



Högsta domstolen  
Box 2066  
103 12 Stockholm

## **DN ./.** riksåklagaren ang. våldtäkt mot barn

*(Svea hovrätts, avd. 5, dom den 7 april 2015 i mål nr B 600-15)*

Högsta domstolen har förelagt mig att skyndsamt inkomma med svarsskrivelse. Jag vill anföra följande.

### **Min inställning**

Jag bestrider ändring av hovrättsens dom. Jag tillstyrker dock att Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd.

### **Bakgrund**

#### **Åtalet**

DN åtalades för våldtäkt mot barn för att den 27 september 2014 ha haft samlag med målsäganden som var 14 år, fem månader och 15 dagar gammal.

När gärningen begicks var DN 19 år gammal. DN lider av en lindring utvecklingsstörning, en intellektuell funktionsnedsättning, som innebär att hans intellektuella kapacitet motsvarar genomsnittet för en nioåring.

#### **Tingsrättens dom**

DN erkände gärningen men ansåg att den skulle bedömas som sexuellt utnyttjande av barn.

Tingsrätten dömde DN för sexuellt utnyttjande av barn till villkorlig dom och samhällstjänst 160 timmar.

När det gäller rubriceringen av gärningen fann tingsrätten sammanfattningsvis att brottet skulle bedömas som mindre allvarligt eftersom samlaget varit frivilligt och då målsäganden legat relativt nära gränsen för sexuellt självbestämmande.

Enligt tingsrätten motsvarade gärningens straffmättningsvärde fängelse i sex månader. Tingsrätten betonade att det finns en presumtion för fängelse när det gäller brottet sexuell utnyttjande av barn. Med beaktande av DN:s ålder och hans personliga omständigheter fann tingsrätten att påföljden kunde stanna vid villkorlig dom med samhällstjänst.

### **Hovrättens dom**

Åklagaren överklagade tingsrättens dom och yrkade att hovrätten skulle döma DN för våldtäkt mot barn och att påföljden, oavsett bedömningen i rubriceringsfrågan, skulle bestämmas till fängelse.

Hovrätten ändrade tingsrättens dom på så sätt att DN dömdes för våldtäkt mot barn till fängelse i ett år och sex månader. En ledamot var skiljaktig och ville rubricera gärningen som sexuellt utnyttjande av barn och bestämma påföljden till fängelse i sex månader.

I frågan om rubricering anförde hovrätten anförde hovrätten bl.a. följande.

Målsäganden var vid tidpunkten endast 14 år 5 månader och 15 dagar gammal. Hon hade således ett drygt halvår kvar tills hon skulle uppnå åldern för sexuell självbestämmande. Målsäganden har inte framstått som mer mogen än motsvarande sin ålder. Med beaktande av målsägandens och DN:s beskrivning av hur det sexuella umgänget gått till kan det antas att målsäganden vid tidpunkten inte hade någon större sexuell erfarenhet. Hon har utan att det har ifrågasatts berättat att hon var oskuld. Det har inte varit fråga om någon kärleksrelation mellan henne och DN. Parternas beskrivning av händelseförloppet ger vidare vid handen att samlaget – som i och för sig inte varit påtvingat, men där målsäganden förhållit sig helt passiv – inte byggt på fullständig frivillighet och ömsesidighet från parternas sida. Enligt hovrättens uppfattning kan brottet därför inte betraktas som mindre allvarligt. DN ska alltså dömas för våldtäkt mot barn.

I påföljdsdelen anförde hovrätten bl.a. följande.

Minimistrafvet för våldtäkt mot barn är fängelse i två år. När straffvärdet för en gärning bestäms ska den skada, kränkning eller fara som brottet inneburit beaktas (29 kap. 1 § andra stycket brottsbalken). Den gärningen DN gjort sig skyldig till har inneburit en allvarlig kränkning av målsäganden. I mildrande riktning ska även beaktas att DN:s handlande i någon mån får anses ha stått i samband med hans bristande utveckling och omdömesförmåga (29 kap. 3 § första stycket 3 brottsbalken). Med beaktande av vad som nu sagts uppgår straffvärdet för brottet enligt hovrättens mening till fängelse i två år och tre månader.

