

Sofie Grahn

BARNET, VÅLDET OCH STRAFFRÄTTEN

Barnets mänskliga rättigheter och statens straffrättsliga skyldigheter

Avhandling pro gradu
Helsingfors universitet
Juridiska fakulteten
Handledare: Sakari Melander
December 2020

SAMMANDRAG

Fakultet: Juridiska fakulteten

Utbildningsprogram: Juris magister

Studieinriktning: Straffrätt

Författare: Sofie Grahn

Arbetets titel: Barnet, våldet och straffrätten: Barnets mänskliga rättigheter och statens straffrättsliga skyldigheter

Arbetets art: Pro gradu-avhandling

Månad och år: 12/2020

Sidantal: xix + 105

Nyckelord: kriminalisering, straffskärpningsgrunder, kvalifikationsgrunder, misshandel, straffprocess, straffprocessens funktioner, våld i familjen, barnets rättigheter, positiva människorättsförpliktelser

Förvaringsställe: Helsingfors universitets bibliotek

Sammandrag: Ur internationella människorättskonventioner kan utläsas positiva människorättsförpliktelser som ställer krav på lagstiftning och förfarande i konventionsstaterna. De positiva människorättsförpliktelserna uttrycker statens aktiva roll som upprätthållare av mänskliga rättigheter och med begreppet avses situationer där en konventionsenlig rättighet inte kan förverkligas utan statligt ingripande. I straffrättsligt hänseende omfattar förpliktelserna skyldighet att införa nödvändiga kriminaliseringar och sörja för att det straffrättsliga systemet som helhet kan tillgodose brottsoffrets behov av skydd.

I avhandlingen granskas på vilket sätt den finska lagstiftningen på straffrättens område, både ifråga om materiell och processuell lagstiftning, kan utvecklas för att bättre svara mot de positiva människorättsförpliktelser som är förenade med barn som upplever våld i familjen. I avhandlingen systematiseras begreppet positiva människorättsförpliktelser, sammanfattas vilka de relevanta positiva människorättsförpliktelserna är och vad de ger uttryck för, analyseras hur det förpliktelserna ger uttryck för framträder på nationell nivå och synliggörs varför det förpliktelserna ger uttryck för framträder eller inte framträder samt föreslås hur det förpliktelserna ger uttryck för bättre kunde framträda. Granskningen görs med utgångspunkt i ett barnperspektiv där syftet är att utmana den gällande straffrättsliga regleringens gränser och föra ett resonemang de lege ferenda kring hur straffrätten kunde förändras för att omfatta barnperspektivet.

Granskningen visar på förpliktelser att genom straffrättsliga åtgärder skydda barnet från alla former av våld medan det är i sina föräldrars eller någon annan vårdnadshavares vård och förpliktelser att anpassa straffrättsliga förfaranden så att de är tillgängliga för barnet och respekterar barnets särskilda utgångsläge. Ytterst är förpliktelserna i anslutning till barn och familjevåld ett uttryck för barnets rätt till liv, överlevnad och utveckling.

Den gällande lagstiftningen konstateras motsvara de positiva människorättsförpliktelsernas krav såtillvida att våld som riktas mot barn i uppfostrings syfte uttryckligen är förbjudet. Rekvisiten för misshandel förmår däremot inte fånga upp den kontext inom vilken familjevåld sker och är inte heller utformade för att täcka det våld barn upplever som betraktare. De bestämmelser som reglerar straffprocessen är väl utformade för att skydda barnet, men åtgärder krävs för att främja barnets rätt att ta del i processen som en aktiv aktör. I avhandlingen relateras straffrättens tillkortakommanden till rättens framväxt i en verklighet som genom skeva neutrala perspektiv har fokuserat mera på förövare än på offer och till det faktum att barnet traditionellt har betraktats uteslutande ur ett skyddsperspektiv. Det föreslås att strafflagen kunde utvecklas genom särskilda brottsrekvisit som fångar kontexten kring familjevåld och att det särskilt klandervärda i den här typen av våld kunde framhåvas genom särskilda straffskärpningsgrunder och kvalifikationsgrunder. I anslutning till processen föreslås en konfliktbearbetande funktion och ett förfaringsätt som beaktar både ett objektiva och ett subjektiva förhållningssätt till barnet som processaktör samt konstateras att vissa straffprocessuella förfaranden antar särdrag i relation till barnet.

INNEHÅLL

Källor	v
1 INLEDNING	1
1.1 Ämnet för forskningen och dess betydelse	1
1.2 Forskningsfrågan, avhandlingens uppbyggnad och avgränsningar	4
1.3 Forskningsstigen.....	6
2 MÄNNISKORÄTTSFÖRPLIKTELSER OCH STRAFFRÄTT	10
2.1 Positiva och negativa förpliktelser	10
2.2 Positiva människorättsförpliktelser – definition och systematisering	11
2.3 De positiva människorättsförpliktelsernas koppling till straffrätten	13
2.3.1 Statligt ingripande genom straffrättsliga verktyg.....	13
2.3.2 Kriminaliseringsprinciper som måttstockar för berättigat straffrättsligt ingripande.....	14
2.3.2.1 Kriminaliseringsprinciperna och deras användning och innehåll.....	14
2.3.2.2 Kriminaliseringsprincipernas begränsande verkan	16
2.3.2.3 Kriminaliseringsprincipernas tillåtande och förpliktande verkan.....	17
3 BARNET, VÅLDET OCH FÖRPLIKTELSENA.....	19
3.1 Barnkonventionen som barnrättslig utgångspunkt	19
3.2 Barnkonventionens grundprinciper	22
3.2.1 Barnets bästa	22
3.2.2 Barnets rätt till delaktighet.....	24
3.2.3 Barnets rätt till liv, hälsa och utveckling	25
3.2.4 Alla barn är lika mycket värda.....	25
3.3 Definitioner och förpliktelser som berör våld i barnkonventionen.....	27
3.4 Istanbulkonventionen som rättslig utgångspunkt för familjevåld	29
3.5 Definitioner och förpliktelser som berör barn i Istanbulkonventionen.....	31

3.6	Några ord om Europakonventionen	33
3.7	De sammantagna positiva förpliktelser konventionerna ger uttryck för..	34
4	BARNET, VÅLDET OCH BROTTET	35
4.1	Avstamp i ett komplext skyddsintresse	35
4.2	Familjevåld och barnperspektiv i gällande strafflag	38
4.2.1	Familjevåldets straffrättsliga utveckling.....	38
4.2.2	Brottsrekvisiten.....	42
4.2.2.1	Rekvisitens utformning	42
4.2.2.2	Barnaga och barn som upplever våld	44
4.2.2.3	Kontexten	46
4.2.2.4	Skärpningsgrunder och kvalifikationsgrunder	48
4.2.3	Struktur och perspektiv.....	51
4.3	Från det komplexa skyddsintresset till en kriminalisering.....	54
4.3.1	Ett nödvändighetskriterium som förutsättning för en förpliktelse att kriminalisera	54
4.3.2	Kriminalisering som nödvändig åtgärd för att trygga barnets rätt till liv, överlevnad och utveckling.....	56
4.3.2.1	Olika sätt att visa att kriminalisering är en nödvändig åtgärd när barnets rätt till liv, överlevnad och utveckling tryggas	56
4.3.2.2	Kriminalisering som nödvändig åtgärd i Europadomstolens praxis	57
4.3.2.3	Kriminalisering som nödvändig åtgärd enligt Istanbulkonventionen och barnkonventionen.....	58
4.3.2.4	Kriminalisering som nödvändig åtgärd till följd av statens skyldighet att tillgodose faktiskt och jämlikt åtnjutande av rättigheter	60
4.4	Barnets straffrättsliga skydd i konkret utveckling	62
4.4.1	Utgångsläge.....	62
4.4.2	De svenska fridskränkningssbrotten som grund för nya straffbestämmelser	62

4.4.2.1	De svenska fridskränkingsbrottens utformning.....	62
4.4.2.2	Ett nytt brott där kontexten beaktas.....	66
4.4.2.3	Ett nytt brott där barn som upplever våld beaktas.....	70
4.4.3	Skärpningsgrunder och kvalifikationsgrunder enligt den svenska brottsbalkens modell.....	73
5	BARNET, VÅLDET OCH PROCESSEN	76
5.1	Avstamp i en process som främjar barnperspektivet	76
5.2	Barnperspektivets plats i straffprocessen	77
5.2.1	Olika processer – olika målsättningar	77
5.2.2	Målsättningen i processer som gäller vårdnad och umgängesrätt eller omhändertagande.....	79
5.2.3	Straffprocessens målsättning.....	80
5.2.4	Barnperspektivet i straffprocessens förfaringsätt	82
5.3	Målsägandes plats i straffprocessen.....	82
5.4	Hur barnet hörs som målsägande i straffprocessen – de gällande bestämmelserna i ett nötskal	87
5.4.1	Bemötande.....	87
5.4.2	Företrädande	88
5.4.3	Förfarande.....	89
5.5	Barnets rätt till delaktighet som utvecklingsmål i straffprocessen.....	92
5.5.1	Skärningspunkten mellan strävan efter att skydda barnet och barnets rätt till delaktighet.....	92
5.5.1.1	Utgångsläge	92
5.5.1.2	Bemötande, förfarande och företrädande ur ett delaktighetsperspektiv	93
5.5.2	Barnets rätt att inte ta del i processen och barnets förhållande till närståendes tystnadsrätt.....	96

5.5.2.1	Målsägandes tystnadsrätt när en närstående är föremål för brottsmisstanke	96
5.5.2.2	Barnets rätt att inte ta del i processen och åsidosättande av tystnadsrätten som en positiv förpliktelse	98
6	FORSKNINGSRÖN	101

KÄLLOR

OFFENTLIGT TRYCK

Regeringens propositioner

RP 94/1993 rd: Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av strafflagen och vissa andra lagar, vilka hör till det andra skedet i totalrevideringen av strafflagstiftningen

RP 190/2002 rd: Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om ändring av vissa bestämmelser i rättegångsbalken om bevisning, brådskandeförklaring och extraordinärt ändringsökande

RP 126/2008 rd: Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om ordnande av utredningar som gäller sexuellt utnyttjande av barn

RP 222/2010 rd: Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till översyn av förundersöknings- och tvångsmedelslagstiftningen

RP 46/2014 rd: Regeringens proposition till riksdagen med förslag till revidering av 17 kap. i rättegångsbalken och av den lagstiftning om bevisning i de allmänna domstolarna som har samband med den

RP 155/2014 rd: Regeringens proposition till riksdagen om godkännande av Europarådets konvention om förbyggande och bekämpning av våld mot kvinnor och av våld i hemmet samt med förslag till lag om sättande i kraft av de bestämmelser i konventionen som hör till området för lagstiftningen, lag om ändring av 1 kap. 11 § i strafflagen och lag om ändring av 54 § i utlänningslagen

Riksdagens utskott – utlåtanden och betänkanden

Grundlagsutskottet

GrUB 25/1994 rd: Grundlagsutskottets betänkande nr 25 om regeringens proposition med förslag till ändring av grundlagarnas stadganden om de grundläggande fri- och rättigheterna

GrUU 23/1997 rd: Grundlagsutskottets utlåtande 23/1997 rd. Regeringens proposition med förslag till revidering av stadgandena om brott mot rättsskipning, myndigheter och allmän ordning samt om sexualbrott

GrUU 6/2014 rd: Grundlagsutskottets utlåtande 6/2014 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring av 20 kap. i strafflagen

GrUU 56/2014 rd: Grundlagsutskottets utlåtande 56/2014 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring av 20 kap. 8 § i strafflagen

Lagutskottet

LaUB 22/1994 rd: Lagutskottets betänkande nr 22/1994 rd med förslag till lagar om ändring av strafflagen och vissa andra lagar, vilka hör till det andra skedet i totalrevideringen av strafflagstiftningen

LaUB 2/2004 rd: Lagutskottets betänkande 2/2004 rd. Regeringens proposition med förslag till lag om ändring av lagen om besöksförbud och lag om upphävande av 21 kap. 17 § strafflagen

LaUB 13/2005 rd: Lagutskottets betänkande 13/2005 rd. Regeringens proposition med förslag till lag om medling vid brott

Statsrådets publikationer

Social- och hälsovårdsministeriets publikation 2017:17, Plan för genomförande av Istanbulkonventionen 2018 – 2021

Svenskt offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1987/88:14: Regeringens proposition 1987/88:14 om ändring av brottsbalken (grov misshandel och grov stöld)

Prop. 1997/98:55: Kvinnofrid

Prop. 2002/03:53: Regeringens proposition 2002/03:53. Stärkt skydd för barn i utsatta situationer m.m.

Statens offentliga utredningar

SOU 1995:60 Kvinnofrid

SOU 2019:32 Straffrättsligt skydd för barn som bevittnar brott mellan närstående samt mot uppmaning och annan psykisk påverkan att begå självmord

KONVENTIONER JÄMTE TOLKNINGSINSTRUMENT

Konventioner

Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen)

Europarådets konvention om förebyggande och bekämpning av våld mot kvinnor och av våld i hemmet (Istanbulkonventionen)

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (Europakonvention)

Tolkningsinstrument

Europarådet

Council of Europe Treaty Series No. 210: Explanatory report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence

Committee on the Rights of the Child

CRC/GC/2003/5: Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 5 (2003), General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child

CRC/C/GC/8: Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 8 (2006), The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment

CRC/C/GC/12: Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 12 (2009), The right of the child to be heard

CRC/C/GC/13: Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 13 (2011), The right of the child to freedom from all forms of violence

CRC/C/GC/14: Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration

UN Human Rights Committee

Human Rights Committee, General Comment No. 18 – Non-discrimination (Thirty-seventh session, 1989)

Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW)

General recommendations adopted by the committee on the elimination of discrimination against women. General recommendation No. 19: Violence against women (Eleventh session, 1992)

LITTERATUR

Aaltonen 2020

Aaltonen, Anna-Kaisa, Lapsioikeus ja lapsen oikeus tuomioistuimessa – Lapsen huolto, tapaamisoikeus ja elatus. Edita 2020.

Aarnio 1997

Aarnio, Aulis, Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta, s. 35 – 56 i verket Häyhä, Juha (toim.), Minun metodini. WSLT 1997.

Andersson 2016

Andersson, Malou, Grov fridskränkning och grov kvinnofridskränkning. Fridskränkningens brotten som rättslig konstruktion. Iustus 2016.

Andersson 2019

Andersson, Malou, Olagligt men inte straffbart – en rättslig analys av det straffrättsliga skyddet för barn som utsätts för våld i hemmet. Unicef 2019.

Archard 2015

Archard, David, Children: Rights and Childhood. Routledge 2015.

Asp – Ulväng – Jareborg 2013

Asp, Petter – Ulväng, Magnus – Jareborg, Nils, Kriminalrättens grunder. Iustus Förlag 2013.

Berglund 2007

Berglund, Kerstin, Straffrätt och kön. Iustus 2007.

Breen 2002

Breen, Claire, The Standard of the Best Interests of the Child. A Western Tradition in International and Comparative Law. Kluwer Law International 2002.

Bruun – Wilhelmsson 1983

Bruun, Niklas – Wilhelmsson, Thomas, Rätten, moralen och det juridiska paradigmet. SvJT 1/1983, s. 701 – 713.

Christie 1977

Christie, Nils, Conflicts as Property. The British Journal of Criminology 1/1977, s. 1 – 15.

Dröge 2003

Dröge, Cordula, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention. Springer 2003.

Ervo 1998

Ervo, Laura, Asianosaisten roolikehitys uudistuneessa rikosprosessissa i verket Kumpula, Anne (toim.), Juhlajulkaisu Leena Kartio 1938-30/8-1998, s. 47 – 57. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 1998.

Ervo 2005

Ervo, Laura, Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. Alma Talent 2005.

Fagerlund et al. 2014

Fagerlund, Monika – Peltola, Marja – Kääriäinen, Juha – Ellonen, Noora – Sariola, Heikki, Lasten ja nuorten väkivaltakokemukset 2013. Lapsiuhritutkimuksen tuloksia. Poliisiammattikorkeakoulu 2014.

Forsman 2013

Forsman, Maria, Rättsliga ingripanden vid föräldrars våld och övergrepp mot barn. Norstedts Juridik 2013.

Fredman – Kanerva – Tolvanen – Viitanen 2020

Fredman, Markku – Kanerva, Janne – Tolvanen, Matti – Viitanen, Marko, Esitutkinta ja pakkokeinot. Alma Talent 2020.

Freeman 2011

Freeman, Michael, The Value and Values of Children's Rights, s. 21 – 36 i verket Invernizzi, Antonella – Williams, Jane (eds.), The Human Rights of Children. From Visions to Implementation. Ashgate 2011.

Frände 2009

Frände, Dan, Finsk straffprocessrätt. Edita 2009.

Frände 2012

Frände, Dan, Allmän straffrätt. Forum iuris 2012.

Germain et al. 1978

Germain, Sirkka – Mattila, Kari – Polkunen-Gartz, Marja-Liisa – Törnroth, Christina, Väkivalta avioliitossa. Tammi 1978.

Grover 2010

Grover, Sonja C, Prosecuting International Crimes and Human Rights Abuses Committed Against Children. Leading International Court Cases. Springer 2010.

Habermas 1973

Habermas, Jürgen, Erkenntnis und Interesse. Mit einem neuen Nachwort. Suhrkamp Verlag 1973.

Hahto 2004

Hahto, Vilja, Uhrin myötävaikutus ja rikoksenteijän vastuu. Edita 2004.

Hakalehto-Wainio 2011

Hakalehto-Wainio, Suvianna, Lasten oikeudet lapsen oikeuksien sopimuksessa. Defensor Legis 4/2011, s. 510 – 525.

Hakalehto-Wainio 2013

Hakalehto-Wainio, Suvianna, Lapsen oikeudet ja lapsen etu lapsen oikeuksien sopimuksessa, s. 17 – 52 i verket Hakalehto-Wainio, Suvianna – Nieminen, Liisa (toim.), Lapsioikeus murroksessa. Lakimiesliiton kustannus 2013.

Hakalehto 2018

Hakalehto, Suvianna, Lapsioikeuden perusteet. Alma Talent 2018.

Hammarberg – Holmberg 2000

Hammarberg, Thomas – Holmberg, Barbro, Best Interest of the Child – the Principle and the Process, s. 31 – 41 i verket Petrén, Alfhild – Himes, James (eds.), Children's rights. Turning principles into practice. Save the Children Sweden 2000.

Hanson 2007

Hanson, Karl, Does practice also work in theory? s. 633 – 646 i verket Alen, A. – Bosly, H. – De Bie, M. – Vande Lanotte, J. – Ang, F. – Delens-Ravier, I. – Delplace, M. – Herman, C. – Reynaert, D. – Staelens, V. – Steel, R. – Verheyde, M. (eds.), The UN children's rights convention: theory meets practice. Intersentia 2007.

Harris – O'Boyle – Bates – Buckley 2014

Harris, David – O'Boyle, Michael – Bates, Ed – Buckley, Carla, Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights. Oxford University Press 2014.

Heiskanen – Ruuskanen 2010

Heiskanen, Markku – Ruuskanen, Elina, Tuhansien iskujen maa. Miesten kokema väkivalta Suomessa. HEUNI 2010.

Hetemäki 2011

Hetemäki, Inka (toim.), Lapsen oikeuksien sopimuksen käsikirja. Edita Publishing Oy 2011.

Hirvelä 2006

Hirvelä, Päivi, Rikosprosessi lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikoksissa. Alma Talent 2006.

Hirvelä – Heikkilä 2017

Hirvelä, Päivi – Heikkilä, Satu, Ihmisoikeudet. Käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön. Alma Talent 2017.

Hirvonen 2011

Hirvonen, Ari, Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisuja, Helsingin yliopisto 2011.

Holt – Buckley – Whelan 2008

Holt, Stephanie – Buckley, Helen – Whelan, Sadhbh, The impact of exposure to domestic violence on children and young people: A review of the literature. Child Abuse & Neglect 8/2008, s. 797 – 810.

Hong 2017

Hong, Tuuli, Yhteisö, kontrolli ja oikeuden konteksti – suojaako rikoslaki yhteisöllisen väkivallan uhria? Lakimies 3 – 4/2017, s. 362 – 386.

Honkasalo 1970

Honkasalo, Brynolf, Suomen rikosoikeus. Erityinen osa I1. Henkilöön kohdistuvat rikokset. Suomalainen lakimiesyhdistys 1970.

Honkatukia 2011

Honkatukia, Päivi, Uhrin rikosprosessissa – haavoittuvuus, palvelut ja kohtelu. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 2011.

Husa – Mutanen – Pohjolainen 2010

Husa, Jaakko – Mutanen, Anu – Pohjolainen, Teuvo, Kirjoitetaan juridiikkaa. Ohjeita oikeustieteellisten kirjallisten töiden laatijoille. Talentum 2010.

Jokela 2018

Jokela, Antti, Rikosprosessioikeus. Alma Talent 2018.

Kainulainen – Honkatukia – Niemi 2013

Kainulainen, Heini – Honkatukia, Päivi – Niemi, Johanna, Kuka pelkää rikoksen uhria? s. 93 – 112 i verket Hinkkanen, Ville – Mäkipää, Leena (toim.), Suomalainen kriminaalipolitiikka. Näkökulmia teoriaan ja käytäntöön, Tapio Lappi-Seppälän juhla-kirja. Forum iuris 2013.

Kainulainen – Niemi 2017

Kainulainen, Heini – Niemi, Johanna, Parisuhdeväkivallan tunnistaminen rikosoikeudellisessa järjestelmässä, s. 138 – 155 i verket Niemi, Johanna – Kainulainen, Heini – Honkatukia, Päivi (toim.), Sukupuolistunut väkivalta. Oikeudellinen ja sosiaalinen ongelma. Vastapaino 2017.

Kaitue – Noponen – Slåen 2007

Kaitue, Sanna – Noponen, Tanja – Slåen, Anne, Yleistä muttei yksityistä. Oikeudelliset keinot lähisuhdeväkivallasta selviytymiseen. Edita 2007.

Kimpimäki 2020

Positiiviset ihmisoikeusvelvoitteet, lähisuhdeväkivalta ja rikosoikeus. Lakimies 3 – 4/2020, s. 324 – 347.

Lappi-Seppälä 1994

Lappi-Seppälä, Tapio, Miksi rikosoikeus? s. 19 – 82 i verket Hirvonen, Ari (toim.), Kohti 2000-luvun rikosoikeutta. Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitos 1994.

Lappi-Seppälä 2006

Lappi-Seppälä, Tapio, Rikollisuus ja kriminaalipolitiikka. Forum iuris 2006.

Lappi-Seppälä 2009

Lappi-Seppälä, Tapio, Pahoinpitelyrikokset i verket Lappi-Seppälä, Tapio – Hakamies, Kaarlo – Koskinen, Pekka – Majanen, Martti – Melander, Sakari – Nuotio, Kimmo – Nuutila, Ari-Matti – Ojala, Timo – Rautio, Ilkka, Rikosoikeus. WSOYpro 2009.

Lernestedt 2010

Lernestedt, Claes, Dit och tillbaka igen. Om individ och struktur i straffrätten. Iustus 2010.

Lindblom 2004

Lindblom, Per Henrik, Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta? SvJT 3/2004, s. 229 – 262.

Linnanmäki 2019

Linnanmäki, Kirsikka, Lapsen etu huoltoriidan tuomioistuinsovittelussa. Alma Talent 2019.

Malinverni 1989

Malinverni, Giorgio, Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme, s. 539 – 560 i verket Haller Walter – Kölz, Alfred – Müller, Georg – Thürer, Daniel (Hrsg.), Im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag. Helbing & Lichtenhahn 1989.

Matikkala 2000

Matikkala, Jussi, Henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset. Kauppakaari 2000.

Matikkala 2006

Matikkala, Jussi, Parisuhdeväkivallasta, s. 415 – 428 i verket Lohiniva-Kerkelä, Mirva (toim.), Väkivalta. Seuraamukset ja haavoittuvuus. Terttu Utraisen juhlaKirja. Talentum 2006.

Matikkala 2018

Matikkala, Jussi, Henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset, s. 203 – 302 i verket Frände, Dan – Matikkala, Jussi – Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti – Viljanen, Pekka – Wahlberg, Markus, Keskeiset rikokset. Edita 2018.

Melander 2002

Melander, Sakari, Kriminalisointiperiaatteet ja perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Lakimies 6/2002, s. 938 – 961.

Melander 2008

Melander, Sakari, Kriminalisointiteoria – rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset. Suomalainen lakimiesyhdistys 2008.

Melander 2019

Melander, Sakari, Allmänna förutsättningar för straffansvar. Helsingfors universitet 2019.

Minkkinen 2017

Minkkinen, Panu, Oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen tutkimus – suuntaus, tarkastelutapa, menetelmä? Lakimies 7 – 8/2017, s. 908 – 923.

Niemi-Kiesiläinen 2004

Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Rikosprosessi ja parisuhdeväkivalta. WSOY 2004.

Niemi-Kiesiläinen 2004a

Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Tomt prat, igen? Om straffprocessens modeller och funktioner, s. 523 – 538 i verket Andersson, Torbjörn – Lindell, Bengt (red.), Festskrift till Per Henrik Lindblom. Iustus förlag 2004.

Niemi-Kiesiläinen 2006

Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Feministinen toimintaohjelma väkivaltaa vastaan Ruotsissa, s. 301 – 313 i verket Jääskeläinen, Petri – Koskinen, Pekka – Majanen, Martti (toim.), Rikosoikeudellisia kirjoituksia VIII Raimo Lahdelle 12.1.2006 omistettu. Suomalainen lakimiesyhdistys 2006.

Nieminen 2004

Nieminen, Liisa, Lasten perus- ja ihmisoikeussuojan ajankohtaisia ongelmia. Lakimies 4/2004, s. 591 – 621.

Niiniluoto 1997

Niiniluoto, Ilkka, Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus. Otava 1997.

Nordborg – Niemi-Kiesiläinen 2001

Nordborg, Gudrun – Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Women's Peace: A Criminal Law Reform in Sweden, s. 353 – 370 i verket Nousiainen, Kevät – Gunnarsson, Åsa – Lundström, Karin – Niemi-Kiesiläinen, Johanna (eds.), Responsible Selves. Women in the Nordic legal culture. Ashgate 2001.

Nousiainen 1999

Nousiainen, Kevät, Gendered Imagery in Criminal Law: Equalizing Images? s. 255 – 273 i verket Eriksson, Lars D. – Hurri, Samuli (eds.), Dialectic of Law and Reality. Readings in Finnish Legal Theory. Helsinki University Press 1999.

Nousiainen 2010

Nousiainen, Kevät, Tasa-arvo ja kriminaalipolitiikka: aina eri paria? Oikeus 1/2010, s. 218 – 225.

Nousiainen – Pentikäinen 2013

Nousiainen, Kevät – Pentikäinen, Merja, Väkivallan vastaisen sopimuksen kivinen ratifiointi Suomessa. Oikeus 4/2013, s. 455 – 462.

Nousiainen – Pentikäinen 2017

Nousiainen, Kevät – Pentikäinen, Merja, Naisiin kohdistuva väkivalta ihmisoikeuskysymyksenä. Suomi alisuorittajana, s. 51 – 67 i verket Niemi, Johanna – Kainulainen, Heini – Honkatukia, Päivi (toim.), Sukupuolistunut väkivalta. Oikeudellinen ja sosiaalinen ongelma. Vastapaino 2017.

Nousiainen – Pylkkänen 2001

Nousiainen, Kevät – Pylkkänen, Anu, Sukupuoli ja oikeuden yhdenvertaisuus. Forum iuris 2001.

Nuotio 1998

Nuotio, Kimmo, Teko, vaara, seuraus. Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista. Suomalainen lakimiesyhdistys 1998.

Nuutila 1996

Nuutila, Ari-Matti, Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Lakimiesliiton kustannus 1996.

Oranen 2012

Oranen, Mikko, Lapsi ja perheväkivalta, s. 217 – 238 i verket Söderholm, Annlis – Kivitie-Kallio, Satu (toim.), Lapsen kaltoinkohtelu. Duodecim 2012.

Pirjatanniemi 2008

Pirjatanniemi, Elina, Vem är rädd för offret? JFT 5 – 6/2008, s. 609 – 624.

Pirjatanniemi 2011

Pirjatanniemi, Elina, Haastavatko ihmisoikeudet Suomen kriminaalipoliitiikan? Oikeus 2/2011, s. 154 – 174.

Pohjolainen 1999

Pohjolainen, Teuvo, Perusoikeudet ja järjestyksenvalvonta. Lakimies 6 – 7/1999, s. 932 – 942.

Pösö – Toivonen – Kalliomaa-Puha 2019

Pösö, Tarja – Toivonen, Virve – Kalliomaa-Puha, Laura, ”Haluaa kotiin äidin luo” – erimielisyydet ja lapsen etu huostaanoton jatkamista koskevissa valituksissa ja hallinto-oikeuden ratkaisuisa. Oikeus 3/2019, s. 226 – 243.

Rautio – Frände 2020

Rautio, Jaakko – Frände, Dan, Todistelu. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun kommentaari. Edita 2020.

Richards 1998

Richards, Martin, The Ill-treatment of Children – Some Developmental Considerations, s. 35 – 41 i verket Van Bueren, Geraldine (ed.), Childhood Abused. Protecting Children against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment and Punishment. Ashgate 1998.

Ritakari-Rautio 2017

Ritakari-Rautio, Laura, Monikulttuuristuva rikosoikeus ja kulttuurinen puolustus. Lakimies 3 – 4/2017, s. 409 – 430.

Robberstad 2001

Robberstad, Anne, Mellom tvekamp och inkvisisjon. JFT 2 – 3/2001, s. 190 – 198.

Ruuskanen 2005

Ruuskanen, Minna, Hätävarjelu ja parisuhdeväkivalta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2005.

Sariola 2012

Sariola, Heikki, Kuritusväkivaltaa koskevat asenteet ja lapsiin kohdistuvan väkivallan kehitystrendejä Suomessa. Lastensuojelun Keskusliiton Taloustutkimuksella teettämän kyselyn tulokset. Lastensuojelun keskusliitto 2012.

Scheinin 2008

Scheinin, Martin, Constitutionalism and Approaches to Rights in the Nordic Countries, s. 135 – 153 i verket Nergelius, Joakim, Constitutionalism: New Challenges. European Law from a Nordic Perspective. Martinus Nijhoff Publishers 2008.

Schiratzki 2014

Schiratzki, Johanna, Barnrättens grunder. Studentlitteratur 2014.

Schiratzki 2019

Schiratzki, Johanna, Barnrättens grunder. Studentlitteratur 2019.

de Schutter 1999

de Schutter, Oliver, Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens. Bruylant 1999.

Siltala 2002

Siltala, Raimo, Oikeustieteen tutkijan itseymmärryksestä. Lakimies 1/2002, s. 95 – 100.

Strömberg – Lundell 2011

Strömberg, Håkan – Lundell, Bengt, Allmän förvaltningsrätt. Liber 2011.

Sutorius – Kaldal 2003

Sutorius, Helena – Kaldal, Anna, Bevisprövning vid sexualbrott. Norstedts juridik 2003.

Tapani 2012

Tapani, Jussi, Rikosten yksiköinti – marginaalista ytimeen? s. 221 – 239 i verket Hyttinen, Tatu (toim.), Rikoksesta rangaistukseen. Juhlajulkaisu Pekka Viljanen 1952 – 26/8 – 2012. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2012.

Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019

Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti – Hyttinen, Tatu, Rikosoikeuden yleinen osa. Vastuuoppi. Alma Talent 2019.

Tolonen 2015

Tolonen, Hannele, Lapsi, perhe ja tuomioistuimien. Lapsen prosessuaalinen asema huolto- ja huostaanotto-oikeudenkäynneissä. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2015.

Tolvanen 2001

Tolvanen, Matti, Loppulausunnot rikosprosessissa. Defensor Legis 3/2001, s. 408 – 418.

Tolvanen 2003

Tolvanen, Matti, Syyttäjän ratkaisut, asiaesittely ja todistusteemat. Defensor Legis 3/2003, s. 347 – 362.

Tolvanen 2005

Tolvanen, Matti, Johdatus kriminaalipolitiikan teoriaan. Joensuu yliopisto 2005.

Tolvanen 2016

Tolvanen, Matti, Asianomistaja-asianosaisista ja asianomistajatodistajista. *Defensor Legis* 2/2016, s. 196 – 204.

Tuori 1999

Tuori, Kaarlo, Yleinen järjestys ja turvallisuus – perusoikeusko? *Lakimies* 6 – 7/1999, s. 920 – 931.

Tyler 2001

Tyler, Tom R., Public Trust and Confidence in Legal Authorities: What do Majority and Minority Group Members Want from the Law and Legal Institutions? *Behavioral Sciences and the Law* 2/2001, s. 215 – 235.

Utriainen 2013

Utriainen, Terttu, Raiskaus rikosoikeudellisena ongelmana. Lapin yliopistopaino 2013.

Valkama – Litmala 2006

Valkama, Elisa – Litmala, Marjukka, Lasten huoltoriidat käräjäoikeuksissa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 2006.

Van Bueren 2007

Van Bueren, Geraldine, Child rights in Europe. Council of Europe Publishing 2007.

Verheyde 2007

Verheyde, Mieke, The Protection of Children's Rights by the European Court of Human Rights, s. 107 – 119 i verket Alen, A. – Bosly, H. – De Bie, M. – Vande Lanotte, J. – Ang, F. – Delens-Ravier, I. – Delplace, M. – Herman, C. – Reynaert, D. – Staelens, V. – Steel, R. – Verheyde, M. (eds.), *The UN children's rights convention: theory meets practice*. Intersentia 2007.

Viljanen 2001

Viljanen Veli-Pekka, Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. WSLT 2001.

Virolainen – Vuorenpää 2017

Virolainen, Jyrki – Vuorenpää, Mikko, Prosessin pääläjit ja tehtävät, i verket Frände, Dan – Helenius, Dan – Hietanen-Kunwald, Petra – Hupli, Tuomas – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Saranpää, Timo – Turunen, Santtu – Virolainen, Jyrki – Vuorenpää, Mikko, *Prosessioikeus*. Almatalent 2017.

Wegerstad 2015

Wegerstad, Linnéa, Skyddsvärda intressen och straffvärda kränkningar. Om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet med utgångspunkt i brottet ofredande. Lunds universitet 2015.

Wennberg 2000

Wennberg, Suzanne, Grov kvinnofridskränkning – en problematisk brottskonstruktion. *SvJT* 9/2000 s. 792 – 804.

RÄTTSFALL

Högsta domstolen

HD 1993:151

HD 2002:2

HD 2003:126

HD 2012:9

HD 2018:22

HD 2020:20

HD 2020:88

Högsta domstolen – Sverige

NJA 1993, s. 128

NJA 2000, s. 612

NJA 2003, s. 144

NJA 2003, s. 537

NJA 2004, s. 437

NJA 2005, s. 712

NJA 2013, s. 376

NJA 2017, s. 1129

Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen)

Case of A. v. the United Kingdom (23.9.1998)

Case of Airey v. Ireland (9.10.1979)

Case of Bălșan v. Romania (23.5.2017)

Case of Bevacqua and S. v. Bulgaria (12.6.2008)

Case of Branko Tomašic and Others v. Croatia (15.1.2009)

Case of E.S. and Others v. Slovakia (15.9.2009)

Case of Keegan v. Ireland (26.5.1994)

Case of Kontrová v. Slovakia (31.5.2007)

Case of L.C.B. v. the United Kingdom (8.6.1998)

Case of Opuz v. Turkey (9.6.2009)

Case of Osman v. the United Kingdom (28.10.1998)

Case of R.R. and Others v. Hungary (4.12.2012)

Case of Sahin v. Germany (8.7.2003)

Case of Stjerna v. Finland (25.11.1994)

Decision as to the admissibility of application no. 61110/00 by O.L. against Finland (5.7.2005)

WEBBMATERIAL

United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner. Status of ratification, interactive dashboard. indicators.ohchr.org (7.10.2020)

United Nations Treaty Collection. treaties.un.org (7.10.2020)

Council of Europe. Istanbul Convention Action against violence against women and domestic violence. coe.int/conventionviolence (9.10.2020)

ÖVRIGA PUBLIKATIONER OCH RAPPORTER

FRA 2010: Developing indicators for the protection, respect and promotion of the rights of the child in the European Union. Conference Edition. European Union Agency for Fundamental Rights, 2010.

FRA 2014: Violence against women: an EU-wide survey. Main results. European Union Agency for Fundamental Rights, 2014.

Grevio Baseline Evaluation Report Finland 2019: GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention). Finland. Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO). GREVIO/ Inf(2019)9. Council of Europe 2019

1 INLEDNING

En mörk och regnig kväll satt familjen kring verandabordet och rensade svamp. Hela bordet var täckt med tidningspapper och i mitten hade de ställt petroleumlampan. Men verandans hörn låg i skugga.¹

1.1 Ämnet för forskningen och dess betydelse

Den förestående framställningen bottenar i en annan verklighet än den som råder kring muminfamiljens verandabord. När muminfamiljen samlas är det mysigt. Petroleumlampan välter inte över tidningspappret och ingen blir förvisad till verandans mörka hörn. De församlade gnabbas lite, men rensar sedan vidare under fridsam tystnad. Bortom munmindalens idyll finns det ändå många osynliga barn och familjer som lever ett annorlunda liv, ett liv som i skuggan av våld präglas av rädsla och kontroll. Där muminfamiljen sitter vet de ännu inget om detta osynliga som rör sig i skuggorna bortom deras veranda, men de ska strax komma att bli varse hur de realiteter som existerar i världen runt omkring dem kräver engagemang även av dem.

Ämnet för den här forskningen är de realiteter som i form av positiva människorättsförpliktelser kräver åtgärder av staten när barn upplever våld i hemmet.² Avhandlingens fokus ligger på *straffrättsliga* åtgärder. Med positiva människorättsförpliktelser avses de förpliktelser som kommer av internationella människorättskonventioner och som ställer krav såväl på den nationella lagstiftningen, som på den verkställande och den dömande makten. De positiva människorättsförpliktelserna uttrycker statens aktiva roll som upprätthållare av mänskliga rättigheter, istället för att rikta in sig på en passiv stat som ska avhålla sig från kränkningar. I straffrättsligt hänseende omfattar förpliktelserna skyldighet att införa

¹ Ur Berättelsen om det osynliga barnet av Tove Jansson.

² "Våld i hemmet" benämns i texten med flera olika begrepp, såsom våld i nära relationer, våld i parförhållandet och familjevåld. Begreppet familjevåld är det ord som huvudsakligen används, trots att det har kritiserats för att ignorera den obalans mellan könen som sådant våld ofta är ett uttryck för. Mitt val av familjevåld som huvudsakligt begrepp motiverar jag med dess förmåga att gestalta det sammanhang som är centralt just för barnet, nämligen tryggheten och dynamiken i den egna familjen. Andra, parallella begrepp används till en del för att illustrera nyanser, men för det mesta av stilistiska orsaker, i syfte skapa en text som är behaglig att läsa.

nödvändiga kriminaliseringar och sörja för att det straffrättsliga systemet som helhet kan tillgodose offrets behov av skydd.

I den inhemska doktrinen har det uttalats att det medför utmaningar att i straffrättslig forskning ge sig in på en linje som kräver att det straffrättsliga systemet effektivt ska skydda den som faller offer för brott.³ När man i en straffrättslig kontext talar om människorättsförpliktelser ligger fokus ofta på den misstänktes och åtalades rättigheter. Begrepp som legalitetsprincipen, den kontradiktoriska principen och oskyldighetspresumtionen formar långt den straffrättsliga diskussionen och de mänskliga rättigheternas huvudsakliga uppgift synes vara att begränsa lagstiftningens och processens handlingsutrymme till förmån för den åtalades rättsskydd. Mindre diskussionsutrymme lämnas för de människorättsförpliktelser som ålägger statsmakten att aktivt tillägna sig effektiva straffrättsliga och straffprocessuella mekanismer i syfte att förebygga brott som kränker de mänskliga rättigheterna och ställa förövare till svars.⁴ I klartext betyder det här att offrets synvinkel behöver få en mer framträdande roll; i den finländska kriminalpolitiken tenderar man att per automatik se den som faller offer för brott som en stark aktör, medan gärningspersonen upplevs som den svagare parten.⁵

Den här forskningen riktar specifikt in sig på våld i nära relationer och barnet som föremål för straffrättsligt skydd. Våld i nära relationer är ett omfattande problem i Finland och ett område där offrets synvinkel blir påtaglig, eftersom det ofta är fråga om upprepade gärningar som fortgående påverkar den utsattas hela tillvaro. I det här hänseendet är barn som föremål för straffrättsligt skydd ett särskilt intressant ämne, till följd av den komplexa helhet som är förenad med en liten människa i utveckling. I fråga om barn som upplever våld i nära relationer påverkar våldet inte enbart den fysiska integriteten, utan också värden som utveckling, trygghet och omsorg. Ett slag som utdelas mellan vuxna i kön till korvkiosken frampå småtimmarna kan vara bara ett slag, men våld som riktar sig mot eller bevittnas av ett barn i hemmet är en långt mera komplicerad historia.

