



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Karin Nilsson

Det som existerar men förnekas

om sexualitet och sexuell integritet vid gränsdragningen mellan tre
bestämmelser i brottsbalkens sjätte kapitel

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ulrika Andersson

Termin för examen: HT2013

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Ämnet	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Metod	8
1.4.1 Rättsdogmatisk metod	8
1.4.2 Rättsfallsanalys	9
1.5 Material	11
1.6 Teori	11
1.6.1 En kort idéhistorisk tillbakablick	12
1.6.2 Ett sexologiskt perspektiv	14
1.7 Forskningsläge	17
1.8 Disposition	18
2 GÄLLANDE RÄTT	19
2.1 Kort om våldtäktsbrottets utveckling	19
2.2 Rätten till sexualitet och sexuell integritet enligt EKMR	21
2.2.1 Allmänt	21
2.2.2 M.C. mot Bulgarien	22
2.2.3 Rätten att utöva sin sexualitet	23
2.3 Det svenska rättsläget	24
2.3.1 Allmänna utgångspunkter för sexualbrott	24
2.3.2 Våldtäkt mot barn, 6 kap. 4 § brottsbalken	25
2.3.3 Sexuellt utnyttjande av barn, 6 kap. 5 § brottsbalken	26
2.3.4 Det subjektiva rekvisitet i 6 kap. 13 § brottsbalken	27
2.3.5 Ansvarsfrihetsbestämmelsen i 6 kap. 14 § brottsbalken	27
2.3.6 Gränsdragningen mellan brotten	28
2.3.6.1 NJA 2006 s. 79 I	28
2.3.6.2 NJA 2006 s. 79 II	29
2.3.6.3 NJA 2006 s. 510	30

2.3.6.4	NJA 2007 s. 201	30
2.3.6.5	NJA 2012 s. 564	31
2.3.7	Kritik mot gränsdragningen mellan brotten	32
2.4	Vad är det som ska skyddas och varför?	33
2.4.1	Allmänna grunder för kriminalisering	33
2.4.2	Om samtycke och barns (o)förmåga att lämna ett sådant	36
2.4.3	Skyddet för den sexuella integriteten	37
3	RÄTTSFALLSANALYS	41
3.1	Om rättsfallen	41
3.2	Försvårande omständigheter	44
3.2.1	Ålderskillnaden mellan parterna	44
3.2.2	Målsägandens ålder	44
3.2.3	Parternas relation till varandra	45
3.2.4	Omständigheter kring själva samlaget	46
3.2.5	Omständigheter hänförliga till målsäganden	48
3.2.6	Omständigheter hänförliga till den tilltalade	49
3.3	Förmildrande omständigheter	50
3.3.1	Ålderskillnaden mellan parterna	50
3.3.2	Målsägandens ålder	51
3.3.3	Parternas relation till varandra	51
3.3.4	Omständigheter kring till själva samlaget	52
3.3.5	Omständigheter hänförliga till målsäganden	52
3.3.6	Omständigheter hänförliga till den tilltalade	54
4	SAMMANFATTANDE ANALYS	55
4.1	Lagstiftningen är proaktiv med paternalistiska tendenser	55
4.2	Lagtexten i sig ger uttryck för sexualmoral	55
4.3	Rättstillämpningen ger också uttryck för sexualmoral	60
4.4	Min syn på den fria viljan grundas i en liberal syn på straffrätten	65
4.5	Avslutande tankar – <i>de lege ferenda</i>	67
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	68
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	75

Summary

This thesis deals with three sections in the Swedish Penal Code¹: rape of a child, sexual exploitation of a child and the rule of exclusion of criminal liability.² The thesis also explores how the rules relate to one another and evaluates how they are applied by the Swedish courts of appeal.

The factual circumstances of the case are important for the determination of the applicability of the sections as well as for the examination of how the rules relate to one another. The material facts in the adjudication process are determined based on the legislative history, case law as well as established and unestablished practice. Consequently, the thesis also contains a case-law analysis of 34 recent cases from the Swedish courts of appeal. The purpose of this analysis is to examine how the Swedish legal system deals with questions and problems that may arise when the protection of a child's sexual integrity clashes with that same child's right to express and explore his or her sexuality and bodily autonomy. The aim of this thesis has been to investigate how the Swedish law and judicial practice affect young teenagers' right to sexual self-determination.

My conclusions are that the law as well as the application of the law implies a moralizing conception of children's sexuality. This sexual morality contains several parameters, including age, age difference, type of relationship and the kind of sex the parties have had. Consequently, the lack of clarity about what importance the circumstances should be given makes the law difficult to apply and too much discretion is given to the courts to use subjective frames of reference and perceptions of sexuality when applying the law. This leads to a constant consolidation of social norms regarding the "good sexuality".

In order to overcome these problems, it is suggested that the legislator further clarifies that the assessment should be based on the extent to which the victim's sexual integrity has been violated. A rewording of chapter 6, section 14 of the Swedish Penal Code is also suggested in order to make the age, mental development and capacity of insight of the victim the basis for the assessment, rather than those same capacities of the defendant.

¹ Brottsbalken (1962:700).

² The Swedish Penal Code chapter 6, sections 4, 5 and 14.

Sammanfattning

Detta examensarbete handlar om tre bestämmelser i 6 kap. brottsbalken (1962:700). Bestämmelserna är våldtäkt mot barn, sexuellt utnyttjande av barn samt regeln om ansvarsfrihet.³ Uppsatsen handlar också om hur bestämmelserna förhåller sig till varandra samt hur de tillämpas i praktiken av svenska hovrätter.

Av betydelse för fastställandet av bestämmelsernas tillämplighet och gränsdragningen mellan brotten är de omständigheter som förelåg vid gärningstillfället. Det är dessa omständigheter, så som de kommer till uttryck i förarbeten och rättstillämpning, som granskas i uppsatsen. En rättsfallsanalys har genomförts av 34 stycken aktuella hovrättsfall i syfte att utreda hur svensk rätt hanterar de frågor och problem som kan uppstå när skyddet för barns sexuella integritet kolliderar med samma barns rätt att leva ut sin sexualitet och sin kroppsliga autonomi. Jag har i uppsatsen velat undersöka hur den svenska rätten och rättstillämpningen kan påverka unga tonåringars rätt till sexuellt självbestämmande.

Det jag kommit fram till är att såväl utformningen av bestämmelserna som tillämpningen av desamma ger uttryck för en moraliserande uppfattning om barns sexualitet. Denna sexualmoral innehåller flera parametrar, som bland annat rör ålder, åldersskillnad, typ av relation och sättet på vilket parterna har haft sex. Slutsatsen jag drar är att de oklarheter som råder kring vilka omständigheter som ska tillmätas betydelse vid gränsdragningen mellan brotten gör att allt för stort utrymme lämnas till domstolarna att fritt utgå från subjektiva referensramar och föreställningar om sexualitet i rättstillämpningen. Detta leder till ett ständigt bevästande av samhällets normer kring den ”goda sexualiteten” i rättstillämpningen.

För att komma till rätta med denna problematik föreslås att lagstiftaren ytterligare förtydligar att den rättsliga bedömningen ska utgå från graden av kränkning av målsägandens sexuella integritet. Vidare föreslås en omformulering av lagtexten i 6 kap. 14 § brottsbalken, så att det blir målsägandens ålder, mentala utveckling samt förmåga till insikt i situationen som läggs till grund för bedömningen snarare än den tilltalades dito.

³ 6 kap. 4, 5 och 14 §§ BrB.

Förord

Under elva terminer i Lund har jag lärt känna många nära och kära vänner. Tack till er alla för våra fattiga matlådéluncher och blaskiga kaffepauser. Tack för storslagna middagar och baler. Tack för vilda diskussioner och ännu vildare fester. Jag hade inte kunnat önska mig bättre och roligare vänner än er.

I receptionen på Juridicum har jag haft min fasta och trygga punkt under mer än fyra år. Till er som har jobbat, skrattat, pluggat, fredagsfikat och cykelfestat tillsammans med mig under alla dessa år riktar jag min stora tacksamhet. Detta gäller särskilt er som arbetat i och kring receptionen den senaste terminen. Ni som har kokat mitt kaffe, peppat mig under otaliga improduktiva dagar och kommit med intressanta frågor och värdefulla synpunkter under hela uppsatsarbetets gång. Jag kommer aldrig att ha så många fantastiska kollegor samtidigt igen.

Mina varmaste tack vill jag rikta till följande personer.

Min handledare Ulrika. För föredömlig vägledning och konstruktiv kritik.

Lena. För nitisk korrekturläsning av allt jag skrivit under hela studietiden, inklusive denna uppsats. För en helt ovärderlig vänskap från allra första stund.

Anna. För att du delat medgång och motgång, utgång och framgång med mig. För feedback och expertkunskap på allehanda viktiga områden.

Resten av mustgänget. För att min vardag blir lite glittrigare, lite glammigare och mycket roligare när ni är med.

Mamma, pappa, Gustav, Louise och mormor. För att ni finns.

Alla kvarvarande brister och fel i uppsatsen är uteslutande mina egna.

Skara, julhelgen 2013



Förkortningar

BDSM	Samlingsuttryck för BD - bondage och disciplin, SM - sadism och masochism samt DS - dominans och submission (underkastelse)
BrB	Brottsbalk (1962:700)
EKMR	Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
Europadomstolen	Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
HD	Högsta domstolen
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet
NCK	Nationellt centrum för kvinnofrid
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning 1
NJA II	Nytt juridiskt arkiv, avdelning 2
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsform (1974:152)
RH	Rättsfall från hovrätterna
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvittenskap
WHO	World Health Organization

1 Inledning

1.1 Ämnet

År 2005 infördes en särskild bestämmelse om *våldtäkt mot barn* i brottsbalkens 6 kap. Tidigare hade våldtäkter som begåtts mot barn prövats enligt samma våldtäktsbestämmelse som våldtäkt mot vuxna personer, vilket bland annat innebar att det fanns ett krav på att gärningsmannen skulle ha *tilltvingat* sig samlaget medelst hot eller våld. Om så inte varit fallet dömdes gärningsmannen istället för det lindrigare brottet sexuellt umgänge med barn. Denna konstruktion medförde omfattande kritik i den juridiska doktrinen.⁴

Brottet *våldtäkt mot barn* innebär att den som har samlag med någon som är under 15 år kan dömas till ansvar oavsett om det förekommit någon form av tvång i samband med gärningen eller inte. De fall av våldtäkt mot barn som är att se som mindre allvarliga kan istället klassificeras som brottet *sexuellt utnyttjande av barn*, vilket har en lindrigare straffskala. Det finns också en särskild bestämmelse om *ansvarsfrihet*, som kan tillämpas om det är uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot barnet.

Syftet med införandet av bestämmelserna var att ytterligare stärka skyddet för barns sexuella integritet och att visa att samhället ser mycket allvarligt på denna typ av brott.⁵ Grundtanken är att barn under 15 år inte har någon sexuell självbestämmanderätt och alltså inte *kan* samtycka till sex. Enligt propositionen till lagändringarna är det främmande att laborera med begrepp som frivillighet och samtycke när det gäller frågor om sexuella övergrepp mot barn.⁶ Det är dock precis det jag ämnar göra i denna uppsats.

Konstruktionen av bestämmelserna kring våldtäkt mot barn väcker en hel del frågor om gråzonen mellan skyddet för barns integritet och unga tonåringars rätt att själva bestämma över sina kroppar och sin sexualitet. Denna uppsats kommer därför att behandla frågor kring vad som händer i rättslig mening när ungdomar under 15 år har ömsesidigt sex.

⁴ Se exempelvis Wennberg, JT 1993/94, s. 491 ff.

⁵ Prop. 2004/05:45, s. 69 f.

⁶ Prop. 2004/05:45, s. 67.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med detta arbete är att utreda hur svensk rätt hanterar de frågor och problem som kan uppstå när skyddet för barns sexuella integritet kolliderar med samma barns rätt till kroppslig autonomi och rätt att leva ut sin sexualitet. Uppsatsen kommer att ta sin utgångspunkt i den konflikt som finns mellan dessa områden.

För att uppnå mitt syfte har jag utgått från en rad frågeställningar. Den huvudsakliga frågeställningen har varit:

- På vilket sätt kan den svenska rätten och rättstillämpningen påverka barns och unga tonåringars möjlighet till sexuellt självbestämmande och kroppslig autonomi?

