

HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 7 mars 2006

Mål nr

B 3998-05

KLAGANDE OCH MOTPARTER

1. Riksåklagaren

Box 5553

114 85 Stockholm

2. NA

Ombud och offentlig försvarare: Advokat GP

3. Sekretessbelagda uppgifter

Ombud och målsägandebiträde: Advokat AB

SAKEN

Sexuellt utnyttjande av barn

ÖVERKLAGADE AVGÖRANDET

Hovrätten för Västra Sveriges dom den 20 september 2005 i mål B 3043-05

DOMSLUT

Högsta domstolen fastställer hovrättens domslut.

Vad hovrätten förordnat om sekretess skall bestå.

För biträde åt NA i Högsta domstolen tillerkänns GP ersättning av allmänna medel med fyrtiotusenåttahundrafyrtiotre (40 843) kr, varav 14 406 kr för arbete, 13 230 kr för tidsspillan och 5 039 kr för utlägg. Denna kostnad skall stanna på staten. I ersättningen ingår mervärdesskatt med 8 168 kr.

För biträde åt målsäganden i Högsta domstolen tillerkänns AB ersättning av allmänna medel med trettiotretusentretton (33 013) kr, varav 11 319 kr för arbete, 11 340 kr för tidsspillan och 3 751 kr för utlägg. Denna kostnad skall stanna på staten. I ersättningen ingår mervärdesskatt med 6 603 kr.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

Riksåklagaren och målsäganden har yrkat att Högsta domstolen dömer NA för våldtäkt mot barn samt bestämmer påföljden till fängelse två år.

NA har yrkat att Högsta domstolen dömer honom till villkorlig dom med samhällstjänst. Skulle Högsta domstolen finna att en fängelsepåföljd är oundgängligen nödvändig har han yrkat att fängelsestraffets längd i vart fall sätts ned. NA har vidare yrkat att han befrias från skadeståndsskyldighet gentemot målsäganden.

Målsäganden har yrkat att Högsta domstolen för det fall domstolen dömer NA för våldtäkt mot barn bestämmer skadeståndet till 75 000 kr.

Parterna har bestritt varandras ändringsyrkanden.

DOMSKÄL

Inledning

Åtalet mot NA avser att han den 8 maj 2005 haft samlag med målsäganden som vid det tillfället var 13 år och 10 månader. Målet gäller i denna del hur gärningen skall rubriceras och vilken påföljd som den bör föranleda.

Åtalet skall bedömas enligt de nya bestämmelser om sexualbrott i 6 kap. brottsbalken som trädde i kraft den 1 april 2005. Genom den då införda regleringen ändrades bl.a. den systematiska uppbyggnaden av sexualbrotten i väsentliga hänseenden och då inte minst när det gäller brott som riktas mot barn under 15 år.

Tidigare reglering

Såvitt gäller samlag och andra på visst sätt kvalificerade sexuella beteenden med barn under 15 år gällde enligt tidigare lagstiftning att sådana gärningar när förutsättningar för detta förelåg i princip skulle bedömas enligt de i 1 – 3 §§ allmänna bestämmelserna om *våldtäkt*, *sexuellt tvång* och *sexuellt utnyttjande*. Tillämpningsområdena för dessa brott avgränsades främst genom det tillvägagångssätt som gärningsmannen utnyttjat för att genomföra gärningen. Brotten i 1 – 3 §§ var samtliga gradindelade med fängelseminimum som minimistraff och fängelse i tio, fyra respektive sex år som maximistraff. För det fall att ingen av de nu nämnda bestämmelserna var tillämplig fanns en kompletterande bestämmelse i 4 § om *sexuellt utnyttjande av underårig* enligt

vilken varje form av samlag eller annat sexuellt umgänge med den som var under 15 år var straffbelagt. Även det brottet var gradindelad med fängelseminimum som minimistraff och fängelse i åtta år som maximistraff. Mellan de olika bestämmelser enligt vilka ett sexuellt övergrepp mot barn under 15 år kunde bedömas rådde alltså en betydande överlappning när det gäller de tillämpliga straffskalorna. Detta innebär att brottsrubriceringen i sig inte gav någon närmare upplysning om hur allvarligt övergreppet varit i det enskilda fallet.

