



Högsta domstolen
Box 2066
103 12 Stockholm

Överklagande av en hovrättsdom – grov våldtäkt mot barn (rubricering och påföljd)

Klagande

Riksåklagaren
Box 5553
114 85 Stockholm

Motpart

DH
Frihetsberövande: Häktad

Ombud och offentlig försvarare: advokaten JR

Överklagade avgörandet

Hovrätten för Övre Norrlands dom den 9 maj 2023 i mål B 331-23

Yrkanden

Jag yrkar att gärningen enligt åtalspunkten 4.1 ska bedömas som grov våldtäkt mot barn och att påföljden till följd av detta ska skärpas väsentligt.

Frågan i målet

Den fråga som enligt min uppfattning är av intresse ur prejudikatsynpunkt är under vilka omständigheter en sexuell handling som genomförs med ett yngre barn med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag.

Jag föreslår att Högsta domstolen, med utgångspunkt i vad hovrätten funnit styrkt kring gärningen under åtalspunkten 4.1, meddelar prövningstillstånd i fråga om brottets rubricering. Prövningstillstånd beträffande målet i övrigt kan förklaras vilande.

Bakgrund

DH har av hovrätten dömts för två fall av grov våldtäkt mot barn, tre fall av grovt sexuellt övergrepp mot barn, fem fall av grovt utnyttjande av barn för sexuell posering samt grovt barnpornografibrott. Samtliga brott (utom det

grova barnpornografibrottet) är begångna efter den 1 augusti 2022 och är riktade mot samma målsägande som vid tiden för gärningarna var 10 år gammal och som är närstående till DH.

Hovrätten har bestämt påföljden till fängelse i åtta år.

Tingsrätten, som till skillnad från hovrätten ansåg att gärningen under åtalpunkten 4.1 skulle rubriceras som grov våldtäkt mot barn, hade bestämt påföljden till fängelse i fjorton år.

Domstolarna

Tingsrätten uttalar angående brottets rubricering följande (domen s. 23).

Vad därefter avser DHs invändning om att han inte har utfört oralt samlag med [målsäganden] anser tingsrätten att åberopat filmmaterial med tydlighet visar att han har haft det och att han därvid har slickat [målsägandens] underliv och analöppning. Den åberopade utredningen styrker således åklagarens påstående i denna del.

Hovrätten har beträffande åtalpunkten 4.1 uttalat följande (domen s. 5).

Åtalpunkten 4.1 – Grov våldtäkt mot barn alt. grovt sexuellt övergrepp mot barn

Sedan den 1 augusti 2022 döms för våldtäkt mot barn den som, med ett barn under 15 år, genomför ett vaginalt, analt eller oralt samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag. Samlagsbegreppet har utvidgats på så sätt att anala och orala samlag med automatik – utan att det görs någon prövning av kränkningens allvar – omfattas av våldtäktsbestämmelsen.

Med oralt samlag avses enligt förarbetena kontakt mellan könsorgan och mun. Det innefattar alltså att gärningsmannen med munnen eller tungan berör offrets könsorgan eller att offret förmås göra motsvarande handlingar med gärningsmannens könsorgan. Som exempel kan nämnas att med tunga vidröra en kvinnas underliv, oavsett om penetration sker eller inte. Ett annat exempel är penetration med penis i mun. Våldtäktsbestämmelsen omfattar även annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag. Syftet med ändringen av samlagsbegreppet har inte varit att åstadkomma någon förändring i fråga om vilka sexuella handlingar som ska omfattas av våldtäktsbestämmelsen. Utvidgningen av samlagsbegreppet kan dock tänkas medföra att ytterligare handlingar anses jämförliga med samlag. Vid bedömningen av frågan om en viss handling är jämförlig med samlag anses enligt förarbetena äldre förarbeten och inarbetad praxis i stora delar även fortsättningsvis kunna tillämpas (se prop. 2021/22:231 s. 35 och 84).

Till skillnad från tingsrätten anser hovrätten inte att det av åberopade filmsekvenser framgår att DH slickar målsägandens underliv. Däremot framgår det med tydlighet att han slickar analöppningen. Då det inte är fråga om kontakt mellan könsorgan och mun är gärningen inte, enligt hovrättens bedömning, att bedöma som ett oralt samlag utifrån hur begreppet definieras i förarbetena.

