet för bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn diskuteras rör *frivilliga* sexuella handlingar mellan två personer, där målsäganden är tonåring och gärningsmannen är tonåring eller äldre. Samtidigt sägs i och för sig mer generellt att bestämmelsen avser brott som är att anse som mindre allvarliga och att det vid bedömningen ska tas hänsyn till samliga omständigheter vid brottet.<sup>35</sup> Lagtexten är också avfattad på det generella sättet.

Att i likhet med motsvarande brott mot vuxna utifrån *sexualhandlingens karaktär* göra bedömningen av huruvida ett övergrepp är att anse som mindre allvarligt står visserligen i överensstämmelse med bestämmelsens ordalydelse. Dock förefaller en sådan rättstillämpning enligt vår mening kunna ifrågasättas ur ett barnperspektiv. Detta med hänsyn till det särskilda syftet lagen har att ge barn ett starkt skydd. I motiven sägs uttryckligen att sexuella kränkningar av ett barn generellt sett måste bedömas strängare än vid brott mot vuxna.<sup>36</sup> Just rimligheten att i någon mån beakta frivilligheten, även om ett samtycke i sig inte ges en ansvarsbefriande verkan när en person inte uppnått åldern för den sexuella självbestämmanderätten, var motivet till införandet av bestämmelsen sexuellt utnyttjande av barn.

Sammanfattningsvis, vilka faktorer är det då som i rättstillämpningen har varit av betydelse för gränsdragningen mellan brotten våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn? I NJA 2006 s. 79 I och II betonade Högsta domstolen – helt i enlighet med motiven – betydelsen av ömsesidighet och frivillighet hos parterna. Vår samlade bild efter genomgång av underrättspraxis – såväl domarna från första halvåret 2008 som övriga domar – visar att detta genomgående också är en utgångspunkt för domstolarnas bedömning, i de fall där de motiverar sitt ställningstagande. I motiven sägs vidare att det är en förutsättning för att tillämpningen av bestämmelsen ska aktualiseras att *den person som gärningen riktas mot, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, haft förutsättningar att ta*

<sup>35</sup> A. prop. s. 144.

<sup>36</sup> A. prop. s. 77.

*ställning till situationen.*<sup>37</sup> Parternas ålder, mognad och utveckling i förhållande till varandra, deras relation till varandra och omständigheterna kring den sexuella handlingen är faktorer som domstolarna tagit fasta på.

Att de exempel som i förarbetena ges på situationer där bestämmelsen kan vara tillämplig – t.ex. två ungdomar varav den ena är under och den andra strax över 15 år samt en 29-åring som har samlag med ett barn som är 14 år och 9 månader – utgår från att målsäganden ligger nära gränsen för den sexuella självbestämmanderätten har inte utgjort hinder mot att tillämpa brottet sexuellt utnyttjande av barn även när målsäganden varit så ung som 13 år. Här kan påpekas att Högsta domstolen, med hänvisning till att maximistraffet är så högt som fängelse i fyra år, har angett att bestämmelsen också avsetts kunna tillämpas i långt allvarligare fall än sådana som i lagmotiven anförts som exempel.<sup>38</sup>

Angående ”övriga omständigheter” är det vår bild av rättstillämpningen att det inte går att peka ut specifika omständigheter som domstolarna har funnit vara av betydelse så till vida att förekomsten av omständigheten utesluter tillämpligheten av bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn. Omständigheter som domstolarna särskilt pekat på i sina bedömningar är t.ex. berusning hos målsäganden, någon form av beroendeställning mellan målsäganden och den tilltalade, påtryckningar från den tilltalade och platsen för gärningen och målsägandens utsatthet. Angående parternas relation till varandra visar praxisgenomgången att det inte krävs någon mer fast relation, ett kärleksförhållande, mellan parterna utan även sex under mer tillfälliga förbindelser har bedömts som sexuellt utnyttjande av barn. Detta ligger för övrigt helt i linje med Högsta domstolens uttalanden i NJA 2007 s. 201 angående tillämpligheten av ansvarsfrihetsregeln i 6 kap. 14 § brottsbalken på mera kamratliga relationer.

### *Särskilt om straffmätningen*

Helt klart är att 2005 års reform har inneburit att straffen för brott mot barn har skärpts genom att långt fler fall än tidigare nu rubriceras som ett våldtäktsbrott i stället för ett utnyttjandebrott. Vår särskilda genomgång av hovrättspraxis från första halvåret 2008

<sup>37</sup> A. prop. s. 144.

<sup>38</sup> NJA 2006 s. 79 I, s. 87.

visar att tvång (lindrigare våld) förekom i ungefär en fjärdedel av fallen där det dömdes för våldtäkt mot barn. Beträffande övriga fall, där tvång alltså inte förekom, hade det således inte kommit i fråga att enligt den äldre lagstiftningen döma för våldtäkt. Den bild kriminalstatistiken<sup>39</sup> ger över hur en minskning skett av anmälningarna inom kategorin *sexuellt tvång, utnyttjande m.m. av barn under 15 år* och hur en ökning skett inom kategorin *våldtäkt mot barn under 15 år* utgör också ett stöd för slutsatsen om skärpta straff.

Intressant är emellertid frågan om det också beträffande de fall som enligt den nya lagstiftningen bedöms som sexuellt utnyttjande av barn har blivit någon straffskärpning jämfört med före reformen. Den frågan är inte helt enkel att besvara och kräver en jämförelse mellan praxis före och efter reformen. Som vi redogjort för ovan finns det olika uppfattningar bland praktiker huruvida det beträffande de fallen har skett en straffskärpning genom reformen eller inte. Vår genomgång ger vid handen att straffen för sexuellt utnyttjande av barn oftast ligger mellan fängelse i sex månader och fängelse i ett år.

Underlaget för vår bedömning av äldre rätt har varit något begränsat. För att äldre avgöranden ska vara relevanta i sammanhanget måste det kunna antas att gärningen skulle ha utgjort ett sexuellt utnyttjande av barn och inte våldtäkt mot barn om den prövats enligt den nya lagstiftningen. Att kunna dra några säkra slutsatser kring det kan vara svårt, särskilt om domskälen är kortfattade. Vid genomgång av orefererad praxis har vi funnit en del avgöranden där äldre rätt tillämpats och det dömts för sexuellt utnyttjande av underårig. Omständigheterna i de målen har emellertid just varit sådana att gärningen med mycket stor sannolikhet skulle ha bedömts som våldtäkt mot barn enligt den nya lagstiftningen.

Det avgörande från Högsta domstolen som kan tjäna till viss vägledning i fråga om straffmätning är NJA 2003 s. 313.<sup>40</sup> En 18-årig pojke dömdes i det avgörandet för sexuellt utnyttjande av underårig enligt den äldre lagstiftningen. Omständigheterna var de att han haft samlag med en 14-årig flicka, som han inte kände särskilt väl och som var berusad. Inget tvång hade förekommit. Berusningen beaktade Högsta domstolen som en försvårande omständighet vid straffvärdebedömningen. Straffvärdet motsvarande enligt Högsta domstolen fängelse i åtta månader.

<sup>39</sup> Se kapitel 3.

<sup>40</sup> Se vår praxissammanställning, bilaga 2.

Ett annat refererat avgörande av intresse i sammanhanget är RH 1999:142.<sup>41</sup> En man i 50-årsåldern hade vid ett flertal tillfällen under en vår och sommar haft samlag med en flicka under 15 år. Hon var 14 år och 8 månader första gången samlag ägde rum. Mannen hade en häst som flickan brukade rida på. Parterna hade ett förtroendefullt förhållande och i målet hade inget framkommit som tydde på att det förekommit påtryckningar från mannen eller att han på annat sätt otillbörligt förmått henne till samlagen. Han dömdes för sexuellt utnyttjande av underårig till fängelse i fyra månader i tingsrätten medan hovrätten bestämde påföljden till skyddstillsyn.

#### *Våra slutsatser kring rättsläget*

Den övergripande frågeställningen i denna del är om det finns problem i rättstillämpningen gällande gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn och ansvarsfrihetsregeln. En central fråga är då om tillämpningsområdet för brottet sexuellt utnyttjande av barn blivit alltför stort i förhållande till vad lagstiftaren tänkte sig. En annan fråga är om fall som bedöms som sexuellt utnyttjande av barn bestraffas strängare nu jämfört med före reformen. Till den frågan återkommer vi i avsnitt 10.8.1.

Allra först vill vi säga att det inte finns någonting som talar för att tillämpningsområdet för ansvarsfrihetsregeln i 6 kap. 14 § brottsbalken antingen är för stort eller för litet. I stället förefaller det vara väl avvägt. Uttalanden i motiven att bestämmelsen ska tillämpas med stor restriktivitet följs därmed så vitt vi kan bedöma. Över huvud taget är mål av detta slag ovanliga i domstolarna. Det förefaller vara så – vilket är en god ordning – att när förutsättningarna att tillämpa bestämmelsen är för handen väcks inte åtal i ärendet.

Vad sedan gäller gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn ger vår utvärdering vid handen att det inte finns något som talar för att tillämpningsområdet för våldtäkt mot barn skulle ha blivit för omfattande. Något sådant har inte heller påståtts vid samråden. Tvärtom har den kritik som funnits beträffande rättstillämpningen gällt att en del av de fall som av domstolarna rubricerats som sexuellt utnyttjande av barn rätteligen skulle ha rubricerats som våldtäkt mot barn.

---

<sup>41</sup> Se vår praxissammanställning, bilaga 2.



Lagstiftaren har uttalat att tillämpningen av bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn ska vara restriktiv. Trots att det i motiven till reformen inte uttryckligen sägs att brottet i 6 kap. 5 § brottsbalken ska ses som ett undantag från huvudregeln måste regleringen vara att förstå på det sättet. Detta eftersom våldtäkt mot barn är grundformen av övergrepp av detta slag.

Även om kriminalstatistiken avseende lagföringsbeslut inte är fullständig, så till vida att den skulle visa samtliga lagföringar för våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn, utan endast visar de lagföringar där ettdera brottet varit huvudbrott, säger den ändå något om hur vanligt förekommande den ena rubriceringen är i förhållande till den andra. Således ger en jämförelse av den statistiken vid handen att sedan år 2007 har rubriceringen blivit våldtäkt mot barn i *två tredjedelar – tre fjärdedelar* av ärendena där det lagförts för det brottet eller för brottet sexuellt utnyttjande av barn.<sup>42</sup> Jämförs i stället statistiken avseende antalet brott i lagföringarna sedan år 2007 blir resultatet detsamma. Vår bild från vår särskilda praxisgenomgång avseende första halvåret 2008 är den motsvarande. I de domarna dömdes för våldtäkt mot barn i 70 procent av fallen.

Den statistiska bilden ger således vid handen att det är klart vanligare att ett brott mot ett barn som uppfyller rekvisiten för brottet våldtäkt mot barn också rubriceras på det sättet och inte som sexuellt utnyttjande av barn. Andelen fall av sexuellt utnyttjande av barn – en fjärdedel till en tredjedel av fallen – får dock anses som betydande. Vår slutsats av det statistiska materialet är emellertid att även om det kan konstateras att det är förhållandevis vanligt att den lindrigare rubriceringen väljs utgör detta i sig inte ett tillräckligt stöd för ett antagande att brottet sexuellt utnyttjande av barn väljs i för stor utsträckning i rättstillämpningen och således inte är undantaget från huvudregeln. Dessutom kan det inte borstes ifrån att statistiken i sig inte utgör ett underlag för ett ställningstagande kring om ett val av rubricering i det enskilda fallet var riktigt. Avgörande för att kunna besvara frågan om bestämmelsen tillämpningsområde måste i stället vara hur tillämpningen kommit att gestalta sig i de domstolsavgöranden vi studerat.

Det kan konstateras att bland fall som av domstolarna rubricerats som sexuellt utnyttjande av barn finns sådana som helt klart är ”mera allvarliga” än de exempel som ges i förarbetena. En tydlig

---

<sup>42</sup> Vi har i detta sammanhang bortsett från statistiken från åren 2005 och 2006 eftersom den på grund av dels äldre rätts inverkan, dels ett inledande oklart läge i praxis vilket bedöms ge en missvisande bild av rättstillämpningen jämfört med hur den ser ut i dag.

nedre åldersgräns för när brottet sexuellt utnyttjande av barn kan komma ifråga tycks dock vara att målsägandens ålder inte får understiga 13 år.<sup>43</sup> Visserligen har vi funnit något exempel på underrättspraxis där brott mot en tolvårig målsägande bedömts som sexuellt utnyttjande av barn. Dock rör det sig om undantagsfall och om en rättstillämpning som avviker från gängse praxis. Såvitt avser gärningsmannens ålder finns det i praxis inte någon motsvarande fast övre gräns. Det kan dock konstateras att gärningsmannens ålder i de flesta fall är omkring 20 år när det döms för sexuellt utnyttjande av barn.

Att det mot bakgrund av denna utveckling i praxis skulle konstateras att det lindrigare brottet fått ett allt för stort tillämpningsområde i förhållande till lagstiftarens avsikt är emellertid enligt vår uppfattning inte korrekt. Som Högsta domstolen anför i NJA 2006 s. 79 I torde vad som sägs i propositionen om en restriktiv tillämpning av bestämmelsen få läsas mot bakgrund av att våldtäktsbrottet ska reserveras för de allvarligaste sexualbrotten. Eftersom straffskalan för brottet sexuellt utnyttjande av barn går från lägsta fängelsestraff på 14 dagar till fängelse fyra år finns det också skäl att utgå ifrån att lagstiftaren tänkte sig att bestämmelsen skulle kunna omfatta allvarligare fall än de som exemplifieras.<sup>44</sup> Här ska dock sägas att den praktiskt tillämpliga straffskalan för ett enstaka brott inte når upp till fängelse två år eller därutöver, eftersom straffskalan för det allvarligare brottet våldtäkt mot barn utgår just från fängelse i två år. Anses straffvärdet motsvara fängelse i två år eller därutöver har med största sannolikhet domstolen redan funnit att gärningen ska rubriceras som våldtäkt mot barn. Hur som helst rymmer dock brottet sexuellt utnyttjande av barn såväl gärningar som ligger nära gränsen för våldtäkt mot barn som gärningar som gränsar till ansvarsfrihet enligt 6 kap. 14 § brottsbalken.

Att beträffande tonåringar, som har en förhållandevis lång tid kvar till tidpunkten för en sexuell självbestämmanderätt då de från straffrättsliga utgångspunkter kan samtycka till sexuella handlingar, ändå tala om frivillighet eller samtycke strider enligt vår uppfattning inte mot den syn på brottet som motiven ger uttryck för. Det är dock mycket viktigt att understryka att stor försiktighet är på-

<sup>43</sup> Jfr hovrättens uttalande i NJA 2006 s. 510.

<sup>44</sup> Som ett exempel på tillämpningsområdet för det lindrigare brottet ges att två ungdomar varav den ena är under och den andra strax över 15 år har samlag. Ett annat exempel är att en 29-åring har samlag med ett barn som är 14 år och 9 månader och det rör sig om ett barn som utvecklat sin sexualitet och har en frivillig sexuell relation till någon som är betydligt äldre. A. prop. s. 77.

kallad när det gäller att bedöma om tonåringen *med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, haft förutsättningar att ta ställning till situationen*. Även om puberteten nu för tiden inträffar tidigare än förr – kanske redan i tolvårsåldern – innebär det inte att barnens mentala utveckling också sker tidigare. Här måste också poängteras att ålders- eller utvecklingsfaktorerna inte får vara de som blir de avgörande omständigheterna när undantagsregeln i 6 kap. 5 § brottsbalken ska tillämpas. Ålder, mognad och utveckling har sin betydelse bland övriga omständigheter kring gärningen vid bedömningen av om det finns ett samtycke från barnet som är värt att beakta.

Hur olika omständigheter vid brottet värderas i praxis är svårt att göra några klara uttalanden kring. Ibland utvecklar domstolarna resonemanget i frågan, ibland inte. Den sammantagna bild vi fått av rättstillämpningen i fråga om gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn är hur som helst att hänsynen till olika omständigheter generellt sett framstår som väl avvägd. För framtiden vore det dock önskvärt att domstolarna vinnlägger sig om att alltid tydligt visa hur de värderar olika omständigheter. Säkerligen är det också så, vilket framkom vid samråden, att det finns ett ganska betydande utrymme att i enskilda brottsutredningar utreda vissa omständigheter mer grundligt än som görs i dag. Generellt gäller annars att området sexualbrott mot barn är prioriterat inom rättsväsendet. Här ska också framhållas den samverkan som sker mellan myndigheter i de s.k. barnhusen. Utgångspunkten är att samverkan i barnhusen gagnar utredningskvaliteten samtidigt som den tillförsäkrar barn som misstänks vara utsatta för brott rättstrygghet, gott bemötande och stöd samt vid behov kris- och behandlingsinsats.

I sammanhanget vill vi peka på att det förekommer att domstolarna i straffvärdebedömningen åberopar en viss omständighet som försvårande, även om förekomsten av just den omständigheten i ett tidigare led av domstolens överväganden inte utgjort ett hinder mot att välja rubriceringen sexuellt utnyttjande av barn.<sup>45</sup> Mot bakgrund av det utrymme som finns i straffskalan att differentiera straffvärdebedömningen mellan gärningar av olika svårhet inom brottet ser vi en sådan rättstillämpning som helt naturlig. En gärning kan alltså bedömas ligga nära, men ändå under, gränsen för att vara våldtäkt mot barn. En sådan gärning, rubricerad som sexuellt

---

<sup>45</sup> Se t.ex. NJA 2006 s. 79 II.

utnyttjande av barn, ska då också anses ha ett straffvärde som väsentligen överstiger minimistraflet för sexuellt utnyttjande av barn.

Den generella slutsats vi drar, mot bakgrund av samråd, praxisgenomgång och annat material vi tagit del av, beträffande läget i rättstillämpningen är att brottet sexuellt utnyttjande av barn inte används på ett sätt som står i strid med syftet med reformen eller vad lagstiftaren särskilt uttalat kring brottets tillämplighet. I stället tycks gränsdragningen mellan detta brott och brottet våldtäkt mot barn generellt sett vara väl avvägd. En annan sak är, som vi varit inne på, att det på detta område, liksom på andra, ständigt måste pågå ett kvalitetssäkringsarbete såväl beträffande utredningsstadiet som vad gäller domstolsprocessen för att säkerställa en korrekt och rättssäker rättstillämpning.

#### 10.4 Gradindelningen av våldtäktsbrottet – Våldtäkt mot barn eller grov våldtäkt mot barn?

**Bedömning:** Gränsdragningen i rättstillämpningen mellan våldtäkt mot barn och grov våldtäkt mot barn fungerar generellt sett på det sätt som förutsatts i förarbetena till nuvarande lagstiftning.

Genom reformen avsåg lagstiftaren att tillämpningsområdet för grov våldtäkt mot barn skulle vara vidare jämfört med motsvarande brott mot vuxna. De försvårande omständigheterna som anges i bestämmelsen är endast att se som exempel; även andra omständigheter kan medföra att brottet rubriceras som grovt.<sup>46</sup> Enligt bestämmelsen ska särskilt beaktas om gärningsmannen har använt våld eller hot om brottslig gärning eller om fler än en förgräp sig på barnet eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller barnets låga ålder eller annars visat särskilt hänsynslöshet eller råhet.

