

Justitiedepartementet  
103 33 Stockholm

## Ett starkare skydd för den sexuella integriteten (SOU 2016:60)

(Ju2016/06811/L5)

### Sammanfattning

Hovrätten instämmer i att en samtyckesbaserad sexualbrottslagstiftning bättre än den nuvarande kan anses förmedla de grundläggande utgångspunkter som en lagstiftning om sexualbrott ska bygga på. Emellertid kan hovrätten inte tillstyrka kommitténs förslag om att ersätta den nuvarande regleringen av våldtäkt och sexuellt tvång med en sådan eftersom nackdelarna överstiger fördelarna. Däremot tillstyrker hovrätten straffansvar för de allvarigaste sexualbrotten även vid grov oaktsamhet. Hovrätten förespråkar också att den nuvarande lagstiftningen kompletteras bl.a. med möjligheter till strängare straffrättsliga ingripanden för allvarigare fall av sådana gärningar som i dag straffas endast som sexuellt ofredande. Om en samtyckesbaserad straffbestämmelse ändå bedöms som nödvändig godtar hovrätten att en sådan införs subsidiärt till bestämmelserna om våldtäkt och sexuellt tvång. Hovrätten motsätter sig inte att s.k. utpressningstvång ska kunna medföra ansvar för våldtäkt.

Hovrätten motsätter sig under alla förhållanden att begreppet våldtäkt utmönstras ur lagtexten.

För det fall kommitténs förslag om en samtyckesbaserad lagstiftning trots allt genomförs anser hovrätten att det bör justeras i vissa närmare angivna avseenden. Hovrätten förespråkar bl.a. att sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning även i fortsättningen ska utgöra ett särskilt brott. Dessutom ifrågasätter hovrätten behovet att reglera sexualbrott utan kroppslig beröring på det sätt som kommittén gjort.

Hovrätten är tveksam till att en särskild straffskala för synnerligen grova fall införs eftersom det kan ifrågasättas om den leder till någon egentlig effekt och dessutom kan leda till en mindre ingripande reaktion än vad som fallet är i dag vid flerfaldig brottslighet.

Hovrätten har ingen erinran mot att offrets låga ålder uttryckligen bör beaktas vid bedömningen av om vissa sexualbrott är att anse som grova men förespråkar en annan lösning än kommittén.

Hovrätten motsätter sig inte att grovt oaktsamt sexualbrott mot barn som begåtts utomlands undantas från kravet på dubbel straffbarhet.

Hovrätten lämnar också en del ytterligare synpunkter på den av kommittén föreslagna lagtexten.

Hovrätten ställer sig positiv till skärpta kompetenskrav för målsägandebiträden samt tillstyrker väsentligen kommitténs övriga förslag om bättre stöd till målsäganden under rättsprocessen samt om uppdrag åt rättsväsendets myndigheter.

### **Inledande synpunkter**

Hovrätten vill inledningsvis framhålla att utgångspunkten för lagstiftningen om sexualbrott även i framtiden måste vara varje individs rätt till sexuellt självbestämmande och sexuell integritet. Att sexualbrottslagstiftningen på lämpligast möjliga sätt måste avspegla detta utgör också grunden för de synpunkter som hovrätten lämnar i det följande.

Sexualbrottslagstiftningen har genomgått betydande förändringar vid flera tillfällen under de senaste 20 åren och debatteras frekvent. Både i offentliga utredningar och på andra sätt har förändringsförslag lyfts fram. Hovrätten vill framhålla att sexualbrottslagstiftningen måste vara utformad på ett sätt som står sig över lång tid utan behov av genomgripande förändringar. Detta bör också vara centralt vid den fortsatta beredningen. Det är vidare angeläget att förslagen om ändringar i sexualbrottslagstiftningen behandlas i ett sammanhang. De synpunkter hovrätten lämnat i tidigare remissvar kvarstår.

Hovrätten vill också framhålla att det mest angelägna för att lagstiftningen ska fylla sitt syfte är att förundersökningar håller hög kvalitet.

## Bör en samtyckesbaserad lagstiftning införas?

Den bakomliggande tanken redan med den nuvarande lagstiftningen är att den ska träffa fall där samtycke saknas. Intresset av att lagstiftningens utformning återspeglar denna tanke ska inte underskattas. Tvärtom finns det anledning att framhålla att lagstiftningens utformning också kan ges en normativ kraft för att förmedla en syn på den enskildes rätt till sin egen sexualitet som samhället kan stå bakom. Enligt hovrätten skulle därför en lagstiftning, som bygger på bristande samtycke som grund för straffansvaret, kunna ha ett försteg när det gäller att förmedla de grundläggande utgångspunkter som lagstiftningen ska bygga på, framför en reglering som bygger på användande av otillbörliga medel. En sådan lagstiftning skulle också kunna ge tydligt stöd för att sexuella handlingar som inte bygger på frivillighet utgör en allvarlig kränkning.

Som kommittén anfört framstår emellertid det straffrättsliga skyddet redan i dag – utifrån ovan angivna utgångspunkter – som heltäckande i den meningen att straffvärda kränkningar av den sexuella integriteten också är straffbara när de begåtts uppsåtligen. De ändringar som kan behöva övervägas, exempelvis om det skulle visa sig att 2013 års ändringar i 6 kap. brottsbalken inte fått avsett genomslag fullt ut, eller att straffnivåerna för sexuella övergrepp i vissa fall bör höjas, förutsätter inte någon genomgripande förändring av systematiken.

Som kommittén anfört måste därför krävas starka skäl för att ersätta nuvarande reglering med en samtyckesbaserad sådan. Hovrätten vill instämma i vad regeringen uttalade i samband med 2013 års ändringar, att för att välja en helt ny regleringsmodell måste krävas att en sådan framstår som klart bättre än den nuvarande.

För att fylla sitt syfte måste en straffrättslig lagstiftning utformas så, att det som är straffbart också kan bevisas och lagföras. Det gäller i högsta grad sexualbrotten, vilka gäller handlingar som i allt väsentligt är tillåtna om de sker under frivillighet. Lagstiftningen måste således utformas så att den också möjliggör bevisför-

ring kring de omständigheter som åklagaren ska styrka. I annat fall finns det en risk för att lagstiftningen förlorar i trovärdighet och legitimitet.

