LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2004-09-21

Närvarande: f.d. justitierådet Staffan Magnusson, f.d. regeringsrådet Leif Lindstam och justitierådet Nina Pripp.

Enligt en lagrådsremiss den 17 juni 2004 (Justitiedepartementet) har regeringen beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i brottsbalken,
2. lag om ändring i säkerhetsskyddslagen (1996:627).

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av kanslirådet Hedvig Trost och hovrättsassessorerna Gunilla Berglund och Viveca Lång.

Förslaget föranleder följande yttrande av Lagrådet:

I lagrådsremissen föreslås genomgripande förändringar av bestämmelserna om sexualbrott. De nya bestämmelserna föreslås bilda ett nytt 6 kap. i brottsbalken.

Lagrådsremissen har föregåtts av ett omfattande beredningsarbete. Till grund för lagförslagen ligger ytterst ett betänkande som år 2001 lades fram av 1998 års Sexualbrottskommitté (SOU 2001:14). Efter det att kommittébetänkandet hade remissbehandlats utarbetades inom Justitiedepartementet en promemoria med ett utkast till ny lagstiftning om sexualbrott. Även promemorian blev föremål för remissbehandling.

De lagförslag som nu läggs fram är delvis också föranledda av ett rambeslut av EU:s råd den 22 december 2003 om bekämpande av sexuellt utnyttjande av barn och barnpornografi (2004/68/RIF).

Remissförslaget innebär bl.a. att de nuvarande bestämmelserna om våldtäkt utvidgas. Fler gärningar än i dag kommer att bedömas som våldtäkt, bl.a. genom att de allvarligaste fallen av sexuellt utnyttjande arbetas in i våldtäktsreglerna. Vidare införs särskilda straffbestämmelser om våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn.

I den del av lagrådsremissens allmänna motivering som gäller rekvisiten för våldtäkt och sexuellt tvång diskuteras om det över huvud taget bör krävas någon form av tvång för att ett brott skall anses föreligga eller om det är tillräckligt att den utsatta personen inte ger sitt samtycke. Enligt lagrådsremissen finns det ett flertal argument mot att låta våldtäktsbrottet baseras på endast bristande samtycke. Huvudskälet mot att införa en sådan regel är, sägs det, att utredningen då till stora delar skulle komma att fokuseras på offrets beteende i anslutning till och under den aktuella gärningen. Detta skulle stå i strid med den från olika håll framförda uppfattningen att det centrala för bedömningen av ett påstått våldtäktsbrott bör vara vad den misstänkte har gjort.

I lagrådsremissen nämns att bristen på samtycke som grund för straffansvar har kommit till uttryck i internationell praxis genom Europadomstolens dom den 4 december 2003 (M.C. mot Bulgarien). Det påpekas emellertid också att det i övriga nordiska länder inte har införts någon bestämmelse om våldtäkt som uteslutande tar sikte på ett bristande samtycke.

Lagrådsremissens överväganden utmynnar i att det i nuläget inte bör införas en bestämmelse med det diskuterade innehållet.

Enligt Lagrådets mening finns det anledning att fästa större vikt vid den angivna domen mot Bulgarien än som har skett i lagrådsremis-

sen. Domen rörde en flicka som var strax under 15 år och som, enligt vad hon själv påstod, hade blivit våldtagen av två män. I domen redogjorde Europadomstolen bl.a. för bestämmelserna om våldtäkt i några europeiska länder och för yttranden som hade lämnats från olika stater under målets handläggning. Domstolen ansåg sig kunna konstatera (se punkten 163) att det fanns "a universal trend towards regarding lack of consent as the essential element of rape and sexual abuse". Som en sammanfattning uttalade domstolen (punkt 166) att "in accordance with contemporary standards and trends - - -, 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".

I lagrådsremissen har inte gjorts någon närmare analys av följderna för svensk del av Bulgariendomen. Lagrådet har begränsade möjligheter att göra en sådan analys. De citerade uttalandena i domen ger emellertid vid handen att Sverige, för att inte bryta mot Europakonventionen, är skyldigt att införa en lagstiftning som medför att varje "sexual act" som inte bygger på samtycke utan är "non-consensual" skall vara straffbar.

Det är uppenbart att det i praktiken ofta måste uppstå stora svårigheter att avgöra om en sexuell handling har genomförts i strid mot den ena partens vilja i fall då det inte påstås ha förekommit något mått av våld eller hot. Det finns också en klar risk för att utredningen i sådana fall i stor utsträckning kommer att koncentreras på det påstådda offrets beteende i anslutning till den aktuella gärningen.