##### *Kriminalstatistiken*

Den officiella kriminalstatistiken ger en bild av hur vanligt förekommande brottet grov våldtäkt mot barn är. Eftersom grov våld-

---

<sup>46</sup> A. prop. s. 74 f.

täkt är ett så allvarligt brott kan antas att statistiken avseende lagföringsbeslut efter huvudbrott och huvudpåföljd avseende det brottet dock ger en mer rättvisande bild av hur verkligheten ser ut än statistiken avseende ett väsentligen lindrigare brott. Antalet lagföringsbeslut med något av brotten våldtäkt mot barn respektive grov våldtäkt mot barn som huvudpåföljd sedan år 2006 är följande.<sup>47</sup>

**Tabell 7 a** Antalet lagföringsbeslut med våldtäkt mot barn eller grov våldtäkt av barn som huvudbrott

År	4 § 1 och 2 st., våldtäkt mot barn	4 § 3 st., grov våldtäkt mot barn
2006	152	47
2007	112	32
2008	143	14
2009	130	27

Källa: Brå

För att få en bild av hur många brott det har rört sig om i lagföringarna totalt sett kan även den statistiken redovisas:

**Tabell 7 b** Antalet fall av våldtäkt mot barn och grov våldtäkt av barn i lagföringarna sedan år 2006

År	4 § 1 och 2 st., våldtäkt mot barn	4 § 3 st., grov våldtäkt mot barn
2006	253	64
2007	199	50
2008	232	34
2009	220	54

Källa: Brå

Eftersom gärningar som i dag uppfyller kriterierna för brottet grov våldtäkt mot barn enligt tidigare lagstiftning i vissa fall kunde rubriceras som sexuellt utnyttjande av underårig, eventuellt grovt, och i vissa fall som ett våldtäktsbrott, eventuellt grovt, går det inte att mot bakgrund av kriminalstatistiken dra några slutsatser kring huru-

<sup>47</sup> Statistiken avseende våldtäkt mot barn och grov våldtäkt mot barn innehåller även domar avseende sexuellt utnyttjande av underårig och grovt sexuellt utnyttjande av underårig enligt äldre rätt.

vida synen på rubriceringsfrågan i fråga om de allra grövsta sexuella övergreppen mot barn skärpts jämfört med före reformen.

*Bilden i övrigt av rättsläget. Synpunkter vid samråd, underrättspraxis m.m.*

Det finns ingen refererad praxis som gäller gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och grov våldtäkt mot barn.

Vid samråden har särskilt åklagarna uttalat sig i frågan hur gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och grov våldtäkt mot barn tagit sig uttryck i rättstillämpningen. Enligt de flesta åklagare vi talat med blir rubriceringen normalt grov våldtäkt mot barn när det förekommit våld grövre än ringa misshandel. Detta särskilt när övergreppet riktats mot yngre barn. Vid ett åklagarsamråd var man dock tveksam till om lagstiftarens intention att utvidga tillämpningsområdet för det grova brottet uppfyllts på så sätt att det råder en presumtion för grovt brott om sådant våld förekommit.

Brottet grov våldtäkt mot barn var aktuellt i två mål i den av oss genomgångna hovrättspraxisen från första halvåret 2008. Brottet våldtäkt mot barn var aktuellt i 25 domar.

I ett av målen<sup>48</sup> där det åtalats för grov våldtäkt mot barn ogillades åtalet i hovrätten på grund av bristande bevisning. Enligt gärningsbeskrivningen i det målet påstods att en manlig bekant, ca 40 år, till en flicka och hennes familj vid ett stort antal tillfällen ha förgripit sig sexuellt på flickan, bl.a. genom handlingar som var jämförliga med samlag. Övergreppen påstods ha skett under flera år och upphörde i början av år 2008 när flickan var strax över 10 år. Grunden för att gärningarna utgjorde grova brott var enligt åklagaren att mannen visat särskild hänsynslöshet och råhet med hänsyn till barnets låga ålder, att visst våld använts, att övergreppen skett under lång tid och i stor omfattning samt att de i vissa fall orsakat målsäganden smärta och blodvite.

I det andra målet<sup>49</sup> hade en tolvårig flicka blivit utsatt för synnerligen allvarliga övergrepp av tre män samtidigt. En av männen dömdes. Hovrätten anförde som skäl för att gärningen skulle rubriceras som grov våldtäkt mot barn följande.

---

<sup>48</sup> Hovrättens för Västra Sverige dom den 18 juni 2008 i mål B 2395-08 (Göteborgs tingsrätts dom den 18 april 2008 i mål B 1420-08).

<sup>49</sup> Göta hovrätts dom den 22 april 2008 i mål B 444-08 (Linköpings tingsrätts dom den 1 februari 2008 i mål B 3308-07).

I målet är fråga om våldtäkt mot ett barn som vid gärningstillfället inte ens var tonåring, och som efter och under hot utsatts för fullbordad våldtäkt av tre olika män, alla väsentligen äldre än hon själv. Övergreppen har pågått under en beaktansvärd tidsrymd och A har rent faktiskt varit frihetsberövad, blivit fasthållen och saknat all möjlighet att freda sig eller lämna bilen.

Mannen dömdes till fängelse i fyra år och utvisades. Vid straffmätningen beaktade hovrätten det men utvisningen medförde för honom. Påföljden omfattade även ett fall av sexuellt ofredande med högt straffvärde. Vilket straffvärdet var och en av de enskilda gärningarna eller tillsammans motsvarade uttalades inte i domen.

Rubriceringen i det sista målet var högst väntad enligt vår mening. Målet är därför inte intressant för besvarandet av frågan hur gränsdragningen sker mellan våldtäkt mot barn och grov våldtäkt mot barn. Bland de domar där domstolen valt att rubricera gärningen som ett brott av normalgraden finns det dock ett par fall av intresse för gränsdragningsfrågan. I sju av de 25 målen framkom det att gärningen utförts under tvång. Tvånget bestod i samtliga fall av våld och då lindrigt sådant i form av att gärningsmannen höll fast eller tryckte ner barnet. Endast i ett av dessa mål hade ansvar yrkats för grov våldtäkt mot barn. I det målet fanns det förutom våldsanvändningen den försvårande omständigheten att flickan varit i en utsatt situation. Gärningen bedömdes motsvara straffvärdet fängelse tre år. I övriga mål har det inte gått att utläsa att det lindriga våldet påverkat straffvärdebedömningen.

Även genomgången av övrig underrättspraxis har visat att det inte varit tillräckligt att gärningsmannen använt ett visst mått av våld för att betvinga en målsägande som motsatt sig en sexuell handling. Den helt klart vanligaste situationen när en våldtäkt mot barn bedöms som grovt brott är när de sexuella övergreppen pågått under lång tid, t.ex. av en närstående. Dessutom visar den orefererade praxisen att har fler än en förgripit sig mot barnet eller på annat sätt deltagit i övergreppet leder detta närmast regelmässigt till att det åtalas och döms för grovt brott.

Uttalandena i förarbetena är inte helt klara beträffande vilken nivå våldet eller hotet ungefär ska ha för att brottet ska anses som grovt. Kommittén hade menat att det borde vara tillräckligt med en ringa misshandel för att en våldtäkt mot barn ska kunna rubriceras som grov. Regeringen uttalade att den, i likhet med flera remissinstanser, delade kommitténs bedömning såtillvida att det inte bör ställas samma krav på arten och graden av tvång för att bedöma en

våldtäkt mot barn som grovt brott som när ett sådant brott riktar sig mot en vuxen person. Regeringen fortsatte:

Detta får anses som en naturlig följd av att det för straffansvar för våldtäkt mot barn inte längre krävs att gärningsmannen har använt något våld eller hot. Även mot den bakgrunden anser emellertid regeringen att det skulle leda till en alltför omfattande kriminalisering att låta alla sexuella övergrepp mot barn som begås med användande av någon form av tvång per automatik bedömas som grova brott. Regeringen anser därför att kravet på tvång bör sättas något högre än vad kommittén föreslagit för att kvalificera ett våldtäktsbrott som grovt. Det bör enligt regeringens mening åtminstone förutsättas att gärningsmannen har använt sådant våld eller hot om brottslig gärning som avses i den föreslagna bestämmelsen om våldtäkt mot vuxna. En närmare redogörelse av innebörden av det begreppet finns i avsnitt 7.1.3.<sup>50</sup>

Uttalandet är oklart så till vida att regeringen säger å ena sidan att kravet på tvång bör sättas något högre än kommittén föreslagit, dvs. högre än ringa misshandel, och å andra sidan att det åtminstone får förutsättas att gärningsmannen har använt ”sådant våld eller hot om brottslig gärning som avses i den föreslagna bestämmelsen om våldtäkt mot vuxna”. För tvång ska föreligga enligt våldtäktsbestämmelsen är det tillräckligt med de allra lindrigaste formerna av våld, i praktiken ett ”ofredandevåld”. Att detta dock inte skulle vara tillräckligt framgår av vad regeringen dessförinnan sagt om att användandet av någon form av tvång per automatik inte leder till att brottet blir grovt. Mer sannolikt är att regeringen egentligen med hänvisningen till *våldtäkt* mot vuxna avser att hänvisa till *grov våldtäkt* mot vuxna. Det våld eller hot om brottslig gärning som det talas om i det sammanhanget är misshandel av normalgraden och hot om misshandel. Nivån för grov våldtäkt mot vuxna är närmare bestämt en *allvarlig* misshandel, som inte behöver vara grov, och hot som kan medföra *allvarlig* kroppsskada. Eftersom nivån på krav på tvång beträffande brott mot barn är lägre torde något krav på att våldet eller hotet ska vara allvarligt på det sättet inte finnas. I sammanhanget måste understrykas att regeringen uttalat att det är en helhetsbedömning av samtliga omständigheter som förelegat vid den enskilda situationen som ska göras. Till följd härav kan det aldrig gå att urskilja en ”viss nivå” ifråga om våld eller hot för att en våldtäkt mot barn ska bli grovt brott.

---

<sup>50</sup> A. prop. s. 74 f.



*Våra slutsatser kring rättsläget*

Vår utvärdering av praxis, såväl i den särskilda genomgången av hovrättsavgöranden från första halvåret 2008 som övrig underrättspraxis vi tagit del av, ger vid handen att när det handlat om användande av endast ett lindrigare våld eller hot har rubriceringen stannat vid brott av normalgraden förutsatt att det inte funnits andra försvårande omständigheter. Detta är enligt vår mening en rättstillämpning som överensstämmer med lagstiftarens syn på gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och grov våldtäkt mot barn. Även om vi vid praxisgenomgången inte träffat på något fall där just nivån på ett våld eller hot varit avgörande för gränsdragningen talar det mesta för att det i rättstillämpningen ställs upp ett lägre krav på tvång beträffande barn än vuxna.

Utvärderingen ger vid handen att domstolarna – precis som lagstiftaren avsett – gör en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i målet när de avgör rubriceringsfrågan. Åklagarna förefaller också, med en lagom avvägning, välja att åtala för grovt brott när det finns skäl till det. Således har det inte i något fall förekommit att domstolarna uttalat att de av processuella skäl varit förhindrade att pröva frågan om ett våldtäktsbrott mot barn är grovt. Inte heller har vi fått intrycket att åklagarna väljer att rubricera ett brott som grovt enbart utifrån förekomsten av *en* försvårande omständighet utan att en helhetsbedömning görs.

Sammantaget är det vår uppfattning, efter genomförd utvärdering, att gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och grov våldtäkt mot barn fungerar tillfredsställande. Den grova rubriceringen förbehålls i praktiken de allra allvarligaste brotten, vilket också är rimligt. Det har som tidigare anförts varit lagstiftarens målsättning att det i större utsträckning än beträffande övergrepp mot vuxna bör komma ifråga att bedöma en våldtäkt mot barn som grovt brott. Såvitt vi kan bedöma är det vår uppfattning att denna målsättning har uppfyllts i rättstillämpningen.

## 10.5 Gradindelningen av brottet sexuellt övergrepp mot barn

**Bedömning:** Gränsdragningen i rättstillämpningen mellan sexuellt övergrepp mot barn och grovt sexuellt övergrepp mot barn fungerar generellt på det sätt som förutsatts i förarbetena till den nuvarande lagstiftningen.

De exempel på omständigheter som särskilt ska beaktas vid bedömningen av om ett sexuellt övergrepp mot barn är att anse som grovt är enligt bestämmelsen om fler än en förgripit sig på barnet eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller barnets låga ålder eller annars visat särskilt hänsynslöshet eller råhet.

### *Högsta domstolens praxis*

Högsta domstolen har beträffande sexuellt övergrepp mot barn prövat gränsdragningen mellan brott av normalgraden och grovt brott i tre avgöranden; NJA 2006 s. 221 och 2008 s. 1096 I och II.<sup>51</sup> Gärningarna bedömdes i samtliga fall som brott av normalgraden.

I det första avgörandet rörde det sig om en praktikant på en förskola som berört en fyraårig pojke i underlivet. Högsta domstolen motiverade sitt val i rubriceringsfrågan enligt följande.

Han har genom den ifrågavarande kortvariga beröringen vållat pojken övergående smärta men ingen iakttagbar fysisk skada. Varken tillvägagångssättet eller pojkens ålder utgör tillräckliga skäl för att det skall kunna anses att Y.F. genom sitt handlande visat särskild hänsynslöshet eller råhet. (Jfr a. prop. s. 81.) Han skall därför dömas för sexuellt övergrepp mot barn enligt 6 kap. 6 § första stycket BrB.

Straffvärdet av gärningen motsvarade enligt Högsta domstolens bedömning fängelse i sex månader.

Även i NJA 2008 s. 1096 I och II motiverade Högsta domstolen sitt ställningstagande i respektive mål med att varken tillvägagångssättet, målsägandens ålder eller omständigheterna i övrigt utgjorde tillräckliga skäl att bedöma gärningen som grovt sexuellt övergrepp mot barn. I det första avgörandet (I) hade en äldre man under brukande av visst våld dragit av en åttaårig flicka kläderna på under-

<sup>51</sup> Se vår praxissammanställning, bilaga 2. Se även avsnitt 10.2.1.

kroppen och utsatt henne för en sexuell handling som bestått i att han en kort stund tryckt sin penis mellan hennes skinkor. Den sexuella handlingen orsakade henne viss smärta. I det andra avgörandet (II) hade en styvpappa fört sitt finger på könsorganet på en femårig flicka och slickat henne där. Beröringarna orsakade henne ingen smärta.

Högsta domstolen gjorde ingen prövning av påföljderna i NJA 2008 s. 1096 I och II. I det första av avgörandena stod hovrättens påföljdsbestämning fängelse i åtta månader fast sedan Högsta domstolen inte meddelat prövningstillstånd i den frågan. I det andra avgörandet återförvisade Högsta domstolen hovrättens dom bl.a. i fråga om påföljd till hovrätten. I den efterföljande prövningen bestämde hovrätten påföljden för gärningen till fängelse i sex månader, vilket motsvarade straffvärdet av gärningen enligt hovrätten.

*Bilden i övrigt av rättsläget. Synpunkter vid samråd, underrättspraxis m.m.*

Den officiellt redovisade kriminalstatistiken avseende lagföringsbeslut efter huvudbrott ger ingen vägledning i frågan om hur vanligt förekommande det är att ett sexuellt övergrepp mot barn rubriceras som grovt brott. Detta eftersom såväl brott av normalgraden som grova brott redovisas gemensamt. I statistiken avseende *lagförda brott* finns dock en sådan uppdelning. Med lagförda brott avses samtliga brott som enskilda individer lagförts för. Dessa bygger på antal brott i lagföringsbeslut. Sedan år 2005 har antalet lagförda brott avseende sexuellt övergrepp mot barn, brott av normalgraden respektive grovt sexuellt övergrepp mot barn, varit de följande.

**Tabell 8** Antalet fall av sexuellt övergrepp mot barn och grovt sexuellt övergrepp mot barn i lagföringarna sedan år 2005<sup>52</sup>

År	6 § 1 st., sexuellt övergrepp mot barn*	6 § 2 st, grovt sexuellt övergrepp mot barn
2005	16 (6)	1 (0)
2006*	38 (14)	13 (6)
2007*	67 (26)	-
2008	108 (43)	4 (2)
2009	110 (32)	14 (2)

Källa: Brå

Vid våra samråd har vi tagit upp frågan om gränsdragningen mellan sexuellt övergrepp mot barn och grovt sådant brott. Inga synpunkter har då framkommit om att det skulle vara några problem i rättstillämpningen med avgränsningen mellan brotten. Dock har Högsta domstolens avgöranden i frågan från år 2008 rönt viss kritik. Särskilt beträffande det andra målet har sagts att gärningen utgjorde ett svårare brott än sexuellt övergrepp mot barn av normalgraden.

Materialet för vår särskilda genomgång av hovrättsavgöranden under första halvåret 2008 omfattade två domar där domstolarna dömde för grovt sexuellt övergrepp mot barn. Antalet domar där brottet av normalgraden förekom var tio, varav en var en av domarna där åtal för grovt brott prövades.

I de båda avgörandena från vår särskilda praxisgenomgång avseende grovt brott handlade det om upprepade övergrepp. I det ena fallet var det en pappa som förgripit sig på sina trillingflickor. Gärningarna mot den ena rubricerades som grova sexuella övergrepp medan gärningarna mot de andra rubricerades som brott av normalgraden.<sup>53</sup> I det andra fallet var det en till familjen närstående äldre man som förgripit sig på en flicka som var i sjuårsåldern när övergreppen började och i elvaårsåldern när de upphörde.<sup>54</sup> I båda domarna var också gränsdragningen mot våldtäkt mot barn aktuell. Omständigheten att det handlade om upprepade övergrepp hade en

<sup>52</sup> Inom parentes anges antalet fall där respektive brott utgjorde huvudbrott. För år 2007 finns det ingen särredovisning av brottet av normalgraden och grovt brott. Det ska observeras (\*) att under brottet sexuellt övergrepp mot barn räknas i den officiella kriminalstatistiken även det som före den 1 juli 1992 var brottet sexuellt umgänge med barn. 3 lagföringar år 2006 och en lagföring 2007 inkom under det brottet.

<sup>53</sup> Göta hovrätts dom den 30 maj 2008 i mål B 1015-08 (Skövde tingsrätts dom den 13 mars 2008 i mål B 1774-07). Avgörandet kommenteras även under avsnitt 10.2.1.

<sup>54</sup> Svea hovrätts dom den 30 april 2008 i mål B 1775-08 (Västmanlands tingsrätts dom den 21 februari 2008 i mål B 397-08).

stor betydelse för att rubriceringen grovt brott valdes i de två målen. I det sistnämnda avgörandet, som vi närmare ska beskriva här, bestod den sexuella handlingen i alla gärningar utom en av att mannen smekt flickans könsorgan. Den gärning som skiljde ut sig bestod i att mannen slickat på och vid flickans könsorgan vid ett tillfälle när hon var ca elva år. Domstolarna behandlade det orala övergreppet för sig och övriga övergrepp tillsammans. Smekningarna bedömdes som grova sexuella övergrepp. (Gärningar före lagändringen bedömdes som sexuellt utnyttjande av underårig.) Hovrätten skrev:

Målsäganden har uppgett att hon utsattes för de sexuella handlingarna vid så gott som varje besök hos S. och hans fru. Antalet besök per år har enligt målsäganden och hennes far varierat genom åren, allt mellan fem och tio besök per år. Övergreppen har till sin karaktär visserligen inte varit av särskilt allvarlig art men sammantaget framstår de närmast som systematiska. Det sexuella utnyttjandet och de sexuella övergreppen har skett under en lång tid och vid många tillfällen. Med hänsyn härtill och till att övergreppen riktats mot ett barn som när handlandet inleddes var endast sju år gammalt, är brotten att bedöma som grova såväl beträffande övergreppen för den 1 april 2005 som därefter.

Beträffande det orala övergreppet rubricerade hovrätten detta som ett grovt brott med hänvisning till den allvarliga kränkningen och flickans låga ålder.