För att kunna besvara denna fråga har jag utgått från följande underliggande frågeställningar:

- Hur är bestämmelserna om våldtäkt mot barn, sexuellt utnyttjande av barn samt ansvarsfrihetsregeln utformade och hur förhåller de sig till varandra?
- Vilka normer och föreställningar kring integritet och sexualitet kommer till uttryck i bestämmelsernas utformning? Har dessa någon inverkan på unga tonåringars möjligheter att utöva sin sexualitet och om så är fallet, på vilket sätt?
- Hur tillämpas bestämmelserna i praktiken?
- Vilka normer och föreställningar kring integritet och sexualitet kommer till uttryck i den svenska rättstillämpningen? Har dessa någon inverkan på unga tonåringars möjligheter att utöva sin sexualitet och om så är fallet, på vilket sätt?

Min avsikt är att identifiera vilka begränsningar, om det finns några, som ställs upp för hur ungdomar tillåts att utöva sin sexualitet och varför.

Uppsatsen behandlar ett område som är ständigt aktuellt, men också mycket stort och snårigt. Av plats- och tidsskäl har jag varit tvungen att sätta ganska tydliga gränser, utöver mina frågeställningar, för vad som kommer att undersökas i arbetet. Dessa kommer nu att presenteras.

1.3 Avgränsningar

Detta arbete utgår från tre bestämmelser i BrB: 6 kap. 4 § om våldtäkt mot barn, 6 kap. 5 § om sexuellt utnyttjande av barn samt 6 kap. 14 § om ansvarsfrihet. I 6 kap. 13 § BrB finns en bestämmelse om uppsåt till sexualbrott mot barn som kommer att beröras översiktligt.

Uppsatsen handlar om de fall av våldtäkt mot barn där barnet varit under 15 år vid gärningstillfället och där domstolen utgått från att det sexuella umgänget skett frivilligt. Följaktligen kommer sådana fall av våldtäkt mot barn där det är utrett att det sexuella umgänget skett mot barnets vilja inte att behandlas i uppsatsen. Fall av våldtäkt mot barn som rör barn mellan 15 och 18 år, som har stått i beroendeförhållande till gärningsmannen enligt 6 kap. 4 § 2 stycket BrB, kommer inte heller att beröras. På grund av platsskäl undersöker uppsatsen inte heller gärningar som faller under tillämpningsområdet för brottet sexuellt övergrepp mot barn enligt 6 kap. 6 § BrB.

Jag har valt att inte studera fall där barnet varit under elva år vid gärningstillfället. Anledningen till att jag valt att dra gränsen vid just elva år är att relativt få barn kommit in i puberteten innan dess. Jag går närmare in på pubertetens betydelse för sexualiteten i kapitel 1.6.2.

Då ansvarsfrihetsregeln i 6 kap. 14 § diskuteras, avses endast ansvarsfrihet vid sexuellt utnyttjande av barn. Läsaren bör dock notera att paragrafen har ett vidare tillämpningsområde, som sträcker sig över flera olika sexualbrott mot barn.

Min utgångspunkt har varit att undersöka vilka omständigheter som konstrueras som försvårande och förmildrande av lagstiftaren och rättstillämparen utifrån ett idéhistoriskt och ett sexologiskt perspektiv. Detta innebär inte att jag anser att kön och genus saknar betydelse i frågor om ungdomars rätt till sexualitet; de problemområden som behandlas i denna uppsats lämpar sig mycket bra för analyser ur olika genusperspektiv och även för diskursanalyser. Av tids- och platsbrist har jag denna gång varit tvungen att utelämna dessa aspekter, men jag ser med varmt intresse fram emot kompletterande dimensioner till min analys och mina slutsatser.

1.4 Metod

1.4.1 Rättsdogmatisk metod

Vid författandet av juridiska texter och framställningar, kanske framförallt på examensarbetsnivå, är det mycket vanligt att författaren hävdar att han eller hon har använt sig av den så kallade *rättsdogmatiska metoden*. Att närmare förklara innebörden av nämnda metod visar sig ofta vara problematiskt och många är de juriststudenter som, tillsammans med undertecknad, slitit sitt hår inför våndan att skriva ett vettigt metodkapitel. Det råder delade meningar om vad den rättsdogmatiska metoden faktiskt innebär och vilka resultat man kan vänta sig av ett arbete som utförs i enlighet med denna metod.

Det första och största problemet består i att förstå vad dogmatik egentligen är. En dogmatisk studie kan beskrivas som en studie som skett inom en bestämd ram. Denna ram bestäms inom juridiken av rättskällorna, som används i enlighet med rättskällevärdet i syfte att fastställa gällande rätt.⁷ Med hjälp av lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin söker den som använder sig av den rättsdogmatiska metoden svar på frågor som rör *de lege lata*.⁸ Rättsdogmatikens grundläggande uppgift blir att beskriva, systematisera och tolka innehållet i den gällande rätten. Detta sker vanligen med utgångspunkt ur ett domarperspektiv och frågorna som besvaras är samma frågor som en domare kan tänkas ställas inför.⁹

Håller man sig strikt till denna metod finns dock en risk att arbetet blir alltför inskränkt och deskriptivt. Den rättsdogmatiska synen på rätten innebär dessutom att den gällande rätten ska tillämpas som den är, oavsett om resultatet blir etiskt korrekt eller inte.¹⁰ Utrymmet för fri argumentation blir således litet och perspektivet hämmat.¹¹ Nyttan av ett sådant arbete kan antas bli begränsad.¹² Flera forskare har argumenterat mot uppfattningen att rättsvetenskapens roll skulle vara inskränkt till att diskutera vad som är eller bör vara gällande rätt. Istället har de hävdade att rättsvetenskapen också bör ägna sig åt att kritiskt granska såväl lagstiftning som rättstillämpning samt att komma med förslag till förbättringar.¹³

⁷ Sandgren, TfR 2005 s. 649.

⁸ Jfr Jareborg, SvJT 2004 s. 8.

⁹ Olsen, SvJT 2004 s. 111-114.

¹⁰ Olsen, SvJT 2004 s. 116.

¹¹ Sandgren, TfR 2005 s. 649 och 655.

¹² Jfr Lambertz, SvJT 2002 s. 261-278.

¹³ Se exempelvis Agell, SvJT 2002 s. 246 och Asp, SvJT 2002 s. 312.

Rör man sig utanför den traditionella, strikta rättsdogmatiska metoden och anlägger ett externt perspektiv på rätten har man möjlighet att söka nya svar – och bättre lösningar – på juridiska problem.¹⁴ Författaren får även ökade möjligheter att diskutera och analysera utifrån *de lege ferenda*.¹⁵ Vidare kan andra källor än de traditionella rättskällorna användas, exempelvis underrättspraxis och litteratur som inte är strikt juridisk. Sandgren menar att det är vanligt att jurister felaktigt betecknar även denna metod som rättsdogmatisk och att ett bättre namn är ”rättsanalytisk metod”.¹⁶

I denna uppsats används den strikt rättsdogmatiska metoden och de traditionella rättskällorna i det deskriptiva avsnittet om dagens svenska rättsläge. Vid författandet av de resterande delarna av mitt arbete har jag använt mig av det som Sandgren kallar rättsanalytisk metod.

1.4.2 Rättsfallsanalys

För att kunna presentera och analysera hur rättstillämpningen ser ut i praktiken och hur denna eventuellt påverkar ungdomars rätt till sexualitet och sexuellt självbestämmande, har jag valt att analysera ett antal rättsfall. Bestämmelserna om våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn har, sedan de infördes år 2005, prövats av HD vid fyra tillfällen. Denna praxis är till stor ledning vid gränsdragningen mellan brotten och presenteras nedan, i kapitel 2.3.6.

För att få fram en mer övergripande bild av rättstillämpningen har jag varit tvungen att söka ledning i underrättspraxis. Sökningarna efter den underrättspraxis som presenteras i kapitel 3 har genomförts i rättsdatabaserna Zeteo och Infotorg Juridik samt på hemsidan www.dagensjuridik.se. De sökord som använts har varit *våldtäkt mot barn*, *sexuellt utnyttjande av barn*, *ansvarsfrihet*, *BrB 6 kap. 4 §*, *BrB 6 kap. 5 §* samt *BrB 6 kap. 14 §*. På detta sätt har jag fått fram ett stort antal fall som prövats av tingsrätter och hovrätter sedan bestämmelserna infördes. Rättsfallen har sedan begärts ut hos den domstol som dömt i respektive mål.¹⁷

De rättsfall jag har analyserat har, efter den inledande sökningen, valts ut enligt följande kriterier:

¹⁴ Jareborg, SvJT 2004 s. 4.

¹⁵ Olsen, SvJT 2004 s. 122.

¹⁶ Sandgren, TfR 2005 s. 655 f.

¹⁷ Noteras bör dock att denna typ av sökning aldrig kan bli heltäckande eftersom alla rättsfall inte publiceras på rättsdatabaserna och användandet av sökord inte kan garantera ett fullständigt komplett resultat.

1. Prövning har skett av såväl tingsrätt som hovrätt. Hovrättsprövningen ägde rum under tidsperioden januari 2013 till oktober 2013.
2. De tilltalade åtalades för våldtäkt mot barn eller för sexuellt utnyttjande av barn.
3. Målsäganden var inte yngre än elva år vid det påstådda gärningstillfället.
4. Domstolarna utgick från att det sexuella umgänget skedde frivilligt från båda parter.

Jag valde att begränsa mig till den ifrågavarande tidsperioden eftersom jag ville undersöka aktuella hovrättsfall. En strikt tidsbegränsning var även nödvändig med hänsyn till uppsatsens omfång. Domar som meddelats efter oktober 2013 har inte kunnat beaktas av praktiska skäl, då själva analysen genomfördes under oktober och november 2013. Övriga kriterier var nödvändiga med beaktande av uppsatsens syfte och avgränsningar, som presenterats i kapitel 1.2 och 1.3.

Totalt uppfyllde 34 rättsfall de kriterier som presenterats ovan. Dessa har använts i vad som närmast kan beskrivas som en rättsvetenskaplig textanalys.¹⁸ Rättsfallen har studerats ingående och domskälen har lästs igenom vid ett upprepat antal tillfällen. Syftet med genomläsningarna har varit att utröna vilka omständigheter som betraktats som försvårande respektive förmildrande i hovrätternas bedömningar av gärningarnas brottsrubricering.

Jag har medvetet valt ut fall där domstolen har utgått från att det sexuella umgänget varit frivilligt. Frivillighet är, som jag kommer att återkomma till, ett komplicerat begrepp. Det finns många faktorer som kan påverka graden av frivillighet. Viljan är inte alltid så fri som den först kan verka. Jag anser att *ömsesidighet* är ett bättre begrepp för att beskriva det sexuella umgänge som ungdomarna har inlåtit sig i.¹⁹ Domstolarna använder dock begreppet frivillighet relativt konsekvent i sina domskäl.

Då jag citerar ur domskälen har jag valt att inte skriva ut de tilltalades namn, trots att dessa framgår i de domar jag studerat. För enkelhets skull använder jag mig istället av deras initialer. De tilltalades identitet saknar helt betydelse för min analys. Målsägandenas namn har varit anonymiserade redan i domarna.

¹⁸ Jfr Andersson (2013).

¹⁹ Jfr Andersson (2004), s. 94, fotnot 373.

1.5 Material

Mitt huvudsakliga material har bestått av de traditionella svenska rättskällorna lagtext, förarbeten, praxis och doktrin. Som framgått ovan bygger en stor del av min uppsats också på en analys av 34 stycken hovrättsfall.

De idéhistoriska framställningar jag huvudsakligen utgått från i mitt teorikapitel är Åsa Bergenheims avhandling från 1994, ”Barnet, libido och samhället: om den svenska diskursen kring barns sexualitet från 1930-1960”, samt hennes bok ”Brottet, offret och förövaren: vetenskapens och det svenska rättsväsendets syn på sexuella övergrepp mot kvinnor och barn 1850-2000”. Det sexologiska delkapitlet grundar sig huvudsakligen på en lärobok i sexologi, ”Sexologi”, utgiven av Per Olov Lundberg och Lotta Löfgren-Mårtensson. Jag har också haft stor användning av sociologen, sexologen och barnmorskan Gisela Helmius många texter och böcker om ungdomar och sexualitet.

1.6 Teori

Syftet med denna uppsats är, som framgått ovan, att analysera frågor och problem som kan uppstå när skyddet för barns sexuella och kroppsliga integritet kolliderar med samma barns rätt till sexuellt självbestämmande. Genom att anlägga ett sexualitetsperspektiv i min framställning avser jag att sätta in mina frågeställningar i en kontext för att sedan kunna dra så välunderbyggda och korrekta slutsatser som möjligt och samtidigt göra själva framställningen mer tydlig. För att kunna anlägga ett sexualitetsperspektiv i min analys krävs dock att jag först gör ett försök att definiera själva begreppet *sexualitet*.

