

**Göteborgs Universitet
Juridiska Institutionen
Tillämpade studier 20 poäng
Straffrätt
Hösten 2006**

Våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn

En komplicerad gränsdragning

– En utvärdering av rättstillämpningen av den nya sexualbrottslagstiftningen

Författad av Malin Eriksson och Cathrin Olsson

Handledare: Univ. lektor Gösta Westerlund

Förord

Vi vill tacka Universitetslektor Gösta Westerlund för att han har trott på oss hela vägen. Vi uppskattar alla givande diskussioner vi haft med dig och all den glädje och kunskap de fört med sig. Du är i en klass för sig och du behövs.

Vi vill även tacka Professor Eva-Maria Svensson för att hon finns på institutionen och delar med sig av sina kunskaper och sin insikt. Du är en förebild och en inspirationskälla för oss.

Slutligen vill vi tacka samtliga hovrätter i Sverige för deras samarbetsvilja och för att de bistått oss med underlag till vår utvärdering.

Göteborg i december 2006

Malin Eriksson och Cathrin Olsson

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk Tidskrift
JuU	Justitieutskottets betänkande
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop	Proposition
RH	Rättsfall från hovrätterna

Då inget annat anges avses med paragrafhänvisningar BrB kapitel sex (6)

Innehållsförteckning

Förord

Förkortningar

Innehållsförteckning

Kapitel 1. Inledning.....	6
1.1 Bakgrund och syfte.....	6
1.2 Metod och disposition	7
1.3 Frågeställningar	9
1.4 Avgränsningar	9
Kapitel 2. Rättskällor	10
2.1 Lagtext.....	10
2.2 Proposition 2004/05:45	11
2.2.1 Skydd mot kränkningar och ett särskilt skydd för barn	11
2.2.2 Våldtäkt mot barn.....	13
2.2.3 Sexuellt utnyttjande av barn	15
2.3 Doktrin om lagtext och proposition.....	17
2.3.1 Våldtäkt mot barn.....	17
2.3.2 Sexuellt utnyttjande av barn	18
2.4 Internationell rätt	19
2.4.1 Barnkonventionen	20
2.4.2 Europakonventionen/Europadomstolen	20
2.4.3 Eu:s rambeslut	22
2.4.4 Kommentar.....	22
Kapitel 3. Ett barn- och genusperspektiv.....	23
3.1 Genussystemet.....	24
3.2 Genussystemets tre nivåer	25
3.3 Objektivet	26
3.4 Ett barnperspektiv.....	26
3.5 Rättens normerande verkan	28
3.6 Språket.....	29
Kapitel 4. Flödesschema, gränsdragning mellan 4 och 5 §§.....	29
4.1 Är de objektiva rekvisiten i 4 § subjektivt täckta?	30

4.2 Är brottet att anse som mindre allvarlig, dvs. skall gärningen rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn enligt 5 §?	30
Kapitel 5. Högsta domstolens avgöranden.....	32
5.1 NJA 2006 s. 79 I.....	32
5.2 NJA 2006 s. 79 II	42
Kapitel 6. Hovrättsavgöranden.....	48
6.1 Stor åldersskillnad mellan målsäganden och gärningsmannen	48
6.1.1 Målsäganden 12 år	48
6.1.1.1. B 2912-06, Hovrätten för Västra Sverige.....	48
6.1.2 Målsäganden 13 år	49
6.1.2.1 B 606-05, Hovrätten för Övre Norrland.....	49
6.1.2.2 B 3285-05, Göta hovrätt.....	51
6.1.2.3 B 617-06, Göta hovrätt.....	53
6.1.2.4 B 2021-05, Göta hovrätt.....	58
6.1.2.5 B 5420-06, Svea hovrätt.....	62
6.1.2.6 B 8-06, Hovrätten över Skåne och Blekinge.....	64
6.1.3 Målsäganden 14 år	67
6.1.3.1 B 107-06, Svea hovrätt.....	67
6.1.3.2 B 414-06, Hovrätten för Nedre Norrland	69
6.1.3.3 B 733-06, Göta hovrätt.....	71
6.1.3.4 B 1020-06, Svea hovrätt.....	73
6.1.3.5 RH 2006:32, Svea hovrätt	76
6.1.3.6 B 6668-06, Svea hovrätt.....	78
6.1.3.7 B 5024-06, Svea hovrätt.....	82
6.1.3.8 B 360-06, Göta hovrätt.....	86
6.1.3.9 B 3347-06, Svea hovrätt.....	91
6.1.4 Flera målsäganden i blandade åldrar	94
6.1.4.1 B 1511-06, Hovrätten för Västra Sverige (NJA 2006 s. 510)	94
6.1.4.2 B 49-06, Hovrätten för Nedre Norrland	98
6.2 Ringa åldersskillnad mellan målsäganden och gärningsmannen	101
6.2.1 B 6299-06, Svea hovrätt.....	101
6.2.2 B 4860-06, Svea hovrätt.....	106
6.2.3 B 6120-06, Svea hovrätt.....	110
Kapitel 7. Analys	116
7.1 En komparativ studie av rättsfallen	116

7.1.1 Huvudregel och undantag.....	116
7.1.2 Har vi ett samtycke och kan ett eventuellt samtycke beaktas?	117
7.2 Analys ur ett barn- och genusperspektiv	131
7.3 Språklig analys	133
7.4 Objektivitet.....	134
Kapitel 8. Slutsats.....	134

Efterord

Källförteckning

Kapitel 1. Inledning

1.1 Bakgrund och syfte

Den nya sexualbrottslagstiftningen trädde i kraft den 1 april 2005. En av ändringarna gällde brottsrubriceringarna våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn.

Syftet med den nya lagstiftningen är att ytterligare förstärka 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 utvidgas genom att kravet på våld har tagits bort.

Regeringen skriver i förarbetena till lagändringen att synen på och kunskapen om sexualbrotten förändras och utvecklas över tiden och att det givetvis är viktigt att lagstiftningen följer den förändringen. Den ser det också som självklart att följa upp tillämpningen av de lagändringar som trätt i kraft och hur praxis har utvecklats i dessa hänseenden. Den skriver att utgångspunkten bör vara att en sådan uppföljning bör göras inom ett par år. Utvärderingen bör bland annat fokusera på det särskilda skyddet för barn mot sexuella kränkningar.

Två fall där frågan varit om brottet enligt den nya lagstiftningen ska rubriceras som våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn har prövats av HD. HD har efter dessa avgöranden fått kritik av bl.a. Bodström, Christian Diesen och Madeleine Leijonhufvud för att inte tillämpa lagen i enlighet med dess syfte. Madeleine Leijonhufvud har även förklarat:

”Justitieråden förstår sig definitivt inte på den nya sexuallagen – och de tycker inte om den.”¹

Vi tycker att det nu är tid att analysera och utvärdera avgöranden i svenska domstolar. Vi kommer i denna utredning att fokusera på gränsdragningen mellan rubriceringen våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn, då detta verkar ha skapat störst spänningar mellan syftet bakom lagen och hur lagen tillämpas av rätten.

¹ Leijonhufvud, Madeleine, Svenska Dagbladet, 2006-03-14.

Syftet med utvärderingen är att öka förståelsen för systematiken i den nya lagstiftningen. Vi hoppas att vår utvärdering kan leda till att lagen fortsättningsvis kommer att tillämpas i enlighet med dess bakgrund och syfte. Vi hoppas också på en mer enhetlig rättstillämpning vilket i sin tur leder till större rättssäkerhet.

1.2 Metod och disposition

Vi kommer att utgå från lag och förarbeten och studera dess bakgrund och syfte. När vi utkristalliserat detta material kommer vi att gå vidare i vår studie och utvärdera praxis.

Vi har för avsikt att studera mönster i rättstillämpningen istället för enstaka händelser. Vi har därför valt att inte endast utgå från prejudicerande högsta instansavgöranden, utan vi kommer även att utgå från en stor mängd underrättsavgöranden. Detta underlag utgörs av hovrättsdomar med medföljande tingsrättsavgöranden från hela landet.

Vi har varit i kontakt med samtliga hovrätter i Sverige. Eftersom vi studerar och är bosatta i Göteborg, har vi själva besökt Hovrätten för Västra Sverige och Göta hovrätt och sorterat ut relevanta rättsfall enligt följande urvalsmetod:

Först tog vi ut alla rättsfall där brottsrubriceringen var våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn. Vi begränsade därefter vårt underlag genom att endast beakta de rättsfall där målsäganden var mellan 12 och 15 år och där diskussionen om gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn aktualiserades. Vidare kontrollerade vi att gärningsbeskrivningen täckte in alla rekvisit i 4 § om våldtäkt mot barn och att domstolen fann de objektiva rekvisiten vara subjektivt täckta. Med denna urvalsmetod anser vi oss ha underlag för att dels göra en total utvärdering av rättstillämpningen, dels att analysera problematiken kring gränsdragningen mellan 4 och 5 §§ i den nya sexualbrottslagstiftningen.

Vi har via telefon varit i kontakt med Hovrätten för Övre Norrland, Hovrätten för Nedre Norrland, Svea hovrätt och Hovrätten över Skåne och Blekinge och förklarat vårt syfte och vilken urvalsmetod vi ämnade använda för att ta ut relevanta rättsfall. Vi är ytterst tacksamma för att ovanstående hovrätter hjälpte oss med vårt gallringsarbete och

tillskickade oss aktuella rättsfall. Utan deras hjälp hade vi inte haft möjlighet att göra denna uppsats så omfattande.

En begränsning i vårt urval har varit, att vi har varit i kontakt med domstolarna vid olika tidpunkter, varför det kan finnas risk för att nya rättsfall tillkommit. Vidare har två rättsfall varit belagda med så omfattande sekretess att vi inte har kunnat använda oss av dem. Vi tror oss dock ha täckt in och sett problematiken kring lagändringens systematik i de fall vi utvärderat och analyserat.

Vi kommer i vår utvärdering att primärt analysera rättstillämpningen ur ett straffrättsligt perspektiv. Sexualbrottslagstiftningen är en lagstiftning som är avsedd att skydda alla människor från sexuella kränkningar. I praktiken är det dock främst kvinnor och barn som utsätts för sexuella kränkningar. Vi har därför valt att se och analysera problematiken ur ett barn- och genusperspektiv. Som utgångspunkt när vi kritiskt problematiserar juridiken kommer vi att använda oss av Yvonne Hirdmans teori om genussystemet. Hirdmans teori utgör ett redskap för att bättre förstå det ojämna maktförhållande som råder mellan kvinnor och män på alla områden inte minst vad gäller sexualitet. Det är viktigt med medveten reflektion. Man måste synliggöra för att förändra.

Vi kommer först att dela in vårt material efter om det är stor eller liten åldersskillnad mellan målsäganden och gärningsmannen. Därefter kommer vi att dela in fallen efter målsägandens ålder, 12 år, 13 år och 14 år. Det kan ses som en brist att målsägandes ålder inte alltid är angiven exakt i månader. Vi anger dock målsägandens ålder så precist som den framkommer i målet. Vi presenterar och kommenterar sedan avgörandena i den ordning som vi finner mest lämplig med utgångspunkt i den problematik som är mest talande för fallet.

När vi har gått igenom allt material, kommer vi att utveckla ett flödesschema vilket visar på hur den nya sexualbrottslagstiftningen, enligt vår mening, ska tillämpas. Vi kommer vidare att diskutera och analysera aktuell rättstillämpning utifrån detta flödesschema.

1.3 Frågeställningar

För att kunna genomföra vårt arbete på bästa sätt har vi ställt upp följande frågeställningar:

- Vad är syftet med och bakgrunden till den nya sexualbrottslagstiftningen?
- Tillämpas lagen i enlighet med dess bakgrund och syfte?
- Vilka omständigheter kan göra att ett brott som avses i 4 § är att anse som mindre allvarligt?
- Finns det ett ”glapp” mellan lagstiftningen och rättstillämpningen och vad är i så fall orsaken till ”glappet”?

1.4 Avgränsningar

Vi kommer i denna uppsats att analysera och utvärdera den nya sexualbrottslagstiftningen och dess tillämpning, med fokus på gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn. Detta är ett komplicerat område som kräver en omfattande utvärdering. Vi har således inte möjlighet att i denna uppsats djupgående analysera och diskutera problematiken kring uppsåt och oaktsamhet i förhållande till målsägandens ålder, även om diskussionen är intressant och har ett nära samband med denna utvärdering. Det finns inte heller utrymme att i större utsträckning, diskutera frågor om bevisvärdering dvs. huruvida målsäganden är trovärdig i sin berättelse eller inte.

Vi har dessutom valt att utesluta frågeställningar rörande straffvärde och skadestånd. Vi berör endast dessa områden då rättstillämparens inställning i frågan är motsägelsefull i förhållande till brottsrubriceringen.

Vad gäller 14 §, som behandlar ansvarsfrihet, kommer vi endast att diskutera denna del när det är nödvändigt för förståelse för problematiken och systematiken mellan 4 och 5 §§.

Kapitel 2. Rättskällor

Legalitetsgrundsatsen för med sig att rättskällorna får en tydlig uttalad hierarki inom straffrätten. Högsta rang har lagen. Betydelse för tolkningen av lagen har förarbetena. Inom straffrätten inställer sig frågan om rättspraxis är att uppfatta som en rättskälla eller ej. Man kan ställa sig frågan om det inte ligger en motsägelse i påståendet att rättspraxis är en rättskälla som själv producerar sina normer, samtidigt som domstolarna är bundna utav legalitetsgrundsatsen. Vad som nu sagts utesluter inte att HD:s avgöranden alltid är av stort intresse, när det gäller tolkning av bestämmelserna. Ordalydelsen i ett stadgande lämnar ofta utrymme för ett antal olika tolkningsmöjligheter. Det tolkningsalternativ som HD väljer är vägledande för domstolarna – det blir ett prejudikat. Doktrin har störst betydelse vad gäller begreppsbyggnad och begreppsanalys. Allt för stor vördnad och respekt för allt som sägs i den straffrättsliga litteraturen undergräver en på självständigt tänkande grundad analys av de straffrättsliga rättskällorna.²

2.1 Lagtext

De lagtexter som vi nu skall behandla har följande lydelse:

BrB 6 kap. 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.

² Leijonhufvud, Madeleine, Straffansvar, s. 24 ff.

BrB 6 kap. 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 kap. 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, skall 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.

2.2 Proposition 2004/05:45

2.2.1 Skydd mot kränkningar och ett särskilt skydd för barn

Samhället har en grundläggande uppgift att skydda barn och vuxna mot alla former av sexuella kränkningar. För att man ska kunna förebygga och bekämpa dessa brott på ett effektivt sätt krävs ett väl utvecklat straffrättsligt skydd samt ett väl fungerande rättsväsende och aktörer som har förståelse för och god kunskap i frågor som rör sexualbrott.³

Synen på och kunskapen om sexualbrotten förändras och utvecklas över tiden och det är viktigt att lagstiftningen följer den förändringen.⁴ Historiskt har synen på sexualbrott skärpts. Det är därför angeläget att skyddet för den personliga och sexuella integriteten, genom straffbestämmelserna om sexualbrott, är så heltäckande som möjligt.⁵

Den nya sexualbrottslagens huvudsakliga syfte är att öka skyddet mot sexuella kränkningar och att ytterligare förstärka den sexuella integriteten och självbestämmanderätten.⁶ Genom att kriminalisera sexuella övergrepp och andra sexuella kränkningar motverkar man förekomsten av dem. Avsikten är att påverka människors värderingar. Sexuella övergrepp är skadliga och kränkande gärningar som måste bekämpas. Kränkningen är den gemensamma nämnaren för alla sexualbrott. Genom att inte beakta den personliga och sexuella integriteten och den sexuella självbestämmanderätten har förövaren av ett sexualbrott kränkt offret.⁷ De ändringar som har skett i och med reformeringen innebär en

³ Proposition 2004/05:45, s. 19.

⁴ A.prop. s. 24.

⁵ A.prop. s. 20.

⁶ A.prop. s. 1.

⁷ A.prop. s. 21 f.

ytterligare fokusering på kränkningen som sådan vid övergrepp av olika slag. Detta kommer i uttryck på flera olika sätt, bl.a. genom det särskilda våldtäktsbrottet mot barn.⁸

Allmänna utgångspunkter för reformen är att lyfta fram och förstärka skyddet för barn och ungdomar mot att utsättas för sexuella kränkningar. En av regeringens ambitioner är att genom reformeringen av sexualbrottslagstiftningen skapa klara och avgränsade bestämmelser.⁹ I syfte att ytterligare förstärka skyddet för barn och ungdomar mot att utnyttjas i sexuella sammanhang och för att särskilt markera allvaret i sexualbrott som riktar sig mot barn har det införts särskilda straffbestämmelser om bland annat våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn.¹⁰

Utgångspunkten är att varje människa i varje situation har rätt att bestämma över sin kropp och sin sexualitet. När det gäller barn under 15 år är den sexuella självbestämmanderätten utan betydelse. Barn under 15 år har ett behov av ett absolut skydd mot sexuella handlingar.¹¹

Enligt propositionen bör man skilja mellan brott mot barn och brott mot vuxna. Samhället måste skydda barn och ungdomar mot sexuella övergrepp oberoende av om förövaren har använt våld eller tvång av något slag. Barn under 15 år har ett behov av ett absolut skydd mot alla former av sexuella handlingar. Det är alltid en kränkning av barnet att utsätta det för sexuella handlingar. Utgångspunkten för lagstiftningen när det gäller barn måste vara att de aldrig kan samtycka till sexuella handlingar. Barn har dessutom på grund av sin särställning ett betydligt större behov av skydd än vuxna. Regeringen anser därför att lagstiftningen skall ge ett särskilt skydd mot sexuella övergrepp för samtliga barn under 15 år, bl.a. på det sättet att gärningsmannen vid ett sådant övergrepp inte till sitt fredande kan åberopa ett samtycke från barnet.¹²

I propositionen framförs vidare att det för åldersgruppen 15-18 år också behövs ett särskilt skydd. Dessa ungdomar har dock uppnått sexuellt självbestämmande och lagstiftningen får inte hindra dem från att upptäcka och utveckla sin sexualitet. Regeringen menar ändå att

⁸ A.prop. s. 21

⁹ A.st.

¹⁰ A.prop. s. 1.

¹¹ A.prop. s. 21.

¹² A.prop. s 22.

det behövs ett visst utvidgat skydd för ungdomar mellan 15 och 18 år. Ungdomar mognar i olika takt. De kan befinna sig i situationer som de inte bemästrar, vara utsatta för påverkan eller stå i ett beroendeförhållande, som gör att de inte kan hävda sin sexuella självbestämmanderätt. I barnkonventionens definition är alla människor som inte fyllt 18 år barn. Lagstiftaren måste vid utformning av all reglering som rör barn och ungdomar särskilt beakta barns intressen och särskilda behov. Barn ska tillförsäkras ett särskilt skydd i rättsordningen när det gäller sexuella handlingar.¹³

Lagstiftningen om sexualbrott är en lagstiftning till skydd mot sexuella kränkningar och skall inte bygga på förlegade föreställningar om vuxna människors frivilliga sexualliv.¹⁴

Sammantaget anser regeringen att det bör införas särskilda bestämmelser för barn under 15 år. Det bör även i fortsättningen finnas ett särskilt skydd för ungdomar i åldern 15-18 år mot att bli utnyttjade i olika sammanhang.¹⁵

2.2.2 Våldtäkt mot barn

Barn som inte fyllt 18 år anses ha ett större skyddsbehov än vuxna.¹⁶ Flera bestämmelser i 6 kap. BrB, inte minst våldtäktsbestämmelsen, bygger på föreställningen om människors förmåga till viljeuttryck. När det gäller övergrepp som riktar sig mot barn framstår det emellertid som främmande att laborera med begrepp som frivillighet och samtycke. Barns förmåga att ge uttryck för sin vilja i sådana situationer är också av naturliga skäl mycket begränsad. Därtill kommer att den sexuella självbestämmanderätten enligt svensk rätt inträder först vid 15 års ålder.¹⁷

Domstolsavgöranden som gällt sexualbrott har under senare år mötts av kritik. Det är framför allt tillämpningen av 6 kap. 1 § BrB om våldtäkt som har kritiserats då den anses ha lett till orimliga resultat när det gäller övergrepp mot barn. Särskilt kravet på tvång som förutsättning för ansvar för våldtäkt har i några fall lett till kritiserande avgöranden. Kritiken har bl.a. gällt att domstolarna prövat om barnet själv har ”medverkat” och alltså inte behövt tvingas till det sexuella umgänget. Det senare har av många setts som en

¹³ A.st.

¹⁴ A.st.

¹⁵ A.st.

¹⁶ A.prop. s. 65.

¹⁷ A.prop. s. 67.

orimlig ordning. Mot denna bakgrund har det införts en särskild straffbestämmelse som tar sikte på de mest allvarliga sexuella övergreppen mot barn, våldtäkt mot barn.¹⁸

Sexuella övergrepp mot barn innebär alltid en allvarlig kränkning av barnets integritet.¹⁹

Det maktmissbruk och den hänsynslöshet som gärningsmannen gör sig skyldig till gentemot barnet väger enligt regeringens mening lika tungt som ett utövande av sådant våld som förutsätts enligt bestämmelsen om våldtäkt.²⁰

Några remissinstanser invände att benämningen våldtäkt mot barn språkligt sett inte ska användas som brottsrubricering när det enligt bestämmelsen inte ställs några krav på att våld eller hot använts. Regeringen framhåller dock att begreppet våldtäkt är den rubricering som historiskt sett har reserverats för de allvarligaste sexualbrotten. Avsikten är att så även bör vara fallet i fortsättningen. Med en sådan rubricering markeras allvaret i gärningen. Den ger också uttryck för den skärpta syn på sexualbrott mot barn som ligger bakom förslaget på den nya lagstiftningen. Trots att språkliga invändningar kan göras mot begreppet våldtäkt mot barn ansåg regeringen att det förelåg tillräckliga skäl att benämna de allvarligaste sexuella övergreppen mot barn för våldtäkt mot barn.²¹

Genom den nya ordningen skapas ett mer heltäckande skydd för barn som riskerar att utsättas för sexuella övergrepp och det klargörs också att barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar. Det lämnar inte heller något utrymme för diskussioner om huruvida barnet möjligen själv har medverkat i och alltså inte tvingats till den sexuella handlingen. En anledning till att man tog bort kravet på tvång var att detta torde bidra till att delvis komma tillrätta med svårigheter i fråga om beviskrav och den rättsliga bedömningen av gärningen.²²

Den nya bestämmelsen om våldtäkt mot barn är i sina grunddrag utformad i nära anslutning till bestämmelsen om våldtäkt, dock med den avgörande skillnaden att kravet på

¹⁸ A.prop. s. 67 f.

¹⁹ A.prop. s. 69.

²⁰ A.st. s. 69.

²¹ A.prop. s. 69 f.

²² A. prop. s. 70.

tvång inte finns med. Alla allvarliga sexuella handlingar, som t.ex. samlag med barn under 15 år är att bedömas som våldtäkt mot barn även om något våld eller hot inte har använts.²³

Tillämpningsområdet för grovt brott utvidgas. För att rubricera en våldtäkt mot ett barn som grov bör det enligt regeringen åtminstone förutsättas att gärningsmannen använt sådant våld eller hot om brottslig gärning som avses i bestämmelsen om våldtäkt mot vuxna. Det bör dock inte ställas samma krav på arten och graden av tvång som vid våldtäkt av vuxen. De omständigheter som enligt lagtexten gör att en våldtäkt mot ett barn är att anse som grov är endast exemplifierande. Även andra omständigheter kan göra att brottet bör rubriceras som grovt. Domstolen bör även fortsättningsvis göra en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.²⁴

Regeringen har, till skillnad från kommittén, funnit att skäl föreligger att behålla möjligheten att döma enligt en mindre sträng straffskala. En gärning som bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet och där den unge närmar sig åldern för sexuellt självbestämmande, bör enligt regeringens mening normalt falla utanför tillämpningsområdet för våldtäkt mot barn och istället bedömas enligt den nya bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn.²⁵

Några remissinstanser, bl.a. RFSU och ECPAT Sverige anser att möjligheten att döma för våldtäkt mot barn enligt en lindrigare straffskala bör utgå.²⁶

2.2.3 Sexuellt utnyttjande av barn

En våldtäkt mot ett barn som med hänsyn till omständigheterna är att anse som mindre allvarlig ska rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn.²⁷

De skäl som regeringen anfört för att det i fråga om våldtäkt mot vuxna även framöver bör finnas en möjlighet att i vissa fall döma för våldtäktsbrott enligt en mindre sträng straffskala gör sig också gällande när det gäller våldtäkt mot barn. Kommittén föreslog att möjligheten att döma till ansvar för mindre allvarlig våldtäkt skulle tas bort. Kommittén

²³ A.prop. s. 71.

²⁴ A.prop. s. 75.

²⁵ A prop. s. 71 f.

²⁶ A prop. s. 67.

²⁷ A prop. s. 76.

motiverade detta med att det framstår som motsägelsefullt att, samtidigt som man slår fast att våldtäktsbrottet avser endast de mest allvarliga sexuella kränkningarna hävda att det bör finnas utrymme för domstolen att pröva om en våldtäkt är mindre allvarlig.²⁸

Brottsoffermyndigheten och RFSU är emot att bestämmelsen om mindre allvarlig våldtäkt behålls. Enligt Brottsoffermyndigheten är uttrycket i sig språkligt stötande och uppfattas av brottsoffer som kränkande. Barnombudsmannen anser att i fall då offret är under 18 år bör brottet aldrig anses som mindre allvarligt.²⁹ RFSU anser att det med bibehållande av en sådan bestämmelse finns risk för att domstolarna i större utsträckning kommer att döma efter den lägre straffskalan.³⁰

Det kan inte uteslutas att det kan förekomma fall som i och för sig är straffvärda och väl bör omfattas av benämningen våldtäkt, men för vilka ett minsta straff om fängelse i två år är alltför ingripande. Lagstiftaren har inte möjlighet att förutse alla de situationer som kan omfattas av bestämmelsen om våldtäkt. För att undvika orimliga resultat i rättstillämpningen bör möjligheten att döma enligt lägre straffskalan finnas kvar även i den reformerade lagstiftningen. Regeringen vill dock understryka att en sådan bestämmelse ska tillämpas restriktivt.³¹

De skäl som regeringen anför avseende våldtäkt mot vuxna är inte lika starka när det gäller barn eftersom sexuella kränkningar av ett barn generellt måste bedömas mer strängt än vid brott mot vuxna.³²

Regeringen tar upp två fall som omfattas av det kriminaliserade området men där det bör finnas en möjlighet att i vissa fall dömas till ansvar enligt en särskild bestämmelse och en mindre sträng straffskala.

Det första fallet som omnämns är då två ungdomar, varav den ena är under och den andra strax över 15 år, frivilligt har samlag med varandra. Det andra fallet är t.ex. när en 29-åring har samlag med ett barn som är 14 år och 11 månader, dvs. en gärning som hade varit

²⁸ A.prop. s. 52 f.

²⁹ A.prop. s. 43.

³⁰ A prop. s. 53.

³¹ A.st.

³² A.prop. s. 77.

straffri om barnet fyllt 15 år. I det senare fallet kan det t.ex. vara fråga om en tonåring som utvecklat sin sexualitet och har en frivillig sexuell relation till någon som är betydligt äldre. Att i ett sådant fall då samlaget bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet mellan parterna döma till minst två års fängelse framstår inte som rimligt även om utgångspunkten givetvis fortfarande är att det inte är tillåtet att ha sexuellt umgänge med den som är under 15 år.³³

Sveriges Advokatsamfund har anfört att det är missvisande och olämpligt att sådana handlingar rubriceras som våldtäkt mot barn.³⁴

Regeringens avsikt är att denna regel skall tillämpas med restriktivitet.³⁵

I författningskommentaren poängteras att en förutsättning för att tillämpning av bestämmelsen skall aktualiseras är att den person som gärningen riktats mot, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen.³⁶

2.3 Doktrin om lagtext och proposition

2.3.1 Våldtäkt mot barn

Ordalydelsen i 4 § om våldtäkt mot barn har vissa likheter med ordalydelsen i 1 § första stycket om våldtäkt. Det finns dock en väsentlig skillnad; straffbestämmelsen, våldtäkt mot barn, innehåller inte något krav på att barnet genom våld eller hot ska ha tvingats till den sexuella handlingen. Detta innebär att det är ett absolut förbud att genomföra vissa sexuella handlingar mot den underårige.³⁷

Paragrafen innehåller som sagt inte något krav på våld eller hot. Paragrafen är dock tillämplig även om våld eller hot har använts.³⁸

³³ A.st.

³⁴ A.st.

³⁵ A.prop. s. 77 och s. 144.

³⁶ A.prop. s. 144.

³⁷ Dahlström, Nilsson, Westerlund, Brott och påföljder, s. 151

³⁸ Trost, Hedvig, Karnov, 4 § 6 kap Brottsbalken, not 210.

Användandet av våld eller hot har den betydelsen att brottet kan bedömas som grovt, men i övrigt har sådana omständigheter inte någon betydelse för bedömningen. Frågan om barnet tvingats eller förmåtts skall inte beaktas. Våldtäkt är alltid begånget när en person haft samlag eller en jämförlig sexuell handling med ett barn som inte fyllt 15 år, oavsett hur det gått till.³⁹

Genom kravet på att gärningsmannen skall ha genomfört den sexuella handlingen med barnet har markerats att brottet är förövat inte endast om gärningsmannen har varit den mest aktive utan även om offret tagit initiativet.⁴⁰ Verbet genomför används således i 4 §, i likhet med i 1 §, för att täcka in både de fall där gärningsmannen tagit initiativet till den sexuella handlingen och de fall där offret har varit initiativtagare.⁴¹

2.3.2 Sexuellt utnyttjande av barn

Paragrafen tillkom genom reformen år 2005 och skall tillämpas med stor restriktivitet.⁴²

Som exempel på när bestämmelsen kan tillämpas vid brott mot 4 § första stycket kan nämnas det fallet att två personer, varav den ena är strax under 15 år, frivilligt har samlag med varandra.⁴³ En gärning som bygger på frivillighet och ömsesidighet och där barnet närmar sig åldern för sexuell självbestämmande kommer inte att bedömas som våldtäkt mot barn utan istället som sexuell utnyttjande av barn.⁴⁴

En förutsättning för tillämpningen av 5 §, sexuell utnyttjande av barn, är att offret, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen.⁴⁵

Leijonhufvud redogör i en kommentar till NJA 2006 s. 79 I och II⁴⁶ för gränsdragningen mellan 4, 5 och 14 §§. Hon utgår från frågeställningen om det finns något utrymme för en

³⁹ Holmqvist m fl, Brottbalken – en kommentar, s. 6:27.

⁴⁰ A.st.

⁴¹ Dahlström, Nilsson, Westerlund, Brott och påföljder, s. 151.

⁴² Trost, Hedvig, Karnov, 4 § 6 kap Brottbalken, not 218.

⁴³ Dahlström, Nilsson, Westerlund, Brott och påföljder, s. 153.

⁴⁴ Holmqvist m fl Brottbalken – en kommentar, s. 6:31

⁴⁵ Dahlström, Nilsson, Westerlund, Brott och påföljder, s. 153.

⁴⁶ Leijonhufvud, Madeleine, JT 2005-06:04 s. 900-904.

bestämmelse om ringa fall av våldtäkt mot barn. Hon svarar själv jakande på frågan och redogör sedan för hur regleringen ser ut och ska tillämpas.

- Om en vuxen har samlag med den som är under 15 år är det brottstypen våldtäkt mot barn.
- Om den unga är mycket nära 15-årsgränsen och mogen nog att och i sådana omständigheter att hon kan göra ett genomtänkt eget val att ha detta samlag, skall den ringa graden av detta brott, rubricerad sexuellt utnyttjande av barn, tillämpas.
- Om det är ringa skillnad i ålder och utveckling gäller ansvarsfrihet.

Vidare klargör Leijonhufvud skillnaden mellan de tre situationerna. I det tredje fallet delar två ungdomar en – kanske väl tidig men – av båda önskad sexuell upplevelse med en i den närmaste jämnårig. I det andra fallet har den nästan 15-åriga gjort något som hon med fog upplever som sitt eget val. *Hon* känner sig därmed inte utsatt för något övervåld vare sig fysiskt eller psykiskt, men *den vuxne* har faktiskt utsatt henne för en vuxens sexualitet, något som barn enligt barnpsykologisk kunskap inte bör utsättas för. I den åldern är man inte heller kapabel att ta ansvar för att skydda sig mot graviditeter och sexuella sjukdomar. Slutligen tydliggör Leijonhufvud att i de fall som inte hör till någon av de två nu angivna kategorierna har den vuxne utsatt barnet för ett psykiskt övergrepp. Det är ett bruk av makt som den vuxne har mot barnet, och det avspeglas i rubriceringen våldtäkt mot barn. Våldföra sig kan man enligt Leijonhufvud göra både fysiskt och psykiskt.

2.4 Internationell rätt

När man utvärderar den nya sexualbrottslagstiftningen, om våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn måste man även beakta de internationella konventioner om mänskliga rättigheter som Sverige har tillträtt. FN konventionen om barns rättigheter, barnkonventionen, är en av dem. Sverige har även antagit den Europeiska konventionen, om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, vilken gäller som lag i Sverige sedan 1994. Sverige har dessutom godtagit EU:s rambeslut för att bekämpa sexuellt utnyttjande av barn. Vi skall därför nu övergå till att även behandla dessa konventioner.

2.4.1 Barnkonventionen

Barnkonventionen inkluderar alla typer av mänskliga rättigheter. Den tar även hänsyn till barns utsatthet och sårbarhet i de rättigheter som syftar till att ge barnet skydd mot övergrepp och utnyttjande. Sverige var ett av de första länderna att tillträda konventionen.⁴⁷ I och med tillträdet har Sverige åtagit sig att garantera dessa rättigheter för alla barn och ungdomar i landet upp till 18 års ålder.

Konventionen bygger på fyra grundläggande principer;

1. att varje barn, utan åtskillnad har rätt att få del av sina rättigheter,
2. att barnets bästa skall komma i första rummet vid alla åtgärder som rör barn,
3. att barnets rätt till överlevnad och utveckling skall säkerställas samt,
4. att barnets rätt att få komma till tals i frågor som rör barnet säkerställs.

Dessa principer har en självständig betydelse samt dels en betydelse vid tolkningen av de olika materiella artiklarna.

En viktig utgångspunkt för regeringens förslag till propositionen för att stärka det straffrättsliga skyddet för barn mot att utnyttjas i sexuella sammanhang har varit barnkonventionens krav och då i synnerhet art 34.⁴⁸ Enligt denna artikel åtar sig konventionsstaten att skydda barnet mot alla former av sexuellt utnyttjande och sexuella övergrepp. För att detta skall ske ändamålsenligt skall konventionsstaten vidta alla lämpliga nationella, bilaterala och multilaterala åtgärder för att bl.a. förhindra att ett barn förmås eller tvingas att delta i en olaglig sexuell handling.