Bland övrig praxis vi studerat har vi funnit ytterligare ett orefererat avgörande där gränsdragningsfrågan var aktuell och diskuterades närmare.<sup>55</sup> I det hovrättsavgörandet stannade tingsrätten och hovrätten dock för att rubricera gärningen som brott av normalgraden. Åklagaren hade i målet yrkat ansvar för våldtäkt mot barn eller i andra hand grovt sexuellt övergrepp mot barn. Den sexuella handling som den tilltalade dömdes för var att han under en kväll som barnvakt åt en sexårig flicka först hade visat henne pornografiska bilder och förmått henne att ta på stringtrosor. Han hade sedan (samma kväll) vid två tillfällen klätt av sig naken och onanerat inför henne. Vid ett av tillfällena hade han förmått henne att ta och klämma på hans penis. Han hade då fått utlösning och förmått henne att smaka på sperman. Mannen var en nära vän till familjen. Tingsrätten gjorde bedömningen att varken tillvägagångssättet eller omständigheterna i övrigt i detta fall utgjorde tillräckliga skäl för att det ska kunna anses att mannen genom sitt handlande visat särskild

<sup>55</sup> Svea hovrätts dom den 16 oktober 2009 i mål B 1446-09 (Attunda tingsrätts dom den 21 januari 2009 i mål B 8214-08).

hänsynslöshet eller råhet. Tingsrätten dömde mannen till fängelse i åtta månader. Hovrätten skrev att det visserligen förelåg vissa försvårande omständigheter som gör att det finns anledning att se mycket allvarligt på gärningen, såsom det utdragna händelseförloppet och det förhållandet att målsäganden vid tillfället var i mannens vård. Hovrätten instämde emellertid sedan i tingsrättens bedömning att omständigheterna inte kunde anses utgöra tillräckliga skäl att anse att brottet är grovt och fastställde tingsrättens dom.

#### *Våra slutsatser kring rättsläget*

Utvärderingen har visat att det är förhållandevis ovanligt att det i domstolarna döms för grovt sexuellt övergrepp mot barn. Kriminalstatistikens uppgifter om antalet lagföringsbeslut med olika brott som huvudpåföljd ger dock vid handen att brottet sexuellt övergrepp mot barn, både brott av normalgraden och grova brott, också är klart mindre vanligt förekommande än våldtäkt mot barn. Således har det sedan år 2006 dömts för sexuellt övergrepp mot barn i 20 fall år 2006, 25 år 2007, 45 år 2008 och 34 fall år 2009. Att andelen grova brott är sällsynta är mot den bakgrunden naturligt.

Högsta domstolen har genom de vägledande avgörandena på området visat att "nivån" på gärningen för att grovt brott ska föreligga ska vara ganska hög. Även om brottsrubriceringen i NJA 2008 s. 1096 I och II, och då särskilt i det första av avgörandena, kan sägas vara påfallande mild mot bakgrund av vad som framkommit i referaten finns det inget stöd för att säga att rättstillämpningen är felaktig. Tvärtom synes avgörandena vara i linje med tankarna bakom införandet av det grova brottet. Lagstiftarens uttalanden kring avgränsningen mellan sexuellt övergrepp mot barn och grovt sådant brott är allmänt hållna. Det har överlämnats åt rättstillämpningen att närmare avgränsa tillämpningsområdet för respektive brott. Mot bakgrund av den restriktiva syn som gäller, såväl generellt inom straffrätten som beträffande aktuell brottstyp, att rubricera ett brott som grovt måste det således konstateras att underrätterna har goda skäl att följa den vägledande praxis som finns på området. En helt annan fråga är den om vilken vägledning avgörandena innebär i fråga om bedömning av straffvärde samt frågan om straffskalorna av brotten är väl avvägda. Till detta återkommer vi i avsnitt 10.8.3.

Att rubriceringen blev grovt brott i de ovan två nämnda orefererade avgörandena förefaller vara helt i enlighet med lagstift-

arens intentioner och strider inte på något sätt mot Högsta domstolens praxis. I de orefererade avgörandena handlade det om närmast systematiska övergrepp medan Högsta domstolen i sina avgöranden prövade en enstaka gärning. Just fall där en gärningsman har utnyttjat ett barn sexuellt vid upprepade tillfällen anges i propositionen som ett exempel på brott som kan bedömas som grova.<sup>56</sup> Beträffande det tredje orefererade avgörandet ställer vi oss dock tveksamma till domstolarnas rubricering. Av vad som framkommit genom domskälen förefaller omständigheterna varit av sådant allvarligt slag som innebär ett högt straffvärde och att gärningen rubriceras som grovt.

Sammantaget är det dock vår uppfattning efter genomförd utvärdering att gränsdragningen mellan sexuellt övergrepp mot barn och grovt sådant brott fungerar tillfredställande i rättstillämpningen. Utvärderingen ger vid handen att åklagarna på ett väl avvägt sätt väljer när det finns skäl att gå fram med ett åtal för grovt brott. I likhet med gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och grovt sådant brott har vi inte beträffande här aktuella brott funnit några fall där domstolarna av processuella skäl varit förhindrade att pröva om ett sexuellt övergrepp mot barn utgör grovt brott.

## 10.6 Särskilt om brottet utnyttjande av barn för sexuell posering

**Bedömning:** Med hänsyn till att underlaget för utvärderingen har varit mycket begränsat är det inte möjligt att dra några säkra slutsatser gällande frågan om det finns några problem vid tillämpningen av brottet utnyttjande av barn för sexuell posering.

### *Kriminalstatistiken*

Brottet utnyttjande av barn för sexuell posering infördes genom 2005 års reform. Utvärderingen visar att lagföringar gällande brottet är förhållandevis sällsynta. Enligt den officiella kriminalstatistiken har det årligen varit omkring fem lagföringsbeslut med det brottet som huvudbrott<sup>57</sup> sedan år 2006; tre år 2006, sex år 2007, fem år 2008,

<sup>56</sup> A. prop. s. 145.

<sup>57</sup> Statistiken avseende domar omfattar endast tingsrättsdomar. Ändras domen i högre instans förändrar det inte statistiken. Döms en person för olika typer av brott redovisas endast det

varav en åtalsunderlåtelse, och 4 år 2009. Statistiken avseende lagförda brott visar att lagföringarna i samtliga dessa fall har rört brott av normalgraden.

Av den officiella statistiken framgår även vilken typ av påföljd personerna som lagförts fått, även om straffmätningen inte preciseras i uppgifterna, se tabell 9.

**Tabell 9** Påföljdsval i lagföringsbeslut med utnyttjande av barn för sexuell posering, brott av normalgraden eller grovt, som huvudbrott

År	Fängelse	Skydds- tillsyn	Villkorlig dom	Ungdoms- tjänst	Böter i dom	Böter i strafföreläggande
2006					1	2
2007			3	2		1
2008			3		1	
2009	1	1			1	1

Källa: Brå

Straffvärdet har uppenbarligen i flera fall legat på fängelsenivå eftersom påföljden bestämts till villkorlig dom. I vissa andra fall synes straffvärdet ha legat på bötesnivå. Dock bör beträffande fallen där straffet bestämts till böter påpekas att det är oklart huruvida gärningsmannen varit en person under 21 år där dennes ålder har beaktats eller om andra omständigheter förelegat som påverkat straffmätningen och påföljdsvalet. Beträffande fall där ungdomstjänst valts är det oklart om straffvärdet motsvarat böter eller fängelse.

*Bilden i övrigt av rättsläget. Synpunkter vid samråd, underrättspraxis m.m.*

Refererade praxis på området saknas. Utnyttjande av barn för sexuell posering, brott av normalgraden, var aktuellt i två av hovrättsavgörandena från första halvåret 2008. Därutöver har vi tagit del av ytterligare ett par orefererade avgöranden. Vi har inte funnit något fall där det dömts för grovt brott. Endast i ett fall som vi studerat

svåraste brottet, sett till straffskalan, vilket betecknas huvudbrottet. Av detta följer att det kan finnas en viss osäkerhet i talen. Vår praxisgenomgång visade att i två av de tre domar där brottet var aktuellt dömdes även för brott av svårare slag. Att dessa två personer dömts för utnyttjande av barn för sexuell posering framgår således inte av kriminalstatistiken. Av statistiken avseende lagförda brott följer att *antalet fall* av lagföring för brottet har varit tio år 2006, 15 år 2007, 25 år 2008 och 32 år 2009. Av fallen år 2009 avsåg ett lagföring för det grova brottet.



gick det att utröna något beträffande domstolens syn på straffvärdebedömningen av gärningen: Påföljden för ett fall av utnyttjande av barn för sexuell posering blev skyddstillsyn och således låg gärningen straffvärdemässigt på fängelsenivå. Beträffande övriga fall dömdes gärningsmannen även för annan och svårare brottslighet, sett till straffskalan.

#### *Våra slutsatser kring rättsläget*

Med hänsyn till att underlaget för utvärderingen har varit mycket begränsat är det inte möjligt att dra några säkra slutsatser gällande frågan om det finns några problem i tillämpningen av brottet utnyttjande av barn för sexuell posering. Likväl, med den begränsade bild vi har av rättsläget, ska det framhållas att inget talar emot att rättstillämpningen fungerar på ett tillfredsställande sätt.

### **10.7 Särskilt om brottet köp av sexuell handling av barn**

**Bedömning:** Med hänsyn till att underlaget för utvärderingen har varit mycket begränsat är det inte möjligt att dra några säkra slutsatser gällande frågan om det finns några problem vid tillämpningen av brottet köp av sexuell handling av barn.

#### *Kriminalstatistiken*

Utvärderingen visar att lagföringar gällande brottet köp av sexuell handling av barn är förhållandevis sällsynta. Enligt den officiella kriminalstatistiken har det årligen varit omkring fem lagföringsbeslut med det brottet som huvudbrott<sup>58</sup> sedan reformen; en år 2006, sex år 2007, fyra år 2008 och sex år 2009. Av statistiken framgår även vilken typ av påföljd de lagförda personerna fått, även om straffmätningen inte preciseras i uppgifterna, se tabell 10.

<sup>58</sup> Statistiken avseende domar omfattar endast tingsrättsdomar. Ändras domen i högre instans förändrar det inte statistiken. Döms en person för olika typer av brott redovisas endast det svåraste brottet, sett till straffskalan, vilket betecknas huvudbrottet. Av detta följer att det kan finnas en viss osäkerhet i talen.

**Tabell 10** Påföljdsval i lagföringsbeslut med köp av sexuell handling av barn om huvudbrott

År	Fängelse	Skyddstillsyn med kontraktsvård	Skyddstillsyn med samhällstjänst	Villkorlig dom med samhällstjänst
2006				
2007			1	1
2008	1			
2009	1	1		1

År	Skyddstillsyn utan samhällstjänst	Villkorlig dom i strafföreläggande	Ungdoms-tjänst	Böter i dom	Böter i strafföreläggande
2006					1
2007	1			1	2
2008			2		1
2009		1		2	

Källa: Brå

I likhet med brottet utnyttjande av barn för sexuell posering har straffvärdet uppenbarligen i flera fall legat på fängelsenivå med tanke på påföljdsvalet. I vissa andra fall tycks straffvärdet ha legat på bötesnivå. Eftersom uppgift saknas om ålder och personliga omständigheter hos gärningsmännen är det dock oklart om straffvärdet motsvarat böter eller fängelse i de fall där böter valts som påföljd.

*Bilden av rättsläget. Synpunkter vid samråd, underrättspraxis m.m.*

Avgörande från Högsta domstolen på området saknas. Ett refererat hovrättsavgörande finns som gäller brottet köp av sexuell handling av barn; RH 2008:79.<sup>59</sup> Omständigheterna i målet var följande. En 25-årig man åtalades och dömdes för köp av sexuell handling av barn. Han hade förmått en 15-årig flicka att suga på hans penis, att tåla att han själv stack in fingrar i hennes underliv och anus samt hade han genomfört ett vaginalt samlag med henne. I samband med detta hade han också tilltalat henne kränkande. Den ersättning hon fick bestod i en flaska whiskey. Det var i målet utrett att gärnings-

<sup>59</sup> Se vår praxissammanställning, bilaga 2.

mannen led av en utvecklingsstörning och i förståndshänseende närmast var att betrakta som en tonåring. Tingsrätten fann att brottet låg på bötesnivå. Hovrätten däremot fann att straffvärdet av gärningen motsvarade åtminstone ett par månaders fängelse. Hovrätten anförde att brottets art i och för sig var sådant att det förelåg skäl att bestämma påföljden till fängelse. Med hänsyn till gärningsmannens personliga förhållanden bestämdes påföljden emellertid till skyddstillsyn vilken, med hänsyn till brottets art, förenades med 150 dagsböter.

I den av oss särskilt genomgångna hovrättspraxisen finns ett mål som gäller köp av sexuell handling av barn.<sup>60</sup> En man hade åtalats för försök till det brottet. Enligt åtalet hade brottet skett vid flera tillfällen och riktats mot fyra målsägande, vilka var under 15 år. Gärningarna bestod i att han försökt förmå barnen att mot pengar eller cigaretter låta honom genomföra en sexuell handling med honom, t.ex. gnida sin penis mellan deras skinkor. Barnen brukade vistas hos mannen och umgås med honom. Domstolarna fann att fara för brottets fullbordan förelegat och mannen dömdes försök till köp av sexuell handling av barn. Mannen dömdes även för annan sexualbrottslighet riktad mot barnen. Enligt tingsrätten, vars bedömning hovrätten anslöt sig till, var försökspunkten uppnådd genom att ett erbjudande om betalning lämnats.

Vid genomgång av annan orefererad underrättspraxis har vi funnit ytterligare avgöranden gällande köp av sexuell handling av barn. I ett av dessa avgöranden prövades försök till sådant brott. Åtalet ogillades i hovrätten med motiveringen att fara för brottets fullbordan inte förelegat.<sup>61</sup> Hovrätten anförde att det av de båda målsägandenas uppgifter framgick att det inte föresvävat någon av dem att ens överväga förslaget, än mindre att svara ja på hans fråga. Vidare anförde hovrätten att mannen inte på något sätt försökt övertala någon av flickorna att ändra sig.

De två kommenterade orefererade avgörandena handlar båda om otjänliga försöks straffbarhet. I båda fallen svarade barnen som fick förfrågan från mannen nej. Som hovrätten uttryckligen anför i det första avgörandet torde försökspunkten vara uppnådd när ett erbjudande om betalning har lämnats.<sup>62</sup> Ansvar för försök förutsätter

<sup>60</sup> Göta hovrätts dom den 3 december 2007 i mål B 2581-07 (Kalmar tingsrätts dom den 25 september 2007 i mål B 2732-07).

<sup>61</sup> Hovrättens över Skåne och Blekinge dom den 2 juni 2008 i mål B 2447-07 (Kristianstads tingsrätts dom den 1 oktober 2007 i mål B 1556-06) Åtalet ogillades i tingsrätten på grund av bristande bevisning.

<sup>62</sup> Prop. 1997/98:55 s. 137.

därutöver enligt 23 kap. 1 § brottsbalken att det förelegat fara för att handlingen skulle ha lett till brottets fullbordan eller att sådan fara varit utesluten på grund av tillfälliga omständigheter. För straffbarhet av fall av nu aktuellt slag, där det inte föreligger konkret fara för brottets fullbordan, krävs att det vid en objektiv bedömning utifrån gärningsmannens position ska framstå som plausibelt att hans uppsåt kommer att förverkligas.<sup>63</sup> Utgångspunkten för ogillandet i det andra av avgörandena var också just, som det får förstås, att faran inte var utesluten närmast av slumpen utan eftersom ”brottsplanen” innehöll en djupgående brist.

#### *Våra slutsatser kring rättsläget*

Med hänsyn till att underlaget för utvärderingen har varit mycket begränsat är det inte möjligt att dra några säkra slutsatser gällande frågan om det finns några problem vid tillämpningen av brottet köp av sexuell handling av barn. Likväl, med den begränsade bild vi har av rättsläget, ska det framhållas att inget talar emot att rättstillämpningen fungerar på ett tillfredsställande sätt. Särskilt beträffande påföljdsbestämningen för brottet ger varken kriminalstatistiken eller vår praxisundersökning något svar på frågan om det finns någon enhetlig rättstillämpning på området. Det mest tydliga avgörandet i fråga om principer för påföljdsbestämningen är RH 2008:79. Slutsatsen av det avgörandet är att när straffvärdet är på fängelsenivå finns det ofta anledning att överväga ett fängelsestraff med hänsyn till brottets art. Beträffande fall där straffvärdet av gärningen kan motsvara ett bötesstraff gavs i förarbetena till reformen det exemplet att ersättning i någon form visserligen förekommit men där offret är nära 18 års ålder och omständigheterna även i övrigt är sådana att straffvärdet är lågt.<sup>64</sup> Vi återkommer i nästa avsnitt till frågan om gärningar som utgör köp av sexuell tjänst av barn bestraffas strängare nu jämfört med före reformen.

---

<sup>63</sup> Se Nils Jareborg, a. a. s. 387 och Petter Asp, Magnus Ulväng och Nils Jareborg, a. a. s. 438.

<sup>64</sup> Prop. 2004/05:45 s. 93.

## 10.8 Straffskalor och straffvärdebedömningar

### 10.8.1 Har en straffskärpning skett?

**Bedömning:** Sexualbrott mot barn tillmäts generellt ett högre straffvärde jämfört med före reformen. Särskilt beträffande gärningar som rubriceras som våldtäkt mot barn har reformen inneburit en väsentlig straffskärpning.

Ett av huvudsyftena med 2005 års reform var att skärpa lagstiftningen ifråga om sexualbrott mot barn. Häri får anses ligga en generell förväntan från lagstiftarens sida om en strängare straffvärdebedömning. Brotten våldtäkt mot barn och grov våldtäkt mot barn fick således en strängare straffskala än brottet sexuellt utnyttjande av underårig, som var gradindelad i ett brott av normalgraden och ett grovt brott. Straffskalan för brottet sexuellt utnyttjande av barn motsvarar emellertid den som gällde för normalgraden av brottet sexuellt utnyttjande av underårig. Vidare ryms straffskalorna för det gradindelade brottet sexuellt övergrepp mot barn inom straffskalorna för de båda svårhetsgraderna av sexuellt utnyttjande av underårig. Även beträffande övriga särskilda straffbestämmelser som enbart skyddar barn ger straffskalorna ett större utrymme i fråga om straffvärdebedömningar än den äldre rätten gav för motsvarande brott.

Vi har kunnat konstatera att de fall som tidigare utgjorde ett sexuellt utnyttjande av underårig nu som huvudregel rubriceras som våldtäkt mot barn. Följden av detta är att det också helt klart har skett en skärpning av straffen beträffande dessa typer av gärningar jämfört med före reformen. Den genomgång av orefererad praxis vi gjort visar att "normalstraffvärdet" för en gärning som rubriceras som våldtäkt mot barn motsvarar fängelse i två år, förutsatt att någon försvårande omständighet inte förelegat. Har en försvårande omständighet förekommit, t.ex. våld eller missbruk av ett barns tillit, har detta beaktats och straffvärdet ökat.

Underlaget för att bedöma frågan huruvida det även beträffande de fall som efter reformen bedöms som sexuellt utnyttjande av barn har blivit någon förändrad syn på straffvärdet har varit något begränsat. Dock är det vår uppfattning efter utvärderingen att en skärpning i synen på straffvärdet av dessa gärningar ändå har skett.

Högsta domstolen påtalade också i NJA 2006 s. 79 I och II<sup>65</sup> angående straffvärdbedömningar av gärningar enligt 6 kap. 5 § brottsbalken att även om den nya lagstiftningen i nu aktuellt hänseende inte innefattar någon utvidgning av det straffbara området får den anses innebära att sexualbrott som riktas mot barn numera i allmänhet bör tillmätas ett högre straffvärde än vad som ansågs vara fallet enligt den tidigare regleringen. Straffvärdet av gärningen i NJA 2006 s. 79 II låg helt klart över straffvärdena i de refererade avgörandena avseende äldre rätt medan straffvärdet av gärningen i NJA 2006 s. 79 I låg under det i NJA 2003 s. 313. Skälet till detta torde vara att flickan i det äldre avgörandet var kraftigt berusad, vilket enligt Högsta domstolen var en försvårande omständighet vid straffvärdebedömningen. Vi återkommer i nästa avsnitt till straffskalan för och straffvärdebedömningarna av denna brottstyp.

