

**Juridiska institutionen**

**Göteborgs universitet**

# **Ett stärkt skydd för barn mot sexuella övergrepp – Verklighet eller illusion?**

En undersökning om tillämpningen av 6 kap. 4 § och  
6 kap. 5 § BrB

**Skriven av Emelie Lundin**

**Handledare: Universitetslektor Gösta Westerlund**

**Tillämpande studier, jur. kand-programmet, 30 poäng**

**Straffrätt**

**Vårterminen 2009**

# Innehållsförteckning

1. Sammanfattning .....	5
2. Inledning .....	7
2.1 Bakgrund.....	7
2.2 Syfte och metod .....	8
2.3 Problemställning .....	9
2.4 Disposition.....	9
2.5 Avgränsning.....	10
2.6 Källdiskussion.....	10
3. Den svenska regleringen.....	11
3.1 Våldtäkt mot barn .....	11
3.1.1 Aktuellt lagrum.....	11
3.1.2 Allmänt om paragrafen .....	11
3.1.3 Rekvisiten .....	12
3.1.4 Den subjektiva sidan.....	13
3.2 Sexuellt utnyttjande av barn .....	14
3.2.1 Aktuellt lagrum.....	14
3.2.2 Allmänt om paragrafen .....	14
3.2.3 Rekvisiten .....	15
3.2.4 Den subjektiva sidan.....	15
3.2.5 Ansvarsfrihet.....	15
3.3 Avslutningsvis om bedömningen.....	17
4. Kort om kriminalisering och straffmätning .....	19
4.1 Brott och bestraffning – tanken bakom kriminalisering .....	19
4.2 Straffmätning .....	20
5. Barns rättigheter i svensk och internationell rätt .....	22
5.1 Barnrätt och barnperspektiv.....	22

5.2 Definitionen av barn .....	23
5.3 FN:s barnkonvention.....	23
5.3.1 Rättigheter enligt FN:s Barnkonvention .....	23
5.3.2 Barnkonventionen i Svensk rätt .....	24
5.3.3 Barnets bästa .....	25
5.3.4 Skydd mot sexuellt utnyttjande.....	26
5.4 Barnrätten inom EU .....	28
5.4.1 Europakonventionen om mänskliga rättigheter .....	28
5.4.2 EU:s rambeslut.....	29
5.4.3 Framtiden – Europarådets konvention om skydd för barn mot sexuell exploatering och sexuella övergrepp .....	30
5.5 Avslutningsvis om barns rättigheter enligt svensk och internationell rätt.....	32
6. Barnpsykologi – Ålder, utveckling och mognad .....	33
6.1 Allmänt .....	33
6.2 Puberteten .....	33
6.3 Den psykologiska utvecklingen hos barn och ungdomar .....	34
6.4 Avslutningsvis om barns ålder, utveckling och mognad .....	36
7. Praxis - Två HD domar från 2006 .....	38
7.1 Allmänt .....	38
7.2 NJA 2006 s. 79 del I .....	38
7.2.1 Bakgrund.....	38
7.2.2 HD:s bedömning .....	38
7.2.3 Skiljaktiga .....	39
7.3 NJA 2006 s. 79 del II.....	40
7.3.1 Bakgrund.....	40
7.3.2 HD:s bedömning .....	40
7.3.3 Skiljaktiga .....	41
7.4 Röster om HD:s bedömning .....	41
7.5 Kommentar .....	44

8. Tillämpningen – rättsfall från hovrätten .....	46
8.1 Målsäganden strax under tretton år .....	46
8.1.1 Refererade rättsfall (RH) .....	46
8.1.2 Icke refererade rättsfall .....	47
8.2 Målsäganden mellan tretton och fjorton år .....	48
8.2.1 Refererade rättsfall (RH) .....	48
8.2.2 Icke refererade rättsfall .....	51
8.3 Målsäganden mellan fjorton och femton år .....	56
8.3.1 Refererade rättsfall (RH) .....	56
8.3.2 Icke refererade rättsfall .....	57
9. Analys .....	62
9.1 Jämförelse mellan förarbeten, praxis och tillämpning .....	62
9.2 Tillämpningen i förhållande till barnrätten .....	64
9.3 Tillämpningen i förhållande till barnpsykologi – ålder, utveckling och mognad .....	66
9.4 Tillämpningen i förhållande till kriminalisering och straffmätning .....	67
10. Slutsats .....	69
Källförteckning .....	71

# 1. Sammanfattning

Syftet med denna uppsats är att undersöka hur 6 kap. 4 § och 6 kap. 5 § BrB används i praktiken i förhållande till de motsättningar som finns mellan motiven till lagstiftningen och NJA 2006 s. 79 del I och II samt identifiera vilka problem och risker som dessa motsättningar kan leda till. Jag har för detta ändamål undersökt frågan om hur tillämpningen förhåller sig dels till förarbetena och dels till NJA 2006 s. 79 del I och II. Även hur de båda paragraferna och tillämpningen ser ut i förhållande till barnrätt nationellt och internationellt och i förhållande till kunskap om barns psykologiska utveckling och mognad har utretts. Jag har också jämfört lagstiftningen och tillämpningen i förhållande till tanken om kriminalisering och straffmätning.

Enligt 6 kap. 4 § BrB ska den som har samlag med ett barn under femton år dömas för våldtäkt mot barn. Om brottet är mindre allvarligt är det istället fråga om sexuellt utnyttjande av barn enligt 6 kap. 5 § BrB. För att ett brott ska betraktas som mindre allvarligt har barnets samtycke till ett samlag betydelse. Grundsatsen till de båda paragraferna är att ett barn aldrig kan samtycka till en sexuell handling, dock finns vissa undantagssituationer. Utifrån förarbetena sett ska 6 kap. 4 § BrB användas som huvudregel då en person har samlag med ett barn under femton år och 6 kap. 5 § BrB ska användas som en undantagsregel, som ska tillämpas restriktivt.

Strax efter införandet av de nya paragraferna år 2005 tog HD ställning i frågan genom NJA 2006 s. 79 del I och II. I båda fallen dömde HD gärningsmännen för sexuellt utnyttjande av barn och inte våldtäkt mot barn. HD:s motiveringar härtill står enligt min mening inte i överensstämmelse med förarbetena till lagstiftningen och har föranlett en del kritik.

De rättsfall från underrätterna som jag har analyserat med motiven till den nya lagstiftningen och NJA 2006 s. 79 del I och II framkommer att HD:s dom följs framför förarbetenas riktlinjer, men också att bedömningarna som görs är subjektiva och svåra att förutse. Jag har kunnat konstatera att HD:s avgöranden har lett till en tillämpning som inte stämmer överens med motiven och att skyddet för barn mot sexuella övergrepp inte är fullt så starkt som lagstiftaren syftade till med den nya lagstiftningen. Som det ser ut

idag utreds paragrafen om sexuellt utnyttjande av barn nästan alltid när en person har haft samlag med ett barn som är mellan tolv och femton år, trots att det i förarbetena föreskrivs att paragrafen ska användas restriktivt. Det innebär också att domstolarna så gott som i alla fall där målsäganden är ett barn mellan tolv och femton år har utrett barnets eventuella samtycke, trots att grundtanken till den nya regleringen är att barn under femton år inte kan samtycka till en sexuell relation med beivrande verkan. Med tanke på den utvecklingsfas som barn i denna ålder befinner sig i så behöver de också det skydd som lagstiftaren faktiskt har lagstiftat om. Således stämmer tillämpningen av 6 kap. 4 § och 6 kap. 5 § BrB dåligt överens med den kunskap om barn i den aktuella ålderskategorin och deras utveckling och mognad. Tillämpningen av den nya regleringen leder också till att barnet som skyddsobjekt och barnets bästa faktiskt får stå åt sidan till förmån för andra rättsliga värden, såsom gärningsmannaperspektivet. Trots att Sverige uppfyller de materiella reglerna kring barns skydd mot sexuella övergrepp internationellt och nationellt är det således tveksamt om mer övergripande regler om barnets bästa och barn som skyddsobjekt uppfylls.

Min slutsats är att HD gjorde bedömningarna i NJA 2006 s.79 del I och II på grund av att den fullständiga moraliska tanken bakom kriminaliseringen saknas. Domstolen har här helt enkelt inte ansett det rimligt att döma en person för ett brott med en lika hög straffskala som ett annat brott som de finner mer allvarligt. Det är möjligt att en relation rent faktiskt skulle kunna vara frivillig och därför är de obenägna att döma till våldtäkt när våld eller tvång inte har förekommit. Det har inte känts rimligt att döma någon för ett våldtäktsbrott, med en lika hög straffskala som våldtäkt enligt 6 kap. 1 § BrB och som rent moraliskt känns som ett allvarligare brott. Dock är det här som man måste komma ihåg att barn faktiskt är i behov av skydd, att de inte har samma förmåga att ta ställning som vuxna och det är därför som brottet våldtäkt mot barn utan krav på våld eller tvång har införts. Den användning av 6 kap. 4 § och 6 kap. 5 § BrB som idag förekommer har på grund av de olika riktlinjerna och den subjektiva bedömningen lett till oförutsebarhet och rättsosäkerhet. Om lagstiftarens motiv följs skulle de problem som finns med den nya lagstiftningen avhjälpas. Det behövs därför nya riktlinjer för hur lagstiftningen ska användas, förhoppningsvis kommer detta med den utredning av sexualbrottslagstiftningen som för närvarande görs av regeringen och som ska vara klar hösten 2010.

## 2. Inledning

### 2.1 Bakgrund

År 2005 gjordes stora förändringar av sexualbrottsbestämmelserna i 6 kap. Brottsbalken (1962:700) (BrB). I och med reformen infördes särskilda bestämmelser om våldtäkt mot barn och sexuellt övergrepp mot barn, detta för att förstärka skyddet ytterligare för barn och ungdomar mot att utnyttjas sexuellt. Brottet våldtäkt mot barn regleras i 6 kap. 4 § BrB och sexuellt utnyttjande av barn i 6 kap. 5 § BrB. Den grundläggande tanken för dessa två paragrafer är att alla barn under femton år som har samlag med en annan person utsätts för ett brott. Varken våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn förutsätter således att offret ska ha utsatts för tvång till skillnad från våldtäktsbrottet i 6 kap. 1 § BrB. Det har medfört att tillämpningsområdet för begreppet våldtäkt har utvidgats i och med den nya regleringen.<sup>1</sup> Syftet med förändringarna var att öka skyddet mot sexuella kränkningar och förstärka den sexuella integriteten och den sexuella självbestämmanderätten hos individen.

Sexuellt utnyttjande av barn ska användas vid rubricering av brott med samma gärningsbeskrivning som vid våldtäkt mot barn men som är av mindre allvarlig karaktär. Vad som ställer till problem är dock vart denna gräns går. Frågan är därför när ett brott ska betraktas som våldtäkt mot barn och i vilka situationer sexuellt utnyttjande av barn istället ska användas.

År 2006 tog HD ställning i frågan genom NJA 2006 s. 79 del I och II. HD var dock inte enig i något av de två fallen och diskussionen kring tillämpningen av paragraferna pågår fortfarande. En av dem som har kritiserat HD:s avgöranden är Madeleine Leijonhufvud. Hon menar att HD:s justitieråd inte förstår den nya sexuallagstiftningen och att de inte heller tycker om den nya regleringen.<sup>2</sup>

För närvarande pågår en utvärdering av rättsläget i och med ändringarna av lagen år 2005. Uppdraget startade i juli 2008 och ska vara klart senast den 29 oktober 2010. Syftet är att undersöka hur den nya regleringen har fungerat i praktiken och om målet bak-

---

<sup>1</sup> Prop. 2004/05:45 s. 65.

<sup>2</sup> Leijonhufvud, SVD, 2006-03-14.

om förändringarna har uppnåtts. Särskilt ska fokus riktas mot våldtäktsparagrafen och samtyckesfrågan samt just frågan om våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn.<sup>3</sup>

## 2.2 Syfte och metod

Som det ser ut idag finns det motsättningar mellan förarbetena och praxis vad gäller 6 kap. 4 § och 6 kap. 5 § BrB och paragrafernas tillämpningsområden. Det som har skapat problem är när frivilligheten ska beaktas i förhållande till målsägandens ålder, när kan ett barn sägas vara nära åldern för sexuellt självbestämmande? Syftet med denna uppsats är att undersöka relationen mellan paragraferna för att se vart motsättningarna ligger samt vilka risker och problem detta kan leda till.

Uppsatsens fokus ligger på att undersöka tillämpningen av våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn. För denna undersökning har jag som grund använt mig av den juridiska metoden. Det vill säga, jag har undersökt offentliga skrivelser på området; lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin. För att få ett bredare perspektiv på problematiken har jag valt att använda mig av ytterligare två infallsvinklar. De är dels barns rättigheter enligt svensk och internationell rätt samt barnpsykologi i meningen vetenskap/kunskap om barns utveckling och mognad för den aktuella åldern. Jag har även undersökt området i förhållande till tanken bakom kriminalisering och straffmätning. För att besvara mina problemformuleringar har jag studerat rättsfall samt undersökt litteraturen på området.

---

<sup>3</sup> Regeringens, *Utvärdering av 2005 års sexualbrottsreform*, <http://regeringen.se/sb/d/4081/a/107932>



## 2.3 Problemställning

Uppsatsen behandlar följande frågeställningar;

- Hur tillämpas 6 kap. 4 § och 6 kap. 5 § BrB i praktiken, i förhållande till förarbeten och NJA 2006 s. 79 del I och II?
- Hur ser regleringen och tillämpningen av paragraferna ut i förhållande till barns rättigheter nationellt och internationellt?
- Hur förhåller sig regleringen och tillämpningen av paragraferna till barns psykologiska utveckling och mognad?
- Hur förhåller sig regleringen och tillämpningen i förhållande till tanken bakom kriminalisering och straffmätning?

## 2.4 Disposition

Uppsatsen börjar med en redogörelse över den svenska lagstiftningen. Det innebär en genomgång av 6 kap. 4 § och 6 kap. 5 § BrB. Då paragraferna är grundstenen är det lämpligt att denna bakgrund inleder uppsatsen. Denna redogörelse görs under avsnitt tre. Paragraferna behandlas där var för sig. Under detta avsnitt redogörs för allmän information där bland annat syftet bakom paragraferna sammanfattas. Denna del grundar sig nästan enbart på lagstiftningen som sådan och förarbetena till lagen. Under avsnitt fyra redogörs för tanken bakom kriminalisering och straffmätning i svensk straffrätt. Avsnitt fem och sex innehåller fakta om barns rättigheter nationellt och internationellt samt information om barns mognad och utveckling. Därefter följer avsnitt sju med en redogörelse för de två domar där HD har tagit ställning i frågan.

Efter denna del görs en framställning i avsnitt åtta av de domar som ska ge en bild av tillämpningen. Efter varje refererad dom följer en kort kommentar som är en analys av det specifika fallet i förhållande till förarbeten till lagen och NJA 2006 s. 79 del I och II. Redan här besvaras således delvis min första frågeställning. Här efter följer avsnitt nio som innehåller fyra mindre analysdelar. I den första delen återkommer jag till tillämpningen i förhållande till NJA 2006 s. 79 del I och II samt förarbeten, dock med mera övergripande punkter. De övriga tre delarna knyter därefter an till de dittills obesvarade frågeställningarna. Uppsatsen avslutas med en sammanfattande slutsats grundad på den analys som gjorts i arbetet. Detta görs under avsnitt tio.

## 2.5 Avgränsning

Uppsatsämnet som jag har valt att inrikta mig på är vart gränsen går mellan 6 kap. 4 § och 6 kap. 5 § BrB. Det handlar alltså om gränsdragningsproblematiken som uppkommer när offret är nära åldern för sexuellt självbestämmande, alltså femton år. Den stora frågan är när frivilligheten till ett samlag, hos ett barn som närmar sig femtonårsgränsen, ska beaktas och vid vilken ålder någon närmar sig femtonårsgränsen. Därför kommer jag inte att fokuserat på rättsfall där offret är långt ifrån åldern för sexuellt självbestämmande. Inte heller området för grov våldtäkt mot barn kommer att tas upp eftersom det ligger utanför ämnet. Vad gäller undersökningen av den verkliga tillämpningen kommer denna att begränsas till Hovrätten för Västra Sverige samt redan refererade rättsfall från hovrätterna. Detta beror på att det inte finns utrymme i arbetet för en vidare undersökning samt att sökning efter domar måste ske för hand på plats.

## 2.6 Källdiskussion

De källor jag kommer att använda mig av är framförallt sådana rättsliga källor där tillförlitligheten är hög. Vad som står i lag är otvistigt. Precis som i många fall är det tolkningen och tillämpningen av lagen som är det intressanta. En tolkning av lagen är dock en tolkning. Denna tolkning är väldigt viktig när det kommer till förarbeten där också tillförlitlig är hög eftersom det handlar om lagstiftarens intentioner. Vad gäller de typer av sexualbrott som det här är fråga om finns det en hel del åsikter. Jag är väl medveten om att det inom doktrin råder delade meningar om den reformerade lagstiftningen och HD:s bedömning av denna. Denna uppsats är i grund och botten en jämförelse mellan olika lagtolkningar. Det framkommer i uppsatsen vilka instanser och vilka personer som är av respektive åsikt eller tolkning.

De domar som kommer från tingsrätt och hovrätt har ingen prejudicerande verkan. De kommer att användas i denna uppsats endast som ett material för att undersöka tillämpningen.

## 3. Den svenska regleringen

### 3.1 Våldtäkt mot barn

#### 3.1.1 Aktuellt lagrum

6 kap. 4 § BrB

*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 ett myndighetsbeslut(...)*

#### 3.1.2 Allmänt om paragrafen

Innan reformen år 2005 bedömdes våldtäkt mot barn enligt 6 kap. 1 § BrB, det vill säga enligt samma paragraf som när våldtäkt mot en vuxen person var för handen. Dock med den premissen att brottet kunde betraktas som grovt med hänsyn till offrets låga ålder.<sup>4</sup> Tillämpningen ledde i denna del till kritik under senare år. Flera gånger ansågs resultaten vara orimliga, framförallt med hänsyn till diskussionen kring tvång där barnen anses medverkat och våldtäktsparagrafen av den anledningen inte tillämpades.<sup>5</sup> Numera regleras det allvarligaste sexualbrottet mot barn i 6 kap. 4 § BrB. Brottsbeskrivningen innefattar att en person över femton år har samlag eller genomför annan sexuell handling med en person under femton år som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag. För att en domstol ska kunna döma för våldtäkt mot barn krävs alltså inte att gärningsmannen använder sig av något tvång eller våld.

