



**Handelshögskolan**  
vid Göteborgs universitet

JURIDISKA INSTITUTIONEN

Programmet för juris kandidatexamen

Tillämpade studier, 30 hp

Höstterminen 2010

## **Sexualbrott mot barn**

”Det blir inte alltid som man tänkt sig”

**En praxisundersökning av 2005 års sexualbrottslag**

Författare: Martina Dahlström

Ämne: Straffrätt

Handledare: Universitetslektor Gösta Westerlund

## Sammanfattning

Den första april 2005 trädde en ny reviderad lagstiftning mot sexualbrott i kraft. Syftet var att öka skyddet för barn och ungdomar mot att utsättas för sexuella övergrepp samt att göra lagstiftningen tydligare. Dessutom ville lagstiftaren minimera risken att fokus hamnar på målsägandens agerande före, under och efter den sexuella handlingen. I detta syfte ändrades lagen och numera innefattar brottsrubriceringen våldtäkt mot barn även i fall där personer över 15 år har samlag, eller utför visa andra sexuella handlingar med någon under 15 år utan att något våld, otillbörligt tvång eller hot om våld föregått den sexuella handlingen. Detta har lett till vissa problem vid tillämpningen av lagen, eftersom samma paragraf skall tillämpas både på fall där den sexuella handlingen föregåtts av någon form av tvång och på de fall där den skett genom fullständig frivillighet mellan offret och gärningsmannen.

Syftet med denna uppsats är att undersöka om den nya regleringen angående sexualbrott mot barn har orsakat några problem i den rättsliga tillämpningen och, i så fall, vilka åtgärder som i så fall kan vidtas mot detta. Vidare prövas om domstolarna följt lagstiftarens vilja vid tillämpningen av 2005 års sexualbrottslag.

De frågeställningar som besvaras är:

- Vad var syftet med 2005 års sexualbrottslag?
- Hur har praxis på området utvecklats?
- Har domstolarnas tillämpning korrelerat med lagstiftarens uttalanden angående 2005 års sexualbrottslag?
- Kan tillämpningen av sexualbrottslagen påverkas av offrets agerande och domstolarnas uppfattning av vem som är att anse som ett brottsoffer?

Efter en analys av praxis på området blir slutsatsen att domstolarna i stor utsträckning avvikit från lagstiftarens uttalanden i propositionen till 2005 års sexualbrottslag. Detta torde bero på att domstolarna anser det strida mot det allmänna rättsmedvetandet att döma någon för ett så allvarligt brott som våldtäkt mot barn, i de fall målsäganden frivilligt genomfört den sexuella handlingen. Domstolen sätter fortfarande målsägandens agerande i fokus vid bedömningen om brottet skall ses som mindre allvarligt eller ej, tyvärr har inte lagstiftningen blivit tydligare. Detta är

ett rättssäkerhetsproblem då domstolarnas bedömningar inte korrelerar med lagstiftarens vilja eftersom förutsebarheten blir minimal. På grund av detta anser jag att 2005 års sexualbrottslag skulle behöva ses över och skrivas om. Detta för att tydliggöra vilka fall som skall bedömas som våldtäkt mot barn och vilka som skall anses vara mindre allvarliga och därför rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn.

# Innehållsförteckning

Innehållsförteckning .....	4
Förkortningar .....	8
1 Inledning .....	9
1.1 Introduktion till ämnet .....	9
1.2 Syfte och frågeställningar .....	10
1.3. Metod och material .....	10
1.4 Avgränsning .....	10
1.5 Disposition .....	11
2 Bakgrund .....	14
2.1 Definitionen av barn .....	14
2.2 Den svenska barnrätten .....	14
2.3 Historisk tillbakablick på sexualbrott riktade mot barn .....	15
2.3.1 1734 års lag .....	16
2.3.2 1864 års Strafflag .....	16
2.3.3 Brottsbalken (1962:700) .....	17
2.4 Brottsutvecklingen och samhällets attityd mot sexualbrott .....	18
3 Rättskällor .....	21
3.1 Straffrättens rättssäkerhetsprincip .....	21
3.1.1 Rättskällornas hierarkiska ordning .....	22
3.2 Lagtext .....	22
3.3 Förarbeten .....	24
3.3.1 SOU 2001:14 .....	24
3.3.1.1 Lagstiftningen om sexualbrott bör vara tydligare .....	24
3.3.1.2 15 år bör även fortsatt vara gränsen för sexuell bestämmanderätt .....	25
3.3.1.3. Varför särreglera brott mot barn och brott mot vuxna? .....	26

3.3.2 Proposition 2004/05:45 En ny sexualbrottslagstiftning .....	28
3.3.2.1 Syftet med lagändringen och allmänna utgångspunkter .....	28
3.3.2.2 Våldtäkt mot barn .....	29
3.3.2.4 Ansvarsfrihetsregeln .....	33
3.4 Internationell rätt .....	34
3.4.1 Barnkonventionen .....	34
3.4.2 EU:s rambeslut om bekämpandet av sexuellt utnyttjade av barn och barnpornografi .....	35
4. Den praktiska innebörden av lagstiftningen .....	37
4.1 Våldtäkt mot barn .....	37
4.2 Sexuellt utnyttjande av barn .....	38
4.3 Ansvarsfrihetsregeln .....	39
5 Offer för brott .....	40
5.1 Viktimologi .....	40
5.1.1 Det ideala offret .....	41
5.2 Konsekvenser av att inte definieras som offer .....	42
5.3 Konsekvenser av att definieras som offer .....	43
6 Rättsfall .....	44
6.1 Avgöranden i Högsta domstolen .....	44
6.1.1 NJA 2006 s. 79 I .....	44
6.1.2 NJA 2006 s. 79 II .....	50
6.1.3 NJA 2006 s. 510 .....	54
6.1.4 NJA 2007 s. 201 .....	57
6.2 Hovrättsavgöranden .....	62
6.2.1 Våldtäkt mot barn .....	63
6.2.1.1 RH 2010:24 .....	63
6.2.1.2 RH 2010:12 .....	65

6.2.1.3 B 3268-06 Göta Hovrätt.....	67
6.2.1.4 RH 2006:32 .....	69
6.2.1.5 B 2089 -10 Göta Hovrätt.....	72
6.2.2 Sexuellt utnyttjande av barn .....	75
6.2.2.1 B 2850-06 Svea Hovrätt .....	75
6.2.2.2 B 3130-08 Göta Hovrätt.....	77
6.2.2.3 B 360-06 Göta Hovrätt.....	79
6.2.2.4 B 482-10 Hovrätten för nedre Norrland .....	81
6.2.3 Ansvarsfrihetsregeln .....	83
6.2.3.1 B 1985-08 Göta Hovrätt.....	83
6.2.3.2 B 826-09 Hovrätten för nedre Norrland .....	86
7 Doktrin om tillämpningen av 2005 års sexualbrottslag .....	88
6.1 Felaktig tillämpning .....	88
6.1.1 Madeleine Leijonhuvud .....	88
7.1.2 Per Ole Träskman .....	90
7.1.3 Christian Diesen och Eva F. Diesen .....	91
7.2 Korrekt tillämpning .....	92
7.2.1 Josef Zila .....	92
7.2.2 SOU 2010:71 .....	92
8 Analys .....	95
8.1 Fullständig frivillighet och ömsesidighet .....	95
8.1.1 Otillbörlig påverkan .....	95
8.1.2 Målsägandens ålder.....	96
8.1.3 Ålderskillnaden mellan målsäganden och gärningsmannen.....	98
8.1.4 Målsägandens förutsättning att bedöma situationen.....	99
8.1.5 Relationen mellan målsäganden och gärningsman.....	100
8.1.6 Målsägandens agerande .....	101

8.2 Brottsoffer i domstolen.....	102
9 Slutsats .....	104
9.1 Har syftet med 2005 års sexualbrottslag uppfyllts .....	104
9.1.1 Ökat skydd för barn och ungdomar .....	104
9.1.2 15 år- gränsen för sexuell självbestämmanderätt?.....	104
9.1.3 Tydligare lagstiftning .....	105
9.2 Våldtäktsoffer?.....	106
9.3 Krävs det några åtgärder? .....	106
Referenser .....	108
Offentligt tryck .....	108
Litteratur.....	108
Internetkällor.....	109
Rapporter .....	109
Tidsskrifter.....	109

## **Förkortningar**

BrB - Brottsbalken

DS - Departementsserien

HD - Högsta domstolen

JT - Juridisk Tidsskrift

NJA - Nytt juridiskt arkiv

Prop - Proposition

RF - Regeringsformen

RH- Rättsfall från Hovrätterna

SOU - Statens offentliga utredningar

I de fall inget annat anges avses med paragrafhänvisningar Brottsbalkens kapitel 6



# 1 Inledning

## *1.1 Introduktion till ämnet*

”Våldtäkt” ett laddat ord som hos de flesta väcker en känsla av avsky och ilska. Det ska det naturligtvis göra, men kan det vara så att de associationer till våld, tvång och utnyttjande som ordet ger, inte alltid överensstämmer med den juridiska verkligheten?

År 2009 anmäldes 1543 fall av våldtäkt där offret var en flicka under 15 år.<sup>1</sup> Detta skulle straffrättsligt klassificeras som 1543 anmälda brott av våldtäkt mot barn. Detta leder förmodligen tankarna till grova övergrepp där offret blivit tvingad till sexuellt umgänge med en vuxen gärningsman. Troligt är detta fallet bakom många av dessa anmälningar, men sedan 2005 innefattar rubriceringen våldtäkt mot barn även fall där en person över 15 år har samlag, eller utför visa andra sexuella handlingar med någon under 15 år utan att något våld, otillbörligt tvång eller hot om våld föregått den sexuella handlingen.

Syftet med den nya lagstiftningen är att stärka skyddet för barn och ungdomar mot att utnyttjas i sexuella sammanhang och att särskilt markera allvaret i sexualbrott som riktar sig mot barn. Tillämpningsområdet för sådana brott utvidgades genom att kravet på våld togs bort. Detta är ett synnerligen ärbart syfte och det är svårt att komma med motargument till varför vi inte skall ge barn och ungdomar ett utökat straffrättsligt skydd. Det kan dock uppkomma problem när den som fallit offer för ett brott inte ser sig som ett offer och domstolen skall tillämpa samma paragraf på de fall där någon frivilligt deltagit i en sexuell handling och de fall där någon tvingats till deltagande. Detta problem har uppmärksammats av juristkåren och bland annat Madeleine Leijonhufvud, Professor emerita, är mycket kritisk till hur praxis har utvecklats. Jag finner det av stort intresse att försöka bringa klarhet i vilka konsekvenser den nya lagstiftningen fått i domstolarna och om tillämpningen kan kritiseras.

---

<sup>1</sup> [www.bra.se](http://www.bra.se) -2010-02-01

## ***1.2 Syfte och frågeställningar***

Det jag ämnar undersöka i detta arbete är om den nya regleringen om sexualbrott mot barn kan orsaka några problem i den rättsliga tillämpningen och vilka åtgärder kan i så fall vidtas mot detta. Vidare skall prövas om domstolarna har följt lagstiftarens vilja vid tillämpningen av 2005 års sexualbrottslag. Genom studier i kriminologi och rättspsykologi har det också väckts ett intresse hos mig för hur juridiken påverkar människor och därför syftar detta arbete även till att analysera hur domstolarna vid tillämpningen av nya sexualbrottslagen tar hänsyn till brottsoffrens agerande.

De frågor jag ämnar besvara är:

- Vad var syftet med 2005 års sexualbrottslag?
- Hur har praxis på området utvecklats?
- Har domstolarnas tillämpning korrelerat med lagstiftarens uttalanden angående 2005 års sexualbrottslag?
- Kan tillämpningen av sexualbrottslagen påverkas av offrets agerande och domstolarnas uppfattning av vem som är att anse som ett brottsoffer?

## ***1.3 Metod och material***

I detta arbete kommer jag att använda mig av gängse juridisk metod för att besvara mina frågeställningar. Med detta menas att jag kommer att göra en genomgång av rättskällorna förarbeten, lag, praxis och doktrin. Eftersom svaren på de frågor jag ämnar besvara återfinns i praxis kommer ett flertal rättsfall empiriskt undersökas och analyseras. Rättsfallen har valts ut genom att jag sökt fall där åtal är väckt för våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn. Den analysmetod som jag valt är att göra en komparativ fallstudie där domslut och domskäl jämförs för att om möjligt se om det går att finna likheter och skillnader i hur det har resonerats kring offrets agerande och huruvida det funnits ett samtycke till den sexuella handlingen samt om detta senare har haft betydelse för brottsrubriceringen. Vidare kommer även faktorer som offrets ålder och ålderskillnaden mellan offer och gärningsman jämföras för att se om detta har haft stor betydelse för domstolarnas tillämpning av sexualbrottslagen.

## ***1.4 Avgränsning***

Majoriteten av alla våldtäktsbrott mot barn begås av en kille eller man som är äldre än offret, som oftast är kvinna. Därför får dessa fall i en generell beskrivning anses

som normalfallen.<sup>2</sup> På grund av detta kommer jag inom ramen för detta arbete att fokusera på rättsfall där gärningsmannen varit en kille eller man och offret en yngre kvinna. Jag kommer också enbart analysera rättsfall där offret varit under 15 år och jag kommer alltså inte att beröra BrB 6 kap 4 § st. 2 och problematiken med att offret stått under förövarens fostran.

De fall som är av intresse för mig att analysera är de där det påstådda brottet begåtts efter den 1 april 2005. Innan gällde en annan lagtext och att göra en komparativ analys av rättsfall innan 2005 och efter 2005 skulle förmodligen förvirra mer än att tillföra analysen något av intresse.

Inom ramen för detta arbete kommer jag inte heller fokusera min analys på vilken påföljd som utdöms utan enbart vilken brottsrubricering som domstolen dömt för och hur de kommit fram till denna.

Vidare skulle det vara intressant med en analys av hur den nya sexualbrottslagen påverkar inte enbart offren utan även gärningsmännen och samhällets syn på våldtäktsmän. Detta är dock inget som kommer behandlas i denna uppsats och därför överlämnar jag detta ämne till den vidare forskningen.

### ***1.5 Disposition***

För att ge läsaren en djupare förståelse för sexualbrottslagen påbörjas min redogörelse med ett kapitel kallad Bakgrund (2 kapitlet). Av vikt för detta arbete är att avgränsa vad jag i fortsättningen menar med barn och därför kommer jag påbörja min redogörelse med att ge sexualbrottslagens definition av barn (2:1). För att ge läsaren en djupare förståelse för varför sexualbrottslagen successivt har skärpts kommer sedan en kort genomgång av den svenska barnrätten och dess framväxt (2:2).

Intressant för att ytterligare få en förståelse för sexualbrotten och den samhällssyn som sexualbrottslagen ger uttryck för kommer sedan en kort historisk tillbakablick över hur sexualbrotten har behandlats inom rättsväsendet historiskt sett samt några

---

<sup>2</sup> I ca 97 % av de anmälda fallen enligt Diesen, C och Diesen, E, *Övergrepp mot kvinnor och barn-Den rättsliga hanteringen*, 2009 s. 33

exempel på hur det samtida samhället har påverkat sexualbrottslagstiftningen och olika sexualhandlingars straffvärde (2:3 och 2:4).

Eftersom detta arbete bygger på hur rättskällorna tolkas och tillämpas återfinns ett helt kapitel om dessa (kapitel 3). För att ge läsaren en förståelse för rättskällornas betydelse kommer jag sedan kort att beskriva dessa och deras olika innebörd och vilka principer som styr den juridiska metoden (3:1). För att enkelt kunna ta till sig min analys anser jag att det är viktigt att hela tiden kunna gå tillbaka till lagtexten och läsa sig till vad som egentligen behandlas där och därför kommer paragrafer som är aktuella för detta arbete att citeras (3:2). En stor del av min frågeställning behandlar frågan huruvida domstolarna har följt lagstiftarens vilja i tillämpningen av den nya sexualbrottslagen och därför har jag valt att utförligt beskriva de två viktigaste förarbetena, SOU 2001:13 (3.3.1) och proposition 2004/05:45 (3.3.2) samt redogöra för de viktigaste slutsatserna som återfinns i dessa båda förarbeten.

På grund av att Sverige är med i EU och genom tillträdet av flertalet konventioner är Sverige som stat bunden av olika internationella konventioner och därför redogörs för de två viktigaste internationella dokumenten i avsnitt 3.4.

Efter den massiva genomgången av lagtext, förarbeten och internationell rätt kommer jag att ägna ett kapitel åt att mer eller mindre sammanfatta den praktiska innebörden av dessa tre rättskällor för att ge läsaren en god överblick över hur de paragrafer som avhandlas i denna uppsats torde vara menade att tillämpas (Kapitel 4).

Jag avser att analysera domstolarnas domar utifrån hur offrens agerande synes ha spelat roll för tillämpningen av sexualbrottslagen. Dessutom vill jag se om domstolarnas inställning kan ha någon betydelse för huruvida målsäganden definieras som ett offer. Det är då av vikt att föra ett resonemang om vad som är ett offer och hur begreppet offer kan bestämmas utifrån olika parametrar. I kapitel 5 återfinns därför en kort diskussion kring begreppet offer samt innebörden av att bli stämplad som offer.

I kapitel 6 återfinns sedan en övergripande beskrivning av de rättsfall jag ämnar analysera. Av störst vikt för rättstillämpningen är Högsta domstolens domar och därför

redogörs dessa först i kronologisk ordning (6:1). Detta eftersom dessa är praxisbildande och för den övriga redogörelsen kan det ha betydelse vilka domar som kom vilket år. Vidare kommer ett stort antal fall från hovrätterna att analyseras (6.2). Även om dessa inte är praxisbildande är de av avgörande betydelse för att förstå hur en lag tillämpas i praktiken eftersom ett stort antal domar överklagas till hovrätten men inte till högsta domstolen. För att på ett överskådligt sätt redogöra för hovrättsdomarna kommer först de domar där den tilltalade i hovrätten dömts för våldtäkt mot barn, sedan sexuellt utnyttjande av barn och slutligen de fall där hovrätten ogillat åtalet med hänvisning till 14 § att redovisas. Inom varje kategori kommer rättsfallen redovisas utifrån offrens ålder eftersom denna har stor betydelse för analysen. Avslutningsvis i kapitel 6 redogörs för några av doktrинens viktigaste inlägg i debatten kring tillämpningen av den nya sexualbrottslagen och vilka frågor som de lyfter fram som problematiska (6:3).

Analysen återfinns sedan i kapitel 7. Denna är uppdelad så att de olika faktorer som haft störst påverkan på domstolens val av brottsrubricering analyseras var för sig för att få en djupare förståelse för domstolens tolkningar. Vidare kommer även en analys av huruvida brottsoffrens agerande sätts i fokus i domstolen och om detta kan påverka synen på brottsoffren.

I kapitel 8 redovisas sedan mina slutsatser där jag klargör mina egna åsikter om domstolens tolkning korrelerar med lagstiftarens intention med 2005 års sexualbrottslag. I slutsatsen redogör jag också för de åtgärder jag anser bör vidtas för att få lagstiftning och tillämpning att korrelera.

## 2 Bakgrund

### 2.1 Definitionen av barn

Den svenska juridiska definitionen av barn är i allmänhet någon som inte fyllt 18 år. Till exempel stadgas i föräldrabalken 6 kapitlet 2 § att en förälders vårdnad om barnet består till dess barnet fyller 18 år. I föräldrabalkens 9 kapitlet 1 § slås fast att en person under 18 år är underårig och därmed omyndig.

I barnkonventionens artikel 1 stadgas att:

*”I denna konvention avses med barn varje människa under 18 år, om inte barnet blir myndigt tidigare enligt den lag som gäller barnet.”*

Enligt den svenska strafflagstiftningen blir du vuxen och därmed straffbar vid 15 års ålder (BrB 1 kapitlet 6 §). Samma åldersgräns används i sexualbrottslagstiftningen för att avgöra när ett barn blir så pass vuxen att barnet själv kan ta ansvar för sin sexualitet och kropp. Lagstiftaren anser att en person under 15 år inte skall ha någon sexuell självbestämmanderätt. Detta innebär i praktiken att ett barn under 15 år aldrig själv kan samtycka till att delta i sexuella handlingar.

### 2.2 Den svenska barnrätten

Det är först under de sista decennierna under 1900-talet som ett rättsområde som kan kallas barnrätt vuxit fram. Tidigare kännetecknades samhällets inställning till barn av passivitet. Det var föräldrarna som hade ansvaret för barnets fostran och samhället skulle inte lägga sig i detta förhållande.<sup>3</sup> Dagens barnrätt kännetecknas av att det är barnet och dennes legala relationer som skall stå i centrum för den rättsliga bedömningen i de fall barnet är inblandat i en rättslig konflikt.<sup>4</sup>

Barnrättens framväxt har medfört utmaningar eftersom det flexibla uttrycket ”barnets bästa” alltid ska beaktas när barn kommer i kontakt med rättsvårdande myndigheter. Med detta menas att barnets unika behov alltid skall tas i beaktande vid beslut

---

<sup>3</sup> Schiratzki, J *Barnrättens grunder*, 2005 s. 11

<sup>4</sup> Schiratzki, 2005 s. 9

rörande barnet. Detta kan dock bli problematiskt när grundläggande rättsäkerhetsbegrepp såsom förutsebarhet och likhet inför lagen blir lidande när individen står i fokus.<sup>5</sup>

Barnrätten har tre viktiga funktioner. För det första har den en styrande, normerande funktion som ger oss regler för hur vi ska bete oss i olika situationer. För det andra ger den de rättsvårdande myndigheterna rätten att, vid tvist mellan vårdnadshavarna, gå in som tvistelösare. Slutligen har barnrätten den mycket viktiga funktionen att se till att barnet skyddas mot att bli utsatt för exempelvis sexuella övergrepp.<sup>6</sup> Det kanske viktigaste styrdokumentet inom barnrätten är barnkonventionen som ålägger medlemsstaterna som ratificerat konventionen att säkerställa att barn tillförsäkras ett stort antal rättigheter.<sup>7</sup>

### ***2.3 Historisk tillbakablick på sexualbrott riktade mot barn***

Sexualbrotten har historiskt sett hänförts till de så kallade sedlighetsbrotten. Uttrycket antyder att sedlighetsbrotten är handlingar som strider mot en viss moraluppfattning och ursprungligen upptogs inte endast sexualbrotten i denna kategori av brott utan även brottstyperna fylleri, äventyrligt spel och djurplågeri hänfördes dit. Senare kom dock sedlighetsbrotten att mer eller mindre likställas med sexualbrotten.<sup>8</sup> Vad som har uppfattats som våldtäkt har också förändrats över tiden. I den medeltida fridslagstiftningen var våldtäktsbrottet framförallt en kränkning riktad mot släkten. Det var alltså en fientlig handling riktad mot männen i den släkt kvinnan eller flickan ingick. Våldtäktslagar kom inte till för att skydda kvinnan utan för att tillförsäkra fadern rätten till en ”obefläckad dotter”.<sup>9</sup> Senare kom våldtäktsbrottet att uppfattas som ett våldsbrott och ett ordningsbrott. Det kränkte det civila rättsamhällets ordning, friden och den hushållsordning som stat och kyrka upprätthöll. Vidare var uppfattningen att kvinnan enbart var ett objekt som mannen, subjektet, hävdade eller lägrade genom den sexuella handlingen. Det var inte förrän i 1734 års lag som en förändrad uppfattning kunde skönjas.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> Schiratzki, 2005 s. 9

<sup>6</sup> Schiratzki, 2005 s. 10

<sup>7</sup> Se nedan avsnitt 3.4.1

<sup>8</sup> SOU 1976:9 s. 27

<sup>9</sup> Åkerström M och Sahlin, I (Red.) *Det motspänstiga offret*, 2001 s. 10

<sup>10</sup> Träskman 2007 s. 320

### 2.3.1 1734 års lag

Synen på sedlighetsbrotten i 1734-års lag präglades av uppfattningen att könsumgänge är tillåtet endast inom äktenskapet och således stadgades straff för allt könsumgänge utanför äktenskapet. I ett kapitel om kvinnofrid stadgades också straff för den man som tager ”kvinna med våld och emot hennes vilja främjar sin onda lusta”. Här kan skönjas en förändrad syn på kvinnan. I denna lag är det hon som är offret och det läggs vikt vid hennes vilja vilket inte tidigare var fallet.<sup>11</sup> Jämställt med detta brott var bland annat hävdande av (könsumgänge) med kvinna som ej fyllt 12 år. Dessa brott skulle bestraffas med dödsstraff.<sup>12</sup> Detta visar att det under 1700-talet rådde en mycket restriktiv syn på sexualiteten vilket tog sig uttryck i lagstiftningen. Könsumgänge med barn bestraffades även om inget våld eller tvång förekommit. Och dessutom bestraffades det mycket hårt. Dock förstås att synen på när ett barn övergick till att bli kvinna var annorlunda mot idag. För att ett brott skulle anses begånget skulle kvinnan ej ha fyllt 12 år. Idag synes det otänkbart att ens tänka sig en 12-åring som kvinna.

### 2.3.2 1864 års Strafflag

Vid införandet av 1864 års Strafflag förändrades synen på sedlighetsbrotten och en något mildare syn på dessa kunde anas. Vidare betonades också att skyddsintresset för våldtäktsbrottet var den individuella friheten. Vad som kränktes genom brottet var främst kvinnans viljefrihet och handlingsfrihet. Rättigheterna för barn under 15 år utvidgades i 1864 års strafflag i och med att även missbrukande av kvinna mellan 12 och 15 år kriminaliserades. Det vill säga redan här sattes åldern för kvinnors sexuella självbestämmanderätt till 15 år. Vidare skärptes straffstadgandet missbrukande av kvinna under 12 år på det sätt att dessa handlingar alltid skulle bedömas som våldtäkt.<sup>13</sup> Vid olika tillfällen riktades sedan kritik mot 15-årsgränsen för sexuellt umgänge och en höjning av åldersgränsen diskuterades. Dock ansågs det svårt att upprätthålla presumtionen om förförelse i de fall kvinnan var äldre än 15 år och därför försökte lagstiftaren kompromissa och införde 1937 straffansvar för den som förmådde kvinna upp till 18 år till otukt genom grovt missbruk av överordnad ställ-

---

<sup>11</sup> Träskman 2007 s. 320

<sup>12</sup> SOU 1976:9 s. 28

<sup>13</sup> SOU 1976:9 s. 30



ning.<sup>14</sup> Samma år utsträcktes också straffskyddet till att innefatta pojkar under 15 år. Homosexuella relationer bestraffades alltså men pojkar under 15 år hade tidigare varit oskyddade i de fall de utnyttjades av en äldre kvinna.<sup>15</sup>

### **2.3.3 Brottsbalken (1962:700)**

Brottsbalken trädde i kraft 1965 och sedan dess har vi successivt gått mot en allt hårdare syn på sexualbrotten och kvinnors och barns skyddsvärdhet har diskuterats och tagits i beaktande mer och mer i lagstiftningsarbetet. En nyhet när brottsbalken infördes var att sedlighetsbrotten skulle betraktas som brott mot person och inte som tidigare ett brott mot allmän ordning (anständigheten) eller den enskildes frihet. I förarbetena till brottsbalken sades att huvudsyftet med att beivra sedlighetsbrotten var att bereda ett straffrättsligt skydd för barn och ungdomar mot sexuella kränkningar samt att värna individens integritet i sexuellt hänseende.<sup>16</sup>

Lagtexten uppdaterades sedan ett flertal gånger på 80 och 90-talet och varje gång var det för att det ansågs att skyddet för barn och ungdomar behövde förbättras.<sup>17</sup>

Utvecklingen har gått mot en allt hårdare syn på övergrepp riktade mot barn. Barns skyddsvärdhet diskuteras alltmer i takt med att sexuella övergrepp mot barn uppmärksammas mer och mer.<sup>18</sup> Detta bidrar till en successivt hårdare hållning från lagstiftarens sida och i Ds 1989:6 uttrycks klart att barn under 15 år måste skyddas mot alla former av sexuella övergrepp och alltså inte bara de där våld eller tvång föregått den sexuella handlingen.<sup>19</sup> Det föreslås också att det faktum att offret är barn skall presumera att våldtäktsbrottet är att anse som grovt. Detta hade tidigare skett i praxis men man vill nu att det ska komma i direkt uttryck i lagtexten. Dock vill man inte frångå att det skall ske en sammanvägning av alla försvårande omständigheter. Man vill inte heller införa en fix gräns där åldern avgör om våldtäkten är att anses som grov eftersom risken för bestående men inte är direkt relaterad till åldern utan sammanhänger med den sociala och personliga mognaden. Ju lägre ålder

---

<sup>14</sup> SOU 1976:9 s. 34

<sup>15</sup> SOU 1976:9 s. 34

<sup>16</sup> SOU 2001:14 s. 107

<sup>17</sup> Se t.ex. Proposition 1983/84:105, Proposition 1991/92:35 och Proposition 1994/95:2

<sup>18</sup> Ds 1989:6 s. 15

<sup>19</sup> Ds 1989:6 s. 23

desto större vikt bör dock åldern tillmätas.<sup>20</sup> Det förordas också att åldern skall inskrivas som försvårande faktor vid sexuellt utnyttjande av barn.<sup>21</sup> Detta sker också genom proposition 1991/92:35.