I den gällande lagstiftningen faller de här exempelsituationerna ändå under samma brottsrekvisit, nämligen misshandel. I rekvisithänseende ligger avhandlingens fokus således på den helhet i 21 kap. i strafflagen som reglerar misshandel, det vill säga 5 § om

³ Pirjatanniemi 2011, s. 171.

⁴ Kimpimäki 2020, s. 324.

⁵ Nousiainen 1999, passim.

misshandel, 6 § om grov misshandel och 7 § om lindrig misshandel. Avsikten är att utreda om de brottsrekvisit som idag reglerar både "vanliga slagsmål" och familjevåld lyckas fånga de särdrag och den komplexa helhet som är förenad med våld i nära relationer. Den expertgrupp för bekämpning av våld mot kvinnor och våld i hemmet (GREVIO) som övervakar konventionsstaternas tillämpning av Europarådets konvention om förebyggande och bekämpning av våld mot kvinnor och av våld i hemmet (Istanbulkonventionen) har i sin första rapport till Finland uttryckt oro över att de brottsrekvisit som reglerar våld till sin utformning, i sin andemening och på det sätt de används i praxis inte på ett ändamålsenligt sätt lyckas täcka olika former av våld mot kvinnor och barn.⁶

Vidare är föresatsen att granska barnperspektivets position när det skydd rekvisiten erbjuder realiserar i straffprocessen. Avsikten är att undersöka hur straffprocessen fungerar ur ett barnperspektiv i en situation där barnet samtidigt ska höras om sin upplevelse och skyddas från ytterligare skada. Processen utgör en central del av helheten, eftersom brottsrekvisit förblir tandlösa om det inte finns mekanismer som effektivt och i praktiken förverkligar det skydd kriminaliseringar ger uttryck för. Barnets upplevelse stannar inte heller av i samma stund som våldet upphör, utan är fortsatt närvarande i straffprocessens alla skeden. Straffprocessen erbjuder dessutom ett utmärkt tillfälle att illustrera barnets rätt till delaktighet, en rättighet som har utvecklats till en central del av barnrätten.

Det finns ett behov av nya perspektiv som utmanar straffrättens fokus på enskilda gärningar till förmån för en reglering som omfattar en bredare bild av verkligheten. I Finland har det forskats en hel del i straffrättens förmåga att fånga upp våld i parrelationer och det finns också forskning som behandlar barnets position i anslutning till omhändertagande eller andra barnskyddsfrågor.⁷ Däremot tycks det inte finnas forskning som specifikt har sin utgångspunkt i det straffrättsliga skydd barnets

⁶ GREVIO Baseline Evaluation Report Finland 2019, s. 41.

⁷ Våld i parrelationer har under 2000-talet behandlats bland annat i Johanna Niemi-Kiesiläinens verk *Rikosprosessi ja parisuhdeväkivalta* (2004), i Minna Ruuskanens doktorsavhandling *Hätävarjelu ja parisuhdeväkivalta* (2005) och senast i Tuuli Hongos doktorsavhandling *Kunniaan liittyvän väkivallan uhrin oikeudellinen asema* (2020), samt av en rad andra forskare i ett flertal verk och artiklar. Barnets position i ärenden som gäller barnskydd och omhändertagande har behandlats exempelvis i Hannele Tolonens doktorsavhandling *Lapsi, perhe ja tuomioistuimien prosessuaalinen asema huolto- ja huostaanotto-oikeudenkäynneissä* (2015) och i Virve-Maria Toivonens doktorsavhandling *Lapsen oikeudet ja oikeusturva. Lastensuojeluasiat hallintotuomioistuimissa* (2017).

rättigheter förutsätter när barn utsätts för och upplever våld i sin familj.⁸ Päivi Hirvelä har i sin doktorsavhandling från år 2006 riktat in sig på barnet i straffprocessen och utgår i avhandlingen bland annat från barnets internationella mänskliga rättigheter. Hirvelä för ändå ett resonemang *de lege lata* i syfte att granska hur straffprocessen ser ut när ett barn medverkar i den och forskningsfrågan, som gäller hurudant skydd straffprocessen erbjuder barnet, är knuten till exempelvis bevisvärdet i barns utsagor. Den här framställningen har ett annat utgångsläge och fokuserar på familjevåld ur ett barnperspektiv, där det uttryckliga syftet är att utmana den gällande straffrättsliga regleringens gränser och föra ett resonemang *de lege ferenda* kring hur straffrätten kunde förändras för att bejaka barnperspektivet.

1.2 Forskningsfrågan, avhandlingens uppbyggnad och avgränsningar

Avsikten med den här avhandlingen är att utreda på vilket sätt den finska lagstiftningen på straffrättens område, både ifråga om materiell och processuell lagstiftning, kan utvecklas för att bättre svara mot de positiva människorättsförpliktelser som är förenade med barn som upplever våld i nära relationer. Forskningsfrågan är tredelad och kan struktureras som följer:

1. Vilka är de positiva människorättsförpliktelser som tillkommer staten i anslutning till våld i nära relationer, när det är ett barn som upplever våldet?
2. Hur beaktas barn som upplever våld i nära relationer i strafflagen och straffprocessen idag?
3. På vilket sätt kan strafflagen och straffprocessen utvecklas för att bättre svara mot de positiva människorättsförpliktelserna?

Den första frågan är uppdelad så att det andra kapitlet klargör vad som avses med positiva människorättsförpliktelser i allmänhet och vilken koppling de positiva människorättsförpliktelserna har till straffrätten. I det tredje kapitlet granskas positiva människorättsförpliktelser i anslutning till barn som upplever våld i nära relationer, varpå de sammantagna förpliktelserna i början av det fjärde kapitlet sammanfattas till ett skyddsvärt intresse på det sätt som principen om skyddsvärda intressen avser. Frågan om utvidgad kriminalisering som åtgärd för att värna om det skyddsvärda intresset

⁸ Barnet berörs visserligen i forskning om våld i en familjekontext, men utgör sällan det huvudsakliga intresset. Se exempelvis Hong 2017, s. 375 – 376 och Kaitue – Nojonen – Släen 2007, s. 38 – 40.

diskuteras sedan i det fjärde kapitlet om barnet, våldet och brottet. Frågan om de möjligheter och begränsningar som barnperspektivet ställs inför i straffprocessen diskuteras i det femte kapitlet om barnet, våldet och processen. Den andra och den tredje frågan bildar tillsammans en helhet, så att den övergripande forskningsfrågan först besvaras för den materiella strafflagstiftningens del i det fjärde kapitlet och sedan för straffprocessens del i det femte kapitlet, utgående från de resultat som den första frågan ger vid handen.

När forskningens utgångsläge har klarlagts i det inledande kapitlet, närmar jag mig i kapitel 2 frågan om vad positiva människorättsförpliktelser är. Här särskiljs positiva förpliktelser från negativa sådana, de positiva förpliktelsernas uppbyggnad systematiseras och deras förhållande till straffrätten förklaras och ramar in med hjälp av kriminaliseringsprinciper. I kapitel 3 tar jag reda på vilka positiva människorättsförpliktelser som tillkommer staten i anslutning till familjevåld, när det är ett barn som upplever våldet. Här behandlas såväl förpliktelser som härrör ur barnets rättigheter, som förpliktelser som hör samman med våld i nära relationer och motiveras valet av rättighetsinstrument. Granskningen begränsas till sådana förpliktelser som kan ha betydelse för de materiella straffbestämmelsernas utformning eller bestämmande av straffansvar och för förfarandet i en fullskalig straffprocess. Förpliktelser som faller helt utanför straffrättens område, såsom förebyggande åtgärder behandlas inte närmare, liksom inte heller alternativa processuella förfaranden såsom medling.

I kapitel 4 behandlas barnperspektivet i anslutning till strafflagen. Först förklaras det skyddsintresse förpliktelserna sammantaget ger uttryck för i avsnitt 4.1, varpå de gällande brottsrekvisitens utformning analyseras i relation till de särskilda krav ett barnperspektiv ställer i avsnitt 4.2. Rekvisitens nuvarande utformning förklaras och placeras i ett sammanhang genom ett historiskt och ett strukturellt perspektiv. Granskningen av brottsrekvisit avgränsas till misshandelsrekvisiten i SL 20 kap. I avsnitt 4.3 visas varför det är nödvändigt att använda sig av straffrättsliga åtgärder för att tillgodose de aspekter av skyddsintresset som inte täcks av de gällande misshandelsrekvisitens utformning, varpå det i avsnitt 4.4 föreslås konkreta lagstiftningsåtgärder för att tillgodose de krav de positiva människorättsförpliktelserna ställer på den nationella strafflagen.

I kapitel 5 behandlas barnperspektivet i straffprocessen. De positiva människorättsförpliktelseernas betydelse för straffprocessens utformning ur ett barnperspektiv klargörs i avsnitt 5.1. Barnperspektivet positioneras sedan i avsnitt 5.2 i en process vars förutbestämda målsättning är att verkställa straffansvar och tillgodose kravet på rättssäkerhet. Avsikten är att visa på skillnaden mellan en process där barnets intressen utgör själva sakinhållet och barnperspektivet som en del i en process där barnets intressen samverkar med och befinner sig i en sekundär position i förhållande till andra intressen. På så sätt struktureras åter det område där man med hjälp av straffrättsliga verktyg kan förväntas tillgodose de positiva människorättsförpliktelseerna. Barnets position som en särskild typ av målsägande i relation till offrets position som målsägande i allmänhet diskuteras i avsnitt 5.3, i syfte att visa hur straffprocessen ser på offret som processaktör. Avsnitt 5.4 beskriver de särskilda förfaranden i förundersökningslagen och rättegångsbalken som idag kan tillämpas i en straffprocess där barnet agerar som målsägande, i syfte att klargöra nuläget. I avsnitt 5.5 analyseras huruvida de verktyg som står till buds är ändamålsenliga och tillräckliga och på vilket sätt straffprocessen ur ett barnperspektiv kunde utvecklas i linje med de positiva människorättsförpliktelseerna. Avslutningsvis sammanfattas avhandlingens centrala innehåll och slutsatser i kapitel 6.

1.3 Forskningsstigen

Rubriken ovan saknar uttrycklig hänvisning till en förebådande utläggning om *metoder*. Huruvida detta är ett val sprunget ur klarsynthet eller okunskap är inte alldeles lätt att avgöra (ett faktum som i sig kan tänkas peka åt det senare hållet), men det är ett medvetet val. I pedagogiska sammanhang verkar ord som infallsvinkel, tillvägagångssätt, forskningsinriktning och metod ofta användas synonymt när (väl)gömda forskaranlag ska lockas fram hos en ny duvunge som storögt försöker greppa sin uppgift.⁹ Jag är ändå tveksam till en sådan sammanjämkning och kommer således att i det följande använda olika termer tillsammans, men separat från varandra när jag anlägger min forskningsstig. Forskningens inriktning klargörs genom att dess kunskapsintressen identifieras, medan forskningens infallsvinkel presenteras genom val av perspektiv. Tillsammans med det material som nyttjas tänker jag mig att kunskapsintressena bildar olika tillvägagångssätt.

⁹ Se exempelvis Husa – Mutanen – Pohjolainen 2010, s. 19 – 26.

Infallsvinkel och de tillvägagångssätt påverkas således av det bakomliggande kunskapsintresset.¹⁰ Habermas har menat att all vetenskap drivs av tre kunskapsintressen, ett *tekniskt kunskapsintresse* som producerar lagbundenheter, kausala samband och prognoser, ett *förklarande kunskapsintresse* som överför kunskap mellan generationer, tolkar betydelser och ökar förståelsen samt ett *kritiskt kunskapsintresse* som reflekterar över och ifrågasätter rådande förhållanden.¹¹ Niiniluoto har senare kompletterat listan med ett fjärde, *teoretiskt kunskapsintresse*, vars uppgift är att producera kunskap för att bygga en systematisk och heltäckande världsbild.¹² Siltala menar att rättsvetenskapens egna kunskapsintressen kan delas in i tre delar enligt huruvida målsättningen är att tolka och systematisera rätten, att analysera och förklara rättens förhållande till historia och samhälle eller att teoretiskt analysera och reflektera över rättsvetenskapen som idé och begrepp.¹³ Aarnio har vidare delat in rättsdogmatiskt inriktad forskning i teoretisk rättsdogmatik och praktisk rättsdogmatik, där den systematiserande dimensionen är teoretisk och den tolkande dimensionen praktisk.¹⁴ Hurudan kunskap olika slags rättslig forskning eftersträvar varierar, kunskapsintresset växlar i enlighet med forskningens utgångspunkter och teoretiska bindningar.¹⁵ Det väsentliga är att forskaren är medveten om sina egna kunskapsintressen och kan förhålla sig kritiskt till dem.¹⁶

När avhandlingen framskrider strävar den efter att systematisera begreppet positiva människorättsförpliktelser, sammanfatta vilka de positiva människorättsförpliktelserna är och vad de ger uttryck för, analysera hur det förpliktelserna ger uttryck för framträder (eller inte framträder) på nationell nivå och synliggöra varför det förpliktelserna ger uttryck för framträder eller inte framträder samt visa hur det förpliktelserna ger uttryck för bättre kunde framträda. Det övergripande kunskapsintresset torde således kunna beskrivas som ett kritiskt kunskapsintresse som reflekterar över och ifrågasätter rådande förhållanden. Reflekterande och ifrågasättande är ändå inte åtaganden som kan existera i

¹⁰ Hirvonen 2011, s. 33, Husa – Mutanen – Pohjolainen 2010, s. 20.

¹¹ Habermas 1973. De olika delarna i Habermas samhällsteori förstås här sammantaget med hjälp av Hirvonen 2011, s. 34 och Bruun – Wilhelmsson 1983, s. 704 – 705.

¹² Niiniluoto 1997, s. 72 – 73. Det teoretiska kunskapsintresset är enligt Niiniluoto förbundet med människans intellektuella behov av att gestalta, systematisera och samla kunskap om världen omkring sig.

¹³ Siltala 2002, s. 95 -96.

¹⁴ Aarnio 1997, s. 35 – 56.

¹⁵ Hirvonen 2011, s. 34.

¹⁶ Hirvonen 2011, s. 34.

ett tomrum, istället behöver de andra element att samverka med. I avhandlingen hittas därför längs vägen element av såväl teoretisk och praktisk rättsdogmatik som av analys och förklaring av rättens förhållande till historia och samhälle.

Systematisering av begreppet människorättsförpliktelser och begreppets förhållande till straffrätten representerar ett teoretiskt rättsdogmatiskt kunskapsintresse. Teoretisk rättsdogmatik specificerar rättsliga begrepp, strukturerar dem och utformar en teori med hjälp av vilken man får tag i sin uppgift och kan fortsätta framåt.¹⁷ Begreppet positiva människorättsförpliktelser systematiseras och dess relation till straffrätten klargörs i kapitel 2, med hjälp av inhemsk och europeisk rättslitteratur, Europadomstolens rättspraxis och grundlagsutskottets tolkningspraxis. Också den vidarestrukturering av barnperspektivets plats i straffprocessen som förklaras i avsnitt 5.2 är närmast ett uttryck för ett teoretiskt rättsdogmatiskt intresse vars syfte är att positionera forskningsuppgiften.

Sammanfattande av vilka de aktuella positiva människorättsförpliktelserna är och vad de ger uttryck för är en kombination av tolkning av bestämmelser och förklaring av rättens förhållande till samhället. Sammanfattningen görs i kapitel 3 utgående från barnkonventionen, Istanbulkonventionen och Europakonventionen. De förpliktelser rättigheterna för med sig förklaras med hjälp av konventionernas tolkningsinstrument och Europadomstolens praxis samt europeisk, nordisk och inhemsk rättslitteratur. Det skyddsvärda intresse förpliktelserna ger uttryck för förklaras i avsnitt 4.1 med hjälp av medicinska och samhällsvetenskapliga forskningsrön som berättar hur barn reagerar på en våldsam familjemiljö.

Till vilka delar forskningen är inriktad på att genom praktisk rättsdogmatik tolka rätten kan prövas med hjälp av Minkkinens lackmustest, enligt vilket forskning är rättsdogmatiskt inriktad när den kunskap den producerar i första hand tjänar de aktörer som agerar i rättssalen och så länge dess målsättning är att klargöra den gällande rättens innehåll i syfte att lösa ett bestämt juridiskt problem.¹⁸ Analys av hur det förpliktelserna ger uttryck för framträder eller inte framträder på nationell nivå är därmed den bit som är tydligast förbunden med ett praktiskt rättsdogmatiskt kunskapsintresse. Det här

¹⁷ Aarnio 1997, s. 43.

¹⁸ Minkkinen 2017, s. 918. Notera dock att Minkkinen riktar sitt test mot rättsdogmatiken som helhet, inte enbart mot det praktiska kunskapsintresset.

analyseras i den del av avsnitt 4.2 som behandlar de gällande brottsrekvisiten och i avsnitt 5.4 om de bestämmelser som reglerar hur barnet hörs i straffprocessen. Analyserna utförs med hjälp av förarbeten, rättspraxis och inhemsk rättslitteratur.

Synliggörande av varför det förpliktelserna ger uttryck för framträder eller inte framträder i nationell rätt, är ett uttryck för ett intresse att analysera och förklara rättens förhållande till historia och samhälle. Det här görs i de delar av avsnitt 4.2 som behandlar familjevåldets straffrättsliga utveckling och barnperspektivet som ett strukturellt perspektiv samt i avsnitt 5.3 om målsägandes plats i straffprocessen. Här används inhemsk och nordisk rättslitteratur samt inhemsk samhällsvetenskaplig och humanistisk litteratur jämte inslag ur förarbeten och rättspraxis.

De olika intresseelementen förenas slutligen i ett kritiskt kunskapsintresse i avsnitten 4.3, 4.4 och 5.5 där avsikten är att visa hur det förpliktelserna ger uttryck för bättre kunde och borde framträda i nationell rätt genom åtgärder i den materiella straffrätten och i straffprocessen. De positiva människorättsförpliktelserna representerar rättsläget som det borde se ut, medan det rådande rättsläget utgör den situation som de facto föreligger. Det slutliga kunskapsintresset ligger således i klyftan mellan internationella mänskliga rättigheter och nationell rätt. Sammantaget gestaltas den slutliga kärnan i det kritiska kunskapsintresset med hjälp av inhemsk och nordisk rättslitteratur, grundlagsutskottets tolkningspraxis, statsrådets publikationer, svensk lagberedning, svensk rättspraxis och Europadomstolens rättspraxis. I avsnitt 4.4 nyttjas ett komparativt tillvägagångssätt genom att presentera lösningar i svensk rätt i syfte att hitta utvecklingsmöjligheter för den inhemska rätten.

Avhandlingen genomsyras som helhet av barnperspektivet som ett strukturellt perspektiv i förhållande till härskande samhällsnormer. Barnperspektivet som infallsvinkel gestaltas till stor del med hjälp av ett genusperspektiv. Det här märks särskilt i de avsnitt där det konkreta kunskapsintresset utgörs av analys och förklaring av rättens förhållande till historia och samhälle, men utgör också i stort en röd tråd. Kopplingen mellan barnperspektiv och genusperspektiv är motiverad med tanke på de könsbaserade offer- och förövarroller som är typiska för familjevåld och eftersom de maktstrukturer som genusperspektivet kan synliggöra är karakteristiska för barn i förhållande till de vuxna som ansvarar för och tar hand om barnet.

2 MÄNNISKORÄTTSFÖRPLIKTELSE OCH STRAFFRÄTT

2.1 Positiva och negativa förpliktelser

Mänskliga rättigheter är rättigheter som tillkommer alla människor och erkännandet av dem utgör grunden för frihet och rättvisa i samhället. När en stat ratificerar en människorättskonvention förbinder den sig att agera på ett sådant sätt att rättigheterna i konventionen förverkligas inom dess jurisdiktion. Den här förbindelsen resulterar i *människorättsförpliktelser*, som i sin tur kan delas in i positiva och negativa förpliktelser.

De positiva människorättsförpliktelserna speglar alltid statens skyldighet att förverkliga mänskliga rättigheter. Negativa förpliktelser kan beskrivas som passiva förpliktelser, de förpliktar staten att *inte* ingripa i individens liv. De positiva människorättsförpliktelserna förpliktar å sin sida staten att tillgripa aktiva åtgärder för att säkra effektivt åtnjutande av de rättigheter förpliktelserna är ägnade att skydda.¹⁹ De förutsätter med andra ord positiva handlingar, medan de negativa förpliktelserna förbjuder handlingar. Helt och hållet är det ändå inte ändamålsenligt att i varje enskilt fall likställa aktiva handlingar med positiva förpliktelser och passivt avstående från att handla med negativa förpliktelser, istället är det fråga om *huruvida den mänskliga rättighet som tillkommer individen kan förverkligas med eller utan att statens ingriper*.²⁰ De positiva förpliktelserna riktar sig mot frågan om staten som en upprätthållare av mänskliga rättigheter, istället för mot staten som den part som antas vara benägen att göra sig skyldig till kränkningar.

Indelningen i positiva och negativa förpliktelser är, i likhet med de flesta rättsvetenskapliga systematiseringar, inte helt entydig. Svårigheterna kommer sig främst av det faktum att det inte alltid är lätt att i praktiken skilja mellan handling och underlåtenhet.²¹ Det här framkommer också i Europadomstolens praxis, bland annat i *Keegan mot Irland* och *Stjerna mot Finland*, där domstolen konstaterar att gränserna

¹⁹ Dröge 2003, s. 1.

²⁰ Dröge 2003, s. 380. Som exempel anger Dröge en situation där en person har beviljats någon form av socialt bidrag. Om bidraget beviljas för en viss tid kommer en person som vill ha fortsatt bidrag att be att staten genom en positiv handling ska bevilja bidrag igen. Om bidraget däremot har beviljats för en längre tid och sedan dras in, kommer en person som vill ha fortsatt bidrag att istället be att staten ska underlåta att verkställa sitt beslut att dra in bidraget. Båda situationerna representerar ändå en positiv förpliktelse, eftersom det i förlängningen är fråga om ifall människans rätt till en viss standard av välfärd och mänsklig värdighet bara kan garanteras genom aktiv hjälp från staten.

²¹ Dröge 2003, s. 339.

mellan statens positiva och negativa förpliktelser inte låter sig definieras exakt.²² I den aktuella framställningen fyller en grovt skuren indelning ändå sin funktion för att avgränsa området för positiva förpliktelser och styra resonemanget vidare.

2.2 Positiva människorättsförpliktelser – definition och systematisering

Positiva människorättsförpliktelser definieras alltså i den här framställningen som situationer där en rättighet inte kan förverkligas utan statligt ingripande. Definitionen av de positiva förpliktelserna är ändå inte undanstökad även om man lyckas åstadkomma något slags mer eller mindre svajande skiljelinje mellan positiva och negativa människorättsförpliktelser. En närmare systematisering av de positiva förpliktelserna kan nämligen se rätt olika ut.

Malinverni skiljer i anslutning till Europakonventionen mellan positiva förpliktelser som ger sig till känna direkt ur de enskilda rättigheterna i konventionen, sådana förpliktelser som kommer sig av rättigheternas natur och sådana som genom rättspraxis har lästs in i rättigheterna till följd av allmänna principer, såsom exempelvis jämlikhetsprincipen.²³ de Schutter definierar å sin sida positiva förpliktelser som alla sådana förpliktelser som, när de åsidosätts, inte påverkar bara enskilda personer eller en liten grupp, utan större grupper av människor eller till och med hela befolkningen.²⁴ Dröge navigerar mellan olika definitioner och kommer fram till två huvudsakliga underkategorier av positiva människorättsförpliktelser, en horisontal dimension som förpliktar staten att skydda personer från rättighetsangrepp som riktar sig mot dem av andra personer och en kategori som innefattar alla positiva förpliktelser som inte hänför sig till den horisontala dimensionen.²⁵ Den andra gruppen benämner Dröge som den sociala dimensionen och den är enligt henne ägnad att fånga in den mångfald av förpliktelser som inte låter sig förklaras genom vare sig privata eller statliga rättighetsangrepp. Den sociala dimensionen innefattar statens förpliktelser att vidta positiva åtgärder för att möjliggöra att rättigheter

²² Case of Keegan v. Ireland, punkt 49 och Case of Stjerna v. Finland, punkt 38. I Stjerna mot Finland kan man också hitta ett exempel på kritik mot en uppdelning i negativa och positiva förpliktelser. Domare Wildhaber har här menat att en uppdelning i negativa och positiva förpliktelser är irrelevant eftersom domstolen ska utgå från huruvida en kränkning av en rättighet har ägt rum eller inte. Europadomstolen har tagit ställning till problematiken kring handlingar och underlåtelser också i bland annat Airey mot Irland: *"Furthermore, fulfillment of a duty under the Convention on occasion necessitates some positive action on the part of the State; in such circumstances, the State cannot simply remain passive and 'there is ... no room to distinguish between acts and omissions'".* Case of Airey v. Ireland, punkt 25.

²³ Malinverni 1989, s. 546 – 549.

²⁴ de Schutter 1999, s. 367 – 368.

²⁵ Dröge 2003, s. 6 – 7 och 11. I samma riktning Harris – O'Boyle – Bates – Buckley 2014, s. 22.

förverkligas i en social verklighet. Den här typen av förpliktelser hjälper rättighetsinnehavaren mot faktisk frihet och autonomi, varvid de till sin natur kan beskrivas som förpliktelser som främjar förverkligande av en rättighet snarare än garanterar skydd mot kränkning. Den horisontala dimensionen innefattar tre parter, rättighetsinnehavaren, staten och en tredje person, medan den sociala dimensionen innefattar två parter, rättighetsinnehavaren och staten.²⁶

Det finns andra mer eller mindre nyanserade variationer att tillgå, de ovan nämnda definitionerna har valts ut eftersom de tillsammans kan användas för att på ett överskådligt sätt gestalta den aktuella sakfrågan. Den systematisering som här används för att strukturera den aktuella problematiken bygger på Dröges indelning i horisontala förpliktelser och andra förpliktelser. Jag väljer att tala om en horisontal dimension och en vertikal dimension, där den horisontala dimensionen överensstämmer med Dröges definition och den vertikala dimensionen närmast kan beskrivas som en underart inom Dröges sociala dimension som rör sig tvärsöver den.²⁷ Den vertikala dimensionen inom de positiva förpliktelserna avser sådana rättigheter som kräver aktiva åtgärder av staten för att kunna förverkligas, utan att vara kopplade till skydd mot ett rättighetsangrepp av en annan privatperson.²⁸ Parallellt med den här indelningen tillämpas ett ytterligare skikt som skiljer mellan skydd av rättigheter genom materiell rätt och skydd av rättigheter genom processuellt förfarande.²⁹

Ovan utritade struktur kan tillämpas allmänt för att sortera de förpliktelser som uppstår när den mänskliga rättighet som tillkommer individen inte kan förverkligas utan att staten ingriper. Rätten till fysisk integritet kan exempelvis konstateras leda till förpliktelser inom den horisontala dimensionen, eftersom statens inblandning krävs för att skydda privatpersoner från våldshandlingar som riktas mot dem av andra privatpersoner. På den nivån talar vi om att generellt skydda människor från

²⁶ Dröge 2003, s. 6 och 85.

²⁷ Dröge beskriver den sociala dimensionen som svårfångad och delar in den i förpliktelser att utforma grundrättigheter, förpliktelser som hör samman med sociala minimistandarder, förpliktelser som har att göra med förfaranden, informationsförpliktelser och undersökningsförpliktelser. Dröge 2003, s. 84.

²⁸ Den vertikala dimensionen synes kunna vara särskilt användbar när barnets rättigheter gestaltas, eftersom barnets uppväxt är förenad med många positiva förpliktelser som är ägnade att främja barnets utveckling. Jag tänker mig då att *främja* innebär att tillföra något gott i motsats till att skydda från något ont.

²⁹ Det är värt att notera att den här indelningen inte är unik för de positiva människorättsförpliktelserna, samma indelning kan tillämpas inom de negativa förpliktelserna. Dröge 2003, s. 383.

rättighetskränkningar. För att positionera barnets särskilda rättigheter i förhållande till universella rättigheter kan vi ta hjälp av de Schutter och Malinverni.

Barn utgör en större grupp av människor som kan sammanföras till följd av ett gemensamt, generellt attribut, nämligen en definierad ålderskategori – barndomen. Med hjälp av de Schutters definition av positiva människorättsförpliktelser som sådana förpliktelser som när de åsidosätts påverkar en grupp, kan vi till att börja med sammanfoga barn till en helhet och särskilja förpliktelser som riktar sig mot ett barn just till följd av dess grupptillhörighet. Vidare innebär det här resonemanget att det kan uppstå ett jämlikhetsproblem när åsidosättande av en förpliktelse påverkar barn som grupp i förhållande till andra grupper. Det för oss i sin tur till Malinvernisk kategori av förpliktelser som genom rättspraxis har lästs in i en särskild, materiell rättighet till följd av allmänna principer – i det här fallet jämlikhetsprincipen. Det är alltså fråga om att med hjälp av gruppdefinition (barn) och positionerande av den gruppen i förhållande till en annan grupp (vuxna) hitta särskilda rättigheter som inte kan förverkligas utan statens ingripande och sedan strukturera granskningen av de förpliktelser som hör samman med rättigheterna med hjälp av indelningen i horisontala och vertikala förpliktelser.

Barnets rättigheter med påföljande förpliktelser definieras i kapitel 3. Granskningen av de positiva förpliktelserna struktureras sedan på så sätt att kapitel 4 befinner sig i den horisontala dimensionen och avser skydd av rättigheter genom materiell rätt. Kapitel 5 avser skydd av rättigheter genom processuellt förfarande och rör sig både i den horisontala och den vertikala dimensionen.

2.3 De positiva människorättsförpliktelsernas koppling till straffrätten

2.3.1 Statligt ingripande genom straffrättsliga verktyg

Positiva människorättsförpliktelser är situationer där en rättighet inte kan förverkligas utan ingripande från statens sida. Om en rättighet inte kan förverkligas på något annat godtagbart sätt, uppstår det med andra ord en förpliktelse för staten att gripa in. Staten kan blanda sig i individens göranden och låtanden på allehanda vis, exempelvis genom socialpolitiska lösningar, skadeståndsrättslig reglering eller administrativa förfaranden. I den här framställningen granskas statligt ingripande med hjälp av straffrättsliga verktyg.

De straffrättsliga verktygen, kriminaliseringar och i förlängningen verkställande av straffansvar genom straffprocessen, för med sig vissa särskilda utmaningar, eftersom

straffrätten står sist i kön bland de olika former av statligt ingripande som kan tänkas vara tillgängliga. Innan man kan tillgripa straffrättsliga verktyg måste de berättigas framom andra möjliga typer av ingripande, eftersom ett straff ingriper i individens vardag på ett mycket konkret sätt. De flesta straffrättsliga sanktioner är, om de fräntas sin kontext, i sig straffbara gärningar. Ett fängelsestraff tvingar någon att ge upp sin frihet, ett bötesstraff tvingar någon att ge upp en del av sin egendom; staten kan inte beröva människor grundlagsskyddade rättigheter som frihet och egendom utan en hållbar grund.³⁰

Användningsområdet för kriminaliseringar är praktiskt. Strafflagen är inget självändamål, utan används för att den i sista hand anses främja välmående, livskvalitet, trygghet och frihet. Det straffrättsliga systemets berättigade principiella existens grundar sig på dess förmåga att skydda viktiga intressen från hotande kränkningar. Utifrån det utgångsläget har ett antal kriminaliseringsprinciper som närmare styr användningen av straffrättsliga verktyg utformats.³¹

2.3.2 Kriminaliseringsprinciper som måttstockar för berättigat straffrättsligt ingripande

2.3.2.1 Kriminaliseringsprinciperna och deras användning och innehåll

De kriminaliseringsprinciper jag tar fasta på här baserar sig på den modell som Melander har utarbetat i sin avhandling *Kriminalisointiteoria – rangaistavaksi säätämisen edellytykset*. Som kriminaliseringsprinciper definieras här principen om skydd för rättsliga intressen, ultima ratio-principen, den straffrättsliga legalitetsprincipen, principen om människovärdets okränkbarhet och principen om intresseavvägning. Under de dryga tio år som har gått sedan år 2008 när avhandlingen utkom, har Melanders indelning befäst sin ställning och för en studerande av den eran ter det sig naturligt att ta fasta på de principer som hittas här. Objektivt bärs valet upp av det faktum att Melanders modell får stöd också i den övriga rättslitteraturen, där man både före och efteråt har granskat åtminstone delvis samma principer.³²

³⁰ Frände 2012, s. 17. GrUU 23/1997 rd, s. 2. Den personliga friheten skyddas i GL 7 § och vars och ens egendom tryggas i GL 15 §.

³¹ Lappi-Seppälä 2006, s. 68.

³² Se exempelvis Nuutila 1996, s. 76 – 90, Lappi-Seppälä 2006, s. 68 – 69 och Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 77 – 110. Samtliga verkar vara överens om principen om för skydd för rättsliga intressen, ultima ratio-principen och principen om intresseavvägning som innehållsliga kriterier för kriminalisering. Nuutila inkluderar också principen om människovärdets okränkbarhet. Melander är den enda av dessa som ger

Kriminaliseringsprinciperna begränsar lagstiftarens möjligheter att straffbelägga enskilda gärningar.³³ För att det ska vara möjligt att använda straffrättsliga verktyg måste de tilltänkta åtgärderna vara förenliga med de krav kriminaliseringsprinciperna ställer, något som gäller även vid granskning av redan existerande kriminaliseringar. I rättslitteraturen har man dessutom ansett att kriminaliseringsprinciperna utgör relevanta tolkningsinstrument när straffrätten tillämpas i praktiken och att de ska beaktas i argumentationen kring lagstiftarens avgränsning av straffansvaret. Kriminaliseringsprinciperna får sitt rättsliga innehåll från de grundläggande fri- och rättigheterna, doktrinen om tillåtna inskränkningar i de grundläggande fri- och rättigheterna samt den straffrättsliga lagstiftningen och lagberedningspraxis i straffrättsliga ärenden.³⁴

Enligt den rådande uppfattningen härstammar det rättsliga innehållet i kriminaliseringsprinciperna främst från de grundläggande fri- och rättigheterna.³⁵ Vilka gärningar som kan kriminaliseras (i syfte att tillgodose statens förpliktelse att ingripa till förmån för en mänsklig rättighets förverkligande) måste därför bedömas på samma sätt som begränsningar av de grundläggande fri- och rättigheterna i allmänhet.³⁶ Grundlagsutskottet har utarbetat en serie allmänna förutsättningar för begränsningar av de grundläggande fri- och rättigheterna och konstaterat att utgångspunkten är att det som uttryckligen tillåts i grundlagen inte kan begränsas genom lag.³⁷ När förutsättningarna har vägts mot strafflagen har grundlagsutskottet därtill konstaterat att brottsbestämmelser jämte straffpåföljder inte kan ses enbart som inskränkningar i de grundläggande fri- och rättigheterna, utan måste uppfattas också som verktyg för att trygga dessa fri- och rättigheter.³⁸ Kriminaliseringsprinciperna har med andra ord främst en begränsande effekt, men också en tillåtande och förpliktande verkan.

legalitetsprincipen en dimension som kriminaliseringsprincip. Jämför Asp, Ulväng och Jareborg som lägger fram hela tio rättsstatliga principer för kriminalisering. Bland dessa tio ingår, utöver med principen om skyddsintressen (I) och ultima ratio-principen (III) jämförbara element, också element som kan hänföras till den straffrättsliga legalitetsprincipen (VI, VII och VIII) och principen om människovärdets okränkbarhet (V). Asp – Ulväng – Jareborg 2013, s. 53.

³³ Melander 2019, s. 21.

³⁴ Melander 2008, s. 173 – 176, Melander 2019, s. 21.

³⁵ Melander 2019, s. 21.

³⁶ Melander 2019, s. 22.

³⁷ GrUU 23/1997 rd, s. 2. För en närmare framställning av förutsättningarna för begränsning av grundrättigheter, se Viljanen 2001.

³⁸ GrUU 23/1997 rd, s. 3.

2.3.2.2 Kriminaliseringsprincipernas begränsande verkan

Behovet av att berättiga straffrättsliga verktyg framom andra former av statligt ingripande är ett uttryck för ultima ratio-principen. Principen förutsätter att de straffrättsliga verktygen ska tillgripas i sista hand och är särskilt viktig som begränsande element. Användning av straffrättsliga verktyg är utgående från ultima ratio-principen berättigad endast om det inte finns något annat system att tillgå som skulle vara moraliskt mera acceptabelt, i effektivitetshänseende ligga nära den straffrättsliga effektiviteten och vars implementering skulle medföra endast måttliga kostnader.³⁹ När en positiv människorättsförpliktelse kräver åtgärder av staten ska det alltså i första hand ske på något annat sätt än genom *straffrättsligt* ingripande. Endast om man kan visa att detta inte är möjligt är straffrättsliga verktyg ett alternativ.

Principen om intresseavvägning förutsätter att den nytta man kan uppnå genom en kriminalisering vägs mot dess skadeverkningar och att nyttan kan konstateras vara större än skadan.⁴⁰ Principen är viktig eftersom den förutsätter att ett kriminaliseringsbeslut inbegriper övervägande av samhällseliga realiteter och inte enbart ett straffrättsligt perspektiv. Den integrerar den samhällseliga dimensionen i kriminaliseringsprinciperna.⁴¹ När en positiv människorättsförpliktelse kräver åtgärder av staten kan *straffrättsligt* ingripande alltså bli aktuellt endast om de straffrättsliga verktygen genererar mera nytta än skada i samhället.

Principen om människovärdets okränkbarhet är ett uttryck för värdet i den enskilda människans förmåga till autonomt agerande och den frihetssfär som följer. Straffrättsligt ansvar förutsätter att det hade funnits möjlighet att handla annorlunda och de straffrättsliga verktygen kan således bara tillämpas i fråga om sådana gärningar där man kan anse att det har funnits förmåga och vilja att handla på ett annat sätt.⁴² När en positiv människorättsförpliktelse kräver åtgärder av staten kan *straffrättsligt* ingripande alltså ske bara i den mån de straffrättsliga verktygen respekterar en skuldbedömning utifrån ansvarsgrunder och ansvarsfrihetsgrunder.

³⁹ Lappi-Seppälä 1994, s. 33, Melander 2008, s. 392.

⁴⁰ Melander 2008, s. 475, Melander 2019, s. 28.

⁴¹ Nuutila 1996, s. 86, Melander 2019, s. 29.

⁴² Melander 2019, s. 24 – 25.

Som kriminaliseringsprincip koncentreras den straffrättsliga laglighetsprincipen i ett krav på skriven lag och i ett obestämdhetsförbud. Straffbestämmelser ska regleras på lagnivå – och inte lägre än så – och brottsbeskrivningarna ska vara så exakt utformade att man utifrån bestämmelsens ordalydelse ska veta om en handling eller en underlåtelse att handla är straffbar.⁴³ När en positiv människorättsförpliktelse kräver åtgärder av staten kan *straffrättsligt* ingripande alltså inte ske på lägre nivå än genom riksdagslag och förutsättningarna för straffansvar måste formuleras tillräckligt exakt.

Principen om skydd för rättsliga intressen förutsätter att användning av straffrättsliga verktyg skyddar ett viktigt intresse.⁴⁴ Kriminaliseringar ska med andra ord begränsas till att straffbelägga sådana gärningar som utgör ett hot mot ett viktigt skyddsintresse. När en positiv människorättsförpliktelse kräver åtgärder av staten kan *straffrättsligt* ingripande alltså bli aktuellt endast om det finns ett tillräckligt viktigt bakomliggande intresse som kräver skydd. Ett skyddsintresse anses i allmänhet vara tillräckligt viktigt när det kan härledas till grundrättigheter eller mänskliga rättigheter.⁴⁵ Vi verkar därmed i det aktuella sammanhanget ha ställts inför ett cirkelresonemang: mänskliga rättigheter får bara skyddas med straffrättsliga medel om det finns en mänsklig rättighet att skydda. Detta för oss in på den här kriminaliseringsprincipens tillåtande och förpliktande verkan.

