

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2022-03-17

Närvarande: F.d. justitieråden Martin Borgeke och Mari Andersson samt justitierådet Petter Asp

Skärpt syn på våldtäkt och andra sexuella kränkningar

Enligt en lagrådsremiss den 24 februari 2022 har regeringen (Justitiedepartementet) beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i brottsbalken,
2. lag om ändring i rättegångsbalken.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av kanslirådet Ida Olsson.

Förslagen föranleder följande yttrande.

Lagrådsremissen innehåller förslag till ändringar i brottsbalken som innebär att straffen för flera sexualbrott, däribland våldtäkt, skärps. Vidare finns det i remissen förslag som medför att kriminaliseringen av brott som förövas på distans utvidgas till att avse situationer där

gärningsmannen och offret agerar vid olika tidpunkter. Det föreslås också att bestämmelserna om våldtäkt och våldtäkt mot barn ska göras mer neutrala med avseende på kön och sexuell läggning samt att bestämmelsen om utnyttjande av barn för sexuell posering ska utvidgas så att den omfattar också fall där barnet varit passivt.

Förslaget till lag om ändring i brottsbalken

Allmänna synpunkter

De resonemang i remissen som gäller s.k. distansövergrepp verkar utgå från att det vid sådana övergrepp alltid är fråga om tvångssituationer. Fall där någons deltagande kan bedömas vara icke-frivilligt måste emellertid kunna förekomma också i andra situationer, bl.a. sådana som avses i 6 kap. 1 § första stycket 2, dvs. situationer där det är fråga om utnyttjande av berusning, psykisk störning eller liknande. Till följd av den utgångspunkt som man har haft, sägs på åtminstone ett par ställen i remissen att det vid övergrepp som sker på distans torde vara sällsynt att gärningsmannen saknar uppsåt till att den andre inte deltar frivilligt (se s. 30 och 84). Det sagda är nog i och för sig riktigt vad gäller tvångsfallen, men det är inte korrekt i förhållande till utnyttjandefallen. I sådana fall kan man – tvärtom mot vad som antyds i remissen – säga att just det förhållandet att övergreppet sker på distans skapar ett ökat utrymme för misstag.

Det är angeläget att texten i den fortsatta beredningen ses över med beaktande av att våldtäktsbrottet omfattar betydligt fler typsituationer än de som kan karaktäriseras som tvångssituationer.

För övrigt kan det rent allmänt sägas, att det inte är problemfritt att lagstiftaren uttalar sig om vad uppsåtsbedömningar i vissa specifika fall ska resultera i. Risken finns att rättstillämpningen styrs på ett

olyckligt vis. Här kan jämföras med hur domstolarna kom att använda NJA 1986 s. 392 (se "Det afghanska körkortet" NJA 2019 s. 721). Frågan, om gärningsmannen har handlat med erforderligt uppsåt, måste alltid avgöras av domstolen i det enskilda fallet. I den mån man i lagförarbeten uttalar sig om mer generella frågor – vilket ibland kan vara befogat – bör därför understrykas att det är just detta man gör.

I sammanhanget vill Lagrådet också påpeka att man i 6 kap., till skillnad från i annan lagstiftning, återger vad domstolen ska döma för i de fall fråga är om mindre grovt brott även när brottsbeteckningen är densamma som för brott av normalgraden (jfr t.ex. 6 kap. 1 § andra stycket där det anges att man i dessa fall ska döma för våldtäkt). När fråga blir om längre benämningar (se t.ex. den föreslagna 6 kap. 9 §) komplicerar detta lagtexten i onödan. Vad rätten ska döma för är ju självklart. Lagrådet föreslår att benämningarna stryks i samtliga paragrafer. En sådan strykning har inte några konsekvenser för frågan, vilket brott som är begånget eller vilket brott som någon ska dömas för.

4 kap. 3 §

I lagtexten har brottstyperna tagits upp i den ordning som de kommer i den föreslagna 6 kap. 10 §. Detta kan i och för sig anses naturligt. Det leder emellertid till att sexuellt ofredande av barn och grovt sexuellt ofredande av barn inte hålls samman. Motsvarande gäller i fråga om sexuellt ofredande och grovt sexuellt ofredande. Detta gör bestämmelsen svår att ta till sig och öppnar för felläsningar. Det bör övervägas om inte en ordning där man håller ihop de olika graderna av en och samma brottstyp är att föredra.