Vid straffmätningen ska även hänsyn tas till att DN vid tidpunkten för brottet var 19 år gammal. Med beaktande härav uppgår straffmätningens värde för DN till fängelse i ett år och sex månader. Redan det höga straffvärdet men även brottslighetens art, dvs. att det är fråga om ett sexualbrott, talar starkt för att påföljden ska bestämmas till fängelse. Enligt hovrättens mening föreligger det särskilda skäl för att påföljden nu ska bestämmas till fängelse. DN ska alltså dömas till fängelse i ett år och sex månader för brottet.

## **Överklagandet**

DN har överklagat hovrättens dom och yrkat att Högsta domstolen ska bedöma gärningen som sexuellt utnyttjande av barn och bestämma påföljden till villkorlig dom med samhällstjänst.

DN har till grund för sitt överklagande anfört bl.a. följande. DN lider av en lindrig utvecklingsstörning. Han har en intellektuell kapacitet i paritet med en genomsnittlig nioåring. Den språkliga förståelsen motsvarar genomsnittet för ett barn i sex-sjuårsåldern. Straffreduktion borde göras med hänsyn till DNS "verkliga ålder", dvs. med beaktande av hans utvecklingsstörning. I annat fall finns en uppenbar risk för att hans handikapp inte beaktas fullt ut vid straffmätningen. DN löper stor risk att mentalt fara illa och kommer att hamna i för honom svårhanterliga situationer om han måste avtjäna ett fängelsestraff. Med anledning av en nyligen genomförd psykologutredning, vilken domstolarna inte haft möjlighet att beakta, finns anledning att ifrågasätta om DNS intellektuella kapacitet i tillräcklig mån beaktats vid straffvärdebedömningen.

DN har som skäl för prövningstillstånd anfört. Genom majoritetens skrivsätt har en osäkerhet uppkommit i tolkningen av begreppet "frivillighet och ömsesidighet", vilket är centralt för bedömningen av om gärningen ska betraktas som mindre allvarlig eller inte. Vidare råder oklarhet i frågan hur ett begåvningshandikapp innebärande att en persons "verkliga" ålder är betydligt lägre än hans levnadsålder, ska påverka straffreduktionen för personer under 21 år. Det vore därför av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta domstolen. Det föreligger också synnerliga skäl för prövningstillstånd eftersom påföljden i hovrätten möjligen hade blivit en annan om psykologutredningen förelegat vid huvudförhandlingen.

## **Grunderna för min inställning och skäl för prövningstillstånd**

### **Extraordinär dispens**

Omständigheterna kring DNS lindriga utvecklingsstörning var kända för hovrätten. Jag anser därför att det i Högsta domstolen åberopade psykologutlåtandet inte i sig utgör tillräckligt skäl för att meddela extraordinär dispens.

### **Rubriceringsfrågan och prejudikatdispens**

Frågan är om gärningen ska rubriceras som våldtäkt mot barn enligt 6 kap. 4 § brottsbalken eller som sexuellt utnyttjande av barn enligt 6 kap. 5 § brottsbalken.

### *Min bedömning av rubriceringsfrågan*

På det underlag jag har tagit del av har jag inte anledning att göra någon annan bedömning än att hovrättens dom är korrekt.

*Frågan om prejudikatdispens*

Den som har samlag med ett barn under 15 år döms, enligt 6 kap. 4 § brottsbalken, för våldtäkt mot barn till fängelse i lägst två och högst sex år. Om brottet med hänsyn till omständigheterna är att anse som mindre allvarligt, döms enligt 6 kap. 5 § brottsbalken, för sexuellt utnyttjande av barn. Straffskalan för sexuellt utnyttjande av barn är fängelse i högst fyra år.

Som exempel på omständigheter som medför att brottet ska bedömas som sexuellt utnyttjande av barn och inte som våldtäkt mot barn anges i förarbetena att två ungdomar, den ena under och den andra strax över 15 år, frivilligt har samlag med varandra eller att en målsägande som är 14 år och 11 månader har samlag med en 29-åring; det kan vara fråga om en tonåring som har utvecklat sin sexualitet och har en frivillig relation till någon som är betydligt äldre och där samlaget bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet mellan parterna. Bestämmelsen ska enligt förarbetena tillämpas restriktivt. (Prop. 2004/05:45 s. 77.)