Den jämförelse mellan praxis före och efter reformen avseende gärningar som i dag bedöms som sexuellt övergrepp mot barn ger vid handen att det även har blivit en skärpt syn i fråga om straffvärdebedömningarna av de gärningarna.<sup>66</sup> Vi återkommer i avsnitt 10.8.3 till straffskalorna för brottet.

I fråga om övriga brott mot barn medger underlaget vid utvärderingen inte några slutsatser i fråga om synen på straffvärde nu jämfört med före reformen. Domar avseende brotten utnyttjande av barn för sexuell posering respektive köp av sexuell handling av barn har varit mycket litet till antalet och dessutom även innehållit andra gärningar, varför det inte gått att utläsa hur domstolarna resonerat just i fråga om straffvärde för de enskilda brotten. Eftersom en skärpning skett genom reformen i synen på dessa två typer av gärningar (genom att de nu straffas enligt en svårare straffskala) bör man ändå kunna utgå från att de nu tillmätas ett högre straffvärde.

Den samlade bilden vi fått av rättstillämpningen är således att sexualbrotten mot barn efter reformen generellt tillmätas ett högre straffvärde jämfört med före. Särskilt beträffande gärningar som rubriceras som våldtäkt mot barn har detta lett till en väsentlig straffskärpning.

---

<sup>65</sup> S. 88.

<sup>66</sup> Beträffande praxis före reformen se bl.a. NJA 1991 s. 228 och 1992 s. 585 (se vår praxis-sammanställning, bilaga 2).

### 10.8.2 Särskilt om straffskalan för brottet sexuellt utnyttjande av barn

**Bedömning:** Straffskalan för brottet sexuellt utnyttjande av barn bör ges en annan utformning än den har i den nuvarande lagstiftningen. Detta för att utjämna tröskeeffekter i straffvärdehänseende mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn.

I samband med att vi behandlade avgränsningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn konstaterade vi att straffen för sexuellt utnyttjande av barn oftast ligger från och med fängelse i sex månader upp till och med fängelse i ett år. Straffvärdena av gärningarna tycks också ha legat inom detta intervall. Straffvärdet av en gärning som rubriceras som våldtäkt mot barn bedöms normalt motsvara fängelse i två år, förutsatt att någon försvårande omständighet inte förelegat såsom misshandel.

Den slutsats som kan dras av vår utvärdering av praxis är att det här finns en tydlig tröskeeffekt i straffvärdehänseende. Straffet för två olika gärningar, som med hänsyn till likheter och skillnader i gärningsomständigheter borde ligga nära varandra straffvärdemässigt, men där avgränsningen faller ut på det sättet att den ena rubriceras som våldtäkt mot barn och den andra som sexuellt utnyttjande av barn kan således bli *antingen* fängelse i två år *eller* fängelse i sex månader eller något högre. Enligt vår uppfattning är denna skillnad i straffvärde allt för stor. Det bör därför övervägas om straffskalan för sexuellt utnyttjande av barn bör ändras och tröskel-effekten därmed utjämnas i vart fall i viss mån.

### 10.8.3 Särskilt om straffskalorna för brottet sexuellt övergrepp mot barn

**Bedömning:** Straffskalorna för brottet sexuellt övergrepp mot barn bör ges en annan utformning än de har i den nuvarande lagstiftningen. Detta för att utjämna tröskeeffekter i straffvärdehänseende mellan våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn.

Vi har tidigare pekat på den tydliga tröskeeffekt i straffvärdehänseende som finns mellan brotten våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn. Till synes ganska ringa skillnader i handlingssätt hos gärningsmannen kan således leda till att straffvärdet anses motsvara antingen fängelse två år, om gärningen rubriceras som våldtäkt mot barn, eller omkring fängelse sex månader, om den i stället bedöms som sexuellt övergrepp mot barn. Som vi också påpekat kan det med fog ifrågasättas om skillnaderna i kränkning vid de olika handlingssätten är sådana att dessa skillnader i straffvärde är motiverade.

Samtidigt har vi kunnat konstatera att domstolarnas tillämpning av straffskalan för sexuellt övergrepp mot barn inte har varit enhetlig. En fråga vi funnit skäl att särskilt belysa är den "tendens" vi funnit i en del domar att beträffande *en* enstaka gärning utgörande ett sexuellt övergrepp mot barn mäta ut ett fängelsestraff som motsvarar, eller t.o.m. överstiger, minimistraflet för grovt sexuellt övergrepp mot barn. Straffskalorna för de olika graderna av brottet sexuellt övergrepp mot barn är fängelse i högst två år för brott av normalgraden och fängelse i lägst sex månader och högst sex år för grovt brott. Straffskalorna överlappar varandra på det sätt att fängelse från och med sex månader till och med två år är gemensam för de båda graderna av brottet.

Vad domstolarna gjort i de fall vi vill peka på är att de har tillämpat den överlappande delen av straffskalan. Således har Högsta domstolen i NJA 2006 s. 221 bestämt påföljden för ett brott av normalgraden till fängelse i sex månader, vilket motsvarade straffvärdet av gärningen enligt domstolens bedömning. I NJA 2008 s. 1096 I hade hovrätten, som gjort samma bedömning i fråga om rubricering av brottet som Högsta domstolen, bestämt påföljden för gärningen till fängelse i åtta månader. Av referatet framgår inte hovrättens straffvärdebedömning men hovrätten säger att den vid straffmätningen beaktat den tilltalades höga ålder. Således har straffvärdet varit högre än åtta månader enligt hovrättens mening. Högsta domstolen prövade endast hur gärningen skulle rubriceras. Eftersom prövningstillstånd inte meddelades i påföljdsfrågan stod hovrättens dom i fråga om påföljden åtta månader fast.

Även om prejudikatfrågan i Högsta domstolen i dessa båda fall gällde andra frågor än påföljdsfrågan, och domstolen inte ens i det sistnämnda fallet prövade den frågan, kan inte bortses från vad påföljderna blev i praktiken. Underrätterna tycks också ha tagit intryck av detta.



I NJA 2008 s. 1096 II prövade Högsta domstolen inte heller påföljdsfrågan. Sedan hovrättens dom i bl.a. den delen undanröjts och målet visats åter till hovrätten bestämde hovrätten i en ny prövning påföljden för gärningen till fängelse i sex månader, vilket motsvarade straffvärdet av gärningen enligt hovrätten.

Vi har också vid vår genomgång av orefererad praxis sett exempel på domar där domstolarna för en gärning bestämt påföljden till fängelse i sex månader eller därutöver. Omständigheterna har inte varit särpräglade på ett sätt som kunde tänkas påverka straffmätningen mycket. I en dom, där straffmätningen avvek väsentligen från andra vi sett, bestämdes påföljden till fängelse i ett år och sex månader.<sup>67</sup> Gärningsmannen dömdes för att dels ha fört sina fingrar mellan blygdläpparna på en femårig flicka (inte i slidan), dels fört hennes hand till sin penis. Mannen var en bekant till familjen. Åklagaren hade yrkat ansvar för våldtäkt mot barn. Hovrätten anförde att gärningen inte var jämförlig med samlag men att den låg samlaget nära. Domstolen förde inget resonemang kring om gärningen utgjorde ett grovt sexuellt övergrepp mot barn.

Överlappande straffskalor är vanligt förekommande. Vi vill påstå att generellt sett tillämpar domstolarna inte – i vart fall inte beträffande andra brottstyper än den här aktuella – den överlappande delen av en straffskala om domstolen inte har mycket goda skäl för det. Sådana skäl, vilka i praktiken mycket sällan finns, kan exempelvis vara att det med stöd av 29 kap. 4 § brottsbalken finns skäl att beakta en tidigare brottslighet vid straffmätningen eller att det föreligger vissa straffvärdefaktorer som inte kan beaktas vid bedömningen av till vilken grad ett visst brott hör med som ändå bör påverka straffmätningen.<sup>68</sup> Ett exempel där Högsta domstolen tidigare dömt ut ett straff som motsvarade minimi- straffet för en högre grad av brottet är NJA 1999 s. 25. Domstolen dömdes där för ett rånbrott (av normalgraden) till fängelse i fyra år. Omständigheterna var dock något särpräglade.

Mer nära till hands är att domstolen när den finner att straffvärdet av en enstaka gärning är så högt att det ligger i nivå med ett brott av svårare grad återigen ska överväga att i stället döma för det brottet. Beträffande de sexuella övergreppen mot barn skulle de i så fall i stället kunna ha bedömts som grova brott. I sammanhanget är

<sup>67</sup> Hovrättens för Västra Sverige dom den 5 juni 2008 i mål B 1041-08 (Varbergs tingsrätts dom den 30 november 2007 i mål B 353-07).

<sup>68</sup> Se prop. 1987/88:120 s. 79, Magnus Ulväng, Påföljskonkurrens – Problem och principer, s. 162 f. och Martin Borgeke, Att bestämma påföljd för brott, s. 136 ff.

emellertid viktigt att understryka frågan om till vilken grad ett brott är att hänföra ska avgöras före straffmätningen. Vidare avgörs frågan till vilken grad ett visst brott hör inte enligt helt samma kriterier som straffmätningen. Avgörande för gradindelningen är i allmänhet omständigheter av objektiv betydelse medan det vid straffmätningen inom en viss straffskala ofta är omständigheter av subjektiv betydelse som får betydelse.<sup>69</sup>

Det kan således sägas vara ett faktum att domstolarna, i vart fall ibland, använder den överlappande delen av straffskalan för sexuellt övergrepp mot barn vid *ett* sådant brott. Detta är enligt vår uppfattning ett problem i sig. Först och främst därför att det strider mot tankarna bakom straffsystemet och principer för påföljdsbestämning. Dessutom innebär detta att lika fall kan komma att behandlas olika i straffvärdehänseende, vilket måste betraktas som en brist i förutsägbarhet. Slutligen finns också en risk att en sådan rättstillämpning påverkar och skapar en osäkerhet beträffande påföljdsbestämningen avseende andra gradindelade brott, där det sedan tidigare finns en mer fast praxis. Frågan vi därför ställer oss är om praxisbilden ger uttryck för en brist beträffande hur straffskalorna för brottet sexuellt övergrepp mot barn är utformade.

Den nu beskrivna problematiken i förening med den tidigare beskrivna tydliga tröskel i straffvärdehänseende som finns mellan gärningar som bedöms som våldtäkt mot barn respektive sexuellt övergrepp mot barn utgör enligt vår mening en brist i den nuvarande lagstiftningen och straffskalorna bör, om möjligt, ges en ny utformning där skillnaderna utjämnas i vart fall en del.

## 10.9 Överväganden och förslag gällande brott mot barn

### 10.9.1 En sammanfattning av de brister vi funnit i den nuvarande regleringen eller tillämpningen av denna

I det föregående har vi redovisat våra erfarenheter av hur skyddet för barn efter 2005 års sexualbrottsreform har blivit i praktiken och om syftet med reformen att stärka barns skydd mot sexualbrott har uppfyllts. Erfarenheterna kan sammanfattas med att tillämpningen av lagstiftningen i denna del i det stora hela fungerar på det sätt som avsetts och att skyddet för barn har förstärkts. I vissa delar av

---

<sup>69</sup> Se a. prop. s. 79.

regleringen eller tillämpningen av denna har vi dock funnit brister. Dessa sammanfattas enligt följande.

#### *Gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn*

Det finns skäl att ifrågasätta om det, för att ett brott ska rubriceras som våldtäkt mot barn, även i fortsättningen ska ställas upp ett krav på att samlag eller en handling jämförlig med samlag har förekommit. Erfarenheten från utvärderingen är att ganska tekniska överväganden kring själva sexualhandlingen ibland blir avgörande för gränsdragningen i stället för en bedömning av nivån på kränkningen. Huruvida penetration har skett eller inte tycks ha en stor betydelse för gränsdragningen.

#### *Straffskalan för brottet sexuellt utnyttjande av barn*

Tröskeeffekten i straffvärdehänseende mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn är påtaglig för gärningar som med hänsyn till likheter och skillnader i straffvärdehänseende borde ligga tämligen nära varandra straffvärdemässigt. Straffskalan för brottet sexuellt utnyttjande av barn bör därför, om möjligt, ges en annan utformning än den har i den nuvarande lagstiftningen.

#### *Straffskalorna för brottet sexuellt övergrepp mot barn*

Brottet sexuellt övergrepp mot barn har två straffskalor, en för normalgraden av brottet och en för det grova brottet. Straffskalorna överlappar varandra på det sätt att fängelse från och med sex månader till och med två år är gemensam för de båda graderna av brottet. Domstolarna tycks, i vart fall ibland, för ett brott av normalgraden använda den ”överlappande delen” genom att de mäter ut ett fängelsestraff som motsvarar, eller t.o.m. överstiger, minimistraffet för grovt sexuellt övergrepp mot barn. Detta är ett problem enligt vår uppfattning, eftersom det strider mot de allmänna principerna för påföljdsbestämning. Ett skäl till rättsutvecklingen kan vara att det utrymme av straffskalan för brottet av normalgraden som inte är gemensam med det grova brottet är alltför snävt. Vidare kan ett skäl vara att tröskeeffekten i straffvärdehänseende

mellan våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn upplevs vara alltför hög för gärningar som med hänsyn till ringa skillnader i omständigheter, så som gärningsmannens handlingssätt, borde ligga tämligen nära varandra straffvärdemässigt. Straffskalorna för brottet sexuellt övergrepp mot barn – eller i vart fall en av dem – bör därför, om möjligt, ges en annan utformning än i gällande rätt.

### **10.9.2 Olika modeller för att förstärka skyddet för barn mot sexualbrott**

I detta avsnitt presenterar vi de olika modeller som vi bedömt som tänkbara för att åtgärda de brister som vi funnit i gällande rätt eller tillämpningen av denna när det gäller det särskilda skyddet för barn mot sexualbrott. I nästa avsnitt redovisar vi våra överväganden och förslag.

#### **10.9.2.1 Gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn. Straffskalorna för brottet sexuellt övergrepp mot barn**

*Alternativ 1. För brottet våldtäkt mot barn ta bort samlaget som jämförelsenorm. Ta bort brottet sexuellt övergrepp mot barn*

Barns upplevelse av sexuella övergrepp kan inte direkt jämföras med vuxnas upplevelse av kränkning av sådana övergrepp. Med den utgångspunkten, samt antagandet att det beträffande brott mot barn i större utsträckning än beträffande brott mot vuxna saknar betydelse för kränkningen vilken karaktär en gärning har som är att beteckna som en ”sexuell handling”, borde samlaget som jämförelsenorm inte vara relevant för avgränsningen av brottet våldtäkt mot barn. Särskilt gäller detta beträffande de yngre barnen, de som inte har kommit i puberteten.

Kravet i 6 kap. 4 § brottsbalken, att det för ansvar för våldtäkt mot barn ska vara fråga om en sexuell handling som utgör samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag, kan enligt detta alternativ tas bort. I stället bör det som ska vara avgörande för straffbudets tillämplighet vara om det är en sexuell handling eller inte. Övergreppets natur blir i stället en del av den samlade bedömningen av omständigheterna kring övergreppet.

Brottet våldtäkt mot barn bör vara gradindelad i tre grader; grovt brott, brott av normalgraden och ett mindre allvarligt brott. Det mindre allvarliga brottet bör även fortsättningsvis betecknas som sexuellt utnyttjande av barn. Förutom dagens tillämpningsområde för brottet, för de s.k. tonårsfallen, bör det även omfatta andra brott mot barn, i olika åldrar, som bedöms som mindre allvarliga. Brottet våldtäkt mot barn ska således även med detta alternativ vara grundformen av brottet men brottet ska alltjämt vara reserverat för de allvarligaste sexualbrotten mot barn.

Ändras 6 kap. 4 § brottsbalken på detta sätt kan det konstateras att bestämmelsen om sexuellt övergrepp mot barn (6 kap. 6 §) inte får någon självständig betydelse i förhållande till bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn (6 kap. 5 §). Bestämmelsen om sexuellt övergrepp mot barn bör då tas bort.

I bestämmelsen om grov våldtäkt mot barn bör alltjämt finnas exempel på omständigheter som gör att brottet ska bedömas som grovt. Dock bör bestämmelsen ändras på det sättet att den sexuella handlingens karaktär också ska vara en omständighet som ska beaktas vid den samlade bedömningen. Hur allvarlig den sexuella handlingen i sig är bör alltså vara av betydelse vid rubriceringen. Annars skulle det närmast vara en utgångspunkt att också en handling som inte alls är samlagsliknande, utan i stället ligger nära ett sexuellt ofredande, och som genomförs under ett allvarligare hot rubriceras som grov våldtäkt.

För att minska tröskeleffekten i straffvärdehänseende mellan brotten våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn kan alternativet kompletteras på det sätt att ett förhöjt straffminimum införs för brottet sexuellt utnyttjande av barn. Straffminimum bör då vara fängelse i sex månader.

*Fördelen* med detta alternativ är att man beträffande våldtäktsbrottet i rättstillämpningen kommer bort från de många gånger tekniska bedömningar som blir avgörande för rubriceringen av sexualbrott mot barn. I stället blir fokus på kränkningens karaktär större. Detta förstärker skyddet för barn. Just att det beträffande våldtäktsbrottet i första hand inte ska göras någon jämförelse mellan sexualhandlingar, utan i stället mellan kränkningarna, var också lagstiftarens målsättning redan i 1998 års sexualbrottsreform. Att tröskeleffekten mellan brotten våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn utjämnas i viss mån när ett förhöjt straffminimum för det senare brottet införs är också en fördel med denna modell.

*Nackdelen* med alternativet är att det inte blir någon naturlig skiljelinje mellan brotten våldtäkt mot barn och det lindrigare brottet sexuellt utnyttjande av barn. Det senare brottet kan sägas ersätta brottet sexuellt övergrepp mot barn när det gäller skillnader i sexualhandlingens karaktär. Dessutom kan det ifrågasättas om definitionen av våldtäktsbrottet i sig inte blir alltför vidsträckt. Trots det mindre allvarliga brottet sexuellt utnyttjande av barn blir utgångspunkten att varje sexuell handling riktad mot ett barn utgör en våldtäkt mot barn.

Beträffande gärningar som utgör samlag finns det en tydlighet i den nuvarande regleringen och inga tillämpningssvårigheter. Svårigheten gäller de med samlag jämförliga handlingarna. Risken finns emellertid med en förändrad reglering att det i rättstillämpningen uppstår en osäkerhet vad som ska gälla beträffande hela spektrumet av sexuella handlingar. En rättsutveckling där domstolarna och andra aktörer, med beaktande av lagstiftarens generella uttalanden att till våldtäktsbrottet endast hänföra ”de mest allvarliga sexualbrotten”, lägger liten vikt vid sexualhandlingens karaktär riskerar att leda till att gärningar som i dag rubriceras våldtäkt mot barn bestraffas lindrigare. T.ex. en penetration av ett barn skulle då kunna komma att bestraffas som ett lindrigare brott (sexuellt utnyttjande av barn) och efter en lindrigare straffskala. En sådan rättsutveckling skulle innebära ett klart försämrat skydd för barn.