6 kap. 1 §

Förslaget innebär att minimistraflet för våldtäkt av normalgraden skärps från två till tre år. Samtidigt sägs i författningskommentaren (se s. 83) att ändringen inte är avsedd att påverka gränsdragningen mellan brottets olika svårhetsgrader.

Lagrådet vill mot den bakgrunden erinra om att våldtäktsbrottet fick ett betydligt vidare tillämpningsområde år 2018, vilket för vissa gärningar innebar en avsevärd straffskärpning. Det gäller framför allt de gärningar som tidigare utgjorde sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning (där minimistraflet var fängelse i 14 dagar) och gärningar som tidigare utgjorde sexuellt ofredande (där minimistraflet var böter, även om böter inte var aktuellt för de fall som nu omfattas av 6 kap. 1 §). I någon mån kompenseras detta av att utrymmet för differentiering och för domstolen att bedöma ett brott som mindre grovt ökade. Tillämpningen skulle enligt förarbetena dock fortsatt vara restriktiv, och någon generell norm av innebörd att nyss nämnda fall alltid är att bedöma som mindre grova kan alltså inte ställas upp (jfr prop. 2017/18:177 s. 83 f.).

Det kan mot denna bakgrund ifrågasättas om det finns skäl att nu skärpa minimistraflet – jfr det särskilda yttrandet i betänkandet och de många kritiska remissvaren.

Under alla omständigheter – dvs. oavsett vilken bedömning man gör i den frågan (ytterst är den naturligtvis politisk) – måste det förhållandet, att man nu föreslår ytterligare en betydande skärpning av straffen, rimligen innebära ett ökat utrymme för differentiering, bl.a. genom ett i viss mån ökat utrymme för att bedöma ett brott som mindre grovt. Vad gäller de fall som tidigare utgjorde sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning innebär ju förslaget att man på kort tid har gått ifrån ett lägsta straff på fängelse i 14 dagar till ett minimistraflet på tre år. Om man inte skapar utrymme för ökad

differentiering finns enligt Lagrådets uppfattning en påtaglig risk för att den föreslagna regleringen leder till orimliga och knappast avsedda resultat.

Förslaget innebär vidare en utvidgning av paragrafens tillämpningsområde så att den omfattar också fall där någon förmår en person som inte deltar frivilligt att företa eller tåla en sådan sexuell handling som avses i paragrafen. I denna del av förslaget har det lagts in en subsidiaritetsregel (se ”i annat fall” i den föreslagna lagtexten). Enligt Lagrådets mening bör denna subsidiaritetsregel strykas eftersom en sådan bestämmelse saknar funktion när såväl straffskalan som brottsbeteckningen är gemensam för de regler – den primära och den subsidiära – som aktualiseras. Tvärtom skapar regeln behov av att åklagare och domstolar gör bedömningar som i sak är överflödiga. Exempelvis kan det ifrågasättas varför åklagare och domstolar ska tvingas till att ta ställning till om första stycket första meningen är tillämplig i fall där det står klart att en gärning omfattas av första stycket andra meningen. När frågan gäller enbart vilken mening i paragrafen som någon ska dömas enligt är den, kort sagt, inte sådan att den förtjänar en särskild reglering.

Avslutningsvis noterar Lagrådet att förslaget innebär att man justerar (moderniserar) formuleringen vad gäller grovt brott, men inte vad gäller mindre grovt brott. Lagrådet förordar att man gör lika i fråga om grovt brott och mindre grovt brott. Man skulle då kunna skriva t.ex. på följande sätt.

Om ett brott, med hänsyn till omständigheterna vid brottet, är att bedöma som mindre grovt, döms till fängelse i lägst sex månader och högst fyra år.

Om den inskjutna satsen – dvs. orden ”med hänsyn till omständigheterna vid brottet” – med en sådan formulering anses vara problematisk av språkliga skäl, kan den med fördel utgå.