2.3.2.3 Kriminaliseringsprincipernas tillåtande och förpliktande verkan

Det straffrättsliga systemets legitimitet motiveras med dess förmåga att skydda värdefulla intressen.⁴⁶ Principen om skydd för rättsliga intressen är den enda kriminaliseringsprincipen som utöver en begränsande verkan också har tillskrivits en tillåtande verkan. Enligt 22 § i grundlagen ska det allmänna se till att de grundläggande fri- och rättigheterna och de mänskliga rättigheterna tillgodoses och grundlagsutskottet

⁴³ Melander 2019, s. 23 – 24. Bland grundlagsutskottets uttalanden, se exempelvis GrUU 56/2014 rd, s. 2 och GrUU 6/2014 rd, s. 2.

⁴⁴ Melander 2008, s. 331, Lappi-Seppälä 2006, s. 68, Nuutila 1996, s. 79 – 85.

⁴⁵ Det att en kriminalisering är förenad med ett skyddsintresse som inte kan härledas till någon grundrättighet behöver dock inte i sig betyda att kriminaliseringen inte är godtagbar eller att den står i strid med grundlagen. Grundlagsutskottet har slagit fast att inskränkningar i de grundläggande fri- och rättigheterna ska vara *acceptabla*. GrUB 25/1994 rd, s. 5. I de allra flesta fall kan en sådan acceptabel grund härledas till skyddet av en grundrättighet, men inte alltid. Exempelvis förbud mot djurplågeri eller ofog speglar inte intressen som direkt kan kopplas till grundlagen. Frände 2012, s. 20 – 22. Detta till trots är de flesta säkerligen överens om att förbuden skyddar viktiga intressen.

⁴⁶ Nuutila 1996, s. 79, Frände 2012, s. 19. Tapani, Tolvanen och Hyttinen tillägger att skyddsintresset är ett kontinentaleuropeiskt påfund. Den anglosaxiska kriminaliseringsteorin använder sig exempelvis av en så kallad *harm principle*, enligt vilken allt ska vara tillåtet som inte på ett oskäligt sätt skadar någon annan. Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 87 – 88.

har konstaterat att man ur grundrättigheterna kan härleda en förpliktelse att införa kriminaliseringar för att skydda de grundläggande fri- och rättigheterna.⁴⁷ Grundrättigheterna tar enligt Melander plats som ett slags "superintressen" med en dubbelriktad funktion, eftersom de på det här sättet inte inverkar enbart negativt, utan också positivt på användningen av straffrättsliga verktyg.⁴⁸ En kriminalisering kan å ena sidan inkräkta på grundrättigheterna i sådan utsträckning att straffbeläggning av gärningen inte kan rättfärdigas, å andra sidan kan genom grundrättigheterna utläsas förpliktelser att kriminalisera vissa typer av handlingar som förhindrar att rättigheterna förverkligas.⁴⁹ Kopplingen mellan läran om skyddsintressen och grundrättigheterna leder alltså till att principen om skydd för rättsliga intressen förutsätter aktiva åtgärder för att skydda intressen som kan härledas till grundlagen.⁵⁰

I själva verket är vi tillbaka där vi började. En grundrättighet hamnar i den tillåtande dimensionen av principen om skydd för rättsliga intressen om den inte kan förverkligas utan statligt ingripande. Positiva människorättsförpliktelser är således synonyma med den tillåtande dimensionen av principen om skydd för rättsliga intressen. För att uppnå en straffrättsligt *förpliktande* dimension krävs ändå ytterligare ett element. En kriminalisering måste ytterligare kunna anses vara nödvändig i ultima ratio-principens mening för att en förpliktelse att ingripa på *straffrättslig* väg ska uppstå. För den fortsatta framställningen medför det här att det skyddsintresse som de positiva människorättsförpliktelserna är ett uttryck för först måste förklaras, jämte de gärningar som antas vara skadliga för intresset. Härefter ska det kunna konstateras att en kriminalisering är nödvändig för att skydda intresset från de skadliga gärningarna, varpå det måste vara möjligt att utforma kriminaliseringen så, att samtliga krav som de andra kriminaliseringsprinciperna ställer uppfylls. Först då vet vi i vilken utsträckning det är möjligt att ingripa med *straffrättsliga* verktyg när en specifik positiv människorättsförpliktelse kräver åtgärder av staten.

Men först måste vi ta reda på vilka positiva människorättsförpliktelser barnrätten tillskriver staten när det gäller att bekämpa familjevåld.

⁴⁷ GrUU 23/1997 rd, s. 3.

⁴⁸ Melander 2008, s. 352.

⁴⁹ Melander 2008, s. 172.

⁵⁰ Melander 2008, s. 351 – 352.

3 BARNET, VÅLDET OCH FÖRPLIKTELSENA

3.1 Barnkonventionen som barnrättslig utgångspunkt

Barnets rättigheter började diskuteras internationellt i slutet av 1800-talet. Diskussionen blev sedan livligare i medlet av 1920-talet när Nationernas förbund antog Genève-deklarationen om barnens rättigheter. Genève-deklarationen följdes i sin tur år 1959 av FN:s deklaration om barns rättigheter, där innehållet utvecklades genom tio principer rörande bland annat barnets rätt till uppväxt och utveckling, barnets rätt till särskilt skydd och hänsyn till barnets bästa. Barnets rättigheter blev sålunda ett ärende som började ta plats på agendan, både internationellt och nationellt. Tjugo år senare, i samband med FN:s barnår 1979 tog Polen initiativ till barnkonventionen, ett förslag som i stort byggde på deklarationen från år 1959, men som under beredningsprocessen skulle komma att utvecklas till ett omfattande rättighetsinstrument. Ytterligare tio år hann förflyta innan FN:s generalförsamling slutligen den 20 november år 1989 antog det instrument vi idag känner som barnkonventionen.⁵¹

Ur barnrättslig synvinkel inledde barnkonventionen en ny era som i grunden har förändrat den rådande synen på barnets rättigheter.⁵² I och med konventionen har man gått från att skydda barn som passiva objekt till att skydda barnets rättigheter i en vidare bemärkelse.⁵³ Barnets rättigheter har således utvecklats, och utvecklas fortfarande, från att närmast ha varit ett uttryck för välfärdspolitisk välvilja till att ta plats som rättsliga normer och tolkningsinstrument. Barnet har etablerats som en fullvärdig människa och som aktiv innehavare av rättigheter.⁵⁴ I linje med detta ska barnkonventionen uppfattas som ett rättsligt verktyg som främjar respekt för samt skyddande och verkställande av barnets rättigheter, och som ett instrument som utgör en betydande rättskälla i alla situationer som gäller barnets rättsliga ställning.⁵⁵ I Europa har barnkonventionens

⁵¹ Hakalehto 2018, s. 16 – 17 och Schiratzki 2014, s. 21 – 22.

⁵² Hakalehto-Wainio 2011, s. 510, Archard 2015, s. 107 – 108.

⁵³ Hakalehto-Wainio 2013, s. 27.

⁵⁴ Freeman talar om *beings and becomings*. Ett barn är i sig självt en person med en plats och en röst i tillvaron, inte enbart en halvfärdig vuxen. Freeman 2011, s. 26 – 27. Archard poängterar att kontrasten mellan barn och vuxna inte ska överdrivas, men att barnets rättigheter ändå till syvende och sist riktar sig mot barnet i egenskap av barn. Archard 2015, s. 110.

⁵⁵ Hakalehto-Wainio 2011, s. 510, Archard 2015, s. 107. Hanson identifierar två typer av förhållningssätt till barnkonventionen. Det tycks enligt Hanson finnas de som betraktar barnkonventionen främst som ett instrument för politisk påverkan och de som betraktar konventionen som ett rättsligt instrument. Hanson 2007, s. 646. Även EU:s byrå för grundläggande rättigheter (FRA) använder barnkonventionen som utgångspunkt i sin rapportering om barnets rättigheter i unionen. Se FRA 2010, s. 10 – 12.

ställning befästs ytterligare genom Europadomstolens ställningstagande i avgörandet Sahin mot Tyskland, där man har konstaterat att *"The human rights of children and the standards to which all governments must aspire in realising these rights for all children are set out in the Convention on the Rights of the Child"*.⁵⁶ I praktiken betyder det här att Europadomstolen har erkänt barnkonventionen som ett verktyg den använder i syfte att tolka rättigheterna i Europakonventionen.⁵⁷ Europakonventionen i sig själv utgår från ett neutralt perspektiv och innefattar knappt några rättigheter som specifikt tar sikte på barn som just barn,⁵⁸ domstolens val att använda barnkonventionen som tolkningsinstrument torde således säga en hel del om konventionens betydelse och inflytande.

En stat som ratificerar barnkonventionen ska se till att lagstiftning, beslutsfattande, resurser och verksamhet anpassas i enlighet med konventionsförpliktelserna.⁵⁹ Enligt artikel 4 i konventionen ska konventionsstaterna vidta alla lämpliga lagstiftningsåtgärder, administrativa åtgärder och andra åtgärder för att genomföra de rättigheter som erkänns i konventionen. Konventionsstaterna ska härtill, särskilt i anslutning till barnets ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, till fullo utnyttja sina tillgängliga resurser i arbetet för att verkställa konventionen.

Barnkonventionen är det instrument som har ratificerats av flest stater i världen, även om många länder har gjort omfattande reservationer.⁶⁰ Det faktum att ett internationellt instrument, åtminstone till valda delar, omfattas av nästan alla världens länder säger naturligtvis något om dess politiska, moraliska och juridiska tyngd, men det kan också säga något om hur det är utformat. Man kan säkerligen hävda att barnkonventionen i någon mån är ett uttryck för världssamfundets kollektiva syn på barnet, men det är

⁵⁶ Case of Sahin v. Germany (2003), punkt 39. Direkt till barnets rätt till skydd mot våld i familjen på basis av barnkonventionen har Europadomstolen hänvisat exempelvis i E.S. and Others v. Slovakia (2009), punkt 15.

⁵⁷ Van Bueren 2007, s. 18 – 19. Van Bueren poängterar vidare att domstolen inte har avsett att utvidga sin jurisdiktion utanför Europakonventionen, utan att det uttryckligen är fråga om en tolkningseffekt. Verheyde kritiserar Europadomstolens förmåga att ta till sig barnkonventionen och menar att domstolens användning av barnkonventionen som tolkningsinstrument inte är systematisk. Verheyde 2007, s. 118.

⁵⁸ Grover 2010, s. 38.

⁵⁹ Hakalehto 2018, s. 36, Archard 2015, s. 107 och 109. Se även Hakalehto-Wainio 2013, s. 42 – 45 om barnkonventionen som en förpliktande människorättskonvention, dess direkta nationella verkan och missuppfattningar i anslutning till detta. Barnrättskommittén har poängterat att våld mot barn ska bemötas ur ett barnrättsligt perspektiv, snarare än ett välfärds perspektiv. CRC/C/GC/13, punkt 13.

⁶⁰ USA är det enda landet i världen som inte har ratificerat barnkonventionen. indicators.ohchr.org → Convention on the Rights of the Child. De reservationer konventionsstaterna har gjort finns listade i United Nations Treaty Collection. un.treaties.org → Depositary → Status of treaties → Chapter IV Human Rights → 11. Convention on the Rights of the Child.

samtidigt skäl att betona att alla konventioner formas genom internationella, politiska överenskommelser som i varierande grad speglar olika intressen.⁶¹ Det faktum att nära nog alla världens länder har ratificerat barnkonventionen betyder inte per automatik att den är fulländad, utan kan tvärtom indikera att den just därför innehåller många kompromisser. Finland har ratificerat barnkonventionen utan reservationer, något som befäster konventionen som ett uttryck för den finländska synen på barnet och frambringar förpliktelser för den finska staten. Likväl finns det även här utrymme för eftertanke, inte minst i anslutning till det som Scheinin har kallat för den nordiska arrogansen i förhållande till människorättsförpliktelser.⁶² En ratifikation av barnkonventionen utan reservationer kan förebåda stora barnrättsliga ambitioner, eller spegla höga tankar om den egna förträffligheten.

En hälsosam skepsis till trots står det klart att barnkonventionen är en exceptionellt omfattande och detaljerad konvention.⁶³ Det är en människorättskonvention som beaktar barnet som helhet, som erkänner att de mänskliga rättigheterna tillkommer barnet och som beaktar barn som en särskild grupp vars utveckling och behov skiljer sig från vuxnas.⁶⁴ Konventionen omfattar 54 artiklar, varav 41 avser materiella rättigheter och resten förfaranden, såsom barnrättskommitténs arbete och staternas rapportering.⁶⁵ Konventionen innehåller många rättigheter som är identiska med rättigheter i andra människorättskonventioner, men också rättigheter som särskilt tillkommer barnet. Barnet har särskild rätt att få sitt bästa beaktat i första hand när beslut fattas, att leva med sina föräldrar och att uttrycka sin åsikt och få den beaktad, särskild rätt till utveckling, till

⁶¹ Archard konstaterar att barnkonventionen väl fångar det faktum att barnets rättigheter tillkommer alla barn oavsett var i världen de befinner sig, men berör samtidigt den kritik som ofta riktas mot människorättsinstrument, nämligen deras tendens att i första hand spegla västerländska värderingar. Archard 2015, s. 116.

⁶² Scheinin 2008, s. 136 – 137.

⁶³ Hakalehto 2018, s. 38. Archard menar att ett av de viktigaste skälen till barnkonventionens tyngd som rättsligt instrument är att den på det stora hela fångar de rättigheter vi anser att barnet bör ha. ”...the CRC is generally thought to get it right.” Archard 2015, s. 108.

⁶⁴ Hakalehto 2018, s. 35. Så även Nieminen 2004, s. 598 – 599.

⁶⁵ FN:s kommitté för barnets rättigheter (barnrättskommittén) består av 18 oberoende experter och dess uppgift är att utreda hur arbetet för de konventionsenliga rättigheterna framskrider i konventionsstaterna. Konventionsstaterna rapporterar till kommittén men jämnar mellanrum, i regel vart femte år. Barnrättskommittén kommer därefter med rekommendationer om åtgärder som kan främja barnets rättigheter, men har inte möjlighet att tillgripa sanktioner. Till barnrättskommitténs arbete hör också att utarbeta allmänna kommentarer som ska hjälpa staterna att tillämpa konventionen.

skydd i allmänhet och till skydd mot alla former av våld och utnyttjande samt särskild rätt till vila, lek och fritid.⁶⁶

3.2 Barnkonventionens grundprinciper

3.2.1 Barnets bästa

Samtliga artiklar i barnkonventionen utgör en helhet. Barnrättskommittén har ändå bland konventionens artiklar identifierat fyra allmänna principer och konstaterat att ett barnperspektiv som utgår från dessa principer ska genomsyra allt beslutsfattande inom den lagstiftande, verkställande och dömande makten, såväl som alla andra åtgärder som företas av myndigheter.⁶⁷ Konventionens kärna formas av barnets bästa (artikel 3), barnets rätt till delaktighet (artikel 12), barnets rätt till liv, hälsa och utveckling (artikel 6) och alla barns lika värde (artikel 2). Varje artikel utgör också en materiell rättighet, men av karaktären som allmän princip följer att artiklarna samtidigt fungerar som tolkningsinstrument för alla andra artiklar i konventionen. I det följande presenteras de fyra allmänna principerna, i syfte att bygga en tolkningsgrund inför den specifika inriktningen på barnets rätt till skydd mot alla former av våld.

Barnets bästa ses allmänt som en grundvärdering inom barnrättslig reglering.⁶⁸ Enligt artikel 3.1 i barnkonventionen ska vid alla åtgärder som rör barn, vare sig de vidtas av offentliga eller privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ, i första hand beaktas vad som bedöms vara barnets bästa. Artikel 3 har beskrivits som ett paraply som spänner över hela barnkonventionen.⁶⁹

Barnrättskommittén har klargjort att barnets bästa är ett trefaldigt begrepp som omfattar en materiell rättighet, en grundläggande rättslig tolkningsprincip och en processregel.⁷⁰ Det är således fråga om en rättighet vars tillämpning kan åberopas i domstol och en tolkningsprincip som ska styra tolkningen av bestämmelser, så att de tillämpas i enlighet med innehållet i barnkonventionen. Barnets bästa utgör här till en processregel som innebär att varje beslut som rör ett barn ska föregås av en bedömning av vilka konsekvenser beslutet har för barnet.⁷¹ Barnrättskommittén rekommenderar att beslut

⁶⁶ Hakalehto 2018, s. 39.

⁶⁷ CRC/GC/2003/5, punkt 12 och Hakalehto 2018, s. 42.

⁶⁸ Hakalehto 2018, s. 96.

⁶⁹ Hakalehto 2018, s. 51, Hammarberg – Holmberg 2000, s. 41

⁷⁰ CRC/C/GC/14, punkt 6.

⁷¹ Hakalehto 2018, s. 51-52.

som rör barn motiveras så att det av beslutet framgår vad som är barnets bästa, på vilka grunder beslutet baserar sig och hur barnets intressen har vägts mot andra intressen.⁷²

Barnets bästa är ett komplext begrepp som måste bedömas i varje enskilt fall.⁷³ Det är också ett öppet begrepp, som kan resultera i olika tolkningar med olika bakomliggande intressen.⁷⁴ Barnets egen åsikt spelar en central roll, men det finns också objektiva, i grund- och mänskliga rättigheter förankrade, kriterier att luta sig mot.⁷⁵ Redan innan barnrättskommittén kom med den allmänna kommentar som särskilt behandlar artikel 3, hade man slagit fast att all tolkning av barnets bästa ska göras i barnkonventionens anda.⁷⁶ I syfte att begränsa risken för fria tolkningar av begreppet har kommittén sedermera fastslagit att barnets inställning och identitet, bevarande av familjemiljön och upprätthållande av relationer, omsorg, skydd och säkerhet, utsatthet och rätt till hälsa och utbildning är faktorer som alltid ska beaktas när de är aktuella i den specifika situationen.⁷⁷

Barnrättskommittén beskriver implementeringen av barnets bästa som en process i två steg där de relevanta elementen först utreds och sedan vägs mot varandra, enligt ett förfaringssätt som garanterar rättsskydd och korrekt tillämpning av rättigheten.⁷⁸ Den som fattar ett beslut ska sträva efter ett resultat där barnets bästa har satts i främsta rummet. Det är ändå skäl att märka att barnets bästa inte nödvändigtvis är den avgörande faktorn, utan att det kan finnas andra intressen som väger tyngre.⁷⁹ Den engelska konventionstexten *the best interest of the child shall be a primary consideration* ska enligt kommittén tolkas så att barnets bästa innehar en starkare ställning än andra intressen, även om det inte är det enda och avgörande kriteriet.

⁷² CRC/C/GC/14, punkt 6 (c).

⁷³ CRC/C/GC/14, punkt 32.

⁷⁴ Se Breen 2002, s. 287 om hur vuxnas intressen i förlängningen definierar barnets intressen, eftersom det alltid kan diskuteras huruvida barnets bästa egentligen är en flyktig utopi.

⁷⁵ Nieminen 2004, s. 619. Hammarberg – Holmberg 2000, s. 41. Med i grund- och mänskliga rättigheter förankrade kriterier avser både Nieminen samt Hammarberg och Holmberg barnets grundtrygghet enligt barnkonventionen, såsom att barnet får mat, kan gå i skola och har ett hem.

⁷⁶ Hetemäki 2011, s. 39. Se exempelvis CRC/C/GC/8, punkt 26 om hur fysisk bestraffning inte kan motiveras med barnets bästa, eftersom barnet ska behandlas med respekt och har rätt till fysisk integritet.

⁷⁷ CRC/C/GC/14, punkterna 52 – 79.

⁷⁸ CRC/C/GC/14, punkt 46.

⁷⁹ Hetemäki 2011, s. 39.

3.2.2 Barnets rätt till delaktighet

Enligt artikel 12 i barnkonventionen ska konventionsstaterna tillförsäkra det barn som är i stånd att bilda egna åsikter rätten att fritt uttrycka dessa i alla frågor som rör barnet. Barnets åsikter ska tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad. För detta ändamål ska barnet, i alla domstolsförfaranden och administrativa förfaranden som rör barnet, särskilt beredas möjlighet att höras, antingen direkt eller genom en företrädare eller ett lämpligt organ och på ett sätt som är förenligt med nationella procedurregler.

Barnrättskommittén understryker att barnets rätt till delaktighet är en rättighet som skapar klara rättsliga förpliktelser för staten, i relation till lagstiftning så väl som till direkt bemötande.⁸⁰ Artikel 12 ålägger staten att ge barn möjlighet att delta i alla beslut som berör dem, både som individer i enskilda ärenden och som grupp i fråga om allmänna beslut.⁸¹ Artikeln är inte förenad med någon åldersgräns och barnrättskommittén har poängterat att formuleringen "i stånd att bilda egna åsikter"⁸² inte ska tolkas som en begränsning, utan att den istället förpliktar att i alla situationer bedöma barnets förmåga att uttrycka sig.⁸³ Barnet får inte förhindras att utöva sin rätt till delaktighet på den grunden att det är svårt för barnet att uttrycka sig, istället förutsätter implementeringen av artikel 12 att hänsyn tas till olika non-verbala former av kommunikation, såsom lek, kroppsspråk eller teckningar.⁸⁴ Staten ska utgå ifrån att barnet kan uttrycka sig och tillhandahålla verktyg för kommunikation.

Rätten till delaktighet innefattar rätt att få information. Barnet ska erbjudas tillräcklig information för att kunna bilda sig en åsikt och informeras om möjliga beslut, konsekvenser och alternativa lösningsmodeller. Barnet ska kunna uttrycka sig fritt utan att bli pressat eller manipulerat. Att kunna uttrycka sig fritt innebär också en möjlighet att välja att inte uttrycka sin åsikt.⁸⁵

Barnets rätt är vuxnas ansvar. Delaktighet uppnås genom en genomgripande, positiv inställning till barn och genom respekt för barnets åsikt i alla sektorer i samhället.⁸⁶ Det

⁸⁰ CRC/C/CG/12, punkt 15.

⁸¹ CRC/C/CG/12, punkt 9.

⁸² I den engelska konventionstexten: "*capable of forming his or her own views*".

⁸³ CRC/C/GC/12, punkt 20.

⁸⁴ CRC/C/GC/12, punkt 21.

⁸⁵ CRC/C/GC/12, s. punkterna 16 och 22.

⁸⁶ Hakalehto 2018, s. 49.

här betyder däremot inte att ansvaret för beslut skulle överföras till barnet eller att alla beslut ska vara förenliga med barnets åsikt. Avsikten med artikel 12 är att ta in barnperspektivet i beslutsfattandet genom att förse barnet med en likvärdig möjlighet att uttrycka sig på sina egna villkor och få sin åsikt beaktad i ärenden som gäller barnet personligen eller i frågor som på ett allmänt plan berör barn. Situationer där man väljer att inte höra barnet och inte beakta barnets åsikt är undantag som måste kunna motiveras utgående från barnets bästa.⁸⁷

3.2.3 Barnets rätt till liv, hälsa och utveckling

Konventionsstaterna erkänner enligt artikel 6 varje barns inneboende rätt till livet och ska till det yttersta av sin förmåga säkerställa barnets överlevnad och utveckling. Föräldrarna har huvudansvaret för barnets uppväxt och utveckling, medan statens uppgift är att stöda familjen och att följa med, följa upp och ingripa i handlingar som äventyrar barnets utveckling (artikel 5 och 18). Begreppet utveckling har inte definierats när konventionen kom till, men rätten till utveckling har ansetts innebära tryggande av gynnsam utveckling och välmående.⁸⁸ Rättigheten konkretiseras i flera artiklar som gäller främjande av barnets fysiska, mentala, moraliska, sociala, kulturella och personliga utveckling. Artikel 31 som fastställer barnets rätt till lek, vila och fritid är ett av konventionens särdrag som är förenat med just barnets utveckling.⁸⁹ Rätten till utveckling är också kopplad till de artiklar i barnkonventionen som är ämnade att skydda barnet från handlingar som kan skada utvecklingen, såsom artikel 19 som inbegriper barnets rätt till skydd mot alla former av våld medan barnet är i sina föräldrars eller andra vårdnadshavares vård.

3.2.4 Alla barn är lika mycket värda

Det så kallade diskrimineringsförbudet uttrycks i artikel 2 som föreskriver att konventionsstaterna ska respektera och tillförsäkra varje barn inom deras jurisdiktion de rättigheter som anges i konventionen utan åtskillnad av något slag, oavsett barnets eller dess förälders eller vårdnadshavares ras, hudfärg, kön, språk, religion, politiska eller annan åskådning, nationella, etniska eller sociala ursprung, egendom,

⁸⁷ Hakalehto 2018, s. 49.

⁸⁸ Hakalehto 2018, s. 42 – 43.

⁸⁹ Hakalehto 2018, s. 43.

funktionsnedsättning, börd eller ställning i övrigt. Formuleringen betonar att rättigheterna i barnkonventionen tillkommer varje barn utan åtskillnad och att alla barn ska behandlas lika inför lagen. Enligt artikeln ska konventionsstaterna vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att barnet skyddas mot alla former av diskriminering eller bestraffning på grund av föräldrars, vårdnadshavares eller familjemedlemmars ställning, verksamhet, uttryckta åsikter eller tro. Staten är således skyldig att i sin lagstiftning förbjuda alla former av diskriminering, att aktivt verka för att diskriminering inte ska uppstå och att effektivt ta tag i diskriminering när den upptäcks.⁹⁰

Diskriminering kan ofta definieras som ojämlik behandling.⁹¹ Ojämlik behandling innefattar både en aktiv och en passiv dimension; diskriminering behöver inte ta sig uttryck i en aktiv handling mot ett barn, utan stater förväntas också undvika passiv diskriminering genom att aktivt främja likabehandling, exempelvis genom lagstiftning och utbildning för dem som arbetar med barn.⁹² FN:s kommitté för mänskliga rättigheter (människorättskommittén) har slagit fast att termen diskriminering avser vilken form av åtskillnad, uteslutning, begränsning eller preferens som helst, som grundar sig på personliga egenskaper, åsikter, härkomst eller andra motsvarande kriterier och som är ägnad att upphäva eller försvaga varje människas lika rätt att jämlikt åtnjuta och utöva alla sina rättigheter och friheter.⁹³

I den här framställningen är det ur barnets synvinkel närmast vertikal jämlikhet som är det centrala temat, det vill säga barn som grupp i förhållande till vuxna kvinnor och män. Vid en sådan granskning är det ändå skäl att också beakta horisontal jämlikhet mellan olika barn, eftersom barnets rättigheter i förhållande till vuxna kan förutsätta olika åtgärder för olika barn, beroende på sådant som exempelvis barnets ålder eller särskilda behov. Diskriminering är ojämlikhet, men ojämlikhet är inte alltid diskriminering; likabehandling är som bekant inte synonymt med identisk behandling, utan kan tvärtom innebära en skyldighet till positiv särbehandling om syftet är att nå upp till de konventionsenliga människorättsförpliktelsestandard.⁹⁴

⁹⁰ Hakalehto 2018, s. 47.

⁹¹ Hakalehto 2018, s. 45.

⁹² Hakalehto 2018, s. 45.

⁹³ Human Rights Committee, General Comment No. 18, punkt 6 och 7.

⁹⁴ CRC/GC/2003/5, punkt 12 och Human Rights Committee, General Comment No. 18, punkt 10.

3.3 Definitioner och förpliktelser som berör våld i barnkonventionen

Enligt artikel 19 i barnkonventionen ska konventionsstaterna vidta alla lämpliga lagstiftningsåtgärder, administrativa, sociala och utbildningsmässiga åtgärder för att skydda barnet mot alla former av fysiskt eller psykiskt våld, skada eller övergrepp, vanvård och försumlig behandling, misshandel eller utnyttjande, inklusive sexuella övergrepp medan barnet är i föräldrarnas eller annan persons vård. Sådana skyddsåtgärder bör, där så är lämpligt, innefatta effektiva förfaranden för såväl upprättandet av sociala program som syftar till att ge barnet och de personer som har hand om barnet nödvändigt stöd, som för andra former av förebyggande och för identifiering, rapportering, remittering, undersökning, behandling och uppföljning av fall av ovan beskrivna sätt att behandla barn illa och, där så är lämpligt, förfaranden för rättsligt ingripande.

Barnrättskommittén har konstaterat att barnkonvention innefattar flera artiklar som tangerar våld mot barn, men att artikel 19 utgör den kärnbestämmelse som ska styra diskussionen kring våld mot barn i ett helhetsperspektiv.⁹⁵ Kommittén har genomgående betonat att alla former av våld mot barn, må det vara fråga om hur lindrigt våld som helst, ska förbjudas och att verkan av ett sådant förbud ska underbyggas med hjälp av information och utbildning.⁹⁶ Man har slagit fast att termen våld i konventionens mening innefattar också icke-fysiskt våld och skada som är förenad med vårdslöshet snarare än uppsåt, såsom försummelse eller psykisk illabehandling.⁹⁷ Kommittén har vidare poängterat att det ur statens synvinkel är fråga om en positiv och aktiv människorättsförpliktelse att motarbeta våld och kränkningar av barnets mänskliga rättigheter.⁹⁸

I en juridisk analys av elementen i artikel 19.1 har barnrättskommittén definierat vad som avses med "alla former av våld", "medan barnet är i föräldrars eller annan persons vård", "ska vidta" och "alla lämpliga åtgärder". Den juridiska analysen inleds med ett ställningstagande där kommittén konstaterar att det inte finns några som helst former av våld mot barn som kan anses vara lagliga eller socialt acceptabla.⁹⁹ En översikt av det våld

⁹⁵ CRC/C/GC/13, punkt 7(a).

⁹⁶ Hetemäki 2011, s. 194. CRC/C/GC/13, punkt 17.

⁹⁷ CRC/C/GC/13, punkt 4.

⁹⁸ CRC/C/GC/13, punkt 5 och 13.

⁹⁹ CRC/C/GC/13, punkt 17.

barn ska skyddas från inkluderar försummelse, psykiskt våld, fysiskt våld inklusive barnaga, sexuellt våld, tortyr, våld mellan barn, självskadebeteende, skadliga sedvänjor, porträtterade av vissa grupper av barn som våldsamma, våld där informationsteknologi används som verktyg och indirekt möjliggörande av våld genom institutionell oförmåga att ingripa.¹⁰⁰ Listan är mycket detaljerad på alla punkter, men kommittén framhåller att den icke desto mindre är ofullständig och att kategorierna inte utgör exakta avgränsningar för de typer av våld barn utsätts för.¹⁰¹ Kommittén konstaterar vidare att barnet ska vara tryggt och inte utsättas för våld, oavsett om vårdnadshavaren är en förälder, någon annan person eller staten.¹⁰² "Ska vidta" är en term som inte lämnar något utrymme för handlingsfrihet för konventionsstaterna. Staten är förpliktad att vidta alla lämpliga åtgärder för att till fullo tillgodose barnets rättigheter.¹⁰³ Med lämpliga åtgärder avses heltäckande och genomgripande arbete i samarbete mellan olika sektorer och på alla nivåer inom förvaltningen, både ifråga om övergripande arbete mot våld och vid handläggning av enskilda ärenden.

Omfattningen av de lämpliga åtgärderna har vidare utvecklats i en analys av artikel 19.2.¹⁰⁴ För den här framställningen är det främst förpliktelser i anslutning till förfaranden för rättsligt ingripande som är av närmare intresse. På den punkten har barnet och barnets föräldrar rätt till ändamålsenlig information i rätt tid, barn som har fallit offer för brott ska behandlas varsamt, individuellt och på ett barnvänligt sätt genom hela processen och processen ska vara snabb, effektiv och garantera rättssäkerhet.¹⁰⁵ När det är ändamålsenligt ska särskilda processer utvecklas för barn som har upplevt våld. I straffprocessen kan det innebära särskilda, specialiserade avdelningar inom polisen, åklagarmyndigheten och i domstolen, med personal som är utbildad för ändamålet. De förfaranden som iakttas ska anpassas för barn med olika förutsättningar, påföljderna ska vara effektiva, offret ska kompenseras och det ska finnas möjlighet att besvära sig över beslut.¹⁰⁶

¹⁰⁰ CRC/C/GC/13, punkt 20 – 32.

¹⁰¹ CRC/C/GC/13, punkt 19.

¹⁰² CRC/C/GC/13, punkt 33 – 36.

¹⁰³ CRC/C/GC/13, punkt 37.

¹⁰⁴ CRC/C/GC/13, punkt 17 – 58.

¹⁰⁵ CRC/C/GC/13, punkt 54.

¹⁰⁶ CRC/C/GC/13, punkt 56.

Artikel 19 ger barnet ett omfattande och detaljerat skydd mot mer eller mindre alla tänkbara former av våld. Artikeln förutsätter att våldshandlingar mot barn straffbeläggs, men barnrättskommittén har också poängterat att när förövaren är barnets primära vårdnadshavare kan det i vissa sammanhang, med beaktande av det skydd barnets rättigheter garanterar, våldshandlingens svårighetsgrad och andra omständigheter, vara motiverat att fokusera på andra former av åtgärder än straffrättsliga.¹⁰⁷

3.4 Istanbulkonventionen som rättslig utgångspunkt för familjevåld

Istanbulkonventionen innefattar bestämmelser som gäller våld mot kvinnor oavsett i vilken kontext det sker och bestämmelser som gäller familjevåld, oavsett vem våldet riktas mot. Den fortsatta framställningen inriktar sig på de bestämmelser som särskilt rör familjevåld och barn, men eftersom våld inom familjen är sammanlänkat med våld mot kvinnor är det skäl att först säga några ord om den kontext inom vilken konventionen har formats.¹⁰⁸

Identifiering av våld inom familjen är starkt knutet till erkännande av våld mot kvinnor. Hemmet började identifieras som den farligaste platsen för kvinnan när kvinnors upplevelser av våld tog plats på de stora arenorna i början av 1990-talet.¹⁰⁹ Särdragen i det våld kvinnor utsätts för hade lyfts fram inom forskningen och av kvinnorörelsen sedan 1970-talet, men inom de mänskliga rättigheterna började den här typen av våld ta plats först när det systematiska våld mot kvinnor som utövades i krigen i Jugoslavien och Rwanda fick internationell uppmärksamhet. Riktig synlighet bland de mänskliga rättigheterna fick våld mot kvinnor först i och med den allmänna rekommendation som FN:s kommitté för konventionen om avskaffande av all slags diskriminering mot kvinnor (CEDAW-kommittén) antog år 1992.¹¹⁰ Kommittén slår i rekommendationen fast att CEDAW-konventionen förutsätter positiva åtgärder av konventionsstaterna för att våldet mot kvinnor ska kunna avskaffas.¹¹¹ CEDAW-kommitténs rekommendation har kommit att spela en betydande roll för kvinnoperspektivet och rekommendationen har bidragit

¹⁰⁷ CRC/C/GC/13, punkt 56.

¹⁰⁸ Explanatory report to CETS 210, punkt 4. Enligt en undersökning utgiven av EU:s byrå för grundläggande rättigheter (FRA) har 30 % av kvinnorna i Finland upplevt fysiskt eller sexuellt våld där förövaren har varit en partner och 53 % har upplevt psykiskt våld där förövaren har varit en partner. FRA 2014, s. 27 – 30 och 73 – 74.

¹⁰⁹ Nousiainen – Pentikäinen 2017, s. 53.

¹¹⁰ Nousiainen – Pentikäinen 2017, s. 53 – 54.

¹¹¹ CEDAW General recommendation No. 19, punkt 4.

till att internationella övervakningsorgan sedermera har antagit en tolkningslinje som synliggör våld mot kvinnor också i samband med sådana människorättskonventioner där den här typen av våld inte nämns explicit.¹¹² Konventioner som särskilt reglerar våld mot kvinnor har antagits på den amerikanska kontinenten av Organisationen för amerikanska stater år 1995 och i Afrika av den Afrikanska unionen år 2004.¹¹³ Den europeiska Istanbulkonventionen antogs i maj 2011 och trädde i kraft i augusti 2014.

Istanbulkonventionen är en historisk, betydande och omfattande konvention.¹¹⁴ Konventionen befäster många redan existerande normer och principer, men inför också nya element och tyngdpunktsområden.¹¹⁵ Konventionen erkänner det faktum att människorättsliga instrument har haft en tendens att blunda för det våld som sker mellan individer i familje- och privatlivet och som oftast drabbar kvinnor. Till konventionen hör en förutsättning om att staten ska skydda individen från våld också inom den privata sfären. De mänskliga rättigheterna och straffrätten förenas på ett unikt sätt i Istanbulkonventionen och konventionen tar sikte på offrets mänskliga rättigheter. Flera av de brott som nämns i konventionen definieras för första gången i ett internationellt människorättsinstrument.¹¹⁶

Konventionen bygger på fyra grundpelare, nämligen *prevention, protection, prosecution och co-ordinated policies*. Staten åläggs att vidta omfattande förebyggande åtgärder, såsom att utbilda sakkunniga, ordna informationskampanjer och beakta mäns och pojkars roll i arbetet mot våld (*prevention*). Offrets behov och säkerhet ska vara kärnan i allt arbete som strävar efter att skydda och staten åläggs exempelvis att beakta barnet särskilda ställning som vittne, informera offret om hennes rättigheter och utveckla regleringen kring besöksförbud (*protection*). Straffprocessen ska bland annat innefatta ändamålsenlig lagstiftning, effektivt och medvetet polisarbete och inte skuldbelägga offret (*prosecution*). Dessutom förutsätts brett samarbete mellan olika aktörer i fråga om

¹¹² Nousiainen – Pentikäinen 2017, s. 54. Se exempelvis Opuz mot Turkiet, där Europadomstolen med hjälp av CEDAW har visat att våld i familjen utgör en form av diskriminering mot kvinnor som staten är skyldig att aktivt motarbeta.

¹¹³ Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against women och The Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Rights of Women in Africa.

¹¹⁴ Nousiainen – Pentikäinen 2013, s. 455.

¹¹⁵ Nousiainen – Pentikäinen 2017, s. 55.

¹¹⁶ Nousiainen – Pentikäinen 2013, s. 456.

sådant som finansiering, forskning och genomgripande implementering (*co-ordinated policies*).¹¹⁷

Artikel 7 i Istanbulkonventionen ålägger uttryckligen konventionsstaterna att möta familjevåld utifrån ett helhetsperspektiv som sätter brottsoffrets rättigheter i centrum. Straffrättsliga åtgärder ska således samverka med andra åtgärder för att förebygga och bekämpa familjevåld på ett sätt som beaktar offrets situation som helhet. Konventionen preciserar statens aktsamhetsplikt och ansvar inför icke statliga aktörers våldshandlingar (*due diligence*);¹¹⁸ staten ansvarar för att förebygga, utreda, straffa och gottgöra de våldshandlingar som privata aktörer gör sig skyldiga till. Konventionsstaternas tillämpning av konventionen övervakas av en expertgrupp för bekämpning av våld mot kvinnor och våld i hemmet (GREVIO).¹¹⁹

3.5 Definitioner och förpliktelser som berör barn i Istanbulkonventionen

Våld i hemmet definieras i artikel 3b i Istanbulkonventionen som varje fall av fysiskt, sexuellt, psykiskt eller ekonomiskt våld som utövas inom familjen eller i hemmiljön eller mellan makar eller partner eller före detta makar eller partner, oavsett om förövaren delar eller har delat bostad med brottsoffret eller inte. Med brottsoffer avses enligt artikel 3e varje fysisk person som utsätts för sådana handlingar. I fråga om barn har man redan i konventionens ingress konstaterat att termen brottsoffer innefattar barn som bevittnar våld, eftersom själva upplevelsen av våld är traumatiserande för ett barn, även om barnet självt inte är den direkta måltavlan.¹²⁰

Kapitel V i Istanbulkonventionen innefattar bestämmelser om materiell rätt. Europarådet har konstaterat att harmonisering av nationella straffbestämmelser är viktigt för att systematiskt och effektivt kunna motverka våld mot kvinnor och våld inom familjen som ett utbrett fenomen.¹²¹ Artiklarna 33 – 39 i konventionen förpliktar därför konventionsstaterna att kriminalisera vissa typer av uppsåtliga handlingar.¹²² Av dessa är artiklarna 33, 34 och 35 av särskilt intresse här. Dessa ålägger konventionsstaterna att vidta nödvändiga lagstiftningsåtgärder eller andra åtgärder för att straffbelägga direkt

¹¹⁷ Europarådet, www.coe.int/conventionviolence → infographics.

¹¹⁸ Nousiainen – Pentikäinen 2013, s. 456.

¹¹⁹ Övervakningen regleras i kapitel IX i konventionen.

¹²⁰ Explanatory report to CETS 210, punkt 27.