Hovrätten har i tidigare lagstiftningsärenden gjort bedömningen att en straffbestämmelse i 6 kap. brottsbalken som grundar sig på bristande samtycke skulle leda till stora bevisvårigheter (se hovrättens yttrande den 3 mars 2011 över förslagen i SOU 2010:71). Även om det förslag som kommittén nu lämnat, som utgår från att frivilligheten måste ha kommit till uttryck, framstår som mera utvecklade än det tidigare förslaget, kvarstår emellertid enligt hovrättens mening bevisvårigheterna. Det förhållandet att förslaget innebär att underförstådda eller tysta samtycken inte ska godtas innebär inte att åklagarens bevisbörda i de delarna övergår på den tilltalade, något som skulle strida mot den grundläggande principen att den tilltalade inte har någon förklaringsbörda. Vad åklagaren kommer att behöva styrka är således att gärningsmannen haft uppsåt till att målsäganden inte gett uttryck för sitt val att delta. Hovrätten kan inte se att bevisvårigheterna kommer att bli mindre med kommitténs förslag, annat än möjligen i vissa situationer när målsäganden förhållit sig helt passiv.

Hovrätten instämmer i att särskilda formkrav för hur frivillighet ska komma till uttryck vore verklighetsfrämmande och inte ska ställas upp. Det medför emellertid att domstolen vid bedömningen av frivilligheten i betydande utsträckning kommer att vara hänvisad till målsägandens agerande och hur den tilltalade uppfattade situationen. Hovrätten delar alltså inte kommitténs bedömning att det inte kommer att vara intressant att fråga målsäganden hur hon eller han agerade. I stället instämmer hovrätten i vad experten Bengt Ivarsson anför om att fokus på målsäganden kommer att öka väsentligt vid ett genomförande av kommitténs förslag. Inte minst kan detta befaras i situationer där inställningen påstås ha ändrats under händelseförloppet. Det finns också en påtaglig risk, enligt hovrättens bedömning, för att moraliska värderingar får ett betydligt större genomslag än i dag vid bevisvärderingen i enskilda fall. Enligt hovrätten är inga av dessa konsekvenser värda att eftersträva. Om inte heller lagstiftaren är beredd att acceptera dessa konsekvenser bör förslagen inte genomföras.

Till det kommer att kommittén antagit att en samtyckesbaserad lagstiftning inte kommer att leda till fler fällande domar i den betydelsen att straffvärda fall i ökad utsträckning kan lagföras. Hovrätten har inte någon annan uppfattning. Även om kommittén klargjort detta befarar hovrätten att införandet av en samtyckesbaserad lagstiftning kommer att leda till förväntningar som lagstiftningen och rättsväsendet inte kan leva upp till.

Om en samtyckesbaserad lagstiftning skulle ersätta den nuvarande regleringen av våldtäkt och sexuellt tvång kommer en ny praxisbildning i domstolarna att krävas under en relativt lång tid. Detta gäller även om tidigare praxis alltjämt kan tjäna till ledning i de delar den avser omständigheter som innebär att ett uttryckt val inte ska anses frivilligt. Behovet av ny praxisbildning utgör inget skäl mot att genomföra nödvändiga förändringar men bör vägas in vid bedömningen av om det är påkallat att genomföra ändringar som inte kan antas leda till någon ändring av det straffbara området.

Som kommittén anfört är det alltså de normativa effekterna som talar för en samtyckesbaserad lagstiftning. Att den föreslagna lagstiftningen har fördelar i detta avseende är enligt hovrätten obestridligt. Det kan inte heller bortses från att det numera finns en stark politisk uppfattning om att en sådan lagstiftning skulle vara att föredra. Hovrätten anser emellertid att de negativa konsekvenser som lyfts fram i tidigare lagstiftningsärenden när ställning tagits till att inte införa en samtyckesbaserad lagstiftning kvarstår även med utgångspunkt i kommitténs förslag om att frivilligheten måste komma till uttryck.

Hovrätten kan med hänsyn till det anförda inte tillstyrka att kommitténs förslag om en samtyckesbaserad sexualbrottslagstiftning genomförs.

**Förbättringar kan genomföras inom ramen för nuvarande reglering**

Även om hovrätten förespråkar att nuvarande struktur i sexualbrottslagstiftningen behålls, anser hovrätten att det finns anledning att överväga lagändringar för att ytterligare förstärka det straffrättsliga skyddet i vissa fall. Hovrätten motsätter sig i det sammanhanget inte att samlag eller sexuella handlingar jämförbara med samlag som genomförts efter s.k. utpressningstvång bör kunna föranleda ansvar för våldtäkt och inte endast för sexuellt tvång (jfr 6 kap. 1 § andra stycket 1 i kommitténs förslag). Hovrätten godtar också att sexuella handlingar där gärningsmannen uppsåtligen utnyttjar ett olaga tvång som annan, och alltså inte gärningsmannen själv, utsatt målsäganden för uttryckligen omfattas av straffansvaret för våldtäkt och sexuellt tvång.

Hovrätten anser att vad som bäst skulle tillgodose intresset av ett förstärkt straffrättsligt skydd är att genomföra kommitténs förslag om straffansvar för de allvarligaste sexualbrotten också vid grov oaktsamhet. Att genomföra en sexuell handling med insikt om risken för att betvingandet sker mot den andres vilja eller med insikt om risken att den andre befinner sig i en särskilt utsatt situation, måste enligt hovrätten anses som klart straffvärt även om gärningsmannen inte kan sägas ha varit likgiltig inför den omständigheten. Även med beaktande av att införandet av ett oaktsamhetsbrott kan medföra en risk för uppsåtliga gärningar kommer att bedömas som oaktsamt brott, förespråkar hovrätten att en sådan reglering införs. Hovrätten återkommer nedan med de närmare synpunkterna på kommitténs förslag.