*Alternativ 2. För brottet våldtäkt mot barn behålla en avgränsning grundad på sexualhandlingens karaktär men utvidga tillämpningsområdet. Ha kvar men förändra bestämmelsen om sexuellt övergrepp mot barn*

Utgångspunkten är densamma som i alternativ 1, att barns upplevelse av sexuella övergrepp inte direkt kan jämföras med vuxnas upplevelse av kränkning av sådana övergrepp. I stället för att i bestämmelsen om våldtäkt mot barn helt ta bort den avgränsning som utgår från sexualhandlingens karaktär bör en sådan avgränsning behållas men ges ett vidare tillämpningsområde än vad samlag och uttrycket ”en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag” har. Tillämpningsområdet för våldtäkt mot barn bör vara, förutom gärningar som i dag täcks av bestämmelsen, även sådana sexuella handlingar som är av *mer kvalificerat slag* utan att för den

skull vara jämförliga med samlag. Vår utgångspunkt är att samtliga dessa handlingar för ett barn är allvarligt kränkande och att det ur kränkningssynpunkt inte spelar någon roll vilken typ av sexualhandling det är fråga om mer exakt. Exempel på sexuella handlingar som vi tänker oss ryms inom det utvidgade tillämningsområdet skulle kunna vara sådana som det var fråga om i NJA 2008 s. 1096 I och II. Ytterligare typer av sexuella handlingar som bör omfattas är att gärningsmannen onanerar på offret eller förmår offret att onanera på gärningsmannen. Eftersom det är just graden av kränkning som ska bedömas, måste dock en sammanvägning av olika omständigheter göras.

Ett sätt att utvidga bestämmelsen kan vara att utgå från den nuvarande avgränsningsmodellen i 6 kap. 4 § första stycket brottsbalken och göra ett tillägg (kursiverat) enligt följande.

Den som har samlag med ett barn under femton år eller som med ett sådant genomför en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag *eller annars är av särskilt allvarligt slag*, döms för våldtäkt mot barn till fängelse i lägst två och högst sex år.

Ett annat sätt att formulera lagen på kan vara på det sätt som Sexualbrottskommittén föreslog. Kommitténs förslag till avgränsning av brottet våldtäkt mot barn var:

För våldtäkt mot barn döms den som med ett barn under femton år genomför en sexuell handling som är allvarligt kränkande med hänsyn till sin art eller till omständigheterna i övrigt.

Det tredje sättet att formulera lagen på ligger nära det förslag till reglering av brottet våldtäkt mot vuxna som vi tidigare lagt fram. I motiven får förtydligas att tillämpningsområdet för brotten mot vuxna respektive barn kan variera om man ser enbart till sexualhandlingens natur. Det är fråga om samma typ av bedömning, som dock kan falla ut olika beträffande barn och vuxna beroende på omständigheterna. Eftersom det för brottet mot barn inte krävs att sexualhandlingen var påtvingad utelämnas den rekvisitomständigheten och förslaget lyder:

Den som har samlag med ett barn under femton år eller som med ett sådant barn genomför en annan sexuell handling som med hänsyn till den sexuella kränkningens allvar är jämförlig med samlag, döms för våldtäkt mot barn till fängelse i lägst två och högst sex år.

Brottet sexuellt övergrepp mot barn behålls med den här modellen. Praxisgenomgången har visat att tillämpningsområdet för grovt sexuellt övergrepp mot barn är begränsat. En sexuell handling som inte riktigt når upp till nivån för våldtäktsbrottet blir sannolikt rubricerad som sexuellt övergrepp mot barn, brott av normalgraden. För att minska tröskeleffekterna i straffvärdehänseende mellan brotten våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn kan ett sådant förslag kombineras med något av följande.

*2a) Höja straffminimum för brottet grovt sexuellt övergrepp mot barn*

Straffminimum för grovt sexuellt övergrepp mot barn höjs till fängelse i ett år. Härigenom får domstolarna ett större utrymme än i dag att straffmäta för brottet av normalgraden utan att hamna i den del av straffskalan som överlappas av det grova brottet.

*2b) Ta bort brottet grovt sexuellt övergrepp mot barn. Höja straffmaximum för brottet av normalgraden*

Som alternativ till a) kan brottet grovt sexuellt övergrepp mot barn helt tas bort. Även med en sådan reglering ges domstolarna ett större utrymme än i dag att straffmäta för brottet av normalgraden utan att hindras av en överlappande straffskala för ett grovt brott.

Utgångspunkten för alternativet är att det praktiska tillämpningsområdet för brottet grovt sexuellt övergrepp mot barn minskar genom utvidgningen av brottet våldtäkt mot barn och att något direkt behov inte finns av ett grovt brott. Tas det grova brottet bort bör straffmaximum för brottet sexuellt övergrepp mot barn höjas till fängelse i fyra år. Straffmaximum för detta brott och brottet sexuellt utnyttjande av barn blir då detsamma.

Utvidgas tillämpningsområdet för våldtäkt mot barn och föreligger sådana försvårande omständigheter som i dag kan medföra att en gärning utgörande ett sexuellt övergrepp mot barn blir grovt sådant brott kan detta alltså innebära att gärningen i stället rubriceras som våldtäkt mot barn. Med hänsyn till att bedömningen av den sexuella kränkningen vid våldtäkt inte ska grunda sig på hela gärningen, utan enbart omständigheter kring den sexuella handlingen, kommer dock en del försvårande omständigheter inte alls att påverka gränsdragningen mellan 4 och 6 §§. Det handlar här om



försvårande omständigheter som att gärningsmannen har använt sig av våld eller hot, att fler deltagit i övergreppet eller att det rör sig om upprepade övergrepp och systematiken i gärningsmannens handlande kan leda till att det i dag övervägs att rubricera varje gärning av sexuellt övergrepp mot barn som grovt brott. Gärningar med dessa försvårande inslag bör alltså alltjämt rubriceras som sexuellt övergrepp mot barn, dock som brott av normalgraden, med detta alternativ. Förekommer det försvårande omständigheter i en gärning som bedöms som sexuellt övergrepp mot barn får detta alltså beaktas inom straffskalan för brottet. Det finns inget hinder mot att döma för våld eller hot i brottskonkurrens.

**Fördelen** med alternativet i den del det avser brottet *våldtäkt mot barn* är att man i rättstillämpningen kommer bort från de många gånger tekniska bedömningar som blir avgörande för rubriceringen av sexualbrott mot barn. I stället blir fokus på kränkningens karaktär större. Härigenom förstärks skyddet för barn. En fördel med de två varianterna gällande brottet *sexuellt övergrepp mot barn* är att det, som vi anfört, just utjämnar tröskeeffekter. I a) behålls de två graderna av brottet men domstolarna ges en vidare ram att straffmäta inom för brottet av normalgraden. Det är också en fördel med alternativet att överlappningen av straffskalorna minskar och att domstolarna med den vidare ramen för brottet av normalgraden mycket mera sällan torde ha behov av att straffmäta i den del av straffskalan som är gemensam med det grova brottet. I b) tas det grova brottet bort helt och det utrymme som domstolarna (i praktiken) har att straffmäta inom för brottet sexuellt övergrepp mot barn ökar därmed jämfört med i dag. En fördel med alternativet b) är dessutom att det blir en viss regelförenkling genom att ett brott tas bort.

**Nackdelen** med alternativet är att ändringen av *våldtäktsbestämmelsen* kan leda till tillämpningssvårigheter.<sup>70</sup> Det överlämnas helt åt rättstillämpningen att tolka gränsdragningen. Frågor att ta ställning till blir bl.a. hur mycket av utrymmet för brottet sexuellt övergrepp mot barn ska krympas. Ska åldern hos offret ha betydelse för bedömningen av kränkningen? Ska relationen mellan gärningsman och offer ha någon betydelse? Ett exempel på detta skulle kunna vara att det ställs ett lägre krav på kränkning om det finns en förtroenderelation mellan parterna. Vidare, hur bedömer

<sup>70</sup> I remissbehandlingen av Sexualbrottskommitténs förslag kritiserades detta starkt på denna punkt av flera remissinstanser just med hänvisning till risken för gränsdragningsproblem. Se bl.a. prop. 2004/05:45 s. 70 f.

man graden av kränkning när gärningsmannen också är ett barn? Det kan också i sig vara ett problem för rättstillämpningen att gränsen dras på olika sätt beträffande vuxna och barn och att praxisbildningen skiljer sig åt väsentligt. Av de två förslagen till ändring av brottet *sexuellt övergrepp mot barn* har förslag b) den nackdelen att det kan råda en tveksamhet i fråga om svensk lagstiftning helt uppfyller EU:s rambeslut (2004/68/RIF) om bekämpande av sexuellt utnyttjande av barn och barnpornografi. Enligt rambeslutet ska minsta föreskriva maximistraff för brott som innefattar sexuell aktivitet med ett barn under 18 år, när tvång, våld eller hot brukas, vara fängelse i åtminstone fem år.<sup>71</sup> Möjligen torde kunna hävdas att kravet i rambeslutet uppfylls genom att det kan dömas i brottskonkurrens för olaga tvång, grovt brott. För det brottet är maximistraffet fängelse i sex år.

*Alternativ 3. För brottet våldtäkt mot barn behålla den nuvarande regleringen. Överlämna åt rättstillämpningen att i praxis utvidga tillämpningsområdet något*

Bestämmelsen våldtäkt mot barn är utformad i nära anslutning till bestämmelsen om våldtäkt (mot vuxna), dock med den avgörande skillnaden att det beträffande brott mot barn inte finns något krav på tvång. Regeringen uttalade i propositionen att avsikten är att avgränsningen i 6 kap. 1 och 4 §§ av de sexuella handlingar som är jämförliga med samlag *i princip* ska sammanfalla.<sup>72</sup> I uttryckssättet torde ligga att det i rättstillämpningen finns en möjlighet att göra någon, i vart fall liten, skillnad i bedömningen av kränkningen beträffande barn och vuxna. Vår praxisgenomgång har visat att domstolarna i ett par fall också tagit fasta på motivuttalandena i denna del och öppnat för en annorlunda bedömning beträffande barn.

Förslaget i denna modell är att stryka under den öppning som finns från lagstiftarens sida i frågan och överlämna åt rättstillämpningen att i praxis utvidga tillämpningsområdet något för vilka sexualhandlingar som ska omfattas av bestämmelsen våldtäkt mot barn.

Liksom i föregående modell (2) behålls brottet sexuellt övergrepp mot barn med det här förslaget. För att minska tröskel-

---

<sup>71</sup> Jfr förslaget till nytt EU-direktiv på området där det föreslås en höjning av maximistraffet till minst tio års fängelse, artikel 3.4 iii, KOM(2010)94 slutlig.

<sup>72</sup> A. prop. s. 71.

effekterna i straffvärdehänseende mellan brotten våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn kan även det här alternativet kombineras med något av a) eller b) i modell 2:

3a) *Höja straffminimum för brottet grovt sexuellt övergrepp mot barn*

3b) *Ta bort brottet grovt sexuellt övergrepp mot barn. Höja straffmaximum för brottet av normalgraden*

**Fördelen** med alternativet i den del det avser *våldtäkt mot barn* är att den nuvarande utformningen av bestämmelsen behålls. Man undviker då den oklarhet som en ny reglering, i varje fall inledningsvis, orsakar. En praxis har utvecklats såväl beträffande gränsdragningen av våldtäktsbrottet mot vuxna som mot barn. Denna praxis kan tjäna till vägledning även framöver med denna modell. Fördelarna med alternativet i den del det avser brottet *sexuellt övergrepp mot barn* är de som anfördes i förra modellen, dvs. en utjämnning av tröskeleffekter, en vidare ram för domstolarna att straffmäta för brottet av normalgraden och en minskad överlappning i straffskalorna för brottet sexuellt övergrepp mot barn.

**Nackdelen** med alternativet är att det beträffande brottet *våldtäkt mot barn* helt överlämnas åt rättstillämpningen att avgöra den yttre gräns för vad som kan vara en handling jämförlig med samlag. Gränsdragningsfrågor som de som redan avgjorts i vägledande avgöranden (se t.ex. NJA 2008 s. 1096 I och II) torde inte komma att avgöras på annat sätt med denna modellen. Nackdelen med alternativet till ändring av sexuellt övergrepp mot barn, alternativ b), är detsamma som angavs under 2.

### 10.9.2.2 Straffskalan för brottet sexuellt utnyttjande av barn

*Brottet sexuellt utnyttjande av barn ges ett förhöjt straffminimum*

Väljs alternativ 1 ovan bör, som där anges, för att minska tröskel-effekten i straffvärdehänseende mellan brotten våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn, ett förhöjt straffminimum införs för brottet sexuellt utnyttjande av barn. Straffminimum bör då vara fängelse i sex månader. I alternativ 1 ersätter brottet sexuellt utnyttjande av barn brottet sexuellt övergrepp mot barn när det gäller

skillnader i sexualhandlingens karaktär. Tillämpningsområdet för brottet blir då större än det är i den nuvarande regleringen.

Väljs i stället alternativ 2 eller 3 finns brottet sexuellt övergrepp mot barn kvar, antingen som ett gradindelad eller ett inte gradindelad brott. Även alternativ 2 och 3 kan kombineras med att straffskalan för brottet sexuellt utnyttjande av barn ändras och ges ett förhöjt straffminimum på fängelse i sex månader.

*Fördelen* med förslaget är att tröskeleffekterna mellan brotten våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn utjämnas i viss mån.

*Nackdelen* med förslaget är att det blir en tröskel neråt mot ansvarsfrihetsregeln i 6 kap. 14 § brottsbalken.

### 10.9.3 Våra ställningstaganden kring det särskilda skyddet för barn mot sexualbrott

**Förslag:** Brotten våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn behålls. Gränsdragningen mellan brotten ska alltså ske med utgångspunkt i samlaget som jämförelsenorm. Tillämpningsområdet för våldtäktsbrottet ska dock utvidgas något. Straffansvaret för våldtäkt mot barn ska därför omfatta förutom samlag varje annan sexuell handling *som med hänsyn till den sexuella kränkningens allvar är jämförlig med samlag*. I jämförelse med brott enligt 1 § ska alltså inte längre gälla att tillämpningsområdet *i princip* ska vara detsamma. Resultatet av bedömningen kan skilja sig åt just eftersom underlaget för bedömningen är olika när det är fråga om vuxna respektive barn.

Straffminimum för brottet sexuellt utnyttjande av barn höjs från allmänna fängelseminimum till fängelse i sex månader. Straffet blir alltså fängelse i lägst sex månader och högst fyra år.

Även straffskalan för brottet grovt sexuellt övergrepp mot barn ska ändras. Straffminimum för det brottet höjs från fängelse i sex månader till fängelse i ett år. Straffet för grovt sexuellt övergrepp mot barn blir alltså fängelse i lägst ett år och högst sex år.

Efter att ha redogjort för dels de brister vi funnit i den nuvarande regleringen av sexualbrott mot barn eller tillämpningen av denna, dels olika sätt att komma till rätta med dessa brister presenterar vi i detta avsnitt våra ställningstaganden.

### *Gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn*

Såvitt avser gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn är det vår bedömning att den brist vi pekat på i rättstillämpningen i fråga om bedömningen av arten och graden av den sexuella handlingen, med en ibland tydlig fokusering på teknikaliteter, är sådan att en förändring bör ske. Såväl beträffande våldtäkt mot vuxna som mot barn är vår bild av praxis att det ibland läggs alltför stor vikt vid vilken typ av sexualhandling det är fråga om.

Vi finner därför – liksom beträffande brott mot vuxna – skäl att återigen understryka vad lagstiftaren i tidigare reformer har fört fram; att det i första hand är en jämförelse mellan kränkningar som ska göras, och inte mellan sexualhandlingar, när ställning ska tas till om en gärning är jämförlig med samlag. Beträffande brott mot barn ser vi dessutom ett behov av att det öppnas för ett något vidare tillämpningsområde för brottet våldtäkt mot barn jämfört med i dag och jämfört med brott mot vuxna. Utgångspunkten för ställningstagandet är att barns upplevelse av kränkning vid sexualbrott inte direkt kan jämföras med vuxnas upplevelse och att sexualhandlingens karaktär har en begränsad betydelse för bedömningen av graden av kränkning som ett barn utsätts för. En annan utgångspunkt för de bedömningar vi gör är att våldtäktsbrottet alltså ska vara reserverat för de allvarigaste sexualbrotten.

Som vi redogjort för i föregående avsnitt ser vi olika sätt att förändra avgränsningen av brottet våldtäkt mot barn. *Alternativ 1* innebär den största förändringen jämfört med i dag och *alternativ 3* den minsta förändringen.

Med *alternativ 3* – att för brottet våldtäkt mot barn behålla den nuvarande regleringen och överlämna åt rättstillämpningen att i praxis utvidga tillämpningsområdet något – ser vi dock det som högst osäkert om någon förändring i förhållande till hur rättsläget är i dag kommer att komma till stånd. Hursomhelst kan det i så fall endast röra sig om en marginell utvidgning av tillämpningsområdet. Detta

mot bakgrund av motivuttalanden att de handlingar mot vuxna respektive barn som bedöms vara jämförliga med samlag i princip ska sammanfalla. Dessutom är det knappast troligt att underrätterna eller Högsta domstolen, utan en ändring av lagen, skulle komma till någon annan slutsats i gränsdragningsfrågan när det gäller gärningar som motsvarar de som redan varit uppe till prövning i vägledande avgöranden. Det är därför vår bedömning att detta alternativ inte är tillräckligt för att åtgärda bristerna. Det framstår vidare som olämpligt mot bakgrund av det förslag vi lagt fram avseende hur våldtäktsbrottet mot vuxna bör se ut. Ändras den bestämmelsens utformning enligt förslaget innebär det att det beträffande vuxna än mer än i dag betonas att det är den sexuella kränkningens allvar som är det centrala i avgränsningen av de med samlag jämförliga sexuella handlingarna. Alternativ 3 bör således förkastas.

I stället bör en lagändring genomföras även beträffande våldtäkt mot barn. En grundläggande fråga är därvid om samlaget som jämförelsenorm bör behållas.

När det gäller valet av modell för lösning är det mycket som talar för att samlaget inte längre alls bör vara jämförelsenormen när brottet våldtäkt mot barn ska avgränsas. Härigenom öppnas för en friare bedömning, där tekniska bedömningar av sexualhandlingens karaktär kommer i bakgrunden och bedömningen av kränkningen i förgrunden. *Alternativ 1* erbjuder en sådan lösning och innebär dessutom en regelförenkling genom att brottet sexuellt övergrepp mot barn kan tas bort. Beträffande *alternativ 1* anser vi dock att det finns risk för betydande tillämpningsproblem enligt vad vi tidigare redogjort för. Dessutom bedömer vi det alternativet som alltför långtgående mot bakgrund av utgångspunkten att våldtäktsbrottet ska reserveras för de allvarligaste sexualbrotten. Med det alternativet blir varje sexuell handling – oavsett karaktär – riktad mot ett barn under 15 år per definition ett våldtäktsbrott (mot barn). Först som ett andra led i bedömningen får därefter tas ställning till om gärningen är av mindre allvarligt slag och därför ska ”rubriceras ner” till brottet sexuellt utnyttjande av barn. En sådan rättstillämpningsmetod förekommer visserligen redan i dag såvitt avser gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn beträffande de s.k. tonårsfallen. Att tillämpa den generellt på alla sexualhandlingar mot barn bedömer vi dock som en olämplig ordning. Det skulle dessutom kunna leda till att sådana sexuella handlingar mot barn som idag bedöms som våldtäkt mot barn bedöms mildare. Således förkastar vi även *alternativ 1*.

I *alternativ 2* behålls till skillnad från alternativ 1 en avgränsning av brottet våldtäkt mot barn med utgångspunkt i sexualhandlingens karaktär. Vi förordar en sådan modell. Som vi pekat på i föregående avsnitt kan förslaget varieras genom att samlaget som jämförelsenorm antingen kvarstår eller tas bort. Även om det finns klara fördelar med att ta bort samlag som jämförelsenorm är det dock vår uppfattning att de tillämpningssvårigheter som kan förutses med förslaget inte ska underskattas. När motsvarande förslag lades fram av Sexualbrottskommittén fick det – som vi tidigare redovisat – stark kritik.