¹²¹ Explanatory report to CETS 210, punkt 151 – 152.

¹²² Explanatory report to CETS 210, punkt 155.

fysiskt våld mot en annan person, allvarliga kränkningar av en persons psykiska integritet genom tvång eller hot och upprepat hotfullt beteende som orsakar att offret känner fruktan för sin säkerhet. Konventionen definierar inte vad som krävs för att en kränkning ska vara allvarlig, och i den tillhörande tolkningsrapporten nöjer man sig med att konstatera att tvång och hot kan realiseras på många olika sätt.¹²³ Upprepat hotfullt beteende kan innefatta allt från att fysiskt följa efter någon eller att vandalisera egendom till att rikta in sig på ett husdjur eller att sprida falsk information på nätet.¹²⁴ Härtill fastställs straffbeläggning av sexuellt våld i artikel 36. Med det icke-fysiska våld som beskrivs i artiklarna 33 och 34 avses särskilt ett beteendemönster, som ska fånga det klandervärda i olika typer av upprepade våldshandlingar som syftar till att bryta ner offret.¹²⁵ Artikel 45 ålägger konventionsstaterna att vidta nödvändiga lagstiftningsåtgärder eller andra åtgärder för att säkerställa effektiva, proportionerliga och avskräckande sanktioner i anslutning till straffbelagda gärningar. Påföljden ska stå i proportion till handlingen, men konventionsstaterna bedömer själva vilka handlingar som ska resultera i de allvarligaste straffen.¹²⁶ Konventionsstaterna har dock enligt artikel 78 möjlighet att förklara att de förbehåller sig rätten att sanktionera psykiskt våld och upprepat hotfullt beteende på andra än straffrättsliga vägar.¹²⁷

Artikel 46 ålägger konventionsstaterna att beakta vissa omständigheter i anslutning till ett brott som försvårande när påföljden bestäms, om dessa omständigheter inte redan utgör en del av brottsrekvisiten. Bland de försvårande omständigheter som räknas upp nämns våld inom familjen, brott som begås vid upprepade tillfällen och brott som begås mot eller i närvaro av ett barn. Istanbulkonventionen synes således inte villkorslöst fastställa familjevåld och våld mot barn som en särskild typ av handling som förutsätter ett eget brottsrekvisit, utan godtar lösningar där enskilda våldshandlingar fräntas sin kontext när brottet bestäms och där sammanhanget enbart har en straffhöjande verkan.

Artikel 42 ålägger konventionsstaterna att vidta nödvändiga lagstiftningsåtgärder eller andra åtgärder för att säkerställa att våldshandlingar inte kan rättfärdigas på ett oacceptabelt sätt i straffprocessen. Artikeln är tydligt förbunden med så kallat

¹²³ Explanatory report to CETS 210, punkt 180.

¹²⁴ Explanatory report to CETS 210, punkt 182 – 183.

¹²⁵ Explanatory report to CETS 210, punkt 181 – 182.

¹²⁶ Explanatory report to CETS 210, punkt 232.

¹²⁷ Finland har inte lämnat något sådant förbehåll.

hedersrelaterat våld, men är också intressant i relation till barnaga. I bestämmelsen nämns bland annat kultur och sedvänja som oacceptabla grunder för rättfärdigande av våld, något som man torde kunna hävda att barnaga är ett uttryck för.¹²⁸

När så är lämpligt ska särskilda skyddsåtgärder enligt artikel 56.2 vidtas i med beaktande av barnets bästa i samband med processuella förfaranden för barn som fallit offer för brott eller som är vittnen till våld mot kvinnor och våld i hemmet. Sådana åtgärder kan bli aktuella under alla delar av straffprocessen och konventionsstaterna ska särskilt beakta den sårbara och skrämmande situation barnet försätts i.¹²⁹ Barnet kan dels skrämmas av den främmande processen, men är också till följd av sin beroendeställning gentemot en förövare som tillhör familjen sårbar i förhållande till den som misstänks för brott.

Istanbulkonventionen erkänner att konventionens rättigheter också tillkommer barn, men ser samtidigt barnet som en egen person med särskilda behov i relation till sin familj och sin omgivning. Barn utsätts för direkt våld, men påverkas också i allra högsta grad av våld i närkretsen. Barnets upplevelse av familjevåld innefattar således både en direkt och en indirekt dimension som konventionen förpliktar staten att beakta såväl i anslutning till det arbete som strävar efter att bygga ett samhälle fritt från våld, som i samband med de åtgärder som följer när våld inom familjen är ett faktum.

3.6 Några ord om Europakonventionen

Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (Europakonventionen) utgår från ett neutralt perspektiv och lyfter inte särskilt fram barn eller familjevåld, utan tar sikte på mänskliga rättigheter i allmänhet. Klart är ändå att också Europakonventionen innefattar en dimension av positiva människorättsförpliktelser som förpliktar staten att skrida till aktiva åtgärder för att se till att konventionens rättigheter respekteras. Våld i familjen kan, likt andra former av våld, aktualiseras i samband med flera av konventionens artiklar. I sin praxis har Europadomstolen kopplat familjevåld särskilt till artikel 2 som gäller rätten till liv, till artikel 3 som förbjuder tortyr, omänsklig behandling, förnedrande behandling och förnedrande bestraffning och till artikel 8 om skydd för privat- och familjelivet.¹³⁰

¹²⁸ Se exempelvis Ritakari-Rautio 2017, där barnaga används för att granska straffrättsligt försvar på kulturella grunder.

¹²⁹ Explanatory report to CETS 210, punkt 293.

¹³⁰ Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 200.

Trots att tortyr är ett begrepp som främst har hänförts till förhållandet mellan staten och individen, riktas artikel 3 alltså inte enbart mot den negativa dimensionen av människorättsförpliktelserna. I likhet med de andra artiklarna i Europakonventionen innefattar artikeln en positiv förpliktelse för staten att se till att de gärningar som artikeln förbjuder är förbjudna också i en positiv, horisontal dimension. Det är särskilt det för familjevåldet typiska fortgående elementet där offret lever under ständigt hot om våld som Europadomstolen har kopplat till artikel 3.¹³¹ Domstolen har här till konstaterat att barnaga kan utgöra förnedrande behandling och bestraffning på det sätt som artikel 3 avser.¹³² Tillsammans med artikel 1, som ålägger konventionsstaterna en skyldighet att respektera de mänskliga rättigheterna, förutsätter artikel 3 fungerande, effektiv och heltäckande lagstiftning som ska säkerställa att behandling av den typ som artikel 3 avser förbjuds också i relationer mellan privatpersoner. Den positiva förpliktelsen att aktivt verka för att motarbeta illabehandling är framför allt ägnad att skydda barn och andra utsatta grupper och omfattar även familjevåld i stort.¹³³

Beroende på de yrkanden som har framställts och hur allvarliga kränkningarna har varit, har Europadomstolen i fråga om upprepat våld i familjen förutom artikel 3, även tillämpat artikel 8.¹³⁴ I de fall där våld i familjen har haft dödlig utgång, har domstolen i allmänhet behandlat ärendet utifrån rätten till liv i artikel 2.¹³⁵

3.7 De sammantagna positiva förpliktelser konventionerna ger uttryck för

Barnet ska skyddas från alla former av våld medan det är i sina föräldrars eller någon annan vårdnadshavares vård. Staten ska beakta familjekontexten när våld utövas i närkretsen och betrakta sådant våld som särskilt klandervärt. Med våld avses alla typer av handlingar som är ägnade att skada barnet, även icke-fysiskt våld, våld som är förenat med vårdslöshet snarare än uppsåt och situationer där barnet upplever våld i sin närkrets

¹³¹ Se exempelvis *E.S. mot Slovakien*, där domstolen ansåg att staten inte hade lyckats leva upp till sina förpliktelser enligt artikel 3, då en person som hade dömts för familjevåld och sexuellt våld riktat mot barnen inte på laglig väg kunde vräkas ur det gemensamma hemmet innan föräldrarnas skilsmässa hade trätt i kraft. *Case of E.S and Others v. Slovakia* (2009), punkt 44.

¹³² Se exempelvis *A. mot Förenade kungariket*, där styvfadern upprepade gånger hade misshandlat ett barn och erkänt handlingarna, men inte dömts till straff i den nationella behandlingen eftersom lagen tillät barnaga i uppfostringssyfte. *Case of A. v. United Kingdom* (1998), punkt 24.

¹³³ Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 199.

¹³⁴ Se exempelvis *Bevacqua och S. mot Bulgarien*, där myndigheterna hade behandlat upprepat våld i familjen som en privat angelägenhet och låtit bli att bestraffa den våldsamma mannen. *Case of Bevacqua and S. v. Bulgaria* (2008), punkt 84.

¹³⁵ Se exempelvis *Kontrová mot Slovakien*, där familjens två barn föll offer för dödligt våld som utövades av deras far. *Case of Kontrová v. Slovakia* (2007), punkt 55.

utan att själv vara primärt utsatt. Våld mot ett barn ska inte heller kunna ursäktas på oacceptabla grunder. Förpliktelsen att skydda barn mot alla former av våld är ett uttryck för förpliktelsen att trygga barnets rätt till liv, överlevnad och utveckling. Lämpliga lagstiftningsåtgärder ska vidtas och förfaranden för rättsliga åtgärder ska vara anpassade på ett sådant sätt att de är tillgängliga för barnet och respekterar barnets särskilda utgångsläge. Enligt Istanbulkonventionen inbegriper lämpliga lagstiftningsåtgärder uttryckligen straffrättsliga sådana. Bestämmelser och förfaranden ska utformas och tillämpas på ett sätt som främjar barnets bästa och alla barns lika värde samt på ett sådant sätt att barnet kan uttrycka sig och få sin åsikt beaktad.

I följande kapitel granskas hur barnets rättigheter skyddas med hjälp av materiella straffbestämmelser i den horisontala dimension av de positiva människorättsförpliktelseerna som förpliktar staten att skydda personer från rättighetsangrepp som riktas mot dem av andra personer. Granskningen i kapitel 5 antar både en horisontal och en vertikal dimension, eftersom det i straffprocessen dels är fråga om att realisera det skydd som de materiella straffbestämmelserna ska garantera barnet gentemot angrepp från en tredje person, dels om positiva förpliktelser i relationen mellan staten och barnet som aktör i processen.

4 BARNET, VÅLDET OCH BROTTET

4.1 Avstamp i ett komplext skyddsintresse

I enlighet med rubriceringen av 21 kap. i strafflagen är skyddsobjekten vid kriminalisering av våldsbrott människans liv och hälsa. Livet utgör förutsättningen för all mänsklig verksamhet och är det viktigaste skyddsintresset vi har.¹³⁶ Hälsa utgör i sin tur en förutsättning för liv. Livet skyddas genom grundrättigheter och mänskliga rättigheter, i 7 § i Finlands grundlag, i artikel 2 i Europakonventionen, i artikel 6 i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna och i många andra internationella människorättskonventioner. Barnets rätt till liv är i sin tur en av de grundläggande principer barnkonventionen bygger på.

¹³⁶ Så även Matikkala 2018. Tyngden hos livet som skyddsobjekt framgår exempelvis ur förarbetena till strafflagens 21 kap, där det konstateras att det är viktigt att mord förblir det grövsta brottet i strafflagen. RP 94/1993 rd, s. 91.

Liv och hälsa är relativt enkla begrepp när en våldshandling kan karaktäriseras som en fysisk engångsföreteelse mellan jämbördiga parter.¹³⁷ Ett slagsmål utanför krogen, ett oöverlagt slag i vredesmod frampå småtimmarna eller en fysisk reaktion på en inbillad oförrätt är exempel på sammanhang där både den företagna handlingen och den uppkomna skadan ofta kan definieras förhållandevis enkelt, enligt modellen slag + blåmärke = sant. Det här är också exempel på situationer som oftast är ett resultat av alkohol och meningsskiljaktigheter mellan vuxna män.¹³⁸ När ett barn upplever våld i sin familj ställs vi däremot inför en mera invecklad helhet. Våld i familjen innefattar sällan enbart ett slag, istället är slaget en del av ett sammanhang som präglas av kuvande och kontroll. I förlängningen är det naturligtvis barnets liv och hälsa som utgör det slutliga skyddsintresset också här, men de komponenter som tillsammans bildar ett välmående barn – och således beståndsdelar i skyddsintresset – blir ur ett straffrättsligt perspektiv mera svåråtkomliga när bilden nyanseras.

Den artikel och grundläggande princip¹³⁹ i barnkonventionen som skyddar barnets rätt till liv innefattar också rätt till överlevnad och utveckling. För ett barn är en gynnsam utvecklig en förutsättning för liv, och rätten till skydd mot alla former av våld är således förbunden med varje del av rätten till liv, överlevnad och utveckling. Barnet har inte enbart rätt att överleva, utan rätt att genom utveckling åtnjuta ett fullvärdigt liv. Människans utveckling är en lång och utdragen process som i hög grad syftar till att förbereda oss på och träna oss i förutsättningarna för ett socialt liv.¹⁴⁰ Under den långa utvecklingsprocessen lär vi oss om vår kultur och att fungera i komplexa sociala sammanhang.¹⁴¹ Den fysiska omogenheten hos ett barn leder till fortgående, nära sociala relationer inom familjen där det uppstår en högeffektiv, social kontext som gör det möjligt för barnet att lära sig mänskliga fenomen såsom språk, tanke, självmedvetenhet,

¹³⁷ Med detta inte sagt att den här typen av situationer på något sätt är obetydliga. Avsikten i det följande är enbart att, eventuellt något karikerat, påvisa att det finns situationer där den fysiska handlingen och den objektivt mätbara skadan i sig allena är avgörande för skyddsintressets legitimitet och omfattning, men också situationer som är mera nyanserade än så.

¹³⁸ Undersökningar visar att förövaren oftast är en okänd person när män utsätts för våld och att såväl offret som förövaren oftast är alkoholpåverkade. Sådant våld förekommer vanligtvis på gatan eller i anslutning till någon nöjesinrättning. Se exempelvis Heiskanen – Ruuskanen 2010, s. 34 – 36 och 45.

¹³⁹ Barnrättskommittén har bland konventionens artiklar identifierat fyra allmänna principer och konstaterat att ett barnperspektiv som utgår från dessa principer ska genomsyra allt beslutsfattande inom den lagstiftande, verkställande och dömande makten, såväl som alla andra åtgärder som företas av myndigheter. Barnets rätt till liv, överlevnad och utveckling är en sådan princip. Se avsnitt 3.2.

¹⁴⁰ Richards 1998, s. 35.

¹⁴¹ Richards 1998, s. 35.

grunderna för social förståelse, uppförande och relationer.¹⁴² Om barnet i det här grundläggande sammanhanget utsätts för våld utgör det en allvarlig risk för utvecklingen.¹⁴³

Effekterna av våld i hemmet påverkar i huvudsak barnet genom två olika kanaler, å ena sidan påverkas barnet direkt av de trauman våldet i sig orsakar, å andra sidan har livet i en våldsspiral konsekvenser för de vuxnas förmåga att fungera som föräldrar.¹⁴⁴ Konsekvenserna för barnet är beroende av våldets art och mängd, barnets ålder och kön samt andra riskfaktorer och skyddande faktorer i barnets uppväxtmiljö.¹⁴⁵ Empiriska studier visar att ett våldsamt hem äventyrar barnets utvecklingsprocess och personliga förmågor och att barn i huvudsak uppvisar symptom på de områden som för tillfället är förbundna med de största utvecklingsmässiga utmaningarna.¹⁴⁶ Forskning visar också att konsekvenserna för barn som utsätts för direkt våld och konsekvenserna för barn som upplever våld utan att själva vara primärt utsatta inte skiljer sig nämnvärt från varandra.¹⁴⁷ Den kumulativa effekten kan följa med barnet in i vuxenlivet och orsaka svårigheter att identifiera logiska förhållningssätt och reaktionsmodeller i förhållande till omgivningen och ambivalens i relation till den egna förmågan att kontrollera sitt beteende.¹⁴⁸ Barn själva vittnar om känslor av ensamhet och utanförskap.¹⁴⁹ I förlängningen innebär det här att barn som upplever våld i hemmet löper större risk att hamna i en fortgående våldscykel också i vuxenlivet.¹⁵⁰

Våld kan undersökas som enskilda gärningar och grupperas på olika sätt, exempelvis genom indelning i fysiskt, psykiskt, sexuellt och ekonomiskt våld. När man forskar i våld närmar man sig ofta ämnet just genom enskilda gärningar som delas in i olika grupper. I praktiken förekommer olika former av våld ändå tillsammans, och i ett större sammanhang kan enskilda gärningar få en helt annan betydelse än de tycktes ha var för sig. När det gäller våld i familjen är det möjligt att konkret, fysiskt våld inte alls förekommer varje dag, men att hot om sådant våld gör att offret lever i en tillvaro som

¹⁴² Richards 1998, s. 35.

¹⁴³ Oranen 2012, s. 223.

¹⁴⁴ Oranen 2012, s. 223.

¹⁴⁵ Oranen 2012, s. 223.

¹⁴⁶ Oranen 2012, s. 224 och Holt – Buckley – Whelan 2008, s. 802.

¹⁴⁷ Oranen 2012, s. 224. Forskningen har ändå visat att barn som själva utsätts för direkt våld uppvisar mera symptom än barn som enbart bevittnar våld.

¹⁴⁸ Holt – Buckley – Whelan 2008, s. 802 – 803.

¹⁴⁹ Oranen 2012, s. 224.

¹⁵⁰ Holt – Buckley – Whelan 2008, s. 802.

ständigt präglas av en befogad rädsla för våld. Ett slag sker på någon sekund, men väntan på slaget kan hänga i luften i årtal.¹⁵¹

Även om ett slag naturligtvis i sig utgör ett hot mot barnets fysiska hälsa, är den direkt mätbara, fysiska hälsan bara en del av den helhet som utgör ett friskt barn. När våld mot barn kriminaliseras utgörs skyddsintresset också av barnets rätt till en trygg uppväxt och barnets rätt att utveckla färdigheter både i relation till sin egen person och i relation till sin förmåga att interagera socialt med andra. Tillsammans utgör dessa komponenter barnets rätt till liv. Det aktuella skyddsintresset kan därmed sammanfattas i barnets rätt till skydd mot alla former av våld som ett uttryck för förpliktelsen att trygga barnets rätt till liv, överlevnad och utveckling.

4.2 Familjevåld och barnperspektiv i gällande strafflag

4.2.1 Familjevåldets straffrättsliga utveckling

Den rättsliga utvecklingen av regleringen kring familjevåld är förbunden med äktenskapets och familjens historia, en historia som är övervägande patriarkalisk. Från medeltiden fram till 1800-talet var mannens rätt att fysiskt bestraffa medlemmar av familjen mer eller mindre självklar, även om det inte framgick direkt av lagen. Rätten att aga byggde snarare på barnens och kvinnans svaga ställning i allmänhet, än på straffrättslig reglering.¹⁵² Ur ett modernt perspektiv kan det kan te sig närmast paradoxalt att hemmet faktiskt var att föredra när våld brukades, hustrun skulle nämligen agas innanför hemmets fyra väggar för att slippa skämmas.¹⁵³ Sveriges Rikes Lag 1734 kände ändå vissa begränsningar, det var exempelvis inte tillåtet att av ilska, till följd av alkoholbruk eller på grund av andra kvinnor bruka sådant våld att maken blev blåslagen, blodig eller orsakades bestående skada.¹⁵⁴ Man kan således sluta sig till att åtminstone det vi idag skulle benämna som grov misshandel var förbjudet, även om mannen enligt den allmänt rådande uppfattningen likväl hade rätt att slå sin familj.¹⁵⁵

¹⁵¹ Oranen 2012, s. 218.

¹⁵² Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 74 – 75.

¹⁵³ Germain et al. 1978, s. 17.

¹⁵⁴ "Hvilken man af hat, eller i dryckenskap, eller för annor qvinnos skul, slår hustru sina blå eller blodig, lahm eller lytt; vare thet alt i tveböte." Det är samtidigt intressant att notera att bestämmelsen på sätt och vis var jämlik: "Slår hustru man sin; stånde samma rätt". Sveriges Rikes Lag 1734, Missgierningsbalk XXXCVI. CAP. 1 §.

¹⁵⁵ Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 75 och Nousiainen – Pylkkänen 2001, s. 155.

Ur ett rättsligt perspektiv förblev familjevåld länge en privat angelägenhet i Finland. Attityden till mannens rätt att bruka våld mot sin hustru förändrades efter medlet av 1800-talet, men det faktum att domstolar och rättslärda inte längre omfattade laglig rätt för mannen att aga kvinnan innebar inte att det offentliga hade något i den privata sfären att göra. Våld inom familjen var en privat angelägenhet som den offentliga makten på eget bevåg varken kunde eller skulle lägga sig i. Familjevåldet skildes i 1889 års lag från andra typer av våld genom begränsningar i åtalsrätten, som ända fram till år 1995 innebar att misshandel av normalgraden som skett i hemmet kunde bli föremål för en straffprocess endast på offrets initiativ.¹⁵⁶ I praktiken hade offrets inställning till processen stor inverkan ända in på 2000-talet, till följd av den bestämmelse som infördes i samband med reformen av strafflagen år 1995 och som gav målsägande möjlighet att efter fritt och noggrant övervägande begära att åtal för misshandel inte ska väckas. Tanken var att kunna avstå från åtal om målsägande frivilligt och utan någon som helst påtryckning bad om det och var fullt medveten om de juridiska konsekvenserna.¹⁵⁷ Bestämmelsens inverkan på åtalspraxisen blev ändå för stor och oenhetlig och den utsattes för hård kritik. Offret är sällan i en sådan position att hon utan inverkan av rädsla och påtryckning skulle kunna fatta ett neutralt beslut, och lagutskottet ansåg att det hur som helst är nära nog omöjligt för åklagaren att avgöra vilka incitament en begäran om åtalseftergift baserar sig på.¹⁵⁸ Bestämmelsen upphävdes således år 2004 och misshandel av normalgraden blev slutligen ett brott som lyftes ur den omhuldade privata vaggan och numera helt och hållet faller under allmänt åtal.¹⁵⁹

Lindrig misshandel förblev ett målsägandebrott oavsett relationen mellan parterna ända fram till år 2011, när åklagaren fick rätt att väcka åtal för lindrig misshandel utan att målsägande har anmält brottet till åtal, om gärningen har riktat sig mot en person som är yngre än 18 år (tidigare 15 år) eller om det är fråga om våld mellan närstående. I fråga om barn som utsätts för våld i familjen påverkades rättsläget ändå inte, eftersom det enligt 1 kap. 3 § 2 mom. i lagen om rättegång i brottmål var möjligt för åklagaren att väcka åtal

¹⁵⁶ Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 78 – 79 och Nousiainen – Pylkkänen 2001, s. 156.

¹⁵⁷ LaUB 22/1994 rd, s. 14.

¹⁵⁸ LaUB 2/2004 rd, s. 6.

¹⁵⁹ Det är dock värt att notera att åtalseftergift fortfarande är ett alternativ i anslutning till medling, i enlighet med 8 § i lagen om rättegång i brottmål. Enligt 13 § 2 mom. i lagen om medling vid brott och i vissa tvister är det dock endast polis- och åklagarmyndigheten som kan ta initiativ till medling i situationer som inbegriper familjevåld och lagutskottet har understrukit att det gäller att förhålla sig restriktivt till medling i sådana sammanhang. Medling ska inte vara ett alternativ när våld utgör ett återkommande inslag i relationen. LaUB 13/2005 rd, s. 5 och 7.

utan målsägandes begäran redan innan strafflagen ändrades, om ett brott som annars kräver åtalsbegäran hade begåtts av en vårdnadshavare mot en minderårig.

Rätten att aga barn kvarstod i lagen ända fram till år 1969.¹⁶⁰ Uttryckligen förbjöds fysiskt våld mot barn ändå först år 1983 i lagen angående vårdnad om barn och umgängesrätt.¹⁶¹ Under tiden däremellan har åtminstone Honkasalo tolkat lagen så att "måttlig" barnaga fortfarande var tillåten också när rekvisitet för lindrig misshandel uppfylldes, eftersom man i förarbetena menar att den vuxnas rätt att tukta innefattar en rätt att ingripa i barnets fysiska integritet, så länge det sker inom lagens gränser.¹⁶² Honkasalos tolkning bygger på det faktum att man enligt förarbetena har valt att inte ha med det moment som tidigare explicit tillät lindrig misshandel i uppfostringssyfte eftersom det ansågs onödigt och kunde locka hårdhänta föräldrar till övertramp som kan vara skadliga för barnet. "Måttlig" barnaga synes alltså ha varit ett så självklart utgångsläge att den inte särskilt behövde rättfärdigas. Lappi-Seppälä menar däremot att bestämmelserna om misshandel i sin helhet har omfattat barn likaväl som vuxna sedan bestämmelsen om undantag från straffrättsligt ansvar slopades.¹⁶³

Sedan lagen angående vårdnad om barn och umgängesrätt trädde i kraft torde rättsläget ändå vara förhållandevis klart. Högsta domstolen har i avgörandet 1993:151, med utgångspunkt i nämnda lag, fastslagit att barnaga är en straffbar handling. B, som bodde tillsammans med A och hennes barn C, hade i uppfostringssyfte luggat barnet och knäppt till barnet med fingret. Frågan som dryftades var huruvida det var fråga om en uppsåtlig handling som uppfyllde rekvisitet för misshandel. Rådstuvurätten, som dömde B för misshandel, har i sitt avgörande konstaterat att C hade orsakats smärta och med tanke på sin ålder och omständigheterna i övrigt haft grundad anledning att känna sig otrygg och allvarligt frukta för sitt liv och sin hälsa. Hovrätten verkar å sin sida ha ansett att barnaga fortfarande var tillåtet, då den menade att B inte hade gjort sig skyldig till uppsåtlig misshandel, eftersom det inte hade visats att smärtan hade förorsakats i något annat syfte än för att uppfostra barnet och eftersom B hade haft grundad anledning att anta att han kunde tukta ett barn vars mor han bodde tillsammans med. Högsta domstolen hänvisar

¹⁶⁰ Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 77.

¹⁶¹ Enligt den gällande 1 § 2 mom. i lagen angående vårdnad om barn och umgängesrätt ska barnet skyddas mot alla former av fysiskt eller psykiskt våld, försumlig behandling eller utnyttjande.

¹⁶² Honkasalo 1970, s. 46.

¹⁶³ Lappi-Seppälä 2009, s. 516.

slutligen i sitt avgörande till lagen angående vårdnad om barn och umgängesrätt och konstaterar att lagens uttryckliga syfte har varit att befästa det faktum att vårdnadshavare inte har rätt aga barn och att brottsrekvisitet för lindrig misshandel uppfylls också när vårdnadshavare använder våld i uppfostringsyfte. B hade gjort sig skyldig till lindrig misshandel.

Närmare tio år senare, i avgörandet HD 2002:2, hade rättsläget framskridit så pass att domstolen tog ställning till om föräldrars misshandel av ett barn rentav kunde utgöra en särskilt klandervärd handling. Barnets mor A och hennes pojkvän B hade misshandlat barnet X bland annat genom att klämma på barnets hals, dra barnet i håret, smälla till barnet på kinden och i bakhuvudet, kasta barnet på golvet och genom att hota med våld. Våldet hade orsakat smärta, rädsla och psykisk stress hos X. I högsta domstolen var det enbart fråga om straffmätning. Tingsrätten hade ansett att en dylik misshandel i normala fall föranleder ett bötesstraff, men att det i det här fallet var fråga om en situation som helt och hållet avvek från det normala, eftersom gärningen hade riktat sig mot ett försvarslöst barn och en av gärningspersonerna var barnets förälder. Tingsrätten dömde således ut fängelsestraff. Hovrätten ansåg att straffet var för strängt i förhållande till rådande praxis och att omständigheterna således inte kunde motivera mera än ett bötesstraff. Högsta domstolen följde tingsrättens linje och konstaterade att straffet i det här fallet inte kunde bestämmas enligt rådande praxis, eftersom man måste beakta att gärningen är både skadligare och farligare när den riktas mot ett barn, än i en situation där parterna är varandras jämlikar.

Den utveckling som har skett i högsta domstolens praxis är ett uttryck för en förändrad syn på barnet. Attityden till barnaga har också förändrats hos befolkningen i stort, särskilt under 2000-talet.¹⁶⁴ År 1981 tyckte nästan hälften av finländarna att fysisk bestraffning i uppfostringsyfte var godtagbart åtminstone i vissa situationer, medan siffran år 2012 hade sjunkit till 17 procent i motsvarande undersökning.¹⁶⁵ Samma utveckling är tydlig när barn själva tillfrågas. År 1988 rapporterade 65 procent av barnen i nionde klass att de hade blivit luggade av sina föräldrar innan 14 års ålder, motsvarande siffra var 34 procent år 2008 och 16 procent år 2013. Även det psykiska våld barn upplever har minskat.¹⁶⁶ Det är fråga om en märkbar förändring i den finländska uppfostringskulturen

¹⁶⁴ Ritakari-Rautio 2017, s. 418.

¹⁶⁵ Sariola 2012, s. 4 – 5.

¹⁶⁶ Fagerlund et al. 2014, s. 48 – 49 och 148.

och en förändring som också syns på andra håll i Europa.¹⁶⁷ När det gäller allvarigare former av våld är förändringarna ändå mycket mindre, men det måste ses i relation till det faktum att sådant våld överlag är och har varit ovanligt.¹⁶⁸

Den rättsliga utvecklingen över tid illustrerar tillsammans med synen på barnet den kontext inom vilken de bestämmelser som reglerar våld mot barn har formats. I det följande granskas de gällande bestämmelsernas konkreta utformning och deras förmåga att möta barnperspektivets krav, varpå den historiska kontextens förhållande till den gällande utformningen analyseras.

4.2.2 Brottsrekvisiten

4.2.2.1 Rekvisitens utformning

Diskussionen om straffrättslig bedömning av familjevåld är ofta fokuserad på misshandelsbrotten. Majoriteten av de våldshandlingar som företas i familjen uppfyller rekvisitet för misshandel, i den typiska situationen är det någon som slår, bultar, river, stryper eller kastar saker.¹⁶⁹ Jag har därför valt att avgränsa den här granskningen till misshandelsbrotten och deras lämplighet som verktyg när barnets rätt till skydd mot alla former av våld ska förverkligas med straffrättsliga medel. Våld i familjen kan ändå inte uteslutande behandlas inom ramen för misshandelsbrotten, handlingarna kan också uppfylla rekvisiten för exempelvis sexualbrott, olaga hot, ärekränkning eller hemfridsbrott.¹⁷⁰ Dessutom förekommer dödligt våld. Trots att det enbart är misshandelsrekvisiten som utvecklas närmare här, måste den fortsatta diskussionen således ur ett helhetsperspektiv oundvikligen i någon mån beröra också andra rekvisit.

Den som begår fysiskt våld mot någon eller som utan att begå sådant våld skadar någons hälsa, tillfogar honom smärta eller försätter honom i medvetslöshet eller något annat motsvarande tillstånd, ska enligt 21 kap. 5 § i strafflagen dömas för misshandel. Grov blir misshandeln enligt 6 § om någon tillfogas svår kroppsskada eller en allvarlig sjukdom eller försätts i livshotande läge, om brottet begås på ett synnerligen rått eller grymt sätt eller om skjutvapen, eggvapen eller något annat jämförbart livsfarligt hjälpmedel används och när brottet även bedömt som en helhet är grovt. Lindrig blir en misshandel enligt 7 §

¹⁶⁷ Ritakari-Rautio 2017, s. 418.

¹⁶⁸ Fagerlund et al. 2014, s. 48.

¹⁶⁹ Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 82 och 397 – 398. I en nyare artikel nämner Kainulainen och Niemi samma typ av handlingar. Kainulainen – Niemi 2017, s. 143.

¹⁷⁰ Kainulainen – Niemi 2017, s. 142 – 143.

om den bedömd som en helhet är ringa, med hänsyn till att våldet har varit mindre betydande, att kränkningen av den kroppsliga integriteten eller den skada som tillfogats offrets hälsa har varit mindre betydande eller med beaktande av andra omständigheter vid brottet.

Brottsrekvisitet för misshandel av normalgraden är uppdelat i två gärningsformer.¹⁷¹ Straffansvar kan uppkomma antingen till följd av tillvägagångssättet ("den som begår fysiskt våld") eller på grund av de följder gärningen orsakar.¹⁷² Gärningar som inbegriper fysiskt våld avser enligt lagens förarbeten handlingar som kränker en annans kroppsliga integritet genom en fysisk handling som kan förorsaka kroppsskada eller annars skada hälsan.¹⁷³ Det förutsätts däremot inte att skada verkligen uppkommer, utan det är den typ av handling som utförs som är central. Det är även skäl att notera att det i allt väsentligt är fråga om ett brott som riktar sig mot hälsa; ett brott som riktar sig mot den fysiska integriteten utan att vara ägnat att förorsaka kroppsskada kan ge upphov till skada i relation till något annat intresse, såsom frihet eller sexuell självbestämmanderätt.¹⁷⁴

Den andra gärningsformen innebär att någon form av följd orsakas. Brottsoffrets hälsa skadas eller också tillfogas offret smärta eller försätts i medvetlöshet eller annat motsvarande tillstånd utan att det nödvändigtvis sker till följd av misshandel i ordets allmänspråkliga bemärkelse.¹⁷⁵ Skadad hälsa kan innebära både fysiska, psykiska och funktionella skador.¹⁷⁶ I lagens förarbeten föreskrivs att psykisk misshandel som skadar den mentala hälsan ska jämföras med fysisk misshandel som leder till kroppsskador.¹⁷⁷ Med funktionella skador avses skador som påverkar exempelvis hörsel, syn eller tal.¹⁷⁸ Smärta, menar Matikkala, kan i sammanhanget förstås endast som fysisk smärta.¹⁷⁹ Som exempel på försättande av någon i medvetlöshet eller annat motsvarande tillstånd nämns i förarbetena ofarlig nedsövning eller hypnos mot någons vilja.¹⁸⁰

¹⁷¹ Matikkala 2018, s. 252, Matikkala 2000, s. 106,

¹⁷² Lappi-Seppälä 2009, s. 504.

¹⁷³ RP 94/1993 rd, s. 93.

¹⁷⁴ Matikkala 2018, s. 252, Matikkala 2000, s. 106.

¹⁷⁵ Matikkala 2018, s. 252 – 253. Jämför förarbetena där formuleringen "på annat sätt än med fysiskt våld" används. RP 94/1993 rd, s. 93.

¹⁷⁶ Matikkala 2018, s. 253.

¹⁷⁷ RP 94/1993 rd, s. 89.

¹⁷⁸ Matikkala 2018, s. 253.

¹⁷⁹ Matikkala 2018, s. 254.

¹⁸⁰ RP 94/1993 rd, s. 93.

När man granskar de gällande rekvisitens förmåga att sammantaget tillgodose skydd för liv, överlevnad och utveckling ur ett barnperspektiv framträder tre nyckelelement. Barnperspektivets ställning påverkas särskilt av rekvisitens förmåga att fånga upp den kontext inom vilken familjevåld sker, av huruvida våld mot barn kan ursäktas i uppfostringssyfte och av rekvisitens förmåga att fånga upp barn som upplever våld utan att själva vara primärt utsatta. Dels är det fråga om vilka gärningar och omständigheter det straffbara området omfattar, dels om hur olika gärningar och omständigheter påverkar följderna av ett brott.

4.2.2.2 Barnaga och barn som upplever våld

I fråga om barn som upplever familjevåld är misshandelsrekvisitets båda dimensioner intressanta. "Den som begår fysiskt våld" är intressant i relation till barnaga, eftersom man traditionellt har ansett att vissa typer av våldshandlingar kan ursäktas när de riktas mot barn i uppfostringssyfte. Det rådande rättsläget i den här frågan har klargjorts ovan i avsnitt 4.2.1 om familjevåldets straffrättsliga utveckling och eftersom utgångsläget synes vara förhållandevis klart – barnaga är i Finland att beakta som straffbart fysiskt våld – lämnar jag den dimensionen av misshandelsrekvisitet därhän och går vidare till den andra gärningsformen och dess utsträckning i relation till barn som upplever våld i sin närkrets utan att själva vara primärt utsatta.¹⁸¹

Skadad hälsa som följdkrav är intressant i relation till det komplexa skyddsintresse som har definierats i avsnitt 4.1. För att rekvisitet för misshandel ska uppfyllas när ett barn har bevittnat våld i sin närkrets krävs det att tre element kan påvisas. Det måste kunna visas att barnet har tillfogats skada, att gärningen har orsakat skadan och att orsakssambandet är adekvat, det vill säga att det är fråga om sådan skada som typiskt hör samman med den förtagna handlingen, samt att gärningsmannen handlat uppsåtligt, det vill säga antingen har avsett att orsaka följden, ansett följden vara övervägande sannolik, eller har ansett att den med säkerhet har samband med den följd han har avsett.

¹⁸¹ Något man i relation till barnaga och straffansvar kunde undersöka, är huruvida det förekommer tolkningar i rättspraxis där uppfostringssyftet beaktas som en förmildrande omständighet när man väger mellan lindrig misshandel och misshandel av normalgraden. Andemeningen i HD 2002:2 talar emot sådan tolkning, men det avgörandet avser specifikt straffmätning inom rekvisitet för misshandel av normalgraden. I Sverige har högsta domstolen uttalat att systematisk användning av barnaga som uppfostringsmetod ska bedömas som en försvårande omständighet, även om smärtan eller skadan i varje enskilt fall har varit ringa. Se NJA 2003, s. 537, och NJA 2017, s. 1129. I båda fallen har det varit fråga om en enstaka handling som slutligen bedömts som ett ringa brott.

Man har empiriskt kunnat visa att barnets utveckling skadas när barnet bevittnar våld i sin närkrets och man kan logiskt tänka sig att skadad utveckling kan innebära åtminstone mentala skador, kanske även funktionella skador;¹⁸² barnet har alltså tillfogats skada som har ett direkt orsakssamband med en handling som någon har företagit. När barnets rätt till liv, överlevnad och utveckling definieras genom ett helhetsmässigt barnperspektiv, är det då möjligt att skadad hälsa som följd kunde vara en väg in på misshandelsrekvisitets tillämpningsområde för barn som upplever våld utan att själva vara det primära fysiska målet?

Som jag ser det finns det uppenbara problem med en sådan tolkning av det gällande rekvisitet. För det första förutsätter den andra gärningsformen att den följd som orsakas kan påvisas i det konkreta fallet. Rekvisitet straffbelägger inte handlingar som är ägnade att skada någons hälsa, utan handlingar som de facto har skadat någons hälsa. Skada som hänför sig till utveckling blir då svår att påvisa, eftersom den typiskt framträder över tid och inte är omedelbart mätbar hos det enskilda barnet på samma sätt som en bruten arm. För det andra, om man tänker sig att våldet har pågått under en mycket lång tid kan man visserligen också tänka sig att det har medfört sådan skada som går att påvisa, men det blir då svårt att fastställa ett orsakssamband mellan bevittnande av våld och den uppkomna skadan.

För det tredje kan det tänkas föranleda en tolkning som inte är förenlig med analogiförbudet att överhuvudtaget försöka sammanfoga begreppen utveckling och skada på ett vettigt sätt. Utveckling är ett så mångfacetterat begrepp att det är svårt att sammanfatta det i enskilda skador och då finns det risk för att tolkningen hamnar utanför lagtolkningens tillåtna gränser.

Att försöka klämma in barn som bevittnar våld som brottsoffer under det gällande rekvisitet för misshandel verkar utifrån det ovan anförda oundvikligen medföra tolkningar som inte är hållbara. Den gällande misshandelsbestämmelsen torde dessutom vara förhållandevis ineffektiv i sammanhanget eftersom det straffbara området inte omfattar oaktsamt förfarande.¹⁸³ För att effektivt kunna straffbelägga gärningar som har

¹⁸² Jag tänker mig att särskilt barnets förmåga att kommunicera och relatera logiskt till sin omgivning kan definieras utifrån både mentala och funktionella aspekter.

¹⁸³ Oaktsamhet blir aktuellt exempelvis i fråga om sovande barn. Det får anses vara svårt att otvetydigt fastställa huruvida det är övervägande sannolikt att ett barn vaknar vid störningar i hemmet, däremot torde man kunna mena att var och en måste vara medveten om att det finns en påtaglig risk för att så sker.

lett till att ett barn tvingas uppleva indirekt våld torde det därmed krävas ett brottsrekvisit som straffbelägger gärningar som i typiska fall är ägnade att skada särskilt barnets utveckling, och där straffansvaret omfattar oaktsamhet.