Det mest påtagliga reformbehov som kommittén uppmärksammat vid sidan av ett ansvar vid grov oaktsamhet rör sexualhandlingar som består i eller är jämförbara med samlag som begåtts mot den andres vilja men som straffas endast som sexuellt ofredande. För att möjliggöra ett straffrättsligt ingripande i proportion till övergreppets allvar anser hovrätten att en grov grad av det brottet borde kunna övervägas, eventuellt i förening med en mer adekvat brottsrubricering, med en straffskala som skulle kunna vara fängelse i lägst sex månader och högst sex år. Vid en sådan ändring skulle regeringen och riksdagen dessutom kunna

låta det komma till tydligt uttryck att straffbestämmelsen bör vara tillämplig också vid sådana sexualhandlingar som avses i nuvarande 6 kap. 1 och 2 §§ men ansvar av något skäl inte kan utdömas enligt de bestämmelserna.

För det fall regeringen anser att det trots allt är nödvändigt att tydliggöra frånvaron av samtycke som grund för straffansvar, kan det införas en subsidiär straffbestämmelse baserad på bristande samtycke. En motsvarande bestämmelse finns redan i den norska sexualbrottslagstiftningen. Visserligen ifrågasatte hovrätten 2008 års sexualbrottsutrednings förslag i det avseendet, väsentligen med hänsyn till de bevisvärigheter en sådan skulle medföra, och det kan befaras att flera av de negativa konsekvenser som hovrätten har anfört som skäl mot kommitténs förslag skulle kvarstå. En subsidiär straffbestämmelse bör vara tillämplig först om straffansvar inte kommer i fråga enligt huvudstadgandena om våldtäkt eller sexuellt tvång. I linje med kommitténs förslag bör då också kunna ställas upp som förutsättning att den ska avse de fall när valet att delta inte kommit till uttryck. Enligt hovrätten skulle bestämmelsen kunna utformas på följande sätt.

*Den som, i annat fall än som avses i 1 eller 2 §, genomför en sexuell handling med en person som inte genom ord eller handling [eller på annat jämförbart sätt] gett uttryck för att han eller hon deltar frivilligt, döms...*

## Sexualbrottslagstiftningens begreppsbyggnad

### Våldtäktsbegreppet

Sexualbrottslagstiftningen är i dag utformad så att straffansvaret för våldtäkt omfattar betydligt mer än gärningar som begåtts efter våld eller hot om våld. Hovrätten anser dock att begreppet är så djupt förankrat att de allvarligaste sexualbrotten även i fortsättningen bör benämnas våldtäkt, också om kommitténs förslag genomförs. Enligt hovrätten är det oegentligt att *inte* benämna gärningar som våldtäkt när de består i samlag eller därmed jämförbara sexuella handlingar och genomförts efter våld eller hot om våld.

Hovrätten motsätter sig således att begreppet våldtäkt utmönstras ur sexualbrottslagstiftningen, oavsett om kommitténs förslag genomförs eller inte. För det

fall kommitténs förslag genomförs och regeringen godtar hovrättens ändringsförslag i det följande om vilka samtycken som inte ska anses giltiga, saknas dessutom egentliga skäl att utmönstra begreppet.

### **Samlagsbegreppet**

Med samlag avses i brottsbalken endast vaginala samlag. Kommittén har föreslagit att begreppet samlag i framtiden ska avse även orala och anala samlag. I lagtexten har detta emellertid kommit till uttryck endast på så sätt att det i bestämmelsen om *samlag med avkomling* och *samlag med syskon* (motsvarande 6 kap. 7 § i nuvarande lag) uttryckligen anges ”vaginalt samlag”, eftersom andra samlag än vaginala inte heller framöver ska omfattas.

Hovrätten har i och för sig inget att erinra mot att också sexuella handlingar mellan personer av samma kön borde kunna omfattas av brottsbalkens samlagsbegrepp. Eftersom samlagsbegreppet har en vedertagen betydelse i brottsbalken förutsätter en sådan ändring dock att begreppet ändras i lagtexten. Hovrätten anser alltså inte att ändringen kan genomföras genom förarbetsuttalanden på det sätt kommittén förutsatt. Lämpligen borde i stället uttryckligen anges ”vaginalt, oralt eller analt samlag” i lagtexten, när samtliga former avses. Också med den lagtekniska lösningen är det emellertid nödvändigt att framdeles behålla det särskilda rekvisitet ”sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag”. I annat fall finns risk för att sådana sexualhandlingar som var föremål för Högsta domstolens prövning i NJA 2008 s. 1096 II, vilka i dag får anses vara jämförliga med samlag i brottsbalkens mening (se prop. 2012/13:111 s. 38), och andra jämförliga handlingar faller utanför. Även om hovrätten kan ställa sig bakom de skäl kommittén anfört för en utvidgning av samlagsbegreppet, anser hovrätten därför att det kan ifrågasättas om det finns något påtagligt behov av en sådan ändring.



## Synpunkter i sak på kommitténs förslag om en samtyckesbaserad lagstiftning

För det fall regeringen väljer att gå vidare med kommitténs förslag om en samtyckesbaserad sexualbrottslagstiftning, har hovrätten följande synpunkter på den övergripande utformningen av 6 kap. 1–3 §§. Hovrätten återkommer nedan i de delar förslagen avser vissa frågor som inte är beroende av om en samtyckesbaserad lagstiftning införs.

### Den straffbara handlingen

Kommitténs förslag innebär att endast val att delta som kommit till uttryck ska anses frivilliga. Det har överlämnats till rättstillämpningen att ta ställning till hur ett frivilligt val närmare ska komma till uttryck. Enligt hovrätten talar dock legalitetsskäl för att så långt som möjligt ange detta i lagtexten. Som redan anförts instämmer hovrätten visserligen i att det inte kan ställas upp några särskilda formkrav i detta avseende. Av motiveringen till förslagen framgår emellertid att om den andre inte med ord uttryckt frivilligheten så måste han eller hon genom sitt handlande ha gett uttryck för detta. Hovrätten förespråkar därför att första stycket första meningen i 1 § respektive 3 § ges följande lydelse, varvid tredje meningen i styckena kan utgå.