2.4.2 Europakonventionen/Europadomstolen

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna gäller som lag i Sverige sedan 1994. Sverige har i och med tillträddandet åtagit sig att som medlemsstat ha ett rättsystem som säkerställer den enskildes rättigheter enligt konventionen.

Europadomstolens uppgift är att pröva om dessa rättigheter uppfylls. I målet MC mot Bulgarien, målnummer 39272-98 (Bulgariendomen) gjorde en 14-årig flicka gällande att det bulgariska rättsystemet inte gav tillräckligt skydd mot våldtäkt och andra sexuella

⁴⁷ 21 juni 1990, prop. 1989/90:107, bet. 1989/90:SoU28.

⁴⁸ Prop. 2004/05:45, s. 26.

övergrepp, eftersom åtal enligt nationell rätt endast kunde komma ifråga då offret gjort aktivt motstånd. Som grund för sin talan åberopade hon artikel 3, förbud mot omänsklig och förnedrande behandling samt artikel 8, rätten till respekt för ett privatliv.

Flickan hade anmält att hon blivit våldtagen av två män, 20 och 21 år gamla. Förundersökningen avskrevs dock på den grund att det inte var visat att männen använt våld eller hot. Man hade inte heller funnit att flickan gjort motstånd eller försökt påkalla hjälp.

Vid prövningen i målet kom Europadomstolen fram till att en kränkning av konventionen hade ägt rum. I domen framhölls att medlemsstaterna har en positiv skyldighet att införa lagstiftning som effektivt bestraffar våldtäkt och en skyldighet att tillämpa denna lagstiftning på ett effektivt sätt genom brottsutredningar och åtal.⁴⁹ Sedan konstaterar domstolen att det tidigare i europeiska länders lagstiftning krävts bevis om att gärningsmannen använt sig av fysiskt våld och att offret då gjort motstånd men att detta synsätt övergivits. Domstolen konstaterar istället bristande samtycke som grundläggande kriterium när frågan om våldtäkt prövas. Medlemsstaternas positiva skyldighet får numera anses innebära en skyldighet att kriminalisera och effektivt lagföra alla sexuella handlingar som utförts utan samtycke även om offret inte gjort fysiskt motstånd.⁵⁰ Att för straffansvar, fästa vikt vid om offret gjort fysiskt motstånd är, enligt Europadomstolen, alltför snävt för att leva upp till de krav som konventionen ställer. Den bulgariska regeringen kunde inte motbevisa klagandens påståenden vare sig med rättspraxis eller i doktrin, vilket ledde till att den ansågs bryta mot sina åtaganden enligt konventionen.

I förarbetena till den nya sexualbrottslagstiftningen framhåller regeringen att det påkallas viss försiktighet att dra generella slutsatser av Bulgariendomen. Målet avser en prövning i ett specifikt fall där frågan behandlas om det bulgariska rättssystemet anses leva upp till konventionens krav. Enligt Europadomstolen är inte det avgörande hur länderna väljer att utforma sin lagstiftning utan på vilket sätt de i praktiken väljer att tillämpa den. Vad som är avgörande är vilken innebörd som ges begreppen våld eller hot vid rättstillämpningen. I det Bulgariska fallet gjordes frågan om fysiskt motstånd till en avgörande fråga vad gäller

⁴⁹ Europadomstolen, MC. mot Bulgarien, målnr: 39272-98, punkt 153.

⁵⁰ Europadomstolen, MC. mot Bulgarien, punkt 156-159 och 166.

straffansvar för våldtäkt. Detta är inte förenligt med de krav som ställs på medlemsstaterna.⁵¹

2.4.3 Eu:s rambeslut

EU:s rambeslut om bekämpande av sexuellt utnyttjande av barn och barnpornografibrott är godkänt av Sveriges riksdag⁵² och antogs formellt den 22 december 2003.⁵³ Rambeslutet innehåller åtgärder för att bekämpa sexuellt utnyttjande av barn och barnpornografi. Medlemsstaterna skall genomföra bestämmelserna i beslutet senast inom två år från dess antagande.

Vad gäller brotten våldtäkt mot barn samt sexuellt utnyttjande av barn bör i sammanhanget nämnas artikel 1, som anger vissa definitioner i rambeslutet. Enligt punkten a avses med barn varje person som är yngre än 18 år.

I artikel 2 anges bl.a. att varje medlemsstat skall vidta nödvändiga åtgärder för att straffbelägga följande avsiktliga handlingar;

c) Att ägna sig åt sexuell aktivitet med ett barn, om

(i) tvång, våld eller hot brukas, eller

(iii) missbruk av en erkänd förtroendeställning eller av makt eller inflytande över barnet förekommer.

2.4.4 Kommentar

Vi vill poängtera att domstolarna vid sin rättstillämpning måste ha ovan nämnd internationell rätt i beaktande. De måste ta hänsyn till de ändamål och syften som förespråkas i de konventioner som vårt land har tillträtt och aktivt verka för att målen uppnås.

Den nya sexualbrottslagstiftningen i 4 och 5 §§ om våldtäkt mot barn respektive sexuellt utnyttjande av barn är unik i sitt slag då den är utformad utifrån ett barnperspektiv. Vid rättstillämpningen ska man således utgå från ett barnperspektiv. Att lagstiftarna har valt att separera sexualbrotten mot barn från sexualbrotten mot vuxna anser vi visar på att internationella åtagande såsom t.ex. FN:s barnkonvention, har getts ytterligare tyngd.

⁵¹ Europadomstolen, MC. mot Bulgarien, punkt 153-163.

⁵² Bet. 2003/04:JuU9, rskr. 2003/04:108.

⁵³ EUT L 13, 20.1.2004, s. 44.

Regeringen manar i förarbetena till försiktighet vad gäller att dra några generella slutsatser utifrån Bulgariendomen. Vi vill dock uppmärksamma den utveckling som skett i Europa. I Bulgariendomen talar Europadomstolen om att det tidigare i europeiska länders lagstiftning krävts bevis om att gärningsmannen använt sig av fysiskt våld och att offret då gjort motstånd men att detta synsätt övergivits. Domstolen konstaterade i stället bristande samtycke som grundläggande kriterium när frågan om våldtäkt prövas.

Enligt den nya sexualbrottslagstiftningen har åldern för sexuellt självbestämmande satts till 15 år. Vi vill dock peka på att varje person som är yngre än 18 år är ett barn enligt EU:s rambeslut. Dessutom har vi i och med tillträdandet av FN:s barnkonvention åtagit oss att skydda barn och ungdomar från utnyttjande och övergrepp upp till 18 år med hänsyn till deras utsatthet och sårbarhet. Detta bör domstolarna ha i åtanke vid rättstillämpningen.

Kapitel 3. Ett barn- och genusperspektiv

Likhet inför lagen är en hyllad princip i rättsstaten. Trots detta utgör mannen norm i den privata och offentliga sfären. Kvinnors handlande eller icke handlande tenderar att ses ur ett manligt perspektiv, där mannens handlande utgör normen för det normala. Rätten är ett system av normer utformade i en historisk och samhällelig kontext. Denna kontext präglas av en maktrelation mellan kvinnor och män där kvinnors generellt sett varit och är underordnade män⁵⁴. Teorin om genussystemet ökar förståelsen för orsakerna till den generellt lägre position i samhället som kvinnor haft och alltjämt har. Den visar också på de ojämna maktförhållanden som råder mellan kvinnor och män på livets alla områden, inte minst vad gäller sexualitet.

Offer för sexualbrott är till största delen kvinnor och de blir offer för dessa brott uttryckligen pga. sitt kön. Dessa övergrepp är några av de allvarligaste bristerna vad gäller jämställdhet. Det är också ett av de stora hindren för att erhålla ett jämställt samhälle och har ett nära samband med maktförhållandet mellan könen.⁵⁵ Syftet med att använda sig av ett kvinnoperspektiv är att kritiskt problematisera juridiken utifrån begreppet genus.

⁵⁴ Se Hirdman, SOU 1990:44, Demokrati och makt, maktutredningens huvudrapport, kap 3.

⁵⁵ Prop. 1993/94:147, Delad makt delat ansvar, s. 17.

3.1 Genussystemet

I SOU 1990:44 har Yvonne Hirdman skrivit ett kapitel, demokrati och makt, där hon bland annat behandlar genusystemet som hon delar in i två principer. Den ena principen är dikotomin, dvs. isärhållandets tabu. Den andra principen är hierarkin; mannen som norm.⁵⁶

Hirdman menar att isärhållandets princip betyder att det kvinnliga bör hållas klart åtskilt från det manliga. Det motsatta är dock inte alls lika viktigt. Resultatet av dikotomin skapar olikheter mellan könen och hierarkier som karaktäriseras av kvinnlig underlägsenhet och manlig överlägsenhet och där kvinnor och män inordnas i genusystemet. Denna inordning sker genom genuskontrakt som över tid förändras och anpassas, men oberoende av sin historiska och kulturella kontext har genuskontraktet den innebörden att kvinnor och män har givna handlingsramar. Därmed anser Hirdman att kvinnor och män pga. sitt kön ges skilda platser, sysslor och egenskaper i samhället.⁵⁷ En konsekvens av detta är att det är allmänt mer accepterat och ses som positivt att kvinnor utför historiskt och traditionellt manliga sysslor än tvärt om.

Ju starkare och ju mer legitimitet som isärhållandet mellan könen är, ju mindre ifrågasatt blir den manliga normen. Omvänt blir det; ju svagare isärhållandet av könen är, ju mer ifrågasatt blir den manliga normen och ju mer illegitim blir den manliga överhuvudspositionen.

Yvonne Hirdmans hypotes är att det är ur isärhållningen av könen som den manliga normen legitimeras.

Principen om mannen som norm innebär en hierarki mellan manlig överlägsenhet och kvinnlig underlägsenhet. Det manliga står för det normala och det kvinnliga för det onormala och avvikande. Med mannen som norm menas att det manliga och maskulina generellt anses bättre i samhället, varmed det manliga alltid ska ha företräde och utgöra den grundläggande normen. Diverse begrepp uppfattas som antingen manliga eller kvinnliga, dikotomier som skapar motsatspar och hierarkier. Den ena utgör utgångspunkt och värdesätts mer än det andra som anses som avvikande.

⁵⁶ SOU 1990:44, s. 78.

⁵⁷ SOU 1990:44, s. 77 f.

Mannen fungerar som en måttstock, den osynliga normen, man talar om den manliga normens logik. Denna norm handlar om en djupt kulturellt nedärvd självklarhet.⁵⁸

Vi menar att Hirdmans teori om genussystemet är av yttersta vikt för en ökad förståelse för rättstillämpningen av den nya sexualbrottslagstiftningen. Eva-Maria Svensson uttalar härvid att:

”Rättssystemet präglas av genussystemet och det märks på det sättet att rätten som helhet, dess ideologi, principer, lagar, tolkningsprinciper, praxis m.m. är utformade ifrån en manlig norm”⁵⁹

3.2 Genussystemets tre nivåer⁶⁰

När genussystemet och dess funktion studeras och beskrivs, delas det oftast in i tre olika nivåer; symbolnivå, strukturnivå och individnivå.

Symbolnivå innefattar tankar och föreställningar som återfinns i bl.a. religiösa, vetenskapliga, juridiska, pedagogiska och politiska läror samt i olika diskurser. Det innefattar också det som inte skrivs eller sägs utan som vi uppfatta som naturligt och självklart och därför inte ifrågasätter. Även uppfattningen om vad som är manligt och kvinnligt betingat ingår.

Kön på strukturnivån betyder förenklat att olika standarder eller måttstockar används för män och kvinnor. Det kännetecknas av de mönster vi kan se i vår samhällsstruktur. Dessa mönster ser vi tydligast och är vanligast i isärhållandet av könen.

På individnivån omfattar kön det personliga eller subjektiva. Den personliga könsidentiteten påverkar hur vi definierar oss själva och andra. Kvinnligt och manligt betyder olika saker för olika personer och tar sig därmed olika uttryck.

⁵⁸ Hirdman, Yvonne, Genus – om det stabila föränderliga former, s. 60.

⁵⁹ Svensson, Eva-Maria, vems tryckfrihet – hans, hennes, eller hans och hennes? s. 247.

⁶⁰ Silium, Harriet med hänvisning se t.ex. S. Harding 1990, Ur 13 kvinnoperspektiv på rätten, s. 6.

3.3 Objektivitet

Den allmänna föreställningen om rätten är att den är objektiv och opartisk. Idén om rättens opartiskhet och objektivitet bygger på att det går att skilja mellan objektivitet och subjektivitet, opartiskhet och partiskhet, rationalitet och irrationalitet, förnuft och känslor, abstrakt och konkret. Detta dualistiska tankesätt kombinerat med en normativ värdering som värderar den ena sidan som bättre eller mer rationell och vetenskaplig än den andra döljer betydelsen av värden i rätten.⁶¹

Bakom begrepp som neutralitet och rationalitet döljer sig betydelsen av värden i rätten. Eva-Maria Svensson menar att man, genom att betona rättens värdeneutralitet och grund i objektiva, vetenskapligt faktaliknande kriterier, osynliggör de värden som rätten trots allt utgår ifrån och bygger på. Rätten bör, enligt Svensson, ses som mellanmänniska normer och som sådana är de inte värdeneutrala utan baserade på värden. Svensson skriver vidare att för att uppnå formell och reell jämställdhet mellan kvinnor och män i rätten och i samhället är det väsentligt att genusrelationen som symbolisk och konkret ordning synliggörs.⁶²

”Betoningen av den formella strukturen osynliggör genusrelationens relevans i föreställningen om rätten.”⁶³

3.4 Ett barnperspektiv

Sexuella övergrepp mot barn har en relativt kort historik i rättsligt hänseende. Även begreppet barndom är förhållandevis nytt. Barn ansågs länge som ofullständiga vuxna och saknade därmed rättsligt tillgodoseende. Helena Sutorius och Anna Kaldal skriver att barnet betraktades endast som en del i familjen, som ett ansvar för mannen i ekonomiskt avseende och som ett bihang till kvinnan när det gällde frågor om vård och omsorg. Fokus låg länge därför på husbonderätten, för att i och med rättstatens framväxt utvecklas med fokus på gärningsmannens perspektiv och rättigheter. Kvinnor och barn har sedan steg för steg fått ökat rättsligt tillgodoseende i takt med kvinnors ökade samhällsinflytande.

⁶¹ Svensson, Eva-Maria, Genus och rätt, en problematisering av föreställningen om rätten, s. 306.

⁶² A.a s. 334 f.

⁶³ A.a s. 332.

Härigenom har också brottsofferperspektivet lyfts fram.⁶⁴ Fortfarande är dock rättstillämpningen präglad av detta historiska betraktelsesätt.

Sexuella övergrepp mot barn är förmodligen de svåraste ärendena som förekommer vid svenska domstolar. När den ena parten är ett barn uppstår ofta svåra bevisvärderingsproblem. Rättsystemet är inte anpassat till barnet, till barnets bristande förmåga att förmedla sina erfarenheter, och därmed har barnet svårt att få sina rättigheter tillgodosedda i en process⁶⁵. Svårigheterna beror också på att man inte har tillräcklig kunskap eller tillräckligt utvecklade regler och rutiner.

Docent Carl-Göran Svedin, överläkare vid BUP, Linköpings universitetssjukhus skriver att den skadliga behandlingen av barn vanligtvis delas in i fyra olika former nämligen sexuella övergrepp, fysisk misshandel, psykisk misshandel och försummelse. Gränserna kan ibland vara lite oklara mellan de olika formerna och flera olika former kan förekomma samtidigt. Definitionsmässigt kan man hävda att psykisk misshandel alltid förekommer vid de andra formerna av skadlig behandling av barn.

Svedin skriver vidare att övergripande kan sexuella övergrepp mot barn eller tonåringar definieras såsom att det är alla handlingar eller situationer med sexuell innebörd där en vuxen utnyttjar en underårig. Man kan säga att förövaren, vanligen en vuxen, önskar tillfredställa sexuella behov eller andra behov genom barnet. Internationellt finns det dock olika definitioner på sexuellt övergrepp mot barn. Svedin anger de gemensamma komponenter som förekommer:

- att den vuxne utnyttjar barnets beroendeställning,
- att handlingen kränker barnets integritet,
- att det är en handling som barnet inte kan förstå, inte är moget för och inte kan ge informerat samtycke till,
- att handlingen utgår från den vuxnes behov.

Svedin finner det viktigt att understryka barnets beroendeställning och att barnet inte kan förstå vare sig innebörden av en sexuell handling eller de kortsiktiga eller långsiktiga

⁶⁴ Sutorius, Helena, Kaldal, Anna, Bevisprövning vid sexualbrott, s. 190.

⁶⁵ A.a. s. 187.

konsekvenserna av ett sexuellt umgänge med en vuxen person. Detta är viktigt att komma ihåg då ett av de försvar som förövare ofta använder sig av är att det var barnet som ville eller tog initiativ till de sexuella handlingarna. Det är alltid den vuxne som har det fulla ansvaret för handlingarna och det är barnet som i lagstiftningen behöver samhällets skydd för att inte bli utnyttjad.⁶⁶

Svedin visar också på ett mer omfattande förslag till definition:

”ett sexuellt övergrepp definieras som alla sexuella kontakter mellan en vuxen och ett sexuellt omoget barn (definieras såväl socialt som psykologiskt) vars avsikt är att tillfredställa den vuxne sexuellt; eller alla sexuella kontakter med ett barn som görs med våld, hot eller genom att lura barnet att medverka; eller en sexuell kontakt som barnet är oförmögen att ge sitt samtycke till på grund av ålder, skillnad i makt eller pga. arten av relation till den vuxne.”⁶⁷

Svedin anser bland annat att vi i Sverige har en relativt vältäckande lagstiftning beträffande vissa definierade övergrepp men att denna begreppsapparat inte räcker till vare sig då det gäller fördjupad förståelse eller forskning. Idag är det gärningsmannen och gärningen som står i centrum i förundersökningar och brottsstatistik och därmed blir offret lätt osynligt. Han anser också att det är viktigt att problemet med unga förövare uppmärksammas.⁶⁸

3.5 Rättens normerande verkan

Straffrättsliga normer har i första hand till syfte att påverka människors beteenden och verka moralbildande. Om legitimiteten fungerar kommer föreställningen om rätten att verka normerande inomrättsligt och gentemot allmänheten. Rätten kommer då att verka som bevarare av sig själv och den ordning som rätten uttrycker. Hur rätten verkar och tillämpas är väsentligt för allmänhetens respekt för rätten och för efterlevnaden av det rättsliga normsystemet. Eftersom en av rättens funktioner är just att styra beteendet hos människor är förankringen väsentlig och avgörande för hur pass djup internaliseringen av rätten blir. Internaliseringen av rättsföreställningen ses som mer central än rätten om tvångsordningen.⁶⁹

⁶⁶ Svedin, Carl-Göran, Socialstyrelsens expertrapport, Sexuella övergrepp mot barn, s. 7.

⁶⁷ A.a. s. 7 f.

⁶⁸ A.a. s. 15 f.

⁶⁹ A.a s. 225 f.

Rättsliga normer påverkar värderingar och attityder hos allmänheten varför det finns ett symbolvärde att reglera vissa frågor. Ett exempel på detta är lagen om förbud mot köp av sexuella tjänster där man har valt att kriminalisera sexköparen.

3.6 Språket

I juridiken, för att uttrycka förståelsen av tillvaron, är språket ett viktigt redskap. Språket är inte objektivt och kan inte heller någonsin bli exakt. Det som uppnås i strävan efter ett exakt språk kan snarare vara att en stor del av den komplexa tillvaron stängs ute. Och detta verkar i sin tur normerande på så sätt att vi uppfattar tillvaron som hur vi beskriver den.⁷⁰

När man använder sig av begrepp som kan ses som öppna eller otydliga ger det möjlighet att använda osäkerheten som en signal för att begreppet bör läsas ur flera perspektiv och sättas in i sitt sammanhang. Det är då inte bara en betydelse som förmedlas utan ord kan även ha en vidare och mer komplex innebörd.

Kapitel 4. Flödesschema, gränsdragning mellan 4 och 5 §§

Vi vill med detta flödesschema markera och tydliggöra strukturen i den nya sexualbrottslagstiftningen. Vi har vid sammanställningen av detta flödesschema utgått från lagstiftning, förarbeten, doktrin, praxis och ett barn- och genusperspektiv.

Vi väljer att se förhållandet mellan 4 och 5 §§ som en huvudregel och en undantagsregel. Barn behöver skyddas från vuxnas sexualitet och därför har gränsen för sexuellt självbestämmande bestämts till 15 år. I förarbetens talar man om att utgångspunkten är att ett barn under 15 år inte kan samtycka till samlag. Vidare uttrycker man att 5 § ska tillämpas restriktivt.

Vi vill genom att använda begreppen huvudregel och undantag, markera och tydliggöra systematiken i den nya sexualbrottslagstiftningen vad gäller gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn.

⁷⁰ A.a s. 52.

4.1 Är de objektiva rekvisiten i 4 § subjektivt täckta?

Objektiva rekvisit:

- Brottsoffret är under 15 år
- Samlag eller annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheter i övrigt är jämförliga med samlag har ägt rum.

I förhållande till åldern krävs det endast att gärningsmannen haft skälig anledning att anta att den andra personen inte är 15 år, 13 §.

När de objektiva rekvisiten i bestämmelsen är subjektivt täckta är huvudregeln att man skall dömas för våldtäkt mot barn.

Straffansvar inträder oavsett om gärningsmannen använt tvång, hot eller våld eller utnyttjat situationen. Straffansvar inträder även om flickan tagit initiativ till handlingen.

4.2 Är brottet att anse som mindre allvarlig, dvs. skall gärningen rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn enligt 5 §?

Inledningsvis bör poängteras att bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn är en undantagsregel som ska tillämpas med restriktivitet. Punkterna nedan ska inte tillämpas stegvis utan är omständigheter som ska beaktas i den ordning som finnes mest lämpligt i det enskilda fallet. Följande frågor måste besvaras jakande för att 5 § skall kunna aktualiseras:

- **Har vi ett samtycke?**
- **Kan ett eventuellt samtycke beaktas?**

Utgångspunkten är att ett barn under 15 år inte kan samtycka till samlag eller annan sexuell handling som är jämförlig med samlag. En gärningsman kan således inte, med framgång, till sitt försvar åberopa samtycke från barnet. Ett barn under 15 år kan dock rent faktiskt samtycka till samlag men enligt huvudregeln saknar detta samtycke rättslig verkan. Ett samtycke från barnet kan ges emellertid rättslig relevans om de i förarbetena angivna omständigheterna och förutsättningarna föreligger.

Flickans ålder

Enligt förarbetena ska barnet vara nära 15 år för att ett eventuellt samtycke ska kunna beaktas. I det typexempel som ges i förarbetena är flickan 14 år och 11 månader. Detta ger en klar indikation på att det endast är i gränsfallen, dvs. när flickan är nära åldern för sexuellt självbestämmande, som bestämmelsen kan aktualiseras. Vidare talar man i förarbetena om att det kan röra sig om en tonåring, detta uttalande utesluter enligt vår mening 12-åringar, då de inte är tonåringar.

En förutsättning för att 5 § ska bli tillämplig är att flickan, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen.

Flickans utveckling

Åldern för sexuellt självbestämmande är 15 år och det är således först då lagstiftaren ansett att man är mogen att själv ta ställning till huruvida man vill ha samlag eller inte. Med detta som utgångspunkt har man att ta ställning till om flickans mognad är att jämföra med en 15-åring.

Omständigheterna i övrigt

Här beaktas yttre omständigheter såsom exempelvis att flickan var berusad, var i någon form av beroendeställning till gärningsmannen eller i en utsatt situation exempelvis om hon befann sig i en bil eller på en toalett. Ytterligare en omständighet som vägs in här är gärningsmannens ålder, ju äldre han är ju mer ansvar och insikt förutsätts han ha.

Det är domstolen som avgör om de här omständigheterna förelegat. Gärningsmannen behöver endast ha uppsåt till de faktiska omständigheterna.

- **Är det en frivillig sexuell relation där samlaget bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet?**

Med ordvalet fullständig frivillighet och ömsesidighet menar vi att lagstiftaren markerar att det inte lämnas något utrymme för att gränsfallen skall omfattas av bestämmelsen. Det skall således inte finnas några som helst tvivel om målsägandens vilja att delta i den sexuella aktiviteten.

Straffansvar inträder oavsett om gärningsmannen använt tvång, hot eller våld eller utnyttjat situationen. Straffansvar inträder också oavsett om barnet tagit initiativ till den sexuella handlingen. Det krävs således inte att barnet gjort aktivt motstånd och gärningsmannen kan därmed inte, med framgång, åberopa att han inte förstod att barnet inte ville.

Enligt praxis är pengar, övertalning och annan påverkan omständigheter som i sig kan göra att samlaget inte ses som fullständigt frivilligt och ömsesidigt.

Efter denna genomgång ska i övergå till att behandla domstolsavgöranden.

Kapitel 5. Högsta domstolens avgöranden

5.1 NJA 2006 s. 79 I

Tingsrätten

Den tilltalade NA, 25 år, har den 8 maj 2005 i sin bostad haft samlag med målsäganden, 13 år och 10 månader.

NA vitsordar vad åklagaren har lagt honom till last, men har gjort gällande att gärningen med hänsyn till omständigheterna vid gärningstillfället och de bakomliggande förhållandena bör bedömas som sexuellt utnyttjande av barn.

Målsäganden lärde känna NA under en period av ett år då målsäganden hade en häst hos denne. Ett förhållande utvecklades mellan dem under våren trots att NA har fru och barn samt är nästan dubbelt så gammal som målsäganden. NA visste att målsäganden var 13 år gammal. NA har berättat att han kunde tala med målsäganden om allt och att hon under dessa samtal verkade mer mogen än för sin ålder. De pratade om en möjlig framtid tillsammans men enligt NA var det mer önsketänkande än seriösa planer. De pratade också om att ha en sexuell relation. Det är oklart vem som förde det på tal men det skedde vid ett flertal tillfällen. Målsäganden har berättat att NA frågade henne om detta och att hon ibland kände att hon ville ha sex med honom och ibland inte. NA sa att han kunde vänta, men att han då inte kunde lova att han inte istället skulle ha sex med sin fru, vilket målsäganden kände var jobbigt. I början av maj planerade de att genomföra ett samlag. NA köpte kondomer som han gav till målsäganden. Den aktuella dagen hade målsäganden med

sig en jämnårig kamrat. NA:s barn var hemma. De skulle titta på film men under tiden som den varade gick NA och målsägandens till ett intilliggande rum och genomförde ett samlag.

Tingsrätten fann den åtalade gärningen styrkt.

Tingsrätten konstaterar att enligt svensk rätt inträder den sexuella självbestämmanderätten först vid 15 års ålder. Det innebär att NA:s handlande utgör ett brott oberoende av målsägandens samtycke till samlaget. Frågan är då, om det som läggs NA till last, skall bedömas som våldtäkt mot barn eller som sexuellt utnyttjande av barn.

Tingsrätten konstaterar sedan att enligt den nya sexualbrottslagstiftningen, omfattas även de fall där barnet medverkat frivilligt av bestämmelsen om våldtäkt mot barn. Den är även tillämplig i sådana fall då barnet tagit initiativ till handlingen.

Tingsrätten resonerar vidare att det inte är alla fall där gärningsmannen har samlag med ett barn under femton år som skall bedömas som våldtäkt mot barn. Regeringen nämner som exempel på gärningar som i stället kan bedömas som sexuellt utnyttjande av barn dels situationer där två ungdomar, varav den ena är under och den andra strax över femton år, frivilligt har samlag med varandra, dels fall där en äldre person har samlag med någon som snart fyller femton år och där samlaget bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Det är enligt regeringen inte rimligt att sådana handlingar bör föranleda minst två års fängelse och det är missvisande att rubricera dessa handlingar som våldtäkt mot barn. Vid bedömningen av om ett brott som annars hade varit våldtäkt mot barn kan anses som mindre allvarligt och därför bedömas som sexuellt utnyttjande av barn skall hänsyn tas till samtliga omständigheter vid brottet. Bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn skall enligt regeringen tillämpas med restriktivitet.

I det aktuella fallet konstaterar tingsrätten att NA inte har använt våld mot målsäganden eller genom hot tvingat henne till samlaget, men att det inte heller är en förutsättning för att bedöma gärningen som våldtäkt mot barn. Man anser dock att NA:s handlande ligger långt från de fall som nämnts som en bakgrund till den nya bestämmelsen om våldtäkt mot barn och där det tett sig stötande att övergreppet enligt då gällande bestämmelser inte kunnat betecknas som våldtäkt. Straffvärdet av det som läggs NA till last är betydligt lägre än det

för en våldtäkt i den betydelse som det begreppet hade före lagändringarna i 6 kap. brottsbalken.

Tingsrätten kommer i stället fram till att omständigheterna kring brottet liknar de som kan innebära att brottet bör bedömas som sexuellt utnyttjande av barn. Att målsäganden ännu inte fyllt 14 år anser man inte utesluter detta. Man påtalar att det i och för sig är svårt att tänka sig att ett samlag i ett förhållande mellan en gift småbarnsförälder och en trettonårig flicka kan bygga på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Dock finner man att samlaget har skett frivilligt, även om NA genom vad han har sagt till målsäganden kan ha påverkat henne till att gå med på detta. Vidare har det framkommit att inte bara målsäganden utan också NA har haft en orealistisk syn på deras förhållande och har i vart fall delvis uppfattat förhållandet som ömsesidigt. Parterna var inför den aktuella helgen överens om att inleda en sexuell relation. Samtliga dessa omständigheter skall, enligt tingsrätten, vägas in i bedömningen av om gärningen bör anses som våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn.

Tingsrätten fann således att NA:s handlande var ett brott enligt den lindrigare straffbestämmelsen, sexuellt utnyttjande av barn. Den bedömningen gav också enligt rättens mening det rimligaste resultatet i fråga om både brottets rubricering och möjligheten att utmäta ett straff motsvarande dess straffvärde.

Hovrätten

Hovrätten instämmer i de överväganden som tingsrätten gjort. Hovrätten fastställer tingsrättens dom.

Högsta domstolen

HD poängterar att av förarbetena till den nya regleringen framgår att ett viktigt skäl för den nya systematiken varit, att den tidigare regleringen, särskilt när det gäller våldtäktsbrottet, medfört eller riskerat att medföra otillfredsställande resultat när det gäller brottsrubriceringen på grund av att sexuella övergrepp mot barn i många fall genomförs utan någon användning av våld eller hot.

HD anför sedan att i vad mån en gärning genomförts med användande av våld, hot eller annat tvång eller någon form av utnyttjande kan, liksom en rad andra förhållanden, vara av

betydelse för till vilken grad ett visst brott är att hänföra och är under alla förhållanden av betydelse för bedömningen av straffvärdet i det enskilda fallet. I de fall då ett brott är indelat i olika svårhetsgrader gäller som en allmän princip att bedömningen av till vilken grad en gärning är att hänföra skall göras med beaktande av samtliga faktiska omständigheter vid brottet. Detta gäller även i de fall där lagstiftaren valt att ange vissa omständigheter som särskilt skall beaktas vid bedömningen av om brottet är att hänföra till viss grad. Att sådana omständigheter förelegat utgör således vare sig en, nödvändig eller en tillräcklig förutsättning för att hänföra gärningen till den aktuella graden. HD fortsätter:

”Det förtjänar också framhållas att det i princip ankommer på åklagaren att visa att en faktisk omständighet förelegat för att denna skall kunna läggas gärningsmannen till last vid bedömningen av till vilken grad ett brott är att hänföra liksom även vid straffvärdesbedömningen.”

I det aktuella fallet påtalar domstolen, att det är uppenbart att den gärning som NA gjort sig skyldig till uppfyller de i 4 § första stycket upptagna rekvisiten för våldtäkt mot barn och något annat har inte heller gjorts gällande i målet. Det har inte heller i målet gjorts gällande att det skulle föreligga några särskilda omständigheter som skulle kunna tala för att gärningen skulle kunna vara att bedöma som grov. Frågan är i stället om gärningen med hänsyn till omständigheterna vid brottet är att anse som mindre allvarlig och därför är att bedöma som sexuellt utnyttjande av barn. Av viss betydelse måste vara att grundformen av brottet betecknas som våldtäkt mot barn och att straffskalan bestämts i överensstämmelse med grundformen av våldtäkt enligt 1 § vilket innebär ett straffminimum om två års fängelse. I propositionen framhålls också att begreppet våldtäkt historiskt sett reserverats för de allvarligaste sexualbrotten och att avsikten är att så bör vara fallet även i fortsättningen.

Därefter påtalar domstolen att de faktiska omständigheter som särskilt framhålls i förarbetena när det gäller förutsättningarna för att bedöma en gärning som sexuellt utnyttjande av barn är målsägandens ålder och att den sexuella handlingen från dennes sida varit frivillig. Detta framstår också som naturligt mot bakgrund av att frivilliga sexuella handlingar av någon som fyllt 15 år och därmed uppnått den sexuella självbestämmandeåldern i princip är straffria. I propositionen sägs att fråga exempelvis kan vara om en tonåring som har en frivillig sexuell relation till någon som är betydligt äldre. Enligt vad som uttalas i propositionen framstår det inte som rimligt att döma till minst två

års fängelse i ett sådant fall då samlaget bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet mellan parterna. Det skulle också enligt propositionen vara missvisande och olämpligt att rubricera sådana handlingar som våldtäkt mot barn (s. 77).

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

HD skriver att en särskild fråga när det gäller möjligheten att beakta frivillighet från målsägandens sida som relevant för den straffrättsliga bedömningen är de till synes kategoriska uttalanden som görs på andra håll i propositionen om att det vid övergrepp mot barn framstår som "främmande att laborera med begrepp som frivillighet och samtycke" (s. 67) och att "barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar" (s. 70). Inte minst mot bakgrund av att betydelsen av frivillighet senare betonas i flera olika sammanhang måste det emellertid antas att dessa uttalanden, förutom den rent legala betydelsen av den sexuella självbestämmandeåldern, främst tar sikte på sådana övergrepp mot mindre barn (jfr s. 144) som föranlett den ovan redovisade kritiken mot tillämpningen av den tidigare våldtäktsbestämmelsen. Uttalandena kan således inte antas vara avsedda att förhindra att frivillighet beaktas som en för den straffrättsliga bedömningen relevant faktor även om betydelsen därav självfallet, i överensstämmelse med vad som uttalas i propositionen (s. 144), måste bedömas med hänsyn till barnets mognad och förmåga att inse innebörden av sitt handlande.