År 1998 tillsattes en kommitté (sexualbrottskommittén) med uppdrag att göra en översyn av bestämmelserna om sexualbrott samt av vissa angränsande frågor. Denna utredning lade sedan grunden för en revidering av 6 kapitlet brottsbalken, och år 2005 genomfördes bland annat de ändringar angående sexualbrotten mot barn som behandlas i detta arbete.

Redan 2008 tillsattes en ny utredning som bland annat hade uppdraget att utvärdera tillämpningen av 2005 års sexualbrottsreform. Syftet med utvärderingen var att följa upp och undersöka hur bestämmelserna har fungerat i praktiken och om syftet med reformen har uppnåtts. Angående sexualbrotten mot barn ansåg 2008 års sexualbrottsutredning att vissa ändringar bör införas. Dock föreslog de enbart språkliga ändringar i 4 § och 5 § och inga som har betydelse för detta arbete. Straffskalan för sexuellt utnyttjande av barn förändras och skärps, i syfte att minimera tröskeeffekten mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn i straffvärdehänseende.<sup>22</sup>

## ***2.4 Brottsutvecklingen och samhällets attityd mot sexualbrott***

Det är av vikt att komma ihåg att samhällets syn på en brottskategori till stor del hänger ihop med hur lagen ser ut. En viktig del av lagstiftarens intention med förändringar i lagtexten är att styra medborgarnas beteende och attityd gentemot ett visst brott.<sup>23</sup>

1960-talet kännetecknades av den sexuella liberalismen där det rådde en friare syn på sexualiteten vilket ledde till en i det närmaste likgiltig hållning till extrema sexuella uttrycksformer såsom sexuellt umgänge mellan vuxna och minderåriga barn och

---

<sup>20</sup> Ds 1989:6 s. 28

<sup>21</sup> Ds 1989:6 s. 30

<sup>22</sup> SOU 2010:71 s. 351 och 359

<sup>23</sup> SOU 2001:14 s. 107

sexuellt umgänge med våldsinslag. Under 1970-talets senare hälft kom en motreaktion mot den tidigare liberala hållningen och den pådrivande kraften bakom denna var den framväxande och allt starkare kvinnorörelsen. Kvinnorörelsen kritiserade bland annat starkt sexualbrottsutredningens betänkande om ändrad lydelse av lagen om sexualbrott, SOU 1976:9. Man menade att betänkandet var genomsyrat av en patriarkalisk och kvinnofientlig hållning<sup>24</sup>

Under 80-talet påbörjades en sanering i den liberala lagstiftningen och det påbörjades en omarbetning av brottsbalkens kapitel om sexualbrott. Detta ledde till en skärpt syn på sexuella övergrepp mot barn och ungdomar.<sup>25</sup> 1984 trädde betydande ändringar avseende sexualbrotten i kraft. Sexuella övergrepp benämndes för första gången som sexualbrott från att tidigare ha rubricerats som sedlighetsbrott. Dessutom skulle gärningsmannens och inte offrets agerande stå i fokus. Vidare avskaffades också bestämmelsen om att offret var tvungen att ange sexualbrott till åtal och det beslutades att sexualbrotten skulle falla under allmänt åtal.<sup>26</sup>

Antalet anmälningar minskade inte helt oväntat under liberalismens tid och ökade sedan igen när samhällets syn på sexualbrotten skärptes. Detta beror troligtvis på hur brottsoffer tror att deras anmälan kommer att mottas av myndigheten. Vid en liberal inställning kan konsekvensen bli att brottsoffret inte tror sig bli tagen på allvar. Dessutom blir det ju desto färre handlingar som är brottsliga vid en samhällelig liberal inställning till sexuella handlingar som idag klassificeras såsom brottsliga.<sup>27</sup>

Under början av 2000-talet, innan lagändringen 2005, ökade andelen polisanmälda sexualbrott drastiskt. Mellan åren 1994 och 2004 var ökningen 40 %.<sup>28</sup> Denna ökning berodde troligtvis både på en ökad anmälningsbenägenhet men också att den faktiska brottsligheten ökat. Det går inte att säkert bedöma den faktiska brottslighetens omfattning men det har uppskattats att det endast är 10-20 % av den faktiska brottsligheten som anmäls.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> Martens 1 1986 s. 48

<sup>25</sup> Martens 1 1986 s. 49

<sup>26</sup> Ju 2004:1 *Anmälan och utredning av sexualbrott*, s. 32

<sup>27</sup> Martens 1 1986 s. 49

<sup>28</sup> Ju 2004:1 s. 31

<sup>29</sup> Ju 2004:1 s. 31

Centralt för kriminalpolitiken är att utreda brott men också att se till att så många som möjligt av dem som begår brott anmäls och lagförs. Om anmälningsbenägenheten inom en viss brottskategori ökar, ökar också kompetensen hos utredarna, vilket i sin tur leder till att fler brott klaras upp. Detta bidrar vidare till att ännu fler anmäler om de blivit utsatta för brott. Det blir en positiv spiral som är önskvärd.<sup>30</sup>

Faktorer som påverkar anmälningsbenägenheten är bland annat huruvida offret definierar händelsen som ett övergrepp. Alltså; ju klarare brottsdefinition desto större chans att brottet anmäls. Ytterligare en bidragande faktor till att sexualbrott inte anmäls är förekomsten av skuld och skamkänslor.<sup>31</sup> Här spelar samhällets syn på sexualbrotten en viktig roll för att förändra attityderna kring dessa. Att samhällets attityd gentemot sexualbrotten har betydelse för anmälningsbenägenheten är förmodligen en starkt bidragande orsak till att lagstiftaren har skärpt 6 kapitlet BrB vad gäller brott begångna mot barn under 15 år.

---

<sup>30</sup> Ju 2004:1 s. 33

<sup>31</sup> Ju 2004:1 s. 45 ff.

## 3 Rättskällor

### 3.1 Straffrättens rätts säkerhetsprincip

För att förstå hur rättskällorna kan användas och vilka överväganden som ligger bakom den lagtext som slutligen produceras är det av vikt att ha några av straffrättens grundläggande principer i åtanke. Dessa principer skall alltid genomsyra allt lagstiftningsarbete men även tolkningen av lagtexten.

Ett grundläggande krav i svensk straffrätt är varje medborgares rätt att åtnjuta rätts säkerhet. Med detta menas bland annat att medborgarna måste kunna förutse vilka handlingar som är straffbelagda.<sup>32</sup>

Ett krav som uppställs för att tillförsäkra medborgarna rätts säkerhet är principen om att det är åklagaren som har bevisbördan för alla fakta som ligger till grund för brottsbedömningen och en viktig grundsats vid all straffrättsskipning är att domstolen vid tvivelsmål hellre ska fria än fälla. ”Hellre må tio skyldiga gå fria än en oskyldig bli fälld” är tanken som motiverar principen.<sup>33</sup>

En annan konsekvens av rätts säkerhetsprincipen är att ett straffstadgande inte får vara formulerat som en generalklausul utan ett visst krav på specificering ställs på lagstiftaren.<sup>34</sup>

Ett uttryck för rätts säkerhetstanken är den inom straffrätten viktiga legalitetsgrundsatsen, vilken kortfattat innebär att det inte existerar något brott utan stöd i lag (”mullum crimen sine lege”) och att inget straff får delas ut utan stöd i lag (”nulla poena sine lege”). Denna grundsats uttrycks i den svenska grundlagen genom RF 2 kapitlet 10 § st. 1 och RF 8 kapitlet 3 § samt i BrB 1 kapitlet 1 §.

---

<sup>32</sup> Wennberg, *S Introduktion till straffrätten*, 2001 s. 18 f.

<sup>33</sup> Wennberg, 2001 s. 21

<sup>34</sup> Wennberg, 2001 s. 21

### 3.1.1 Rättskällornas hierarkiska ordning

Legalitetsgrundsatsen medför att det inom straffrätten finns en tydlig hierarkisk ordning där lagen har högsta rang och dess normer måste följas av domstolarna. Som hjälp vid tolkningen av lagen kan förarbetena användas men de får inte användas som en självständig producent av normer utan vid motsägelser mellan lagtext och förarbeten har alltid lagen företräde.

En fråga som inställer sig i straffrätten är huruvida rättspraxis skall ses som en självständig rättskälla eller ej. Kan verkligen praxis fungera som en självständig rättskälla samtidigt som domstolarna dömer fel, om de avkunnar en dom i strid med ordalydelsen i ett straffstadgande? Denna fråga besvaras jakande av Madeleine Leijonhufvud, Professor emerita i straffrätt vid Stockholms universitet. Hon menar att det finns frågor om exempelvis grunderna för straffmätning som domstolarna är skyldiga att besvara och i de fall dessa inte besvaras av lagen måste domstolarna genom analogislut komma fram till ett svar. Praxis kan vidare åberopas som grund för att utesluta straffbarhet eftersom legalitetsgrundsatsen enbart begränsar tolkningen i den mån en begränsning är i den åtalades intresse. Slutsatsen blir därför att det finns ett utrymme där domstolen har en rent rättskapande verksamhet inom straffrätten, även om det är uteslutet beträffande området för vad som är kriminaliserat. Detta innebär inte att praxis, och då speciellt Högsta domstolens avgöranden, inte är av intresse för tolkningen av lagen och det tolkningsalternativ som HD använder vid ett oklart straffstadgande blir prejudicerande.<sup>35</sup>

Doktrinen blir inom straffrätten som mest betydelsefull för utvecklingen av begrepp och begreppsanalyser. Doktrin skall inte användas såsom självständig rättskälla och kan inte ensamt åberopas som grund för en lösning på ett juridiskt problem.<sup>36</sup>

### 3.2 Lagtext

Våldtäkt mot barn som särskilt brott infördes i brottsbalkens 6 kapitel den första april, 2005. Samtidigt ändrades också innebörden av brottet sexuellt utnyttjande av underårig och blev istället sexuellt utnyttjande av barn och den särskilda åtalsbe-

---

<sup>35</sup> Leijonhufvud, *Straffansvar*, 2001 s. 24 ff.

<sup>36</sup> Leijonhufvud 2001 s. 25

gränsningsregeln som tidigare funnits ersattes med en ansvarsfrihetsregel. Det är dessa tre lagrum som är av intresse för mitt arbete. Paragraferna har följande lydelse:

**BrB 6 kapitlet 4 §**

”Den som har samlag med ett barn under femton år eller som med ett sådant barn genomför en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag, döms för *våldtäkt mot barn* till fängelse i lägst två och högst sex år.

Detsamma gäller den som begår en gärning som avses i första stycket mot ett barn som fyllt femton men inte arton år och som är avkomling till gärningsmannen eller står under fostran av eller har ett liknande förhållande till gärningsmannen, eller för vars vård eller tillsyn gärningsmannen skall svara på grund av en myndighets beslut.

Är brott som avses i första eller andra stycket att anse som grovt, döms för *grov våldtäkt mot barn* till fängelse i lägst fyra och högst tio år. Vid bedömning av om brottet är grovt skall särskilt beaktas om gärningsmannen har använt våld eller hot om brottslig gärning eller om fler än en förgripit sig på barnet eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller barnets låga ålder eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet.”

**BrB 6 kapitlet 5 §**

”Är ett brott som avses i 4 § första eller andra stycket med hänsyn till omständigheterna vid brottet att anse som mindre allvarligt, döms för *sexuellt utnyttjande av barn* till fängelse i högst fyra år.”

**BrB 6 kapitlet 14 §**

”Den som har begått en gärning enligt 5 § eller 6 § första stycket mot ett barn under femton år eller enligt 8 § första stycket eller 10 § första stycket, ska inte dömas till ansvar om det är uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot barnet med hänsyn till den ringa skillnaden i ålder och utveckling mellan den som har begått gärningen och barnet samt omständigheterna i övrigt.

Detsamma gäller den som har begått en gärning enligt 10 a § om den har syftat till en sådan gärning som anges i första stycket och som, om den hade fullbordats, enligt vad som anges där uppenbarligen inte skulle ha inneburit något övergrepp mot barnet.”

### **3.3 Förarbeten**

Inför revideringen av 6 kapitlet brottsbalken skedde ett massivt utredningsarbete som pågick under flera år. För att kunna tolka lagtexten krävs en förståelse för vad lagstiftaren hade för intention med införandet av de nya bestämmelserna. Därför kommer nedan en redogörelse för de två förarbeten som haft störst påverkan på lagtexten och där lagstiftarens vilja kommit till uttryck.

#### **3.3.1 SOU 2001:14**

År 1998 tillsattes en kommitté (sexualbrottskommittén) med uppdrag att göra en översyn av bestämmelserna om sexualbrott samt vissa angränsande frågor. Arbetet skulle avse såväl det materiella innehållet som systematik, lagteknik och språk. Dessutom fick kommittén klara direktiv att göra en praxisundersökning samt att komma fram till en lösning som innebar att våldtäktsbegreppet omfattar sexuella övergrepp mot små barn även i de fall tvång inte föregått det sexuella övergreppet.<sup>37</sup> Nedan kommer att redovisas några av de viktigaste slutsatser som kommittén kom fram till.

##### *3.3.1.1 Lagstiftningen om sexualbrott bör vara tydligare*

En av de viktigaste slutsatser som sexualbrottskommittén drog var att lagstiftningen om sexualbrott måste bli tydligare. Avsikten med en kriminalisering av sexuella övergrepp är naturligtvis i första hand att motverka brott, men eftersom lagstiftningen också har den viktiga uppgiften att påverka människors värderingar, menar kommittén att lagstiftningen också är ett starkt ställningstagande. Detta ställningstagande får dock tolkas som att det enbart berör ungdomars sexualvanor, eftersom de även påpekar att varje människa efter att de fyllt 15 år i princip själv bestämmer över sin sexualitet så länge det sexuella umgänget bygger på frivillighet.<sup>38</sup> Lagstiftningen kring sexualbrotten får alltså tolkas som att den skall påverka ungas attityder i den riktningen att de avstår från sin sexuella debut innan 15 års ålder. Problematiskt blir det dock när kommittén i nästa stycke konstaterar att ungdomar måste ha

---

<sup>37</sup> SOU 2001:14 s. 41

<sup>38</sup> SOU 2001:14 s. 109



rätt till sin egen sexuella lust och det är viktigt att inte skuldbelägga den. Lagstiftningen bör därför inte hindra ungdomar från att upptäcka och utveckla sin sexualitet. Principen att den som har fyllt 15 år har rätt att bestämma över sin sexualitet kan dock inte råda fyllt ut eftersom ungdomar mognar i olika takt.<sup>39</sup>

Här konstateras en paradox i kommitténs uttalande. Det är av vikt att vi har en tydlig och klar lagstiftning, samtidigt som vi måste ta hänsyn till att alla barn har olika mognadsnivå. Alla som inte fyllt 18 år är barn i barnkonventionens mening, vilket innebär att lagstiftaren alltid måste tillse deras intressen och särskilda behov. Detta leder till ett problem då en fix åldersgräns är nödvändig för en tydlig och rättssäker lagstiftning, medan den enskildes mognadsnivå och skyddsintresse kan variera så att även ungdomar över 15 år behöver ett förstärkt skydd. Att vi behöver ha en fortsatt fix åldersgräns för en tydlig lagstiftning konstateras dock.<sup>40</sup>

### *3.3.1.2 15 år bör även fortsatt vara gränsen för sexuell bestämmanderätt*

Kommittén börjar med att konstatera att åldersgränsen för den sexuella bestämmanderätten funnits mycket länge. För flickor har den gällt sedan 1864 och för pojkar sedan 1937. Dessutom har våra nordiska grannländer också åldersgränser som stämmer väl överens med vår.<sup>41</sup> Detta anses vara ett argument för att behålla 15 årsgränsen.

Det konstateras vidare att barn idag utvecklas snabbare och blir mognare tidigare än för 100 år sedan. Som exempel nämns att det skett en dramatisk sänkning av den ålder då flickor får sin första mens. Även pojkars pubertet inträffar tidigare och tidigare.<sup>42</sup> Detta talar enligt kommittén för en sänkning av åldersgränsen.

Kommittén finner dock ett flertal skäl mot en sänkning av åldersgränsen. Bland annat konstateras att ungdomar idag på grund av bostads- och arbetsmarknaden bor kvar längre hemma och är mer beroende av föräldrarna för sin försörjning än tidiga-

---

<sup>39</sup> SOU 2001:14 s. 109

<sup>40</sup> SOU 2001:14 s. 110

<sup>41</sup> I Finland och Norge får ungdomar sin sexuella självbestämmanderätt vid 16 års ålder, i Danmark vid 15 år och på Island när de fyller 14 år.

<sup>42</sup> SOU 2001:14 s. 112 som hänvisar till P.O. Lundberg (Red.) Sexologi, 1994 s. 31 och 32.

re. Deras sociala och psykiska mognad överensstämmer alltså inte med den fysiska mognaden.

Vidare menar kommittén att åldersgränsen kan utgöra ett stöd för ungdomar som inte vill medverka i sexuella aktiviteter och en sänkning av åldersgränsen skulle kunna påverka ungdomars normer på ett icke önskvärt sätt. Dessutom har undersökningar visat att medianåldern för när första samlaget äger rum för både pojkar och flickor är 16 år vilket väl motsvarar åldersgränsen.<sup>43</sup> Det är dock viktigt att komma ihåg att denna siffra enbart talar om när det första samlaget sker och inte när ungdomarna börjar utforska sin sexualitet med en partner. Våldtäkt mot barn innefattar också handlingar som kan jämföras med samlag.

Även en höjning av åldersgränsen diskuteras, mot bakgrund av Sveriges förpliktelser enligt barnkonventionen, men eftersom konventionsstaterna har getts friheten att själva ge barn ansvar med stigande ålder och mognad, anses inte barnkonventionen utgöra ett hinder mot att bibehålla en 15 årsgräns.<sup>44</sup>

### *3.3.1.3. Varför särreglera brott mot barn och brott mot vuxna?*

Kommittén anser att en anledning till att särreglera brott som begås mot barn och brott som begås mot vuxna är att den sexuella självbestämmanderätten inträder vid 15 års ålder. Våldtäktsparagrafen kräver att den utsatte på något sätt har förmåga till ett viljeuttryck och därmed förmåga att visa fysiskt eller psykiskt motstånd. När det gäller barn är det dock främmande att ens laborera med begrepp som frivillighet och samtycke. Enligt kommittén är varje sexuellt umgänge med ett barn ett angrepp på barnets personliga och sexuella integritet.<sup>45</sup> Dock diskuterar kommittén inte ens det faktum att det kan skilja mycket mellan olika ungdomar i mognadsnivå vilket påverkar huruvida det kan ses som ett angrepp mot den personliga och sexuella integriteten.

Enligt kommittén är den främsta anledningen till att skilja på våldtäkt mot vuxna och våldtäkt mot barn att tillämpningen av den gamla våldtäktsparagrafen ibland

---

<sup>43</sup> SOU 2001:14 s. 112

<sup>44</sup> SOU 2001:14 s. 113

<sup>45</sup> SOU 2001:14 s. 113

ledde till att orimligt fokus lades på om barnet deltagit frivilligt i den sexuella aktiviteten och vilket motstånd barnet bjudit.<sup>46</sup> Kommittén utförde också en praxisundersökning där slutsatsen drogs att rättsliga bedömningar som tillmäter tvånget stor betydelse uppfattas som olämpliga eller direkt orättvisa. Ofta krävs inget tvång i de fall barn blir utsatta för sexuella övergrepp och om tvång skett består det i att gärningsmannen legat på offret och på det sättet betvingat honom eller henne.<sup>47</sup>

Redan 1995 föreslog kvinnovåldskommissionen att det skulle införas en bestämmelse där alla sexuella övergrepp mot barn skulle klassificeras som våldtäkt mot barn. Detta ansågs dock vara en alltför omfattande bestämmelse eftersom handlingar som inte kunde betraktas som så straffvärda skulle betraktas som våldtäkt, såsom exempelvis när två tonåringar, varav den ena är straffmyndig, har sexuell umgänge med varandra.<sup>48</sup>

Kommittén ansåg dock att det faktum att det sällan förekommer tvång vid sexuella övergrepp mot barn vägde tyngre än argumentet om att alla handlingar inte kan anses vara tillräckligt straffvärda och bestämmelsen om våldtäkt mot barn bör därför inte innehålla något krav på tvång. En ny straffbestämmelse, *sexuellt övergrepp mot barn*, innefattande mindre allvarliga sexualbrott mot barn bör införas för att fånga upp de sexuella övergrepp som inte är så straffvärda att de bör bestraffas som våldtäkt mot barn.<sup>49</sup> Straffvärdet skall prövas utifrån allvaret i det sexuella övergreppet, hur lång tid övergreppet pågått och förhållandet mellan offer och gärningsman.<sup>50</sup> Ungdomars frivilliga sexuella förbindelser skall redan på den grunden att det inte kan anses vara en allvarlig kränkning falla utanför våldtäktsparagrafens tillämpningsområde och istället falla in under *sexuellt övergrepp mot barn*.<sup>51</sup> Här anser jag att kommittén är något oklar och motsägelsefull eftersom den även anser att det inte går att laborera med frivillighet vad gäller ungdomar under 15 år

---

<sup>46</sup> Se t.ex. NJA 1993 s. 310 och NJA 1993 s. 616 där hovrätt och Högsta domstol gjorde helt olika bedömningar om vilket tvång som krävs för att övergreppet skall rubriceras såsom våldtäkt respektive grov våldtäkt.

<sup>47</sup> SOU 2001:14 s. 117 Se även Rädda barnens studie, 101 pojkar från 1998

<sup>48</sup> Prop. 1997/98:55 s. 92 f.

<sup>49</sup> SOU 2001:14 s. 277

<sup>50</sup> SOU 2001:14 s. 265 f.

<sup>51</sup> SOU 2001:14 s. 271

### 3.3.2 Proposition 2004/05:45 En ny sexualbrottslagstiftning

I propositionen får lagstiftaren möjligheten att förklara vilka överväganden som gjorts inför införandet av en ny lag eller inför de lagändringar som sker. Därför är det av vikt, vid oklarheter i en paragraf, att ta hänsyn till vad som uttrycks i propositionen. Det är i propositionen som förslag till den nya lagen läggs fram och det är i den som lagstiftaren förklarar hur lagtexten skall tolkas utifall lagen sedan antas. Därför kommer jag nedan att redogöra för de överväganden som lagstiftaren gjort vid införandet av 2005 års sexualbrottslag för att senare kunna avgöra om domstolarna följt lagstiftarens vilja eller om de valt att tolka lagtexten i strid med denna.

#### 3.3.2.1 Syftet med lagändringen och allmänna utgångspunkter

Förslagen i propositionen syftar till att öka skyddet mot sexuella kränkningar och förstärka den sexuella integriteten och självbestämmanderätten, samt att specifikt förstärka skyddet för barn och ungdomar mot att utnyttjas i sexuella sammanhang och särskilt markera allvaret i sexualbrott som riktar sig mot barn.<sup>52</sup>

Det är en av samhällets grundläggande uppgifter att skydda både barn och vuxna mot alla former av sexuella kränkningar eftersom dessa är ett extremt uttryck för bristande respekt för en annan människas personliga och sexuella integritet.<sup>53</sup> Syftet med kriminaliseringen av sexuella övergrepp är att motverka förekomsten av dessa. Avsikten är vidare att försöka påverka människors värderingar genom att sprida insikten om att sexuella övergrepp är skadliga och kränkande gärningar som måste bekämpas.<sup>54</sup> Detta får dock inte förstås så att det finns en samhällelig önskan om att påverka människors sexualliv; i alla fall inte efter att de uppnått 15 års ålder.

Ett huvudsyfte med reglerna om sexualbrott är att skydda barn och ungdomar mot att bli utsatta för sexuella övergrepp. Det krävs därför ett absolut skydd för barn under 15 år mot att bli utsatta för alla former av sexuella handlingar. Det måste också markeras att det alltid är en kränkning när ett barn deltar i en sexuell handling och regeringen anser i likhet med sexualbrottskommittén att ett barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar.

---

<sup>52</sup> Prop. 2004/05:45 s. 1 och s. 21

<sup>53</sup> Prop. 2004/05:45 s. 19

<sup>54</sup> Prop. 2004/05:45 s. 1

På grund av barnens särskilda skyddsvärdhet och att de inte kan samtycka till att ha en sexuell relation anser regeringen liksom sexualbrottskommittén att sexualbrotten mot barn skall särskiljas från sexualbrotten mot vuxna. Detta leder till flera fördelar då en särreglering till exempel ökar kravet på särskild kunskap och lämplighet hos barnutredare inom polisen. Vidare ökar också möjligheten att vidta förebyggande åtgärder.<sup>55</sup>

Eftersom bestämmelserna i 6 kapitlet BrB behandlar ämnen som berör de allra flesta människor på ett djupt personligt plan, anser regeringen att det är av vikt att bestämmelserna fortlöpande blir föremål för diskussion och utveckling. Det finns skäl att kontinuerligt följa utvecklingen på området för att vara uppmärksam på om tillämpningen av lagstiftningen står i överensstämmelse med dess syfte. Om lagstiftningen brister i effektivitet eller att det visar sig att det saknas skydd på områden där ett sådant behövs skall lagstiftaren tillse att detta åtgärdas.<sup>56</sup>

### *3.3.2.2 Våldtäkt mot barn*

Forskare inom området sexuella övergrepp mot barn kritiserade ofta konsekvenserna av att våldtäkt mot barn, enligt tidigare lagstiftning skulle bedömas enligt samma regler som våldtäkt mot vuxna. Det har bland annat ifrågasatts vilken vikt som kan läggas vid ett uttalande från ett äldre eller mer moget barn om att denne deltog frivilligt i den sexuella handlingen. Liksom i sexualbrottskommitténs utredning anser lagstiftaren att det förefaller främmande att ens laborera med begrepp såsom samtycke och frivillighet när det gäller sexuella övergrepp mot barn. Detta var en starkt bidragande faktor till att lagstiftaren beslutade att införa en speciell paragraf som fångar upp fallen av våldtäkt mot barn. Dessutom hade praxis ibland lett till orimliga resultat eftersom domstolarna prövat huruvida barnet själv medverkade till att våldtäkten skedde och i vilken utsträckning. Att ens tillmäta barnets beteende någon betydelse ansågs i den juridiska debatten helt orimligt eftersom praxis och forskning på området sexuella övergrepp visat att det vid övergrepp mot barn sällan krävs något fysiskt våld eller annat tvång utan det maktövertag som den vuxne har gentemot barnet är tillräckligt för att barnet skall övertalas att utföra handlingar som inte är

---

<sup>55</sup> Prop. 2004/05:45 s. 22 f.

<sup>56</sup> Prop. 2004/2005:45 s. 24 f.

önskvärda från barnets sida.<sup>57</sup> Det maktmissbruk och den hänsynslöshet som gärningsmannen visar kan enligt regeringen likställas med det våld som förutsattes enligt den gamla våldtäktsbestämmelsen.<sup>58</sup> I de fall något tvång visats har det ofta varit att gärningsmannen på något sätt fysiskt hållit fast sitt offer.<sup>59</sup> Den tidigare lagstiftningen ledde till oklar praxis angående vilken grad av våld som minst skulle krävas för att en gärning skulle bedömas som våldtäkt. Detta hade kritiserats i justitieutskottets betänkande och de påpekade också att vad som kan anses vara våld mot vuxna och våld mot barn är av helt olika karaktär. Utskottet efterlyser därför en lagstiftning där fler fall av sexuella övergrepp mot barn faller in under paragrafens tillämpningsområde.<sup>60</sup>

Konsekvensen av det ovan anförda innebar inte enbart att lagstiftaren beslöt att särreglera våldtäkt mot barn och våldtäkt mot vuxna utan också att kravet på tvång slopades helt och hållet i den nya paragrafen rörande våldtäkt mot barn. Enbart det faktum att en gärningsman som är äldre än 15 år har samlag eller genomfört en handling som med hänsyn till kränkningens art är att likställa med samlag, med någon som är under 15 år skall medföra straffansvar för våldtäkt mot barn.

Flertalet remissinstanser instämde med regeringen att kravet på tvång borde slopas medan några ansåg att det inte språkligt sett finns täckning för att använda begreppet *våldtäkt mot barn* i och med att något krav på våld eller hot inte använts.<sup>61</sup> Bland annat menar Sveriges advokatsamfund att det är tveksamt att brottsbenämningen omfattar gärningar som inte alls speglas av benämningen. Våldtäkt mot barn kommer att omfatta gärningar som inte behöver innefatta något moment av våld. Sveriges advokatsamfund anför då bland annat att:

*” Uppenbart blir det i fråga om beteckningen våldtäkt mot barn, som kommer att omfatta gärningar som kan vara helt frivilliga från de inblandade. Som exempel kan anges en femtonårig flicka som har samlag med sin fjortonårige pojkvän. Gärningen uppfyller rekvisiten för våldtäkt mot barn med ett straffminimum för normalgraden av brottet på två års fängelse-*

---

<sup>57</sup> Prop. 2004/05:45 s. 69

<sup>58</sup> Prop. 2004/05:45 s. 69

<sup>59</sup> Prop. 2004/05:45 s. 68 f.