*Den som, med en person som inte genom ord eller handling [eller på annat jämförbart sätt?] gett uttryck för att han eller hon deltar frivilligt, genomför en sexuell handling...*

Med den av kommittén föreslagna konstruktionen av straffbestämmelserna i 1 och 3 §§ instämmer hovrätten i kommitténs förslag att uttryckligen – och uttömmande – reglera de situationer när ett uttryckt val att delta inte ska anses frivilligt. Eftersom det är en rättslig bedömning som ska göras bör dock andra stycket inledas på följande sätt.

*Ett uttryckt val att delta i en sexuell handling är inte att anse som frivilligt...*

### Brott av normalgraden och mindre allvarligt brott

Den föreslagna straffbestämmelsen i 1 § syftar till att vara huvudstadgandet i sexualbrottslagstiftningen, på samma sätt som våldtäktsbrottet är i dag. Straffska-

lan motsvarar också den för våldtäkt, dvs. fängelse i lägst två och högst sex år eller, om brottet ska anses mindre allvarligt, fängelse i högst fyra år. Hovrätten har i och för sig ingen erinran mot att ersätta uttrycket *mindre grovt* med *mindre allvarligt*. Vid 2005 års ändringar valde regeringen att behålla möjligheten att döma för våldtäkt enligt den lindrigare straffskalan för mindre allvarligt brott för att undvika orimliga resultat i rättstillämpningen (prop. 2004/05:45 s. 53).

Den av kommittén föreslagna straffbestämmelsen om sexuellt övergrepp (6 kap. 1 §) bör, i likhet med vad som gäller för brottet våldtäkt, vara förbehållet de sexuella övergrepp som är så allvarliga att straffvärdet normalt motsvarar minst två års fängelse. Enligt hovrätten bör därför straffskalan för det mindre allvarliga brottet även fortsättningsvis tillämpas endast i undantagsfall där omständigheterna klart avviker från vad som normalt är fallet vid våldtäkt (jfr a. prop. s. 138). Om huvudstadgandet ska utvidgas till att omfatta andra gärningsformer än i dag, bör följaktligen krävas att också dessa gärningsformer i allmänhet kan bedömas ha ett straffvärde motsvarande fängelse i två år eller mer. Så kan enligt hovrätten bedömas vara fallet när det gäller den av kommittén föreslagna utvidgningen till s.k. utpressningstvång för att genomföra samlag eller sexuella handlingar jämställbara med samlag. Gärningsformer med ett straffvärde som i allmänhet kan bedömas inte uppgå till två års fängelse bör däremot enligt hovrätten regleras separat. I annat fall är risken påtaglig att relationen mellan brott av normalgraden och mindre allvarligt brott förändras och att den lindrigare straffskalan kommer att användas också i situationer som den inte varit avsedd för, dvs. innebära lindrigare straff också i fall som i dag medför ansvar för våldtäkt av normalgraden.

### **Omständigheter som innebär att ett uttryckt val att delta inte ska anses frivilligt**

När det gäller de omständigheter som innebär att ett uttryckt val att delta inte ska anses frivilligt tillstyrker hovrätten kommitténs förslag i punkterna 1 och 2, och sålunda att i förhållande till dagens reglering även s.k. utpressningstvång anges.

Systematiska skäl skulle vidare kunna tala för att också samtycken som lämnats efter att gärningsmannen utnyttjat offrets beroendeställning eller efter vilseledande i fråga om gärningsmannens identitet bör utesluta frivillighet. Hovrätten avstyrker emellertid kommitténs förslag i punkterna 3 och 4 av följande skäl.

Punkten 3 avser omständigheter som i dag medför ansvar för *sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning* (6 kap. 3 § i nuvarande lagstiftning) och som straffas med fängelse i högst två år eller, om brottet är grovt, lägst sex månader och högst fyra år. En så kraftig straffskärpning att dessa brott som utgångspunkt ska leda till två års fängelse eller mer har dock inte varit avsedd utan som hovrätten uppfattar det skulle flertalet sådana fall vara att bedöma enligt straffskalan för mindre allvarligt brott. Med hänsyn till det ovan anförda bör dock under dessa förhållanden en särskild straffbestämmelse för sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning behållas. Kvalificerade fall av utnyttjande av person i beroendeställning torde dessutom kunna omfattas av utnyttjande av en särskilt utsatt situation, för det fall åtalet medger en prövning av detta.

Kommittén har emellertid bedömt att förslaget, som en konsekvens av regleringsmodellen, skulle medföra straffskärpningar för vissa fall av sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning och att sådana skärpningar är rimliga. Något underlag för att kunna bedöma vilka gärningar som straffskärpningen bör träffa och vilka omständigheter som motiverar en sådan skärpning har dock inte presenterats. Om regeringen anser att sådana straffskärpningar är eftersträvarnsvärda utifrån att gärningarna bör ses som allvarligare än vad nuvarande praxis ger uttryck för, vore en bättre lösning att höja minimistraffet för grovt sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning till ett års fängelse och eventuellt höja maximistraffet till sex års fängelse.

Motsvarande aspekter gör sig gällande också när det gäller punkten 4. Kvalificerade fall av vilseledande i fråga om gärningsmannens identitet torde i dag, och även med kommitténs förslag i punkten 2, kunna bedömas som utnyttjande av att personen befinner sig i en särskilt utsatt situation. I övriga fall ifrågasätter

hovrätten kriminaliseringsbehovet. Kommittén har inte funnit något fall utöver de två som 2008 års sexualbrottsutredning redovisat, varav det endast i det ena av dessa synes ha varit fråga om uppsåtligt utnyttjande av vilseledande i fråga om identitet. Övriga exempel som kommittén tar upp framstår som väl teoretiska. Att genomföra en sexuell handling med någon genom utnyttjande av dennes villfarelse i fråga om gärningsmannens identitet, dvs. att förmå målsäganden till en sexuell handling med annan än den han eller hon tror och samtycker till att det är, torde hur som helst innebära ett sådant uppsåtligt ofredande som är ägnat att kränka målsägandens sexuella integritet och som är straffbart som sexuellt ofredande.