Världshälsoorganisationen, WHO, antog följande definition av sexualitet år 1986:

”[Sexuality is] an integral part of the personality of everyone: man, woman, and child. It is a basic need and an aspect of being human that cannot be separated from other aspects of life. Sexuality is not synonymous with sexual intercourse, it is not about whether we have orgasms or not, and it is not the sum total of our erotic lives. These may be part of our sexuality but equally they may not. Sexuality is so much more: it is in the energy that motivates us to find love, contact, warmth and intimacy; it is expressed in the way we feel, move, touch and are touched; it is about being sensual as well as being sexual.

Sexuality influences thoughts, feelings, actions and interactions and thereby our mental and physical health”²⁰.

Diskussionen angående huruvida det över huvud taget är önskvärt att ha en definition av sexualitet och sexuell hälsa, och hur en sådan definition kan och bör formuleras har pågått intensivt sedan dess.²¹ WHO:s definition från 1986 har dock blivit relativt vedertagen och används exempelvis i Nationalencyklopedins artikel om sexualitet.²²

Nedan kommer jag att belysa sexualitet ur två olika perspektiv. Först ges en idéhistorisk resumé över samhällets syn på barn och ungdomars sexualitet genom tiderna, sedan följer en sexologisk dimension som har delats upp i en biologisk del och en sociologisk del. Det är dessa perspektiv som kommer att läggas till grund för min analys, vilket dock inte innebär att jag anser att sexualitet endast omfattar dessa perspektiv. Sexualitet som begrepp och konstruktion är mycket mer komplicerat och mångfacetterat än så och låter sig svårligen inskränkas till en klar och tydlig definition.

Jag kommer att utgå från att sexualitet är en social konstruktion, som påverkas av, och ger uttryck för, samhällets normer och som ständigt skapas genom interaktion mellan individ och samhälle samt mellan individer. En sådan sexualitet är inte beständig utan varierar över tid och plats. Detta utvecklas mer nedan. Redan inledningsvis bör dock noteras att denna syn på sexualitet påverkar min analys. Om jag hade valt att ansluta mig till en annan syn på sexualitet är det inte säkert att jag hade kommit fram till samma svar på mina frågeställningar eller att det varit möjligt för mig att dra samma slutsatser. Det är viktigt att läsaren av denna uppsats har med sig denna vetenskap inför den fortsatta framställningen.

1.6.1 En kort idéhistorisk tillbakablick

Vid tiden före industrialiseringen fanns det inget barndomsbegrepp att tala om. Så snart människan hade lärt sig att interagera och kommunicera med sin omgivning blev hon en del av vuxenvärlden. I och med detta fick barnen också tidigt ta del av de vuxnas privatliv. Sex var en del av familjelivet och eftersom barn ännu inte betraktades som skyddsobjekt fanns ingen anledning att skydda dem från insyn i föräldrarnas sexuella samvaro. Som en följd av de nya borgerliga ideal som växte fram under tiden efter industrialiseringen började dock barnen alltmer att betraktas som

²⁰ Langfeldt och Porter (1986), s. 5.

²¹ För en deskriptiv och översiktlig framställning om delar av denna diskussion, se Edwards och Coleman (2004).

²² <http://www.ne.se/lang/sexualitet>.

oskuldsfulla och skyddsvärda.²³ I överklassen och medelklassen utvecklades en lång socialiseringsperiod mellan spädbarnsåren och vuxenlivet. Denna period, *barndomen*, idealiserades samtidigt som den blev präglad av stark yttre och inre disciplinering.²⁴ Sexualitet, och framförallt barns sexualitet, var en fråga som blev mycket tabubelagd.²⁵ De barn som uppvisade någon form av sexuellt beteende började betraktas som vanartade och avvikande av sin omgivning.²⁶ Medelklassens familjeideal bestod av den ömma och goda modern, den ansvarsfulle fadern och de oskuldsfulla barnen sammansvetsade i en kärleksfull familj.²⁷

I och med industrialiseringen kom barnen också att, tillsammans med kvinnorna, förpassas till hemmet och den ”privata sfären”.²⁸ Idealen inom barnuppfostran var självdisciplin och kontroll. Sexualiteten skulle kontrolleras och osedlighet och osunda levnadsvanor ansågs kunna gå i arv från generation till generation.²⁹ Onani, som tidigare främst varit ett moraliskt problem som bekämpats av kyrkan, började betraktas som ett hälsoproblem.³⁰ I takt med den allmänna sekulariseringsprocessen övertog psykiatrin och läkarkåren den sexualmoraliska opinionsbildningen.³¹

Under början av 1900-talet argumenterade allt fler forskare, med Sigmund Freud i täten, för att människan har en medfödd sexualdrift och att ett undertryckande av denna i barndomen kan få konsekvenser i form av ”osunda sexualuppfattningar” och sexuella perversiteter i vuxen ålder.³²

I takt med att barnafödandet sjönk i Sverige under 1930-talet blev befolkningens sexuella samliv en politisk fråga. Orsakerna bakom den minskande nativiteten söktes inom psykologin och sociologin. Forskarna ansåg att svenskarnas låga livskvalitet kunde vara en orsak till att allt färre barn föddes. Alva Myrdal menade att det sexuella samlivet präglades av okunnighet och gamla fördomar och att befolkningen behövde förberedas mer pedagogiskt inför familjebildningen.³³ Samtidigt som hon ansåg att sexualitet och samliv behövde diskuteras mer öppet menade hon att barns sexuella beteenden främst var att se som nervösa ovanor, uttryck för

²³ Sundkvist (1997), s. 176.

²⁴ Bergenheim (1994), s. 33.

²⁵ Bergenheim (2005), s. 43.

²⁶ Ernst, Martinson och Langfeldt (1983), s. 8.

²⁷ Bergenheim (2005), s. 43.

²⁸ Bergenheim (2005), s. 50.

²⁹ Bergenheim (1994), s. 39.

³⁰ Bergenheim (1994), s. 44 ff.

³¹ Bergenheim (1994), s. 47 och Bergenheim (2005), s. 51 ff.

³² Bergenheim (1994) s. 64 ff och s. 109.

³³ Bergenheim (1994), s. 152, jfr. Bergenheim (2005), s. 151.

verklighetsflykt, och att dessa kunde fostras bort.³⁴ Att barns sexualitet betraktades som en uppfostringsfråga syntes klart och tydligt i den allmänna debatten under 1930- och 1940-talen. De flesta debattörer var då överens om att människan hade en medfödd sexualdrift, men det fanns vitt skilda åsikter om hur samhället skulle hantera frågan om barn och sexualitet.³⁵

Under 1900-talet ändrades samhällets syn på barn och sexualitet genom att gå från ett traditionellt avståndstagande från sexualitet i allmänhet, till accepterandet av att barn har en sexualdrift, som dock inte tillåts ta sig några konkreta uttryck. Denna syn på barns sexualitet, som enligt Bergenheim fortfarande delvis är gällande, är komplex. Detta eftersom barns sexualitet, mot bakgrund av samhällets hållning i frågan, blir något som är både önskvärt och icke-önskvärt, som både existerar och förnekas och som finns men inte får finnas.³⁶

Helmius menar att det är samhällets föreställningar om sexualitet vid en viss tidpunkt i historien som bestämmer hur individer som lever under samma tid hanterar och lever ut sin sexualitet.³⁷ Sexualiteten är enligt henne en social konstruktion, som bestäms av samhällets normer och förväntningar. Om detta handlar de sociologiska aspekterna inom sexologin.

1.6.2 Ett sexologiskt perspektiv

Sexologi är läran om könslivet och utgörs förenklat sagt av sexualvetenskapen. Sexologin sträcker sig över ett mycket brett fält av vetenskaper och har beröringspunkter med såväl naturvetenskapen som humanismen. Det finns både biologiska och sociologiska aspekter av människans sexualitet och jag kommer kortfattat att gå igenom huvuddragen av dessa aspekter nedan.

Idag råder det ingen diskussion om att alla barn normalt sett föds med förmåga till lubrikation eller erektion samt till orgasm. Man kan se att dessa fysiska förmågor uppträder spontant även hos mycket små barn och att människan alltså har en sexuell kapacitet ända från födseln.³⁸

Under puberteten sker en komplex förändring av hormonbalansen i kroppen. Exakt hur denna går till och vilka mekanismer den styrs av är inte helt känt. Pubertetens förlopp påverkas, förutom av hormonbalansen, också av

³⁴ Myrdal (1935), s. 89.

³⁵ Bergenheim (1994), s. 182 ff.

³⁶ Bergenheim (1994), s. 326.

³⁷ Helmius (1990), s. 6.

³⁸ Helmius (2002), s. 87.

näringsmässiga, psykosociala och ärftliga faktorer. Åldern för pubertetens inträde varierar stort från person till person. Medelåldern för menarche, det vill säga åldern vid vilken kvinnor får sin första menstruation, är strax under 13 år i Sverige. Morsvarande ålder för pojkar, som mäts utifrån förekomsten av nattlig sädesutlösning, är 14-15 år.³⁹

Sexualitet är i neurobiologisk mening ett mentalt tillstånd som styr förmågorna att vara mottaglig för sexuella intryck, att bearbeta dessa intryck samt att verkställa ett resultat i form av ett i sammanhanget adekvat beteende.⁴⁰ Den biologiska sexualiteten består av flera element. Det perceptiva elementet utgörs av förmågan att bli upphetsad av erotiska stimuli. Det kognitiva elementet består av förmågan att bearbeta information som utmynnar i ett tillstånd av sexuell motivation. Det fysiologiska elementet består av de fysiska förmågor som är nödvändiga för att genomföra sexuella aktiviteter, såsom erektion och lubrikation. Den återkoppling till det centrala nervsystemet som utlöser ejakulation och orgasm är också ett element som ingår i sexualiteten. Alla dessa element är beroende av hormoner och av den hormonbalans som utvecklas under puberteten.⁴¹

Även om sexualiteten till mångt och mycket styrs av biologiska faktorer menar många forskare att själva utövandet av sexualiteten är socialt bestämt och att sexualiteten är en konstruktion och blir till i ett samspel mellan individen och samhället.⁴² Varje samhälle konstruerar normer kring en, för det egna samhället, väl fungerande sexualitet.⁴³ I alla tider har samhällen sökt reglera och kontrollera ungdomars sexualitet på olika sätt.⁴⁴ Ett sätt att göra detta är att skapa normer och föreställningar kring vad som är sexuellt ”bra” och ”rätt”.⁴⁵ Ungdomars sexualitet och sexuella erfarenheter skiljer sig naturligtvis från vuxnas, men alla åldersgrupper har att utgå från samhällets uppsatta ramar för hur den goda, ömsesidiga och naturliga sexualiteten ser ut. Synen på sexualitet skiljer sig mycket mellan flickor och pojkar, där sexualmoralen för flickor och kvinnor traditionellt sett varit – och enligt många fortfarande är – mycket strängare än den för pojkar och män.⁴⁶ Sexualmoralen är också tätt sammankopplad med ålder. Ungdomar i lägre tonåren tillåts idag endast att leva ut sin sexualitet helt måttligt. Mer omfattande sexuella erfarenheter i lägre tonåren ses som problematiskt och

³⁹ Westphal (2010), s. 31 ff.

⁴⁰ Meyerson (2010), s. 39.

⁴¹ Meyerson (2010), s. 42.

⁴² Se exempelvis Lewin (2010), s. 115 och Helmius (1990), s. 102.

⁴³ Helmius (2000), s. 65.

⁴⁴ Helmius (2002), s. 85.

⁴⁵ Helmius (1990), s. 74 och 102.

⁴⁶ Helmius (2010), s. 89.