<sup>60</sup> 1994/95:JuU24 s. 7

<sup>61</sup> Prop. 2004/05:45 s. 69

*se. En annan sak är att det i förslaget intagits en ansvarsfrihetsregel (se 13 §) som innebär en möjlighet att inte döma till ansvar i de s.k. tonårsfallen. Den bestämmelsen skall dock tillämpas restriktivt och förtar inte den grundläggande invändningen att brottsbenämningen inte speglar de gärningar som omfattas av bestämmelsen och inte heller att misstanke, förundersökning och eventuell rättegång kommer att avse våldtäkt mot barn.”<sup>62</sup>*

Ytterligare en farhåga som Sveriges advokatsamfund har är att det generella straffvärdet sjunker för gärningar som rubriceras som våldtäkt eftersom fler och fler gärningar faller in i brottsrubricering. Straffvärdet kommer, för de flesta gärningar att ligga i den nedre delen av straffskalan vilket medför att normalstraffet för våldtäkt kommer att närma sig straffminimum.<sup>63</sup>

Denna kritik diskuteras kort av lagstiftaren som avfärdar argumentet med att våldtäkt reserverats för de allvarligaste sexualbrotten och det är avsikten att det skall vara så i fortsättningen också. Med det uttrycket markeras att lagstiftaren ser allvarligt på gärningen och därför föreligger ”tillräckliga skäl” att använda begreppet våldtäkt även för de fall där något tvång inte använts.<sup>64</sup> Det klargör också att ett barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar och diskussionerna i domstol kring huruvida barnet medverkat till den sexuella handlingen kommer att upphöra. Lagstiftaren anser också att den nya lagtexten delvis kommer att komma tillrätta med problemen med beviskrav och den rättsliga bedömningen som förekom tidigare.

Trots att det är flera bra argument lagstiftaren för fram för varför uttrycket våldtäkt mot barn bör användas som ny brottsrubricering, anser till och med denne att det enbart föreligger tillräckliga skäl, vilket tyder på att även lagstiftaren anser det komplicerat. Enligt mig diskuteras därför detta problem alltför lite i propositionen. Det är ett reellt problem om uttrycket våldtäkt urvattnas så att innebörden i begreppet inte längre korrelerar med ”det allmänna rättsmedvetandet”. Frivilliga sexuella förbindelser kan aldrig i min mening jämföras med ett påtvingat samlag. Detta anser jag vara ett stort problem, eftersom det skulle kunna leda till en rädsla att använda

---

<sup>62</sup> Sveriges advokatsamfunds remissvar, R 2003/1308 s. 3

<sup>63</sup> Sveriges advokatsamfund i remissvar, R 2003/1308 s. 3

<sup>64</sup> Prop. 2004/05:45 s. 69

begreppet och en risk att det inte längre ses som lika allvarligt att bli utsatt för en våldtäkt.

Till skillnad från kommittén diskuterar inte lagstiftaren den redan fastslagna gränsen på 15 år för sexuell självbestämmanderätt. Inte heller anser lagstiftaren att ett frivilligt samlag mellan två ungdomar hamnar utanför 4 § tillämpningsområde, vilket kommittén gjorde. Även ett samlag mellan en 14 åring och en 15 åring som båda samtyckt till handlingen skall bedömas som våldtäkt mot barn. Detta medför dock, enligt lagstiftaren att det finns skäl att reglera de mindre allvarliga fallen av våldtäkt mot barn i en särskild paragraf *sexuellt utnyttjande av barn* med en mindre sträng straffskala.<sup>65</sup> En sexuell handling som bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet där den unge närmar sig åldern för sexuell bestämmanderätt skall alltså dömas enligt den mindre stränga paragrafen sexuellt utnyttjande av barn. I vissa fall kommer dessutom gärningsmannen då att gå helt fri från ansvar på grund av ansvarsfrihetsregeln i 6 kapitlet 14 §.

### 3.3.2.3 Sexuellt utnyttjande av barn

Huruvida det bör finnas en möjlighet för domstol ett döma för ett våldtäktsbrott enligt en mindre sträng straffskala diskuterades i propositionen. Flertalet remissinstanser<sup>66</sup> och även sexualbrottskommittén ansåg detta inte möjligt eftersom en kränkning mot ett barn alltid måste ses som allvarligare än en kränkning mot en vuxen. Att då ens diskutera om brottet skulle kunna ses som mindre allvarligt ansågs inte tänkbart.

Den nya bestämmelsen om våldtäkt mot barn kom i sin lydelse att omfatta fall då två ungdomar, varav den ene är strax under och den andre strax över 15 år har samlag med varandra. Vidare anser regeringen att det finns andra scenarion där handlandet inte kan anses så klandervärt att det förtjänar ett minsta straff om två års fängelse. Som exempel nämns det fall att en 29-åring har samlag med någon som är 14 år och 11 månader och handlandet hade varit straffritt en månad senare. Om det dessutom är fråga om en tonåring som utvecklat sin sexualitet och har en sexuell relation med en vuxen vilken bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet,

---

<sup>65</sup> Prop. 2004/05:45 s. 71 f.

<sup>66</sup> Bland annat RFSU, ECPAT Sverige och Brottsoffermyndigheten



bör det finnas ett alternativ till rubriceringen våldtäkt mot barn.<sup>67</sup> Det anses också, liksom *Sveriges advokatsamfund* anført, missvisande och olämpligt att sådana handlingar rubriceras som våldtäkt mot barn.

För sexuellt utnyttjande av barn skall alltså den dömas som begått en våldtäkt mot barn men där omständigheterna vid brottet är att anse som mindre allvarliga. Avsikten är dock att bestämmelsen skall tillämpas med restriktivitet.<sup>68</sup>

Någon ytterligare diskussion om gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn förs inte i propositionen vilket tyder på att man lämnar det åt praxis att dra den gränsen. Att inte vara mer specifik i propositionen kan vara en fara för rätts säkerheten eftersom det är mycket svårt att förutse vilka handlingar som skall dömas såsom våldtäkt mot barn och vilka som istället faller in under bestämmelsen sexuellt utnyttjande av barn.

#### 3.3.2.4 Ansvarsfrihetsregeln

Samtliga brott i 6 kapitlet BrB faller under allmänt åtal. Innan lagändringen 2005 fanns en åtalsbegränsningsregel. Denna innebar att åklagaren fick väcka åtal endast om det var påkallat ur allmän synpunkt om; vid sexuellt utnyttjande av underårig, skillnaden i ålder och utveckling mellan den som har begått gärningen och barnet var ringa. Bestämmelsen var begränsad till fall där det var fråga om handlingar mellan två tonåringar som skiljde sig obetydligt i ålder och utveckling.<sup>69</sup>

Sexualbrottskommittén ansåg att motsvarande bestämmelse skulle finnas kvar i ett reviderat 6 kapitel BrB. Regeringen höll med men ansåg att det var en nackdel att domstolen inte kunde göra någon annan bedömning i de fall åklagaren valt att väcka åtal och därför beslöts att det skulle införas en ansvarsfrihetsregel i stället.<sup>70</sup> Detta innebär i praktiken att åklagaren inte skall väcka åtal i de fall vissa omständigheter är för handen men om åtal ändå väcks har domstolen möjlighet att ogilla åtalet på den grund att gärningen inte bör föranleda något ansvar.

---

<sup>67</sup> Prop. 2004/05:45 s. 77

<sup>68</sup> Prop. 2004/05:45 s. 77

<sup>69</sup> Prop. 2004/05:45 s. 115

<sup>70</sup> Prop. 2004/05:45 s. 115

Ansvarsfrihetsregeln skall inte vara tillämplig på fall som bedöms som våldtäkt mot barn utan det är först om det föreligger förmildrande omständigheter så att brottet skall bedömas som sexuellt utnyttjande av barn som ansvarsfrihetsregeln aktualiseras.

För att ett handlande skall vara straffritt enligt ansvarsfrihetsregeln bör det vara uppenbart att något övergrepp mot den underårige inte skett. Alla fall där något otillbörligt medel använts är uteslutna. Det bör också vara en ringa åldersskillnad mellan offer och förövare och förövaren bör endast ha kommit obetydligt längre i sin mognad. Vidare skall även hänsyn tas till omständigheterna i övrigt, i första hand parternas relation till varandra och omständigheterna under vilka den sexuella handlingen företogs. Bestämmelsen bör tillämpas med stor försiktighet och det bör främst gälla fall där parterna har en helt frivillig relation och skillnaden i ålder och mognad är ringa.<sup>71</sup>

### ***3.4 Internationell rätt***

Eftersom Sverige valt att tillträda ett stort antal internationella konventioner, måste även dessa beaktas vid en analys av den svenska lagstiftningen. Av dessa är FN:s konvention om barns rättigheter, även kallad barnkonventionen tillsammans med EU:s rambeslut om bekämpandet av sexuellt utnyttjande av barn och barnpornografi<sup>72</sup> de dokument som haft mest inflytande över den nya sexualbrottslagstiftningen.

#### **3.4.1 Barnkonventionen**

För skyddet av de mänskliga rättigheterna innebar barnkonventionen ett viktigt tillskott när den upprättades. För första gången samlades de rättigheter som tillkommer alla barn och ungdomar upp till 18 år i ett folkrättsligt dokument. Nästan alla världens länder har tillträtt konventionen och Sverige tillträdde den som ett av de första länderna den 21 juni 1990.<sup>73</sup>

Barnkonventionen inkluderar alla typer av mänskliga rättigheter varav alla är lika viktiga. Konventionen bygger på fyra grundläggande principer:

---

<sup>71</sup> Prop. 2004/05:45 s. 116

<sup>72</sup> Rambeslut EGT C 62 E, 27.2.2001, s. 237

<sup>73</sup> Se Prop. 1989/90:107 och Bet. 1998/90 SoU28

- Att varje barn, utan åtskillnad har rätt att få del av sina rättigheter,
- Att barnets bästa skall komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn,
- Att barnets rätt till överlevnad och utveckling skall säkerställas och
- Att barnet har rätt att komma till tals vid alla åtgärder som rör barnet.<sup>74</sup>

I barnkonventionens artikel 34 stadgas barns rätt att bli skyddade mot alla former av sexuellt utnyttjande och sexuella övergrepp. Bland annat skall alla konventionsstaterna särskilt vidta alla lämpliga nationella, bilaterala och multilaterala åtgärder för att förhindra att ett barn förmås eller tvingas delta i en olaglig sexuell handling. Denna artikel var en av anledningarna till att det ansågs behövas en reviderad sexualbrottslagstiftning.<sup>75</sup>

### **3.4.2 EU:s rambeslut om bekämpandet av sexuellt utnyttjade av barn och barnpornografi**

Den 22 januari 2001 lade Europeiska kommissionen fram ett förslag till åtgärder för att bekämpa sexuellt utnyttjande av barn och barnpornografi. Den 22 december 2003 antog Sverige formellt rambeslutet<sup>76</sup> vilket innebär att Sverige inom 2 år måste genomföra rambeslutets bestämmelser. Den nya sexualbrottslagstiftningen var ett led i detta genomförande.

I artikel 1 anges att med *barn* avses varje person som är yngre än 18 år. Den artikel som är av intresse i detta arbete är rambeslutets artikel 2 som anger att varje medlemsstat skall vidta nödvändiga åtgärder för att straffbelägga handlingen att ägna sig åt sexuella aktiviteter med ett barn om:

- Tvång, våld eller hot brukas,
- Pengar eller andra former av betalning eller ersättning lämnas som betalning för barnets sexuella aktivitet eller
- Missbruk av en erkänd förtroendeställning eller av makt eller inflytande över barnet förekommer.

---

<sup>74</sup> Prop. 2004/05:45 s. 26

<sup>75</sup> Prop. 2004/05:45 s. 26

<sup>76</sup> EUT L 13, 20.1.2004, s. 44

Vidare åläggs medlemsstaterna att kriminalisera även medhjälp och anstiftan till dessa brott samt att vidta åtgärder för att straffbelägga försök till ovan nämnda brott.

## 4. Den praktiska innebörden av lagstiftningen

Här skall kortfattat göras en sammanfattning den praktiska innebörden av bestämmelserna om våldtäkt mot barn, sexuellt utnyttjande av barn samt ansvarsfrihetsregeln. För att förstå hur dessa bestämmelser skall tillämpas är det av vikt att göra ett försök till en gränsdragning mellan bestämmelserna.

För att kunna göra en värdering av hur en viss gärning skall bedömas är det dock viktigt att först börja med 4 § våldtäkt mot barn. Är inte den bestämmelsen tillämplig, kan inte heller 5 § sexuellt utnyttjande av barn vara det. Efter att det konstaterats att en gärning kan bedömas som våldtäkt mot barn görs en bedömning av huruvida den kan anses såsom mindre allvarlig och därmed bedömas som sexuellt utnyttjande av barn. Det är först om gärningen kan anses som mindre allvarlig som det är möjligt att diskutera huruvida det kan föreligga grund för ansvarsfrihet.

### 4.1 Våldtäkt mot barn

För att bestämmelsen våldtäkt mot barn skall bli tillämplig ska vissa rekvisit uppfyllas. Offret får vid gärningstillfället inte ha fyllt 15 år och den straffbelagda handlingen består antingen i att:

- Ha samlag med ett barn under 15 år eller
- Med ett sådant barn genomför en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag.

Den första punkten lämnar inga direkta oklarheter. Så länge den ena parten är under 15 år är det olagligt att ha samlag med honom eller henne. Detta är ett absolut förbud, eftersom det inte ställs några krav på att barnet skall ha tvingats till den sexuella handlingen genom våld eller hot.<sup>77</sup>

Den andra punkten kan behöva en närmare förklaring. För det första vill lagstiftaren markera att det är oviktigt vem som tog initiativ till den sexuella handlingen genom att använda ordet genomför. Vilka handlingar som skall inkluderas kan diskuteras.

---

<sup>77</sup> Dahlström, Nilsson och Westerlund, *Brott och påföljder*, 2008 s. 158

Det är handlingar som medför en kränkning som kan jämföras med den kränkning som ett påtvingat samlag ger uppkomst till. Det är således kränkningens art och inte den sexuella handlingen i sig som skall vara avgörande.<sup>78</sup>

För att dömas till ansvar enligt denna paragraf krävs det uppsåt beträffande alla objektiva rekvisit förutom till offrets ålder. Enligt 13 § föreligger ansvar för den som inte insåg men hade skälig anledning att anta att den andra inte uppnått 15 års ålder. Detta får dock anses innefatta krav på en tämligen hög grad av oaktsamhet. Till ansvar skall inte dömas om barnet hade en kroppsutveckling som normalt förekommer avsevärt över åldersgränsen och omständigheterna i övrigt inte gav gärningsmannen anledning att vara på sin vakt. Vid bestämmelsens tillkomst underströk både Lagrådet och departementschefen att regeln måste tillämpas med stor försiktighet.<sup>79</sup>

I andra stycket regleras de fall när offret är mellan 15-18 år men står under gärningsmannens fostran. Eftersom denna del är irrelevant för mitt arbete, kommer jag inte närmare beröra innebörden av andra stycket.

#### ***4.2 Sexuellt utnyttjande av barn***

Om den gärning som begåtts är att anse såsom mindre allvarlig skall istället för 4 §, 5 § tillämpas. För att detta skall ske måste dock ett antal förutsättningar vara uppfyllda.

En förutsättning är för det första att det inte förekommit någon form av tvång eller otillbörlig påverkan. Barnet måste ha samtyckt till den sexuella handlingen och den skall ha skett genom fullständig ömsesidighet och frivillighet.

Om barnet har samtyckt till den sexuella handlingen skall domstolen vid en bedömning om huruvida 5 § kan bli tillämplig ta ställning till huruvida offret, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt har haft förutsättning att bedöma

---

<sup>78</sup> Detta kan innefatta förutom vaginala samlag även orala och anala samlag samt att gärningsmannen för in föremål, en knytnäve eller fingrar i offrets underliv eller föra in fingrar eller föremål i anus på en person. Se Prop. 2004/05:45 s. 46 eller Dahlström, Nilsson och Westerlund, 2008 s. 151 Däremot anses inte att kortvarigt vidröra någons analöppning och pung vara en handling att jämföras med samlag, se NJA 2006 s. 221.

<sup>79</sup> Holmkvist, L, Leijonhufvud, M, Träskman, P O och Wennberg S, *Brottsbalken - en kommentar*, 2005 s. 6:58

situationen. Detta borde förstås så att om offret exempelvis var berusad eller påverkad på annat sätt vid gärningstillfället skall dennes inte ha förmågan att lämna ett giltigt samtycke. Ytterligare en förutsättning torde vara att offret är mycket nära 15 årsgränsen. Vad som skall anses vara nära är oklart men 5 § torde inte kunna bli tillämplig i de fall barnet är betydligt yngre än 15 år.<sup>80</sup>

### ***4.3 Ansvarsfrihetsregeln***

Liksom 5 § skall ansvarsfrihetsregeln i 14 § tillämpas mycket restriktivt. För att det skall vara möjligt att gå fri från ansvar skall även här vissa förutsättningar vara uppfyllda.

För det första skall det vara uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp på barnet. I och med detta utesluts alla fall där barnet inte är mycket nära 15 årsgränsen.<sup>81</sup> Dessutom utesluts alla fall där någon form av otillbörligt medel har använts som påtryckningsmedel.

För det andra skall det vara en obetydlig skillnad i ålder och mognad mellan parterna. Ett typiskt fall som omfattas av paragrafen är när en 14-åring och en 16-åring som har en nära och god relation till varandra deltar i en ömsesidig och helt frivillig sexuell handling.

För det tredje skall hänsyn tas till omständigheterna i övrigt såsom vilken relation offer och gärningsman har till varandra. Det krävs också att barnet har deltagit i den sexuella handlingen frivilligt.

---

<sup>80</sup> Holmkvist, L, Leijonhufvud, M, Träskman, P O och Wennberg S, 2005 s. 6:31

<sup>81</sup> Dahlström, Nilsson och Westerlund, 2008 s. 172

## 5 Offer för brott

Eftersom ett av huvudsyftena med att förändra sexualbrottslagen var att specifikt förstärka skyddet för barn och ungdomar mot att utsättas för sexuella övergrepp är det av vikt att diskutera hur det kan upplevas att bli ett offer för sexuella övergrepp, men också vilka konsekvenser det kan få om du själv inte upplever dig som ett offer.

### 5.1 Viktimologi

Viktimologi betyder läran om offer och kan som disciplin beskrivas på flera olika sätt. I den definition som presenterats av the World Society of Victimology beskrivs den som; ”det vetenskapliga studiet av omfattningen, karaktären och orsakerna till viktimisering, dess konsekvenser för de berörda parterna och samhällets reaktioner, i synnerhet polisens och rättssystemets såväl som frivilligarbetares och professionellas”.<sup>82</sup>

Idag finns det ingen allmänt accepterad definition av vem eller vilka som är att betrakta som brottsoffer och begreppet finns inte närmare definierat i lagstiftningen. Den strikt juridiska definitionen av ett brottsoffer är att det är den som är målsägande vid en rättegång. Enligt Rättegångsbalken 20 kapitlet 8 § är målsägande den mot vilken ett brott blivit begånget eller som blivit förnärmat av brottet eller som lidit skada av det.

I en deklARATION från Förenta Nationerna (FN) om brottsoffers grundläggande rättigheter definieras brottsoffer som en person som lidit fysisk eller psykisk skada, ekonomisk förlust eller påtaglig försämring av sina grundläggande rättigheter genom handling eller underlåtenhet som strider mot landets straffrättsliga lagstiftning. En person kan anses som brottsoffer oavsett om gärningsmannen identifierats, gripits, åtalats eller dömts och oavsett familjerelation mellan gärningsman och offer. Även anhöriga och andra personer som lidit skada genom att ingripa för att undsätta offret eller för att förhindra brott samt offer för brottsbekämpning ingår i definitionen.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Wergens A, *Ett viktimologiskt forskningsprogram*, 2002 s. 21

<sup>83</sup> Lindgren, M, Pettersson, K-Å och Hägglund, B, *Brottsoffer- Från teori till praktik* 2001, s. 28



Andra definitioner av offer inkluderar inte enbart det omedelbara offret utan även familjen, lokalsamhället samt sekundära offer såsom vittnen till brott, poliser och andra yrkesgrupper som arbetar med brott och konsekvenser av brott.<sup>84</sup>

Det kan konstateras att det finns flera olika definitioner av vilka som är att betrakta såsom brottsoffer. Vissa mer generella, medan andra är mer begränsade. Till detta tillkommer att det förutom den juridiska definitionen även förekommer sociologiska och psykologiska definitioner där de senare till stor del inriktar sig på hur offret själv upplevde och tolkade situationen.

Av vikt vid en diskussion om offer är att komma ihåg att offerdefinitionen är beroende av politiska intressen. Heinz Leymann, som är pionjär inom den svenska viktinologin menar att det kan ligga i statens och i olika yrkesgruppers intresse att fokusera på vissa offerkategorier. Såsom exempel kan nämnas att våldtäktsoffren inte lyckades bli erkända som offer förrän de fick hjälp av en påtryckningsgrupp. Innan 1970-talet ansågs våld mot kvinnor vara en privat angelägenhet men i och med att kvinnorörelsen riktade uppmärksamheten mot mäns våld mot kvinnor, ledde det till ett erkännande av denna offergrupp.<sup>85</sup>

### **5.1.1 Det ideala offret**

Det finns en utbredd schablonbild av ett brottsoffer och denna uppfattning om hur ett brottsoffer ser ut i allmänhetens ögon kan ses som ett idealoffer. Detta idealoffer är ett oskyldigt och försvarslöst offer som inte har någon delaktighet i brottet. Som exempel kan nämnas att det i en undersökning om ungdomars attityder till våldtäkt framkom att den allmänna uppfattningen var att våldtäkt är fel och ett oacceptabelt beteende men en rad omständigheter kunde leda till att dessa handlingar omtolkades. Till dessa hörde exempelvis om tjejen (offret) inte sagt nej på rätt sätt, om tjejen var kär i killen efteråt, om tjejen kunde tolkas som ”hora” samt om tjejen inte mådde dåligt efteråt. Om händelsen inte uppfyllde dessa kriterier betraktades det inte som våldtäkt och offren betraktades därmed inte som offer.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> Lindgren, M, Pettersson, K-Å och Hägglund, B, 2001 s. 28 f.

<sup>85</sup> Lindgren, M, Pettersson, K-Å och Hägglund, B, 2001 s. 29 f.

<sup>86</sup> Lindgren, M, Pettersson, K-Å och Hägglund, B, 2001 s. 31 med hänvisning till Jeffner, (1998)

Kriminologen Nils Christie har beskrivit idealoffret som en äldre dam som, på väg för att hjälpa sin sjuka syster, blir rånad av en manlig narkotikamissbrukare. Det ideala offret har enligt Christie sex egenskaper<sup>87</sup>:

- Offret är svagt,
- Offret är involverat i en respektabel aktivitet,
- Offret är på väg till en plats som han eller hon inte kan förebrås för,
- Gärningsmannen är i förhållande till offret i överläge och kan beskrivas i negativa termer,
- Gärningsmannen är okänd för offret och har ingen relation till offret och
- Offret skall ha tillräckligt med inflytande för att kunna hävda sin offerstatus

Det kan konstateras att detta inte är beskrivningen av en tjej i unga tonåren som har ett frivilligt samlag med sina några år äldre partner.

### ***5.2 Konsekvenser av att inte definieras som offer***

Betraktas den utsatte inte som "offer" riskerar han eller hon att få ett sämre skydd eller inget skydd alls eftersom vederbörande faller utanför schablonbilden av brottsoffer. Det är först när den brottsutsatte fått status som tillhörande en "offergrupp" som denne kan få ekonomisk ersättning samt medicinsk, psykologisk och social behandling och rehabilitering. Att inte bli sedd som offer kan leda till att ett skuldbeläggande på offret sker och de känner sig udda och bemöts med skepsis. Speciellt om de själva inte känner igen sig som våldtäktsoffer.<sup>88</sup> Trots att det idag inte krävs att något tvång har skett, uppfattas våld som något nödvändigt för att ett brott skall rubriceras som våldtäkt. Ett övergrepp utan inslag av våld anses inte vara en våldtäkt.<sup>89</sup> Offren tas därför inte på allvar.

Bedömningen av ett offers skyddsvärdhet hos lagstiftare, polis och domare utgör en central faktor för ett brotts beivrande, lagföring och dömmande. I de fall offret inte anses skyddsvärdt blir utrymmet för att bevisprövningen påverkas av personliga och

---

<sup>87</sup> Christie, Nils, ur Åkerström och Sahlin (Red.), 2001, s 48-50

<sup>88</sup> Wendt, M, *Våldtäkt som demokratiproblem- Förändring och stabilitet i politik och debatt*, 2010 s. 147

<sup>89</sup> Wendt, M 2010 s. 144 f.

kulturella värderingar och attityder större. Bevisprövningen kommer då att fokusera mer på aktörerna istället för det faktiska handlandet.<sup>90</sup>

En konsekvens av att den brottsutsatte inte själv ser sig som ett offer är att brottet aldrig anmäls. För att ett brott skall komma till polisens kännedom krävs att den som är utsatt för ett brott själv definierar händelsen som något brottsligt och därför väljer att anmäla brottet.<sup>91</sup>

### ***5.3 Konsekvenser av att definieras som offer***

Det finns två olika sidor av problemet med definitioner av brottsoffer. I takt med att insikt nås om fler svaga grupper som har behov av skydd och därmed behov av att vara skyddsobjekt, behöver definitionen omvärderas och utvidgas. Å andra sidan hävdas det ibland att det finns en risk för att ämnet förlorar sin legitimitet när alltför många grupper inkluderas i begreppet. Om alla blir offer, blir ingen det, lyder argumentationen. Det finns en risk att begreppet kommer att urholkas alltför mycket.<sup>92</sup> Att bli definierad som offer kan verka stigmatiserande och offret ses som svag, passiv och skadad.<sup>93</sup> Något som kanske inte alls stämmer överens med offrets självbild och hur denne vill bli sedd.

Vidare har det hänt att den som fallit offer för ett brott blir utsatt för utfrysning av sin omgivning.<sup>94</sup> Speciellt om denne inte reagerar på det sätt som förväntas av ett offer. Det finns en uppenbar risk, vid fall där två tonåringar haft ett sexuellt umgänge, att den yngre blir utfrysad ifall fallet går till domstol eftersom det är enkelt för andra att utpeka denne såsom den vilkens fel det är att den andra parten råkar illa ut. Om den yngre inte ser sig själv som ett offer i dessa fall bli denne dubbelt utsatt. Både som utpekad offer med en förväntan att agera på ett visst sätt men också som den som förstör för gärningsmannen och därför blir utstött av allmänheten.

---

<sup>90</sup> Sutorius, H och Kaldal, A *Bevisprövning vid sexualbrott*, 2003 s. 205

<sup>91</sup> Ju 2004:1 s. 45

<sup>92</sup> Wergens, A, 2002 s. 15

<sup>93</sup> Andersson, B och Lundberg, M, Ur Åkerström och Sahlin (Red.) 2001 s. 79

<sup>94</sup> Se till exempel artikel i DN om hur en flicka mordhotades och blev utstött ur ett helt samhälle efter att hon anmält att hon blivit våldtagen av en pojke i hennes skola. Dagens Nyheter 2010-03-28 *Mordhotades efter våldtäkten*

## 6 Rättsfall

För att få en uppfattning om vilka konsekvenser en lagändring får i praktiken måste domar från våra domstolar granskas och analyseras. Jag kommer därför nedan att redogöra för ett antal rättsfall. Dels fyra rättsfall från Högsta domstolen, dels flertalet rättsfall från Hovrätterna. Även om de inblandades identiteter i flera av fallen är offentliga anser jag det inte vara min sak att namnge vare sig den tilltalade eller målsäganden och därför kommer jag konsekvent att benämna den tilltalade utifrån dennes initialer och målsäganden kommer helt enkelt att benämnas målsäganden. I anslutning till domarna kommer jag, i de fall jag anser det av intresse, att kommentera rättsfallet utifrån min synvinkel och tolkning av lagtexten.

### *6.1 Avgöranden i Högsta domstolen*

Eftersom den lagstiftning som bedöms i detta arbete är relativt ny har inte alltför många fall hamnat hos Högsta domstolen. Det finns dock fyra fall som är relevanta för bedömningen av hur den 2005 års sexualbrottslag tillämpats och därför kommer dessa fall beskrivas ingående.

#### **6.1.1 NJA 2006 s. 79 I**

##### **Tingsrätten**

Allmän åklagare väckte i tingsrätten åtal mot N.A. född 1979 för våldtäkt mot barn med gärningsbeskrivningen att N.A. i sitt hem, haft samlag med målsäganden som vid tiden för samlaget var 13 år och 10 månader. N.A. vitsordar de faktiska omständigheterna men anser att gärningen, med hänsyn till omständigheterna vid gärningstillfället samt de bakomliggande orsakerna bör bedömas som sexuellt utnyttjande av barn.