Enligt HD framgår det av utredningen i målet, med de reservationer som kan följa av målsägandens ålder och mognad, att samlaget varit helt frivilligt från målsägandens sida och att det präglats av ömsesidighet. Målsäganden och NA har bägge förklarat att de blivit kära i varandra, och den sexuella samvaron har planerats av dem bägge i samråd. Målsäganden hade också vid samvaron uppnått en sådan ålder att denna i sig inte kan anses utgöra något hinder mot att beakta frivilligheten. Det har inte heller framkommit något om målsägandens mognad eller omständigheterna i övrigt vid gärningen som ger anledning att bortse från frivilligheten. Det får under sådana förhållanden anses stå klart att gärningen inte kan betraktas som ett så allvarligt slag som avsetts falla under bestämmelsen om

våldtäkt mot barn och som skall bestraffas med minst två års fängelse. NA skall därför dömas för sexuellt utnyttjande av barn.

Straffvärde

Som framkommit ovan har vi valt att utesluta frågeställningar rörande straffvärde och skadestånd men då HD:s resonemang i dessa delar synes vara motsägelsefullt i förhållande till val av brottsrubricering väljer vi att här redogöra för HD:s diskussion.

HD anför att beaktas bör att ändringarna, enligt vad som uttalas i propositionen, syftar till att förstärka skyddet mot att barn och ungdomar utnyttjas i sexuella sammanhang och att markera allvaret i sexualbrott som riktar sig mot barn. Även om den nya lagstiftningen i nu aktuellt hänseende inte innefattar någon utvidgning av det straffbara området får den anses innebära att sexualbrott som riktats mot barn numera i allmänhet bör tillmätas ett högre straffvärde än vad som ansågs vara fallet enligt den tidigare regleringen. I förevarande fall är särskilt att beakta att målsäganden hade en förhållandevis lång tid kvar till åldern för sexuellt självbestämmande, att NA var väl medveten om målsägandens ålder samt att ålderskillnaden mellan målsäganden och NA - som var 25 år vid gärningstillfället - var betydande. Man kan inte heller bortse från att målsäganden vistades i NA:s hem under omständigheter som hade inslag av förtroendeförhållande. HD delar mot den bakgrunden den bedömning av gärningens straffvärde som domstolarna gjort.

Skadestånd

Den omständigheten att någon frivilligt deltagit i en gärning innebär i allmänhet att denna inte kan anses ha innefattat en allvarlig kränkning. Innebörden av den fasta gränsen för sexuellt självbestämmande och den därtill anknutna straffrättsliga regleringen får emellertid anses vara att den som är under 15 år helt oberoende av förhållandena i övrigt inte är mogen att själv ta ställning till sexuella handlingar av mer kvalificerad art. Att genomföra samlag med någon i medvetande om att han eller hon är under 15 år får under sådana förhållanden som huvudregel anses innebära en allvarlig kränkning av denne i skadeståndslagens mening helt oavsett om målsäganden deltagit frivilligt, åtminstone om inte skillnaden i ålder och utveckling mellan målsäganden och den som begått gärningen varit ringa. Målsäganden är därför i detta fall berättigad till skadestånd. Som domstolarna funnit bör den skärpta syn på sexualbrott mot barn som ligger bakom den nya straffrättsliga regleringen få genomslag även när det gäller frågan om rätten till ersättning för kränkning.

Skiljaktig

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

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

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

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

Av målsägandens uppgifter, som det saknas anledning att ifrågasätta, framgår att samlaget kom till stånd efter att N.A. tjatat på henne många gånger. Hon har även berättat att han sade till henne att om de inte hade sex skulle han lämna henne eller ha sex med sin fru i stället. Hon upplevde detta som jobbigt. Ibland ville hon och ibland ville hon inte ha samlag med honom, vilket hon också gav uttryck för. Samlaget var visserligen frivilligt och gemensamt planerat av målsäganden och N.A. Av det anförda framgår emellertid att det föregåtts av övertalning och viss påtryckning. I beaktande av målsägandens ålder och bristande erfarenhet, samt det ansvar N.A. med hänsyn till sin ålder har varit skyldig att ta, kan det inte anses att brottet är att bedöma som mindre allvarligt enligt det synsätt som kommit till uttryck i lagmotiven. Även om brottsbeteckningen inte speglar den gärning som nu är i fråga bör N.A. dömas för våldtäkt mot barn. Påföljden bör bestämmas till minimistraffet för brottet, två års fängelse.

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

Kommentar doktrin⁷¹

I en kommentar till NJA 2006 s. 79 I skriver Leijonhufvud att regleringen av sexualbrott efter lagändringen den 1 april 2005 onekligen är komplicerad och att gränsdragningsproblem var väntade. Hon menar dock att förarbetena, som de två skiljaktiga justitieråden återger, är tydliga med att samlag med den som är under 15 år kan bedömas som mindre allvarliga endast om barnet är mycket nära 15-årsgränsen och förhållandena varit sådana att hon/han har kunnat göra ett moget och oövertänt beslut. Här var flickan inte 14 år fyllda, och förhållandena var inte sådana att hon var fri från beroende och påtryckningar från den vuxne mannens sida.

Det är enligt Leijonhufvud förvånande att majoriteten, som uttryckligen pekar på dessa omständigheter i sin straffvärdebedömning, har kunnat bortse från dem i valet av rubricering. Likaså anser Leijonhufvud att det onekligen framstår som motsägelsefullt att i rubriceringsfrågan bedöma flickans medverkan som "fullt frivillig" för att sedan konstatera att "den som är under 15 år, helt oberoende av förhållandena i övrigt, inte är mogen att själv ta ställning till sexuella handlingar av mer kvalificerad art".

⁷¹ Leijonhufvud, Madeleine, JT 2005-06:04 s. 900-904.

Enligt Leijonhufvud är den logiska – rättsliga – slutsatsen av den bedömning av förhållandena i målet, som domstolen själv ger uttryck för, den som de två dissiderande justitieråden dragit. Leijonhufvud klargör att hon ser målet som en klart felaktig rättstillämpning.

Vår kommentar

Vi anser, i likhet med Leijonhufvud, att HD i sin argumentation är motsägelsefull;

Å ena sidan anser de att flickans ålder vid samlaget inte i sig kan utgöra något hinder mot att beakta frivilligheten. Å andra sidan beaktar HD vad gäller straffvärdesbedömningen att målsäganden hade en förhållandevis lång tid kvar till åldern för sexuellt självbestämmande.

Dessutom skriver de, å ena sidan, att det inte framkommit något om flickans mognad eller omständigheter i övrigt vid gärningen som ger anledning att bortse från frivilligheten. Å andra sidan, i frågan om skadeståndet, att den som är under 15 år, helt oberoende av förhållandena i övrigt, inte är mogen att själv ta ställning till sexuella handlingar av mer kvalificerad art.

Det är motsägelsefullt och anmärkningsvärt att HD i straffvärdes- och skadeståndsbedömningen tar hänsyn till omständigheter så som att flickan vistades i mannens hem under omständigheter som hade inslag av förtroendeförhållande men inte vad gäller rubriceringen. I propositionen omnämns särskilt dessa förhållanden som omständigheter man ska ta hänsyn till vid rubriceringen. HD visar att de är medvetna om de faktiska omständigheter men väljer ändå att bortse från dem vid brottsrubriceringen vilket enligt vår mening leder till ett felaktigt domslut.

Utgångspunkten i den nya sexualbrottslagstiftningen är att det inte är tillåtet att ha sexuellt umgänge med den som är under 15 år. Barn kan således som huvudregel inte samtycka till sexuella handlingar. I förarbetena poängteras att barn under 15 år har behov av ett absolut skydd mot alla former av sexuella handlingar. Barn behöver skyddas mot vuxnas sexualitet.

HD skriver att bestämmelsen våldtäkt mot barn främst tar sikte på övergrepp mot mindre barn. Vi vill dock poängtera att regeringen i förarbetena skriver att lagstiftningen skall ge

ett särskilt skydd mot sexuella övergrepp för samtliga barn under 15 år, bl.a. på det sättet att gärningsmannen vid ett sådant övergrepp inte till sitt fredande kan åberopa ett samtycke från barnet. Vi ställer oss kritiska till HD:s kommentar då det klart och tydligt framgår av propositionen att skyddet ska gälla samtliga barn under 15 år. När brottet riktar sig mot mindre barn bör brottet istället rubriceras som grov våldtäkt mot barn.

I det aktuella fallet var flickan inte ens nära 15-årsgränsen. Hon var 13 år 10 månader, dvs. hon hade långt kvar till åldern för sexuellt självbestämmande, vilket talar starkt mot att gärningen ska rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn.

I det aktuella fallet synes målsägandens rent faktiskt ha samtyckt till samlag. Frågan är dock om detta samtycke kan ges rättslig verkan.

En förutsättning för att tillämpa bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn, är att barnet med hänsyn till sin utveckling och omständigheter i övrigt, har haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. HD skriver att om en frivillighet kan beaktas måste bedömas med *hänsyn till barnets mognad och förmåga att inse innebörden av sitt handlande* (vår kursivering). Vi ställer oss kritiska till HD:s ändring av förarbetenas formulering; barnet, *med hänsyn till sin utveckling och omständigheter i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen*. Vi ser en tendens till att man genom denna formulering skuldbelägger målsäganden. I det aktuella fallet talar flickans låga ålder och karaktären av förhållandet istället mot att hon har haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen.

Vi ställer oss frågande till att HD uttrycker att de anser att det inte framkommit något om flickans mognad eller omständigheter i övrigt vid gärningen som ger anledning att bortse från frivilligheten. Huvudregeln är att barn under 15 år inte kan samtycka till samlag. En förutsättning för att 5 § om sexuellt utnyttjande av barn, som är en undantagsregel skall aktualiseras är att målsäganden ska anses mogen för att kunna bedöma och ta ställning till situationen. Flickan i det aktuella fallet är 13 år och utgångspunkten måste vara att hon därmed är mogen som en 13-åring. För att 5 § skall kunna aktualiseras krävs istället att målsäganden skall kunna jämföras med en 15-åring och finnas mogen som en sådan, eftersom det är först då som åldern för sexuellt självbestämmande inträder.

I och med att flickan hade sin häst hos gärningsmannen och tidvis arbetade hos honom var hon i beroendeställning till honom vilket gör att samlaget inte kan anses bygga på fullständig frivillighet och ömsesidighet dem emellan. Dessutom kom samlaget till stånd först efter påtryckningar från gärningsmannen bl.a. med hänvisning till att han inte kunde lova att han inte skulle ha sex med sin fru om han inte hade det med flickan. Ovan anförda omständigheter talar samtliga mot att betrakta brottet som mindre allvarligt.

De skiljaktiga avslutar med att skriva att även om brottsbeteckningen inte speglar den gärning som nu är i fråga bör NA dömas för våldtäkt mot barn. I propositionen tas denna problematik upp. Man kommer dock fram till slutsatsen att begreppet våldtäkt är det mest lämpliga för att markera allvaret i gärningen. Vi kan förstå problematiken med ordalydelsen om man bokstavstolkar lagtexten utan att studera förarbeten med dess bakgrund och syfte (se vidare språklig analys).

5.2 NJA 2006 s. 79 II

Tingsrätten

LÖ, 29 år, har den 30 juli 2005 haft samlag med målsäganden som vid tillfället var 14 år och 10 månader trots att han insett eller haft skälig anledning att anta att målsäganden inte fyllt 15 år.

LÖ förnekar gärningen, då han inte visste eller hade skälig anledning att tro att målsäganden var under 15 år. LÖ anger också att samlaget var helt frivilligt, varför någon kränkning av målsäganden inte ägt rum.

Målsäganden uppger att hon vet vem LÖ är. Han har besökt hennes mor vid två tillfällen och haft ett sexuellt förhållande med henne. Målsäganden träffade LÖ på ett dansställe i Strängnäs och han bjöd henne på alkohol. De var tillsammans med andra hemma hos henne på natten. På morgonen åkte de bil hem till LÖ:s bostad. Hon var berusad och mycket trött. Hon gick och lade sig i hans säng med kläderna på. Han kom sedan och lade sig bredvid henne. Han tog av henne kläderna och lade sig över henne. Hon kommer ihåg att hon inte ville ligga med honom och att hon sade nej tre gånger. Hon orkade inte göra fysiskt motstånd. Han genomförde sedan ett samlag med henne.

Tingsrätten gör bedömningen att det genom parternas uppgifter är klarlagt att LÖ har haft samlag med målsäganden, 14 år, den 30 juli 2005 och att det får anses styrkt att LÖ insett att målsäganden inte fyllt 15 år innan de hade sexuellt umgänge.

Tingsrätten redogör för de nya brottsrubriceringarna enligt den nya lagstiftningen: Den 1 april 2005 har en särskild straffbestämmelse om våldtäkt mot barn införts där kravet på våld eller hot om våld helt slopats. Med hänsyn till att ålderskillnaden mellan parterna varit avsevärd och då den sexuella kontakten mellan parterna från målsägandens sida inte kan anses bygga på en relation med frivillighet och ömsesidighet ska LÖ dömas för våldtäkt mot barn.

Tingsrätten dömde LÖ enligt 6 kap 4 § 1 st. BrB för våldtäkt mot barn till fängelse i två år.

Angående skadeståndsanspråket skriver tingsrätten att grunden för att sexuellt utnyttjande av ungdomar under 15 år har kriminaliserats bygger på presumtionen att barnet inte har handlat av egen fri vilja. Den allmänna uppfattningen är att när ett barn förmås till sexuella handlingar med vuxna fordras övertalning eller annan påverkan i sådan utsträckning att något samtycke från barnets sida inte kan anses föreligga.

Hovrätten

Hovrätten konstaterar i överensstämmelse med tingsrätten att det är styrkt att LÖ när han hade samlag med målsäganden, insåg att hon inte hade fyllt 15 år.

Frågan som hovrätten hade att ta ställning till var om LÖ ska dömas för våldtäkt mot barn eller om gärningen, med hänsyn till omständigheterna vid brottet, är att anse som mindre allvarliga och därför ska föranleda ansvar för sexuellt utnyttjande av barn.

Angående den nya lagstiftningen om sexualbrott skriver hovrätten att syftet med den nya regleringen att skapa ett mer heltäckande straffrättsligt skydd för barn som riskerar att utsättas för sexuella övergrepp. Den nya lagstiftningen klargör att barn inte kan samtycka till sexuella handlingar.

Hovrätten anför vidare, med hänvisning till förarbetena, att utgångspunkten är att samlag och liknande sexuella handlingar med barn under 15 år ska bedömas som våldtäkt mot barn. Endast i undantagsfall ska den mildare bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn kunna tillämpas. Det ska då vara frågan om gärningar som bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Dessutom bör det, åtminstone i de fall där gärningsmannen är betydligt äldre, vara frågan om barn som närmar sig åldern för sexuellt självbestämmande, dvs. 15 år, och som har utvecklat sin sexualitet och har en frivillig sexuell relation med gärningsmannen. En förutsättning för att bestämmelsen ska bli tillämplig bör vidare, i alla situationer, vara att målsäganden, med hänsyn till sin utveckling och omständigheter i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen.

I detta fall har det enligt hovrätten inte funnits någon sådan relation som ovan sagts mellan målsäganden och LÖ. Tvärtom har det framgått att de endast var flyktigt bekanta och bara träffats som hastigast vid ett par tillfällen. LÖ var medveten om att målsäganden varit vaken hela natten och druckit alkohol i en inte obetydlig omfattning. LÖ borde, i vart fall i nyktert tillstånd, ha förstått att målsäganden knappast var i stånd att göra några övertänkta och reella val.

Hovrätten anser inte heller att det framkommit någon annan omständighet som skulle kunna ge anledning att tillämpa undantagsregeln om sexuellt utnyttjande av barn, varför LÖ döms för våldtäkt mot barn.

Högsta domstolen

Då det är visat att LÖ haft skälig anledning att anta att målsäganden var under 15 år är det enligt HD uppenbart att den gärning som han har gjort sig skyldig till uppfyller de i 4 § första stycket upptagna rekvisiten.

Frågan som HD tar ställning till är om gärningen med hänsyn till omständigheterna vid brottet är att bedöma som mindre allvarliga och således är att bedöma som sexuellt utnyttjande av barn.

HD tydliggör att målsäganden vid tillfället var 14 år och tio månader och således nära åldern för sexuellt självbestämmande. Den skriver även att målsäganden uppgett att hon före samlaget sade nej flera gånger men att hon i HD har tillagt att hon inte vet om LÖ

uppfattade detta. Med hänsyn därtill och till omständigheterna i övrigt får bedömningen av gärningen utgå från att LÖ uppfattat samlaget som frivilligt från målsägandens sida. Med denna utgångspunkt och i betraktande av den korta tid som återstod innan målsäganden skulle fylla 15 år bör gärningen enligt HD betecknas som sexuellt utnyttjande av barn enligt 6 kap 5 § BrB. HD tillägger dock att gärningen bedömt enligt detta lagrum emellertid är av allvarligt slag, eftersom målsäganden som LÖ kände till hade varit vaken hela natten och därvid druckit alkohol i en inte obetydlig omfattning, låt vara att utredningen får anses ge vid handen att hon långt ifrån varit i ett hjälplöst tillstånd.

Skadestånd

I skadeståndsbedömningen skriver HD att brottet är av sådan art att det innebär en allvarlig kränkning av målsägandens integritet. Det har begåtts av en vuxen man som utnyttjat en ung flicka som på grund av berusning och sömnbrist haft särskilda svårigheter att göra övertänkta val.

Skiljaktig

Referenten, justitierådet Nyström, är av skiljaktig mening i ansvarsfrågan. Hon skriver att det kan ha framstått som om samlaget var frivilligt från målsägandens sida. Hon tillägger dock att LÖ kände till att målsäganden varit vaken hela natten och därvid druckit alkohol i en inte obetydlig omfattning. Åtminstone om LÖ hade varit nykter hade han förstått att omständigheterna inte var sådana att målsäganden hade förutsättningar att bedöma och ta ställning till om hon skulle ha samlag med honom. Under dessa förhållanden kan brottet inte anses som mindre allvarliga enligt det synsätt som kommit i uttryck i lagmotiven. LÖ bör därför dömas för våldtäkt mot barn.

Kommentar doktrin⁷²

Leijonhufvuds uttrycker i en kommenterar till NJA 2006 s. 79 II att, trots att målsäganden är nära 15-årsgränsen, utgången i målet än mer anmärkningsvärt än NJA 2006 s. 79 I. HD:s majoritet konstaterar att mannen var berusad men reflekterar inte över vad detta kan ha för betydelse för uppsåtsfrågan annat än när det gäller åldern. Leijonhufvud menar att det vad gäller misstaget om åldern skulle ha hänvisats till regeln om straffansvar vid rus. Det skulle

⁷² JT 2005-06:04 s. 900-904.

det också rimligen ha gjorts när det gällde frågan om mannen hört flickans nej. Så resonerar det skiljaktiga justitierådet – och så skall man enligt Leijonhufvud resonera.

Att, som majoriteten gör, i ansvarsdelen hänvisa till propositionens formulering att bedömningen sexuellt utnyttjande av barn förutsätter att samlaget bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet mellan parterna, för att sedan, i skadeståndsbedömningen, konstatera att det rör sig om en vuxen mans utnyttjande av en berusad, utvakad fjortonåring är enligt Leijonhufvuds mening minst sagt förbryllande. Hon ställer sig således frågande till hur dessa båda bedömningar går ihop.

Det har enligt Leijonhufvud framgått och framgår av formuleringarna i domarna, att majoriteten i HD varit starkt påverkad av uppfattningen att straffskalan för våldtäkt mot barn är mycket sträng och även att rubriceringen känts inadekvat. Leijonhufvud skriver att man uppenbart har strävat efter att undvika att behöva tillämpa den. Det må kunna uppfattas som ett uttryck för humanitet, men enligt Leijonhufvud har det de facto lett till är ett avsteg från lagstiftarens helt nyligen i demokratisk ordning fattade beslut om vad som ska gälla.

Vår kommentar

Målsäganden var vid den aktuella tidpunkten 14 år och tio månader. Hon var således nära åldern för sexuellt självbestämmande. Utgångspunkten är att barn under 15 år inte kan samtycka till samlag, men den omständighet att målsäganden strax fyller 15 år kan leda till att fallet är att anse som mindre allvarligt. Åldern i sig utgör dock inte skäl för att bedöma gärningen som mindre allvarlig.

Målsäganden synes inte rent faktiskt ha samtyckt till samlag. Hon sade före samlaget nej flera gånger. Med beaktande av samtliga omständigheter i målet menar vi dessutom att om ett samtycke förelegat skall detta inte ges rättslig relevans.

Vad gäller frivilligheten fokuserar HD på hur gärningsmannen uppfattat situationen. Vi menar att det inte spelar någon roll om LÖ uppfattat samlaget som frivilligt om det de facto inte var frivilligt. Straffansvar inträder oavsett om LÖ använt tvång, hot eller våld eller inte. Straffansvar inträder också oavsett om flickan tagit initiativ till den sexuella

handlingen. Det krävs således inte att flickan gjort aktivt motstånd och LÖ kan därmed inte, med framgång, åberopa att han inte förstod att målsäganden inte ville.

En omständighet som talar emot att bedöma en gärning som sexuellt utnyttjande av barn är när det inte föreligger en frivillig sexuell relation där samlaget bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Tingsrätten talar om att det inte förelåg en relation som kan anses bygga på frivillighet och ömsesidighet från målsägandens sida. Även hovrätten konstaterar att LÖ och målsäganden endast var flyktigt bekanta och bara hade träffats som hastigast vid ett par tillfällen.

En förutsättning för att 5 § om sexuellt utnyttjande av barn ska aktualiseras är att flickan, med hänsyn till sin utveckling och omständigheter i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. Omständigheter som i detta fall talar emot att målsäganden har haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen är att hon inte har sovit på hela natten och att hon har druckit alkohol. Vidare är gärningsmannen betydligt äldre än målsäganden och han har tidigare haft en relation med målsägandens mamma. Enligt vår mening är det självklart att flickan i denna situation inte har haft förutsättningar att samtycka till samlag. HD vill dock inte gå så långt som att anse att dessa omständigheter skulle göra att målsäganden inte kunde bedöma och ta ställning till situationen.

HD kommer härmed fram till att gärningen är att bedöma som mindre allvarlig våldtäkt, dvs. sexuellt utnyttjande av barn, dock konstateras emellertid att gärningen är av allvarligt slag.

Nyström, som i HD är skiljaktig tillämpar i likhet med hovrätten rusläran. De anför att om LÖ varit nykter, hade han förstått att omständigheterna inte varit sådana att målsäganden hade förutsättningar att bedöma och ta ställning till om hon ville ha samlag med honom. När man tillämpar rusläran utgår man från gärningsmannens perspektiv. Gärningsmannen måste dock endast ha uppsåt till de faktiska omständigheterna, som att flickan druckit alkohol, inte sovit mm, varför rusläran, enligt vår mening, i detta fall inte behöver tillämpas. Frågeställningen huruvida målsäganden hade förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen är en omständighet som rätten har att ta ställning till.

Kapitel 6. Hovrättsavgöranden

6.1 Stor åldersskillnad mellan målsäganden och gärningsmannen

6.1.1 Målsäganden 12 år

6.1.1.1. B 2912-06, Hovrätten för Västra Sverige

Tingsrätten

MM, 19 år, har någon gång under tiden april-maj 2005 med våld tvingat en 12-årig flicka till samlag. Våldet har bestått i att MM knuffat omkull henne, hållit fast henne och hållit för hennes mun.

Enligt flickans berättelse tvingade MM med sig henne till skogen, knuffade omkull henne på marken, höll fast henne och genomförde samlaget. Enligt MM:s version var det bådas förslag att gå upp i skogen och försöka ha sex. Målsäganden tog själv av sig sina byxor och lade sig frivilligt ner på marken. Flickan var vid händelsen 12 år och 5 månader gammal. Det är klarlagt att MM kände till att målsäganden var under 15 år. Tingsrätten anför:

”Utgångspunkten enligt den nya lagstiftningen är att den som har samlag, eller har genomfört en med samlag jämförligt sexuell handling, med ett barn under 15 år skall dömas för våldtäkt mot barn. Något tvång eller utnyttjande krävs inte och samtycke från barnet friar normalt inte från ansvar, såvida inte målsäganden befinner sig nära den sexuella självbestämmandeåldern 15 år och den sexuella handlingen bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet samt situationen är sådan att målsäganden, med hänsyn till sin utveckling och omständigheter i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen.”

Tingsrätten skriver att flickan vid händelsen var långt ifrån den sexuella självbestämmandeåldern. Hon har inte heller med hänsyn till sin utveckling och omständigheter i övrigt haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. Slutsatsen som tingsrätten drar av detta är att det är ovidkommande vid bedömningen av MM:s ansvar för brott och brottets rubricering om flickan har samtyckt eller inte.

Hovrätten

Hovrätten fastställde tingsrättens dom.

Kommentar

I målet rör det sig om ett barn som är 12 år och 5 månader. Vi anser att det därmed är uteslutet att tala om ett mindre allvarligt brott. Hon har inte heller, som tingsrätten skriver, med hänsyn till sin utveckling och omständigheter i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen.

Vad gäller den nya sexualbrottslagstiftningens systematik utgår tingsrätten från frågeställningen om ett eventuellt samtycke kan beaktas. Eftersom ett eventuellt samtycke här inte kan beaktas är diskussionen huruvida flickan har samtyckt eller inte, såsom tingsrätten uttrycker det, ovidkommande.

Domskälens visar på en rättstillämpning i enlighet med syftet och bakgrunden till den nya sexualbrottslagstiftningen och en förståelse för dess systematik.

6.1.2 Målsäganden 13 år

6.1.2.1 B 606-05, Hovrätten för Övre Norrland

Tingsrätten

AL, 21 år, har haft samlag med målsäganden när hon var strax över 13 år.

Målsäganden och hennes kamrat hade åkt några gånger i AL:s bil. Målsäganden befann sig på bensinstationen när AL uppmanade henne att hoppa in i bilen. Hon ville först inte men hoppade sedan in när AL sa att han ville prata om målsägandens kamrat. Målsäganden uppfattade situationen som att AL och kamraten var tillsammans. AL sa att han inte ville prata i bilen utan körde hem till sig. Väl hemma sa han att hans föräldrar var bortresta. De gick in i hans sovrum och satte sig på sängkanten. AL sa, med tårar i ögonen, att han hade det jobbigt just nu och bad om att få en kram. De satt och pratade och hon kramade AL där de satt på sängen. AL välte sedan ner henne på sängen så att hon hamnade på rygg. Han tryckte med ena handen fast hennes korslagda armar mot hennes överkropp. Med den andra handen drog han ned hennes mjuka resårbyxor och trosor till nedanför knäna. Målsäganden sade åt AL att han skulle sluta och att han skulle kliva av henne. Hon skrek återigen att han skulle sluta och försökte rycka loss sina händer. Hon vågade inte använda något våld, eftersom hon var rädd att han skulle göra henne illa. AL bytte grepp och höll

hennes armar på var sin sida av hennes huvud med sina båda händer. Målsäganden försökte förgäves kränga med kroppen för att komma fri. Hon vågade inte sparka men skrek att han skulle sluta. AL genomförde sedan ett samlag med henne.

AL vidgår att han har haft samlag med målsäganden men förnekar att han skulle ha känt till, eller haft skälig anledning anta, att målsäganden varit under 15 år. Han förnekar även att samlaget skulle ha ägt rum mot målsägandens vilja.

Tingsrätten lägger målsägandens berättelse till grund för bedömningen. Det är således utrett att samlaget ägt rum mot målsägandens vilja. De tar sedan ställning till frågan om AL ska dömas för våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn.

Tingsrätten skriver att redan det förhållandet att målsäganden vid tidpunkten för samlaget var strax över 13 år, medan AL var 21 år talar mycket starkt mot att brottet ska bedömas som sexuellt utnyttjande av barn. Vidare har samlaget skett mot målsägandens vilja. Tingsrätten bedömde gärningen som våldtäkt mot barn.

Hovrätten

I hovrätten yrkar AL i första hand att hovrätten ogillar talan och i andra hand att gärningen ska bedömas som sexuellt utnyttjande av barn.

Hovrätten fastställer att det, såsom tingsrätten anført, är ostridigt att AL har haft samlag med målsäganden som vid gärningen var strax över 13 år. Hovrätten anför vidare att det är styrkt att AL vid tidpunkten för gärningen känt till målsägandens ålder och att det är utrett att samlaget har ägt rum mot målsägandens vilja samt inneburit ett visst betvingande av målsäganden.

Gärningen kan enligt hovrätten inte bedömas som mindre allvarlig utan den ska bedömas som våldtäkt mot barn. Hovrätten tar hänsyn till att samlaget har ägt rum mot målsägandens vilja samt inneburit ett visst betvingande av målsäganden. Vidare skedde samlaget när målsäganden var strax över 13 år och AL var 21 år. Dessutom beaktar domstolen att målsäganden och AL innan samlaget bara träffats några få gånger och att de inte hade något annat än en kamratrelation.

Kommentar

Vi anser, som tingsrätten, att den omständighet att flickan vid gärningstillfället var strax över 13 år mycket starkt talar mot att bedöma gärningen som mindre allvarlig. Likaså den omständighet att de endast hade en kamratrelation och endast träffats ett par gånger talar emot att gärningen ska rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn.

Vid bedömningen av frivilligheten uppstår ingen större problematik för domstolen eftersom man lägger målsägandens berättelse till grund för bedömningen i målet och finner det utrett att samlaget skett mot målsägandens vilja och att det förekommit ett visst betvingande. Då det inte finns något faktiskt samtycke lämnas inget utrymme för att bedöma gärningen som sexuellt utnyttjande av barn.

6.1.2.2 B 3285-05, Göta hovrätt

KL har i målet åtalats för sexualbrott mot tio barn under 15 år. Vi kommer nedan endast att redogöra för det fall där frågan om gärningen var att rubricera som sexuellt utnyttjande av barn eller våldtäkt mot barn aktualiserades.

Tingsrätten

Målsäganden, en pojke på 13 år, fick via en chattsida på Internet kontakt med KL, 23 år. Målsäganden hade signaturen ”Hej Ulla” och uppgav sig vara 13 år. KL hade signaturen Adam. KL ville, enligt målsäganden, träffas för att ha sexuella lekar men då ville målsäganden ha betalt. Efter en del försök när målsäganden anmälde förhinder träffades de. KL hämtade upp målsäganden med bilen och åkte iväg till en avskild plats, en bit utanför staden. KL ville ha sex i baksätet i sin bil. Enligt tingsrätten är det i målet styrkt att L där fört in ett finger i målsägandens anal och fört fingret fram och tillbaka i ett par minuter, att KL sedan försökt tränga in i målsägandens anal med sin penis, att de sedan onanerat och att KL till slut smiskat målsäganden över stjärten. De sexuella handlingarna är jämförliga med samlag.

Angående brottsrubriceringen skriver tingsrätten att ålderskillnaden mellan KL och målsäganden inte är allt för stor. Vidare skriver tingsrätten att utredningen visar inte heller

entydigt annat än att målsäganden frivilligt gått med på de sexuella handlingarna. Inte heller något hot eller tvång har förekommit. Enligt tingsrätten finns det således skäl för att gärningarna skulle vara att bedöma som sexuellt utnyttjande av barn. Tingsrätten delar dock åklagarens uppfattning om att gärningen ska rubriceras som våldtäkt mot barn eftersom frivilligheten i realiteten berott på att L betalat målsäganden.

Hovrätten

Hovrätten hänvisar till högsta domstolens två avgöranden, NJA 2006 s. 79 I och II, vad gäller brottsrubriceringen. Då ett brott är indelat i olika svårighetsgrader gäller som allmän princip att bedömningen av till vilken grad en gärning är att hänföra ska göras med beaktande av samtliga faktiska omständigheter vid brottet.

”Hovrätten beaktar därvid särskilt målsägandens utsatta belägenhet i bilen och att KL under bilfärden sökt och så småningom funnit en, såsom han måste ha uppfattat det, lämplig avskild och undanskymd plats för att ostört kunna genomföra de sexuella aktiviteterna mot målsäganden.”

Hovrätten finner att det med hänsyn härtill inte anses föreligga en sådan frivillighet eller ömsesidighet kring de sexuella handlingarna som medför att gärningen ska rubriceras som det mindre allvarliga brottet sexuellt utnyttjande av barn. Den omständigheten att målsäganden frivilligt följt med i bilen, införstådd med att det kunde resultera i någon form av sexuellt utnyttjande föranleder enligt hovrätten ingen annan bedömning. KL dömdes för våldtäkt mot barn.

Kommentar

Utgångspunkten är att ett barn under 15 år inte kan samtycka till samlag eller annan sexuell handling som är jämförlig med samlag. Ett barn under 15 år kan dock rent faktiskt samtycka till samlag men enligt huvudregeln saknar detta samtycke rättslig verkan. Ett samtycke från barnet kan ges rättslig relevans endast om de i förarbetena angivna omständigheterna och förutsättningarna föreligger.

Tingsrätten menar att den omständigheten att målsäganden har fått betalt gör att gärningen inte kan ses som frivillig. Enligt vår mening synes målsäganden i det aktuella fallet rent

faktiskt ha samtyckt till det sexuella umgänget med KL. Det faktiska samtycket saknar dock rättslig relevans.

Målsäganden var vid den aktuella tidpunkten 13 år gammal, gärningsmannen var 23 år. Denna omständighet talar i sig starkt emot att ett eventuellt samtycke kan beaktas. Ett barn som är 13 år har, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, inte förutsättningar att bedöma och ta ställning till att prostituera sig.

Vidare befinner sig målsäganden i en utsatt situation i bilen med en tio år äldre person som han inte känner. Hovrätten tar inte upp frågan om betalningen till diskussion utan de talar istället om målsägandens utsatta belägenhet, med hänvisning till att gärningen sker i en bil.

Vad gäller frågeställningen om det sexuella umgänget kan ses bygga på fullständig frivillighet och ömsesidighet spelar den omständighet att målsäganden har fått betalt en betydande roll. Vi anser att sexuellt umgänge inte kan bygga på fullständig frivillighet och ömsesidighet om det rör sig om prostitution.

I det aktuella målet rör det sig om en kontakt mellan en vuxen man och en pojke, med andra ord en homosexuell relation. Detta kan vara en omständighet som medvetet eller omedvetet kan ha vägts in. Det kan också vara en förklaring till avsaknaden av ett vidare resonemang utifrån propositionen som vi anser saknas.