”promiskuöst”. Ungdomar i slutet av tonåren och unga vuxna som ännu inte bildat familj har de största friheterna till ett extensivt sexuellt samliv. Efter familjebildningen inträder åter strikta sociala normer, främst om monogami. Äldre, änkor och änklingar förväntas inte ha något aktivt sexualliv över huvud taget.⁴⁷

Helmius menar att de sociala normer som finns kring sexualitet utgår från, vad hon kallar för kallar för, en *kärleksideologi*. Enligt denna är sex inom ramen för känslomässiga och ömsesidiga relationer normen, medan tillfälliga relationer och sex som lust och njutning är mer tabubelagt.⁴⁸ Det är kärlek som legitimerar samlag och samlag ses som ett uttryck för kärlek. Kärleksideologin används av samhället för att tämja sexualiteten och göra den ”sann” och ”god”.⁴⁹ Kärleksideologin är också tätt knuten till vuxenvärldens oro över ungas för tidiga samlagsdebuter. ”Den goda sexualiteten” har kommit att knytas till mognad och mognad har kommit att bli samhällets redskap för att hantera ungdomssexualiteten.⁵⁰ Många uppfattar denna mognad som knuten till ålder; att äldre människor är bättre på att hantera sex och sexualitet än yngre människor. Vidare kan man se att mogenhetsargumentet kopplas till risken för psykologiska skador; den som inte utövar sin sexualitet som ett uttryck för gemensamhet och kärlek riskerar att utsätta sitt mentala välbefinnande för risker. Någon närmare definition av *när* man är tillräckligt mogen för sex har inte getts av vuxenvärlden, vilket medför att ungdomars ”misslyckade” samlag(sdebuter) alltid kan skyllas på bristande mognad.⁵¹

Från 1990-talet och fram till idag har man dock tydligt kunnat se att ungdomars syn på sexualitet, sexualvanor och sexualmoral har blivit allt mer liberal. Allt fler ungdomar tycker idag att det är acceptabelt – eller till och med önskvärt – med så kallade ”one night stands” och ett högt antal sexualpartners. Sexualiteten har så sakteliga frikopplats från kärleken, vilket har påverkat synen på kärleksideologin.⁵²

Medelåldern för samlagsdebut har sjunkit under de senaste decennierna, från 19 år för kvinnor respektive 18 år för män år 1967 till 16,5 år för kvinnor respektive 16,8 år för män år 1996.⁵³

⁴⁷ Lewin (2010), s 119.

⁴⁸ Helmius (1990), s. 102.

⁴⁹ Helmius (2000), s. 78.

⁵⁰ Helmius (2000), s. 66.

⁵¹ Helmius (1990), s. 110 f.

⁵² Jfr Häggström-Nordin (2009), s. 53 och 62 f.

⁵³ Helmius (1996), s. 155 och Helmius (2002), s. 94.

1.7 Forskningsläge

Forskning om ungdomar och sexualitet bedrivs inom ett stort antal discipliner, exempelvis inom genusvetenskap, sociologi och psykologi. På Malmö högskola finns sedan 2007 ett masterprogram inom sexologi och forskning bedrivs även inom forskningsprojektet ”Kön, sexualitet och socialt arbete”.⁵⁴

NCK, Nationellt centrum för kvinnofrid, är ett samarbete vid Uppsala universitet som, på uppdrag av regeringen, bedriver och samordnar forskning inom områden som hedersvåld, mäns våld mot kvinnor samt våld i samkönade relationer. Syftet är att öka kunskapen på nationell nivå inom dessa områden. NCK samlar aktuell forskning inom dessa områden i en kunskapsbank, tillgänglig för allmänheten över internet⁵⁵, och publicerar också egna rapporter.

Jag har inte lyckats finna så många jurister som är helt inriktade på sexualbrott mot barn och unga i sin forskning. Undantaget är Christian Diesen vid Stockholms universitet, som för närvarande forskar i ett projekt som heter ”Understanding and Addressing Youth Sexual Coercion and Violence”. Många jurister forskar dock inom sexualbrott generellt, med lite olika infallsvinklar. Nämnas kan exempelvis Petter Asp och Kerstin Berglund, som forskar inom projektet ”Sexualbrotten – i gällande rätt, mediadebatt och feministisk teori” vid Stockholms och Uppsala universitet samt Linnéa Wegerstad vid Lunds universitet, som forskar om sexualbrottens sexualitet, i mötet mellan ofredande och sexuellt ofredande. Ett forskningsprojekt som knyter an till ungdomars rättsliga situation är forskningsprojektet ”Rätt och utsatthet”, som drivs av Ulrika Andersson och Titti Mattsson vid Lunds universitet. Projektet berör bland annat frågor om den enskildes förutsättningar och svårigheter att tillvarata sina behov gentemot rättssystemet och hur rättssystemet bättre kan hantera och uppmärksamma detta.

När det gäller skyddet för barns och kvinnors sexuella integritet är Madeleine Leijonhufvud en av de främsta opinionsbildarna i Sverige idag. Hon går också i täten bland förespråkarna av införandet av en

⁵⁴ <http://www.mah.se/kossa>.

⁵⁵ <http://www.nck.uu.se/Kunskapscentrum/Kunskapsbanken/>.

samtyckesreglering i våldtäktsbrottet.⁵⁶ Denna diskussion kommer jag delvis att återkomma till i kapitel 2.

1.8 Disposition

Utöver det inledande kapitlet består denna uppsats av tre större kapitel. Uppsatsens andra kapitel inleds med en kort historisk översikt över våldtäktsbrottets utveckling i svensk rätt. Därefter presenteras hur rätten till sexualitet och till sexuellt självbestämmande regleras av den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, EKMR, och ett centralt rättsfall från Europadomstolen redovisas. I och med dessa två delkapitel introduceras grunden för dagens svenska rättsläge, som därefter utreds utförligt, och den första frågeställningen, om hur bestämmelserna om våldtäkt mot barn, sexuellt utnyttjande av barn samt ansvarsfrihetsregeln är utformade och förhåller sig till varandra, besvaras. I kapitel två beskrivs även skyddsintresset bakom bestämmelserna och delvis också vilka normer och föreställningar om integritet och sexualitet som kommer till uttryck i bestämmelsernas utformning, vilket är del av uppsatsens andra frågeställning.

I uppsatsens tredje kapitel görs en rättsfallsanalys utifrån aktuell hovrättspraxis. Syftet med denna är att utreda hur bestämmelserna tillämpas i praktiken samt att undersöka vilka normer och föreställningar kring sexualitet och integritet som kommer till uttryck i rättstillämpningen, i enlighet med frågeställning nummer tre och fyra.

I analysen, som återfinns i kapitel fyra, fokuseras huvudsakligen på frågan huruvida lagstiftningen och rättstillämpningen inverkar på ungdomars möjligheter att utöva sin sexualitet, och på vilket sätt detta i så fall sker.

⁵⁶ Leijonhufvud gjorde på uppdrag av Miljöpartiet en egen utredning om införandet av just en samtyckesreglering; se Leijonhufvud (2008). Denna har fått mycket stor uppmärksamhet i såväl juridiska som mediala kretsar.

2 Gällande rätt

2.1 Kort om våldtäktsbrottets utveckling

Sexualbrottslagstiftningen har genom åren genomgått flera stora förändringar. Till en början var äktenskapet det huvudsakliga skyddsintresset bakom reglerna. All form av för- och utomäktenskaplig sexuell samvaro var kriminaliserad och våldtäktsbrottet kunde sonas genom att förövaren gifte sig med sitt offer. Våldtäkt kunde inte begås inom äktenskapet, eftersom kvinnan, genom giftermålet, ansågs ha lämnat ett generellt samtycke till sexuell umgänge med sin man.⁵⁷ Genom brottsbalkens införande år 1965 ändrades fokus för skyddsintresset, från äktenskapets helgd till skydd för den enskildes sexuella integritet och kroppsliga självbestämmande. Sedan dess har reglerna om sexualbrott reformerats vid fyra tillfällen: 1984, 1998, 2005 och 2013. Utöver dessa reformer genomfördes också en reform år 1992 som främst rörde sexuella övergrepp mot barn.

Vid tiden för brottsbalkens införande omfattades endast heterosexuella vaginala samlag av våldtäktsbestämmelsen, som alltså endast kunde begås av en man mot en kvinna. För ansvar krävdes att mannen hade tvingat kvinnan till samlag genom våld å person eller genom hot som inneburit trängande fara.⁵⁸ Om kvinnan ansågs ha varit medvällande till våldtäkten, exempelvis genom att hon följt med mannen hem eller liftat med hans bil, kunde mannen dömas för ett lindrigare brott, *våldförande*, med lindrigare straffskala. Detta brott avskaffades 1984.⁵⁹ Samlag med barn under 15 år omfattades av bestämmelsen *otukt med barn*. Redan från brottsbalkens införande räckte det att gärningsmannen haft skälig anledning att anta att barnet var under 15 år. Om det förelåg ringa skillnad i ålder och utveckling mellan offret och förövaren kunde åklagaren välja att tillämpa en åtalsbegränsningsregel och helt enkelt inte åtala gärningsmannen för brottet. Åtal för våldtäkt fick endast väckas om målsäganden själv anmält brottet eller om åtal ansågs påkallat ur allmän synpunkt. Preskriptionstiden var mycket kort, endast sex månader.⁶⁰

Den första stora reformen av sexualbrottsbestämmelserna ägde rum 1984. Då gjordes våldtäktsbrottet könsneutralt och utökades till att även omfatta handlingar som kunde anses jämförliga med samlag. Genom denna

⁵⁷ Holmqvist m.fl. BrB 6 kap. s. 1.

⁵⁸ NJA II 1962 s. 169.

⁵⁹ Holmqvist mfl. BrB 6 kap. s. 1 f.

⁶⁰ NJA II 1962 s. 193 f.

utvidgning kom anala och orala samlag att falla under bestämmelsens tillämpningsområde.⁶¹ Vid denna reform ändrade brottet *otukt med barn* namn till *sexuellt umgänge med barn*, men straffskalan och åtalsbegränsningsregeln behölls oförändrade. Åldersgränsen om 15 år behölls också oförändrad. Som skäl för detta angavs bland annat att 15-årsgränsen kunde fungera som ett stöd för unga flickor när de skulle värja sig mot sexuella närmanden, att den utgjorde ett stöd för föräldrar när de ställdes inför frågor om gränsdragning för sexualdebut samt att åldersgränsen var djupt förankrad i det allmänna rättsmedvetandet.⁶²

Skyddet för barn som utsatts för sexuella övergrepp stärktes 1992, genom att offrets låga ålder infördes som en omständighet att beakta vid bestämmandet av våldtäktsbrottets svårighetsgrad. Detta skulle, enligt lagstiftaren, fungera som en ännu tydligare markering av samhällets allvarliga syn på sexuella övergrepp mot barn.⁶³

År 1998 skedde ytterligare en genomgripande reform av sexualbrottsbestämmelserna. I och med denna kriminaliserades som våldtäkt också sådana gärningar som, med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt, var jämförliga med samlag. Handlingar som tidigare hade omfattats av brottet *sexuellt tvång* kom därmed att istället omfattas av våldtäktsbestämmelsen, exempelvis att föra in fingrar, knytnävar och föremål i någons underliv.⁶⁴ Redan inför denna reform fanns förslag på att införa en särskild bestämmelse om våldtäkt mot barn, utan krav på våld eller hot för straffansvar. Flera remissinstanser var positiva till förslaget men regeringen ansåg inte att det var rimligt att kriminalisera samlag mellan två tonåringar som båda samtyckt till handlingen. Istället föreslog regeringen att en ny utredning skulle tillsättas med uppgift att föreslå en lösning på problemen som fanns kring sexualbrott mot barn.⁶⁵

De nya bestämmelserna om sexualbrott mot barn infördes genom en reform år 2005. Att man till en början tillämpade samma våldtäktsbestämmelse för vuxna som för barn medförde att det länge fanns ett krav på att även övergrepp mot mycket små barn skulle ha föregåtts av någon form av tvång.⁶⁶ Detta ville man ändra på genom den nya lagstiftningen. Genom samma reform inkorporerades också utnyttjande av personer i hjälplöst tillstånd i våldtäktsparagrafen. Fokus för lagändringarna låg på de medel och de omständigheter som kan begagnas vid förövandet av sexualbrott.

⁶¹ Prop. 1983/84:105, s. 17 f.

⁶² Prop. 1983/84:105, s. 32.

⁶³ Prop. 1991/92:35, s. 1.

⁶⁴ Prop. 1997/98:55, s. 91.

⁶⁵ Prop. 1997/98:55, s. 94.

⁶⁶ Prop. 2004/05: 45, s. 68 f.