N.A. och målsäganden hade vid gärningstillfället känt varandra i ungefär ett år och deras bekantskap grundade sig i att målsäganden hade sin häst i N.A:s stall. Efter en tid började ett förhållande utvecklas mellan dem båda trots att N.A. hade både fru och barn. N.A. och målsäganden började planera för en framtid tillsammans och de diskuterade även en sexuell relation trots att N.A. visste att målsäganden endast var 13 år. Målsäganden var osäker på om hon ville ha en sexuell relation men då sa N.A. att han inte kunna lova att han inte skulle ha sex med sin fru istället. Målsä-

ganden som var förälskad i N.A. tyckte detta var jobbigt och genomförde sedermera ett samlag med N.A.

Tingsrätten börjar sina domskäl med att konstatera att huruvida samtycke fanns eller inte, saknar betydelse för om ett brott skall anses förövat eller inte. Frågan är om det ska bedömas som våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn. Tingsrätten konstaterar vidare att en gärning kan bedömas som sexuellt utnyttjande av barn i det fall det skett ett frivilligt samlag med en person som är strax under 15 år. I det här fallet har inget våld eller hot föregått samlaget, vilket i sig inte utesluter att gärningen kan bedömas som våldtäkt mot barn. Tingsrätten anser dock att N.A:s handlande ligger långt ifrån de fall som nämnts som en bakgrund till den nya bestämmelsen om våldtäkt mot barn. Tingsrätten fortsätter att fastslå att straffvärdet för N.A:s handlande är betydligt lägre än det för en våldtäkt i den betydelse som begreppet hade innan lagändringen 2005. Att målsäganden inte fyllt 14 år vid tidpunkten för samlaget torde inte utesluta att gärningen är att betrakta som ett sexuellt utnyttjande av barn, även om det är svårt att tänka sig att ett förhållande mellan en gift man och en trettonårig flicka kan bygga på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Trots detta anser tingsrätten att samlaget skett helt frivilligt även om N.A. kan ha påverkat målsäganden att gå med på en sexuell relation genom att hota med att ha samlag med sin fru istället.

Tingsrätten väljer på grund av det ovan anförda att döma N.A. för sexuellt utnyttjande av barn till fängelse i sex månader eftersom det är det rimligaste resultatet ifråga om brottsrubricering och möjligheten att utdöma ett straff motsvarande dess straffvärde.

### **Kommentar**

Enligt min synvinkel verkar det klart att tingsrätten är osäker på hur den nya lagen skall hanteras. Först konstateras att N.A:s och målsägandens sexuella relation byggde på fullständig frivillighet trots det är svårt att tro att det inte förekommit någon otillbörlig påverkan när den ena parten är en gift man och den andra en trettonårig flicka. Dessutom fastslår tingsrätten att målsäganden har blivit påverkad av N.A och ändå dömer de honom för sexuellt utnyttjande av barn, helt i strid med uttalandena i propositionen. Den enda förklaring jag kan finna till att tingsrätten ändå väljer att

döma för sexuellt utnyttjande av barn är den anledning som tingsrätten själv ger. Det är helt enkelt det enda som "känns" rimligt.

### **Hovrätten**

Åklagaren i målet samt målsäganden och N.A. valde att överklaga tingsrättens dom till hovrätten som fastställer tingsrättens dom avseende såväl brottsrubricering, påföljd och straffmätning. Hovrätten instämde med tingsrättens överväganden och tillägger inget ytterligare i sin dom.

### **Högsta Domstolen**

Riksåklagaren och målsäganden överklagade hovrättens dom och menade att Högsta domstolen skulle döma N.A. för våldtäkt mot barn till fängelse i två år. N.A. yrkade på att Högsta domstolen skulle döma honom till villkorlig dom med samhällstjänst alternativt att de skulle sätta ned fängelsestraffets längd. Båda parter bestred motpartens ändringsyrkanden.

HD börjar med att konstatera att den gärning som N.A. gjort sig skyldig till uppfyller rekvisiten i 4 § om våldtäkt mot barn. Det har inte gjorts gällande i målet några omständigheter som skulle kunna tala för att gärningen är att bedöma som grov. Fråga är istället om gärningen är att anse såsom mindre allvarlig och därför bör bedömas som sexuellt utnyttjande av barn. Vidare fastslår HD att lagtexten inte ger någon närmare vägledning för bedömningen av hur gärningen bör rubriceras. Dock får beaktas att grundformen av brottet betecknas som våldtäkt mot barn, med en straffskala som överensstämmer med grundformen av våldtäkt vilket innebär ett straffminimum om två års fängelse. Som nämns i propositionen skall begreppet våldtäkt fortfarande reserveras för de allvarligaste fallen av sexuella övergrepp mot barn. HD menar att uttalanden i propositionen om en restriktiv tillämpning av bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn torde få läsas mot denna bakgrund. Därefter påtalar HD att de faktiska omständigheterna som särskilt påtalas i förarbetena, vad gäller förutsättningarna för att bedöma en gärning som sexuellt utnyttjande av barn är målsägandens ålder och huruvida den sexuella handlingen varit frivillig från dennes sida. HD hävdar vidare att det, enligt propositionen, inte framstår som rimligt att döma till minst två års fängelse i ett sådant fall då samlaget bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet mellan parterna. Det skulle vara direkt

missvisande och olämpligt att rubricera sådana handlingar som våldtäkt mot barn. Detta synsätt har kommit till uttryck genom straffrihetsregeln i 14 §. Att bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn också avsetts kunna tillämpas i långt allvarligare fall än sådana som i lagmotiven anförts som exempel framgår, enligt HD av att maximistraffet är så högt som fängelse i fyra år.

HD fortsätter sitt resonemang med att konstatera att det för bedömningen av frivilligheten är relevant att diskutera de, till synes kategoriska uttalanden som görs på flera håll i propositionen, om att det vid övergrepp mot barn framstår som främmande att laborera med begrepp som frivillighet och samtycke. Dessutom hävdas i propositionen att barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar. HD konstaterar dock att dessa uttalanden, mot bakgrund av att betydelsen av frivillighet senare betonas på ett flertal ställen, främst tar sikte på övergrepp mot mindre barn. Därför skall frivilligheten beaktas som en relevant faktor vid den straffrättsliga bedömningen. Detta skall dock bedömas med hänsyn till barnets mognad och förmåga att inse innebörden av sitt handlande.

Enligt HD framgår det, av utredningen i målet, att samlaget varit helt frivilligt från målsägandens sida samt att det präglats av ömsesidighet. Dessutom har hon uppnått en sådan ålder (13 år och 10 månader) att denna inte i sig utgör något hinder för att beakta frivilligheten. Inte heller anser HD att det framkommit någonting om offrets mognadsnivå eller några andra omständigheter som gör att HD bör bortse från frivilligheten. Därför, säger HD, kan inte händelsen vara så allvarlig att det är en gärning som är avsedd att falla in under våldtäkt mot barn och som ska bestraffas med minst två års fängelse. N.A. döms därför för sexuellt utnyttjande av barn. I straffvärdebedömningen konstaterar HD att sexualbrott mot barn alltid skall anses ha ett högt straffvärde. Högre nu än innan lagändringen. Detta i kombination med den stora ålderskillnaden mellan N.A. och målsäganden, det faktum att målsäganden hade förhållandevis långt kvar till sexuell självbestämmanderätt vilket N.A. var medveten om samt att målsäganden befann sig i N.A:s hem under omständigheter som hade inslag av förtroendeförhållande gör att gärningen skall anses ha ett högt straffvärde och man fastställer N.A:s straff till fängelse i sex månader.

## **Skiljaktig**

Viktigt är att konstatera att två justitieråd var skiljaktiga. De menade att syftet med lagändringarna var att stärka skyddet för barn och ungdomar. I propositionen anges att barn under 15 år måste ha ett absolut skydd mot alla former av sexuella handlingar och utgångspunkten är att de aldrig kan samtycka till sådana. Dessutom skall 5 § tillämpas restriktivt och en förutsättning för att bestämmelsen skall aktualiseras är att den person som gärningen riktas mot, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. De skiljaktiga konstaterar vidare att som exempel nämns i propositionen fallet att en 29-åring haft samlag med någon som är 14 år och 11 månader. Det vill säga en gärning som varit straffri en månad senare. I det här fallet var målsäganden inte ens 14 år fyllda och N.A. var en 25-årig familjefar. Dessutom träffades paret nästan dagligen, dels på grund av att målsäganden hade sin häst hos N.A., dels därför att hon arbetade i det café som N.A. och hans familj drev på gården. Detta gör att det kan anses finnas ett visst beroendeförhållande mellan parterna. Det framgår också i målet att N.A. upprepade gånger tjatat på målsäganden om att de skulle ha sexuellt umgänge innan samlaget ägde rum och därutöver har han hotat med att istället ha sex med sin fru om inte målsäganden gick med på att ha samlag, vilket målsäganden upplevde som jobbigt. Hon uppgav för N.A. att hon ibland ville ha samlag och bland inte.

Sammantaget konstaterar de skiljaktiga att trots att samlaget var frivilligt och gemensamt planerat av målsäganden och N.A. har det föregåtts av övertalning och viss påtryckning. Med beaktande av målsägandens ålder och bristande erfarenhet, samt att N.A. med hänsyn till sin ålder borde ha tagit ansvar kan inte gärningen ses som mindre allvarlig enligt det synsätt som ges uttryck för i lagmotiven. De skiljaktiga anser därför att N.A. bör dömas för våldtäkt mot barn trots att brottsbeteckningen inte speglas av den gärning N.A. har begått.

## **Kommentar**

Det är förvånande att läsa HD:s resonemang i vissa delar eftersom jag anser att de utelämnar viktiga detaljer. För det första diskuterar de inte överhuvudtaget det faktum att de anser att ett barn på 13 år och 10 månader kan lämna sitt samtycke till sexuella handlingar trots att det i förarbetena tydligt framgår att ett barn, som huvud-



regel, inte kan lämna ett samtycke om inte barnet har nått så långt i sin utveckling att dennes mognadsnivå kan jämföras med en 15-åring. HD har vänt på detta resonemang och menar att 13 år och 10 månader inte är en ålder som hindrar att 5 § tillämpas och det faktum att inget framkommit om flickans mognadsnivå talar för att hon i allt fall inte är mer omogen än sin ålder och därför skall frivilligheten beaktas. Vid straffvärdebedömningen anser HD dock att det är en försvårande omständighet att flickan har så långt kvar till åldern för sexuell självbestämmanderätt.

HD för heller inget resonemang kring det beroendeförhållande som kan anses föreligga mellan N.A. och målsäganden på grund av att hon dels hade sin häst hos N.A. och dels arbetade för honom. Att målsäganden blivit utsatt för viss påtryckning diskuteras inte heller som en försvårande omständighet vid val av brottsrubricering trots att detta nämns i propositionen som en omständighet som skall tas hänsyn till. Detta ses dock som försvårande i straffvärdebedömningen, vilket tyder på att HD är medveten om att denna faktor bör ha betydelse.

Sammantaget gör det att jag får uppfattningen av att HD helt enkelt, liksom tingsrätten, anser att det känns fel att detta skulle vara ett fall av våldtäkt mot barn. Målsäganden är inte det ideala offret eftersom hon frivilligt gett sig in i situationen och detta medför att HD omtolkar lagmotiven så att det som egentligen skulle vara undantaget blir huvudregeln.

Jag anser att de skiljaktigas resonemang mer ligger i linje med hur lagstiftaren tänkt sig att lagen ska tolkas. Dock märks det även i deras resonemang att de anser det vara juridiskt korrekt att döma för våldtäkt mot barn men det är inte korrekt ur deras personliga synvinkel. Denna slutsats drar jag eftersom de nämner att de anser att N.A. skall dömas för våldtäkt mot barn trots att brottsbeteckningen inte speglar den gärning han gjort sig skyldig till. För mig förefaller det främmande att här tala om en restriktiv tolkning av lagtexten och därför anser jag att HD väljer att ignorera lagtextens bakgrund och syfte och istället tolkar de den utifrån en lagtextens ordalydelse där de anser det felaktigt att rubricera sexuella handlingar utan inslag av tvång såsom våldtäkt.

## 6.1.2 NJA 2006 s. 79 II

### Tingsrätten

Allmän åklagare väckte vid Eskilstuna Tingsrätt åtal mot L.Ö. född 1980 för våldtäkt mot barn enligt gärningsbeskrivningen att L.Ö. har, den 30 juli 2005, haft samlag med målsäganden född i september 1990 trots att han insett eller haft skäligen anledning anta att målsäganden inte fyllt 15 år. L.Ö. förnekade gärningen eftersom han inte visste eller hade skäligen anledning att anta att målsäganden var under 15 år.

Enligt målsäganden visste L.Ö. mycket väl hennes ålder eftersom han sommaren innan haft ett sexuellt förhållande med hennes mor. Under den aktuella kvällen hade målsäganden druckit avsevärda mängder alkohol innan hon träffade L.Ö. på ett dansställe. Han bjöd henne där på ytterligare alkohol. Senare på natten befann de sig tillsammans med andra hemma hos målsäganden men på morgonen åkte de hem till L.Ö:s bostad. Målsäganden var berusad och mycket trött och gick och lade sig på L.Ö:s säng. L.Ö. kom och lade sig bredvid målsäganden, tog av hennes kläder och lade sig över henne. Målsäganden sade att hon inte ville tre gånger men orkade inte göra fysiskt motstånd. L.Ö. genomförde då ett samlag med henne och hon vet inte om han använde skyddsmedel. Målsäganden somnade efteråt och blev senare på dagen hemskjutsad. Trots att målsäganden var mycket berusad under kvällen och natten och trots att hon inte har några klara minnesbilder minns hon att hon berättade att hon var 14 år.

L.Ö. medger att han haft ett sexuellt förhållande med målsägandens mamma och att han då träffat målsäganden. Han hävdar dock att de aldrig pratat om målsägandens ålder och han trodde att hon var minst 15 år. Hon skall själv ha sagt att hon var 16 år. Enligt L.Ö. uppfattade han inte att målsäganden var berusad och enligt honom hade de samlag två gånger och båda gångerna var det fullt frivilligt från bådadas sida. Detta stöds av en vän till L.Ö. som var på besök hos L.Ö. den aktuella morgonen och såg målsäganden och L.Ö. kramas på ett romantiskt vis.

Tingsrätten anser det klarlagt att L.Ö. och målsäganden haft samlag med varandra. Därför blir det avgörande huruvida L.Ö. förstod eller borde ha förstått att målsäganden var endast 14 år vid tiden för det sexuella umgänget. På grund av flera vittnesuppgifter som liktydigt talade för att L.Ö. kände till målsägandens ålder ansåg Tingsrätten detta styrkt. Detta i kombination med den stora åldersskillnaden mellan

L.Ö. och målsäganden samt att relationen inte kunde anses bygga på fullständig frivillighet och ömsesidighet gör att L.Ö. döms för våldtäkt mot barn till fängelse i två år, vilket är minimistraffet.

### **Kommentar**

Tingsrätten synes i min mening tolka lagen så som den är tänkt att tolka. De diskuterar knappt huruvida samlaget skett frivilligt vilket de inte heller bör göra med tanke på det berusade tillstånd som målsäganden befann sig i som omöjliggjorde att omständigheterna i övrigt kan anses vara sådana att A. själv kunde fatta ett rationellt beslut angående det sexuella umgänget.

### **Hovrätten**

L.Ö. överklagade Tingsrättens dom och yrkade att åtalet skulle ogillas. Ändringen bestreds av åklagare och målsäganden.

Hovrätten börjar med att konstatera att de inte finner anledning att göra någon annan bedömning än tingsrätten i skuldfrågan. De anser det alltså styrkt att L.Ö., när han hade samlag med målsäganden, insåg att hon inte fyllt 15 år. Hovrätten väljer dock att diskutera huruvida gärningen skall bedömas såsom våldtäkt mot barn eller som sexuellt utnyttjande av barn. De konstaterar att det inte framkommit att L.Ö. använt någon form av hot eller tvång. Det har inte heller gjorts gällande att L.Ö. skulle ha otillbörligt utnyttjat målsägandens tillstånd eller belägenhet. Vidare fastslår hovrätten dock att utgångspunkten för den nya lagstiftningen om sexualbrott är att den som har samlag med ett barn under 15 år skall dömas för våldtäkt mot barn trots avsaknaden av sådana inslag. Eftersom barn inte kan samtycka till sexuella handlingar är en diskussion huruvida barnet själv medverkat eller initierat den sexuella handlingen ointressant. Endast i undantagsfall kan den mildare bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn användas. I de fall gärningsmannen är betydligt äldre än målsäganden bör paragrafen enbart tillämpas när barnet närmar sig åldern för sexuell självbestämmanderätt och har utvecklat sin sexualitet samt då den sexuella relationen till gärningsmannen är frivillig. Detta har inte varit fallet i det aktuella målet, konstaterar hovrätten. L.Ö. och målsäganden har enbart varit flyktigt bekanta och då på grund av L.Ö:s relation till målsägandens mor. Därtill kommer att målsäganden varit vaken hela natten samt druckit alkohol i en inte obetydlig omfattning, vilket

L.Ö. varit medveten om. Han borde därför ha förstått att målsäganden inte var i stånd att göra några övertänkta och reella val. Därför, anser hovrätten, skall L.Ö. dömas för våldtäkt mot barn. I påföljdsfrågan ansluter hovrätten sig till tingsrättens bedömning.

### **Kommentar**

Hovrätten väljer i allt fall att diskutera den mildare bestämmelsen sexuellt utnyttjande av barn även om de avfärdar att den kan bli tillämplig. Intressant i hovrättens resonemang är att de väljer att tillämpa rusläran när de lägger ansvaret på gärningsmannen att förstå huruvida målsäganden kunde ta ett rationellt beslut angående det sexuella umgänget. Eftersom han i allt fall i nyktert tillstånd borde ha förstått att hon inte var i stånd till detta skall han dömas till ansvar.

### **Högsta Domstolen**

L.Ö. överklagade hovrättens dom till Högsta domstolen och yrkade att HD skulle ogilla åtalet. Åklagaren och målsäganden bestred ändringsyrkandena.

HD börjar med att konstatera att åklagaren inte lyckats visa att L.Ö. förstått att målsäganden var endast 14 år. Dock borde han genom sin tidigare kännedom om målsäganden och hennes personliga förhållanden haft skälig anledning att anta att hon inte uppnått 15 års ålder. Därför är rekvisiten i 4 § uppfyllda. Fråga uppkommer då om gärningen kan bedömas enligt den mildare bestämmelsen sexuellt utnyttjande av barn. HD anser att; eftersom målsäganden är nära åldern för sexuell bestämmanderätt och att L.Ö. kanske inte uppfattade att hon sa nej ett flertal gånger så finns möjligheten att han uppfattade samlaget som frivilligt från hennes sida. Därför bör gärningen inte hänföras till våldtäkt mot barn utan sexuellt utnyttjande av barn. Bedömt enligt det lagrummet anser dock HD att gärningen är av allvarligt slag eftersom L.Ö. kände till att målsägande varit vaken hela natten och därvid druckit alkohol i en inte obetydlig omfattning. På grund av det anförda döms L.Ö. för sexuellt utnyttjande av barn till fängelse i ett år.

### **Skiljaktig**

Ett av justitieråden var skiljaktig och ansåg att det på grund av att L.Ö. kände till att målsäganden varit vaken hela natten samt att hon druckit en inte obetydlig mängd

alkohol, och att han i allt fall i nyktert tillstånd borde ha förstått att målsäganden inte kunde ta ställning till situationen så kan inte gärningen bedömas som mindre allvarlig utan L.Ö. bör dömas för våldtäkt mot barn till minimistraffet två års fängelse.

### **Kommentar**

I detta fall är målsäganden klart närmare 15-årsgränsen än i det förra fallet eftersom hon vid gärningstillfället var 14 år och 10 månader. Att flickan var nära 15-årsgränsen, i kombination med att gärningsmannen kanske inte uppfattade att hon sa nej anser HD vara tillräckligt för att döma för det lindrigare brottet sexuellt utnyttjande av barn enligt 5 §. Här anser jag att HD återigen gör en bedömning som bör ifrågasättas. Åldern i sig kan inte anses vara skäl nog att bedöma gärningen som mindre allvarlig. En förutsättning är också att det står klart att barnet samtyckt till samlaget. Att gärningsmannen kanske inte uppfattade att flickan sa nej kan inte anses uppfylla det rättsliga kravet på samtycke. Huvudregeln är dessutom fortfarande att ett samlag mellan en vuxen man och ett barn skall bedömas som våldtäkt mot barn även om det inte förekommit någon form tvång och därför torde inte gärningsmannen kunna åberopa att han inte förstått att flickan motsatte sig samlaget.

Ytterligare en förutsättning för att bedöma en gärning som sexuellt utnyttjande av barn är, enligt förarbetena att flickan, med hänsyn till sin ålder och utveckling samt omständigheterna i övrigt, har haft förutsättning att bedöma och ta ställning till situationen. Även om flickan kan anses ha uppfyllt en ålder där hon möjligtvis är tillräckligt mogen att ta ställning till situationen talar det faktum att hon vid tillfället för samlaget var berusad och inte hade sovit på hela natten emot att hon har haft förutsättning att bedöma situationen. Detta konstaterar HD är försvårande omständigheter, men inte vid valet av brottsrubricering utan det bidrar snarare till att det sexuella utnyttjandet skall anses vara av allvarligt slag.

Vidare skall ytterligare en faktor beaktas och det är huruvida relationen bygger på fullständig ömsesidighet och frivillighet. Detta förutsätter enligt min mening att parterna har en, i allt fall relativt nära relation. Att parterna har träffats ett par gånger året innan i samband med att L.Ö. haft en sexuell relation till målsägandens mamma kan inte, enligt min mening, anses vara en tillräckligt nära relation för att detta krav skall anses uppfyllt. Den stora ålderskillnaden mellan L.Ö. och målsäganden bidrar

också till uppfattningen att de inte kan anses ha en sådan relation som benämns i förarbetena.

### **6.1.3 NJA 2006 s. 510**

#### **Tingsrätten**

Allmän åklagare väckte vid Göteborgs Tingsrätt åtal mot K.C. för våldtäkt mot barn, för att han två gånger haft samlag med målsäganden A. som vid gärningstillfället var 13 år, för att han ett tiotal gånger har haft samlag med målsäganden B. 14 år, för att han vid två tillfällen haft samlag med målsägande C. 13 år samt att han vid ett tillfälle har haft samlag med målsägande D. 12 år. K.C. medger att han har haft samlag med alla målsägandena och erkänner därmed att han gjort sig skyldig till sexuellt utnyttjande av barn.

K.C. har tagit kontakt med samtliga målsäganden via ett "chatt-program" på Internet och sedan har han bjudit hem flickorna och haft samlag med dem. Flickorna medger att de först fattat tycke för K.C. eftersom han var snäll och omtänksam. De berättade också allihop sin ålder och även vilken skola och klass de gick i. Enligt samstämmiga uppgifter från flickorna så var det K.C. som var den drivande vad gällde att träffas och i frågan om sex och flickorna vågade, eller förmådde inte att säga nej trots att inget våld eller hot förekom.

Enligt Tingsrätten råder det inget tvivel om att K.C varit väl medveten om att flickorna var under 15 år. Dessutom var K.C. vid gärningstillfället 22 år och därmed mycket äldre än flickorna vilket gjorde att han totalt dominerade i kontakten med flickorna. Även om flickorna inte sa nej till samlag kan inte detta ses som något annat än ett "tilltjat" samtycke från en ung och osäker partner.

Tingsrätten väljer här att hänvisa till de uttalanden som görs i förarbetena om att barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar oavsett vem som har tagit initiativet till den sexuella handlingen. De menar också att det endast kan bli fråga om sexuellt utnyttjande av barn i de fall samlaget bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet och då barnet är mycket nära 15- årsgränsen. I detta fall har K.C:s primä-

ra syfte varit att söka upp mycket unga flickor för att ha sex med dem. Det kan inte anses som att det varit fullkomligt frivilligt från flickornas sida eftersom han tjatat sig till ett samtycke från mycket unga personer som inte kunnat formulera sin egen vilja och därför anser Tingsrätten att K.C. ska dömas för våldtäkt mot barn. De anser dessutom att gärningarna har så högt straffvärde att han ska dömas till fängelse i tre år och sex månader.

### **Hovrätten**

K.C. överklagade tingsrättens dom till hovrätten och yrkade att de skulle döma honom för sexuellt utnyttjande av barn i samtliga fall. Åklagaren överklagade också tingsrättens dom och krävde ett hårdare straff.

Hovrätten väljer i sina domskäl att hänvisa till de ovan refererade domarna i NJA 2006 s. 79 I och II och konstaterar att det som synes avgöra om en gärning kan hänföras till 5 §, sexuellt utnyttjande av barn är dels målsägandens ålder, dels om den sexuella handlingen varit frivillig från målsägandens sida. Eftersom målsäganden D. inte ens hade fyllt 13 år vid gärningstillfället får hennes ålder i sig medföra att det inte kan bedömas enligt den mildare bestämmelsen utan i det fallet skall K.C. dömas för våldtäkt mot barn. Vad gäller de andra gärningarna anser hovrätten att det inte kan anses som att relationerna mellan K.C. och Målsägande A. och C. byggde på fullständig frihet och ömsesidighet på grund av den stora ålderskillnaden samt att de befunnit sig i K.C:s hem i en utsatt situation och därför skall han även i dessa fall dömas för våldtäkt mot barn.

Målsäganden B. som vid gärningstillfället var 14 år hade endast ett par månader kvar till 15 år och detta i kombination med att hon vid ett flertal tillfällen sovit över hos målsäganden, ibland med sin mammas tillstånd, anser Hovrätten vara tillräckligt för att relationen skall anses bygga på frivillighet och ömsesidighet och K.C. döms för sexuellt utnyttjande av barn i dessa fall. På grund av att K.C. inte döms för våldtäkt mot barn i samtliga fall minskar straffvärdet och han döms till fängelse i två år och sex månader.

## **Högsta domstolen**

Riksåklagaren överklagade hovrättens dom till Högsta domstolen och yrkade att de skulle döma K.C. till ett längre straff. K.C. bestred ändringen.

Högsta domstolen gör här ingen egen prövning av brottsrubriceringarna utan hänvisar helt enkelt till att den saknar skäl att frångå Hovrättens bedömning i denna del. Högsta domstolen väljer dock att höja straffet till fängelse i tre år och sex månader eftersom det varit frågan om upprepade brott riktat mot flera målsäganden.

## **Kommentar**

Eftersom HD, enligt egen utsago, stödjer hovrättens resonemang så är det detta som kan kommenteras. Hovrätten hänvisar till de tidigare refererade domarna i NJA 2006 s. 79 I och II och det är detta som mer eller mindre ensamt ligger till grund för vilken brottsrubricering som skall användas. Det är av vikt att komma ihåg att åldern ensamt inte skall få den avgörande betydelsen och det har förts en utförlig diskussion av sexualbrottskommittén om vilken ålder som skall vara gränsen för självbestämmanderätt. De kom fram till att 15 år var den lägsta ålder då en tonåring borde få självbestämmanderätt. I det här fallet visar hovrättens resonemang på att det i realiteten är en yngre ålder som gäller för den sexuella självbestämmanderätten. Ju närmare offret var 15 år ju mindre diskuterades huruvida relationen var ömsesidig och frivillig. I det fall ett av offren var mycket nära 15-årsgränsen ansågs det faktum att offret sovit över hos gärningsmannen tyda på att relationen var frivillig.

Det är av vikt att komma ihåg att det inte längre är en förutsättning för att bedöma en gärning som våldtäkt mot barn att något våld eller tvång förekommit. Även samlag där offret tagit initiativ skall bedömas som våldtäkt mot barn. I detta fall ansågs det visat att K.C. sökte kontakt med underåriga flickor just för att inleda en sexuell relation med dem och därför anser jag att det kan ifrågasättas om en sådan relation bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet.



#### 6.1.4 NJA 2007 s. 201

##### Tingsrätten

Allmän åklagare väckte vid Växjö tingsrätt åtal mot P.N. född 1989 för sexuellt utnyttjande av barn för att han i juli 2006 skall ha haft samlag med målsäganden som vid tillfället var 14 år. P.N. erkände gärningen. P.N. och målsäganden hade känt varandra under lång tid eftersom målsäganden var bästa vän med P.N:s lillasyster. För ett och ett halvt år sedan började även målsäganden och P.N. umgås. Den senare tiden hade de umgåtts nästan dagligen, dock enbart som kompisar utan sexuella inslag. Den aktuella dagen befann sig målsäganden, P.N. samt ytterligare en kompis hemma hos målsäganden för att kolla på film. Enligt målsägandens utsaga hände det ingenting sexuellt mellan målsäganden och P.N. under kvällen. Efter filmen gick kompiserna hem och målsäganden somnade direkt. Hon trodde då att även P.N. skulle gå hem. En stund senare vaknar målsäganden av att P.N. ligger ovanpå henne och är inne i henne. Enligt målsäganden förstod hon då ingenting och bad P.N. att gå väck. Hon hade heller inga kläder på sig när hon vaknade. Målsäganden tog därefter sina saker och gick och la sig på soffan och somnade. P.N. låg kvar hennes säng och sov där till dagen efter.