I NJA 2006 s. 79 I och II har Högsta domstolen bedömt två fall som sexuellt utnyttjande av barn. I det ena fallet hade en 25-årig man haft samlag med en 13-årig flicka. Samlaget hade varit helt frivilligt från målsägandens sida och det hade präglats av ömsesidighet. Den tilltalade och målsäganden hade båda förklarat att de blivit kära i varandra och den sexuella samvaron hade planerats av de båda i samråd. Målsäganden hade uppnått en sådan ålder att denna i sig inte kunde anses utgöra något hinder mot att beakta frivilligheten. I det andra fallet hade en 25-årig man haft samlag med en flicka som var 14 år och tio månader. Högsta domstolen beaktade vid rubriceringen att den tilltalade uppfattat samlaget som frivilligt från målsägandens sida samt att flickan var 14 år och 10 månader. Enligt Högsta domstolen var gärningen dock av allvarligt slag eftersom målsäganden varit vaken hela natten och därvid druckit alkohol i en inte obetydligt omfattning. Högsta domstolen framhöll att bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn avsetts kunna tillämpas i långt allvarligare fall än sådana som i lagmotiven anförts som exempel, vilket framgår av att maximistraflet är så högt som fängelse i fyra år.

I NJA 2012 s. 564 slog Högsta domstolen fast att det inte fanns utrymme för att beakta gärningar med ett tolvårigt barn som mindre allvarliga.

Enligt Utvecklingscentrum Göteborg, som inom Åklagarmyndigheten har ett särskilt ansvar för metodutveckling och rättslig utveckling när det gäller bekämpande av sexualbrott, ligger underrättspraxis i linje med Högsta domstolens avgörande från 2006 samt kan i det stora flertalet fall tillräcklig ledning för bedömningen i rubriceringsfrågan hämtas från 2006 års avgörande samt från uttalanden i förarbetena till bestämmelserna (prop. 2004/05: 45; se också SOU 2010:71 s. 317 ff.).

Enligt min uppfattning kan emellertid sättas i fråga om tillräcklig vägledning kan hämtas från tidigare avgöranden av Högsta domstolen när det gäller hur den aktuella gärningen ska rubriceras. Att osäkerhet råder om hur gärningen ska bedömas straffrättsligt illustreras också av att tingsrätten och hovrätten kommit till olika slutsatser i rubriceringsfrågan. På grund härav skulle en prövning av Högsta domstolen i denna fråga kunna vara av vikt för ledning av rättstillämpningen. Jag vill därför inte motsätta mig att Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd i rubriceringsfrågan.

### **Påföljdsfrågan och prejudikatdispens**

#### *Min bedömning av påföljdsfrågan*

Hovrätten har funnit att gärningen ska rubriceras som våldtäkt mot barn. Minimistraflet för våldtäkt mot barn är fängelse i två år. Hovrätten har med tillämpning av 29 kap. 1 § andra stycket och 29 kap. 3 § första stycket 3 funnit att gärningens straffvärde motsvarar fängelse i två år och tre månader. Med beaktande av att DN var endast 19 år gammal när brottet begicks har hovrätten fastställt det s.k. straffmättningsvärdet till ett år och sex månader. Därefter har hovrätten funnit att det med hänsyn till gärningens straffvärde och art föreligger särskilda skäl att, i enlighet med 30 kap. 4 och 5 §§ brottsbalken, bestämma påföljden för DN till fängelse.

Jag har utifrån det material jag har tagit del av inte någon anledning att inta någon annan ståndpunkt än att hovrätten har gjort en riktig bedömning.

#### *Frågan om prejudikatdispens*

I målet aktualiseras tillämpning av flera centrala bestämmelser om straffvärdebedömning, straffmätning och påföljdsval i 29 och 30 kap. brottsbalken.

Den centrala frågan i målet är om DN:s lindriga utvecklingsstörning beaktats i tillräcklig utsträckning vid påföljdsbestämningen. En annan fråga är vilket genomslag DN:s ungdom ska ha vid straffmätning och påföljdsval.