---

<sup>4</sup> Idag kan offrets låga ålder också medföra att brottet ska betraktas som grovt brott, men det är då frågan om grov våldtäkt mot barn och inte grov våldtäkt som tidigare.

<sup>5</sup> Prop. 2004/05:45 s. 68.

Motivet till den nuvarande lagstiftningen om våldtäkt mot barn är att våldtäkt enligt 6 kap. 1 § BrB i botten bygger på människors förmåga till viljeuttryck. När det gäller övergrepp mot barn anser dock lagstiftaren att det är främmande att laborera med begrepp som frivillighet och samtycke. Barns förmåga att i denna ålder ge uttryck för sin vilja i sådana situationer är mycket begränsad och det är också därför som den sexuella självbestämmanderätten är satt till femton års ålder.<sup>6</sup> Barn under femton år har ett behov av ett absolut skydd mot alla former av sexuella handlingar. Det uttrycks också i motivet till lagstiftningen att det alltid är fråga om en kränkning när ett barn utsätts för sexuella handlingar.<sup>7</sup> Den nya regleringen lämnar således inget utrymme för diskussioner om huruvida barnet möjligen själv har medverkat till en sexuell handling.<sup>8</sup>

Av propositionen till den nuvarande regleringen framkommer dock att remissinstanserna var långt ifrån eniga vad gällde utformningen av 6 kap. 4 § BrB. Flera av remissinstanserna menade att rekvisiten i förslaget var så vaga och otydliga att de skulle komma att leda till gränsdragningsproblem. En del av instanserna, däribland Göta hovrätt, Hovrätten över Skåne och Blekinge samt Sveriges domarförbund ansåg att brottsrubriceringen våldtäkt skulle förbehållas övergrepp som innefattar någon form av tvång. Ytterligare några instanser kritiserade förslaget eftersom man tyckte att det skulle bli missvisande när det gäller samlag mellan nästan jämnåriga personer.<sup>9</sup>

### 3.1.3 Rekvisiten

För att en gärningsman ska kunna dömas för våldtäkt mot barn krävs att en person över femton år genomför samlag eller annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag med ett barn under femton år. För att dömas enligt andra stycket krävs att en vuxen person begår en sexuell handling mot ett barn mellan femton och arton år som är avkomling till gärningsmannen, står under gärningsmannens fostran eller har ett liknande förhållande till gärningsmannen.

---

<sup>6</sup> A. prop. s. 71.

<sup>7</sup> A. prop. s. 22.

<sup>8</sup> A. prop. s. 70.

<sup>9</sup> A. prop. s. 67.

### **3.1.3.1 Genomför**

Att gärningsmannen *genomför* en sexuell handling innebär inte att gärningsmannen måste ta initiativet eller vara mest aktiv till den sexuella handlingen. Paragrafens utformning innebär helt enkelt att våldtäkt alltid är för handen då en person har samlag eller jämförlig sexuell handling med ett barn under femton år. Detta oavsett hur det går till.<sup>10</sup>

### **3.1.3.2 Sexuell handling**

Den sexuella handlingen ska innebära samlag eller annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag.<sup>11</sup> Kränkningens art är här viktigare än sexualhandlingen som sådan. Anala och orala samlag räknas alltid till denna kategori. Vad gäller orala samlag görs ingen skillnad på om det är gärningsmannen eller offret som utför handlingen. Även att föra in fingrar, föremål eller en knytnäve i en kvinnas underliv räknas hit. Detsamma gäller att föra in fingrar eller föremål i anus på en person.<sup>12</sup>

### **3.1.4 Den subjektiva sidan**

För att döma en person till ansvar för våldtäkt mot barn enligt 6 kap. 4 § BrB krävs uppåt till samtliga objektiva rekvisit. Detta gäller med undantag för offrets ålder. Det räcker att gärningsmannen varit oaktsam i förhållande till åldern.<sup>13</sup> Regeln ska användas restriktivt och går att finna i 6 kap. 13 § BrB. Det är en hög grad av oaktsamhet som krävs för ansvar.<sup>14</sup> Gärningsmannen ska dömas till ansvar även om denne inte insåg, men hade skälig anledning att anta att barnet inte har uppnått femton års ålder. Denne ska inte dömas till ansvar om barnet haft en kroppsutveckling som är normalt för ungdomar långt över åldersgränsen och det i övrigt inte förekommit några omständigheter som gjort att gärningsmannen borde ha varit på sin vakt.<sup>15</sup> Bestämmelsens syfte är att gärningsmannen vid gränsfall inte ska kunna undgå ansvar genom att denne hänvisar till

---

<sup>10</sup> Brottsbalken, En kommentar s. 6:27.

<sup>11</sup> Dahlström m.fl. s. 151.

<sup>12</sup> A.a. s. 145.

<sup>13</sup> A.a. s. 153.

<sup>14</sup> Prop. 2004/05 s. 114.

<sup>15</sup> Brottsbalken, En kommentar s. 6:58.

att hon eller han inte har haft säker kännedom om barnets ålder i situationer där varken våld eller tvång har förekommit.<sup>16</sup>

## **3.2 Sexuellt utnyttjande av barn**

### **3.2.1 Aktuellt lagrum**

6 kap. 5 § BrB

*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.*

### **3.2.2 Allmänt om paragrafen**

Paragrafen avser brott med samma gärningsbeskrivning som 6 kap. 4 § BrB, men som är att anse som mindre allvarliga.<sup>17</sup> I propositionen till bestämmelsen uttalas att denna paragraf ska användas restriktivt.<sup>18</sup> Vid brott mot yngre barn bör denna bestämmelse helt sakna betydelse.<sup>19</sup> En gärning som bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet och där den unge närmar sig åldern för sexuellt självbestämmande, bör dock enligt regeringens mening normalt falla utanför tillämpningsområdet för bestämmelsen om våldtäkt mot barn och istället falla under sexuellt utnyttjande av barn.<sup>20</sup>

Tidigare har mindre allvarliga brott bedömts enligt 6 kap. 1 § BrB. Denna bedömning byggde då på om en våldtäkt kunde anses mindre allvarlig med hänsyn till våldets eller hotets art och omständigheterna i övrigt. Lagstiftaren ansåg att denna möjlighet saknade skäl i den nya lagstiftningen.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> Prop. 2004/05 s. 114.

<sup>17</sup> Dahlström m.fl. s. 153.

<sup>18</sup> Prop. 2004/05:45 s. 77.

<sup>19</sup> Dahlström m.fl. s. 153.

<sup>20</sup> Prop. 2004/05:45 s. 72

<sup>21</sup> A prop. s. 77.

### 3.2.3 Rekvisiten

Vad som krävs för att ett brott ska bedömas enligt 6 kap. 5 § BrB är som synes inte utskrivet i lagtexten. Som anges ovan skrivs dock i propositionen att den sexuella relationen ska vara fullständigt ömsesidig och frivillig och den unge ska närma sig åldern för sexuellt självbestämmande. I propositionen ges vidare exemplet att två ungdomar, den ena under femton år och den andra strax över femton år frivilligt har samlag med varandra, här nämns att en fjortonåring och en femtonåring har en frivillig sexuell relation.<sup>22</sup> Också fall då till exempel en 29-åring har samlag med ett barn som är fjorton år och elva månader ska omfattas av bestämmelsen. Det handlar då om en situation som skulle varit tillåten om barnet hade uppnått åldern för sexuellt självbestämmande, det vill säga femton år. Det senare fallet kan handla om en tonåring som har utvecklat sin sexualitet och har en frivillig sexuell relation till en person som är betydligt äldre.<sup>23</sup> Regeringen menar att det är orimligt att döma till två års fängelse för ett samlag som bygger på en relation av fullständig frivillighet och ömsesidighet. En förutsättning för att ett brott ska kunna bedömas enligt denna paragraf är att barnet faktiskt haft förutsättning att bedöma och ta ställning till situationen.<sup>24</sup>

### 3.2.4 Den subjektiva sidan

För att en person ska kunna dömas till ansvar för sexuellt utnyttjande av barn krävs att gärningsmannen har uppsåt till alla objektiva rekvisit. Vad gäller åldern gäller dock samma sak som beskrivits under avsnitt 3.1.4 ovan.

### 3.2.5 Ansvarsfrihet

I 6 kap. 14 § BrB finns en ansvarsfrihetsregel som innebär att en person som har begått en gärning enligt 5 §, 6 § första stycket, 8 § första stycket eller 10 § första stycket samma kapitel kan bli fri från ansvar. För detta krävs att 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

---

<sup>22</sup> A. prop. s. 71f.

<sup>23</sup> A. prop. s. 77.

<sup>24</sup> Dahlström m.fl. s. 153.

övrigt.<sup>25</sup> Denna bestämmelse kan således inte användas ifråga om våldtäkt mot barn enligt 6 kap 4 § BrB. Också denna regel ska tillämpas med stor försiktighet och komma ifråga endast efter en noggrann bedömning av det enskilda fallet. Bestämmelsen ska gälla i situationer där det är fråga om helt frivilliga kontakter mellan två tonåringar som skiljer sig obetydligt åt i ålder och utveckling.<sup>26</sup> I förarbetena ges exemplet att en sextonåring och en fjortonåring som har en nära och god relation till varandra deltar i en ömsesidig och helt frivillig sexuell handling. HD har vad gäller åldern och relationen mellan två unga uttalat att en större ålderskillnad kan accepteras då den yngre är nära femtonårsgränsen eftersom flickor utvecklas tidigare än pojkar, och viss schablonisering ansågs därför vara på sin plats. De menar också att en relation inte behöver vara en kärleksrelation utan även en god kompisrelation kan vara en sådan nära och god relation som förarbetena talar om.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Prop. 2004/05:45 s. 113.

<sup>26</sup> A. prop. s. 116.

<sup>27</sup> Se NJA 2006 s 201, HD ansåg att 6 kap. 14 § var för handen i ett fall där en 14-årig flicka och en 17-årig pojke hade samlag med varandra. De hade en nära vänskapsrelation till varandra och de närmaste dagarna efter händelsen framkommer av HD:s utredning inte att målsäganden uppfattat händelsen som ett övergrepp.



### 3.3 Avslutningsvis om bedömningen

Regleringen av våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn kan sägas omfatta tre olika situationer<sup>28</sup>:

- Att en person har samlag med ett barn under femton år och barnets frivillighet inte bör bedömas. Brottstypen rubriceras som våldtäkt mot barn.
- Att barnet närmar sig femtonårsgränsen då samlaget sker mellan två ungdomar eller är mycket nära femtonårsgränsen ifall då det är fråga om samlag med en betydligt äldre person. Samlaget ska vara fullständigt frivilligt och ömsesidigt och barnet ska vara mogen nog att göra ett genomtänkt, eget val att genomföra ett samlag. Omständigheterna ska då också vara sådana att barnet befinner sig i en sådan situation för stunden att hon/han kan ta ett sådant beslut. När dessa omständigheter är för handen ska brottet rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn.
- Att det är ringa skillnad i ålder och utveckling och det är uppenbart att den sexuella handlingen inte har inneburit något övergrepp mot den som är under femton år. Ansvarsfrihet gäller.

Första punkten behandlar situationer där inga undantag är för handen. Det är inte fråga om ringa skillnad i ålder och utveckling mellan gärningsmannen och barnet och frivilligheten hos barnet ska inte beaktas. Varken 6 kap. 5 § BrB eller 6 kap. 14 § BrB kan därför vara för handen. I fall nummer två har en ung person som är nära femtonårsgränsen gjort något som hon/han upplever som sitt eget val. Den unge känner sig inte utsatt för varken fysiskt eller psykiskt övervåld. I det sistnämnda fallet är det fråga om två ungdomar som delar en, av båda önskad, sexuell upplevelse.<sup>29</sup>

För bedömningen av frivilligheten används i förarbetena ordet ungdomar ifråga om frivilliga sexuella relationer mellan två personer som är nära i ålder. Någon definition av begreppet ungdomar ges inte, mer än det exemplet att en person strax över femton år

---

<sup>28</sup> Leijonhufvud, JT 2005/06 s. 904.

<sup>29</sup> A. st.

har en sexuell relation med någon under femton år.<sup>30</sup> Det säger mer om åldern på förövaren än offrets ålder. Dock har jag svårt att betrakta barn under tretton år som ungdomar. I förarbetena nämns också att barnet ska närma sig åldern för sexuellt självbestämmande, vilket jag har svårt att se att barn under tretton år gör.

Min bedömning utifrån förarbetena och doktrin är att 6 kap. 4 § BrB ska betraktas som en huvudregel. Det vill säga att om de objektiva och de subjektiva rekvisiten är uppfyllda är *utgångspunkten* att det är fråga om våldtäkt mot barn. För att undersöka om undantagsparagrafen, 6 kap. 5 § BrB, är tillämplig görs därefter en bedömning av målsägandens ålder och mognad i förhållande till frivilligheten. Det vill säga, finns det möjlighet för målsäganden att vara frivillig till samlaget? Om så inte är fallet ska gärningsmannen, oavsett dennes ålder, dömas för våldtäkt mot barn. Om målsäganden kan vara frivillig till samlaget måste man ställa sig frågan om offret faktiskt har varit frivillig till samlaget. I förarbetena används uttrycket fullständig frivillighet och ömsesidighet. Detta begrepp ger ett mycket litet utrymme för diskussion i en situation där det är oklart om samlaget varit frivilligt. Härfter bör en uppdelning göras mellan gärningsmän som är nära offret i ålder och gärningsmän som är betydligt äldre. Om gärningsmannen är nära barnet i ålder och det är uppenbart att gärningen inte har inneburit något övergrepp mot den som är under femton år är handlingen befriad från ansvar enligt 6 kap. 14 § BrB. Om det inte är uppenbart ska handlingen rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn. Om gärningsman och offer inte varit nära i ålder och utveckling döms gärningsmannen för sexuellt utnyttjande av barn, under förutsättning att samlaget varit frivilligt från barnets sida.

---

<sup>30</sup> Prop. 2004/05:45 s. 77.

## 4. Kort om kriminalisering och straffmätning

### 4.1 Brott och bestraffning – tanken bakom kriminalisering

Kriminalisering och straffmätning är två viktiga komponenter för straffrätten. Eftersom kriminalisering ger uttryck för tanken bakom att straffbelägga en viss handling och straffmätningen har betydelse för hur en paragraf används i domstol har jag valt att här göra en kort framställning av dessa två områden. Tanken är att detta avsnitt ska ge en djupare förståelse av tillämpningen av 6 kap. 4 § och 6 kap. 5 § BrB och de motsättningar som finns mellan förarbeten och praxis.

Ett brott är för handen när en person utför en handling eller underlåtenhet och därigenom uppfyller de objektiva rekvisiten för en paragraf i brottsbalken samt uppfyller den subjektiva sidan. Detta innebär att en handling för att den ska betraktas som ett brott ska täckas av gärningsmannens uppsåt eller oaktsamhet enligt 1 kap. 2 § BrB. Detta kallas för täckningsprincipen.<sup>31</sup>

Det finns flera teorier som beskriver varför och hur en viss handling är straffbelagd. Dessa teorier är proportionalitet, allmänprevention, individualprevention och humanitet.<sup>32</sup> För kriminaliseringen dominerar allmänpreventionen men också proportionalitet har betydelse för hur bestraffning ska ske på kriminaliseringsnivån.<sup>33</sup>

Kriminalisering sker för att skydda ett rättsligt intresse som är så viktigt och centralt att också ett straffrättsligt skydd är nödvändigt. Kriminaliseringen kräver att lagstiftaren tar ställning till när potentiella offer för en viss handling borde uppfatta att det finns ett nödvändigt behov av att göra dem till offer för brott i situationer när de själva valt att frivilligt utsätta sig för en viss handling. Lagstiftaren måste alltså ta ställning till i vilka situationer en person känner sig utsatt av en annan persons handling på ett sådant sätt att denne borde uppfatta sig ha blivit utsatt för en brottslig gärning. Denna fråga är central för hela samtyckesproblematiken vid sexualbrott.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> A.a. s. 14.

<sup>32</sup> Jareborg, Zila s. 63 ff.

<sup>33</sup> A.a. s. 68.

<sup>34</sup> Träskman, JT 2008-09 s. 507.

På kriminaliseringsnivån är även diskussionen om proportionalitet betydelsefull. Proportionalitet handlar om rättvisa. Överordnat rättvisa finns det materiellt rätta och det formellt rätta. Det formellt rätta är det som stämmer överens med en norm, det vill säga lagar och regler, medan det materiellt rätta är det som stämmer överens med en norm och som kan motiveras på ett rationellt sätt.<sup>35</sup> Grundläggande för bedömningen av vilket straff som ska följa av ett brott är de värden och de intressen som kränks av det aktuella brottet. Skuldprincipen har här stor betydelse. Den som rimligen inte kan klandras för sin handling ska inte straffas. En brottslig gärning är förkastlig och den som begår ett brott är klandervärd.<sup>36</sup> Ekvivalens är också viktigt för kriminaliseringen; gärningstyper med samma bestraffningsvärde ska tilldelas likartade straffskalor.

Syftet med att kriminalisera sexövergrepp är, på samma sätt som med all annan kriminalisering, att motverka förekomsten av dem. Avsikten är också att påverka människors värderingar och på så sätt understödja den allmänt omfattande insikten att sexuella övergrepp är skadliga och kränkande gärningar som måste bekämpas.<sup>37</sup>

## 4.2 Straffmätning

Bestämmelserna som straffbelägger vissa gärningar är utformade som handlingsregler för domstolarna. Under vissa omständigheter ska domare i svenska domstolar döma personer till straff inom en viss straffskala.<sup>38</sup> Straffskalans omfång är tänkt att ge uttryck för måttet av gärningens förkastlighet och klandervärdhet, det vill säga det abstrakta straffvärdet.<sup>39</sup> För att komma fram till hur en person ska straffas för ett brott ska domstolen göra en straffmätning för att sedan göra ett påföljdsval. Straffmätningen börjar med att domstolen bestämmer skalan för det brott som är begånget, alltså konstaterar det abstrakta straffvärdet. Om det är aktuellt görs här också en bestämning av straffskalan för den samlade brottsligheten. Därefter görs ett fastställande av straffvärdet, som är en bedömning av gärningens straffvärdhet, enligt 29 kap. 1-3 §§ BrB. Slutligen bedöms

---

<sup>35</sup> Jareborg, Zila, s. 65.