Först efter ett par dagar berättade målsäganden om händelsen för en kompis och ytterligare ett par dagar senare berättade hon för sin mamma om vad som hänt. Efter det blev det polisförhör och målsäganden började må sämre och sämre. Hon undvek P.N., vågade knappt gå till skolan och grät mycket. Hon var dessutom rädd för att träffa på P.N:s kompisar och några av hennes gamla kompisar säger att hon ljuger och kallar henne mobboffer. Hon vill inte längre gå ut utan sitter mest inne för sig själv. Målsäganden får dock hjälp av Barn och ungdomspsykiatrien med samtal, vilket är bra för henne.

Enligt P.N. så hade han och målsäganden börjat kelats och pussats redan under filmen. Efter filmen var slut gick kompiserna hem och målsäganden bytte om till pyjamas. De lade sig på sängen och kelandet utvecklade sig till mer sex. P.N. trängde in i målsäganden men efter en stund bad hon honom sluta och då slutade han. P.N. frågade senare målsäganden om det gjort ont, vilket det inte hade samt varför hon

ville sluta. På detta svarade hon att det var för mycket folk hemma. Dagen efter träffades de och enligt P.N. var allt då som vanligt.

Tingsrätten konstaterar att P.N. och målsäganden har haft samlag med varandra samt att P.N. visste om att målsäganden enbart var 14 år, vilket betyder att ett brott har förövats enligt 4 § BrB. Dock uppkommer problem vid bedömningen av övriga omständigheter i målet eftersom målsägandens och P.N:s uppgifter skiljer sig markant åt vad gäller det sexuella umgänget samt händelserna som föregått detta. Vidare slår tingsrätten fast att både målsäganden och P.N. var nyktra vid gärningstillfället och att någon av dem skulle ha misstagit sig framstår som mindre troligt. Slutsatsen får därför bli att en av dem eller båda två medvetet lämnat mer eller mindre osanna uppgifter. Eftersom det inte finns någon stödbevisning till målsägandens berättelse, samt att ingen av parterna kan anses mer trovärdig än den andra skall tingsrättens bedömning grunda sig på P.N:s uppgifter. Av hans utsaga framgår inget annat än att samlaget vart frivilligt från bådassida och detta skall därför läggas till grund för bedömningen.

Även om tingsrätten konstaterar att det numera inte krävs något tvång för att någon skall dömas för våldtäkt mot barn anser de att omständigheterna i det här fallet är sådana att den brottsrubricering som kan komma ifråga är sexuellt utnyttjande av barn. Detta eftersom det i det här fallet inte visats något annat än att det var ett frivilligt samlag mellan två ungdomar som var nära varandra i ålder (två år och sex månader). P.N. döms för sexuellt utnyttjande av barn till böter samt till att genomgå ett konsekvensprogram för unga lagöverträdare.

### **Kommentar**

Det här fallet anser jag vara intressant eftersom tingsrätten konstaterar att det är en mindre allvarlig händelse som inträffat och därför kan inget annat än brottsrubriceringen sexuellt utnyttjande av barn komma ifråga. Det är dock inte uppenbart att gärningen inte innehållit inslag av tvång vilket är en förutsättning för att sexuellt utnyttjande av barn skall kunna komma ifråga. Dessutom skall 5 § användas restriktivt och i fall där det är uppenbart att den sexuella handlingen skett med samtycke. Om målsägandens utsaga beaktas är det brott som förövats av allvarlig art eftersom P.N. i så fall har haft samlag med målsäganden då hon sovit. Detta skall idag anses

vara våldtäkt till och med enligt 6 kapitlet 1 § BrB, alltså även i de fall offret är över 15 år. Detta prövas inte ens av tingsrätten som endast konstaterar att det inte finns stödbevisning.

Fråga uppkommer varför ingen av parterna har kallat kompisen som var med på filmkvällen, att vittna. Denne borde kunna stödja antingen målsägandens eller den tilltalades historia, i allt fall om de händelser som skett tidigare på kvällen. Även om offrets beteende innan händelsen, enligt uttalanden i propositionen inte skall ha någon betydelse för bedömningen av gärningen kan det i alla fall ha stor betydelse för trovärdighetsbedömningen. Som det var nu avfärdades målsägandens historia helt och det synes inte ens som om åklagaren trott henne eftersom denne inte brytt sig om att försöka föra fram bevisning som talar för hennes historia. Detta kanske beror på att målsäganden inte betett sig som det typiska offret eftersom det dröjde innan hon anmälde brottet samt att P.N. sov kvar hos henne under natten för gärningen.

Syftet med de nya bestämmelserna angående sexualbrott mot barn var att offrets beteende inte längre skulle vara i fokus för bedömningen om en våldtäkt begåtts som ett skydd för offret men i det här fallet har strävan efter att inte fokusera på offrets beteende haft motsatt effekt och offret blir istället ifrågasatt utan möjlighet att bevisa motsatsen.

### **Hovrätten**

Tingsrättens dom överklagades till hovrätten. P.N. hävdar där att han inte borde dömas till ansvar enligt 6 kapitlet 14 § BrB eftersom det är uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp på målsäganden.

Hovrätten gör ingen annan bevisvärdering än tingsrätten och finner således inget annat styrkt än att det skett ett frivilligt samlag mellan P.N. och målsäganden samt att P.N. avbrutit när målsäganden sagt nej. Lika med tingsrätten finner hovrätten att P.N. gjort sig skyldig till sexuellt utnyttjande mot barn.

Vidare diskuterar hovrätten huruvida det kan bli fråga om att ogilla åtalet med hänvisning till 6 kapitlet 14 § BrB. Hovrätten nämner att ansvarsfrihetsregeln skall tillämpas mycket restriktivt och att den ger en möjlighet att undvika från vad som kan

te sig som orimliga konsekvenser av en kriminalisering. Hovrätten konstaterar att i de fall barnet hyser någon form av ovilja mot det sexuella umgänget är bestämmelsen utesluten. Vidare är parternas relation till varandra av stor betydelse vid bedömningen av om ansvarsfrihetsregeln kan tillämpas.

Hovrätten konstaterar sedan kort att målsäganden var 14 år och sju månader, alltså mycket nära åldern för sexuell självbestämmanderätt och parterna kände varandra väl. Det faktum att P.N. sedan sov över hos målsäganden och inte gick hem förrän hans far ringde hem honom dagen efter talar starkt för att målsäganden inte känt någon rädsla eller obehag för honom. Vidare konstaterar de att det är svårt att dra någon slutsats om P.N:s mognad men han bor hemma hos sina föräldrar och går andra året på gymnasiet. Vid en samlad bedömning anser hovrätten att ansvarsfrihetsregeln i 14 § blir tillämplig och åtalet ogillas.

### **Skiljaktig**

I målet var ett hovrättsråd och en hovrättsassessor skiljaktiga och ansåg inte att P.N. och målsäganden haft en sådan relation som nämns i förarbetena till 14 § eftersom de enbart haft en kamratlig relation. Dessutom anser de att ålderskillnaden är alltför stor för att bestämmelsen om ansvarsfrihet ska bli tillämplig och därför skall P.N. dömas för sexuellt utnyttjande av barn.

### **Kommentar**

Det finns förhoppningsvis aspekter av detta mål som inte framkommer i domarna annars förstår jag inte resonemanget överhuvudtaget. I det här fallet handlar det om en flicka som idag måste gå hos psykolog för att hon mår så dåligt efter det övergrepp hon utsatts för. Trots detta anser hovrätten att det är uppenbart att samlaget inte inneburit något övergrepp på flickan. Återigen kan man skönja hur hovrätten diskuterar i termer av att flickans beteende efter övergreppet är det som är i fokus vid en bedömning om övergreppet har inneburit skada. Att P.N. sov över hos målsäganden talar enligt hovrätten starkt för att målsäganden inte var rädd. Dock diskuteras inte ens möjligheten att flickan kanske inte vågade be honom gå därifrån. Att hon sedan agerade som vanligt efter övergreppet kan förklaras med att hon gärna ville att allt skulle vara som vanligt och hon kanske försökte glömma det som hänt.

## Högsta domstolen

Riksåklagaren överklagade hovrättens dom och yrkade att P.N. skulle dömas för sexuellt utnyttjande av barn. Även målsäganden överklagade domen och yrkade bifall till sin skadeståndstalan.

HD börjar med att redogöra för deras tolkning av den nya lagen, vilket i stort är densamma som tingsrätt och hovrätt gjort. HD är dock noga med att förtydliga att ansvarsfrihetsregeln skall tillämpas med stor försiktighet och efter en noggrann bedömning i det enskilda fallet.

Liksom i underrätterna grundar sig HD:s bedömning på P.N:s uppgifter. De konstaterar att P.N. och målsäganden varit kamrater under en lång tid och att de umgåtts med varandra och andra kamrater i varandras hem. Vidare slås fast att det inte förekommit någon påtryckning eller otillbörlig påverkan från P.N:s sida och att samlaget var helt frivilligt. Därmed är det klarlagt att gärningen, om den överhuvudtaget är brottslig, faller under 5 § sexuellt utnyttjande av barn. Vidare säger HD att huruvida 14 § är tillämplig skall främst bedömas utifrån parternas ålder, mognad, personlig utveckling, relationen till varandra samt omständigheterna vid den sexuella handlingen. Dessa omständigheter måste tillsammans ge vid handen att det är uppenbart att den sexuella handlingen inte inneburit något övergrepp mot den yngre av dem.

Vad gäller ålderskriteriet anser HD att P.N. och målsäganden befinner sig i det åldersspann som ansvarsfrihetsregeln är avsedd att tillämpas på. Huruvida det är lite skillnad i mognad är inte bara svårt utan också olämpligt att föra bevis om så därför måste en viss schablonisering göras, och i det aktuella fallet torde skillnaden i mognad vara så liten att ansvarsfrihetsregeln kan tillämpas. Vidare konstaterar HD att det enligt förarbetena talas om att parterna skall ha en ”nära och god relation”. Detta kan enligt HD inte inskränkas till rena kärleksförhållanden eller fall där det förekommit en förälskelse mellan parterna eftersom detta skulle vara en mer restriktiv tolkning än förarbetena ge uttryck för. Även en kamratrelation torde kunna vara en sådan nära och god relation som gör att ansvarsfrihetsregeln kan tillämpas. HD hävdar också att, eftersom målsägandens och P.N:s relation inte påverkats av det som inträffat under de första dagarna efter händelsen ansåg inte målsäganden, i alla fall initialt att det var ett övergrepp. Därför får en samlad bedömning i målet ge vid han-

den att det är uppenbart att den sexuella handlingen inte inneburit ett övergrepp på målsäganden och därför skall P.N. inte dömas till ansvar för gärningen.

### **Kommentar**

HD använder sig av en liknande argumentation som hovrätten. För det första grundar de, utan närmare förklaring sin bedömning på P.N:s uppgifter. Även om det är upp till åklagaren att motbevisa dennes utsaga och även om detta misslyckas till viss del anser jag att HD borde ha tagit viss hänsyn till flickans utsaga eftersom hon dessutom kan stödja delar av den med dokumentation från ungdomspsykiatrin. Eftersom det enligt förarbetena skall vara uppenbart att övergreppet inte inneburit någon skada på offret bör dokumentationen i allt fall så tvivel om att så kan ha skett.

Att hänvisa till att P.N. sov kvar hos offret och att offret agerade som vanligt dagarna närmast efter övergreppet, och sedan lägga det till grund för en bedömning av huruvida offret tagit skada av övergreppet, anser jag vara felaktigt. Här har HD en uppfattning om hur ett offer ska och bör agera och denna uppfattning kanske inte behöver stämma överens med verkligheten.

Jag anser också att det kan ifrågasättas vilken grund HD har för att dra slutsatsen att en god och nära relation skall inkludera rena kamratrelationer, vilka aldrig tidigare har inneburit någon fysisk relation. Enligt HD skulle det bli en alltför inskränkt tolkning av förarbetena om enbart kärleksrelationer inkluderades. Dock skall ansvarsfrihetsregeln tillämpas med stor restriktivitet och försiktighet och enbart i de fall då det är uppenbart att den sexuella handlingen varit frivillig från båda parter och att den yngre parten inte lidit någon skada av det inträffade.

## ***6.2 Hovrättsavgöranden***

De ovan refererade domarna har påverkat hur Hovrätterna runt om i landet gör sina bedömningar i fall som handlar om våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn. Även om Hovrätternas domar inte är prejudicerande i sig så är dessa mycket intressanta eftersom många fall tas upp i hovrätterna och därför går det att få en bredare bild av hur lagen hanteras i praktiken. Jag kommer nedan att redogöra för ett antal fall som jag finner intressanta eftersom de på olika sätt visar på svårigheterna med tillämpningen av den nya lagstiftningen. Jag kommer först att redogöra för

några fall där hovrätterna dömt den tilltalade för våldtäkt mot barn, sedan för fall där gärningen bedömts som sexuellt utnyttjande av barn och slutligen fall där gärningsmannen gått fri från ansvar med hänvisning till ansvarsfrihetsregeln i 14 §. Vidare kommer rättsfallen att redovisas i en ordning som bestäms utifrån målsägandens ålder vid gärningstillfället.

## **6.2.1 Våldtäkt mot barn**

### *Målsäganden 12 år*

#### *6.2.1.1 RH 2010:24*

### **Tingsrätten**

Två 15-åriga killar, tvillingarna C.J. och A.J. åtalas för våldtäkt mot barn sedan de, dels haft samlag och dels genomfört andra sexuella handlingar som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är att jämställa med samlag såsom att de gett och mottagit oralsex, med målsäganden som vid gärningstillfället var 12 år och en månad. Pojkarna erkänner gärningarna men menar att de bör gå fria enligt 14 §. I andra hand anser de att gärningarna i allt fall ska bedömas som sexuellt utnyttjande av barn enligt 5 §.

Den sexuella samvaron skedde hemma hos pojkarna en kväll efter deras båda familjer hade umgåtts. Målsäganden som spelade i samma fotbollslag som C.J:s och A.J:s lillasyster skulle sova över hos lillasystemen men ville då hellre sova inne hos de båda pojkarna eftersom hon och C.J. hade känslor för varandra. De var dock inte tillsammans.

Under kvällen hade sedan målsäganden kortvariga samlag med båda pojkarna och sedan genomförde de andra sexuella handlingar. Målsäganden har inte påstått att hon blivit tvingad, men enligt henne frågade C.J. flera gånger och A.J. tjatade. Enligt pojkarnas berättelse var det snarare målsäganden som tog initiativet. Dagen efter berättade tvillingarna om händelsen för deras mamma. Efter detta rymde målsäganden tillsammans med C.J. och de var då tillsammans under ungefär en månads tid.

Tingsrätten gör bedömningen att det är fastslaget att de brottsliga gärningarna har ägt rum och därför skall C.J. och A.J. dömas till ansvar. Att tillämpa ansvarsfrihetsregeln kommer inte på fråga enligt tingsrätten. Detta eftersom målsäganden endast var 12 år gammal vid gärningstillfället och att det inte var lagstiftarens avsikt att 14 § skulle tillämpas vid så låga åldrar.

Fråga uppkommer då om gärningarna kan ses som mindre allvarliga enligt 5 §. Angående detta drar tingsrätten slutsatsen att bestämmelsen var avsedd att tillämpas med restriktivitet. Som exempel nämndes de fall då den ena parten var strax över och den andra parten var strax under 15 år. Även om bestämmelsen har tillämpats i praxis i ett fall där flickan enbart var 13 år och 10 månader anser tingsrätten att det är mycket tveksamt om den kan tillämpas i det fall offret endast är 12 år. Detta eftersom det uttryckligen står i förarbetena att en förutsättning för att tillämpa 5 § är att den, som gärningen riktas mot, med hänsyn till sin ålder och omständigheterna i övrigt har haft förutsättning att ta ställning till situationen. Tingsrätten menar att även om det tas i beaktande att barn utvecklas olika fort så måste den schabloniseringen göras att en 12-åring aldrig kan ha uppnått sådan mognad. Det spelar då ingen roll för brottsrubriceringen, vilken grad av mognad gärningsmännen uppnått och därför döms A.J. och C.J. för våldtäkt mot barn.

### **Hovrätten**

Tingsrättens dom överklagades till hovrätten som i stort gör samma bedömning som tingsrätten. Hovrätten tar dock med i beräkningen att det var målsäganden som tog initiativ till de sexuella handlingarna. Detta skulle enligt hovrätten kunna tala för att handlingarna istället skulle betraktas som sexuellt utnyttjande av barn. Dock håller hovrätten med tingsrätten om att det vid en schabloniserad bedömning är ytterst tveksamt om 5 § någonsin kan tillämpas när målsäganden är så ung som 12 år. I detta fall har det heller inte framkommit något som tyder på att målsäganden uppnått en större mognad än normalt vid hennes ålder och därför kan ingen annan brottsrubricering än våldtäkt mot barn komma på fråga och C.J. och A.J. döms för detta brott även i hovrätten.



## **Kommentar**

Enligt förarbetena till den nya sexualbrottslagstiftningen framkommer att 5 § om sexuellt utnyttjande av barn skall tillämpas restriktivt och i undantagsfall då de som utsatts för brottet har varit så pass mogen att den själv kunnat ta ställning till situationen. Att, som i förevarande fall ens diskutera möjligheten att tillämpa 5 § i det fall målsäganden inte ens är tonåring anser jag vara riskabelt, eftersom detta kan uppfattas som att möjligheten finns att tillämpa den mildare brottsrubriceringen. Både tingsrätt och hovrätt avfärdar dock möjligheten att tillämpa sexuellt utnyttjande av barn i det fall offret är 12 år. Det synes dock som om hovrätten ändå är osäker eftersom de lämnar det öppet för en individuell bedömning från fall till fall när de konstaterar att det, i det här fallet, inte framkommit något som talar för att målsäganden är mer mogen än normalt för en 12-åring. Enligt min åsikt kan en 12-åring aldrig anses tillräckligt mogen att ta beslut om en sexuell handling vid en individuell bedömning och därför bör inte ens den diskussionen förekomma.

### ***Målsäganden 13 år***

#### ***6.2.1.2 RH 2010:12***

### **Tingsrätten**

B.A. åtalades för bland annat våldtäkt mot barn och utnyttjande av barn för sexuell posering. För våldtäkt mot barn åtalades B.A. för att han under ett flertal tillfällen har haft samlag med målsäganden som vid tillfället var 13 år. B.A. som vid gärningstillfällena var 43 år medger de faktiska omständigheterna men anser att gärningen skall bedömas som sexuellt utnyttjande av barn eftersom han inte visste om att målsäganden var under 15 år vid den första kontakten. B.A. lärde känna målsäganden via olika "chattprogram" på nätet och via sms. Det var först när de träffades live första gången som B.A. fick veta att målsäganden endast var 13 år. B.A. och målsäganden inledde ett sexuellt förhållande och de träffades vid ett flertal tillfällen och hade sex med varandra. Det framkommer ingenting som tyder på att B.A. på något sätt tvingat målsäganden till samlag, utan de var frivilliga från bådas sidor.

Tingsrätten konstaterar kort att B.A:s uppgifter i stort överensstämmer med målsägandens och att det enda som skiljer sig åt är vid vilken tidpunkt B.A. förstått att

målsäganden var under 15 år. Enligt tingsrätten borde B.A. dock haft skälig anledning att anta att målsäganden inte fyllt 15 år med hänsyn till uppgifterna på Internet. Enligt tingsrätten skall, med tanke på omständigheterna i övrigt samt målsägandens mer eller mindre uttryckliga samtycke, gärningen bedömas som mindre allvarlig enligt 5 § och B.A. döms för sexuellt utnyttjande av barn.

### **Hovrätten**

Åklagaren överklagade tingsrättens dom och ansåg att B.A. skall dömas för våldtäkt mot barn enligt samma gärningsbeskrivning som tidigare.

Hovrätten börjar med att konstatera att HD i fallen NJA 2006 s 79 I och II fastslår att skillnaden mellan 4 § och 5 § endast är svårighetsgraden och det finns därför inte olika rekvisit som skall var uppfyllda. Grundformen är alltså att gärningen är att bedöma som våldtäkt mot barn men om det finns förmildrande omständigheter kan gärningen istället bedömas som sexuellt utnyttjande av barn. I förevarande fall är den enda förmildrande omständigheten, enligt hovrätten, enbart det faktum att samlagen varit i någon mån frivilliga från målsägandens sida. Mot detta talar dock att målsäganden vid det första samlaget enbart var 13 år och 6 månader. Det vill säga hon hade lång tid kvar innan hon skulle uppnå åldern för sexuell självbestämmanderätt. Dessutom var åldersskillnaden mycket stor mellan målsäganden och B.A. som vid tillfället var 43 år. Han höll också sin ålder hemlig under den tid de enbart pratade med varandra via Internet. Målsäganden hade vidare berättat för B.A. att hon mådde dåligt, att hon bråkade med sina föräldrar, att hon hade dåligt med pengar samt att hon en månad tidigare blivit våldtagen. Enligt hovrätten utnyttjade B.A. denna information genom att bland annat fylla på målsägandens kontantkort till mobiltelefonen. Vid varje samlag köpte han dessutom kläder till målsäganden och satte henne i en form av tacksamhetsskuld. Enligt hovrättens mening skall detta ses som att B.A. utnyttjade målsägandens situation och han manipulerade henne till att ha samlag med honom och därför skall gärningen bedömas som våldtäkt mot barn.

### **Kommentar**

I detta fall har tingsrätten och hovrätten gjort två helt olika bedömningar. Tingsrätten konstaterar kort att eftersom samlagen var frivilliga skall gärningen bedömas som sexuellt utnyttjande av barn. Detta visar på en motvillighet hos domstolen att

döma för våldtäkt mot barn i de fall samlaget skett frivilligt eftersom tingsrätten så uppenbart frångår lagstiftarens uttryckliga vilja. I propositionen framgår tydligt att även frivilliga samlag skall bedömas som våldtäkt mot barn, men att det i vissa fall kan finnas skäl att göra undantag. I det här fallet har flickan långt kvar till 15-årsgränsen, gärningsmannen är dessutom mer än tredubbelt så gammal som målsäganden och de har inte haft ett kärleksförhållande. På grund av detta ser jag det såsom helt i strid med lagstiftarens vilja att bedöma gärningen som sexuellt utnyttjande av barn.

Den bedömning som hovrätten gör framstår som mer korrekt eftersom de tagit dessa omständigheter i beaktande. Enligt min mening kan aldrig ett förhållande där den ena parten är en vuxen man och den andra parten en tjej i tidiga tonåren, bygga på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Den äldre parten kommer alltid ha ett visst psykologiskt övertag. Huruvida sedan offret utåt sett inte beter sig som ett offer utan själv tar initiativ till de sexuella handlingarna torde inte ha någon betydelse för brottsrubriceringen då förhållandet i grunden är ojämlikt. Jag tror dock att lagstiftaren bäddade för diskussioner liknande den i tingsrätten då det i propositionen nämns, som exempel på sexuellt utnyttjande av barn, det fall en 29-åring har en relation med någon som är 14 år och 11 månader. Dock är det fortfarande en stor skillnad på en 29-åring och en 43-åring. Dessutom var målsäganden i det här fallet enbart 13 år och 6 månader vid det första samlaget.

### *6.2.1.3 B 3268-06 Göta Hovrätt*

#### **Tingsrätten**

A.E. åtalades för att han vid tre tillfällen har haft samlag med sin sambos dotter som vid tillfället var 13 år och 8 månader. A.E. var själv 31 år när samlagen ägde rum. A.E. har erkänt gärningarna men anser att dessa skall bedömas som sexuellt utnyttjande av barn. I målet framkommer, genom förhör både med målsäganden och med A.E. att målsäganden tjtade på A.E. att han skulle ta hennes oskuld. Detta skedde varje dag och målsägandens mamma bad till och med sin dotter att lämna A.E. ifred. Enligt A.E. gick han till slut med på att ha samlag med målsäganden en kväll när

han var full och mådde psykiskt dåligt. Sedan hade de samlag vid ytterligare två tillfällen.

Tingsrätten konstaterar att gärningarna är styrkta genom att den tilltalade erkänt samt dennes egna uppgifter och målsägandens utsaga. Därför har A.E. oberoende av målsägandens samtycke gjort sig skyldig till brott.

På grund av att det varit målsäganden som vart den drivande och initiativtagande till att samlagen ägt rum anser tingsrätten det klarlagt att dessa präglats av fullständig frivillighet och ömsesidighet och det finns ingen anledning att bortse från frivilligheten. Dessutom har det sexuella förhållandet upphört och därför anser inte tingsrätten den motiverat att döma A.E. för våldtäkt mot barn med ett minimistraff på fängelse i två år utan han döms istället för sexuellt utnyttjande av barn till fängelse i tio månader.

### **Hovrätten**

I hovrätten framkommer egentligen inga nya uppgifter utan deras domslut grundar sig på samma uppgifter som tingsrätten. Hovrätten gör dock en annan bedömning av gärningen än Tingsrätten.

Även hovrätten anser att det får anses klarlagt att gärningarna har präglats av fullständig frivillighet på grund av att det är ostridigt att målsäganden varit den som tjatat om att de skulle ha samlag och dessa uppgifter är sådana som talar för att brottet är mindre allvarligt. Men, säger hovrätten, även andra omständigheter måste beaktas. Av vikt menar hovrätten, är det faktum att den tilltalade vid gärningstillfället var mer än dubbelt så gammal som offret. Det rörde sig således om sexuell samvaro mellan ett barn och en mer än dubbelt så gammal vuxen man. Dessutom var A.E. samboende med målsägandens mor, vilket medför att han närmast kan betraktas som målsägandens styvfar, något som målsäganden också kallade honom. Målsäganden var också sexuellt oerfaren vid det första samlaget och den brottsliga gärningen upprepades mer än en gång och detta sammantaget gör att hovrätten bedömer att detta inte är en situation som lagstiftaren hade i åtanke när bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn infördes i lagstiftningen och A.E. skall därför dömas för våldtäkt mot barn.

## **Kommentar**

Målsäganden var i det aktuella målet inte ens 14 år fyllda. Att överhuvudtaget diskutera ett samtycke i dessa fall är kontroversiellt eftersom lagstiftaren klart uttryckt att det synes främmande att laborera med uttryck som frivillighet och samtycke då målsäganden är under 15 år. Tingsrätten väljer att inte ens diskutera detta. Även om lagstiftaren gett uttryck för att det kan vara en mindre allvarlig gärning i fall då gärningsmannen är betydligt äldre än målsäganden så nämns i förarbetet de fall då offret är 14 år och 11 månader. Det vill säga de fall när offret är mycket nära 15 årsgränsen. I det här fallet var det hela 1 år och 4 månader kvar till flickan skulle uppnå sexuell självbestämmanderätt.

Vidare uttrycks i förarbetena att målsäganden måste kunna bedöma situationen med hänsyn till sin mognad och omständigheter i övrigt. I det här fallet handlar det uppenbart om en mycket omogen flicka som tjarar till sig sexuellt umgänge från sin mammas sambo. Att då ens beakta frivilligheten anser jag vara felaktigt. I det här fallet får konstateras att hovrättens bedömning är den riktiga eftersom de tagit alla omständigheter i beaktande och slår fast att det inte kan ha varit sådana här situationer som avsågs när lagstiftaren införde den nya bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn.

## ***Målsäganden 14 år***

*6.2.1.4 RH 2006:32*

## **Tingsrätten**

Åtal för våldtäkt mot barn väcktes mot K.S., född 1956 för att han under ett dygn har haft upprepade vaginala och orala samlag med målsäganden som vid gärningstillfället var 14 år. Målsäganden var väninna med K.S:s före detta sambos dotter och målsäganden och K.S. lärde känna varandra när målsäganden besökte sin väninna i hemmet.

Tingsrätten anser att målsäganden på ett mycket trovärdigt sätt har beskrivit de händelser som K.S. står åtalad för. Dessa händelser stöds också av den tekniska bevis-

ningen samt ett vittnesmål från den psykolog som målsäganden träffat den 1 september, 2005.

Målsäganden har också under natten mellan den 31 augusti och den 1 september påbörjat ett oralt samlag med K.S. under tiden han sov. Detta anser tingsrätten inte kan ha inträffat om det inte tidigare hade skett något sexuell förbindelse mellan K.S. och målsäganden. På grund av detta skall målsägandens berättelse om händelseförloppet läggas till grund för tingsrättens dom och de anser att det är ställt utom rimligt tvivel att K.S. har genomfört både vaginala samt orala samlag med målsäganden under tiden mellan den 31 augusti och 1 september, 2005.

Tingsrätten fortsätter därefter att diskutera huruvida brottet skall bedömas som våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn. Målsäganden hade under flera års tid lidit av depressioner, ångest och tvångstankar. Vid gärningstillfället hade målsäganden vid flera tillfällen skurit sig själv samt varit intagen på en psykiatrisk klinik. Hon hade också varit fosterhemsplacerad och omhändertagen enligt LVU. Allt detta kände K.S. till. Detta skall, tillsammans med det faktum att K.S. bjöd målsäganden på alkohol innan samlagen, bedömas som försvårande omständigheter. Att K.S. också var målsägandens kamrats styvfar och således en vuxen som hon borde kunna lita på är även det omständigheter som är försvårande vid straffvärdebedömningen. Detta medför att gärningarna inte kan ses som mindre allvarliga och K.S. skall därför dömas för våldtäkt mot barn till fängelse i tre år. K.S. frias dock för det orala samlag som målsäganden påbörjade under tiden K.S. sov eftersom han inte kan anses ha haft uppsåt till detta.