Det kan vidare konstateras att prövningen av detta resultat i åtminstone ett par iögonfallande tröskeeffekter. Den gärning som DN ska dömas för och som har ett abstrakt straffvärde på åtminstone två års fängelse utgör ett brott endast på den grunden att målsäganden inte hade uppnått åldern för sexuell självbestämmanderätt, dvs. 15 år. Om målsäganden hade varit drygt sex månader äldre hade gärningen alltså varit helt straffri. Vidare kan antas att påföljden blivit väsentligt mildare om DN, som tidigare endast dömts för smärre trafikförseelser, hade varit 18 år i stället för nyligen fyllda 19 år när gärningen begicks. Om han hade varit under 18 år hade påföljden inte bestämts till fängelse. Sistnämnda tröskeeffekt ska ses i ljuset av att DN:s intellektuella kapacitet motsvarar en ålder som ligger långt därunder.

Det förekommer att personer med lindrig utvecklingsstörning av det slag som DN har begått brott av olika slag. Med hänsyn till samtliga ovan anförda omständigheter bedömer jag att en prövning av påföljdsfrågan i detta mål skulle kunna vara av vikt för ledning av rättstillämpningen. Detta gäller även om gärningen skulle rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn enligt 6 kap. 5 § brottsbalken.

I det följande utvecklar jag något min syn på skälen för prövningstillstånd.

När det gäller att bedöma det konkreta straffvärdet av den gärning DN har begått aktualiseras i detta mål 29 kap. 1 § andra stycket liksom 29 kap. 3 § brottsbalken.

29 kap. 1 § brottsbalken innehåller den grundläggande bestämmelsen om straffvärdet som utgångspunkt för straffmätningen. Vid bestämmande av brottets straffvärde ska, enligt lagrummets andra stycke första mening, beaktas den skada, kränkning eller fara som gärningarna har inneburit, vad den tilltalade insett eller borde ha insett om detta samt de avsikter eller motiv som han eller hon haft. Inom ramarna för dessa grundläggande omständigheter ska beaktas omständigheter enligt andra meningen samt försvårande och förmildrande omständigheter enligt 29 kap. 2 och 3 §§ brottsbalken.

I 29 kap. 3 § brottsbalken finns exempel på förmildrande omständigheter att särskilt beakta vid bedömningen av straffvärdet, vid sidan av vad som är föreskrivet för vissa fall. Om det är påkallat med hänsyn till brottets straffvärde får dömas till lindrigare straff än vad som är föreskrivet för brottet. Bestämmelsen fick sin nuvarande utformning år 2010 då flera kvalificerande rekvisit togs bort. Skälet till förändringen var att förmildrande (och försvårande) omständigheter skulle ges ett ökat genomslag vid straffvärdebedömningen av brott i allmänhet. En förmildrande omständighet ska sålunda beaktas även när den inte varit av kvalificerat slag. Den ska verka i ytterligare mildrande riktning jämfört med när den tidigare förelegat med angiven styrka. Hur mycket straffvärdet bör reduceras beror, enligt förarbetena, på med vilken styrka omständigheten har förelegat. Ju mer påtaglig styrkan varit, desto mer bör straffvärdet minskas. I undantagsfall kan omständigheten ha förelegat med så kraftigt begränsad styrka att straffvärdet inte bör påverkas. (Prop.2009/19:147 s. 44.)

Enligt 29 kap. 3 § första stycket 2 brottsbalken ska särskilt beaktas om den tilltalade till följd av en allvarlig psykisk störning haft nedsatt förmåga att inse gärningens innebörd eller att anpassa sitt handlande efter en sådan insikt eller annars till följd av en psykisk störning, sinnesrörelse eller av någon annan orsak haft nedsatt förmåga att kontrollera sitt handlande. Med psykisk störning kan t.ex. avses neuropsykiatriska funktionsstörningar och intellektuella

funktionsnedsättningar (Borgeke, a.a. s. 166 och Berggren m.fl. Brottsbalken En kommentar, s. 29:3 s. 3).