4.2.2.3 Kontexten

Misshandelsrekvisitens förmåga att fånga upp kontexten kring familjevåld är aktuell oavsett gärningsform. Eftersom familjevåld ofta består av upprepade våldshandlingar som över tid skapar en sammanhängande tillvaro där offret lever i ständig fruktan, är det sätt på vilket gärningen (förstådd som en helhet) delas in i ett brott eller flera brott central när kontexten beaktas. Exempelvis står det klart att tio slag som har utdelats vid samma tillfälle utgör ett misshandelsbrott, lika klart är det att det är fråga om två skilda brott ifall A misshandlar B en gång i januari och sedan när de av en händelse träffas i februari upprepar brottet.¹⁸⁴ Oklart är däremot om våldshandlingar som regelbundet upprepas i en nära relation kan bedömas som *ett* misshandelsbrott eller om varje gärning utgör ett brott skilt för sig.

Den här bedömningen är viktig av en rad olika orsaker. Ur offrets synvinkel handlar det dels om erkännande av situationen som helhet, huruvida brottet bedöms som lindrigt, vanligt eller grovt och förutsättningarna för att i enlighet med den allmänna principen i SL 6 kap. 4 § kunna mäta ut straffet så att det står i ett rättvist förhållande till hur skadligt och farligt brottet är, till gärningens motiv och till den skuld som framgår av brottet i övrigt. Bedömningen har också betydelse för när straffansvar kan verkställas överhuvudtaget, eftersom preskriptionstiden för åtalsrätten börjar löpa först från det att ett lagstridigt tillstånd har upphört, om man anser att ett sådant enhetligt tillstånd föreligger.¹⁸⁵ Dessutom kan bedömningen påverka argumentationen i en situation där ett offer för långvarigt familjevåld själv har begått en våldshandling och åberopar nödvärn som ansvarsfrihetsgrund.¹⁸⁶

När det ska bedömas om de gällande misshandelsrekvisiten kan fånga upp familjevåldet som helhet, är ett viktigt element alltså förutsättningarna för när gärningar som i sig uppfyller rekvisitet för misshandel tillsammans kan anses forma ett fortlöpande brott. Vi

¹⁸⁴ Exemplet är lånat ur Matikkala 2006, s. 419.

¹⁸⁵ SL 8 kap. 2 §.

¹⁸⁶ Matikkala 2016, s. 419. Om nödvärn och våld i nära relationer, se Ruuskanen 2005 och högsta domstolens dom 2020:88.

rör oss i den dimension av brottskonkurrens som gäller bestämmande av brottsenheter.¹⁸⁷ Vid gränsdragningen mellan ett brott eller flera brott har de centrala bedömningskriterierna ansetts utgå från ett naturligt betraktelsesätt.¹⁸⁸ Som innehållsmässiga måttstockar för det naturliga betraktelsesättet har man framlagt gärningens omfattning i tid och rum och i relation till person samt motivationsgrund.¹⁸⁹ Man är med andra ord mera benägen att sammanföra gärningar som ligger tidsmässigt nära varandra, har inträffat på samma ställe och som riktar sig mot en och samma person till följd av samma motiv. Dessutom har straffbestämmelsens språkliga utformning, regleringens målsättningar och de intressen som ska skyddas ansetts påverka bedömningen.¹⁹⁰

Bedömningen måste göras skilt utifrån varje enskild brottsbeskrivning.¹⁹¹ Det är inte så att varje bedömningskriterium alltid måste uppfyllas, utan det väsentliga är att tolkningen är enhetlig i relation till den enskilda brottsbeskrivningen. Vid upprepat våld i nära relationer riktar sig gärningarna mot samma person till följd av samma motiv; man utövar våld mot en familjemedlem i syfte att kontrollera. Tidsaspekten spelar också in, våld och hot om våld upprepas regelbundet och ofta för att behålla kontrollen. Våldshandlingarna sker typiskt i hemmet, men i sig ter sig rummet irrelevant, det är i första hand relationen mellan parterna som binder ihop handlingarna och inte det fysiska rummet. Matikkala har menat att det på det här sättet inte är uteslutet att betrakta våld som upprepas regelbundet och ofta, tar sig i uttryck i liknande handlingar och riktar sig mot samma person som ett enhetligt misshandelsbrott.¹⁹²

Matikkalas uttalande belyser ändå samtidigt varför kontext och brottsenhet inte är synonymter. För att flera gärningar ska kunna sammanfogas till en brottsenhet måste våldet *ta sig i uttryck i liknande handlingar*. I början av det här avsnittet konstaterades att familjevåld inte kan betraktas uteslutande genom misshandelsrekvisiten, eftersom kontexten innefattar också andra typer av handlingar som antingen faller under andra

¹⁸⁷ Frände har delat in brottskonkurrens i lagkonkurrens som avser förhållandet mellan olika brottsrekvisit och brottsenhet som avser förhållandet mellan olika konkreta gärningar som uppfyller samma rekvisit. Tapani särskiljer utöver dessa två ytterligare en kategori som han kallar *esi- ja jälkitekojen rankaisemattomuus*. Frände 2012, s. 289 – 298, Tapani 2012, s. 223.

¹⁸⁸ Tapani 2012, s. 227, Frände 2012, s. 295.

¹⁸⁹ Tapani 2012, s. 227, Frände 2012, s. 295.

¹⁹⁰ Tapani 2012, s. 227, Frände 2012, s. 295.

¹⁹¹ Frände 2012, s. 295, Tapani 2012, s. 228, Matikkala 2006, s. 420.

¹⁹² Matikkala 2006, s. 420.

brottsrekvisit eller inte alls är straffvärda som enskilda handlingar. Det enkla svaret på huruvida misshandelsrekvisiten kan fånga upp familjevåldet som helhet går tillbaka till den här realiteten och det enkla svaret är därför nej. Nej, det är inte möjligt att fånga familjevåld som helhet ens genom att sammanfoga brott under misshandelsrekvisiten, eftersom familjevåld är mera än misshandel.

Även om man bortser från kontexten utanför misshandelsrekvisiten är sammanfogande av brott inom rekvisitet inte heller nödvändigtvis ett eftersträvansvärt självändamål. I det avseende kontexten är viktig ur offrets synvinkel eftersom det handlar om huruvida brottet bedöms som lindrigt, normalt eller grovt och om förutsättningarna för att kunna mäta ut ett rättvist straff, utgör sammanfogande av flera gärningar till en brottsenhet inte hela lösningen.¹⁹³ Det man närmast skulle uppnå är en situation där varje brott måste bevisas skilt för sig, men gärningsmannen döms för bara en misshandel.¹⁹⁴ Det är ju till exempel inte möjligt att döma ut straff för grov misshandel enbart på basis av en helhetsbedömning, om inte någon av kvalifikationsgrunderna i bestämmelsen samtidigt uppfylls. Och familjevåld är som bekant inte en kvalifikationsgrund i Finland.

4.2.2.4 Skärpningsgrunder och kvalifikationsgrunder

I regeringens proposition till riksdagen om godkännande av Istanbulkonventionen och med förslag till lag om att bestämmelser i konventionen ska sättas i kraft genom lag har man ansett att artikel 46 i konventionen inte föranleder några lagstiftningsåtgärder.¹⁹⁵ Artikel 46 i konventionen ålägger konventionsstaterna att vidta nödvändiga lagstiftningsåtgärder och andra åtgärder för att säkerställa att man enligt nationell lagstiftning kan beakta det att brottet har riktats mot en närstående som en försvårande omständighet när ett straff bestäms. Enligt regeringens proposition förutsätter artikel 46 ändå inte att det i den finländska lagstiftningen stiftas om nya allmänna straffskärpningsgrunder och inte heller om särskilda kvalifikationsgrunder i anslutning till något brottsrekvisit. Om kvalifikationsgrunder ska inte behöva lagstiftas i samband med något brottsrekvisit, eftersom man i samband med de kvalificerade gärningsformerna alltid bedömer brottet som helhet, varvid de faktorer som nämns i

¹⁹³ Vad gäller preskriptionstid och nödvärnstillstånd kan fördelar ändå uppnås.

¹⁹⁴ Huruvida sammanfogande av gärningar till ett brott är eftersträvansvärt med tanke på straffmätningen beror då på om bestämmande av straff för en fortlöpande gärning ger ett lindrigare eller strängare resultat än bestämmande av gemensamt straff.

¹⁹⁵ RP 155/2014 rd, s. 61 – 62.

artikel 46 kan beaktas. Om skärpningsgrunder ska inte behöva lagstiftas eftersom det väsentliga är att domaren har en möjlighet att beakta sådana faktorer vid straffbestämningen. Som motivering till den här inställningen anges att det i de allmänna skärpningsgrunderna för straff i SL 6 kap. 5 § ingår ett moment enligt vilket gärningsmannens tidigare brottslighet kan betraktas som straffskärpningsgrund om förhållandet mellan den tidigare brottsligheten och det nya brottet visar att gärningsmannen, med anledning av att brotten är likartade eller annars, är uppenbart likgiltig för förbud och påbud i lag. Som motivering anges vidare att SL 6 kap. 4 § som en allmän princip förutsätter att straffet ska mätas ut så att det står i ett rättvist förhållande till hur skadligt och farligt brottet är, till gärningens motiv och till den skuld som framgår av brottet i övrigt. Dessa bestämmelser innebär, enligt regeringens proposition, att den finska straffrätten ger domaren en omfattande frihet att bedöma faktorer som har samband med straffmätningen.

Högsta domstolen har i sitt avgörande 2020:20 bedömt Istanbulkonventionens betydelse när straffet bestäms i fall som gäller misshandel i familjen. Domstolen konstaterar att det att ett brott riktar sig mot en familjemedlem inte upptas som en straffskärpningsgrund i SL 6 kap 5 § och inte heller någon annanstans i strafflagen. Vidare konstateras att artikel 46 i Istanbulkonventionen på basis av sin ordalydelse riktar sig till lagstiftaren och att den inte kan tillämpas direkt på straffmätningen. Domstolen uppmärksammar därför regeringspropositionens ställningstagande som gör gällande att målsättningarna i Istanbulkonventionen kan uppnås genom tillämpning av de allmänna grunderna för straffmätning och konstaterar utifrån det resonemanget att en gärnings karaktär som familjevåld kan beaktas inom den allmänna principen för straffmätning i SL 6 kap. 4 §. Domstolen betonar också att man i den nationella rättspraxisen redan tidigare i vissa fall har ansett att familjevåld är en indikation på att större skada, fara och skuld föreligger.¹⁹⁶

Högsta domstolen avslutar sin bedömning med att konstatera att det att Istanbulkonventionen har satts i kraft i Finland påvisar att man i rättsordningen allt bättre har kunnat tackla de problem som familjevåldet orsakar. Ett i sig lustigt uttalande, med tanke på att såväl lagstiftaren som domstolen har kommit till den slutsatsen att

¹⁹⁶ Högsta domstolen har i sin praxis ansett att gärningens skadlighet och hur farlig den är samt graden av skuld talar för ett strängare straff i samband med familjevåld när gärningsmannen och offret inte är jämlika och offret är i behov av särskilt skydd. Se exempelvis HD 2002:2 (misshandel), HD 2012:9, punkt 6 (olaga hot) och HD 2018:22, punkt 16 (misshandel).

Istanbulkonventionen inte i sammanhanget föranleder några nationella åtgärder överhuvudtaget. Såväl regeringspropositionen som högsta domstolens dom speglar den tidigare nämnda nordiska arrogansen; när en konvention ratificeras kan ratifikationen vara ett uttryck för stora ambitioner, eller spegla höga tankar om den egna förträffligheten.

I regeringspropositionen har man alltså ansett att det inte behöver lagstiftas om kvalifikationsgrunder eftersom man i samband med de kvalificerade gärningsformerna alltid bedömer brottet som helhet, varvid brottets karaktär som ett uttryck för familjevåld kan beaktas. Vad man säger i praktiken är därmed att misshandel som sker i familjen inte betraktas som ett grovt brott i Finland. Den helhetsbedömning som är en förutsättning för grov misshandel är nämligen ett komplement till de särskilda kvalifikationsgrunderna och eftersom familjevåld inte utgör en kvalifikationsgrund har man låst straffmätningen vid de enskilda misshandelsrekvisitens interna skala. Inte ens familjevåld som har pågått dagligen i många år kan straffas som ett grovt brott, om offret inte i något skede har tillfogats svår kroppsskada eller en allvarlig sjukdom eller försatts i livshotande läge, om ingen enskild handling har begåtts på ett synnerligen rått eller grymt sätt eller om skjutvapen, eggvapen eller något annat jämförbart livsfarligt hjälpmedel inte har använts. Den kontext som är förenad med familjevåld kan således bara få självständig betydelse när straff för misshandel ska bestämmas, om det att brottet har riktats mot en närstående tas in som en egen kvalifikationsgrund i rekvisitet för grov misshandel eller om rekvisitet öppnas upp så att ett brott kan bedömas som grovt på basis av en självständig helhetsbedömning.

Kvalifikationsgrunder är rekvisitspecifika, men grunderna för bestämmande av straff är allmänna. Eftersom familjevåld rör sig över brottsrekvisitens gränser vore det ur ett helhetsperspektiv motiverat att överväga om det att ett brott riktar sig mot en närstående kan upptas som en skärpningsgrund i SL 6 kap 5 §.¹⁹⁷ En argumentation som utgår från att det inte är nödvändigt eftersom det är *möjligt* att beakta familjevåld inom den allmänna principen för straffmätning är inte hållbar. Utifrån den logiken är ingen av skärpningsgrunderna i SL 6 kap. 5 § nödvändig, eftersom det är möjligt att beakta dem

¹⁹⁷ Jag väljer att säga att det borde övervägas, framom att med säkerhet proklamera att det ska göras, eftersom det inte i den här framställningen finns utrymme att analysera vilka andra helhetseffekter en sådan skärpningsgrund skulle ha, exempelvis i fråga om sådana brott som riktar sig mot en närstående, men som kanske inte är en del av ett våldsamt sammanhang.

också annars. Skärpningsgrunderna får således anses vara ett uttryck för sådana omständigheter som överlag anses vara särskilt klandervärda och skadliga för samhället – något som det torde vara motiverat att påstå att familjevåld är.

4.2.3 Struktur och perspektiv

Hur är det möjligt att misshandelsrekvisiten uppvisar sådana här brister i relation till en form av våld som är förhållandevis vanlig i Finland? Varför är inte misshandelsrekvisiten utformade så att de kan omfatta särdragen i olika former av våld? Svaret finns att hämta i de strukturer som är inbyggda i vårt rättssystem.

Begreppen närstående och våld mellan närstående definieras inte i finsk lagstiftning. Av detta följer att alla former av våld behandlas på samma sätt, oavsett förhållandet mellan parterna.¹⁹⁸ Neutral lagstiftning är god lagstiftning. Redan i grundlagen kan vi läsa att alla är lika inför lagen och att ingen utan godtagbart skäl får särbehandlas. Neutralitet är utgångsläget och i grunden ska det således inte spela någon roll om den som möter strafflagstiftningen är liten eller stor, man eller kvinna, vit eller svart. Neutral lagstiftning är i grunden god lagstiftning, men för att förstå dess utgångsläge är det viktigt att diskutera de strukturer som finns inbyggda i vårt rättssystem. Neutralitet är inte ett problem i sig, om man med neutralitet menar en inställning som förbehållslöst strävar till att se och sammanfoga olika verkligheter i syfte att uppnå resultat som behandlar olika grupper så jämlikt som möjligt. Däremot kan neutralitet vara problematisk när den omedvetet likställs med en tanke om vissa rådande normer.

Den här typen av perspektiv, som strävar efter att synliggöra bakomliggande strukturer, bygger på tanken om att individer bemöts i enlighet med djupgående mönster i samhället och i samhällets institutioner, på basis av att de tillhör eller inte tillhör en viss grupp. De perspektiv som ska synliggöras varierar, det kan exempelvis vara fråga om perspektiv på genus, klass, barn, mångkulturalism eller något annat som är av intresse i relation till rätt och rättsordning. Den gemensamma, grundläggande utgångspunkten för dessa strukturella perspektiv är att rättsordningens påstådda neutralitet av olika skäl inte

¹⁹⁸ Kainulainen – Niemi 2017, s. 142 och 149. Kainulainen och Niemi behandlar åtalsprövningen i sin artikel och nämner i samband med det SL 21 kap. 16 § enligt vilken våld mellan närstående är sådan misshandel som riktas mot gärningsmannens make eller tidigare make, syskon, släkting i rakt upp- eller nedstigande led eller den som har eller har haft gemensamt hushåll med gärningsmannen, eller mot någon annan person som annars är eller har varit närstående till gärningsmannen på grund av ett med dessa jämförbart personligt förhållande. Författarna tar ändå inte ställning till bestämmelsens eventuella definitionsmissiga betydelse.

existerar. Det klassisk-liberalistiska neutrala idealet anses vara baserat på felaktiga premisser och neutralitet och rättvisa blir en chimär, eftersom det bakom den formella rättvisan finns genomgripande och djupa samhällsmönster och -mekanismer. Konsekvensen är annorlunda och sämre behandling av olika grupper i jämförelse med den grupp som har haft makten att forma måttstockarna för hur neutralitet ska förstås. Denna chimär av neutralitet bidrar i sin tur till att befästa rådande och ojämlika strukturer, eftersom de uppfattas som neutraliteten förkroppsligad, idealet. Den grupp som representerar idealet styr därför våra föreställningar om verkligheten och därigenom hur lagen utformas.¹⁹⁹

Straffrättslig forskning utgör en del av den bakgrund där lagstiftningen formas. Samtidigt definierar gällande lag vilka element som är av betydelse i den rättsvetenskapliga diskursen.²⁰⁰ Ruuskanen lyfter fram den rättsvetenskapliga behandlingen av kvinnor och män i ett könsneutralt perspektiv.²⁰¹ De flesta brott begås av män och genom brotten blir den straffrättsliga forskningen en arena för mäns gärningar, medan kvinnan är osynlig eller syns i rollen som offer. Offret har traditionellt inte fått den uppmärksamhet inom forskningen som brottet och gärningsmannen har fått, och man har sålunda fokuserat på att undersöka antingen brott på ett allmänt plan eller fördjupat sig i brottsproblematik genom de brott som begås – av män.²⁰² I sig självt är det naturligtvis inte av ondo att forska om mäns, eller för den delen kvinnors, göranden och låtanden, däremot är det ett problem om det inte uppmärksammas att det är just det som görs. Forskning och lagstiftning som använder (köns)neutrala begrepp, men baserar sig på en omedveten idé om det manliga som övergripande norm är de facto inte neutral, åtminstone inte på det sätt den gör sken av att vara. Istället skapas en illusion av objektivitet som hindrar insyn i det faktum att olika grupper upplever verkligheten olika.²⁰³

¹⁹⁹ Lernestedt 2010, s. 28 – 34. Lernestedt har i sin presentation av strukturella perspektiv inkluderat följande citat ur *Den röda liljan* av Anatole France, som på ett träffande sätt beskriver formell neutralitet och strukturella perspektiv: "Hur rättfärdig är icke lagen: den förbjuder såväl den rike som den fattige att sova under broarna och tigga bröd."

²⁰⁰ Nousiainen 1999, s. 255.

²⁰¹ Ruuskanen 2005, s. 27 – 29.

²⁰² Ruuskanen 2005, s. 27 – 28.

²⁰³ Ruuskanen 2005, s. 29. Nousiainen är inne på samma spår: "*Legal equality and gender-neutral terms allow for the existence of a hidden constitution of sex/gender, as well as for the perpetuation of implicit assumptions concerning the nature of human beings in law.*" Nousiainen 1999, s. 255. Se även Berglund 2007, s. 118.

Det sammanhang inom vilket (straff)rätten har utvecklats och den verkliga forskningen om våld i familjen lyfter fram, visar att särskilt våldsbrotten är förenade med könsbaserade roller. Strafflagen är ändå i huvudsak könsneutral också i fråga om våld. Niemi menar att den traditionella straffrättsliga forskningen överhuvudtaget inte har utgått från våld i situationer som inbegriper maktobalans mellan parterna.²⁰⁴ I brottsrekvisiten fäster man inte heller uppmärksamhet vid parternas inbördes relation.²⁰⁵ De gärningar som idag är kriminaliserade utgör bara en del av den kontrollgärningsmannen typiskt utövar och mycket av den helhet som bildar familjevåld faller utanför brottsrekvisiten.²⁰⁶ Strafflagen tar inte heller ställning till upprepat våld.²⁰⁷ Strafflagens *ideal* är att vara så neutral som möjligt och lagen talar således sällan om kvinnor och män, utan istället om personer, målsägande och åtalade. Lagen antas beröra män och kvinnor jämlikt när den tillämpas.²⁰⁸ Den neutrala inställningen tas i dagens läge förgiven och det faktum att kön ges mindre utrymme ses som en positiv utveckling som främjar likabehandling inför lagen.²⁰⁹ Faktum kvarstår ändå; när det handlar om våld i familjen är rollerna allt annat än neutrala och när på ytan neutral lagstiftning ska fungera i en värld som inte är neutral, är det oundvikligt att det uppstår kollisioner mellan lagen och verkligheten.²¹⁰

Historiskt och strukturellt möter barn och kvinnor samma verklighet i fråga om familjevåld. I likhet med kvinnan möter barnet i allmänhet det straffrättsliga systemet som offer. Den vanligaste förövaren vid alla typer av misshandel och övergrepp mot barn är barnets förälder, det vill säga en person som befinner sig i en särskild maktposition i förhållande till barnet, även om också andra förövare förekommer.²¹¹ Den här strukturella djupdykningen är ägnad att illustrera det faktum att den rådande

²⁰⁴ Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 82.

²⁰⁵ Niemi – Kainulainen 2017, s. 144.

²⁰⁶ Niemi – Kainulainen 2017, s. 143.

²⁰⁷ Niemi – Kainulainen 2017, s. 143 och 144.

²⁰⁸ Ruuskanen 2005, s. 25.

²⁰⁹ Ruuskanen 2005, s. 26.

²¹⁰ Ruuskanen 2005, s. 29.

²¹¹ Forsman 2013, s. 55. Forsman refererar till organisationen BRIS fördjupningsstudie, som syftar till att återge den bild av barnmisshandel som BRIS har fått genom barn som har kontaktat Barnens hjälptelefon. Intressant att notera är att den vanligaste förövaren i BRIS undersökning är barnets far, medan man i en nationell finsk undersökning av barn som offer för våld har kommit fram till att modern är den som oftast riktar våld mot barnet. Fagerlund et al. 2014, s. 49 – 50. Båda undersökningarna baserar sig på barns upplevelser. En försiktig gissning är att det sätt på vilket informationen har samlats in spelar roll. Den finska undersökningen har genomförts som en nationell undersökning riktad till skolelever, där man har ställt frågor om olika typer av våld, medan de svenska resultaten har sammanställts utifrån upplevelser hos barn som själva har tagit kontakt med en hjälptelefon i ett skede då de upplever att de behöver konkret stöd.

(straff)lagstiftningen har formats utifrån en verklighet som i stort har granskat (mäns) gärningar snarare än (barns) upplevelser. Barnperspektivet är alltså ett strukturellt perspektiv i förhållande till den rådande normen och det strukturella perspektivet är en viktig pusselbit när särskilda kriminaliseringar motiveras som nödvändiga åtgärder för att trygga ett komplext skyddsintresse.

4.3 Från det komplexa skyddsintresset till en kriminalisering

4.3.1 Ett nödvändighetskriterium som förutsättning för en förpliktelse att kriminalisera

Det straffrättsliga systemets legitimitet motiveras med dess förmåga att skydda värdefulla intressen.²¹² Ett sådant skyddsintresse ger straffrätten en yttre referenspunkt genom att förklara vilka syften straffrätten tjäna.²¹³ Som har konstaterats i kapitel 2 ska en kriminalisering således kunna härledas till ett skyddsintresse, som i de allra flesta fall är kopplat till grundrättigheter och mänskliga rättigheter. I den här framställningen har det värdefulla intresset sammanfattats i barnets rätt till skydd mot alla former av våld som ett uttryck för förpliktelsen att trygga barnets rätt till liv, överlevnad och utveckling.

Huruvida man kan tillskriva principen om skydd för rättsliga intressen en förpliktande dimension i straffrättsligt hänseende på det sätt som beskrivs i avsnitt 2.3.2.3 är ett inte alldeles okonventionellt tema, principen har även setts uteslutande som ett begränsande element i förhållande till straffrättens användningsområde.²¹⁴ Om man vill bevara principens kritiska, begränsande funktion menar Melander ändå att det är nödvändigt att ge principen om skyddsintressen ett materiellt innehåll. Grundrättigheterna och de mänskliga rättigheterna erbjuder ett sådant innehåll. Samtidigt innebär den allt starkare kopplingen mellan skyddsintressen och grundrättigheter att man blir tvungen att göra avkall på det kriminalpolitiska synsätt enligt vilket man med hjälp av principen om skydd för rättsliga intressen inte positivt skulle kunna motivera kriminaliseringar.²¹⁵ Straffrättens förhållande till grundrättigheterna blir tvåfaldigt. Genom grundrättigheterna kan å ena sidan utläsas förpliktelser att kriminalisera vissa typer av

²¹² Nuutila 1996, s. 79, Frände 2012, s. 19.

²¹³ Nuotio 1998, s. 39.

²¹⁴ Se exempelvis Nuutila 1996, s. 80 och Lappi-Seppälä 1994, s. 35.

²¹⁵ Melander 2008, s. 353 – 355. Melander uttrycker det här som att priset för att bevara den kritiska dimensionen hos principen om skyddsintressen är att godta den aktiva, motiverande dimensionens intåg, men håller fast vid att de begränsande elementen är de som ska dominera.

handlingar som förhindrar att rättigheterna förverkligas, å andra sidan kan en kriminalisering inkräkta på grundrättigheterna i sådan utsträckning att straffbeläggning av gärningen inte kan rättfärdigas.²¹⁶ Det uppstår ett slags balans mellan vad som måste göras och vad som inte får göras, så att godtagbara kriminaliseringar hör hemma i ett gränsland där skyddsvärda intressen och straffvärda kränkningar²¹⁷ möts.²¹⁸

Pirjatanniemi menar att den här typen av infallsvinkel i förhållande till skyddsintressen garanterar att grundrättigheterna förverkligas på möjligast omfattande sätt.²¹⁹ Det att en kriminalisering *kan* motiveras med skydd av grundrättigheter och mänskliga rättigheter betyder ändå inte att det är självklart att en kriminalisering *ska* ske.²²⁰ Inte ens det viktigaste av intressen rättfärdigar användning av straffrättsliga metoder, om det inte är absolut nödvändigt. Ensam har principen om skydd för rättsliga intressen därför något som kan beskrivas som en tillåtande verkan, för att uppnå en förpliktande verkan krävs ytterligare ett element.

Pirjatanniemi talar om vad hon kallar för ett nödvändighetskriterium och beskriver det som en del av proportionalitetsprincipen, som utgör en förutsättning för begränsning av grundrättigheterna.²²¹ Kravet på proportionalitet vid begränsning av grundrättigheter förutsätter en noggrann avvägning av om det är nödvändigt att kriminalisera en handling för att skydda det bakomliggande intresset.²²² Melander menar å sin sida att kärninnehållet i proportionalitetsprincipen i relation till den straffrättsliga lagstiftningen i praktiken kan sägas vara identiskt med kärninnehållet i ultima ratio-principen.²²³ För att det ska vara nödvändigt att skydda ett intresse på straffrättslig väg, krävs därmed att det inte är möjligt att åstadkomma ett ändamålsenligt skydd på något annat sätt. Principen om skydd för rättsliga intressen och ultima ratio-principen bildar tillsammans

²¹⁶ Melander 2008, s. 172.

²¹⁷ Begreppsparet skyddsvärda intressen och straffvärda kränkningar är ett lån ur Linnéa Wegerstads avhandling med samma namn. Wegerstad använder ordet straffvärde i betydelsen huruvida en handling är värd att straffa, snarare än i strikt relation till påföljdsbestämning. Wegerstad 2015, s. 65 – 67.

²¹⁸ Jag väljer att betona möjlighet till balans, framom risk för obalans. Risker för obalans, där grundrättighetsargumentation befaras leda till en snedvridning så att den blir ett faromoment i relation till individens frihet och autonomi, har debatterats flitigt. Se exempelvis Tuori 1999, s. 930 och Pohjolainen 1999, s. 941 – 942. Viljanen har analyserat kritiken i samband med sin allmänna översikt av förutsättningarna för begränsningar i grundrättigheterna. Viljanen 2001, s. 159 – 184.

²¹⁹ Pirjatanniemi 2011, s. 158.

²²⁰ Pirjatanniemi 2011, s. 158, Frände 2012, s. 22.

²²¹ Pirjatanniemi 2011, s. 158.

²²² GrUU 23/1997 rd, s. 2 och GrUB 25/1994 rd, s. 5. Se även Viljanen 2001, s. 205 – 207.

²²³ Melander 2019, s. 28.

en hållbar bro från statlig förpliktelse att ingripa i allmänhet till statlig förpliktelse att ingripa genom straffrättsliga verktyg.²²⁴

Om det kan visas att det är nödvändigt, kan det med andra ord ur grundrättigheter och mänskliga rättigheter härledas en förpliktelse för staten att införa och upprätthålla kriminaliseringar som skyddar viktiga intressen,²²⁵ i det här fallet barnets rätt till skydd mot alla former av våld som ett uttryck för förpliktelsen att trygga barnets rätt till liv, överlevnad och utveckling. Centralt för förståelsen av skyddsintressets omfattning i den aktuella sakfrågan och dess inverkan på straffrätten, är den betydelse man ger barnets upplevelse som helhet. När våld mot barn definieras ur barnets perspektiv och kommer att omfatta mera än det enskilda slaget, är de ”nya” gärningsformer våldet omfattar då sådana som det är *nödvändigt att kriminalisera*, för att skydda den komplexa helhet som utgör barnets rätt till liv, överlevnad och utveckling?

4.3.2 Kriminalisering som nödvändig åtgärd för att trygga barnets rätt till liv, överlevnad och utveckling

4.3.2.1 Olika sätt att visa att kriminalisering är en nödvändig åtgärd när barnets rätt till liv, överlevnad och utveckling tryggas

För att en förpliktelse att kriminalisera ska uppstå i anslutning till barnets rätt till skydd mot alla former av våld som ett uttryck för förpliktelsen att trygga barnets rätt till liv, överlevnad och utveckling, måste det på basis av det ovan anförda kunna visas att kriminalisering är en nödvändig åtgärd framom andra möjliga sätt att ingripa. Att kriminaliseringar tillsammans med effektiva verkställande åtgärder är nödvändiga för att skydda liv och för att skydda människor från familjevåld framgår av Europadomstolens praxis. Att kriminaliseringar är nödvändiga framgår också direkt av konventionstexten i Istanbulkonventionen och av barnkonventionens krav på att barnets rättigheter ska tillgodoses effektivt. Att det dessutom är nödvändigt med *särskilt utformade* kriminaliseringar framgår av statens skyldighet att tillgodose barnets rätt att faktiskt och jämlikt åtnjuta sina rättigheter.

²²⁴ De övriga kriminaliseringsprinciperna begränsar sedan hur en sådan kriminalisering kan utformas. Jag återkommer till detta i avsnitt 4.4.

²²⁵ GrUU 23/1997 rd, s. 3. Viljanen 2001, s. 340 – 341, Tolvanen 2005, s. 148, Pirjatanniemi 2011, s. 158.

4.3.2.2 *Kriminalisering som nödvändig åtgärd i Europadomstolens praxis*

Europadomstolen har kommit med ett flertal avgöranden där det har slagits fast att rätten till liv förutsätter aktiva åtgärder från statens sida genom straffrättslig lagstiftning och sådan lagstiftning om bekämpning och utredning av brott som stöder de straffrättsliga normerna. En allmän förpliktelse för konventionsstaterna att vidta ändamålsenliga åtgärder för att skydda livet på de personer som befinner sig inom deras jurisdiktion har konstaterats i *L.C.B mot Förenade kungariket*, som gällde huruvida staten hade gjort allt som kunde förväntas av den för att förhindra att liv äventyras.²²⁶ I *Osman mot Förenade kungariket* har domstolen fastslagit att statens skyldighet att skydda liv inbegriper en förpliktelse att inrätta *effektiva kriminaliseringar* och att detta är ett uttryck för en positiv förpliktelse som innebär att individen ska skyddas från kränkningar som riktas mot henne av andra individer. Ett effektivt skydd förutsätter att rättsväsendet har verktyg för att förebygga, stävja och sanktionera kränkningar.²²⁷ Förpliktelsen att skydda liv genom de verktyg som straffrätten har att erbjuda befästs också i *Branko Tomašić and Others mot Kroatien*, där en man efter upprepade hot om dödligt våld mot sin familj hade dömts till fängelsestraff, men kort efter sin frigivning sköt sin tidigare sambo och deras dotter till döds. Förpliktelsen befästs ytterligare i *Kontrová mot Slovakien* där två barn hade fallit offer för sin fars dödliga våld, samt exempelvis i *R.R. and Others mot Ungern*.²²⁸

Europadomstolen har även kommit med avgöranden som innebär att förbudet mot tortyr, omänsklig behandling, förnedrande behandling och förnedrande bestraffning är förenat med ett krav på aktiva straffrättsliga åtgärder från statens sida. När våld som en privatperson har utövat anses vara så grovt att det faller innanför tillämpningsområdet för sådan behandling, har domstolen förutsatt att konventionsstaterna genom effektiva straffprocessuella åtgärder ska avskräcka alla som befinner sig inom dess jurisdiktion från att begå brott och bestraffa dem som begår sådana. Den här förpliktelsen uttrycks exempelvis i *E.S. mot Slovakien*, där domstolen ansåg att staten inte hade lyckats leva upp till sina förpliktelser enligt artikel 3, då en person som hade dömts för familjevåld och sexuellt våld riktat mot barnen i familjen inte på laglig väg kunde vräkas ur det gemensamma hemmet.²²⁹ I *E.S. mot Slovakien* hänvisar domstolen också direkt till

²²⁶ Case of *L.C.B v. the United Kingdom* (1998), punkt 36.

²²⁷ Case of *Osman v. the United Kingdom* (1998), punkt 115.

²²⁸ Case of *Branko Tomašić and Others v. Croatia* (2009), punkt 64, Case of *Kontrová v. Slovakia* (2007), punkt 55 och Case of *R.R. and Others v. Hungary* (2012), punkt 28.

²²⁹ Case of *E.S. v. Slovakia* (2009), punkt 33, 43 och 44.

barnkonventionen och konstaterar att barnets rätt till skydd mot alla former av våld förutsätter aktiva åtgärder av staten, i det här fallet de nationella domstolarna.²³⁰

I A. mot Förenade kungariket hade en styvfar vid upprepade tillfällen utdelat hårda slag med en käpp mot ett nioårigt barn och erkänt handlingarna, men inte dömts till straff eftersom lagen i Storbritannien tillät barnaga i uppfostringsyfte. Europadomstolen konstaterade att Storbritanniens lagstiftning inte erbjöd barn ett tillräckligt skydd mot våld, eftersom man tillät sådan våldsamt behandling som faller under förbudet mot tortyr, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning. Sådan behandling var enligt brittisk lag tillåten såvida det inte kunde påvisas att våldet överskred gränsen för rimlig aga (*reasonable chastisement*). Domstolen har i sitt avgörande påmint om att illabehandling måste överstiga en viss tröskel för att falla under det förbud artikel 3 ger uttryck för och avgörandet torde således inte kunna tolkas så att barnaga i allmänhet utgör ett brott mot artikel 3, utan snarare så att den nationella gränsen för rimlig aga som gällde i Storbritannien inte överensstämde med förbudet i artikel 3.²³¹

4.3.2.3 Kriminalisering som nödvändig åtgärd enligt Istanbulkonventionen och barnkonventionen

Att straffrättsliga åtgärder är nödvändiga i kampen mot familjevåld framgår också direkt av konventionstexten i Istanbulkonventionen. Istanbulkonventionen innefattar bestämmelser som uttryckligen förpliktar konventionsstaterna att kriminalisera uppsåtligt fysiskt våld mot en annan person, allvarliga kränkningar av en persons psykiska integritet genom tvång eller hot och upprepat hotfullt beteende som orsakar att offret känner fruktan för sin säkerhet. Det faller alltså utanför konventionsstatens prövningsrätt att själv avgöra huruvida det är nödvändigt att kriminalisera sådana gärningar, istället förutsätter konventionen att det görs.²³² En stat som undertecknar konventionen bekräftar således att den delar konventionens syn på nödvändiga kriminaliseringsområden. Kommissionen för bekämpning av våld mot kvinnor och av våld i hemmet har i planen för genomförande av Istanbulkonventionen 2018 – 2021 inte

²³⁰ Case of E.S. v. Slovakia (2009), punkt 15.

²³¹ I A. mot Förenade kungariket har Storbritannien de facto erkänt att lagstiftningen inte erbjuder barn ett tillräckligt skydd mot våld och att den måste uppdateras för att våld av den här typen inte ska kunna ursäktas. A. v. the United Kingdom (1998), punkt 18, 20 – 21 och 24.

²³² Som har noterats i kapitel 2.5 är det möjligt för konventionsstaterna att förbehålla sig rätten att sanktionera psykiskt våld och upprepat hotfullt beteende på andra än straffrättsliga vägar, men Finland har inte lämnat någon sådan reservation och omfattas således av kriminaliseringsplikten i sin helhet.

listat några åtgärder i anslutning till artiklarna 33, 34 och 35 eller 46, och man får därmed anta att kommissionen menar att de befintliga finska brottsrekvisiten tillfredsställer Istanbulkonventionens krav på straffbeläggning av den här typen av våldshandlingar.²³³

Formellt är våldshandlingar straffbelagda i Finland, åtminstone i en viss utsträckning. Formellt åtlydande av en konventions påbud är ändå inte nödvändigtvis det samma som *effektivt* åtlydande av en konventions påbud. Barnkonventionens konventionstext innefattar å sin sida inga direkta föreskrifter om straffbeläggning av vissa på förhand definierade handlingar, konventionen är däremot nog förbunden med ett krav på effektivt tillgodoseende av barnets rättigheter. Om en kriminalisering är nödvändig för att barnets rättigheter ska kunna tryggas på bästa sätt är staten, som har konstaterats ovan, skyldig att genomföra den kriminaliseringen. Barnkonventionen friar inte staten från ansvar att straffbelägga, trots att konventionen saknar detaljerade kriminaliseringspåbud. När straffbeläggning är ett nödvändigt verktyg för att på bästa sätt tillgodose barnets rättigheter, är det det verktyget staten ska tillgripa. På samma sätt stannar inte de förpliktelser som kan härledas ur Istanbulkonventionen vid den preciserade skyldigheten att inrätta formella straffpåbud. Straffpåbuden ska finnas till, men de ska också vara utformade på ett sådant sätt att de effektivt tillgodoser det bakomliggande skyddsintresset, i det här fallet barnets rätt till liv, överlevnad och utveckling. Istanbulkonventionens krav på straffbeläggning av vissa uppsåtliga handlingar utgör således den ram inom vilken staten kan agera. Det är inte möjligt att helt låta bli att kriminalisera familjevåld, men nog möjligt att förverkliga kriminaliseringar på olika sätt, under förutsättning att man uppnår ett faktiskt och effektivt skydd.

GREVIO har i sin första rapport till Finland angående Istanbulkonventionens nationella implementering bland annat uppmanat Finland att se till att barns närvaro när våld utövas i hemmet uppfattas som en försvårande omständighet då straff bestäms, samt att också i övrigt se över de omständigheter som uppfattas som försvårande i straffrättsligt hänseende, så att de bättre motsvarar Istanbulkonventionens krav.²³⁴ GREVIO kommer även med en rad andra straffrättsligt anknutna uppmaningar, som sammantaget handlar

²³³ Social- och hälsovårdsministeriets publikation 2017:17. Nousiainen och Pentikäinen har riktat kritik mot kommissionens åtgärdsprogram, bland annat till följd av bristfällig analys av de straffrättsliga ändringar konventionen anses förutsätta. Se Nousiainen – Pentikäinen 2013 och Nousiainen – Pentikäinen 2017, passim.