Det är emellertid att märka att vissa sexuella handlingar som inte har haft något inslag av våld eller hot redan i dag är straffbara. Hit hör bl.a. handlingar som enligt 6 kap. 3 § är att bedöma som sexuellt ut-

nyttjande. Som tidigare berörts innebär remissförslaget att vissa sådana handlingar i fortsättningen skall bedömas som våldtäkt. Det rör sig om fall där någon har otillbörligt utnyttjat att en person på grund av bl.a. berusning eller sjukdom har befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd. Om det påstås ha förekommit ett övergrepp av det slaget, torde utredningssvårigheterna inte alltid behöva bli så stora.

Räckvidden av bestämmelserna om utnyttjande begränsas av kravet på att offret skall ha befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd. När det gäller innebörden av detta begrepp innehåller lagrådsremissen uttalanden som är delvis motstridiga. Det sägs i författningskommentaren att kriminaliseringens räckvidd i huvudsak är avsedd att vara densamma som enligt gällande rätt och att det i princip krävs att offret inte kan värja sig eller saknar förmåga att kontrollera sitt handlande. Vad som anförs i den allmänna motiveringen (avsnitt 7.1.3) ger emellertid vid handen att kraven bör sättas lägre. Det sägs där bl.a. att det i många fall kan framstå som stötande om en person inte kan dömas för våldtäkt när ett sexuellt övergrepp har begåtts mot en annan person som är så hjälplös eller befinner sig i en så utsatt situation att något våld inte behövs för att utföra gärningen.

Enligt Lagrådets mening kan det övervägas att mjuka upp kravet på att en person skall ha befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd och låta straffbestämmelserna omfatta även det fallet att en person har befunnit sig i en särskilt utsatt situation. Att utforma lagtexten på det sättet får anses vara i linje med uttalandena i Bulgariendomen. Det kan visserligen hävdas att, om förutsättningarna för straffbarhet tunnas ut, gärningen i en del fall inte bör bedömas som våldtäkt utan som ett lindrigare brott. De krav som följer av Bulgariendomen kan emellertid bli uppfyllda även om den aktuella gärningen inte rubriceras som våldtäkt. Enligt de tidigare citerade uttalandena i domen är

det tillräckligt att en "non-consensual sexual act" är straffbar, eventuellt som "sexual abuse".

Lagrådet anser sammanfattningsvis att de föreslagna bestämmelserna om våldtäkt och andra sexuella övergrepp bör övervägas ytterligare efter en närmare analys av Bulgariendomens tolkning av Europakonventionen. Detta bör ske innan en proposition föreläggs riksdagen.

Efter dessa inledande synpunkter går Lagrådet över till att mera i detalj kommentera de föreslagna lagreglerna.

Förslaget till lag om ändring i brottsbalken

6 kap.

Det kan inledningsvis konstateras att lagtexten i det nya 6 kap. i brottsbalken är mycket omfattande och delvis svåröverskådlig. Genom att kapitlet behandlar ett stort antal olika brott som i en del fall ligger nära varandra finns det en klar risk för gränsdragningsproblem i den praktiska tillämpningen. Tillämpningen torde också försvåras av att flera paragrafer i sig är svårlästa.

Trots de nu framförda invändningarna anser Lagrådet – med bortseende från vad som kan följa av Bulgariendomen – att den föreslagna lagtexten i allt väsentligt får godtas. På en del punkter bör dock lagtexten ändras.

I såväl 6 kap. 1 § som i andra lagrum i 6 kap. används uttrycket "sexuell handling" i stället för det nuvarande uttrycket "sexuellt umgänge". Avsikten är, enligt vad som framhålls i författningskommentaren, att det nya begreppet i allt väsentligt skall ha samma innebörd som ”sexuellt umgänge” men omfatta "något mer". Det är uppenbart

att det i praktiken i många fall kan komma att uppstå problem när det gäller att bestämma vad som ryms i begreppet. I såväl lagrådsremissens allmänna avdelning som i författningskommentaren ges emellertid utförliga beskrivningar av olika handlingar som det kan bli fråga om.

1 §

Första stycket innehåller huvudbestämmelsen om våldtäkt. Jämfört med nuvarande lydelse innebär förslaget bl.a. att det inte längre skall krävas att s.k. råntvång har kommit till användning för att en våldtäkt skall anses föreligga. Det nuvarande uttrycket "våld eller hot som innebär eller för den hotade framstår som trängande fara" har sålunda bytts ut mot "misshandel eller annars med våld eller hot om brottslig gärning". Ordalagen motsvarar vad som utgör olaga tvång enligt 4 kap. 4 § första stycket första meningen i brottsbalken. Olaga tvång av detta slag kan också föranleda ansvar för det föreslagna brottet sexuellt tvång enligt 6 kap. 2 §, men ansvar enligt den sistnämnda paragrafen kan komma i fråga också vid s.k. utpressningshot (se 4 kap. 4 § första stycket andra meningen brottsbalken).