Att slicka ett barns analöppning kan dock vara en sådan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar kan anses jämförlig med samlag (se prop. 2012/13:111 s. 38). I förarbetena uttalas att det centrala vid avgränsningen av våldtäktsbestämmelsen är kränkningen genom den sexuella handlingen, inte sexualhandlingens tekniska karaktär. Vidare anges att en bedömning alltid måste göras i varje enskilt fall, eftersom den kränkning som ett sexuellt övergrepp innebär kan vara att bedöma på olika sätt beroende på om offret är ett barn eller en vuxen person (se prop. 2012/13:111 s. 114). I detta fall visar dock utredningen inte annat än att handlingen när DH slickat målsägandens analöppning varit ytterst kortvarig. Detta leder, enligt hovrättens bedömning, till att den sexuella handlingen inte kan anses jämförlig med samlag. Gärningen ska i stället rubriceras som sexuellt övergrepp mot barn. På de av åklagaren anförda skälen ska brottet bedömas som grovt.

Grunderna för min inställning

Den som, med ett barn under femton år, genomför ett vaginalt, analt eller oralt samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, döms för våldtäkt mot barn till fängelse i lägst tre och högst sex år. Detsamma gäller den som på ett otillbörligt sätt förmår barnet att företa eller tåla en sådan handling (6 kap. 4 § första stycket brottsbalken i dess lydelse efter den 1 augusti 2022).

Om ett brott som avses i första stycket är grovt, döms för grov våldtäkt mot barn till fängelse i lägst fem och högst tio år. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om gärningsmannen har använt våld eller hot om brottslig gärning eller om fler än en förgripit sig på barnet eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller barnets låga ålder eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet (6 kap. 4 § tredje stycket brottsbalken i dess lydelse efter den 1 augusti 2022).

Ett vaginalt, analt eller oralt samlag eller annan med samlag jämförlig sexuell handling

Med *samlag* har man tidigare avsett vaginala samlag. Enligt vad såväl Straffrättskommittén som departementschefen uttalade under förarbetena till brottsbalken innefattade begreppet inte något krav på att samlaget måste ha fullbordats så som det uppfattas i allmänt språkbruk. För att ett samlag skulle anses föreligga var det tillfyllest att en mans och en kvinnas könsdelar kommit i beröring med varandra. Det krävdes inte att något inträngande eller någon sädesutgjutning ägt rum. Impotens var med andra ord inte något hinder för att samlag i lagens mening skulle äga rum. (Bäcklund m.fl., Brottsbalken. En kommentar. [2023 JUNO, version 22] kommentaren till 6 kap. 1 §.)

Genom 2022 års ändring av våldtäktsbestämmelsen formulerades samlagsbegreppet så att det omfattar såväl vaginala samlag som även anala och orala samlag. Denna utvidgning av samlagsbegreppet innebär att anala och orala samlag med automatik – utan att det görs någon prövning av

kränkningens allvar – omfattas av våldtäktsbestämmelsen. Syftet med ändringen är att göra lagstiftningen mera neutral med avseende på kön och sexuell läggning. (A.a.)

Alla tre formerna av samlag förutsätter beröring av eller med könsorgan. Med vaginalt samlag avses detsamma som hittills, dvs. att ett manligt och ett kvinnligt könsorgan kommit i beröring med varandra. Med analt samlag avses att ett manligt könsorgan kommit i beröring med analöppning. Med oralt samlag avses kontakt mellan könsorgan och mun. Det innefattar att gärningsmannen med munnen eller tungan berör offrets könsorgan eller att offret förmås göra motsvarande handling med gärningsmannens könsorgan. För att det ska vara fråga om vaginalt, analt eller oralt samlag fordras således kroppslig beröring, dock inte att samlaget har innefattat penetration. (Se prop. 2021/22:231 s. 84.)