²³⁴ GREVIO Baseline Evaluation Report Finland 2019, s. 47.

om behovet av att i den finska strafflagen synliggöra och specificera familjevåld och våld mot kvinnor, för att säkerställa att det bekämpas effektivt.²³⁵

4.3.2.4 Kriminalisering som nödvändig åtgärd till följd av statens skyldighet att tillgodose faktiskt och jämlikt åtnjutande av rättigheter

Det innehåll man tillskriver skyddsintresset blir en parameter för vilka kriminaliseringar som är nödvändiga. När skyddsintressets innehåll bestäms utifrån ett barnperspektiv, på det sätt som redogörs för i avsnitt 4.1 ovan, blir innehållet ett annat än det man har avsett att skydda med de existerande misshandelsrekvisiten. I avsnitt 4.2.2 har det konstaterats att det komplexa skyddsintresset inte till fullo kan erbjudas straffrättsligt skydd genom tolkning av de gällande rekvisiten. Varför det är nödvändigt att genom särskilt utformade kriminaliseringar komma åt också de aspekter av det komplexa skyddsintresset som inte omfattas av de gällande rekvisiten, kan illustreras genom de strukturella perspektiv som synliggör könsroller.

De gällande misshandelsrekvisiten har, på det sätt som beskrivs i avsnitt 4.2.3 om struktur och perspektiv, utformats i en verklighet som idealiserar ett neutralt förhållningssätt utan att ifrågasätta normen för det neutrala och de strukturer som har format den. När man kan visa att våldsbrotten tydligt är förenade med könsbaserade roller, men att strafflagen ändå i huvudsak är könsneutral på ett sätt som missgynnar det kön som inte representerar den strukturella normen, uppstår ett ojämlikt utgångsläge. Offer för familjevåld (kvinnor och barn) försätts till följd av straffbestämmelsernas utformning i ett sämre läge än offer för enskilda våldshandlingar (män). I det moderna samhället är det självklart att kriminaliseringar som försvagar jämställdhet mellan könen inte är godtagbara.²³⁶ Det är med andra ord nödvändigt att ändra på eller komplettera sådana kriminaliseringar. I praktiken innebär det att man lösgör sig från ett tankesätt som automatiskt utgår från den patriarkala struktur där straffrätten har formats, så att offrets perspektiv på familjevåld synliggörs. Eftersom barn i likhet med kvinnor i sammanhanget oftast möter straffrätten som offer, följer att om jämställdhet mellan könen är ett viktigt värde är också jämlikhet mellan barn och vuxna ett viktigt värde. Ett straffrättsligt system som ser offret är ett steg närmare barnperspektivet.

²³⁵ GREVIO Baseline Evaluation Report Finland 2019, s. 41 – 48.

²³⁶ Melander 2008, s. 495.

Statens skyldighet att på det här sättet tillgodose faktisk och jämlik tillämpning av rättigheter har stöd också i Europadomstolens rättspraxis. Domstolens avgörande i Opuz mot Turkiet visar hur kravet på jämlikhet kan flätas samman med straffrätten. I Opuz mot Turkiet var det fråga om ett ytterst våldsamt äktenskap. Kvinnan och hennes mor hade blivit föremål för upprepade våldsdåd och hot riktade mot dem av kvinnans man, och situationen ledde slutligen till att modern föll offer för dödligt våld. Offren hade kontaktat myndigheterna, men man hade inte skridit till några effektiva åtgärder, något som berodde dels på att myndigheterna hade varit passiva, dels på att offren drog tillbaka sina anmälningar. Europadomstolen granskade målet som ett uttryck för diskriminering och hänvisar bland annat till CEDAW. Domstolen ansåg att staten hade brutit mot sina förpliktelser enligt konventionen, eftersom dess straffrättsliga system inte kunde erbjuda kvinnorna effektivt skydd. I fråga om den kvinna som miste livet var det fråga om ett brott mot artikel 2, för den som överlevde om ett brott mot artikel 3. Turkiet hade visserligen genomfört förändringar i sin lagstiftning, men de hade inte lett till att myndigheterna i praktiken tog våld mot kvinnor på allvar. De enskilda våldshandlingarna sågs som en del i ett större sammanhang av diskriminering mot kvinnor och domstolen ansåg därför att staten inte var seriöst engagerad i att motarbeta familjevåld.²³⁷

I Europadomstolens avgörande Bălşan mot Rumänien hade de nationella myndigheterna varit medvetna om det upprepade familjevåldet, men menade att den utsatta parten själv hade provocerat fram våldet och att några straffrättsliga sanktioneringar inte behövdes eftersom våldet inte utgjorde ett hot mot samhället i stort. Europadomstolen konstaterade att det var fråga om våld som var beroende av kön och att myndigheternas agerande visade på en diskriminerande attityd gentemot den utsatta parten som kvinna. Myndigheternas passivitet var ägnad att främja en tillåtande attityd gentemot familjevåld och deras underlåtande att ingripa i våldet var ett uttryck för diskriminering. Domstolen konstaterade att förbudet mot diskriminering i artikel 14 i det aktuella fallet skulle förstås i samband med förbudet mot tortyr i artikel 3 och att en kränkning av båda artiklarna förelåg.²³⁸

När det kan påvisas att det straffrättsliga systemet diskriminerar någon part, kan man alltså ur grund- och mänskliga rättigheter härleda en skyldighet att ändra på situationen.

²³⁷ Case of Opuz v. Turkey (2009), punkt 183 – 202.

²³⁸ Case of Bălşan v. Romania (2017), punkt 80 – 89.

Det är med andra ord *nödvändigt* att agera i enlighet med en kriminalpolitik som garanterar barnet samma skydd som vuxna (män).

4.4 Barnets straffrättsliga skydd i konkret utveckling

4.4.1 Utgångsläge

När vi så har fastställt att barnkonventionen, Istanbulkonventionen och Europakonventionen förpliktar staten att värna om ett komplext skyddsintresse, fastslagit att de existerande kriminaliseringarna inte håller måttet i relation till allt som det skyddsintresset ger uttryck för och visat varför det är nödvändigt att använda sig av straffrättsliga åtgärder för att på ett jämlikt sätt skydda de aspekter av intresset som inte täcks av de existerande rekvisiten, återstår att undersöka alternativa lösningsmodeller.

När barnets straffrättsliga skydd mot våld i familjen ska utvecklas konkret utifrån ett barnperspektiv framträder tre nyckelelement. Det komplexa skyddsintresset kräver att särskild uppmärksamhet fästs vid den kontext inom vilken familjevåld sker, vid huruvida våld mot barn kan ursäktas i uppfostringssyfte och vid rekvisitens förmåga att fånga upp barn som upplever våld utan att själva vara primärt utsatta. Det har konstaterats att de gällande rekvisiten för misshandel inte tillåter att barna ursäktas på oacceptabla grunder och således motsvarar rekvisiten i det hänseendet de krav de positiva människorättsförpliktelserna ställer, varför det elementet inte diskuteras vidare här. De alternativa lösningsmodeller som dryftas nedan fokuserar därmed på kontext och på barn som upplever våld utan att vara primärt utsatta. Dels är det fråga om möjliga ändringar i relation till de gärningar och omständigheter som det straffbara området omfattar, dels om ändringar som gäller hur olika gärningar och omständigheter påverkar följderna av ett brott.

4.4.2 De svenska fridskränkningssbrotten som grund för nya straffbestämmelser

4.4.2.1 De svenska fridskränkningssbrotten utformning

I Sverige finns sedan år 1998 en bestämmelse om grov fridskränkning och grov kvinnofridskränkning. Bestämmelsen infördes i brottsbalken som ett led i samhällets åtgärder för att bekämpa mäns våld mot kvinnor och för att markera hur allvarligt våld i en nära relation är.

Den som begår brottsliga gärningar enligt 3, 4, 6 eller 12 kap. eller enligt 24 § lagen (1988:688) om kontaktförbud mot en närstående eller tidigare närstående person, döms om var och en av gärningarna utgjort ett led i en upprepad kränkning av personens integritet och gärningarna varit ägnade att allvarligt skada personens självkänsla, för grov fridskränkning till fängelse i lägst nio månader och högst sex år.

Har gärningarna som anges i första stycket begåtts av en man mot en kvinna som han är eller har varit gift med eller som han bor eller har sammanbott tillsammans med under äktenskapsliknande förhållanden, ska han i stället dömas för grov kvinnofridskränkning till samma straff.

Bestämmelsen finns i 4 kap. 4 a § i brottsbalken och innebär att flera i sig kriminaliserade gärningar ses som en enhet i ett sammanhang. Tillsammans bildar de en mera klandervärd helhet än varje gärning skilt för sig. Det är det sammanhang gärningarna ger uttryck för som utgör det särskilt straffvärda elementet, genom att hänsyn tas till offrets hela situation.²³⁹ Fridskränkingsbrotten innefattar flera element som alla måste vara uppfyllda. Det krävs att gärningarna riktar sig mot samma person och att den personen är eller har varit närstående till gärningsmannen, att flera gärningar prövas samtidigt och att dessa gärningar utgör brott mot liv och hälsa, brott mot frihet och frid, sexualbrott, skadegörelsebrott eller innebär överträdelse av ett meddelat kontaktförbud. Vidare krävs att gärningarna var för sig har utgjort ett led i en upprepad kränkning av den utsatta personens integritet samt att gärningarna har varit ägnade att allvarligt skada självkänslan hos den som utsätts.²⁴⁰

Närståendekravet är en grundförutsättning för bestämmelsens tillämplighet och kan sägas vara det verktyg som lagstiftaren har använt för att fånga det särskilt skyddsvärda.²⁴¹ De gärningar som prövas ska vara straffbara var för sig enligt de brottsrekvisit som bestämmelsen hänvisar till eller utgöra överträdelse av meddelat kontaktförbud; gärningarna kan vara av samma typ eller olika, det väsentliga är att de är flera till antalet.²⁴² Med upprepad kränkning avses sådana gärningar som tar sikte på den

²³⁹ Andersson 2016, s. 118.

²⁴⁰ Andersson 2016, s. 119.

²⁴¹ Andersson 2016, s. 120.

²⁴² Andersson 2016, s. 121.

personliga integriteten och som sker vid upprepade tillfällen.²⁴³ Endast gärningar som är straffbara enligt bestämmelsen kan åberopas för att visa att de gärningar som är föremål för den aktuella bedömningen är ett led i en upprepad kränkning.²⁴⁴ Andra faktorer som har betydelse för bedömningen är gärningarnas antal och karaktär samt den tid som har förflutit mellan gärningarna.²⁴⁵ Kravet på att gärningarna ska utgöra ett led i en upprepad kränkning får antas vara ägnat att binda gärningarna till ett sammanhang och skilja dem från gärningar som inte hör till det sammanhanget. Skillnaden mellan flera gärningar och upprepad kränkning ter sig ändå något oklar, särskilt eftersom de brott som ska förekomma flera gånger är just sådana som typiskt kränker den personliga integriteten, och det således blir svårt att tänka sig gärningar som är straffbara enligt 3, 4, 6 och 12 kap., men som inte hör till det bestämda sammanhanget. Förhållandet mellan de båda elementen har i motiven till bestämmelsen förklarats så att ju allvarligare de enskilda kränkningarna är, desto färre gärningar krävs det för att det ska vara fråga om upprepad kränkning.²⁴⁶ Möjligen kan man utifrån detta tänka sig att en upprepad kränkning avser det tillstånd som uppstår till följd av, men skilt från, flera gärningar var för sig.²⁴⁷ Kravet på att gärningarna ska ha varit ägnade att allvarligt skada självkänslan innebär dels att det är fråga om ett abstrakt faredelikt, dels att gärningarna ska vara kvalificerade. Det behöver alltså inte påvisas att offrets självkänsla verkligen har skadats, men däremot att gärningarna i typiska fall är sådana att de leder till den här typen av skada. Självkänslan ska dessutom skadas allvarligt. Det framgår inte av motiven till bestämmelsen vilka faktorer som är ägnade att allvarligt skada självkänslan i typiska fall, men klart är att det är fråga om en helhetsbedömning där brotten var för sig kan vara lindriga, men i sitt sammanhang blir till beståndsdelar i en allvarlig helhet.²⁴⁸

²⁴³ Prop. 1997/98:55, s. 132.

²⁴⁴ Andra typer av handlingar, som visserligen är kränkande, men inte straffbara, kan alltså inte åberopas. Andersson 2019, s. 264 – 265, Prop. 1997/98:55, s. 131. I NJA 2004 s. 437 hade ett barn, utöver misshandel, fått utstå grovt förolämpande och nedsättande tillmälen från sina föräldrar. Dessa kunde inte ingå i fridskränkingsbrottet i sig eftersom förolämpning inte finns med bland de brottsrekvisit som faller under tillämpningsområdet för grov fridskränkning, däremot har domstolen beaktat de förolämpande och nedsättande tillmälen som försvårande omständigheter när straffet har bedömts.

²⁴⁵ Prop. 1997/98:55, s. 131.

²⁴⁶ Prop. 1997/98:55, s. 133.

²⁴⁷ Andersson menar att man möjligen kan anse att kravet på upprepad kränkning innefattar någon form av brottsförutsättning som går utöver vad som följer av kravet på flera brottsliga gärningar och kravet på att gärningarna är ägnade att allvarligt skada känslan hos den utsatta. Andersson 2016, s. 122.

²⁴⁸ Andersson 2016, s. 123 och 265 – 266. I praxis har bedömningen av om gärningarna har varit ägnade att allvarligt skada självkänslan gjorts dels utgående från offrets situation, dels utifrån hur allvarliga de enskilda gärningarna har varit. Se exempelvis NJA 2003, s. 144, där bristande språkkunskaper och avsaknad av sociala nätverk var sådana omständigheter som beaktades när offrets hela situation bedömdes.

Fridskränkingsbrotten kom till på initiativ av Kvinnovåldskommissionen, en kommission vars uppdrag var att utifrån ett kvinnoperspektiv göra en översyn av frågor som rör våld mot kvinnor och att föreslå åtgärder för att motverka sådant våld. Kommissionen föreslog bland annat att ett nytt brott skulle införas i brottsbalken, ett brott som fångar det komplexa i våld mellan närstående. Det förslag som slutligen lades fram och som senare kom att bli till den bestämmelse som finns idag skiljer sig ändå från kommissionens förslag, vilket gör att det helhetsperspektiv man från början var ute efter inte kan tillämpas fullt ut.²⁴⁹

Kommissionens målsättning var att det skulle bli möjligt att ta hänsyn till offrets hela situation. Det skulle vara fråga om ett fortlöpande brott, så att preskriptionstiden skulle börja löpa först efter att tillståndet som helhet hade upphört. Det skulle inte vara nödvändigt att tidsmässigt ange varje handling i detalj, istället var det tillräckligt att de olika straffbara handlingarna till sin karaktär var preciserade och att de utförts inom en bestämd tidsperiod. Kommissionen ansåg till och med att för stort fokus på de enskilda gärningarna skulle stjåla uppmärksamhet från det faktum att de är en del av en pågående process, och att det är processen och helheten som är det ytterst klandervärda.²⁵⁰ Bestämmelsen skulle enligt kommissionens förslag också öppna för hänsyn till andra gärningar än direkt straffbara sådana när helheten bedöms, såsom diffusa hot och negativ psykisk påverkan.²⁵¹ Så blev det inte. Ur ett rättssäkerhetsperspektiv ansågs det att den konstruktion kommissionen föreslagit inte var möjlig, och brottsrekvisitet bygger därför på enskilda, i sig själva straffbara handlingar.²⁵²

När jag nedan använder den här svenska modellen för att konstruera något som strävar till att fånga helheten ur ett barnperspektiv åsidosätter en del av resonemanget, likt Kvinnokommissionens resonemang, en ingående bedömning av bestämmelsens återverkningar. Avsikten är att lyfta fram offret och genom barnperspektivet presentera

²⁴⁹ Andersson 2016, s. 98 – 99.

²⁵⁰ Andersson 2016, s. 105 – 106, SOU 1995:60 Kvinnofrid s. 302.

²⁵¹ Andersson 2016, s. 106, SOU 1995:60 Kvinnofrid, s. 305.

²⁵² Andersson 2016, s. 111 – 113. Nordborg och Niemi-Kiesiläinen har diskuterat (och kritiserat) den argumentation som fördes utgående från Kvinnovåldskommissionens förslag och menar att kritiken mot kommissionens förslag var relevant i sig, men att den kunde ha resulterat i en utvidgad diskussion om nya lösningar, istället för i ett övergivande av tanken om våld som en fortgående process. Nordborg – Niemi-Kiesiläinen 2001, s. 370.

initiativ till alternativa lösningsmodeller som utmanar invanda tankemodeller, inte att utforma ett fulländat nytt brottsrekvisit.

4.4.2.2 *Ett nytt brott där kontexten beaktas*

De svenska fridskränkingsbrotten innebär att man istället för att döma varje gärning skilt för sig, dömer för ett sammanhängande brott.²⁵³ Brottsbeskrivningarna är inte utformade särskilt med hänsyn till barnet, men kan användas som en modell för att försöka gestalta en ny brottsbeskrivning ägnad att skydda barnets rätt till liv, överlevnad och utveckling. För att vara effektiv måste en sådan kriminalisering utformas så, att samtliga krav som kriminaliseringsprinciperna ställer uppfylls. Principen om skydd för rättsliga intressen och ultima ratio-principen har använts för att konstatera att en sådan kriminalisering är nödvändig. Nedan vägs de förändringar som kunde göras i den svenska bestämmelsen mot de resterande kriminaliseringsprinciperna (den straffrättsliga legalitetsprincipen, principen om människovärdets okränkbarhet och principen om intresseavvägning) för att överväga om en bestämmelse som riktar sig särskilt mot barnet som offer för familjevåld skulle vara gångbar i praktiken.²⁵⁴

Det första momentet i den svenska bestämmelsen talar om närstående och gärningar som har varit ägnade att allvarligt skada personens självkänsla.

Den som begår brottsliga gärningar enligt 3, 4, 6 eller 12 kap. eller enligt 24 § lagen (1988:688) om kontaktförbud mot en närstående eller tidigare närstående person, döms om var och en av gärningarna utgjort ett led i en upprepad kränkning av personens integritet och gärningarna varit ägnade att allvarligt skada personens självkänsla, för grov fridskränkning till fängelse i lägst nio månader och högst sex år.

Om "närstående" ersätts med "barn", "gärningar som har varit ägnade att allvarligt skada personens självkänsla" ersätts med "gärningar som har varit ägnade att allvarligt skada barnets utveckling" och trygghetens betydelse vid sidan av integriteten poängteras, kunde bestämmelsen se ut så här:

²⁵³ När det är fråga om konkurrens mellan det nya brottet och ett annat brott med strängare straffskala, ska domstolen ändå döma för det senare brottet. Prop. 1997/98:55, s. 134.

²⁵⁴ Jag antar när den här bedömningen görs att den svenska bestämmelsen uppfyller kriminaliseringsprincipernas krav i sin gällande utformning.

Den som begår brottsliga gärningar [enligt x §] mot ett barn, ska om var och en av gärningarna utgjort ett led i en upprepad kränkning av barnets integritet eller barnets trygghet och gärningarna har varit ägnade att allvarligt skada barnets utveckling, dömas för [...].

Kränkning av ett barns trygghet torde inte vara ett mera diffust begrepp än kränkning av integriteten, särskilt eftersom begreppet integritet omfattar mera än den fysiska integriteten. Trygghet kan snarare beskrivas som ett grundläggande element i barnets integritet. Inte heller torde gärningar som är ägnade att allvarligt skada barnets utveckling vara mera diffusa än gärningar som är ägnade att allvarligt skada självkänslan, tvärtom finns det konkreta forskningsresultat som visar hur barnets utveckling typiskt påverkas. Obestämdhetsförbudet borde således inte utgöra något hinder för en barninriktad utformning av den här typen. Eftersom det är fråga om en precisering av skyddsintresset, snarare än om att någon ny gärning skulle kriminaliseras, borde inte heller principen om intresseavvägning utgöra något hinder. Principen om intresseavvägning kunde i en sådan här situation användas exempelvis för att väga den nytta ett utvidgat straffrättsligt skydd medför för barnet, mot den skada straffrättsliga verktyg kan åsamka barnet och barnets grundläggande relationer.²⁵⁵ Man kunde härtill överväga om det är skäl att stryka hänvisningen till *allvarliga* skador ur bestämmelsen, eftersom man i allmänhet kan anta att skador som hänför sig till ett barns utveckling är allvarliga.

En bestämmelse som bygger på den gällande svenska utformningen är ändå inte optimal med hänsyn till möjligheten att fånga kontexten. I den slutliga utformningen av de svenska fridskränkingsbrotten har det helhetsperspektiv man från början var ute efter inte kunnat tillämpas fullt ut. Det element som av Kvinnovaldskommissionen hade ansetts vara särskilt viktigt var en fortlöpande brottsenhet, där det inte skulle vara nödvändigt att tidsmässigt ange varje gärning i detalj. Istället skulle det vara tillräckligt att de olika straffbara handlingarna till sin karaktär var preciserade och att de utförts inom en bestämd tidsperiod. Bestämmelsen skulle enligt kommissionens förslag också öppna för hänsyn till andra gärningar än direkt straffbara sådana när helheten bedöms, såsom diffusa hot och negativ psykisk påverkan.

²⁵⁵ Eftersom staten ändå är tvungen att ingripa på något sätt om barnets utveckling äventyras, kunde det här lika väl vara en bedömning som faller under ultima ratio-principen.

En man som mot en närstående eller tidigare närstående kvinna använder våld eller hot om våld eller utsätter henne för annan fysisk eller psykisk påverkan, ägnad att varaktigt kränka kvinnans identitet och skada hennes självkänsla, döms för *kvinnofridsbrott* till fängelse i lägst ett och högst sex år.²⁵⁶

Med de ovan använda attribut som riktar in bestämmelsen på barn, trygghet och utveckling kunde den se ut som följer:

Den som mot ett barn använder våld eller hot om våld eller utsätter barnet för annan fysisk eller psykisk påverkan, ägnad att varaktigt kränka barnets integritet eller trygghet och skada barnets utveckling, ska dömas för [...].

En sådan utformning är ägnad att på ett helt annat sätt fånga kontexten i familjevåld, än den bestämmelse som är låst vid bestämda brottsliga gärningar. Den utsattas hela situation blir föremål för bevisningen, snarare än att varje enskild våldshandling måste bevisas skilt för sig. Barnets tillvaro får ta plats som ett fortgående tillstånd och skyddsintresset är definierat ur ett barnperspektiv.

Ur ett rättssäkerhetsperspektiv är utformningen ändå problematisk. I och med formuleringen "annan fysisk eller psykisk påverkan" ges kontexten stort utrymme, men samtidigt straffbeläggs obestämt formulerade gärningar som uppenbarligen inte är straffbara utanför en våldsam kontext. Formuleringen "annan fysisk eller psykisk påverkan" är inte ens bunden till våld och hot om våld, utan fungerar som ett självständigt alternativ.²⁵⁷ Man kan således med fog hävda att det inte är fråga om en så exakt utformad kriminalisering att man utifrån bestämmelsens ordalydelse vet om en handling eller en underlåtelse att handla är straffbar.²⁵⁸ En handling kan vara fullt tillåten när den företas, men senare bli otillåten bedömd tillsammans med andra handlingar som har inträffat över tid. Dock gör hänvisningen till barnets integritet, trygghet och utveckling att formuleringen ter sig mera precis än när den relaterar till självkänsla, eftersom barnets

²⁵⁶ Bestämmelsen i den utformning Kvinnovåldskommissionen från början föreslog, SOU 1995:60 Kvinnofrid, s 36.

²⁵⁷ När den nya bestämmelsen bereddes i Sverige har man bedömt att en sådan grupp av handlingar som inte är straffbara i sig inte ens är nödvändig, eftersom det torde vara ytterst ovanligt att en den kränkande personen inte utöver sådana handlingar också begår straffbara handlingar. Andersson 2016, s. 111.

²⁵⁸ Enligt motiveringarna till den gällande bestämmelsen var det fråga om en bestämmelse som skulle bli alltför oprecis och omfatta en alltför oöverskådlig krets av gärningar. Prop. 1997/98:55, s. 78.

utveckling är ett begrepp som är konstant i förhållande till barn som grupp på ett annat sätt än självkänsla i förhållande till människan i allmänhet.

Principen om människovärdets okränkbarhet kan också utgöra ett hinder, eftersom en skuldbedömning lätt blir godtycklig när det inte är klart var gränserna för straffansvar går. Den nytta man kan uppnå genom en kriminalisering utgörs av ett omfattande skydd för barnet, medan skadeverkningarna riktar sig till exempel mot försämrad tilltro till rättsväsendet, ifall bestämmelsen blir svår att tolka enhetligt och på ett rättvist sätt. Dessutom blir bestämmelsens förhållande till *ne bis in idem*-förbudet även det ohållbart, när enskilda gärningar inte särskiljs och påvisas.²⁵⁹

De mest framträdande skillnaderna mellan de två alternativen är att det ena ser brotten ur ett helhetsperspektiv, medan det andra utgår från enskilda, redan kriminaliserade gärningar och att det ena är utformat som ett fortgående brott medan det andra inte är det.²⁶⁰ Det öppnare alternativet innefattar fördelar ur offrets synvinkel, men samtidigt så tungt vägande till rättssäkerheten hänförliga argument, att det inte torde vara ett realistiskt alternativ att i den föreslagna formen överväga. Samtidigt behöver den utformning som bygger på den gällande svenska bestämmelsen inte heller när kontexten bedöms helt och hållet vara låst vid de enskilda gärningar som behandlas, utan kunde tillåta att också sådana gärningar som inte är föremål för prövning vid den aktuella behandlingen åberopas i syfte att styrka att kränkningar har skett vid upprepade tillfällen.²⁶¹ I Sverige gäller den här möjligheten både ärenden som har lett till dom och

²⁵⁹ En *ne bis in idem*-diskussion har aktualiserats också i samband med den mera preciserade straffbestämmelsen, i anslutning till sådana gärningar som har skett inom den tidsram som ett fridskränkingsbrott avser, men som uppdragas först efter en fällande dom. Prop. 1997/98:55, s. 113. Vidare har *ne bis in idem* lyfts fram med tanke på möjligheten att utnyttja tidigare domar när kontexten bevisas. Se Wennberg 2000, s. 796 – 797.

²⁶⁰ Huruvida brottet är fortgående eller inte har utöver betydelse för kontexten, även betydelse för preskription av åtalsrätten och kan också ha betydelse vid bedömning av nödvärnstillstånd. Wennberg tycks mena att det i anslutning till upprepade våldsbrott inte ens kan uppstå ett sådant fortgående tillstånd som skulle anta karaktären av ett perdurerande brott, eftersom upprepad misshandel enligt henne inte skapar något faktiskt tillstånd som måste hävas genom aktiv handling. Wennberg 2000, s. 794.

²⁶¹ Wennberg påpekar att det ändå förutsätts att *tillräckligt många* lindriga eller medelsvåra kränkningar är föremål för åtal på samma gång och att ett åtal som inte omfattar mera än några enstaka lindriga gärningar inte kan "repareras" i det hänseendet genom domar som har vunnit laga kraft tidigare, eftersom det skulle stå i strid med *ne bis in idem*. Wennberg 2000, s. 796 – 797.

ärenden som har lett till åtalseftergift, eftersom det inte är ovanligt att den upprepande kontexten uppmärksammas först efter en eller flera fällande domar.²⁶²

Utifrån ovanstående är det alternativ som använder sig av särskilda brott för att definiera våld det som i praktiken är att föredra. En sådan ny bestämmelse måste placeras på en lämplig plats i strafflagen och innefatta en uttömmande hänvisning till de rekvisit bestämmelsen ska omfatta. Det kapitel som synes mest ändamålsenligt för placeringen är 21 kap. om brott mot liv och hälsa, eftersom barnets utveckling ska förstås som en del av rätten till liv. Sådana brott som borde omfattas av rekvisitet finns åtminstone i 20 kap. om sexualbrott, i 21 kap. om brott mot liv och hälsa, i 24 kap. om kränkning av integritet och frid samt om ärekränkning och i 25 kap. om brott mot friheten. Även om ett sådant alternativ inte är optimalt ur offrets synvinkel, skulle det ändå innebära att den kontext som kännetecknar våld i familjen får en mera framträdande roll än vad som är möjligt vid en vanlig straffrättslig bedömning av enskilda rekvisit, utan att det sker på bekostnad av rättssäkerheten. I Sverige har man ansett att den slutliga utformningen i praktiken innebär att brottsliga gärningar som sedda var för sig är av lindrigare art kan bedömas som ett grovt brott och därmed leda till strängare straff, samtidigt som legalitetsprincipens krav tillgodoses.²⁶³

4.4.2.3 Ett nytt brott där barn som upplever våld beaktas

Den ovan föreslagna konstruktionen av ett "barnfridsbrott" omfattar situationer där våld eller hot om våld rikas direkt mot barnet, men inte situationer där barnet upplever våld utan att själv vara primärt utsatt. Att låta barn uppleva våld indirekt är idag inte straffbart, trots att det kan påvisas att barnets utveckling påverkas på samma sätt när barnet ser, hör eller på annat sätt upplever våld, som när barnet är den direkta måltavlan för våld. I avsnitt x har det konstaterats att misshandelsrekvisitet inte omfattar sådana upplevelser. I Sverige har man prövat om barnets indirekta upplevelser kan få straffrättsligt skydd

²⁶² Prop. 1997/98:55, s. 81 – 82 och 133. När det gäller barn som utsätts för våld får risken att helheten förbises ändå antas vara av mindre betydelse än när familjevåld riktas mot en vuxen människa, eftersom barnets tillvaro redan i samband med den första rättsprocessen, om inte tidigare, borde bli föremål för granskning inom barnskyddet.

²⁶³ Prop. 1997/98:55, s. 80.

genom andra straffbestämmelser, men konstaterat att det skulle innebära en pressad tolkning av bestämmelserna.²⁶⁴

I Sverige har det föreslagits att en ny straffbestämmelse ska införas som gör det straffbart att utsätta ett barn för att bevittna en brottslig gärning som begås av och mot en närstående person och är ägnad att skada tryggheten eller tilliten hos barnet i förhållande till någon av dessa personer.

Den som begår en brottslig gärning mot en närstående person döms, om gärningen bevittnas av ett barn och är ägnad att skada barnets trygghet eller tillit i förhållande till någon av dessa personer, för barnfridsbrott till fängelse i högst två år.²⁶⁵

Bestämmelsen bygger på ett abstrakt faredelikt och kriminaliserar gärningar som typiskt är ägnade att skada barnets trygghet och tillit i förhållande till någon som står barnet nära. Trygghet och tillit till de personer som står barnet nära är förutsättningar för en gynnsam utveckling och man kan således anse att det svenska förslaget väl träffar barnets rätt till liv, överlevnad och utveckling som skyddsintresse. Det innehåll man vill ge begreppet bevittna måste kunna tolkas så att det omfattar också andra än visuella upplevelser, för att barnperspektivet ska kunna beaktas på ett effektivt sätt. Dessutom måste begreppet närstående definieras.

En effektiv straffbestämmelse borde, utöver situationer där gärningsmannen finner det övervägande sannolikt att barnet uppmärksammar vad som händer, också omfatta situationer där gärningsmannen tar en medveten risk. Man ska alltså inte kunna döma för brott om den som riktat våldshandlingar mot en närstående till barnet till exempel har haft anledning att anta att barnet inte är hemma, men nog om ett sovande barn vaknar och hör vad som pågår. En sådan aktsamhetsplikt kan i den givna exempelsituationen motiveras med att var och en måste vara medveten om att det finns en påtaglig risk för

²⁶⁴ Se NJA 2005, s. 712 (ofredande) och NJA 2013, s. 376 (olaga hot). I det avgörande som gäller olaga hot hade två barn bevittnat hur deras pappa dödade deras mamma med en bajonett. Högsta domstolen har inte behandlat frågan om olaga hot, men tingsrätt och hovrätt har konstaterat att pappan visserligen hade skrämmt barnen, men att bestämmelsen om olaga hot inte var tillämplig eftersom pappan inte hade avsett att skrämja barnen. En uppsåtsbedömning i Finland torde generera samma resultat. Bestämmelsen om olaga hot i SL 25 kap. 7 § förutsätter visserligen inte att det brott man hotar med riktar sig mot den som känner sig hotad, men nog att hotet är avsett för den som känner sig hotad.

²⁶⁵ SOU 2019:32, s. 41. Det svenska förslaget innefattar också en lindrig och en grov form av bestämmelsen.

att barn vaknar vid störningar i hemmet.²⁶⁶ Gärningar är straffbara endast när de begås uppsåtligt om inte något annat föreskrivs och i Finland dras den nedre gränsen för följdupsåt vid sannolikhetsupsåt.²⁶⁷ En kriminalisering som ur ett rättssäkerhetsperspektiv ska vara förenlig med principen om människovärdets okränkbarhet måste därför utformas så att det ur straffbestämmelsen framgår att gärningen är straffbar till följd av oaktsamhet.

Den föreslagna utformningen liknar den bestämmelse som föreslås ovan i syfte att fånga upp kontexten, på så sätt att brottet förutsätter att någon annan specificerad brottslig gärning har begåtts och bevisats. I det hänseendet hänvisas till de argument avseende rättssäkerheten som har framställts ovan. Den föreslagna utformningen innefattar dock inget krav på upprepade kränkningar. Huruvida det är motiverat att konstruera bestämmelsen med eller utan ett sådant element är beroende av om man anser att det bakomliggande skyddsintresset, barnets utveckling, typiskt sett skadas redan när barnet bevittnar en enstaka våldshandling, eller om det är något som sker först efter en längre tids exponering. Det här leder i sin tur till två möjliga modeller för en straffrättslig helhetsstrukturering.

Om man anser att barnets utveckling typiskt skadas till följd av en tillvaro som präglas av upprepat våld (direkt eller indirekt), kan barnets utveckling ges straffrättsligt skydd genom ett nytt brottsrekvisit som dels beaktar att barnets utveckling skadas när barnets utsätts för upprepade våldshandlingar, dels att barnets utveckling skadas när barnet bevittnar upprepat våld i sin närkrets.

Om man däremot anser att barnets utveckling typiskt skadas redan när barnet bevittnar en enstaka våldshandling krävs mera omfattande åtgärder för att en åstadkomma en logisk straffrättslig struktur. Eftersom våld som riktas direkt mot barnet ändå får antas utgöra en allvarligare kränkning i förhållande till barnet än våld som riktas mot någon annan i barnets närvaro, följer att om det skadar barnets utveckling att bevittna en enstaka våldshandling, skadar det också barnets utveckling att direkt utsättas för en enstaka våldshandling. Ett välstrukturerat skydd för intresset barnets utveckling skulle då, i mitt tycke, kräva ett helt eget kapitel där man dels placerar redan straffbelagda handlingar under särskilda brottsrekvisit när de riktar sig mot barn, dels brottsrekvisit

²⁶⁶ SOU 2019:32, s. 200.

²⁶⁷ Melander 2019, s. 191.

som tar sikte på en allvarligare kränkning till följd av en tillvaro som präglas av upprepat våld.

I en framställning av den här omfattningen finns inte utrymme att i detalj vidare redogöra för olika helhetslösningar och ingående analysera deras förhållande till varandra, jag nöjer mig därför med att konstatera att det straffbara området kan utvidgas på olika sätt. Barnperspektivet kan dessutom ges utrymme genom hur man låter det inverka på följderna av ett brott.²⁶⁸

4.4.3 Skärpningsgrunder och kvalifikationsgrunder enligt den svenska brottsbalkens modell

Föräldrars våld mot barn innefattar alltid en försvårande omständighet, eftersom brottet begås av någon barnet ska kunna känna förtroende för och i en miljö där barnet ska kunna känna sig tryggt. Barnets utsatta situation förstärks dessutom av att barnet står i ett beroendeförhållande till och har en känslomässig bindning till den vuxna.²⁶⁹

I Sverige har man redan år 2003 föreslagit att en särskild straffskärpningsgrund ska införas i brottsbalken för sådana fall där brottet har varit ägnat att skada tryggheten och tilliten hos ett barn i dess förhållande till en närstående person.²⁷⁰ I samband med förslaget höjdes röster som, i likhet med den finska argumentationen i RP 155/2014 rd i anslutning till Istanbulkonventionen,²⁷¹ ifrågasatte behovet av en särskild straffskärpningsgrund för brott mot närstående barn, eftersom det redan fanns en skyldighet att vid straffvärdebedömningen beakta särskild hänsynslöshet, utnyttjande av någons skyddslösa ställning och grovt utnyttjande av ställning eller missbrukande av förtroende som försvårande omständigheter.²⁷² Sagda omständigheter hade också iakttagits i rättspraxis när brott begåtts mot barn av en närstående person.²⁷³ Man ansåg ändå att det fanns skäl att överväga behovet av att lyfta fram någon ytterligare

²⁶⁸ Kimpimäki menar att den straffskärpning som en särskild kriminalisering skulle föra med sig i samband med våld i nära relationer faktiskt lättare kan åstadkommas genom nya kvalifikationsgrunder i samband med relevanta brottsrekvisit. Kimpimäki 2020, s. 345.

²⁶⁹ Prop. 2002/03:53, s. 70.

²⁷⁰ Prop. 2002/03:53, s. 69 – 73.

²⁷¹ Se avsnitt 4.2.2 ovan.

²⁷² Prop. 2002/03:53, s. 70.

²⁷³ Se NJA 2000 s. 612, där domstolen har beaktat att brottet har riktats mot ett barn såväl vid gradindelningen som vid straffmätningen.

omständighet som bör beaktas vid bedömningen av straffvärdet hos brott som direkt eller indirekt riktar sig mot närstående barn.

Som sådana omständigheter som talade för en särskild straffskärpningsgrund lyftes fram att omständigheterna vid brott som riktar sig mot närstående barn inte är försvårande bara till följd av att förövaren har utnyttjat barnets skyddslösa ställning utan också eftersom gärningen i regel innebär att barnet berövas sin trygghet. För ett barn som utsätts för misshandel av en förälder är hemmet inte längre den trygga och skyddade plats det borde vara och förövaren är någon som egentligen borde vårda och skydda barnet, men som barnet nu har förlorat sin tillit till. Man ansåg att det kunde ifrågasättas om den gällande regleringen *på ett tillräckligt tydligt sätt* riktade sig mot effekterna av brott mot närstående. Även om det finns ett värde i att begränsa antalet allmänna straffskärpningsgrunder och undvika att ge dem alltför snäva tillämpningsområden, ansåg man att de omständigheter som är förbundna med barn som upplever våld i sin hemmiljö är av så stor principiell betydelse för straffvärdebedömningen att de bör framgå direkt av lagen. Det poängterades också att en särskild straffskärpningsgrund ska vara tillämplig även när barn upplever våld utan att själva vara primärt utsatta.²⁷⁴

I 29 kap. 2 § i den svenska brottsbalken anges således att som försvårande omständigheter vid bedömningen av straffvärdet ska, vid sidan av vad som gäller för varje särskild brottstyp, särskilt beaktas om brottet varit ägnat att skada tryggheten och tilliten hos ett barn i dess förhållande till en närstående person. Bestämmelsen tydliggör och markerar att brott mot ett närstående barn ofta bör ges ett högre straffvärde särskilt eftersom barnet därigenom riskerar att berövas sin trygghet.²⁷⁵ Som framgår av bestämmelsens ordalydelse behöver det inte visas att barnet verkligen har berövats sin trygghet, utan det räcker att brottet typiskt sett är sådant att barnets trygghet kan skadas.

När man i Sverige bedömer misshandelsbrottets svårighetsgrad ska det särskilt beaktas bland annat om gärningsmannen har visat särskild hänsynslöshet. Det här innebär att ett misshandelsbrott som har begåtts mot ett barn kan bedömas som grovt även om skadorna eller smärtan i sig innebär brott av normalgraden.²⁷⁶ Detta motiveras med att våld som begås mot ett barn, begås mot någon som är väsentligt svagare och att sådant våld därför

²⁷⁴ Prop. 2002/03:53, s. 70 – 71.

²⁷⁵ Andersson 2019, s. 27.

²⁷⁶ Andersson 2019, s. 27.

kan bedömas som grovt även om det inte har varit livsfarligt eller gett upphov till så svåra skador att misshandeln på de grunderna skulle vara att betrakta som grov.²⁷⁷

I Sverige har man alltså för det första valt att ta in en särskild skärpningsgrund som omfattar barnets rätt till trygghet. Det här har gjorts eftersom man har velat tydliggöra att den omständigheten har en stor principiell betydelse för straffbedömningen, trots att det redan var möjligt att på basis av andra, mera allmänna skärpningsgrunder, tillskriva sådana omständigheter ett högre straffvärde. I praktiken innebär bestämmelsen att straffet bör vara högre när ett brott begås mot ett barn, än när motsvarande gärning riktas mot en vuxen person.²⁷⁸ För det andra är det dessutom möjligt att i tillämpliga fall utnyttja hela den straffskala misshandelsrekvisiten tillsammans omfattar, eftersom rekvisitet för misshandel innefattar en kvalifikationsgrund som gör det möjligt att betrakta det faktum att brottet har riktats mot ett barn av en vårdnadshavare som en försvårande omständighet i sig.