I vart fall kan de fall som kommittén tar upp inte anses som så straffvärda att de som utgångspunkt ska straffas med lägst två års fängelse. Anser regeringen att en uttrycklig reglering i dessa avseenden är nödvändig, bör det i stället ske genom en särskild straffbestämmelse. I så fall bör också övervägas om det är lämpligt med en så snäv avgränsning som till att vilseledandet ska avse en person som den andre känner *personligen*. Förutom uppenbara tillämpningssvårigheter, exempelvis vid sexuell umgänge som föregåtts av kontakter över internet, kan det inte anses mindre klandervärt om vilseledandet avsett även någon annan, såsom en känd person, om vilseledandet varit avgörande för det sexuella umgänget.

### **Synpunkter i sak på kommitténs förslag i de delar de inte förutsätter en samtyckesbaserad sexualbrottslagstiftning**

#### **Sexualbrott utan kroppslig beröring från gärningsmannens sida**

Sexualbrotten har tidigare ansetts som egenhändiga brott, i den betydelsen att den tilltalade själv måste ha genomfört handlingen för att dömas som gärningsman. Det får dock anses stå klart att något sådant krav inte längre gäller (se NJA 2015 s. 501 och även Svea hovrätts dom den 19 april 2016 i mål B 1328-16 och 1911-16). I den sistnämnda domen har en person som på distans understött och manat på en annan person att begå sexuella övergrepp mot en flicka samt tagit del av övergreppet via Skypeuppkoppling under tiden dömts för grov våldtäkt mot barn som gärningsman, trots att han inte varit fysiskt delaktig i övergreppet.

Även om hovrätten inte har någon erinran mot att det i lagtexten tydliggörs att gärningsmannaskap vid sexualbrott inte förutsätter fysisk delaktighet, ifrågasätter hovrätten om kommitténs förslag i 6 kap. 1 § första stycket andra meningen och motsvarande förslag i 3, 6 och 9 §§ är nödvändigt och ändamålsenligt för att uppnå det syftet. Visserligen kan handlingsverket ”genomför” ge intryck av att gärningsmannen själv fysiskt ska utföra sexualhandlingen. Att legalitetsskäl inte hindrar att låta det omfatta även gärningar utan kroppslig beröring från gärningsmannens sida framgår dock av NJA 2015 s. 501, även om ett tydligare handlingsverb hade varit att föredra. Till det kommer att det genom den föreslagna lydelsen inte framgår att genomförandet förutsätter någon aktivitet alls från gärningsmannens sida, såsom att gärningsmannen förmått den tvungne till gärningen eller deltagit i annans övergrepp. Ett förtydligande skulle hur som helst riskera att leda till inskränkningar i möjligheten att döma i gärningsmannaskap i andra fall, som annars vore möjligt enligt medverkansläran, än de som uttryckligen anges i förtydligandet.

Hovrätten noterar också att det i den föreslagna lagtexten i samtliga dessa paragrafer, sålunda även 1 § och 6 § vilka förutsätter samlag eller med samlag jämförlig sexuell handling, anges bl.a. att den andre ”utför handlingen på sig själv”. Huruvida en sexualhandling som någon utför på sig själv, exempelvis efter instruktioner på distans, kan anses vara jämförlig med samlag kommer att prövas i ett mål som nu handläggs i hovrätten. Därför avstår hovrätten från att lämna vidare synpunkter i den frågan. Det står dock inte klart för hovrätten om förslaget syftar till någon ändring eller förtydligande i det avseendet.

Hovrätten ifrågasätter mot denna bakgrund det lämpliga i att genomföra förslaget.

**Skärpt syn på sexualbrott mot barn som fyllt 15 men inte 18 år**

Hovrätten har ingen anledning att ifrågasätta att beaktandet av målsägandens ålder, särskilt att målsäganden varit under 18 år och alltså är ett barn, inte fått det genomslag som förutsattes vid 2005 års reform när det gäller om en våldtäkt eller ett sexuellt tvång bör bedömas som grovt brott. Mot den bakgrunden har hovrätten inte heller något att invända mot ändringar i kvalifikationsgrunderna för de grova fallen av dessa brott, eller dess motsvarigheter i kommitténs förslag, i syfte att öka det genomslaget. Att offret är ett barn bör beaktas vid bedömningen av om brottet är grovt men omständigheten torde inte ensam vara tillräcklig. I annat fall skulle nämligen det straffrättsliga skyddet för barn som fyllt 15 år vara starkare än för barn som är yngre än så, där den låga åldern är en förutsättning för att straffbestämmelserna om våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn överhuvudtaget ska vara tillämpliga. Visserligen förutsätter de bestämmelserna inte våld eller tvång men redan förekomsten av våld eller tvång med den innebörd begreppen har i dag när barnet är yngre än 15 år har dock inte ansetts tillräckligt för att bedöma en våldtäkt mot barn som grovt brott. Det är inte heller utan betydelse vid en sådan bedömning vilken ålder gärningsmannen, som själv kan vara ett barn, haft.

Kvalifikationsgrunderna bör enligt hovrättens mening återspegla omständigheter som är så försvårande att brottet som utgångspunkt bör bedömas som grovt, om en sådan omständighet föreligger (jfr också t.ex. Högsta domstolens dom den 22 december 2016 i mål B 3380-16). Hovrätten anser mot denna bakgrund att det finns anledning till en mer nyanserad utformning än den som kommittén föreslagit. Det avgörande, vilket också har stöd i förarbetena till 2005 års reform (prop. 2004/05:45 s. 139), bör enligt hovrättens mening därför vara att den omständigheten att målsäganden är ett barn i sig leder till att gärningsmannen kan anses ha visat särskild hänsynslöshet eller råhet.

Hovrätten föreslår därför att det vid bedömningen av om brottet är grovt särskilt ska beaktas om ”...gärningsmannen med hänsyn till offrets låga ålder, tillvägagångssättet eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet”. Att en motsvarande grund utmönstrades genom 2005 års reform kan inte, med hänsyn till att

genomslaget för offrets ålder inte blivit vad som förutsatts, anses hindra att en sådan förs in igen.