I författningskommentaren till 6 kap. 2 § sägs bl.a. att den paragrafen träffar fall där tvånget inte är så allvarligt som sägs i 1 § första stycket, men där det väl kan vara fråga om sådana sexuella handlingar som avses i det lagrummet. Uttalandet kan uppfattas så att 1 § första stycket, såvitt gäller våld eller hot om brottslig gärning, generellt skulle täcka endast fall då våldet eller hotet har varit av mera allvarlig beskaffenhet. Även uttalanden i den allmänna motiveringen (avsnitt 7.2) kan uppfattas så. Har vid ett övergrepp enligt 1 § första stycket förekommit ett sådant tvång som avses i 4 kap. 4 § första stycket första meningen (våld eller hot om brottslig gärning) ger lagtexten emellertid inte utrymme för att tillämpa 6 kap. 2 § första stycket på den grunden att våldet eller hotet har varit mindre allvarligt.

När det gäller den språkliga utformningen av första stycket föreslår Lagrådet vissa jämkningar. Stycket kan lämpligen ges följande lydelse:

Den som genom misshandel eller annars med våld eller genom hot om brottslig gärning tvingar en person till samlag eller till att företa eller tåla en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag, döms för *våldtäkt* till fängelse i lägst två och högst sex år.

Enligt *andra stycket* skall vissa handlingar som i dag bedöms som sexuellt utnyttjande bedömas som våldtäkt. Till våldtäkt hänförs sålunda vissa fall då gärningsmannen inte har använt sig av tvång men otillbörligt utnyttjat att offret befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd.

Det aktuella brottet beskrivs inledningsvis så att gärningsmannen genomför en sådan sexuell handling som avses i 1 § första stycket. Där talas om vissa påtvingade sexuella handlingar. Eftersom andra stycket avses ta sikte på annat än handlingar med ett bakomliggande tvång, förordar Lagrådet att någon hänvisning inte görs till första stycket utan att de avsedda handlingarna i stället anges uttryckligen,

Enligt lagrådets mening bör andra stycket även i övrigt ändras på några punkter. Bl.a. bör, vid sidan om berusning, annan drogpåverkan uttryckligen nämnas som exempel på sådana omständigheter som kan medföra att offret befinner sig i ett hjälplöst tillstånd.

Lagrådet föreslår att andra stycket utformas på följande sätt:

Detsamma gäller den som med en person genomför ett samlag eller en sexuell handling som enligt första stycket är jämförlig med samlag genom att otillbörligt utnyttja att personen på grund av medvetslöshet, sömn, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada eller psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i ett hjälplöst tillstånd.

Tredje stycket innehåller en bestämmelse som tar sikte på fall då ett brott som avses i första eller andra stycket med hänsyn till omständigheterna vid brottet är att anse som "mindre grovt". Det sistnämnda uttrycket ersätter uttrycket ”mindre allvarligt” i andra styckets nuvarande lydelse. Som skäl för ändringen sägs i lagrådsremissen att orden ”mindre allvarligt” kan leda tankarna fel. Men enligt Lagrådets mening går inte heller uttrycket ”mindre grovt” fritt från kritik, eftersom uttrycket kan föra tanken till brott som är mindre grova än brott som enligt fjärde stycket skall bedömas som grov våldtäkt, dvs. brott av normalgraden.

Det kan också påpekas att uttrycket ”mindre allvarligt” förekommer i den föreslagna 5 §, även om de ringa fallen där har getts en särskild brottsrubrik, sexuellt utnyttjande av barn.

Med hänsyn till det anförda föreslår Lagrådet att man använder uttrycket "mindre allvarligt" i 1 § tredje stycket.

Bestämmelser om grov våldtäkt återfinns som nyss sagts i *fjärde stycket.* En nyhet är bl.a. att det uttryckligen föreskrivs att det vid bedömande av om brottet är grovt skall särskilt beaktas, om fler än en deltagit i övergreppet. Enligt lagrådsremissen avses fall där fler än en person genomfört sexuella handlingar med offret eller på annat sätt tagit aktiv del i övergreppet. Något krav på att alla som deltagit skall kunna bedömas som gärningsmän ställs inte upp. Även den som på annat sätt tagit aktiv del i övergreppet omfattas. Enligt författningskommentaren omfattar uttrycket ”deltagit i övergreppet” dock inte alla de förfaranden som kan medföra ett medverksansansvar, t.ex. att en person hållit vakt när en annan genomfört en våldtäkt.