6.1.2.3 B 617-06, Göta hovrätt Tingsrätten

I målet är det ostridigt att MJ, 43 år gammal, har haft samlag eller genomfört annan sexuell handling som är jämförlig med samlag med målsäganden vid åtta till nio tillfällen. Vid den aktuella tidpunkten var målsäganden mellan 13 år och 10 månader och 14 år och 2 månader. De sexuella handlingarna har ägt rum i MJ:s bostad, samt vid hotellvistelser. De har bestått av orala samt vaginala samlag och MJ har vid flera tillfällen berört målsägandens underliv med sin penis. Vid ett eller två av nämnda tillfällen av orala samlag har två andra underåriga personer, mellan 14 och 17 år, varit närvarande i lägenheten och sett i vart fall de inledande faserna. Vid ett av gärningstillfällena har MJ och målsäganden

filmad med MJ:s mobiltelefon när målsäganden onanerat, när MJ och målsäganden har haft oralt samlag och avslutningsvis när MJ haft vaginalt samlag med målsäganden.

MJ menar att eftersom gärningarna med hänsyn till omständigheterna är att anse som mindre allvarliga, bör gärningarna rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn. MJ synes enligt tingsrätten ha argumenterat för att det sexuella umgänget mellan honom och målsäganden varit fullständigt frivilligt och ömsesidigt.

Tingsrätten utgår från lagtexten och skriver även att enligt lagstiftaren skall bestämmelsen tillämpas med restriktivitet. Tingsrätten hänvisar därefter till motiven bakom den nya lagstiftningen. Tingsrätten uttrycker att motiven bakom den lagstiftning som skyddar vuxna och den som skyddar barn mot sexuella övergrepp delvis är olika. Bestämmelserna som avser att skydda vuxna människor mot sexuella övergrepp bygger på föreställningen om människans förmåga till viljeuttryck. Därefter förklarar tingsrätten:

”När det gäller övergrepp som riktar sig mot barn framstår det emellertid som främmande att laborera med begrepp som frivillighet och samtycke. Barns förmåga att ge uttryck för sin vilja i sådana situationer är också av naturliga skäl mycket begränsad. Därtill kommer att den sexuella självbestämmanderätten enligt svensk rätt inträder först vid 15 års ålder. (A. prop. s. 67n.) Genom de ändringar som genomfördes per den 1 april 2005 klargjordes att barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar. Det lämnas inte heller något utrymme för diskussioner om barnet möjligen självt har ‘medverkat’ i och alltså inte tvingats till den sexuella aktiviteten. (A. prop s. 70ö.)”

Angående vad Regeringen har anfört i fråga om den lindrigare ansvarsregeln, sexuellt utnyttjande av barn, citerar tingsrätten s. 77 i propositionen. Därefter konstaterar tingsrätten att detta motivuttalande rimmar illa med vad Regeringen på annan plats i propositionen anfört i fråga, om att barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar.

Vad gäller det sexuella umgänget mellan MJ och målsäganden skriver tingsrätten att det varit frivilligt och ömsesidigt mellan parterna i den bemärkelsen att målsäganden och den tilltalade båda velat ha det sexuella umgänget. Dock beaktar tingsrätten en mängd andra omständigheter för att bedöma om frivilligheten kan beaktas, se nedan.

När den sexuella relationen inleddes var målsäganden drygt 13 år och MJ var vid tillfället 43 år. Ålderskillnaden var således cirka 29 år. MJ har vidare utnyttjat målsägandens allmänt utsatta situation och den omständigheten att målsäganden har en problematisk relation till sin familj. MJ har i det närmaste fungerat som en fadersgestalt för målsäganden. Han har låtit målsäganden anförtro sig åt honom, samtidigt som han blivit mer och mer intim med henne. MJ har dessutom bidragit till att hålla deras relation hemlig för målsägandens föräldrar. Tingsrätten utvecklar:

”Det har legat på MJ att, i egenskap av vuxen, sätta gränser för deras förhållande. Detta har han inte gjort.”

Vidare anför tingsrätten att omfattningen av det sexuella umgänget talar mot att det är fråga om ett mindre allvarligt brott. Slutligen beaktar tingsrätten karaktären av det sexuella umgänget. Den omständigheten att MJ har haft sexuellt umgänge med målsäganden inför hennes vänner, och att han medverkat till uppkomsten, och i någon mån till spridning av en film som, innehåller sekvenser av oralt och vaginalt samlag mellan MJ och målsäganden talar mot att gärningarna är att anse som mindre allvarliga. Karaktären av det sexuella umgänget har således inneburit synnerligen allvarliga kränkningar av målsägandens integritet.

Oavsett om det sexuella umgänget rent subjektivt varit frivilligt från målsägandens sida har MJ därför på ett mycket allvarligt sätt kränkt hennes integritet och gärningarna är enligt tingsrätten bedömning av omständigheterna ovan således inte att bedöma som mindre allvarliga. Tingsrätten dömer MJ för våldtäkt mot barn.

Hovrätten

Hovrätten utgår från lagtexten i 4 § brottsbalken om våldtäkt mot barn, och skriver sedan att något tvång eller utnyttjande inte krävs och att samtycke således inte friar från ansvar.

Angående rubriceringsfrågan om brottet är att anse som våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn hänvisar hovrätten till förarbetena där det framkommer att bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn ska tillämpas med restriktivitet. Vidare tar man upp förutsättningen om den person som gärningen riktas mot, med hänsyn till sin

utveckling och omständigheter i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen.

Därefter hänvisar hovrätten till NJA 2006 s 79 I och II och skriver att frivilligheten kan beaktas som en för den straffrättsliga bedömningen relevant faktor, men att betydelsen därav måste bedömas med hänsyn till barnets mognad och förmåga att inse innebörden av sitt handlande. Angående målsägandens ålder skriver hovrätten att:

”Målsäganden i förevarande mål hade vid gärningarna uppnått en sådan ålder att denna i sig inte kan anses utgöra något hinder mot att beakta en frivillighet.”

Frågan som hovrätten sedan tog ställning till var om de därmed jämförliga sexuella handlingarna byggde på frivillighet och ömsesidighet på ett sådant sätt att gärningarna är att hänföra till sexuellt utnyttjande av barn.

Första omständigheten som beaktas är det beroendeförhållande som uppstått mellan målsäganden och MJ. MJ var drygt 40 år och var väl medveten om målsägandens problemfyllda situation. Hon har anförtrott sig åt MJ och han har fungerat som en fadersgestalt för henne. Hovrätten fortsätter:

”MJ har utnyttjat målsägandens allmänt utsatta situation i stället för att, i egenskap av vuxen, sätta gränser för deras förhållande.”

En annan omständighet som beaktas är att det framstår som tveksamt om målsäganden vid gärningarna uppnått en mognadsgrad som motsvarade hennes ålder.

Vid beaktande av dessa omständigheter anser hovrätten att gärningarna inte kan anses bygga på sådan fullständig frivillighet och ömsesidighet som förutsätts för att rubricera brottet som sexuellt utnyttjande av barn. Hovrätten dömer därför MJ för våldtäkt mot barn.

Kommentar

Målsäganden var 13 år och 10 månader och MJ var 43 år när de började ha samlag. Målsäganden hade således långt kvar till åldern för sexuellt självbestämmande. Dessa omständigheter talar mycket starkt mot att brottet kan anses som mindre allvarligt.

Målsäganden har visserligen rent faktiskt samtyckt till det sexuella umgänget. För att samtycket från barnet skall ges rättslig relevans måste dock de i förarbetena angivna omständigheterna och förutsättningarna föreligga.

Vad gäller bedömningen huruvida målsäganden, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen, befann sig flickan i ett beroendeförhållande till MJ som var betydligt äldre, 43 år gammal. Han utnyttjade målsäganden allmänt utsatta situation och hennes problematiska relation till sin familj. MJ har såsom tingsrätten anfört dessutom utsatt henne för handlingar av mycket kränkande karaktär.

Vi ser ett positivt mönster i att både tingsrätten och hovrätten genom sina uttalanden lägger ansvaret på mannen. Mannen är den vuxne och han har ansvar för sina handlingar. Det är flickan som är skyddsvärd, helt i enlighet med förarbetena. Barn skall skyddas från vuxnas sexualitet.

Enligt hovrätten framstår det vidare som tveksamt om målsäganden vid gärningarna uppnått en mognadsgrad som motsvarade hennes ålder. Eftersom åldern för sexuellt självbestämmande är 15 år måste målsäganden dock anses mogen som en 15-åring för att bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn skall kunna aktualiseras. Målsäganden är 13 år varför utgångspunkten måste vara att hon är mogen som en 13-åring.

Hovrätten hänvisar i sin dom till NJA 2006 s. 79 I och II och skriver att frivilligheten kan beaktas som en för den straffrättsliga bedömningen relevant faktor. Betydelsen därav måste emellertid bedömas med hänsyn till barnets mognad och *förmåga att inse innebörden av sitt handlande* (vår kursivering). Denna formulering är hämtad från NJA 2006 s. 79 I med en hänvisning till propositionen sida 144. Där står dock att personen som gärningen riktas mot *med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen* (vår kursivering). Vi förordar att man använder sig av formuleringen i propositionen som är förstahandskällan. Den formulering som HD använder sig av anser vi tenderar till att lägga fokus på målsäganden istället för de yttre omständigheterna.

Vi är ense med domstolen i deras bedömning att MJ och målsägandens relation med hänsyn till samtliga omständigheter i fallet inte kan anses bygga på sådan fullständig frivillighet och ömsesidighet som avses i förarbetena, för att gärningarna ska kunna bedömas som sexuellt utnyttjande av barn.

6.1.2.4 B 2021-05, Göta hovrätt

Tingsrätten

DW, 25 år, har i sin bostad haft samlag med målsäganden som vid tillfället var 13 år och 3 månader. Den aktuella kvällen befann sig målsäganden på annan ort med kamrater. Hon skulle sova hos sin kompis men efter att målsägandens pojkvän dykt upp på moped utanför kompisens bostad blev kompisens mamma arg och förbjöd målsäganden att sova över. Målsäganden hade ingen mobiltelefon och ville inte ringa hem och be om hjälp så hon begav sig ut på stan för att hitta någonstans att sova.

På stan träffade flickan DW:s kompis vid två tillfällen. Vid det andra tillfället erbjöd han målsäganden att sova över hos DW, där han själv skulle sova. Strax därefter kom DW till platsen och de tre gick gemensamt hem till DW. DW var 25 år och 8 månader. Målsäganden erbjöds att sova i sängen, medan DW:s kompis och DW skulle sova i de två soffor som fanns i lägenheten. DW:s kompis och DW tittade på tv och målsäganden gick och lade sig. DW frågade om målsäganden ville ha sällskap och hon svarade att det inte behövdes. Han lade sig ändå bredvid henne i sängen. Hon somnade och vaknade sedan av att DW höll på att knäppa upp hennes bh. Hon hade då inte längre på sig någon tröja, t-shirt eller mjukisbyxor som hon hade haft när hon gick och lade sig. Hon sa inget men vände sig på sidan. DW drog av henne trosorna och la sig över henne medan han höll fast hennes armar. Han hade sedan samlag med henne och fick utlösning på hennes mage. Hon grät under samlaget men vet inte om DW uppfattade detta.

DW som är född 1979 har erkänt att han har haft samlag med målsäganden i sin bostad med vetskap om att målsäganden var född 1992. DW uppfattade dock samlaget som helt frivilligt. Han har förnekat att han utövat något våld mot målsäganden.

Tingsrätten skriver att det inte kan uteslutas att i vart fall DW trots att målsäganden var med på att ha samlag med honom. Tingsrätten finner det således inte utrett att det förekommit något våld från DW:s sida. Tingsrätten fortsätter:

”Det är inte styrkt att DW utövat något våld mot E och det kan inte heller helt uteslutas att DW uppfattat samlaget som frivilligt. Ett minimistraff på två år framstår då som ett orimligt hårt straff.”

Det brott som DW gjort sig skyldig till, måste enligt tingsrätten, anses som mindre allvarligt. Tingsrätten dömer DW för sexuellt utnyttjande av barn.

Skiljaktig

Rådmannen är skiljaktig och anför att 6 kap 5 § enligt förarbetena ska tillämpas restriktivt. Han anför vidare att målsäganden är 13 år och inte ger intryck av att vara äldre medan DW är dubbelt så gammal. Målsäganden och DW kände inte varandra och de hade inte träffats tidigare.

Även de omständigheter att DW visste att målsäganden befann sig på för henne främmande ort utan tak över huvudet för natten och att han uppfattade henne som berusad talar enligt rådmannen emot att man skulle se brottet som mindre allvarligt.

Även om det enligt rådmannen inte kan uteslutas att målsäganden inte på något för DW tydligt sätt givit uttryck för att hon inte ville ha samlag med honom, måste han anses ha utnyttjat situationen på sådant sätt att det inte går att, med lagstiftarens synsätt, anse brottet som mindre allvarligt.

Rådmannen skriver att han i och för sig delar nämndemännens uppfattning att två års fängelse framstår som ett alltför hårt straff ställt i relation till praxis vid andra närbesläktade brott. Efter en tolkning av förarbetena till lagändringen finner han dock att DW ska dömas för våldtäkt mot barn.

Hovrätten

Hovrätten börjar med att konstatera att såväl de objektiva som subjektiva rekvisiten för att rubricera brottet som våldtäkt mot barn är uppfyllda.

Därefter går hovrätten in på bedömningen om gärningen är att anse som mindre allvarlig.

Hovrätten utgår från att syftet med att införa en särskild bestämmelse om våldtäkt mot barn var att klargöra, att barn inte kan samtycka till sexuella handlingar. Hovrätten skriver också att en konsekvens av detta är att det inte längre ställs något krav på att gärningsmannen ska ha använt våld eller hot för att ett samlag med ett barn ska bedömas som våldtäkt. Ett annat syfte bakom den nya lagstiftningen skriver hovrätten är att undvika en diskussion om i vad mån barnet har medverkat i, och alltså inte tvingats till, den sexuella aktiviteten.

Dock skriver hovrätten att nyordningen har medfört att lagstiftaren har funnit skäl att införa en särskild bestämmelse för sådana fall av våldtäkt mot barn som med hänsyn till omständigheterna vid brottet är att anse som mindre allvarliga. Vidare redogör hovrätten för de exempel som nämns i förarbetena när brottet kan anse som mindre allvarligt.

”I förarbetena till lagstiftningen nämns som exempel därpå då två ungdomar, varav den ena är under och den andra strax över 15 år, frivilligt har samlag med varandra, men det sägs också att sådana fall, som då t ex en 29-åring har samlag med ett barn som är 14 år och 11 månader, d v s en gärning som hade varit straffri om barnet varit femton år, kan omfattas av tillämpningsområdet; i det senare fallet kan det vara frågan om en tonåring som utvecklat sin sexualitet och har en frivillig sexuell relation till någon som är betydlig äldre. Slutligen anger lagstiftaren att, därest samlaget bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet mellan parterna, det inte framstår som rimligt att döma till minst två års fängelse även om utgångspunkten är att det inte är tillåtet att ha sexuell umgänge med den som inte fyllt femton år. Avsikten är att bestämmelsen skall tillämpas restriktivt och vid bedömningen ska hänsyn tas till samtliga omständigheter vid brottet.”

Hovrätten väger i sin bedömning in att målsäganden vid tidpunkten för gärningen var 13 år och att hon inte ger intryck av att vara äldre. DW, som var 25 år, hade inte tidigare haft någon som helst relation till målsäganden.

En samlad bedömning av omständigheterna vid gärningen medger enligt hovrättens mening inte utrymme för att bedöma brottet som mindre allvarligt. Hovrätten finner således att DW inte kan undgå ansvar för våldtäkt mot barn.

Kommentar

Målsäganden var vid den aktuella tidpunkten 13 år och 3 månader och gärningsmannen var 25 år och 8 månader. Denna omständighet talar starkt mot att rubricera gärningen som sexuellt utnyttjande av barn.

En förutsättning för att undantagsregeln skall bli tillämplig är att målsäganden med hänsyn till sin utveckling och omständigheter i övrigt haft förutsättning att bedöma och ta ställning till situationen. Omständigheter som talar emot detta är, såsom hovrätten påtalar, att målsäganden inte ger intryck av att vara äldre än vad hon är. Målsäganden befann sig dessutom i en främmande lägenhet utan någon annanstans att sova, utlämnad till en person som hon inte tidigare haft någon relation till. Hon befann sig således i en mycket utsatt situation.

Vi menar att på grund av dessa omständigheter är det ovidkommande huruvida målsäganden faktiskt har samtyckt till samlag eller ej eftersom omständigheterna i målet gör att ett eventuellt samtycke inte kan ges rättslig relevans.

Vad gäller frivilligheten undviker hovrätten frågan genom att lägga ansvaret på DW. Det är tydligt att domstolen ser till bakgrunden och syftet med den nya lagstiftningen och således strävar efter att undvika en diskussion om i vad mån flickan möjligen medverkat och alltså inte tvingats till den sexuella aktiviteten. Vi finner det rimligt att hovrätten inte behandlar frågan huruvida samlaget anses bygga på fullständig frivillighet och ömsesidighet, eftersom man redan kommit fram till att ett eventuellt samtycke inte kan beaktas.

Tingsrättens domslut visar däremot på en felaktig rättstillämpning. Majoriteten, som bestod av tre nämndemän, bortser i fråga om brottsrubricering i sin helhet från den nya sexualbrottslagstiftningen. Straffansvar inträder oavsett om gärningsmannen använt tvång, hot eller våld eller utnyttjat situationen. Straffansvar inträder också oavsett om barnet tagit initiativ till den sexuella handlingen. Det krävs således inte att barnet gjort aktivt motstånd

och gärningsmannen kan därmed inte, med framgång, åberopa att han inte förstod att barnet inte ville.

Rådmannen som var ensam skiljaktig beaktar den nya lagstiftningen och tolkar den i enlighet med propositionen, vilket är en domstols uppgift och skyldighet. Hans domskäl ger uttryck för att bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn är en undantagsregel i förhållande till huvudbrottet, våldtäkt mot barn.

Vi ställer oss dock mycket kritiska till rådmannens kommentar om att två års fängelse framstår som ett alltför hårt straff i relation till praxis i andra närbesläktade brott. Vi uppfattar det som att han i och med denna kommentar visar motvilja till den nya lagstiftningen.

6.1.2.5 B 5420-06, Svea hovrätt

Tingsrätten

DV, 25 år, har vid ett tillfälle i februari t.o.m. mars 2006 i en bostad genomfört ett samlag med målsäganden, nyligen fyllda 13 år.

Målsäganden var kamrat med DV:s syster. De umgicks dagtid och sov ibland över hos varandra på helgerna. En natt vaknade de av att DV kom hem och var berusad. Målsäganden gick med DV och lade sig på bäddsoffan i vardagsrummet med honom. Klockan var ungefär två på natten och hon var jättetrött. Hon halvsov men vaknade till helt, av att DV var inne i henne. Hon låg på rygg och han var ovanpå henne.

DV förnekar att han haft samlag med målsäganden men tingsrätten anser det styrkt att DV förfarit på det sätt som målsäganden berättat.

”Vid tidpunkten var AA nyligen fyllda 13 år. DV, som fyllt 25 år var väl medveten om hennes ålder. De hade ingen tidigare relation. Vid en samlad bedömning av gärningen finner tingsrätten, oavsett om DV skulle ha uppfattat samlaget som frivilligt, att det inte finns något utrymme för att bedöma brottet som mindre allvarligt. Tingsrätten finner därför att DV skall dömas för våldtäkt mot barn.”

Hovrätten

DV yrkar i första hand att åtalet ska ogillas. Han förnekar att något sexuellt umgänge eller någon sexuell kontakt förekommit mellan honom och målsäganden. I andra hand yrkar han att gärningen skall rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn.

Hovrätten finner såsom tingsrätten att det är styrkt att DV och flickan har haft samlag och att DV visste att flickan var under 15 år. Hovrätten gör avseende frågan om hur brotten ska rubriceras samma överväganden som tingsrätten har gjort. Hovrätten skriver slutligen att det i hovrätten inte har framkommit någon omständighet som skulle kunna ge anledning att tillämpa undantagsregeln om sexuellt utnyttjande av barn. DV dömdes således för våldtäkt mot barn.

Kommentar

Både tingsrättens och hovrättens dom står i överensstämmelse med syftet och bakgrunden till den nya sexualbrottslagstiftningen. Vi finner det positivt att hovrätten uttryckligen omnämner och tillämpar 5 § om sexuellt utnyttjande av barn som en undantagsregel.

Vad gäller frågan huruvida ett eventuellt samtycke kan beaktas lägger tingsrätten stor vikt vid att målsäganden var nyligen fyllda 13 år. När målsäganden har så långt kvar till sexuellt självbestämmande lämnar förarbetena ytterst litet utrymme för att man skulle kunna beakta gärningen som mindre allvarlig. Den omständigheten att målsäganden och DV inte har haft någon tidigare relation talar också emot att ett eventuellt samtycke ska beaktas. Tingsrätten stannar här i sin argumentation och kommer därmed inte in på något resonemang huruvida målsäganden har samtyckt till samlag eller inte.

Avslutningsvis finner vi det intressant att DV i första hand hävdar att något samlag inte har ägt rum och i andra hand att gärningen skall rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn. Vad gäller upplägget av ett försvar, är det inte, ur retorisk synvinkel, framgångsrikt att hävda att den påstådda gärningen inte har inträffat men om den har inträffat, så är det frivilligt och mindre allvarligt.

6.1.2.6 B 8-06, Hovrätten över Skåne och Blekinge Tingsrätten

MP, 19 år och 7 månader, har haft analt och vaginalt samlag med målsäganden som vid det aktuella tillfället var 13 år och 5 månader. Hon lärde känna MP via Internet. Han var före detta klasskamrat till målsägandens storebror. De hade talat med varandra i telefon samt träffats tre gånger. Målsäganden uppger att hon inte var kär i honom utan gillade honom som kompis. De hade inte hållit varandra i handen eller pussats. Hon hade inte tidigare haft sex. Den aktuella kvällen var hon ledsen och de stämde träff på skolgården. Därefter gick de hem till målsäganden. De pratade och MP fick henne att glömma bort hur ledsen hon var. Hon somnade i soffan och vaknade i sängen där MP smekte henne. Hon gillade det inte men vågade inget säga. Hon var rädd för att bli misshandlad och var rädd för vad MP skulle göra om hon gjorde motstånd, därför vågade hon inget säga. Hon började gråta. Hon ville inte att MP skulle se det men han måste ha märkt det. Det gjorde ont under hela samlaget. Hon låg stilla och medverkade inte. Hon var som paralyserad. När han slutade sa han, att han trodde hon ville ha samlag med honom. Hon tror inte hon sa något. Han blev kvar i lägenheten. MP ville att hon skulle hålla om honom, men det ville hon inte. Hon vet inte när han gick. När han gått låste hon dörren och duschade länge för att få bort allt. Målsägandens mormor beskriver målsäganden som en glad och positiv tjej. Hon har dock inte bearbetat sin sorg efter sin far som dog av en överdos för fem år sedan.

MP har erkänt vad åklagaren har lagt honom till last. Han gör dock gällanden att gärningen bör bedömas som mindre allvarlig och därför rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn.

Tingsrätten finner det styrkt att MP med kännedom om att målsäganden var 13 år har haft både analt och vaginalt samlag med henne.

Tingsrätten konstaterar därefter att gärningen, enligt nu gällande lagstiftning, är straffbar som våldtäkt mot barn, men att gärningen med hänsyn till omständigheterna kan ses som mindre allvarlig och då rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn. Vidare konstaterar rätten att, för våldtäkt mot barn krävs inte, att våld eller hot använts vid tilltvingande av könsligt umgänge.

Tingsrätten anser att den omständigheten att målsäganden låtit MP ha sitt huvud i hennes knä under lång tid, att han burit in henne i sängen samt låtit honom smeka henne och sedan tränga in i henne utan att hon i ord eller handling protesterat, gör att MP måste ha uppfattat det som att målsäganden gav sitt tysta medgivande till samlaget. Likaså den omständigheten att målsäganden lät MP stanna kvar och sova i lägenheten efteråt. Tingsrätten fortsätter:

”Det förhållandet att målsäganden först efter påtryckningar från kamrater gjort polisanmälan talar också för att hon gett sitt medgivande till mer än vad hon nu vill tillstå.”

Tingsrätten anser därmed att gärningen skall bedömas som sexuellt utnyttjande av barn.

Hovrätten

Hovrätten anför följande om ändringarna i sexualbrottslagstiftningen som trädde i kraft den 1 april 2005:

”Genom den då införda regleringen ändrades bl.a. den systematiska uppbyggnaden av sexualbrott i väsentliga hänseenden och då inte minst när det gäller brott riktade mot barn under 15 år. Utgångspunkten enligt den nya lagstiftningen är att den som har samlag med ett barn under 15 år skall dömas för våldtäkt mot barn. Något tvång eller utnyttjande krävs inte och samtycke friar inte från ansvar. Endast i undantagsfall skall den mildare bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn tillämpas. Det skall då vara fråga om gärningar som bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Dessutom bör det, åtminstone i de fall där gärningsmannen är betydligt äldre, vara fråga om ett barn som närmar sig åldern för sexuellt självbestämmande, dvs femton år, och som har utvecklat sin sexualitet och har en frivillig sexuell relation till gärningsmannen (se prop. 2004/05:45 s. 71 f och 77). En förutsättning för tillämpning av bestämmelsen bör vidare, i alla situationer, vara att målsäganden, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, har haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen (jfr anförd prop. s. 144).”

Hovrätten finner att målsäganden och MP träffats personligen endast vid två tillfällen samt att de i övrigt haft kontakt via Internet och telefon. De har aldrig vid någon av kontakterna pratat om att ha sällskap med varandra eller talat om sex. Målsäganden har däremot ansett

sig kunna vända sig till MP med tillit och prata om sina bekymmer. Vid gärningstillfället var målsäganden som paralyserad och uppfattade sig själv som om hon stod vid fönstret och tittade på. Hon var rädd under hela samlaget och grät eftersom hon inte visste vad som skulle hända. Hovrätten fortsätter:

”Målsäganden har i hovrätten uppgett att hon velat ta tillbaka anmälan men att hon ändå vidhåller sina tidigare lämnade uppgifter. Hon har lämnat dessa under tydlig motvilja. Hovrätten lägger hennes uppgifter till grund för sin bedömning av hur hon upplevde samlaget och saknar därför anledning att anta att hennes deltagande i detta var frivilligt.”

”Målsägandens ringa ålder och arten av den relation hon dittills hade haft med MP medför att gärningen – oavsett om MP uppfattat sig ha samtycke till samlaget – helt klart faller utanför tillämpningsområdet för 6 kap. 5 § brottsbalken. Han skall därför dömas för våldtäkt mot barn i enlighet med 6 kap. 4 § brottsbalken.”

Kommentar

Målsäganden var vid den aktuella tidpunkten 13 år och 5 månader, dvs. hon hade långt kvar till åldern för sexuellt självbestämmande, vilket är en omständighet som starkt talar mot att gärningen kan ses som mindre allvarlig.

Hovrätten lägger målsäganden uppgifter till grund för sin bedömning och därför saknas anledning att anta att hon frivilligt deltagit i samlaget. Även om man i målet hade funnit att målsäganden faktiskt samtyckt till samlag är detta, enligt vår mening, ovidkommande då övriga omständigheter i målet talar mot att ett sådant samtycke kan ges rättslig relevans.

Vad gäller frågan om målsäganden, med hänsyn till sin utveckling och omständigheter i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen talar flickans ringa ålder, 13 år och 5 månader mot detta. Hon är 13 år och förutsätts vara intellektuellt utvecklad som en sådan, inte som en 15-åring.

Målsäganden och MP hade inte någon parrelation. De hade inte heller talat om att de skulle ha sällskap med varandra eller talat om att de skulle ha sex. Dessa omständigheter talar mot att målsäganden och MP haft en relation som byggt på fullständig frivillighet och

ömsesidighet. Målsäganden har istället sett MP som en person som hon kunnat vända sig till med tillit och prata om sina bekymmer.

Tingsrätten lägger avgörande vikt vid den omständigheten att MP inte förstod att målsäganden inte ville ha samlag och att han trodde att han hade hennes tysta samtycke. Detta är en omständighet, som till följd av den nya lagstiftningen inte skall beaktas. Straffansvar inträder oavsett om gärningsmannen använt tvång, hot eller våld eller utnyttjat situationen. Straffansvar inträder också även om barnet tagit initiativ till den sexuella handlingen. Det krävs således inte att barnet gjort aktivt motstånd och gärningsmannen kan därmed inte, med framgång, åberopa att han inte förstod att barnet inte ville.

Vi anser att hovrätten, till skillnad från tingsrätten, tillämpar den nya lagstiftningen i enlighet med propositionen och dess syfte. Hovrättens motivering i domskälen visar på en tydlig och klar förståelse för den nya lagstiftningens bakgrund, uppbyggnad och systematik. Våldtäkt mot barn är en korrekt rubricering av MP:s gärning.

6.1.3 Målsäganden 14 år

6.1.3.1 B 107-06, Svea hovrätt

Tingsrätten

PJ och målsäganden har vid tre tillfällen efter den 1 april 2005 haft oskyddade anala samlag. PJ var vid den aktuella tidpunkten 50 år och hade sedan tio år vetat om att han var smittad av HIV. Målsäganden, en pojke som led av ADHD och även hade vissa autistiska drag, var vid gärningstillfällena 14 år.

Nämnas bör att PJ både i tingsrätten och hovrätten dömdes för framkallande av fara för annan på grund av de oskyddade samlagen med målsäganden.

PJ förnekar brott. Han vidgår att han har haft sexuell kontakt med MH men att han inte känt till att MH endast var 14 år. Målsäganden har uppgivit att han talat om för PJ att han var 14 år. Den uppgiften fanns även på målsägandens hemsida som återfanns i PJ:s dator. Vidare har andra målsäganden fått uppfattningen att PJ känt till målsägandens ålder. Tingsrätten anser det därför ställt utom rimligt tvivel att PJ vid deras kontakter haft vetskap om målsägandens ålder.

Tingsrätten anser inte skäl föreligga för att inte sätta tilltro till målsägandens beskrivningar av kontakterna med PJ. Målsägandens berättelse skall därför läggas till grund för ansvarsbedömningen.

Tingsrätten finner att åtalet skall bifallas i sin helhet. PJ döms för våldtäkt mot barn.

Hovrätten

Andra målsäganden har vittnat om att målsäganden är liten, har ett barnsligt kroppsspråk och ljus röst. PJ har under många år varit ungdomstränare och umgåtts med ungdomar i nu aktuell ålderskategori och borde på grund av detta haft anledning att bli misstänksam om målsägandens ålder. Hovrätten finner således att en rad omständigheter talar för att PJ vid tidpunkten för samlagen med målsäganden var fullt medveten om att denne inte fyllt 15 år. Han har i vart fall med råge haft skälig anledning anta att denne inte fyllt 15 år.

Även om målsäganden vid nu aktuella tillfällen hade viss sexuell erfarenhet förefaller hans sexualitet inte vara utvecklad på ett sådant sätt som avses i förarbetena. Den sexuella relationen mellan PJ och målsäganden har varit frivillig såtillvida att något tvång inte förekommit men däremot har det sexuella umgänget skett mot betalning. Vid sådana förhållanden kan även relationens ömsesidighet ifrågasättas.

Hovrätten finner att de gärningar som PJ gjort sig skyldig till inte sammantaget kan bedömas som mindre allvarliga. PJ skall därför dömas för våldtäkt mot barn vid samtliga tillfällen.

Kommentar

I detta mål rör det sig om en homosexuell relation, en HIV-smittad man har en sexuell kontakt med en 14-årig pojke. Att pojken befinner sig nära åldern för sexuellt självbestämmande är den enda omständighet som talar för att bedöma gärningarna som mindre allvarliga.

Utgångspunkten är att barn under 15 år inte med rättslig verkan kan samtycka till samlag eller annan sexuell handling som är jämförlig med samlag, än mindre samtycka till prostitution. I målet synes målsäganden rent faktiskt ha samtyckt till sexuell umgänge. Vi

anser dock att detta samtycke saknar rättslig relevans på grund av nedan angivna omständigheter.

En förutsättning för att gärningarna kan rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn är att målsäganden, med hänsyn till sin utveckling och omständigheter i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. Hovrätten finner att målsäganden inte är utvecklad på det sätt som avses i förarbetena och därmed kan brottet inte ses som mindre allvarligt. Ett sådant resonemang visar på en förståelse för lagstiftningens systemetik.

Hovrätten anser vidare att den sexuella relationen mellan PJ och målsäganden visserligen har varit frivillig såtillvida att något tvång inte förekommit. Eftersom betalning förekommit ifrågasätter den dock relationens ömsesidighet. Vi kan inte heller se någon frivillighet och ömsesidighet i en relation där betalning förekommer. Vi vill poängtera att kravet på tvång är borttaget i och med lagändringen. En sexuell relation där tvång inte förekommit kan per automatik inte anses som frivillig.

Vi anser att tingsrätten och hovrätten har rubricerat gärningarna korrekt. Vi saknar dock ett resonemang i tingsrätten utifrån propositionen i vad gäller gränsdragningen mellan 4 § om våldtäkt mot barn och 5 § om sexuellt utnyttjande av barn. Tingsrätten nöjer sig med att konstatera att de objektiva förutsättningarna är subjektivt täckta och därmed är brottsrubriceringen klar.

6.1.3.2 B 414-06, Hovrätten för Nedre Norrland

Tingsrätten

Tingsrätten finner det utrett att JD, 36 år, har bjudit tre flickor samt sin egen dotter på sprit, trots att han var väl medveten om att de var underåriga. Flickorna var vid gärningstillfället 14 år. Flickorna befann sig i JD:s hus, där han blandade groggar till dem under kvällen från en dunk med hembränt. Målsägande A och B blev under kvällen så trötta av berusningen att de gick och lade sig i JD:s dotters säng där övergreppen senare ägde rum.

Tingsrätten finner med hänsyn till att målsägande A och B:s uppgifter är trovärdiga och tillförlitliga, samt med hänsyn till vad som i övrigt framkommit, att dessa uppgifter skall läggas till grund för målet. Det är därmed utrett att JD fört in ett eller flera fingrar i

målsägande A:s och B:s underliv, att han har slickat deras underliv och även slickat målsägande A:s bröst. JD:s gärningar att beröra flickornas underliv på sådant sätt är jämförliga med samlag.

Tingsrätten anför:

”Bestämmelserna om sexualbrott i 6 kap. brottsbalken ändrades i väsentliga avseenden genom bestämmelser som trädde i kraft den 1 april 2005. Genom den då införda regleringen ändrades bl.a. den systematiska uppbyggnaden av sexualbrotten i väsentliga hänseenden och då inte minst när det gäller brott riktade mot barn under 15 år. Utgångspunkten är att den som har samlag med ett barn under 15 år eller som med ett sådant barn genomför en sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag, skall dömas för våldtäkt mot barn. Något tvång eller utnyttjande krävs inte. Endast i undantagsfall skall den mildare bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn kunna tillämpas. Det skall då vara fråga om gärningar som bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet.”