Dessa element är sådana som utan större åthävor kunde användas också i Finland för att förstärka barnets straffrättsliga skydd mot familjevåld. Som har konstaterats i avsnitt x ovan, kunde rekvisitet för grov misshandel ändras på två sätt: antingen så att det att brottet har riktats mot ett närstående barn eller någon annan närstående tas in som en specifik kvalifikationsgrund eller så att rekvisitet öppnas upp på ett annat sätt, genom en mera allmänt formulerad kvalifikationsgrund lik den svenska, eller så att ett brott kan bedömas som grovt på basis av en självständig helhetsbedömning. Även här kunde den svenska regeringens argumentation för värdet i att tydliggöra omständigheternas stora principiella betydelse, tala för en specifik kvalifikationsgrund.

Skärpningsgrunden kunde införas som sådan, samtidigt som man kunde överväga att införa någon motsvarande grund som skulle omfatta familjevåld i stort. Jag ser dock ett egenvärde i att ha en självständig grund som hänvisar specifikt till barnet, eftersom man då kommer åt det element av trygghet som är förbundet med barnets rätt till skydd mot alla former av våld som ett uttryck barnets särskilda rätt till liv, överlevnad och utveckling.

²⁷⁷ Prop. 1987/88:14, s. 4 och Andersson 2019, s. 27.

²⁷⁸ NJA 2004, s. 437.

5 BARNET, VÅLDET OCH PROCESSEN

5.1 Avstamp i en process som främjar barnperspektivet

De positiva människorättsförpliktelseernas inverkan stannar inte vid den formella lagstiftningen. Förpliktelseerna riktar sig visserligen i första hand till lagstiftaren, men om staten vill verka för att faktiskt tillgodose brottsoffrets rättigheter krävs det att man är beredd att stifta sådana lagar som gör det möjligt för barnperspektivet att ta sig vidare till den verkställande nivån.²⁷⁹ Även ett välformulerat och genomtänkt brottsrekvisit mister sin skärpa om det inte finns processuella verktyg för att effektivt verkställa straffansvar.²⁸⁰

Barn i allmänhet, och barn som har upplevt något så traumatiskt som familjevåld i synnerhet, är en utmaning för lagstiftaren när straffprocessen ska utformas. För att barnets rätt till liv, överlevnad och utveckling ska förverkligas fullt ut krävs det att straffprocessen klarar av att i praktiken samla bevisning som gör det möjligt att ställa förövare till svars. I ärenden som gäller familjevåld utgör parternas utsagor i allmänhet en avgörande del av den bevisningen. Barnet självt och statens förmåga att hantera barnets verklighet spelar således en avgörande roll för att man ska kunna förverkliga den straffprocessuella dimensionen av barnets rätt till skydd mot alla former av våld.

Barnkonventionen innefattar dessutom en direkt förpliktelse för konventionsstaterna att ge barnet utrymme att uttrycka sig. Barnet ska i alla domstolsförfaranden och administrativa förfaranden som rör barnet särskilt beredas möjlighet att höras på ett sätt som är förenligt med nationella procedurregler. I en rättsprocess innebär det här att barnet har rätt att vara en del av processen på sina egna villkor och att staten ansvarar för att den rätten tillgodoses. Utöver det faktum att barnet *behövs* rent praktiskt i straffprocessen, har barnet alltså också en *självständig rätt* att komma till tals. Rätten tillgodoses effektivt när barnet kan delta på ett sätt som är förenligt med barnets bästa.

²⁷⁹ Dröge menar att de positiva människorättsförplikterna i första hand riktar sig till lagstiftaren, men att de förpliktar också den verkställande och den dömande makten när ett effektivt skydd av grundrättigheterna kräver det. Dröge 2003, s. 83.

²⁸⁰ En brottsutredning ska vara oavhängig, opartisk och underlyda offentlig kontroll samt vara effektiv i sak. Europadomstolen har i sin praxis slagit fast att staten genom ineffektiv utredning kan göra sig skyldig till ett brott mot en förpliktelse enligt artikel 3 att genom effektiva straffprocessuella åtgärder avskräcka från och bestraffa brott. Se exempelvis E.S. v. Slovakia (2009), punkterna 43 – 44.

I det följande är avsikten att diskutera om lagstiftaren har gett de myndigheter som ska förverkliga barnets delaktighet i processen möjlighet att på ett ändamålsenligt sätt utföra sin uppgift. Ändamålsenligt hörande av barn innefattar också det sätt på vilket myndigheterna tenderar att tolka och använda de verktyg som står till buds. Tar sig barnperspektivet hela vägen till hörandet av det enskilda barnet, på det sätt som människorättsförpliktelserna förutsätter? Det är samtidigt i det här skedet skäl att förtydliga att den primära avsikten *inte* är att till följd av myndigheternas eventuella tillkortakommanden problematisera bevisvärdet i barns utsagor. Det är en annan sak att en process som respekterar barnperspektivet har goda förutsättningar att resultera i en kvalitativ och tillförlitlig utsaga. Den uppgift en vittnesutsaga har i straffprocessen kan inte åsidosättas och det är inte heller ändamålsenligt att försöka separera metoden från slutresultatet. Slutresultatet består ändå inte enbart av det bevis man lyckas extrahera och den betydelse det har för processen, utan det sätt på vilket man bemöter barnet har ett egenvärde. Det räcker med andra ord inte att barnets utsaga tjänar processen i bevissyfte, människorättsförpliktelserna förutsätter att straffprocessen respekterar barnets bästa.

5.2 Barnperspektivets plats i straffprocessen

5.2.1 Olika processer – olika målsättningar

En brottsmisstanke som gäller ett våldsbrott riktat mot ett barn kan bli föremål för rättslig prövning i olika slags processer. Ärendet kan bli aktuellt i en straffprocess, men också i en process som gäller vårdnad och umgängesrätt eller i ett ärende som gäller omhändertagande. Olika processer kan pågå samtidigt, de kan aktualiseras vid olika tillfällen eller också kan ärendet bli föremål för en enda typ av process. Det är inte ovanligt att eventuellt våld lyfts fram bara i en process, exempelvis så att en misstanke om våld yttras i en process som gäller vårdnad och umgängesrätt, utan att påståendet för den skull leder till en straffprocess, eller tvärtom.²⁸¹ Det faktum att samma misstanke kan ligga till grund för olika slags beslutsfattande i olika processer som alla på ett väsentligt sätt berör brottsmisstanken och barnets rättsskydd, gör att det kan uppkomma situationer där slutresultaten upplevs som motstridiga.²⁸² Europadomstolens beslut i ärendet O.L. mot Finland berättar om en sådan situation. I O.L. mot Finland var det fråga om misstanke om

²⁸¹ Hirvelä 2006, s. 227.

²⁸² Hirvelä 2006, s. 227.

sexuellt utnyttjande av barn, där den nationella straffprocessen hade lett till åtalseftergift, medan den process som gällde omhändertagande av barn hade lett till att barnet i fråga omhändertogs. Barnets vårdnadshavare förde ärendet till Europadomstolen, eftersom hen ansåg att oskyldighetspresumtionen hade kränkts när omhändertagandet behandlades trots att straffprocessen hade lett till åtalseftergift. Europadomstolen avvisade ändå klagomålet och konstaterar i sitt beslut att den straffrättsliga behandlingen av ärendet och omhändertagandet inte har varit beroende av varandra på ett sådant sätt att skuldfrågan skulle ha varit en del av den process som gällde omhändertagande.²⁸³

Den här typen av från varandra avvikande beslut i till synes likartade ärenden kan hänföras till det faktum att det rättsliga beslutsfattandet ska omsätta de värderingar och materiella målsättningar som lagstiftningen har sina rötter i. När beslut fattas förverkligas med andra ord värderingar och målsättningar i praktiken och eftersom olika lagstiftning grundar sig på olika värderingar och olika materiella målsättningar, följer också olika beslut. Enligt det mönstret kan vi strukturera vad det är fråga om i en viss typ av rättsprocess. I en straffprocess, i en process som gäller vårdnad och umgängesrätt och i en process som gäller omhändertagande är det skäl att märka att även om samtliga processer berör samma barn och tar ställning till samma slags påståenden, avser olika processer olika sakfrågor och de avgörs på olika grunder. Vad som ska prövas, liksom även beviskraven, skiljer sig åt och straffprocessen har inget direkt juridiskt samband med andra processer. Det är därför nödvändigt att ha klart för sig vad en rättsprocess handlar om, vilken rättsfråga man söker svar på och vilka kriterierna för beslutsfattandet är.²⁸⁴ För att kunna ringa in barnperspektivets plats i straffprocessen klargörs i det följande hur straffprocessens målsättning skiljer sig från målsättningen i processer som är särskilt ägnade att verka för barns intressen.

²⁸³ Decision as to the admissibility of application no. 61110/00 by O.L. against Finland, 5.7.2005. I Sverige har högsta domstolen i NJA 1993, s. 128 fastslagit att det i ett mål som gäller vårdnad är möjligt att ta upp en brottsmisstanke även i sådana fall där misstanken inte har lett till straffrättsliga åtgärder. Sedan år 1998 framgår det av den svenska brottsbalken 6 kap. 2a § att man vid en bedömning av vad som är bäst för barnet bland annat ska fästa särskilt avseende vid risken för att barnet utsätts för övergrepp eller annars far illa. Det här har ansetts innefatta att domstolen självmant och självständigt ska bedöma om och hur en misstanke om våld eller övergrepp ska inverka på vårdnad och umgänge, även när misstanken inte har föranlett några åtgärder i en straffprocess. Sutorius – Kaldal 2003, s. 210.

²⁸⁴ Hirvelä 2006, s. 227, Sutorius – Kaldal 2003, s. 208.

5.2.2 Målsättningen i processer som gäller vårdnad och umgängesrätt eller omhändertagande

I processer som behandlar vårdnad och umgängesrätt eller omhändertagande utgör barnets bästa det främsta intresset både i fråga om sakinnehåll och förfaringsätt.²⁸⁵ Såväl i lagen angående vårdnad om barn och umgängesrätt som i barnskyddslagen hänger lagens målsättning samman med barnets rättigheter, utveckling och välmående.²⁸⁶ I lagen angående vårdnad om barn och umgängesrätt stadgas att ett ärende som gäller vårdnad om barn och umgängesrätt ska avgöras framför allt enligt vad som är bäst för barnet.²⁸⁷ Barnskyddslagen å sin sida listar åtgärdsalternativ och lösningar att fästa uppmärksamhet vid när barnets bästa bedöms och slår fast att omhändertagande och vård utanför hemmet kan tillgripas endast om vården utom hemmet bedöms motsvara barnets bästa.²⁸⁸ Båda processerna strävar alltså efter ett slutresultat där barnets bästa materialiseras.

Barnets bästa påverkar också grundläggande element i processen. Handläggningen av ärenden som gäller vårdnad och umgängesrätt eller omhändertagande, eller för den delen andra förfaranden där barnets bästa hör samman med sakfrågan,²⁸⁹ skiljer sig från straffprocessen, men också från andra tvistemål och förvaltningsprocesser. I de flesta andra processer utgör domstolens beslut ett slutgiltigt avgörande, men i ärenden som gäller vårdnad och umgängesrätt eller omhändertagande vinner beslutet inte rättskraft i den meningen att den fråga som har avgjorts inte skulle kunna bli föremål för ny prövning. Istället är det möjligt att om och om igen återkomma till samma ärende.²⁹⁰ Det här är ett uttryck för barnets bästa som processens materiella målsättning. Beslutet baserar sig på en prognos om barnets framtid och de omständigheter som påverkar barnets bästa kan

²⁸⁵ Hirvelä 2006, s. 228.

²⁸⁶ L angående vårdnad om barn och umgängesrätt (361/1983) 1 §: "Syftet med vårdnaden om barn är att trygga en balanserad utveckling och välfärd för barnet enligt dess individuella behov och önskemål. [...]". Barnskyddslag (417/2007) 1 §: "Lagens syfte är att trygga barnets rätt till en trygg uppväxtmiljö, en harmonisk och mångsidig utveckling samt till särskilt skydd."

²⁸⁷ L angående vårdnad om barn och umgängesrätt (361/1983) 10 §.

²⁸⁸ Barnskyddslag (417/2007) 4 § och 40 § 2 mom. 2 punkten.

²⁸⁹ Som exempel på andra processer där barnets bästa är en del av sakfrågan (men där eventuellt våld i familjen inte är relevant) kan nämnas fastställande av underhåll enligt L om underhåll för barn (704/1975). Barnets bästa nämns inte uttryckligen i lagen, men kan genom barnkonventionen kopplas också till beslutsfattande i den här frågan. Linnanmäki 2019, s. 103 – 104.

²⁹⁰ Aaltonen 2020, s. 8 och 443, Tolonen 2015, s. 178, Pösö – Toivonen – Kalliomaa-Puha 2019, s. 230. Faktum är att lejonparten (67 %) av de tvister om vårdnad och umgänge som behandlas i domstol är sådana tvister där det redan finns ett domstolsbeslut eller ett avtal som de sociala myndigheterna har fastställt. Valkama – Litmala 2006, s. 86.

förändras över tid.²⁹¹ Genom att inte ge domstolsbeslut negativ rättskraft²⁹² strävar man efter att trygga barnets bästa kontinuerligt och under föränderliga förhållanden.²⁹³

När familjevåld blir en del av en sådan här process utgör barnets bästa alltså ett slags allomfattande rättesnöre som hela processen byggs runt. Barnets bästa är ett så strakt intresse att det till och med påverkar beslutets rättskraft och det utgör den uttalande materiella målsättningen. Så är inte fallet i straffprocessen, där målsättningarna är annorlunda.

5.2.3 Straffprocessens målsättning

Jokela beskriver straffprocessens målsättning i den moderna rättsstaten som en strävan efter ett slutresultat som motsvarar den materiella sanningen genom en rättvis rättegång och på ett etiskt acceptabelt sätt.²⁹⁴ Straffprocessen får på så sätt två huvudmålsättningar, att förverkliga straffansvar och att trygga individens rättsskydd.²⁹⁵

Förverkligande av straffansvar förutsätter att straffprocessen utformas så klart, effektivt och enkelt att det materiella straffansvaret förverkligas med största möjliga säkerhet och snabbhet och på ett sätt som är så förmånligt som möjligt.²⁹⁶ Eller om man, som Frände, vill uttrycka sig tydligt: straffprocessen bör utformas så att brottslingen straffas.²⁹⁷

Ett resultat som motsvarar den materiella sanningen är ändå inte tillräckligt, utan förfarandet som leder dit ska också uppfylla grundförutsättningarna för en rättvis

²⁹¹ Aaltonen 2020, s. 8, Pösö – Toivonen – Kalliomaa-Puha 2019, s. 230, Linnanmäki 2019, s. 101. Högsta domstolen har i sitt avgörande 2003:126 slagit fast att det inte nödvändigtvis ens krävs att omständigheterna har förändrats, det kan vara skäl att ändra tidigare beslut också om det finns anledning att utgående från barnets bästa bedöma rådande omständigheter annorlunda, till följd av ny information.

²⁹² I fråga om olika typer av processer kan i sammanhanget noteras att man inom processrätten och förvaltningsrätten kan närma sig begreppet negativ rättskraft på olika sätt. Medan negativ rättskraft inom processrätten yttrar sig som ett processhinder där en ny talan i ett redan avgjort ärende (*res judicata*) ska avvisas, är det i förvaltningsprocessen centrala bedömningskriteriet huruvida det är möjligt att fatta ett nytt beslut som ändrar det tidigare beslutet. Strömberg – Lundell 2011, s. 76.

²⁹³ Pösö – Toivonen – Kalliomaa-Puha 2019, s. 230.

²⁹⁴ Jokela 2018, s. 9.

²⁹⁵ Jokela 2018, s. 9, Ervo 2005, s. 107. Ervo delar in processens funktioner i samhällliga funktioner och sådana funktioner som hänför sig till det enskilda fallet. Straffansvar och rättsskydd ordnar Ervo under de samhällliga funktionerna, medan hon genom de funktioner som hänför sig till det enskilda fallet tillskriver straffrätten ytterligare en funktion, nämligen konfliktlösning. Ervo 2005, s. 106 – 107. Frände menar däremot att straffprocessens enda egentliga syfte är att förverkliga straffansvar. Detta eftersom individens rättsskydd kommer till uttryck i första hand genom mänskliga rättigheter och grundrättigheter, och dessa gäller oberoende av om det existerar en straffprocess eller inte. Frände 2009, s. 30. Om diskussionen kring straffprocessens funktioner och olika forskares position i frågan, se Hirvelä 2006, s. 87 – 90 och Niemi-Kiesiläinen 2004a, s. 524 – 525.

²⁹⁶ Jokela 2018, s. 9. Jokela talar om ändamålsenlighetsprincipen (*tarkoituksenmukaisuusperiaate*).

²⁹⁷ Frände 2009, s. 30. Frände talar om förverkligandeprincipen.

rättegång. De mänskliga rättigheterna får inte äventyras i något skede av processen. Den offentliga makten bär således ansvaret för att ett konstaterat brott eller en grundad misstanke om brott leder till en straffprocess som är på samma gång både effektiv och neutral.²⁹⁸ Dessa kan ses som motstridiga målsättningar när de representerar spänningen mellan det offentliga intresse som åklagaren står för och det enskilda intresse som den åtalade står för.²⁹⁹ Den straffprocessuella lagstiftningens och praxisens uppgift blir då att sammanfoga två motstridiga element och fälla avgöranden mellan dem. Om man däremot tar målsägandes (barnets) rättsskydd som utgångspunkt existerar inte samma spänning, eftersom det får antas vara i målsägandes intresse att *den skyldige* ställs till svars.³⁰⁰ Låter man den tanken utvecklas ytterligare ett steg vidare kan man hävda att spänningen mellan rättsskydd och straffansvar inte heller är oöverkomlig ur den åtalades synvinkel, eftersom en effektiv process antas vara ett uttryck för en rättvis process, där det endast är skyldiga personer blir föremål för åtgärder. Istället kan man tänka sig att de två elementen kompletterar varandra, emedan en process inte kan vara effektiv om den inte är neutral; en process som dömer fel person eller utsätter någon för orättvisa tvångsmedel är inte effektiv.³⁰¹ Det är med andra ord svårt att på ett trovärdigt sätt hävda att processens slutresultat motsvarar den materiella sanningen, om förfarandet som har lett dit inte har uppfyllt grundförutsättningarna för en rättvis rättegång.

Enligt 1 kap. 2 § 1 mom. 1 punkten i förundersökningslagen ska vid förundersökningen utredas det misstänkta brottet, de förhållanden under vilka det har begåtts, den skada som har orsakats och den vinning som har fåtts samt övriga omständigheter som måste klarläggas för åtalsprövning och bestämmande av påföljder. Att utreda ett brott är således att utreda de faktum som gör brottet till ett brott. Förundersökningen ska tjäna åtalsprövningen och domstolsbehandlingen genom att svara på frågorna vem, vad, var, när, hur och varför.³⁰² I straffprocessen är det alltså fråga om något annat än en bedömning av de omständigheter som påverkar barnets livssituation; straffprocessens målsättning är att ta reda på om en person har gjort sig skyldig till den gärning som beskrivs i åtalet. Barnets bästa är med andra ord inte en faktor när sakfrågan avgörs,

²⁹⁸ Virolainen – Vuorenmaa 2017, s. 65

²⁹⁹ Virolainen – Vuorenmaa 2017, s. 65, Jokela 2018, s. 10.

³⁰⁰ Jokela 2018, s. 10.

³⁰¹ I samma riktning Jokela 2018, s. 10 – 11. En sådan tankegång begränsar naturligtvis den åtalades synvinkel såtillvida, att en *skyldig* person inte tillåts betrakta det effektiva elementet som något som verkar till hans nackdel.

³⁰² Hirvelä 2006, s. 232.

eftersom det enda relevanta kunskapsintresset är huruvida ett brott har begåtts (av den åtalade).³⁰³ Så var finns det då plats för ett barnperspektiv i straffprocessen?

5.2.4 Barnperspektivet i straffprocessens förfaringssätt

Barnets bästa är inte en faktor som spelar in när skuldfrågan bedöms, men det är inte heller så att barnperspektivet för den skull skulle sakna betydelse i straffprocessen. Barnperspektivet, hur barnets bästa får ta plats, hänger samman med det förfaringssätt som tillämpas under processens gång. Det här betyder att de brott som man misstänker att har riktats mot barnet utreds i förundersökningen och behandlas i domstolen på ett sådant sätt att utredningen och rättegången inte skadar barnet och så att barnet inte utsätts för *secondary victimisation*.³⁰⁴ Det betyder också att brotten utreds på ett sådant sätt att barnets rätt att bli hörd och att få sin åsikt beaktad i alla frågor som rör honom eller henne förverkligas. I fråga om barnets rätt att bli hörd är det skäl att ytterligare förtydliga att den rättigheten naturligtvis inte heller riktar sig mot skuldfrågan, utan att det handlar om barnets åsikt om och inställning till de förfaringssätt som tillämpas. Barnperspektivets plats i straffprocessen ställer alltså krav på processens förmåga att förverkliga sina materiella målsättningar på ett sätt som på samma gång förverkligar barnets rätt till särskilt skydd och barnets rätt att delta i ärenden som rör barnet.

5.3 Målsägandes plats i straffprocessen

När vi ringar in barnperspektivets plats i straffprocessen behöver barnets position som en särskild typ av målsägande förstås i relation till offrets position som målsägande i allmänhet. I ett större sammanhang berör diskussionen om barnet som processaktör nämligen offrets möjligheter att överhuvudtaget ta plats i en process där straffrättens underliggande uppfattning om förhållandet mellan gärningsman, samhälle och offer avspeglas i det sätt på vilket de olika aktörerna positioneras.

I en straffrättslig konflikt är det gärningsmannen och samhället som agerar som parter, inte gärningsmannen och offret. I takt med att samhällets roll har accentuerats har offrets roll blivit allt mindre, och konflikten mellan offer och gärningsman har istället glidit över

³⁰³ Hirvelä 2006, s. 232.

³⁰⁴ Hirvelä 2006, s. 233. Med *secondary victimisation* avses situationer där ett brottsoffer återupplever de påfrestningar och negativa känslor som har varit förenade med brottet, till följd av bristfälligt eller stigmatiserande bemötande från myndighetens sida.

i den skadeståndsrättsliga sfären.³⁰⁵ Det är motiverat att våldsbrotten faller under allmänt åtal och de som talar för offrets rättigheter talar i allmänhet också för en mera utbredd tillämpning av allmänt åtal.³⁰⁶ När ett brott faller under allmänt åtal omintetgår den verkan yttre press och hot kan ha på offrets möjligheter att själv kräva straffansvar samtidigt som regleringen signalerar att våld i familjen inte är en privat angelägenhet. En sådan utveckling har ändå samtidigt kommit att innebära att målsägande blir en part som ställs utanför *konflikten*.³⁰⁷ Ur offrets synvinkel blir utmaningen att det enbart finns plats för offret som statist, när statens straffyrkan och den misstänktes rättsskydd regisserar skådespelet.³⁰⁸ I en straffprocess som leds av staten har målsägande inga uppgifter i förundersökningen, åtalsprövningen, domstolsbehandlingen eller när straffet ska verkställas. Målsägande uppträder ofta som den misstänktes motpart tillsammans med åklagaren, men *behövs* nödvändigtvis inte.³⁰⁹

Istället för att vara en part i konflikten har offret en tredelad uppgift som informationskälla. Offret är i allmänhet den som för brottet till polisens kännedom genom att göra en brottsanmälan, offret främjar förundersökningen genom den information hen besitter och som målsägande kan offret höras i bevisnings syfte. Rollen som informationskälla är central. Brotten förblir ofta okända för polisen om ingen anmäler dem och en målsägande som inte är samarbetsvillig kan förorsaka en situation där bevisningen är för tunn eller där gärningsmannen aldrig hittas.³¹⁰ I sammanhanget ska inte heller

³⁰⁵ Hahto 2004, s. 71. Den krympande rollen syftar här till möjligheten att medverka som en faktisk aktör som tar plats i processen. I diskussionen kring straffprocessen riktas intresset däremot allt mer till frågor som har sitt ursprung i offrets behov och rättigheter, något som har uppfattats som en naturlig följd av ett utökat intresse för människorättsnormernas inverkan på det horisontala planet. Pirjatanniemi 2008, s. 614 – 615.

³⁰⁶ Se exempelvis Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 281 – 282, Niemi-Kiesiläinen 2006, s. 311, Hirvelä 2006, s. 234 – 235, Nousiainen 2010, passim, Utriainen 2013, s. 242, Kainulainen – Niemi 2017, s. 155 och Kimpimäki 2020, s. 337 – 339.

³⁰⁷ Hahto 2004, s. 71.

³⁰⁸ Kainulainen – Honkatukia – Niemi 2013, s. 102.

³⁰⁹ Hahto 2004, s. 71. Det har ifrågasatts huruvida det verkligen kan existera ett jämlikt partsförhållande mellan åklagaren och den åtalade, dels med tanke på den naturliga maktbalansen mellan stat och individ, dels till följd av åklagarens uppgift att bemöta varje ärende objektivt. Se exempelvis Robberstad 2001, s. 194, Tolvanen 2001, s. 413 och Tolvanen 2003, s. 360. Robberstad talar om en balansillusion och menar att det är närmast absurt att tro att en vanlig människa med sina begränsade resurser på ett jämlikt sätt skulle kunna möta en allmäktig stat. Tolvanen närmar sig åklagarens roll genom att ge den en karaktär som förändras under processens gång. Under förundersökningen och vid åtalsprövningen ska åklagaren objektivt bedöma bevisningen, men när hen väl har bestämt att tröskeln för åtal överskrids blir åklagaren part i ärendet och kan sträva efter att övertyga domstolen om sin ståndpunkt. Att driva ett framgångsrikt åtal blir åklagarens främsta uppgift, medan ansvaret för den åtalades rättsskydd förflyttas till försvaret och domstolen.

³¹⁰ Hahto 2004, s. 72.

förglömmas att det inte nödvändigtvis behöver vara av ondo att målsägande uteslutande agerar informationskälla. Ervo har beskrivit målsägande och åklagare som ett samarbetande par och menar att målsägande är viktig i processen just för att saker och ting ska kunna utredas grundligt.³¹¹ Många målsägande vill inte ha en aktivare roll än så, de kan vara rädda för gärningsmannen eller känna att de inte har den kraft, tid eller kunskap som krävs för att föra ärendet vidare. En process som drivs av staten är ur det enskilda brottsoffrets synvinkel de facto ofta önskad och en sådan process innebär inte heller att samhällets intressen per automatik ersätter offrets intressen eller att offret glöms bort. En process som drivs av staten är tvärtom ett effektivt sätt att försvara offrets intressen.³¹²

Det är alltså fullt möjligt och till och med önskvärt att i straffprocessen framgångsrikt extrahera den materiella sanningen genom en rättvis rättegång och på ett etiskt acceptabelt sätt, utan aktiv inblandning från offrets sida. Om vi däremot vill komplettera processens funktion som garant för straffansvar och rättsskydd med en konfliktlösningsfunktion som betjänar det enskilda offret, kommer målsägandes plats i processen i ett annat ljus.

Ervo delar in processens funktioner i samhällliga funktioner och sådana funktioner som hänför sig till det enskilda fallet. Straffansvar och rättsskydd ordnar Ervo under de samhällliga funktionerna, medan hon genom de funktioner som hänför sig till det enskilda fallet tillskriver straffrätten ytterligare en möjlig funktion, nämligen konfliktlösning.³¹³ Hon kopplar ändå konfliktlösningsfunktionen främst till privaträttsliga anspråk och till alternativa förfaranden utanför den huvudsakliga processen, såsom medling. En del av straffyrkandet kan konfliktlösning i dess traditionella mening enligt Ervo aldrig bli, men samtidigt lämnar hon dörren på glänt genom att säga att det på sätt och vis är fråga om det här också i straffprocessen. Konfliktlösning i dess traditionella mening definierar Ervo som en infallsvinkel där det är den konflikt som existerar mellan parterna som står i centrum, i motsats till en process där konflikten har omvandlats till ett rent juridiskt problem. Enligt det här synsättet är domens överensstämmelse med den

³¹¹ Ervo 1998, s. 52 – 53.

³¹² Hahto 2004, s. 75.

³¹³ Ervo 2005, s. 106 – 107.

materiella sanningen mindre viktig än det att konflikten slutar existera mellan parterna.³¹⁴

I en fullskalig straffprocess torde det vara mer eller mindre otänkbart att något annat intresse på det här sättet skulle *överträffa* strävan efter den materiella sanningen. Konfliktlösning uppfattas i allmänhet inte heller som en eftersträvansvärd funktion i brottmål.³¹⁵ I sin uppmärksammade analys av rättssystemets sätt att hantera konflikter porträtterar Christie jurister som specialiserade konflikttjuvar. Han menar att offret i en straffprocess är så alltigenom representerat av staten att det uppstår en situation där offret först har förlorat något i och med den kränkning som ligger till grund för hela ärendet och sedan också förlorar möjligheten att bemöta gärningsmannen när staten rövar bort processen. Christie ser ett egenvärde i konflikten som sådan och menar att straffprocessen är ett uttryck för förlorade möjligheter till aktivitet och delaktighet i samhället. När konflikttjuven bestämmer vad som är relevant, bestämmer hen samtidigt att mycket av det som är viktigt för offret inte är relevant.³¹⁶ Sålunda tillåts strävan efter den materiella sanningen att överträffa andra potentiella intressen. Men måste det ena intresset ta ut det andra? Kainulainen, Honkatukia och Niemi understryker att förstärkande av offrets rätt att ta aktiv del i processen inte betyder att beslutsmakt behöver överföras. Det handlar istället om att uppmärksamma offrets roll i den egna konflikten genom att konsultera och informera när beslut fattas.³¹⁷ Att konflikten inte kan tillåtas överträffa strävan efter den materiella sanningen behöver alltså inte nödvändigtvis betyda att det inte finns utrymme för en konfliktlösningsfunktion som kan existera sida vid sida med straffprocessens kärnfunktioner.

Även Lindblom tillskriver rättsprocesser ett deltagandeperspektiv, ägnat att tillgodose medborgarnas behov av att delta i beslutsfattande som rör dem själva. Lindblom nämner värden som upprättelse, försoning och konfliktlösning när han talar om straffprocessen.³¹⁸ När det gäller familjevåld i allmänhet och våld mot barn i synnerhet är ord som "konfliktlösning" och "försoning" ändå inte alldeles adekvata. Dessa signalerar nämligen ett utgångsläge med två parter som båda har del i den situation som har

³¹⁴ Ervo 2005, s. 105.

³¹⁵ Lindblom 2004, s. 245.

³¹⁶ Christie 1977, s. 3 – 8.

³¹⁷ Kainulainen – Honkatukia – Niemi 2013, s. 105.

³¹⁸ Lindblom 2004, s. 251.

uppstått.³¹⁹ Orsaken till familjevåld ligger aldrig hos barnet och det är av största vikt att barnet förstår att det inte bär någon skuld i sammanhanget. När det gäller barn väljer jag således att tala om *bearbetande av konflikten* framom konfliktlösning som den funktion processen bättre kunde tjäna.

Bearbetande kan ske också i en målinriktad process som straffprocessen. När man har undersökt människors erfarenheter av rättsprocesser har man observerat att förfarandet ofta till och med upplevs som viktigare än slutresultatet.³²⁰ Straffprocessen är en del av ett stort och skrämmande sammanhang i barnets liv och hela situationen behöver därför uppmärksammas där barnet befinner sig just nu. Att se barnet enbart som en informationskälla som tjänar den materiella sanningen och flytta bearbetande och förståelse till något annat forum tjänar inte barnperspektivet, utan använder strukturer som är logiska för vuxna för att dela upp helhetsituationen på ett sätt som inte nödvändigtvis hjälper barnet. I den analys som följer i avsnitt 5.5 nedan rör jag mig därför stundvis utanför den sfär där barnperspektivet är strikt inramat av en process som söker verkställa straffansvar på ett rättvist sätt. Istället tillåts straffprocessen genom barnperspektivet nosa på en konfliktbearbetande funktion. Med detta inte sagt att straffprocessen på något vis är det forum som är bäst lämpat för att bearbeta konflikten eller att det inte skulle vara nödvändigt att hjälpa barnet på andra sätt.³²¹ Det är däremot viktigt att bearbetande av konflikten får ta plats i alla forum där barnet upplever den.

Innan de förfaranden som tillämpas när ett barn deltar i straffprocessen kan analyseras, måste vi ändå i det följande ta reda på hur straffprocessen i dagsläget är utrustad att möta barnet.

³¹⁹ Exempelvis Hahto påpekar skillnaden mellan det oskyldiga offret och en målsägande som själv har uppträtt klandervårt. Hahto 2004, s. 75 – 76.

³²⁰ Se exempelvis Tyler 2001, s. 216 och 233 – 234. För offerrespons om den finska straffprocessen, se Honkatukia 2011, s. 34 – 38 och 73 – 115. Enligt Honkatukia har man i Finland inte särskilt undersökt hur barn och unga upplever straffprocessen som målsägande.

³²¹ Redan processens långsamt malande kvarnar är ett uttryck för dess olämplighet som huvudsakligt maskineri för bearbetande av konflikter, oavsett hur väl man lyckas sammanfoga experimentella funktioner med traditionella sådana och oavsett hur kvalitativt bemötandet i sig självt må vara.

5.4 Hur barnet hörs som målsägande i straffprocessen - de gällande bestämmelserna i ett nötskal

5.4.1 Bemötande

Straffprocessen är redan i dag på flera sätt utformad för att möta barnet som en särskild typ av målsägande. Enligt 4 kap. 7 § i förundersökningslagen ska en person vid förundersökning bemötas så som hans eller hennes ålder och utvecklingsnivå förutsätter. Det ska särskilt ses till att undersökningsåtgärderna inte i onödan orsakar ett barn olägenheter i skolan, på arbetsplatsen eller i någon annan omgivning som är viktig för barnet. Undersökningsåtgärder som gäller en person som inte har fyllt 18 år ska i möjligaste mån utföras av utredare som är särskilt förtrogna med sådana uppgifter och vid behov ska förundersökningsmyndigheten rådfråga en läkare eller någon annan sakkunnig om huruvida en person som inte har fyllt 18 år kan utsättas för undersökningsåtgärder.

Syftet med bestämmelsen om hur barn ska bemötas i förundersökningen är enligt lagens förarbeten att förhör av ett barn och övriga förundersökningsåtgärder som barnet utsätts för ska genomföras i en adekvat atmosfär. Atmosfären ska ta hänsyn till barnets egenskaper och kunna främja möjligheten att på ett verkningsfullt och i bästa fall fostrande sätt bemöta barnet. En minderårig målsägande ska bemötas finkänsligt när våldsbrott utreds, eftersom brott av det slaget medför traumatiska upplevelser och konsekvenser. Här görs också en koppling till finkänslighetsprincipen i 6 § i förundersökningslagen. Bestämmelsens 2 mom., som gäller kraven på de personer som utför förundersökningsåtgärder där barn är inblandade, är enligt förarbetena ägnat att framhäva den särbehandling av barn som slås fast i bestämmelsens 1 mom. Det kan anses att det redan av det 1 mom. följer att den som håller förhör med ett barn eller genomför någon annan åtgärd ska vara specialiserad på att bemöta just barn. Eftersom det i alla praktiska situationer ändå inte går att hålla fast vid en ovillkorlig skyldighet att se till att ärendet sköts av personer med särskild utbildning och erfarenhet, är det trots allt möjligt att det förekommer situationer där barn förhörs av någon utan den specialkompetensen.³²² Åtminstone i vissa av de större polisdistrikten har det varit

³²² RP 222/2010 rd, s. 203.

möjligt att i allmänhet förfara i enlighet med regleringen om specialkompetens, men alltid är det inte ett genomförbart alternativ.³²³

De praktiska hindren till trots är kravet på särskild kompetens viktigt och motiverat, eftersom förhör med barn kräver särskild insikt i exempelvis vittnespsykologi. I fråga om sexual- och våldsbrott är det skäl för polisen att också utöver den egna specialkompetensen begära handräckning från en enhet för barnpsykiatri.³²⁴

5.4.2 Företrädande

Barnets vårdnadshavare, intressebevakare eller någon annan laglig företrädare har rätt närvara när ett barn under 15 år förhörs.³²⁵ När barnet har fyllt 15, men inte 18 år, har en laglig företrädare rätt att närvara om personen i fråga skulle få föra talan istället för eller vid sidan av barnet vid en rättegång.³²⁶ Enligt 12 kap. 1 § i rättegångsbalken är det intressebevakaren eller en annan laglig företrädare som för en omyndig målsägandes talan i brottmål; barnets lagliga företrädare har således alltid rätt att närvara när ett barn som är målsägande i ett brottmål förhörs. Den som utreder brottet kan ändå förbjuda en laglig företrädare att närvara vid förhöret om företrädaren är misstänkt för det brott som undersöks eller om personens närvaro annars kan antas försvåra utredningen av brottet.³²⁷ Om det finns grundad anledning att anta att barnets företrädare inte opartiskt kan bevaka barnets intressen i ärendet ska domstolen förordna en intressebevakare för förundersökningen, såvida det inte är klart onödigt.³²⁸

Begränsningen av den lagliga företrädarens rätt att närvara på den grunden att det kan försvåra utredningen av brottet är en ny företeelse som kom till när förundersökningslagstiftningen förnyades i början av 2010-talet. Begränsningsgrunden är tänkt att tillämpas när den lagliga företrädarens närvaro kan antas inverka negativt på barnets berättelse, så att berättelsen inte längre motsvarar sanningen eller så att barnet låter bli att berätta sådant som är väsentligt för utredningen. Som orsaker till sådant beteende vid förhör av ett barn som målsägande nämns i förarbetena fall där den lagliga företrädaren genom släktskap eller på något annat sätt har ett nära förhållande till den

³²³ Fredman – Kanerva – Tolvanen – Viitanen 2020, s. 453.

³²⁴ Fredman – Kanerva – Tolvanen – Viitanen 2020, s. 453.

³²⁵ Förundersökningslag 805/2011, 7 kap. 14 § 1 mom.

³²⁶ Förundersökningslag 805/2011, 7 kap. 14 § 2 mom.

³²⁷ Förundersökningslag 805/2011, 7 kap. 14 § 3 mom.

³²⁸ Förundersökningslag 805/2011, 4 kap. 8 §.

som är misstänkt för brott. Tröskeln för att tillämpa den här begränsningsgrunden ska dock vara hög.³²⁹

Vid våld inom familjen torde begränsning på den grunden ändå sällan vara nödvändig, eftersom det viktigaste tillämpningsområdet för 4 kap. 8 § om förordnande av intressebevakare förväntas utgöras av situationer där ett barns vårdnadshavare misstänks ha gjort sig skyldig till ett brott som riktar sig mot barnet (eller där ett barn misstänks ha gjort sig skyldig till ett brott mot vårdnadshavaren). Enligt bestämmelsens förarbeten kan det anses att det ofta uppstår en konfliktsituation för båda vårdnadshavarna, också i de fall där bara den ena föräldern misstänks för brott. Bestämmelsen förpliktar ändå inte till automatiskt förordnande av intressebevakare, utan lämnar rum för något mått av prövning. Utgångspunkten ska vara att intressebevakare behövs i synnerhet när den ena av barnets vårdnadshavare misstänks ha begått ett sexualbrott mot barnet.³³⁰ Andra typer av våldsbrott som begås av föräldrar mot barn nämns inte särskilt, men torde ändå utgöra den typ av brott där helhetssituationen starkt talar för behovet av en intressebevakare.

5.4.3 Förfarande

De i praktiken mest betydande verktygen som kan tillgripas för att skydda barnet och agera i enlighet med barnets bästa i straffprocessen, är det särskilda förfarande som kan tillämpas när barnet hörs i förundersökningen och den tillhörande möjligheten att använda barnets utsaga i domstol utan att barnet personligen behöver närvara.³³¹ Förfarandet gäller i huvudsak barn som är yngre än 15 år, men kan under vissa omständigheter även tillämpas på barn i åldern 15 – 17 år.

Enligt 9 kap. 4 § i förundersökningslagen ska förhör med målsägande och vittnen spelas in som ljud- och bildupptagning, om avsikten är att förhørsberättelsen ska användas som bevis vid rättegång och den som förhörs på grund av sin unga ålder sannolikt inte kan höras personligen utan att orsakas men. De särskilda krav som barnets utvecklingsnivå ställer på förhörsmetoderna ska beaktas, liksom antalet personer som medverkar i förhöret och andra förhållanden under förhöret. Barnet ska också underrättas om att förhöret spelas in.