Från sommaren 2013 har begreppet ”hjälpöst tillstånd” i våldtäktsparagrafen, det vill säga 6 kap. 1 § BrB, ersatts av det vidare begreppet ”särskilt utsatt situation” och listan över situationer som otillbörligen kan utnyttjas har utökats med ”allvarlig rädsla”. I och med detta omfattas även sådana situationer där offret inte förmår bemöta gärningsmannen med annat än passivitet, på grund av så kallad ”frozen fright”, av våldtäktsbestämmelsen.⁶⁷ I både våldtäktsbestämmelsen och i bestämmelsen om våldtäkt mot barn ersattes ”handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag” med ”handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag”. Detta markerar, enligt regeringen, att det är kränkningen och inte sexualhandlingens tekniska karaktär som är det centrala vid gränsdragningen mellan de olika sexualbrotten.⁶⁸

Alla de reformer som ägt rum sedan brottsbalkens införande kan sammanfattningsvis sägas ha utvidgat tillämpningsområdet för våldtäktsbrottet, och sedermera tillämpningsområdet för brottet våldtäkt mot barn. Utvidgningen har dock främst skett i förhållande till vad som redan tidigare omfattats av andra sexualbrott. Många, såväl jurister som samhällsdebattörer, anser dock att de senaste ändringarna inte är tillräckliga och fortsätter att argumentera för en samtyckesreglering av våldtäktsbrottet.⁶⁹ En stor del av denna argumentation grundas på rätten till sexualitet och sexuell integritet som en mänsklig rättighet, skyddad av EKMR. Denna dimension av gällande rätt redogörs för nedan.

2.2 Rätten till sexualitet och sexuell integritet enligt EKMR

2.2.1 Allmänt

Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, EKMR, gäller som lag i Sverige.⁷⁰

Rätten till sexualitet och till sexuellt självbestämmande finns inte reglerad i någon egen artikel i EKMR, men kan tolkas in i, bland andra, artikel 3, skydd mot omänsklig eller förnedrande behandling och bestraffning och i artikel 8, rätt till respekt för privatliv och familjeliv. En viktig del av

⁶⁷ Jfr Prop. 2012/13:111, s. 26 och 30 f.

⁶⁸ Prop. 2012/13:111, s. 39.

⁶⁹ Se exempelvis SvD 2013-09-29.

⁷⁰ Se lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, samt RF 2 kap. 19 §.

skyddet för privatlivet är skyddet för den fysiska integriteten. Kränkningar av den fysiska integriteten kan, om de är allvarliga, utgöra tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling enligt artikel 3. Mindre allvarliga kränkningar av den fysiska integriteten faller under tillämpningsområdet av artikel 8.⁷¹

Artikel 3 innefattar inte bara ett skydd mot omänsklig eller förnedrande behandling utan också en positiv skyldighet för staterna att ge medborgarna rättsligt skydd mot sådan behandling.⁷² Artikel 8 medför i sin tur en förpliktelse för staterna att skydda medborgarna från ingrepp i privatliv och familjeliv samt i hem och korrespondens, men ålägger också staterna en skyldighet att vidta positiva åtgärder för att skydda dessa områden. Sådana åtgärder kan exempelvis utgöras av lagstiftning. Sexuella övergrepp räknas alltid som allvarliga ingrepp i den enskilda individens privatliv och det åligger staten att både kriminalisera sådana gärningar och att utreda, bekämpa och bestraffa dem effektivt.⁷³

2.2.2 M.C. mot Bulgarien

Den 4 december 2003 kom ett avgörande från Europadomstolen som fått stor betydelse på sexualbrottens område.⁷⁴ Målet behandlade rätten till sexuell integritet och sexuellt självbestämmande. Den bulgariska kvinnan M.C. gjorde gällande att hon våldtagits av två män när hon var fjorton år gammal. Enligt bulgarisk lag hade hon då uppnått åldern för sexuellt självbestämmande. De våldtäktsanklagade männen hävdade att M.C. frivilligt hade gått med på att ha samlag med dem. Förundersökningen lades ner av åklagaren eftersom det inte var ställt utom rimligt tvivel att männen använt våld eller hot vid gärningarna, eller att M.C. gjort något fysiskt motstånd.

Inför Europadomstolen hävdade M.C. att bulgarisk lag inte var förenlig med EKMR eftersom såväl lag som praxis uppställde krav på fysiskt motstånd från offrets sida vid våldtäkt.

Europadomstolen prövade målet enligt artikel 3, skydd mot omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning och artikel 8, rätten till privatliv och familjeliv. Efter att ha granskat lagstiftning och praxis från ett flertal europeiska stater konstaterade domstolen att den rättsliga utvecklingen

⁷¹ Danelius (2012), s. 353.

⁷² Danelius (2012), s. 82.

⁷³ Danelius (2012), s. 347.

⁷⁴ Se *M.C. mot Bulgarien*.

under senare år gått mot att kriminalisera sexuella handlingar i avsaknad av samtycke som våldtäkt, snarare än att ställa upp krav på våld, hot och tvång. Domstolen konstaterade vidare att det finns starka belägg för att många offer reagerar med så kallad ”frozen fright” vid sexuella övergrepp. Medlemsstaternas positiva skyldigheter enligt artiklarna 3 och 8 krävde enligt domstolen att varje sexuell handling som skett utan samtycke utreds och bestraffas på ett effektivt sätt, även när offret inte gjort något fysiskt motstånd. Domstolen fann att M.C.:s rättigheter enligt såväl artikel 3 som artikel 8 hade kränkts.

Detta rättsfall har, som nämnts ovan, använts som en del av grunden för den juridiska argumentationen kring införandet av en samtyckesreglering i den svenska våldtäktsbestämmelsen.⁷⁵

2.2.3 Rätten att utöva sin sexualitet

Frågan om sexualitet som en positiv rättighet, det vill säga en rätt att fritt utöva sin sexualitet utan inskränkningar i lag eller liknande, har behandlats av Europadomstolen i flera fall. Domstolen har kommit fram till att det strider mot artikel 8 att lagstifta mot frivilliga homosexuella relationer mellan vuxna män. Sådan lagstiftning har inte ansetts proportionerlig i förhållande till syftet, som varit att skydda moralen och andra människors fri- och rättigheter i enlighet med artikel 8.2.⁷⁶

Ett fall som prövats av domstolen rörde en man som åtalats för ”gross indecency”, sedan man vid en husrannsakan i mannens bostad funnit flera filmer och foton föreställande honom i sexuella situationer med ett flertal andra vuxna män. Det fanns dock ingenting som tydde på någon form av övergrepp och bilderna hade inte spridits till allmänheten. Europadomstolen fann att det inte hade funnits någon anledning för staten att vidta straffrättsliga åtgärder mot mannen.⁷⁷ I ytterligare ett annat fall hade tre män dömts till fängelse sedan de deltagit i sadomasochistiska handlingar som utförts med samtycke från alla inblandade. I det fallet ansåg Europadomstolen att det var förenligt med artikel 8 att döma männen till fängelse, eftersom handlingarna var sådana att de kunde leda till allvarliga

⁷⁵ Denna diskussion kommer inte att presenteras närmare då den faller utanför uppsatsens syfte och frågeställningar. För vidare läsning, se ex. Leijonhufvud (2006), Diesen (2007), Träskman (2007) samt Wersäll och Rapp (2007).

⁷⁶ Se exempelvis *Duggeon mot Förenade kungariket*, *Norris mot Irland* och *Nodinos mot Cypern*.

⁷⁷ *ADT mot Förenade kungariket*.

fysiska skador och straffet som utdömts kunde ses som en nödvändig åtgärd till skydd för liv och hälsa.⁷⁸

Slutsatsen blir alltså att det finns en rätt enligt Europakonventionen att fritt få utöva sin sexualitet utan inblandning av staten genom lagstiftning eller på annat sätt, men att denna rättighet kan inskränkas, trots samtycke från alla inblandade, exempelvis när de sexuella handlingarna riskerar att leda till allvarliga fysiska skador.

2.3 Det svenska rättsläget

2.3.1 Allmänna utgångspunkter för sexualbrott

De svenska reglerna om sexualbrott utgår från två grundläggande konstruktioner. För att det ska vara fråga om ett brott krävs dels att gärningsmannen vid gärningen använt någon form av *påtryckningsmedel* (exempelvis hot eller våld) eller att den sexuella gärningen har skett under *vissa omständigheter* (exempelvis mot en person som befunnit sig i beroendeställning till gärningsmannen, i en särskilt utsatt situation eller liknande), dels krävs att det har varit fråga om en *sexuell handling*.⁷⁹

Hur mycket, eller snarare hur lite, våld eller hot som krävs för en våldtäkt har debatterats friskt inom juridiska kretsar. Klart är, som tidigare framgått, att gränsen för detta har sänkts genom ett flertal reformer. Att gärningsmannen genom sin kroppstyngd hindrar offrets rörelsefrihet anses idag vara tillräckligt för att kravet på våld ska vara uppfyllt. Det finns inget krav på att offret uttryckligen ska ha protesterat eller gjort aktivt motstånd för att hon eller han ska anses ha blivit tvingad till samlag. Underlåtenhet att protestera är alltså inte samma sak som samtycka.⁸⁰

Typen av sexuell handling har betydelse för vilken brottsrubricering gärningen kan få. Utgångspunkten är att det för våldtäkt enligt 6 kap. 1 § BrB krävs ett samlag eller en handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag. Med samlag menas heterosexuella vaginala samlag.⁸¹ Vilka handlingar som är jämförliga med samlag definieras inte i lagtexten, men enligt förarbetena är det jämförligt med samlag när de inblandades könsdelar har vidrört varandra, även om detta skett flyktigt.⁸²

⁷⁸ Laskey, *Jaggard och Brown mot Förenade kungariket*.

⁷⁹ Asp (2010), s. 56f.

⁸⁰ Jfr SOU 2010:71, s. 213 ff.

⁸¹ Holmqvist m.fl. BrB 6:1 s. 5.

⁸² NJA II 1962 s. 168 och 171.

Vidare anses anala och orala samlag samt införande av föremål, fingrar eller knytnävar i annans slida eller anus vara jämförliga med samlag.⁸³ Att onanera en man är enligt HD däremot *inte* jämförligt med samlag.⁸⁴ Däremot är det en sexuell handling jämförlig med samlag att föra upp fingrar i en kvinnas underliv, oavsett om det skett i sexuell syfte eller inte.⁸⁵

2.3.2 Våldtäkt mot barn, 6 kap. 4 § brottsbalken

Innan införandet av det särskilda brottet *våldtäkt mot barn* bedömdes dessa övergrepp enligt den allmänna våldtäktsbestämmelsen i 6 kap. 1 § BrB. Det innebar, som tidigare framgick, att det fanns ett krav på att gärningsmannen med hot eller våld skulle ha tillvingat sig sexuell umgänge med barnet, vilket ledde till problem i rättstillämpningen.⁸⁶

Utmärkande för brottet våldtäkt mot barn är att något påtryckningsmedel i form av tvång, våld eller hot inte krävs för straffansvar. Det enda som krävs för att en handling ska betecknas som våldtäkt mot barn är den särskilda omständighet att en person, som utfört eller tagit emot ett samlag eller en handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, var under 15 år vid tillfället. Uppsåt krävs i förhållande till alla objektiva brottsrekvisit förutom åldern.⁸⁷ Vid bedömningen av huruvida en handling är jämförlig med samlag eller inte ska kränkningen stå i fokus, snarare än handlingens tekniska karaktär.⁸⁸ Sexuella övergrepp mot barn innebär enligt lagstiftaren alltid en allvarlig kränkning av barnets integritet. Detta är ett skäl till att bestämmelsen inte innehåller något krav på påtryckningsmedel.⁸⁹ Att begreppet *våldtäkt* används, trots att det inte finns något krav på våld i bestämmelsen, är en markering från lagstiftarens sida av allvaret i gärningarna och av samhällets skärpta syn på sexualbrott mot barn.⁹⁰

Det är på 15-årsdagen som den sexuella självbestämmanderätten (ibland i folkmun kallad ”byxmyndigheten”) inträder. Barn under 15 år kan aldrig samtycka till sexuella handlingar.⁹¹ Om ett barn har samlag innan sin 15-årsdag kan personen som barnet haft samlag med dömas för våldtäkt mot barn oaktat om det varit frivilligt från bådass håll och oavsett vem av

⁸³ Jfr prop. 1983/84:105, s. 17 f; prop. 1997/98:55, s. 91 och prop. 2004/05:45, s. 136.

⁸⁴ Jfr NJA 2008 s. 421 I och II.

⁸⁵ HD:s dom 2013-06-13 i mål B 1195-13.

⁸⁶ Prop. 2004/05:45, s. 68 f.

⁸⁷ Jfr. 6 kap. 13 § BrB.