Det kan konstateras att i många fall föranleder den nuvarande jämförelsenormen inga problem vid gränsdragningen, utan ger i stället rättstillämpningen en någorlunda tydlig anvisning om hur avgränsningen ska ske. De brister som vi funnit i rättstillämpningen gäller de sexuella handlingar som i dag befinner sig i gränslandet mellan våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn, dvs. den nedre gränsen av våldtäktsbrottet eller det vi beträffande sexuella handlingar mot vuxna betecknat ”kategori 3”. Det kan t.ex. vara sexuella handlingar där en penetration inte varit särskilt tydlig, eller ens alls förekommit, men där kränkningen ändå varit betydande.<sup>73</sup> Det avgörande för vilket förslag till lösning vi föreslår är att kriterierna för avgränsningen av brotten ger utrymme för en friare bedömning av kränkningen än i dag av just dessa sexuella handlingar i gränslandet. Vi har således inte funnit skäl att på mer principiella grunder ifrågasätta att ha kvar samlag som jämförelsenorm. Det ska i det sammanhanget också påpekas att riksdagen, efter en omfattande beredning i 2005 års reform, ställde sig bakom bedömningen att samlag skulle vara jämförelsenormen.

I detta sammanhang kan konstateras att ska *alla* sexuella handlingar prövas efter en mer generell måttstock, där sexualhandlingens natur egentligen inte tillerkänns någon självständig betydelse över huvud taget, befarar vi att det, liksom beträffande *alternativ 1*, finns en risk för att gärningar som i dagens rättstillämpning utgör typiska våldtäkter mot barn (t.ex. ett oralt samlag) i stället bedöms som ett sexuellt övergrepp med hänvisning till förmildrande omständigheter. En sådan rättsutveckling skulle innebära ett försämrat skydd jämfört med i dag och även stå i strid med det syfte lagen har att erbjuda barn ett starkt skydd.

---

<sup>73</sup> Jämför den tidigare diskussionen gällande gränsdragningen mellan våldtäkt och sexuellt tvång utifrån samlaget som jämförelsenorm i avsnitt 9.2.1.

Även om det, mot bakgrund av de medicinska erfarenheter som finns om barns reaktioner på sexuella övergrepp<sup>74</sup>, finns skäl att ifrågasätta att lagen utgår från samlag som jämförelsenorm, så är sexualhandlingens natur ändå en viktig faktor bland andra faktorer när kränkningen av den sexuella handlingen ska bedömas. Barns upplevelse av kränkning kan inte direkt jämföras med vuxnas upplevelse. Denna vår slutsats har vi funnit vara särskilt tydlig gällande de yngre barnen, de som inte har kommit i puberteten och som inte har börjat utveckla en egen sexuell identitet, även om bedömningen görs generellt för barn under 15 år (eller som omfattas av det särskilda skydd som erbjuds barn i kategorin 15–17 år). Har penetration förekommit är detta dock att beteckna som en försvårande omständighet också vid bedömningen av brott mot barn. För yngre barn eftersom penetration ofta är förenat med tvång och smärta. För äldre barn innebär penetrationen helt enkelt ett ytterligare försvårande moment i kränkningen av deras sexuella integritet genom att det just är fråga om penetration. De slutsatser vi drar av de medicinska erfarenheterna är därför att även om lagen i största möjliga utsträckning bör ge utrymme för en, jämfört med i dag, mer öppen bedömning av kränkningen kan det inte anses olämpligt att alltså ha samlaget som en utgångspunkt för avgränsningen av brottet våldtäkt mot barn mot lindrigare brott.

I likhet med avgränsningen av våldtäktsbrottet mot vuxna är det beträffande barn alltså vår bedömning att det inte finns tillräckliga skäl att ändra bestämmelsens utformning på det sätt att samlag tas bort som jämförelsenorm. I stället bör jämförelsenormen finnas kvar i bestämmelsen våldtäkt mot barn. Bestämmelsen bör utgå från det förslag till förändrade bestämmelse vi lagt fram beträffande vuxna. Vi förordar den tredje varianten av ändring av bestämmelsen som vi redovisat i *alternativ 2*. Vi föreslår således följande lydelse av 6 kap. 4 § första stycket brottsbalken (ändringen i förhållande till gällande rätt är kursiverad).

Den som har samlag med ett barn under femton år eller som med ett sådant barn genomför en annan sexuell handling som med hänsyn till *den sexuella kränkningens allvar* är jämförlig med samlag, döms för våldtäkt mot barn till fängelse i lägst två och högst sex år.

Förslaget skiljer sig till sin ordalydelse från det som gäller vuxna på det sätt att det för barn – eftersom tvång inte är något rekvisit i brotten mot barn – inte ska göras någon jämförelse med ett ”på-

---

<sup>74</sup> Se Steven Lucas utlåtande, bilaga 4.



tvingat samlag”. Tillämpningsområdet för våldtäkt mot barn bör med förslaget utvidgas en del jämfört med i dag. I jämförelse med brott enligt 1 § ska alltså inte längre gälla att tillämpningsområdet *i princip* ska vara detsamma. Resultatet av bedömningen kan skilja sig åt just eftersom underlaget för bedömningen är olika när det är fråga om vuxna respektive barn.

Kränkningen av ett brott ska bedömas utifrån gärningstillfället och efter en objektiv måttstock. Beträffande barn, särskilt yngre barn, kan sägas att det inte är ovanligt att de inte uppfattar kränkningen vid själva gärningsögonblicket utan först i ett senare skede. Trots detta har en kränkning objektivt sett skett av deras integritet. Förutom den kränkning som ett brott i gärningsögonblicket innebär för offret kan ett sexualbrott leda till olika fysiska och psykiska skador, direkt eller i ett längre perspektiv. När det gäller fysisk och psykisk ohälsa visar forskningen på ett samband mellan sexuella övergrepp i barndomen och sådan ohälsa på längre sikt.<sup>75</sup> Risken för sådana skador är dock något annat än den kränkning som offret upplever vid händelsen. Trots detta utgör den särskilda känslighet för allvarliga skador på längre sikt som barn generellt sett har till följd av sexuella övergrepp, i förening med den omständigheten att de generellt också är särskilt utsatta, omständigheter som bidrar till att påverka nivån på kränkningen i höjande riktning. Omständigheterna utgör också en särskild grund för straffskärpning i 29 kap. 2 § brottsbalken när straffvärdet av en gärning ska bedömas.

En kvalificerad sexuell handling, som dock inte utgör samlag eller i kränkningshänseende är jämförig med samlag, enligt den avgränsning som görs för vuxna, kan enligt vår uppfattning för ett barn vara lika kränkande som ett samlag eller en samlagsliknande handling. Detta därför att barnet inte har förmåga att uppfatta skillnaderna i handlingssätt och ge den faktiska skillnaden någon betydelse. Särskilt gäller detta som sagt yngre barn. Bedömningen av kränkningen i det enskilda fallet kan variera utifrån ålder och mognad hos barnet. Beträffande motsvarande handling riktad mot en tonåring, som utvecklat sin sexuella identitet, kan det således föreligga en reell skillnad i kränkningshänseende jämfört med ett samlag eller en samlagsliknade handling. Vi har inte funnit skäl att gällande rekvisiten för våldtäkt mot barn i lagen göra någon skillnad mellan barn utifrån ålder eller mognad, och t.ex. skilja ut de yngre barnen från tonåringarna. Avgränsningen av de handlingar som, utan att

---

<sup>75</sup> Se avsnitt 10.2.1 och bilaga 4.

utgöra samlag eller vara klart samlagsliknande, mot bakgrund av den sexuella kränkningens allvar ändå är av så särskilt allvarligt slag att kränkningen i det enskilda fallet når upp till motsvarande nivå som för samlag, överlämnas åt rättstillämpningen. Dessa gärningar bör alltså också bedömas som våldtäkt mot barn. Även om barnets ålder och mognad har en viktig betydelse bör det inte komma i fråga att föra bevisning om mognadsgraden. I stället bör det generellt sett handla om en mer schabloniserad bedömning.

Vi bedömer att nuvarande praxis på området samt praxisbildningen kring avgränsningen av våldtäktsbrottet mot vuxna alltjämt kan tjäna som en utgångspunkt för gränsdragningen av brottet våldtäkt mot barn. Våldtäkt mot barn omfattar sedan "något mer". Exempel på sexuella handlingar som kan komma att omfattas av det utvidgade tillämpningsområdet är sådana som förekom i NJA 2008 s. 1096 I och II liksom de där gärningsmannen onanerar på offret eller förmår offret att onanera på gärningsmannen. En värdering av samtliga omständigheter måste dock alltid göras för att bedöma graden av kränkning.

En förtroenderelation mellan parterna kan, förutom ålder och mognad hos barnet, också ha betydelse för bedömningen. Dock bör inte komma i fråga att då ställa ett lindrigare krav på kränkning vid gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn. Förtroenderelationen kan i stället vara en omständighet som påverkar kränkningen i det enskilda fallet i höjande riktning, i vart fall i någon mån.

Enligt forskningen är en stor åldersskillnad, minst fem år, mellan offer och förövare är en viktig riskfaktor för trauma hos offret.

I gällande rätt tillmäts skillnaden mellan parterna i ålder och utveckling en betydelse dels i gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande mot barn, dels när det övervägs huruvida ansvarsfrihetsregeln i 6 kap. 14 § brottsbalken är tillämplig. I de sammanhangen kan en liten skillnad i ålder och utveckling ses som en förmildrande omständighet. Den hänsynen blir emellertid endast aktuell i de s.k. tonårsfallen, dvs. om offret är i tonåren, och den sexuella kontakten är ömsesidig. Frågan i detta sammanhang är vilken betydelse åldersskillnaden har, och då närmast som försvårande omständighet, för gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn.

En ringa åldersskillnad mellan parterna skulle kunna tala för att kränkningen vid ett övergrepp är mindre jämfört med när skillnaden är stor. Omständigheten skulle dock lika gärna kunna tala i

motsatt riktning. Det kan nämligen inte uteslutas att det för den enskilde kan upplevas som lika kränkande att utsättas för ett övergrepp av en person i närliggande ålder som om förövaren är vuxen.

Finns det en åldersskillnad värd att beakta talar detta först och främst emot en lindrigare bedömning av kränkingsvärdet. Omständigheten bör, i vart fall i någon mån, kunna påverka att den sexuella kränkningen bedöms som allvarligare. Konstateras det att det finns en beaktansvärd åldersskillnad bör det dock sakna betydelse hur stor skillnaden är, t.ex. om den är fem eller femton år. Skälet till detta är att det inte är möjligt att närmare värdera betydelsen av åldersskillnaden.

Sammanfattningsvis är det vår mening att det inte kan uteslutas att åldersskillnaden kan få en viss, om än begränsad, betydelse för bedömningen av graden av kränkning. Det svåra är dock – i andra fall än där det är fråga om ömsesidigt sex mellan tonåringar – att ange några mer fasta principer för den bedömningen. Försiktighet bör därför iakttas när det gäller att vid kränkingsbedömningen beakta åldersskillnaden mellan parterna.

Den viktigaste faktorn för att bedöma något fler sexuella handlingar som jämförbara med samlag enligt 4 §, jämfört med 1 §, bör vara barnets ålder och mognad. Mot den bakgrunden torde en utvidgning av tillämpningsområdet i förhållande till 1 § främst aktualiseras när den utsatte är ett yngre barn.

Omständigheten att offret utsatts för upprepade likartade övergrepp är inte en sådan att den bör påverka gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn. Just omständigheten att det varit fråga om ett systematiskt handlande från gärningsmannen kan, liksom i dag, emellertid utgöra en försvårande omständighet som påverkar straffvärdet och eventuellt gradindelningen av ett brott.

#### *Brotten sexuellt utnyttjande av barn och sexuellt övergrepp mot barn*

De brister som vi identifierat gällande regleringen och tillämpningen av brotten sexuellt utnyttjande av barn och sexuellt övergrepp mot barn är att det beträffande båda brottstyperna finns tydliga tröskel-effekter i förhållande till brottet våldtäkt mot barn. Att tröskel-effekter uppstår vid gränsdragningen mellan olika brott är vanligt och också ofrånkomligt. I svensk rättstillämpningstradition gäller sedan mycket lång tid för de flesta brott en princip att straff-

mätningen av ett enstaka brott normalt sker i den nedre delen av straffskalan.<sup>76</sup> En förklaring är att för att döma till ett straff som överstiger minimistraftet måste domstolen anföra skäl för att just det aktuella brottet ska behandlas strängare än de lindrigaste brotten av den typen. Därtill kommer att är brottet gradindelade gäller att den del av straffskalan som överlappas av ett svårare brott i princip inte tillämpas. Är straffvärdet för brottet så högt som det för den svårare graden av brottet väljs normalt i stället den rubriceringen. Följden av denna praxis på området är att det blir en koncentration av straffen till den nedre delen av ett brotts straffskala.

Jämförs den skillnad i straffvärde som i praxis finns mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn med den som finns mellan t.ex. rån och misshandel eller mord och grov misshandel är tröskeln som sådan hos sexualbrotten anmärkningsvärd. Vad som skiljer dessa sexualbrott från de andra brotten kan sägas gälla kvalitén på försvårande moment i gärningen. Beträffande de övriga brottstyperna har det för den svårare rubriceringen krävts någon särskild tillkommande försvårande omständighet, t.ex. stöld för rån-rubriceringen och döden som effekt för mordrubriceringen. När det gäller gränsdragningen av de sexualbrott vi här behandlar är den skillnaden i tillkommande försvårande moment inte lika tydlig. Till synes ganska ringa skillnader i handlingssätt hos gärningsmannen kan således leda till att straffvärdet antingen bedöms motsvara fängelse i minst två år eller fängelse i ungefär sex månader. Motsvarande tröskeeffekter kan uppstå när det gäller sexualbrott mot vuxna. Särskilt när det gäller brott mot barn kan det enligt vår mening ifrågasättas om ett barn verkligen upplever en sådan skillnad i kränkning vid närliggande handlingssätt att en så stor skillnad i straffvärde är motiverad. Vår bedömning är att tröskeeffekterna bör åtgärdas i vart fall i någon mån.

Beträffande brottet sexuellt utnyttjande av barn föreslår vi därför, helt i enlighet med det i det föregående skissade förslaget, att höja straffminimum för brottet från allmänna fängelseminimum (fängelse i fjorton dagar) till fängelse i sex månader. Straffmaximum bör alltså vara fängelse i högst fyra år. Den föreslagna ändringen innebär en viss generell skärpning av straffen för sexuellt utnyttjande av barn, en straffskärpning som vi anser vara motiverad.

Genom förslaget blir den "praktiska straffskalan" för brottet fängelse i minst sex månader till strax under två år. Vid straffvärden

---

<sup>76</sup> Se prop. 1987/88:120 s. 79. Exempel på undantag från principen är straffmätning av narkotika- och smuglingsbrott.

som bedöms motsvara fängelse i två år eller därutöver finns sannolikt förutsättningar att rubricera gärningen som våldtäkt mot barn i stället.

När det gäller brottet sexuellt övergrepp mot barn förordar vi alternativ 2a) framför 2b). Vår utvärdering har visserligen gett vid handen att det grova brottet sällan tillämpas. Till följd av den utvidgning vi föreslår av tillämpningsområdet för våldtäkt mot barn kan det vidare antas att tillämpningsområdet inskränks ytterligare. Tillräckliga skäl att ta bort brottet för att uppnå en viss förenkling av regelverket i 6 kap. brottsbalken finns inte även om det kan antas att en enda straffskala för brottet, i förening med en möjlighet att döma för andra brott, så som olaga tvång, i konkurrens i och för sig skulle kunna ge nödvändigt utrymme när straff ska bestämmas. Intresset av att säkerställa att svensk lagstiftning uppfyller åtaganden inom ramen för EU-samarbetet har därvid haft en viktig betydelse. Här kan för övrigt nämnas att vi inte heller beträffande vuxna har funnit skäl att lägga fram ett förslag till avskaffande av brottet grovt sexuellt tvång även om det brottet är ännu mer sällsynt förekommande i statistiken. Också beträffande det brottet motiveras det grova brottet av kraven i tidigare nämnda rambeslut.<sup>77</sup>

Vi föreslår därför beträffande brottet sexuellt övergrepp mot barn att höja straffminimum för det grova brottet från fängelse i sex månader till fängelse i ett år. Straffmaximum fängelse i högst sex år bör behållas. Den ”praktiska straffskalan” för brottet av normalgraden kan antas bli fängelse under ett år.

---

<sup>77</sup> Jfr regeringens överväganden i prop. 2004/05:45 s. 60.

# 11 Brottet sexuellt ofredande

## 11.1 Inledning

Utöver de särskilda frågor som vi enligt direktiven ska utreda har vi ett övergripande uppdrag att utvärdera tillämpningen av hela 2005 års sexualbrottsreform. Vi ska undersöka om det har uppstått några särskilda tolkningsproblem eller andra svårigheter eller framkommit nya problemområden där skydd saknas eller skyddet framstår som bristfälligt.

Vid vår utvärdering har det vid flera samråd med åklagare påpekats att utrymmet att döma för sexuellt ofredande har blivit mindre jämfört med före reformen år 2005. Det har sagts att en del fall av ofredande genom ord eller handlande som tidigare var att bedöma som sexuellt ofredande enligt *bestämmelsens andra stycke, andra ledet*, nu bedöms som ofredande enligt 4 kap. 7 § brottsbalken i stället. Förklaringen har uppgetts vara att domstolarna kräver en särskild sexuell avsikt hos gärningsmannen, nämligen att det funnits ett syfte *att reta eller tillfredsställa dennes sexualdrift*. Bilden från samråden har bekräftats av erfarenheterna från vår praxisgenomgång. Mot den bakgrunden har vi funnit skäl att särskilt behandla frågan om straffansvar enligt denna del av bestämmelsen om sexuellt ofredande.

I utvärderingen, bl.a. genom samråden med åklagare, har fråga även uppkommit, om brottet sexuellt ofredande enligt 6 kap. 10 § *andra stycket, andra ledet* kan vara tillämpligt när den utsatte sover. Vi vill därför uppmärksamma även denna fråga särskilt. I det sammanhanget behandlar vi också tillstånd av medvetlöshet samt kommenterar situationer av s.k. smygfilmning.

Vad gäller sexuellt ofredande av barn under 15 år enligt *bestämmelsens första stycke* måste, som en följd av de ställningstaganden vi gör beträffande andra stycket, även tillämpningsområdet för denna del av bestämmelsen övervägas. Frågan är om det ska ställas upp ett

krav på särskild avsikt hos gärningsmannen i de olika situationer som i dag omfattas av första stycket. I sammanhanget ska hänvisas till att vi i avsnitt 13.3.17, mot bakgrund av de krav som ställs upp enligt Europarådets konvention om skydd för barn mot sexuell exploatering och sexuella övergrepp, föreslår en utvidgning av tillämpningsområdet för första stycket.

*Första ledet av bestämmelsen i andra stycket* föreskriver straffansvar för exhibitionistiska beteenden, blottning. Beträffande den gärningstypen har vi inte funnit några särskilda tillämpningsproblem. Vi tar därför inte upp den delen av bestämmelsen särskilt.

I det följande ger vi först en kort redogörelse för hur utformningen av bestämmelsen om sexuellt ofredande, eller den tidigare benämningen otuktigt beteende, har ändrats sedan brottet infördes år 1965. Därefter behandlar vi ofredande genom ord och handling (bestämmelsens andra stycke). Avslutningsvis behandlar vi sexuellt ofredande av barn under 15 år (bestämmelsens första stycke).

## 11.2 Översiktligt om utformningen av bestämmelsen om sexuellt ofredande sedan år 1965

Utformningen av bestämmelsen om sexuellt ofredande i gällande rätt anknyter till hur bestämmelsen såg ut före 2005 års reform.