<sup>36</sup> A.a. s. 67.

<sup>37</sup> Prop. 2004/05:45 s. 7.

<sup>38</sup> Jareborg, Zila, s. 17.

<sup>39</sup> A.a. s. 19.

gärningsmannens straffvärdighet enligt 29 kap. 4, 5 och 7 §§ BrB.<sup>40</sup> Att först bestämma det konkreta straffvärdet för att bestämma placeringen i svårighetsgrad är inte orimligt att tänka sig. Det skulle innebära att det konkreta straffvärdet ska bestämmas innan tillämplig straffskala konstateras. Detta strider dock mot ordalydelsen i 29 kap. 1 § 1 st. BrB; där förutsätts att straffskalan är identifierad innan straffvärdet bedöms.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> A.a. s. 122.

<sup>41</sup> A.a. s. 107.

## 5. Barns rättigheter i svensk och internationell rätt

### 5.1 Barnrätt och barnperspektiv

Förutom de straffrättsliga bestämmelserna i 6 kap. 4 § och 6 kap. 5 § BrB finns det regler kring barns skydd mot sexuellt utnyttjande och barns rätt till skydd i stort. Dessa regler finns både på en nationell och en internationell nivå och har betydelse för bedömningen av de skydd som ges enligt paragraferna om våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn.

Barnrätt innebär att barnet och barnets legala relationer till samhället och dess medlemmar står i centrum för den rättsliga bedömningen. Samhällets ansvar för barnets bästa spelar en avgörande roll för den svenska barnrätten.<sup>42</sup>

Barnkonventionen kan sägas utgöra dagens samhälles barnperspektiv.<sup>43</sup> Utgångspunkten är respekten för barnets fulla människovärde och integritet samt barndomens egenvärde. Barn ska ses som unika individer med egna behov och inte som något bihang till föräldrarna. Perspektivet innebär att beslutsfattare ska se olika beslut ur barnets synvinkel. Det handlar om att försöka ta reda på hur barn uppfattar och upplever sin situation och vilka förväntningar som finns. Barnperspektivet innefattar således empati, inlevelse och förmåga att identifiera sig med barnets situation. Barnperspektivet innebär analyser av vad ett visst beslut kan få för följder för ett visst barn eller för barn som grupp.<sup>44</sup>

Under senare år har ett flertal internationella dokument skapats som handlar om skyddet för barn mot sexuella övergrepp och andra dokument som ger uttryck för barns rättigheter både inom EU och på en mer omfattande internationell nivå. I det följande kommer de största och viktigaste rättigheterna som omfattar barn att tas upp.

---

<sup>42</sup> Schiratzki s. 5.

<sup>43</sup> SOU 1997:116 s. 137.

<sup>44</sup> A.a. s. 138.

## 5.2 Definitionen av barn

Barn definieras enligt barnkonventionens första artikel som en person under arton år om inte barnet blir myndigt tidigare enligt gällande nationell lagstiftning. Detta innebär för Sveriges del att alla personer under arton år betraktas som barn. Att ge ett ökat ansvar enligt svensk lag i takt med stigande ålder är dock inte ett brott mot konventionen.<sup>45</sup>

## 5.3 FN:s barnkonvention

### 5.3.1 Rättigheter enligt FN:s Barnkonvention

Enligt beaktandesats 10 undertecknar medlemsstaterna att de;

*”beaktar att såsom anges i deklARATIONEN om barnets rättigheter, barnet på grund av sin fysiska och psykiska omognad behöver särskilt skydd och särskild omvårdnad innefattande lämpligt skydd, såväl före som efter födseln.”*

#### Artikel 3

*Vid alla åtgärder som rör barn, vare sig de vidtas av offentliga eller privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ, skall barnets bästa komma i främsta rummet.*

#### Artikel 4

*Konventionsstaterna skall vidta alla lämpliga lagstiftnings-, administrativa och andra åtgärder för att genomföra de rättigheter som erkänns i denna konvention...*

#### Artikel 34

*Konventionsstaterna åtar sig att skydda barnet mot alla former av sexuellt utnyttjande och sexuella övergrepp. För detta ändamål skall konventionsstaterna särskilt vidta alla lämpliga nationella, bilaterala och multilaterala åtgärder för att förhindra*

*(A) att ett barn förmås eller tvingas att delta i en olaglig sexuell handling*

#### Artikel 36

---

<sup>45</sup> A.a. s. 61.

*Konventionsstaterna skall skydda barnet mot alla andra former av utnyttjande som kan skada barnet i något avseende.*

### **5.3.2 Barnkonventionen i Svensk rätt**

Barnkonventionen ratificerades av Sverige 1990.<sup>46</sup> Barnkonventionen är inriktad på individen och handlar om barnets rätt att få sina grundläggande rättigheter och behov tillgodosedda. Konventionen är ett juridiskt bindande dokument för alla stater som ansluter sig till den.

Barnkonventionen är inte inkorporerad i svensk rätt, men Sverige har en internationell folkrättslig förpliktelse att följa konventionen. Det innebär att riksdag och regering ska anpassa den svenska normgivningen till barnkonventionen och dess innehåll. Dock har domstolar och förvaltningsmyndigheter ingen skyldighet att använda sig direkt av barnkonventionen eftersom de utövar sin makt under lagarna och barnkonventionen inte utgör svensk lag.<sup>47</sup>

Som grund för barnpolitiken antog Sverige 1999 en nationell strategi för att förverkliga barnkonventionen.<sup>48</sup> Målet i Sverige är att barnkonventionen ska genomsyra alla delar av regeringens politik. Även om den strategi som finns främst riktar sig till riksdagen, regeringen, förvaltningsmyndigheter samt kommuner och landsting har också domstolar, medier, forskning etcetera en viktig roll.<sup>49</sup> Den politik som regeringen för i linje med den nationella strategin kallas för barnrättspolitik. För att tillvarata men också stärka barns rättigheter och intressen är de viktigaste målen de närmaste åren att förstärka det strategiska arbetet med att genomföra konventionen, ge bättre stöd till föräldrar, främja barns psykiska hälsa och bekämpa våld mot barn.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> Melin s. 5.

<sup>47</sup> Schiratzki s. 22.

<sup>48</sup> Denna antogs genom prop. 1997/98:182, se Melin s. 6.

<sup>49</sup> Melin s. 7.

<sup>50</sup> Regeringen, *Mål och prioriteringar för barnrättspolitiken*,  
<http://www.regeringen.se/sb/d/1919/a/100759>



### 5.3.3 Barnets bästa

Barnets bästa är en av fyra grundläggande principer i barnkonventionen.<sup>51</sup> Barnkonventionens tredje artikel om barnets bästa har fyra funktioner, för det första ska barnets bästa vara vägledade i alla beslut som rör barn. Principen ska också fungera som instrument vid utvärdering av lagar och policys som inte täcks av konventionen. Barnets bästa används även som vägledning då konflikter mellan två rättigheter uppstår. Till sist ska också barnets bästa belysa innebörden av andra av barnkonventionens artiklar.<sup>52</sup>

Principen om barnets bästa grundar sig på tanken att barn har fullt och lika människovärde och inte är mindre värda än vuxna samt tanken om att barn är sårbara och behöver särskilt stöd och skydd.<sup>53</sup> Barnets bästa ska tillämpas vid alla åtgärder som rör barn, det vill säga oavsett om de vidtas av domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ. Barnets bästa ska enligt konventionen komma i främsta rummet. Barnets situation, behov och intressen ska alltså alltid beaktas vid beslutsfattande.<sup>54</sup> Konventionen kräver inte att barnets bästa alltid ska vara utslagsgivande, men besluten måste innefatta ett barnperspektiv, där barnets bästa ska väga tungt när beslut rörande barn fattas.<sup>55</sup>

Vad som menas med barnets bästa är inte uttryckt i konventionen. Frågan är om det är det subjektivt bästa eller det objektivt bästa som här åsyftas.<sup>56</sup> Det objektivt bästa är vad vetenskap och kunskap säger om barn och vad som därigenom kan anses vara bäst för barn. Det subjektivt bästa är vad barnet själv anser om en speciell situation och vad som med hänsyn till det är barnets bästa. Barnkommittén har dock rekommenderat att en helhetsbedömning ska göras där de grundläggande principerna i barnkonventionen ska tas hänsyn till, viktigt är också att man faktiskt pratar med barnet. Barnets bästa kommer fram bäst genom en kombination av vetenskap och erfarenhet som finns om barn och hänsyn till vad barnet själv tycker och tänker.<sup>57</sup> Problem uppstår dock då det objek-

---

<sup>51</sup> De andra tre är principen om icke diskriminering, barnets rätt till liv och utveckling och barns rätt att komma till tals, se Melin s. 10-11.

<sup>52</sup> SOU 1997:117 s. 34 f.

<sup>53</sup> A.a. s. 125.

<sup>54</sup> A.a. s. 129.

<sup>55</sup> Prop. 1997/97:182 s. 13.

<sup>56</sup> Hollander m.fl. s. 35.

<sup>57</sup> A.a. s. 61.

tiva barnets bästa och det subjektiva barnets bästa inte stämmer överens med varandra. Det är inte klarlagt hur hänsyn ska tas till vad barnet själv vill. Här finns två olika teorier. En som utgår från att barn har samma förmåga att uttrycka sig och bestämma i frågor som rör dem själva som vuxna, detta är ett aktörsperspektiv. Den andra teorin utgår från skyddsperspektivet. Det innebär att barnet är beroende av hur vuxna tolkar barnets viljeuttryck. Barnet ska enligt denna teori få större möjlighet att uttrycka sin vilja i takt med ålder och mognad, men det är vuxna som beslutar när detta ska ske och om informationen från barnet är relevant.<sup>58</sup>

#### **5.3.4 Skydd mot sexuellt utnyttjande**

Enligt barnkonventionen har medlemsstaterna en skyldighet att skydda barn mot alla former av sexuellt utnyttjande.<sup>59</sup> De rättigheter som föreskrivs i barnkonventionen gäller alla barn i Sverige fram till arton års ålder. Detta hindrar inte att man kan beakta att barn med stigande ålder och utveckling successivt förs in i vuxenlivet. Det gäller dock inte de särskilda skyddsreglerna, innefattande bland annat skydd mot sexuellt utnyttjande. Detta är således ett absolut skydd som gäller fram tills barnet fyller arton år.<sup>60</sup> Det innebär dock inte att det automatiskt är ett brott att ha en sexuell relation med ett barn under arton år.<sup>61</sup> I Sverige når barn den sexuella självbestämmanderätten vid femton års ålder. Att ha en sexuell relation med barnet dessförinnan är ett brott, se vidare under avsnitt 3.2 ovan. I barnkonventionens artikel 34 stadgas barns skydd mot olaglig sexuell handling. Uttrycket ”olaglig” ledde till diskussion då barnkonventionen skapades. Flera stater tyckte att man skulle ta bort ordet, medan andra menade att man inte kunde förbjuda sexuell umgänge fram till arton års ålder vilket då hade blivit konsekvensen. Ordet fick till slut stå kvar och det är upp till varje stat att bestämma en åldersgräns till skydd för sexuellt utnyttjande av barn.<sup>62</sup> Åldersgränsen ska bestämmas med hänvisning till de övergripande principerna och respekt för barnets gradvisa förmåga, barnets bästa, hälsa och utveckling. Något allmänt uttalande om en speciefik åldersgräns finns inte, men i situationer där länder haft en låg gräns för sexuell självbestämmanderätt har FN:s barn-

---

<sup>58</sup> Hollander m.fl. s. 61.

<sup>59</sup> FN:s barnkonvention artikel 34.

<sup>60</sup> Prop. 1997/98:182 s. 9.

<sup>61</sup> Med undantag för situationer som regleras i 6 kap. 4 § 2 st. BrB, se avsnitt 3.1.1 ovan.

<sup>62</sup> SOU 1997:116 s. 422.

kommitté reagerat.<sup>63</sup> FN har bland annat uttalat sig kritiskt om Filippinernas åldersgräns, där den sexuella självbestämmanderätten inträdde vid tolv år.

I sin strategi från 1999 uttrycker den dåvarande regeringen att det är viktigt att skyddet i den svenska sexuallagstiftningen stärks.<sup>64</sup> Regeringen ansåg att det tydligt måste framgå av lagstiftningen att när ett barn under femton år medverkar i en sexuell handling med en vuxen är detta helt och hållet den vuxnes ansvar. Svensk lagstiftning har länge präglats av insikten att ett barns psykiska hälsa blir mycket utsatt då det utnyttjas sexuellt. Regeringen menade att ett barn under femton år inte kan, på grund av sin utveckling och beroendeställning, ge samtycke i någon mening till sexuellt umgänge med en vuxen person.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> A.a. s. 423.

<sup>64</sup> Notera att kritiken skedde innan reformeringen av sexualbrottslagstiftning.

<sup>65</sup> Prop. 1997/98:182 s. 44 f.

## 5.4 Barnrätten inom EU

### 5.4.1 Europakonventionen om mänskliga rättigheter

EU:s arbete inom området för barns rättigheter pågår på flera olika plan. Även inom EU talas det om barnets bästa och skydd mot sexuellt utnyttjande. Europakonventionen om skydd för mänskliga rättigheter skrevs under av den svenska regeringen i november 1950, men något speciellt om barns rättigheter nämns inte där.

Europakonventionen om mänskliga rättigheter är svensk lag sedan 1995. Att konventionen är svensk lag innebär att en enskild person kan överklaga till Europadomstolen för mänskliga rättigheter om Sverige bryter mot sina förpliktelser enligt konventionen. Överklagandet kan ske då alla nationella medel är uttömda, det vill säga då fallet har prövats av HD eller motsvarande. Europadomstolen kan inte ändra den nationella domstolens beslut utan endast utdöma skadestånd till den vars rättigheter har förbisetts.<sup>66</sup>

I Europeiska konventionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2000/C/364/01) utvecklas de mänskliga rättigheterna. Där uttalas följande om barns rättigheter:

#### *Artikel 24*

##### *Barnets rättigheter*

- 1. Barn har rätt till det skydd och den omvårdnad som behövs för deras välfärd. De skall fritt kunna uttrycka sina åsikter. Dessa åsikter skall beaktas i frågor som rör barnen i förhållande till deras ålder och mognad.*
- 2. Vid alla åtgärder som rör barn, oavsett om de vidtas av offentliga myndigheter eller privata institutioner, skall barnets bästa komma i främsta rummet.*
- 3. Varje barn har rätt att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till och direkta kontakter med båda föräldrarna, utom då detta strider mot barnets bästa.*

Denna stadga om de grundläggande rättigheterna kommer att bli juridiskt bindande från och med den tidpunkt då medlemsstaterna undertecknar Lissabonfördraget som EU:s

---

<sup>66</sup> Domstolsverket, *Europadomstolen för mänskliga rättigheter*, [http://www.domstol.se/templates/DV\\_InfoPage\\_\\_\\_\\_891.aspx](http://www.domstol.se/templates/DV_InfoPage____891.aspx)

stats- och regeringschefer skrev under 2007. Detta reformfördrag bygger på de europeiska mänskliga rättigheterna, medlemsstaternas gemensamma författningstraditioner och internationella förpliktelser, unionens och Europarådets sociala stadga samt rättspraxis vid EG-domstolen och Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna.<sup>67</sup> EU:s medlemsstater har i Lissabonfördraget enats om att skyddet av barnets rättigheter ska var ett mål för EU. Europeiska kommissionen har dessutom föreslagit att en strategi för att främja och skydda barnets rättigheter i EU:s inre och yttre politik ska tas fram.

#### **5.4.2 EU:s rambeslut**

Skydd för sexuellt utnyttjande har stadgats i EU:s rambeslut om bekämpande av sexuellt utnyttjande av barn och barnpornografi. Detta dokument har godkänts av Sverige som idag uppfyller de bestämmelser som omfattas av rambeslutet. Syftet med detta EU dokument är att stärka unionens gemensamma tillvägagångssätt när det gäller bekämpande av sexuellt utnyttjande av barn och barnpornografi.<sup>68</sup> Varje stat har enligt beslutet en skyldighet att vidta nödvändiga åtgärder för att straffbelägga sexuella aktiviteter med barn i följande tre fall:

- Då våld, hot eller tvång brukas,
- Då pengar eller andra former av betalning eller ersättning lämnas som betalning för barnets sexuella aktivitet,
- Då missbruk av en erkänd förtroendeställning eller av makt eller inflytande över barnet förekommer.

---

<sup>67</sup> Regeringen, *Mänskliga rättigheter i EU:s interna politik*, [http://www.manskligarattigheter.gov.se/extra/pod/?id=15&module\\_instance=6&action=pod\\_show](http://www.manskligarattigheter.gov.se/extra/pod/?id=15&module_instance=6&action=pod_show)

<sup>68</sup> Prop. 2003/04:12 s. 9f.

### 5.4.3 Framtiden – Europarådets konvention om skydd för barn mot sexuell exploatering och sexuella övergrepp

Regeringen beslutade den elfte oktober 2007 att underteckna Europarådets konvention om skydd för barn mot sexuell exploatering och sexuella övergrepp. Syftet med konventionen är att förebygga och bekämpa sexuell exploatering av och sexuella övergrepp mot barn samt skydda brottsoffrets rättigheter och främja nationellt och internationellt samarbete i frågan. Konventionen ställer också krav på att ett mer barnvänligt synsätt ska genomsyra hela rättsprocessen.<sup>69</sup> Denna konvention går något längre än EU:s rambeslut som redogjorts för ovan. Konventionen inleds med ett antal satsar där undertecknad bland annat åtar sig att beakta att barn har rätt till sådana skyddsåtgärder som är nödvändiga för hans eller hennes ställning som minderårig i förhållande till hans eller hennes familj, samhället och staten. Dessutom åtar sig de stater som har undertecknat konventionen att ta hänsyn till att alla former av sexuella övergrepp är destruktiva för barns hälsa och psykosociala utveckling. Beaktas ska också att barns välmående och barnets bästa är fundamentala värderingar som delas av alla EU:s medlemsstater och ska tas hänsyn till utan diskriminering. Syftet med konventionen är att förebygga och bekämpa sexuell exploatering och sexuella övergrepp mot barn, att skydda barns rättigheter som brottsoffer för sexuell exploatering och sexuella övergrepp samt att gynna nationellt och internationellt samarbete mot sexuell exploatering och sexuella övergrepp mot barn.<sup>70</sup> I samband med utredningen av sexuallagen görs nu en översyn över de förändringar inom svensk rätt som kan bli nödvändiga då konventionen träder i kraft.<sup>71</sup>

I artikel 4 i konventionen anges att parterna ska uppfylla alla nödvändiga lagstiftningsåtgärder eller andra åtgärder för att förhindra alla former av sexuell exploatering av barn och sexuella övergrepp mot barn i syfte att skydda barn.