Enligt 29 kap. 3 § första stycket 3 brottsbalken ska som förmildrande omständighet beaktas om den tilltalades handlande stått i samband med hans eller hennes bristande utveckling, erfarenhet eller omdömesförmåga. En förutsättning för att punkten ska kunna tillämpas är att det finns ett orsakssamband mellan det brottsliga handlandet och bristen. Handlandet ska ha stått i samband med och påverkats av bristen. Med bristande utveckling, erfarenhet eller omdömesförmåga avses en avvikelse från vad som får anses vara normalt för med den tilltalade jämförbara personer. Sådan omdömeslöshet som i allmänhet kan sägas ligga i att någon begått ett brott är inte tillräcklig. Punkten är inte heller generellt tillämplig så snart yngre personer har begått brott. Att ungdom i allmänhet ska beaktas vid straffmätningen följer i stället av 29 kap. 7 § brottsbalken. Punkten kan t.ex. vara tillämplig för en ung lagöverträdare när hans eller hennes utveckling, erfarenhet eller omdömesförmåga varit bristande jämfört med andra i samma ålder och det funnits ett samband mellan denna brist och brottet. (A. prop. s. 44 f.)

Under vilka förhållanden och i vilken utsträckning nämnda bestämmelser i 29 kap. 1 § andra stycket respektive 29 kap. 3 § första stycket 2 och 3 brottsbalken ska tillämpas när det gäller personer med lindrig utvecklingsstörning har hittills inte prövats av Högsta domstolen. När det gäller såväl straffvärdeminskande som straffvärdehöjande omständigheter är det självfallet så att det är svårt att ge exakta och generella riktlinjer för i vilken utsträckning sådana omständigheter ska påverka straffvärdet. Därtill varierar omständigheternas beskaffenhet och styrka för mycket från fall till fall. Detta hindrar dock inte att det, för att 2010 års reform ska få avsedd effekt och för en enhetlig och förutsebar rättstillämpning, vore av värde för ledning av rättstillämpningen med uttalanden av Högsta domstolen när det gäller i vilken utsträckning förmildrande omständigheter av sådant slag som är aktuella i detta mål ska ha genomslag vid straffvärdebedömningen (jfr bl.a. Brå rapport 2014:6 Skärpta straff för allvarliga våldsbrott s. 56).

Eftersom DN var 19 år gammal när brotten begicks ska hans ungdom enligt 29 kap. 7 § första stycket brottsbalken beaktas särskilt vid straffmätningen. Rätten får döma till lindrigare straff än vad som är föreskrivet för brottet.

I propositionen till bestämmelsen uttalas att den tar sikte på låg ålder som en allmän grund som ska beaktas i sänkande riktning vid straffmätningen och det även inom den normala straffskalan. För bestämmelsens tillämpning krävs inte att gärningsmannens låga ålder på något sätt har påverkat hans handlande, vilket krävs för tillämpning av 29 kap. 3 § första stycket 3 brottsbalken. Avsikten anges vara att ålder under 21 år vid brottstillfället rent allmänt ska

leda till lägre fängelsestraff än som normalt döms ut för en gärning (prop. 1987/88:120 s. 97 f.).

Gärningsmannens ålder liksom straffets längd har betydelse för hur stor straffnedsättningen ska bli (se NJA 2000 s. 421). För den som var 19 år gammal när brottet begicks är praxis att en straffnedsättning om 30-40 procent av fängelsestraffet ska ske (se Borgeke, Att bestämma påföljd för brott, 2 uppl. s. 219). Hovrätten har satt ned fängelsestraffet med 33 procent.

Som DN:s försvarare framhållit är en intressant fråga i detta mål om större straffnedsättning skulle kunna komma i fråga på grund av att gärningsmannen lider av en lindrig utvecklingsstörning och därför intellektuellt befinner sig på en nivå som inte motsvarar hans levnadsålder.

Vid såväl straffmätning som påföljdsval kan i detta mål också 29 kap. 5 § brottsbalken aktualiseras (jfr 30 kap. 4 § brottsbalken).

I 29 kap. 5 § brottsbalken anges ett antal omständigheter som rätten, utöver brottslighetens straffvärde, i mildrande riktning i skälig omfattning ska beakta. Omständigheterna benämns ofta billighets-skäl och är hänförliga till gärningsmannens person eller hans eller hennes handlande efter brottet.