### **Synnerligen grovt brott**

Straffskalan för grov våldtäkt är i dag fängelse i lägst fyra och högst tio år. Samma straffskala gäller för grov våldtäkt mot barn. Kommitténs förslag är att respektive straffskala delas upp i två, enligt vilka det för grovt brott ska dömas till fängelse i lägst fyra och högst sju år och för synnerligen grovt brott till fängelse i lägst sex och högst tio år. Syftet är att åstadkomma en ökad differentiering i straffmätningen för de grova brotten och en straffskärpning för de allra allvarligaste brotten.

Det finns enligt hovrätten inga principiella hinder mot att dela upp straffskalan för det grova brottet på sätt kommittén föreslagit. En sådan uppdelning är också förenlig med tilläggsdirektiven till kommittén. När straffskalor för andra grova brott tidigare delats upp och en särskild straffskala för synnerligen grovt brott införts har det grova brottet emellertid inte haft så högt straffminimum – fyra år – som det är fråga om här. Enligt hovrätten kan det ifrågasättas om förslaget är ändamålsenligt för att skärpa straffen för de allvarligaste fallen av våldtäkt och våldtäkt mot barn.

Hovrätten ifrågasätter inte att straffet för en grov våldtäkt sällan överstiger sex års fängelse. Det föreslagna minimistraffet sex års fängelse för det synnerligen grova brottet i förening med de kvalifikationsgrunder som kommittén föreslagit gör emellertid att det enligt hovrätten kan ifrågasättas om förslaget kommer att medföra annat än marginella effekter. I det sammanhanget hade det varit värdefullt med en analys av när domstolarna funnit att straffvärdet för ett enskilt fall av grov våldtäkt motsvarat eller överstigit sex års fängelse och om omständigheterna i dessa fall varit sådana att de motsvarat de föreslagna kvalifikationsgrunderna för det synnerligen grova brottet. Utan en sådan analys är det inte möjligt för hovrätten att ta ställning till om de föreslagna grunderna är ändamålsenliga för att uppnå syftet eller om tillämpningsområdet för det synnerligen grova brot-

tet blir så snävt att förslaget kan innebära en strafflindring i förhållande till utdömda påföljder i dag. Domstolarna torde i allmänhet vara restriktiva med att bedöma ett brott som grovt eller synnerligen grovt med hänsyn till en enskild omständighet som inte har stöd i bestämmelsens uppräkningslista (jfr Högsta domstolens dom den 22 december 2016 i mål B 3380-16, p. 17). Eftersom de omständigheter som enligt kommittén bör beaktas vid bedömningen i många fall är straffbara som exempelvis misshandelsbrott eller olaga frihetsberövande, hade det också varit värdefullt med en analys av vilken betydelse frågan om konkurrens mellan brottstyper kan antas ha för konsekvenserna av utredningens förslag. Om regeringen går vidare med förslaget bör dessa frågor analyseras.

Hovrätten vill i detta sammanhang lyfta frågan om straffmätning av grov våldtäkt vid flerfaldig brottslighet med anledning av att det i rättspraxis förekommit flera fall av serievåldtäkter efter överfall och fall med systematiska våldtäkter mot eget eller andras barn. Kommittén har bl.a. med hänvisning till bestämmelserna om straffmätning vid flerfaldig brottslighet funnit att maximistraflet för sexuellt övergrepp som inte är grovt ska motsvara dagens maximistraflet för våldtäkt som inte är grovt, fängelse i sex år. Detta har hovrätten inget att erinra mot. Motsvarande gör sig emellertid gällande också vid grovt brott.

Med utgångspunkt i nuvarande straffskala för grov våldtäkt, fängelse i lägst fyra och högst tio år, är det högsta straffet vid flerfaldig brottslighet fängelse i fjorton år, om det allvarligaste brottet utgjort grov våldtäkt (se 26 kap. 2 § brottbalken). Med kommitténs förslag skulle det högsta straffet vid sådan flerfaldig brottslighet, om det allvarligaste brottet utgjort grov våldtäkt som inte är synnerligen grovt, vara fängelse i nio år. Visserligen synes de fall där mycket långa fängelsestraff dömts ut för upprepade fall av våldtäkter ha innefattat även andra allvarliga brott eller våldtäktsbrott som med utredningens förslag torde ha bedömts som synnerligen grovt brott. Det kan emellertid inte uteslutas att de föreslagna kvalifikationsgrunderna för synnerligen grovt brott innebär att det kommer att finnas fall där inget av brotten bedöms som synnerligen grovt. I dessa fall kommer förslaget alltså att medföra att maximistraflet blir påtagligt lägre än i dag och följaktligen innebära en risk för att reaktionen blir mindre ingripande än vad brottslig-



hetens allvar motiverar. Regeringen bör överväga om detta är förenligt med syftet med förslaget.

Det kan således ifrågasättas om förslaget leder till någon egentlig effekt för enskilda fall av grov våldtäkt samtidigt som det kan medföra en straffflinring vid upprepade fall av våldtäkter. Mot den bakgrunden är hovrätten tveksam till om förslaget verkligen bör genomföras. Om så ändå sker förespråkar hovrätten att maximistraflet för grov våldtäkt som inte är synnerligen grov bestäms till fängelse i åtta år i stället för sju år.

### **Straffansvar vid grov oaktsamhet**

Som framgått tidigare tillstyrker hovrätten att straffansvar för oaktsamma sexualbrott införs i huvudsak på det sätt som kommittén föreslagit och sålunda att det bör krävas grov oaktsamhet för straffansvar. För det fall en samtyckesbaserad sexualbrottslagstiftning enligt kommitténs förslag skulle införas förespråkar hovrätten dock att regeringen avvaktar med att gå vidare med ett oaktsamhetsbrott innan konsekvenserna för straffansvaret av den samtyckesbaserade lagstiftningen närmare kan bedömas.

Hovrätten delar kommitténs bedömning att straffansvar vid grov oaktsamhet bör träffa endast de allvarligaste sexualbrotten, dvs. kommitténs förslag om sexuellt övergrepp och sexuell kränkning eller, enligt nuvarande lagstiftning, våldtäkt och sexuellt tvång. Som kommittén anført finns det inte heller skäl till något särskilt oaktsamhetsansvar vid de särskilda sexualbrotten mot barn, med hänsyn till befintlig reglering om oaktsamhet i förhållande till barnets ålder.