⁸⁸ Prop. 2012/13:111, s. 42 och 113 ff.

⁸⁹ Prop. 2004/05:45, s. 68 f och prop. 2012/13:111, s. 114.

⁹⁰ Prop. 2004/05:45, s. 69.

⁹¹ Prop. 2004/05:45, s. 70.

parterna som tagit initiativ till den sexuella samvaron. Användandet av våld eller hot kan dock göra att brottet bedöms som grovt.⁹²

Bestämmelsen har företräde framför brotten våldtäkt, sexuellt tvång och sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning. Straffskalan för våldtäkt mot barn är samma som straffskalan för våldtäkt, det vill säga fängelse i lägst två och högst sex år.⁹³ Om brottet är att anse som grovt enligt tredje stycket i paragrafen döms gärningsmannen till fängelse i lägst fyra och högst tio år. Om den handling som barnet har utfört eller tagit emot inte anses vara jämförlig med samlag bedöms den enligt bestämmelsen om *sexuellt övergrepp mot barn*, 6 kap. 6 § BrB.

Våldtäkt mot barn föreligger också, enligt bestämmelsens andra stycke, när en person har samlag eller genomför en därmed jämförlig sexuell handling med ett barn mellan 15 och 18 år som är den personens avkomling, står under den personens fostran eller står under personens vård och tillsyn på grund av myndighetsbeslut. Lärare, skolpersonal och personal vid institutioner där barnet vistas frivilligt omfattas inte av bestämmelsen.⁹⁴

2.3.3 Sexuellt utnyttjande av barn, 6 kap. 5 § brottsbalken

Om ett brott enligt 6 kap. 4 § BrB är att anse som mindre allvarligt, med hänsyn till *samtliga* omständigheter som förelåg vid gärningen, döms gärningsmannen istället för *sexuellt utnyttjande av barn* till fängelse i högst fyra år. Bestämmelsen är avsedd att tillämpas restriktivt och kan aldrig användas när brottet har riktats mot ett barn som befinner sig långt från gränsen för sin sexuella självbestämmanderätt.⁹⁵

Det finns två typsituationer i vilka bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn tillämpas. Den första situationen är när två ganska jämnåriga tonåringar, som dock befinner sig på olika sidor av gränsen för sexuellt självbestämmande, har samlag med varandra. Den andra situationen rör fall där en person som befinner sig precis under gränsen för sexuellt självbestämmande har ömsesidigt samlag med någon som är betydligt äldre. Den äldre personen hade, om samlaget ägt rum bara en eller två månader senare, inte alls begått någon brottslig gärning. I dessa situationer har lagstiftaren ansett att det skulle vara orimligt att döma enligt den stränga

⁹² Jfr 6 kap. 4 § 3 stycket BrB.

⁹³ Holmqvist m.fl. BrB 6:4 s. 1.

⁹⁴ Holmqvist m.fl. BrB 6:4 s. 4.

⁹⁵ Prop. 2004/05:45, s. 77.

straffskalan i 4 §. Frivillighet från barnets sida är inte ansvarsbefriande vid våldtäkt mot barn, men kan beaktas som en omständighet som talar för tillämpning av 5 §, så länge hänsyn tas till barnets mognad.⁹⁶ Barnet ska också, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, ha haft tillräckliga förutsättningar att kunna bedöma och ta ställning till situationen samt förmåga att inse innebörden av sitt handlande.⁹⁷

I ytterlighetsfallen kan straffvärdesbedömningarna vid sexuellt utnyttjande av barn skilja sig mycket åt, eftersom bestämmelsen är avsedd att tillämpas både i situationer som ligger nära våldtäkt mot barn, men som har lägre straffvärde än enligt 4 §, och i situationer som ligger nära gränsen för ansvarsfrihet.⁹⁸

2.3.4 Det subjektiva rekvisitetet i 6 kap. 13 § brottsbalken

Även den som inte insåg, men som hade skälig anledning att anta, att en person var under en viss ålder, kan dömas till ansvar enligt 6 kap. 13 § BrB. Bestämmelsen ska dock endast tillämpas restriktivt.⁹⁹

Syftet med bestämmelsen är att en gärningsman inte ska kunna undgå ansvar genom att hävda att han eller hon saknade kännedom om barnets verkliga ålder. Bestämmelsen är inte tillämplig om barnet rent kroppsligt varit mer utvecklad än normalt för sin ålder om inte heller omständigheterna i övrigt gett gärningsmannen skälig anledning att misstänka att barnet var under 15 år.¹⁰⁰

2.3.5 Ansvarsfrihetsbestämmelsen i 6 kap. 14 § brottsbalken

I vissa fall, om det är uppenbart att en gärning inte har inneburit något övergrepp mot barnet, ska gärningsmannen gå fri från ansvar. Bedömningen ska göras med beaktande av den ringa skillnad i ålder och utveckling som förelegat mellan offret och gärningsmannen, samt med beaktande av omständigheterna i övrigt.¹⁰¹

⁹⁶ Holmqvist m.fl. BrB 6:5 s. 1; Prop. 2004/05:45, s. 77 och Jareborg och Friberg (2010), s. 100.

⁹⁷ Prop. 2004/05:45, s. 144.

⁹⁸ Prop. 2012/13:111, s. 44.

⁹⁹ Prop. 2004/05:45, s. 113 f; NJA II 1962 s. 192 f.

¹⁰⁰ Prop. 2004/05:45, s. 114.

¹⁰¹ Prop. 2004/05:45, s. 114 ff och 151 f.

Ansvarsfrihetsregeln är tillämplig i förhållande till sexuellt utnyttjande av barn enligt 6 kap 5 § BrB, sexuellt övergrepp mot barn enligt 6 kap 6 § första stycket BrB, utnyttjande av barn för sexuell posering enligt 6 kap. 8 § första stycket BrB samt sexuellt ofredande enligt 6 kap. 10 § första stycket BrB. Den kan även tillämpas vid kontakt med barn i sexuellt syfte enligt 6 kap. 10 a § BrB. Bestämmelsen kan däremot inte tillämpas vid våldtäkt mot barn, om domstolen inte först har kommit fram till att våldtäkten är att se som mindre allvarlig enligt 6 kap. 5 § BrB. Bestämmelsen kan heller aldrig tillämpas om sexualhandlingen är straffbelagd även efter att barnet har fyllt 15 år.¹⁰²

Paragrafen tar sikte på frivilliga sexuella kontakter mellan tonåringar, där barnet har kommit långt i sin mognad och gärningsmannen endast har kommit obetydligt längre i sin ålder och utveckling. Ju närmre 15-årsgränsen den yngre parten befinner sig, desto större åldersskillnad är godtagbar mellan parterna.¹⁰³ Ytterligare omständigheter som kan beaktas vid bedömningen är exempelvis typen av relation parterna har till varandra samt under vilka omständigheter den sexuella handlingen företogs.¹⁰⁴ Att parternas relation varit av kärleks- eller nära vänskapskaraktär talar för ansvarsfrihet. Bestämmelsen är avsedd att tillämpas med stor försiktighet och restriktivitet och kan aldrig tillämpas om barnet uttrycker att han eller hon har känt motvilja mot handlingen.¹⁰⁵

Regeln kan tillämpas på två plan; dels av åklagarna, som kan undvika att väcka åtal i mål där de anser att bestämmelsen är tillämplig, dels av domstolarna, som i fall där åtal ändå väcks har en möjlighet att befria gärningsmannen från ansvar.

2.3.6 Gränsdragningen mellan brotten

2.3.6.1 NJA 2006 s. 79 I

En 25-årig man, N.A., åtalades för våldtäkt mot barn sedan han haft samlag med en 13-årig flicka. Hon hade haft sin häst hos N.A. och de hade med tiden blivit förälskade i varandra, trots att N.A. hade fru och barn. Samlaget hade planerats av båda i samråd men föregåtts av vissa påtryckningar från N.A., som sagt att han inte kunde lova att han inte skulle ha sex med sin fru om målsäganden inte gick med på att ha sex med honom.

¹⁰² Jareborg och Friberg (2010), s. 114.

¹⁰³ Jareborg och Friberg (2010), s. 115.

¹⁰⁴ Prop. 2004/05:45, s. 116 och Jareborg och Friberg (2010), s. 115.

¹⁰⁵ Holmqvist m.fl. BrB 6:14 s. 2.

Frågan i målet var om N.A. skulle dömas för våldtäkt mot barn eller om omständigheterna var sådana att han istället skulle dömas för sexuellt utnyttjande av barn.

HD ansåg att N.A. skulle dömas för sexuellt utnyttjande av barn. Detta eftersom N.A. och målsäganden båda uppgett att de var kära i varandra och hade planerat den sexuella samvaron i samråd. Målsägandens ålder gav enligt HD inte heller någon anledning att bortse från frivilligheten. Detta gjorde att gärningen inte kunde anses vara så allvarlig att bestämmelsen om våldtäkt mot barn var tillämplig. Mannen dömdes för sexuellt utnyttjande av barn till fängelse i sex månader.

Två justitieråd var skiljaktiga och anförde att målsäganden hade stått i ett beroendeförhållande till mannen eftersom hon hade sin häst i N.A.:s stall och var orolig över att han skulle lämna henne till förmån för sin fru om hon inte gick med på att ha sex med honom. De ansåg också att hon hade allt för långt kvar till gränsen för sin sexuella självbestämmanderätt för att bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn skulle kunna tillämpas.

2.3.6.2 NJA 2006 s. 79 II

En 24-årig man, L.Ö., åtalades för våldtäkt mot barn sedan han haft samlag med en flicka som var 14 år och 10 månader. De hade inte något kärleksförhållande, men kände varandra sedan tidigare eftersom L.Ö. hade haft en sexuell relation med flickans mamma. Vid det aktuella tillfället hade både målsäganden och L.Ö. druckit alkohol och festat hela natten. Målsäganden var dock inte så berusad att domstolarna ansåg att hon befunnit sig i hjälplöst tillstånd. L.Ö. hävdade att han trodde att målsäganden var äldre, men domstolarna kom fram till att han, med hänsyn till förhållandet han haft med målsägandens mamma, i vart fall hade haft anledning att anta att hon var under 15.

Frågan i målet var om L.Ö. skulle dömas för våldtäkt mot barn eller för sexuellt utnyttjande av barn. Majoriteten i HD ansåg att gärningen skulle bedömas som sexuellt utnyttjande av barn. Detta då målsäganden befunnit sig nära åldern för sexuellt självbestämmande och då L.Ö. hade uppfattat samlagen som frivilliga. Att målsäganden druckit alkohol och varit vaken hela natten ledde dock till att gärningen ansågs vara av allvarligt slag, och mannen dömdes till fängelse i ett år.

Ett justitieråd var skiljaktigt och anförde att L.Ö. skulle dömas för våldtäkt mot barn eftersom målsäganden varit berusad och trött. L.Ö. borde enligt

dissidenten ha förstått att målsäganden i sitt tillstånd inte hade förutsättningar att bedöma och ta ställning till om hon ville ha samlag med honom.

2.3.6.3 NJA 2006 s. 510

En 22-årig man, K.C., stod åtalad för flera fall av våldtäkt mot barn enligt 6 kap. 4 § BrB. K.C. hade haft samlag, eller genomfört handlingar som ansågs vara jämförliga med samlag, med sammanlagt fyra målsägande som var mellan 12 och 14 år gamla. Han hade träffat flickorna på Internet och därefter bjudit hem dem var för sig till sin bostad. Inför besöken hade han aldrig talat med målsägandena om att de skulle ha samlag, men detta var hans syfte med att bjuda hem dem till sin lägenhet. Han hade aldrig använt något våld eller tvång, men den sexuella samvaron skedde uteslutande på hans initiativ.

I hovrätten dömdes K.C. för våldtäkt mot barn avseende tre målsägande, men gällande den fjärde målsäganden, B, dömdes K.C. för sexuellt utnyttjande av barn enligt 5 §. Detta då B endast haft några månader kvar till sin femtonårsdag och då åtalet avsåg tio samlag som ägt rum vid sju olika tillfällen då B övernattat hos K.C. Vissa av övernattningarna hade skett med hennes mammas tillåtelse och vid ett par tillfällen hade hon övernattat fler än en natt i följd. Hovrätten ansåg att straffvärdet för brottsligheten uppgick till fängelse i två år och sex månader.