### **Hovrätten**

Åklagaren överklagade tingsrättens dom och yrkade att K.S. skulle dömas även för det orala samlag han friats för i tingsrätten samt att K.S. skulle dömas till ett längre fängelsestraff. K.S. yrkade att han helt skulle frikännas från ansvar.

Enligt hovrätten har målsäganden gett ett ärligt och för sin ålder moget intryck. Hennes berättelse präglas av stor detaljrikedom och trots skuld känslor har hon inte förringat sin egen delaktighet i det inträffade. Enligt psykologen målsäganden träffade den 1 september, har hon dessutom initialt motsatt sig en polisanmälan vilket

hovrätten anser talar emot att hon falskeligen skulle tillvita K.S. brott. Målsäganden har även berättat hur hon under det aktuella dygnet flera gånger duschat för att tvätta bort alla spår från K.S. Detta i kombination med att K.S. gett ett flertal osannolika förklaringar till den tekniska bevisningen talar för att målsägandens utsaga skall läggas till grund för hovrättens dom. Hovrätten gör därför samma bedömning som tingsrätten och finner K.S. skyldig till våldtäkt mot barn. Den enda skillnaden i hovrättens bedömning är att K.S. också döms till ansvar för det orala samlag som påbörjades av målsäganden under tiden han sov, eftersom han inte avbröt samlaget när han vaknade och blev medveten om det inträffade. Eftersom K.S. gjort sig skyldig till upprepade allvarliga brott under drygt ett dygn och att han utnyttjat sin förtroendeställning i förhållande till flickan finner hovrätten att straffvärdet är fängelse i fyra år. Hovrätten finner heller ingen förmildrande omständighet som ger anledning att understiga straffvärdet och därför döms K.S. för våldtäkt mot barn till fängelse i fyra år.

### **Kommentar**

Eftersom utgångspunkten är att en person under 15 år aldrig kan samtycka till sexuella handlingar skall det inte ha någon betydelse huruvida målsäganden faktiskt har samtyckt till de sexuella handlingar som skett mellan K.S. och målsäganden. Dock kan brottet anses som mindre allvarligt ifall de sexuella handlingarna byggd på fullständig frivillighet och ömsesidighet. En förutsättning är då dock att målsäganden med hänsyn till sin personliga mognad samt omständigheterna i övrigt har varit kapabel att ta ställning till situationen. Även om hovrätten påpekar att målsäganden synes mycket mogen för sin ålder har hon haft psykiska problem under en längre tid vilket talar emot att hon skulle ha uppnått en sådan mognad som kräva enligt 5 §. Dessutom blev målsäganden bjuden på alkohol innan samlagen, vilket talar emot möjligheten att tillämpa 5 §. På grund av detta anser jag att hovrätten gjort en korrekt bedömning angående de samlag som skett under tiden K.S. var vaken.

Det framkommer inga direkta uppgifter om vad som skett efter att K.S. vaknat av att målsäganden inlett ett oralt samlag med honom. Ifall detta har fortgått under en inte obetydlig tid efter att K.S. vaknat anser jag att hovrätten har gjort en korrekt bedömning men utifall K.S. aldrig hann bli riktigt medveten om vad som skedde anser jag att hovrätten har gjort en felaktig bedömning. Trots att det inte skall ha någon bety-

delse för huruvida våldtäkt mot barn skall tillämpas ifall den yngre tagit initiativet till gärningen måste ett uppsåt påvisas.

#### *6.2.1.5 B 2089 -10 Göta Hovrätt*

##### **Tingsrätten**

Åklagaren väckte åtal mot A.I. för att han den 5-6 december 2009, med målsäganden som varit under femton år, haft samlag och genomfört annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt varit jämförlig med samlag. A.I. har haft vaginalt samlag med målsäganden och även fört in sin penis i hennes mun för att hon skulle suga på denna.

A.I. vitsordade de faktiska omständigheterna men ansåg att gärningen var att bedöma som sexuellt utnyttjande av barn. Under åberopande av att det är uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot målsäganden, med hänsyn till den ringa skillnaden i ålder och utveckling mellan målsäganden och honom och omständigheterna i övrigt har han hävdade att han inte ska dömas till ansvar för något sexualbrott.

A.I. och målsäganden lärde känna varandra under sommaren 2009 och de hade kontakt via "MSN". De träffades första gången under höstlovet och de hade då ett, enligt bådas utsaga, frivilligt samlag med varandra. Någon månad senare träffades de igen och de åkte då på fest tillsammans. Vid de tillfället var målsäganden 14 år och 8 månader och A.I. var 16 år och 3 månader. Båda parter drack en del alkohol och de kände sig berusade. Målsäganden somnade i soffan och vaknade av att A.I. bad henne sätta sig upp. De inledde ett oralt samlag med varandra som avslutades av att målsäganden fick kväljningar. Enligt A.I. var det orala samlaget helt frivilligt från målsägandens sida medan målsäganden menar att A.I. tryckte ner hennes huvud mot hans penis. Efter detta skall A.I. habett målsäganden att följa med in på toaletten för att ha sex. Målsäganden ville inte detta och hon förklarade för A.I. att hon inte ville ha samlag av rädsla för att bli med barn. Detta tolkade A.I. som att det gick bra att ha samlag så länge han inte fick utlösning i målsäganden. A.I. utförde ett samlag med målsäganden som uppger sig inte minnas så mycket mer förrän hon återigen låg på soffan i vardagsrummet. Enligt A.I. så vet han inte om målsäganden ville ha sex



med honom och han tänkte egentligen inte på det. Så länge inte någon gör motstånd är det ”OK att ha sex”. Vidare var A.I. medveten om att målsäganden inte hade fyllt 15 år vid tillfället för samlaget.

Efter händelsen mådde målsäganden dåligt och upplevde en stor vända över det inträffade. Detta styrks både av målsägandens mamma samt en barnmorska vid en ungdomsmottagning som målsäganden besökte för att få ett ”akut p-piller”.

Tingsrätten gör bedömningen att det står klart att A.I. genomförde ett oralt och ett vaginalt samlag med målsäganden någon gång på natten mellan den 5-6 december, samt att A.I. var medveten om att målsäganden var under 15 år. Därför är förutsättningarna för att döma honom för våldtäkt mot barn uppfyllda. Frågan är då om gärningen med hänsyn till omständigheterna vid brottet är att anse som mindre allvarlig och därför att bedöma som sexuellt utnyttjande av barn.

Enligt tingsrättens mening är inte omständigheterna sådana de framgår av utredningen annat än att det funnits fog för A.I. att uppfatta de sexuella handlingarna som frivilliga från målsägandens sida. Vid tiden för händelsen var hon mycket nära åldern för sexuellt självbestämmande. Mot bakgrund av det anförda bör gärningen betecknas som sexuellt utnyttjande av barn och inte som våldtäkt mot barn.

Efter detta prövar tingsrätten huruvida ansvarsfrihetsregeln i 14 § kan bli tillämplig. Tingsrätten kommer fram till följande slutsats:

*”Vid gärningstillfället var målsäganden alltså fjorton år och nästan nio månader medan A.I. var sexton år och tre månader. De var kamrater med varandra. Det har inte framkommit att något otillbörligt medel såsom våld, tvång eller någon form av påtryckning använts vid de sexuella handlingarna.”*

Vid en samlad bedömning finner tingsrätten att det får anses uppenbart att de sexuella handlingarna inte har inneburit ett övergrepp mot målsäganden. Detta gör att A.I. inte ska dömas till ansvar för gärningen.

Skiljaktig i tingsrätten var rätten ordförande som anser att gärningen skall bedömas som våldtäkt mot barn. Detta dels på grund av att målsäganden som uppenbart var berusad och hade somnat blev överrumplad av A.I:s hastiga begäran om att hon skulle utföra oralsex, dels på grund av att hon sagt nej till både det orala samt det vaginala samlaget och A.I. visat en uppenbar likgiltighet gentemot det faktum att målsäganden inte ville ha samlag eftersom han uttrycker att han inte tänkte på om hon ville eller inte. Detta tyder på att samlaget inte skedde med fullständig frivillighet och ömsesidighet.

### **Hovrätten**

Hovrätten gör en annan bedömning än tingsrätten och anser att det av utredningen framgår att målsäganden var berusad vid tillfället och att hon låg och slumrade i en soffa när A.I. plötsligt begärde att hon skulle utföra oralsex på honom varefter han omedelbart förde sin penis mot hennes mun. Av såväl målsägandens som A.I:s berättelser framgår att hon först sa nej till att utföra oralsex, men att ett sådant ändå kom till stånd. Av utredningen framgår också att det orala samlaget avbröts på grund av att målsäganden fick kväljningar. Vidare framgår av utredningen att målsäganden därefter sade att hon inte ville följa med A.I. till toaletten men att han ändå förde henne dit och genomförde ett vaginalt samlag trots att hon förklarade att hon inte ville ha samlag eftersom hon var rädd att bli med barn.

Hovrätten finner, på grund av det anförda att de sexuella handlingarna som ägde rum vid tillfället inte byggde på frivillighet mellan målsäganden och A.I., att handlingarna inte varit gemensamt planerade av dem och att målsäganden inte fått möjlighet att skäligen bedöma och ta ställning till A.I:s begäran. Hovrätten finner att de sexuella handlingarna styrts av A.I:s önskan om att få egen sexuell tillfredställelse och hans agerande har innefattat moment av övertalning och påtryckning och därför kan inte handlingarna ses som mindre allvarliga och A.I. skall därför dömas för våldtäkt mot barn.

I hovrätten var en nämndeman skiljaktig och ansåg i likhet med tingsrätten att A.I. inte skulle dömas för gärningen utan gå fri från ansvar enligt 14 §.

## **Min kommentar**

Ansvarsfrihetsregeln i 14 § skall tillämpas mycket restriktivt och enbart i de fall då det är en ringa åldersskillnad mellan gärningsmannen och målsäganden samt att det är uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot den yngre parten. På grund av detta anser jag det anmärkningsvärt att tingsrätten samt den skiljaktiga i hovrätten väljer att ignorera det faktum att flera vittnesmål talar för att målsäganden mått mycket dåligt efter det inträffade. Hon var dessutom påtagligt berusad när samlagen ägde rum vilket torde ha påverkat hennes förmåga att ta ställning till situationen. Dessutom står det klart att A.I. har tryckt ner målsägandens huvud mot hans underliv vilket är en handling som kan uppfattas som tvingande. Jag anser i likhet med den skiljaktige i tingsrätten och hovrätten att A.I:s agerande inför och under samlagen är av sådan art att det får anses ha karaktären av att vara påtryckande eller till och med med inslag av visst tvång. Målsäganden och A.I. hade heller ingen kärleksrelation utan de var kompisar som hade haft ett samlag vid ett tidigare tillfälle. Detta anser inte jag vara tillräckligt för att relationen kan anses vara en sådan god och nära relation som det talas om i förarbetena.<sup>95</sup>

## **6.2.2 Sexuellt utnyttjande av barn**

### ***Målsäganden 13 år***

#### ***6.2.2.1 B 2850-06 Svea Hovrätt***

### **Tingsrätten**

Åklagaren väckte åtal mot E.R. för att han under 3 dygn hemma i sin bostad har haft samlag med målsäganden som vid gärningstillfället var 13 år. E.R. var vid tillfället 29 år gammal.

Av utredningen i målet framkommer att E.R. och målsäganden lärt känna varandra på en chattsida på Internet under hösten 2004 och där chattade de bland annat om sex. De pratade även mycket i telefon med varandra och målsäganden skall då ha angett sin ålder till 15 år. Redan under den här perioden pratade E.R. och målsägan-

---

<sup>95</sup> Jämför mål nummer B 2891-08 I Göta hovrätt där en pojke på ca 18 år och en flicka på 13 år och 8 månader som under en längre tid har haft upprepade frivilliga samlag med varandra, inte ansågs ha en sådan god och nära relation som förarbetena talar om, eftersom de inte utåt sett agerat som ett par.

den om att träffas men något möte kom aldrig till stånd. E.R. fick dock reda på målsäganden verkliga ålder då hennes mamma skickade ett SMS till honom och berättade att målsäganden enbart var 12 år gammal.

Efter ett par månader bröts kontakten mellan E.R. och målsäganden och de hade ingen kontakt förrän i augusti när målsäganden ringde E.R. och frågade om hon fick komma hem till honom eftersom hon rymt från sina föräldrar.

Målsäganden kom hem till E.R. och stannade hos honom i ett par dagar. E.R. förstod när han såg målsäganden att hon inte hade fyllt 15 år. Under de dagar målsäganden bodde hos E.R. hade de samlag 2-3 gånger. Båda tog initiativ till dessa och de byggde på fullständig frivillighet från bådas sida.

Tingsrätten väljer i sina domskäl att helt hänvisa till Högsta domstolens resonemang i NJA 2006 s. 79 I och II och de menar därför att, trots de kategoriska uttalanden som görs i propositionen om att barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar så kan frivilligheten inte bortses ifrån enbart på den grund att målsäganden var under 15 år. De hänvisar vidare till att Högsta domstolen tog frivilligheten i beaktande i det fall målsäganden var 13 år och tio månader och menar att detta leder till slutsatsen att frivilligheten även kan tas i beaktande i detta fall och därför döms E.R. för sexuellt utnyttjande av barn.

### **Hovrätten**

Hovrätten gör ingen egen bedömning i målet utan hänvisar till tingsrättens dom och fastställer den både vad gäller brottsrubricering och påföljdsval.

### **Kommentar**

Tingsrätten väljer i denna dom att inte göra någon egen bedömning av omständigheterna i målet utan de hänvisar rakt av till HD:s tidigare resonemang. Jag finner detta anmärkningsvärt då flickan i det här fallet måste ha varit betydligt yngre än in Högsta domstolens fall eftersom flickan i början av 2005 inte ens var fyllda 13 år. Tingsrätten gör sedan ingen bedömning av de speciella omständigheterna i målet såsom att flickan var i en utsatt situation då hon nyligen rymt från sina föräldrar och inte hade någon annanstans att ta vägen. Att E.R. dessutom var betydligt äldre än målsä-

ganden diskuteras inte heller. Även om detta inte behöver ha betydelse vid tillämpningen av 5 § så kan det i alla fall ha betydelse för bedömningen huruvida någon otillbörlig påverkan skett. Att propositionen nämner det fall då en 29-åring och en 14-åring har samlag som ett sådant som kan falla in under 5 § betyder inte att alla sådana fall skall hänföras dit. I propositionen talas om de fall då parterna har en kärleksrelation och inom ramen för den har samlag i nära anslutning till den unges 15-årsdag. Att dra den slutsatsen att även fall då parterna inte har någon direkt relation till varandra samt att flickan varit i en utsatt situation, skall hänföras till 5 § kan tyckas vara en alltför långtgående omtolkning av lagstiftarens vilja.

Min slutsats av detta mål är, liksom i tidigare fall att det faktum att målsäganden själv valde att åka hem till E.R. samt att de båda initierat samlaget har varit av avgörande betydelse för utgången av målet. Hon betedde sig inte som det typiska offret i och med detta handlande.

### ***Målsäganden 14 år***

#### *6.2.2.2 B 3130-08 Göta Hovrätt*

#### **Tingsrätten**

P.F., 19 år åtalades för att han vid ett flertal tillfällen haft samlag med målsäganden som vid tillfället var nyss fyllda 14 år. P.F. erkände gärningen men bestred ansvar på den grund att han inte visste att målsäganden var under 15 år. Målsäganden och P.F. träffades på "Lunarstorm" och de började snart skriva till varandra över "MSN". Enligt målsäganden nämnde hon att hon var 14 år och att det skulle dröja ett år innan hon fick köra moped.

Målsäganden och P.F. bestämde sig för att träffas och de inledde ett förhållande som varade i ca. tre månader. Målsägandens mamma pratade då med P.F. om att målsäganden hade andra regler än han eftersom hon enbart var 14 år. Paret hade samlag med varandra under den tiden. Enligt målsäganden tjatade P.F. på henne om sex varje gång de träffades och ibland ville hon ha sex och ibland inte. Enligt målsäganden blev hon också misshandlad av P.F. vid ett flertal tillfällen, ibland innan sex. Detta förnekar dock P.F. Av utredningen i tingsrätten framgår att P.F. lider av ADD

och har svårt att ta in information. Han behöver höra saker upp till 20 gånger för att förstå.

Tingsrätten gör bedömningen att det är styrkt genom P.F:s egna medgivanden att han och målsäganden haft en sexuell relation. Genom att han dessutom fått veta, både genom MSN och genom målsägandens mamma att målsäganden enbart var 14 år anser tingsrätten att P.F. i allt fall borde ha förstått att målsäganden var yngre än 15 år och därför skall gärningen betraktas som våldtäkt mot barn. Tingsrätten gör vidare ingen prövning av huruvida gärningen är att bedöma som mindre allvarlig och P.F. döms för våldtäkt mot barn. På grund av hans lätta utvecklingsstörning sätts dock straffet ner.

### **Hovrätten**

Tingsrättens dom överklagas till hovrätten där det i allt väsentligt framkommer samma uppgifter som i tingsrätten. Även hovrätten anser det styrkt att P.F. har haft samlag med målsäganden och att han kände till att målsäganden var under 15 år. Detta gör att förutsättningarna för att döma honom för våldtäkt mot barn är uppfyllda. Till skillnad från tingsrätten prövar dock hovrätten P.F:s invändning om att gärningen bör bedömas som sexuellt utnyttjande av barn istället för våldtäkt mot barn. I denna del kommer hovrätten fram till att samlagen ägt rum under en period då målsäganden och P.F. hade ett förhållande. Målsäganden hade också uppnått 14 års ålder vilket gör det möjligt att beakta frivilligheten. Det har heller inte framkommit något som gör gällande att målsäganden skulle ha en lägre mognadsnivå än normalt och därför inte skulle ha förstått innebörden av sitt handlande. Dock har målsäganden uppgett att P.F. tjatade på henne om samlagen och att han ibland kunde bli aggressiv om hon inte gick med på att ha samlag med honom. I dessa fall var inte samlagen frivilliga från målsägandens sida. I det fall det kan visas att samlagen inte var frivilliga skall gärningarna på grund av detta automatiskt bedömas som våldtäkt mot barn. Det har dock inte framkommit någon närmare redogörelse för hur målsäganden uttryckte sin motvilja. Detta i kombination med P.F:s lättare utvecklingsstörning gör att hovrätten inte anser det klarlagt att P.F. förstått att målsäganden inte ville ha samlag och därför döms P.F. för sexuellt utnyttjande av barn.

## **Kommentar**

Eftersom huvudregeln är att alla fall där någon över 15 år har sexuellt umgänge med någon under 15 år skall bedömas som våldtäkt mot barn anser jag att hovrätten drar slutsatsen att det i detta fall inte kan handla om våldtäkt mot barn lite lättvindigt. Den enda argumentationen de använder sig av är att målsäganden är relativt nära åldern för sexuell självbestämmanderätt samt att parterna haft en relation. Flickan var nyss fyllda 14 år och är i mitt tycke ganska långt ifrån åldern för sexuell självbestämmanderätt. Dessutom är ålderskillnaden mellan målsäganden och P.F. ganska betydande, 5 år.

Dock anser jag att även tingsrätten agerar felaktigt eftersom de inte ens prövar P.F:s invändning om att gärningen skulle bedömas som sexuellt utnyttjande av barn. Detta anser jag kan vara en konsekvens av att den nya lagtexten är svår att förstå och tolka. Detta leder till helt olika bedömningar i samma fall.

### *6.2.2.3 B 360-06 Göta Hovrätt*

## **Tingsrätten**

Åklagaren väckte åtal mot P.H. för våldtäkt mot barn då P.H. vid upprepade tillfällen haft samlag med målsäganden som vid gärningstillfället var 14 år.

Av utredningen i målet framgår att P.H. och målsäganden inledde ett förhållande med varandra under 2005 då P.H. var 21 år. P.H. visste då att målsäganden enbart var 14 år. Trots detta hade de samlag med varandra vid upprepade tillfällen under tiden de var tillsammans. Vid de första tre tillfällena var samlagen fullt frivilliga från målsägandens sida och hon uppger att hon njöt av samlagen vid dessa tre tillfällen. De samlag som senare inträffade under förhållandet uppger målsäganden att hon ställde upp på för att hon inte ville att P.H. skulle göra slut. Hon sa dock aldrig uttryckligen ifrån att hon inte ville ha samlag vid dessa tillfällen. Vid ett tillfälle hade de båda samlag efter att deras förhållande tagit slut och vid detta tillfälle var både P.H. och målsäganden mycket onyktra och enligt målsäganden sa hon vid det tillfället nej ett flertal gånger innan samlaget men P.H. lyssnade inte förrän efter en stund då han ska ha avbrutit samlaget.

Tingsrätten gör bedömningen att för de första tre samlagen som målsäganden njöt av skall P.H. dömas för sexuellt utnyttjande av barn eftersom målsäganden vid dessa tillfällen frivilligt besökt P.H. och att hon har haft möjlighet att lämna platsen om hon velat. Hon har dessutom, enligt tingsrätten haft möjlighet vid dessa tillfällen att ta ställning till situationen. Ansvarsfrihetsregeln kan dock enligt tingsrätten inte komma på fråga på grund av den stora ålderskillnaden.

Tingsrätten anser vidare att de samlag som senare skedde i förhållandet och som enligt målsäganden inte varit helt och fullt frivilliga från hennes sida skall bedömas som våldtäkt mot barn. Detta eftersom tingsrätten anser att målsäganden varit hänvisad till samvaro med P.H:s utan möjlighet att ta sig ur situationen och hon har inte heller haft en reell möjlighet att ta ställning till situationen.

För det samlag som skedde efter att deras förhållande tagit slut anser tingsrätten det visat att målsäganden sagt nej vid upprepade tillfällen utan att P.H. har åhört hennes vilja och därför skall detta samlag betraktas som en våldtäkt mot barn utav allvarlig karaktär.

### **Hovrätten**

I hovrätten hörs P.H. och målsäganden igen men det framkommer inget väsentligt nytt. I hovrätten hörs också P.H:s vän som vittne då han umgicks med P.H. och målsäganden under några dagar när vissa av de åtalade gärningarna ägde rum. Av hans berättelse framkommer inga nya uppgifter förutom att han vittnar om att målsäganden och P.H. verkade väldigt förälskade och de var fnittriga och pussades efter att ett av samlagen skall ha ägt rum.

Hovrätten gör i likhet med tingsrätten bedömningen att det samlag som skedde efter det att förhållandet mellan målsäganden och P.H. gjorde slut skall bedömas som våldtäkt mot barn eftersom hovrätten anser att det är visat att målsäganden vid detta tillfälle sagt nej upprepade gånger och att P.H. måste ha insett att målsäganden inte ville ha samlag.

Vad gäller de andra åtalade gärningarna gör hovrätten delvis en annan bedömning än tingsrätten. De anser att målsäganden har gett sitt samtycke till den sexuella sam-



varon även om det i vissa fall föregått av ett visst tjtande från P.H:s sida. Att målsäganden innerst inne varit osäker på om hon verkligen ville ha samlag kan inte påverka målsägandens samtycke till samlagen så därför skall alla de andra samlagen bedömas som sexuellt utnyttjande av barn.

### **Kommentar**

Huvudregeln är att det i alla fall där en person över 15 år har samlag med någon under 15 år skall bedömas som våldtäkt mot barn om det inte är uppenbart att målsäganden med hänsyn till mognad och omständigheterna i övrigt har haft möjlighet att ta ställning till situationen. Samlagen skall också ha varit helt frivilliga från målsägandens sida. Jag anser att det är intressant att tingsrätten gör olika bedömningar angående de samlag som skedde inom ramen för P.H:s och målsägandens förhållande. Enligt målsäganden var skillnaden mellan de tre första samlagen och de senare att hon inte njöt av de senare samlagen samt att hon enbart ställde upp på dessa för att hon älskade P.H. och inte ville förlora honom. Det finns dock inget i vare sig P.H:s eller målsägandens berättelser som tyder på att detta var något som P.H. hade någon kännedom om. Tingsätten skriver i sina domskäl att målsäganden i de senare fallen inte kunnat ta ställning till situationen men den förklarar inte varför den drar den slutsatsen. För mig framstår det som klart att tingsrätten egentligen menar att dessa samlag inte var fullt frivilliga och därför kan inte 5 § tillämpas. Jag anser dock att detta leder till ett rättssäkerhetsproblem när ett flertal situationer som för den tilltalade framstår som likadana bedöms på olika sätt på grund av vad målsäganden tänkte men aldrig visade.

Enligt min mening gör hovrätten i detta fall en korrekt bedömning eftersom de inte skiljer de olika tillfällena åt. Förmodligen anser hovrätten i likhet med mig att det skulle vara ett alltför stort rättssäkerhetsproblem om målsägandens innersta tankar fick bestämma vilken brottsrubricering en åtalad handling får.

#### *6.2.2.4 B 482-10 Hovrätten för nedre Norrland*

### **Tingsrätten**

D.A., 37 år åtalas för att han vid tre tillfällen haft samlag med målsäganden som vid gärningstillfället var 14 år. D.A. var en vän till målsägandens far och hade därför

träffat målsäganden vid upprepade tillfällen och under sommaren 2009 inledde D.A. och målsäganden en vänskapsrelation och de hade omfattande kontakter via SMS och MSN. De träffades också och gick ut med sina hundar vid ett flertal tillfällen. I augusti hade de samlag med varandra vid tre tillfällen. Både D.A. och målsäganden uppger att det inte förekommit några inslag av våld eller tvång i samband med samlagen. Enligt D.A. var samlagen fullt frivilliga från bådassida. Enligt målsäganden ville hon egentligen inte ha samlag med D.A. men hon kunde inte säga nej när han frågade. Detta faktum bortser tingsrätten ifrån eftersom det för D.A. framstod som om hon ville ha samlag eftersom hon inte på något sätt gav uttryck för att hon inte ville ha samlag.

Eftersom målsäganden fyllt 14 år anser tingsrätten att åldern inte i sig kan utgöra några hinder för att beakta hennes samtycke och därför skall D.A. dömas för sexuellt utnyttjande av barn. Ansvarsfrihetsregeln kan inte komma på fråga på grund av den mycket stora ålderskillnaden mellan D.A. och målsäganden och D.A. döms därför för sexuellt utnyttjande av barn till fängelse i 8 månader.

### **Hovrätten**

Hovrätten gör samma bedömning som tingsrätten vad gäller brottsrubriceringen och anser att det brott D.A. gör sig skyldig till är av mindre allvarlig art eftersom målsäganden är tillräckligt gammal för att hennes samtycke skall tas i beaktande och därför skall han dömas för sexuellt utnyttjande av barn. Hovrätten anser dock att de omständigheterna att målsäganden haft ett helt år kvar till åldern för sexuellt självbestämmanderätt, att D.A. kände till målsägandens ålder, den stora ålderskillnaden mellan parterna samt att D.A. var vän med målsägandens far och därtill en person som målsäganden borde ha kunnat lita på, medför ett högre straffvärde än de 8 månader som D.A. dömdes till i tingsrätten och han döms till fängelse i 1 år och 2 månader.

### **Kommentar**

Jag anser detta fall vara av intresse eftersom detta enligt min tolkning av förarbetena är ett fall där 5 § inte kan tillämpas. 5 § skall tillämpas mycket restriktivt och enbart i fall där det är uppenbart att samlaget är fullt frivilligt och ingen otillbörlig påverkan skett. I det här fallet är det en vuxen man, som dessutom är vän med flickan

pappa som utnyttjar det överläge han har för att få målsäganden att ha samlag med honom. Det framkommer inte heller att målsäganden och D.A. skulle ha haft ett kärleksförhållande med varandra. Tvärtom framkommer att D.A. är gift och har fyra barn och att hans och målsägandens förhållande enbart var ett vänskapsförhållande. På grund av den stora ålderskillnaden, deras förhållande samt att D.A. var vän med flickans far anser jag talar för att det skett en otillbörlig påverkan och förutsättningarna för att tillämpa 5 § är därför inte uppfyllda. Anmärkningsvärt är att hovrätten räknar upp ett antal försvårande omständigheter i straffvärdebedömningen, vilka jag anser torde ses som försvårande vid val av brottsrubricering istället.

### **6.2.3 Ansvarsfrihetsregeln**

#### ***Målsäganden 13 år***

##### *6.2.3.1 B 1985-08 Göta Hovrätt*

#### **Tingsrätten**

A.H. åtalades för våldtäkt mot barn eftersom han vid upprepade tillfällen haft vaginala och orala samlag med målsäganden som vid gärningstillfällena hade ett par veckor kvar till sin 14-årsdag. A.H. var vid tillfällena cirka 15 år och 7 månader. A.H. erkänner att han haft två vaginala samlag med målsäganden men bestrider vad åklagaren för övrigt lägger honom till last.