Sexualbrottskommittén hade föreslagit en annorlunda utformning och lagteknisk lösning. Enligt förslaget skulle en straffbestämmelse som avsåg vuxna och en som avsåg barn införas. Vidare hade kommittén föreslagit en utvidgning av straffansvaret när det gäller ofredande genom ord eller handlande.

I lagrådsremissen föreslog regeringen en enda bestämmelse där det inte skulle göras någon skillnad mellan handlingar som riktar sig mot barn och handlingar som riktar sig mot vuxna. Samtidigt angav regeringen att kriminaliseringens räckvidd i princip skulle vara densamma som enligt gällande rätt. Lagrådet ställde sig tveksam till om den avsikten skulle realiseras med den föreslagna lydelsen. Lagrådet föreslog i stället den lydelse som sedermera antogs av riksdagen. Enligt lagrådet framstod uppdelningen före år 2005 i ett första stycke som behandlar gärningar som riktar sig mot barn och ett tredje stycke som behandlar gärningar som riktar sig mot såväl barn som vuxna som meningslös om avsikten varit att likställa gärningar mot barn och vuxna.

Uppdelningen i ett stycke som avser barn och ett som avser barn och vuxna går tillbaka till den ursprungliga straffbestämmelsen om otuktigt beteende från brottsbalkens ikraftträdande år 1965. Bestämmelsen, intagen i 6 kap. 6 § brottsbalken, hade följande lydelse.

Den som berör barn under femton år på sedlighetssårande sätt, dömes, om gärningen ej är belagd med straff enligt vad förut i detta kapitel är sagt, för otuktigt beteende till böter eller fängelse i högst ett år.

Detsamma skall gälla, om någon blottar sig för annan på sätt som är ägnat att väcka anstöt eller eljest genom ord eller handling som uppenbart sårar tukt och sedlighet uppträder anstötligt mot annan.

Enligt departementschefen var just blottning och sedlighetssårande beröring av minderårig de praktiskt mest betydelsefulla fallen av sådana otuktiga handlingar som riktas mot enskild person och som innebär typiska avarter av sexuellt beteende.<sup>1</sup>

Kriminaliseringen av gärningar bestående i att förmå ett barn under 15 år att företa eller medverka i någon handling med sexuell innebörd skedde genom en reform år 1984.

Genom en lagändring år 1995 utvidgades bestämmelsen till att även omfatta skydd för barn (15–17 år) att utnyttjas för sexuell posering. Denna del av bestämmelsen (andra stycket) flyttades genom 2005 års reform till bestämmelsen i 8 § om utnyttjande av barn för sexuell posering.

### 11.3 Ofredande genom ord eller handlande

#### 11.3.1 Betydelsen av en sexuell avsikt hos gärningsmannen

##### 11.3.1.1 Har tillämpningsområdet för brottet sexuellt ofredande förändrats jämfört med före reformen?

**Bedömning:** Tillämpningsområdet för bestämmelsen om sexuellt ofredande och dess andra stycke andra led – gärningar där någon genom ord eller handlande ofredar en person sexuellt – har snävats in, trots att avsikten var att kriminaliseringens räckvidd skulle vara i princip densamma som före reformen.

<sup>1</sup> NJA II 1962 s. 187.



*2005 års reform och erfarenheter från utvärderingen av denna*

Enligt andra stycket andra ledet i bestämmelsen om sexuellt ofredande döms den till ansvar som *genom ord eller handlande ofredar en person på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet*. Eftersom sexuellt ofredande är ett till andra sexualbrott subsidiärt brott handlar det alltså om sådana kränkningar av en persons sexuella integritet som inte är straffbara enligt andra tidigare bestämmelser i 6 kap. brottsbalken.

Beträffande den närmare tillämpningen av bestämmelsen i denna del uttalade regeringen följande i författningskommentaren.

*Andra ledet* av bestämmelsen avser, liksom fallet är enligt gällande rätt, att träffa endast sådana handlingar som har en sexuell inriktning genom att de på något sätt syftar till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift. Det kränkande kan bestå i ord eller handlande. Med handlande avses i denna bestämmelse t.ex. andra sexuella beröringar och handlingar än sådana som kan anses innefattas i begreppet ”sexuell handling”.<sup>2</sup>

Det kan således konstateras att regeringen i motiven ställde upp ett krav på att gärningen på något sätt ska *syfta till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift*. Motivuttalandena tycks också ha fått genomslag i rättstillämpningen. Ingen refererad praxis finns vad gäller brottet sexuellt ofredande i dess nuvarande lydelse. Vår särskilda praxisgenomgång av hovrättsdomar från första halvåret 2008 har emellertid visat att vikt läggs på gärningsmannens avsikt. Bland de 30 domar där det var aktuellt att pröva frågan om sexuellt ofredande enligt 6 kap. 10 § andra stycket brottsbalken bedömdes gärningen i två fall i stället som ofredande med hänvisning till att det inte var visat att gärningen syftade till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift. Vidare ogillades åtalet (för sexuellt ofredande) helt, med samma motivering, i ett par fall.

I en av dessa orefererade domar hade tre pojkar åtalats för sexuellt ofredande bestående i att de på träslöjden i skolan tillverkat en trädildo och sedan slagit in den och överlämnat den till sin kvinnliga lärare under lektionstid i skolan. Hovrätten godtog pojkarnas uppgifter att deras handlande var orsakat av att de uppfattade målsäganden som en ”sur” och sträng lärare och att syftet med gärningen var att de ville se hur hon reagerade. Hovrätten bedömde att pojkarna inte haft något sexuellt motiv och dömde dem i stället för

---

<sup>2</sup> Prop. 2004/05:45 s. 149.

ofredande.<sup>3</sup> I ett annat fall hade gärningsmannen först försökt slå målsäganden varpå de båda kom i handgemäng. I samband därmed tog gärningsmannen – när han satt ner framför henne – tag i målsägandens ben och drog i hennes kläder samtidigt som han frågade henne om hon hade ”en fitta”. Hovrätten bedömde gärningen som ofredande – vilken gärning dock konsumerades av misshandelsbrottet – med motiveringen att det inte var visat ”att han genom sitt agerande syftade till att reta eller tillfredsställa sin sexualdrift”.

Ytterligare ett fall som vi här kan nämna är ett avgörande där en person åtalats för att ha skickat ett sms till en annan person där meddelandet innehöll ett uttryck med sexuell anspelning. Hovrätten, som ogillade åtalet, konstaterade att det inte var visat att gärningsmannen haft ett sexuellt syfte med uttrycket utan att syftet i stället fick antas vara att kränka målsäganden i största allmänhet.<sup>4</sup>

Även när vi har studerat annan orefererad praxis gällande sexuellt ofredande har vi funnit avgöranden där en bedömning gjorts som legat i linje med vad vi nu beskrivit.

Fråga är emellertid, om det utgjorde gällande rätt vid reformens tillkomst att ur objektivet hänseende kräva en särskilt avsikt hos gärningsmannen.

#### *Vad utgjorde gällande rätt före 2005 års reform?*

Före 2005 års reform var som tidigare berörts sexuellt ofredande bestående i ord eller handlande liksom nu reglerat tillsammans med exhibitionistiska beteenden, då i 6 kap. 7 § tredje stycket brottsbalken. Det skulle då för ansvar vara fråga om att gärningsmannen blottat sig för annan på sätt som var ägnat att väcka anstöt eller annars genom ord eller handling på ett uppenbart sedlighetssårande sätt uppträtt anstötligt mot annan.

När Sexualbrottskommittén behandlade ofredandebrottet skrev den följande om sin syn på innebörden av uttrycket ”uppenbart sedlighetssårande”:

I Brottsbalkskommentaren anges att kravet att handlingen skall företas på ett uppenbart sedlighetssårande [sätt], får till följd att inte varje angrepp med sexuell inriktning mot enskild person omfattas av det straffbara området. Uttrycket sexuell inriktning förekommer även vid Brotts-

<sup>3</sup> Hovrättens för nedre Norrland dom den 4 mars 2008 i mål B 88-08 (Umeå tingsrätts dom den 21 januari 2008 i mål B 32-08).

<sup>4</sup> Svea hovrätts dom den 6 mars 2008 i mål B 2828-07 (Stockholms tingsrätts dom den 9 mars 2007 i mål B 27093-06).

balkskommentarens behandling av bestämmelsen om sexuell beröring av barn under 15 år i paragrafens första stycke (6 kap. 7 § första stycket BrB). Där anges att en förutsättning, för att en beröring skall kunna straffas som sexuellt ofredande, är att handlingen har en sexuell inriktning i den meningen att det är fråga om att söka reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift. Beskrivningen av bestämmelsens tillämpningsområde är hämta[d] från förarbetena till bestämmelsen.

Av kommentaren får man alltså intrycket att bestämmelsen i 6 kap. 7 § BrB om blottning och annat anstötligt uppträdande endast rör handlingar med sexuell inriktning i den betydelsen att handlingen har företagits för att söka reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift. [Kommittén gör här en hänvisning till förarbetena; ”jfr. NJA II 1962 s. 187”]<sup>5</sup>

Ser man tillbaka på tidigare motivuttalanden kring brottet otuktigt beteende eller, sedan år 1984, sexuellt ofredande framgår att det beträffande gärningar mot ett barn under 15 år enligt första stycket har ställts upp ett krav på att det för ansvar förutsätts att gärningen ska ha företagits för att söka reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift. Huruvida detta särskilda syfte gäller både för beröringsfallen och fallen av handlingar med sexuell innebörd är dock inte helt klart. Närmast till hands ligger dock att tolka uttalandena på det sättet att syftet att söka reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift endast avser beröringsfallen. I motiven till 1984 års reform anges följande.

Det är viktigt att understryka att straff för sexuellt ofredande enligt förevarande stycke kan förekomma endast när den vuxnes handling har sexuell inriktning i den meningen att det är fråga om att söka reta eller tillfredsställa den vuxnes sexualdrift eller om att förmå barnet till handlingar med klar och otvetydig sexuell innebörd. Om sålunda, för att ta ett exempel, vuxna under lek med barn kommer att beröra barnets blottade könsorgan blir det inte fråga om straffansvar. Detsamma gäller självfallet om en vuxen person fotograferar ett naket barn utan att fotografiarrangemanget har sexuell innebörd.<sup>6</sup>

Beträffande exhibitionistiska gärningar eller gärningar bestående i att i ord eller handlande ofreda någon sexuellt har vi dock inte kunnat finna något stöd i motiven till tidigare lydelse av straffbestämmelsen som skulle innebära att det finns ett krav på att gärningen ska syfta till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift. Tidigare lydelse av kommentaren till brottsbalken ger inte heller något sådant stöd. Inte heller var praxis enligt vår mening sådan

<sup>5</sup> SOU 2001:14 s. 207 f.

<sup>6</sup> Prop. 1983/84:105 s. 56.

före reformen att det säkert kan sägas att det den vägen har vuxit fram ett sådant krav.

Mot bakgrund av detta är det vår bedömning att det finns skäl att anta att gällande rätt i fråga om gärningar enligt andra stycket i 6 kap. 10 § brottsbalken vid tidpunkten för reformen 2005 *inte* var att gärningsmannen, för att kunna straffas, skulle ha handlat i syfte att söka reta eller tillfredsställa sin sexualdrift.<sup>7</sup> Då ett sådant krav numera tycks gälla i rättstillämpningen kan det konstateras att mycket talar för att tillämpningsområdet för brottet i detta avseende har inskränkts till viss del i förhållande till vad som gällde tidigare.

### 11.3.1.2 Överväganden och förslag

**Förslag:** I syfte att något utsträcka tillämpningsområdet för sexuellt ofredande genom ord eller handlande föreslår vi att bestämmelsen ändras. För straffbarhet ska gälla att en person genom ord eller handlande ofredar en person på ett sexuellt kränkande sätt.

*Bör brottet sexuellt ofredande åter omfatta de gärningar som efter reformen bedöms som ofredande i stället för sexuellt ofredande?*

För att en gärning ska utgöra en *sexuell handling* krävs enligt förarbetsuttalanden att den ska (1) ha haft en påtaglig sexuell prägel och (2) ha varit ägnad att kränka offrets sexuella integritet. Det andra ledet i bedömningen av begreppet ”sexuell handling” – ägnad att kränka offrets sexuella integritet – är således samma uttryck som används som rekvirit direkt i lagen för sexuellt ofredande (som sker genom ord eller handling) enligt gällande rätt. I avsnitt 7.3 har vi tidigare behandlat betydelsen av gärningsmannens avsikt för den objektiva bedömningen av om en sexuell handling föreligger och därmed också ett mer kvalificerat sexualbrott. Vad som sägs där har enligt vår uppfattning i vissa stycken även bäring på gränsdragningen mellan sexuellt ofredande och ofredande.

Motiven till bestämmelsen om sexuell handling anger uttryckligen att det är fråga om en objektiv bedömning av de faktiska omständigheterna som ska göras när det ska tas ställning till om en

---

<sup>7</sup> Jfr RH 2007:57 där hovrätten uttalade en tveksamhet i frågan.

handling har varit avsedd att kränka offrets sexuella integritet. Som vi utvecklar närmare i avsnitt 7.3 är det vår bedömning att gärningsmannens avsikt i det enskilda fallet inte ska vara avgörande för bedömningen av om en sexuell handling föreligger. Det bör då inte heller uppställas något krav på att gärningsmannen ska ha haft någon särskild avsikt för att en gärning, som inte når upp till nivån för att bedömas som sexuell handling, men som ändå har en tydlig sexuell inriktning, objektivt ska kunna bedömas som ett sexuellt ofredande. Huruvida gärningsmannen har haft avsikten att reta eller tillfredsställa sin sexualdrift bör därför inte vara avgörande för avgränsningen av brottet.

Vilka avsikter och motiv gärningsmannen har haft har dock betydelse för uppsåtsprövningen och kan även påverka straffvärdet av gärningen.

Straffbestämmelsen om sexuellt ofredande, andra stycket, andra ledet, omfattar gärningar av vitt skilda slag. Sedan 1990-talet är det största antalet anmälda sexualbrott att hänföra till denna typ av sexuellt ofredande. Vår uppfattning är att det bör lämnas öppet för en friare bedömning än i dag av om gärningen, bestående i ord eller handlande, ur ett objektivt hänseende typiskt sett varit ägnad att kränka en persons sexuella integritet. Det är alltså fråga om att låta straffansvaret åter omfatta gärningar som före 2005 års reform bedömdes som uppenbart sedlighetssårande även om de inte syftar till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift. Ett exempel på ett sådant förfarande som bör utgöra sexuellt ofredande kan vara av det slag som prövades i den dom vi nyss pekade på, där några pojkar under lektionstid överlämnade en trädildo till sin lärare. Ett annat exempel kan vara att en person, i syfte att se hur andra människor reagerar, går fram till en annan person och lägger handen på dennes könsorgan (dvs. mer kortvarigt berör), samtidigt som den utsattes reaktion dokumenteras i bild av gärningsmannen eller dennes medhjälpare.

I detta sammanhang, där en utvidgning av det praktiska tillämpningsområdet för sexuella ofredanden genom ord eller handlande diskuteras och förordas, vill vi framhålla att en särskild försiktighet, liksom tidigare, bör iaktas i fråga om att bedöma verbala kränkningar som sexuellt ofredande. I rättsfallet NJA 1997 s. 359 prövade Högsta domstolen hur vissa yttranden var att bedöma straffrättsligt enligt den äldre lydelsen av bestämmelsen om sexuellt ofredande. Högsta domstolen påpekade att om en viss handling är sedlighetssårande kunde anses bero på mot vem den företas, t.ex. om det är

en vuxen eller ett barn, och växla med tids- och miljöförhållandena. I rättsfallet konstaterade Högsta domstolen att de ord som fälltts var kränkande men att gärningsmannen inte uppträtt på ett uppenbart sedlighetssårande sätt. Dessa uttalanden om att beakta vikten av vilket sammanhang gärningen företas i tjänar till vägledning även för den nya lagstiftningen.

#### *Vårt förslag till förändring av bestämmelsen*

Lagtextens avfattning utgör i och för sig inget hinder mot att låta brottet sexuellt ofredande även omfatta gärningar där det i objektivt hänseende konstaterats att gärningsmannen inte haft någon särskild avsikt att reta eller tillfredsställa sin sexualdrift. Mot bakgrund av att uttalandena i motiven är tydliga i fråga om hur bestämmelsen i detta avseende bör avgränsas lär någon utveckling av praxis i den riktning som vi förespråkar dock inte ske. Vi finner det därför nödvändigt att föreslå en lagändring för att uppnå en förändrad rättstillämpning.

En lagändring kan ske dels på det sätt att en helt ny bestämmelse om sexuellt ofredande införs eller att nuvarande reglering i princip behålls och justeras. Som vi tidigare har redogjort för övervägdes i samband med 2005 års reform att lägga fram en helt ny reglering av brottet. Även om de exempel på fall av sexuellt ofredande som direkt pekas ut i lagtexten, så som blottning, numera inte är de praktiskt mest betydelsefulla finns det enligt vår mening inte tillräckliga skäl att inom ramen för en utvärdering ta bort fallen och lägga fram en helt ny utformning av bestämmelsen. Vi väljer därför att anknyta till den gällande lydelsen. I nästa avsnitt och i avsnitt 13.3.17 återkommer vi till sexuellt ofredande av barn under 15 år.

Den ändring vi föreslår av andra stycket är att uttrycket ”på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet” ersätts med ”på ett sexuellt kränkande sätt”. Vårt skäl att ta bort uttrycket ”personens sexuella integritet” har varit att termen ”integritet” är nära förknippad med kroppslig integritet och beröring medan straffbestämmelsen omfattar även verbala kränkningar. Vi har inte funnit skäl att i lagtexten ange att det ska vara fråga om en handling som är *uppenbart* kränkande (eller motsvarande förstärkningsord). I sakens natur ligger dock att inte varje handling med sexuell inriktning som kan vara sexuellt kränkande omfattas av bestämmelsen, utan att

också kränkningen, objektivt sett, måste ha varit tydlig. Det ska understrykas att kriminaliseringens räckvidd är avsedd att i princip vara densamma som före 2005 års reform. I detta sammanhang kan även påpekas att för brottet sexuellt ofredande har den objektiva ansvarsfrihetsgrunden samtycke enligt 24 kap. 7 § brottsbalken ett praktiskt tillämpningsområde.

### 11.3.2 Sexuellt ofredande av en medvetslös eller sovande person

**Bedömning:** Gärningar där en person genom ord eller handling ofredar en medvetslös eller sovande person sexuellt ska omfattas av bestämmelsen om sexuellt ofredande i 6 kap. 10 § andra stycket.

#### *Bilden av rättsläget*

Frågan, som alltså gäller om brottet sexuellt ofredande enligt bestämmelsens andra stycke omfattar medvetslösa eller sovande offer, berörs inte särskilt i förarbetena till den nuvarande bestämmelsen om sexuellt ofredande eller i förarbeten till äldre rätt.

Högsta domstolen har inte meddelat något vägledande avgörande hur ett ofredande med sexuell inriktning mot en medvetslös eller sovande person är att bedöma.

I NJA 1996 s. 481<sup>8</sup> ogillades åtalet avseende en gärning där målsäganden sov. Omständigheten att målsäganden just sov var dock inte skälet till att Högsta domstolen ogillade åtalet, utan att gärningsmannens handlande överensstämde med sexuella handlingar som han och målsäganden brukade företa. Enligt Högsta domstolen kunde handlandet därför inte ha inneburit att han uppträtt anstötligt. Hovrätten, som också hade ogillat åtalet, hade emellertid gjort det med motiveringen att målsäganden sov. Ett annat avgörande enligt äldre rätt, som det kan finnas skäl att här ta upp, är RH 1999:119. I det avgörandet ansåg hovrätten att det inte kunde komma i fråga att döma för sexuellt ofredande när målsägandens sov. Skälet var enligt hovrätten att en gärning som riktar sig mot en sovande inte kan vara ägnad att hos den sovande väcka anstöt; det förhållandet att denne efter uppvaknandet tar anstöt gjorde inte

---

<sup>8</sup> Se vår praxissammanställning, bilaga 2.

någon skillnad. I stället dömde hovrätten för ofredande enligt 4 kap. 7 § brottsbalken.