HD anslöt sig till hovrättens bedömning i fråga om rubriceringen av brotten. Gällande straffmätningen uttalade HD att det, utöver omständigheterna som varit hänförliga till de enskilda gärningarna, också skulle beaktas att det rörde sig om flerfaldig brottslighet. I vissa fall, som när den sexuella relationen bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet, kan ett stort antal samlag snarast vara ett tecken på frivilligheten. När det rör sig om brott som riktat sig mot ett flertal målsägande fann HD inga skäl att frångå huvudprincipen om att flerfaldig brottslighet är försvårande. Till detta kom det faktum att en av målsägandena endast var 12 år gammal. HD fann därför att det samlade straffvärdet uppgick till fängelse i tre år och sex månader.

2.3.6.4 NJA 2007 s. 201

I målet stod en 17-årig pojke, P.N., åtalad för sexuellt utnyttjande av barn efter att han haft samlag med målsäganden, som vid tillfället var drygt 14,5 år. P.N. erkände gärningen. Frågan i målet var huruvida ansvarsfrihetsregeln i 6 kap. 14 § BrB var tillämplig eller ej.

Parternas uppgifter om målsägandens frivillighet skilde sig åt och ingen av dem kunde anses vara mer trovärdig än den andre. Eftersom åklagaren inte lyckats överbevisa P.N. om motsatsen blev det P.N.:s uppgifter om att samlaget varit frivilligt och ömsesidigt som lades till grund för domstolarnas bedömning. P.N. och målsäganden hade ingen kärleksrelation men var mycket nära och goda vänner och hade umgåtts i stort sett dagligen vid tiden före händelsen.

Gällande åldersskillnaden mellan parterna uttalade HD att en viss schablonisering bör tillåtas i fall där målsäganden befinner sig nära 15-årsgränsen. HD ansåg det som rimligt att tillåta en större åldersskillnad mellan parterna när den yngre parten befinner sig mycket nära åldersgränsen för sexuellt självbestämmande än när den yngre parten är just över 14 år. Avseende parternas relation till varandra ansåg HD att det måste vara tillräckligt med en nära och god vänskapsrelation eftersom krav på en kärleksrelation eller förälskelse parterna emellan skulle medföra omfattande bevissvårigheter samt innebära en mer restriktiv syn på möjligheten att tillämpa ansvarsfrihetsregeln än lagstiftaren avsett. HD tillämpade ansvarsfrihetsregeln och ogillade åtalet.

2.3.6.5 NJA 2012 s. 564

I målet stod en 17-årig pojke, F.S., åtalad för våldtäkt mot barn sedan han vid ett flertal tillfällen fört upp sina fingrar i målsägandens underliv. Målsäganden var 11 och 12 år gammal vid dessa tillfällen. Genom ett rättspsykiatriskt utlåtande stod det klart att F.S. både vid gärningarna och vid undersökningstillfället led av en allvarlig psykisk störning, i form av autistiskt syndrom samt lindrig mental utvecklingsstörning. F.S. erkände gärningarna, men bestred ansvar med hänvisning till att han inte begått dem med uppsåt.

Målsäganden och F.S. hade skilda uppfattningar om målsägandens frivillighet. Eftersom bådass utsagor i denna fråga ansågs vara lika trovärdiga utgick alla instanser, precis som i NJA 2007 s. 201, från att målsäganden deltagit frivilligt i handlingarna. Alla instanser fann också att F.S. begått handlingarna med uppsåt och att han haft vetskap om målsägandens låga ålder. Försvaret gjorde gällande att handlingarna inte skulle bedömas som våldtäkt mot barn utan som sexuellt utnyttjande mot barn eftersom målsäganden och F.S. stått på samma mentala åldersnivå. Med hänsyn till målsägandens låga ålder dömdes F.S. dock för våldtäkt mot barn av både tingsrätten och hovrätten.

Även HD kom fram till att gärningarna F.S. gjort sig skyldig till var att bedöma som våldtäkt mot barn. HD uttalade:

”Det står emellertid klart att om ett barn inte är mer än tolv år finns det inte något egentligt utrymme för att beakta gärningen som mindre allvarlig. De gärningar som F.S. har begått utgör inte sexuellt utnyttjande av barn utan ska bedömas som våldtäkt mot barn. Därmed aktualiseras inte regeln om ansvarsfrihet i 6 kap. 14 §.”¹⁰⁶

Genom uttalandet står det klart att HD anser att 12 år är en allt för ung ålder för att kunna ta hänsyn till frivillighet i sexuella sammanhang.¹⁰⁷

2.3.7 Kritik mot gränsdragningen mellan brotten

Leijonhufvud ställde sig i en rättsfallskommentar i JT kritisk till domsluten i NJA 2006 s. 79 I och II, som enligt henne var felaktiga och anmärkningsvärda.¹⁰⁸

Enligt Leijonhufvud befann sig flickan i NJA 2006 s. 79 I allt för långt från 15-årsgränsen för en tillämpning av regeln om sexuellt utnyttjande av barn. Dessutom hade det sexuella umgänget föregåtts av vissa påtryckningar från mannens sida. Gällande NJA 2006 s. 79 II menade Leijonhufvud att det är förbryllande att HD först konstaterat att sexuellt utnyttjande av barn bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet mellan parterna och sedan, i skadeståndsdelen, hänvisar till att det rör sig om en mycket ung och berusad flicka som blivit utnyttjad av en betydligt äldre man. Enligt henne går resonemangen inte ihop.¹⁰⁹

Zila ställde sig i sin tur kritisk till Leijonhufvuds kritik.¹¹⁰ Enligt honom gjorde Leijonhufvud fel när hon kopplade ihop resonemangen i skadeståndsfrågorna med tolkningen av begreppet ”frivillighet” i straffansvarsdelen eftersom skadeståndsbedömningen utgår från ett mer formellt betraktelsesätt. Att ett barn under 15 år haft frivilligt sexuellt umgänge innebär inte att en kränkning inte kan ha skett i skadeståndsrättslig mening, vilket HD också poängterat i sin dom.¹¹¹ Zila framhåller också att

¹⁰⁶ NJA 2012 s. 564 (HD:s domskäl s. 569).

¹⁰⁷ Den resterande delen av HD:s domskäl, inklusive två skiljaktiga meningar, behandlar ingående och pedagogiskt frågor rörande straffrättsvillfarelse, billighetsskäl och påföljdseftergift. Läsning av dessa rekommenderas varmt.

¹⁰⁸ Leijonhufvud, JT 2005/06 s. 900-904.

¹⁰⁹ Leijonhufvud, JT 2005/06 s. 903.

¹¹⁰ Zila, JT 2007/08 s. 552-559.

¹¹¹ Zila, JT 2007/08 s. 554 f.

flickan i NJA 2006 s. 79 II haft två samlag med mannen, ett på natten och ett på morgonen efter, och att hon rimligen måste ha varit mindre trött och berusad under det andra samlaget.¹¹²

Gällande gränsdragningen mellan brotten skriver Zila att den viktigaste slutsatsen som kan dras av HD:s domar är att en väl avvägd helhetsbedömning ska göras i det enskilda fallet. Om man vid denna kommer fram till att brottets straffvärde är betydligt lägre än det lägsta straffet i 4 §, det vill säga två års fängelse, ska man istället tillämpa den lägre straffskalan i 5 §. Åldern hos gärningsmannen och offret kan vara relevant vid bedömningen, men en blind fokusering på ålder och åldersskillnad kan enligt Zila leda till orimliga resultat om det medför att andra omständigheter ignoreras.¹¹³

Leijonhufvud vidhöll sin ståndpunkt trots Zilas kritik. Hon anförde i en slutreplik att fokus måste läggas på målsägandens förmåga att bedöma situationen och att unga flickor sällan har någon sådan förmåga. Hon skriver vidare att barn varken kan eller bör åläggas det ansvar som det innebär att undvika att bli gravida eller drabbas av sexuellt överförbara sjukdomar och att vuxna män måste börja lämna barn ifred sexuellt. Bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn bör enligt Leijonhufvud endast tillämpas i mycket speciella fall, efter verklig ömsesidighet och moget övervägande från målsägandens sida.¹¹⁴

2.4 Vad är det som ska skyddas och varför?

2.4.1 Allmänna grunder för kriminalisering

Alla samhällen ägnar sig åt olika slag av social kontroll av medborgarnas beteenden. Att hota med straff genom att kriminalisera vissa gärningar är den mest repressiva och ingripande formen av social kontroll. I Sverige finns en grundsyn på straffsystemet som innebär att endast den som bevisligen har agerat klandervärd ska straffas, och att straffet ska stå i proportion till den grad av klandervärdhet som agerandet inneburit.¹¹⁵ Det är dock inte alltid lätt att fastställa vad som är ett klandervärdt agerande. Gränsen mellan ett acceptabelt och ett klandervärdt agerande är inte nödvändigtvis samma som gränsen mellan ett önskat och ett oönskat

¹¹² Zila, JT 2007/08 s. 556.

¹¹³ Zila, JT 2007/08 s. 558.

¹¹⁴ Leijonhufvud, JT 2007/08 s. 995 f.

¹¹⁵ Lernestedt (2010), s. 15; Jareborg och Zila (2010), s. 63 ff och Berglund (2007), s. 49.

agerande.¹¹⁶ En kriminalisering förutsätter att en gradering sker av gärningens klandervärdhet, i syfte att fastställa en proportionerlig straffskala. Gärningar som är ungefär lika klandervärda ska tilldelas ungefär samma straffskalor. Proportionalitetsbedömningen spelar stor roll för *hur* bestraffning ska ske, men säger dock ingenting om *varför*.¹¹⁷

En viktig princip i straffrättsliga sammanhang är att den sociala kontrollen och handlingsdirigeringen från statens sida inte enbart bör ske i syfte att skydda den enskilde mot dennes egna handlingar. Istället bör skyddet avse kränkningar som man utsätts för, eller riskerar att utsättas för, av andra personer. Kriminalisering som sker i syfte att skydda människan från andra värden än kränkningar från medmänniskor kallas för *paternalistisk*.¹¹⁸ Just när det gäller paternalistisk lagstiftning på sexualbrottens område finns det anledning att iaktta försiktighet. Det är exempelvis inte alltid lätt att dra en gräns mellan sex som uttryck för positiva värden och sex som uttryck för omoral och negativa värden.¹¹⁹ Det är viktigt att notera att det ofta är samhällets rådande sexualitetsuppfattningar som påverkar vilka sexuella handlingar som kriminaliseras och inte.¹²⁰

Hänsyn måste även tas till vad som är möjligt att straffa rent praktiskt. Av legalitetsprincipen följer att inget straff ska kunna dömas ut utan stöd i lag, men det går inte heller att stifta en massa lagar som är omöjliga att följa eller att införa straff som är omöjliga att verkställa.¹²¹

Den som utsätts för ett brott är *gärningsobjektet* eller *angreppsobjektet*, det vill säga den som i dagligt tal kallas för brottsoffret.¹²² Angreppsobjektet och *skyddsobjektet* är inte alltid samma. Skyddsobjektet är det intresse som samhället avser att skydda genom kriminaliseringen. För att ta våldtäktsbrottet enligt 6 kap. 1 § BrB som exempel, så är angreppsobjektet den person som blir utsatt för själva våldtäkten, medan skyddsobjektet är individens rätt till sexuell självbestämmanderätt.¹²³ Skada som uppstår på grund av ett brott kan exempelvis vara fysiska skador på gärningsobjektet, medan kränkningen som uppstår hänförs till skyddsobjektet.¹²⁴

¹¹⁶ Diesen (2011), s. 99.

¹¹⁷ Jareborg och Zila (2010), s. 67.

¹¹⁸ Berglund (2007), s. 50.

¹¹⁹ Asp (2010), s. 21.

¹²⁰ Jfr Sutorius (1999), s. 53.

¹²¹ Jfr Asp (2010), s. 23.

¹²² Jfr Berglund (2007), kap. 5.2.

¹²³ Jfr SOU 1953:14, s. 228 f och SOU 2001:14, s. 109 ff.

¹²⁴ Berglund (2007), s. 52 ff.