Målsägande A och B var vid gärningstillfället påverkade av alkohol som JD bjudit dem på. JD utnyttjade deras påverkan för att genomföra de sexuella handlingarna. Det framstår som uppenbart att flickorna hade agerat annorlunda om de inte varit alkoholpåverkade. Någon frivillighet och ömsesidighet har det inte varit fråga om.

Tingsrätten finner att gärningarna inte kan bedömas på annat sätt än som våldtäkt mot barn.

Hovrätten

Hovrätten fastställer tingsrättens dom.

Kommentar

I målet finns inget faktiskt samtycke från flickornas sida. Vi anser således att tingsrättens och hovrättens domslut är korrekta. Båda instanser tillämpar den nya lagstiftningen och tar stöd för sin argumentation i propositionen. De kommer fram till att det inte varit fråga om någon frivillighet och ömsesidighet samt att JD genomfört gärningarna genom att utnyttja flickornas berusade tillstånd.

Vi vill i detta mål tillägga och poängtera att flickorna i sitt berusade tillstånd inte heller haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. Därmed kan gärningarna inte bedömas på annat sätt än våldtäkt mot barn.

6.1.3.3 B 733-06, Göta hovrätt

Tingsrätten

Målsäganden, som vid tillfället var 14 år och 5 månader, hade DF, 21 år och 8 månader, som idrottslärare två gånger i veckan. Den 1 juni 2005 hade skolklasserna heldagsaktivitet på badhuset.

Enligt målsäganden lekte barnen i bubbelpoolen när DF började kittla målsäganden på benen och hon kittlade tillbaka. Plötsligt klämde DF på hennes bak, men hon trodde att det skett oavsiktligt. Han började känna på målsäganden ben och hon försökte ta bort handen ett flertal gånger utan framgång. DF förde sedan upp fingrar i målsägandens slida och anus. Vid ett tillfälle kände hon med sin hand på DF:s mage, varvid han förde målsägandens hand till sitt könsorgan.

När skoldagen var slut övertalade DF några barn, däribland målsäganden, att stanna kvar för att leka kurragömma. DF drog med sig målsäganden in i ett toalettutrymme och låste dörren. DF fattade med ena handen om hennes kropp och med den andra på ryggen tryckte han ned henne framåt. Han drog ner hennes byxor och stoppade in sina fingrar i hennes underliv. Hon sade nej flera gånger och påtalade även att hon inte haft någon sexuell erfarenhet tidigare samt att hon ville att den första gången skulle vara speciell. DF drog sedan ner sina byxor och genomförde ett vaginalt samlag med målsäganden bakifrån. Eftersom DF var hennes lärare kände hon respekt för honom. Hon mådde illa under hela tiden gärningarna pågick och allt kändes överkligt.

DF förnekar att han varit ensam med målsäganden och att han inte haft någon som helst sexuell kontakt med henne.

Genom den presenterade utredningen i målet anser tingsrätten att det är ställt utom rimligt tvivel att DF först i bubbelpoolen och därefter i ett toalettutrymme begått sexuella handlingar som är jämförliga med samlag med målsäganden. I toalettutrymmet har DF

även med visst fysiskt våld tilltvingat sig samlag med ett barn under 15 år. Tingsrätten dömer DF för våldtäkt mot barn.

Hovrätten

DF har i hovrätten erkänt att visst sexuellt umgänge jämförligt med samlag förekommit mellan honom och målsäganden. Han har dock uppgett att umgänget skett frivilligt från målsägandens sida och förnekat att det varit fråga om tvång eller våld från hans sida. Han yrkar således att hovrätten ska bedöma gärningen som sexuellt utnyttjande av barn.

Hovrätten finner dock sammantaget att det är målsägandes berättelse som ska läggas till grund för bedömningen i skuldfrågan.

Vad gäller frågan huruvida målsäganden samtyckt till det sexuella handlingarna anför hovrätten följande:

”Även om det inte kan uteslutas att DF inledningsvis varit av uppfattningen att målsäganden samtyckt till sexuellt umgänge så måste han, i vart fall i bubbelpoolen då målsäganden vid flera tillfällen tog bort hans hand, ha insett att hon inte var intresserad av något sexuellt umgänge med honom. På toaletten har han förmått målsäganden till samlag. Även om det framstår som något oklart om DF använt något egentligt våld har han förstått att målsäganden inte ville ha samlag med honom.”

Vidare utgår hovrätten från den nya lagstiftningen och skriver att varken för våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn krävs något tvång och samtycke befriar inte från ansvar. Hovrätten hänvisar även till förarbetena och anför att bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn ska tillämpas med restriktivitet.

Särskilt det samlag som DF har genomfört med målsäganden på toaletten innehåller, enligt hovrätten, inte några inslag av frivillighet från målsägandens sida. Handlingen ligger därmed långt ifrån den frivillighet och ömsesidighet som lagstiftaren har velat beteckna som mindre allvarlig. Hovrätten anser även att händelsen på toaletten inte rymmer några övriga moment som kan sägas vara förmildrande för DF. I stället har DF missbrukat sin ställning som lärare. Med beaktande av den restriktivitet som är påkallad i sammanhanget

kan brottet enligt hovrätten inte falla under bestämmelsen om mindre allvarlig våldtäkt det vill säga som sexuellt utnyttjande av barn. Hovrätten dömde således DF för våldtäkt mot barn.

Kommentar

Utgångspunkten är att ett barn under 15 år inte med rättslig verkan kan samtycka till samlag. Målsäganden i det aktuella fallet var 14 år och 5 månader och enligt förarbetena finns det således ett visst utrymme för att ett eventuellt samtycke kan komma att beaktas.

I det aktuella fallet synes inte finnas något faktiskt samtycke från målsäganden. Såsom hovrätten påtalar inträder straffansvar oavsett om gärningsmannen använt tvång. Vi delar därmed hovrättens mening när de uttrycker att handlingen ligger långt ifrån ett sådant fall av frivillighet och ömsesidighet som lagstiftaren velat beteckna som mindre allvarligt.

En förutsättning för att brottet kan rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn är att målsäganden, med hänsyn till sin utveckling och omständigheter i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. DF var flickans idrottslärare och hon var således i en beroendeställning till honom. Vidare befann sig flickan i en utsatt situation då hon var ensam med DF inne på badhusets toalett.

I tingsrätten finns ingen diskussion om gränsdragningsproblematiken mellan 4 § och 5 §, förmodligen pga. att DF hävdar att han inte hade någon som helst sexuell kontakt med målsäganden. I hovrätten däremot medger DF att viss sexuell umgänge förekommit men att det skett frivilligt från målsägandens sida varför hovrätten behandlar gränsdragningen.

6.1.3.4 B 1020-06, Svea hovrätt

Fallet avser gärningar som ägt rum både före och efter att den nya lagstiftningen trädde i kraft. Vi kommer emellertid ej att behandla de samlag som ägt rum före den 1 april 2005 utan endast att behandla den del och den gärning som ägt rum efter 1 april, 2005, dvs. den gärning som är att bedöma enligt den nya sexualbrottslagstiftningen.

Tingsrätten

CH, 26 år gammal har mot målsäganden under en inte obetydlig tid genomfört oralt sex. Målsäganden var vid den aktuella tidpunkten 14 år och hade bara någon eller några månader kvar till sexuellt självbestämmande.

CH arbetade extra som lärare och hade målsäganden i sin klass i femman och han hade henne även i svenska i sexan. Målsäganden mådde dåligt och CH uppfattade detta och försökte hjälpa henne. Så småningom växte en sorts förtroendefull relation fram mellan dem. Efter det att CH slutat som lärare och läste psykologi under hösten 2003 började de att umgås via Internet och återknöt den närmare kontakten i början av 2004. CH hade också kontakt med målsägandens föräldrar. Målsäganden kom så småningom att flytta hem till honom. Hon togs senare in på behandlingshem, men de fortsatte att hålla kontakten. Under sommaren 2005 träffades de någon gång. I slutet av juli hade CH oralsex med målsäganden.

Parterna har något olika uppfattningar om det oralsex CH utförde på målsäganden. De firade att målsäganden kommit ut från behandlingshemmet och drack champagne. CH har uppgett att han inte upplevde att de blev berusade men att han har svårt att minnas var handlingen utfördes. Målsäganden har berättat att hon var berusad och att CH utövade oralsex på henne. Målsäganden har uppgett att hon inte ville ha något sex, att CH insisterade, då han ville känna hur det smakade att slicka champagne från hennes underliv och hon kände att hon genom oralsexet var otrogen mot sin pojkvän.

CH har erkänt sexuellt utnyttjande av barn.

Eftersom CH varit något vag i sina uppgifter och målsäganden är väldigt bestämd, anser tingsrätten att hennes berättelse ska läggas till grund för rättens bedömning. Tingsrätten anser att CH har gjort sig skyldig till oralt samlag, där också kränkningen och omständigheterna i övrigt gör att gärningen ska bedömas som våldtäkt mot barn.

Hovrätten

I förhören i hovrätten framkom ytterligare sakuppgifter, nämligen att målsäganden under de veckor i maj 2004 då hon bodde hos CH var i ett starkt labilt tillstånd som bl.a. tog sig i uttryck i att hon vid upprepade tillfällen skar sig på olika delar av kroppen och också

gjorde flera självmordsförsök. Sedan i början av maj 2005 har målsäganden vistats på ett behandlingshem närmare Stockholm. Målsäganden har vid tidpunkten för hovrättens huvudförhandling på nytt vårdats på sjukhus efter att några dagar tidigare ha skurit sig igen.

Hovrätten skriver att målsäganden under den period som hon och CH haft kontakt har varit i ett skört psykiskt tillstånd med inslag av alkohol- och drogmissbruk samt bruk av lugnande mediciner. Hon har också vidtagit allvarliga självdestruktiva handlingar och periodvis vårdats på sjukhus. CH har med vetskap om dessa förhållanden tagit på sig ansvaret att vara målsägandens vuxenstöd och beskyddare, varvid han har varit fullt medveten om det starka förtroende och den känslomässiga bindning som hon hade utvecklat gentemot honom. Hovrätten menar att CH genom att introducera sexuella inslag i den redan komplicerade relationen visar en avsevärd brist på hänsyn till målsägandens bästa.

Hovrätten lägger liksom tingsrätten målsägandens uppgifter till grund för bedömningen.

Mot bakgrund av de omständigheter som ovan redovisats i fråga om relationen mellan CH och målsäganden och med beaktande av målsägandens allvarliga problem finner hovrätten, även med beaktande av att målsäganden vid detta tillfälle bara hade någon eller några månader kvar till sin 15-årsdag, att omständigheterna vid detta brott inte kan anses göra det mindre allvarligt. CH döms för våldtäkt mot barn.

Kommentar

I det aktuella målet hade målsäganden endast någon eller några månader kvar till åldern för sexuellt självbestämmande. Detta är den omständighet som kan tala för att bedöma gärningen som sexuellt utnyttjande av barn.

I målet är det oklart huruvida ett faktiskt samtycke föreligger från målsägandens sida.

Det är dock ovidkommande huruvida målsäganden har samtyckt eller ej, då ett eventuellt samtycke saknar rättslig relevans med hänsyn till övriga omständigheter i målet.

Det är i fallet uppenbart att målsäganden inte, med hänsyn till hennes utveckling och omständigheter i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen då hon hade allvarliga personliga problem, vilket CH var fullt medveten om. Flickan har

vidare hyst förtroende för, och varit i stark beroendeställning till, CH vilket han har utnyttjat på ett mycket hänsynslöst sätt. Med hänsyn till dessa omständigheter anser vi att man i sammanhanget inte heller kan tala om någon fullständig frivillighet och ömsesidighet.

Vi anser att både tingsrätten och hovrätten rubricerar gärningen korrekt det vill säga som våldtäkt mot barn.

6.1.3.5 RH 2006:32, Svea hovrätt

Tingsrätten

KS, 49 år, har haft upprepade vaginala och orala samlag med målsäganden, 14 år. Dessa har ägt rum i tre olika bostäder under sammanlagt drygt ett dygn. Våldsinslag förekom vid ett oralt samlag. Vid ett annat oralt samlag sov mannen inledningsvis. Målsäganden var kamrat med KS, före detta sambos dotter. De har träffats när målsäganden har hälsat på hemma hos sin kamrat där även KS bodde. KS förnekar helt brott.

Tingsrätten anser att målsäganden på ett mycket detaljerat och självupplevt sätt har berättat om händelserna. Det finns inget motiv för att flickan skulle ljuga. Dessutom stöds hennes berättelse av teknisk bevisning. KS däremot har inte givit någon trovärdig förklaring till vare sig händelserna eller bevisningen. Därmed finner tingsrätten att det är ställt utom rimlig tvivel att KS i vart fall haft sex vaginala och fyra orala samlag med målsäganden som är under 15 år, vid två olika tillfällen, i två olika bostäder samt vid ytterligare ett tillfälle i en tredje bostad, inom loppet av ett dygn.

Av utredningen i målet framgår att målsäganden under flera år har lidit av tvångstankar, ångest och depression. Hon har de senaste åren varit intagen på psykiatrisk klinik och har även varit omhändertagen enligt LVU och varit fosterhemsplacerad. Hon har uppvisat ett självdestruktivt beteende. Allt detta kände KS till. Han har bjudit flickan på sprit innan samlagen. Tingsrätten anför vidare:

”Vid bedömningen av straffvärdet är dessa omständigheter försvårande. Det är likaså försvårande att KS är styvfar till flickans kamrat och således en vuxen som

hon borde ha kunnat lita på. Det anförda medför att det är uteslutet att bedöma gärningen som mindre allvarlig.”

Tingsrätten anser därför att KS skall dömas för våldtäkt mot barn.

I skadestandsfrågan skriver tingsrätten:

”Målsäganden är ett barn. Hon har genom de upprepade, vaginala och orala samlagen med en avsevärt mycket äldre man utsatts för en mycket kraftig kränkning av sin person. Tingsrätten bedömer dock, med hänsyn till bl.a. att ett av de orala samlagen påbörjades då KS sov, att kränkingsersättningen skall sättas ned.”

Hovrätten

Hovrätten finner, med stöd i liknande skäl, som tingsrätten anført enligt ovan att målsägandens uppgifter skall läggas till grund för målet. Det är också ostridigt att KS kände till att flickan var endast 14 år.

Hovrätten finner till skillnad från tingsrätten att det orala samlag som påbörjades då KS inledningsvis sov därefter omfattas av KS uppsåt. Hovrätten anför:

”Det är att anse som våldtäkt mot barn när en person haft samlag eller därmed jämförlig sexuell handling med ett barn som inte fyllt 15 år, och det även om barnet själv tagit initiativet. Genom att KS inte avbröt det sexuella umgänget när han vaknade upp och blev medveten därom, har han haft uppsåt till våldtäkt mot barn.”

Hovrätten kommer till samma slutsats som tingsrätten i ansvars- och rubriceringsfrågan. De anser dock att straffvärdet för de styrkta gärningarna är högre med hänvisning till att ett av de orala samlagen har haft våldsinslag, det utdragna händelseförloppet, att KS har utnyttjat sin förtroendeställning samt att KS visste att flickan var psykiskt mycket skör.

Kommentar

Utgångspunkten är att ett barn under 15 år inte med befriande verkan kan samtycka till samlag. Målsäganden var vid gärningstillfället 14 år. Hon är således relativt nära åldern för sexuellt självbestämmande. Åldern i sig utgör dock inte skäl för att bedöma gärningen som mindre allvarlig.

I det aktuella fallet synes målsäganden rent faktiskt ha samtyckt till samlag. Detta samtycke saknar emellertid rättslig relevans med hänsyn till samtliga omständigheter i målet.

En förutsättning för att 5 § om sexuellt utnyttjande av barn kan bli tillämplig är att flickan, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. Målsäganden hade allvarliga psykiska problem, vilket KS var medveten om. Hon befann sig dessutom i förtroendeställning till KS såsom kamrat till hans styvdotter. Med beaktande av dessa omständigheter och KS höga ålder, anser vi att målsäganden inte hade förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen.

Både tingsrätten och hovrätten finner att det föreligger ett flertal försvårande omständigheter och att det är uteslutet att bedöma gärningen som mindre allvarlig. Vi delar denna uppfattning. Dessutom har det förekommit inslag av våld vilket istället leder till att brottsrubriceringen grov våldtäkt av barn kan aktualiseras.

6.1.3.6 B 6668-06, Svea hovrätt

Tingsrätten

MB, 32 år, har vid sex olika tillfällen haft samlag med målsäganden som vid gärningstillfället var 14 år. Samlagen har varit både vaginala och orala. Därutöver har analt samlag förekommit vid ett tillfälle.

Målsäganden och MB hade under hösten 2005 kontakt via telefon. De träffades första gången i ett hotellrum som MB hyrt. Därefter träffades de ett antal helger och en vardagskväll. De hade sexuellt umgänge vid i stort sett samtliga dessa tillfällen. Det förekom inget våld eller hot från MB:s sida. MB uppgav för målsäganden att han var 23 år, trots att hans verkliga ålder var 32 år. Dessutom lämnade han oriktiga uppgifter om sin bakgrund, sitt arbete och sin ekonomi. Han förteg också för målsäganden att han var gift och hade barn.

MB har erkänt att han har haft samlag med målsäganden i enlighet med vad åklagaren påstått. Han har emellertid bestritt ansvar för brott under påståendet att han inte hade uppsåt till att målsäganden var under 15 år. Om han skulle anses övertygad om sådant uppsåt, har han hävdade att gärningen ska bedömas som sexuellt utnyttjande av barn.

Tingsrätten gör inledningsvis bedömningen att det måste anses som ställt utom rimligt tvivel att MB under den period som avses med åtalet hade vetskap om målsägandens ålder. Med detta anses det utrett att de objektiva och subjektiva förutsättningarna för att döma MB för våldtäkt mot barn är uppfyllda. Tingsrätten fortsätter:

”Lagstiftningens utgångspunkt är att samlag och därmed jämförliga sexuella handlingar riktade mot barn under 15 år som huvudregel ska rubriceras som våldtäkt mot barn och den lindrigare brottsrubriceringen skall tillämpas bara om omständigheterna är mildrande.”

Tingsrätten redogör sedan för 5 § och de två avgörandena i vilka Högsta domstolen har tagit ställning till gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn. De menar dock att omständigheterna i det aktuella målet skiljer sig från de båda fallen från Högsta domstolen, eftersom målsägandens frivilliga medverkan i de sexuella handlingarna grundades på en härva av lögn från MB:s sida. Särskilt avgörande för målsägandens medverkan i relationen var uppenbarligen frågan om MB:s ålder.

Tingsrätten skriver slutligen att MB måste ha insett att hans lögn och förtiganden var en avgörande förutsättning för målsägandens medverkan.

Målsägandens frivillighet tilläggs inte någon betydelse för rubriceringen av gärningen utan tingsrätten dömer MB för våldtäkt mot barn.

Hovrätten

Hovrätten börjar precis som tingsrätten med att konstatera att de gärningar som MB gjort sig skyldig till uppfyller de i 4 § upptagna objektiva rekvisiten för våldtäkt mot barn och att dessa rekvisit har subjektiv täckning.

Sedan går hovrätten vidare till frågan om gärningen är att rubricera som våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn.

Hovrätten redogör därefter för den nya lagstiftningen och skriver att det inte krävs att gärningsmannen använt något våld mot barnet eller hotat det. Den förklarar därefter:

”Redan det förhållande att samlag (eller annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag) genomförts med en person under 15 år leder till att handlingen är straffbar och att det som huvudregel skall rubriceras som våldtäkt mot barn”

Hovrätten redogör för bakgrunden till den nya lagstiftningen och skriver att 5 §, om sexuellt utnyttjande av barn, är avsedd att tillämpas med restriktivitet. Vidare klargör hovrätten att en förutsättning för att en tillämpning av bestämmelsen ska aktualiseras är enligt förarbetena att den person som gärningen riktas mot med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt har haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen.

Innan hovrätten gör sin bedömning i huvudfrågan markerar den dock att det i lagtexten talas om ”omständigheter vid brottet” och att det även gäller som allmän princip att bedömningen av till vilken svårighetsgrad gärningen är att hänföra ska göras med beaktande av samtliga faktiska omständigheter vid brottet.

I sin bedömning i rubriceringsfrågan skriver hovrätten att målsäganden frivilligt deltagit i så måtto att hon inte förmåtts medverka genom våld eller hot. De sexuella handlingarna får även anses ha skett inom ramen för en ömsesidig relation. När det gäller målsägandens förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen skriver dock hovrätten att det, inom ramen för omständigheterna vid brottet, måste beaktas de felaktiga uppgifter MB lämnat om bl.a. sin ålder och sitt civilstånd. Genom dessa felaktiga uppgifter som MB lämnat måste anses att målsäganden med hänsyn till sin ålder och mognad inte haft förutsättningar att på ett riktigt sätt bedöma situationen och ta ställning till om hon ville inleda en sexuell relation med en 17 år äldre gift man. På grund av detta och på de skäl tingsrätten i övrigt anfört finner hovrätten, i likhet med tingsrätten, att gärningarna ska rubriceras som våldtäkt mot barn.

Kommentar

Vid den aktuella tidpunkten var målsäganden 14 år. Hon närmar sig således åldern för sexuellt självbestämmande, 15 år, vilket lämnar ett visst utrymme för att gärningen kan rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn.

I målet synes målsäganden rent faktiskt ha samtyckt till samlag. Detta samtycke kan dock ej ges rättslig verkan.

Tingsrätten kommer fram till att målsäganden inte haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen med hänvisning till att hennes frivillighet grundats på en härva av lögner och förtiganden från MB:s sida. Hovrätten utvecklar resonemanget och menar att de felaktiga uppgifter MB lämnat, med hänsyn till målsägandens ålder och mognad, måste göra att hon inte haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till om hon ville inleda en sexuell relation med en 17 år äldre man.

Båda domstolarna använder sig av systematiken i den nya sexualbrottslagstiftningen på ett korrekt sätt. Vi är positiva till att de förklarar och tillämpar att 4 § om våldtäkt mot barn som en huvudregel och 5 § om sexuellt utnyttjande av barn som en undantagsregel.

6.1.3.7 B 5024-06, Svea hovrätt

Tingsrätten

PT, 34 år, har haft vaginala samlag med målsäganden vid 15 tillfällen. Målsäganden var 14 år och sex till sju månader vid tidpunkterna för samlagen.

PT fick kontakt med målsäganden via Internet. Han uppgav för målsäganden att han var 24 år, men hans verkliga ålder var 34 år. Efter att ha chattat och pratat i telefon en period träffades de och gick och åt. Därefter träffades de en kväll och gick till PT:s arbete, där de hade samlag. Senare träffades de ibland på PT:s arbete och ibland hemma hos målsäganden, när hennes mamma inte var hemma.

Vid två tillfällen ville målsäganden inte ha samlag. Den ena gången var i december och det var kallt och lite is och snö. PT var berusad och sa att han ville ha sex i skogen, men det ville inte målsäganden. Hon tyckte dock att det var läskigt att han var full, så hon

vågade inte säga nej. Målsäganden sa dock att hon inte ville ett flertal gånger men PT tjtade så hon gick med på det men hon bara låg där. Hon låg på PT:s jacka.

Den andra gången som hon inte ville ha samlag var på PT:s kontor. Hon sa att hon inte ville ha champagne, men han öppnade en flaska ändå. Målsäganden blev jättefull. Han frågade om han fick känna men hon sa nej, hon förstod inte vad han menade. Han sa något och hon sa okej då. Då drog han ner hennes byxa och tryckte ner hennes rygg och genomförde ett samlag med henne. Hon sa inte något. Hon stod upp under samlaget. Hon var så berusad att hon inte kunde gå.

Även efter att de gjort slut, hade de samlag. Målsäganden uppger att hon var med på samlagen, men hon uppger att hon egentligen inte ville ha sex med PT efter att hon gjort slut. Hon vet inte, varför hon ändå hade det, men att hon på sätt och vis kände hon sig tvingad till det.

PT anger att han inte vid något tillfälle uppfattat att A inte har velat ha sex.

Vad gäller de samlag som ägt rum efter att PT fått kännedom om flickans ålder skriver tingsrätten att de utesluter användandet av 14 § på grund av den stora ålderskillnaden.

För att bedöma om samlagen är att rubriceras, som våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn förklarar tingsrätten att samtliga omständigheter kring brotten är av betydelse. Rätten tar först upp frågan om målsäganden kan anses ha deltagit frivilligt. Vid bedömningen om flickan kan anses ha deltagit frivilligt tas hänsyn till hennes mognad och förmåga att inse innebörden av sitt handlande samt till hennes ålder. Frågan är, enligt tingsrätten, i så fall vidare om PT uppfattat målsägandens deltagande som frivilligt.

Av det intryck rätten fått av flickan, och med de omständigheter som anges nedan som grund, anser tingsrätten att man inte kan finna att flickan inte haft sådan mognad och förmåga att bedöma innebörden av sitt handlande som ett barn som fyllt 15 år har. Omständigheter som enligt tingsrätten tyder på ansvars-kännande är att hon tagit upp frågan om preventivmedel, att hon inte velat att PT i berusat tillstånd skulle lämnas ensam eller själv gå till stationen. Hon har vidare betraktat sin relation till PT som att de var ett par.

Tingsrätten anser att det inte är visat att PT uppfattat att flickans deltagande inte varit frivilligt. Med beaktande i viss mån av att både målsäganden och PT anser att det varit ett par och särskilt av att de dessförinnan haft ett flertal samlag finner tingsrätten inte heller att det är visat att PT måste ha uppfattat att målsäganden vid något tillfälle deltog, trots att hon inte ville det.

Tingsrätten finner att samtliga samlag är mindre allvarliga än våldtäkt mot barn och PT fälls således för sexuellt utnyttjande av barn. Tingsrätten avslutar dock med att skriva att gärningarna, inom detta lagrum, är av mycket allvarligt slag främst i det fall då alkohol förekom men även eftersom samlagen varit oskyddade.

Hovrätten

I hovrätten tillägger målsäganden att hon egentligen inte ville ha sex med PT, men att han var väldigt övertygande och hon tyckte att det var svårt att stå emot hans tjat om att ha sex med henne. Ålderskillnaden mellan målsäganden och PT var 21 år, han var 35 år och hon 14 år. Flickan säger även att hon inte kände till PT:s ålder utan trodde på hans uppgift om att han var 24 år och att hon inte skulle ha haft en sexuell relation med PT, om hon vetat hur gammal han egentligen var.

Hovrätten börjar med att klargöra att den nya sexualbrottslagen och bestämmelsen om våldtäkt mot barn ger uttryck för en skärpt syn på sexualbrott mot barn och ska ses mot bakgrund av att den sexuella självbestämmanderätten enligt svensk rätt inträder först vid 15 års ålder och att ett barn under den åldern inte anses kunna ge uttryck för sexuell vilja. Med hänsyn till omständigheterna vid brottet kan brottet dock vara att anse som mindre allvarligt.

Hovrätten konstaterar att det framgår att flickan egentligen inte ville ha samlag med PT, men att hon gick med på det, eftersom hon tyckte att det var svårt att stå emot hans tjat i den frågan.

Angående det samlag som ägde rum på PT:s kontor när målsäganden var full, efter att ha druckit champagne, anger hovrätten att det ter sig tveksamt att anse att målsäganden deltog frivilligt i detta samlag eller att PT kan ha haft fog för att tro det.

”Något egentligt kärleksförhållande synes inte ha rått mellan PT och målsägande A, även om PT har förklarat att han var förälskad i henne. Det kortvariga förhållandet mellan PT och målsägande A har istället uteslutande, och på PT:s initiativ, varit inriktat på sexuell samvaro. Det kan därför inte komma ifråga att anse vare sig att förhållandet mellan PT och målsägande A har präglats av ömsesidighet eller att den sexuella samvaron har varit planerad av dem gemensamt.”

Hovrätten finner att gärningarna inte kan betraktas som mindre allvarliga. De gör en helhetsbedömning av ovan nämnda omständigheter och väger även in att PT har förtigit sin verkliga ålder för flickan. De menar att målsäganden, eftersom PT förtigit sin ålder, inte har haft förutsättningar att kunna bedöma situationen och ta ställning till om hon skulle inleda en sexuell relation med en drygt 20 år äldre man.

Hovrätten ändrade således tingsrättens dom och PT döms för våldtäkt mot barn.

Kommentar

Vid den aktuella tidpunkten var målsäganden 14 år och fem till sex månader, vilket är en omständighet som kan tala för att gärningen kan bedömas som sexuellt utnyttjande av barn.

Vad gäller målsägandens faktiska samtycke är det tveksamt att anse att hon vid händelsen i skogen och på kontoret deltagit frivilligt. Detta eventuella samtycke saknar dock rättslig relevans med hänsyn till övriga omständigheter i målet.

En förutsättning för att 5 § om sexuellt utnyttjande av barn skall bli tillämplig, är att flickan med hänsyn till sin utveckling och omständigheter i övrigt haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. Vid tillfället på PT:s kontor var målsäganden så berusad att hon inte kunde gå, men ändå genomförde PT ett samlag med henne. Flickans berusade tillstånd talar starkt emot att hon hade förutsättning att bedöma och ta ställning till situationen.

En ytterligare omständighet som talar emot att beakta en eventuell frivillighet är att flertalet av samlagen mellan PT och målsäganden ägt rum efter tjat och påtryckningar från PT:s sida. PT hade i egenskap av vuxen man, drygt 20 år äldre, ett betydande övertag över flickan.

Den omständigheten att PT ljugit om sin ålder, att han var tio år äldre än vad han uppgav, talar likaså emot att målsäganden haft förutsättning att bedöma och ta ställning till situationen.

Vi är kritiska till tingsrättens motivering som leder till brottsrubriceringen sexuellt utnyttjande av barn. Tingsrätten talar om att det inte är visat att målsäganden inte har sådan mognad och förmåga att bedöma innebörden av sitt handlande, som den har som fyllt 15 år. Målsäganden är 14 år, varför utgångspunkten måste vara att hon är mogen som en 14-åring. Man talar i sammanhanget om ansvars-kännande. Den omständigheten att målsäganden inte vill lämna PT ensam i berusat tillstånd och att hon tagit upp frågan om preventivmedel utgör inte omständigheter som talar för att hon med hänsyn till sin utveckling haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till de situationer hon blivit utsatt för.

Tingsrätten anser vidare att det inte är visat att PT uppfattat att flickans deltagande inte varit frivilligt. Straffansvar inträder oavsett om gärningsmannen använt tvång, hot eller våld eller utnyttjat situationen. Straffansvar inträder också oavsett om barnet tagit initiativ till den sexuella handlingen. Det krävs således inte att barnet gjort aktivt motstånd och gärningsmannen kan därmed inte, med framgång, åberopa att han inte förstod att barnet inte ville.

Enligt vår mening kan man inte heller tala om någon fullständig frivillighet och ömsesidighet varken vad gäller händelsen i skogen eller på PT:s kontor.

6.1.3.8 B 360-06, Göta hovrätt

Tingsrätten

Målsäganden, som vid den aktuella tidpunkten var 14 år, och PH, 21 år, hade samlag ungefär en vecka efter att de inledde en relation. Första gången var en förmiddag då de träffades i PH:s mosters lägenhet. PH knäppte upp målsägandens byxor och under två till tre minuter hade han fingrar inuti och utanpå hennes vagina. På långrasten samma dag återvände målsäganden till lägenheten. Han tog av henne byxorna och genomförde ett samlag. Det tog 20-30 minuter och sedan gick de ut med hunden. Nästa gång var en eller två dagar senare i hans mammas lägenhet på en madrass. Efteråt spelade de tv-spel.

En gång blev målsäganden arg på sin mamma, varvid hon ringde PH och bad honom hämta henne. De åkte till PH:s kamrat, där de sov två nätter i en husvagn. Första natten var hon jättetrött och lite påverkad. PH brydde sig inte om att hon ville sova utan genomförde minst ett, kanske två eller tre samlag den natten. Andra natten i husvagnen hade de både oralt och vaginalt samlag.

Påföljande natt sov de i ett rum i anslutning till ett garage och i samma rum sov PH:s kamrat. Målsäganden sa att hon inte ville ha samlag, men när kamraten somnat hade de ändå samlag.

Någon tid senare när målsäganden var hemma för att hon hade feber ringde PH, som var berusad, och tjatade på henne att hon skulle komma. Till slut gav hon efter och åkte dit. De gick in på handikapptoaletten på en pub vid järnvägsstationen och hade samlag på golvet.

Den 21 oktober 2005 hade de gjort slut med varandra några dagar tidigare. Hon träffade PH på busstorget efter att ha druckit sprit med en tjejkompis. Sällskapet uppehöll sig vid skolan i ungefär en halv timma och därefter gick PH till Hagabadet och uppmanade målsäganden att komma efter. Hon gick efter och de hamnade i flickornas omklädningsrum vid badet, där de skulle prata. Målsäganden minns inte mycket förrän hon låg på golvet och PH försökte ta av henne kläderna. Han tog av henne byxorna men hon sade att hon inte ville och att hon hade mensvärk. Hon tänkte sparka honom men han satte sig på något sätt på hennes ben. Han påbörjade ett samlag, hon sa att hon inte ville, varvid han sade att han älskade henne. Hon svarade att hon älskade honom, men att hon inte ville han samlag, men han brydde sig inte om det. Efter fem minuter slutade han dock, sedan hon många gånger upprepat att hon inte ville.

Målsäganden uppger att hon kunde njuta av det sexuella umgänget med PH vid de första tillfällena i hans mosters och mammas lägenhet, men sedan var det bara äckligt. Hon ville emellertid inte förlora honom och kunde göra vad som helst för honom. Hon ville inte att han skulle bli förbannad och lämna henne.

PH har erkänt att han haft samlag med målsäganden vid ett antal tidpunkter. Angående händelsen i Hagabadets omklädningsrum uppger PH att han har minnesluckor beträffande

händelseförloppet, men han minns att de genomförde ett samlag. Han tog av henne kläderna men minns inte att han höll fast henne eller att hon protesterade. Han avbröt samlaget när hon sa nej. PH skäms över vad som hände och kan inte säga att något i målsägandens berättelse är felaktigt.

Tingsrätten utgår från syftet bakom den nya lagstiftningen och redogör för att ett övergripande syfte med reformen var att förstärka skyddet för barn och ungdomar mot att utsättas för sexuella kränkningar. Tingsrätten konstaterar också att det i motiven framhållits att barn under 15 år har ett absolut skydd mot alla former av sexuella handlingar och att en gärningsman inte till sitt fredande skall kunna åberopa samtycke från barnet.

Vidare redogör tingsrätten för lagtexten och förhållandet mellan 4, 5 och 14 §§. Tingsrätten skriver härom att 5 § ska tillämpas med restriktivitet och enbart kan komma ifråga vid helt frivilliga samlag, där offret med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt har kunnat bedöma situationen och kunnat ta ställning till den. Dessutom klargör tingsrätten att i 14 § ges möjlighet till ansvarsfrihet för ett brott enligt 5 §, men inte enligt 4 §, om det är uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot barnet med hänsyn till den ringa skillnaden i ålder och utveckling mellan den som begått gärningen och barnet samt omständigheterna i övrigt.