Enligt Lagrådets mening bör lagtexten förtydligas, så att det klart framgår att en våldtäkt i princip skall anses grov dels när det har förekommit ett enda samlag eller en därmed jämförlig handling och fler än en person har tagit aktiv del i övergreppet, dels när det har förekommit vad som normalt kallas en gruppvåldtäkt, dvs. när offret under en viss begränsad tidsperiod har utsatts för flera övergrepp som har utförts av olika personer.

En fråga som uppstår i sammanhanget är om det skall anses föreligga en grov våldtäkt i fall då en person visserligen har utsatts för flera övergrepp av olika personer men bara ett av övergreppen har utgjorts av ett påtvingat samlag eller en därmed jämförlig handling. Frågan bör uppmärksammas under det fortsatta lagstiftningsarbetet.

4 §

Efter modell av vad Lagrådet har föreslagit beträffande 1 § första stycket bör 4 § första stycket formuleras på följande sätt:

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 kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag, döms för *våldtäkt mot barn* till fängelse i lägst två och högst sex år.

8 §

I paragrafen behandlas sexuellt ofredande. Paragrafen skiljer inte mellan handlingar som riktar sig mot barn och handlingar som riktar sig mot vuxna. Den straffbara handling som beskrivs i första meningen består i att någon genom beröring eller annars genom ord eller handling sexuellt ofredar en person på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet. Enligt andra meningen skall även den som blottar sig för någon annan på ett sätt som är ägnat att väcka obehag dömas för sexuellt ofredande.

Det sexuella ofredande som avses i 8 § första meningen omfattar enligt författningskommentaren andra sexuella beröringar och handlingar än sådana som kan innefattas i begreppet ”sexuell handling”. Med vanligt språkbruk är det enligt Lagrådets mening klart att de gärningar som skall vara straffbara enligt 8 § är sexuella handlingar. I vissa fall synes enligt de föreslagna bestämmelserna den enda skillnaden mellan en gärning som avses i någon av de tidigare paragraferna, t.ex. sexuellt övergrepp mot barn enligt den föreslagna 6 §, och en gärning som är straffbar enligt 8 § första meningen vara att den förstnämnda gärningen förutsätter en någorlunda varaktig fysisk beröring medan en endast kortvarig eller flyktig beröring gör att gärningen faller in under 8 §.

Den nuvarande bestämmelsen om sexuellt ofredande i 7 § första stycket avser endast gärningar som riktar sig mot barn under femton år. Den straffbara gärningen består i att någon sexuellt berör barnet eller förmår barnet att företa eller medverka i någon handling med sexuell innebörd. I det nuvarande tredje stycket i 7 § regleras det fallet att någon blottar sig för annan (som kan vara ett barn eller en vuxen) på sätt som är ägnat att väcka anstöt eller eljest genom ord eller handling på ett uppenbart sedlighetssårande sätt uppträder anstötligt mot annan.

Enligt vad som uttalas i författningskommentaren till 8 § är avsikten att kriminaliseringens räckvidd i princip skall vara densamma som tidigare. Det är enligt Lagrådets mening tveksamt om denna avsikt realiseras med den föreslagna lydelsen av 8 §. Uppdelningen av nuvarande 7 § i ett första stycke som behandlar gärningar, däribland sexuell beröring, som riktar sig mot barn och ett tredje stycke som behandlar gärningar, däribland blottande, som riktar sig mot såväl barn som vuxna framstår som meningslös, om avsikten varit att likställa gärningar som riktar sig mot barn och vuxna. Det får därför an-

tas att sexuellt ofredande enligt nu gällande regler har olika omfattning när det gäller barn under femton år och andra.

För att kriminaliseringens räckvidd skall bli i princip densamma som tidigare bör lagtexten ges en lydelse som närmare anknyter till den nuvarande lagtexten i 7 §. Lagrådet förordar att 8 § formuleras på följande sätt:

Den som, i annat fall än som avses förut i detta kapitel, sexuellt berör ett barn under femton år eller förmår barnet att företa eller medverka i någon handling med sexuell innebörd, döms för *sexuellt ofredande* till böter eller fängelse i högst två år.

Detsamma gäller den som blottar sig för någon annan på ett sätt som är ägnat att väcka obehag eller annars genom ord eller handlande ofredar en person på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet.