I förarbetena framhålls att regleringen ska tillämpas med försiktighet så att den inte medför risker för en oenhetlig praxis eller sociala orättvisor (a. prop. s. 90). Förarbetsuttalandet innebär att de omständigheter som beaktas måste vara av viss kvalitet och att regleringen normalt inte bör tillämpas om den inte talar för en påtaglig justering av påföljdsbestämningen (NJA 2010 s. 592 p. 8).

Punkten 9<sup>1</sup> är allmänt hållen och ger domstolen möjlighet att beakta även andra omständigheter än de uppräknade. Det ska dock röra sig om omständigheter som är i princip likvärdiga med och lika tungt vägande som de omständigheter som nämns i övriga punkter (a. prop. s. 95 f.). Bestämmelsen i punkten 9 bör betraktas som en "säkerhetsventil" i syfte att motverka en alltför repressiv rättstillämpning (Jack Ågren, Billighetsskäl i BrB 29:5 – berättigande och betydelse vid påföljdsbestämning, ak. avh. 2013, s. 298; se också NJA 2013 s. 321 p. 25).

Enligt punkten 2<sup>2</sup> ska rätten beakta om den tilltalade till följd av hög ålder eller dålig hälsa skulle drabbas oskäligt hårt av ett straff utmätt efter brottets straffvärde. Hänsyn till dåligt hälsotillstånd kan tas vid bl.a. allvarigare fysiska handikapp såsom förlamning eller starkt nedsatt syn och då den tilltalade lider av allvarlig sjukdom, framför allt då den bedöms vara livshotande. (Borgeke,

<sup>1</sup> Före den 1 april 2015 benämnd punkten 8.

<sup>2</sup> Före den 1 april 2015 benämnd punkten 6.



a.a. s. 203 f.). Även det psykiska hälsotillståndet kan beaktas i den mån det inte är av den arten, att det faller under annan särreglering. I NJA 2010 s. 485 framhöll Högsta domstolen att sambandet mellan hälsotillståndet och verkställigheten av ett fängelsestraff ska vara sådant att sjukdomen skulle göra verkställigheten särskilt pågåsam eller att verkställigheten skulle försämra hälsotillståndet allvarligt.

I det av DN återopade psykologyttrandet anges följande när det gäller denna fråga.

DN har i dag normala sociala normer, ingen kriminell identifikation alls och jag bedömer att DN löper stor risk att mentalt fara illa och kommer att hamna i för honom svårhanterliga situationer om han kommer att avtjäna ett fängelsestraff. Detta utifrån det faktum att DN har mycket svaga begåvningsresurser generellt, men framför allt språkligt. Även om DN har starka sidor har han en grundläggande intellektuell kapacitet i paritet med en genomsnittlig 9-åring, vilket självklart utgör en påtaglig kontraindikation för en frihetsberövande påföljd.

En fråga i målet är om DN:s utvecklingsstörning är av sådant slag att den bör anses som ett sådant billighetsskäl hänförligt till gärningsmannens person som ska påverka straffmätning eller påföljdsval.

Enligt 30 kap. 5 andra stycket brottsbalken får rätten döma en person mellan 18 och 21 år till fängelse endast om det med hänsyn till gärningens straffvärde eller annars finns särskilda skäl för det. Uttrycket ”annars finns särskilda skäl för det” syftar på tidigare brottslighet eller brottets art (prop. 1987/88:120 s. 103).

När det gäller tillämpningen av denna bestämmelse vore av värde att få belyst av Högsta domstolen om DN:s lindriga utvecklingsstörning, vid sidan av hans ålder, ska kunna beaktas som ett skäl emot fängelse, trots att brottslighetens art och straffvärde kan tala för en fängelsepåföljd.

Sammanfattningsvis tillstyrker jag att Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd i påföljdsfrågan.

### **Bevisuppgift**

Jag ber om att få återkomma med bevisuppgift för det fall Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd i målet.

Anders Perklev

Hedvig Trost

Kopia till:

Åklagarkammaren i Västerås (AM-144226-14)  
Utvecklingscentrum Göteborg  
Utvecklingscentrum Stockholm