Vad gäller händelsen i omklädningsrummet på Hagabadet finner tingsrätten det utrett att PH genomfört ett samlag med målsäganden mot hennes uttryckliga vilja vid en tidpunkt då deras förhållande upphört. Tingsrätten finner det dock inte utrett att PH använt våld på sådant sätt att gärningen på grund härav är att bedöma som grov våldtäkt. Vid en samlad bedömning finner tingsrätten att gärningen är att bedöma som en allvarlig våldtäkt mot barn som dock inte skall bedömas som grovt brott.

Tingsrätten finner att vid de tre första tillfällena i PH:s mosters och mammas lägenhet har målsäganden frivilligt besökt honom med möjlighet att vid önskemål lämna platsen. Tingsrätten fortsätter:

”Målsäganden har vid dessa tillfällen haft möjlighet att bedöma situationen och taga ställning till ett deltagande i sexuella aktiviteter. Hon har även uppgivit att hon vid dessa tillfällen kunde njuta av det sexuella umgänget.”

Med detta som grund finner tingsrätten att dessa tre händelser är att bedöma som sexuellt utnyttjande av barn. Med beaktande av ålderskillnaden kan ansvarsfrihetsregeln i 6 kap 14 § dock inte tillämpas.

Tingsrätten finner att målsäganden varken i husvagnen, i rummet vid ett garage där en annan vuxen man varit närvarade eller på den offentliga toaletten då PH varit alkoholpåverkad och målsäganden febersjuk haft någon reell möjlighet att bedöma situationen och ta ställning till deltagande i samlag eller andra sexuella handlingar.

Även om målsäganden vid nu angivna tillfällen inte uttryckligen har sagt nej till sexuella aktiviteter har omständigheterna i samtliga dessa fall varit sådana att målsäganden har varit hänvisad till samvaro med PH utan möjlighet att ta sig ur situationen. Hennes medverkan kan således enligt tingsrätten inte anses ha varit frivillig i sådan grad att den lindrigare bedömningen kan komma ifråga. Tingsrätten dömer PH för våldtäkt mot barn avseende dessa tillfällen.

Hovrätten

I likhet med tingsrätten lägger hovrätten målsägandens uppgifter till grund för bedömningen.

Vad gäller händelsen i omklädningsrummet på Hagabadet finner hovrätten i likhet med tingsrätten att det inte kan ha undgått PH att samlaget skett mot målsägandens vilja. Hovrätten finner även såsom tingsrätten att omständigheterna vid händelsen inte är i sådan grad försvårande att gärningen skall bedömas som grovt brott. PH döms således för våldtäkt mot barn.

Vad gäller de gärningar som PH företagit mot målsäganden i husvagnen, i rummet vid garaget där en annan vuxen man närvarade och på den offentliga toaletten är att bedöma som våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn, skriver hovrätten att hänsyn skall tas till samtliga omständigheter. Hovrätten hänvisar vidare till NJA 2006 s. 79 I och II och skriver att de omständigheter som i förarbetena och i praxis särskilt har framhållits när det gäller förutsättningarna för att bedöma en gärning för sexuellt utnyttjande av barn är dels målsägandens ålder, dels om den sexuella handlingen från målsägandens sida varit

frivillig. De uttrycker även att betydelsen av målsägandens samtycke till handlingen skall bedömas med hänsyn till barnets mognad och förmåga att inse innebörden av sitt handlande.

”Av utredningen i målet framgår att samtliga nu aktuella gärningar har ägt rum under en period då målsäganden och PH haft ett kärleksförhållande. Målsäganden har under denna tid varit 14 år gammal. Hon har vid de aktuella händelserna inledningsvis sagt nej till sexuellt umgänge men har därefter samtyckt till sådan samvaro. Hennes ändrade inställning har vid flera tillfällen föregåtts av att PH har tjatat på henne. Det sexuella umgänget har vidare vid ett tillfälle ägt rum på ett toalettgolv då målsäganden hade feber, vid ett annat tillfälle i ett rum där en kamrat till PH låg och sov. Omständigheterna vid gärningarna har emellertid enligt hovrättens bedömning inte varit sådana att de ger anledning att bortse från målsägandens samtycke. Det har inte heller framkommit något om målsägandens person som skulle ge sådan anledning.”

Hovrätten ändrar därmed tingsrättens dom avseende de gärningar som PH vidtagit mot målsäganden i husvagnen, i rummet vid ett garage där en annan vuxen mansperson närvarade och på den offentliga toaletten och dömer PH för sexuellt utnyttjande av barn enligt 5 §.

Kommentar

Utgångspunkten är att ett barn under 15 år inte med rättslig verkan kan samtycka till samlag. Målsäganden var vid den aktuella tidpunkten 14 år och förarbetena lämnar därmed ett visst utrymme för att ett av henne lämnat samtycke kan beaktas.

En förutsättning är dock att målsäganden, med hänsyn till sin utveckling och omständigheter i övrigt, haft förutsättning att bedöma och ta ställning till situationen. Vid samlaget som ägde rum på handikapptoaletten hade målsäganden feber och gärningsmannen var berusad. Vid händelsen i husvagnen var målsäganden lite påverkad och mycket trött. Vidare har samlagen föregåtts av tjat från PH.

Med beaktande av dessa omständigheter kan konstateras att målsäganden vid dessa tillfällen inte haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. Tingsrätten

framhåller och lägger vikt vid de yttre omständigheterna, då målsäganden befunnit sig i utsatta situationer. Därmed anser vi att tingsrättens domskäl visar på en insiktsfull, nyanserad och väl övervägd motivering. Vi finner att tingsrättens avvägning mellan brottsrubricering, våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn är korrekt och i enlighet med bakgrunden och syftet med den nya sexualbrottslagstiftningen.

Hovrätten dömer däremot PH för våldtäkt mot barn endast vad gäller händelsen på Hagabadet. Vid detta tillfälle användes ett visst våld och betvingande. Enligt den nya lagstiftningen inträder straffansvar oavsett om gärningsmannen använt tvång, hot eller våld eller utnyttjat situationen. Vi ställer oss kritiska till hovrättens uppenbara motvilja att använda begreppet våldtäkt när inget våld har förekommit.

Vad gäller hovrättens formulering angående gärningen vid Hagabadet, att det inte kan ha undgått PH att samlaget skedde mot målsägandens vilja, vill vi poängtera att straffansvar inträder oavsett om barnet tagit initiativ till den sexuella handlingen. Det krävs således inte att barnet gjort aktivt motstånd och gärningsmannen kan därmed inte, med framgång, åberopa att han inte förstod att barnet inte ville.

Hovrätten beaktar samma omständigheter som tingsrätten. De kommer dock fram till att de yttre omständigheterna runt gärningarna inte är sådana att de ger anledning att bortse från målsägandens samtycke. Utgångspunkten är emellertid att barn inte med rättslig verkan kan samtycka till samlag. Bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn är ingen huvudregel utan en undantagsregel som ska tillämpas med restriktivitet.

Hovrättens tillämpning av den nya sexualbrottslagstiftningen står därför i strid med dess bakgrund och syfte.

6.1.3.9 B 3347-06, Svea hovrätt

Tingsrätten

DM, 36 år, har i sin bostad, genomfört ett samlag mot målsäganden, 14 år och nio månader, samt genomfört sexuell handling jämförlig med samlag.

Tingsrätten skriver att målsäganden i de videoinspelade förhören har haft uppenbarliga svårigheter att sätta ord på vad som hänt, vilket kan antas ha samband med hennes omvittnade sociala problem. Målsägandens uppgifter anses dock trovärdiga med stöd av de anteckningar som hon gjort efter det att händelsen ägt rum. Vidare stöds hennes uppgifter av vad hennes mor berättat, om på vilket sätt händelsen kommit fram och om målsägandens reaktioner under tiden efter händelsen. Målsäganden nämnde själv för sin mor att DM gjort "något snuskigt med henne". Målsägandens version får också starkt stöd av undersökningsresultat från SKL, vilka visar att spermier härrörande från DM anträffats på målsäganden. Tingsrätten finner inget som pekar på att det fanns någon kärleksrelation mellan målsäganden och DM. Den anser att det framstår som allmänt sett föga sannolikt att en sexuellt oerfaren fjortonåring skulle ta initiativet till sexuella handlingar med en mer än 20 år äldre man. Målsäganden var dessutom vid tillfället kraftigt berusad och kräktes ett par gånger. DM har, till skillnad från målsäganden, lämnat ytterst svävande och motsägelsefulla uppgifter kring vilket sexuellt umgänge som egentligen förekommit. Tingsrätten anser därmed att man skall utgå från att DM haft samlag med målsäganden och genomfört en sexuell handling jämförlig med samlag, i enlighet med vad åklagaren påstått.

Målsägandens uppgifter anses trovärdiga samt vinner stöd av vittnens utsagor och undersökningsresultat från SKL vilket gör att dessa läggs till grund för målet.

Två vittnen intygar att DM fick informationen om målsägandens ålder vid första tillfället de träffades. Tingsrätten anser att även om DM inte hade kännedom om när målsäganden fyllde år och även om inte flickans ålder kom på tal senare måste han i vart fall ha insett att det förelåg en påtaglig möjlighet att hon inte uppnått 15 år. Genom att DM inte förvissade sig om hennes ålder, anses han ha visat sådan likgiltighet i förhållande till hennes ålder, att kravet på uppsåt är uppfyllt.

Tingsrätten finner härmed att de objektiva och de subjektiva förutsättningarna för våldtäkt mot barn är uppfyllda. Tingsrätten resonerar vidare att denna regel är huvudregel och utgångspunkten vid sådana gärningar som DM genomfört mot målsäganden. Det man finner tala för det lindrigare alternativet är att målsäganden vid gärningen skulle fylla 15 år om bara några månader. Sedan påtalas att det är ett flertal omständigheter som pekar i motsatt riktning, såsom den stora ålderskillnaden, att det inte framkommit något som

tyder på personligt intresse dem emellan samt den avgörande omständigheten att målsäganden var kraftigt berusad, vilket stöds av vittnesutsagor.

Tingsrätten finner att DM naturligtvis måste ha insett att målsäganden varit kraftigt berusad och att denna berusning var en förutsättning för de sexuella handlingarna. DM har därmed utnyttjat målsägandens berusade tillstånd. Tingsrätten kommer, efter en samlad bedömning av omständigheterna, fram till att det inte bör komma ifråga att rubricera gärningen på annat sätt än enligt huvudregeln, dvs. som våldtäkt mot barn.

Hovrätten

Hovrätten finner det klarlagt att DM har haft samlag med målsäganden och även genomfört en sexuell handling jämförlig med samlag. Man finner även att DM tagit initiativet och inte målsäganden, även om hon inte sagt ifrån.

Hovrätten anser liksom tingsrätten att DM har haft skälig anledning att anta att målsäganden inte fyllt 15 år vid gärningstillfället.

Hovrätten konstaterar vidare, att målsägandens berusning har varit en förutsättning för de sexuella handlingarna som förekommit mellan målsäganden och DM. Hovrätten finner vidare att utredningen i målet ger vid handen att målsäganden varit kraftigt berusad – knappt kontaktbar vid gärningstillfället. Man finner dessutom att den sexuella samvaron mellan DM och målsäganden inte präglats av någon frivillighet och ömsesidighet, utan att DM utnyttjat flickans berusade tillstånd.

Hovrätten bedömer därför gärningarna som våldtäkt mot barn.

Skiljaktiga meningar

Nämnas bör att en nämndeman i tingsrätten samt en i hovrätten ansåg gärningarna straffvärda såsom sexuellt utnyttjande av barn med hänvisning till att flickan snart skulle fylla 15 år samt att hon frivilligt besökt DM, att hon var nykter vid ankomsten och att hon senare berusade sig på väninnornas medhavda alkohol i sådan grad att hon beslutade sig för att sova över i DM:s bostad. Det hade inte heller förekommit något som helst tvång

eller hot från A:s sida. Dessa omständigheter ansåg de gav vid handen att brottet var att anse som mindre allvarligt.

Kommentar

Vi anser att tingsrättens domskäl visar på en klar förståelse för den nya sexualbrottslagstiftningens systematik. Det är också positivt att se hur de talar om 4 §, om våldtäkt mot barn, som utgångspunkt och huvudregel.

Målsäganden var vid den aktuella tidpunkten 14 år och nio månader. Hon befann sig således nära åldern för sexuellt självbestämmande och förarbetena lämnar därmed ett visst utrymme för att ett av henne lämnat samtycke kan beaktas.

I målet synes emellertid inte kunna talas om något faktiskt samtycke då målsägandens kraftiga berusning varit en förutsättning för samlaget.

Både tingsrätten och hovrätten lägger avgörande vikt vid omständigheten att målsäganden vid gärningstillfället var berusad för att rubricera gärningen som våldtäkt mot barn. Vi anser att målsägandens berusade tillstånd talar både emot att hon haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen samt att man i sammanhanget kan tala om fullständig frivillighet och ömsesidighet.

De två skiljaktiga nämndemännens motivering visar i sin helhet på okunskap rörande den nya sexualbrottslagstiftningen.

6.1.4 Flera målsäganden i blandade åldrar

6.1.4.1 B 1511-06, Hovrätten för Västra Sverige (NJA 2006 s. 510)

Följande mål har behandlats av HD. Riksåklagaren yrkade att HD skulle döma KC till ett längre fängelsestraff än det av hovrätten bestämda. HD skriver att det saknas skäl att frångå hovrättens rubricering av gärningarna. HD dömde dock KC till ett längre fängelsestraff. Eftersom vi i vår uppsats har valt att utesluta frågeställningar rörande straffvärde kommer vi inte att beröra HD:s avgörande.

Tingsrätten

KC, 22 år gammal, tog kontakt med flickorna A, B, C och D via Internet.

A var 13 år och 10 månader gammal,

B var 14 år och 7-9 månader gammal,

C var 13 år och 5 månader gammal och

D var 12 år och 10 månader gammal.

Efter att ha chattat bestämde han möte med flickorna, en efter en, i sin lägenhet. I lägenheten tittade de först på tv och sedan hade KC samlag med dem. KC hade vaginala samlag med A och B. Med C hade han både vaginalt och oralt samlag och med D hade han förutom ett vaginalt samlag även genomfört ett analt samlag. Även om de inte ville delta i sexuella handlingar, varken vågade eller förmådde de säga nej. KC var medveten om att flickorna var klart yngre än 15 år.

Tingsrätten framhåller att syftet med den nya lagstiftningen bland annat är att klargöra att barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar. Man tar även upp diskussionen i förarbetena enligt vilka en gärning, som bygger på frivillighet och ömsesidighet och där barnet närmar sig åldern för självbestämmande, kan vara att bedöma som sexuellt utnyttjande. Tingsrätten ser det dock som alldeles uppenbart att det varit den sexuella kontakten som varit KC:s primära syfte med att träffa flickorna, särskilt som han synes ha hanterat flera av sina flickkontakter parallellt. Samlagen har, enligt tingsrättens uppfattning, inte i något fall varit att hänföra till en sådan handling, som bygger på frivillighet och ömsesidighet och där flickan ifråga är nästan 15 år gammal. Det framstår för tingsrätten som alldeles uppenbart att KC i kraft av sin ålder totalt har dominerat i kontakten med flickorna.

”Den ömsesidiga vilja till samlag, som KC framhållit, har inte varit annat än ett ’tilljatat’ samtycke från en ung och osäker partner utan varje erfarenhet av kärleks- och samliv.”

Tingsrätten bedömde därför samtliga gärningar som våldtäkt mot barn.

Hovrätten

Avseende frågan om gärningarna är att anse som mindre allvarliga och därför kan bedömas som sexuellt utnyttjande av barn hänvisar hovrätten till NJA 2006 s. 79 I och II. Hovrätten

skriver att HD i dessa avgöranden hänvisar till förarbetena och anger att de faktiska omständigheter som särskilt framhålls i dessa när det gäller förutsättningarna för att bedöma en gärning som sexuellt utnyttjande av barn är målsägandens ålder och att den sexuella handlingen från dennes sida varit frivillig. Hovrätten uttrycker vidare, med hänvisning till HD:s avgöranden, att barnets frivillighet måste bedömas med hänsyn till barnets mognad och förmåga att inse innebörden av sitt handlande.

D var endast 12 år och 10 månader vid tidpunkten för samlagen. Hovrätten klargör att redan den omständighet att flickan är under 13 år utgör hinder för att – annat än i mycket speciella fall - anse att omständigheterna vid samlag med en vuxen man kan anses som mindre allvarliga.

A och C var vid tidpunkten för samlagen 13 år och 10 månader respektive 13 år och 5 månader. Hovrätten skriver att de uppnått en sådan ålder att denna i sig inte kan anses utgöra något hinder mot att beakta frivilligheten i att ha samlag eller en därmed jämförlig sexuell handling. Dock skriver hovrätten att utredningen inte ger anledning att anta att A och C gemensamt planerat att ha samlag. Flickorna var ensamma med KC, i hans lägenhet och således i en mycket utsatt situation. Med beaktande av detta och den påtagliga ålderskillnaden mellan KC och flickorna måste KC ha insett att samlagen inte byggts på någon fullständig frivillighet och ömsesidighet. Hovrätten bedömde, liksom tingsrätten, gärningarna gentemot A, C och D som våldtäkt mot barn.

Angående de gärningar som var riktade mot B, som vid tidpunkten för samlagen var mellan 14 år och 7 månader och 14 år och 9 månader gammal, bedömde hovrätten dem som sexuellt utnyttjande av barn.

Hovrätten skriver att B bara hade några månader kvar innan hon uppnått sexuellt självbestämmande. Vidare klargör de att B vid flera tillfällen då samlag förekommit har sovit över hos KC. Vid ett par tillfällen ska B ha övernattat hos KC med sin mammas tillåtelse. Hovrätten bedömer vidare det inte som osannolikt att KC uppfattat samlagen som frivilliga från B:s sida. Med det som utgångspunkt, och med B:s ålder i beaktande, bedöms gärningarna som sexuellt utnyttjande av barn.

Kommentar

Målsägande D var vid gärningstillfället 12 år och 10 månader. Hon var således inte ens tonåring. Denna omständighet gör att det är helt uteslutet att ett eventuellt samtycke från henne kan beaktas. Vad gäller flickorna A och C, som var 13 år och 10 månader respektive 13 år och 5 månader lämnar deras ålder inte heller något större utrymme för att beakta ett eventuellt samtycke. B var 14 år och minst 7 månader gammal. Hon är således relativt nära åldern för sexuellt självbestämmande. Detta talar för att brottet kan ses som mindre allvarligt.

Samtliga flickor synes rent faktiskt ha samtyckt till samlag med KC. Med beaktande av samtliga omständigheter i målet anser vi dock att dessa samtycken inte kan ges rättslig verkan.

En förutsättning för att 5 § skall kunna aktualiseras är att flickan med hänsyn till sin utveckling och omständigheter i övrigt haft förutsättning att bedöma och ta ställning till situationen. Vad gäller målsägande B finner vi inte att det framkommit någon utredning i målet om hennes mognad. KC var 22 år gammal, samlagen har ägt rum i KC:s lägenhet och han har systematiskt sökt kontakt och utnyttjat flickor under 15 år som han har tjatat sig till samlag med. Vi kan inte se att målsägande B inte befunnit sig i samma utsatta läge som målsägande A och C.

Beträffande målsägande B menar hovrätten att det inte framstår som osannolikt att KC uppfattat samlagen som frivilliga från B:s sida. Detta främst med hänvisning till att B har övernattat hos KC vid några tillfällen, vid ett par tillfällen med sin mammas tillåtelse. Vi ställer oss frågande till hovrättens hänvisning vad gäller B:s övernattnings hos KC med sin mammas tillåtelse. Straffansvar inträder oavsett om gärningsmannen använt tvång, hot eller våld eller utnyttjat situationen. Straffansvar inträder också oavsett om barnet tagit initiativ till den sexuella handlingen. Det krävs således inte att barnet gjort aktivt motstånd och gärningsmannen kan därmed inte, med framgång, åberopa att han inte förstod att barnet inte ville. Huruvida KC uppfattat samlagen som frivilliga eller inte, är därför inte av intresse vad gäller brottsrubriceringen. Med hovrättens resonemang hade B varit tvungen att visa att hon gjort motstånd för att gärningarna ska bedömas som våldtäkt mot barn. Vi menar att med denna rättstillämpning ställer domstolen samma krav som om hon vore att betrakta som vuxen, dvs. över 15 år. Detta innebär att domstolen indirekt tillämpar den tidigare lagstiftningen och systematiken i 1 §.

Vi anser att KC systematiskt sökt kontakt med och utnyttjat flickor under 15 år. Det är inte denna typ av situation som lagstiftaren åsyftat med undantagsregeln i 5 §. Vi finner därmed att tingsrättens brottsrubricering är korrekt. Den lägger ansvar på KC och finner inte att samlagen bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet vilket visar en förståelse för den nya sexualbrottslagstiftningen.

6.1.4.2 B 49-06, Hovrätten för Nedre Norrland

Åtalet gäller gärningar begångna både före och efter att den nya sexualbrottslagstiftningen trädde i kraft. Vi kommer emellertid att behandla endast de fall som avser gärningar begångna efter den 1 april 2005. I målet förekommer flera målsäganden. Vi kommer att behandla dem i tur och ordning.

Tingsrätten

BO som lider av ADHD var 18 år och 10 månader vid den aktuella tidpunkten.

Målsägande A

BO och målsäganden träffades och blev ihop på Internet. BO reste till målsäganden, där han stannade i två dagar. Under den tiden hade de samlag med varandra tre gånger. Målsäganden uppger att hon ångrade sig lite efter första gången. BO har erkänt gärningen och att han kände till att målsäganden var 14 år.

Målsägande B

BO och målsäganden träffades på ungdomsgården. Målsäganden var då 13 år. Flickan tyckte han var trevlig. Inom kort kysstes och kramades de. BO försökte sticka ned handen innanför flickans trosor men hon sa ”nej, inte här”. Lite senare försökte BO igen. Han förde in ett finger i slidan. Han tog fram sin penis och frågade om hon ville suga. Hon svarade nej men tog hans penis i handen och onanerade åt honom. Dagen därpå åkte BO, målsäganden och några kamrater i en bil till en äng. Där bad BO de övriga vänta utanför bilen, eftersom han ville prata med målsäganden. Sedan klättrade han över till baksätet där de kysstes och kramades. Han bad henne dra ned sina byxor samtidigt som han drog ned sina. Sedan lade han sig över henne och de hade samlag. Målsäganden berättar att hon inte ville. Hon satte händerna mot BO:s bröst och sade ”nej, jag vill inte”. Sedan upplevde hon,

att det var det för sent. Hon bad honom använda kondom. Han sa att han inte hade någon, då gav hon honom en.

Målsägande C

BO och målsäganden, som var 14 år, hade känt varandra i en månad. Målsäganden tyckte att BO var snäll och trevlig. Den aktuella dagen besökte hon honom i hans hem. BO satt på sin säng i sitt rum och spelade dataspel. Målsäganden satte sig bredvid honom. BO började knäppa upp hennes bälte och ta av henne byxorna. Sedan hade de samlag. Målsäganden ville att de skulle använda kondom. BO tog fram en kondom. Efter några minuter sa målsäganden att det gjorde ont. BO lovade att ta det försiktigt och samlaget fortsatte. Målsäganden uppger att hon inte var redo för samlag men inte vågade säga nej, och att hon ångrade sig efter.

Tingsrätten finner de påstådda gärningarna styrkta. Det är också styrkt att BO kände till flickornas ålder.

Tingsrätten hänvisar sedan till 1 kap. 2 § brottsbalken och skriver att en gärning skall, om inte annat särskilt är föreskrivet, anses som brott endast då den begås uppsåtligt. BO kan därför dömas bara efter vad han insåg och förstod. Tingsrätten finner att BO insåg att flickorna var under 15 år och att det därmed var straffbart för honom att ha samlag med dem. Den omständigheten att målsägande B och C egentligen inte ville ha samlag, eller i vart fall var tveksamma, kan läggas honom till last som försvårande omständighet endast om han hade klart för sig att det förhöll sig så. Tingsrätten anser att det, med bakgrund till omständigheterna, är sannolikt i och för sig och får godtas, att BO inte insåg eller förstod att målsägande B motsatte sig samlag och att målsägande C inte ville eller i vart fall var tveksam till samlag. Sammantaget kan det inte anses visat annat än att det sexuella umgänget för honom måste ha framstått som helt frivilligt från flickornas sida. Den tvekan eller ovilja de känt kan därför inte beaktas som en försvårande omständighet för BO. Med hänsyn till detta, till den inte särskilt stora skillnaden i ålder mellan BO och målsäganden och till omständigheterna i övrigt, finner tingsrätten att brotten bör bedömas som sexuellt utnyttjande av barn.

Vad gäller påföljd gör tingsrätten följande uttalande:

”BO verkar först genom lagföring ha börjat förstå att sexuellt umgänge kan vara negativt för den som är för ung. Hans attityd till flickor och sex kan behövas påverkas ytterligare. Det bör kunna ske inom ramen för skyddstillsyn”.

Hovrätten

Hovrätten finner i likhet med tingsrätten att det för BO måste ha framstått såsom att samlagen med de underåriga flickorna skett frivilligt från deras sida. Med hänsyn härtill och målsägandens ålder och mognad bör gärningarna inte hänföras till våldtäkt mot barn utan bedömas som sexuellt utnyttjande av barn.

Skiljaktig

En nämndeman var av skiljaktig mening och fann beträffande gärningen mot målsägande B att hennes berättelse skulle läggas till grund för bedömningen. Därigenom ansåg han det styrkt att BO med sin kroppstyngd betvingat flickan till samlag. Gärningen är därmed att bedöma som våldtäkt mot barn.

Kommentar

Utgångspunkten är att barn under 15 år inte med rättslig verkan kan samtycka till samlag. Målsägande A och C var när de aktuella gärningarna ägde rum 14 år. De närmar sig åldern för sexuella självbestämmande och detta lämnar således ett visst utrymme för att gärningen kan rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn. Målsägande B var vid gärningstillfällena 13 år. Hennes ålder talar starkt mot att rubricera gärningen som sexuellt utnyttjande av barn.

Målsägande B synes inte rent faktiskt ha samtyckt till samlag. Även om hon rent faktiskt hade samtyckt till samlag anser vi att detta samtycke inte kan ges rättslig verkan. Vad gäller målsägande C är det oklart om hon faktiskt samtyckt till samlag eller ej. Dock anser vi att detta inte kan ges rättslig relevans.

En förutsättning för att bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn kan bli tillämplig är att målsäganden, med hänsyn till sin utveckling och omständigheter i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. Vad gäller målsägande B genomfördes samlaget i baksätet på en bil, under protester från målsägandens sida med ett visst betvingande från BO, medan kamraterna väntade utanför bilen. Med beaktande av att

målsäganden endast var 13 år samt hennes mycket utsatta situation i bilen kan inte 5 § aktualiseras. Gärningen skall således rubriceras som våldtäkt mot barn.

Både tingsrätten och hovrätten baserar sin brottsrubricering på att BO inte förstod att samtliga målsägandena motsatte sig samlag. Enligt den nya sexualbrottslagstiftningen inträder straffansvar oavsett om gärningsmannen använt tvång, hot eller våld eller utnyttjat situationen. Straffansvar inträder också oavsett om barnet tagit initiativ till den sexuella handlingen. Det krävs således inte att barnet gjort aktivt motstånd och gärningsmannen kan därmed inte, med framgång, åberopa att han inte förstod att barnet inte ville.

Vidare beaktar tingsrätten den ringa skillnaden i ålder mellan BO och målsägandena för att bedöma gärningen som mindre allvarlig. När de objektiva rekvisiten i 4 § är subjektivt täckta är huvudregeln att gärningen skall rubriceras som våldtäkt mot barn. Sexuellt utnyttjande av barn är en undantagsregel som skall tillämpas med restriktivitet. Den omständigheten att det är ringa åldersskillnad mellan målsäganden och gärningsmannen utgör inte ensam en omständighet som gör att gärningen kan rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn.

I förarbetena till lagändringen talar man om att det skall vara frågan om ett samlag som bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Vad gäller målsägande C är det tveksamt att tala om frivillighet, än mindre om fullständig frivillighet och ömsesidighet, detta med hänvisning till arten av deras relation och under vilka omständigheter samlaget ägde rum. Inte heller vad gäller målsägande B kan man tala om att detta krav är uppfyllt.

Vi anser att både tingsrätten och hovrätten visar oförståelse för systematiken kring den nya lagstiftningen. De förenklar en komplicerad lagstiftning och bortser från dess bakgrund och syfte.

6.2 Ringa åldersskillnad mellan målsäganden och gärningsmannen

6.2.1 B 6299-06, Svea hovrätt

Tingsrätten

MJ som var 16 år och 10 månader, har på kvällen den 6 juni 2006 genom våld tvingat den 13-åriga målsäganden, som var kraftigt berusad, till oralt samlag. Våldet har bestått i att

MJ tagit tag i målsägandens huvud, tryckt detta mot sitt könsorgan och fört in sitt könsorgan i målsägandens mun. MJ har vid samma tillfälle med sin hand eller fingrar berört målsägandens könsorgan.

Målsäganden uppger att hon tidigare har vistats på ett skol- och familjebehandlingshem i ett och ett halvt år. Hon återvände dit 14 dagar innan händelsen inträffade. Hon lärde känna MJ vid sitt första besök och han var kvar när hon återkom. Den 6 juni träffades de på förmiddagen och hon följde med honom till hans rum. Han hade sprit i garderoben och blandade spriten med juice. Hon drack och han drack två glas eller så. De gick ut och MB gick för att spela fotboll. Hon spydde och när en vårdare kom till fotbollsplanen måste hon gå en promenad för att bli nykter, eftersom hon inte ville visa sig för personalen. MJ följde med, de gick in i skogen bakom skolan. Hon kände sig konstig och lade sig ner. MJ frågade om hon kunde suga av honom. Hon sa ”jag är full liksom”. Han tryckte ner hennes huvud och stoppade in sin penis i hennes mun. Efter mindre än en halv minut slutade hon bara. Det enda hon sa var ”jag är full”. Vidare uppger målsäganden att hon inte tydligt sade nej till att suga honom. Han kanske inte fattade det; men hon ville egentligen inte. Han tafsade henne mellan benen, hon hade kläder på sig och han tog med handen på hennes kön innanför byxorna. Han drog själv ner sina mjukisbyxor. Efteråt frågade han henne om hon skulle rida av honom. Hon sa att de måste därifrån; personalen kunde ju komma. MJ var vid den aktuella tidpunkten nästan 17 år gammal.

MJ har anfört att målsäganden fick lite sprit av honom och att målsäganden, när de spelade fotboll, gick åt sidan och sa att hon skulle gå bakom skolan för att inte en av vårdarna, skulle se att hon var full. MJ har medgett att han och målsäganden har haft oralt samlag men menar att det skett frivilligt, på målsägandens initiativ, utan våld och att gärningen därför ska bedömas som sexuellt utnyttjande av barn.

Tingsrätten finner att målsägandens berättelse vinner försteg framför MJ:s och lägger således hennes berättelse som grund för bedömningen.

Även om viss oklarhet kan råda om vad målsäganden uttalat, förutom att hon sa att hon var full, gör tingsrätten bedömningen att det får anses att MJ med hänsyn till omständigheterna måste ha insett att målsägande inte ville ha samlag. Denna slutsats förstärks enligt

tingsrätten av målsägandens uppgift att MJ tog tag i hennes huvud och drog ner detta mot hans penis.

Tingrätten finner det alltså utrett att samlag inte skett frivilligt från målsägandens sida och att MJ utövat visst våld för att få detta till stånd. Med beaktande av dessa omständigheter och med hänsyn till att MJ dessutom utnyttjat att målsäganden var berusad dömer tingsrätten MJ för våldtäkt mot barn.

Hovrätten

Enligt hovrätten råder olika uppfattningar om det orala samlaget var frivilligt eller inte.

Hovrätten redogör för 4 § om våldtäkt mot barn, och skriver att straffansvar enligt bestämmelsen inte förutsätter att gärningsmannen genomfört den sexuella handlingen med användande av tvång eller genom att utnyttja vissa uppkomna situationer. Vidare hänvisar den till förarbetena och skriver att med att gärningsmannen ska ha *genomfört* den sexuella handlingen med barnet anses inte bara sådana fall då gärningsmannen själv, aktivt initierat den sexuella handlingen utan också sådana fall då barnet tagit initiativ till handlingen.

Av det sagda menar hovrätten att det framgår att förutsättningarna för att döma MJ för våldtäkt mot barn i och för sig är uppfyllda. Frågan som hovrätten har att ta ställning till är om brottet med hänsyn till omständigheterna är att bedöma som mindre allvarligt. Av betydelse vid den bedömningen är, skriver hovrätten, om MJ, såsom åklagaren påstått, genom våld tvingat den kraftigt berusade målsäganden till oralt samlag. Hovrätten redogör vidare:

”Målsäganden har berättat att hon inte ville utföra det orala samlaget och att hon försökte ta sig ur situationen genom att hänvisa till att hon var full, men att hon inte tydligt sade nej. De uppgifter hon lämnat om MJ:s tillvägagångssätt, att MJ förde hennes huvud mot sitt könsorgan och att hon ’gör det’ visar inte att denne använt sig av våld eller direkt tvång. Det har inte heller av utredningen framkommit att målsäganden har varit kraftigt berusad och att MJ utnyttjat detta förhållande. Med hänsyn till det anförda får bedömningen av gärningen utgå från att MJ uppfattat det orala samlaget som frivilligt från målsägandens sida.”

Vid en samlad bedömning av omständigheterna, varvid bl.a. beaktas att det varit frågan om ett kortvarigt händelseförlopp och att ålderskillnaden mellan målsäganden och MJ varit relativt ringa, finner hovrätten att våldtäktsbrottet är att anse som mindre allvarligt, varför MJ döms för sexuellt utnyttjande av barn.

Kommentar

Tingrättens brottsrubricering är enligt vår mening korrekt. Vad gäller hovrättens utredning och brottsrubricering finner vi en del att kommentera.

Målsäganden är 13 år och har relativt långt kvar till sexuellt självbestämmande, vilket är en omständighet som talar starkt mot att bedöma gärningen som mindre allvarlig. Detta är något som hovrätten inte omnämner.