Tingsrätten beslutar att ogilla åtalet och eftersom den tilltalades namn är offentligt väljer tingsrätten att sekretessbelägga domskälen eftersom dessa skulle avslöja vem målsäganden är då hennes och den A.H:s relation varit känd. På grund av vad målsäganden redan fått utstå och hennes ringa ålder, samt det faktum att åtalet ogillas anser tingsrätten vara tillräckligt för att det enskilda intresset skall anses överväga intresset av offentlighet.

#### **Hovrätten**

Hovrätten gör bedömningen att tingsrättens beslut om sekretess skall bestå, samt att målsägandens identitet även i fortsättningen bör vara sekretessbelagd. Hovrättens domskäl är dock offentliga och kan redovisas. I hovrätten yrkar åklagaren att A.H.

skall dömas för våldtäkt mot barn alternativt sexuellt utnyttjande av barn, och miss-handel.

I hovrättens domskäl framkommer att den i likhet med tingsrätten finner att målsäganden gör ett trovärdigt intryck. Hennes berättelse i hovrätten stämmer till stor del överens med den utsaga hon lämnat i tingsrätten. Den redogörelse hon lämnar präglas också av återhållsamhet och har varit i avsaknad av överdrifter. Dock har berättelsen inte varit helt igenom sammanhängande och i de delar som den skiljer sig från A.H:s utsaga har hon inte kunnat berätta om så många detaljer. Detta anser hovrätten dock är normalt med hänsyn till målsägandens ålder. Målsägandens berättelse vinner också stöd av en vittnesutsaga. Trots detta är hovrätten något skeptisk till målsägandens berättelse eftersom hon i polisanmälan uppgett att det skett färre samlag än de hon senare berättar om. Dessutom skall ett oralt samlag ha skett när A.H. bevisligen var bortrest. Till detta kommer också att det var A.H. som gjorde slut med målsäganden och att hennes reaktion i efterhand kan ha påverkats av detta samt att hon var rädd för sin familjs reaktioner.

Även A.H:s berättelse är summarisk i beskrivningen av hans och målsägandens sexuella relation. I allt väsentligt har dock också han lämnat sin berättelse på ett trovärdigt sätt. Att han dessutom medger två av samlagen anser hovrätten tala för att hans berättelse inte kan lämnas utan avseende.

Hovrätten anser på grund av det anförda att åklagarens gärningspåståenden får stöd av utredningen men att de inte kan anses styrkta i mer än de två fall som A.H. har medgett. Av hans medgivande framgår att han vid två tillfällen, inom ramen för en kärleksrelation har haft samlag med målsäganden några veckor innan hon skulle fylla 14 år. Det är heller inte visat annat än att dessa två samlag varit frivilliga från målsägandens sida och de har skett utan otillbörlig påtryckning från A.H:s sida. Mot denna bakgrund anser hovrätten det klart att gärningen är att bedöma såsom sexuellt utnyttjande av barn. Hovrätten diskuterar vidare huruvida ansvarsfrihetsregeln kan tillämpas i förevarande fall. Eftersom målsäganden och A.H. hade samlag inom ramen för ett kärleksförhållande får det anses att deras relation - trots sin kortvarighet - varit nära och god. Det har inte heller framkommit något som tyder på att det förekommit någon otillbörlig påverkan. Vid hovrättens huvudförhandling har också

målsäganden och A.H. framstått som jämbördiga i fråga om utveckling och mognad och därför drar hovrätten slutsatsen att detta var fallet även vid gärningstillfällena. Angående målsägandens unga ålder hänvisar hovrätten till NJA 2007 s. 201 där Högsta domstolen synes ha förutsatt att bestämmelsen är tillämplig även om målsäganden är strax över 14 år. Detta medför att inte heller åldern i det här fallet ansågs vara ett hinder. På grund av det anförda samt den ringa ålderskillnaden mellan A.H. och målsäganden sluter sig hovrätten till tingsrättens bedömning att åtalet skall ogillas.

### **Kommentar**

På grund av sekretessen är det problematiskt att göra ett uttalande om denna dom eftersom det inte framkommer några faktiska omständigheter om vad som skett i anslutning till samlagen. Det jag kan finna märkligt är att åklagaren även yrkar att A.H. skall dömas för misshandel mot målsäganden. Detta fäster dock hovrätten ingen vikt vid utan hänvisar till tingsrättens bedömning vilket då torde tyda på att denna kan avfärdas helt eftersom hovrätten vidare hävdar att det inte finns något som tyder på att det skett någon otillbörlig påverkan.

I det här fallet anser jag att offrets handlande verkar ha haft en stor påverkan på utgången i målet. Det faktum att hon misstar sig på antalet tillfällen som samlagen skett håller hovrätten som en faktor som talar emot målsäganden. Trots detta är hovrätten mycket noga med att skydda målsäganden då hennes identitet sekretessbeläggs. Jag anser att detta visar på en tydligt viktimisering i kombination med skuldbeläggande. Målsäganden blir klassificerad som ett offer genom de hänsyn som tas till henne. Samtidigt, om samlagen var fullt frivilliga och det uppenbarligen inte inneburit något övergrepp mot målsäganden borde inte behovet finnas att skydda hennes såsom ett offer för ett övergrepp. Jag anser här att tingsrätten och hovrätten är inkonsekventa i behandlingen av målsäganden. Vidare finner jag det anmärkningsvärt att hur domstolen kan göra bedömningen att en 13-åring är mycket nära åldern för sexuell bestämmanderätt då det enbart torde vara dessa fall som kan hänföras till 14 §.

### 6.2.3.2 B 826-09 Hovrätten för nedre Norrland

#### **Tingsrätten**

E.S. åtalas för sexuellt utnyttjande av barn med gärningsbeskrivningen att han under två tillfällen under december 2008 har haft samlag med målsäganden född 1995. E.S. var vid tillfället nyss fyllda 17 år. E.S. medger de faktiska omständigheterna men anser att åtalet skall ogillas med hänvisning till 6 kap 14 §.

E.S. och målsäganden träffades under november/december genom en kamrat till målsäganden. De fortsatte sedan att träffas men alltid med andra kamrater närvarande. E.S. sov sedan tillsammans med andra kamrater över hos målsäganden och de hade då samlag med varandra. Samlaget var inte planerat men skedde på bådass initiativ. Senare hade de även samlag en gång till hemma hos E.S. också denna gång på bådass initiativ. E.S. kände till att målsäganden enbart var 13 och ett halvt år. De slutade att träffas när det framkom till E.S. att han blivit anmäld av socialtjänsten efter att flickans morfar kontaktat den.

Tingsrätten anser det utrett att samlagen har skett och därför har ett sexuellt utnyttjande av barn skett. Dock uppkommer frågan om förutsättningar finns att ogilla åtalet. Tingsrätten börjar med att konstatera att samlagen förefaller ha varit helt frivilliga och ömsesidiga utan någon otillbörlig påverkan från E.S:s sida. Dock anser tingsrätten att målsägandens låga ålder samt det faktum att ålderskillnaden inte är obetydlig medför, trots E.S. uttalande om att själv betraktar sig som mindre mogen för sin ålder, att E.S. inte kan gå fri från ansvar.

#### **Hovrätten**

Hovrätten börjar med att konstatera, i likhet med tingsrätten att inget otillbörligt i form av övertalning, tvång eller berusningsmedel har förekommit. Vidare konstateras Högsta domstolen i NJA 2007 s. 201 ansåg att skillnaden i ålder mellan en flicka som var 14 och ett halvt år och en pojke på 17 år inte utgjorde hinder mot att tillämpa ansvarsfrihetsregeln. Vidare hänvisar hovrätten till NJA 2006 s. 79 I, där HD ansåg att en ålder av 13 år och 10 månader inte i sig utgjorde något hinder för att beakta frivilligheten. Vidare konstateras att det inte framgår vare sig i förarbetena eller i HD:s praxis vad som kan anses vara ringa skillnad i ålder och utveckling uttryckt i år och månader. Även om 14 år nämns i förarbetena anser inte hovrätten att

detta måste betyda en fix åldersgräns för beaktandet av frivilligheten vid 14 år. I det fall det är uppenbart att den sexuella handlingen inte inneburit något övergrepp på målsäganden skall således inte åldern utgöra något hinder. Hovrätten finner inget annat än att det varit en helt frivillig och ömsesidig sexuell relation mellan två ungdomar i ett kamratgäng. Målsäganden har heller inte uppgivit att hon själv anser sig utsatt för ett övergrepp och med detta i beaktande ogillar hovrätten åtalet mot E.S.

De två hovrättsråden var dock skiljaktiga i ansvarsdelen och ville fastställa tingsrättens dom.

### **Kommentar**

Av intresse här är att tingsrätten gör en helt annan bedömning än som gjorts i tidigare domar där det har ansetts åldern 13 år och några månader är en tillräcklig ålder för att själv ta ställning till situationen. Denna dom är enligt min tolkning av förarbetena helt korrekt.

I förarbetena uttrycks mycket klart att ansvarsfrihetsregeln skall tillämpas med restriktivitet. Huvudregeln, även i fall då en 16 åring och en 14 åring har samlag är fortfarande att det skall bedömas som våldtäkt mot barn. I detta fall har åklagaren inte ens väckt åtal för detta utan nöjer sig med att väcka åtal för sexuellt utnyttjande av barn trots att offret enbart är 13 år och ett halvt år.

Enligt förarbetena kan ansvarsfrihetsregeln endast komma på fråga då målsäganden är mycket nära 15 - årsgränsen. En flicka på 13 och ett halvt år kan inte anses vara mycket nära den gränsen. Enligt förarbetena skall också hänsyn tas till relationen mellan offer och gärningsman. I detta fall var det på intet sätt fråga om en kärleksrelation utan parterna träffades enbart tillsammans med sina kamrater. Vid både de tillfällen då samlagen skett har dessutom flera kamrater sovit över i samma bostad som samlagen skett. Detta anser inte jag tala för att samlagen varit fullt så ömsesidiga som domstolarna anser.

## 7 Doktrin om tillämpningen av 2005 års sexualbrottslag

### 6.1 Felaktig tillämpning

#### 6.1.1 Madeleine Leijonhufvud

Efter att HD meddelat dom i NJA 2006:13 s 79 I och II den 7 mars 2006 kom stor medial uppmärksamhet att riktas mot hur den nya lagen tillämpades. Detta var första gången HD prövade den nya regleringen av sexualbrott mot barn. Madeleine Leijonhufvud, professor i straffrätt har riktat skarp kritik mot HD:s bedömning i dessa båda fall. I Dagens Nyheter skrev hon bland annat:

*”Man kan, som DN:s huvudledare dagen efter domen, undra om HD i brist på empati prioriterat våldtäktsmäns rättssäkerhet framför skyddet av barns kroppsliga integritet. De höga justitieråden tycks ha kunnat sätta sig in i de åtalade männens situation. Men förstår de sig på barn?”<sup>96</sup>*

Vidare fortsätter Madeleine Leijonhufvud med att konstatera att:

*”Justitieråden förstår sig definitivt inte på den nya sexuallagen - och de tycker inte om den.”<sup>97</sup>*

Det första målet var NJA 2006 s. 79 I där HD ansåg att flickan uppnått en ålder (13 år och 10 månader) där denna inte kunde anses som ett hinder mot att beakta frivilligheten och därför dömdes mannen för sexuellt utnyttjande av barn.<sup>98</sup> Två justitieråd var skiljaktiga och ville istället döma för våldtäkt mot barn. De hänvisade i sin motivering till förarbetena till den nya lagen där det framgår att endast de fall där offret varit mycket nära 15-årsgränsen innefattas i 5 § och de menar vidare att en viss påtryckning och beroendeförhållande kan anses ha förelegat i detta fall. Vidare syns en skepsis till den nya lagen när de skriver att även om brottsbetäckningen våldtäkt mot barn inte speglar den gärning som begåtts bör mannen i enlighet med förarbetena dömas för våldtäkt mot barn.

---

<sup>96</sup> Madeleine Leijonhufvud i Svenska dagbladet den 11/4 2006

<sup>97</sup> Madeleine Leijonhufvud i Svenska dagbladet den 11/4 2006

<sup>98</sup> Leijonhufvud JT - 2005-2006 nr. 4 s. 900



Madeleine Leijonhufvud instämmer med de två skiljaktiga justitieråden och hon anser det förvånande att HD i sin motivering uttryckligen pekar på omständigheten att flickan inte var 14 år fyllda i sin straffvärdebedömning men bortsett från detta faktum vid val av brottsrubricering. Dessutom har de något motsägelsefullt skrivit att samlaget varit ”fullt frivilligt” från flickans sida för att senare konstatera att ”den som är under 15 år, helt oberoende av förhållandena i övrigt, inte är mogen att själva ta ställning till sexuella handlingar av mer kvalificerad art”. Leijonhufvud anser därför att den logiska ”rättsliga” slutsatsen därför borde ha varit den som de skiljaktiga justitieråden dragit och hon menar att detta är ett exempel på en klart felaktig rättstillämpning.<sup>99</sup>

I NJA 2006 s. 79 II ansåg HD att man med hänsyn till omständigheterna får anse att mannen uppfattat samlaget som frivilligt från flickans sida och eftersom det var kort tid kvar till flickan skulle fylla 15 år bör inte gärningen bedömas som våldtäkt mot barn utan enbart som sexuellt utnyttjande av barn. Dock ansåg HD vidare att gärningen var att bedöma som allvarlig eftersom flickan varit vaken hela natten och var tämligen berusad vid tillfället för samlaget och dessa omständigheter var kända för gärningsmannen. Därför bestämdes påföljden till fängelse i ett år. Det skiljaktiga justitierådet åberopade även här förarbetsuttalandena om restriktivitet vid tillämpning av 5 § och att den förutsätter att flickan med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt haft förutsättning att bedöma och ta ställning till situationen. Eftersom mannen kände till att flickan hade varit vaken hela natten och att hon var berusad borde han i allt fall i nyktert tillstånd ha förstått att flickan inte var kapabel till att ta ställning till samlaget.<sup>100</sup>

Madeleine Leijonhufvud är än mer kritisk till denna dom än den tidigare. Hon anser det förbryllande att HD först konstaterar att en tillämpning av 5 § kräver att samlaget bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet mellan parterna för att sedan konstatera att detta skall bedömas som ett allvarligt fall av sexuellt utnyttjande av barn eftersom det rör sig om en vuxen mans utnyttjande av en berusad och utvakad fjortonårig flicka. Hon frågar sig hur det är möjligt att bedöma gärningen som all-

---

<sup>99</sup> Leijonhufvud JT - 2005-2006 nr. 4 s. 901-902

<sup>100</sup> Leijonhufvud JT - 2005-2006 nr. 4 s. 902-903

varlig men ändå få in det inom den brottsgrad som förutsätter att brottet ”med hänsyn till omständigheterna vid brottet är att anse som mindre allvarligt”.

Leijonhufvud anser att HD varit starkt påverkad av uppfattningen att straffskalan för våldtäkt mot barn är mycket sträng och även att rubriceringen känns inadekvat. HD har uppenbart strävat efter att undvika att tillämpa den. Leijonhufvud menar att justitieråden i domen återger och bekymrar sig över de ”till synes kategoriska uttalanden som görs i propositionen om att det vid övergrepp mot barn framstår som främmande att laborera med uttryck som frivillighet och samtycke”. Det bjuder den emot att döma den som kunnat ha samlag med en 13-åring eller en berusad 14-åring utan att behöva använda vare sig våld eller hot för ett brott som kallas våldtäkt, och att vara tvungna att döma till två års fängelse. Detta är enligt Leijonhufvud de facto ett avsteg från lagstiftarens helt nyligen i demokratiskt ordning fattade beslut om vad som skall gälla. Eftersom HD:s domar är prejudicerande ställer detta domstolar runt om i landet i en besvärlig situation. Om de väljer att döma i enlighet med förarbetena i ett likartat fall kommer domen garanterat överklagas vilket enbart leder till en utdragen och jobbig rättsprocess för barnet som är målsäganden i målet.<sup>101</sup>

### **7.1.2 Per Ole Träskman**

Per Ole Träskman har i festskrift till Madeleine Leijonhufvud visat sitt stöd för hennes åsikter och han synes hålla med om att domstolen har hanterat de nya bestämmelserna i 6 kapitlet BrB på ett felaktigt sätt. Dock konstaterar han vidare att det finns svårigheter när man utökar specifika grupperns rättigheter i det här fallet kvinnor och barn. En ökad rättighet för en grupp får inte medföra att den anklagades rättigheter kränks. Att skydda individens sexuella autonomi är ett viktigt mål för samhällsarbetet. Men det finns dock begränsningar och de straffrättsliga medlen är trubbiga. De fungerar särskilt dåligt i de fall det inte råder full överensstämmelse mellan människors känslor och värderingar, det ”allmänna rättsmedvetandet” och lagstiftningen och rättstillämpning. Träskman konstaterar vidare att det idag inte råder någon konsensus om vad som är och vad som bör vara våldtäkt och människor i skilda läger har svårt att se sina meningsmotståndare som något annat är förklädda djävlar. Det är alltså mycket viktigt att lagstiftaren och rättstillämparen försöker

---

<sup>101</sup> Leijonhufvud JT - 2005-2006 nr. 4 s. 904

finna en god balans mellan uppgiften att beivra brott och att skydda den enskildes rättssäkerhet.<sup>102</sup>

### 7.1.3 Christian Diesen och Eva F. Diesen

Christian Diesen, professor i processrätt vid Stockholms universitet och Eva F. Diesen, djurrättsaktivist och brottsofferforskare har utvärderat hur kvinnor och barn bemöts av rättsväsendet efter att de utsatts för ett sexualbrott. 2005 års sexualbrottslag skulle öka skyddet för barn och ungdomar, bland annat genom att domstolarna inte längre behöver göra någon bevisvärdering huruvida målsäganden motsatt sig samlag eller inte. Det skulle vara våldtäkt mot barn ändå. Enligt Diesen och Diesen har dock inte denna förändring bevismässigt skett. Lagen har dock skapat tillämpningsproblem då det funnits påstådd ömsesidighet, menar de. Diesen och Diesen hävdar vidare att HD bör kritiseras för sina avgöranden i NJA 2006 s. 79 I och II då det i dessa fall inte handlat om någon relation mellan männen i fallet och flickorna och därför bör frivilligheten i dessa båda fall ifrågasättas. Diesen och Diesen hävdar att det möjligtvis är så att den drastiska formuleringen av brott som våldtäkt mot barn lett till ett visst motstånd mot den grövre brottsrubriceringen. Domstolen värjer sig mot att använda våldtäktsbegreppet för tonåringar och menar att de själva får ta ansvar för sin sexualitet.<sup>103</sup>

Attityden att man värjer sig mot våldtäktsbegreppet skulle också kunna medföra att benägenheten att erkänna det brottet skulle minska efter lagändringen, anser Diesen och Diesen. Detta är dock inget som får stöd i deras egna undersökningar. Inte heller finns det något som tyder på att antalet anmälningar skulle ha ökat eller minskat, åtals- och fällandefrekvensen är densamma, liksom bevismöjligheterna och bevisföringen.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> Träskman 2007 s. 336

<sup>103</sup> Diesen och Diesen 2009 s. 161

<sup>104</sup> Diesen och Diesen 2009 s. 161-162

## 7.2 Korrekt tillämpning

### 7.2.1 Josef Zila

Josef Zila, docent i straffrätt vid Stockholms universitet, har kommenterat Madeleine Leijonhufvuds kritik mot NJA 2006 s. 79 I och II i en debattartikel i Juridisk Tidskrift. Han anser att HD på ett mycket pedagogiskt sätt för ett resonemang om gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn.<sup>105</sup> Han menar att HD gör en väl avvägd bedömning av helhetsbedömning av samtliga omständigheter i målet och då kommer fram till att brottens straffvärde är betydligt lägre än vad som skulle motsvara det lägsta straffet för våldtäkt mot barn, två års fängelse. Det rör sig, enligt Zila, om helt frivillig sexuell samvaro med flickor som var relativt nära, samt mycket nära, åldern för sexuellt självbestämmande och att rubricera dessa handlingar som våldtäkt mot barn ter sig orimligt. Det kan därför inte råda några som helst tvivel om avgörandena i NJA 2006 s. 79 I och II står helt i överensstämmelse med rådande lagstiftning.<sup>106</sup>

Zila har svårt att förstå den kritik som Madeleine Leijonhufvud samt andra som delar hennes åsikter riktar mot HD. Det förefaller, enligt Zila, som att det är de tilltalades ålder, kring 25 år, samt målsägandens ålder på 13 år och 10 månader som varit avgörande för kritikerna. Zila menar att åldern hos gärningsmannen och målsäganden visserligen kan vara viktig för bedömningen för om brottet är att anse som mindre allvarligt. Dock får inte åldern vara avgörande utan även andra omständigheter i målet måste ha betydelse för brottets svårighetsgrad.<sup>107</sup>

### 7.2.2 SOU 2010:71

2008 års sexualbrottskommitté har även den diskuterat frågan om domstolarna kan anses följa lagstiftarens intentioner med den nya lagen. En slutsats som kommittén drar är att det råder inkonsensus inom juristkåren huruvida domstolarna tillämpar lagstiftningen på ett korrekt sätt. De advokater som tillfrågats anser att Högsta domstolen har tillämpat lagen på ett korrekt sätt och det råder en bra balans mellan gär-

---

<sup>105</sup> Zila JT - 2007-2008 nr. 2 s. 553

<sup>106</sup> Zila JT - 2007-2008 nr 2 s. 557-558

<sup>107</sup> Zila JT - 2007-2008 nr 2 s. 558

ning, kränkning och straff.<sup>108</sup> Vid samråd med andra juridiska aktörer framkommer dock åsikten att Högsta domstolen i NJA 2006 s. 79 I och II har frångått lagstiftarens vilja. Bland annat är åklagarkåren mycket kritisk till hur 2005 års sexualbrottslag har tillämpats. Det framkommer också att dessa båda fall har fått ett mycket stort genomslag i underrättspraxisen. Barnombudsmannen anser att rubriceringen sexuellt utnyttjande av barn används i så stor utsträckning att denna mer eller mindre kan ses som huvudregel och våldtäkt mot barn som undantag.<sup>109</sup>

Vidare framkommer att åklagarna ger bilden av att om det finns någon form av relation mellan parterna och samlaget sker med någon som är över 13 år så bedöms gärningen regelmässigt som sexuellt utnyttjande av barn av domstolarna. Domstolarna å sin sida menar att åklagarna väcker åtal för sexuellt utnyttjande även i de fall inga förmildrande omständigheter finns.<sup>110</sup> Det råder också delade meningar huruvida 2005 års sexualbrottslag har lett till en straffskärpning jämfört med tidigare. Vissa anser att så är fallet medan andra menar att det inte är någon skillnad alls.<sup>111</sup>

2008 års sexualbrottskommitté drar efter en genomgång av rättsläget sin egen slutsats kring domstolarnas tillämpning av 2005 års sexualbrottslag. De konstaterar att det inte finns något som talar för att tillämpningsområdet för ansvarsfrihetsregeln i 14 § är varken för stort eller för litet. Det förefaller istället vara mycket väl avvägt och används med stor restriktivitet. Vidare konstaterar kommittén att deras utredning inte ger vid handen att tillämpningsområdet för våldtäkt mot barn blivit för omfattande.<sup>112</sup> Det som har diskuterats är snarare om sexuellt utnyttjande av barn fått ett alltför långtgående tillämpningsområde. Kommittén fastslår i frågan att det är klart att bland de fall domstolarna rubricerats som sexuellt utnyttjande av barn finns det de som helt klart framstår som ”mera allvarliga” än de exempel som ges i propositionen. En tydlig nedre åldersgräns för när brottet sexuellt utnyttjande kan komma ifråga tycks vara att målsägandens ålder inte får understiga 13 år. Dock har kommittén funnit några fall i underrättspraxisen där målsäganden varit 12 år. Detta får dock anses utgöra undantagsfall stridande mot gängse praxis. Kommittén anser dock inte

---

<sup>108</sup> SOU 2010:71 s. 316

<sup>109</sup> SOU 2010:71 s. 316

<sup>110</sup> SOU 2010:71 s. 316

<sup>111</sup> SOU 2010:71 s. 317

<sup>112</sup> SOU 2010:71 s. 324

att detta innebär att sexuellt utnyttjande av barn fått ett för stort tillämpningsområde i förhållande till lagstiftarens vilja. Våldtäkt mot barn skall fortfarande reserveras för de allvarligaste brotten. Kommittén sammantagna bild ifråga om gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn är istället att hänsynen till olika omständigheter generellt framstår som väl avvägd samt att domstolarnas tillämpning inte står i strid med syftet med 2005 års sexualbrottslagstiftning. Dock efterfrågar kommittén att domstolarna i framtiden vinnlägger sig om att tydligt visa hur de värderar olika omständigheter.<sup>113</sup>

---

<sup>113</sup> SOU 2010:71 s. 324-326

## **8 Analys**

Enligt lag och förarbeten är det vissa faktorer som skall ha betydelse vid bedömningen om ett brott skall hänföras till 4 § våldtäkt mot barn, 5 § sexuellt utnyttjande av barn eller 14 § om ansvarsfrihet. Dessa faktorer är de som kommer att analyseras utifrån domstolarnas tillämpning. Domstolarnas syn på målsäganden kommer också att granskas för att se om den kan ha haft betydelse för utgången i målet.

### ***8.1 Fullständig frivillighet och ömsesidighet***

I både proposition 2004/05:45 och SOU 2001:14 framgår att de inte anser att barn under 15 år kan samtycka till sexuella handlingar och ett av syftena med ändringarna i sexualbrottslagen var att minimera fokus på brottsoffrets agerande eftersom det, som det uttrycks i SOU:n är: ”olämpligt att fokusera på om barnet deltagit frivilligt”. I propositionen uttrycks vidare: ”Att ens tillmäta barnets beteende någon betydelse ansågs i den juridiska debatten helt orimligt...” och ”Även samlag mellan en 15 åring och en 14 åring som båda samtyckt till den sexuella handlingen skall bedömas som våldtäkt mot barn”.

Samtidigt konstateras att en sexuell handling som bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet där den unge närmar sig åldern för sexuell bestämmanderätt skall alltså dömas enligt den mindre stränga paragrafen sexuellt utnyttjande av barn.

Dessa något inkonsekventa uttalandena har lett till att samtycket, och då främst diskussionen kring huruvida den sexuella handlingen byggt på fullständig frivillighet och ömsesidighet, i praktiken har fått en mycket stor betydelse för utgången i de ovan refererade målen. Fråga uppkommer då vilka faktorer som varit avgörande vid domstolarnas bedömning av om samlaget byggt på fullständig frivillighet och ömsesidighet.

#### **8.1.1 Otillbörlig påverkan**

För att en sexuell handling skall anses vara fullständigt frivillig och ömsesidig krävs att de inte förekommit någon otillbörlig påverkan eller något tvång. I NJA 2006 s. 79 I ansågs inte den tilltalades hot om att ha sex med sin fru i det fall målsäganden inte ställde upp på samlag som någon otillbörlig påverkan. Inte heller ansågs det i

mål nr. B 3130-08 Göta hovrätt, som otillbörlig påverkan när den tilltalade tjatade på målsäganden samt visade aggressiva tendenser om målsäganden vägrade.

I RH 2010:12 ansåg hovrätten att gärningsmannen utnyttjat det psykologiska övertag som han hade på grund av sin ålder samt den information han hade om målsäganden för att manipulera målsäganden till att ha samlag med honom. Efter varje samlag köpte han kläder till målsäganden vilket, enligt hovrätten sammantaget får anses vara en otillbörlig påverkan. En liknande slutsats kom hovrätten fram till i RH 2006:32 där det faktum att den tilltalade kände till att målsäganden varit deprimerad, samt varit intagen på psykiatrisk klinik, i kombination med att han bjöd flickan på alkohol gjorde att det ansågs som om det skett en otillbörlig påverkan. Detta trots att det är fastslaget att målsäganden deltog frivilligt i de sexuella handlingarna och till och med initierade dem. Enbart det faktum att målsäganden befann sig i en utsatt situation med en mycket äldre man torde dock inte kunna föranleda att det skall anses att som om någon otillbörlig påverkan skett utan det krävs även att gärningsmannen bjuder målsäganden på någonting materiellt.<sup>114</sup>

För att de skall anses förekomma någon otillbörlig påverkan krävs alltså att målsäganden varit i en mycket utsatt situation, att gärningsmannen är mycket äldre än målsäganden samt att denne lockat målsäganden med gåvor eller alkohol. Detta anser jag vara en alltför snäv tolkning av begreppet otillbörlig påverkan med hänvisning till uttalanden i förarbetena om att 5 § skall tillämpas mycket restriktivt. Enligt min mening även måste kunna anses vara otillbörlig påverkan att utnyttja sin roll som exempelvis arbetsgivare eller som vän med målsägandens far.<sup>115</sup>

### **8.1.2 Målsägandens ålder**

I SOU:n görs en noggrann utredning om vilken åldersgräns som bör gälla som ålder för sexuell självbestämmanderätt och man kommer fram till att 15 år fortfarande bör gälla. Enligt propositionen behövs ett absolut skydd för barn under 15 år att bli utsatta för alla former av sexuella handlingar. Enligt detta uttalande bör således målsägandens ålder, så länge denne är under 15 år, inte ha någon betydelse för tillämpningen av 2005 års sexualbrottslag. Dock nämns i propositionen att det är en förut-

---

<sup>114</sup> Se Mål nr. B 2850-06 Svea Hovrätt

<sup>115</sup> Se NJA 2006 s.79 I samt mål nr. B 482-10 Hovrätten för nedre Norrland



sättning för att bedöma brottet som mindre allvarligt är att målsäganden närmar sig åldern för sexuell självbestämmanderätt. Vilken denna ålder är klargörs inte i förarbetena men på grund av att bestämmelsen skall tillämpas restriktivt torde målsäganden i alla fall vara nära 15 år, samt objektivt sätt vara lika mogen som en 15 åring normalt är.