Att hänvisa till att bedömningen ska ske med hänsyn till omständigheterna vid brottet kan för övrigt generellt anses överflödigt såvida man inte, på sätt som ofta sker i brottsbalken (jfr t.ex. 8 kap. 2 §, 9 kap. 2 §, 10 kap. 2 § och 12 kap. 2 §), först anger någon annan omständighet som ska beaktas. I de fallen syftar emellertid tillägget närmast till att framhålla att en helhetsbedömning ska göras och att man inte enbart kan beakta den omständighet som särskilt framhävs.

6 kap. 2 och 4 §§

Vad Lagrådet har anfört i förhållande till 6 kap. 1 § gör sig, *mutatis mutandis*, gällande också i förhållande till 6 kap. 2 och 4 §§.

6 kap. 6 §

Lagrådets synpunkter på den föreslagna subsidiaritetsregleringen i 6 kap. 1 § och på formuleringen av grovt respektive mindre grovt brott gör sig gällande också i förhållande till denna paragraf.

6 kap. 8 §

I en ny andra mening kriminaliseras försättande av ett barn i en situation som innebär sexuell posering. Men också utnyttjande av att barnet av någon annan försätts i en sådan situation kriminaliseras. I författningskommentaren (se s. 88) uttalas att sist nämnda bestämmelse träffar bara den som utnyttjar situationen under den tid som någon annan är aktiv med att försätta barnet i en sexuell pose. Detta framstår som en svårbegriplig begränsning av straffansvaret. Lagrådet kan ha förståelse för att man har sett ett behov av att avgränsa bestämmelsen i relation till utredningens förslag, som innebar kriminalisering av utnyttjande av att ett barn befinner sig i en situation som innebär sexuell posering. Men rimligen bör utnyttjande som sker på plats efter det att barnet av någon annan *har försatts* i

den sexuella posen omfattas, liksom utnyttjande i realtid via länk. Vid föredragningen har förklarats att man med skrivningen har velat undvika bl.a. att utnyttjande som sker bara genom att någon ser på bilder i efterhand inte ska omfattas. Detta bör emellertid kunna klargöras i författningskommentaren, bl.a. under hänvisning till att detta senare handlande utgör barnpornografibrott.

6 kap. 10 §

De föreslagna ändringarna, som skapar en komplicerad struktur som innefattar bl.a. en hänvisning till ett kommande stycke (jfr hänvisningen till andra stycket i det föreslagna första stycket), aktualiserar en fråga som också sedan tidigare har kunnat ställas, nämligen om det inte vore bättre att dela upp paragrafen i två: en som tar sikte på sexuellt ofredande och en som tar sikte på sexuellt ofredande av barn. Det gäller inte minst med hänsyn till att den allmänna bestämmelsen om sexuellt ofredande kan ses som ett slags grundläggande bestämmelse om skydd för den sexuella integriteten och därför förtjänar en mer framskjuten position.

Övrigt lagförslag

Lagrådet lämnar förslaget utan erinran.

Avslutande och allmänna anmärkningar om förslaget till straffskärpningar

Lagrådet har på senare tid granskat en lång rad förslag till straffskärpningar. Dessa har i regel motiverats med att nuvarande straffskalor inte fullt ut motsvarar brottslighetens svårhet. Ett sådant resonemang kan i och för sig vara helt adekvat med utgångspunkt i de grundläggande principer om proportionalitet och ekvivalens som ligger bakom påföljdssystemet.

Lagrådet vill emellertid i detta sammanhang erinra om att ett tillvägagångssätt där man gång efter annan höjer straffskalorna för olika brott och motiverar åtgärden i det enskilda fallet, i praktiken innebär att man aldrig kommer in på den mer övergripande frågan om hur olika brottstyper ska placeras ut på skalan från bötesminimum till det strängast möjliga fängelsestraffet, dvs. frågan om var den allmänna repressionsnivån ska ligga. Repressionsnivån kommer i stället att växa fram genom successiva ändringar av straffskalorna för enskilda brott. Det låter sig visserligen sägas att det är närmast ogörligt att ta ett helhetsgrepp på frågan – det skulle i princip förutsätta en horisontell översyn av straffskalorna – men det kan likväl finnas anledning för lagstiftaren att någon gång backa ett steg och överväga helheten och inte bara göra justeringar i det enskilda. (Jfr här SOU 1986:13–15.)

Det nu sagda har inte någon särskild koppling till just denna remiss, utan återspeglar en iakttagelse som har gjorts utifrån ett större antal remisser.