De nya bestämmelserna om sexualbrott mot barn

Enligt den nya regleringen har den nu berörda typen av sexuella övergrepp mot barn under 15 år brutits ut till särbehandling i förhållande till brott mot vuxna. Gärningar som riktat sig mot den som var under 15 år vid gärningen skall alltså numera aldrig bedömas enligt de bestämmelser i nuvarande 1-3 §§ som i stort motsvarar de bestämmelser som också tidigare fanns i dessa paragrafer (här bortses från det fall att gärningsmannen inte insett eller haft skälig anledning anta att målsäganden var under 15 år). Gärningen skall i stället bedömas som ett särskilt brott enligt 4 §. För ansvar för detta brott krävs endast att gärningsmannen haft samlag eller genomfört en med samlag jämförlig sexuell handling med ett barn under 15 år. Något tvång eller utnyttjande krävs inte och samtycke friar inte från ansvar.

Även det brottet är gradindelad. Grundformen, som regleras i 4 § första stycket, rubriceras som *våldtäkt mot barn* med en straffskala om fängelse i lägst två år och högst sex år. I 4 § tredje stycket regleras *grov våldtäkt mot barn* för vilket straffskalan är fängelse i lägst fyra och högst tio år. I 5 § finns en reglering för brott som med hänsyn till omständigheterna vid brottet är att anse som mindre allvarligt och som rubriceras som *sexuellt utnyttjande*

av barn. Straffskalan för detta brott är fängelse i högst fyra år. En nyhet när det gäller det straffbara området är vidare den begränsning av straffansvaret som genom 14 § genomförts för vissa gärningar som uppfyller rekvisiten för våldtäkt mot barn. Enligt den bestämmelsen skall det inte dömas till ansvar, om det är uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot barnet med hänsyn till den ringa skillnaden i ålder och utveckling mellan den som begått gärningen och barnet samt omständigheterna i övrigt.

Våld, tvång och utnyttjande enligt de nya bestämmelserna

Av förarbetena till den nya regleringen framgår att ett viktigt skäl för den nya systematiken varit att den tidigare regleringen, särskilt när det gäller våldtäktsbrottet, medfört eller riskerat att medföra otillfredsställande resultat när det gäller brottsrubriceringen på grund av att sexuella övergrepp mot barn i många fall genomförs utan någon användning av våld eller hot. Enligt vad som uttalas i propositionen (prop. 2004/05:45) skulle det i många fall te sig stötande om sexuella övergrepp mot barn där något våld i våldtäktsparagrafens mening inte behövs för att utföra gärningen inte kunde betecknas som våldtäkt. (Jfr a. prop. s. 67 – 70.)

De i propositionen kritiserade effekterna av den tidigare lagstiftningen var en följd av den i denna tillämpade uppdelningen i flera separata brott med särskilda rekvisit som i det enskilda fallet måste vara uppfyllda för att straffbestämmelsen skulle kunna tillämpas. Genom att den tidigare uppdelningen i flera separata brott numera upphävts och dessa i princip ersatts av ett enda brott utan motsvarighet till de olika rekvisit som tidigare avgränsade de olika brotts tillämpningsområde har sådana förhållanden som återspeglades i dessa förlorat självständig betydelse för rubriceringsfrågan. Detta betyder

emellertid inte att de saknar relevans för den straffrättsliga bedömningen i övrigt. I vad mån en gärning genomförts med användande av våld, hot eller annat tvång eller någon form av utnyttjande kan, liksom en rad andra förhållanden, vara av betydelse för till vilken grad ett visst brott är att hänföra och är under alla förhållanden av betydelse för bedömningen av straffvärdet i det enskilda fallet.

I de fall då ett brott är indelat i olika svårhetsgrader gäller som en allmän princip att bedömningen av till vilken grad en gärning är att hänföra skall göras med beaktande av samtliga faktiska omständigheter vid brottet. Detta gäller även i de fall där lagstiftaren valt att ange vissa omständigheter som särskilt skall beaktas vid bedömningen av om brottet är att hänföra till viss grad. (Se t.ex. a. prop. s. 75 och 144.) Att sådana omständigheter förelegat utgör således vare sig en nödvändig eller en tillräcklig förutsättning för att hänföra gärningen till den aktuella graden. Det förtjänar också framhållas att det i princip ankommer på åklagaren att visa att en faktisk omständighet förelegat för att denna skall kunna läggas gärningsmannen till last vid bedömningen av till vilken grad ett brott är att hänföra liksom även vid straffvärdebedömningen.

Bedömningen av till vilken grad brottet hör

Att den gärning som NA gjort sig skyldig till uppfyller de i 4 § första stycket upptagna rekvisiten för våldtäkt mot barn är uppenbart och något annat har inte heller gjorts gällande i målet. Det har inte heller i målet gjorts gällande att det skulle föreligga några särskilda omständigheter som skulle kunna tala för att gärningen skulle kunna vara att bedöma som grov. Frågan är i stället om gärningen med hänsyn till omständigheterna vid brottet är att

anse som mindre allvarlig och därför att bedöma som sexuellt utnyttjande av barn.

När det gäller den bedömningen ger lagtexten inte någon närmare vägledning. Av viss betydelse måste emellertid anses vara att grundformen av brottet betecknas som våldtäkt mot barn och att straffskalan bestämts i överensstämmelse med grundformen av våldtäkt enligt 1 § vilket innebär ett straffminimum om två års fängelse. I propositionen framhålls också att begreppet våldtäkt historiskt sett reserverats för de allvarligaste sexualbrotten och att avsikten är att så bör vara fallet även i fortsättningen. Tillräckliga skäl ansågs emellertid – trots de språkliga invändningar som riktats mot en sådan lösning – föreligga för att beteckna de allvarligaste sexuella övergreppen mot barn som våldtäkt mot barn. (a. prop. s. 69 f.) Vad som också anförs i propositionen (s. 77) om en restriktiv tillämpning av bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn torde få läsas mot denna bakgrund.

De faktiska omständigheter som särskilt framhålls i förarbetena när det gäller förutsättningarna för att bedöma en gärning som sexuellt utnyttjande av barn är målsägandens ålder och att den sexuella handlingen från dennes sida varit frivillig. Detta framstår också som naturligt mot bakgrund av att frivilliga sexuella handlingar av någon som fyllt 15 år och därmed uppnått den sexuella självbestämmandeåldern i princip är straffria. I propositionen sägs att fråga exempelvis kan vara om en tonåring som har en frivillig sexuell relation till någon som är betydligt äldre. Enligt vad som uttalas i propositionen framstår det inte som rimligt att döma till minst två års fängelse i ett sådant fall då samlaget bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet mellan parterna. Det skulle också enligt propositionen vara missvisande och olämpligt att rubricera sådana handlingar som våldtäkt mot barn (s. 77).

Detta synsätt har också kommit till uttryck i den ovan nämnda straffrihetsregeln i 14 § som enligt vad som uttalas i propositionen skall kunna tillämpas vid helt frivilliga sexuella handlingar mellan en 16-årig pojke och en 14-årig flicka. Att bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn också avsetts kunna tillämpas i långt allvarligare fall än sådana som i lagmotiven anförts som exempel framgår av att maximistraffet är så högt som fängelse i fyra år.

En särskild fråga när det gäller möjligheten att beakta frivillighet från målsägandens sida som relevant för den straffrättsliga bedömningen är de till synes kategoriska uttalanden som görs på andra håll i propositionen om att det vid övergrepp mot barn framstår som ”främmande att laborera med begrepp som frivillighet och samtycke” (s. 67) och att ”barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar” (s. 70). 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.

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 NA 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. NA skall därför dömas för sexuellt utnyttjande av barn.

Straffvärde

När det därefter gäller frågan vilket straffvärde som gärningen bör bedömas ha ger ändringarna i fråga om rubricering och straffskalor inte någon närmare vägledning. Beaktas bör emellertid att ändringarna enligt vad som i propositionen uttalas vid upprepade tillfällen syftat till att förstärka skyddet mot att barn och ungdomar utnyttjas i sexuella sammanhang och markera allvaret i sexualbrott som riktar sig mot barn. Även om den nya lagstiftningen i nu aktuellt hänseende inte innefattar någon utvidgning av det straffbara området får den anses innebära att sexualbrott som riktats mot barn numera i allmänhet bör tillmätas ett högre straffvärde än vad som ansågs vara fallet enligt den tidigare regleringen. I förevarande fall är särskilt att beakta att målsäganden hade en förhållandevis lång tid kvar till åldern för sexuellt självbestämmande, att NA var väl medveten om målsägandens ålder samt att ålderskillnaden mellan målsäganden och NA – som var 25 år vid gärningstillfället – var betydande. Man kan inte heller bortse från att målsäganden vistades i NAs hem under omständigheter som hade inslag av förtroendeförhållande. Högsta domstolen delar mot den bakgrunden den bedömning av gärningens straffvärde som domstolarna gjort.

Påföljdsval

NA, som samtyckt till att domen förenas med en föreskrift om samhällstjänst, har yrkat att påföljden skall bestämmas till villkorlig dom med samhällstjänst. Enligt 30 kap. 4 § brottsbalken skall rätten vid val av påföljd fästa särskilt avseende vid omständigheter som talar för en lindrigare påföljd än fängelse. Av 30 kap. 7 § följer att ett sådant samtycke som NA lämnat kan utgöra ett särskilt skäl för att döma till villkorlig dom istället för fängelse. Som skäl för fängelse får rätten, utöver brottslighetens straffvärde och art, beakta att den tilltalade tidigare gjort sig skyldig till brott.

NA har inte tidigare dömts för brott. Den bedömning som Högsta domstolen tidigare gjort innebär vidare att straffvärdet inte är så högt att detta i sig medför att fängelse bör väljas som påföljd. Frågan är under sådana förhållanden om brottet kan anses vara av en sådan art att någon annan påföljd än fängelse inte kan komma i fråga trots att NA samtyckt till samhällstjänst.

Den gärning som NA gjort sig skyldig till skulle enligt tidigare lagstiftning ha varit att bedöma som sexuellt utnyttjande av underårig. När det gäller detta brott har Högsta domstolen i NJA 2003 s. 313 uttalat att det med hänsyn till de intressen som straffbestämmelsen är avsedd att skydda finns en presumtion för fängelse men att det beror på omständigheterna i det enskilda fallet hur stark denna presumtion är. I det målet fann Högsta domstolen att karaktären på brottet – den tilltalade hade utnyttjat målsägandens berusning och på ett otillbörligt sätt förmått henne till det sexuella umgänget – och brottets allvar med betydande styrka talade för att påföljden skulle bestämmas till fängelse. Straffvärdet bedömdes med tillämpning av då gällande lagstiftning motsvara åtta månaders fängelse.

Även när det gäller brottet sexuellt utnyttjande av barn måste en presumtion anses föreligga för fängelse. Detta innebär inte att brottet skall anses vara av sådan art att annan påföljd än fängelse är utesluten. Med hänsyn till att brottet i detta fall har ett så förhållandevis högt straffvärde som fängelse i sex månader och i betraktande av de faktorer som enligt det föregående inverkat på straffvärdebedömningen får det dock anses att annan påföljd än fängelse kan komma i fråga endast om alldeles speciella omständigheter, exempelvis hänförliga till NAs person, skulle tala för detta. Sådana omständigheter kan inte anses föreligga. Påföljden bör alltså som domstolarna funnit bestämmas till fängelse sex månader.

Skadestånd

Med den bedömning som Högsta domstolen gjort när det gäller rubriceringen av den åtalade gärningen är den fråga som skall prövas i skadeståndsdelen endast om skadeståndsyorkandet skall ogillas eller skadeståndet sättas till ett lägre belopp än de 25 000 kr som domstolarna dömt ut.

Enligt 2 kap. 3 § skadeståndslagen skall den som allvarligt kränker någon annan genom brott som innefattar ett angrepp mot dennes person, frihet, frid eller ära ersätta den skada som kränkningen innebär. Enligt 5 kap. 6 § samma lag skall skadeståndet bestämmas efter vad som är skäligt med hänsyn till handlingens art och varaktighet. I paragrafen anges härutöver ett antal omständigheter som särskilt skall beaktas när skadeståndet bestäms.