Av intresse är att HD redan i NJA 2006 s. 79 I slår fast, utan närmare diskussion att åldern 13 år och 10 månader inte i sig utgör något hinder mot att beakta frivilligheten eftersom det dessutom inte framkommer några uppgifter om att flickan skulle ha varit omogen för sin ålder. Uttalanden i propositionen om att barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar ska, enligt HD enbart gälla yngre barn. Här har HD tidigt slagit fast att även åldrar under 14 år är att anse som tillräckligt nära åldern för sexuell självbestämmanderätt för att frivilligheten skall kunna beaktas. Detta syns sedan genomgående i rättsfallen där domstolarna allt som oftast hänvisar till detta uttalande.<sup>116</sup> I NJA 2006 s. 510 har åldern hos målsäganden mer eller mindre ensamt haft betydelse för om de sexuella handlingarna skulle bedömas som våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn. Vidare instämmer jag med 2008 års sexualbrottskommitté om att det i praxis synes ha utkristalliserat sig en tydlig nedre åldersgräns om 13 år för när 5 § skall kunna tillämpas. Detta kan dock komma att ändras och hovrätten har i RH 2010:24 lämnat det öppet för en diskussion om barnets mognad i de fall denne enbart är 12 år.

Målsägandens ålder skall också vara en avgörande faktor vid bedömningen om ansvarsfrihetsregeln skall tillämpas. I de fallen framgår det klart i propositionen att paragrafen enbart skall tillämpas i de fall målsäganden är mycket nära 15 år. I tillämpningen har dock åldern 13 och ett halvt år inte ansetts utgöra ett hinder mot att tillämpa 14 § vilket i min mening får anses tala emot den mycket restriktiva tillämpningen som propositionen talar om.

Vad gäller ålderskriteriet anser jag i likhet med Madeleine Leijonhufvud att domstolarna har utvidgat tillämpningsområdet lite för långt. Josef Zila tar HD i försvar och menar att målsäganden är relativt nära respektive mycket nära 15-årsgränsen, i NJA

---

<sup>116</sup> Se bl.a. mål nr. B 2850-06 Svea Hovrätt

2006 s. 79 I och II och att det därför är korrekt att tillämpa 5 §. Tyvärr utvecklar inte Zila denna tankegång vilket kanske hade varit behjälpligt för att förstå hur det kan anses som att någon under 14 år är nära åldern för sexuell självbestämmanderätt.

### **8.1.3 Ålderskillnaden mellan målsäganden och gärningsmannen**

Enligt förarbetena har ålderskillnaden en stor betydelse vid avgörandet om en handling kan anses falla in under 14 §. Denna skall då vara ringa. I tillämpningen har dock ålderskillnaden mellan den tilltalade och målsäganden varit den faktor som enskilt haft störst betydelse för om en gärning rubricerats som våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn. Att gärningsmannen varit mycket äldre än målsäganden har i flertalet fall medfört att det inte kan anses som att gärningen är av mindre allvarlig art. För detta har det i hovrätterna dock krävts att gärningsmannen varit över 30 år, alltså minst så dubbelt gammal som offret.<sup>117</sup> Detta trots att gärningarna riktade mot två 13-åringar i NJA 2006 s. 510 inte ansågs som mindre allvarliga på grund av den stora ålderskillnaden. I det fallet var gärningsmannen 22 år. I ett fall var gärningsmannen 37 år och målsäganden 14 år. Denna ålderskillnad ansågs dock inte vara för stor för att gärningen skulle anses som mindre allvarlig. Detta visar att det inte går att dra några säkra slutsatser enbart utifrån hur stor ålderskillnaden är eftersom bedömningarna varit inkonsekventa. Dock kan denna faktor ge vägledning om hur domstolen kommer att bedöma gärningen.

Vid tillämpningen av 14 § är en förutsättning att skillnaden i ålder och utveckling mellan gärningsman och offer är ringa. Denna skillnad går inte att uttrycka i år utan det måste ske en individuell bedömning från fall till fall. I de fall gärningsmannen varit under 18 år och målsäganden över 13 år har dock domstolarna i alla fall jag analyserat tillämpat ansvarsfrihetsregeln.<sup>118</sup> Detta kan diskuteras utifrån uttalandena i propositionen som uttrycker att offret måste vara mycket nära 15-årsgränsen och att ålderskillnaden skall vara ringa. Dock anser jag personligen att domstolen gör rätt i att tillämpa ansvarsfrihetsregeln när gärningsmannen är under 18 år och det står klart att den sexuella handlingen var helt frivillig från målsägandens sida efter-

---

<sup>117</sup> Se RH 2010:13, mål nr. B 3268-06 Göta Hovrätt och RH 2006:32

<sup>118</sup> Se NJA 2007 s. 201, mål nr. B 1985-08 Göta Hovrätt och mål nr. B 826-09 Hovrätten för nedre Norrland

som det ofta är en stor skillnad i mognad mellan tjejer och killar i den åldern. Dock är det viktigt att domstolen fortfarande gör en individuell bedömning.

#### **8.1.4 Målsägandens förutsättning att bedöma situationen**

En förutsättning för att ett barn skall anses ha samtyckt till den sexuella handlingen är att denne, med hänsyn till ålder, mognad och omständigheterna i övrigt har haft förutsättningen att bedöma situationen. Som exempel i doktrin anses att detta inte kan ha skett i det fall barnet var berusad eller påverkad på annat sätt då den sexuella handlingen företogs.

I ett flertal fall påpekar domstolen att det inte finns något som talar för att målsäganden var omogen för sin ålder och detta har då varit en faktor som medfört att frivilligheten kan beaktas.<sup>119</sup> Dock torde uttalandena i förarbeten betyda att barnets mognadsnivå skall vara likvärdig en 15-åring. Så har det inte tolkats i domstol och över huvudtaget har barnets mognadsnivå inte diskuterats i samband med huruvida barnet har haft förutsättning att ta ställning till situationen.

I NJA 2006 s. 79 II ansåg både tingsrätt och hovrätt att det faktum att flickan var berusad vid gärningstillfället samt att hon inte hade sovit på hela natten var omständigheter som måste betyda att flickan inte hade förutsättning att bedöma situationen. HD anser att dessa omständigheter medför att gärningen är av allvarligt slag, men det betyder inte att det går att bortse från att flickan frivilligt haft samlag med den tilltalade. Här håller jag med Madeleine Leijonhufvud att det är märkligt hur HD kan anse att gärningen är av allvarligt slag och ändå döma enligt en paragraf som förutsätter att gärningen är av mindre allvarligt slag. Att HD dessutom inte diskuterar varför de drar den slutsatsen anser jag vara en brist. Enligt min tolkning av förarbetena anser jag detta vara ett fall som uppenbart inte kan anses vara av mindre allvarlig karaktär eftersom målsäganden inte kan sägas ha haft förutsättning att bedöma situationen. Att flickan dessutom var mycket berusad och inte hade sovit på hela natten togs det ingen hänsyn till trots att detta torde ha påverkat hennes förmåga att inse innebörden av sitt handlande.

---

<sup>119</sup> Se bl.a. NJA 2006 s. 79 I samt mål nr. B 3130-08 Göta Hovrätt

I ett annat fall ansågs det faktum att målsäganden var berusad och låg och sov som en faktor som medförde att hon inte ansågs kunna bedöma situationen och gärningsmannen dömdes för våldtäkt mot barn.<sup>120</sup> Tingsrätten i mål nr. B 360-06 ansåg att målsäganden uttalande om att hon inte njöt under tre samlag var en faktor som bidrog till att hon inte kunnat ta ställning till situationen. De utvecklar dock inte detta resonemang.

Som synes är det enbart i ett fåtal fall som domstolen väljer att diskutera om målsäganden har haft möjlighet att ta ställning till situationen. I de fall detta gjorts har slutsatserna varit mycket skilda. Detta gör att det inte går att dra några slutsatser angående domstolarnas tillämpning av denna omständighet. I vissa fall anses en mycket berusad flicka vara kapabel att ta ställning till situationen medan det i andra fall är tillräckligt att målsäganden hävda att hon inte njöt för att domstolen skall anse att hon inte kunnat göra en omdömesgill bedömning.

### **8.1.5 Relationen mellan målsäganden och gärningsman**

Vid tillämpningen av 14 § uttrycks i förarbetena skall hänsyn tas till parternas relation till varandra. Denna skall vara nära och god, men vad som menas med detta lämnar lagstiftaren över till domstolarna att bedöma. HD drar slutsatsen i NJA 2007 s. 201 att en god och nära relation inte kan inskränka sig till rena kärleksförhållanden eller de fall det förekommit någon förälskelse mellan parterna. Detta synes inte heller vara lagstiftarens intention eftersom de i så fall kunde ha skrivit ut det. I detta fall ansågs en kamratrelation vara tillräckligt, vilket torde korrelera med lagstiftarens intention i det fall kamratrelationen är nära och god. Dock är det av vikt att ha i åtanke att en kamratrelation kan se mycket olika ut. I ovan nämnda fall var gärningsmannen storebror till målsägandens väninna och frågan är om det kan anses vara en tillräckligt nära relation. I mål nr. B 826-09 Hovrätten för nedre Norrland ansågs också det faktum att målsäganden och den tilltalade umgicks i samma kamratgång som en omständighet som talade för att de hade en nära och god relation.

---

<sup>120</sup> Mål nr. B 2089-10 Göta Hovrätt

### **8.1.6 Målsägandens agerande**

Som tidigare nämnts var ett av huvudsyftena med en revidering av sexualbrottslagen att minimera fokus på offrets agerande innan, under samt efter den sexuella handlingen. Dock skall domstolen ta hänsyn till de omständigheter som talar för eller emot om den sexuella handlingen skett genom fullständig frivillighet och ömsesidighet. Detta har medfört att offrets agerande fortfarande står i fokus i domstolarnas domskäl i de fall tvekan råder om den sexuella handlingen var frivillig eller ej.

I NJA 2007 s. 201 hävdade målsäganden att hon sov när den tilltalade påbörjade samlaget med henne och att hon mått så dåligt efter händelsen att hon inte kunnat gå till skolan och dessutom behövt omfattande psykologhjälp. Trots detta ansågs inte målsäganden ha tagit någon skada av det inträffade eftersom den tilltalade sov kvar under natten samt att målsäganden inte berättade om händelsen förrän några dagar senare. Detta medförde att åtalet ogillades enligt 14 § trots att det uttryckligen krävs att det är uppenbart att övergreppet inte inneburit någon skada målsäganden. Detta anser jag vara i strid med lagstiftarens vilja då syftet med lagen var att skydda barn mot alla sexuella handlingar och speciellt sådana där det råder tvivel om att det finns ett samtycke. I NJA 2006 s. 510 sov målsäganden ibland över hos gärningsmannen och detta medförde att gärningen inte kunde anses som så allvarlig att våldtäkt mot barn kunde tillämpas. Liknande resonemang fördes i mål nr. B 2850-06 Svea hovrätt, där det faktum att målsäganden själv valt att rymma hem till gärningsmannen torde ha haft betydelse för utgången av målet och gärningsmannen dömdes för sexuellt utnyttjande av barn.

I några rättsfall hävdar målsäganden att hon sagt nej till samlaget men eftersom hon inte gjort något aktivt motstånd har domstolen bortsett från detta i domskälen. De menar att gärningsmannen kanske inte uppfattade målsägandens nej. Detta beror förmodligen på att det inte går att bevisa att målsäganden gjort motstånd i de fall det enbart varit verbalt och inte aktivt så det säger egentligen ingenting om hur domstolen ser på målsägandens agerande. Dock skall det vara klarlagt att den sexuella handlingen skett genom fullständig frivillighet och ömsesidighet. Att målsäganden hävdar att hon protesterat bör i alla fall diskuteras eftersom det talar för att det kanske förelegat någon form av otillbörlig påverkan.

## **8.2 Brottsoffer i domstolen**

Som konstaterats har det, i de fall det förekommit tvekan om det sexuella umgänget var frivilligt eller ej, fokuserats på hur offret agerat före, under och efter den sexuella handlingen ägde rum. I dessa fall syns det tydligt att domstolen inte anser att målsäganden betett sig som det typiska offret. I det ovan nämnda exemplet NJA 2007 s. 201 var HD tydliga med att det inte kunde anses som att samlaget hade inneburit ett övergrepp mot målsäganden eftersom hon inte anmälde brottet genast och dessutom försökte agera som normalt gentemot gärningsmannen dagen efter brottet begåtts. Detta är ett tydligt exempel på vilka konsekvenser det kan få om inte offret agerar i enlighet med bilden av det ideala offret. Hon blir ifrågasatt och i slutändan inte trodd. Trots att det i detta fall fanns bevis för att flickan mådde psykiskt dåligt efter händelsen. I detta fall blev flickan sedermera också utfryst av sina vänner som ansåg att hon anmält gärningsmannen på felaktiga grunder. Detta stämmer väl överens med Per Ole Träskmans teori om att begreppet våldtäkt idag inte stämmer överens med det allmänna rättsmedvetandet och den behandling flickan utsätts för är en konsekvens av detta. När varken de samhällliga institutionerna eller samhället i stort ser målsäganden som ett offer får detta konsekvensen att hon blir dubbelt utsatt.

I ett annat fall, RH 2010:24 blir det uppenbart att målsäganden inte själv såg sig som ett offer då hon, efter att det framkommit att hon haft en sexuell relation med de två gärningsmännen valde att rymma iväg med en av dem. Detta är en önskad effekt eftersom det bidrar till andra sociala problem, såsom att polisens resurser måste sättas in för att återfinna flickan, än dem som lagstiftningen var tänkt att beivra.

Trots att det synes som att domstolarna inte är beredda att se en målsägande som frivilligt haft sexuell umgänge med en äldre pojke eller man som det typiska brotts-offret är domstolarna noga med att skydda målsäganden genom att sekretessbelägga dennes identitet. I mål nr. B 1985-08 Göta Hovrätt ogillas åtalet mot den tilltalade på grund av att domstolen anser att den sexuella handlingen varit fullständigt frivillig samt att det är klarlagt att den inte inneburit något övergrepp på målsäganden. Oaktat detta är domstolen mycket noga med att skydda flickans identitet och sekretessbelägger till och med tingsrättens domskäl. Detta visar att domstolen trots allt

anser att flickan behöver skyddas och försöker på detta sätt bibehålla barnets skyddsvärdhet.

I flera fall anser jag det uppenbart att domstolen utvidgat tillämpningsområdet för 5 § och 14 § mer än vad lagstiftaren hade som intention med lagen. Min åsikt är att detta beror på att domstolarna instinktivt känner att det är fel att döma för våldtäkt i de fall som målsäganden frivilligt deltagit i den sexuella handlingen. Det är också förståeligt att domstolen känner avoghet att straffa en människa för ett så allvarligt brott som våldtäkt mot barn när inte ens målsäganden anser det vara våldtäkt. Detta anser jag vara en brist med 2005 års sexualbrottslag eftersom detta leder till att det blir svårt att förutse hur domstolarna ska döma. Det blir fortfarande offrets agerande som blir avgörande för hur domstolen tillämpar 2005 års sexualbrottslag.

## **9 Slutsats**

### ***9.1 Har syftet med 2005 års sexualbrottslag uppfyllts***

#### **9.1.1 Ökat skydd för barn och ungdomar**

Ett av huvudsyftena med 2005 års sexualbrottslag var att öka skyddet för barn och ungdomar. Detta genom att förändra människors värderingar och därmed minimera förekomsten av sexuella övergrepp mot barn. Den slutsats jag drar är att barn mellan 13-15 år åtnjuter samma skydd som tidigare då förändringen i praxis inte blivit så stor. Diesen och Diesens undersökningar visar också att 2005 års sexualbrottslag inte har inneburit några förändringar i antalet anmälningar eller i åtals- och fällandefrekvensen. Detta visar att det inte skett någon större förändring i ungdomars sexualvanor eller människors värderingar. Dock anser jag att det är tydligt att domstolarna är mycket måna om att skydda barnen även i de fall de inte anser dem vara det typiska brottoffret. Så utav den anledningen finner jag inte att det krävs några förändringar i lagstiftningen för att ytterligare öka skyddet för barn och ungdomar då jag anser att de redan har det skyddet.

#### **9.1.2 15 år- gränsen för sexuell självbestämmanderätt?**

Jag anser det visat genom denna undersökning liksom SOU 2010:71 att den reella gränsen för sexuell självbestämmanderätt infaller vid 13 års ålder om partnern är omyndig och parterna haft någon form av nära relation. I de fall gärningsmannen varit äldre eller det inte varit en nära relation mellan gärningsman och målsäganden är åldern för sexuell självbestämmanderätt 15 år.

Även om det uttrycks i propositionen att huvudregeln skall vara att en gärning bedöms som våldtäkt mot barn i de fall någon över 15 år har sexuellt umgänge med någon under 15 år anser jag att deras vidare uttalanden om att en gärning kan anses mindre allvarlig om det sexuella umgänget varit fullständigt frivilligt och ömsesidigt visar på att även lagstiftaren anser det osäkert om så borde vara fallet. I likhet med HD:s uttalanden i NJA 2006 s. 79 I om att propositionens yttranden om att barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar, anser jag att detta måste vara menat att gälla för yngre barn. Jag anser dock att domstolarna har utvidgat detta för mycket då utvecklingen gått emot att de per automatik dömer för sexuellt utnyttjande av barn



då barnet är mer än 13 år och gärningsmannen är under 30 år utan att ta någon större hänsyn till de speciella omständigheterna i målet. Jag anser att detta är en alltför stor utvidgning då barnen förmodligen blir påverkade av den vuxnes psykologiska övertag. Dessutom anser jag inte att 13 åringar är så nära åldern för sexuell självbestämmanderätt att ansvarsfrihetsregeln torde kunna tillämpas. Lagstiftaren har här misslyckats i intentionen att skapa ett absolut skydd för barn under 15 år mot att bli utsatta för sexuella övergrepp.

### **9.1.3 Tydligare lagstiftning**

Enligt 1998 års sexualbrottskommitté var det mycket viktigt att lagstiftningen om sexualbrott blev tydligare. I och med att lagstiftaren väljer att inte specificera i lagen vilka fall som skall hänföras till 5 § har detta syfte inte uppfyllts. I förarbetena uttrycks att det är främmande att laborera med begrepp som frivillighet och samtycke gällande barn under 15 år och i nästa stycke diskuteras de fall där ett barn under 15 år frivilligt gått med på samlag skall hanteras. De märks att även lagstiftaren har problem med den nya lagstiftningen eftersom man är angelägen om att vissa situationer fortfarande skall vara straffria men ändå vill lagstiftaren uppnå ett maximalt skydd för barn och ungdomar under 15 år vilket inte går ihop.

Min åsikt är att dessa inkonsekventa uttalanden har medfört att domstolen avsiktligt väljer att frånga lagstiftarens vilja då de upplever det som att förarbetena är oklara och inkonsekventa. Eftersom propositionen avhåller sig från att förklara vad de menar med fullständig frivillighet och ömsesidighet har detta begrepp fått sin innebörd genom praxis och där fått en vidare betydelse än vad som var lagstiftarens avsikt. Detta beror förmodligen på att domstolen varit påverkad av uppfattningen att straffskalan för våldtäkt mot barn är mycket sträng och även att rubriceringen känns in-adekvat och missvisande.

Jag anser i likhet med HD och propositionen att det skulle vara direkt olämpligt och missvisande att bedöma sexuella handlingar mellan två tonåringar som skett genom fullständig frivillighet och ömsesidighet som våldtäkt mot barn. Våldtäkt är även för mig en handling präglad av tvång och ofrivillighet och skall därför öronmärkas för dessa brott. Min slutsats är att domstolarna inte har följt lagstiftarens vilja men dock det allmänna rättsmedvetandet vilket är viktigt då lagen annars förlorar sin legitimi-

tet. Jag tror att det är en viktig slutsats som per Ole Träskman drar när han visar på att det är ett stort problem när det allmänna rättsmedvetandet inte korrelerar med lagstiftningen. Det märks tydligt att justitieråden och hovrättsråden inte anser det korrekt att sätta brottsrubriceringen våldtäkt på fall där inget våld eller hot förkommit. Enligt min mening har därför tillämpningen av lagen lett till en brist i förutsebarheten. Om lag och förarbeten säger en sak och praxis någon helt annan blir det problematiskt både för offer och för gärningsman att förutse vilket brott som faktiskt har begåtts. Ut ett offerperspektiv kan detta leda till en rädsla att anmäla brott av detta slag eftersom en inkonsekvent rättstillämpning bidrar till förvirring och svårigheter att avgöra om ett brott överhuvudtaget begåtts.

### ***9.2 Våldtäktsoffer?***

Trots lagstiftarens intentioner kan det konstateras att offrens agerande fortfarande är i fokus i domstolarnas domskäl. Det är tydligt att domstolarna i de fall offret inte agerat som ett typiskt offer inte sätter lika stor tilltro till dennes berättelse trots att offret bevisligen mått dåligt av händelsen och behövt gå hos psykolog.

Genom 2005 års sexualbrottslag har lagstiftaren försökt påverka vilka som i allmänhetens ögon skall definieras som offer genom att utvidga begreppet våldtäktsoffer. Detta har dock inte fått de konsekvenser som man hoppades på. I flera fall tydliggörs att målsäganden inte ser sig själva som offer och i de fallen kommer hon förmodligen inte ändra sitt sexuella beteende. När ett våldtäktsoffer inte heller ses som ett sådant i allmänhetens ögon och blir utfrysad på grund av det inträffade, är det tydligt att det inte skett någon förändring i allmänhetens syn på ungdomars sexualitet. Även domstolarna bidrar till den uppfattningen då inte heller de vill se målsäganden som ett våldtäktsoffer. Detta måste tillsammans med det faktum att det inte skett någon förändring i antalet anmälningar eller åtalsfrekvensen för sexualbrott ses som att lagstiftaren har misslyckats med intentionen att förändra den gängse synen på ett våldtäktsoffer och uppfattningen om det ”ideala offret” är fortsatt den härskande.

### ***9.3 Krävs det några åtgärder?***

Jag anser att domstolen i flera delar avvikit från lagstiftarens vilja vid tillämpningen av 2005 års sexualbrottslag, vilket har lett till en brist i förutsebarheten. Dock kan jag inte låta bli att tycka att domstolarnas tillämpning mer ligger i linje med det all-

männans rättsmedvetandet då brottsrubriceringen våldtäkt mot barn fortfarande tillämpas i de allvarligaste fallen.

Att domstolarna inte dömer i enlighet med lagstiftarens vilja är dock ett problem och jag anser att en revidering av 2005 års sexualbrottslag vore på sin plats. Det vore önskvärt om 5 § sexualbrott mot barn skrivs om och tydliggörs något. Även om det måste ske en bedömning i varje enskilt fall vore det bra om lagstiftaren i paragrafen klargör några faktorer som kan påverka bedömningen av om brottet våldtäkt mot barn skall ses som mindre allvarligt. Som det är nu saknas detta både i lag och förarbete.

Vidare anser jag det problematiskt att lagstiftarens intention om att förändra synen på vem som är ett våldtäktsoffer har misslyckats då detta kan leda till att de som faktiskt utsätts för en våldtäkt inte vågar anmäla av rädsla för att inte bli sedd som ett offer. Huruvida detta är eller riskerar att bli ett problem anser jag vara något som borde ligga till grund för vidare forskning inom ämnet.

Förutom det ovan anförda anser jag inte att det krävs några ytterligare åtgärder från lagstiftarens sida. HD och hovrätterna gör generellt, med vissa undantag, av allt att döma väl avvägda bedömningar i det enskilda fallet, dock efterfrågar jag utförligare resonemang i domskälen för att minimera osäkerheten kring vad som gäller. Utmaningen för framtiden blir att få lagstiftningen att korrelera både med domstolarnas tillämpning och det allmänna rättsmedvetandet så att lagstiftningen får den innebörd som lagstiftaren tänkt sig.

## Referenser

### *Offentligt tryck*

**SOU 1976:9** *Sexuella övergrepp - Förslag till ny lydelse av brottsbalkens bestämmelser om sedlighetsbrott*

**SOU 2001:14** *Sexualbrotten – ett utökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor, betänkande av 1998 års sexualbrottskommitté, Stockholm 2001*

**SOU 2010:71** *Sexualbrottslagstiftningen - utvärdering och reformförslag, betänkande av 2008 års sexualbrottsutredning, Stockholm 2010*

**Ds 1989:6** *Sexuella övergrepp mot barn m.m.*

**1994/95:JuU24** Justitieutskottets betänkande

**Ju 2004:1** *Anmälan och utredning av sexualbrott. Förslag på förbättringar ur ett brottsofferperspektiv. Promemoria av sexualbrottsutredningen*

**Proposition 1983/84:105** *Om ändring i brottsbalken m.m. (sexualbrotten);*

**Proposition 1991/92:35** *Sexuella övergrepp mot barn*

**Proposition 1994/95:2** *Ökat skydd för barn. Ytterligare åtgärder mot sexuella övergrepp m.m.*

**Proposition 1997/98:55** *Kvinnofrid*

**Proposition 2004/05:45** *En ny sexualbrottslagstiftning*

**Ramberg, Anne**, *Sveriges advokatsamfunds remissvar - R-2003/1308*, Stockholm den 15 januari 2004

### *Litteratur*

**Dahlström, Mats, Nilsson, Inger och Westerlund, Gösta**, *Brott och påföljder*, Bruuns bokförlag, tredje upplagan, Mölnlycke 2008

**Diesen, Christian och Diesen, Eva F.**, *Övergrepp mot kvinnor och barn- Den rättsliga hanteringen*, Norstedts Juridik AB, Vällingby 2009

**Leijonhufvud, Madeleine, Wennberg Suzanne**, *Straffansvar*, Norstedts Juridik AB, sjätte upplagan, Stockholm 2001

**Holmkvist, Lena, Leijonhufvud, Madeleine, Träskman, Per Ole och Wennberg, Suzanne**, *Brottsbalken - en kommentar*, Norstedts juridik AB, Studentutgåva 4, Stockholm 2005

**Lindgren, Magnus, Pettersson, Karl-Åke och Hägglund, Bo**, *Brottsoffer- Från teori till praktik*, JURE CLN AB, Stockholm 2001

**Schiratzki, Johanna** *Barnrättens grunder*, Studentlitteratur, andra upplagan, Lund 2005

**Sutorius, Helena och Kaldal, Anna**, *Bevisprövning vid sexualbrott*, Norstedts Juridik, Stockholm 2003

**Träskman, Per Ole**, *Har det gått mus i kvinnofriden?* Ur festskrift till Madeleine Leijonhufvud s 315-336, Norstedts Juridik, Stockholm 2007

**Wendt, Maria**, *Våldtäkt som demokratiproblem- Förändring och stabilitet i politik och debatt*- Ur antologin Sju perspektiv på våldtäkt, NCK, Uppsala 2010

**Wennberg, Suzanne**, *Introduktion till straffrätten*, Norstedts Juridik AB, sjätte upplaga, Stockholm 2001

**Åkerström, Malin och Sahlin, Ingrid (Red.)**, *Det motspänstiga offret*, Studentlitteratur, Lund 2001

### ***Internetkällor***

[http://statistik.bra.se/solwebb/action/anmalda/urval/sok\\_100201](http://statistik.bra.se/solwebb/action/anmalda/urval/sok_100201)

### ***Rapporter***

**Martens, L, Peter**, *Sexualbrott mot barn- en kartläggning utifrån kriminalstatistiken*, Brottsförebyggande rådets delrapport 1 i projekt sexuella övergrepp mot barn. Forskningsenheten Stockholm, 1986

**Wergens, Anna**, *Ett viktimologiskt forskningsprogram- presenterat 2002 bakgrund och nuläge*, Brottsoffermyndigheten, Umeå 2002

### ***Tidsskrifter***

**Leijonhufvud, Madeleine**, *HD prövar den nya regleringen av sexualbrott mot barn*, Juridisk tidsskrift vid Stockholms universitet 2005-06 nr. 4 s. 900-904

**Leijonhufvud, Madeleine**, i Svenska dagbladet *Sänkt straff för barnövergrepp* den 11/4 2006

**Zila, Josef**, *Rättspraxis efter sexualbrottsreformen 2005*, Juridiskt tidsskrift vid Stockholms universitet 2007-2008 nr. 2 s. 552-559