---

<sup>69</sup> Regeringens, *Regeringen beslutar att underteckna Europarådets konvention om skydd för barn mot sexuell exploatering och sexuella övergrepp*. <http://www.regeringen.se/sb/d/9636/a/90058>

<sup>70</sup> Europarådets konvention om skydd för barn mot sexuell exploatering och sexuella övergrepp mot barn, artikel 1.

<sup>71</sup> Regeringens, *Regeringen beslutar att underteckna Europarådets konvention om skydd för barn mot sexuell exploatering och sexuella övergrepp*. <http://www.regeringen.se/sb/d/9636/a/90058>

Vidare stadgas i artikel 10 att parterna i konventionen ska vidta nödvändiga åtgärder för att tillförsäkra samordningen mellan olika verksamheter, polismyndigheter och domstolsmyndigheter.

Enligt artikel 18 i konventionen bestäms sedan den miniminivå av skydd som barn ska åtnjuta enligt varje enskilt lands lagstiftning. Parterna ska enligt denna artikel vidta nödvändiga lagstiftningsåtgärder eller andra åtgärder för att tillförsäkra att alla sexuella relationer med ett barn är kriminaliserat då barnet inte uppnått åldern för sexuellt självbestämmande som gäller enligt nationell lagstiftning. Dessutom åtar sig staterna att kriminalisera alla sexuella akter med barn som föregåtts av:

- Tvång, våld eller hot eller,
- Utnyttjande av en erkänd beroendeställning eller av makt eller inflytande över barnet, även inom familjen,
- Utnyttjande av ett barn som befinner sig i en särskilt utsatt position, i synnerlighet med tanke på psykiskt eller fysiskt handikapp eller beroendeställning.

Det understryks i denna del att detta inte syftar till kriminalisering av ömsesidiga sexuella relationer mellan minderåriga.

Ovanstående punkter är näst intill identiska med de skyddsåtgärder som stadgas i EU:s rambeslut, se avsnitt 5.4.2. Notera dock att det skydd som stadgas i Europarådets konvention om skydd för barn mot sexuell exploatering och sexuella övergrepp är mer omfattande.

Alla parter som undertecknar konventionen ska också vidta nödvändiga lagstiftningsåtgärder eller andra åtgärder för att säkra att brottsutredningar och rättsprocesser förs med hänsyn till barns bästa och barns rättigheter enligt artikel 30.

Bestämmelsen kring de materiella straffbestämmelserna är mycket lika dem som stadgas i FN:s barnkonvention. Barn ska enligt båda konventionerna skyddas mot den vuxna sexualiteten då de inte uppnått åldern för sexuellt självbestämmande, men när denna ålder inträffar är upp till varje land att ta ett beslut om. Liksom FN har inte heller EU gett några riktlinjer för vad som är en godtagbar åldersgräns.

## **5.5 Avslutningsvis om barns rättigheter enligt svensk och internationell rätt**

Det framkommer av FN:s barnkonvention och även Europakonventionen som Sverige har ratificerat att domstolar ska ta hänsyn till barnets bästa och andra värden som förskrivs i dessa dokument. Europakonventionen är dessutom svensk rätt. Sveriges strategi, som främst syftar till att bekämpa våld mot barn och att främja barns psykiska hälsa, ger också stöd för att Sveriges domstolar ska ta hänsyn till barnets bästa i sina beslut. Bakom tanken om barnets bästa ligger föreställningen om att barn är sårbara och behöver särskilt stöd och skydd. Om inte hänsyn tas till barnets bästa i de reella besluten blir regeringens politik och synsätt bara en illusion.

I fråga om skydd mot sexuella övergrepp mot barn har Sverige ett skydd för barn som inte har uppnått åldern för sexuellt självbestämmande. Här har beslutsfattarna således lagstadgat om ett skydd som står i överensstämmelse med principen om barnets bästa. Barnets bästa är här uttryckt som det objektiva barnets bästa som huvudregel. Det vill säga barn under femton år kan inte samtycka till samlag och huvudregeln är därför, med hänsyn till kunskap och vetskap om barn och utveckling, att alla barn som är under femton år utsatts för ett övergrepp då samlag förekommit oavsett vad barnet själv anser. När barn närmar sig åldern för sexuellt självbestämmande kan man dock ta hänsyn till det subjektiva barnets bästa, det vill säga barnets samtycke till den sexuella relationen.

Vad gäller den svenska sexuallagstiftningen i förhållande till det skydd som stadgas här för i internationell rätt kan konstateras att Sverige uppfyller nivån för det materiella straffrättsliga skyddet som här stadgas. Vad som dock kan ifrågasättas är om tillämpningen av dessa materiella regler uppfyller de internationella bestämmelserna och Sveriges skyldigheter härmed. Jag återkommer till detta i avsnitt 9.2 nedan.



## 6. Barnpsykologi – Ålder, utveckling och mognad

### 6.1 Allmänt

För att en gärning ska omfattas av brottsbeskrivningen i 6 kap. 5 § BrB krävs, såsom konstaterats ovan att brottet är mindre allvarigt. För att ett brott ska vara mindre allvarligt krävs att samlaget med den som är under femton år är frivilligt från den unges sida. För frågan om frivillighet är den unges ålder viktig. I flera rättsfall, däribland NJA 2006 s. 79 del I och II (se avsnitt 7) har frågan om den unges mognad i förhållande till åldern också varit avgörande för bedömningen. Enligt Nationalencyklopedin definieras mognad enligt följande:

*”Ett psykologiskt begrepp som innebär att egenskaper utvecklas till en nivå där de blir funktionsdugliga. Denna utveckling är resultatet av ett samspel mellan genetiska anlag och miljöfaktorer. Mognaden öppnar möjligheter för nya beteenden och nya inlärningsformer som inte varit möjliga att utveckla innan mognaden inträtt. Man kan t.ex. inte räkna med att det går att lära ett månadsgammalt barn att tala eller spela schack, hur mycket man än försöker träna det”*

Definitionen ger endast en allmän bild av begreppet mognad. För att få en känsla av vad som menas med begreppet mognad vad gäller barn i tretton- till femtonårsåldern gör nedan en redogörelse för vad som är utmärkande för den ålder som det är frågan om vid bedömning av frivilligheten.

### 6.2 Puberteten

Den åldersfas som är aktuell vid diskussion om frivillighet är puberteten. Puberteten börjar när barnet är mellan tio och tretton år gammalt och pågår i ungefär fem till sju år. Denna period i livet är en övergångsfas från att vara barn till att bli vuxen.<sup>72</sup> Det stora kännetecknet för denna period är individens identitetsbildning och frigörelsen från föräldrarna.<sup>73</sup> Under denna period ändras både barnets kropp och utseendet, två faktorer som är väldigt viktiga för självuppfattningen. På grund av detta känner sig barn i denna

---

<sup>72</sup> Tetzchner, s. 597.

<sup>73</sup> A.a. s. 597.

ålder ofta vilsna och osäkra. Eftersom stora hormonförändringar sker i kroppen påverkas också humöret under denna tid och unga kan därför växla kraftigt mellan olika känslolägen. Ytterligare en sak som är utmärkande för perioden är känslan av att vara ööverbinnerlig.<sup>74</sup>

Under puberteten ökar barns förståelse för samhället avsevärt. Nya sammanhang gör att barnet måste utveckla tidigare okända sidor av sig själv och välja mellan olika möjligheter och plikter som det kan vara svårt att överblicka omfattningen av. Även detta leder till osäkerhet hos individen.<sup>75</sup> Barn övergår i denna ålder från föräldrapåverkan till kamratpåverkan. Det beror på att många barn i denna ålder är rädda att inte bli accepterade av sina vänner. Genom hög grad av konformitet övertar de unga sina vänners beteenden och attityder på grund av faktiska eller inbillade påtryckningar.<sup>76</sup> Jämförelser med andra är överhuvudtaget mycket viktiga under denna period. Det är underlaget för den unges självuppfattning.

### **6.3 Den psykologiska utvecklingen hos barn och ungdomar**

Det finns flera teorier om hur människan utvecklas genom livet, vad som kännetecknar dessa perioder och vad som påverkar hur människan utvecklas, nedan kommer några av dessa kort att beskrivas. För detta arbete är främst intressant vad som kännetecknar utvecklingsfasen under puberteten. Två kända namn inom området är Sigmund Freud och Erik H Ericsson.

Freud kom på 1800-talet ut med sin psykoanalys som hade utgångspunkt i barndomens betydelse för den vuxnes personlighetsbild och att sexualiteten finns i alla människor redan från födseln.<sup>77</sup> Ericsson har senare utvecklat Freuds teori.

Den utvecklingsperiod som ungdomar befinner sig i kallas för adolescens och är perioden från elva, tolv års ålder (flickor) eller tolv, tretton års ålder (pojkar) fram tills arton,

---

<sup>74</sup> Cronberg, Helena, *Vårdguiden, Tonåringar (13-19 år)* <http://www.vardguiden.se/Tema/Barn-och-foraldrar/>

<sup>75</sup> Tetzchner, s. 600.

<sup>76</sup> A.a. s. 612.

<sup>77</sup> Utvecklingspsykologiska teorier s. 49.

tjugo års ålder. Adolescens som term avser den psykologiska mognaden.<sup>78</sup> Det som framförallt kännetecknar denna period är enligt Ericsson den identitetsförvirring som råder hos ungdomar. Ericsson menar också att ungdomar har en ideologisk världsuppfattning och det därför är extra viktigt med bra förebilder.<sup>79</sup> Perioden kännetecknas av impulsivitet, ambivalens och affektutbrott. Dels ökar driftökningen, både genom sexuell energi och genom aggressiv energi. Dessutom ska tonåringar vänja sig vid den kroppsutveckling som sker under kort tid, framförallt genom en sexuell aspekt. Det händer mycket samtidigt under adolescensen. Den kroppsliga och psykologiska utvecklingen under perioden ställer tillsammans med andra krav från omvärlden stora krav på den unges självuppfattning. Under denna period bryter sig de flesta loss från sina föräldrar genom att byta ut dem mot nya kärleks- och identifieringsobjekt. Många tonåringar har under denna period i livet kortvariga relationer med vänner av både samma kön och motsatt kön. Mycket handlar här om att spegla sig själv och bekräfta sig själv i den andre. Till adolescensen hör också idolmakeri, idealisering och svärmisk beundran. Växlingar mellan hög energinivå och aktivitet å ena sidan och trötthet och passivitet är vanliga.<sup>80</sup> Ungdomar i adolescensen hamnar också i en så kallad marginalkonflikt, ibland behandlas de av omvärlden som barn och ibland som vuxna. Detta tillsammans skapar ofta osäkerhet hos barn och ungdomar. Ericsson menar att den som inte tar sig igenom denna period på ett sätt att man lyckas hitta sig själv, det vill säga sin identitet och yrkesroll tenderar att må sämre än andra. Antingen kan en dåligt genomlevd kris leda till isolering från vänner och familj eller så kan det leda till att den unge kastar sig ut i en värld av jämnåriga och faktiskt förlorar sin identitet.<sup>81</sup>

Ungdomar i denna ålder är ofta självkritiska, något som också Jean Piaget påpekar.<sup>82</sup> Piaget menar vidare att utvecklingen hos en människa beror av fyra drivkrafter varav en av dem är mognad. Han kommenterar att nervsystemet hos en människa inte är färdigutvecklat förrän en människa är i femton- sextonårsåldern. Mognaden öppnar upp för möjligheter efterhand som människan utvecklas. Han menar också att mognad är bero-

---

<sup>78</sup> Gillberg, Hellgren s. 96.

<sup>79</sup> Utvecklingspsykologiska teorier s. 77-78.

<sup>80</sup> Gillberg, Hellgren s. 96 ff.

<sup>81</sup> Tetzchner, s. 601.

<sup>82</sup> Utvecklingspsykologiska teorier s. 263 f.

ende av individens samlade aktiviteter. Den uppstår alltså inte från redan existerande möjligheter.<sup>83</sup>

## 6.4 Avslutningsvis om barns ålder, utveckling och mognad

Oavsett om man ser till information om puberteten eller om man ser till det mycket komplicerade området för psykologisk utveckling kan konstateras en sak: Det är ingen enkel fas i livet som ungdomar i åldern från tolv år genomgår. Det är dessutom en väldigt viktig utvecklingsfas vars genomlevnad har stor betydelse för resten av livet. Det framkommer ovan att utvecklingen är individuell. Eftersom en trettonåring kan vara lika mogen som en femtonåring är det knappast fel att ta hänsyn till utveckling och mognad hos den individ som är offer för sexualbrott. Å andra sidan kan det lika gärna vara tvärt om, det vill säga, en femtonåring kan vara lika outvecklad som en trettonåring men ändå enligt lagen inte är tillförsäkrad samma skydd som en trettonåring. Ofta är också pojkar senare i utvecklingen än flickor. Om man tar hänsyn till detta skulle gärningsmän som begår brott mot trettonåriga pojkar oftare dömas för våldtäkt mot barn än om offret är en flicka, eftersom pojkar mera sällan har uppnått den nivå av mognad och utveckling som krävs för att kunna tillämpa 6 kap. 5 § BrB. Det är enligt min mening dock osannolikt att en fjorton- femtonåring redan har genomgått hela puberteten och vad det innebär. Av den anledningen att det kan vara olika, men att detta också kan slå fel, är regleringen med en schablonisering befogad. De fall av våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn som ofta leder till en diskussion gäller flickor i tretton till femtonårsåldern. Enligt vad jag kan se av informationen ovan är dessa ungdomar i ett tidigt stadium av puberteten och adolescensen. Även om mognad och utveckling är individuell bör man ha i bakhuvudet att dessa barn genomgår en period där, bland annat, osäkerhet, identitetsförvirring och att humörsvägningar är vanligt. Vad som sägs om relationer är också intressant, att dessa mestadels handlar om att spegla sig själv i andra, vilket ytterligare pekar på osäkerheten som finns i puberteten. Mognadsbegreppet i förhållande till sexualiteten är inte lika självklart som den jämförelse som görs i nationalencyklopedin. Att ett ettårigt barn inte kan lära sig spela schack är ganska självklart. Ett barns mognad för sexuell samvaro beror på den fysiska och psykiska utvecklingen hos den unge. Som konstateras är det en subjektiv bedömning som måste göras, men att vara fysiskt utveck-

---

<sup>83</sup> A.a. s. 234.

lad behöver inte betyda att man är redo att ta ett beslut om en sexuell kontakt rent psykiskt. Motiven till lagen är befogade. Ett barn är ett barn, schablonisering krävs för likartade skyddsregler för alla barn, men undantag ska göras i vissa fall. Om barns mognad och utveckling diskuteras i högre grad än vad som var tanken med lagstiftningen finns dock en risk att barn i puberteten inte ges det skydd som barn i denna ålder behöver.

## **7. Praxis - Två HD domar från 2006**

### **7.1 Allmänt**

Sedan ändringen av sexualbrottslagstiftningen år 2005 har HD prövat frågan om samlag med barn utgjorde våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn i två fall genom NJA 2006 s. 79 del I och II. Några andra avgöranden från HD har inte kommit i denna fråga.

### **7.2 NJA 2006 s. 79 del I**

#### **7.2.1 Bakgrund**

I det första fallet hade en flicka som var tretton år och elva månader gammal haft samlag med en nästan dubbelt så gammal man som var gift och hade barn. Under år 2005 hade de båda utvecklat ett förhållande. Målsäganden hade en häst hos mannen. Tanken om en sexuell relation fördes på tal vid ett flertal tillfällen, men vem som först tog upp saken var oklart. Flickan berättade att den tilltalade ibland hade frågat henne om de skulle ha samlag och att hon då ibland ville och ibland inte ville ha samlag med honom. Mannen sade att han kunde vänta, men att han då inte kunde lova att han inte hade sex med sin fru, vilket målsäganden tyckte kändes jobbigt. I början av maj planerade de att genomföra ett samlag. Samlaget genomfördes hemma hos den tilltalade mannen i ett enskilt rum medans flickans jämnåriga kamrat och mannens barn satt och såg på film i ett annat rum. Gärningen var styrkt.

#### **7.2.2 HD:s bedömning**

HD:s bedömning var att samlaget var frivilligt och att det präglades av ömsesidighet. Både målsäganden och den tilltalade berättade att de blivit kära i varandra och att samlaget planerades av de båda i samförstånd. HD menade att målsäganden hade uppnått sådan ålder att det inte fanns hinder från att beakta frivilligheten och att det inte heller framkom något om målsägandens mognad eller omständigheter i övrigt som gjorde att man skulle bortse från frivilligheten. Det kunde enligt HD:s mening därför anses stå klart att gärningen inte kunde betraktas vara av så allvarligt slag som avsetts falla under bestämmelsen om våldtäkt mot barn och som bestraffas med två års fängelse. HD döm-

de istället den tilltalade för sexuellt utnyttjande av barn till sex månaders fängelse. HD utdömde även skadestånd till målsäganden med resonemanget att trots att det funnits en frivillighet så medför den fasta gränsen för sexuellt självbestämmande och regleringen i 6 kap BrB att en person under femton år som huvudregel får anses ha utsatts för en allvarlig kränkning.

### **7.2.3 Skiljaktiga**

Justitieråden Nyström och Calissendorff var av skiljaktig mening vad gällde ansvarsfrågan. De framhöll att syftet med ändringarna år 2005 var att lyfta fram och förstärka skyddet för barn och ungdomar mot att utsättas för sexuella kränkningar och att barn under femton år har ett absolut skydd mot alla former av sexuella handlingar. Utgångspunkten är att barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar. I propositionen ges som exempel på en situation där bestämmelsen i 6 kap. 5 § BrB kan användas att en 29-åring har samlag med ett barn som är fjorton år och elva månader gammalt. Det kan således handla om en tonåring som har en frivillig sexuell relation till någon som är betydligt äldre. Målsäganden var med sina tretton år och elva månader förhållandevis långt ifrån åldern för sexuellt självbestämmande. De skiljaktiga justitieråden ansåg även att målsäganden befann sig i ett beroendeförhållande till den tilltalade på grund av att hon hade sin häst hos den tilltalade och ibland också arbetade i dennes café. Visserligen var samlaget frivilligt och gemensamt planerat av målsäganden och den tilltalade men det föregicks av viss påtryckning och övertalning. Med tanke på målsägandens bristande erfarenhet, samt det ansvar den tilltalade med hänsyn till flickans ålder är skyldig att ta, kunde brottet enligt skiljaktiga inte betraktas som mindre allvarligt och brottsrubriceringen borde därför ha varit våldtäkt mot barn.

## **7.3 NJA 2006 s. 79 del II**

### **7.3.1 Bakgrund**

En 25-årig man hade under en tidig morgon år 2005 haft samlag med en fjortonårig flicka vid två tillfällen. De hade inte något förhållande men kände till varandra sedan tidigare eftersom målsägandens mor hade haft ett förhållande med den tilltalade. Flickan var vid tillfället för samlaget berusad och mycket trött. Även den tilltalade var alkoholpåverkad vid tidpunkten för de inträffade samlagen. Målsäganden påstod att hon vid tillfället sa nej tre gånger, men att hon varit för trött för att göra motstånd. Den tilltalade påstod å sin sida att samlaget var frivilligt och att målsäganden aldrig sa nej. Flickan menade att det är möjligt att den tilltalade inte hörde att hon sa nej. Vad gällde åldern var det tvistigt om den tilltalade mannen hade vetskap om flickans ålder. Hon menade att hon då mannen frågade henne om hennes ålder under kvällen berättade att hon var fjorton år. Den tilltalade påstod att han inte hade en aning om att flickan var under femton år och att flickan själv hade påstått sig vara sexton år gammal.

### **7.3.2 HD:s bedömning**

Vad gäller den tilltalades vetskap om flickans ålder menade HD att det inte kunde anses i tillräcklig grad utrett att den tilltalade mannen insåg flickans ålder vid tidpunkten för händelsen. HD menade dock att det framgick att den tilltalade hade sådan kännedom om målsäganden och dennes personliga förhållanden redan innan tidpunkten för händelserna att han i vart fall hade skäligen anledning att anta att målsäganden var under femton år.

Vidare konstaterade HD att målsäganden var nära åldern för sexuellt självbestämmande. Med hänsyn till att målsäganden uttryckte att hon inte visste om den tilltalade hörde att hon sa nej vid tidpunkten för samlaget och omständigheterna i övrigt menade HD att utgångspunkten skulle vara att den tilltalade uppfattade samlaget som frivilligt. Med utgångspunkt från detta tillsammans med att målsäganden var nära åldern för sexuellt självbestämmande gjorde HD den bedömningen att händelsen skulle hänföras till sexuellt utnyttjande av barn och inte våldtäkt mot barn. Dock ansågs att brottet skulle betraktas som allvarligt eftersom den tilltalade mannen kände till att målsäganden hade varit vaken hela natten och dessutom druckit alkohol i en inte obetydlig omfattning. Detta trots att det av utredningen framgick att flickan inte var i ett hjälplöst tillstånd. Eftersom brottet begicks av en vuxen man som utnyttjade att en ung flicka på grund av berusning



och sömnbrist hade svårt att göra övertänkta val, utsattes målsäganden för en allvarlig integritetskränkning. Därigenom dömdes den tilltalade också att betala skadestånd till målsäganden.

### 7.3.3 Skiljaktiga

Referenten, justitierådet Nyström, var inte enig med resten av HD:s ledamöter och anförde att den tilltalade skulle dömas för våldtäkt mot barn. Den tilltalade visste att målsäganden hade varit vaken hela natten och att hon hade druckit en inte obetydlig mängd alkohol. Om den tilltalade själv hade varit nykter måste han ha förstått att omständigheterna inte var sådana att målsäganden hade förutsättningar att bedöma och ta ställning till om hon skulle ha samlag med honom. Brottet skulle därför inte ha betraktats som mindre allvarligt, utan som våldtäkt mot barn.

## 7.4 Röster om HD:s bedömning

Madeleine Leijonhufvud har vid ett flertal tillfällen kritiserat HD:s bedömningar i NJA 2006 s. 79 del I och II. I en artikel i Svenska dagbladet har hon uttryckt att justitieråden i HD varken förstår eller tycker om den nya sexuallagen.<sup>84</sup> Hon ställer sig frågan om HD prioriterar våldtäktsmännens rättssäkerhet framför skyddet av barns kroppsliga integritet. Hon menar vidare att man måste göra skillnad på de tre situationer som lagen reglerar.<sup>85</sup> Om de som dömer bara accepterar lagen så säkras både rättssäkerheten och barnens integritetsskydd. Leijonhufvud har även kritiserat HD:s bedömningar mer ingående i två artiklar i Juridisk Tidskrift.<sup>86</sup> Vad gäller det första fallet menar hon, precis som de skiljaktiga justitieråden, att det i förarbetet till lagen anges att ett fall kan betraktas som mindre allvarligt om barnet är *mycket* nära femtonårsgränsen. Förhållandena ska också vara sådana att barnet har kunnat göra ett moget och övertänt beslut. I det första fallet hade flickan ännu inte fyllt fjorton år och hon har inte varit fri från beroende och påtryckning från mannens sida. Fallet borde därför inte betraktas som något annat än våldtäkt mot barn enligt Madeleine Leijonhufvud och hon ser domslutet som en klart felaktig rättstillämpning.

---

<sup>84</sup> Leijonhufvud, SVD, 2006-03-14 s 66.

<sup>85</sup> Se avsnitt 3.3.

<sup>86</sup> Leijonhufvud, JT 2005/06 s. 900-904 och Leijonhufvud, JT 2007/08 995-996.

Även i det andra fallet menar Leijonhufvud att rättstillämpningen är felaktig. HD konstaterar att mannen var berusad, men använder trots det inte rusläran. Att en gärningsman missuppfattat eller inte förstått något på grund av berusning ska inte fria från ansvar för ett brott. Madeleine Leijonhufvud menar därför att hjälpregeln i 6 kap. 13 § BrB inte borde ha använts när det gällde den tilltalades uppfattning om flickans ålder utan rusläran borde ha tillämpats istället. Detsamma gäller frågan huruvida flickan sa nej eller inte vid samlaget. Leijonhufvud påtalar också att det är märkligt hur HD i domen kan påpeka att användningen av 6 kap. 5 § BrB förutsätter att samlaget varit fullständigt frivilligt och ömsesidigt parterna emellan, men i skadeståndsbedömningen komma fram till att skadestånd ska utgå eftersom det har handlat om en vuxen mans utnyttjande av en berusad fjortonåring och att det alltid ska ses som en kränkning. HD bedömer också brottet som allvarligt, vilket Madeleine Leijonhufvud menar vara mycket märkligt då sexuellt utnyttjande av barn ska användas då brottet är att betrakta som mindre allvarligt. Att domstolen i båda fallen gör sitt val av brottsrubricering utifrån en egen uppfattning om straffvärdet av de gärningar som åtalen avser går emot de riktlinjer som finns om brottsrubricering och som slagits fast av en demokratisk ordning. Leijonhufvud menar därför att detta inte är förenligt med principerna om maktfördelning mellan lagstiftare och rättstillämpning. Hon påtalar också vilken besvärlig situation de båda domarna skapar. Om en underrätt tillämpar förarbetena och inte följer HD:s avgörande kommer domen att överklagas.

Josef Zila har i en debattartikel i Juridisk Tidskrift också uttalat sig om NJA 2006 s. 79 del I och II.<sup>87</sup> Hans uppfattning går tvärtemot Madeleine Leijonhufvuds då han är nöjd med HD:s domslut. Han anser att den centrala frågan om brottet ska betraktas som våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn behandlas utförligt och mycket pedagogiskt av HD. Skillnaden mellan det i förarbetet upptagna exemplet och den ifrågavarande situationen i första fallet är målsägandens ålder. Zila anser sig inte kunna utläsa av domen att målsäganden befunnit sig i en situation av beroende och påtryckningar från den vuxne mannens sida såsom de skiljaktiga påpekar. Han kritiserar också Madeleine Leijonhufvuds jämförelse mellan motivet till skadestånd såsom HD uttrycker det och motivet till brottsrubriceringen. Bedömningen i skadeståndsfrågan måste förstås i sitt

---

<sup>87</sup> Zila, JT 2007/08 s. 552-559.

sammanhang. Slutsatsen är enligt Zila att någon som är medveten om att ett barn är under femton år får anses som huvudregel allvarligt kränka barnet i skadeståndsrättslig mening, oavsett om målsäganden deltagit frivilligt eller inte. Zila menar att det är uppenbart att man vid bedömningen av skadestandsfrågan tillämpar ett mer formellt betraktelsesätt.

Vad gäller NJA 2006 s. 79 del II anser Zila att bedömningen även här är korrekt. Han påpekar att Madeleine Leijonhufvuds kommentar om att HD borde ha använt sig av rusläran är svår att förstå. Det fanns aldrig anledning att använda sig av denna regel i bedömningen. Han håller visserligen med dissidenten i HD om att den tilltalade utan berusningen skulle ha insett att målsäganden på grund av berusning och trötthet inte var i skick att ta ställning till frågan om att genomföra ett samlag. Madeleine Leijonhufvud menar dock att rusläran borde ha använts ifråga om den tilltalades vetskap om målsägandens ålder samt för frågan om den tilltalade uppfattade målsägandens ”nej”. För frågan om tilltalades uppfattning om målsägandens ålder menar Zila att detta är irrelevant eftersom ingen av instanserna anser att denna fråga är oklar. Vad gäller att målsäganden sagt nej till samlaget menar han att tillämpning av rusläran inte behövs eftersom det inte är styrkt att målsäganden sagt nej. Josef Zila påpekar också att varken Leijonhufvud eller dissidenten har tänkt på att målsäganden och den tilltalade har genomfört två samlag, ett tidigt på morgonen och ett vid lunchtid. Det andra samlaget kan således inte ha påverkats av berusning eller trötthet. Att det senare samlaget varit frivilligt kan inte vara helt irrelevant för frågan om det första samlaget varit frivilligt menar Josef Zila.

Före justitieministern Thomas Bodström har i en artikel i Svenska Dagbladet också han uttryckt sitt missnöje med de två HD avgörandena.<sup>88</sup> Han menar att det är nödvändigt med en utvärdering av den nya sexualbrottslagstiftningen från 2005. Han anser bland annat att det som HD i NJA 2006 s.79 del I och II ger uttryck för, det vill säga att äldre män går fria från ansvar för våldtäkt mot barn inte har varit meningen med den nya lagen.

Åklagarmyndigheten påpekar i en skrivelse från år 2006 att HD:s avgöranden inte är tillräckliga för att betraktas såsom en fast praxis utan fler avgöranden behövs för en tyd-

---

<sup>88</sup> Bodström, SvD, 2007-09-27.

lig vägledning. HD uttrycker själva att samtliga omständigheter ska beaktas vilket innebär att alltför stor vikt inte ska läggas vid HD:s två avgöranden.<sup>89</sup>

## 7.5 Kommentar

Att HD:s bedömning i de båda domarna inte överensstämmer med förarbetena till den nya regleringen framkommer ganska tydligt. Min mening är att gärningsmännen i de båda fallen borde ha dömts för våldtäkt mot barn utifrån motiven i förarbetena. I det första fallet håller jag med Madeleine Leijonhufvud om att flickans låga ålder och de påtryckningar som hon utsatts för borde ha föranlett att fallet betraktades som våldtäkt mot barn. I första hand av den anledningen att flickan var för ung för att hennes samtycke borde ha tagits hänsyn till över huvud taget. I övrigt med tanke på förhållandet till den 25-årige gärningsmannen som knappast med tanke på de påtryckningar som förekommit och målsägandens ställning till honom kan betraktas som frivilligt. Jag håller visserligen med Josef Zila om att HD:s bedömning är pedagogisk, men det är inte det samma som att det är en korrekt bedömning. Det är enligt min mening lite märkligt att Zila inte kan se att flickan har befunnit sig i en situation av påtryckningar och beroende. Åldern är dessutom enligt förarbetena en viktig faktor för bedömningen av frivilligheten och flickan i det första fallet var långt ifrån vad som i förarbetena uttalats vara mycket nära femtonårsgränsen för sexuellt självbestämmande.

Även i NJA 2006 s. 79 del II anser jag att den tilltalade borde ha dömts för våldtäkt mot barn. Det var här fråga om en vuxen man som utnyttjade en mycket trött och berusad fjortonåring sexuellt. Av förarbetena framkommer att det kan bli fråga om 6 kap. 5 § BrB då ett barn är mycket nära femtonårsgränsen och en sexuell handling är fullständigt frivillig och ömsesidig från den unges sida. Det ter sig för mig ganska självklart att en alkoholpåverkad och mycket trött fjortonåring inte är i ett läge där denne kan ta ett moget och oövertänt beslut. Jag håller dock med Zila om att rusräddningen skulle göra mest nytta på frågan om vad den tilltalade skulle ha uppfattat målsägandens situation om han inte själv hade varit påverkad av alkohol. Jag håller dock inte med om att det faktum att det inträffade två samlag, varav ett senare på förmiddagen, borde ha haft betydelse för frivilligheten och därmed rubriceringen av brottet som sexuellt utnyttjande av barn. Den tilltalade och målsäganden gick och la sig tidigt på morgonen. Att flickan vid det andra

---

<sup>89</sup> Åklagarmyndigheten, Utvecklingscentrum Göteborg, 2006.

samlaget fortfarande befann sig i en utsatt position på grund av berusning och trötthet är därför troligt. Dessutom har flickan befunnit sig i den vuxne mannens lägenhet, vilket satte henne i en än mer utsatt position. Det kan heller inte bortses ifrån, att den tilltalade var betydligt äldre än flickan vid gärningstillfället. Någon ömsesidig relation mellan målsäganden och den tilltalade har inte varit för handen i detta fall. HD ansåg att fallet var att betrakta som ett allvarligt fall av sexuellt utnyttjande av barn. Jag håller med Leijonhufvud om att det knappast går att göra en sådan bedömning. Det är svårt att se logiken i att betrakta ett brott som en allvarlig, men mindre allvarlig våldtäkt. Detta sammantaget borde ha lett till en annan bedömning än den HD gjorde.

## **8. Tillämpningen – rättsfall från hovrätten**

### **8.1 Målsäganden strax under tretton år**

#### **8.1.1 Refererade rättsfall (RH)**

##### ***RH 2006:120***

En vuxen man hade vid två tillfällen samlag med en flicka som vid tillfället var tolv år gammal. Efter det första samlaget tog flickan åter kontakt med den tilltalade mannen, vilket enligt hovrätten kunde ses som ett tecken på frivillighet. Den målsägande flickan var dock långt ifrån åldern för sexuellt självbestämmande, vilket inte kunde bortses ifrån. Den betydligt äldre mannen var dessutom medveten om att målsäganden tidigare hade blivit utsatt för en våldtäkt och att hon ansåg sig ha svårt att säga nej. Den tilltalade mannen borde ha förstått att han var en av de få personer som målsäganden kunde anförtro sig åt vid tidpunkten för det inträffade. Samlagen utfördes också på en plats som målsäganden inte tidigare var bekant med, och hon intog därmed en särskild beroendeställning gentemot den tilltalade. Mannen måste enligt hovrätten förstått att målsäganden inte var i stånd att göra övertänkta och reella val vid samlagen. Den eventuella frivillighet som förelegat kunde därför inte medföra att brottet skulle betraktas som mindre allvarligt. Hovrätten dömde den tilltalade för våldtäkt mot barn.

##### ***Kommentar***

Vad gäller hovrättens rubricering av brotten som våldtäkt mot barn är detta en riktig bedömning i linje med motiven. Vad som dock är intressant är skälen härtill. I domen konstateras att flickan har varit långt ifrån åldern för sexuellt självbestämmande och att detta inte kan bortses från vid bedömningen. Därefter går domstolen ändå vidare och diskuterar andra anledningar till att brottet i detta fall ska ses som våldtäkt mot barn och inte sexuellt utnyttjande av barn. 6 kap. 5 § BrB ska bara användas i undantagsfall. Dessa undantagsfall är enligt förarbetenas exempel att ett barn mycket nära åldern för sexuellt självbestämmande har en sexuell relation med en betydligt äldre person. Det är först i denna situation som en diskussion om frivillighet ska och bör föras då det är fråga om en betydligt äldre person. 6 kap. 5 § BrB borde därför avfärdas redan från början eftersom det med hänsyn till flickans låga ålder inte kan bli aktuellt att använda sig av denna

paragraf. Det är inte nödvändigt att kommentera andra fakta som påverkade målsägandens handlingar, eftersom frivilligheten aldrig blir aktuell. Att så ändå görs är sannolikt en följd av NJA 2006 s. 79 del I där flickans frivillighet bedömdes trots hennes låga ålder.

### **8.1.2 Icke refererade rättsfall**

#### ***B 1511-06***<sup>90</sup>

En man stod åtalad för att ha haft samlag med fyra flickor som var under femton år, däribland målsäganden D, tolv år och tio månader gammal.<sup>91</sup> Den tilltalade mannen var medveten om målsägandens ålder. Det hade inte förekommit våld eller hot i syfte att förmå målsäganden att genomföra de sexuella handlingarna med honom. Däremot var det mannen som var drivande ifråga om att träffa samtliga flickor och ha samlag med dem. Den tilltalade hade aldrig för avsikt att skapa ett förhållande med flickorna utan kontakten med flickorna hade som syfte att en sexuell relation skulle uppstå. Målsäganden D, hade inte ens fyllt tretton år vid tidpunkten för samlaget. Hovrätten menade att flickans låga ålder i sig utgjorde ett hinder för att betrakta gärningen som mindre allvarligt. För att domstolen ska kunna göra det krävs mycket speciella omständigheter eftersom flickan hade haft samlag med en vuxen man uttalade hovrätten vidare. Några sådana omständigheter var här inte för handen och hovrätten bedömde brottet som våldtäkt mot barn.

#### ***Kommentar***

I detta fall resonerar domstolen på det sätt som förarbetena gör och som man borde ha gjort även i det föregående rättsfallet, RH 2006:126. Dock uttrycker hovrätten att annan bedömning kan göras vid mycket speciella omständigheter. Någon diskussion om ”mycket speciella omständigheter” som kan föranleda att en vuxen persons sexuella relation med någon som inte är tretton år fyllda finns inte i förarbetena. Vad jag erfar existerar inga sådana omständigheter. Av hovrättens dom framkommer inte heller vilka dessa omständigheter skulle kunna vara.

---

<sup>90</sup> Denna dom har prövats av HD genom NJA 2006 s 510, men bara avseende påföljden. Eftersom det inte kommer att tas upp i arbetet har jag inte tagit med HD:s bedömning.

<sup>91</sup> Den tilltalade stod samtidigt åtalad för sexuellt utnyttjande av barn gentemot, A, B och C, bedömningarna refereras och kommenteras nedan.

## 8.2 Målsäganden mellan tretton och fjorton år

### 8.2.1 Refererade rättsfall (RH)

#### *RH 2006:109*

En 23-årig man hade i detta fall haft samlag med en trettonårig flicka. Tingsrätten ogillade åtalet eftersom gärningen med tanke på målsägandens ålder, ifråga om uppsåt eller oaktsamhet, inte kunde läggas den tilltalade till last. Hovrätten menade däremot att mannen i vart fall haft skälig anledning att anta att flickan var under femton år. Det var i fallet fråga om en ömsesidig relation mellan den tilltalade mannen och målsägande flickan. Relationen hade, trots att den tilltalade var 23 år vid tillfället och målsäganden tretton år, inte karaktären av en relation mellan en vuxen person och ett barn. Mannen umgicks mest med yngre kompisar och bodde fortfarande hemma hos sina föräldrar. Målsäganden hade däremot tidigare haft en sexuell relation och gav ett relativt moget intryck. Hovrätten fann därför att omständigheter förelåg som gjorde att brottet skulle betraktas som mindre allvarligt och dömde således den tilltalade mannen för sexuellt utnyttjande av barn.

#### *Kommentar*

Vad gäller barn under fjorton år är de inte mycket nära åldern för sexuellt självbestämmande enligt förarbetena och därför bör barnets frivillighet inte beaktas vid en sexuell relation. Rubriceringen av brottet som sexuellt utnyttjande av barn ska således falla redan med hänsyn till målsägandens ålder.

Vad gäller denna dom är riktigheten i hovrättens rubricering av brottet som sexuellt utnyttjande av barn tveksam. Av fallet framkommer inte flickans exakta ålder vilket gör det omöjligt att avgöra om de följt HD:s dom där flickan var tretton år och elva månader gammal, eller om hovrätten gick ännu längre i sin bedömning när de kom fram till att 6 kap. 5 § BrB ska användas. Att domstolen inte ens konstaterar att målsägandens ålder är låg är enligt min mening märkligt. Att hovrätten dessutom tar hänsyn till den tilltalade mannens mognad och utveckling känns bakvänt. Några sådana riktlinjer finns inte i förarbetena. Dock utesluter förarbetena inte att andra omständigheter kan beaktas än de som där nämns.



### ***RH 2006:110***

Den tilltalade mannen hade genomfört samlag vid tre tillfällen med M1, fjorton år gammal, ett samlag och andra med samlag jämförliga handlingar med M2, tretton år gammal och ett samlag med M3, fjorton år gammal. Både tingsrätten och hovrätten dömde den tilltalade för sexuellt utnyttjande av barn eftersom det sexuella umgänget var frivilligt från flickornas sida. Med beaktande av målsägandenas ålder och mognad fanns inte anledning att göra en annan bedömning än att den tilltalade mannen skulle dömas för sexuellt utnyttjande av barn.

### ***Kommentar***

Inte heller i detta fall sägs något om målsägandenas exakta ålder. För bedömningen av brottet mot M2 anser jag att detta skulle vara relevant för att se hur långt hovrätten har gått ifråga om ålder vad gäller barnets frivillighet och användningen av 6 kap. 5 § BrB. I vart fall anser jag att brottet mot trettonåringen bör betraktas som våldtäkt mot barn eftersom att åldern ensam gör att frivilligheten inte bör beaktas.

### ***RH 2006:128***

Tingsrätten dömde i detta fall den tilltalade mannen för våldtäkt mot barn, men det ändrades av hovrätten som rubricerade brottet som sexuellt utnyttjande av barn. Mannen var vid tillfället för händelsen sexton år gammal och den målsägande flickan var tretton år gammal. Målsäganden berättade att hon inte ville utföra ett oralt samlag med den tilltalade och att hon uppgav att hon var full när den tilltalade föreslog detta. Hon sa dock inte tydligt nej. Av utredningen framkom att målsäganden inte var kraftigt berusad. Den tilltalade utnyttjade således inte ett sådant tillstånd hos målsäganden. Inte heller våld eller tvång förekom. Hovrätten fann det utrett att mannen uppfattade det orala samlaget som frivilligt. Vid en samlad bedömning av omständigheterna, varvid bland annat beaktades att det var fråga om ett relativt kortvarigt händelseförlopp och att ålderskillnaden mellan den tilltalade och målsäganden var ringa ansåg hovrätten att mannen skulle dömas för sexuellt utnyttjande av barn och inte våldtäkt mot barn.

### ***Kommentar***

Vad gäller denna dom är flera saker tveksamma. För det första var flickan endast tretton år gammal. Hovrätten borde därför ha dömt gärningsmannen för våldtäkt mot barn redan av den anledningen att han har haft samlag med en trettonårig flicka, eftersom

flickan med tanke på hennes ålder inte kunde vara frivillig till den sexuella handlingen. Målsäganden närmade sig inte åldern för sexuellt självbestämmande såsom föreskrivs i förarbetena till lagen. För det andra är det olämpligt att domstolen tar hänsyn till händelseförloppets varaktighet vid bedömningen. Visserligen framkommer det inte av lagtexten vilka omständigheter som ska vara för handen för att ett brott ska betraktas som mindre allvarligt enligt 6 kap. 5 §, men förarbetena nämner inte något om att varaktigheten skulle vara en sådan omständighet. Syftet med den nya sexuallagen är att förstärka skyddet för barn mot sexuella övergrepp. Det är därför inte rimligt att använda ett sådant argument för att brottet ska ses som mindre allvarligt. Ett kort händelseförlopp kan såväl som ett långt händelseförlopp påverka barnets psykiska välmående och skada barnets integritet. En tredje sak som kan diskuteras är hur tolkningen av begreppet frivilligt har gjorts. Enligt förarbetena ska ett samlag vara fullständigt frivilligt och ömsesidigt för att inte betraktas som våldtäkt mot barn. Det är märkligt att säga att samlaget var frivilligt eftersom mannen sa att han uppfattade det så och flickan inte var kraftigt berusad, trots att flickan berättade att hon sa nej och försökte komma undan. Domen ligger inte i linje med förarbetena, men med tanke på NJA 2006 s. 79 del I och II är domstolens motivering, där de tar hänsyn till den trettonåriga flickans frivillighet, inte konstig.

### ***RH 2006:130***

Den tilltalade mannen som vid tidpunkten för händelsen var 23 år, hade haft samlag med målsäganden, tretton år och åtta månader gammal. Samlaget var frivilligt från målsägandens sida. Både tingsrätten och hovrätten dömde den tilltalade för sexuellt utnyttjande av barn.

### ***Kommentar***

I detta fall framkommer inget annat av den refererade domen än att flickan varit frivillig till den sexuella relationen med den 23-åriga mannen. Hovrätten har här bedömt flickans frivillighet trots att flickan inte var mer än tretton år och åtta månader gammal vid gärningstillfället. Detta är således anmärkningsvärt eftersom domstolen går emot förarbetena, men de går också ännu längre än vad HD har gjort i fråga om målsägandens ålder i relation till frivilligheten. Enligt min mening, som jag tidigare uttryckt, ska ett sådant fall bedömas som våldtäkt mot barn eftersom frivilligheten inte kan beaktas med

hänsyn till målsägandens ålder då denne inte var mycket nära åldern för sexuellt självbestämmande.

## **8.2.2 Icke refererade rättsfall**

### ***B 1511-06***

Hovrätten gjorde följande bedömning av de sexuella handlingarna gentemot målsägandena A och C som den tilltalade mannen hade utfört. Flickorna var knappt fjorton år gamla vid samlagen. De hade således förhållandevis långt kvar till åldern för sexuellt självbestämmande. Dock uppnådde de sådan ålder då frivilligheten kan beaktas. Uppgifterna i målet gav inga tecken på att mannen gemensamt planerade de sexuella aktiviteterna med flickorna. Flickorna var vid tillfällena för samlagen i den tilltalade mannens bostad och de befann sig därför i en mycket utsatt position. Åldersskillnader mellan målsägandena och mannen var påtaglig. Den tilltalade måste ha insett att handlingarna inte byggde på någon fullständig frivillighet och ömsesidighet dem emellan. Även gärningarna gentemot A och C betraktades därför som våldtäkt mot barn av hovrätten eftersom brotten inte heller i dessa fall kunde betraktas som mindre allvarliga.

### ***Kommentar***

I denna del av målet dömde hovrätten den tilltalade för våldtäkt mot barn för gärningarna gentemot A och C. Rubriceringen är som sådan helt riktig. I detta fall avfärdas inte sexuellt utnyttjande av barn på grund av åldern, vilket stämmer överens med HD:s tidigare uttalanden. Hovrätten har gått vidare och menat att relationen inte har varit ömsesidig och frivillig eftersom flickorna befann sig i gärningsmannens bostad, ålderskillnaden var påtaglig och det inte förekom någon gemensam planering av den sexuella samvaron. Detta är välmotiverade domskäl eftersom det krävs just en fullständig frivillig och ömsesidig sexuell relation med ett barn under femton år för att ett brott inte ska betraktas som våldtäkt mot barn.

### ***B 3034-06***

En sjuuttonåring hade i detta fall vid ett tillfälle haft två samlag med en trettonårig flicka. Flickan var hemma i den tilltalades lägenhet vid tillfället för händelsen. Hon sa nej vid ett flertal tillfällen, bland annat då den tilltalade försökte ta av henne underkläderna. Efter händelsen mådde hon mycket psykiskt dåligt. Hovrätten fastställde tingsrättens

dom om sexuellt utnyttjande av barn. 6 kap. 14 § BrB var inte tillämplig i detta fall eftersom tre år med tanke på målsägandens ålder inte kunde anses som ringa. Den tilltalade hade inte heller kommit obetydligt längre i mognad och det var inte uppenbart att det inträffade inte innebar ett övergrepp gentemot målsäganden.

### ***Kommentar***

Bedömningen i detta fall är förvånande. Flickan var bara tretton år gammal, dock framkommer inte heller här exakt hur gammal flickan har varit. Trots att det var fråga om samlag mellan två unga personer, är huvudregeln enligt förarbetena att ett barn under femton år inte samtycker till samlag enligt lagen och förarbetena. Den första frågan att utreda borde därför ha varit om flickans frivillighet skulle bedömas. Svaret på denna fråga är enligt förarbetena nej och därför borde gärningsmannen ha dömts för våldtäkt mot barn. Flickan skulle i så fall åtminstone ha närmast sig åldern för sexuellt självbestämmande, vilket hon som trettonåring knappast har gjort. Den andra diskussionen som borde ha uppkommit, om man istället utgår från att frivilligheten kunde beaktas, skulle varit frågan om flickan var frivillig. Med tanke på HD:s dom och andra domar från hovrätten finns det en risk att hovrätten hade ansett att det fanns möjlighet att bedöma frivilligheten. Det hade således blivit en fråga om huruvida flickan samtyckt till samlaget eller inte. Hovrättens bedömning att det inte kunde vara fråga om ansvarsfrihet enligt 6 kap. 14 § BrB är riktig. Det är dock anmärkningsvärt att åklagaren inte har åtalat för våldtäkt mot barn eftersom flickan var så ung och det framkommer av flickans berättelse att samlaget inte var frivilligt. För att en gärning ska omfattas av ansvarsfrihet enligt 6 kap. 14 § BrB måste brottet vara sexuellt utnyttjande av barn enligt 6 kap. 5 § BrB. För att döma för sexuellt utnyttjande av barn ska samlaget ha varit fullständigt frivilligt och ömsesidigt, något som varit högst tveksamt i detta fall. En annan sak som bör nämnas här är att domstolen inte är bunden till yrkandena avseende brottets rättsliga beteckning eller tillämpligt lagrum enligt 30 kap. 3 § rättegångsbalken (RB). Det innebär således att både tingsrätten och hovrätten hade kunnat döma gärningsmannen för våldtäkt mot barn utan hinder av att åklagaren inte åtalat för detta brott eftersom gärningen är den samma oavsett rubriceringen.

### **B 4969-06**

Två män, nitton respektive arton år gamla, hade samlag med en målsägande flicka som vid tillfället för gärningen var strax över tretton år gammal. Målsäganden var vid gärningstillfället berusad. Det rådde enligt hovrättens mening, med tanke på flickans bristande förmåga att gå, stå och tala, ingen tvekan om att de tilltalade borde ha insett att målsägandens omdömesförmåga var påtagligt nedsatt. Även om målsäganden inte kunde ansetts ha befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd, borde de båda tilltalade ha förstått att handlingarna varken var helt frivilliga eller präglades av ömsesidighet. De tilltalade utnyttjade tvärtom flickans belägenhet. Vid en samlad bedömning kunde hovrätten inte betrakta handlingarna som mindre allvarliga. Hovrätten dömde därför de tilltalade för våldtäkt mot barn.

### **Kommentar**

I detta rättsfall är jag av samma åsikt som vid de övriga fall då domstolen inte avfärdat 6 kap. 5 § BrB på grund av målsägandens ålder då den tilltalade var betydligt äldre än målsäganden. I övrigt är hovrättens skäl till rubriceringen riktiga. Det har helt enkelt inte varit fråga om en fullständigt frivillig och ömsesidig sexuell relation eftersom flickan inte var i ett läge där hon haft möjlighet att ta ställning till detta.

### **B 2892-07**

Den tilltalade, som vid tillfället för det åtalade brottet var drygt femton år gammal hade vid två tillfällena samlag med en flicka, nyss fyllda tretton år. Flickan angav själv att samlagen var frivilliga. Den tilltalades och målsägandens relation var endast flyktig. Båda samlagen genomfördes hemma hos målsäganden då hennes mamma inte var hemma. Hovrätten instämde i tingsrättens bedömning om att den tilltalade skulle dömas för sexuellt utnyttjande av barn och att ansvarsfrihetsregeln i 6 kap. 14 § BrB inte var tillämplig. Utrymmet för tillämpningen av ansvarsfrihet enligt denna reglering är mycket snävt. Det synes enligt HD vara rimligt att om målsäganden är nära femtonårsgränsen kan en större ålderskillnad godkännas. I detta fall var ålderskillnaden för stor mellan målsäganden och den tilltalade för att regeln skulle kunna tillämpas. De båda var endast flyktigt bekanta. Med bakgrund av detta menade hovrätten precis som tingsrätten att det inte var uppenbart att målsäganden inte utsattes för övergrepp.

### ***Kommentar***

Flickan hade här precis fyllt tretton år. Det är därför tveksamt om hon kunnat samtycka till samlaget över huvud taget. I förarbetena ges exemplet på en situation som kan anses som mindre allvarlig att en femtonåring och en fjortonåring har en fullständigt frivillig och ömsesidig sexuell relation med varandra. Utgångspunkten är att barn aldrig kan samtycka till samlag med undantag för då de närmar sig åldern för sexuell självbestämmande. För att kunna ta hänsyn till att flickan i detta fall faktiskt var frivillig, vilket hon själv har angett måste först frågan om hennes ålder, utveckling och mognad utredas. Själva bedömningen av användningen av 6 kap. 14 § BrB är alltså riktig, men det hade varit intressant att se motiveringen till att det var fråga om 6 kap. 5 § och inte 6 kap. 4 § BrB.

### ***B 4085-07***

Hovrätten ändrade tingsrättens rubricering våldtäkt mot barn till sexuell utnyttjande av barn. Den tilltalade hade samlag med en trettonårig flicka. Den tilltalade arbetade som vikarie på den skola som målsäganden gick på men av hovrättens utredning framkom att mannens främsta uppgift var att hålla uppsyn över självständigt arbetande elever. Det förhållandet att han arbetade på skolan hade, enligt hovrätten, därför inte någon avgörande betydelse för rubriceringen av brottet. Den tilltalade och målsäganden umgicks flitigt innan samlaget. Målsäganden hade innan denna tidpunkt varit intresserad av mannen. Hovrätten fann att eftersom målsäganden följde med hem till mannen och dennes bröder, kan hon med tanke på vad som tidigare utspelat sig mellan dem, inte varit oförberedd på hans närmanden. Som framkommer av berättelsen blev målsäganden överrumplad, men följde frivilligt mannens uppmaning att utföra den sexuella handlingen. Målsägandens vän befann sig i samma hus som målsäganden vid tillfället för det inträffade och hon hade kunnat ty sig till vännen om hon hade velat. Hon valde istället att stanna i ett rum ensam tillsammans med den tilltalade och umgås med honom i hans säng. Sammantaget ansåg inte hovrätten att det inträffade kunde anses så allvarligt att brottet skulle rubriceras som våldtäkt mot barn.

### ***Kommentar***

Att hovrätten ändrade tingsrättens rubricering av brottet från våldtäkt mot barn till sexuell utnyttjande av barn är mycket märkligt. Det handlade här om en man som var betyd-

ligt äldre än den flicka som han hade samlag med. Flickan var i detta fall endast tretton år och tre månader gammal. Det innebär att domstolen här gick emot förarbetenas uttalanden om när frivilligheten kan beaktas och de gick dessutom längre än vad HD gjorde i NJA 2006 s. 79 del I och II. Syftet med den nya sexuallagen är att stärka barns skydd mot sexuella övergrepp. En av grunderna till dessa skyddsregler är att skydda barnet mot den vuxnes sexualitet. Här resonerade domstolen som så att flickan fick skylla sig själv eftersom hon följde med mannen hem och att hon dessutom kunde tytt sig till en bekant som befann sig i samma hus. Dessa motiveringar är helt irrelevanta för bedömningen. Om frivilligheten ska ha betydelse ska det ha varit fråga om en fullständigt frivillig och ömsesidig sexuell relation. Det är inte meningen att barn ska ta ett sådant ansvar, det är gärningsmannen, den vuxne mannen, som har gjort fel.

## 8.3 Målsäganden mellan fjorton och femton år

### 8.3.1 Refererade rättsfall (RH)

#### ***RH 2006:118***

I denna dom instämde hovrätten i tingsrättens bedömning om att rubricera brottet som våldtäkt mot barn. Den tilltalade mannen genomförde samlag med två fjortonåriga flickor. De fjortonåriga flickorna var påverkade av alkohol som de blev bjudna på av den tilltalade mannen vid det aktuella tillfället. Hovrätten anförde att 6 kap. 5 § BrB ska användas med restriktivitet och endast då gärningarna bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Domstolen anförde att det var uppenbart att flickorna hade agerat på ett annat sätt om de inte hade varit påverkade av alkohol. Mannen utnyttjade flickornas påverkan för att utföra sexuella handlingar. Det var därför inte fråga om någon frivillighet eller ömsesidighet. Domstolen menade därför att det inte kan komma ifråga att döma den tilltalade för något annat än våldtäkt mot barn.

#### ***Kommentar***

Det är tydligt att domstolen inte kan ta hänsyn till flickornas eventuella frivillighet eftersom de inte befunnit sig i en situation där de har kunnat ta ett sådant beslut på grund av alkoholpåverkan. Bedömningen här är således riktig. Eventuellt, beroende av flickornas exakta ålder, hade frivilligheten inte behövt bedömas om flickorna inte var nära åldern för sexuellt självbestämmande. Rubriceringen är dock självklar.

#### ***RH 2006:126***

De två tilltalade, R och H hade vid ett tillfälle samlag med en fjortonårig flicka. De tilltalade var vid tillfället för det inträffade sexton år gamla och målsäganden var fjorton år gammal. Händelserna ägde rum i källaren på den skola där de tre gick. De sexuella handlingarna var frivilliga från flickans sida, men de inblandade hade ingen annan relation till varandra än att de var skolkamrater. Händelsen var inte planerad utav parterna. Efter samlaget med R ombads målsäganden att onanera åt dennes kompis, H, vilket hon också gjorde. Tingsrätten menade att relationen mellan de tilltalade och målsäganden inte var ett uttryck för sådana ömma känslor som enligt lagens intentioner skulle kunna medföra ansvarsfrihet enligt 6 kap. 14 § BrB. Hovrätten fastställde tingsrättens dom om sexuellt utnyttjande av barn.



### ***Kommentar***

Med tanke på förarbetenas uttalanden är denna bedömning riktig. Flickan var nära åldern för sexuellt självbestämmande och frivilligheten kunde därför beaktas. Det framkommer av målet att flickan var frivillig till det inträffade. Det är således inte fråga om brottet våldtäkt mot barn.

### ***RH 2006:131***

Den tilltalade mannen, som var 24, år hade samlag med en flicka som var fjorton år och elva månader gammal. Samlaget var frivilligt från målsägandens sida och det hade planerats av den tilltalade och målsäganden i samråd. Målsäganden hade uppnått sådan ålder att det inte fanns anledning att bortse från frivilligheten. Det stod enligt tingsrätten och hovrätten klart att gärningen inte var av så allvarligt slag som avsetts att falla under 6 kap. 4 § BrB och som bestraffas med minst två års fängelse. Mannen dömdes därför för sexuellt utnyttjande av barn.

### ***Kommentar***

Även här har hovrätten gjort en korrekt bedömning som ligger i linje med motiven till lagstiftningen. Faktum är att den överensstämmer med det typfall som tas upp i förarbetena. Här handlade det om en flicka som var så pass gammal att frivilligheten kunde beaktas och den sexuella relationen med den äldre mannen hade varit laglig om det hela hade inträffat en månad senare.

## **8.3.2 Icke refererade rättsfall**

### ***B 1511-06***

Målsäganden B var vid gärningstillfället nära åldern för sexuellt självbestämmande. Hon hade samlag med den tilltalade mannen ett tiotal gånger vid sju olika tillfällen. Målsäganden övernattade vid flera tillfällen hos den tilltalade. Några övernattningar avsåg mer än en natt och skedde vid ett par tillfällen med målsägandens mammas tillåtelse. Det framstod enligt hovrättens bedömning inte som osannolikt att mannen uppfattade de sexuella handlingarna som berörde B som frivilliga från hennes sida. Hovrätten rubricerade den sexuella samvaron med B som sexuellt utnyttjande av barn.

### ***Kommentar***

Hovrättens bedömning av fallet är korrekt i förhållande till förarbetena. Flickan befann sig i en ålder nära gränsen för den sexuella självbestämmanderätten. Med tanke på att hon återkom till den tilltalade och stannade kvar över natt ett flertal gånger håller jag med om att den sexuella relationen inte kunde uppfattas som annat än frivillig från målsägandens sida. Bedömningen förutsätter naturligtvis att samlagen inte föregåtts av våld eller tvång, något sådant har inte förekommit enligt domen.

### ***B 4559-06***

Den tilltalade hade vid minst ett tiotal tillfällen haft samlag med målsäganden som var fjorton år gammal. Samlagen var frivilliga från målsägandens sida. De sexuella handlingarna inträffade i den tilltalades bostad då målsäganden var på rymmen. I bostaden fick hon alkohol och droger. Målsäganden hade kort tid före det första tillfället för samlag fyllt fjorton år medan mannen var betydligt äldre. Det rör sig om många samlag under långt tid. Hovrätten ansåg därför att brottet inte kunde betraktas såsom mindre allvarligt, oberoende av om någon av dem haft starka känslor för den andre. Hovrätten fastställde därför tingsrättens dom i denna del om att gärningsmannen ska dömas för våldtäkt mot barn.

### ***Kommentar***

Hovrätten har visserligen kommit fram till ett resultat som ligger i linje med förarbetena och är ur den aspekten riktigt. Dock är motiveringen härtill underlig. Om domstolen inte avfärdar sexuellt utnyttjande av barn på den grunden att barnet inte varit av sådan ålder att frivilligheten inte kan beaktas, bör motiveringen härtill vara att samlagen inte föranletts av fullständig frivillighet och ömsesidighet. Detta eftersom flickan var i en utsatt position då hon hade varit på rymmen och vid flera tillfällen också var påverkad av alkohol och droger. Hon hade dessutom befunnit sig i mannens bostad vilket gjorde henne ännu mer utsatt samt att flickan och mannen aldrig verkade ha planerat den sexuella relationen i samråd. Min uppfattning är att detta räcker som motivering. Att det handlade om många samlag vid flera tillfällen, kan visserligen tyda på något slags utnyttjande av flickans förhållanden. Å andra sidan skulle det också kunna vara en motivering för frivillighet hos målsäganden eftersom hon då uppenbarligen har kommit tillbaka till mannens bostad, se till exempel bedömningen av brottet mot B i B 1511-06 ovan. Jag är

också tveksam till att domstolens avslutande kommentar att brottet i detta fall är att betrakta som våldtäkt mot barn oavsett om någon har haft starka känslor för den andre. Starka känslor kan visserligen vara ett tecken på en relation som är ömsesidig och frivillig, men huvudregeln för våldtäkt mot barn enligt 6 kap. 4 § BrB gäller oavsett känslor och vem som har tagit initiativ till samlaget. Risk finns när domstolen uttalar sig på det sättet att det uppfattas som att detta kan spela roll i andra liknande situationer vilket är tveksamt.

### ***B 4991-06***

Den tilltalade hade vid ett flertal tillfällen samlag med en fjortonårig flicka. Den målsägande flickan och den tilltalade mannen hade känt varandra under en längre tid eftersom mannen under något år hade varit flickans idrottslärare. Mannens dotter spelade också i samma lag som målsäganden och var hennes kompis. Utredning visade att förhållandet mellan mannen och målsäganden inte hade varit sådant att de gemensamt planerat att genomföra någon av de sexuella handlingarna som det här var frågan om. Visserligen träffades de på bådass initiativ men en del av deras möten skedde efter det att den tilltalade bad målsäganden eller tjtade på henne. Flickan avböjde vid ett flertal tillfällen att följa med till en lägenhet tillsammans med mannen som denne sa sig ha nyckeln till. Vid ett tillfälle framkom också att den tilltalade mannen till viss del höll fast målsäganden vid samlaget och att han varit mycket bestämd och dominant. Vid ett annat tillfälle hade flickan haft hjärnskakning och mådde därför dåligt. Med tanke på dessa omständigheter ansåg inte hovrätten att den sexuella samvaron präglades av någon ömsesidighet. Det var också en betydande ålderskillnad mellan den tilltalade och målsäganden och mannen hade på ett påtagligt sätt utnyttjat det förtroende hon kände för honom. Dessa omständigheter gjorde att brottet inte kunde betraktas såsom mindre allvaligt. Samtliga gärningar som den tilltalade utförde skulle därför, enligt hovrätten, betraktas som våldtäkt mot barn.

### ***Kommentar***

Paragrafen om sexuellt utnyttjande av barn ska användas restriktivt. Den ska enligt förarbetena användas som en undantagsregel. Detta efterlevs väl i denna dom. Mannen var betydligt äldre än flickan som blev utnyttjad. Visserligen var hon i en sådan ålder att frivilligheten kunde beaktas. Mannen dömdes dock för våldtäkt mot barn eftersom det

fanns mycket som talade mot att förhållandet var av sådan art att det kunde ses som fullständigt frivilligt och ömsesidigt.

### ***B 2072-06***

Den tilltalade hade vid ett tillfälle samlag med en flicka som var strax under femton år gammal. Målsäganden påstod att våld förekom vid samlaget. Efter fyra dagar berättade målsäganden om händelsen för en vän. Dagen efter det att målsäganden polisanmälde den tilltalade för våldtäkt följde hon frivilligt med den tilltalade och några av hans vänner på en biltur. Efter polisanmälan skickade målsäganden sms till den tilltalade. Detta utgjorde enligt hovrätten grund för rimligt tvivel beträffande riktigheten av målsägandens påstående om våld. Utgångspunkten var därför att gärningsmannens uppgifter om samlaget stämde och att denne därför uppfattat samlaget som frivilligt. Med hänsyn till detta samt att det vid gärningstillfället var mindre än en månad kvar tills målsäganden skulle fylla femton år och att det inte fanns några försvårande omständigheter i övrigt beslutade domstolen att den tilltalade skulle dömas för sexuellt utnyttjande av barn.

### ***Kommentar***

En del av problematiken i detta mål är bevisfrågan, något som jag inte kommer att diskutera vidare eftersom det inte är föremålet för uppsatsen. I övrigt förstår jag den bedömning som har gjorts här. Anledningen till att domstolen kan göra denna bedömning är att flickan faktiskt är nära åldern för sexuellt självbestämmande och att gärningsmannen uppfattat samlaget såsom frivilligt. Den väg som hovrätten har valt att gå i fråga om rubriceringen är därför korrekt.

### ***B 2598-07 (TR 192-06)***

Hovrätten delade tingsrättens bedömning att gärningen var jämförlig med samlag, men att det inträffade inte var att betrakta som våldtäkt mot barn utan sexuellt utnyttjande av barn. Den tilltalade som var betydligt äldre än målsäganden hade vid ett tillfälle fört sin hand innanför trosorna på målsäganden och fört in två fingrar i hennes slida. Målsäganden bad mannen att sluta, vilket han gjorde. Målsäganden lämnade mannens bostad efter ytterligare ett försök till sexuell beröring från den tilltalades sida. Den tilltalade hade även tagit bilder av målsäganden där hon ombads att stå på ett sådant sätt att man kunde se bröstet. Målsäganden var efter det inträffade inte rädd för den tilltalade mannen, men hon mådde inte bra.

### ***Kommentar***

Det var här frågan om en betydligt äldre man som utförde sexuella handlingar mot en flicka som var under femton år. Exakt hur gammal hon var framkommer inte, men även om jag utgår från att flickan var nära åldern för sexuellt självbestämmande håller jag inte med tingsrätten och hovrätten om brottsrubriceringen. Jag anser att det inträffade är ett fall av våldtäkt mot barn enligt 6 kap. 4 § BrB eftersom mannen var betydligt äldre än flickan och det inte finns något som talar för att den sexuella relationen varit fullständigt frivillig eller ömsesidig. Det framkommer inte närmare av den motivering som förekommer vilka omständigheter som hovrätten baserade sin bedömning på. Av det som framkommer av rättsfallet anser jag dock att rubriceringen borde ha varit våldtäkt mot barn.

## 9. Analys

### 9.1 Jämförelse mellan förarbeten, praxis och tillämpning

Del av denna analys har redan gjorts under de separata avsnitten för praxis, barnrätt och barnpsykologi, men även kommentarerna efter varje rättsfall i tillämpningsdelen är en del av denna analys. Här ska därför endast de stora gemensamma dragen för denna del tas upp och sammanfattas.

Att det råder oenighet mellan praxis och förarbeten behöver knappast kommenteras igen. Ser man på tillämpningen av 6 kap. 4 § och 6 kap. 5 § BrB kan konstateras att det är ett svårhanterligt rättsområde. Det märks bland annat genom att domar med mycket lika förutsättningar har bedömts olika. Ibland har också situationer med likartade förutsättningar bedömts på samma vis men med helt olika motiveringar. Ta till exempel B 1511-06 där gärningsmannen dömdes av hovrätten för våldtäkt mot barn mot två flickor som ännu inte hade fyllt fjorton år eftersom samlagen inte varit fullständigt frivilliga och ömsesidiga. Motiveringen till detta var att mannen var betydligt äldre än flickorna, de hade inte gemensamt planerat den sexuella relationen och flickorna hade befunnit sig i mannens bostad något som gjorde dem ännu mer utsatta. Här lade hovrätten därför ansvaret på mannen. Han borde ha insett att samlagen inte var fullständigt frivilliga och ömsesidiga. I domen B 4085-07 var flickan bara tretton år och tre månader gammal, också hon befann sig i gärningsmannens bostad vid tillfället för samlaget och de hade inte planerat samlaget tillsammans. Gärningsmannen var betydligt äldre än flickan. Ändå dömdes inte den tilltalade för våldtäkt mot barn utan domstolen ansåg att brottet var mindre allvarligt. Detta eftersom flickan frivilligt följde med mannen hem och med tanke på vad som tidigare inträffat dem emellan borde hon ha varit förberedd på mannens närmanden. Hon hade dessutom kunnat ty sig till sin vän som befann sig i samma hus vid tidpunkten för samlaget. Omständigheterna är alltså mycket lika, men utgångarna olika.

Lagstiftaren öppnar upp för en bedömning från fall till fall med den formulering av 6 kap. 5 § BrB som finns idag. Det krävs mer eller mindre för att paragrafen ska kunna fungera som en undantagsklausul. Detta leder till en subjektiv bedömning, vilket också har blivit en av följderna. Dock medför de uttalanden som finns i förarbetena att denna

effekt motverkas om riktlinjerna bara följs av domstolarna. Här framkommer huvudpunkterna av hur bedömningen ska göras. Att resultaten ändå blir olika är en av följderna av att NJA 2006 s. 79 del I och II har uttryckt andra riktlinjer för bedömningen än de i förarbetena. Utgången i domen B 4085-07 är knappast önskvärd utifrån förarbetena och hade de riktlinjer som där ställts upp följts hade utgången med all säkerhet blivit en annan. I fallet hade en man haft samlag med en trettonårig flicka, domstolen tog hänsyn till flickans samtycke till samlaget, trots att mannen var betydligt äldre. Frivilligheten kan, enligt förarbetena, beaktas då barnet är mycket nära åldern för sexuellt självbestämmande. Flickan hade inte uppnått sådan ålder.

Många av bedömningarna i domarna ovan har följt NJA 2006 s. 79 del I och II framför motiven i förarbetena. Det beror troligtvis på den risk för överprövning och ändring som HD:s domar kan medföra om domstolarna inte följer HD:s praxis, precis som Madeleine Leijonhufvud kommenterar i en av sina artiklar. Inte i ett enda av rättsfallen har domstolen avfärdat sexuellt utnyttjande av barn på grund av barnets låga ålder efter det att barnet har fyllt tretton år. Det kan visserligen vara befogat då två ungdomar har en sexuell relation med varandra eftersom barnet som är under femton år endast ska närma sig åldern för sexuellt självbestämmande och samlaget ska ha varit fullständigt frivilligt och ömsesidigt. Riktlinjerna i dessa situationer är än mer vaga än om en betydligt äldre person har samlag med ett barn under femton år. Även innan tretton års ålder tar domstolen med andra faktorer i bedömningen trots att detta egentligen inte behövs. Ofta är det fråga om sådant som skulle ha betydelse för om samlaget varit frivilligt eller inte, men som i detta läge är ointressant. I rättsfallen har en bedömning av frivilligheten diskuterats även om barnet varit ännu yngre än flickan i NJA 2006 s. 79 del I, som var tretton år och elva månader gammal vid samlaget. Istället för att använda 6 kap. 5 § BrB som en undantagsregel då någon som befinner sig nära åldern för sexuellt självbestämmande har en sexuell relation, utreds paragrafen nästan alltid om barnet är mer än tolv år gammalt. Paragrafen används mer som regel än undantag, trots att det framkommer av förarbetena till lagen att 6 kap. 5 § BrB ska användas restriktivt.

## 9.2 Tillämpningen i förhållande till barnrätten

En viktig del av barnrätten är principen om barnets bästa. Som konstateras ovan krävs det att barnets bästa används av domstolarna för ett verkligt uppfyllande av principen, eftersom domstolarna tar rättsliga beslut som angår barn. I detta fall har lagstiftaren gett en hänvisning till vad som är bäst för barnet och hur domstolen ska ta hänsyn till barnets egna åsikter när ett barn under femton år har en sexuell relation med någon som är över femton år. Detta har gjorts på det viset att lagstiftaren har satt en åldersgräns under vilken domstolarna inte ska ta hänsyn till vad barnet själv har uttryckt om samlaget. I vissa undantagssituationer har lagstiftaren sedan bestämt att domstolarna ska ta hänsyn till barnets samtycke och hur detta ska göras. Visserligen överensstämmer den svenska lagstiftningen om våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn i stort med de krav som ställs internationellt, liksom tidigare konstaterats, men med tanke på att tillämpningen inte överensstämmer med lagstiftarens intentioner kommer här göras ytterligare en jämförelse.

Av förarbetena till den nya sexuallagstiftningen framkommer att barnets bästa är det objektiva. Det vill säga barn är ett skyddsobjekt med tanke på mognad och utveckling och därför ska de skyddas. Hänsyn ska därför som huvudregel inte tas till barnets tanke kring en sexuell relation med en person som är över femton år. Att domstolarna tar hänsyn till vad barnet tycker i fråga om en sådan sexuell relation då barnet endast har varit omkring tretton, fjorton år gammalt stämmer därför inte överens med principen om barnets bästa. Det gäller även de domar i vilka åklagaren inte har tagit upp frågan om våldtäkt mot barn då den sexuella relationen har bestått i att en person som också varit under arton år, men dock över femton år har varit gärningsman. Detta trots att flickorna i dessa fall endast har varit strax över tretton år gamla. Att istället ta upp frågan om ansvarsfrihet enligt 6 kap. 14 § kan knappast anses vara samstämmigt med principen om barnets bästa eftersom barnet är ett skyddsobjekt och några undantag från denna grundsats inte bör göras i denna ålderskategori. Att överhuvudtaget diskutera en trettonårigs ansvar för en sexuell relation stämmer inte överens med grundtanken om barn som speciellt skyddsvärda i sin ställning som minderåriga. Regeringen uttryckte redan 1999 att barns sexuella relation med en vuxen person är helt och hållet den vuxnes ansvar. Har denna uppfattning ändrats?



Vad gäller det materiella skyddet för sexuella övergrepp uppfyller Sverige dessa krav både enligt barnkonventionen och enligt europakonventionen. Dock kan även här ifrågasättas verkningarna av dessa om barnet trots regleringarna inte ges det skydd som faktiskt finns enligt den internationella och nationella rätten. Grunden för det materiella straffrättsliga kravet är att det ska vara brottsligt att ha en sexuell relation med någon under femton år oavsett frivilligheten. I dessa internationella dokument föreskrivs också att barn ska skyddas mot alla sexuella övergrepp. Att ha sexuellt umgänge med någon under femton år i Sverige bestraffas visserligen alltid, i vart fall då gärningsmannen inte varit nära offret i ålder och utveckling. Dock var inte syftet att ett barn på grund av frivillighet i en lägre ålder kan göra att en vuxen person straffas mycket lägre. Gärningsmannaperspektivet och andra rättsliga värderingar hamnar i dessa situationer före barns behov av skydd och barns rättigheter vid den svenska tillämpningen. Det kan därför ifrågasättas om inte syftet med regleringen internationellt och nationellt förfaller då andra värden än barnets bästa och barnet som skyddsobjekt går före i situationer då lagstiftningen faktiskt säger något annat. Om domstolarna bara följer den svenska lagstiftningen på det sätt som förarbetena föreskriver skulle både barns rättigheter och gärningsmannaperspektivet tillfredsställas, precis som Madeleine Leijonhufvud påpekar.<sup>92</sup> Tanken bakom införandet av paragrafen om våldtäkt mot barn var att stärka skyddet för barn mot sexuellt utnyttjande. Om inte paragraferna används på det sätt som tänkts upprätthålls inte syftet bakom den nya lagstiftningen.

Att diskutera frivilligheten i en så låg ålder som tretton år kan leda till att barnet känner skuld vilket kan skada barnets psykiska hälsa. Att främja barns psykiska hälsa är ett av de främsta målen enligt den svenska strategin för att uppfylla FN:s barnkonvention under de närmaste åren. I och med detta kan återigen ifrågasättas om vissa bestämmelser i den nya europakonventionens bestämmelser om skydd för barn som brottsoffer i förhållande till barnets bästa verkligen uppnås. Alla parter som undertecknar konventionen åtar sig bland annat att vidta nödvändiga lagstiftningsåtgärder eller andra åtgärder för att säkra att brottsutredningar och rättsprocesser förs med hänsyn till barns bästa och barns rättigheter enligt artikel 30. Ett av syftena är att ett mer barnvänligt synsätt ska genom-

---

<sup>92</sup> Leijonhufvud, SVD, 2006-03-14 s 66.

syra hela rättsprocessen. Detta uppfylls knappast när Sverige har ett skydd för barn som närmast är illusoriskt i förhållande till andra rättsliga värden.

### **9.3 Tillämpningen i förhållande till barnpsykologi – ålder, utveckling och mognad**

Det framkommer av rättsfallen ovan att domstolarna diskuterar barns frivillighet från tretton års ålder nära nog konstant vid bedömningen av om ett brott är att betrakta som våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn. Vid tretton års ålder har i princip alla barn kommit i puberteten. Puberteten har följande kännetecken enligt avsnitt sex ovan:

- Vilsenhet och osäkerhet hos individen,
- Hormonförändringar som leder till ett humör som växlar snabbt,
- Rädsla för att inte bli accepterad vilket ofta leder till att man handlar på samma sätt som vännerna,
- Känsla av påtryckningar, faktiska eller inbillade påverkar beteendet,
- Identitetsförvirring,
- Ideologisk världsuppfattning,
- Bekräftelse genom att spegla sig själv i andra,
- Idolmakeri, idealisering och svärmisk beundran.

En individ som befinner sig i en livsperiod som kännetecknas av ovanstående punkter har otvivelaktigen svårare än en vuxen person att ta ett beslut i fråga om en sexuell relation på grund av sin utveckling och mognad. Det är troligtvis också lättare utifrån denna information att övertala eller förmå en person i denna ålder att utföra en sexuell handling. Till denna lista ska också läggas den fysiska omognaden samt många gånger okunnighet hos barnet. I princip finns det ingen som har kommit ur denna utvecklingsfas vid tretton års ålder. Att domstolarna i sin tillämpning går så långt i sin bedömning att även trettonåringars frivillighet tas hänsyn till är därför anmärkningsvärt. Det stämmer knappast överens med kunskap och vetenskap om barns utveckling och mognad i

denna ålder. Femtonårsgränsen är satt med tanke på barnets bästa utifrån ett skyddsperspektiv, det vill säga utifrån den kunskap och vetenskap som finns om barn i denna ålderskategori. När man ser till listan kan kanske till och med ifrågasättas om åldersgränsen borde vara högre. Frågan är om alla barn som är femton år verkligen är mogna att ta ansvar för sina beslut vid sexuella relationer. Framförallt i förhållande till betydligt äldre personer. Grundtanken är att barn ska skyddas mot sexuella handlingar och att de inte har samma möjlighet som vuxna att ta ställning därtill. Trots att det finns vetenskap och kunskap om barn i denna ålder och detta ligger till grund för sexualbrottslagstiftningen används bestämmelserna på ett sätt som inte stämmer överens med denna kunskap.

#### **9.4 Tillämpningen i förhållande till kriminalisering och straffmätning**

I ett eller ett par fall, inkluderat NJA 2006 s. 79 del I och II tenderar domstolen att använda det konkreta straffvärdet som ett av skälen till att ett brott inte kan anses vara så pass allvarligt att det ska hamna inom tillämpningsområdet för 6 kap. 4 § BrB. Att göra så stämmer inte överens med 29 kap. 1 § BrB. Först ska det abstrakta straffvärdet bestämmas, vilket innebär att straffskala för det aktuella brottet beslutas. Därefter ska det konkreta straffvärdet bestämmas.

Vad gäller kriminaliseringen är skyddsintresset bakom lagstiftningen om våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn, barnet och dennes behov av skydd mot den vuxna sexualiteten. Lagstiftaren ska visserligen ta ställning till när ett potentiellt offer borde uppfatta sig själv som offer. Istället har en schablonisering gjorts utifrån vuxnas uppfattning om att barn inte kan samtycka till sexuella handlingar innan femton års ålder. Det leder här till en lite speciell situation eftersom samtyckesfrågan inte är intressant i första hand. De värden och intressen som kränks vid våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande är barnets integritet och barnets bästa. Skuldprincipen med den grundläggande tanken om att den som inte har gjort något fel inte heller ska straffas uppfylls genom att det finns ett utrymme för strafffrihet genom 6 kap. 14 § BrB. Naturligtvis kan vi tänka oss att två unga personer har en frivillig sexuell relation. Att alltid straffbelägga en sådan handling hade varken stämt överens med en norm som kan motiveras på ett rationellt sätt eller med skuldprincipen, vilket i princip krävs för kriminalisering som ska verka effektivt. När barnet är i trettonårsåldern finns det dock inte stort utrymme för

samtycke på grund av den psykiska och fysiska utvecklingen hos barnet. En annan grundtanke med kriminalisering är ekvivalens; Gärningstyper med samma bestraffningsvärde ska tilldelas likartade straffskalor. Redan i förarbetena uttryckte flera remissinstanser att problem skulle uppstå och begreppet våldtäkt skulle urholkas i och med den nya regleringen eftersom våldtäkt i normala fall innefattar allvarligare situationer, som föregåtts av våld eller hot. Med tanke på att ekvivalens är en av grunderna till kriminalisering är resultatet av ett glapp mellan å ena sidan förarbetena och å andra sidan tillämpningen en naturlig följd då vissa situationer av våldtäkt mot barn inte har en lika stark kriminaliseringsgrund som våldtäkt enligt 6 kap. 1 § BrB. Här återkommer vi också till frågan om straffmätning. Tendensen som finns, att använda det konkreta straffvärdet för att motivera att brottet inte är allvarligt nog och därför inte ska falla inom straffskalan för ett visst brott, här våldtäkt mot barn, kan eventuellt ha sin förklaring i kriminaliseringen. Handlingen som ska bestraffas anses inte lika straffvärd som en annan handling, men de bestraffas likadant.

## 10. Slutsats

Följs bara motiven till den nya sexuallagstiftningen skulle de problem som idag finns med tillämpningen av 6 kap. 4 § och 6 kap. 5 § BrB avhjälpas, lagstiftningen skulle bli mer förutsebar och rättssäkerheten skulle upprätthållas. Paragrafen om våldtäkt mot barn måste följas av en undantagsregel med visst diskussionsutrymme, annars hade domstolarna bestraffat i situationer som inte är lika straffbara som andra brott med samma straffskala. Det finns också sexuella relationer som vi har svårt att betrakta som brott och därför bör dessa handlingar inte bestraffas. Det finns ingen moralisk täckning för att bestraffa en sexuell relation mellan två unga som är mycket nära varandra i ålder och utveckling och som är frivillig, varken för sexuell utnyttjande av barn eller våldtäkt mot barn. Problemet med NJA 2006 s. 79 del I och II är att domstolen har gått längre än så. Grundsatsen att ett barn aldrig kan samtycka till ett samlag och barnets rättigheter i övrigt har fått stå tillbaka till förmån för hur den vuxne förövaren har uppfattat situationen. Min uppfattning är att anledningen till att HD bedömer situationerna i de två fallen som de gör beror på tanken bakom kriminalisering, att de helt enkelt inte tycker att det är så allvarligt med en sexuell relation mellan ett barn i tonåren och en vuxen man att detta ska betraktas som våldtäkt när samlaget varit frivilligt eller uppfattats som frivilligt av gärningsmannen. Anledningen till glappet mellan förarbeten och NJA 2006 s. 79 del I och II är, tror jag, att tillämpande instanser är rädda för att döma för ett brott som de inte känner ett lika starkt moraliskt stöd för. Men det är just här som vi måste komma ihåg att barn är barn och faktiskt behöver skyddas. De genomgår en stor utvecklingsfas och kan inte ta beslut på samma sätt som vuxna. Det är därför en sexuell relation bör ses som våldtäkt mot barn som huvudregel eftersom den sexuella relationen som sådan är ett övergrepp mot barnet.

Med den tillämpning som vi ser idag har jag svårt att se att barns skydd mot sexuella övergrepp verkligen har stärkts. Tillämpande instanser har ibland följt motiven, men oftast har de följt HD:s dom. Ibland har motiven till lagstiftningen följts och barnen har erhållit det skydd som lagstiftaren syftade till. Ibland har barnets skyddsintresse helt fått stå tillbaka. Syftet med den nya lagen, att förstärka barns skydd mot sexuella övergrepp blir med tanke på större delar av tillämpningen mer eller mindre en illusion. Detsamma gäller den nationella och internationella regleringen och uttalandena om barns rättighe-

ter. Nya uttalanden behövs för tillämpningen av lagen, förhoppningsvis får vi också se detta när den för närvarande pågående utredningen om sexualbrottslagstiftningen avslutas under hösten 2010.

# Källförteckning

## Litteratur

*Brottsbalken en kommentar*, Lena Holmqvist, Madeleine Leijonhufvud, Per Ole Träskman, Susanne Wennberg, 5:e uppl., Norstedts juridik AB 2007.

Dahlström, Mats, Nilsson, Inger, Westerlund, Gösta *Brott och påföljder*, 2:a uppl., Bruuns bokförlag 2007.

Gillberg, Christopher, Hellgren, Lars, (red) *Barn- och ungdomspsykiatri*, Bokförlaget Natur och kultur 2000.

Hollander, Anna, Nygren, Rolf, Olsen, Lena (red), *Barn och rätt – Bidrag från forskarkollegor tillägnade Åke Saldeen, Barn som aktörer*, Iustus förlag 2004.

Jareborg, Nils, Zila, Josef, *Straffrättens påföljdslära*, Norstedts juridik AB 2005.

Melin, Stefan, *Barnkonventionen i Svensk rätt – Principer och regler i urval*, Thomson fakta AB 2004.

Olsson, Maj-Lis, Risån, *Sexuell utveckling*, Almqvist & Wiksell Förlag AB 1978.

Schiratzki, Johanna, *Barnrättens grunder*, 2:a uppl., Studentlitteratur 2004.

Tetzcher, Stephen von, *Utvecklingspsykologi, Barn- och ungdomsåren*, Studentlitteratur 2005.

*Utvecklingspsykologiska teorier, En introduktion av Sonja Egeberg, John Halse, Espen Jerlang, Ann Joy Jonassen, Suzanne Ringsted, Bertil Wedel-Brandt*, 4e uppl., Liber 2006.

## Artiklar

Bodström, Thomas, *Vad tycker Ask om sexualbrottslagen?*, SvD 2007-09-27 s. 5.

Leijonhufvud, Madeleine, *HD-juristerna förstår inte den nya sexuallagen*, SvD, 2006-02-14 s. 66.

Leijonhufvud, Madeleine, *HD prövar den nya regleringen av sexualbrott mot barn*, JT 2005/06 s. 900-904.

Leijonhufvud, Madeleine, *Replik: HD oh den nya regleringen av sexualbrott mot barn*, JT 2007/08 s. 995-996.

Träskman, Per Ole, *Vem är kriminalpolitikens nyckelperson: brottslingen, brottsoffret eller "jag själv"?* JT 2008/09 s. 497-515.

Zila, Josef, *Rättspraxis efter sexualbrottsreformen 2005*, JT 2007/08 s 552-559.

Åklagarmyndigheten, *Våldtäkt mot barn/sexuellt utnyttjande av barn - två HD domar i mars 2006*, Utvecklingscentrum Göteborg 2006.

## **Offentligt tryck**

### ***Förarbeten***

Regeringens proposition 1997/98:182 *Strategi för att förverkliga FN:s konvention om barnets rättigheter i Sverige*

Regeringens proposition 2003/04:12 *Sveriges antagande av rambeslut om åtgärder för att bekämpa sexuellt utnyttjande av barn och barnpornografi*

Regeringens proposition 2004/05:45 *En ny sexualbrottslagstiftning*

SOU 1997:116, *Barnets bästa i främsta rummet: FN:s konvention om barnets rättigheter förverkligas i Sverige: Barnkommitténs huvudbetänkande*, Fritze 1997.

### ***Rättsfall***

HD

NJA 2006 s. 79 I & II

NJA 2006 s. 201



Publicerade/Refererade rättsfall från hovrätten (RH-domar)

RH 2006:108

RH 2006:109

RH 2006:110

RH 2006:118

RH 2006:120

RH 2006:126

RH 2006:128

RH 2006:130

RH 2006:131

Icke publicerade/refererade rättsfall från hovrätten

B 1511-06 Hovrätten för västra Sverige, 2006-04-04

B 2072-06 Hovrätten för västra Sverige, 2006-05-19

B 3034-06 Hovrätten för västra Sverige,

B 2892-07 Hovrätten för västra Sverige,

B 4559-06 Hovrätten för västra Sverige, 2007-03-16

B 4991-06 Hovrätten för västra Sverige, 2007-02-05

B 4969-06 Hovrätten för västra Sverige, 2007-02-16

B 4085-07 Hovrätten för västra Sverige, 2007-12-21

(B 3318-07)

**Övrigt**

Cronberg, Helena, Vårdguiden, *Tonåringar (13-19 år)*, senast ändrad 2007-01-05 (2009-05-06) [http://www.vardguiden.se/Tema/Barn-och-foraldrar/Tonaringar-13-19-ar/\\*1](http://www.vardguiden.se/Tema/Barn-och-foraldrar/Tonaringar-13-19-ar/*1)

Domstolsverket, *Europadomstolen för mänskliga rättigheter*, senast ändrad 2009-01-09 (2009-06-10) [http://www.domstol.se/templates/DV\\_InfoPage\\_891.aspx](http://www.domstol.se/templates/DV_InfoPage_891.aspx)

Regeringen, *Mål och prioriteringar för barnrättspolitiken*, senast ändrad 2009-02-24 (2009-05-06) <http://www.regeringen.se/sb/d/1919/a/100759>

Regeringen, *Mänskliga rättigheter i EU:s interna politik*, senast ändrad 2008-01-30  
(2009-05-07)

[http://www.manskligarattigheter.gov.se/extra/pod/?id=15&module\\_instance=6&action=pod\\_show](http://www.manskligarattigheter.gov.se/extra/pod/?id=15&module_instance=6&action=pod_show)

Regeringen, *Regeringen beslutar att underteckna Europarådets konvention om skydd för barn mot sexuell exploatering och sexuella övergrepp*, senast ändrad 2007-10-11  
(2009-05-07) <http://www.regeringen.se/sb/d/9636/a/90058>

Regeringens, *Utvärdering av 2005 års sexualbrottsreform*, senast ändrad 2008-07-17  
(2009-05-06) <http://www.regeringen.se/sb/d/4081/a/107932>