I vår genomgång av praxis efter reformen har vi inte funnit något fall där en sexualhandling som riktats mot en medvetlös eller sovande målsägande prövats enligt bestämmelsen om sexuellt ofredande.

Vi har dock muntligen fått uppgiften att när situationen har varit aktuell har domstolarna dömt på olika sätt; en del har ansett att bestämmelsen är tillämplig medan andra att den inte är det.

### Överväganden

Vår bild av rättsläget är att det varken genom förarbetsuttalanden eller vägledande avgöranden tydligt har tagits ställning till om sexuellt ofredande enligt 6 kap. 10 § andra stycket är ett s.k. fridsbrott eller ett sexualbrott.

För ofredande enligt 4 kap. 7 § brottsbalken, som tillhör kategorin fridsbrott, anses gälla att detta inte kan begås mot någon som är medvetlös eller sovande.<sup>9</sup> För sexualbrotten är utgångspunkten den motsatta; t.ex. är medvetlöshet eller sömn omständigheter som medför att hjälplöst tillstånd föreligger enligt 6 kap. 1–2 §§ brottsbalken. Inte heller för brott mot barn enligt 6 kap. 4–6 §§ utgör medvetlöshet eller sömn något hinder mot straffbarhet. Vidare kan sexuellt ofredande av barn under 15 år, enligt 6 kap. 10 § första stycket, begås mot ett barn i ett sådant tillstånd.

Hur bör då sexuellt ofredande enligt bestämmelsens andra stycke hanteras såvitt avser offer som är medvetlösa eller sover? Omständigheten att ett ofredandebrott av detta slag har placerats i 6 kap. brottsbalken talar starkt för att det då är ett sexualbrott och inte ett fridsbrott. Därtill kommer motivuttalanden gällande hur uttrycket ”ägnat att kränka personens sexuella integritet” ska tolkas. Enligt prop. 2004/05:45 är det objektiv bedömning som ska ske av handlingen och det behöver inte i det enskilda fallet bevisas att en integritetskränkning har skett. Det är tillräckligt att handlingen *typiskt sett* är sådan att offrets sexuella integritet kränkts. Att mot den bakgrunden i rättstillämpningen ställa upp ett krav på att målsäganden måste vara vaken för att gärningen ska vara ägnad att kränka personens sexuella integritet måste anses strida mot lagstiftarens syfte med bestämmelsen. Enligt vår mening framstår det i stället som

<sup>9</sup> Jfr NJA 2008 s. 946.



helt klart att andra stycket i bestämmelsen om sexuellt ofredande även bör omfatta handlingar som riktar sig mot personer som är medvetlösa eller sover. Bestämmelsen tillhör alltså kategorin sexualbrott och inte fridsbrott.

Med den utgångspunkten kring hur brottet sexuellt ofredande bör hanteras kan det även komma i fråga att bedöma situationer där en person på ett sexuellt kränkande sätt har filmat eller fotograferat en annan person i smyg som ett sexuellt ofredande. Ett exempel på det kan vara att någon fotograferar en annan persons underliv genom att föra in kameran under en kjol. Frågan om kriminalisering av s.k. smygfilmning hanteras som ett särskilt lagstiftningsärende inom Justitiedepartementet. En departementspromemoria planeras att lämnas ut på remiss under hösten 2010. Avsikten är att beteendet att filma i smyg ska utgöra ett särskilt brott. En sådan kriminalisering utesluter enligt vår mening dock inte möjligheterna att döma i brottskonkurrens även för sexuellt ofredande om brottsrekvisiten är uppfyllda.

## 11.4 Sexuellt ofredande av barn

### 11.4.1 Europarådskonventionens krav angående bevitnande av handling med sexuell innebörd

**Bedömning och förslag:** Första stycket i bestämmelsens om sexuellt ofredande ska utvidgas för att Sverige ska uppfylla de krav som följer av Europarådets konvention om skydd för barn mot sexuell exploatering och sexuella övergrepp. Saken behandlas mer utförligt i avsnitt 13.3.17.

Artikel 22 i Europarådets konvention om skydd för barn mot sexuell exploatering och sexuella övergrepp förskriver en skyldighet för staterna att straffbelägga ett uppsåtligt förorsakande, i sexuell syfte, av att ett barn som inte har uppnått åldern för sexuell självbestämmanderätt bevitnar sexuella övergrepp eller sexuella handlingar. I kapitel 13 behandlar vi konventionen särskilt. Som vi redovisar i avsnitt 13.3.17 är det vår bedömning att Sverige för att uppfylla konventionen i denna del bör utvidga tillämpningsområdet för bestämmelsen om sexuellt ofredande, 6 kap. 10 § brottsbalken. Således föreslår vi att det i bestämmelsens första stycke anges att det även utgör ett sexuellt ofredande *att i ett sexuell syfte förmå ett barn att*

*bevittna en sexuell handling.* Vi behandlar saken mer utförligt i kapitel 13.

#### 11.4.2 Beröring av barn och barns medverkan i en handling med sexuell innebörd

**Bedömning:** För gärningar som innebär att ett barn berörs sexuellt eller förmås medverka i någon handling med sexuell innebörd ska – i likhet med gärningar enligt andra stycket – gälla att det inte krävs ett särskilt sexuellt syfte hos gärningsmannen för att en brottslig gärning objektivt sett ska ha begåtts.

##### *Bilden av rättsläget*

Som vi har redogjort för i avsnitt 11.3 gjorde lagstiftaren i samband med 1984 års reform vissa uttalanden kring gärningsmannens syfte med gärningen när det gäller brott mot barn under 15 år (10 § första stycket). Huruvida ett särskilt syfte att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift enligt de motivuttalandena ska gälla både för beröringsfallen och för andra handlingar med sexuell innebörd är dock inte helt klart. Vi har dock gjort bedömningen att det ligger närmast till hands att tolka uttalandena på det sättet att syftet att söka reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift endast avser beröringsfallen.

I författningskommentaren i propositionen 2004/05:45 hänvisades i till förarbetena till 1984 års reform samtidigt som det tillades:

Liksom enligt nuvarande lagstiftning förutsätts för straffansvar att handlingen har en klar och för en vuxen person otvetydig sexuell prägel.<sup>10</sup>

Detta förarbetsuttalande ger ingen närmare vägledning i fråga om vad som ska gälla beträffande ett särskilt syfte hos gärningsmannen vid brott enligt första stycket i 10 §.

Det saknas också vägledande avgöranden som klargör tillämpningen av sexuellt ofredande enligt första stycket.

Bland den orefererade hovrättspraxis från första halvåret 2008 var sexuellt ofredande enligt första stycket aktuellt i tio domar. I samtliga fall avsåg prövningen beröring av barn. I nio av domarna

---

<sup>10</sup> S. 149.

dömdes det för brottet medan åtalet ogillades i ett fall. Endast i den dom där åtalet ogillades togs frågan om gärningsmannens avsikt upp i domskälen. Åtalet ogillades med hänvisning till att det inte var styrkt att beröringarna haft en sexuell inriktning bestående i att de syftat till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift.<sup>11</sup>

Vid samråden har inga särskilda synpunkter framkommit beträffande tillämpningen av 10 § första stycket.

### *Överväganden*

Klart är att en handling mot ett barn enligt 10 § första stycket ska ha en sexuell inriktning för att en brottslig gärning objektivt sett ska kunna föreligga. Det är sedan vår bedömning att det inte med säkerhet går att fastslå vilka närmare krav på sexuell avsikt hos gärningsmannen som finns i gällande rätt. Tidigare förarbetsuttalanden bör dock rimligen tolkas på det sättet att ett krav på att gärningen ska syfta till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift enbart gäller i förhållande till fallen av beröring av barn. Det måste hur som helst lämnas öppet för en sådan sexuell avsikt möjligen även gäller för fallen av barns medverkan i en handling med sexuell innebörd.

I vårt förslag till utvidgning av 10 § första stycket, som vi föreslår för att uppfylla artikel 22 i Europarådets konvention om skydd för barn mot sexuell exploatering och sexuella övergrepp, föreslår vi att det direkt i bestämmelsen ska anges att ett sexuellt syfte ska krävas för just situationerna med bevittnande, se avsnitt 13.3.17. Genom att i lagtexten ange gärningsmannens syfte avgränsas bestämmelsen i denna del till att objektivt sett omfatta de straffvärda fallen när ett barn förmås att bevittna en sexuell handling.

I avsnitt 11.3.1.2 har vi gjort bedömningen att det beträffande sexuellt ofredande genom ord eller handling enligt andra stycket, andra ledet inte bör ställas upp något krav på att gärningsmannen ska ha haft någon särskild avsikt för att ett sexuellt ofredande objektivt sett ska föreligga. Att mot denna bakgrund behålla ett krav på särskild avsikt för brott enligt första stycket framstår som olämpligt. Även i detta sammanhang har resonemangen i avsnitt 7.3, om gärningsmannens avsikt i förhållande till den objektiva bedömningen av om en sexuell handling föreligger, betydelse. Saknar

---

<sup>11</sup> Hovrättens över Skåne och Blekinge dom den 25 mars 2008 i mål B 2797-07 (Malmö tingsrätts dom den 15 november 2007 i mål B 2685-07).

avsikten en betydelse för den bedömningen bör den rimligen inte heller spela någon roll vid prövningen av en gärning som innebär att ett barn under 15 år berörts sexuellt eller förmåtts företa eller medverka i någon handling med sexuell innebörd. Behålls ett sådant krav blir skyddet för barn enligt de särskilda situationerna i första stycket dessutom sämre än för barn och vuxna enligt den mer generella bestämmelsen om ofredande genom ord eller handling i andra stycket. Här ska framhållas vad som enligt motiven till 2005 års reform är kännetecknande för de olika styckena i paragrafen:

Med bestämmelsen i första stycket skapas i likhet med vad som gäller i dag ett absolut skydd för barn under 15 år mot att utsättas för bl.a. sådana sexuella beröringar som inte kan innefattas i begreppet ”sexuell handling”. I andra stycket, som skyddar såväl barn som vuxna, riktas straffansvaret mot kränkningen av den enskildes sexuella integritet.<sup>12</sup>

För att tillförsäkra barn under 15 år det absoluta skydd som har varit avsett med första stycket föreslår vi därför att det beträffande handlingar bestående i beröring av barn och barns medverkan i handling med sexuell innebörd enligt 10 § första stycket inte (längre) ska ställas något krav på särskild avsikt hos gärningsmannen.

I sammanhanget vill vi påpeka att vi gör bedömningen att det inte finns risk att det kriminaliserade området enligt första stycket blir för vidsträckt genom att det beträffande fall av beröring och barns medverkan i en handling inte ska ställas något krav på att en gärning ska söka reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift. Alltjämt kräver lagen att det ska vara fråga om en beröring som är *sexuell* för att straffansvar ska kunna komma i fråga. Utanför det straffbara området faller t.ex. sådant som objektivt sett utgör skötsel av ett barns hygien eller kirurgiska undersökningar och ingrepp som omskärelse. Vidare ska en sexuell beröring ha begåtts uppsåtligen för att vara straffbar. Oavsiktliga beröringar, t.ex. i samband med lek med barn, omfattas inte av straffansvaret.

---

<sup>12</sup> Prop. 2004/05:45 s. 89.

## 12 Övriga sexualbrott samt osjälvständiga brottsformer

### 12.1 Inledning

Vi har ett övergripande uppdrag att utvärdera tillämpningen av 2005 års sexualbrottsreform och därmed i princip hela 6 kap. brottsbalken. Dock ligger en utvärdering av tillämpningen av brottet köp av sexuell tjänst, 6 kap. 11 § brottsbalken, utanför vårt uppdrag. I stället har *Utredningen om utvärdering av förbudet mot köp av sexuell tjänst (Ju 2008:09)* behandlat den frågan.<sup>1</sup> Vidare ligger straffbestämmelsen om kontakt med barn i sexuellt syfte, 6 kap. 10 a § utanför vårt uppdrag. Det brottet tillkom år 2009. Någon motsvarande bestämmelse hade inte funnits tidigare, även om en del av de gärningar som straffbeläggs genom brottet kan utgöra försök eller förberedelse till andra brott. Då några följdändringar inte heller behöver ske i 10 a § med anledning av de förslag vi lägger tar vi inte alls upp det brottet till särskild behandling.

I detta avsnitt redovisar vi först resultatet av vår utvärdering såvitt avser brott i 6 kap. brottsbalken som vi tidigare inte behandlat och som inte särskilt pekas ut i våra direktiv; brotten samlag med avkomlig respektive samlag med syskon i 7 § och koppleri i 12 §. I likhet med metoden avseende övriga brott har vi undersökt om det har uppstått några särskilda tolkningsproblem eller andra svårigheter eller framkommit nya problemområden där skydd saknas eller skyddet framstår som bristfälligt. Beträffande brotten i 7 § har vi även funnit skäl att lägga fram synpunkter av generellt slag. Avslutningsvis i detta kapitel lägger vi fram ett förslag till ändring av bestämmelsen om straffansvar för försöksbrott.

---

<sup>1</sup> SOU 2010:49 Förbud mot köp av sexuell tjänst. En utvärdering 1999–2008.

## 12.2 Brotten samlag med avkomling respektive samlag med syskon

**Bedömning:** Rättstillämpningen av brotten samlag med avkomling respektive samlag med syskon fungerar – utifrån hur gällande rätt ser ut – enligt vår uppfattning på ett tillfredsställande sätt. Regleringen bör emellertid utredas närmare utifrån ett principiellt perspektiv.

### *Bakgrund*

Genom 2005 års reform behölls den tidigare bestämmelsen om sexuellt umgänge med avkomling respektive sexuellt umgänge med syskon oförändrad, dock ändrades rubriceringen på brotten till samlag med avkomling respektive samlag med syskon.

Det var även Sexualbrottskommitténs förslag att kriminaliseringen av denna typ av gärningar skulle vara kvar. Tidigare har kriminaliseringen motiverats med hänsyn till både sociala och arvs-genetiska skäl.<sup>2</sup> Enligt kommittén var enbart de arvs-genetiska skälen tillräckliga för att motivera kriminaliseringen men kommittén hänvisade till att det dessutom fanns etiska skäl som talade för detta. Kommitténs förslag fick ett blandat mottagande av remissinstanserna.<sup>3</sup> Kritik riktades bl.a. mot att arvs-genetiska skäl anförs som skäl för kriminaliseringen samt att homosexuella och heterosexuella förhållanden inte behandlas lika. Vidare fördes även uppfattningen om avkriminalisering fram liksom att det behövdes göras en mer omfattande översyn av bestämmelsen.

Regeringen delade den uppfattning som lagts fram, bl.a. av RFSU, att bestämmelsen borde övervägas närmare. I väntan på en sådan översyn fördes kriminaliseringen över till den reformerade lagstiftningen.

### *Bilden av rättsläget*

Lagföringar för brotten samlag med avkomling och samlag med syskon är relativt ovanliga. Enligt den officiella kriminalstatistiken har det sedan 2005 årligen fattats mellan ett och tio lagföringsbeslut för något av brotten som huvudbrott. Talen för lagföringar enligt den

<sup>2</sup> Prop. 1983/84:105 s. 33 f.

<sup>3</sup> Se en sammanställning i prop. 2004/05:45 s. 82 f.

äldre lydelsen var ungefär de samma åren före reformen. Bland de hovrättsdomar vi gått igenom avseende första halvåret 2008 förekom en lagföring enligt bestämmelsen. Det dömdes i det fallet för samlag med avkomling. Ingen refererad praxis finns avseende bestämmelsen. Vid våra samråd har inte heller några särskilda synpunkter lagts fram gällande tillämpningen denna.

### *Överväganden och förslag*

Även med beaktande av att underlaget för vår utvärdering har varit begränsat avseende brotten samlag med avkomlig respektive samlag med syskon är det vår uppfattning att det generellt sett inte finns några problem vad gäller tillämpningen av bestämmelsen. Rättstillämpningen fungerar således – utifrån hur gällande rätt ser ut – på ett tillfredsställande sätt.

I detta sammanhang vill vi emellertid ur ett principiellt perspektiv lyfta frågan om behovet av att utreda regleringen närmare. Regeringen pekade i propositionen till 2005 års reform på att en översyn behöver göras av regleringen. Vi delar den uppfattningen. Enligt vår uppfattning bör övervägas först och främst vilken grund en kriminalisering av detta slag vilar på och – om tillräckliga skäl finns att ha regleringen kvar – hur bestämmelsen lämpligast bör vara utformad. Ett sådant särskilt uppdrag har inte getts oss i våra direktiv och frågan är inte heller lämpad att prövas inom ramen för en utvärdering av 2005 års reform. Vi har därför inte funnit anledning att pröva frågan, vilken även av tidsskäl hade varit svår att hinna med.

## 12.3 Koppleri

<b>Förslag:</b> Rättstillämpningen av brottet koppleri fungerar enligt vår uppfattning generellt sett på ett tillfredsställande sätt.
---

Straffbestämmelsen om koppleri och grovt koppleri motsvarar i princip vad som gällde före reformen. En viss utvidgning har skett av tillämpningsområdet för grovt brott genom att det även omfattar verksamhet som medfört betydande vinning. För det grova brottet har även straffskalan höjts genom reformen.

*Bilden av rättsläget*

Utvärderingen visar att lagföringar gällande brottet koppleri och grovt koppleri varierar allt från några få fall per år till strax under 30. Enligt den officiella kriminalstatistiken har sedan 2002 fattats följande antal lagföringsbeslut avseende brottet.

**Tabell 11** Antalet lagföringar (domar i tingsrätt respektive två strafföreläggande) för koppleri eller grovt koppleri som huvudbrott

År	koppleri	grovt koppleri
2002	4	2
2003	5	4
2004	14	10
2005	12	17
2006	4	4
2007	18	5
2008	8	3
2009	7	6

*Källa:* Brå

Bland de hovrättsdomar vi gått igenom avseende första halvåret 2008 förekom koppleribrottet inte alls. Ingen refererad praxis finns avseende bestämmelsen. Vid våra samråd har inte heller några särskilda synpunkter lagts fram gällande tillämpningen av bestämmelsen.

*Överväganden och förslag*

Underlaget för vår utvärdering har varit begränsat avseende koppleribrottet. Såväl vad gäller brottet av normalgraden som det grova brottet är det emellertid vår uppfattning att det generellt sett inte finns några problem vad gäller tillämpningen. Vi bedömer alltså att rättstillämpningen avseende brott enligt 6 kap. 12 § brottsbalken fungerar på ett tillfredsställande sätt.



## 12.4 Osjälvständiga brottsformer

**Förslag:** Straffansvaret för försöksbrott ändras till följd av föreslagna ändringar av 6 kap. 3 § brottsbalken. Vi föreslår att försök till det nya brottet sexuellt övergrepp ska vara straffbart samt att brottet sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning tas bort ur 6 kap. 12 § samma balk.

De i det föregående föreslagna förändringarna av 6 kap. 3 § brottsbalken medför att följdändringar i 12 § samma kapitel behöver göras. Eftersom brottet sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning upphävs ska det brottet inte längre ingå i uppräkningslistan av de brott som är straffbara på försöksstadiet. När det gäller det av oss föreslagna nya brottet sexuellt övergrepp är det vår bedömning att det bör vara straffbart på försöksstadiet. Tillräckliga skäl att föreslå en kriminalisering av brottet även på tidigare stadium, eller underlåtenhet att avslöja ett sådant brott, finns inte.