Lagrådet anser vidare att de föreslagna 8 och 10 §§ bör byta plats sinsemellan. Därmed uppnås bl.a. att bestämmelserna om sexuellt ofredande blir subsidiärt tillämpliga i förhållande till bestämmelserna i de föreslagna 9 och 10 §§.

Godtas detta förslag, får hänvisningarna i 2 kap. 2 § fjärde stycket, 6 kap. 14 § och 35 kap. 4 § andra stycket ändras.

<u>10 §</u> (= 8 § enligt Lagrådets förslag)

I de olika beskrivningarna i 6 kap. av den grövre graden av ett brott anges vissa omständigheter som särskilt skall beaktas vid bedömande av om brottet är grovt (se t.ex. beskrivningen av grov våldtäkt i 1 § fjärde stycket, där det anges att det skall särskilt beaktas om våldet eller hotet varit av särskilt allvarlig art eller om fler än en deltagit i övergreppet). Därutöver skall i fråga om grov våldtäkt särskilt beaktas om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet. Liknande lokutioner förekommer i beskrivningarna av övriga grova sexualbrott.

I föreliggande paragraf, som avser utnyttjande av barn för sexuell posering, anges i *andra stycket* att den som begår en sådan gärning mot ett barn som fyllt femton men inte arton år kan dömas för brottet, om poseringen sker mot ersättning ”eller annars är ägnad att skada barnets hälsa eller utveckling”. Enligt Lagrådets mening är den valda lokutionen korrekt endast om den omständigheten att poseringen sker mot ersättning i sig själv medför att den är ägnad att skada barnets hälsa eller utveckling. Så kan möjligen någon gång vara fallet, även om det snarare torde vara poseringen som sådan och de omständigheter under vilka den genomförs som är ägnade att skada barnet.

I det fall förekomsten av ersättning för posering skulle vara ägnad att skada barnet blir utnyttjandet av barnet straffbart, även om ersättningsfallet inte uttryckligen regleras i paragrafen.

Med stöd av det anförda förordar Lagrådet att orden ”sker mot ersättning eller annars” utgår ur andra stycket.

I paragrafens *tredje stycke* anges att vid bedömningen av om ett utnyttjande av barn för sexuell posering är grovt skall särskilt beaktas om brottet avsett en verksamhet som bedrivits i större omfattning, medfört betydande vinning eller annars inneburit ett hänsynslöst utnyttjande av barnet. Det är enligt Lagrådets mening inte givet att en verksamhet som bedrivits i större omfattning eller medfört betydande vinning också inneburit ett hänsynslöst utnyttjande av ett enskilt barn. Ordet ”annars” bör därför utgå ur tredje stycket.

Tredje stycket bör ändras också på så sätt att det anges att brottet har inneburit ett ”särskilt” hänsynslöst utnyttjande av barnet (jfr beskrivningarna av övriga grova brott i 6 kap.).

11 §

Paragrafen reglerar köp av sexuella tjänster och motsvarar i huvudsak den nuvarande lagen (1998:408) om förbud mot köp av sexuella tjänster (sexköpslagen), som upphävs. Paragrafen har emellertid ett vidare tillämpningsområde än sexköpslagen på så sätt att ansvar föreskrivs inte bara för den som skaffar sig en tillfällig sexuell förbindelse mot ersättning utan också för den som mot ersättning ”låter skaffa sig” en tillfällig sexuell förbindelse.

Enligt författningskommentaren är syftet med utvidgningen av tillämpningsområdet att träffa fall då den person som nyttjar den sexuella tjänsten inte själv har erlagt någon betalning, vare sig direkt eller indirekt, till den som utför tjänsten utan i stället har fått tjänsten betald av någon annan, t.ex. en affärsförbindelse.

Lagrådet anser att den föreslagna lagtexten – ”låter skaffa sig” – inte klart ger uttryck åt vad som åsyftas. En bättre lagteknisk lösning är att dela upp paragrafen på två stycken, av vilka det första liksom sexköpslagen bara reglerar fall då någon ”skaffar sig” en sexuell förbindelse mot ersättning. Andra stycket bör utformas efter modell av 9 § andra stycket i remissförslaget. Det bör sålunda föreskrivas att vad som sägs i första stycket gäller även om ersättningen har utlovats eller getts av någon annan.

12 §

Av samma skäl som Lagrådet anfört beträffande 6 kap. 10 § tredje stycket bör ordet ”annars” utgå också här ur paragrafens tredje stycke.

Förslaget till lag om ändring i säkerhetsskyddslagen

Lagrådet lämnar förslaget utan erinran.