Enligt hovrätten bör dock straffansvaret knytas till rekvisiten för den otillåtna gärningen och inte till vilken svårhetsgrad brottet hade varit att hänföra till, om det hade begåtts uppsåtligt. Eftersom de omständigheter som är av betydelse för gradindelningen inte utgör brottsrekvisit utan är straffvärdeomständigheter som inte sällan är beroende av gärningsmannens insikter och avsikter, skulle

domstolen annars, vid en prövning av oaktsamhetsansvaret, behöva göra en hypotetisk bedömning i dessa avseenden utifrån att gärningsmannen handlat med uppsåt. Oaktsamhetsansvaret bör därför knytas till den eller de bestämmelser som anger de objektiva omständigheterna, med angivande av när oaktsamhet *inte* ska föranleda ansvar. Även med denna utformning kan hovrätten godta den av kommittén föreslagna straffskalan.

En sådan bestämmelse, som också innebär att det inte behöver hänvisas till de paragrafer som föreskriver straff för grovt eller synnerligen grovt brott, skulle kunna utformas på följande sätt (eller med hänvisning till 1 § om våldtäkt och 2 § om sexuellt tvång, om kommitténs förslag till samtyckesbaserad lagstiftning inte genomförs).

*4 § Den som av grov oaktsamhet begår en sådan gärning som avses i 1 eller 3 § döms för oaktsamt sexuellt övergrepp respektive oaktsam sexuell kränkning till fängelse i högst fyra år.*

*Om gärningen med hänsyn till omständigheterna är mindre allvarlig ska inte dömas till ansvar enligt första stycket.*

Enligt förslaget ska oaktsamhetsbrotten vara undantagna från kravet på dubbel straffbarhet om de begåtts utomlands mot ett barn under 18 år. Utifrån de intressen hovrätten har att beakta motsätter sig inte hovrätten det förslaget.

## **Ett nytt 6 kap. brottsbalken**

### **Kapitelstrukturen**

Frågan om 6 kap. brottsbalken bör struktureras annorlunda än i dag är enligt hovrätten inte avhängig av om en samtyckesbaserad lagstiftning införs, även om skälen för en ändrad struktur kan vara starkare i det fallet. Nuvarande struktur kan dock inte anses brista i tydlighet på ett sätt som gör det nödvändigt med en sådan ändring. Hovrätten har emellertid i och för sig inte någon erinran mot att de brott som förutsätter att målsäganden är ett barn under 15 år, eller i vissa fall 18 år, samlas i kapitlet.

Enligt hovrätten bör kapitlet även fortsättningsvis rubriceras ”Om sexualbrott”. Att underrubriker inte förekommer i brottsbalken i dag annat än i 36 kap. hindrar enligt hovrätten inte att sådana införs i 6 kap. En sådan särskild rubriksättning torde framför allt kunna motiveras av önskan att tydliggöra de särskilda brotten mot barn. De andra rubrikerna ger emellertid inte någon särskild ledning i fråga om vad de omfattar. Behovet av en särskild rubriksättning kan därför ifrågasättas. Om en sådan ändå införs förespråkar hovrätten att rubriken före 1 § ges lydelsen ”Brott mot den sexuella självbestämmanderätten”. Vidare återspeglar rubriken ”Övriga brott” enligt hovrätten inte tillräckligt vad som följer efter rubriken och den bör åtminstone uttryckas som ”Övriga sexuella brott”. Det kan emellertid inte uteslutas att även den rubriksättningen ger intrycket av att dessa brott är av mindre allvarligt slag i förhållande till övriga brott i kapitlet.

#### **Sexuellt ofredande av barn**

Om kommitténs förslag till omstrukturering av 6 kap. brottsbalken genomförs, har hovrätten ingen erinran mot att de gärningar som i dag utgör sexuellt ofredande enligt 6 kap. 10 § första stycket brottsbalken i stället ska rubriceras som *sexuellt ofredande av barn* på det sätt kommittén föreslagit. Eftersom sådana gärningar i allmänhet kan anses innebära ett ofredande som är ägnat att kränka barnets sexuella integritet, bör dock straffbestämmelsen inte vara subsidiär till den allmänna bestämmelsen om sexuellt ofredande (kommitténs förslag till 6 kap. 5 § brottsbalken).

Kommitténs förslag i denna del innebär vidare att sådana gärningar som i dag utgör sexuellt ofredande enligt 6 kap. 10 § andra stycket ska utgöra *sexuellt ofredande av barn* om de begås mot ett barn under 15 år och annars – under i övrigt samma förutsättningar – som *sexuellt ofredande*. Det kan ifrågasättas om en sådan dubbelreglering är nödvändig, annat än för att kunna rubricera alla sexuella ofredanden mot barn under 15 år på samma sätt. Om den av hovrätten förespråkade utvidgningen av brottet sexuellt ofredande skulle genomföras, framstår en sådan dubbelreglering inte heller som lämplig. För det fall regeringen anser att nuva-

rande reglering av sexuellt ofredande bör behållas motsätter sig dock inte hovrätten kommitténs förslag. Straffbestämmelsen om sexuellt ofredande mot barn skulle i sådant fall lämpligen kunna utformas på följande vis.

*12 § Den som sexuellt berör ett barn under femton år eller förmår barnet att företa eller medverka i någon handling med sexuell innebörd, döms för sexuellt ofredande av barn till böter eller fängelse i högst två år. Detsamma gäller den som begår en sådan gärning som anses i 5 § mot ett barn under 15 år.*

Hovrätten tillstyrker också nödvändiga följdändringar i straffbestämmelsen om olaga förföljelse (4 kap. 4 b §).