³²⁹ RP 222/2010 rd, s. 232.

³³⁰ RP 222/2010 rd, s. 204.

³³¹ Hirvelä 2006, s. 233.

Bestämmelsen möjliggör en straffprocess där barnet inte behöver närvara vid rättegången, om hörande av barnet i förundersökningsskedet har förverkligats på ett ändamålsenligt sätt och i enlighet med gällande bestämmelser. Vid huvudförhandlingen har parterna och domaren istället möjlighet att ställa frågor till de experter som ska höras och som har följt med förundersökningen. En videoupptagning gör det möjligt för åklagaren, parternas biträden och domaren att bilda sig en bättre uppfattning om hur barnet har hörts, vilka frågor som har ställts, vad barnet har berättat, om utsagan har förändrats och hur barnet har uppträtt i förundersökningen, än de hade kunnat få utifrån en skriftlig utsaga.³³²

Undersökningsledaren kan enligt 7 kap. 4 § 2 mom. i förundersökningslagen bestämma att någon annan än förundersökningsmyndigheten får ställa frågor till barnet under förhørsledarens uppsikt. Om man vid förundersökningen misstänker att barnet har utsatts för sexualbrott eller för ett våldsbrott som har riktats mot barnet av en förälder, anförtror man i allmänhet hörandet åt en enhet inom barnpsykiatrin. Det är då fråga om en begäran om handräckning³³³ och utredningen av brottet är fortsättningsvis en förundersökning där utredningsledaren svarar för att utredningen förverkligas på ett ändamålsenligt sätt.³³⁴

Om de utredningar som ska ordnas inom hälsovården på begäran av polis, åklagare eller domstol för att utreda misstanke om sexual- eller misshandelsbrott mot barn och för att bedöma skador till följd av en sådant brott, föreskrivs i lagen om anordnande av utredningar av sexual- och misshandelsbrott mot barn (1009/2008). I Finland är det alltså möjligt för polisen att i förundersökningsskedet använda sig av den barnpsykiatriska kunskap som barnpsykiater och -psykologer samt socialarbetare besitter. I praktiken går man till väga så att barnet intervjuas av en psykolog, medan utredaren övervakar. Intervjun är ett regelrätt förhör i den mening som förundersökningslagen föreskriver, men inom barnpsykiatrin använder man termen intervju. Den som misstänks för brottet, den misstänktes biträde och barnets vårdnadshavare eller intressebevakare kan följa intervjun från ett annat utrymme och ställa frågor till barnet genom den som utför intervjun. Det är den som utför intervjun som bestämmer i vilken form frågan kan ställas till barnet, med beaktande av barnets ålder

³³² Fredman – Kanerva – Tolvanen – Viitanen 2020, s. 454.

³³³ RP 126/2008 rd, s. 11.

³³⁴ Fredman – Kanerva – Tolvanen – Viitanen 2020, s. 454.

och förmåga att förstå frågan. Vanligtvis förverkligas den kontradiktoriska principen ändå så att barnet hörs två gånger. Efter den första intervjun bereds de som har rätt att ställa frågor möjlighet att bekanta sig med inspelningen, varpå de kan be den som utför intervjun att ställa tilläggsfrågor till barnet.³³⁵

Rättegångsbalken ger möjlighet att åberopa förhör som har bandats vid förundersökningen som bevis i ett brottmål. Förhör som har videobandats eller lagrats genom annan jämförbar bild- och ljudupptagning får enligt 24 § 3 mom. 1 – 3 punkten i rättegångsbalken åberopas som bevis när den som förhörs inte har fyllt 15 år eller när en målsägande i åldern 15 – 17 år har utsatts för sexualbrott eller behöver särskilt skydd, i synnerhet med beaktande av hans eller hennes personliga omständigheter och brottets natur.³³⁶ Ett inspelat förhör levereras tillsammans med ett utlåtande från den barnpsykiatriska enheten, där man genom hypoteser tar ställning till möjliga händelseförlopp och hur sannolika de är, tillförlitligheten i barnets utsaga och den skada det misstänkta brottet har orsakat barnet.³³⁷ Möjligheten att åberopa förhör som har bandats vid förundersökningen torde vara den i praktiken mest betydande åtgärden till förmån för barnets bästa i straffprocessen, eftersom målsägande som inte har fyllt 15 år vanligtvis inte hörs personligen vid huvudförhandlingen.³³⁸

Om ett barn ändå hörs under huvudförhandlingen är det i regel *domstolen* som förhör barnet och det finns möjlighet till hörande utan att barnet är personligen närvarande.³³⁹ Domstolen kan höra ett barn som inte har fyllt 15 år personligen om den anser att det är lämpligt och om det är av väsentlig betydelse för att saken ska kunna redas ut och hörandet sannolikt inte orsakar barnet sådant lidande eller annat men som kan skada barnet eller dess utveckling.³⁴⁰

Det kan utgående från det ovan anförda konstateras att straffprocessen tydligt är utformad på ett sätt som erkänner barnet som en särskild typ av målsägande. I det

³³⁵ Fredman – Kanerva – Tolvanen – Viitanen 2020, s. 454 – 455.

³³⁶ Förfarandet förutsätter ytterligare att den åtalade har getts behörig möjlighet att ställa frågor till den förhörde.

³³⁷ Fredman – Kanerva – Tolvanen – Viitanen 2020, s. 455.

³³⁸ Hirvelä 2006, s. 338.

³³⁹ Rättegångsbalk 4/1743 17 kap. 48 § 5 mom. och 52 §.

³⁴⁰ Rättegångsbalk 4/1743 17 kap. 27 §. Rautio och Frände menar att bestämmelsens utformning talar för att utgångsläget är att barn under 15 år inte hörs personligen vid huvudförhandlingen. Rautio – Frände 2020, s. 215.

följande analyseras huruvida processen har lyckats fånga barnperspektivet på det sätt som barnets rättigheter uttrycket det.

5.5 Barnets rätt till delaktighet som utvecklingsmål i straffprocessen

5.5.1 Skärningspunkten mellan strävan efter att skydda barnet och barnets rätt till delaktighet

5.5.1.1 Utgångsläge

Barnets rättigheter kan ha skilda syften. Här diskuteras en balansgång mellan barnets behov av skydd och barnets rätt till respekt för den egna viljan. Historiskt har den utlösande faktorn för diskussion om barnets rättigheter varit att barn far illa och bakgrunden till utvecklingen av barnets rättsliga ställning ligger därför långt i tanken om barnet som föremål för skyddsåtgärder.³⁴¹ En sådan skyddsprincip³⁴² inbegriper skydd av barnets rätt till en trygg utveckling och att barnet skyddas från all form av behandling som kan vara skadlig för barnets välmående.³⁴³ Skyddsprincipen motsvarar med andra ord i grund och botten det skyddsintresse som har identifierats i avsnitt 4.1, men i det aktuella sammanhanget är också själva processen en del av det man har velat skydda barnet ifrån.

Delaktighetsprincipen har å sin sida föranlett stora förändringar inom barnrätten.³⁴⁴ Barnkonventionen innefattar en direkt förpliktelse för konventionsstaterna att ge barnet utrymme att uttrycka sig. I en rättsprocess har barnet har rätt att vara en del av processen på sina egna villkor och rätten tillgodoses effektivt när barnet kan delta på ett sätt som är förenligt med barnets bästa. Särskilt i fråga om yngre barn har det varit förhållandevis vanligt att begränsningar i barnets delaktighet, till förmån för barnets utveckling och välmående, har accepterats som det självklara utgångsläget när man har bedömt barnets bästa.³⁴⁵ I och med barnkonventionens intåg kan man ändå argumentera för att det utgångsläget har förändrats.

³⁴¹ Schiratzki 2019, s. 31 och Hakalehto 2018, s. 78.

³⁴² De barnrättsliga principerna speglar de målsättningar ligger till grund för regleringen av barnets rättsliga ställning. Hakalehto har med utgångspunkt i bland annat barnkonventionen identifierat sex barnrättsliga principer, där både skyddsprincipen och delaktighetsprincipen ingår. Hakalehto 2018, s. 71 – 112.

³⁴³ Hakalehto 2018, s. 79.

³⁴⁴ Hakalehto 2018, s. 89.

³⁴⁵ Hakalehto 2018, s. 433.

Barnkonventionen betraktar inte barnets rätt till skydd som en begränsningsgrund i relation till barnets rätt till delaktighet. Den enda begränsningen som i barnkonventionen uppställs för barnets delaktighet är barnets förmåga att bilda egna åsikter och den betydelse åsikterna ska tillmätas i förhållande till barnets ålder och mognad. Således torde man kunna hävda att utgångsläget idag har skiftat så att *delaktighet är huvudregeln*, medan skyddsåtgärder som begränsar delaktigheten ska ses som undantag och endast tillämpas i den utsträckning det är nödvändigt för att trygga barnets bästa som helhet.³⁴⁶

5.5.1.2 Bemötande, förfarande och företrädande ur ett delaktighetsperspektiv

De specialbestämmelser som har tagits in i förundersökningslagen och i rättegångsbalken till förmån för barnets bästa fokuserar i grunden på att skydda barnet från att behöva ta del i straffprocessen mer än vad som är absolut nödvändigt utgående från processens kärnmålsättningar. Bestämmelserna tillämpas i praktiken automatiskt utgående från ett traditionellt barnperspektiv, där skyddsprincipen är i fokus. Till sin utformning synes bestämmelserna ändå likaväl kunna tjäna delaktighetsprincipen och en konfliktbearbetande funktion. Att ett barn ska bemötas på ett barnvänligt sätt, utifrån sina egna förutsättningar i en adekvat atmosfär och av specialsakkunniga personer är förutsättningar för att barnperspektivet ska kunna förverkligas. Utformningen av 4 kap. 7 § i förundersökningslagen ger därmed i sig alla möjligheter att bemöta barnet på ett sätt som är förenligt med de positiva människorättsförpliktelserna – nedanstående diskussion handlar därför närmast om hur man kan utveckla tolkningen av bestämmelserna ur ett barnperspektiv när man möter ett barn i straffprocessen.³⁴⁷

Det särskilda förfarande som förundersökningslagen och rättegångsbalken tillsammans möjliggör när barn hörs kan granskas både ur ett skydds- och ett delaktighetsperspektiv. Förfarandet skyddar å ena sidan barnet från en utdragen process som är uppdelad mellan olika myndigheter och från att behöva möta svarande i rättssalen. Samtidigt ger det barnet möjlighet att på sina egna villkor i en möjligast trygg miljö delta i utredningen av ett ärende. Omständigheter som på det här sättet bidrar till att sakfrågan kan utredas med hjälp av ett kvalitativt vittnesmål är dessutom gynnsamma också för barnets bästa i relation till den horisontala dimensionen av de positiva människorättsförpliktelserna,

³⁴⁶ Även Hakalehto verkar omfatta delaktigheten som utgångsläge. Hakalehto 2018, s. 433.

³⁴⁷ Den bestämmelse i rättegångsbalken som reglerar förutsättningarna för att höra av barn personligen (17 kap. 27 §), är ändå klart skyddsriktad och skulle med anledning av den argumentation som följer eventuellt kunna formuleras annorlunda för att ge utrymme för en helhetsbedömning av barnets bästa.

såväl som för en effektiv straffprocess, om man tillåts anta att förfarandet ger förutsättningar för en dom som motsvarar verkligheten.

Däremot kan man ur ett delaktighetsperspektiv ställa sig tveksam till rutiner där det är förutbestämt att en inspelning i förundersökningsskedet alltid uteslutande är det bästa för varje enskilt barn. Ovan har det konstaterats att delaktighet är huvudregeln, medan skyddsåtgärder som begränsar delaktigheten endast ska tillämpas i den utsträckning det är nödvändigt för att trygga barnets bästa i det enskilda fallet. Redan i förundersökningsskedet borde det således göras en avvägning av på vilket sätt och i vilken utsträckning det är i just det här barnets intresse att medverka i processen som helhet. Ett beslut som innebär att barnet ska närvara och höras vid huvudförhandlingen borde inte enbart vara beroende av huruvida det är nödvändigt ur ett rättssäkerhetsperspektiv, utan också förverkligas i de fall det konstateras vara det bästa alternativet för det enskilda barnet.³⁴⁸ En sådan logik utgår ifrån att bearbetande av konflikten tar plats som en processfunktion som tjänar barnets bästa, vid sidan av strävan efter den materiella sanningen och rättssäkerheten.

Beslut om vilka parter som slutligen hörs i domstolen fattas förstås inte i förundersökningsskedet. Tanken är inte heller att ett barn skulle höras längre fram i processen enbart för att det bedöms vara i barnets eget intresse, om hörandet inte bedöms ha någon som helst koppling till processens huvudsakliga målsättningar.³⁴⁹ I de fall man beslutar att barnet ska höras och gör en avvägning av huruvida barnet ska höras personligen eller på något annat sätt, kan barnets bästa däremot mycket väl vara en faktor vid bedömningen. Då är det av största vikt att den möjligheten har utretts, att den har diskuterats med barnet och att barnet har förberetts på den redan i förundersökningsskedet. Särskilt för äldre barn kunde man tänka sig ett mervärde i att barnet medverkar i processen också vid domstolsbehandlingen; barnet ser att ärendet uppfattas som viktigt av vuxna och får i bästa fall följa en process som ger tillit till rättssystemet och ett avslut för det personliga ärendet. En möjlig nyttoeffekt blir naturligtvis mera påtaglig ju äldre barnet är, ju bättre barnet kan uttrycka sig, ju bättre förutsättningar barnet har att förstå processens betydelse och ju bättre processen klarar

³⁴⁸ Att jämföra med den avvägning som diskuteras i förarbetena till rättegångsbalken. Här nämns enbart tillförlitligheten i barnets utsaga som kriterium för huruvida ett barn kan höras eller inte. RP 190/2002 rd, s. 24.

³⁴⁹ Det synes på basis av gällande RB 17 kap. 27 § heller inte vara möjligt.

av att ta hänsyn till barnets närvaro och bemästra en konfliktbearbetande funktion. Grundtanken är att ett barn som har utsatts för våld (eller något annat brott för den delen) har rätt till samhällets beskydd, men också till dess respekt för barnet som en aktiv aktör i sin egen tillvaro.

I enlighet med barnrättskommitténs instruktioner för hur man går till väga när barnets bästa bedöms³⁵⁰ borde man, när man bedömer barnets bästa enligt de kriterier som uppställs i förundersökningslagen, i det enskilda fallet utreda vilka faktorer som är relevanta för barnet och sedan väga dem mot varandra redan när man beslutar om *hur* barnet ska höras. Hörande av barnet kan på så sätt tänkas omfatta två skeden; utöver att barnet hörs i själva sakfrågan borde de olika förfaranden som står till buds noga övervägas och med beaktande av barnets ålder och mognadsnivå diskuteras med barnet, så att man kan bedöma på vilket sätt det är bäst för barnet att medverka i processen. Den praktiska tolkningen av barnets bästa i det enskilda fallet är förenad med både ett objektivt och ett subjektivt förhållningssätt; dels avgörs frågan genom den information forskning och erfarenhet kan erbjuda, dels genom att lyssna på och inkludera barnet i beslutsfattandet.³⁵¹

Med detta inte sagt att barnets närvaro vid huvudförhandlingen borde utgöra huvudregeln, det synes mig tveksamt om en sådan tolkning av delaktighetens företräde skulle vara ägnad att främja barnets bästa. Däremot borde också den möjligheten utgöra ett beaktansvärt alternativ. I samband med medling i vårdnadstvister har det konstaterats att det ska finnas en klar orsak och tillföra ett mervärde till processen om barnet hörs, eftersom barnet har rätt att stanna utanför. Även om medling är en annan typ av förfarande och det i en vårdnadstvist kan vara fråga om att skydda barnet från föräldrarnas interna konflikt genom att hålla barnet utanför helt och hållet, kunde själva grundtanken om ett mervärde, i relation till en konfliktbearbetande funktion, beaktas också när man väljer mellan sätt att förfara i straffprocessen.³⁵²

Det är vuxna som ska fatta besluten och ta ansvar för dem. Därför är det också motiverat att det finns en intressebevakare eller en annan laglig företrädare som för en omyndig målsägandes talan i brottmål. Barnet ska inte påläggas det slutliga beslutsansvaret, utan

³⁵⁰ Se avsnitt 3.2.1.

³⁵¹ Schiratzki 2019, s. 41 – 42.

³⁵² Se Linnanmäki 2019, s. 182.

har rätt att medverka till beslutet och få sin åsikt beaktad. Det här innebär att barnets delaktighet måste förverkligas på olika nivåer, dels mellan barnet och myndigheten, dels mellan barnet och dess företrädare. Ansvaret för att så sker ligger hos staten, genom de strukturer man skapar, främjar och upprätthåller för att det ska vara möjligt att i straffprocessen beakta barnets verklighet, med barnets ögon.

5.5.2 Barnets rätt att inte ta del i processen och barnets förhållande till närståendes tystnadsrätt

5.5.2.1 Målsägandes tystnadsrätt när en närstående är föremål för brottsmisstanke

Det finns några intressanta aspekter att ta fasta på i relationen mellan barnets rätt till delaktighet å ena sidan och rätten att vägra vittna mot en närstående samt domstolens möjlighet att åsidosätta den rätten å andra sidan. Låt oss först i stora drag klargöra förutsättningarna för tystnadsrätten och domstolens möjligheter att åsidosätta en sådan rätt när den existerar.

Enligt 17 kap. 9 § i rättegångsbalken är var och en skyldig att infinna sig i domstolen för att höras i bevissyfte.³⁵³ Den här bestämmelsen förpliktar målsägande, också en sådan målsägande som står den åtalade nära, att infinna sig i domstolen om hen åberopas som vittne eller om hen annars ska höras i bevissyfte. Om *tystnadsrätt* för någon som står i ett närståendeförhållande till den åtalade föreskrivs i RB 17 kap. 18 §. Enligt bestämmelsen har var och en rätt att vägra vittna eller medverka till utredningen av någons skuld, till den del det skulle medföra risk för åtal för en själv eller för någon närstående. Bakgrunden till tystnadsrätten ligger i det faktum att det skulle vara oskäligt att ålägga en närstående till den åtalade att vittna under hot om straff; man vill inte tvinga någon till en sådan utsaga.³⁵⁴ Bestämmelsen finns med andra ord till för att skydda den som ska vittna och inte den som står åtalad. Domstolen kan därför enligt bestämmelsens 2 mom. besluta att en målsägande som hörs som vittne och inte har några anspråk inte heller har någon tystnadsrätt, om det finns skäl att misstänka att personen inte själv har beslutat att utöva rätten. Ett sådant undantag från tystnadsrätten är av stor betydelse särskilt när det gäller

³⁵³ Ett barn som inte har fyllt 15 år hörs i regel inte personligen vid huvudförhandlingen, men omfattas likväl av skyddet mot själv- och närståendekriminering på samma sätt som vuxna som är skyldiga att infinna sig vid huvudförhandlingen. Det finns dessutom situationer där domstolen kan välja att höra en person under 15 år personligen och naturligtvis situationer där den person som hörs är ett barn som har fyllt 15, men inte 18 år.

³⁵⁴ Tolvanen 2016, s. 197.

mål som behandlar familjevåld, eftersom bestämmelsen erbjuder en möjlighet att utnyttja viktig bevisning också i situationer där eventuella osakliga hot och påtryckningar riktas mot den som har utsatts för brottet.³⁵⁵

Regleringen innefattar ändå ett knepigt tolkningsmoment. Sedan början av år 2016 ska en målsägande som inte har några anspråk i ett ärende, enligt RB 17 kap. 29 § 2 mom. höras som vittne i ett brottmål. En målsägande som *har* anspråk är däremot fortfarande att betrakta som part i ärendet. För den förstnämnda typen av målsägande är regleringen klar, här tillämpas RB 17 kap. 18 § 2 mom. på det sätt som beskrivs ovan. Vad som gäller för en målsägande som uppträder som part i ärendet är i det rådande läget däremot oklart, eftersom det för en sådan målsägandes del inte föreskrivs om någon motsvarande begränsning i tystnadsrätten. I väntan på rättspraxis som kan klargöra situationen är det därför oklart huruvida tystnadsrätten är mera omfattande, mindre omfattande eller kanske den samma som för en målsägande som hörs som vittne.

Lagens ordalydelse talar för att en målsägande som uppträder som part inte är i samma position som ett målsägandevittne. Det föreskrivs tydligt i rättegångsbalken att det bara är sådana målsäganden som inte har några anspråk som hörs som vittnen och den i RB 17 kap. 18 § 2 mom. föreskrivna begränsningen i tystnadsrätten gäller enligt sin ordalydelse enbart en sådan målsägande. Skyddet mot själv- och närståendeinkriminering i RB 17 kap. 18 § 1 mom. gäller däremot enligt momentets ordalydelse allt vittnande och en part som hörs i bevissyfte vittnar, därför kan man av ordalydelsen sluta sig till att tystnadsrätten gäller målsägande överlag, oavsett deras ställning. Till följd av det här kan rättsläget tolkas så att en målsägande som uppträder som part har en mera omfattande tystnadsrätt än en målsägande som hörs som vittne. Då *begränsningen* av tystnadsrätten i 2 mom. gäller bara i relation till målsäganden som hörs som vittnen verkar ordalydelsen nämligen leda till att en målsägande som uppträder som part skulle ha en villkorlös tystnadsrätt som domstolen inte kan åsidosätta.³⁵⁶ En sådan tolkning är problematisk eftersom den öppnar för en möjlighet där en målsägande kan skaffa sig ovillkorlig tystnadsrätt och på samma gång hindra användning av den utsaga som har getts i

³⁵⁵ Det är inte möjligt att använda tvångsmedel enligt RB 17 kap. 63 § (vite och påtryckningshäkte) mot en målsägande som med hänvisning till närståendes tystnadsrätt vägrar vittna, men åsidosättande av tystnadsrätten ger möjlighet att åberopa förundersökningsberättelsen som bevisning. RP 46/2014 rd, s. 79.

³⁵⁶ Rautio och Frände har gått in för en sådan tolkning. Rautio – Frände 2020, s. 151.

förundersökningen, genom att framföra vilket som helst obetydligt anspråk.³⁵⁷ Lagens förarbeten talar å sin sida för att en målsägande som uppträder som part skulle ha samma tystnadsrätt som innan 17 kap. i rättegångsbalken förnyades.³⁵⁸ Av förarbetena kan utläsas att lagändringen var tänkt att påverka endast målsägandevittnens ställning, medan regleringen för målsägande som uppträder som part i ärendet inte skulle förändras. En målsägande som uppträder som part skulle enligt den här tolkningen inte ha någon tystnadsrätt överhuvudtaget och förundersökningsberättelsen skulle kunna användas vid rättegången i den händelse att målsägande vägrar vittna.³⁵⁹

Det är inte den här avhandlingens uppgift att vidare utreda vilken tolkning som är att föredra, men det är viktigt att vara medveten om att frågeställningen existerar, eftersom följande möte mellan delaktighet och tystnadsrätt utgår från ett antagande om att den målsägande som omtalas på sätt eller annat *inte* är föremål för en villkorlös tystnadsrätt till följd av sitt förhållande till den som misstänks för brott.

5.5.2.2 *Barnets rätt att inte ta del i processen och åsidosättande av tystnadsrätten som en positiv förpliktelse*

Barnets rätt till delaktighet inbegriper en rätt för barnet att välja att *inte* delta. Rätten till delaktighet är en av de särskilda mänskliga rättigheter som tillkommer barn för att de är just barn och således är alla aspekter av rättigheten aktuella i alla situationer som inbegriper barn. Medan det står klart att barnet inte kan höras i straffprocessen enbart för sin egen skull, om det inte är till nytta för straffprocessens huvudsakliga målsättningar, är det inte lika klart att straffprocessens målsättningar går segrande ur en intressekonflikt där barnet väljer att inte delta, men där det skulle vara till nytta för straffprocessens målsättningar att höra barnet.

Jag hävdar alltså att barnet, till skillnad från en vuxen, alltid skulle ha ett val att inte delta i huvudförhandlingen, eller i straffprocessen överhuvudtaget. Enligt RB 17 kap. 64 § får bestämmelserna om tvångsmedel i 62 § och 63 § inte tillämpas på ett vittne som inte har

³⁵⁷ Tolvanen 2016, s. 200.

³⁵⁸ RP 46/2014 rd, s. 78.

³⁵⁹ Tolvanen har gått in för en sådan tolkning, men tillstår att hans val inte på något sätt är ostridigt. Tolvanen 2016, s. 200 – 201 och 204. Såvitt jag kan förstå botten logiken i den här tolkningen i att det uppstår en intressekonflikt om en målsägande skulle kunna ha anspråk gentemot svarande och samtidigt vägra vittna med hänvisning till närståendekrimineringskyddet. När det gäller vittnen uppstår inte en sådan konflikt, eftersom ett vittne (i teorin) inte har ett eget intresse i saken.

fyllt 15 år, men ett sådant vittne får nog hämtas till domstolen.³⁶⁰ Om man tolkar rätten att inte delta som en absolut mänsklig rättighet som tillkommer barnet, är en sådan hämtning inte förenlig med barnets rättigheter. Den passiva dimensionen av barnets rätt till delaktighet ter sig i en sådan situation inte ens som en positiv människorättsförpliktelse, utan som en traditionell negativ sådan, som förpliktar staten att inte ingripa i barnets frihet genom tvångsmedel. Till följd av utgångsläget, där man antar att var och en är skyldig att medverka, antar förpliktelsen ändå en positiv dimension, eftersom den kräver åtgärder av staten för att förverkligas som ett särskilt undantag. Däremot skulle jag inte utsträcka rätten att inte delta till en rätt att vägra infinna sig vid förundersökningen överhuvudtaget, eftersom barnets rätt till delaktighet är förenad med rätt till information. Om barnet däremot efter att ha fått tillräcklig information om ärendet väljer att inte delta, kräver barnets rätt till delaktighet att det beslutet respekteras. Ett sådant beslut kräver lyhördhet och samarbete från såväl intressebevakarens sida som från förundersökningsmyndighetens sida, för att beslutet ska kunna fattas på rätt premisser och förverkligas på rätt sätt. I en situation där barnet inte vill delta i processen ligger den slutliga beslutsmakten i praktiken nämligen hos barnet – intressebevakaren kan ta ett formellt beslut som avviker från barnets vilja, men hen kan inte ge en utsaga i barnets ställe.

Medan tystnadsrätten riktar sig mot ett barns rätt att låta bli att vittna om familjevåld till följd av barnets förhållande till förövaren, riktar sig rätten att välja att inte delta mot barnets rätt att inte delta i processen överhuvudtaget till följd av barnets ställning som barn. Tystnadsrätten berör barn på samma villkor som andra målsägande, medan rätten att välja att inte delta tillkommer endast barn. Tillsammans och var för sig har de olika grunderna för vägran olika inverkan på straffprocessen.

Om barnets tystnadsrätt som närstående åberopas vid huvudförhandlingen innebär det att barnets förundersökningsberättelse inte kan användas som bevis om domstolen inte åsidosätter tystnadsrätten. Om barnet däremot enbart väljer att inte delta i huvudförhandlingen torde det inte påverka möjligheterna att istället använda förundersökningsberättelsen som bevisning, eftersom grunden för ett sådant val inte är förenad med ovilja att lämna bevisning mot en närstående, utan med barnets rätt att ta

³⁶⁰ Bestämmelserna i 63 § tillämpas hur som helst inte på en målsägande som hörs som vittne och påtryckningshäktning får inte användas mot en person som inte har fyllt 18 år.

avstånd från själva förfarandet. Detta torde vidare betyda att ett åsidosättande av tystnadsrätten i syfte att utnyttja förundersökningsberättelsen inte kränker barnets rätt att inte delta i processen, eftersom grunden för åberopande av tystnadsrätt inte är förenad med barnets rätt att ta avstånd från själva förfarandet, utan med ovilja att lämna bevisning mot en närstående.

Domstolens möjlighet att åsidosätta tystnadsrätten kan när det gäller barn bli aktuell även om barnet inte har utsatts för direkta påtryckningar. Enligt förarbetena till 17 kap. i rättegångsbalken är möjligheten att åsidosätta tystnadsrätten ett verktyg som är användbart i situationer där brottet har riktats mot ett barn som inte självständigt kan bestämma om utnyttjandet av tystnadsrätten och barnets företrädare på grund av påtryckning inte vågar stöda barnet så att barnet kan berätta om det som har hänt.³⁶¹ I en sådan situation, där barnet självt alltså inte är utsatt för direkt negativ påtryckning, fungerar åsidosättandet av tystnadsrätten som ett verktyg för domstolen att stöda barnet i dess berättelse, snarare än som ett sätt för målsägande att få fram sin berättelse trots rädsla. Åsidosättandet blir då på sätt och vis till en positiv människorättsförpliktelse i den vertikala dimensionen, eftersom det kan fungera som ett verktyg som främjar barnets rätt att delta när barnet vill göra det, men inte har fått det stöd som skulle behövas.

³⁶¹ RP 46/2014 rd, s. 79.

6 FORSKNINGSRÖN

*Och hon skrattade så att hela bryggan skakade.
Hon lär aldrig ha skrattat förr, sa Tooticki
förbluffad. Jag tycker ni har förändrat ungen så
att hon är värre än Lilla My. Men huvudsaken
är ju att hon syns.³⁶²*

Att något måste göras för det osynliga barnet vet muminfamiljen alldeles bestämt. Det råder dock en viss förvirring kring vad det eventuellt borde vara som ska göras. Familjen får till slut ordning på det osynliga barnet genom en rad sociala och medicinska åtgärder som främjar hennes välbefinnande, men det är bara Lilla My som yrkar på någon form av straff för förövaren, när hon på sitt rättframma sätt låter förstå att Tooticki möjligen kunde ha klått opp tanten. På det viset är mumindalen rätt lik den finska staten. Familjevåld och barnets rättigheter föranleder diskussion om åtgärder som hänför sig till sådant som utbildning och social välfärd, men åtgärder för att skydda offer och ställa förövare till svars verkar sällan inbegripa särskilda kriminaliseringar och straffprocessuella åtgärder.³⁶³

Avsikten med den här forskningen har varit att granska på vilket sätt den finska lagstiftningen på straffrättens område, både ifråga om materiell och processuell lagstiftning, kan utvecklas för att bättre svara mot de människorättsförpliktelser som är förenade med barn som upplever våld i nära relationer. Forskningsfrågan har besvarats genom att systematisera begreppet positiva människorättsförpliktelser, sammanfatta vilka de relevanta positiva människorättsförpliktelserna är och vad de ger uttryck för, analysera hur det förpliktelserna ger uttryck för framträder eller inte framträder på nationell nivå och genom att synliggöra varför det förpliktelserna ger uttryck för framträder eller inte framträder samt visa hur det förpliktelserna ger uttryck för bättre kunde framträda.

³⁶² Ur Berättelsen om det osynliga barnet av Tove Jansson.

³⁶³ Se exempelvis de åtgärder som listas under åtgärder ämnade att skydda offer och åtgärder ämnade för att se till att förövarna ställs till svars i planen för genomförande av Istanbulkonventionen 2018 – 2021. Social- och hälsovårdsministeriets publikation 2017:17, s. 20 – 28.

Vilka är de positiva människorättsförpliktelser som tillkommer staten i anslutning till våld i nära relationer, när det är ett barn som upplever våldet? Granskningen har gett vid handen att man ur barnkonventionen kan utläsa en förpliktelse att skydda barnet från alla former av våld medan det är i sina föräldrars eller någon annan vårdnadshavares vård. Istanbulkonventionen ålägger konventionsstaterna att beakta familjekontexten när våld utövas i närkretsen och att betrakta sådant våld som särskilt klandervärt. Barnkonventionen och Istanbulkonventionen definierar tillsammans våld som alla typer av handlingar som är ägnade att skada barnet, även icke-fysiskt våld, våld som är förenat med vårdslöshet snarare än uppsåt och situationer där barnet upplever våld i sin närkrets utan att själv vara primärt utsatt. Europadomstolens praxis ger vid handen att våld mot barn inte ska kunna ursäktas på oacceptabla grunder, något som även uttrycks i barnkonventionen och Istanbulkonventionen. Samtliga granskade rättighetsinstrument kräver att lämpliga lagstiftningsåtgärder ska vidtas för att skydda barn mot familjevåld som en särskild typ av våld och att förfaranden för rättsliga åtgärder ska vara anpassade på ett sådant sätt att de är tillgängliga och respekterar barnets särskilda utgångsläge. Istanbulkonventionen fastställer att lämpliga lagstiftningsåtgärder uttryckligen inbegriper straffrättsliga sådana. Barnkonventionens grundläggande principer innebär en förpliktelse att utforma och tillämpa bestämmelser och förfaranden på ett sätt som främjar barnets bästa och alla barns lika värde, samt så att barnet ges möjlighet att uttrycka sig och få sin åsikt beaktad. Ytterst är förpliktelsen att skydda barn från familjevåld ett uttryck för barnets rätt till liv, överlevnad och utveckling.

Hur beaktas barn som upplever våld i nära relationer i strafflagen och straffprocessen idag? Strafflagens förmåga att skydda barn från familjevåld som ett uttryck för barnets rätt till liv, överlevnad och utveckling har granskats genom de gällande misshandelsrekvisitens förmåga att omfatta tre nyckelelement, nämligen rekvisitens förmåga att fånga upp den kontext inom vilken familjevåld sker, huruvida våld mot barn kan ursäktas i uppfostringsyfte och genom rekvisitens förmåga att fånga upp barn som upplever våld utan att själva vara primärt utsatta. Granskningen visar att våld som riktas mot barn i uppfostringsyfte uttryckligen har förbjudits i lagen angående vårdnad om barn och umgängesrätt och att det i högsta domstolens rättspraxis har befästs att misshandelsrekvisiten är förbundna med den bestämmelsen. I det hänseendet motsvarar den gällande strafflagstiftningen de positiva människorättsförpliktelsernas krav. Rekvisiten förmår däremot inte fånga upp den kontext inom vilken familjevåld sker och

är inte heller utformade för att täcka sådant våld som barn upplever som betraktare. När misshandelsrekvisiten placeras i ett strukturellt och historiskt sammanhang framträder att orsakerna till dessa tillkortakommanden långt ligger i att den gällande strafflagstiftningen har utformats i en verklighet som till följd av ett i praktiken skevt könsneutralt perspektiv har fokuserat mera på förövare än på offer och som därigenom har kommit att granska (mäns) gärningar snarare än (barns) upplevelser.

Granskningen av straffprocessens förmåga att omfatta ett barnperspektiv visar att man i förundersökningslagen och rättegångsbalken har lyckats utforma bestämmelser som förutsätter att barnet beaktas som en särskild typ av målsägande och som ger goda förutsättningar att bemöta barnet på ett sätt som är förenligt med de positiva människorättsförpliktelserna. Man tenderar däremot att tolka och använda de verktyg bestämmelserna erbjuder på ett sätt som inte omfattar barnperspektivet som helhet, särskilt vad gäller barnets möjligheter att delta i processen som en aktiv aktör. Det här beror dels på att man traditionellt har betraktat barn uteslutande ur ett skyddsperspektiv, dels på att offrets roll i straffprocessen i allmänhet närmast är att fungera som informationskälla för processens kärnmålsättningar.

På vilket sätt kan strafflagen och straffprocessen utvecklas för att bättre svara mot de positiva människorättsförpliktelserna? Granskningen har genom Europadomstolens praxis jämte barnkonventionens och Istanbulkonventionens konventionstext samt till följd av statens skyldighet att tillgodose barnets rätt att faktiskt och jämlikt åtnjuta sina rättigheter kunnat visa att särskilda kriminaliseringsåtgärder är nödvändiga för att de aspekter av ett komplext skyddsintresse som faller utanför de gällande misshandelsrekvisitens tillämpningsområde, ska kunna tillgodoses. Med hjälp av svenska initiativ och den lagstiftning som gäller i Sverige har det föreslagits att strafflagen kunde utvecklas genom särskilda brottsrekvisit som enligt modellen för grov fridskränkning och grov kvinnofridskränkning bättre fångar kontexten kring familjevåld och som också förmår straffbelägga att barn utsätts för våld som betraktare. Det har ytterligare föreslagits att man i Finland, på samma sätt som i Sverige, kunde framhålla det särskilt klandervärda i den här typen av våld genom att införa en särskild straffskärpningsgrund för sådana brott som är ägnade att skada tryggheten och tilliten hos ett barn i dess förhållande till en närstående person samt att kvalifikationsgrunderna för grov misshandel borde utformas så att våld i familjen kan bedömas som ett grovt brott.

Granskningen av straffprocessen har visat att processen är väl utformad för att skydda barnet, men att det krävs åtgärder för att främja barnets rätt att ta del i processen. Det har föreslagits att straffprocessen kunde tillskrivas en konfliktbearbetande funktion som tjänar barnets rätt att delta i processen och förstå vad som händer och har hänt i den egna tillvaron. Redan i förundersökningsskedet borde man bedöma på vilket sätt och i vilken utsträckning det är i det enskilda barnets intresse att medverka i processen. Barnets bästa ska styra det processuella beslutsfattandet så att man beaktar både ett objektivt och ett subjektivt förhållningssätt där dels forskning och erfarenhet spelar in, dels barnets egen åsikt. Det har vidare konstaterats att barnets särskilda rätt till delaktighet innebär att barnet, till skillnad från en vuxen, har rätt att välja att inte delta i huvudförhandlingen eller i straffprocessen överlag, och att domstolens möjlighet att åsidosätta barnets tystnadsrätt som närstående kan tolkas som en positiv människorättsförpliktelse.

Forskningsrönen består av många små delar i ett stort sammanhang. Som helhet är frågan om hur lagstiftningen på straffrättens område kan utvecklas för att bättre svara mot de positiva människorättsförpliktelser som är förenade med barn som upplever våld i nära relationer, en stor fråga att behandla i en liten avhandling. Det innebär att mycket kring forskningsrönen oundvikligen kräver vidare analys och arbete för att delarna ska mogna och kunna positioneras i förhållande till straffrättens övergripande systematik och målsättningar. Valet att trots detta fokusera på ämnet som helhet, istället för att spjälka forskningsfrågan ytterligare, bottnar i vad som synes mig vara ett behov av att positionera barnperspektivet som helhet i en straffrättslig kontext, eftersom den frågan inte har uppmärksamats. Exempelvis fridskränkingsbrottens konstruktion har diskuterats också av finska forskare, särskilt av Johanna Niemi ensam och tillsammans med andra,³⁶⁴ men barnets rättigheter har inte specifikt varit föremål för diskussionen. Barnets delaktighet är å sin sida ett hett ämne inom barnrätten och kräver uppmärksamhet i varje diskussion som utgår från ett barnperspektiv, i den straffprocessuella forskningen har man ändå hittills inte berört delaktighetsaspekten.

Vidare analys och arbete för att positionera forskningsrönen i förhållande till straffrättens övergripande systematik och målsättningar kunde riktas mot frågan om hur man på bästa sätt kan utforma ett straffrättsligt skydd som omfattar barnets utveckling som skyddsintresse. Hur ska nya rekvisit, skärpningsgrunder och kvalifikationsgrunder

³⁶⁴ Se exempelvis Niemi-Kiesiläinen 2006, Nordborg – Niemi-Kiesiläinen 2001 och Niemi – Kainulainen 2017.

utformas i detalj och hur kan de samspela? Är något av elementen särskilt användbart eller finns det behov av och utrymme för nya helhetslösningar? För straffprocessen är barnets rätt att bli hörd en stor utmaning; straffprocessens skyddsmotiv i relation till barnet ifrågasätts vanligen inte ur ett delaktighetsperspektiv. Utmaningen hänger ur processens synvinkel samman med straffprocessens funktioner, i vilken riktning man vill att straffprocessen ska föras i framtiden och på vilket sätt offret ska beaktas som processaktör. I vilken utsträckning kan åtgärder och tillvägagångssätt motiveras med barnets position som en särskild typ av målsägande och när uppstår ett läge som kräver förändringar i det sätt på vilket man betraktar offret överlag?

Sammantaget visar forskningen att utmaningarna för såväl strafflagens som straffprocessens del huvudsakligen ligger i förmågan att se familjevåld och barn som intressen där allmänt formulerade, neutrala bestämmelser inte räcker till. Istället *förutsätter* de konventionsenliga positiva människorättsförpliktelseerna reglering som ger de här frågorna särskild uppmärksamhet. Det här innebär i sin tur intressanta frågeställningar som hänför sig till spänningar mellan barnets särskilda rättigheter i synnerhet och straffrättens övergripande systematik och målsättningar i allmänhet.