I målet synes inte kunna talas om något faktiskt samtycke då målsägandens kraftiga berusning varit en förutsättning för den sexuella handlingen som är jämförlig med samlag. Oavsett om målsäganden har samtyckt till den sexuella handlingen eller ej anser vi att ett samtycke, med beaktande av samtliga omständigheter i målet inte kan ges rättslig verkan

En förutsättning för att 5 § om sexuellt utnyttjande av barn, kan aktualiseras är att målsäganden med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt har haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. Målsäganden var vid den aktuella gärningen endast 13 år. Utgångspunkten är att barn under 15 år inte med rättslig verkan kan samtycka till samlag vilket innebär att målsägandens mognad skall jämföras med en 15-åring. I målet finner vi ingen utredning om detta. I det aktuella fallet hade målsäganden dessutom druckit alkohol. Detta talar starkt emot att hon hade förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. Målsäganden befinner sig dessutom på ett skol- och familjebehandlingshem, vilket tyder på en problemfylld livssituation.

Hovrätten förklarar att för straffansvar enligt 4 § förutsätts inte något användande av tvång eller utnyttjande. Därefter anför den, att för betydelse av om brottet är att bedöma som mindre allvarligt, är om MJ genom våld tvingat den kraftigt berusade målsäganden till oralt samlag. Enligt vår mening är detta motsägelsefullt och utgör en felaktig rättstillämpning. Frågan om våld eller hot har använts blir av betydelse först vid gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och grov våldtäkt mot barn. Frågan är ej av betydelse vid gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn.

Straffansvar inträder oavsett om gärningsmannen använt tvång, hot eller våld eller utnyttjat situationen. Straffansvar inträder också även om barnet tagit initiativ till den sexuella handlingen. Det krävs således inte att barnet gjort aktivt motstånd och gärningsmannen kan därmed inte, med framgång, åberopa att han inte förstod att barnet inte ville. Straffansvar

inträder således oavsett om MJ uppfattat det orala samlaget som frivilligt från målsägandens sida eller ej.

Vid en bedömning om gärningen är att anse som mindre allvarlig skall samtliga omständigheter beaktas. Hovrätten väger in omständigheter som att händelseförloppet varit kortvarigt och den ringa ålderskillnaden mellan MJ och målsäganden. Vi är kritiska till att dessa omständigheter skall tillmätas någon betydelse i detta avseende.

6.2.2 B 4860-06, Svea hovrätt

I målet finns två målsägande. Anmärkas bör att åklagaren i sin stämningsansökan yrkar ansvar endast för sexuellt utnyttjande av barn. Dock täcker gärningsbeskrivningen in brottet våldtäkt mot barn.

Tingsrätten

Målsägande A

MJ, 15 år gammal, har vid ett flertal tillfällen dels vid en krog och i en lägenhet genomfört samlag och med samlag jämförliga sexuella handlingar mot målsäganden. Målsäganden var vid det aktuella tillfället 14 ½ år.

Under jullovet 2005/2006 tillbringade målsäganden mycket tid hemma hos en kamrat som bodde med sin familj i en lägenhet. Även MJ och några av hans kamrater var där. Inte bara MJ utan även ett par av dennes kamrater hade samlag med målsäganden i lägenheten, antingen i en säng eller på toaletten. Målsäganden har berättat att hon hade sammanlagt nio samlag med MJ i lägenheten. Enligt målsäganden har hon på nyårsafton dessutom efter övertalning från MJ utfört oralsex på denne, varefter han knuffat in henne i en buske. Efter nyår har två samlag ägt rum mellan målsäganden och MJ. Dessa har målsäganden gått med på först efter att MJ hotat med att förtala henne, genom att sprida ofördelaktiga rykten om henne. MJ har också vid några tillfällen misshandlat henne.

MJ medger att han haft mellan sju och nio samlag med målsäganden. MJ bestrider dock ansvar för sexuellt utnyttjande av barn, eftersom dessa samlag har varit helt frivilliga från målsägandens sida. Han bestrider också att det förekommit något våld eller hot. Han förnekar dessutom att det förekommit några sexuella handlingar mellan honom och

målsäganden på nyårsafton 2005. Han hävdar slutligen att han inte insett eller haft skälig anledning att anta att målsäganden var under 15 år. Oavsett detta anser han att målsägandens samtycke skall medföra ansvarsbefrielse. I vart fall medför bestämmelsen i 14 § att han inte skall dömas till ansvar.

Tingsrätten anser att målsäganden på ett öppenhjärtigt sätt har lämnat uppgifter om att hon frivilligt deltagit i en omfattande sexuell aktivitet under jullovet med MJ men även med två av dennes kamrater. Då dessa uppgifter naturligtvis är ägnade att ställa henne själv i en föga fördelaktig dager förefaller det ytterst osannolikt att hon skulle beljuga MJ. Det har inte heller framkommit något som skulle förringa tillförlitligheten i hennes uppgifter. I enlighet med detta kommer tingsrätten fram till att målsägandens uppgifter skall läggas till grund för bedömningen.

Tingsrätten finner det således styrkt att målsäganden haft sju samlag med MJ under jullovet. Vid dessa tillfällen förekom inget våld eller hot från MJ, utan målsäganden har frivilligt gått med på att ha samlag. Tingsrätten finner heller ingen anledning att betvivla målsägandens uppgifter om att hon, före det att samlagen ägde rum, själv berättat för MJ att hon var 14 år. Oavsett detta, konstaterar de att MJ haft skälig anledning att inse att målsäganden gick i en klass under honom och således var under 15 år. Tingsrätten fortsätter:

”MJ har gjort gällande att målsägandens samtycke till samlag skall ha en ansvarsbefriande verkan. Lagstiftningen om sexualbrott mot barn under 15 år är emellertid uppbyggd utifrån förutsättningen att ett barn under 15 år inte uppnått en sådan utveckling att ett samtycke generellt sett skall ha betydelse. Ett samtycke kan inverka på rubriceringen av brottet och kan också i särskilda fall inverka på frågan om gärningen skall vara fri från ansvar enligt 6 kap. 14 § brottsbalken. Men det är uppenbarligen inte lagstiftarens tanke att ett samtycke skall tillmätas automatiskt ansvarsbefriande verkan.”

Tingsrätten finner av utredningen i målet att flickan närmade sig femtonårsgränsen, att MJ var obetydligt äldre samt att mognadsgraden sannolikt inte skilde sig åt i någon större utsträckning. Dock är samlagen på nyårsafton och de därefter två följande samlagen inte genomförda under sådan frivillighet från målsägandens sida att 14 § blir tillämplig. Både MJ och målsäganden har uppgivit att de inte var kära i varandra eller hade någon närmare

relation. Tingsrätten drar slutsatsen att anledningen till att målsäganden haft samlag med pojkarna närmast tyder på att hon på något sätt velat ställa in sig hos dem. Hon har efteråt mått psykiskt dåligt. Tingsrätten kommer fram till att det uppenbarligen inte är fråga om en sådan ”god och nära relation” mellan målsäganden och MJ som enligt förarbetena förutsätts för ansvarsfrihet enligt 14 §

Målsägande B

MJ har i en lägenhet genomfört samlag med målsäganden som vid tidpunkten för gärningen var 13 år och 10 månader. Enligt målsäganden befann hon sig i en lägenhet tillsammans med MJ och några av hans kamrater. Där hade hon två samlag med MJ, ett på lördagen och ett på söndagen. Samlagen föregicks av tjat från MJ och hans kamraters sida. Flickan gjorde klart för dem att hon inte ville, men till slut gav hon efter för deras tjat och påtryckningar.

MJ medger att han i slutet av januari 2006 hade två samlag med B. MJ bestrider dock ansvar på samma grunder som vad gäller målsägande A.

Tingsrätten finner att målsäganden har gjort ett redigt och trovärdigt intryck och det saknas anledning att tro annat än att hon redovisat sina verkliga minnesbilder från den aktuella dagen.

Enligt tingsrätten måste MJ ha haft skälig anledning att inse att B var under 15 år. MJ och flickan var inte kära i varandra och kände inte varandra personligen. Således var det inte heller här fråga om en undantagssituation som föranleder ansvarsfrihet enligt 14 §.

Tingsrätten finner att åtalen för sexuellt utnyttjande av barn är styrkt i båda fallen.

Hovrätten

Hovrätten delade i alla avseenden tingsrättens bedömning såväl i skuldfrågan som i skadeståndsdelen. Hovrätten fastställde tingsrättens dom.

Kommentar

Vi finner det anmärkningsvärt att åklagaren inte yrkade ansvar för våldtäkt mot barn utan endast för sexuellt utnyttjande av barn. Men det mest anmärkningsvärda är att domstolen

som är fri att rubricera gärningar som den finner mest lämpligt, så länge de täcks av åklagarens gärningsbeskrivning, i båda instanser, dömer för sexuellt utnyttjande av barn.

MJ som var 15 år, har genomfört samlag mot både målsägande A och B som vid tidpunkten för gärningarna båda var under 15 år. De båda domstolarnas argumentation tycks per automatik bedöma gärningarna som sexuellt utnyttjande av barn eftersom det är ringa skillnad i ålder mellan gärningsman och målsägande. Dock är 5 § en undantagsregel som skall tillämpas med restriktivitet. Det finns också i förarbetena vissa särskilt angivna förutsättningar för att bestämmelsen skall bli tillämplig.

Den korrekta systematiken är att först ta ställning till om de subjektiva och objektiva rekvisiten enligt 4 § om våldtäkt mot barn är uppfyllda. Om så är fallet är utgångspunkten enligt huvudregeln att gärningen ska rubriceras som våldtäkt mot barn. Sedan ska man gå vidare till 5 § och göra en bedömning om gärningen kan ses som mindre allvarlig. Vid denna bedömning ska domstolen vägledas av förarbetena och syftet bakom dem. Först när man konstaterat att 5 § om sexuellt utnyttjande av barn skall tillämpas kan en diskussion om ansvarsfrihet enligt 14 § föras.

Målsägande A var vid de aktuella gärningarna 14 ½ år och målsägande B var 13 år och tio månader. Vad gäller målsägande A befinner hon sig således nära gränsen för sexuellt självbestämmande och det kan därför finnas visst utrymme att rubricera gärningen som sexuellt utnyttjande av barn. Målsägande B däremot är inte fyllda 14 år, vilket starkt talar emot att bedöma gärningen som mindre allvarlig.

Frågan huruvida de båda målsägandena faktiskt har samtyckt till de sexuella handlingarna är i målet ovidkommande då ett sådant samtycke med beaktande av samtliga omständigheter i målet inte kan ges rättslig verkan.

En förutsättning för att 5 § om sexuellt utnyttjande av barn kan aktualiseras är att målsäganden, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. Målsägande B befann sig i en lägenhet tillsammans med MJ och några av hans kamrater. Hon befann sig således i en utsatt situation vilket talar emot att hon hade en reell möjlighet att fatta ett eget och genomtänkt beslut.

Målsägande A har tidigare blivit misshandlad av MJ. Det oralsex som målsäganden utförde på MJ på nyårsafton föregicks av övertalning och de samlag som ägt rum efter nyår har målsägande A först gått med på efter att MJ hotat att förtala henne genom att sprida ofördelaktiga rykten om henne. Även samlagen med målsägande B har föregåtts av tjat från MJ och hans kamraters sida. Dessa omständigheter talar starkt emot att samlagen kan anses bygga på fullständig frivillighet och ömsesidighet.

När våld eller hot har förekommit ska gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och grov våldtäkt mot barn diskuteras snarare än som här gränsdragningen mellan sexuellt utnyttjande av barn och ansvarsfrihet.

6.2.3 B 6120-06, Svea hovrätt

Målet som vi redogör för nedan är stort i den bemärkelsen att det omfattar flera målsägande, gärningar och gärningsmän. I ett försök att underlätta för läsaren behandlar vi målsägande A, B och C i tur och ordning. För att uppmärksamma läsaren på vem av de fyra gärningsmännen som genomfört handlingen markerar vi hans initialer i fet stil när de första gången i kommer upp.

Tingsrätten

Målsägande A

Målsägande A lärde känna **OA** när hon var 11 år. När han fått veta att hon haft samlag med en kille, började han tjata att han ville ha samlag med henne. Enligt målsägandens berättelse gick hon med på att ha sex med honom efter mycket tjat och hon klarade sedan inte av att hålla honom ifrån sig. Första gången OA hade samlag med A, sommaren 2005, var hon 12 år gammal och OA var vid det tillfället 15 år. Från den tidpunkten fram till och med den 9 april 2006 har OA och A haft vaginala och orala samlag med viss regelbundenhet. OA har också låtit A onanera åt honom.

I september 2005 fyllde A 13 år. Natten till den 9 april 2006 sov OA, som då var 16 år, och en annan kille över hemma hos A. Målsäganden var då 13 år och 7 månader. OA ville ha sex men A hade halsfluss. Hon sa att hon var sjuk och inte orkade, men efter mycket tjat gick hon med på det.

På kvällen kom OA tillbaka med fyra till fem kompisar, däribland **SD** och **SE**. **SD** var vid det aktuella tillfället 15 år och 3 månader. De satt alla och tittade på TV i hennes rum. A satt på en stol och de ville att hon skulle sätta sig på sängen. När hon sa att hon satt bra på stolen drog OA ner henne på sängen. Någon släckte lampan. En kille som heter Antony sa att han ville ha henne, och alla sprang in och ut ur rummet. Målsäganden hade aldrig träffat **SD** tidigare, men nu låg han på henne under täcket och sa till de andra att gå ut. Han pussade på henne, men hon slet sig ifrån honom, men sedan kysstes de. **SD** började dra i hennes byxor. Hon höll emot men orkade inte varefter de hade vaginalt samlag. De andra kom in men de hade nog inget märkt. När de gått ville **SD** ha sex igen. När hon sa nej började han dra i hennes byxor. Då kom OA in, ställde sig bredvid henne och ville att hon skulle suga av honom. När hon sa nej stoppade han sin penis i hennes mun.

OA och **SD** har vidgått att de haft samlag med målsäganden men bestrider att de känt till att målsäganden var under 15 år.

Efter övergreppen i lägenheten följde A killarna ut till porten. När hon kom upp till lägenheten igen stod **SE** där. Han hade stannat kvar utanför dörren. Han drog in henne i hennes rum, lade henne på sängen, drog ner hennes mjukisbyxor och förde in flera fingrar i hennes slida. När hon sa att hon skulle ringa polisen, slutade han och bad henne att inte göra någon polisanmälan. **SE** var vid det aktuella tillfället 16 år och 11 månader.

AH lärde känna A i början av vintern. **AH** var vid den aktuella tidpunkten ca 16 år och 8 månader och målsäganden var ca 13 år. Vid ett tillfälle låg **AH** och målsäganden och kysstes på hennes säng. **AH** drog upp hennes tröja och knäppte upp hennes behå fast att hon sa nej. Han försökte få av henne byxorna. Hon ville inte men gjorde inte något speciellt motstånd. Han drog av hennes trosor. Tre gånger har hon runkat och sugit av **AH**. Vid ett annat tillfälle drog han in henne på toaletten, satte sig på toalettstolen och tog fram sin penis och ville att hon skulle suga av honom. Hon ställde sig på knä och gjorde det.

Målsägande B

Målsägande A och B går i samma klass och de umgås också på fritiden. Den 5 april 2006 var B hemma hos A. B hade vid det aktuella tillfället precis fyllt 14 år. **OA** och tre andra killar kom dit. OA satte sig i soffan bredvid B och började tafsa på henne men hon tog bort hans händer. De lade sig på sängen och började hångla. OA frågade om samlag, men hon

ville inte. Han ville att de skulle gå in på toaletten. Han drog henne i armen, in på toaletten och låste dörren. Hon satte sig på en stol och han på toalettstolen. Han ville ha sex och att hon skulle runka av honom, men hon sade nej. Han tog hennes hand och lade den på penisen och knäppte upp sina byxor. Hon tog bort hans hand. Han sa att hon skulle få komma ut om hon gjorde det, och då gjorde hon det. När hon ville gå ut frågade han om de inte kunde ha samlag först, men hon sa nej. Han frågade om hon ville suga av honom, vilket hon också sa nej till. Hon satte sig på huk och då tryckte han hennes huvud mot penisen, fick in den i hennes mun och drog huvudet fram och tillbaka. Han fick utlösning.

Målsägande C

Målsägande C var någon gång i november eller december 2005 hemma hos A när först en kille och sedan OA knuffade in henne i en klädkammare, i vilken stod en säng, släckte ljuset och låste dörren. C var vid den aktuella tidpunkten 13 år. OA ville bli avsugen och sade till henne att hon inte fick lämna rummet förrän hon gjort det. När hon flera gånger försökte lämna rummet knuffade han bort henne. Han sprutade sperma i hennes mun och först därefter fick hon lämna rummet.

Tingsrätten anser att målsägandenas berättelser skall läggas till grund för bedömningen i målet. Samtliga tilltalade har förnekat att de känt till flickornas ålder. Det framstår dock, enligt tingsrätten, som orimligt att de inte känt till flickornas ålder.

Tingsrätten hänvisar till den lagstiftning om sexualbrott som trädde i kraft den 1 april 2005 och skriver att sexuella övergrepp mot barn brutits ut till särbehandling i förhållande brott mot vuxna. Tingsrätten redogör vidare för att hot eller tvång inte krävs för att en gärning ska bedömas som våldtäkt mot barn och att samtycke inte friar från ansvar. Slutligen gör tingsrätten följande bedömning:

”De tilltalade är födda 1989 och 1990 och målsägandena 1992. Enligt prop. 2004/05:45 är alla fall där våld, tvång eller annan påtryckning använts uteslutna för straffrihet. I föreliggande fall har såväl visst – lindrigt – våld, tvång och påtryckningar förekommit. Straffrihet kan sålunda inte komma i fråga. Däremot gör den ringa ålderskillnaden mellan gärningsman och offer att gärningarna kan bedömas som sexuellt utnyttjande av barn.”

Hovrätten

I hovrätten för åklagaren inte talan om ansvar mot AH för våldtäkt mot barn. Åklagaren yrkar dock att OA avseende alla punkter ska dömas för våldtäkt mot barn och att SD ska dömas för våldtäkt mot barn alternativt våldtäkt. SE omnämns inte i hovrätten.

A berättar i hovrätten om en mängd tillfällen då OA utsatt henne för sexuella övergrepp. Vid ett av tillfällena var A hemma med en kompis då OA kom tillsammans med ett antal vänner. OA ville att hon skulle följa med honom in i ett litet rum för att tala om något. Hon förstod då att han ville ha sex, varför hon sa att hon inte ville. OA drog då in henne i rummet samtidigt som någon av hans kamrater hjälpte honom genom att knuffa på henne. OA lät henne inte gå ut ur rummet förrän de haft någon form av sex. Vid ytterligare ett tillfälle under vintern kom OA och en kamrat till honom, hem till henne. OA gick in i hennes rum och släckte lampan. OA ville att hon skulle suga av honom. Hon sa att hon inte ville det. Till slut gav hon upp och sög av honom, eftersom hon inte visste vad hon skulle göra. Därefter gjorde hon samma sak med OA:s kamrat. A berättar att hon endast vid ett tillfälle frivilligt haft sex med OA. Vid övriga tillfällen har det förekommit tjat, övertalning eller tvång. Hon har även haft sexuellt umgänge med kamrater till OA bl.a. SD och AH. Vid vissa tillfällen har hon först haft samlag med den ena av dem och sedan med den andra. Hon förklarar detta med att:

”Det gick inte att komma undan när OA eller någon av hans kamrater ville ha sex.”

Hovrätten börjar med att redogör för lagtexten i 4 och 5 §§ om våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn. Vidare redogör de för lagtexten i 14 § som reglerar ansvarsfrihet.

Hovrätten finner det utrett att OA insett att A var under 15 år, när han första gången hade samlag med henne. Hovrätten anser även att OA även känt till eller haft anledning att anta att varken B eller C hade uppnått 15 års ålder, när han hade sexuellt umgänge med dem.

Vid en helhetsbedömning finner hovrätten att de uppgifter som målsägandena har lämnat i allt väsentligt är både trovärdiga och tillförlitliga. Beträffande gärningarna OA riktat mot A

finner hovrätten det sålunda utrett att OA haft oralt samlag med målsäganden vid det tillfälle som åklagaren påstått. Av A:s berättelse framgår att detta orala samlag inte på något sätt kan betecknas som frivilligt. Vidare anser hovrätten det utrett att OA, sedan A var 12 år, vid ca 35 tillfällen, vid vissa av dessa med tvång, förmått målsäganden till samlag eller annan jämförlig sexuell handling. Om detta skriver hovrätten:

”Omständigheterna vid gärningarna och det förhållande att de får betecknas som ett led i en serie av övergrepp begångna av OA gör att gärningarna inte kan ses som mindre allvarliga.”

Vad gäller gärningarna mot målsägande A fälls därför OA för våldtäkt mot barn.

Även beträffande gärningarna mot målsägande B och C döms OA för våldtäkt mot barn. Detta eftersom inslaget av tvång har varit sådant att gärningarna inte kan ses som mindre allvarliga.

Hovrätten anser det vidare genom utredning vara klarlagt att SD haft samlag med målsägande A då hon endast var 13 år. Hovrätten finner det även utrett att SD haft skälig anledning att anta att A vid tillfället för gärningen inte hade uppnått 15 års ålder. Enligt hovrätten framstår A:s uppgift om att hon sagt nej till att ha samlag med SD samt att SD tjatat på henne i frågan och dragit i hennes byxor, vilket lett fram till ett samlag, som ett rimligt händelseförlopp. Detta mot bakgrund av att målsägande A vid tillfället inte tidigare träffat SD samt att ett flertal av SD:s kamrater befann sig i lägenheten. Det kan enligt hovrätten inte heller bortses från att det tillvägagångssätt som målsägande A berättat om överensstämmer med det tillvägagångssätt som SD:s vän OA, med vilken SD hade sällskap med till målsägande A, använde för att få till stånd sexuellt umgänge med henne. Hovrätten fäster även tilltro till de uppgifter som målsägande A lämnat och skriver att SD måste ha insett att det sexuella umgänget kom till stånd som en följd av att han övertalat A härtill. Med hänsyn till detta, till A:s ålder samt vad som i övrigt framkommit om målsägandens och SD:s relation till varandra skriver hovrätten att ansvarsfrihetsregeln, i 14 §, inte anses tillämplig. Gärningen är emellertid inte, enligt hovrättens bedömning, av så allvarligt slag att den bör rubriceras som våldtäkt mot barn. SD fälls till ansvar för sexuellt utnyttjande av barn.

Genom utredningen anser hovrätten det klarlagt att AH haft sexuellt umgänge med målsägande A vid de tillfällen åklagaren har påstått samt att A då var 13 år. Det är även visat att AH känt till att målsägande A inte hade uppnått 15 års ålder vid den aktuella tidpunkten. Hovrätten skriver att med hänsyn till A:s ålder vid gärningarna samt till vad som i övrigt framkommit om parternas relation och om omständigheterna vid gärningen kan 14 § om ansvarsfrihet inte anses tillämplig. Hovrätten dömer därför AH för sexuellt utnyttjande av barn.

Kommentar

Samtliga tre målsägande är födda 1992. Målsägande A var 12 år när övergreppen mot henne började, i september 2005 fyllde hon 13 år och var således 13 år och 7 månader den 9 april 2006. Målsägande B hade just fyllt 14 år och målsägande C var 13 år när övergreppen mot dem ägde rum. Samtliga målsägande hade således relativt långt kvar till åldern för sexuellt självbestämmande. Detta talar starkt emot att 5 § om sexuellt utnyttjande av barn kan aktualiseras.

I detta mål synes det ha förekommit systematiska påtryckningar, tjat och våld varmed vi anser att man inte kan tala om något faktiskt samtycke från någon av flickorna. Oavsett om de har samtyckt eller ej anser vi dock att ett eventuellt samtycke inte kan ges någon rättslig verkan.

En förutsättning för att bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn kan aktualiseras är att målsäganden, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. Flickorna har befunnit sig i utsatta situationer, och de har blivit utsatta för diverse påtryckningar av en eller flera gärningsmän åt gången. Övergreppen har pågått systematiskt inom en grupp med olika gärningsmän som känt varandra. I ett av fallen, under flera år, sedan målsäganden var 12 år. Utgångspunkten är att barn under 15 år inte med rättslig verkan kan samtycka till samlag. I det aktuella fallet finns inga omständigheter som talar för att gärningarna kan ses som mindre allvarliga då man varken kan tala om fullständig frivillighet och ömsesidighet eller att flickorna haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen.

Tingsrättens domskäl saknar helt diskussion om frivillighet och om flickorna, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta

ställning till situationen. Man hänvisar endast till den ringa ålderskillnaden mellan gärningsmännen och offren och bedömer därmed gärningarna, i samtliga fall, som mindre allvarliga. Enligt vår mening tillämpar tingsrätten systematiken i den nya sexualbrottslagstiftningen på ett uppenbart felaktigt sätt.

I hovrätten rubriceras OA:s gärningar som våldtäkt mot barn, vilket vi anser är korrekt. Hovrätten hänvisar till att gärningarna är ett led i en serie av övergrepp samt att inslag av tvång har förekommit.

Vad gäller SD konstaterar hovrätten att han och målsäganden aldrig tidigare träffats före det att samlaget ägde rum, att gärningsmannen har använt övertalning för att få samlaget att äga rum och att målsäganden endast var 13 år vid gärningstillfället. Med detta konstaterande utesluter man ansvarsfrihet samt våldtäkt mot barn. Vi anser det vara motsägelsefullt och en felaktig rättstillämpning då dessa omständigheter istället utesluter rubriceringen sexuellt utnyttjande av barn och istället talar för våldtäkt mot barn.

Vad gäller ovan nämnda gärningar finns det förutom den relativt ringa skillnaden i ålder inga omständigheter som talar för att ansvarsfrihetsregeln i 14 § bör aktualiseras. Denna omständighet i sig kan dock inte utgöra grund för ansvarsfrihet. Inte heller gör den omständigheten att gärningsmannen är 15, 16 eller 17 år att gärningen per automatik hamnar i 5 § om sexuellt utnyttjande av barn. Våldtäkt mot barn i 4 § är huvudregel, när de objektiva rekvisiten i bestämmelsen är subjektivt ”täckta”. Sexuellt utnyttjande av barn i 5 § endast är en undantagsregel och den skall tillämpas med restriktivitet.

Kapital 7. Analys

7.1 En komparativ studie av rättsfallen

7.1.1 Huvudregel och undantag

I förarbetena talar man om att utgångspunkten är att barn under 15 år inte med rättslig verkan kan samtycka till samlag. Vidare uttrycker man att 5 § om sexuellt utnyttjande av barn skall tillämpas restriktivt. I hovrättsavgörandet till NJA 2006 s. 79 II talar hovrätten om att utgångspunkten är att samlag och liknande sexuella handlingar med barn under 15 år ska bedömas som våldtäkt mot barn. Endast i undantagsfall ska den mildare bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn kunna tillämpas.

Med dessa uttalanden i beaktande tillsammans med lagstiftningens bakgrund och syfte har vi funnit att man skall tillämpa 4 § om våldtäkt mot barn som en huvudregel och 5 § om sexuellt utnyttjande av barn enbart som en undantagsregel. Denna systematik bekräftas också av ett flertal avgöranden i vår studie.⁷³

7.1.2 Har vi ett samtycke och kan ett eventuellt samtycke beaktas?

För att 5 § om sexuellt utnyttjande av barn, som är en undantagsregel skall bli tillämplig måste följande frågeställningar behandlas och besvaras jakande:

- Har vi ett samtycke?
- Kan ett eventuellt samtycke beaktas?

Vid denna bedömning skall hänsyn tas till:

1. Målsägandens ålder
2. Gärningsmannens ålder
3. Gärningsmannens ålder i förhållande till målsägandens ålder
4. Om målsäganden, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen.

Målsägandens ålder

Utgångspunkten är att ett barn under 15 år inte med rättslig verkan kan samtycka till samlag. Ett barn under 15 år kan dock rent faktiskt samtycka till samlag men enligt huvudregeln saknar detta samtycke rättslig verkan. Ett samtycke från barnet kan endast ges rättslig relevans om de i förarbetena angivna omständigheterna och förutsättningarna föreligger. I propositionen anges som typexempel när bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn kan tillämpas till exempel fall där två personer, varav den ena är strax under 15 år, frivilligt har samlag med varandra. Dessutom ges exemplet då en 29-åring har samlag med ett barn som är 14 år och 11 månader. Vidare talar man om att det kan röra sig om en tonåring som utvecklat sin sexualitet. Med dessa åldersangivelser som utgångspunkt har vi dragit slutsatsen att det skall röra sig om barn som befinner sig mycket nära åldern för sexuellt självbestämmande dvs. 15 år, för att bestämmelsen skall kunna aktualiseras. Därmed anser vi att tolvåringar är uteslutna från tillämpningsområdet för sexuellt

⁷³ Se B 2912-06, B 5420-06, B 414-06, B 6668-06, B 8-06 och tingsrättsdomen till B 3347-06. Jämför dock B 4860-06 och tingsrättsdomen till B 5024-06.

utnyttjande av barn. När målsäganden vid gärningstillfället är 14 år finner vi däremot att det lämnas ett utrymme för att ett eventuellt samtycke kan komma att beaktas. Om målsägande är 13 år har hon dock relativt lång tid kvar till åldern för sexuellt självbestämmande, vilket enligt vår mening är en omständighet som talar starkt emot att bedöma gärningen som mindre allvarlig. Vid denna bedömning måste dock samtliga omständigheter vägas in.

I B 1511-06 var målsägande D 12 år och 10 månader vid tidpunkten för samlagen. Hovrätten klargör att redan den omständighet att flickan är under 13 år utgör hinder för att – annat än i mycket speciella fall - anse att omständigheterna vid samlag med en vuxen man kan anses som mindre allvarliga. Vi vill förstärka detta uttalande och menar att eftersom hon inte ens var tonåring är det helt uteslutet att ett eventuellt samtycke från henne kan beaktas. Vi har i vår undersökning inte funnit något exempel på att ett samlag med ett barn som är 12 år i hovrätten har bedömts som mindre allvarligt, dvs. rubricerats som sexuellt utnyttjande av barn. Se även B 2912-06.

I NJA 2006 s. 79 I var målsäganden vid den aktuella tidpunkten 13 år och 10 månader. Målsäganden hade enligt HD uppnått en sådan ålder att denna i sig inte kan anses utgöra något hinder mot att beakta frivilligheten. Flera hovrättsavgöranden hänvisar till detta uttalande däribland B 1511-06 vad gäller målsägande A och C som vid tidpunkten för samlagen var 13 år och 10 månader respektive 13 år och 5 månader och B 617-06 där målsäganden var mellan 13 år och tio månader och 14 år och 2 månader. Vi anser att HD i och med detta uttalande öppnar upp för en rättstillämning som inte är förenlig med lagstiftarens vilja.

Jämför tingsrättsdomen till B 606-05 där det uttrycks att det förhållande att målsäganden vid tidpunkten för samlaget var strax över 13 år, medan gärningsmannen var 21 år talar mycket starkt mot att brottet ska bedömas som sexuellt utnyttjande av barn. Se även B 5420-06, B 8-06, B 2021-05.

Gärningsmannens ålder

Även gärningsmannens ålder har betydelse för utgången i målet. Gärningsmannen ska i egenskap av vuxen ta ansvar för sina handlingar. Ju äldre han är, desto allvarligare anses

gärningen vara. Se B 617-06 och RH 2006:32 där gärningsmännen var 43 år respektive 49 år.

Gärningsmannens ålder i förhållande till målsägandens ålder

I B 6299-06 utgör den relativt ringa ålderskillnaden en av omständigheterna som gör att brottet enligt domstolen är att anse som mindre allvarligt. Även i B 49-06 beaktar domstolen den inte särskilt stora skillnaden i ålder för att bedöma brottet som sexuellt utnyttjande av barn.

I B 4860-06 och i B 6120-06 vad gäller gärningsmannen AH tar domstolen inte ställning till om gärningen skall rubriceras som våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn. Domstolen finner istället endast att 14 § inte kan aktualiseras varför den per automatik synes bedöma gärningarna som sexuellt utnyttjande av barn med hänvisning till den ringa ålderskillnaden. Vi menar att denna systematik är felaktig och saknar stöd i motiven.

Har målsäganden, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen?

Flickans utveckling

En förutsättning för att 5 § om sexuellt utnyttjande av barn skall tillämpas är att målsäganden med hänsyn till sin utveckling haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. Åldern för sexuellt självbestämmande är 15 år, eftersom lagstiftaren har ansett att det är först då man är mogen att själv ta ställning till och bedöma huruvida man vill ha samlag eller inte. Vi menar att rättstillämparna med detta som utgångspunkt måste utreda om målsägandens mognad är att jämföra med en 15-åring. Först om man finner att så är fallet kan bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn, som är en undantagsregel möjligtvis tillämpas. I NJA 2006 s. 79 I uttrycker HD att det inte framkommit något om målsägandens mognad eller omständigheter i övrigt som ger anledning att bortse från frivilligheten. Vi menar dock att utgångspunkten är att den som är 13 år har en 13-åringens intellekt och mognad.

Se även tingsrättsdomen till B 5024-06 där tingsrätten skriver att av det intryck rätten fått av flickan och med de omständigheter som anges som grund anser tingsrätten att man inte kan finna att flickan inte haft sådan mognad och förmåga att bedöma innebörden av sitt

handlande som ett barn som fyllt 15 år har. Vi ställer oss kritiska till dessa formuleringar. Vi menar istället att det skall vara visat att flickan är mogen som en 15-åring. Det är inte tillräckligt att det inte är visat att denna förutsättning inte är uppfylld.

Omständigheter i övrigt

En förutsättning för att bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn ska aktualiseras är att målsäganden med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. Förarbetena ger ingen vägledning för vilka situationer som kan tänkas omfattas av begreppet omständigheterna i övrigt. Detta har istället utvecklats i praxis. Som omständigheter i övrigt har framhållits:

1. Berusning
2. Beroendeställning
3. Utsatt situation
4. Allvarliga personliga problem
5. Gärningsmannen har ljugit om ålder
6. Andra omständigheter

Berusning

Hovrätten konstaterar i B 3347-06 att målsägandens berusning har varit en förutsättning för de sexuella handlingarna som förekommit mellan målsäganden och gärningsmannen. Hovrätten finner vidare att utredningen i målet ger vid handen att målsäganden var kraftigt berusad och knappt kontaktbar vid gärningstillfället. Enligt vår mening utgör berusning, även en ringa sådan, en omständighet som klart talar för att målsäganden inte ska anses ha förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. Denna uppfattning synes dock inte fullt ut ha fått genomslag i praxis. Se NJA 2006 s. 79 II där omständigheten att målsäganden druckit alkohol i en inte obetydlig omfattning, inte ansågs utgöra hinder mot att målsäganden hade förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen, se även B 6299-06 och tingsrättsdomen till B 5024-06.

Vi anser att även den omständigheten att gärningsmannen är berusad är av vikt för målsägandens förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen, eftersom målsäganden då oftast är rädd för vad gärningsmannen i sitt berusade tillstånd ska göra mot henne, se B 5420-06, B 360-06 och B 5024-06.