Våldtäktsbestämmelsen omfattar även annan *sexuell handling* som med hänsyn till kränkningens allvar är *jämförlig med samlag*. Syftet med ändringen av samlagsbegreppet har inte varit att åstadkomma någon förändring i fråga om vilka sexuella handlingar som ska omfattas av våldtäktsbestämmelsen. Utvidgningen av samlagsbegreppet kan dock tänkas medföra att ytterligare handlingar anses jämförliga med samlag. Vid bedömningen av frågan om en viss handling är jämförlig med samlag anses enligt förarbetena äldre förarbeten och inarbetad praxis i stora delar även fortsättningsvis kunna tillämpas (prop. 2021/22:231 s. 35 och 84.)

Våldtäktsbrottet är begränsat till sådana sexuella handlingar som med hänsyn till kränkningens allvar är *jämförliga med samlag*. Med ändringen av denna formulering – från kränkningens art och omständigheterna i övrigt till kränkningens allvar – avsågs att ytterligare markera kränkningens betydelse för avgränsningen av våldtäktsbestämmelsen, inte sexualhandlingens tekniska karaktär. (Se prop. 2012/13:111 s. 111.)

Exempel på omständigheter kring den sexuella handlingen som kan påverka bedömningen av kränkningen är den sexuella handlingens varaktighet, om den varit förenad med smärta, sår eller annan kroppsskada samt om den i övrigt innehållit förödmjukande eller förnedrande inslag. Att föra in något, föremål eller fingrar, i anus eller vagina kan vara tillräckligt. Exempel på en annan sexuell handling, som i de flesta fall inte kan anses jämförlig med samlag, är enligt tidigare förarbeten att gärningsmannen förmår offret att masturbera åt honom eller att gärningsmannen onanerar på offret. Se prop. 2004/05:45 s. 46, 59 och 135 ff. samt prop. 2012/13:111 s. 111 f.

Tänkbart är ett övergrepp som sker utan kroppslig beröring från gärningsmannens sida. I så fall kan den sexuella handlingen utföras på distans, t.ex. på internet (prop. 2017/18:177 s. 43 f. och 79.)

Våldtäkt mot barn

Våldtäkt mot barn infördes som ett särskilt brott genom 2005 års lagstiftning. Brottet hade ingen riktig motsvarighet tidigare. Det kännetecknas av att gärningsmannen utan att använda våld eller hot och utan att tvinga barnet har samlag eller med barnet genomför annan sexuell handling som är jämförlig med samlag. Tillräckligt är att han haft samlag e.d. med ett barn under femton år. (Bäcklund m.fl., Brottsbalken. En kommentar. [2023 JUNO, version 22] kommentaren till 6 kap. 4 §.)

Första stycket ändrades 2013 genom att uttrycket “kränkningens art och omständigheterna i övrigt” ersattes med “kränkningens allvar”. (Se prop. 2012/13:111 s. 113 f.) Syftet med ändringen är att markera att det centrala vid avgränsningen av våldtäktsbestämmelsen är kränkningen genom den sexuella handlingen, inte sexualhandlingens tekniska karaktär. Även om avgränsningen av den sexuella handlingen i 6 kap. 1 § och 6 kap. 4 § brottsbalken i princip ska sammanfalla, måste beaktas att barn generellt sett är att anse som mer utsatta än vuxna. Det får till följd att en kränkning, som ett sexuellt övergrepp innebär, kan vara att bedöma på olika sätt beroende på om offret är ett barn eller en vuxen person. (Bäcklund m.fl., a.a.)

År 2018 formulerades det första stycket om för att tydliggöra att bestämmelsen omfattar situationer då genomförandet av samlaget eller den sexuella handlingen består i att barnet utför handlingen på sig själv eller med någon annan än gärningsmannen. Vad som avsågs är sådana övergrepp som sker utan kroppslig beröring från gärningsmannens sida, t.ex. sexualbrott som utförs på internet. Vidare höjdes straffminimum för grov våldtäkt mot barn. (Prop. 2017/18:177 s. 87.)

Bestämmelsen i 6 kap. 4 § brottsbalken kräver inte att gärningsmannen använt våld eller hot eller utsatt barnet för tvång. Användandet av våld eller hot har dock den betydelsen att brottet kan bedömas som grovt. Våldtäkt är begången när en person genomfört samlag eller en därmed jämförlig sexuell handling med ett barn som inte fyllt femton år, oavsett hur det gått till. Någon avgörande betydelse har inte frågan vem som tagit initiativet till den sexuella handlingen, så länge gärningsmannen uppfyller kravet på att ha genomfört den sexuella handlingen med barnet. Gärningsmannens egen ålder har inte någon betydelse, så länge han eller hon uppnått femton års ålder. (Bäcklund m.fl., a.a.)

Min bedömning

Det är utrett att DH, när målsäganden låg i sängen och sov eller för att sova, dragit isär målsägandens skinkor och slickat på och omkring hennes analöppning samtidigt som han filmade övergreppet i syfte att sprida filmen vidare.

Av förarbetena framgår att det utvidgade samlagsbegreppet infördes för att göra lagstiftningen neutral med avseende på kön och sexuell läggning. När

ändringen av samlagsbegreppet föreslogs konstaterade lagstiftaren att utvidgningen av begreppet kunde komma att medföra att ytterligare sexuella handlingar skulle anses jämförbara med samlag. När det gällde andra sexuella handlingar med orala inslag anges att frågan om när en sådan handling ska anses jämförbar med samlag ytterst får bli en fråga för rättstillämpningen. Det framhålls att bedömningen kan falla olika ut om det är en vuxen eller ett barn som utsätts för den sexuella handlingen. (Prop. 2021/22:231 s. 36.)

Jag gör inte gällande att DH genomfört *analt samlag* med målsäganden. Kränkningen måste dock anses lika allvarlig oavsett om han slickat målsägandens könsorgan, analöppning eller i området däromkring. Jag menar alltså att den sexuella handling DH genomfört med målsäganden genom att han slickat hennes analöppning samtidigt som han dokumenterat övergreppet på film är så allvarlig att den är att jämföra med samlag. Det måste också framhållas att själva slickandet som syns på filmen endast är en del av ett längre händelseförlopp.

Med hänsyn till målsägandens låga ålder, att hon är närstående till DH och att brottet begåtts i ett sammanhang där hon haft rätt att känna sig trygg samt att han filmat övergreppet i avsikt att sprida filmen vidare är enligt min uppfattning brottet att bedöma som grov våldtäkt mot barn.

Påföljden bör enligt min uppfattning skärpas väsentligt.

Prövningstillstånd

Enligt 54 kap. 10 § första stycket 1 rättegångsbalken får prövningstillstånd meddelas endast om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta domstolen (prejudikatdispens). För att bevilja prövning enligt denna punkt krävs alltså att ett avgörande av Högsta domstolen blir av generell betydelse för bedömningen av framtida mål som innehåller liknande frågeställningar.

Tings- och hovrätten har i detta mål på samma underlag kommit till olika slutsatser i fråga om brottets rubricering. Lagstiftaren har i det lagstiftningsärendet som ligger till grund för det utvidgade samlagsbegreppet tydliggjort att frågan om under vilka omständigheter en sexuell handling kan jämföras med samlag ska avgöras i praxis. För att rättstillämpningen ska bli enhetlig är det enligt min uppfattning av vikt att Högsta domstolen klargör i vilka fall en sexuell handling som genomförs med ett barn med hänsyn till kränkningens allvar är jämförbar med samlag. Målet är i sig renodlat, väl utrett och innefattar inte någon bevisfråga.

Det är således av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen prövar mitt överklagande.

Bevisning m.m.

Preliminärt åberopar jag uppspelning av en kort filmsekvens som visar övergreppet samt en promemoria med analys över filmerna till styrkande av tidpunkten när och var filmen spelades in, att detta skett nattetid och att filmen är en del av ett längre händelseförlopp (fup s. 145-158).

Filmen kan för detta ändamål kortvarigt lånas ut till Högsta domstolen.

Målet kan således preliminärt avgöras på handlingarna.

Jag ber dock att få återkomma med bevisuppgift och med mina synpunkter på målets fortsatta handläggning för det fall prövningstillstånd meddelas.

Petra Lundh

My Hedström

Kopia till:

Utvecklingscentrum

Åklagarkammaren i Umeå (AM-177902-22)

Kammaråklagaren Petra Hedberg