Den omständigheten att någon frivilligt deltagit i en gärning innebär i allmänhet att denna inte kan anses ha innefattat en allvarlig kränkning. Innebördens av den fasta gränsen för sexuellt självbestämmande och den därtill

anknutna straffrättsliga regleringen får emellertid anses vara att den som är under 15 år helt oberoende av förhållandena i övrigt inte är mogen att själva ta ställning till sexuella handlingar av mer kvalificerad art. Att genomföra samlag med någon i medvetande om att han eller hon är under 15 år får under sådana förhållanden som huvudregel anses innebära en allvarlig kränkning av denne i skadeståndslagens mening helt oavsett om målsäganden deltagit frivilligt, åtminstone om inte skillnaden i ålder och utveckling mellan målsäganden och den som begått gärningen varit ringa (jfr NJA 2001 s. 742). Målsäganden är därför i detta fall berättigad till skadestånd. Som domstolarna funnit bör den skärpta syn på sexualbrott mot barn som ligger bakom den nya straffrättsliga regleringen få genomslag även när det gäller frågan om rätten till ersättning för kränkning. Högsta domstolen finner mot den bakgrunden inte skäl att göra någon ändring i hovrättens domslut när det gäller skadestandsfrågan.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Munck, Victor (referent), Lindeblad, Nyström (skiljaktig) och Calissendorff (skiljaktig)
Föredragande revisionssekreterare: Flodin

HÖGSTA DOMSTOLEN

Bilaga till

Mål nr

PROTOKOLL

B 3998-05

2006-02-01

Justitieråden Nyström och Calissendorff är av skiljaktig mening i ansvarsfrågan på sätt framgår av följande yttrande:

” Av förarbetena till den nya regleringen av sexualbrott mot barn framgår att ett syfte med lagändringarna har varit att lyfta fram och förstärka skyddet för barn och ungdomar mot att utsättas för sexuella kränkningar. Det anges att barn under 15 år har behov av ett absolut skydd mot alla former av sexuella handlingar och att utgångspunkten för lagstiftningen när det gäller barn är att de aldrig kan samtycka till sexuella handlingar. (Prop. 2004/05:45 s. 21 f., jfr 2004/05:JuU16 s. 10 f. och 21.) Beträffande bestämmelsen i 5 § om det mindre allvarliga brottet sexuellt utnyttjande av barn uttalas att den skall tillämpas med restriktivitet. En förutsättning för att tillämpning av bestämmelsen skall aktualiseras anges vara att den person som gärningen riktats mot, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen (a. prop. s. 144). I propositionen nämns som exempel fall då en 29-åring har samlag med ett barn som är 14 år och 11 månader, dvs. en gärning som varit straffri om barnet varit 15 år. Det uttalas att det i dessa fall t.ex. kan vara fråga om en tonåring som utvecklat sin sexualitet och har en frivillig sexuell relation till någon som är betydligt äldre. Att i ett sådant fall då samlaget bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet mellan parterna döma till minst två års fängelse framstår enligt vad som uttalats i propositionen inte som rimligt. (A. prop. s. 77.)

Målsäganden var vid tillfället 13 år och 10 månader och hade således förhållandevis lång tid kvar till åldern för sexuellt självbestämmande. NA var drygt 25 år och familjefar.

De båda träffades nästan dagligen på grund av att målsäganden hade sin häst inhyrt hos NA och det förekom även att hon arbetade i ett café som NA och hans familj drev på sin fastighet. Målsäganden vistades en stor del av sin fritid i NAs hem och vistelsen kan sägas innehålla inslag av ett beroendeförhållande.

Av målsägandens uppgifter, som det saknas anledning att ifrågasätta, framgår att samlaget kom till stånd efter att NA tjatat på henne många gånger. Hon har även berättat att han sade till henne att om de inte hade sex skulle han lämna henne eller ha sex med sin fru i stället. Hon upplevde detta som jobbigt. Ibland ville hon och ibland ville hon inte ha samlag med honom, vilket hon också gav uttryck för.

Samlaget var visserligen frivilligt och gemensamt planerat av målsäganden och NA. Av det anförda framgår emellertid att det föregåtts av övertalning och viss påtryckning. I beaktande av målsägandens ålder och bristande erfarenhet, samt det ansvar NA med hänsyn till sin ålder har varit skyldig att ta, kan det inte anses att brottet är att bedöma som mindre allvarligt enligt det synsätt som kommit till uttryck i lagmotiven. Även om brottsbeteckningen inte speglar den gärning som nu är i fråga bör NA dömas för våldtäkt mot barn. Påföljden bör bestämmas till minimistraffet för brottet, två års fängelse.

Överröstade i denna del är vi i övrigt ense med majoriteten.”