Beroendeställning

I NJA 2006 s. 79 I ansågs omständigheterna att målsäganden dels hade häst i gärningsmannens stall, dels arbetade i hans café inte utgöra hinder mot att målsäganden hade förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. I NJA 2006 s. 79 II ansågs inte heller omständigheten att gärningsmannen hade haft en relation med målsägandens mamma hindra detta. I B 733-06 däremot beaktades att gärningsmannen hade missbrukat sin ställning som lärare. Se även B 5420-06 och B 8-06 där omständigheten att gärningsmannen var målsägandens kompis bror respektive målsägandens storebrors klasskamrat ansågs tala mot att målsägandens haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. I tingsrättsdomen till RH 2006:32 bedömdes den omständigheten att gärningsmannen var styvfar till flickans kamrat och således en vuxen som hon borde ha kunnat lita på som en försvårande omständighet. Även hovrätten ansåg att gärningsmannen utnyttjat sin förtroendeställning.

Enligt 4 § 2 st skall den som har samlag med den som fyllt 15 men inte 18 år och som är avkomlig till gärningsmannen eller står under fostran av eller har liknande förhållande till gärningsmannen eller för vars vård eller tillsyn gärningsmannen skall svara pga. en myndighets beslut dömas för våldtäkt mot barn. Lagstiftaren har valt att skydda även denna åldersgrupp för att det är svårt för ett barn som befinner sig i beroendeställning till en vuxen att hävda sig mot den vuxnes inflytande. Med detta i beaktande borde det stå klart för rättstillämparna att barn som är under 15 år är i ännu starkare beroendeställning och har ännu svårare att hävda sin sexuella självbestämmanderätt än förevarande åldersgrupp. Vi anser att kretsen av personer som yngre barn kan befinna sig i beroendeställning till, skall ses i ett vidare perspektiv och att denna omständighet bör tillmätas större betydelse än vad som görs i praxis idag.

Utsatt situation

I B 3285-05 påtalar hovrätten målsägandens utsatta situation i bilen och anser att denna i sig utgör hinder mot att beakta frivilligheten. Jämför B 49-06 där målsäganden B:s utsatta situation i bilen inte ansågs utgöra hinder mot att målsäganden hade förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. Jämför även B 360-06 där det sexuella umgänget vid ett tillfälle ägde rum på ett toalettgolv då målsäganden hade feber, vid ett annat tillfälle i ett rum där en kamrat till gärningsmannen låg sov och vid ett annat tillfälle i en husvagn.

Omständigheterna vid gärningarna har emellertid enligt hovrättens bedömning inte varit sådana att de ger anledning att bortse från målsägandens samtycke.

I B 6120-06 befann sig ett flertal av gärningsmannens kamrater i lägenheten då samlaget med målsäganden ägde rum.

Vi ser en tendens till en ojämn rättstillämpning då målsäganden befinner sig i en utsatt situation eller ej. När man skall avgöra om ett barn befinner sig i en utsatt situation skall man se det ur ett barnperspektiv. Det som inte är en utsatt situation för en vuxen, kan vara det för ett barn.

Allvarliga personliga problem

I RH 2006:32 beaktades att målsäganden under flera år lidit av tvångstankar, ångest och depression. Hon har varit intagen på psykiatrisk klinik och varit omhändertagen enligt LVU och fosterhemsplacerad, vilket gärningsmannen kände till. Se även B 617-06 där gärningsmannen var väl medveten om att målsäganden befann sig i en allmänt utsatt och problemfylld situation. Målsäganden i B 1020-06 hade allvarliga personliga problem med inslag av alkohol- och drogmissbruk. Hon har också vidtagit allvarliga självdestruktiva handlingar och periodvis vårdats på sjukhus. Gärningsmannen har med vetskap om dessa förhållanden tagit på sig ansvaret att vara målsägandens vuxenstöd och beskyddare, varvid han har varit fullt medveten om det starka förtroende och den känslomässiga bindning som hon hade utvecklat gentemot honom. I samtliga fall väljer domstolen att lägga ansvar på gärningsmannen och rubricerar gärningarna som våldtäkt mot barn. Vi instämmer i detta resonemang. Vid en rättstillämpning sedd ur ett barnperspektiv är det, enligt vår mening, uteslutet att målsäganden under angivna omständigheter skulle haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. Jämför dock B 6299-06 där målsäganden befann sig på ett skol- och familjebehandlingshem men där domstolen inte ens tar upp omständigheten för diskussion.

Gärningsmannen har ljugit om ålder

I B 6668-06 hade gärningsmannen ljugit om sin ålder och sitt civilstånd. Målsäganden ansågs därmed inte, med hänsyn till sin ålder och mognad, haft förutsättningar att på ett riktigt sätt bedöma situationen och ta ställning till om hon ville inleda en sexuell relation

med en 17 år äldre gift man. Se även B 5024-06 där domstolen jämväl beaktar omständigheten att gärningsmannen ljugit om sin ålder.

Vi finner det intressant att domstolen så enkelt, i jämförelse med andra omständigheter, anser att gärningsmannens lögn i sig utgör skäl för att målsäganden inte haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen. Vi anser att rättstillämpningen i sak är korrekt, men efter att ha studerat ett flertal avgöranden ställer vi oss ändå frågande till om denna omständighet i sig skall tillmätas avgörande betydelse. Hur förkastlig är gärningsmannens lögn ur straffrättslig synvinkel? Var det lagstiftarens vilja att bestraffa lögnen som sådan eller fanns det en vidare mening med uttrycket att målsäganden skall ha förutsättning att bedöma och ta ställning till situationen? Är bakgrunden och syftet med lagstiftningen att skydda flickan från gärningsmannens lögn om ålder och civilstånd?

Andra omständigheter som har beaktats

I B 617-06 beaktar tingsrätten bl.a. karaktären av det sexuella umgänget, då det enligt tingsrätten inneburit allvarliga kränkningar att gärningsmannen haft sexuellt umgänge med målsäganden inför hennes vänner samt medverkat i uppkomsten, och i viss mån spridning av en film som innehåller sexuellt umgänge med målsäganden. I B 6120-06 beaktas att samlagen får betecknas som ett led i en serie av övergrepp begångna av gärningsmannen. Vi finner det positivt att domstolen beaktar samtliga omständigheter i det specifika fallet vilket är lagstiftarens syfte. Den nya sexualbrottslagstiftningen är komplex och bör inte förenklas.

När hovrätten i B 6299-06 gör en samlad bedömning av omständigheterna, beaktas bl.a. att det varit frågan om ett kortvarigt händelseförlopp och att ålderskillnaden mellan målsäganden och gärningsmannen varit relativt ringa. Hovrätten finner därmed att brottet är att anse som mindre allvarligt, varför gärningsmannen döms för sexuellt utnyttjande av barn. Ur målsägandens perspektiv har vi svårt för att se att denna gärning skulle vara mindre kränkande för att det varit frågan om ett kortvarigt händelseförlopp. Vi anser att denna omständighet inte skall tillmätas någon avgörande betydelse.

Exempel på gränsdagningsproblematik

När domstolen skall avgöra om målsäganden, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen

har vi sett att det uppkommer gränsdragningsproblematik. I dessa fall är det av avgörande betydelse att lagstiftningen och dess systematik tillämpas i enlighet med dess bakgrund och syfte samt att problematiken ses ur ett barn- och genusperspektiv. I nedan refererade fall är gränsdragningsproblematiken tydlig då instanserna beaktar samma omständigheter men väljer ändå att rubricera brotten olika.

I hovrättsdomen till NJA 2006 s. 79 II beaktas att målsäganden inte sovit på hela natten, att hon druckit alkohol i en inte obetydlig omfattning och att målsäganden och gärningsmannen endast var flyktigt bekanta. Hovrätten anser att gärningsmannen borde, i vart fall i nyktert tillstånd, ha förstått att målsäganden knappast var i stånd att göra några övertänkta och reella val. Hovrätten bedömde därför gärningen som våldtäkt mot barn. Dessa omständigheter uppmärksammar och beaktar även HD men de väljer ändå att bedöma gärningen som sexuellt utnyttjande av barn. De tillägger dock att gärningen bedömt enligt detta lagrum emellertid är av allvarligt slag.

I tingsrättsdomen till B 360-06 finner tingsrätten att målsäganden varken i husvagnen, i rummet vid ett garage där en annan vuxen man varit närvarande eller på den offentliga toaletten då gärningsmannen varit alkoholpåverkad och målsäganden febersjuk haft någon reell möjlighet att bedöma situationen och ta ställning till deltagande i samlag eller andra sexuella handlingar. Jämför dock hovrättens motsatslut; hovrätten beaktar samma omständigheter men gärningarna har emellertid enligt hovrättens bedömning inte varit sådana att de ger anledning att bortse från målsägandens samtycke.

Enligt vår mening är det i båda fallen uppenbart att flickorna inte haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen.

Är det en frivillig sexuell relation som bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet?

Med ordvalet fullständig frivillighet och ömsesidighet menar vi att lagstiftaren markerar att det inte lämnas något utrymme för att gränsfallen skall omfattas av bestämmelsen. Det skall således inte finnas några som helst tvivel om målsägandens vilja att delta i den sexuella aktiviteten.

I vår studie har vi sett att rättstillämparna utgår från i stort sett samma grunder för att avgöra om målsäganden haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen som för att bedöma om det rör sig om en frivillig sexuell relation som bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet.

Med gärningsmannen som utgångspunkt

I NJA 2006 s. 79 II utgick HD vid bedömningen av gärningen från att gärningsmannen uppfattade samlaget som frivilligt från målsägandens sida. Se även B 49-06 och B 6299-06 där domstolen finner att det för gärningsmannen måste ha framstått som att samlagen var frivilliga från målsägandens sida. I förhållande till en av flickorna bedömer hovrätten i B 1511-06 att det inte är osannolikt att gärningsmannen uppfattat samlagen som frivilliga. Se även tingsrättsdomen till B 2021-05 där tingsrätten skriver att det inte kan uteslutas att i vart fall gärningsmannen trott att målsäganden var med på att han samlag. I tingsrättsdomen till B 8-06 uttrycker domstolen att den omständigheten att målsäganden varken med ord eller handling protesterat gör att gärningsmannen måste ha uppfattat det som att målsäganden gav sitt tysta medgivande till samlaget.

I tingsrättsdomen till B 5024-06 anser man att det inte är visat att gärningsmannen uppfattat att flickans deltagande inte varit frivilligt. Med beaktande i viss mån av att både målsäganden och gärningsmannen anser att de varit ett par och särskilt av att de dessförinnan haft ett flertal samlag finner tingsrätten inte heller att det är visat att gärningsmannen måste ha uppfattat att målsäganden vid något tillfälle deltog trots att hon inte ville det. I hovrätten uttalas vad gäller det samlag som ägde rum på gärningsmannens kontor när målsäganden var berusad att det ter sig tveksamt att anse att målsäganden deltog frivilligt i detta samlag eller att gärningsmannen kan ha haft fog för att tro det.

I B 733-06 uttrycker domstolen att gärningsmannen måste ha insett att målsäganden inte var intresserad av något sexuellt umgänge med honom. Se även B 360-06 där hovrätten i likhet med tingsrätten finner att det inte kan ha undgått gärningsmannen att samlaget skett mot målsägandens vilja och B 1511-06 där domstolen vad gäller två av flickorna menar att gärningsmannen måste ha insett att samlagen inte byggde på fullständig frivillighet och ömsesidighet.

Dessa resonemang präglas av det Hirdman beskriver som genussystemets styrande logik. Resonemanget är ett tydligt exempel på att mannen utgör normen för det generella och objektiva. Mannens perspektiv blir på detta vis rättstillämparens perspektiv. ”Eftersom det handlar om att utreda vad mannen förstod, blir gärningsmannens perspektiv på vad som skall förstås som våldtäkt överordnad.”⁷⁴

Enligt den nya sexualbrottslagstiftningen inträder straffansvar oavsett om gärningsmannen använt tvång, hot eller våld eller utnyttjat situationen. Straffansvar inträder också oavsett om barnet tagit initiativ till den sexuella handlingen. Det krävs således inte att barnet gjort aktivt motstånd och gärningsmannen skall inte, som i fallen ovan, med framgång, kunna åberopa att han inte förstod att barnet inte ville. Vi menar att den omständigheten att gärningsmannen hävdar, att han inte förstod att barnet inte ville ha samlag, är en omständighet som rättstillämparna i och med den nya lagstiftningens systematik inte skall beakta.

Vi förespråkar istället en systematik där domstolen utgår från samtliga faktiska omständigheter i det enskilda fallet och gör en objektiv bedömning huruvida ett giltigt samtycke föreligger. När domstolen gör sin bedömning skall den ta sin utgångspunkt i förarbetena och även se frågeställningen ur ett barnperspektiv.

Målsägandens uppgifter till grund

Vi finner att domstolen i ett flertal fall i vår studie lägger målsägandens uppgifter till grund för sin bedömning och att den därmed anser det utrett att det sexuella umgänget har ägt rum mot målsägandens vilja. Se till exempel B 8-06 samt tingsrättsdomarna till B 606-05 och B 6299-06. I mål B 5420-06 finner domstolen i båda instanser att gärningsmannen förfarit på det sätt som målsäganden berättat. Se även B 107-06 samt B 733-06 där målsägandens berättelse läggs till grund för ansvarsbedömningen. Detta leder till att domstolen inte kan anse att brottet kan bedömas som mindre allvarligt. Se också tingsrättsdomen till B 4860-06 där domstolen lägger målsägandens uppgifter till grund för bedömningen i målet. Nämnas bör att man i målet endast tar ställning till om gärningarna skall rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn eller om 14 § om ansvarsfrihet skall aktualiseras. Vi ser det som positivt att domstolen i dessa mål flyttar fokus från gärningsmannen insikt, vad han insåg eller inte insåg, till målsäganden och därmed lägga

⁷⁴ Wendt Höjer, Maria, Rädslans politik - Våld och sexualitet i den svenska demokratin, s. 129.

hennes berättelse till grund för målet. Detta naturligtvis i kombination med en tillämpning där man beaktar samtliga omständigheter i målet.

En samlad bedömning av omständigheterna

Ingen relation

I B 2021-05 beaktar hovrätten att målsäganden var 13 år och att hon inte ger intryck av att vara äldre. Vidare beaktar domstolen att gärningsmannen var 25 år och att han tidigare inte haft någon som helst relation med målsäganden. Se även B 5420-06 och B 8-06. I dessa mål har målsägandens låga ålder i kombination med arten av relationen mellan gärningsmannen och målsäganden varit avgörande för att rubricera gärningen som våldtäkt mot barn. Genom att studera dessa rättsfall tycker vi oss se en tendens att rättstillämparna tycks snegla på förarbetena till 14 §, där det för ansvarsfrihet bl.a. krävs att man tar hänsyn till parternas relation, att man har haft en nära och god relation. I förarbetena till 5 § om sexuellt utnyttjande av barn uttalas inte dessa kriterier. Vi anser dock att brottsrubriceringen och motiveringen i dessa mål är korrekta med stöd av förarbetena till 5 § om sexuellt utnyttjande av barn. Vi finner stöd för denna argumentation i B 5024-06 där hovrätten menar att det inte kan komma ifråga att anse vare sig att förhållandet mellan gärningsmannen och målsäganden har präglats av ömsesidighet eller att den sexuella samvaron har varit planerad av dem gemensamt. Det har inte rört sig om ett kärleksförhållande utan det kortvariga förhållandet mellan gärningsmannen och målsäganden har uteslutande, och på gärningsmannens initiativ, varit inriktat på sexuell samvaro.

Berusning

I B 414-06 uttalas att det sexuella umgänget inte var frivilligt och ömsesidigt pga. målsägandenas berusning. Se även B 3347-06 där domstolen uttalar att den sexuella samvaron inte präglats av någon frivillighet och ömsesidighet, utan att gärningsmannen utnyttjat målsägandens berusade tillstånd. I dessa båda fall befinner sig flickorna i ett närmast hjälplöst tillstånd.

I B 5024-06 uttalas att den omständighet att målsäganden var full gör att det ter sig tveksamt att anse att målsäganden deltog frivilligt i samlaget.

Vi delar domstolens mening att målsägandens berusning är en omständighet som gör att man inte kan tala om någon fullständig frivillighet och ömsesidighet. Vi anser att även en ringa berusning skall medföra att undantagsregeln i 5 § om sexuellt utnyttjande av barn inte kan aktualiseras.

Beroendeförhållande, problemfylld eller utsatt situation

I B 617-06 anser hovrätten att gärningarna inte kan anses bygga på sådan fullständig frivillighet och ömsesidighet som förutsätts för att rubricera brottet som sexuellt utnyttjande av barn. Omständigheter som domstolen beaktar är det beroendeförhållande som uppstått mellan målsäganden och gärningsmannen där hon har anförtrott sig åt honom och han har fungerat som en fadersgestalt för henne. Vidare var han väl medveten om målsägandens allmänt problemfyllda situation.

I tingsrättsdomen till B 360-06 resonerar man att även om målsäganden vid nu angivna tillfällen inte uttryckligen har sagt nej till sexuella aktiviteter har omständigheterna i samtliga fall varit sådana att målsäganden har varit hänvisad till samvaro med gärningsmannen utan möjlighet att ta sig ur situationen. Hennes medverkan kan således enligt tingsrätten inte anses ha varit frivillig i sådan grad att den lindrigare bedömningen kan komma ifråga. Se även B 1511-06 där hovrätten beaktar att flickorna var ensamma med gärningsmannen i hans lägenhet och således i en mycket utsatt situation.

När något av ovan redogjorda förhållanden anses föreligga kan man inte tala om någon fullständig frivillighet och ömsesidighet. Det är viktigt att se ovan redogjorda omständigheter ur ett barnperspektiv. När man gör bedömningen skall man således ta hänsyn till, inte bara relationen kvinna – man utan även relationen barn – vuxen.

Betalning

I tingsrättsdomen till B 3285-05 uttalas att man inte kan tala om frivillighet eftersom betalning förekommit. Se även B 107-06 där hovrätten ifrågasätter ömsesidigheten på samma grund. Dessa två mål har också det gemensamt, att de baseras på en homosexuell relation.

Vi anser, i likhet med ovan refererade domar, att betalning är en yttre påverkan som gör att man inte kan tala om fullständig frivillighet och ömsesidighet. Ett samlag kan, enligt vår

mening, inte anses bygga på fullständig frivillighet och ömsesidighet, i den bemärkelsen som man avses i förarbetena, då det rör sig om prostitution.

Påtryckningar

Även om målsäganden i NJA 2006 s. 79 I inte var fri från beroende samt att det förekom påtryckningar från den vuxne mannens sida ansåg HD att samlaget varit helt frivilligt från målsägandens sida.

I B 5024-06 var gärningsmannen berusad och ville ha sex i skogen, på en jacka, i december. Målsäganden sa flera gånger att hon inte ville, men gärningsmannen tjatade så till slut gick hon med på det. Se även B 360-06 och B 4860-06. Inte i något av ovan refererade fall har påtryckningarna givits någon avgörande betydelse vid bedömningen huruvida samlaget kan anses frivilligt.

Jämför dock tingsrättsdomen till B 1511-06 där man uttalar att den ömsesidiga viljan till samlag inte har varit annat än ett ”tilltjatat” samtycka från en ung och osäker partner utan varje erfarenhet av kärleks- och samliv. Se även B 6120-06.

Enligt vår mening ska den omständigheten att påtryckningar och övertalning har förekommit tillmätas avgörande betydelse. Situationen måste ses ur ett barnperspektiv. När en vuxen man genom diverse påtryckningar förmår ett barn till sexuella handlingar, kan man inte tala om någon fullständig frivillighet och ömsesidighet.

En avslutande reflektion är att när domstolen tenderar att inte tillämpa den nya sexualbrottslagstiftningen i enlighet med förarbetenas syfte och ändamål sker en omtolkning av en faktisk företeelse, att en våldtäkt har ägt rum. Omtolkning av den faktiska företeelsen är ett uttryck för den ojämlika maktrelationen mellan kvinnor och män och konsekvensen blir att mannen som norm befästs.

Grov våldtäkt mot barn

Vi vill poängtera att i och med lagändringen blir frågan huruvida våld eller hot har använts aktuell först vid gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och grov våldtäkt mot barn.

I tingsrättsdomen till B 4860-06 resonerar tingsrätten vad gäller frivilligheten att det vid gärningstillfället inte förekom något våld eller hot från gärningsmannen, utan målsäganden har frivilligt gått med på att ha samlag. Vi menar att den omständigheten att våld eller hot inte har använts inte kan göra att deltagandet anses frivilligt.

7.2 Analys ur ett barn- och genusperspektiv

I vår studie har vi funnit att domstolen i ett flertal fall baserar sina domslut på ett resonemang att mannen inte förstod att flickan inte ville. Vi menar att domstolens ställningstagande att lägga fokus på gärningsmannens perspektiv och rättsäkerhet på bekostnad av flickans rättstrygghet är ett uttryck för mannen som norm. Bonus pater familias – en normal man i hans situation hade inte heller förstått att flickan inte ville. Domstolen väljer att anta en utgångspunkt med presumtionen att flickan samtycker till samlag om hon inte tydligt visar att hon inte vill. Med denna utgångspunkt och detta ställningstagande ges mannen företräde att tolka flickans samtycke som han vill. Detta tolkningssätt strider uppenbart mot syftet och bakgrunden till den förändrade lagstiftningen. Sedd ur ett barnperspektiv blir dessutom resonemanget absurt då ett barn förväntas reagera övervägt och vuxet i en övergreppssituation.

I vår studie har vi också funnit en tendens hos rättstillämparna att fokusera på våldets betydelse i ordet våldtäkt eller fokusera på om våld förekommit vid en våldtäkt. Vi anser att man genom detta väljer att lägga fokus på mannens sätt att tolka brottet. Historiskt sett är det mannen som har skapat lagarna och det har ansetts att brott mot person varit det grävsta brottet. En överfallsvåldtäkt har varit en ”riktig” våldtäkt i lagens mening. I propositionen till den nya sexualbrottslagstiftningen vill man flytta fokus till kränkningen. Detta ser vi som ett ställningstagande av lagstiftaren att lyfta fram kvinnan som norm.

Vid rättstillämpningen krävs att både kvinnors och mäns erfarenheter tas som utgångspunkt. Med den kunskap om de normer som finns borde man, enligt vår mening, se genusrelationen som en konkret och symbolisk ordning och således tolka den nya sexualbrottslagstiftningen ur ett barn- respektive kvinnoperspektiv. I den nya sexualbrottslagstiftningen i vad gäller gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn är inte endast maktrelationen mellan kvinna och man som är

av intresse utan även relationen mellan barn och vuxen bör problematiseras och tydliggöras på ett individuellt och strukturellt plan.

Vid rättstillämningen av sexuella övergrepp mot barn måste man således anta ett barnperspektiv som bygger på adekvat kunskap om barn och erfarenhet om hur barn reagerar vid sådana övergrepp. En rättstillämpning som tar sin utgångspunkt i vuxnas perspektiv riskerar att göra barn tämligen rättslösa eftersom barnets handling eller företeelse värderas utifrån de fördomar, erfarenheter och referensramar en vuxen har. Vi menar att även om barnet befinner sig nära åldern för sexuellt självbestämmande dvs. 15 år måste man vid den rättsliga hanteringen alltid ha i beaktande att målsäganden är ett barn, dock ett större sådant, en tonåring på väg in i vuxenvärlden.

Rättens utformning är ett resultat av en avvägning mellan olika intressen. Rätten tar form genom demokratiska beslut i politiska processer, vilket resulterar i nya lagar som uttrycker en värdegemenskap. Sveriges regering och riksdag har i och med den nya sexualbrottslagstiftningen tagit ställning för att skydda barn under 15 år mot vuxnas sexualitet. Detta är en värdering som fått genomslag i lagstiftningen och som samhället och rättstillämparna skall sträva mot. Rätten har ett stort samhälleligt värde och skall motsvara den rådande ideologin i samhället. Det är av vikt att rättstillämparna markera allvaret med målsättningen att motverka och eliminera sexuella övergrepp.

Yvonne Hirdmans teori om genussystemet finns med som en del i SOU 1990:44.⁷⁵ Hennes teori diskuteras i denna maktutredningens huvudrapport som ligger till grund för svensk jämställdhetspolitik. Teorin har därmed accepterats och är en del av den demokratiska processen. Vi anser att det är ett rimligt krav att denna teori officiellt används och accepterats inte minst vid tillämpningen av den nya sexualbrottslagstiftningen.

Sexuella övergrepp mot barn och kvinnor är inte ett isolerat problem för denna grupp utan det ligger i samhällets intresse att komma till rätta med problemet. Orsakerna till sexuella övergrepp är många och kan sökas på ett individuellt plan hos individer men också på ett samhälleligt strukturellt plan där främst en attitydförändring är ett måste. Pohjonen uttrycker att rättsordningens attityder är en del av samhällets och medborgarnas attityder.

⁷⁵ SOU 1990:44, sid. 73-116.

Förändringar kan komma till stånd endast genom allmänna attitydförändringar. Rättsordningen kan inte som en del av samhället lämnas utanför detta arbete. Lagarna påverkar attityderna och attityderna lagarna. Attityderna förändras genom att människorna förändras och tvärtom. Att påverka attityder är således en av rättsordningens uppgifter.⁷⁶

7.3 Språklig analys

I förarbetena till den nya sexualbrottslagstiftningen talas om fullständig frivillighet och ömsesidighet. I vår utvärdering ser vi att rättstillämparna tycks ha svårighet med att omsätta dessa begrepp från teori till praktik. I flera rättsfall talas endast om frivillighet och man bortser således från komplexiteten i fullständig frivillighet och ömsesidighet. Man bortser från syftet, ändamålet och utgångspunkten med lagstiftningen. Uttrycket lämnar inte utrymme för invändningar såsom att; gärningsmannen inte förstod att målsäganden inte ville. Det skall således vara fråga om ett ”tvåvägs-flöde”. Detta är ett tydligt exempel på hur en komplex verklighet kan förenklas och utestängs.

Valet av begreppet ”våldtäkt mot barn” har vida diskuterats i propositionen. I propositionen omnämns att begreppet möttes av invändningar från några remissinstanser då det inte ansågs avspegla gärningen som sådan, eftersom det inte krävs våld eller hot om våld för att en gärning ska rubriceras som våldtäkt mot barn. I förarbetena tog man, efter långtgående överväganden, dock ställning till att det var det mest lämpliga ordvalet. Man ansåg att begreppet skulle användas av den anledningen att det historiskt har reserverats för de allvarligaste sexualbrotten och man ansåg att så även fortsättningsvis bör vara fallet. Vi anser också att ordvalet är det mest lämpliga. Med en sådan rubricering markeras allvaret i gärningen. Den ger också uttryck för den skärpta syn på sexualbrott mot barn som ligger till grund för den nya lagstiftningen. Efter vår studie kan konstateras att vissa rättstillämpare finner motvilja att tillämpa den nya lagstiftningen då våld eller hot om våld ej förekommit. Detta kan ha sin förklaring i ordvalet våldtäkt som kan tänkas inadekvat. Om så är fallet är detta oroande och olyckligt. Vi anser dock att om man har studerat förarbetena, vilket borde vara en självklarhet när en omarbetad komplicerad lagstiftning träder i kraft med ny systematik, borde inte ordvalet medföra några problem i rättstillämpningen.

⁷⁶ Pohjonen, Soile, Ur 13 kvinnoperspektiv på rätten, s. 202.

7.4 Objektivitet

Inom straffrätten finns en tro på rationalitet och objektivitet. Rättstillämparna måste framföra ställningstaganden och då oundvikligen göra val mellan olika utgångspunkter och perspektiv.

Det är enligt vår mening en illusion att tro att domare kan vara endast objektiva. Det är ofrånkomligt att vi ser på världen utifrån vår egen erfarenhet och förståelse. Objektiviteten är dock ett viktigt arbetsredskap och något att sträva efter. För att kunna komma så nära ett objektivt beslut som möjligt, måste vi bli medvetna om den egna subjektiviteten. Det är först när vi blir medvetna om den som vi kan närma oss ett objektivt synsätt.

Svensson menar att för att kunna se att kön/genus har relevans är det nödvändigt att gå utanför den rent formella (objektiva) tolkningen av lagen. Rättstillämparna bör ställa sig frågan: Hur kan vi leva upp till de mål och värden som samhället formulerat i den demokratiska processen och som uttrycks i juridiken? Ett sådant förhållningssätt är inte vanligt inom juridiken i snäv mening.⁷⁷

Kapitel 8. Slutsats

Vi har i vår studie funnit och pekat på olika fall där domstolarna, enligt vår uppfattning, har tillämpat den nya sexualbrottslagstiftningen i 4 respektive 5 § på ett felaktigt sätt. Detta i sin tur leder till en ojämn rättstillämpning vilket får konsekvenser för rättssäkerheten. Det problem som varit tydligast är att 5 § om sexuellt utnyttjande av barn, tillämpats i en allt för vid utsträckning av domstolarna. Det förtjänar att återigen poängteras att lagstiftarens intention är att 5 § skall verka som en undantagsregel, vilken skall tillämpas med restriktivitet.

Juridiken tar av tradition sin utgångspunkt i rättsdogmatiken. Således förutsätts juridiken inte ifrågasätta gränser eller grundläggande principer, utan att istället befästa dem. När en lags utgångspunkt istället efterfrågar en teologisk tolkning, dvs. att låta syftet och ändamålet bli styrande för tolkningen av lagen uppstår däremot tillämpningssvårigheter.

En av anledningarna till att rättstillämparna har svårigheter med den nya sexualbrottslagstiftningen tror vi är att den är skriven ur ett barn- och genusperspektiv. Vi

⁷⁷ Svensson, Eva-Maria, Genusforskning inom juridiken, s. 24.

har fått uppfattningen att lagstiftaren med den ändrade lagstiftningen vill markera och förändra attityder i samhället. Här synes finnas ett glapp som tar sig uttryck i rättstillämpningen.

Vi tror inte att det krävs en ny lagstiftning eller att det behövs ett mer preciserat förarbete. Det som däremot behövs i rättstillämpningen är att man studerar förarbetena och beaktar dess ändamål och syfte. Vidare måste man acceptera att lagstiftaren har strävat efter att skriva lagen ur ett genusperspektiv och ett barnperspektiv. För att rättstillämparna skall förstå hur lagen skall tillämpas måste de därför se lagens komplexitet och den ojämna maktrelationen mellan kvinna – man, barn – vuxen. De måste således tolka lagstiftningen ur ett genusperspektiv och ett barnperspektiv.

Den nya sexualbrottslagstiftningen är komplicerad och måste så vara, om det skall finnas utrymme för en undantagsbestämmelse.

Efterord

Efter diverse incidenter och sammandrabbningar med vår omvärld är vår utvärdering äntligen klar. Änglaglorian har hamnat lite på sned och vingarna är något sotiga i kanten, men annars mår vi bra.

Källförteckning

Rättsfall

NJA 2006 s. 79 I och II

Europadomstolen, MC mot Bulgarien, målnummer: 39272-98

Hovrättsavgöranden

RH 2006:32, Svea hovrätt

B 606-05, Hovrätten för Övre Norrland

B 2021-05, Göta hovrätt

B 3285-05, Göta hovrätt

B 8-06, Hovrätten över Skåne och Blekinge

B 49-06, Hovrätten för Nedre Norrland

B 107-06, Svea hovrätt

B 360-06, Göta hovrätt

B 414-06, Hovrätten för Nedre Norrland

B 617-06, Göta hovrätt

B 733-06, Göta hovrätt

B 1020-06, Svea hovrätt

B 1511-06, Hovrätten för Västra Sverige (NJA 2006 s. 510)

B 2912-06, Hovrätten för Västra Sverige

B 3347-06, Svea hovrätt

B 4860-06, Svea hovrätt

B 5024-06, Svea hovrätt

B 5420-06, Svea hovrätt

B 6120-06, Svea hovrätt

B 6299-06, Svea hovrätt

B 6668-06, Svea hovrätt

Offentligt tryck

Proposition 1989/90:107 om godkännande av FN:s barnkonvention.

Proposition 1993/94:147 Delad makt delat ansvar

Proposition 2004/05:45 En ny sexualbrottslagstiftning

SOU 1990:44, Demokrati och makt i Sverige, Maktutredningens huvudrapport

Bet. 2003/04:JuU9, rskr. 2003/04:108

Bet. 1989/90:SoU28

Litteratur

Dahlström, Mats – Nilsson, Inger – Westerlund, Gösta, Brott och påföljder, 2:a upplagan, Bruuns bokförlag, Mölnlycke 2005.

Hirdman Yvonne, Genus – om det stabila föränderliga former. Liber, Stockholm 2003.

Holmqvist, Lena – Leijonhufvud, Madeleine – Träskman, Per Ole – Wennberg, Suzanne, Brottsbalken – en kommentar, studentutgåva 4, Nordstedts Juridik AB 2005. (citeras Holmqvist m fl)

Leijonhufvud, Madeleine – Wennberg Suzanne, Straffansvar, Nordstedts Juridik AB, sjätte upplagan, Stockholm 2001.

Pohjonen, Soile, Kvinnor våld och straffrätt, Ur 13 kvinnoperspektiv på rätten, Nordborg Gudrun (red.) Iustus Förlag AB, Uppsala 1995.

Silium, Harriet, Att vara kvinna och jurist, Ur 13 kvinnoperspektiv på rätten, Nordborg Gudrun (red.) Iustus Förlag AB, Uppsala 1995

Sutorius, Helena, Kaldal, Anna, Bevisprövning vid sexualbrott, Nordstedts juridik AB, Stockholm 2003.

Svedin, Carl-Göran, Socialstyrelsens expertrapport, Sexuella övergrepp mot barn, definitioner och förekomst, Socialstyrelsen, Stockholm 1999.

Svensson, Eva-Maria, Genus och rätt – en problematisering av föreställningen om rätten, Iustus Förlag AB, Uppsala 1997.

Svensson, Eva-Maria, Vems tryckfrihet – hans, hennes eller hans och hennes? Ur 13 kvinnoperspektiv på rätten, Nordborg Gudrun (red.) Iustus Förlag AB, Uppsala 1995.

Svensson, Eva-Maria, Genusforskning inom juridiken, Höskoleverket 2001, andra upplagan.

Trost, Hedvig, Ur Karnov, Brottsbalken

Wendt, Höjer Maria, Rädslans politik - Våld och sexualitet i den svenska demokratin, Liber AB, Malmö 2002.

Artiklar

Leijonhufvud, Madeleine, HD prövar den nya regleringen av sexualbrott mot barn, JT 2005-06:4 s 900-904

Leijonhufvud, Madeleine, HD-juristerna förstår inte den nya sexuallagen, Svenska Dagbladet 2006-03-14

Övrigt internationellt material

FN:s barnkonvention

EU:s rambeslut

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna