



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Erika Stjärnström

Fullständig frivillighet och ömsesidighet –

en studie av frivillighetens betydelse vid
gränsdragningen mellan BrB 6:4 och 6:5

Examensarbete
30 högskolepoäng

Helén Örnemark Hansen

Straff- och processrätt

HT 2009

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund och problematisering	6
1.2 Syfte och frågeställning	7
1.3 Metod och material	7
1.4 Avgränsningar	8
1.5 Disposition	9
2 GÄLLANDE RÄTT	10
2.1 Bakgrund	10
2.2 Våldtäkt mot barn	10
2.3 Sexuellt utnyttjande av barn	12
3 ETT BARNPERSPEKTIV	15
3.1 Internationell rätt	15
3.1.1 Barnkonventionen	15
3.1.2 Europakonventionen	16
3.2 Tonåringar och sexualitet	17
3.2.1 En definition	17
3.2.2 Samtycke, jämlikhet och tvång	17
3.3 Sakkunnigbevis	19
3.3.1 Sakkunnig och sexualbrott mot barn	20
3.3.2 Analys ur ett barnperspektiv	22
4 PRAXIS	24
4.1 Praxis från Högsta domstolen	24
4.1.1 NJA 2006 s 79	24
4.1.2 NJA 2006 s 510	26
4.1.3 Analys av fallen	26
4.1.3.1 Leijonhufvud och Zila	26

4.1.3.2	Avslutande kommentar	29
4.2	Underrättspraxis	31
4.2.1	Mål B 7258-05 Svea HovR	31
4.2.2	Mål B 617-06 Göta HovR	32
4.2.3	Mål B 2399-06 Göta HovR	33
4.2.4	Mål B 4285-06 Svea HovR	34
4.2.5	Mål B 916-06 HovR för nedre Norrland	35
4.2.6	Mål B 6299-06 Svea HovR	35
4.2.7	Mål B 8-06 HovR över Skåne och Blekinge	36
4.2.8	Mål B 1323-07 HovR för nedre Norrland	37
4.2.9	Mål B 868-07 HovR för nedre Norrland	38
4.2.10	Mål B 7385-07 Svea HovR	39
4.2.11	Mål B 7942-08 Svea HovR	40
4.2.12	Mål B 6784-08 Svea HovR	41
4.2.13	Mål B 1901-08 HovR över Skåne och Blekinge	42
4.2.14	Mål B 1529-09 Göta HovR	43
5	SAMTYCKETS FUNKTION	45
5.1	Inledande anmärkningar	45
5.2	Tre modeller	46
5.2.1	Kortfattat med hänvisning till ålder	46
5.2.2	Diskvalificerande	47
5.2.3	Kvalificerande	50
5.3	Övriga anmärkningar	53
5.3.1	Förekomst av betvingande	54
5.3.2	Kort om ansvar enligt BrB 6:4	55
5.4	En översikt	55
5.5	Korrekt hantering av samtycke?	56
6	RÄTTEN OCH RÄTTSTILLÄMPAREN	59
6.1	Rätts(o)säkerhet	59
6.2	Sakkunnigvittne	60
6.3	Rätten	61
7	SLUTSATSER	64
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	66
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	68

Summary

The new regulation in the Swedish penal code chapter six, adopted in 2005, changed the criminalization of statutory rape and sexual abuse against children. One of the purposes of the new and firmer regulation was to express how the Swedish society had become more aware of these issues (sexual abuse against children) and how the general opinion now also supported a firmer regulation of these crimes. The criminalization of statutory rape in chapter six section four (BrB 6:4) holds no prerequisite of violence or other use of force and the law is based on a general view of children as non sexual, whereas they therefore also lack the ability to consent to sexual acts. However, the subsidiary criminalization of sexual abuse in chapter six section five (BrB 6:5) constitutes that the consent of a child in some cases can be of relevance and lead to a conviction in accordance with section five rather than section four. A prerequisite here, in order for the court to file in compliance with section five, is that the sexual relations involving a child is “completely consensual and mutual”. The court must, in order to establish if the consent is one that should be of relevance in the case, investigate the level of maturity (both sexually and intellectually) of the child. This thesis deals with the difficulty of determining whether the consent of a child is one of relevance, whereas the court also files in accordance with section five, or if the consent is irrelevant, because of the fact that children per definition lack the ability to consent to sex, whereas the court files in compliance with the criminalization of statutory rape in section four.

The conclusions of this thesis, or the findings of the study conducted here, imply that the court generally deals with the consent in three different ways. In many cases the court simply states that the sexual relations are completely consensual and mutual, whereas no further motivation is presented. Here, this statement is often combined with the court pointing out that the age difference between the victim and the offender is rather small. Further, the court in some cases discusses the consent given by a child in terms of disqualification or qualification. In the cases that deal with disqualification the court searches for circumstances in the specific case (such as immaturity, certain diagnosis or determined lower level of intelligence with the child) that thereby disqualifies the consent given by the child. Hence, in these cases, where the consent is disqualified, the court files in accordance with section four rather than section five. However, in most cases, the court finds that the consent cannot be disqualified which also leads to a conviction in accordance with section five. The qualification, on the other hand, deals with the consent quite differently. Here, the court aims to present arguments for, rather than against, as to why the consent, given by the child (who generally per definition cannot consent to sexual relations) in this specific case is of relevance.

The latter part of this thesis deals with the Swedish penal code chapter six section four and five from legal security point of view. Here, the findings of the case studies are analyzed and the use of expert witnesses in these trials is also discussed. Several problems or issues within this matter are discussed and the conclusion of this part of the thesis is presented.

Sammanfattning

Den nya sexualbrottslagstiftningen trädde i kraft den 1 april 2005 och en av ändringarna rörde brottsrubriceringarna våldtäkt av barn och sexuellt utnyttjande av barn i BrB 6:4 respektive BrB 6:5. Den nya strängare regleringen syftar bland annat till att markera samhällets allvarliga syn på sexualbrott som riktar sig mot barn. För ansvar enligt bestämmelsen om våldtäkt mot barn krävs inte att något våld förekommit och den uttryckliga utgångspunkten är enligt motiven den att barn inte per definition kan samtycka till sexuella handlingar. Ändå återfinns i den nya sexualbrottslagstiftningen en reglering där ett barns frivillighet tillmäts betydelse vid gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn. Denna framställning behandlar gränsdragningen mellan BrB 6:4 och BrB 6:5 där frågan om barnets frivillighet i det individuella fallet kan tillmätas betydelse vid en bedömning är central. För att denna frivillighet ska kunna beaktas gäller enligt förarbetena att den sexuella samvaron måste baseras på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Dessutom måste frivilligheten bedömas mot bakgrund av den unges utveckling, mognad och förmåga att bedöma och ta ställning till situationen.

I denna framställning har ett antal underrättsfall studerats kvalitativt, i syfte att söka finna några huvudlinjer i hur domstolarna hanterat och värderat en frivillighet från ett barn. Slutsatserna av denna studie kan sammanfattas enligt följande. Rättstillämparen hanterar samtycket enligt i huvudsak tre olika modeller, en kortfattad modell med hänvisning till målsägandens ålder eller åldersskillnad mellan målsäganden och den tilltalade, en diskvalificeringsmodell och en kvalificeringsmodell, varav diskvalificering är den vanligare. Diskvalificeringen går ut på att rätten tar utgångspunkt i att hinder inte föreligger mot att beakta frivilligheten varefter diskvalificerande omständighet eftersöks. Återfinns inte sådan omständighet (såsom särskild omognad eller liknande) beaktas samtycket och tycks ofta tillmätas stor betydelse. Den kvalificerande modellen å andra sidan tar utgångspunkt i att frivilligheten mot bakgrund av den unges mognad, utveckling och övriga omständigheter i målet, måste kvalificeras för att kunna tillmätas betydelse vid gränsdragningen. Detta då den uttryckliga utgångspunkten är den att barn inte per definition kan samtycka till sexuella handlingar. Det bör också påpekas att det även förekommer att rättstillämparen fäller till ansvar i enlighet med den lindrigare regleringen i BrB 6:5 trots att det i samma fall talas om att våld eller betvingande förekommit.

Avslutningsvis problematiseras lagstiftningens nuvarande utformning utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv. Den nya sexualbrottslagstiftningen i BrB 6:4 och BrB 6:5 är utformad med ett särskild barnperspektiv och mot bakgrund av särskild barnkompetens. Det innebär härvid, enligt författarens mening ett stort problem att inte denna barnkompetens återfinns även hos rättstillämparen, åtminstone med dagens lagstiftning. Ett alternativ som diskuteras är ett utökat användande av sakkunniga i svensk domstol,

samtidigt som detta är förenat med många problem. Dessa problem kan exempelvis bestå i att det inte finns någon form av offentlig auktorisation eller kompetensgaranti. En annan tolkning är att problemet inte kan lösas i efterhand i domstol utan bottnar i att lagstiftningen, samtidigt som den anlägger ett barnperspektiv, måste gå att tolka och tillämpa av rättstillämparen som inte besitter, och heller inte kan förväntas besitta, samma särskilda barnkompetens.

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FN	Förenta nationerna
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
JT	Juridisk Tidskrift
Kap	Kapitel
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund och problematisering

Den nya sexualbrottslagstiftningen trädde i kraft den 1 april 2005 och en av ändringarna rörde brottsrubriceringarna våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn. Syftet med den nya lagstiftningen var bland annat att skärpa regleringen av sexuella övergrepp som riktar sig mot barn och samtidigt markera samhällets allvarliga syn på dessa. Regeringen anför i propositionen att synen på sexualbrott och kunskapen om dessa förändras över tid varför det är av yttersta vikt att även lagstiftningen är i samklang med denna ständigt förändrade samhällssyn.¹

För en tillämpning av våldtäktsbestämmelsen i BrB 6:4 uppställs inget principiellt krav på hot eller våld och detta utgör den i sammanhanget relevanta huvudregeln. I BrB 6:5 stadgas emellertid en subsidiär bestämmelse om sexuellt utnyttjande av barn vilken är avsedd för mindre allvarliga fall och för att kunna fastställa huruvida denna undantagsregel är tillämplig krävs följande. För det första måste det fastställas att det överhuvudtaget föreligger en frivillighet, varefter den frågan måste ställas om frivilligheten i det aktuella fallet är av sådant slag att den kan beaktas. I propositionen talas det härvid om att det ska vara fråga om ”fullständig frivillighet och ömsesidighet”. Här kan en tydlig motsättning eller problematik observeras. Den principiella utgångspunkten är den att barn inte, per definition, kan samtycka till sexuella handlingar. Ändå talas det här om att ett samtycke, i vissa fall, kan vara relevant. Detta kan i och för sig förklaras med att det subsidiära stadgandet i BrB 6:5 är avsett för fall där målsäganden närmar sig åldern för sexuellt självbestämmande, men hur dras i så fall gränserna för när ett samtycke kan beaktas respektive inte beaktas? Det vill säga, när har målsäganden kommit så pass nära åldern för sexuellt självbestämmande, i fråga om faktisk ålder men också i fråga om mognad, att samtycket kan beaktas? Det finns tydliga exempel där rättstillämparen på ett eller annat sätt tampats med denna problematik. I avgörandet NJA 2006 s 79, vilket också diskuterats i doktrin, aktualiserades den då HD å ena sidan framhöll att flickans deltagande i de sexuella handlingarna fick anses vara ”helt frivilligt” emedan de samtidigt senare i samma domskäl anför att ”den som är under femton år, helt oberoende av förhållandena i övrigt, inte är mogen att själv ta ställning till sexuella handlingar av mer kvalificerad art”.²

I propositionen till den nya sexualbrottslagstiftningen framhålls att den nya skärpta regleringen syftar till att ge uttryck för samhällets mycket allvarliga syn på sexualbrott mot barn. Barnets bästa, barnets rätt och barnperspektivet är någonting som ofta betonas och det är uppenbart att de bedömningsfrågor och de avvägningar som domstolen här har att hantera är både känsliga och

¹ Proposition 2004/05: 45, s 24.

² Denna motsägelse uppmärksammas av Leijonhufvud i JT 2005/06:04, s 900-904.

komplikerade. Ett ifrågasättande av domstolarna och dess kompetens i fråga om barn är inte ovanligt förekommande. Det förekommer ofta, inte minst i fråga om vårdnadstvister, en relativt het debatt kring huruvida rättstillämparen verkligen besitter tillräcklig kompetens för att kunna slå vakt om just "barnets bästa".³ När det gäller sexualbrott mot barn blir avvägningarna särskilt svåra eftersom det rör straffrättsliga ingripanden och gärningsmannens rättssäkerhet såväl som barnets måste beaktas i alla bedömningar. När domstolen har att bedöma samtyckets relevans eller huruvida ett samlag skett med "fullständig frivillighet och ömsesidighet" uppkommer svåra bedömningsfrågor gällande exempelvis mognad, insikt sexualitet. Frågan uppkommer härmed huruvida hanteringen av dessa bedömningar kan anses uppfylla de krav på rättssäkerhet som ur ett barnperspektiv rimligen kan ställas på vår rättsordning.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med förevarande framställning är att studera samtyckets funktion vid gränsdragningen (rubriceringsfrågan) mellan BrB 6:4 respektive BrB 6:5. Här studeras rättstillämparens resonemang kring betydelsen av ett samtycke som avgivits av en person som inte uppnått åldern för sexuellt självbestämmande. Syftet är vidare att söka utröna vari eventuella problem som härvid uppkommer bottnar och vilka åtgärder som eventuellt bör vidtagas eller vilka verktyg som kan nyttjas i syfte att avhjälpa dessa brister eller problem.

Frågeställningarna för denna uppsats blir således följande. Hur beaktas ett samtycke från en person som per definition inte uppnått åldern för sexuellt självbestämmande och hur går rättstillämparen tillväga för att bedöma samtyckets relevans? Denna frågeställning besvaras av framställningen i kapitel 4 och 5. Motsvarar denna rättstillämpning vad propositionen anger i fråga om syfte och tillämpning? Detta behandlas därefter i kapitel 5. Vari bottnar de problem som härvid återfinns och vilka åtgärder kan eventuellt vidtas i syfte att avhjälpa dessa? Avslutningsvis besvaras och diskuteras denna frågeställning huvudsakligen i kapitel 6 medan några kortare anmärkningar även görs härom i kapitel 7.

1.3 Metod och material

Förevarande uppsats bygger på den rättsvetenskapliga metoden vilket är ett förhållandevis vitt begrepp. Den rättsvetenskapliga metoden inbegriper såväl rättskälleläran i vid mening som erfarenheter från andra områden, såsom exempelvis psykologiska teorier.⁴ Inom ramen för den strikt juridiska metoden studeras i denna uppsats lag, förarbeten, praxis och doktrin. Det rör

³ Se exempelvis SOU 2005:43.

⁴ Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, s 36ff.

sig här om både praxis från Högsta domstolen som från underrätt. I fråga om utvald underrättspraxis bör det också kort nämnas att tingsrätternas domskäl i vissa avseenden presenteras och analyseras i princip lika ingående som hovrättens. Detta följer av att föremålet för denna uppsats inte bygger strikt på rättskälleläran, eller annorlunda uttryckt inte går ut på att enbart presentera gällande rätt.

Begreppet rättsdogmatik och dess innebörd har ofta diskuterats i litteraturen och viss begreppsförvirring tycks råda. Vanligtvis anses någonting som är dogmatiskt bygga på fördomsfulla eller stela ställningstaganden, vilket dock i sammanhanget är mycket missvisande. Rättsdogmatiken är de facto ganska fri. Vanligtvis läggs också i en rättsdogmatisk framställning en ambition att uttrycka kritik eller att göra vissa rättspolitiska ställningstaganden. Denna framställning kan därmed med denna definition som utgångspunkt sägas vara rättsdogmatisk, då viss kritik kommer att framföras och vissa rättspolitiska ställningstaganden kommer att göras.⁵

Det material som förevarande uppsats bygger på är inledningsvis till stor del studier av förarbeten, lag och doktrin. Den senare delen av uppsatsen bygger på kvalitativa studier av praxis, både från Högsta domstolen och underrätt. Den praxis från Högsta domstolen som presenteras och analyseras är den vägledande praxis som Högsta domstolen meddelat på området. De underrättsfall som behandlas är utvalda på grund av att de särskilt behandlar rubriceringsfrågan. Härvid är studien emellertid inte uttömmande, på så sätt att denna framställning inte behandlar all hovrättspraxis meddelad på området. I den meningen är underrättspraxis i förevarande framställning slumpvis utvald, med det urvalskriteriet att fallen alla behandlar samtyckets funktion vid gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn.

1.4 Avgränsningar

Förevarande uppsats behandlar på grund av utrymmesskäl, inte gränsdragningen mellan sexuellt utnyttjande av barn (BrB 6:5) och den ansvarsfrihetsregel som återfinns i BrB 6:14. Inte heller görs några studier av samtycke, samtyckets funktion eller domstolarnas hantering av detta i samband med BrB 6:1. Den praxis som studerats rör dessutom uteslutande målsäganden som är 13 och 14 år gamla (och således uppnått tonåren). Detta då propositionen enhetligt och i princip uteslutande har tolkats på så sätt att bestämmelsen i BrB 6:5 om sexuellt utnyttjande av barn endast kommer i fråga då målsäganden uppnått tonåren vid tidpunkten för gärningen.⁶

⁵ Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, s 53.

⁶ Se härvid exempelvis NJA 2006 s 510 och hovrättens resonemang i fråga om den tilltalade K.C och målsäganden D (12 år gammal).

Föremålet för denna studie, domstolens behandling av begreppet frivillighet och ömsesidighet samt samtyckets funktion i detta sammanhang hade varit lämpligt att studera utifrån ett diskursanalytiskt angreppssätt.⁷ Av utrymmesskäl kommer denna diskursanalytiska studie emellertid i denna framställning inte att företas. Studien företas istället som ovan påtalats med hjälp av den rättsvetenskapliga metoden, med en rättsdogmatisk ambition.

1.5 Disposition

Inledningsvis presenteras i kapitel 2 för syftet relevant gällande rätt, bestående av i huvudsak bestämmelserna om våldtäkt mot barn i BrB 6:4 och sexuellt utnyttjande av barn i BrB 6:5. Därefter anläggs i kapitel 3 ett barnperspektiv och vissa internationella åtaganden presenteras samtidigt som viss barnpsykologisk teori kort presenteras. Därefter följer en presentation av och en analys av sakkunnigbevisning i samband med sexualbrott mot barn. Kapitel 3 fungerar som en perspektivbildning för den senare framställningen och här sätts för denna framställning relevant gällande rätt i perspektiv eller sammanhang. Samtidigt fungerar kapitel 2 och 3 tillsammans som en bas inför den fortsatta framställningen. Därefter refereras och analyseras i kapitel 4 relevant praxis från Högsta domstolen, varefter ett antal underrättsfall behandlas efter samma princip. I kapitel 5 struktureras och analyseras den underrättspraxis som ovan behandlats och fokus ligger här på hovrätternas avgöranden. Under rubriken Kvalificering behandlas emellertid i vissa avseenden även ett fåtal tingsrättsavgöranden förhållandevis utförligt. Detta följer av att tingsrätten här, enligt författarens mening resonerar på ett sätt, som för syftet för denna framställning är viktigt att belysa. I kapitel 4 och 5 besvaras frågeställningarna hur ett samtycke från en person som per definition inte uppnått åldern för sexuellt självbestämmande beaktas och hur rättstillämparen går tillväga för att bedöma samtyckets relevans. Avsnitt 5 avslutas med en analys av huruvida denna rättstillämpning motsvarar vad propositionen anger i fråga om syfte och tillämpning. I kapitel 6 diskuteras och problematiseras rättens hantering av gränsdragningsfrågan och härvid behandlas den senare frågeställningen som rör vari de problem som vid rättstillämparens hantering av frivilligheten kan observeras och vilka åtgärder som eventuellt kan vidtas i syfte att avhjälpa dessa? I kapitel 7 sammanfattas de slutsatser som denna studie föranleder, varefter några kortare och avslutande kommentarer görs i fråga om den frågeställning som huvudsakligen behandlas i kapitel 6.

⁷ Se Andersson, Ulrika, Hans ord eller hennes vilja, samt Wegerstad, Linnea, Den självklara gränsen – en analys av tal och tystnad vid sexuellt ofredande mot barn, Examensarbete vid Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2007.

2 Gällande rätt

I detta avsnitt presenteras en kort bakgrund till den nya sexualbrottslagstiftningen, varefter de stadganden i 6 kap BrB som är relevanta för denna framställning behandlas. Framställningen bygger till stor del på lag och förarbeten men även viss doktrin kommer att behandlas. Detta avsnitt fungerar tillsammans med kapitel 3 som en bas inför den fortsatta framställningen.

2.1 Bakgrund

Regeringen tillsatte 1998 en kommitté (Sexualbrottskommittén) med uppdrag att göra en total översyn över den då rådande sexualbrottslagstiftningen. Översynen avsåg såväl den materiella regleringen som systematiken och språket och i mars 2001 överlämnades betänkandet (SOU 2001:14) *Sexualbrotten: ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor*. Syftet med reformen var att lyfta fram samt tydliggöra varje människas rätt till personlig och sexuell integritet samt ytterligare lyfta fram rätten till sexuellt självbestämmande. Vidare var syftet uttryckligen att betona och stärka skyddet för barns och ungdomars sexuella integritet.⁸

Det framhålls tydligt i propositionens inledande avsnitt att ett huvudsyfte med den nya lagstiftningen är att särskilt skydda barn och ungdomar mot sexuella övergrepp. Det framhålls att detta alltid varit ett huvudsyfte med sexualbrottslagstiftning men samhällets skärpta syn på dessa brott kräver att även lagstiftaren än tydligare markerar denna ståndpunkt. Barn och ungdomar bör aldrig utsättas för sexuella handlingar av vuxna och vuxna kan heller inte till sitt fredande åberopa ett samtycke från ett barn. Barn kan aldrig samtycka till sexuella handlingar varför barn under 15 år bör ha ett ovillkorligt skydd mot sexuella handlingar. Detta är den uttryckliga utgångspunkten.⁹ Det framhålls också i propositionens inledande avsnitt att en särskild reglering av sexualbrott mot barn kräver särskild kunskap och lämplighet hos utredare inom polisen samt särskilt anpassad förhörsmetodik.¹⁰

2.2 Våldtäkt mot barn

Motiven bakom den lagstiftning som skyddar vuxna mot sexuella övergrepp och de motiv som ligger bakom den lagstiftning som skyddar barn skiljer sig delvis åt. Flera av straffbestämmelserna, härvid våldtäktsbestämmelsen i

⁸ Prop 2004/05:45 s 21.

⁹ Prop 2004/05:45 s 22.

¹⁰ Prop 2004/05:45 s 22.

synnerhet, bygger på offrets förmåga att ge uttryck för sin vilja. När det istället rör sig om sexuella övergrepp som riktar sig mot barn känns det istället främmande att tala om att det här skulle finnas en förmåga till viljeuttryck, eller för den skull att detta skulle vara relevant.¹¹ Kritik framfördes mot den konstruktion i lagstiftningen som tidigare rådde på grund av att det i många fall ledde till ett högst orimligt resultat. Denna kritik har främst rört tillämpningen av BrB 6:1 där domstolen i flera fall prövat eller behandlat i domskålen huruvida barnet själv ”medverkat” och därmed inte behövt tvingas till det sexuella umgänget.¹² En sådan ordning ter sig orimlig då det rör sig om sexuella övergrepp som riktar sig mot barn.¹³ Forskning visar också att barn i situationen då de faller offer för sexuella övergrepp sällan riktigt förstår vad som händer och därmed inte heller rimligen kan förväntas göra motstånd, eller ens ta ställning till det som sker. Barn uppfattar givetvis de vuxna som bestämmande och kommer sig sällan för att protestera eller göra motstånd, varför de oftast kan bli nästintill paralyserade.¹⁴ I det så kallade Motala-fallet hade en trettonårig flicka bjudits på alkohol och därefter utnyttjats sexuellt av flera män. Rubriceringen av gärningen blev enligt den gamla sexualbrottslagstiftningen sexuellt utnyttjande, vilket motiverades med att flickan själv ansågs ha försatt sig i det hjälplösa tillståndet samt att det inte var visat att något hot eller våld förekommit. Därmed kunde männen heller inte fällas till ansvar för våldtäkt. Gärningen rubricerades såsom sexuellt utnyttjande, och flickan ansågs själv få ta ansvar för det hjälplösa tillståndet, trots att det i Sverige är förbjudet att bjuda trettonåringar på alkohol. Den nya lagstiftningen från 2005 skulle i detta fall ha givit detta mål en annorlunda utgång. Numera skulle fallet ha prövats enligt den nya sexualbrottslagstiftningen med BrB 6:4 snarare än enligt den generella våldtäktsbestämmelsen i BrB 6:1.¹⁵

Den situation att en vuxen genomför en sexuell handling mot ett barn innebär alltid en allvarlig och hänsynslös kränkning av barnets integritet. Vidare, anför regeringen, innebär det ett maktmissbruk av sådan grov karaktär att det i många fall kan likställas med det våld som krävs för ansvar för våldtäkt enligt den tidigare gällande våldtäktsbestämmelsen.¹⁶ Det lagförslag som lämnades gick således ganska långt. Den sexuella självbestämmanderätten inträder som bekant först vid femton års ålder och utredningens förslag till ny lagstiftning kriminaliserade allt sexuellt umgänge med barn under femton år, oavsett om våld eller hot hade använts, som våldtäkt mot barn. Remissinstanserna yttrade bland annat att problem kunde uppstå med benämningen ”våldtäkt mot barn” just för att det som kriminaliseras i straffbudet inte i alla fall överensstämmer med det som vanligtvis läggs i begreppet våldtäkt. Dessutom yttrades kritik kring det faktum att bestämmelsen i vissa avseenden är mycket vagt formulerad.

¹¹ I propositionen (s 67) har det uttryckligen anförts att det här ”ter sig främmande att laborera med begrepp som frivillighet och samtycke”.

¹² Se NJA 1993 s 310 och NJA 1993 s 616.

¹³ Prop 2004/05:45 s 67.

¹⁴ Prop 2004/05:45 s 67f.

¹⁵ Leijonhufvud, Ny svensk sexualbrottsreglering – en lag i otakt med tiden, i Väkivalta, Seuraamukset ja haavoittuvuus, s 301.

¹⁶ Prop 2004/05:45 s 67ff.

Regeringen anförde med anledning av detta att begreppet våldtäkt traditionellt reserverats för de mest allvarliga sexuella kränkningarna, vilket även i fortsättningen kommer att vara avsikten. Regeringen använder härmed benämningen våldtäkt för att tydligt markera samhällets allvarliga syn på denna typ av sexualbrott mot barn. Det är också viktigt att understryka att det är just denna samhällets allvarliga syn på dessa brott (bland flera skäl) som gett upphov till den skärpta lagstiftningen. Regeringen anför därmed att den uppfattning som de flesta remissinstanser samt kommittén gett uttryck för delas av denna och att en sådan bestämmelse bör införas där inget våld eller hot krävs för ansvar i enlighet med en bestämmelse om våldtäkt mot barn.¹⁷

Den bestämmelse som infördes lyder enligt följande:

*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 år och högst sex år.*¹⁸

2.3 Sexuellt utnyttjande av barn

Huvudregeln är enligt ovan beskrivna förhållanden sådana att samlag med barn under femton år kriminaliseras som våldtäkt mot barn. Det har emellertid ansetts finnas ett behov av en subsidiär bestämmelse där mindre allvarliga fall istället kan falla in. Typexempel på en situation som faller in under detta subsidiära stadgande är det fall att en sextonåring har samlag på frivillig basis med en fjortonåring. Detta kan inte anses utgöra en så allvarlig kränkning av barnets integritet att det bör kriminaliseras såsom våldtäkt mot barn. Regeringen anför emellertid att även det fall att en äldre person (i exemplet 29 år) har samlag, på frivillig basis, med en person som är fjorton år och elva månader inte bör kriminaliseras som våldtäkt mot barn. Det anføres här att gärningen om den ägt rum en månad senare varit straffri, varför den istället bör falla in under den subsidiära bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn. I dessa fall kan det vara fråga om en tonåring som utvecklat sin sexualitet och har en frivillig sexuell relation till någon som är äldre (i vissa fall till och med betydligt äldre). Att här, förutsatt att samlaget bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet, döma till ansvar för våldtäkt mot barn (och således minst två års fängelse) ter sig enligt regeringen orimligt, även om utgångspunkten givetvis är den att samlag med barn under femton år är förbjudet. Det infördes därmed en subsidiär bestämmelse om sexuellt utnyttjande av barn där möjlighet gavs att fälla till ansvar i enlighet med en lindrigare straffskala. Regeringen underströk emellertid att detta stadgande skulle tillämpas med restriktivitet.¹⁹

¹⁷ Prop 2004/05:45 s 67ff.

¹⁸ Bestämmelsen återfinns i 6 kap 4 § 1 st.

¹⁹ Prop 2004/05:45 s 76f.

Bestämmelsen lyder enligt följande:

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.²⁰

Den uttryckliga utgångspunkten är den att barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar. Detta anges uttryckligen i propositionen. Ändå talas det här om att samlag med barn som baseras på fullständig frivillighet och ömsesidighet ska bedömas som mindre allvarliga. Hur dessa två, tydligt motstående eller motstridiga, uttalanden förhåller sig till varandra stadgar inte propositionen närmare. Det anges endast som exempel att fall där den ena parten befinner sig strax under femton år och den andra strax över denna gräns inte rimligtvis bör omfattas av gärningen våldtäkt mot barn. Ytterligare ett exempel anges dock. Här anges det att även fall där målsäganden är fjorton år och elva månader och har en frivillig sexuell relation till en person som är betydligt äldre. I fråga om detta exempel anges det att det här kan vara fråga om en *tonåring* som utvecklat sin *sexualitet*. Att i dessa fall, där den sexuella samvaron bygger på *fullständig frivillighet och ömsesidighet* fälla till ansvar för våldtäkt mot barn ter sig inte rimligt.²¹ Därför faller dessa gärningar inom ramen för tillämpningsområdet för BrB 6:5. Dessutom anges att det vid bedömningen av samtyckets relevans måste tas hänsyn till målsägandens utveckling och omständigheterna i övrigt. Målsägandens utveckling och omständigheterna i övrigt måste vara sådana att målsäganden kunnat bedöma och ta ställning till situationen.²²

Förarbetena är tydliga med att huvudregeln i princip är våldtäkt mot barn i BrB 6:4 och att undantagsregeln i BrB 6:5 ska tillämpas med restriktivitet. Dessutom får förarbetena tolkas på så sätt att den mindre allvarliga kriminaliseringen i BrB 6:5 endast blir tillämplig då målsäganden befinner sig mycket nära gränsen för sexuellt självbestämmande *och* förhållandena i övrigt varit sådana att hon kunnat göra ett moget och oövertänt beslut.²³ Denna slutsats kan dras mot bakgrund av att det i propositionen anges som första exempel att den ena parten befinner sig strax under åldern för sexuellt självbestämmande och den andra strax över. Det andra exemplet som anges, där den äldre parten är betydligt äldre, anger att målsäganden här är fjorton år och elva månader, det vill säga enbart en månad från åldern för sexuellt självbestämmande. Detta torde ge vid handen eller åtminstone antyda att den lindrigare regleringen enbart kommer i fråga om målsäganden är tämligen nära femton års ålder. Leijonhufvud kommenterar gränsdragningsproblematiken och anger att utgångspunkten är den att en vuxen som har samlag med den som är under femton år gör sig skyldig till

²⁰ Bestämmelsen syftar således tillbaka på kriminaliseringen av våldtäkt mot barn i 4 § 1 st. och 2 st.

²¹ Prop 2004/05:45 s 77.

²² Prop 2004/05:45 s 144.

²³ Se härvid Leijonhufvud, Madeleine, JT 2005/06:04, s 901f. Detta synsätt får även stöd av de två justitieråden i skiljaktig mening i NJA 2006 s 79.

våldtäkt mot barn. Är förhållandena vid gärningen emellertid sådana att den unga är mycket nära gränsen för sexuellt självbestämmande och mogen nog att och i sådana omständigheter att hon kan göra ett genomtänkt eget val att ha detta samlag ska den lindrigare regleringen i BrB 6:5 tillämpas. Den unga upplever här att hon har gjort någonting som är hennes eget val. Hon känner sig därmed inte utsatt för något våld vare sig fysiskt eller psykiskt, men den vuxne har faktiskt utsatt barnet för dennes sexualitet, något som barn inte enligt barnpsykologiska teorier bör utsättas för. Att våldföra sig på någon förutsätter inte alltid fysiskt våld och ett övergrepp kan begås både fysiskt och psykiskt.²⁴

I fråga om uppsåtskrav gällande offrets ålder krävs endast att gärningsmannen hade skälig anledning att anta att offret var under femton år.²⁵ Det är också viktigt att poängtera att 4 § är tillämplig alldeles oavsett vem (offret eller gärningsmannen) som tagit initiativ till den sexuella handlingen.²⁶

²⁴ Se Leijonhufvud, Madeleine, JT 2005/06:04, s 904.

²⁵ Se BrB 6 kap 13 §.

²⁶ Se Wennberg et al, Brottsbalken en kommentar, kommentar till BrB 6:5.

3 Ett barnperspektiv

Detta avsnitt fungerar som en perspektivbildning inför den fortsatta framställningen och de studier som där kommer att företas. Kapitel 3.1 (Internationell rätt) och 3.2 (Tonåringar och sexualitet) sätter den nya sexualbrottslagstiftningen, och härvid särskilt de bestämmelser som är relevanta för denna framställning, i ett större perspektiv eller sammanhang. Därefter behandlas i korthet i kapitel 3.3 sakkunnigbevisning varefter några kommentarer särskilt kring sakkunnigbevisning och sexualbrott mot barn görs. Den diskussion som förs under rubrik 3.3.2 knyter an till den analys som senare företas i kapitel 6. Precis som ovan påtalats fungerar kapitel 2 och 3 som en bas för den fortsatta framställningen.

3.1 Internationell rätt

Den 20 november 1989 antog Sverige FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen) och den 24 februari 1997 antog rådet en gemensam åtgärd om åtgärder mot människohandel och sexuellt utnyttjande av barn. Enligt denna åtgärd åtog sig medlemsstaterna att se över sin relevanta straffrättsliga lagstiftning i syfte att slå vakt om barns rättigheter och säkerställa att vissa särskilt förkastliga beteenden är straffbelagda. Rådet antog dessutom 2003 ett rambeslut om bekämpande av sexuellt utnyttjande av barn och barnpornografi.²⁷

3.1.1 Barnkonventionen

Barnkonventionen var det första folkrättsliga dokument som samlade och gav uttryck för barns rättigheter och konventionen har tillträtts av nästan alla världens länder. Sverige tillträdde konventionen 1990 och därmed har Sverige åtagit sig att uppfylla de förpliktelser som följer enligt barnkonventionen. I konventionen ges ett starkt uttryck eller skydd för barns grundläggande mänskliga rättigheter och särskilt betonas barns utsatthet och sårbarhet samt deras behov av skydd mot övergrepp och utnyttjande. Konventionen gäller i princip alla barn upp till 18 års ålder och regeringen anför i propositionen till den nya sexualbrottslagstiftningen att barnkonventionens krav varit en viktig bakgrund vid utformningen av den nya lagstiftningen. I fråga om sexualbrott stadgar barnkonventionen särskilt i artikel 34 följande;

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

²⁷ Se prop 2004/05:45 s 25.

- (a) att ett barn förmås eller tvingas att delta i en olaglig sexuell handling;
(b) att barn utnyttjas för prostitution eller annan olaglig sexuell verksamhet;
(c) att barn utnyttjas i pornografiska föreställningar och i pornografiskt material.²⁸

3.1.2 Europakonventionen

Även Europakonventionen erbjuder skydd mot att barn utsätts för sexuella övergrepp. Den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan Europakonventionen) tillkom 1950 för att lagstadga FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna och konventionen gäller sedan 1994 som lag i Sverige. Åtagandet omfattar således att uppfylla de krav som konventionen uppställer på den nationella lagstiftningen och Europadomstolen är den domstol till vilken enskilda kan vända sig för att få den nationella rätten prövad.

Fallet MC. mot Bulgarien har främst debatterats eller refererats i samband med debatten om samtycke eller ickesamtycke i våldtäktsregleringen i svensk rätt. Principfrågan i fallet rör dock våldtäkt mot barn och den fjortonåriga flickan hävdade att Bulgarien bröt mot Europakonventionen när kriminaliseringen av våldtäkt mot barn i Bulgarien innefattade ett krav på tvång eller våld. Till stöd för sin talan åberopade flickan artikel 3 som stadgar ett förbud mot omänsklig och förnedrande behandling samt artikel 8 där rätten till respekt för ett privatliv slås fast. Omständigheterna i fallet var sådana att flickan hade anmält att hon blivit våldtagen av två män i 20-års åldern. Förundersökningen avskrevs dock på ett tidigt stadium då flickan inte kunde visa att hon utsatts för våld, eller hot eller annars kunde visa att hon gjort motstånd eller ropat på hjälp. Europadomstolen uttalar i fallet att konventionen uppställer krav på att medlemsstaternas nationella lagstiftning på ett effektivt sätt kriminaliserar och bekämpar varje form av kränkning av den sexuella integriteten.²⁹ Vidare påpekar domstolen att det i viss mån får anses vara ett förlegat synsätt där krav ställs på att offret i princip måste visa på att fysiskt våld förekommit och att motstånd gjorts. Det talas istället numera om att varje form av sexuell handling som sker utan samtycke bör vara kriminaliserad och medlemsstaterna är därmed skyldiga att kriminalisera alla sexuella handlingar som ägt rum utan att ett samtycke förelegat. I det aktuella fallet fälldes Bulgarien av Europadomstolen och ansågs således inte uppfylla de krav som rimligen kan ställas på de nationella staternas sexualbrottslagstiftning.³⁰

²⁸ FN:s konvention om barnets rättigheter, art 34.

²⁹ I domskälen uttrycks detta som ”any non consensual sex act”.

³⁰ Europadomstolens dom, målnummer 39272-98, MC. mot Bulgarien.

3.2 Tonåringar och sexualitet

Ett barnperspektiv är viktigt att anlägga då det som ovan beskrivits finns en mängd olika internationella rättsliga dokument som reglerar det särskilda skydd som barn har rätt att åtnjuta. Rent rättsligt kan det emellertid uppstå problem i de fall där det rör sig om sexualbrott som begåtts mot tonåringar som befinner sig i gränlandet mellan att vara barn och vuxen. Teorier och övrigt vetenskapligt material (erfarenhetssatser och föreställningar) om ”barn” och sexualbrott kanske inte helt och hållet är tillämpliga. Å andra sidan rör det sig inte heller om en vuxen, varför inte personen i de tidiga tonåren härvid kan likställas eller jämföras med en vuxen person. Nedan kommer bland annat frågor om tonåringar och sexualitet att beläggas och problematiseras. Några frågor som kommer att besvaras rör bland annat hur ett sexuellt övergrepp egentligen ska definieras och vad sexualitet innebär i tonåren.

3.2.1 En definition

När det gäller definitionen av ett sexuellt övergrepp mot barn är det ett vanligt uttryckssätt att ett sexuellt övergrepp innebär en handling eller en situation med sexuell innebörd där en vuxen utnyttjar en minderårig. Närmare bestämt eller annorlunda uttryckt innebär det, enligt en internationellt erkänd definition, följande;

Sexuellt övergrepp definieras som indragandet av beroende och utvecklingsmässigt omogna barn i sexuella handlingar som de inte riktigt förstår, som de omöjligen med insikt kan ge samtycke till eller som är ett brott mot de sociala normerna för rollrelationerna inom familjen.³¹

Två mycket vanligt förekommande komponenter i övergreppsdefinitionen är barnets beroendeställning samt barnets oförmåga att ta ställning till eller bedöma vad det är som äger rum. Barnet besitter varken kompetens att bedöma innebörden av en sexuell handling eller de långsiktiga konsekvenserna av ett sexuellt umgänge med en vuxen person. Det är viktigt att förstå innebörden och vikten av detta eftersom det ofta förekommer att försvarare använder det faktum att barnet ”ville” eller tog initiativet som ett försvar åt förövaren.³²

3.2.2 Samtycke, jämlikhet och tvång

Tonåren är en tid i gränlandet mellan barn och vuxen där enormt mycket sker inom loppet av förhållandevis kort tid. Utvecklingen är påtaglig såväl fysiskt som psykologiskt. Ett kännetecken för tonåringar är att de

³¹ Svedin, Banck, Sexuella övergrepp mot flickor och pojkar, s 58.

³² Svedin, Banck, aa, s 58. Jämför här resonemang i exempelvis propositionen om att samtycke inte befriar från ansvar.

experimenterar inom olika områden, vilket i förlängningen innebär att de i samband med detta blir mycket riskbenägna vilket givetvis kan få långtgående konsekvenser. Tonåringar kan härvid utsätta sig eller befinna sig i situationer eller miljöer som blir en del av ett destruktivt beteende eller annars inverkar menligt på deras utveckling.³³

Sexuellt eller sexualiserat beteende är en naturlig del av barns och tonåringars liv och utveckling. Utsätts ett barn för ett övergrepp kan emellertid utvecklingen rubbas eller styras i en ohälsosam eller osund riktning. Psykologiska studier har gjorts vad gäller dynamiken i en normal eller sund sexuell erfarenhet bör se ut hos yngre människor. Dynamiken i en naturlig sexuell erfarenhet (eller hos barn sexuell lek) är präglad av spontanitet och nyfikenhet. Relationen och interaktionen mellan de inblandade är avgörande vid bedömningen av huruvida det som sker kan anses vara av normal eller sund karaktär. Det blir här relevant att bedöma graden av *samtycke*, *jämlikhet* och *tvång* mellan de inblandade.

När det talas om samtycke är det ibland brukligt att gradindela detta och istället tala om samtycke, samarbete eller foglighet. I begreppet samtycke ligger också ett krav på kompetens, egna önskingar och uppfattningar angående det som äger rum. Begreppet samarbete implicerar att individen förvisso samarbetar samtidigt som detta inte baseras på egna uppfattningar eller önskemål. Deltagandet och samarbetet sker således utan hänsyn till de egna uppfattningarna eller önskingarna. Foglighet, å andra sidan, innebär ett tillåtande av att någonting händer eller en handling utan att motstånd görs. Inte heller här ges således uttryck för egna önskemål eller uppfattningar. Att en individ fogar sig eller samarbetar kan därmed inte anses innebära att denne givit sitt samtycke.³⁴

Begreppet jämlikhet anknyter till begreppen maktbalans och kontroll. Även detta spelar in vid bedömningen av huruvida den sexuella erfarenheten kan anses naturlig (och således inte anses utgöra ett övergrepp). Några variabler som är viktiga att i det här sammanhanget ta hänsyn till är ålder, storlek eller intellektuell skillnad mellan deltagarna. Även andra mer subtila skillnader bör emellertid beaktas och det kan här exempelvis röra sig om social status eller liknande. Det ligger nära till hands att anknyta till begreppet ömsesidighet som återfinns i förarbetena och i praxis har vid bedömningen av denna bland annat åldersskillnad, mognadsdifferens och graden av beroende eller förtroende värderats.³⁵ Till sist bör även den grad av

³³ Svedin, Banck, aa, s 35ff.

³⁴ Jämför de nedan behandlade fallen B 4285-06 Svea Hovr, B 2399-06 Göta HovR samt B 1323-07 HovR för nedre Norrland med avseende på det gradindelade samtycket. Goda argument kan här anföras för att frivilligheten i dessa fall bör benämnas foglighet snarare än samtycke.

³⁵ Jämför härvid nedan behandlade mål B 7385-07 Svea HovR samt B 617-06 Göta HovR där domstolen tycks behandla jämlikheten i relationen. Åldersskillnad och beroendeförhållande uppmärksammas. Jämför också mål B 7252-05 Svea HovR samt B 1529- Göta HovR där den slutsatsen dras att det i relationen råder jämlikhet (ömsesidighet) mot bakgrund av liten skillnad i ålders och mognad.

eventuellt tvång eller press som använts för att uppnå foglighet beaktas.³⁶ Dessa tre faktorer eller element blir viktiga att analysera situationen eller den sexuella samvaron gentemot. Utifrån dessa kan det bedömas huruvida situationen kan anses ha uppkommit eller ägt rum på lika villkor och baseras på frivillighet.

Det samtyckesbegrepp som återfinns i propositionen till den nya sexualbrottslagstiftningen och särskilt gränsdragningen mellan BrB 6:4 och 6:5 innehåller ett krav på kompetens. För att kunna beaktas vid rubriceringsfrågan krävs att avgivaren förstått innebörden av samtycket (haft förmåga att bedöma och ta ställning till situationen). Det är dock givetvis viktigt att komma ihåg att denna begreppsapparat (foglighet jämfört med samtycke) inte på något sätt har någon förankring i lag eller förarbeten. Däremot anges i lagen ett krav på kompetens vilket det också i denna begreppsapparat talas om. Denna begreppsapparat kan därför användas för att på ett belysande sätt problematisera domstolarnas hantering av frivilligheten vid gränsdragning mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn.³⁷ För denna framställning är det emellertid viktigast att visa på att samtycke när det handlar om barn eller unga tonåringar är ett komplext begrepp som kan innehålla många dimensioner. Det bör inte förstås endast såsom avsaknaden av explicit motstånd utan det är viktigt att komma ihåg att ett samtycke från en tonåring vid rubriceringsfrågan måste bedömas eller värderas utifrån varje enskild individs förutsättningar. Avsikten är att denna begreppsapparat ska bidra till att belysa hur domstolarna ibland bortser från det krav på kompetens (och uttryck av egna önsknings) som finns inbyggt i den samtyckesdiskussion som aktualiseras vid gränsdragningen eller rubriceringsfrågan. Även om inte förarbetena bygger på denna terminologi eller begreppsapparat kan det enligt ovan användas för att illustrera hur det snarare ligger närmare till hands att tala om foglighet än om samtycke i vissa fall där domstolarna tillmätt frivilligheten stor eller ofta till och med avgörande betydelse vid rubriceringsfrågan.

3.3 Sakkunnigbevis

Om sakkunnig stadgas det i Rättegångsbalken (RB) 40 kap och där anges att sakkunnig kan utses antingen av rätten (1-18 §§) eller av part (19 §). Sakkunnigvittne som utses av rätten brukar kallas offentlig sakkunnig medan en sakkunnig som utses av part benämns privat sakkunnig. Sakkunnig ses i svensk rätt och enligt RB som ett bevismedel. Domaren får inte använda sitt privata vetande när det gäller bevisning om fakta, samtidigt måste denne, såvida inte sakkunnig anlitas, bygga sitt resonemang på sina egna privata erfarenheter och erfarenhetssatser. Sakkunnigvittnet kan

³⁶ Svedin, Banck, aa, s 43f.

³⁷ Se hänvisning ovan till praxis där det i vissa fall råder tveksamhet kring huruvida frivilligheten kan betecknas såsom ett samtycke (och inte snarare borde betecknas som foglighet) samt hänvisning till praxis där rätten diskuterar jämlikhet.

således bistå domaren i vad som annars ankommer på honom eller henne varför sakkunnig ur ett perspektiv kan ses som en rättens medhjälpare. Det förhåller sig emellertid fortfarande så att rätten har att bedöma sanningshalten eller bevisvärdet i sakkunnigvittnets uttalande.³⁸

Offentlig sakkunnig kan utses av rätten ex officio i alla slags mål och det är viktigt att komma ihåg att inte bara privatpersoner utan även exempelvis myndigheter eller institutioner kan agera sakkunnig.³⁹ Enligt RB 40 kap. 2 § ska den sakkunnige vara ojävig och enligt 9 § samma kapitel måste sakkunniged avläggas. Straffansvar i fråga om utlåtandets riktighet aktualiseras dock endast vid uppsåtligt avlämnad oriktig uppgift. Enligt förarbetena är det vanligtvis att föredra att offentlig sakkunnig utses, även om möjlighet att utse privat sådan ges enligt 19 §. Emellertid skiljer sig detta institut något från offentlig sakkunnig, exempelvis i fråga om ojävighet. Privat sakkunnig behandlas i lagens mening som ett vanligt vittne och något krav på ojävighet uppställs inte. Rätten kan heller inte i fråga om privat sakkunnig underlätta arbetet för denne med stöd av 5 §.⁴⁰

3.3.1 Sakkunnig och sexualbrott mot barn

Diesen anför att en genomgång av samtliga domar i landet år 2004 och 2005 rörande grövre sexuella övergrepp mot barn antyder en stor försiktighet i fråga om att väcka åtal i dessa mål. Detta baseras bland annat på att det kunde konstateras att ogillandefrekvensen enbart var mellan 10 och 14 % medan den vid våldtäkt mot vuxna var betydligt högre. Samtidigt bör det noteras att 40 % av åtalen byggde på erkännanden emedan motsvarande siffra gällande vuxna enbart är 10 %. Ett skäl till att åklagare tillämpar en utpräglad restriktivitet i dessa fall torde, enligt Diesen, kunna hänga samman med det faktum att det i domstolen saknas adekvat kompetens i dessa ärenden. Det anføres också att åklagarna är väl medvetna om att det i dagens domstolssammansättning saknas adekvat kunskap om barn varför de också drar sig för att väcka åtal i mål med särskilda bevissvårigheter. Det anføres att möjligheterna till en tillfredsställande bevisprövning i dessa mål sannolikt torde hämmas av det faktum att det i dagens domstolar i princip saknas djuplodad, konkret och tillförlitlig kunskap på det beteendevetenskapliga området. Detta gäller både i fråga om förövare och offer och det föreligger givetvis stor risk att rättens ledamöter mot bakgrund av sina egna lekmannamässiga kunskaper i psykologi och beteendevetenskap drar helt felaktiga slutsatser av offrets och förövarens beteenden.⁴¹

I Sverige har försök gjorts med så kallade Barnahus där polis, åklagare, psykiatri och socialtjänst samlas under ”samma tak” i syfte att undvika ett runtslussande av det utsatta barnet till olika enheter och människor. Dessa

³⁸ Ekelöf, Rättegång IV, s 225ff.

³⁹ Se RB 35:6 och RB 40:1.

⁴⁰ Ekelöf, Rättegång IV, 230ff.

⁴¹ Diesen, Övergrepp mot kvinnor och barn, s 163f.

Barnahus har i många avseenden visat sig ge ett positivt resultat för brottsoffrets upplevelse av den rättsliga hanteringen eller processen. Det är emellertid inte, anför Diesen, tillräckligt att särskild kunskap om utsatta barn återfinns i detta led i processen för att önskad effekt ska uppnås. Det är minst lika viktigt att denna specialkompetens eller särskild förståelse återfinns även på dömande nivå. Så förhåller det sig emellertid inte i dagsläget utan det återfinns inget krav på att rätten i fall som särskilt rör barn ska besitta någon form av specialkompetens i fråga om barn eller beteendevetenskap. I svensk rätt är som bekant den allmänna uppfattningen att specialdomstolar i möjligaste mån bör undvikas och att mål ska kunna avgöras mot bakgrund av allmänna erfarenheter och vanlig livserfarenhet. Detta innebär att det, i syfte att i mål som kräver särskild expertkunskap kunna möta olika krav på rättssäkerhet, finns ett behov av att anlita utomstående sakkunniga att agera experter i vissa specifika frågor.⁴²

En problematik som härvid är viktig att beakta är att det i fråga om dessa sakkunniga givetvis inte finns någon form av kompetensgaranti eller auktorisation. Det är här upp till rätten att värdera sakkunnigbeviset, på samma sätt som rätten har att värdera övrig bevisning. Det är mycket ovanligt att rätten föranstaltar om sakkunnigbevisning och detta måste förstås mot bakgrund av det förhållandet att det är åklagaren som ska sörja för bevisningen i målet. Rätten måste vara noga med att vara saklig och opartisk och bör därmed vara försiktig med hur den agerar, varför ett förordnande om sakkunnigbevisning i ett enskilt fall möjligtvis kan få konsekvenser för rättens objektivitet (åtminstone i den tilltalades ögon). Det förhållandet att det är parterna som sörjer för införandet av sakkunskap i målet får givetvis den effekten att enbart sådan sakkunskap som talar för partens sak åberopas. Rätten torde därmed få svårt att, på den grunden, skaffa sig en objektiv eller heltäckande bild av sakkunskapen på ett visst område. Det är mot bakgrund av detta som det knapphändiga åberopandet av sakkunnigbevis i dagens rättegångar måste förstås. Samtidigt höjs ofta röster för att det i dagsläget finns ett stort kompetensproblem i dagens rättegångar som rör sexualbrott mot barn, vilket möjligen riskerar att resultera i brister i domar och rättssäkerhet.⁴³

Det är således vardera partens rätt att åberopa sakkunnigbevisning och som ovan nämnts ankommer det på parterna att förebringa relevant bevisning i målet. Det hör till ovanligheterna att målsäganden biträdet åtalet, låt vara att målsäganden dock har rätten att föra fram egen bevisning. Även om det

⁴² Diesen, aa, s 163f. Det pågår emellertid en diskussion om specialisering för domare och Sveriges domareförbund och Domstolsverket genomförde en förstudie om specialisering för domare, DV-rapport 2002:3.

⁴³ Diesen, aa, s 164ff. Se här resonemang om hur det på 80-talet i domstolen i princip alltid åberopades någon form av sakkunnig som styrkte endera partens argumentation. Åklagaren åberopade exempelvis ett sakkunnigvittne som hävdade att barnet blivit utsatt för ett sexuellt övergrepp medan försvaret åberopade ett liknande vittne som hävdade att barnet ljög. Uttalanden höll dålig kvalitet rent kunskapsmässigt eller vetenskapligt och det hela framstod som "billigt" då sakkunnigvittnet åtog sig att uttala sig i skuldfrågan. På 80-talet åberopades sakkunniga i bortåt 25 % av mål gällande sexuella övergrepp mot barn. 1997 var motsvarande siffra 6 % och år 2006 hördes sakkunnig i endast två fall.

främst förekommer att målsäganden för fram egen bevisning i de fall där målsäganden önskar ha gärningsmannen dömd för ett grövre brott än vad åklagarens ansvarsyrkande omfattar, eller när det gäller att föra fram bevisning rörande det enskilda anspråket fyller denna målsägandens rätt en viktig psykologisk funktion.⁴⁴ Vad som i detta sammanhang är viktig att komma ihåg är att åklagaren har en objektivitetsplikt, vilket bör föranleda åklagaren att föra en mer neutral process jämfört med vad som gäller för försvaret.⁴⁵ Här torde åklagarens roll vara problematisk i fråga om ett eventuellt åberopande av sakkunnig. Åklagaren torde knappast som huvudregel kunna avgöra huruvida ett eventuellt sakkunnigbevis eller sakkunnigvittne är, på objektiva grunder, så vetenskapligt korrekt eller oklanderligt att det bör föras in i ett åtal där objektiviteten hela tiden ska finnas i förgrunden.

3.3.2 Analys ur ett barnperspektiv

Det ankommer, precis som ovan påtalats, på åklagaren att föreläsa bevisning i målet och stryka åtalet, samtidigt som denne alltid ska behålla objektiviteten och därmed även föreläsa sådan bevisning som är till fördel för den tilltalade. Ovan har Diesens resonemang kring barnkompetens i dagens domstolar behandlats och åsikten därvid tycks vara den att specialkompetensen i fråga om barn, och sexualbrott mot barn i synnerhet, i dagens domstolar är tämligen knapp. Samtidigt måste detta förstås mot bakgrund av att det i vårt rättsväsende finns ett principiellt motstånd mot specialdomstolar samt att det ankommer på parterna att föra in sakkunskap i målet. Frågan är vad det ovan angivna eller denna inneboende problematik ger vid handen i fråga om barnets rättssäkerhet vid sexualbrott. Det ankommer alltså på åklagaren att föra in sakkunskap, samtidigt som detta i praktiken inte låter sig göras bland annat på grund av åklagarens objektivitetsplikt. Det går ofta att finna delade meningar eller skilda åsikter i frågor som rör beteendevetenskap. Ett klassiskt exempel hämtat ur vittnespsykologin är ju hur en ostrukturerad eller osammanhängande vittnesberättelse enligt en tolkningsmodell anses tala för att en utsaga är tillförlitlig, medan vissa å andra sidan menar att det talar för det motsatta. Hur bedömer åklagaren i ett sådant fall vilken sakkunnigbevisning som på objektiva grunder kan föras in i målet?⁴⁶ Potentiellt skulle samma problem uppstå om det blev vanligt förekommande att sakkunnigbevisning åberopades för att uttala sig i fråga om frivillighet, ömsesidighet eller

⁴⁴ Diesen m.fl., Brottsoffrets rätt, s 204f.

⁴⁵ Sutorius, Kaldal, Bevisprövning vid sexualbrott, s 290f.

⁴⁶ Se här exempelvis Diesen, Bevisvärdering och vittnespsykologisk utsageanalys, metodlikheter och metodskillnader, JT 1999-2000, s 298, Gregow. Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn, SvJT nr 7 1996, s 509ff samt Trankell, Vittnespsykologin som hjälpmedel i svensk rättegång samt Vittnespsykologins arbetsmetoder. Därvid avses primärt vittnespsykologisk utsageanalys och värdering av en muntlig utsagas tillförlitlighet och trovärdighet emedan vad som i denna framställning främst avses med sakkunnigbevisning är annan typ av sakkunskap på det beteendevetenskapliga området (såsom barnpsykologi) varför denna vittnespsykologiska diskussion inte närmare behandlas här.

huruvida den unge utvecklat en sexualitet. Hur bedömer åklagaren härvid vilken typ av sakkunnigbevisning, i fråga om exempelvis huruvida den unge har utvecklat en sexualitet eller om relationen mellan målsäganden och den tilltalade är ömsesidig, som på objektiva grunder kan föras in i målet? Samma problem återfinns givetvis för det fall att ordningen skulle vara sådan att det ankommer på rätten att sörja för sakkunskap, och den därvid föranstaltar om offentligt sakkunnig. Hur försäkras sig rätten om att den sakkunskap som förs in i målet kan anses objektivt riktig eller objektiv i största allmänhet, och därmed inte rubba domstolens krav på saklighet och opartiskhet? Det råder här onekligen tveksamheter kring huruvida en större förekomst av sakkunnigbevisning i denna typ av mål verkligen i alla avseenden skulle innebära en mer tillfredsställande ordning. Möjligen skulle, teoretiskt sett, barnkompetensen hos rättstillämparen öka men hur löses härvid de problem eller svårigheter som uppenbarar sig i fråga om saklighet och opartiskhet? Hur avhjälpas de frågetecken som följer av att det inte återfinns någon offentlig auktorisation eller kompetensgaranti och hur säkerställs att rättstillämpningen blir enhetlig och förutsebar?

Mot bakgrund av dessa tveksamheter och svårigheter bör den frågan ställas om det verkligen är alldeles korrekt eller lämpligt att hävda att problemet primärt ligger i att det hos dagens rättstillämpare finns stora brister i fråga om barnkompetens, och att dessa skulle kunna minska eller avhjälpas via ett ökat införande av sakkunskap hos rättstillämparen. Möjligen kan argument här istället anföras för att det snarare bör talas om att problemen eller svårigheterna bottenar i att det härvid återfinns en lagstiftning som inte, på ett tillfredsställande sätt, kan tillämpas av en rättstillämpare som saknar särskild barnkompetens. Den lagstiftning som rättstillämparen har att hantera bör rimligen vara så tydlig och klar för en juridiskt skolad domare i allmän domstol att denne kan tillämpa denna lagstiftning på ett tillfredsställande sätt utan att särskild sakkunskap (annat än i undantagsfall) behöver anlitas.⁴⁷ Diesen menar att det i dagsläget hos rättstillämparen saknas konkret, tillförlitlig och djuplodad kompetens på det beteendevetenskapliga området. Detta må vara fallet och ett överbryggande av den påstådda förtroendeklyftan mellan jurister och beteendevetare vore alltså önskvärdt i den meningen att det säkert kan komma mycket positivt ur det. Å andra sidan bör den frågan ställas om detta är ett rimligt krav eller en lämplig väg att gå. En juridiskt skolad domare kan sannolikt inte förväntas besitta konkret, tillförlitlig och djuplodad kunskap på det beteendevetenskapliga området och ett användande av sakkunnigbevisning är som ovan påtalats förenat med många svårigheter (såsom exempelvis med hänsyn till objektivitet och tillförlitlighet). Därför anföras här, att fokus bör ligga på att den lagstiftning som rättstillämparen har att hantera kan hanteras på det sätt som lagstiftaren avsett och på det sätt som uppfyller kraven på rättssäkerhet av den utslutande juridiskt skolade domaren.

⁴⁷ Se också remissinstansernas yttranden i prop. 2004/05:45 s 67 angående BrB 6:4 och 6:5 där det anföras att bestämmelserna i vissa avseenden ter sig vaga och svårtolkade.

4 Praxis

Detta avsnitt innehåller en presentation samt mindre individuell analys av den praxis som denna studie bygger på. Vad som här avses med analys är att en kortare kommentar följer varje refererat fall, medan en större systematiserande analys företas senare i denna framställning under kapitel 5. Inledningsvis återfinns i detta avsnitt en presentation av viktiga principavgöranden från Högsta domstolen som rör gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn. Dessa analyseras därefter utifrån författarens egna reflektioner men också utifrån uttalanden som gjorts i doktrin. Därefter behandlas ett antal underrättsfall som även de rör gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn. Dessa referat hålls förhållandevis kortfattade och fokus ligger på att presentera hur rätten argumenterat i rubriceringsfrågan och särskilt hur frivilligheten behandlats. Därefter följer en kort kommentar där författarens reflektioner presenteras.

I detta avsnitt påbörjas således ett besvarande av frågeställningen om hur ett samtycke beaktas från en person som per definition inte uppnått åldern för sexuellt självbestämmande samt hur rättstillämparen går tillväga för att bedöma samtyckets relevans. Den kommentar som senare följer på varje referat kan primärt sägas knyta an till frågeställningen om huruvida denna rättstillämpning motsvarar vad propositionen anger i fråga om syfte och tillämpning. Dessa frågeställningar behandlas därefter vidare under kapitel 5.

4.1 Praxis från Högsta domstolen

4.1.1 NJA 2006 s 79

Omständigheterna i NJA 2006 s 79 I var sådana att målsäganden A hade sin häst hos N.A och att dessa under cirka ett års tid lärde känna varandra närmare. Under denna tid utvecklades ett förhållande mellan dem båda trots att N.A har fru och barn samt är nästan dubbelt så gammal som A. N.A har berättat att han kunde prata med A om allt möjligt och att han uppfattade A som betydligt äldre än 13 år. De pratade om en möjlig framtid tillsammans om N.A var väl medveten om att A enbart var 13 år gammal. De talade även om att inleda en sexuell relation. N.A och A pratade om detta och N.A sa att han förvisso kunde vänta men att han inte kunde lova att inte ha sex med sin fru under tiden. Detta upplevde A som väldigt jobbigt och hon kände ibland att hon ville ha sex med N.A medan hon ibland kände det motsatta. N.A och A genomförde sedermera ett samlag hemma hos N.A. Målsäganden A var vid tillfället 13 år och 10 månader gammal.

I fråga om rubriceringen av gärningen anför Högsta domstolen (hädanefter HD) följande resonemang. Inledningsvis konstaterar HD här att det inte råder någon tvekan om att den gärning som N.A gjort sig skyldig till uppfyller rekvisiten i BrB 6:4. Frågan blir därefter om gärningen med hänsyn till omständigheterna vid brottet är att anse som mindre allvarlig och därmed bör bedömas som sexuellt utnyttjande av barn, istället för våldtäkt mot barn. HD anmärker därefter att det i fråga om den bedömningen inte finns någon särskild vägledning att hämta från lagtexten. I förarbetena anges emellertid att de faktiska omständigheter som vid bedömningen bör beaktas är målsägandens ålder samt huruvida den sexuella handlingen från dennes sida varit frivillig. HD anför därefter att det inte framstår som rimligt att fälla till ansvar för våldtäkt mot barn och därmed ett minimistraff på 2 års fängelse när samlaget bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Dessutom kommenteras uttalanden i förarbetena gällande det faktum att barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar eller att det ter sig främmande att i samband med sexualbrott mot barn laborera med begrepp som frivillighet och samtycke. HD anför att dessa uttalanden inte kan hänföras till den situation som här är för handen utan främst tar sikte på sexualbrott mot mindre barn. Detta synsätt får enligt HD stöd av det faktum att frivilligheten så ofta betonas när det gäller gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn. HD påpekar vidare att frivilligheten däremot måste bedömas utifrån barnets mognad och förmåga att inse innebörden av sitt handlande.

Sammanfattningsvis konstaterar HD sedermera att samlaget mellan N.A och A präglats av ömsesidighet och varit helt frivilligt från A:s sida. N.A och A har vid tidpunkten varit kära i varandra och samlaget har planerats av dem båda i samråd. Målsäganden hade vid tidpunkten för samlaget uppnått en sådan ålder att denna i sig inte kunde anses utgöra hinder mot att frivilligheten beaktas. Det har heller inte framkommit någonting annat i fråga om målsägandens mognad eller omständigheterna i övrigt vid gärningen som ger anledning att bortse från frivilligheten. Därmed anser HD att det står klart att gärningen i det aktuella fallet inte är sådan att den kan anses falla in under bestämmelsen om våldtäkt mot barn. N.A fälls till ansvar för sexuellt utnyttjande av barn.

Fallet NJA 2006 s 79 II rör även detta gränsdragningen mellan rubriceringen våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn. Omständigheterna i fallet skiljer sig emellertid på vissa punkter väsentligen ifrån det ovan refererade fallet. I NJA 2006 s 79 II förekommer betydande utredning angående huruvida den tilltalade kan anses ha haft skälig anledning att anta att målsäganden var under 15 år gammal. Dessutom kan det inte i det här fallet sägas att det mellan målsäganden och den tilltalade förekommit någon form av kärleksrelation. Högsta domstolen finner det utrett att samlag ägt rum mellan L.Ö, född 1980, och målsäganden A, född 1990. HD tar sedan ställning till frågan huruvida L.Ö kan anses ha haft skälig anledning att anta att A inte uppnått femton års ålder och finner att även om olika uppgifter framkommit angående A:s ålder, L.Ö har i vart fall haft skälig anledning att anta att A inte fyllt femton år. HD bedömer därefter till vilken grad brottet

ska anses höra och konstaterar inledningsvis att det är uppenbart att den gärning L.Ö gjort sig skyldig till uppfyller de uppställda rekvisiten i BrB 6:4 för våldtäkt mot barn. Frågan blir dock om gärningen istället ska bedömas som sexuellt utnyttjande av barn, det vill säga om det föreligger några förmildrande omständigheter. HD anför att målsäganden vid tidpunkten för brottet var 14 år och 10 månader gammal och därmed nära ålderns för sexuellt självbestämmande. Målsäganden har förvisso uppgett att hon flera gånger påtalat för L.Ö att hon inte ville ha sex med denne men att hon inte är säker på att L.Ö uppfattade detta. HD konstaterar därmed att utgångspunkten måste vara den att L.Ö uppfattat samlaget som frivilligt. Mot bakgrund av detta samt det faktum att A befann sig så nära åldern för sexuellt självbestämmande finner HD att gärningen bör betecknas som sexuellt utnyttjande av barn och dömer till ansvar i enlighet med BrB 6:5.

4.1.2 NJA 2006 s 510

Målet rör våldtäkt mot barn, gränsdragningen mellan sexuellt utnyttjande av barn och särskilt frågan om straffvärdesbestämning. Den tilltalade K.C hade under 2005 sökt kontakt med unga flickor via ett Internetbaserat kontaktforum och det uttalade syftet med dessa kontakter har varit att få till stånd en sexuell samvaro med dessa mycket unga flickor. Målsägande A var vid tidpunkten för gärningen 13 år gammal, målsäganden B 14 år, målsäganden C 13 år och målsäganden D 12 år. HD prövade frågan om straffvärde och anförde att gärningen riktar sig mot flera personer och det således är fråga om flerfaldig brottslighet. Det anfördes att det ibland, då gärningen rubriceras såsom sexuellt utnyttjande av barn och således baseras på fullständig frivillighet och ömsesidighet, finns anledning att ställa sig tveksam till att betrakta brottslighetens upprepade karaktär såsom straffhöjande. I den del där den flerfaldiga brottsligheten riktar sig mot olika målsäganden saknas emellertid skäl att frånga huvudprincipen om att flerfaldig brottslighet principiellt sett höjer straffvärdet. Därtill kommer det faktum att en av målsägandena är enbart tolv år gammal. HD kommer därmed till den slutsatsen att brottslighetens samlade straffvärde är högre än minimigränsen för våldtäkt mot barn. HD fastställer fängelsestraffet till 3 år och 6 månader.

4.1.3 Analys av fallen

4.1.3.1 Leijonhufvud och Zila

Dessa ovan refererade avgöranden, NJA 2006 s 79 I och II, gällande gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn har i flera sammanhang debatterats och analyserats. Leijonhufvud kommenterar i en artikel i Juridisk tidskrift dessa tidiga avgöranden och hon

benämner därvid dessa som två fall av klart felaktig rättstillämpning.⁴⁸ Hon anför, med hänvisning till propositionen, att barn under femton år behöver ett absolut skydd mot att utsättas för sexuella handlingar och att utgångspunkten är att barn aldrig kan samtycka till dessa. Bestämmelsen i BrB 6:5 om sexuellt utnyttjande av barn ska tillämpas med restriktivitet och i artikeln hänvisas till den skrivning i propositionen där det uttrycks att stadgandet i BrB 6:5 förvisso kan bli aktuellt om ålderskillnaden är stor (och målsäganden befinner sig nära åldern för sexuellt självbestämmande). En förutsättning för tillämpning är emellertid att den sexuella samvaron baseras på fullständig frivillighet och ömsesidighet. I direkt motsats till detta, anför Leijonhufvud, konstaterar HD att flickan i det första fallet som refereras ovan (NJA 2006 s 79 I) har förhållandevis långt kvar till åldern för sexuellt självbestämmande, då flickan enbart är 13 år och 10 månader. Vidare innehöll hennes samvaro med mannen vissa inslag av beroende eller förtroende.⁴⁹ Dessutom framkom att N.A vid ett flertal tillfällen tjatat på flickan samt utövat viss påtryckning, varför det givetvis uppstår tveksamheter kring huruvida den sexuella samvaron verkligen kan beskrivas som någonting fullständigt frivilligt och ömsesidigt. Leijonhufvud anför att det är förvånande att majoriteten kan peka på dessa omständigheter (förtroendesituation samt det faktum att målsäganden endast var 13 år och 10 månader) vid straffvärdesbedömningen, för att samtidigt bortse från dem vid rubriceringsfrågan. I fråga om det andra fallet (NJA 2006 s 79 II) anför Leijonhufvud att utgången här, trots att flickan är 14 och 10 månader gammal och således befann sig nära åldern för sexuellt självbestämmande, är än mer anmärkningsvärd än i det förra fallet. Här handlar det om en sexuell relation där flickan är starkt påverkad av alkohol och flera gånger uttryckt motvilja till den sexuella samvaron. Att då benämna detta som någonting som baseras på fullständig frivillighet och ömsesidighet ter sig något uppseendeväckande. Särskilt det faktum att samma situation, som tidigt i domskälen sägs baseras på frivillighet, i samband med skadeståndfrågan beskrivs som en vuxen mans utnyttjande av en berusad och utvakad fjortonåring ger definitivt upphov till frågetecken eller uppenbara följdfrågor.⁵⁰

Även Zila har kommenterat de ovan refererade fallen i en artikel i Juridisk tidskrift och där anför att de bedömningar som majoriteten i HD gjort i NJA 2006 s 79 I och II får anses utgöra korrekt rättstillämpning. I fråga om NJA 2006 s 79 I anför Zila att det enda som skiljer gärningen ifrån de förutsättningar som anges i propositionen är det faktum att flickan var endast 13 år och 10 månader (istället för att som i propositionen anges finna sig mycket nära åldern för sexuellt självbestämmande). Bortsett från denna diskrepans mellan förutsättningarna i propositionen och fallet menar alltså Zila att de står i överensstämmelse med varandra och att gärningen kan anses baseras på fullständig frivillighet och ömsesidighet.⁵¹ Det bör här emellertid påpekas att flickan inte var fri från påtryckningar utan att mannen

⁴⁸ Leijonhufvud, Madeleine, JT 2005/06:04, s 902.

⁴⁹ Se NJA 2006 s 79 I under bedömningen av straffvärdet.

⁵⁰ Se Leijonhufvud, Madeleine, JT 2005/06:04, s 900-904.

⁵¹ Zila, Josef, Rättspraxis efter sexualbrottsreformen 2005, JT 2007/08:02, s 553f.

tvärtom utövat vissa verbala påtryckningar mot flickan. Därtill kommer att mannen samtidigt hade en sexuell relation med flickans mor. Härvid brister det således inte enbart gällande överensstämmelse med motivens uttalanden i fråga om ålder (vilket inte heller på något sätt är oviktigt och därmed utan vidare kan bortses från). Det brister dessutom rörande frivilligheten och ömsesidigheten. Det kan härvid sägas råda tveksamheter kring frivilligheten, just på grund av att mannen utövat upprepade påtryckningar gentemot flickan. Rörande ömsesidigheten gäller att det här rör sig om en vuxen man (25 år) som samtidigt som han försöker få till stånd en sexuell relation med en trettonårig flicka har en sexuell relation till hennes mamma. Dessa omständigheter sammantaget får anses ge vid handen att det inte utan vidare kan konstateras att omständigheterna i målet i princip står i överensstämmelse med vad som anges i propositionen. Argument kan anföras för att det ligger närmre till hands att tala om en vuxen man som utsätter ett barn för sin sexualitet, snarare än någonting fullständigt frivilligt och ömsesidigt. Samtidigt är det inte heller, enligt författarens mening, uppenbart att det som Leijonhufvud skriver rör sig om en klart felaktig rättstillämpning. Omständigheterna i målet ger däremot inte utan vidare stöd för att konstatera att det rör sig om en tonåring som utvecklat sin sexualitet och har en fullständigt frivillig och ömsesidig relation till en äldre person.⁵² HD konstaterar således ganska kortfattat i domskälen att gärningen inte kan betraktas som ett så allvarligt slag som avsetts falla in under bestämmelsen om våldtäkt mot barn och som ska bestraffas med minst två års fängelse.

I fråga om NJA 2006 s 79 II anför Zila att den avgörande faktorn här blir att flickan vid tidpunkten för gärningen befinner sig mycket nära åldern för sexuellt självbestämmande. Dessutom anføres att det inte någonstans i domskälen anges att det anses styrkt att flickan motsatt sig den sexuella samvaron.⁵³ Sammanfattningsvis anför Zila att HD i de båda fallen gör en väl avvägd helhetsbedömning av omständigheterna i målet och kommer fram till slutsatsen att brottets straffvärde är betydligt lägre än vad som skulle motsvara det lägsta straffet för våldtäkt mot barn. Zila anför även att det rör sig om helt frivillig sexuell samvaro med flickor som var åtminstone relativt nära, respektive mycket nära, åldern för sexuellt självbestämmande. Det framgår därmed att rubriceringen av dessa handlingar såsom våldtäkt helt enkelt skulle te sig orimlig.⁵⁴ Frågan som härvid bör ställas är huruvida det egentligen är lagstiftaren eller justitieråden som bör avgöra vilket straffvärde en gärning har. Eller annorlunda uttryckt om det kan anses acceptabelt att rubricera en gärning såsom sexuellt utnyttjande av barn, trots att det kan sägas råda tveksamhet kring huruvida detta är förenligt med motivens uttalanden, med hänvisning till att en samlad bedömning ger vid handen att brottets straffvärde inte kan anses utgöra minst två års fängelse. Zila anger dessutom att flickorna befann sig relativt nära, respektive mycket

⁵² Jrf skrivningen i prop 2004/05:45, s 77 samt s 77.

⁵³ Zila, Josef, Rättspraxis efter sexualbrottsreformen 2005, JT 2007/08:02, s 555.

⁵⁴ Zila, Josef, Rättspraxis efter sexualbrottsreformen, JT 2007/08:02, s 557f. Se härvid också Träskman, Har det gått mus i kvinnofriden, Festskrift till Madeleine Leijonhufvud, 2007 om våldtäktsbegreppet i samband med frivillighet.

nära åldern för sexuellt självbestämmande. Den yngre flickan var 13 år och 10 månader gammal vid tidpunkten för gärningen. Här bör det anmärkas att propositionen har tolkats så att det måste röra sig om en tonåring för att frivilligheten överhuvudtaget ska kunna beaktas. Därmed får det anses missvisande att i denna kontext tala om att flickan (13 år och 10 månader) har relativt kort tid kvar till åldern för sexuellt självbestämmande. Noteras bör också att HD i fråga om samma flicka i domskälen anför att hon får anses befinna sig förhållandevis långt ifrån åldern för sexuellt självbestämmande.

4.1.3.2 Avslutande kommentar

Vid en närmare granskning om vad som egentligen i domskälen i NJA 2006 s 79 I uttalas om målsäganden och hennes förmåga att bedöma och ansvara för de sexuella handlingar som äger rum så kan följande åskådliggöras. HD hänvisar i domskälen till det första fallet till propositionen och anför att frivilligheten kan beaktas som en relevant faktor i den straffrättsliga bedömningen, även om betydelsen därav självfallet måste bedömas med hänsyn till barnets mognad och förmåga att inse innebörden av sitt handlande. Därefter anför HD att målsäganden vid den sexuella samvaron uppnått en sådan ålder (13 år och 10 månader) att denna i sig inte kan anses utgöra något hinder mot att beakta frivilligheten. Det har inte heller, anför HD, framkommit något om målsägandens mognad eller omständigheterna i övrigt vid gärningen som ger anledning att bortse från frivilligheten. Vidare anför HD, något motsägelsefullt, i fråga om bedömningen av straffvärdet att målsäganden får anses ha förhållandevis lång tid kvar till ådern för sexuellt självbestämmande.⁵⁵

Den uppenbara frågan som nu bör ställas är hur HD egentligen analyserat eller resonerat i frågan om vilken hänsyn som bör tas till frivilligheten från målsägandens sida. Det enda som egentligen anföras härom är att det först hänvisas till propositionen och det faktum att frivilligheten måste bedömas med hänsyn till barnets mognad och förmåga att inse innebörden av sitt handlande. Därefter konstateras krasst att det inte framkommit någonting som ger anledning att *bortse från frivilligheten*. Frågor som härvid uppstår är hur HD kan finna att den sexuella samvaron baseras på fullständig frivillighet och ömsesidighet samtidigt som det talas om att N.A utövat påtryckningar mot flickan. En annan fråga är hur HD resonerat kring huruvida målsäganden utvecklat en sexualitet. Mognadsdifferensen mellan parterna ter sig dessutom vara förhållandevis stor (så även den faktiska ålderskillnaden), med tanke på att mannen samtidigt hade en relation till målsägandens mamma. Argumentationen ter sig härvid tämligen knapp, särskilt i fråga om hur dessa frågor eller motstridigheter egentligen bemötts eller behandlats.

I fråga om NJA 2006 s 79 I kan följande nämnas. Målsäganden säger sig i detta fall ha motsatt sig den sexuella samvaron och uttryckligen bett den

⁵⁵ Notera härvid att Zila senare i fråga om samma målsägande uttalar att hon får anses befinna sig relativt nära åldern för sexuellt självbestämmande.

tilltalade (L.Ö) att sluta. HD anför härom att det inte är klarlagt att L.Ö uppfattat detta och finner därför att den sexuella samvaron får anses ha skett på frivillig basis. Inte heller här finns något resonemang kring frivillighetens relevans och flickans ålder, mognad, eller förmåga att ta ställning till det som sker (samtyckets relevans). Snarare beskrivs gärningen i samband med skadeståndsfrågan såsom en vuxen mans utnyttjande av en berusad och utvakad fjortonårig flicka och det ter sig minst sagt förbryllande att HD samtidigt, straffrättsligt, kan fastslå att gärningen baseras på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Även om beskrivningen av gärningen såsom en vuxen mans utnyttjande av en berusad och utvakad fjortonårig flicka hänför sig till skadeståndsfrågan kan det inte, enligt författarens mening, anses rimligt att samtidigt slå fast att samma gärning, rent straffrättsligt, får anses baseras på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Detta ter sig motsägelsefullt och oförenligt.

Avslutningsvis bör det understrykas att utgångspunkten i NJA 2006 s 79 I och II inte tycks vara en självklar uppfattning om att barn inte kan samtycka till sexuella handlingar. Särskilt tydligt blir detta i NJA 2006 s 79 II där det talas om att samtycket ska beaktas (och gärningen ska falla under kriminaliseringen i BrB 6:5) då det enligt HD inte kan anses ställt bortom rimligt tvivel att gärningsmannen uppfattat att flickan vid upprepade tillfällen sagt nej. Detta kan inte anses vara ett resonemang som baseras sig på en utgångspunkt om att barn inte kan samtycka till sexuella handlingar. I det första fallet (I) är bilden inte lika tydlig, men även här verkar HD i vissa avseenden ta en udda utgångspunkt, precis som ovan påtalats. Detta då HD inte anför några som helst argument för varför samtycket bör beaktas, utan snarare konstaterar att inga argument framförts för varför samtycket *inte* bör beaktas, varför utgångspunkten härvid i fråga om frivillighetens relevans tycks vara något omvänd.⁵⁶

Motsägelserna eller motstridigheterna i domskälen är dessutom många och det ligger nära till hands att på vissa punkter även ifrågasätta detta avgörande. Det största problemet härvid tycks emellertid vara det att HD inte närmare argumenterar för varför gärningen bör rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn samt att många frågor lämnas obesvarade, särskilt eftersom det i fallet råder stor ålderskillnad, tveksamheter kring tvång och påtryckningar samt tämligen stor mognadsdifferens. Huruvida detta avgörande står i överensstämmelse med motiven blir svårt att dra några bestämda slutsatser om. Detta då argumentationen är tämligen knapp i fråga om huruvida det rör sig om en tonåring som utvecklat en sexualitet och den sexuella samvaron baseras på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Huruvida det härvid som Leijonhufvud anför rör sig om klart felaktig rättstillämpning eller om det istället i enlighet med Zilas uttalanden innebär en korrekt rättstillämpning blir svårt att, mot bakgrund av domskälen, dra några bestämda slutsatser om, eftersom det på många punkter kvarstår tveksamheter. Avgörandet kan å andra sidan istället, enligt författarens mening, ifrågasättas på denna punkt. Det utgör uppenbarligen allt annat än

⁵⁶ Detta resonemang utvecklas senare under kapitel 5 i denna framställning.

en tillfredsställande ordning att många viktiga frågor lämnas obesvarade, eller att många motsägelser återfinns, men att uttala att det rör sig om en klart felaktig rättstillämpning (eller för den delen att det motsatta skulle vara uppenbart) är väl starkt.

4.2 Underrättspraxis

4.2.1 Mål B 7258-05 Svea HovR

Omständigheterna i målet var i huvudsak följande. Målsäganden A var vid tidpunkten för gärningen 13 år gammal och hade under en period en relation med den tilltalade A.J. som var 22 år gammal. Tingsrätten beskriver relationen mellan målsäganden och A.J. som ömsesidig med karaktären av ett kärleksförhållande. Det handlar inte, enligt tingsrätten, om en vuxen man med pedofila intressen utan om en ung och vek grabb med flicktycke. Tingsrätten anför sedermera att det för ansvar enligt nu gällande lagstiftning krävs att den tilltalade haft full kännedom om offrets ålder. Tingsrätten finner därefter att det, i förevarande fall, finns brister i det subjektiva rekvisitetet i fråga om målsägandens ålder och ogillade därmed åtalet.⁵⁷

I hovrättens domskäl hänvisas inledningsvis till Högsta domstolens praxis i form av NJA 2006 s 79 och det påpekas att barnets frivillighet måste bedömas med hänsyn till barnets mognad och förmåga att inse innebörden av sitt handlande. Därefter bedömer domstolen karaktären av relationen i förevarande fall. Det påpekas att målsäganden redan innan hon träffade A.J. var sexuellt aktiv samt att hon i princip varit den mer drivande i relationen. A.J. beskrivs som relativt omogen. Hovrätten konstaterar därefter sammanfattningsvis att relationen mellan A.J. och flickan inte kan sägas ha karaktären av en relation mellan ett barn och en vuxen, utan snarare mellan en äldre och en yngre tonåring. Mot bakgrund av detta finner hovrätten sedermera att gärningen inte är att bedöma som våldtäkt mot barn utan som sexuellt utnyttjande av barn.

Hovrätten för i det här fallet ett ganska utförligt resonemang där relevanta frågor besvaras. Hovrätten inleder med att påpeka att flickan i det aktuella fallet utvecklat en sexualitet. Därefter bedöms de båda parternas mognad och det anmärks att denna kan anses i princip jämbördig och ömsesidigheten uppmärksammas. Hovrätten finner att relationen mot bakgrund av detta baseras på frivillighet och ömsesidighet och fäller till ansvar för sexuellt utnyttjande av barn. Viktigt att notera är dock att målsäganden befinner sig förhållandevis långt ifrån åldern för sexuellt självbestämmande vilket möjligen skulle kunna föranleda viss kritik, då motiven uteslutande talar om

⁵⁷ Detta kan i princip anses utgöra felaktig rättstillämpning. Kravet är att gärningsmannen haft skäligen anledning att anta att målsäganden varit under femton år. Inte full vetskap om att målsäganden varit under femton år.

personer som befinner sig nära åldern för sexuellt självbestämmande vid exemplifiering av situationer som kan komma att omfattas av BrB 6:5.

4.2.2 Mål B 617-06 Göta HovR

Omständigheterna i fallet var sådana att den tilltalade M.J. vid ett upprepat antal tillfällen hade haft samlag med en trettonårig flicka, företrädesvis i M.J:s bostad. Flickan kom från trasiga familjeförhållanden och uppfattade samvaron med M.J. som en fristad. Han blev en trygghet och en fadersgestalt. Tingsrätten fäller mannen till ansvar för våldtäkt mot barn men pekar inledningsvis på det faktum att flickan tidigare haft sexuella erfarenheter samt det faktum att den sexuella samvaron får anses vara frivillig. Därefter argumenterar tingsrätten för att gärningen emellertid inte ska anses mindre allvarlig och anför bland annat följande. Mot bakgrund av den stora åldersskillnad (29 år) som förelåg samt det faktum att M.J. kommit att befinna sig i någon form av förtroendeställning gentemot flickan har det därmed legat på M.J. att, i egenskap av vuxen, sätta gränserna för deras relation, vilket han i princip inte gjort. Tingsrätten pekar också på det faktum att den sexuella samvaron förekommit vid upprepade tillfällen samt det faktum att M.J. låtit spela in vissa delar av det sexuella umgänget på video. Tingsrätten fäller således till ansvar för brottet våldtäkt mot barn samtidigt som det också i domskälen påpekas att flickan tidigare haft sexuella erfarenheter och utvecklat en sexualitet.

Fallet togs sedermera upp i hovrätten och där hänvisas inledningsvis till de ovan nämnda fallen NJA 2006 s 79 I och II. Därefter anför rätten att målsäganden i förevarande fall uppnått sådan ålder att denna inte i sig kan anses utgöra något hinder mot att beakta frivilligheten. Därefter påpekas emellertid att M.J. låtit målsäganden anförtro sig åt honom samt att han varit medveten om flickans problemfyllda situation. Genom det nära umgänget och den förtroendesituation som uppstod kan förhållandet mellan målsäganden och M.J. liknas vid ett beroendeförhållande. Därefter anför hovrätten att målsäganden framstår som relativt omogen och inte kan anses ha en mognadsgrad som motsvarar hennes ålder. Hovrätten konstaterar sedan att förhållandet mellan M.J. och flickan inte kan anses bygga på frivillighet och ömsesidighet varför M.J. fälls till ansvar för våldtäkt mot barn.

Tingsrätten redogör ganska ingående för den rättsliga regleringen med hänvisning till både lagtext och förarbeten i sina domskäl och anför sedan att A förvisso har utvecklat sin sexualitet samt att samlaget varit frivilligt såtillvida att de både har önskat ha den sexuella samvaron. Därefter anføres att, detta till trots, gärningen inte kan anses vara mindre allvarlig, mot bakgrund av den stora åldersskillnaden samt det faktum att M.J. varit någon form av fadersgestalt (det har således inte rört sig om en ömsesidig kärleksrelation). Att här först kommentera att A förvisso utvecklat sin sexualitet och att därefter bedöma karaktären av deras relation är ett adekvat resonemang. Tingsrätten för härmed alltså enligt författarens mening ett gott

och adekvat resonemang kring begreppen frivillighet och ömsesidighet samt huruvida det ska anses föreligga i fallet, eller om det å andra sidan ska anses röra sig om en vuxen som utsatt ett barn för sin sexualitet.

För det första bör det kort anmärkas att hovrätten här i sin redogörelse för gällande rätt anför att det för ansvar enligt BrB 6:4 inte finns något krav på ”tvång eller utnyttjande”. Vad hovrätten här menar med att det för ansvar enligt BrB 6:4 inte krävs något utnyttjande är i allra högsta grad oklart. Hovrätten ansluter sig emellertid till tingsrättens bedömning och anför precis som lägre instans att M.J. fungerat som fadersgestalt och att ett beroendeförhållande uppstått. Det bör kort noteras att hovrätten inledningsvis i domskälen här anför vad som tycks ha blivit en standardskrivning, det vill säga att målsägandens ålder i och för sig inte utgör hinder mot att beakta frivilligheten.⁵⁸ Senare i domskälen anføres att målsäganden sannolikt inte uppnått en mognadsgrad som kan anses motsvara hennes ålder och att den sexuella samvaron, trots att tvång eller våld inte förekommit, inte kan anses bygga på sådan frivillighet och ömsesidighet som förutsätts för tillämpning av BrB 6:5. Menar hovrätten här att avsaknad av våld eller tvång vanligtvis, eller som huvudregel, annars ger vid handen att fullständig frivillighet och ömsesidighet kan anses föreligga och att 6:5 därmed ska tillämpas?

4.2.3 Mål B 2399-06 Göta HovR

I fallet hade samlag ägt rum mellan målsäganden, fjorton år gammal, och den tilltalade M.A. som vid tillfället var 20 år gammal. Den sexuella samvaron hade ägt rum hemma hos M.A. M.A. och målsäganden hade en relation och brukade träffas regelbundet. Målsäganden uppger att hon vid det tillfälle som beskrivs av åklagaren i gärningsbeskrivningen inte samtyckte till de sexuella handlingarna och att hon upprepade gånger uttryckligen sa åt M.A. att hon inte ville delta i den sexuella samvaron. Hon vågade inte protestera på annat sätt än verbalt då hon var rädd för M.A.

Tingsrätten faller M.A. till ansvar för våldtäkt mot barn och hänvisar till att gärningen inneburit ett visst betvingande av målsäganden samt att M.A. varit väl medveten om att målsäganden var under femton år. Fallet togs sedermera upp i hovrätten och där konstateras inledningsvis att gärningen i sig uppfyller rekvisiten för våldtäkt mot barn. Frågan blir emellertid om gärningen mot bakgrund av omständigheterna vid gärningstillfället kan anses vara av mindre allvarligt slag. Inledningsvis diskuteras huruvida ett samtycke från målsägandens sida kan anses föreligga. Hovrätten beskriver att vittnen uppfattat målsäganden som ledsen och upprörd efter händelsen men att hon inte grät. Rätten hänvisar även till att målsäganden efter huvudförhandlingen i tingsrätten har uttalat att hon var ”med på det litet”.

⁵⁸ Detta syftar tillbaka på skrivningen ”tonåring” i propositionen. Det ska enligt propositionen röra sig om en ”tonåring som utvecklat sin sexualitet” för att BrB 6:5 ska anses tillämplig och detta utesluter således en tillämpning av BrB 6:5 då offret inte nått tonåren.

Hovrätten finner att det som ägt rum får anses ha skett på frivillig basis främst mot bakgrund av att det inte kan anses utrett att M.A. uppfattat målsägandens inställning till den sexuella samvaron. Hovrätten uttalar även att målsäganden vid tidpunkten för gärningen var 14 år och 11 månader gammal och således befann sig nära åldern för sexuellt självbestämmande. Dessa omständigheter ger sammantaget vid handen att gärningen bör betecknas som sexuellt utnyttjande av barn och inte som våldtäkt mot barn.

Mot bakgrund av att det förekommit ett visst betvingande, låt vara att det inte är utrett huruvida den tilltalade uppfattat att samtycke inte förelåg, dömer tingsrätten M.A. för våldtäkt mot barn. I hovrätten anförs att M.A. inte kan anses ha haft uppsåt till betvingandet samt att målsäganden hade mycket kort tid kvar till åldern för sexuellt självbestämmande. Frågan i det här fallet blir emellertid om den sexuella samvaron kan sägas baseras på fullständig frivillighet och ömsesidighet (trots att visst betvingande förekommit). Resonemang kring huruvida deras relation kan anses ha varit ömsesidig återfinns överhuvudtaget inte i domskälen. Frivilligheten diskuteras men frågan är om frivilligheten verkligen kan anses vara fullständig när visst betvingande förekommit och målsäganden endast varit med på det som ägde rum "lite".

Hovrätten diskuterar ingående omständigheterna vid gärningen och resonerar kring vittnesuppgifter om målsägandens omedelbara reaktion efter gärningen. De resonerar mycket lite kring naturen av målsägandens och M.A:s relation och huruvida denna kan sägas baseras på frivillighet och ömsesidighet. Vidare diskuteras överhuvudtaget inte huruvida målsäganden kan sägas ha uppnått sådan mognad och utvecklats sin sexualitet att hon kan ta ställning och bedöma det som sker. Det (eventuella) samtyckets relevans diskuteras inte vilket möjligen kan förklaras av att det inte är utrett huruvida samtycke verkligen föreligger. Hur domstolen under sådana omständigheter kan komma till den slutsatsen att bestämmelsen om sexuellt utnyttjande ger definitivt upphov till vissa följdfrågor. Likheter finns här med fallet NJA 2006 s 79 II. Även här förekom diskussioner och tveksamheter kring frivilligheten, men HD fann trots detta att gärningen skulle rubriceras såsom sexuellt utnyttjande av barn. I fallet hänvisades särskilt till att målsäganden befann sig mycket nära åldern för sexuellt självbestämmande, vilket även är fallet i det ovan refererade hovrättsfallet. Kanske är det detta som faller avgörandet, trots att det kan sägas råda viss tveksamhet kring huruvida den sexuella samvaron verkligen varit helt frivillig.

4.2.4 Mål B 4285-06 Svea HovR

M.Z. (16 år) hade vid ett tillfälle sexuellt umgänge jämförligt med samlag med målsägandena A (13 år) och B (14 år). Tingsrätten gör bedömningen att den sexuella samvaron är att anse som sexuellt utnyttjande av barn, och således inte som våldtäkt mot barn. Denna slutsats dras mot bakgrund av det faktum att det inte kan visas annat än att målsägandena deltagit i den sexuella samvaron frivilligt, även om deltagandet kan anses ha skett efter

visst kamrattryck. Tingsrätten påpekar dessutom att ålderskillnaden mellan M.Z. och målsägandena endast är drygt två år. Tingsrätten konstaterar till sist att gärningen förvisso kan anses innebära ett övergrepp men inte av sådant allvarligt slag att det bör rubriceras som våldtäkt mot barn. Hovrätten fastställer sedermera tingsrättens dom.

Det anförs alltså att det inte är visat annat än att målsäganden deltagit i den sexuella samvaron frivilligt, även om den kan antas ha skett efter visst kamrattryck. Rätten för inget resonemang kring vilken typ av relation de inblandade hade och om denna kan anses baseras på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Även om det här ter sig fullt rimligt, då det rör som om två flickor på 14 år och en pojke på 16 år (och således inte en vuxen man som utsätter barn för sin sexualitet), att det som ägt rum bör bedömas såsom sexuellt utnyttjande av barn saknas en utförlig argumentation för detta. Å andra sidan kan det givetvis, oaktat ålderskillnaden ifrågasättas om BrB 6:5 verkligen blir tillämplig då det i målet råder vissa frågetecken kring den eventuella frivilligheten (jämför det faktum att den sexuella samvaron ägde rum under visst kamrattryck).

4.2.5 Mål B 916-06 HovR för nedre Norrland

Den tilltalade F.L. (20 år) träffade målsägandena A (14 år) och B (14 år) på en internetbaserad kontaktsida under 2005. Efter en tid träffades de personligen och under sommaren 2005 träffades de frekvent samt talade i telefon. Samlag förekom mellan målsäganden och F.L. vid ungefär fem tillfällen och i fråga om hur gärningen ska rubriceras anför tingsrätten följande. F.L. har inte i något avseende tjatat eller försökt att tvinga den sexuella samvaron på flickorna. Tingsrätten hänvisar också till Högsta domstolens praxis, bland annat NJA 2006 s 79, och anför att den förevarande gärningen mot bakgrund av denna praxis, bör rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn. Hovrätten fastställer tingsrättens dom.

Liksom i det ovan refererade fallet B 4285-06 Svea HovR saknas i de kortfattade domskälen ett utförligt resonemang kring vilken typ av relation målsäganden kan sägas ha haft till den tilltalade och varför målsägandens samtycke ska anses adekvat. Inget anförs i fråga om målsägandenas mognad och deras förmåga att själva ta ställning till och bedöma situationen och därmed alltså om samtycket ska tillmätas betydelse.

4.2.6 Mål B 6299-06 Svea HovR

Omständigheterna i förevarande fall var sådana att målsäganden och den tilltalade båda vid tidpunkten för gärningen bodde på ett behandlingshem tillsammans. Den tilltalade M.J. som vid gärningstillfället var 16 år gammal gjorde gällande att det orala samlaget skett på helt frivillig basis. Målsäganden (14 år) å sin sida gjorde gällande att visst våld eller tvång förekommit. Tingsrätten finner att målsägandens berättelse ska läggas till

grund för bedömningen och anför att det måste ha framgått för M.J. att målsäganden inte ville ha samlag, men att denne trots detta använt visst våld i syfte att genomföra samlaget. Tingsrätten konstaterar att samlaget inte var frivilligt från målsägandens sida varför det bör bedömas som våldtäkt mot barn.

Hovrätten gör en annan bedömning och anför att det faktum att M.J. inte tydligt uppfattat att målsäganden inte önskade delta i det sexuella umgänget ger vid handen att M.J. uppfattat samlaget som frivilligt från målsägandens sida. Vid en samlad bedömning där det särskilt beaktas att det rör sig om ett kortvarigt händelseförlopp samt att ålderskillnaden är relativt ringa finner hovrätten att M.J. ska fällas till ansvar för sexuellt utnyttjande av barn.

Även här synes domskälen vara förhållandevis knapphändiga från hovrättens sida. Inget resonemang förs kring parternas mognadsmässiga (både intellektuellt och sexuellt) jämbördighet. Har flickan utvecklat en sexualitet och förstod hon var hon (eventuellt) samtyckte till? I det här fallet råder det ju tveksamhet kring huruvida ett samtycke överhuvudtaget förelåg. Detta gör att det, återigen, uppkommer frågetecken kring rubriceringen sexuellt utnyttjande av barn. Särskilt mot bakgrund av den knapphändiga motiveringen som synes i princip gå ut på att domstolen hänvisar till den ringa åldersskillnad som råder mellan parterna.

4.2.7 Mål B 8-06 HovR över Skåne och Blekinge

Den tilltalade M.P. (20 år) tog kontakt med målsäganden A (13 år) via ett internetbaserat kontaktforum och de två bestämde sig senare för att träffas personligen. De var båda bosatta på samma ort och M.P. hade tidigare varit klasskamrat med målsägandens äldre bror. I domskälen hänvisar tingsrätten inledningsvis till propositionen och anför att det i vissa fall ter sig orimligt att fälla till ansvar för våldtäkt mot barn. Exempel nämns från propositionen där den ene är strax över femton och den andra strax under, eller för den delen där barnet befinner sig strax under gränsen för sexuellt självbestämmande men där den andre parten förvisso är betydligt äldre. I de senare fallen kan det till exempel vara fråga om en tonåring som utvecklat sin sexualitet och har en frivillig sexuell relation till någon som är betydligt äldre. Därefter anför tingsrätten i fråga om förevarande fall att målsäganden låtit M.P. ligga med huvudet i hennes knä. Målsäganden har sedan, utan att i varken ord eller handling protestera, låtit M.P. genomföra ett samlag med henne. M.P. måste enligt tingsrätten ha uppfattat detta som att målsäganden gav sitt tysta medgivande till samlaget. Det faktum att målsäganden först efter påtryckningar från omgivningen gjort en anmälan antyder att målsäganden gått mer på mer än vad hon nu vill tillstå. Vidare talar för detta att hon lät M.P. stanna kvar och övernatta i lägenheten. Tingsrätten anför därmed, mot bakgrund av det anförda, att gärningen bör bedömas såsom sexuellt utnyttjande av barn.

Fallet prövades även i hovrätt och där görs en annan bedömning. Hovrätten anför att målsäganden uppfattat M.P. som en person hon förlitat sig på och kunnat vända sig till för att tala om sina problem. Deras relation hade aldrig haft karaktären av ett kärleksförhållande och de hade aldrig talat om sex. Målsägandens ringa ålder och arten av den relation hon hade till M.P. medför att gärningen, oavsett om M.P. uppfattat att målsäganden lämnat sitt samtycke, ska bedömas såsom våldtäkt mot barn. Gärningen faller enligt hovrätten helt klart utanför tillämpningsområdet för BrB 6:5 och M.P. döms för våldtäkt mot barn enligt BrB 6:4.

I fallet är det tveksamt om samtycke ens förelegat (målsäganden uppger att hon inte vågade protestera) och det rör sig om en 13 år gammal flicka som är sexuellt oerfaren. Hur tingsrätten kan mena att detta faller inom tillämpningsområdet för BrB 6:5 är uppseendeväckande. Det ligger, mot bakgrund av det som var domen låter sig förstås, närmre till hands att tala om att det här rör sig om en vuxen person som utsätter ett barn för sin sexualitet (där den vuxne befinner sig i en förtroendeposition) snarare än någonting som baseras på fullständig frivillighet och ömsesidighet. I hovrätten förs ett gott resonemang som tar utgångspunkt och fokuserar på karaktären på relationen, ålderskillnad och mognad både sexuellt och intellektuellt.

4.2.8 Mål B 1323-07 HovR för nedre Norrland

Omständigheterna i fallet var sådana att den tilltalade M.B. vid tidpunkten för gärningen var 20 år gammal, medan målsäganden var 13 år gammal. M.B. och målsäganden hade en relation med varandra och målsäganden beskriver att de blev tillsammans trots att hon inte var kär i M.B. M.B. uppger att han tyckte om A. Tingsrätten fäller M.B. till ansvar för våldtäkt mot barn mot bakgrund av att målsäganden uppgett att hon inte önskade ha samlag med M.B., att hon tyckte att det var äckligt samt att hon kände sig illa behandlad av M.B. i detta avseende. Samlagen mellan målsäganden och M.B. kan därför enligt tingsrätten inte anses ha varit ömsesidiga och helt frivilliga varför M.B. ska dömas för våldtäkt mot barn.

Hovrätten gör i fallet en annorlunda bedömning och konstaterar inledningsvis att målsägandens ålder inte utgör något hinder för att beakta frivilligheten. Därefter anför hovrätten att en samlad bedömning ger vid handen att M.B. ska fällas till ansvar för sexuellt utnyttjande av barn och inte för våldtäkt mot barn.

I tingsrätten döms alltså M.B. för våldtäkt mot barn emedan hovrätten rubricerar gärningen som sexuellt utnyttjande av barn. Tingsrätten för ett resonemang som tar utgångspunkt i dels målsägandens låga ålder samt den förhållandevis stora ålderskillnaden mellan parterna. Tingsrätten för därefter en argumentation som grundar sig i det faktum att A inte känt sig väl behandlad av M.B. då han inte respekterat hennes vilja, och konstaterar således att gärningen inte baseras på frivillighet och ömsesidighet, och

därmed bör betecknas som våldtäkt mot barn. Resonemanget är adekvat på så sätt att frivillighet och ömsesidighet är en förutsättning för att gärningen ska anses mindre allvarlig, emedan det kan ifrågasättas huruvida det verkliga är utrett huruvida den sexuella samvaron var frivillig.

I hovrätten, där en annan bedömning görs, och den sexuella samvaron anses frivillig och ömsesidig samt målsäganden således måste sägas ha utvecklat sin sexualitet i rättens mening, anförs en tämligen knapp argumentation som skäl. Här förs inget resonemang alls kring huruvida målsäganden kan sägas ha utvecklat sin sexualitet, haft förmåga att bedöma och ta ställning till situationen och huruvida relationen mellan dem båda, den stora ålderskillnaden till trots, kan sägas ha varit fullständigt frivillig och ömsesidig. Hovrättens argumentation för att relationen mellan M.B. och målsäganden kan anses fullständigt frivillig och ömsesidig motsvarar följande led. För det första konstateras att målsägandens ålder i sig inte ger anledning att bortse från frivilligheten. För det andra anförs att en samlad bedömning ger vid handen att M.B. ska fällas till ansvar för sexuellt utnyttjande av barn. Denna argumentation eller dessa skäl ter sig, mot bakgrund av omständigheterna i målet, tämligen knapphändiga.

4.2.9 Mål B 868-07 HovR för nedre Norrland

Omständigheterna i det aktuella fallet var sådana att målsäganden A (13 år) och den tilltalade C.B. (18 år) kom i kontakt med varandra via en kontaktsida på Internet. De träffades senare personligen och enligt åklagarens ansvarsyrkande genomförde C.B. då med målsäganden en sexuell handling jämförlig med samlag. Tingsrätten konstaterar inledningsvis att det är utrett att förutsättningarna för ansvar enligt bestämmelsen om våldtäkt mot barn är uppfyllda och att frågan nu blir om gärningen kan bedömas som mindre allvarlig. Tingsrätten konstaterar att ingenting i målet framkommit som tyder på att målsäganden skulle vara mognare i förhållande till sin ålder. Därefter påpekas att C.B. varit den mest pådrivande i fråga om det sexuella umgänget och i princip utövat en form av övertalning mot målsäganden. Rätten anför också att målsäganden, med hänsyn till sin låga ålder, sannolikt i en sådan intim situation får antas ha haft svårt att ge uttryck för någon form av frivillighet och fäller därmed till ansvar för våldtäkt mot barn.

Hovrätten gör en annan bedömning och anför till stöd för detta att målsäganden utfört alla sexuella handlingar frivilligt och att det funnits ett uttryckligt samtycke från flickans sida. Hovrätten finner även att det får anses utrett att målsäganden haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen vilket bland annat tagit sig uttryck i att hon sagt nej till de sexuella aktiviteter hon inte önskat delta i. Varken hennes ålder eller vad som framkommit om hennes mognad eller omständigheterna i övrigt ger enligt hovrätten anledning att bortse från frivilligheten. Vid en samlad bedömning av samtliga omständigheter finner hovrätten således att

gärningen inte kan anses så allvarlig att den ska rubriceras såsom våldtäkt mot barn. Den tilltalade döms därmed för sexuellt utnyttjande av barn.

Tingsätten tar i dessa domskäl utgångspunkt i målsägandens ålder och konstaterar att hinder inte formellt föreligger för att beakta samtycket. Därefter söker rätten hitta argument eller ställer frågan om det i detta fall kan anses at målsäganden uppnått sådan mognad att hennes samtycke kan beaktas. Detta står enligt författarens mening i överensstämmelse med motiven till lagen. Annars har det snarare i många fall varit vanligt förekommande att rätten först konstaterar att hinder inte på grund av målsägandens ålder formellt föreligger mot att samtycket beaktas för att sedan ställa sig frågan om det finns omständighet som talar *emot* att samtycket ska beaktas i fallet (såsom särskild omognad, att den faktiska mognadsgraden inte motsvarar den formella åldern eller att målsäganden har någon diagnos eller liknande omständighet). I förevarande fall utgår rätten istället ifrån att ett samtycke från ett barn som huvudregel inte är ett samtycke som bör beaktas (det vill säga utgångspunkten är den att barn som huvudregel inte kan samtycka till sexuella handlingar) och undersöker sedan om det trots allt i detta fall finns omständigheter som talar för att samtycket kan anses adekvat och bör beaktas (har målsäganden förstått vad hon samtycker till, utvecklat en sexualitet och haft förmåga att bedöma situationen)?

Hovrätten gör en annan bedömning och här känns det något omvända resonemanget igen. Det söks här snarare och återigen efter omständigheter som talar för att inte beakta frivilligheten (såsom särskild omognad) och inget resonemang förs kring vilken typ av relation målsäganden och den tilltalade haft. Kan den sägas ha byggt på ömsesidighet och frivillighet? Rätten diskuterar i samband med samtyckesdiskussionen flickans förmåga att ta ställning till det som händer som någon form av allmäntillståndsdiskussion och det skrivs att hon i vissa fall kunde säga nej och i vissa fall inte. Rätten tycks leta efter eller diskutera flickans faktiska eller fysiska förmåga att uttrycka sin vilja snarare än att diskutera huruvida detta viljetryck kan anses böra tillmätas betydelse i det aktuella fallet (mot bakgrund av hennes mognad och eventuellt utvecklade sexualitet).

4.2.10 Mål B 7385-07 Svea HovR

I det aktuella målet hade den tilltalade H.O. utfört en sexuell handling jämförlig med samlag, under en massage, med målsäganden A (13 år). H.O. hade kommit att fungera som en fadersfigur eller en person målsäganden litade på och kunde vända sig till med sina problem. Tingsrätten konstaterar att de handlingar som H.O. utfört uppfyller rekvisiten för våldtäkt mot barn enligt 6:4 BrB. Därefter anförs att tingsrätten nu har att bedöma om gärningen mot bakgrund av samtliga omständigheter i fallet kan bedömas vara av mindre allvarligt slag, och därmed ska betecknas såsom sexuellt utnyttjande av barn. Vid denna bedömning är enligt rätten målsägandens ålder samt huruvida denne själv medverkat i den sexuella handlingen av

betydelse. Det konstateras att A vid gärningstillfället var 14 år och 10 månader gammal och således befann sig nära åldern för sexuellt självbestämmande. Därefter resonerar tingsrätten kring huruvida tvång i det aktuella fallet kan anses ha förekommit då det i fråga om detta framkommit motstridiga uppgifter. Tingsrätten finner här att målsägandens utsaga framstår som klart mera sannolik och att den därför ska läggas till grund för bedömningen. Det är sålunda, enligt tingsrätten, utrett att A inte medverkat frivilligt till de sexuella handlingarna och att H.O. åtminstone varit likgiltig inför detta. Därmed finner tingsrätten att H.O. ska dömas för våldtäkt mot barn.

Hovrätten ansluter sig till tingsrättens bedömning men anför något andra skäl. Hovrätten skriver att hennes relation till H.O. inte varit av någon som helst sexuell natur utan mer att jämföra med den till en äldre släkting. Att A inte protesterat är inte särskilt anmärkningsvärt då barn ofta inte vågar protestera när vuxna agerar sexuellt mot dem. Trots att A närmat sig åldern för sexuellt självbestämmande är gärningen mot bakgrund av detta inte att bedöma som mindre allvarlig. Hovrätten dömer H.O. för våldtäkt mot barn.

4.2.11 Mål B 7942-08 Svea HovR

Den tilltalade T.P. (45 år) hade i det aktuella fallet vid upprepade tillfällen haft samlag med målsäganden A (14 år). Tingsrätten anför inledningsvis i domskälen att den sexuella samvaron varit frivillig och byggt på ömsesidighet. Därefter påpekas att ett barns frivillighet att inlåta sig på sexuella handlingar inte kan bedömas enligt samma kriterier som en vuxens. Dessutom understryks att målsäganden befann sig ett par år ifrån åldern för sexuellt självbestämmande samt att hon på grund av sin ADHD var placerad i specialklass. T.P. måste därmed ha förstått att målsäganden inte var i stånd att göra övertänkta val beträffande den sexuella samvaron. Den frivillighet som förelegat kan därför inte anses ha varit sådan att den ska medföra att brottet anses mindre allvarligt. T.P. fälls därmed till ansvar för våldtäkt mot barn.

I hovrätten görs emellertid en annan bedömning. Hovrätten anför att annat inte framkommit än att den sexuella samvaron varit frivillig, med de reservationer angående uttrycket ”frivillig” som följer av hennes ålder och mognad. Målsägandens ålder var vid gärningen sådan att det inte finns något hinder mot att vid rubriceringsfrågan beakta frivilligheten, under förutsättning att det inte på grund av hennes bristande mognad eller andra omständigheter finns skäl att bortse från den. Utredningen ger inte, enligt hovrätten, stöd för att målsäganden på grund av sin ålder eller ADHD haft en för sin ålder bristande mognad som ger skäl att bortse från frivilligheten. Gärningen kan därför inte anses vara av ett så allvarligt slag att den ska bedömas som våldtäkt mot barn.

I dessa domskäl återfinns återigen skrivningen att målsägandens ålder inte utgör hinder mot att beakta frivilligheten. Därefter ställer sig rätten frågan

om bristande mognad eller andra omständigheter ger anledning att bortse från den, snarare än att göra en individuell bedömning åt det motsatta hållet. Frågan borde dock snarare vara vilka omständigheter som talar *för* att frivilligheten i förevarande fall ska beaktas. Detta resonemang eller denna rättstillämpning innebär ju i princip att så snart det handlar om en tonåring (och åldern i sig inte ger anledning att bortse från frivilligheten) att rätten anser att frivilligheten är adekvat, samtycket bör beaktas, såvida inte omständighet (såsom bristande mognad) framkommer som talar för det motsatta. Förarbetena anger att samtycket bör bedömas mot bakgrund av målsägandens ålder, mognad och förmåga att ta ställning till det som sker. Kan denna skrivning verkligen stå i överensstämmelse med en rättstillämpning där samtycket automatiskt anses adekvat såvida ingenting framkommer som talar särskilt emot det? I fallet är den tilltalade 44 år gammal och målsäganden 14 år. Kan en sådan relation anses bygga på fullständig frivillighet och ömsesidighet? Rätten motiverar inte på vilket sätt flickan i det här fallet kan anses ha utvecklat en sexualitet och att den sexuella eller varför den sexuella samvaron kan anses ömsesidig. Ingen argumentation återfinns och det framstår fortfarande som högst oklart vad det är som gör att rätten i det här fallet inte finner att det handlar om en vuxen man som utsätter ett barn för sin sexualitet, utan istället någonting som baseras på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Det konstateras förhållandevis kortfattat att gärningen är frivillig och därmed bör bedömas såsom sexuellt utnyttjande av barn. Detta kan mot bakgrund av ovan anförda ifrågasättas.

4.2.12 Mål B 6784-08 Svea HovR

Målet gällde M.A. (31 år) som hade haft sexuella relationer med både målsägande A (13 år) och målsägande B (14 år). När det gäller förhållandet till målsägande B anför tingsrätten att detta får betraktas som något av ett kärleksförhållande. Emellertid anför rätten även att M.A. företrädesvis träffat B för att ha sex och samtidigt prioriterat mycket framför relation med B. Enligt tingsrättens mening är det uppenbart att M.A. inte uppträtt gentemot B som om de hade en ömsesidig kärleksrelation. Tingsrätten anför även att samlagen varit oskyddade samt att parterna träffats under cirka sex månader. Tingsrätten fäller därmed M.A. till ansvar för våldtäkt mot barn (i denna del). När det gäller relationen mellan M.A. och målsägande A anför rätten att målsäganden vid tidpunkten för gärningen var endast 13 år gammal och att övergreppet ägt rum på ett hotell på den lokala orten. Där tittade de tillsammans på en barnfilm samt drack öl från systembolaget. Gärningen bedöms enligt tingsrätten inte kunna vara av mindre allvarligt slag och rubricerar gärningen som våldtäkt mot barn.

Fallet prövades även i hovrätten där anfördes i fråga om relationen mellan M.A. och målsäganden A att det inte var fråga om ett tillsammans planerat samlag eller ett ömsesidigt förhållande. A var vid gärningstillfället endast 13 år gammal och M.A. var betydligt äldre. M.A. arbetade dessutom som A:s ridlärare varför M.A. får anses ha befunnit sig i viss förtroendeställning.

Hovrätten ansluter sig till tingsrättens bedömning och faller i denna del M.A. till ansvar för våldtäkt mot barn. Bedömningen blir i hovrätten något annorlunda i fråga om relationen till målsägande B. Hovrätten anför att det av uppgifter från B framgår att samlagen var helt frivilliga samt hade planerats av dem båda tillsammans. B har dessutom vid gärningstillfället uppnått sådan ålder att denna i sig inte kan sägas utgöra hinder mot att beakta frivilligheten. Det har inte, enligt hovrätten, framkommit någonting som ger anledning att bortse från frivilligheten. Det får därmed, enligt hovrätten, anses stå klart att gärningen inte kan rubriceras såsom våldtäkt mot barn och det döms till ansvar för sexuellt utnyttjande av barn.

Tingsrätten fäster stor vikt vid den stora ålderskillnaden som faktiskt förelegat och dömer sedan för våldtäkt mot barn mot bakgrund av denna. Inga omständigheter talar enligt tingsrätten för att gärningen ska bedömas som mindre allvarlig. I hovrätten faller M.A. till ansvar för sexuellt utnyttjande av barn och här återfinns inledningsvis den klassiska formuleringen att målsägandens ålder i sig inte utgör hinder mot att beakta frivilligheten. Därefter ställs frågan om omständighet föreligger som talar *emot* att detta ska beaktas. Detta väcker givetvis, återigen, frågor. Trots att det kan konstateras att målsäganden har nått tonåren och därmed formellt hinder inte föreligger för ett beaktande av samtycket, åligger det rätten att kvalificera eller undersöka om målsäganden haft möjlighet att ta ställning till situationen eller utvecklat en sexualitet. Det som sker här kan snarare liknas vid det motsatta. Rätten konstaterar att samtycket får beaktas och letar därmed efter omständighet som talar *emot* att hon haft förmåga att ta ställning till det som sker och bedöma situationen.

4.2.13 Mål B 1901-08 HovR över Skåne och Blekinge

Den tilltalade M.P. (27 år) tog under år 2008 kontakt med flera unga flickor via ett internetbaserat kontaktforum. Han kom där i kontakt med målsägande A (14 år) samt målsägande B (14 år) och parterna kom överens om att träffas personligen. Tingsrätten anför att M.P. vidgått ett han haft sexuellt umgänge med både A och B samt att M.P. haft skälig anledning att anta att flickorna var under 15 år gamla. Tingsrätten finner att M.P. haft sexuella avsikter då han tagit kontakt med flickorna och faller honom till ansvar för våldtäkt mot barn.

I hovrätten anför, i fråga om relationen mellan M.P. och målsägande A, att det i princip får anses röra sig om ett kärleksförhållande samt att de båda var förälskade i varandra. Även om ålderskillnaden varit betydande anför hovrätten att deras relation baserats på ömsesidighet samt att samlagen varit frivilliga från A:s sida. Det anför att A:s ålder inte i sig utgör hinder att beakta frivilligheten samt att det inte framkommit någonting i övrigt, såsom exempelvis särskild omognad, som ger anledning att bortse från frivilligheten. M.P. döms därför för sexuellt utnyttjande av barn. I fråga om relationen mellan M.P. och målsägande B anför hovrätten att B:s ålder i sig

inte utgör hinder mot att beakta frivilligheten. Hänsyn måste dock i detta fall enligt hovrätten tagas till det faktum att målsägande B har diagnosen DAMP och att hon mognadsmässigt är några år yngre än sin biologiska ålder. Vidare har det enligt hovrätten i målet framkommit att hennes intelligensnivå är särskilt låg samt att hon har svårt att få kontakt med människor i sin egen ålder. Hovrätten menar därmed att det är tydligt att flickans utveckling samt omständigheterna i övrigt ger vid handen att det saknats förutsättningar för henne att bedöma eller kunna ta ställning till situationen på ett sådant sätt att den sexuella samvaron kan sägas ha byggts på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Hovrätten fäller därmed till ansvar för våldtäkt mot barn.

Tingsrätten poängterar på att den tilltalade i egenskap av vuxen medvetet och fokuserat tagit kontakt med personer under femton år med sexuella avsikter och fäller till ansvar för våldtäkt mot barn. I likhet med det ovan refererade fallet återkommer i hovrätten liknande skrivningar i fråga om samtyckets relevans. Först konstateras att åldern inte utgör formellt hinder mot att beakta frivilligheten och därefter ställs frågan om det i fallet återfinns omständighet som talar emot att denna ska beaktas. Återigen uppkommer fråga om detta är en korrekt ordning och fråga uppkommer dessutom om det inte kan sägas hamna alltför nära en presumtion för att BrB 6:5 ska tillämpas då målsäganden nått tonåren. Det är tveksamt om detta kan anses förenligt med motiven.

4.2.14 Mål B 1529-09 Göta HovR

De tilltalade H.C. (15 år och 10 månader) och G.G. (18 år) hade i förevarande fall stämt träff med två flickor som de mött via en kontaktsida på Internet. Målsägandena var vid tidpunkten för gärningarna 13 år och 8 månader.

Kontakten mellan målsägande A och H.C. var kärleksfull och de stämde träff. På järnvägsstationen möttes även målsägande B och G.G. och detta var första gången de samtalade. De utgjorde således nya bekantskaper och hade ingen tidigare relation till varandra. Tingsrätten anför i fråga om åtalet mot H.C. att det får anses utrett att målsägande A och H.C. varit förälskade i varandra. De får därmed anses ha varit tillsammans från det att de möttes på järnvägsstationen. Målsäganden var drivande i frågan om att männen skulle sova över hos flickorna och målsäganden A och H.C. hade redan innan de träffades gjort upp planer på att de skulle ha samlag med varandra. Både H.C. och målsäganden A har beskrivit samlaget mellan dem båda som frivilligt och ömsesidigt. De skildes som ett par och gjorde upp planer på att ses igen. Tingsrätten konstaterar således att samlaget skett av frivillighet och att deras, om än korta, relation präglats av ömsesidighet. Enligt tingsrätten utgör A:s ålder, mognad och övriga omständigheter inte hinder mot att betrakta frivilligheten. Därtill kommer, enligt tingsrätten, att målsäganden och H.C. är relativt lika i ålder och mognad. Tingsrätten finner sammanfattningsvis att gärningen inte är av sådant allvarligt slag att den ska

betraktas såsom våldtäkt mot barn utan fäller istället H.C. till ansvar för sexuellt utnyttjande av barn.

I fråga om åtalet mot G.G. görs en något annorlunda bedömning. Det konstateras här att samlaget förvisso får anses ha skett frivilligt, dock inte i motsvarande mån som samlaget mellan H.C. och målsäganden A. Det har inte mellan målsäganden B och G.G. varit fråga om en förälskelse och därtill kommer det faktum att ålderskillnaden och mognadsdifferensen här är betydligt större. Målsäganden B var dessutom sexuellt oerfaren medan G.G. haft flera sexuella relationer. Därmed fäller tingsrätten i detta fall G.G. till ansvar för våldtäkt mot barn. Åtalet mot G.G. togs därefter upp även i högre instans och hovrätten fastställde tingsrättens dom.

Här förs ett nyanserat och adekvat resonemang där det fokuseras på mognad, sexualitet och karaktären på relationen mellan parterna. Det diskuteras även huruvida flickorna kan anses ha utvecklat sin sexualitet och det antyds att rätten menar att A gjort detta – men inte B. Därtill kommer att domstolen poängterar att H.C. anses sexuellt oerfaren medan G.G. som är betydligt äldre haft flera sexuella relationer. Detta får betydelse för huruvida relationen kan anses baseras på ömsesidighet eller om det snarare är fråga om en vuxen som utsätter ett barn för sin sexualitet. I detta fall finner ju rätten att relationen mellan H.C. och A varit både frivillig och ömsesidig medan den mellan G.G. och B haft en annan karaktär.

5 Samtyckets funktion

Detta avsnitt innehåller en systematiserande analys av den praxis som behandlats ovan. En presentation görs här av de tre modeller eller kategorier som enligt författarens mening går att observera i fråga om underrätternas hantering av frivilligheten. Läsaren bör här särskilt observera att de modeller och kategorier som nedan presenteras bygger helt på författarens egna iakttagelser och tolkningar av den praxis som behandlas i denna uppsats. Därefter görs ett kort anförande om ansvar enligt BrB 6:4 varefter materialet sammanfattas i tabellform. Avslutningsvis kommenteras de tre modellernas överensstämmelse med förarbetenas uttalanden om rubriceringsfrågan.

Detta avsnitt syftar således till att besvara frågeställningarna gällande hur ett samtycke beaktas från den person som per definition inte uppnått åldern för sexuellt självbestämmande samt att presentera hur rättstillämparen går tillväga för att bedöma samtyckets relevans. Dessutom behandlas frågan om denna rättstillämpning motsvarar vad propositionen anger i fråga om syfte och tillämpning.

5.1 Inledande anmärkningar

Att bedöma vad uttrycket fullständig frivillighet och ömsesidighet egentligen betyder är ingen enkel uppgift. Problem eller komplexitet uppenbarar sig ganska snart, särskilt eftersom den uttryckliga utgångspunkten i propositionen är den att barn inte kan lämna sitt samtycke till sexuella handlingar. Här har vi dock uppenbarligen, trots denna uttryckliga utgångspunkt, en lagstiftning som stadgar att ett samtycke från ett barn ändå *kan* vara betydelse vid den straffrättsliga bedömningen. Frågan kan ställas hur lämpligt det är att i förarbetena ange att barn per definition aldrig kan lämna sitt samtycke till sexuella handlingar (varför brottet i BrB 6:4 också bär namnet våldtäkt mot barn) samtidigt som man har en rättslig reglering som tillmäter samtycke från barn relevans vid en straffrättslig bedömning.

Samtyckets relevans ska emellertid, som ovan många gånger påtalats, bedömas utifrån barnets mognad och förmåga att bedöma och ta ställning till situationen. Här återfinns alltså en reglering där uppgiften lämnas åt rätten att bedöma hur pass kompetent i fråga om sin egen sexualitet barnet kan anses ha varit vid gärningstillfället. I propositionen beskrivs ett typfall där en person som befinner sig strax över åldern för sexuellt självbestämmande har sexuellt umgänge med en person som befinner sig strax under denna gräns. Därefter kommer den så ofta av domstolarna citerade skrivningen om att det emellertid inte endast är dessa fall som kan omfattas av den lindrigare regleringen. Nej, även det fall där en tonåring som utvecklat sin sexualitet, och som befinner sig nära åldern för sexuellt

självbestämmande, har sexuellt samvaro med en person som är betydligt äldre kan gärningen omfattas av den lindrigare regleringen. Hur domstolarna i tillämpningen hanterat samtyckets betydelse och funktion och vad domstolarna således lagt för betydelse i uttrycket fullständig frivillighet och ömsesidighet kommer nedan att beskrivas och analyseras.

5.2 Tre modeller

De studier av rättspraxis som här företagits ger vid handen att i huvudsak tre olika kategorier av resonemang kan skönjas, eller tre olika sätt att hantera samtycket återfinns. För det första återfinns i många fall en mycket *kortfattad* hantering av frivilligheten där det ofta hänvisas till endera målsägandens ålder eller en ringa åldersskillnad mellan målsäganden och den tilltalade. En andra modell går ut på en form av *baklängesargumentation* för samtyckets relevans. Här inleds domskälen alltid med ett standardkonstaterande av att målsägandens ålder inte i sig utgör hinder mot att beakta frivilligheten. Därefter ställs frågan om någon omständighet i fallet talar *emot* att samtycket tillmäts betydelse, såsom exempelvis särskild omognad eller särskilt låg intelligensnivå. Här handlar det alltså om att rättstillämparen, mot bakgrund av denna omständighet, söker *diskvalificera* den frivillighet som förelegat. För det fall att ingen diskvalificerande omständighet återfinns, så finner rätten att samtycket är adekvat (och gärningen rubriceras såsom sexuellt utnyttjande av barn). Även detta kommer nedan att exemplifieras och beskrivas varefter detta kommer att ställas mot vad som i lagmotiven anges i fråga om tillämpning. För det tredje återfinns även en kategori där domstolarna är förhållandevis *utförliga* och faktiskt resonerar ganska ingående kring frivillighet och ömsesidighet. Dessutom diskuterar rättstillämparen här kring vilken betydelse, mot bakgrund av mognad, som ska tillmätas målsägandens frivillighet, det vill säga rätten söker här att mot bakgrund av olika omständigheter *kvalificera* barnets samtycke. Utgångspunkten är här den motsatta i förhållande till de diskvalificerande resonemangen och här argumenteras istället *för* varför frivilligheten bör beaktas snarare än att det efterfrågas omständighet som talar *emot* (*diskvalificerar*) att denna beaktas. Detta antyder motsatta utgångspunkter i fråga om barns förmåga att samtycka till sexuella handlingar, vilket också nedan kommer att utvecklas vidare.

5.2.1 Kortfattat med hänvisning till ålder

I denna kategori är domstolen mycket *kortfattad* och konstaterar korthugget att målsägandens ålder i sig inte utgör hinder mot att beakta frivilligheten, varefter det anförs att en samlad bedömning ger vid handen att gärningen bör bedömas såsom sexuellt utnyttjande av barn. I denna kategori resonerar det inte närmare, varken diskvalificerande eller kvalificerande, kring samtycket utan det konstateras blott kortfattat att samtycke föreligger varefter ofta en hänvisning till målsägandens ålder eller en ringa

åldersskillnad görs.⁵⁹ Detta sätt att resonera återfinns tidigt i NJA 2006 s 79 II där domstolen anför att målsäganden vid tidpunkten för gärningen var 14 år och 10 månader gammal och därmed befann sig mycket nära åldern för sexuellt självbestämmande. Med hänvisning till detta, samt det faktum att gärningen får anses vara frivillig (låt vara att det kring detta förekom viss tveksamhet) faller HD till ansvar i enlighet med BrB 6:5. Ett tydligt exempel från underrätt på denna kortfattade modell är hovrättens domskäl i mål B1323-07 HovR för nedre Norrland. Hovrätten konstaterar i sina skäl kort att målsägandens ålder inte utgör hinder mot att beakta frivilligheten varefter det anförs att en samlad bedömning av samtliga omständigheter ger vid handen att gärningen bör rubriceras såsom sexuellt utnyttjande av barn. Detta är den enda motivering som ges. Liknande korta anförenden görs i mål B 916-06 HovR för nedre Norrland där tingsrättens skäl refereras (vilka sedermera hovrätten ansluter sig till). Där anförs att det inte förekommit något tjat eller tvång, varefter det hänvisas till NJA 2006 s 79 samt därmed konstateras att gärningen, mot bakgrund av detta avgörande, bör rubriceras såsom sexuellt utnyttjande av barn. Dessa skäl kan förvisso ifrågasättas ur det perspektivet att skälen är tämligen kortfattade. Å andra sidan hänvisas här till NJA 2006 s 79 varför den slutsats sannolikt får dras att rätten här menar att omständigheterna är jämförbara och samma resonemang som där används i fråga om gränsdragningen därmed även blir gällande här.

Dessa kortfattade skäl återfinns även i mål B 6299-06 Svea HovR, B 4285-06 Svea HovR samt B 2399-06 Göta HovR där det blir tydligt att dessa skäl ofta har samband med en hänvisning till en ringa åldersskillnad eller ett anförande av att målsäganden i det aktuella fallet har kort tid kvar till åldern för sexuellt självbestämmande. I mål B 2399-06 Göta HovR anför hovrätten att målsäganden i det aktuella fallet var 14 år och 11 månader gammal och således befann sig mycket nära femtonårsgränsen. I mål B 6299-06 Svea HovR hänvisar hovrätten till att den sexuella samvaron får anses ha ägt rum på frivillig basis samt att åldersskillnaden mellan målsäganden och den tilltalade varit relativt ringa. Liknande hänvisning återfinns i mål B 4285-06 Svea HovR där det anförs att åldersskillnaden mellan målsäganden (14 år) och den tilltalade (16 år) endast är två år.

5.2.2 Diskvalificerande

Eftersom den uttryckliga utgångspunkten är den att barn inte kan samtycka till sexuella handlingar, emedan det samtidigt i BrB 6 kap. finns en reglering där ett samtycke vid sexualbrott mot barn kan bli relevant, ter det sig rimligt att utgångspunkten är den att ett samtycke från ett barn, för att kunna tillmätas betydelse på något sätt måste kvalificeras. I propositionen beskrivs detta bland annat som att relationen måste bygga på fullständig frivillighet och ömsesidighet, barnet ska ha utvecklat en sexualitet och det anges dessutom explicit att det måste röra sig om en tonåring. Dessa faktorer

⁵⁹ Se här mål B 1323-07 HovR för nedre Norrland, B 2399-06 Göta HovR, B 4285-06 Svea HovR, B 916-06 samt B 6299-06 Svea HovR.

avgör om frivilligheten från barnets sida kan tillmätas betydelse i de fall där barnet avgivit ett samtycke. Häri ligger också ett krav på kompetens och en förmåga att bedöma och ta ställning till den sexuella samvaron. Förarbetena är emellertid tydliga med att utgångspunkten, å andra sidan, är den som inte uppnått åldern för sexuellt självbestämmande inte kan samtycka, varför det också måste förhålla sig så att ett avsteg från denna utgångspunkt, det vill säga att en frivillighet ändå tillmäts betydelse, torde kräva en kvalificering av den aktuella frivilligheten. De studier av praxis som gjorts i förevarande framställning uppvisar emellertid i många fall en helt annan bild. Tvärtom tas i många fall en utgångspunkt i att ett frivilligt deltagande från målsägandens sida (för det fall det rör sig om en tonåring) ger vid handen att ett adekvat samtycke föreligger och någon form av presumtion för en tillämpning av 6:5 tycks i det närmaste därmed råda. Därefter ställer rättstillämparen frågan om de i målet framkommit någon omständighet som ger anledning att *bortse* (diskvalificera) frivilligheten (såsom särskild omognad eller liknande). Detta är enligt författarens mening en rättstillämpning som, mot bakgrund av motiven till lagen, bör ifrågasättas.

Redan i NJA 2006 s 79 I återfanns detta sätt att från domstolens sida argumentera. Här konstateras i domskälen att målsäganden vid tidpunkten för samlaget uppnått en sådan ålder att denna i sig inte kan sägas utgöra hinder mot att beakta frivilligheten. Därefter anförs att ingenting framkommit, i fråga om målsägandens mognad eller omständigheterna i övrigt som ger anledning att *bortse* från denna frivillighet. Därmed anser HD att det står klart att gärningen inte är sådan att den kan anses falla in under bestämmelsen om våldtäkt mot barn och rubricerar därefter gärningen som sexuellt utnyttjande av barn. Liknande sätt att resonera eller att behandla samtycket återfinns i många hovrättsfall.⁶⁰ I mål B 7942-08 Svea HovR anför hovrätten följande resonemang. Inledningsvis konstateras att ingenting annat framkommit än att den sexuella samvaron varit frivillig, med de reservationer angående uttrycket frivillig som följer av hennes ålder och mognad. Målsägandens ålder (14 år) var vid gärningen sådan att det inte finns något hinder mot att vid rubriceringsfrågan beakta frivilligheten, under förutsättning att det inte på grund av hennes bristande mognad eller andra omständigheter finns skäl att *bortse* från den. Utredningen ger inte, enligt hovrätten, stöd för att målsäganden på grund av sin ålder eller ADHD haft en för sin ålder bristande mognad som ger skäl att *bortse från frivilligheten*. Gärningen kan därför inte anses vara av så allvarligt slag att den ska bedömas som våldtäkt mot barn. Här återfinns alltså ett resonemang där det först konstateras att målsäganden i förevarande fall nått tonåren (formellt hinder föreligger inte mot att beakta frivilligheten) varpå frågan ställs om det kan finnas någon omständighet som diskvalificerar detta samtycke (såsom särskild omognad). Därefter konstateras att det i detta fall inte finns någonting som talar för en särskild omognad, varför samtycket heller inte kan diskvalificeras, varefter gärningen rubriceras såsom sexuellt utnyttjande av barn.

⁶⁰ Se här mål B 7942-08 Svea HovR, B 868-07 HovR för nedre Norrland, B 6784-08 Svea HovR, B 1901-08 HovR över Skåne och Blekinge samt B 617-06 Göta HovR.

I mål B 868-07 HovR för nedre Norrland återfinns ett liknande resonemang. Hovrätten inleder med att konstatera att målsäganden (13 år) utfört alla sexuella handlingar frivilligt. Därefter anför hovrätten att det får anses utrett att målsäganden haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen vilket bland annat tagit sig uttryck i att hon sagt nej till de sexuella aktiviteter hon inte önskade deltaga i. Varken hennes ålder eller vad som framkommit om hennes mognad i övrigt ger enligt hovrätten anledning att *bortse från frivilligheten*. Därefter finner hovrätten att gärningen bör rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn. Här återfinns samma systematik som i mål B 7942-08 Svea HovR och också här ställer rätten frågan om det i målet framkommit någon omständighet som ger anledning att diskvalificera samtycket som tonåringen lämnat. Noteras bör också att målsäganden i förevarande fall var 13 år gammal och därmed hade förhållandevis långt kvar till åldern för sexuellt självbestämmande.

Även mål B 6784-08 Svea HovR uppvisar samma systematik. Hovrätten inleder med att i fråga om den tilltalade och målsägande B (14 år) anföra att samlagen varit helt frivilliga från målsägandens sida. Därefter anføres att B vid gärningstillfället uppnått sådan ålder att denna inte i sig kan sägas utgöra hinder mot att beakta frivilligheten. Därefter anføres att det inte i målet framkommit någonting som ger anledning att *bortse från frivilligheten* och det får därmed, enligt hovrätten, anses stå klart att gärningen bör rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn. Återigen konstateras i dessa skäl att målsäganden nått tonåren varför hinder mot ett beaktande formellt inte föreligger. Därefter ställs frågan om samtycket av någon anledning bör diskvalificeras varefter det konstateras att så inte är fallet, varför den tilltalade döms för sexuellt utnyttjande av barn.

Dessutom bör mål B 1901-08 HovR över Skåne och Blekinge nämnas. Här inleds det med ett konstaterande av att målsäganden A:s ålder (14 år) inte i sig utgör hinder mot att beakta frivilligheten. Därefter skriver hovrätten att ingenting framkommit som ger anledning att *bortse från frivilligheten*, exempelvis särskild omognad, och fäller således till ansvar för sexuellt utnyttjande av barn. Det avgivna samtycket från tonåringen kunde således inte heller i förevarande fall diskvalificeras varför rubriceringen blev sexuellt utnyttjande av barn. I samma mål, i fråga om målsägande B (14 år) kommer hovrätten till en annan slutsats. Härvid anføres det också först att B:s ålder i sig inte utgör hinder mot att beakta frivilligheten. Därefter anför hovrätten emellertid att hänsyn här måste tas till att målsäganden har diagnosen DAMP och mognadsmässigt är några år yngre än sin biologiska ålder. Vidare har det enligt hovrätten framkommit att hennes intelligensnivå är särskilt låg samt att hon har svårt att få kontakt med personer i sin egen ålder. Därför saknas det i förevarande fall förutsättningar för flickan att bedöma och ta ställning till situationen på ett sådant sätt att den sexuella samvaron kan sägas ha byggts på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Samma systematik eller metod används uppenbarligen här med ett inledande konstaterande om att målsäganden nått tonåren och att formellt hinder mot ett beaktande inte föreligger. Därefter diskvalificeras emellertid frivilligheten mot bakgrund av att målsäganden är särskilt omogen, har

diagnosen DAMP samt har en dokumenterat låg intelligensnivå. Därmed kan således inte ett adekvat samtycke anses föreligga varför den tilltalade döms för våldtäkt mot barn.

Mönstret är härvid tydligt. Rätten gör ett inledande konstaterande av att målsäganden nått tonåren varför formellt hinder inte föreligger mot att beakta en frivillighet. Detta syftar tillbaka på skrivningen ”tonåring som utvecklat sin sexualitet” i propositionen. Därefter ställs frågan om omständighet i målet framkommit som ger anledning att bortse från denna frivillighet. Som ovan exemplifierats kan det här röra sig om särskild omognad, särskild diagnos eller särskilt låg intelligensnivå. Intressant att notera är också att hovrätten i mål B 868-07 HovR för nedre Norrland anför att det talar för att flickan kunnat bedöma och ta ställning till den sexuella samvaron att hon rent fysiskt eller faktiskt uttryckt att hon inte önskat delta i vissa sexuella handlingar, men samtidigt deltagit frivilligt i andra. Här tolkas alltså förarbetenas krav på målsägandens kompetens eller förmåga att bedöma och ta ställning till situationen som ett krav på offrets förmåga att fysiskt eller faktiskt avge viljeuttryck. Det råder viss tveksamhet kring huruvida detta är en riktig tolkning och om skrivningen inte istället syftar till att en bedömning ska göras om målsäganden uppnått sådan mognad eller utveckling att hon kan anses kompetent nog att ta ställning till den sexuella samvaron.

I de fall som här presenterats och enligt den systematik som här kan skönjas kan den frågan ställas om det inte nästintill uppkommit en presumtion för en tillämpning av 6:5 BrB då målsäganden nått tonåren och den sexuella samvaron saknar inslag av tvång. Den standardformulering som förekommer går ju ut på att inledningsvis konstatera att den sexuella samvaron varit frivillig varefter det konstateras att formellt sett, hinder inte föreligger mot att beakta denna frivillighet. I de fall där denna frivillighet inte därefter kan diskvalificeras tycks rätten oftast, utan vidare argumentation, fälla till ansvar enligt BrB 6:5. Det är tveksamt om detta är förenligt med motiven där det anges att bestämmelsen i BrB 6:5 är en subsidiär reglering som ska tillämpas med restriktivitet.

5.2.3 Kvalificerande

I några fall för domstolen ett resonemang där frivilligheten i varje enskilt fall kvalificeras eller värderas mot bakgrund av målsägandens mognad, utveckling och förmåga att ta ställning till situationen. Här kommer även tingsrättens domskäl i några fall att särskilt behandlas, samt användas för att exemplifiera hur en kvalificering av ett samtycke kan se ut, eller för att på annat sätt belysa en utförlig argumentation i rubriceringsfrågan.⁶¹

⁶¹ Hovrättens skäl kan i mål B 7258-05 Svea HovR samt B 1529-09 Göta HovR anses kvalificerande. Denna utförliga typ av resonemang synes dock inte vara ovanlig i tingsrättens domskäl.

Inledningsvis kan här tingsrättens resonemang som återges i mål B 1323-07 HovR för nedre Norrland nämnas. Här för tingsätten en diskussion kring karaktären av målsägandens och den tilltalades relation. Tingsrätten anför att målsäganden kände sig illa behandlad av den tilltalade samt att hon inte önskade delta i den sexuella samvaron. Mot bakgrund av detta finner tingsrätten sedan att samlagen inte varit ömsesidiga eller helt frivilliga varför den tilltalade döms för våldtäkt mot barn. I mål B 7942-08 Svea HovR återges tingsrättens skäl och här konstateras först att den sexuella samvaron varit frivillig och byggt på ömsesidighet. Därefter anføres att barns frivillighet att inlåta sig i sexuella handlingar inte kan bedömas enligt samma kriterier som en vuxens. Dessutom understryks att målsäganden, som var 13 år, befann sig ett par år från åldern för sexuellt självbestämmande (samt att hon på grund av en diagnos var placerad i specialklass), varför den tilltalade måste ha förstått att målsäganden inte var i stånd att göra övertänkta val beträffande den sexuella samvaron. Den frivillighet som föreläggat kan därmed inte anses ha varit sådan att den ska medföra att brottet anses mindre allvarligt. Här återfinns alltså inte den systematik som är fallet i de mål där samtycket söks diskvalificeras. Här tas utgångspunkt istället i att barns frivillighet att inlåta sig i sexuella handlingar inte kan bedömas utifrån samma kriterier som en vuxens (se mål B 7942-08 Svea HovR), varefter det bland annat konstateras att målsäganden har några år kvar till åldern för sexuellt självbestämmande. Här återkommer inte standardskrivningen om att hinder inte formellt sett föreligger mot att beakta frivilligheten varefter denna faller avgörandet såvida ingenting som kullkastar denna återfinns. Snarare förs ett resonemang där utgångspunkten är att barns samtycke inte kan värderas utifrån samma kriterier som en vuxens (samtycket måste kvalificeras), varefter detta görs mot bakgrund av bland annat barnets mognad och ömsesidigheten i relationen mellan målsäganden och den tilltalade.

I mål B 7258-05 Svea HovR hänvisar hovrätten inledningsvis till NJA 2006 s 79 och därefter anføres att barnets frivillighet måste bedömas med hänsyn till mognad och förmågan att inse innebörden av handlandet. Därefter gör hovrätten en bedömning av vilken typ av relation målsäganden (13 år) hade till den tilltalade (22 år) och det påpekas att målsäganden var sexuellt aktiv redan innan hon träffade den tilltalade. Därefter konstaterar hovrätten att relationen dem emellan inte kan tyckas ha karaktären av den mellan en vuxen och ett barn utan snarare bör karaktäriseras som en relation mellan en äldre och en yngre tonåring. Därmed finner hovrätten att gärningen bör rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn snarare än våldtäkt mot barn. Även här saknas den inledande standardskrivningen om att formellt hinder mot att beakta frivilligheten inte föreligger, utan tvärtom konstateras att ett barns frivillighet måste bedömas med hänsyn till mognad och förmåga att inse innebörden av ett handlande. Därefter resoneras förhållandevis utförligt kring ömsesidigheten och det faktum att deras relation kan anses ha karaktären av den mellan en äldre och en yngre tonåring (trots en ganska stor faktisk åldersskillnad). Det anføres också att flickan varit tidigare sexuellt aktiv och kanske söker domstolen med detta uttalande styrka att flickan utvecklat en sexualitet. Om detta resonemang jämförs med de

skrivningar som återfinns i propositionen för när bestämmelsen som sexuellt utnyttjande av barn bör tillämpas så återfinns således i dessa domskäl ett adekvat resonemang.

Dessutom bör mål B 1529-09 Göta HovR nämnas. Här inleder tingsrätten med att, i fråga om målsägande A (13 år och 8 månader) beskriva den relation hon hade till den tilltalade (15 år och 10 månader). Det talas om att relationen präglas av ömsesidighet och att den sexuella samvaron planerats i samråd. Därefter anförs att målsägandens ålder, mognad och övriga omständigheter inte utgör hinder mot att beakta frivilligheten. Därtill kommer även, enligt tingsrätten att målsäganden och den tilltalade är relativt lika i ålder och mognad. Det konstateras här sammantaget, efter att en diskussion om karaktären på relationen förts (ömsesidighet), att mognad, ålder och övriga omständigheter inte utgör hinder mot att beakta frivilligheten. Den slutsatsen får härvid dras att tingsrätten funnit samtycket adekvat och det talas inte här om att ett samtycke för att inte tillmätas betydelse på något sätt måste diskvalificeras (genom att exempelvis särskild omognad finns dokumenterad hos målsäganden). Istället anförs att målsäganden och den tilltalade är relativt lika i ålder och mognad, samtidigt som ömsesidigheten i deras relation betonas. I samma mål prövades ytterligare ett åtal och målsägande B var här även hon 13 år och 8 månader. Det konstateras härvid inledningsvis att den sexuella samvaron mellan målsäganden och den tilltalade (18 år) i och för sig skett med frivillighet men inte i motsvarande mån som varit fallet i fråga om målsägande A. Därtill kommer enligt tingsrätten att målsägande B varit sexuellt oerfaren samt att den mognadsmässiga skillnaden mellan den tilltalade och målsägande B får sägas vara förhållandevis stor. Därmed döms den tilltalade för våldtäkt mot barn. Även här diskuteras ömsesidigheten i relationen och det konstateras att sådan inte föreligger i en utsträckning som ger vid handen att en lindrigare bestämmelse bör tillämpas. Inte heller här söks ett samtycke diskvalificeras utan det konstateras istället att det inte finns någonting som talar för en tillämpning av den lindrigare regleringen trots att den sexuella samvaron baserar sig på frivillighet.

Poängen här är att den automatiska utgångspunkten att ett samtycke från en tonåring måste diskvalificeras för att inte i princip avgöra saken inte återfinns. Här förs istället ofta ett nyanserat resonemang kring ömsesidigheten i relationen samt mognadsgraden hos målsäganden. Det söks inte efter dokumenterad särskild omognad eller andra tecken på att frivilligheten bör bortses från, såsom att målsäganden har någon diagnos, särskild omognad eller dokumenterat låg intelligensnivå, vilket tidigare använts som exempel på omständigheter som kan diskvalificera ett samtycke. Istället förs ett nyanserat resonemang kring ömsesidigheten i relationen, mognadsmässig differens, huruvida målsäganden har utvecklat en sexualitet och uppnått viss mognad, vilket ligger till grund för bedömningen av huruvida den sexuella samvaron kan sägas baseras på fullständig frivillighet och ömsesidighet.

I mål B 868-07 för nedre Norrland återges även tingsrättens resonemang där ett tydligt försök att kvalificera ett samtycke görs. Här anför tingsrätten inledningsvis att förutsättningarna för ansvar enligt bestämmelsen om våldtäkt mot barn är för handen och att frågan nu blir om gärningen kan anses mindre allvarlig (och istället rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn). Därefter skriver tingsrätten att ”ingenting i målet framkommit som tyder på att målsäganden skulle vara mognare i förhållande till sin ålder”. Dessutom anförs senare att målsäganden, med hänsyn till sin låga ålder (13 år) får antas ha haft svårt att ge uttryck för någon form av frivillighet och faller därmed till ansvar för våldtäkt mot barn. Här tycks den tydliga utgångspunkten vara den att barn inte kan samtycka till sexuella handlingar och att ett samtycke från ett barn, för det fall det vid bedömningen beaktas, måste kvalificeras. Härvid anför emellertid tingsrätten att *ingenting framkommit som tyder på att målsäganden skulle vara mognare i förhållande till sin ålder*. Detta uttalande kan jämföras med hur hovrätten i sin senare bedömning i samma fall anför att målsäganden utfört alla sexuella handlingar frivilligt och att varken hennes ålder eller vad som framkommit om *hennes mognad eller omständigheterna i övrigt ger enligt hovrätten anledning att bortse från frivilligheten*. För att illustrera kan också det ovan omtalade fallet B 7942-08 Svea HovR nämnas. Hovrätten inleder här med att konstatera att den sexuella samvaron varit frivillig, med de reservationer för uttrycket frivillig som följer av hennes ålder och mognad. Därefter anför hovrätten att hinder inte formellt sett föreligger mot att beakta frivilligheten *under förutsättning att det på grund av hennes bristande mognad eller andra skäl finns anledning att bortse från den*.⁶² I tingsrättens skäl efterfrågas ”särskild mognad” medan hovrätten i samma mål anför att ingenting framkommit om hennes mognad som ger anledning att bortse från frivilligheten. För att ännu tydligare illustrera påvisas också hur hovrätten i det senare fallet använder skrivningen ”bristande mognad”. Här blir således skillnaden mellan att diskvalificera respektive kvalificera ett samtycke som i båda fall avgivits av en tonåring till en sexuell samvaro mycket tydligt. Här tydliggörs också den skillnad i utgångspunkt som härvid kan konstateras. I de fall där samtycket söks kvalificeras tycks utgångspunkten vara den att barn inte kan samtycka till sexuella handlingar (varför samtycket måste kvalificeras) vilket kan jämföras med de fall där samtycket söks diskvalificeras för att inte tillmätas betydelse.

5.3 Övriga anmärkningar

Nedan diskuteras några fall där rätten dömt till ansvar för sexuellt utnyttjande av barn, samtidigt som det i målet kvarstår tveksamheter kring frivilligheten. Dessutom analyseras och presenteras några huvudlinjer i fråga om de mål där domstolen rubricerat gärningen såsom våldtäkt mot barn.

⁶² Härvid kan givetvis en jämförelse göras med alla de mål som berörts under rubriken 5.2.3. De kan i detta avseende alla sägas stå i motsats till den utgångspunkt som tas av tingsrätten i mål B 868-07 HovR för nedre Norrland.

5.3.1 Förekomst av betvingande

I vissa fall konstaterar rättstillämparen att våld de facto förekommit eller att det inte kan uteslutas att gärningen haft inslag av betvingande, samtidigt som det fälls till ansvar i enlighet med den lindrigare rubriceringen i BrB 6:5. I mål B 2399-06 Göta HovR hade målsäganden uppgett att hon inte ville delta i den sexuella samvaron, att hon var rädd för den tilltalade och att hon därmed inte hade vågat protestera på annat sätt än att säga till den tilltalade att hon inte ville delta. Hovrätten anför här att den sexuella samvaron får anses ha ägt rum på frivillig basis på grund av att det inte kan anses utrett att den tilltalade uppfattat målsägandens inställning. Dessutom hänvisar hovrätten till det faktum att målsäganden i efterhand ska ha uttalat att hon var delvis ”med på” den sexuella samvaron. Härvid faller hovrätten sedermera till ansvar för sexuellt utnyttjande av barn. Det finns anledning att ifrågasätta att den tilltalade här kan dömas för sexuellt utnyttjande av barn, en bestämmelse som förutsätter fullständig frivillighet och ömsesidighet, med hänvisning till att det inte är visat att den tilltalade uppfattat målsägandens ovilja att delta.

Ytterligare ett exempel på där frågetecknen kvarstår kring frivilligheten är mål B 4285-06 Svea HovR i vilket tingsrättens skäl i samma fall återges. Tingsrätten anför att gärningen mot bakgrund av den ringa ålderskillnaden bör rubriceras såsom sexuellt utnyttjande av barn, trots att den sexuella samvaron ägt rum efter visst ”kamrattryck”. Hovrätten ansluter sig senare till denna bedömning. Ett adekvat resonemang går enligt motiven ut på att det visas att gärningen baseras på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Här anmärks istället att visst ”kamrattryck” förekommit varefter den ringa ålderskillnaden uppmärksammas vilket tydligen föranleder både tingsrätt och hovrätt att fälla till ansvar enligt BrB 6:5. Samma sak gäller för mål B 6299-06 Svea HovR där hovrätten anför att den tilltalade inte uppfattat målsägandens motstånd eller ovilja att delta i den sexuella samvaron varför den får anses ha ägt rum på frivillig basis. Härvid menar hovrätten tydligen att det inte kan visas att gärningsmannen haft uppsåt till något betvingande, vilket inte är detsamma som att det kan anses visat att målsäganden deltagit i den sexuella samvaron med avgivande av ett samtycke som hon dessutom varit kompetent att avge. Att gärningsmannen inte haft uppsåt till något betvingande är alltså inte detsamma som att den sexuella samvaron kan sägas vila på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Därefter anför hovrätten att det rör sig om ett kortfattat förlopp samt att ålderskillnaden är ringa, varefter det slås fast att den tilltalade ska dömas för sexuellt utnyttjande av barn.⁶³

⁶³ Noteras bör i fråga om mål B 4285-06 Svea HovR och mål B 6299-06 Svea HovR att det härvid i båda målen rör sig om målsäganden som befinner sig förhållandevis nära åldern för sexuellt självbestämmande samt att det i båda fallen rör sig om sexuella handlingar jämförliga med samlag. Hovrätten hänvisar till just ringa ålderskillnad samt kortvarigt händelseförlopp och kanske faller detta avgörandet, trots tveksamhet kring frivillighet.

5.3.2 Kort om ansvar enligt BrB 6:4

De fall där domstolen rubricerat gärningen såsom våldtäkt mot barn karaktäriseras av att domstolen endera diskvalificerar eller söker kvalificera (men finner att detta inte låter sig göras) samtycket enligt den modell som ovan beskrivits, eller att det talas om att det föreligger ett beroendeförhållande eller en förtroenderelation. I mål B 7385-07 Svea HovR anförs att relationen mellan målsäganden och den tilltalade aldrig haft karaktären av en kärleksrelation utan att målsäganden snarare betraktat den tilltalade som en äldre släkting. I mål B 8-06 HovR över Skåne och Blekinge anförs återigen att relationen mellan målsäganden och den tilltalade aldrig haft karaktären av en kärleksrelation samt att målsäganden betraktat den tilltalade som en person hon kunnat anförtro sig åt. I mål B 6784-08 Svea HovR skriver hovrätten att det mellan den tilltalade och målsägande A uppstått en förtroenderelation samt att deras relation inte kunde beskrivas som en ömsesidig kärleksrelation. I Mål B 617-06 Göta HovR anförs som skäl, dels att det uppstått en förtroenderelation mellan den tilltalade och målsäganden, men också att målsäganden inte kan anses ha en mognadsgrad som motsvarar hennes ålder. Här hänvisas alltså till en bristande mognad (diskvalificering) samtidigt som det talas om att en förtroendesituation uppstått.

I de övriga fallen som rubricerats såsom våldtäkt mot barn har hovrätten kommit till denna slutsats mot bakgrund av antingen en diskvalificeringsargumentation eller en kvalificeringsargumentation (där det i och för sig funnits att ett kvalificerande inte låtit sig göras) enligt ovan beskrivna ordning. Dessa har även i viss mån behandlats ovan och de fall som är aktuella är mål B 1901-08 HovR över Skåne och Blekinge (i fråga om målsägande B) där det anförs att målsägandens ålder i sig utgör hinder mot att beakta frivilligheten. Därefter påpekas dock att B har diagnosen DAMP och att hennes mognadsmässiga ålder inte kan anses motsvara hennes biologiska ålder. Frivilligheten är därmed enligt hovrätten inte sådan att den i det aktuella fallet bör tillmätas betydelse i målet. I mål B 1529-09 där domstolen i fråga om målsägande A kvalificerar samtycket och därmed faller till ansvar för sexuellt utnyttjande av barn förs en liknande argumentation i fråga om målsägande B. Här kommer emellertid domstolen till den slutsatsen att mognadsdifferensen är stor samt att relationen mellan målsäganden och den tilltalade inte kan anses ömsesidig eller ha karaktären av ett kärleksförhållande. Därmed finner domstolen att frivilligheten inte kan kvalificeras varför det fälls till ansvar för våldtäkt mot barn.

5.4 En översikt

Fjorton hovrättsfall som särskilt behandlar rubriceringsfrågan har i denna framställning studerats och i fem fall har åtalet gällt två målsäganden. Detta innebär att det totalt i denna framställning studerats nitton rubriceringsfrågor vilka nedan översiktligt sammanställs. Sammanfattningsvis kan det

konstateras att hovrätten i 6 fall av 19 fällt till ansvar för våldtäkt mot barn vilket innebär att 13 av 19 fall rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn.

Rubricering	BrB 6:4	BrB 6:5
	6/19	13/19

Det kan kort nämnas att huvudlinjen i de fall där ansvar dömts för våldtäkt mot barn är att det uppstått en form av beroendeförhållande eller förtroendeförhållande. I två fall diskvalificeras dessutom frivilligheten och i ett fall söker rätten kvalificera samtycket (men finner att detta inte låter sig göras). Ett mål uppvisar både en diskvalificering samtidigt som det påpekas att det uppstått ett förtroendeförhållande (mål B 617-06 Göta HovR), vilket också nedan i tabellen blir tydligt.

Förtroende/Beroende	Diskvalificerande	Kvalificerande
4/6	2/6	1/6

När det gäller de fall som rubricerats såsom sexuellt utnyttjande av barn enligt BrB 6:5 kan det nämnas att det vid sex gränsdragningar inte talades om samtycket vare sig i kvalificerande eller diskvalificerande termer. Här återfinns också ofta en hänvisning till målsägandens ålder eller en ringa åldersskillnad mellan målsäganden och den tilltalade. Diskvalificerande resonemang där den återkommande skrivningen om att omständighet inte i målet återfinns som ger anledning att *bortse från frivilligheten* återfanns i fem av hovrättens resonemang vid rubriceringsfrågan. Två av hovrättens domskäl var av kvalificerande karaktär.

Kortfattat m hänvisning	Diskvalificerande	Kvalificerande
7/13	4/13	2/13

5.5 Korrekt hantering av samtycke?

Som ovan redogjorts för under avsnitt 2 så bör förarbetena tolkas på så sätt att den lindrigare regleringen i BrB 6:5 främst kan komma ifråga om målsäganden befunnit sig mycket nära gränsen för sexuellt självbestämmande *och* förhållandena i övrigt varit sådana att målsäganden kunnat göra ett moget och övertänt val.⁶⁴ Därtill kommer att utgångspunkten är den att barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar. Detta torde innebära att det mer korrekta tillvägagångssättet är det där

⁶⁴ Se avsnitt 2.3 denna framställning där det även hänvisas till Leijonhufvud JT 2005/06:04, s 901 f. Se även skiljaktig mening i NJA 2006 s 79.

samtycket som lämnats av den unge, för att kunna tillmätas betydelse, av rätten söks kvalificeras. Det är samtidigt viktigt att lägga märke till att det inte för kvalificering *nödvändigtvis* krävs att det återfinns omständighet som styrker att målsäganden skulle vara ”mognare i förhållande till sin ålder”.⁶⁵ Det som enligt förarbetena krävs är att målsäganden uppnått *sådan mognad* att samtycket kan tillmätas betydelse. Samtidigt gäller att barn per definition inte kan samtycka till sexuella handlingar, varför det i de flesta fall är mer korrekt undersöka huruvida målsägande är ”mognare i förhållande i sin ålder” snarare än att efterfråga ”särskild omognad”. Poängen härvid är emellertid den att det, på samma sätt som det är felaktigt att mekaniskt eftersöka särskild omognad för att diskvalificera ett samtycke, är felaktigt att mekaniskt eftersöka en konkret omständighet som slår fast att målsäganden är mer mogen än vad den biologiska åldern ger vid handen. Ett konstaterande av att exempelvis en trettonåring är mer mogen än genomsnittet ger inte i sin tur automatiskt att samtycket kan tillmätas betydelse. Sannolikheten för detta ökar förvisso (eftersom utgångspunkten är den att barn vanligtvis inte kan avge samtycke) men en samlad och nyanserad bedömning av de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet måste fortfarande göras. Ett mekaniskt konstaterande av särskild mognad ger således inte per automatik att förarbetenas krav på målsägandens förmåga att bedöma och ta ställning till situationen uppfylls. Med uttalandet om att kvalificeringsmodellen är den mer korrekta menas således att de utförliga, nyanserade, skälen där rätten bland annat resonerar kring huruvida målsäganden utvecklat en sexualitet, samt där ömsesidigheten och karaktären av relationen mellan målsäganden och den tilltalade bedöms, innebär ett tillvägagångssätt som är att föredra.

Precis som ovan påtalats blir den olyckliga, eller till och med felaktiga konsekvensen av diskvalificeringsmetoden, att utgångspunkten blir den motsatta. Utgångspunkten blir ju här, automatiskt, att samtycket tillmäts betydelse såvida inte omständighet som diskvalificerar detta återfinns. Detta torde innebära att den diskvalificeringsmetod, som synes vara förhållandevis vanlig, i princip oftast inte står i överensstämmelse med syftet eller motiven till lagen. Konstruktionen tycks här bli sådan att ett samtycke från en tonåring beaktas (och tillmäts i många fall stor eller till och med avgörande betydelse) såvida inte diskvalificerande omständighet återfinns. Detta kan anses inte vara ett resonemang som tar utgångspunkt i den grundföreställningen att barn inte kan samtycka till sexuella handlingar. Detta tycks snarare innebära en ordning där tonåringar som utgångspunkt anses kunna samtycka till sexuella handlingar – såvida de inte är särskilt omogna eller samtycket annars kan diskvalificeras exempelvis mot bakgrund av särskilt låg intelligensnivå.

Förhållandevis många av hovrättens domskäl faller in under den kategori där rätten mycket kortfattat slår fast att frivillighet är för handen och därefter hänvisar endera till målsägandens ålder eller ringa åldersskillnad mellan målsäganden och den tilltalade. En liten åldersskillnad eller det faktum att

⁶⁵ Se tingsrättens formulering i Mål B 868-07 HovR för nedre Norrland enligt ovan.

målsäganden befinner sig nära åldern för sexuellt självbestämmande innebär i och för sig att förutsättningarna inte synes stå i strid med propositionens uttalanden. Dessa kortfattade skäl innebär emellertid att det uppkommer svårighet att bedöma huruvida tillämpningen faktiskt står i överensstämmelse med förarbetenas angivelser, detta då motivering till varför samtycket ska tillmätas betydelse eller varför den subsidiära bestämmelsen i BrB 6:5 ska tillämpas istället för huvudregeln i BrB 6:4.

Det problem som emellertid i dessa mål, med kortfattade skäl med hänvisning till ålder, ibland återfinns är att det råder tveksamhet kring frivilligheten. I något fall talas det om att det förekommit kamrattryck emedan det i ett annat fall anges att ett visst betvingande förekommit. Dessa omständigheter uppställer givetvis hinder för en tillämpning av BrB 6:5 som tveklöst förutsätter fullständig frivillighet och ömsesidighet, oavsett målsägandens ålder eller åldersskillnader. Det kan därför också konstateras att det uppkommer tveksamheter kring en tillämpning av BrB 6:5 i fall som refereras under avsnitt 5.3.1, där visst betvingande förekommit. Det är också viktigt att lägga märke till att hovrätterna tillämpar stadgandet i BrB 6:5 om sexuellt utnyttjande av barn i många fall där målsäganden befinner sig förhållandevis långt från åldern för sexuellt självbestämmande. Detta måste ställas mot förarbetenas uttalanden och dess tolkning i doktrin som ger vid handen att denna subsidiära bestämmelse endast bör komma ifråga när målsäganden befinner sig förhållandevis nära femtonårsgränsen.

Sammanfattningsvis kan det därmed understrykas att konsekvensen av diskvalificeringsmodellen enligt ovan blir att tonåringar (där formellt hinder inte föreligger mot att beakta frivilligheten) per automatik kan avge sitt samtycke till sexuella handlingar (vilket också tycks föranleda en tillämpning av BrB 6:5) såvida inte diskvalificerande omständighet återfinns. Det kan, mot bakgrund av ovan anförda, ifrågasättas huruvida detta verkligen står i överensstämmelse med motivens uttalande om syfte och tillämpning av BrB 6:5. Det tillvägagångssätt som, enligt författarens mening, står i störst överensstämmelse med förarbetena och propositionens uttalande i gränsdragningsfrågan är kvalificeringsmodellen. Utgångspunkt tycks vid en tillämpning av denna modell tas i en grundföreställning om att barn inte kan samtycka till sexuella handlingar samt att BrB 6:5 är en subsidiär bestämmelse. Vid en kvalificering motiveras en tillämpning av bestämmelsen i BrB 6:5 samtidigt som frivilligheten kvalificeras.

6 Rätten och rättstillämparen

I detta avsnitt diskuteras och problematiseras vad som ovan observerats och behandlats gällande rättstillämparens hantering av rubriceringsfrågan och gränsdragningsproblematiken. Härvid berörs också vissa frågor som även diskuterats i kapitel 3.3 (Sakkunnigbevis). I detta avsnitt besvaras den senare frågeställningen som gäller vari eventuella problem eller svårigheter, som ovan observerats i fråga om rättstillämparens hantering av samtycke, kan tänkas bottna och eventuella lösningar.

6.1 Rätts(o)säkerhet

Det har ovan visats hur rättstillämparen behandlar frivilligheten på ett inte alldeles entydigt sätt. Dessutom har det argumenterats för att det i vissa fall går att ställa sig frågande på flera punkter i fråga om rättstillämparens hantering av gränsdragningen mellan BrB 6:4 och 6:5. En fråga som också är relevant för denna framställning är hur detta eventuellt kan avhjälpas samt vad problemen bottnar i. Lagstiftaren har anlagt ett barnperspektiv och i denna mening är den nya regleringen från 2005 unik i sitt slag. Barnet lyfts fram och särskild kunskap och insikt om barns speciella behov finns i bakgrunden och fungerar som utgångspunkt. Det anges dessutom i förarbetena att den nya sexualbrottslagstiftningen innehåller klara och tydligt avgränsade bestämmelser.⁶⁶ Tveksamhet och ifrågasättande röster kan dock höjas kring huruvida propositionens angivelse om hur gränsdragningen mellan 6:4 och 6:5 ska göras verkligen kan sägas vara, för en jurist, tydlig och klar. Samtyckets relevans eller adekvans måste enligt motiven bedömas mot bakgrund av målsägandens förmåga att bedöma och ta ställning till situationen, begrepp som frivillighet och ömsesidighet anges (trots att det uttryckligen anges på annat håll i samma proposition att barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar) och det talas om att en tonåring ska ha utvecklat sin sexualitet. Frågan bör ställas om detta verkligen kan sägas vara en klar och tydlig gränsdragningsproblem för en domare i allmän domstol. De studier av underrättspraxis som här företagits pekar onekligen på att vissa tendenser till förhållandevis stora gränsdragningsproblem ändå uppkommit i tillämpningen. Måhända är gränsdragningen tydligare för den särskilda barnkompetens som finns i bakgrunden vid utformandet av bestämmelserna. Dessa har sannolikt större möjligheter, mot bakgrund av sin särskilda kompetens, att förstå eller på ett naturligt sätt lägga konkreta eller adekvata betydelse i begrepp som frivillighet, ömsesidighet och sexualitet. Häri bottnar således en tämligen stor och grundläggande problematik.

Initiativ har som ovan redogjorts för tagits i svensk rätt för att bättre tillvara barnens intressen i en rättsprocess. Så kallade Barnahus har inrättats bland

⁶⁶ Prop 2004/05:45, s 21.

annat psykologer, poliser och åklagare samlas för att samverka i rättsprocesser som involverar barn. Denna specialkompetens eller särskilda förståelse finns emellertid inte i allmän domstol och som ovan påtalats finns i detta sannolikt en ganska stor inneboende problematik, då det är viktigt att denna särskilda kompetens återfinns i alla led i en rättsprocess.⁶⁷ Givetvis är det samtidigt viktigt att här komma ihåg det perspektiv eller den utgångspunkt som finns i svensk rätt att vi som huvudregel är emot specialdomstol. En fråga som här emellertid aktualiseras är då vad konsekvensen blir när det i svensk rätt numera återfinns en lagstiftning som är utformad med ett barnperspektiv och åklagare samt polis som samarbetar med människor med särskild barnkompetens, men en allmän domstol som varken talar eller förstår samma språk. Lagstiftning med ett barnperspektiv kräver kanske att rättstillämparen förstår barn och även här anlägger ett barnperspektiv, annars uppstår en rättsosäkerhet – inte bara eller kanske ens primärt ur barnens synvinkel – utan också ur gärningsmannens perspektiv.

6.2 Sakkunnigvittne

En given koppling finns här till sakkunnigbevis eller sakkunnigvittne. Kanske vore en lösning på den bristande barnkompetens som finns i domstol att rätten förordnande om offentligt sakkunniga, exempelvis för att bedöma om den sexuella samvaron i ett specifikt fall har baserats på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Här bör dock erinras om den inneboende problematik som ovan, i det tidigare avsnittet 3.3, redogjorts för, vilken också medför att sakkunnig numera sällan används i svensk allmän domstol. Det finns exempelvis ingen offentlig auktorisation eller liknande som garanterar att det sakkunnigbevis som åberopas håller viss kvalitet, låt vara att det i fråga om offentligt sakkunniga finns ett krav på ojävighet. Rätten är dessutom och därmed fri att fritt bevisvärdera det sakkunnigbevis som upptagits och återigen torde problem i fråga om rättens bristande barnkompetens aktualiseras. Dessutom gäller att det i svensk rätt i många avseenden idag råder en stor förtroendeklyfta mellan jurister och beteendevetare, vilket måste förstås mot bakgrund av hur sakkunnigvittne tidigare användes och hanterades i svensk domstol. Den situation att det oftast åberopades flera sakkunnigvittnen från försvaret respektive åklagaren som i princip angav helt motstridiga uppgifter eller gjorde helt olika bedömningar utgör givetvis allt annat än en tillfredsställande ordning. Frågan blir då vilket förtroende, med eller utan fog, domstolen såväl som allmänheten skulle ha för den offentligt sakkunniga om det vid svenska domstolar skulle bli en vanlig ordning att domstolen, för att bedöma exempelvis ett samtyckes relevans, föranstaltade om dessa.

Med anledning av detta anförs här den ståndpunkten att ett utökat användande av sakkunniga i allmän domstol inte per automatik kommer att bidra till en tydligare rättstillämpning och större rättssäkerhet. Barnkompetens eller ett barnperspektiv bör lämpligen anläggas underifrån

⁶⁷ Se avsnitt 3.3 denna framställning.

eller inifrån domstolen och kan inte i det närmaste klistras på i efterhand med hjälp av yttre organ såsom ett sakkunnigvittne. Detta kommer sannolikt enbart att innebära en form av konstgjord andning där möjligheten till ökad rättssäkerhet blir marginell och risk istället finns för ännu större godtycke. Ett vittnesmål från en sakkunnig i exempelvis barnpsykologi ska ju som bekant bevisvärderas av domstolen och kommer därvid att bevisvärderas utifrån erfarenhetssatser och en förförståelse som fortfarande inte är baserad på ett barnperspektiv eller särskild barnkompetens. På grund av detta består, och elimineras inte, de rättssäkerhetsproblem som följer av att det i svenska domstolar saknas särskild kompetens i fråga om barn. Därtill kommer, precis som ovan under avsnitt 3.3.2 påtalats, att rätten måste förhålla sig saklig och opartisk varför sakkunnigbevisning härvid kan bli problematisk. Hur förordnar rätten om offentligt sakkunnig (då kompetensgaranti och auktorisation saknas och åsikterna inte sällan hos beteendevetare går isär) samtidigt som kraven på objektivitet uppfylls? Härvid torde uppenbara svårigheter uppkomma.

6.3 Rätten

Problemet måste istället angripas på annat sätt än genom ett utökat användande av offentligt sakkunnig i svensk domstol. Lagstiftningen och dess motiv måste vara så pass tydliga och klara att dessa för rättstillämparen går att tolka och tillämpa på ett sätt som lämnar så lite utrymme som möjligt för godtycklighet. Dessutom bör lagstiftningen vara så utformad att den kan tolkas och tillämpas på det sätt som lagstiftaren avsett utan att det av rättstillämparen krävs särskild kompetens eller sakkunskap, i det här fallet på det barnpsykologiska eller beteendevetenskapliga området. Även om lagstiftningen är utformad med ett barnperspektiv, och mot bakgrund av stor specialistkompetens, kan det inte rimligen krävas att svensk allmän domstol besitter liknande kompetens och samma förförståelse. Det som däremot kan krävas är att en sådan förhållandevis komplex och mångfacetterad lagstiftning som detta rör är utformad på så sätt att alltför svåra gränsdragningsproblem inte uppkommer. Som ett tydligt exempel kan här nämnas att det för det första i BrB 6:4 återfinns det gradindelade brottet våldtäkt mot barn och i BrB 6:5 brottet sexuellt utnyttjande av barn. Dessutom återfinns i BrB 6:14 en ansvarsfrihetsbestämmelse vilket ger vid handen att många komplicerade gränsdragningsituationer här torde uppkomma.⁶⁸ Att då i motiven använda begrepp som är vaga och odefinierade (åtminstone för en jurist) och lämna många komplicerade gränsdragningar åt rättstillämparen ter sig inte alldeles tillfredsställande ur ett rättssäkerhetsperspektiv eller ett barnperspektiv. En annan sak är att det dessutom i några fall återfinns en ganska tydlig motvilja eller förvirring

⁶⁸ Se här dessutom NJA 2007 s 201 där HD uttalar att frågan om ansvarsfrihet enligt BrB 6:14 måste bedömas mot bakgrund av ungdomarnas ålder, utveckling, deras förhållande till varandra och omständigheterna i övrigt. Det ska mot bakgrund av detta vara uppenbart att den sexuella samvaron inte inneburit något övergrepp. Samma kriterier tycks härvid i stort sett vara avgörande som vid gränsdragningen mellan BrB 6:4 och 6:5 vilket antyder att gränsdragningssvårigheterna och risken för godtycklighet inte kan överskattas.

kring att använda ett våldtäktsbegrepp vid ett sexuellt umgänge som sker på frivillig basis.⁶⁹ Träskman skriver att detta tydligt visar sig i NJA 2006 s 79 inte minst mot bakgrund av de skiljaktiga justitierådens uttalanden. Här anges att begreppet våldtäkt inte passar in på det brott som utförts men där de trots allt, på grund av lojalitet mot förarbetena, vill döma för våldtäkt mot barn.⁷⁰ Det förekommer i den hovrättspraxis som granskats skrivningar om att begreppet våldtäkt är oegentligt då något krav på våld inte finns. Dessutom anges i ett fall, vilket också ovan påtalats, att det för ansvar enligt bestämmelsen om våldtäkt mot barn inte uppställs något krav på våld eller utnyttjande.⁷¹ Härvid blir den traditionella synen på våldtäkt uppenbar eftersom det tydligt påtalats att avsaknad av våld innebär att något utnyttjande inte förekommit. Precis som Leijonhufvud påpekar är det härvid viktigt att komma ihåg att ett våldförande kan ske både fysiskt eller psykiskt och att barn per definition inte kan lämna sitt samtycke till sexuella handlingar.

Avsikten i detta avsnitt är emellertid inte att lyfta fram en kritik mot den tillämpning som både HD och underrätterna företagit. Detta avsnitt syftar istället till att problematisera och lyfta fram de problem och svårigheter som härvid uppstått där komplicerade gränsdragningar, i en lagstiftning som är baserad på ett barnperspektiv med bakomliggande barnpsykologisk kunskap, lämnats åt en rättstillämpare som besitter uteslutande juridiska kunskaper. Det kan kanske i många avseenden, för en jurist, vara svårt att ta till sig att någonting som baseras på frivillighet kan anses utgöra våldtäkt mot barn.⁷² Detsamma gäller att det kanske dessutom kan vara svårt att acceptera att någonting som baseras på fullständig frivillighet och ömsesidighet kan anses utgöra ett sexuellt utnyttjande av barn. Poängen är emellertid den att detta är vad lagstiftaren, i samråd med kvalificerad sakkunskap, på demokratiska vägar stiftat såsom lag. Det kan därefter inte anses rimligt att jurister, delvis på grund av brister i barnpsykologisk kunskap, i princip i domskäl ”tycker” att ”begreppet våldtäkt är oegentligt” eller att begreppet våldtäkt inte passar in på brottet om det samtidigt i propositionen står att läsa precis vad lagstiftaren avsett. Att HD i domskälen till NJA 2006 s 79 I uttalar att den sammanlagda bedömningen ger vid handen att brottet straffvärde inte kan anses motsvara minimistrafvet för våldtäkt mot barn och att Zila i fråga om samma gärning uttalar att gärningen, med hänvisning till frivilligheten, inte kan anses utgöra en våldtäkt antyder följande. För det första antyds precis som ovan påtalats en svårighet att acceptera en gärning som baseras på frivillighet såsom våldtäkt. Dessutom antyds att HD är av den uppfattningen att straffvärdet

⁶⁹ Även remissinstanserna yttrade oro över eller pekade på att en användning av begreppet våldtäkt i samband med en kriminalisering som inte förutsatte hot eller våld kunde innebära problem. Se prop. 2004/05:45, s 67.

⁷⁰ Träskman, Har det gått mus i kvinnofriden, Festskrift till Madeleine Leijonhufvud, 2007, s 330.

⁷¹ Mål B 617-06 Göta HovR.

⁷² Se härvid även hovrättens domskäl i fråga om skadestandsfrågan i mål B 6927-05 Svea HovR där det uttalas att en våldtäkt mot barn inte förutsätter något våld eller tvång varför kränkingsersättningen inte kan uppgå till ett lika stort belopp som vid en våldtäkt mot en vuxen.

och därmed också kränkningen vid gärningen inte kan anses motsvara eller föranleda två års fängelse (minimistrafvet för våldtäkt mot barn). Poängen härvid är den att kränkningens omfattning, och beteckningen våldtäkts riktighet, inte härvid primärt är upptill rättstillämparen att motsäga. Detta då lagstiftningen baseras på djupgående barnpsykologisk kunskap, vilket en jurist vare sig kan eller för den delen kan förväntas förstå.

Bortsett från att det möjligen, i vissa fall och i vissa avseenden, går att skönja en viss brist på förståelse för eller ovilja att acceptera vissa begrepp eller straffskalor kvarstår fortsatt de problem som följer av att så många komplicerade gränsdragningar lämnats åt rättstillämparen. Vad som här menas är att den kritik som riktats mot tillämpningen av den nya sexualbrottslagen, främst i fråga om dessa gränsdragningar, inte är befogad på grund av att jurister av ondo och medvetet tillämpat en reglering på ett sätt som kanske inte i alla avseenden är förenligt med de bakomliggande motiven. Poängen är istället den att jurister inte kan förväntas tillämpa en reglering på ett sätt som till fullo står i överensstämmelse med motiven när komplicerade gränsdragningar, som kräver särskild barnpsykologisk kunskap, lämnas åt rättstillämparen.

Sammanfattningsvis kan det således anföras att problemet inte primärt ligger i att dagens rättstillämpare saknar förståelse för barn eller att sakkunniga inte används i dagens rättegångar. Eller annorlunda uttryckt; problemet kan inte lösas genom att i efterhand försöka korrigera fram eller klistra på en förståelse i rättstillämpningen via exempelvis ett utökat användande av sakkunnigvittne. Problematiken är mångfacetterad och bottnar i det faktum att alltför stora och komplicerade gränsdragningsfrågor, som för att göras på ett tillfredsställande sätt kräver kompetens och förståelse, lämnats åt den uteslutande juridiskt skolade rättstillämparen. Den lagstiftning som denna framställning rör är precis som ovan presenterats baserad på en djup förståelse och ett tydligt barnperspektiv, men det är tydligt att alltför många komplicerade gränsdragningar och otydliga motiv lämnats åt en rättstillämpare som knappast besitter (eller kan förväntas besitta) kompetens att hantera dessa på ett tillfredsställande sätt.

7 Slutsatser

Den sexualbrottslagstiftning som trädde i kraft 2005 syftade precis som ovan påtalats till att skapa väl avgränsade och tydliga bestämmelser men i verkligheten blev resultatet, åtminstone i fråga om gränsdragningen mellan BrB 6:4 och BrB 6:5, något annorlunda. Det kan inledningsvis konstateras att frivilligheten från den unga inte beaktas eller hanteras på ett alldeles enhetligt sätt och det tas i många fall helt skilda utgångspunkter i fråga om frivillighetens relevans. Detta blir tydligt, inte minst, vid domstolarnas olika diskvalificerings- respektive kvalificeringsargumentationer, vilka enligt ovan bottenar i helt olika utgångspunkter i fråga om ungas förmåga eller kompetens att samtycka till sexuella handlingar. I vissa fall återfinns även tveksamheter kring huruvida det överhuvudtaget kan anses föreligga en frivillighet från den unges sida (eller om betvingande istället förekommit) vilket givetvis ger anledning att härvid ifrågasätta om en tillämpning av BrB 6:5 i dessa fall verkligen kan anses acceptabel. I fråga om den kategori skäl där hovrätten är kortfattad och hänvisar till målsägandens ålder eller ringa åldersskillnad blir slutsatsen att det principiellt sett inte torde utgöra hinder att skälen är förhållandevis kortfattade. Vad som däremot här ofta orsakar problem är det faktum, som flera gånger ovan påvisats, att det i dessa fall ibland råder tveksamheter kring huruvida den sexuella samvaron verkligen baserats på frivillighet (vilket också var fallet i NJA 2006 s 79 II). Det kan dessutom konstateras att bestämmelsen om sexuellt utnyttjande i BrB 6:5 inte uteslutande tillämpas då målsäganden befinner sig nära åldern för sexuellt självbestämmande, utan dessutom i tillämpningen aktualiseras även då målsäganden förhållandevis nyligen nått tonåren.

Vidare finns det visst fog för att dra den slutsatsen att den kvalificeringsmodell som av domstolen i vissa fall nyttjats vid rubriceringsfrågan återspeglar det tillvägagångssätt som står i störst överensstämmelse med vad som i propositionen anges i fråga om syfte och tillämpning, samtidigt som det bör noteras att denna metod är den mer sällsynta (åtminstone i hovrättens domskäl). Denna slutsats dras mot bakgrund av att utgångspunkten i förarbetena uttryckligen är den att barn inte kan samtycka till sexuella handlingar, varför ett samtycke från ett barn för att kunna tillmätas betydelse torde kräva kvalificering. Enligt ovan blir i förlängningen konsekvensen av den motsatta utgångspunkten, där samtycket från den unge söks diskvalificeras, att tonåringar per definition anses kunna samtycka till sexuella handlingar såvida inte omständighet i målet återfinns som ger anledning att bortse från (diskvalificera) frivilligheten.

Ovan har vidare rättstillämpningen och rättstillämparen problematiserats utifrån lagstiftningens utformning och dess bakomliggande syften och det kan härvid konstateras att ett ökat användande av sakkunnigbevisning vid dessa gränsdragningsfrågor i svensk rättstillämpning är förenat med en rad olika svårigheter och problem. Det argumenteras därmed för att lösningen, och så även det egentliga problemet i någon mening, snarare ligger på

lagstiftningsnivå. Det krävs klara, tydliga och väl avgränsade bestämmelser i syfte att undvika godtycklighet och rättsosäkerhet på grund av alltför komplicerade gränsdragningar och vaga tillämpningsdirektiv. En given koppling som här är värd att kort beröras är frågan om en lagstiftning baserad på åldersgränser, snarare än en lagstiftning som ger uttryck för gränsdragningar mot bakgrund av utvecklad sexualitet hos den unge eller andra vagare begrepp såsom fullständig frivillighet och ömsesidighet. Möjligen finns det anledning att utreda huruvida det vore möjligt eller fördelaktigt att skapa en lagstiftning som i större utsträckning är baserad på åldersgränser och andra fasta eller bestämda förhållanden eller omständigheter. Införandet av en mer statisk lagstiftning torde kunna leda till att en större förutsebarhet och homogenitet i tillämpningen uppnås, låt vara att denna statiska reglering förvisso inte ger utrymme för en alltför nyanserad rättstillämpning. Frågan är emellertid om den nu rådande ordningen, med komplicerade gränsdragningar som förutsätter nyanserade bedömningar och skäl, och dess möjliggörande av individuella och mångfacetterade bedömningar verkligen kan sägas uppfylla de krav på rättssäkerhet som rimligen bör förutsättas. Kanske är de nackdelar som följer av en statisk lagstiftning med tydliga direktiv och fasta åldersgränser acceptabla i förhållande till den problematiska ordning som i vissa avseenden i rättstillämpningen av dagens lagstiftning tycks råda.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Andersson, Ulrika, *Hans ord eller hennes vilja – en könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, Bokbox Förlag, 2004, Malmö.

Diesen, Christian. Diesen, F, Eva, *Övergrepp mot kvinnor och barn*, 2009, Norstedts Juridik, Stockholm.

Diesen et al, *Brottsoffrets rätt*, 1995, Juristförlaget, Stockholm.

Ekelöf, Per-Olof, *Rättegång IV*, 1995, Norstedts Juridik, Stockholm.

Holmquist, Lena. Leijonhufvud Madeleine. Träskman, Per-Ole. Wennberg, Susanne. *Brottsbalken en kommentar, Del (1-12 kap), Brotten mot person och förmögensbrotten m.m. 6u*, Norstedts juridik, Stockholm.

Leijonhufvud, Madeleine. *Ny svensk sexualbrottsreglering – en lag i otakt med tiden*. Väkiivalta, Seuraamukset ja haavoittuvuus, talentum, Helsingfors, 2006.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, 2002, Norstedts Juridik, 2u, Stockholm.

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

Svedin, Carl Göran. Banck, Lena, *Övergrepp mot flickor och pojkar*, 2002, Studentlitteratur.

Trankell, Arne, *Vittnespsykologins arbetsmetoder*, 2u, 1971, Utbildningsförlaget, Örebro.

Trankell, Arne, *Vittnespsykologin som hjälpmedel i svensk rättegång*, 1965, Liber, Stockholm.

Träskman, Per-Ole. *Har det gått mus i kvinnofriden?* Norée, A. Sitte-Durling, Catharina. Zila, Josef. Wennberg Susanne. *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, 2007, Norstedts juridik, Stockholm.

Examensarbeten

Wegerstad, Linnea, *Den självklara gränsen*, Examensarbete vid den Juridiska fakulteten vid Lunds universitet, 2007.

Offentligt tryck

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

SOU 2001:14, *Sexualbrotten: ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor*.

SOU 2005:43, *Vårdnad – Boende – Umgänge. Barnets bästa, föräldrars ansvar*.

Artiklar

Diesen, Christian, *Bevisvärdering och vittnespsykologisk utsageanalys, metodlikheter och metodskillnader*, Juridisk tidskrift, 1999-2000, s 298.

Gregow, Torkel. *Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn*. Svensk juristtidning nr 7 1996, s 509-524.

Leijonhufvud, Madeleine, *HD prövar den nya regleringen av sexualbrott mot barn*, Juridisk tidskrift, 2005/06:04, s 900-904.

Zila, Josef, *Rättspraxis efter sexualbrottsreformen 2005*, Juridisk tidskrift 2007/08:02, s 552-560.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1993 s 310

NJA 1993 s 616

NJA 2006 s 79 I

NJA 2006 s 79 II

NJA 2006 s 510

NJA 2007 s 210

Hovrätterna

Mål B 7258-05 Svea HovR

Mål B 6927-05 Svea HovR

Mål B 617-06 Göta HovR

Mål B 2399-06 Göta HovR

Mål B 4285-06 Svea HovR

Mål B 916-06 HovR över nedre Norrland

Mål B 6299-06 Svea HovR

Mål B 8-06 HovR över Skåne och Blekinge

Mål B 1323-07 HovR för nedre Norrland

Mål B 868-07 HovR för nedre Norrland

Mål B 7385-07 Svea HovR

Mål B 7942-08 Svea HovR

Mål B 6784-08 Svea HovR

Mål B 1961-08 HovR över Skåne och Blekinge

Mål B 1901-08 HovR över Skåne och Blekinge

Europadomstolen

Dom MC mot Bulgarien, målnummer 39272-98