### **Bättre stöd till målsäganden under rättsprocessen**

Kommittén har identifierat att förordnande av ett målsägandebitråde är en klar s.k. framgångsfaktor vid utredning och lagföring av sexualbrott. Hovrätten kan för sin del notera att ett sådant biträde vid komplicerade brottmålsprocesser, utöver att utgöra ett stöd för en målsägande, många gånger behöver hantera kvalificerade processuella frågor. Med hänsyn till detta ställer sig hovrätten positiv till förslaget att kompetenskraven för målsägandebiträden skärps och menar att det kan övervägas att ställa än högre krav. Sålunda menar hovrätten att grundkravet bör vara att den som förordnas till målsägandebitråde har avlagt juristexamen, och att det i första hand bör vara advokater och biträdande jurister på advokatbyrå som bör komma ifråga för sådant uppdrag. Endast om det finns särskilda skäl, bör till målsägandebitråde utses någon annan lämplig jurist. När det gäller förslaget att endast den skulle få förordnas som på grund av sina kunskaper och erfarenheter samt personliga egenskaper är särskilt lämpad för det aktuella uppdraget, har hovrätten svårt att se hur domstolarna ska kunna göra en sådan prövning i det enskilda fallet. Hovrätten vill dock inte motsätta sig förslaget i den delen.

Bestämmelsen i 4 § första stycket lagen om målsägandebitråde skulle kunna ges följande lydelse.

Målsägandebitråde förordnas på begäran av målsäganden eller när det annars finns anledning till det. *Till målsägandebitråde får en advokat eller en biträdande jurist på advokatbyrå förordnas. Om det finns särskilda skäl, får till målsägandebitråde utses någon annan lämplig person som har avlagt de kunskapsprov som är föreskrivna för behörighet till domaranställning. Endast den som på grund av sina kunskaper och erfarenheter samt personliga egenskaper är särskilt lämpad för det aktuella uppdraget får förordnas.*

Kommittén har vidare kommit fram till att det är av stor vikt att ett målsägandebitråde förordnas så tidigt som möjligt. Kommittén har därför föreslagit att frågan om förordnande ska prövas omedelbart när en förundersökning om sexualbrott har inletts eller återupptagits. Liksom kommittén bedömer emellertid hovrätten att domstolarna utan dröjsmål prövar en begäran om förordnande av målsägandebitråde. Den av kommittén föreslagna handlingsdirigerande regeln bör därför i stället införas genom ett tillägg till 23 kap. 5 § första stycket rättegångsbalken, vilken rör förundersökningsledares skyldighet att göra anmälan hos rätten om biträden. En möjlig ny lydelse kan vara följande.

Ska enligt 21 kap. 3 a eller 3 b § en offentlig försvarare utses för den misstänkte eller den tidigare tilltalade, ska undersökningsledaren göra anmälan om det hos rätten. Undersökningsledaren ska också göra anmälan hos rätten, om målsäganden begär att få ett målsägandebitråde eller om det annars finns anledning att förordna ett sådant biträde. *Anmälan om målsägandebitråde ska göras omedelbart när förundersökning avseende brott enligt 6 kap. brottsbalken har inletts eller återupptagits, om det inte är uppenbart att målsäganden saknar behov av sådant biträde.*

Om det inte pågår någon förundersökning ska anmälan enligt första stycket göras av åklagaren.

Hovrätten tillstyrker förslaget att rättens medgivande ska krävas för att målsägandebiträdet ska få sätta någon annan i sitt ställe.

Hovrätten anser att det i det här sammanhanget även finns skäl att lyfta fram frågan om målsägandebitråde i högre rätt. EMR-reformen har medfört att målsäganden i de flesta fall inte närvarar vid huvudförhandlingen i hovrätten. Därmed har målsägandebiträdets roll i överrätt förändrats och det kan ifrågasättas i vilken utsträckning de målsägande som har haft ett målsägandebitråde i tingsrätten har behov av ett sådant stöd i hovrätten. Straffprocessutredningen har i betänkandet Brottmålsprocessen (SOU 2013:17) föreslagit att målsägandens rätt att

biträda åtalet ska avskaffas och att ett målsägandebiträdes förordnande ska upphöra efter att tiden för att överklaga en lägre rätts dom har löpt ut. Även Biträdeskostnadsutredningen har i betänkandet Rättvisans pris (SOU 2014:86) föreslagit att målsägandebiträdets förordnande ska upphöra vid denna tidpunkt. Hovrätten har i tidigare remissvar tillstyrkt dessa förslag och anser alljämt att dessa bör genomföras för att statens resurser ska användas på ett effektivt sätt. Hovrätten vill framhålla att målsägandebiträde självfallet ska kunna förordnas i högre rätt i de fall målsäganden har behov av biträde där och att det torde gälla i många mål om sexualbrott.

### **Granskning av rättsväsendets hantering av sexualbrott**

Som kommittén angett är det av stor vikt, för både brottsoffret och den misstänkte, att ett sexualbrott utreds skyndsamt och med hög kvalitet. Det är därför av avgörande betydelse att utredningen av ett anmält sexualbrott inleds utan dröjsmål samt att förundersökningen bedrivs effektivt och noggrant av kompetenta utredare och förundersökningsledare med inriktning på att i ett tidigt skede säkra bevisning. Mot den bakgrunden tillstyrker hovrätten kommitténs förslag om de uppdrag som bör ges till Socialstyrelsen och Rättsmedicinalverket (avsnitt 7.4.1), Polismyndigheten (avsnitt 7.4.2) och Åklagarmyndigheten (avsnitt 7.4.3).

Hovrätten ansluter sig också till kommitténs bedömning att Sveriges Domstolar har en tillräckligt väl fungerande organisation för att handlägga och pröva sexualbrott. Förslaget om att Domstolsverket bör få i uppdrag att stödja och följa upp arbetet med bemötandefrågor och att se över den utbildning som gäller dommarollen tillstyrks (avsnitt 7.4.4). Som angetts i ett av de särskilda yttrandena kan emellertid den upplevda problematiken med frikännande domar på grund av bristfällig bevisning inte ersättas med utbildningsinsatser. Det problemet kan bara lösas genom att förundersökningar i mål om sexualbrott håller hög kvalitet, och att den bevisning som läggs fram i domstolen därmed är sådan, att det beviskrav som gäller i brottmål är uppfyllt.

---

I handläggningen av ärendet har deltagit hovrättspresidenten Fredrik Wersäll, hovrättslagmannen Katarina Pålsson, hovrättsråden Christina Jacobsson, Göran Nilsson, föredragande, och Christer Lundh samt tf. hovrättsassessorn Måns Norman.

Fredrik Wersäll

Göran Nilsson