Själva bestraffningen efter ett klandervärt agerande kan ske i olika syften. Ett syfte är att staten, genom att bestraffa människor som begått vissa gärningar, avskräcker andra samhällsmedborgare från att agera på samma sätt. Denna tanke kallas för *allmänprevention*. Ett annat syfte är att straffet ska förhindra att den enskilde begår brott på nytt. Den tanken kallas för *individualprevention*. Allmänprevention kan ta sig olika uttryck beroende på synen på avskräckning. *Omedelbar avskräckning* har historiskt sett motiverat grymma och offentligt verkställda straff som syftat till att väcka allmänhetens avsky mot brottslingen och rädsla för att själva bestraffas på samma sätt. *Medelbar avskräckning* utgår från att det är själva hotet om straff, snarare än verkställigheten i sig, som är det avskräckande. *Moralbildning* innebär att staten, genom att förse vissa typer av ageranden med straff, kan visa på gärningarnas förkastlighet, och därmed förstärka och befästa redan existerande sociala normer, eller påverka medborgarnas moralbildning genom att skapa nya normer.¹²⁵

Kriminalisering sker ibland enbart i moralbildande, eller ”proaktivt”, syfte. Det finns flera exempel på proaktiva lagar som införts i Sverige under de senaste decennierna. Förbudet mot barnaga som infördes på 1970-talet, liksom kvinnofridsreformen och förbudet mot köp av sexuell tjänst, vilka infördes på 1990-talet, är exempel på moralbildande lagstiftning som varit både effektiv och attitydförändrande. Andra exempel har inte varit lika framgångsrika, som lagar om användande av cykelhjälm och kriminalisering av mened och övergrepp i rättssak.¹²⁶ Generellt sett kan man säga att det är svårt att lagstifta tvärtemot den allmänna opinionen och medborgarnas värderingar. Sådana lagar blir sällan attitydförändrande och moralpåverkande. Det är därför viktigt att lagstiftningen åtminstone till viss del bottenar i den allmänna samhällsmoralen.¹²⁷

Tanken med individualprevention är, som framgått ovan, att den enskilde individen ska förhindras från att begå brott på nytt. Den mest effektiva individualpreventiva bestraffningen är naturligtvis dödsstraffet. I Sverige har de individualpreventiva tankegångarna under de senare decennierna snarare handlat om att återfallsrisken ska minskas genom behandling och individuellt anpassade straffformer. Det finns få belegg för att verkställighet genom inlåsning på anstalt skulle vara mer individualpreventivt effektivt och möjligheterna att förändra människor genom långa fängelsestraff får anses vara mycket små.¹²⁸

¹²⁵ Jareborg och Zila (2010), s. 74 f; Lernestedt (2003), s. 263 ff och Diesen (2011), s. 128 f.

¹²⁶ Diesen (2011), 116 f.

¹²⁷ Jareborg och Zila (2010), s. 79.

¹²⁸ Jareborg och Zila (2010), s. 85 ff och Diesen (2011), s. 103 f.

Det är inte ovanligt att en gärning som är straffbelagd framstår som berättigad, eller åtminstone tolererbar, på grund av omständigheterna i det enskilda fallet. För att undgå straff i en sådan situation krävs att någon undantagsregel kan tillämpas. Dessa undantagsregler återfinns främst i 24 kap. BrB men även i 24–28 kap. rättegångsbalken (1942:740), RB, samt i vissa specialstadganden, som 6 kap. 14 § BrB. En undantagsregel som återfinns i 24 kap. BrB är bestämmelsen om samtycke.¹²⁹ Denna bestämmelse kommer att undersökas närmare nedan.

2.4.2 Om samtycke och barns (o)förmåga att lämna ett sådant

Frågan om huruvida det förelegat ett samtycke eller ej är central vid bedömningarna av sexualbrott. Ett samtycke till en sexuell handling innebär i de allra flesta fall att något brott inte är för handen och att någon kränkning över huvud taget inte uppstått.¹³⁰

De allmänna grunderna för ansvarsfrihet regleras i 24 kap. BrB. Samtyckesbestämmelsen återfinns i 24 kap. 7 §. För att ett samtycke ska vara rättsligt bindande och medföra ansvarsfrihet för den som begått den kriminaliserade gärningen krävs att vissa grundläggande förutsättningar är uppfyllda. Den första förutsättningen är att samtycket har lämnats av någon som varit *behörig* att förfoga över det aktuella intresset. När det gäller övergrepp mot liv och hälsa är huvudregeln att var och en har rätt att bestämma över sig själv. Detta gäller även barn och ungdomar, så länge de är tillräckligt mogna. Detta för oss in på den andra förutsättningen; den som lämnar ett samtycke ska vara kapabel att förstå innebörden av det lämnade samtycket. Vidare måste samtycket ha lämnats frivilligt och med full insikt om alla relevanta förhållanden. Samtycken som lämnats efter tvång kan aldrig medföra ansvarsfrihet och inte heller samtycken som lämnats i villfarelse avseende en eller flera relevanta omständigheter. Samtycket måste också vara allvarligt menat. Ett samtycke som lämnats på skämt medför inte ansvarsfrihet, däremot kan uppsåtsbedömningen i det enskilda fallet påverkas. Slutligen måste samtycket föreligga under hela den tid som gärningen företas. Om den som utsätts för gärningen drar tillbaka sitt samtycke mitt under utförandet av gärningen försvinner också ansvarsfriheten. Ett typexempel för denna situation är att någon samtycker till vissa handlingar som sker under en sexualakt, men inte till andra. Det samtycke som lämnas måste inte vara uttryckligt, det är fullt tillräckligt för

¹²⁹ BrB 24 kap. 7 §.

¹³⁰ Jareborg och Friberg (2010) s. 87.

ansvarsfrihet med ett tyst, inre samtycke. Existensen av ett sådant är dock ytterst svårt att bevisa.¹³¹

Ett samtycke till vad som annars vore att betrakta som våldtäkt enligt 6 kap. 1 § BrB gör att något brott över huvud taget inte har begåtts. Skulle samlaget innehålla grova våldsinslag, exempelvis vid BDSM-sex, kan gärningsmannen dock fällas till ansvar för grov misshandel.

Samhället har emellertid inte helt överlåtit åt medborgarna att fritt bestämma över sina sexuella handlingar och förbindelser. Vissa människor har ansetts behöva skyddas från sig själva. Detta gäller främst människor som saknar förmåga att handla rationellt. För dem har samhället infört ett förstärkt skydd för deras sexuella integritet innebärande att ansvar gäller oberoende av samtycke.¹³² Barn under 15 år kan med andra ord inte lämna ett rättsligt bindande samtycke även om det skulle vara så att samtycket uppfyller alla de krav som ställs i 24 kap. 7 §. Lagstiftaren har ansett att det är särskilt angeläget att skydda barn och ungdomar under 15 år mot risken för sexuella utnyttjanden. Som ett uttryck för detta börjar inte heller preskriptionstiden för sexualbrott mot barn att löpa förrän den dag barnet fyller 18 år.¹³³ Personer som lider av någon form av psykisk störning eller sjukdom har inte på samma generella sätt fråntagits sin behörighet att ge ett särskiljande samtycke. Istället förutsätts att domstolarna gör en bedömning från fall till fall om huruvida någon otillbörligen utnyttjat personens utsatta situation eller hjälplösa tillstånd.¹³⁴

Gränsen mellan total obehörighet att lämna ett särskiljande samtycke och de situationer där den utsatte endast under vissa förutsättningar är fråntagen sin behörighet att samtycka är inte alltid skarp. Man kan exempelvis argumentera för att reglerna i 6 kap. 5 § och 6 kap. 14 § BrB i praktiken medför att samma konstruktion gäller för barn under 15 år som för andra utsatta grupper; att utgångspunkten är att de inte har förmåga att samtycka, men att gärningsmannen trots detta ändå kan gå fri, så länge något utnyttjande av oförmågan inte har skett.¹³⁵

2.4.3 Skyddet för den sexuella integriteten

Som framgått ovan har Leijonhufvud argumenterat för att barn under 15 år generellt sett varken är eller bör vara tillräckligt mogna för att kunna fatta

¹³¹ SOU 1988:7 s. 105 ff och Holmqvist m.fl. BrB, 24:7 s. 2-3.

¹³² Jfr NJA 2004 s. 231 (HD:s domskäl s. 244).

¹³³ Jfr BrB 35kap. 4 § 2 stycket och Jareborg och Friberg s. 88.

¹³⁴ Asp (2010), s. 156.

¹³⁵ Asp (2010), s. 156.

informerade beslut i sexuella sammanhang och att det sällan kan vara fråga om fullständigt frivilliga och ömsesidiga samlag även om det finns ett samtycke från barnets sida.¹³⁶ Hon menar att barnets sexuella integritet alltid kränks vid ett sexuellt övergrepp, en syn som också har framhållits av lagstiftaren vid ett flertal tillfällen.¹³⁷ Vari består då den sexuella integriteten? Vad för slags gärningar är det som medför just *sexuella* kränkningar?

Svensk rätt innehåller ingen legaldefinition av begreppet sexualitet. Ledning vid tolkning av begreppet får istället sökas i övriga rättskällor.¹³⁸ Ett stort antal forskare har genom åren diskuterat sexualbrottens sexualitet och vad det är som gör att vissa gärningar medför en sexuell kränkning. Vissa menar att det är relativt utsiktslöst att söka efter en bra definition av detta.¹³⁹ Andra menar att det går, så länge man utgår från att sexualbrottens sexualitet är något som *görs* och är en del av den sociala konstruktionen av verkligheten.¹⁴⁰

Wegerstad har konstaterat att sexualbrottens sexualitet görs med en lustfylld, ömsesidig och erotisk sexualitet som spegelbild. Ju närmare könsorganen en handling kommer, desto mindre osäkerhet råder kring handlingens sexuella karaktär.¹⁴¹ Hon beskriver sexualbrottens sexualitet som *fallocentrisk*, med det vaginala samlaget mellan kvinna och man i centrum. Närvaron av det manliga könsorganet är inte enbart avgörande för huruvida handlingen är att betrakta som sexuell, utan också avgörande för graden av kränkning handlingen kan anses medföra.¹⁴² Även Andersson har funnit att sexualbrotten definieras utifrån en traditionell syn på manlig sexualitet och att offrets kränkning bedöms efter vad lagstiftaren anser utgöra ett typiskt heterosexuellt samlag.¹⁴³

Asp och Ulväng menar också att närheten till könsorganen är avgörande för att förstå vad det är som utmärker den sexuella integriteten. De utgår från vad som kan kallas ett intimitetsperspektiv, där det mest intima är kroppens insida och där ”sexuellt laddade” kroppsdelar ses som mer integritetsnära.¹⁴⁴ Intimitetsperspektivet kan enligt dem vara en förklaring till HD:s resonemang i NJA 2008 s. 421 I och II, där mannens kränkning av att bli

¹³⁶ Jfr även Leijonhufvud (2013) och Leijonhufvud (2011).

¹³⁷ Se exempelvis prop. 2004/05 s. 19 och prop. 2012/13:111 s. 42.

¹³⁸ Jfr Wegerstad (2011), s. 277, fotnot 23.

¹³⁹ Jfr Träskman (2009), s. 386 ff.

¹⁴⁰ Wegerstad (2011), s. 276.

¹⁴¹ Wegerstad (2011), s. 278.

¹⁴² Wegerstad (2011), s. 288.

¹⁴³ Andersson (2004), s. 126 ff.

¹⁴⁴ Asp och Ulväng (2007), s. 44 f.

onanerad inte ansågs lika stor som kvinnans kränkning av att få någon annans fingrar uppförda i sitt underliv. Våldtäktsbrottets problematik kan enligt Asp förstås utifrån dels att våldtäkten innebär ett intrång i våldtäktsoffrets autonomi, dels att intrånget sker på ett område där intresset av autonomi är av särskilt stor betydelse.¹⁴⁵

Berglund menar att synen på den sexuella integriteten och kränkningen av denna är helt beroende av vilken straffrättslig verklighetsbeskrivning man utgår från och vilken ideologisk syn man har på den fria viljan och på sexualiteten.¹⁴⁶

Det finns en grundläggande skillnad mellan den straffrättsliberala synen på människan som en fri individ som fritt kan utöva sin sexualitet och fritt kan välja sin könsroll och synen på människan som en individ som är beroende av sitt kön och sin sexuella tillhörighet, vilket medför att sexualiteten blir en del av den integritet som utsätts för kränkning.¹⁴⁷ Gränserna för utövandet av den sexuella självbestämmanderätten sätts utifrån förståelsen av parternas samspel och den definition som görs av situationen och av parterna.¹⁴⁸ Även synen på samtycket är beroende av vilken ideologi man utgår från. Det går att argumentera utifrån att ett samtycke ska kunna lämnas helt fritt och respekteras utan några begränsningar eller förutfattade meningar om vad individer ”normalt sett” är villiga att gå med på.¹⁴⁹ Det är emellertid också möjligt att diskutera vilka samhällsliga föreställningar, förväntningar och normer som *leder till* att ett samtycke lämnas. Är ett lämnat samtycke verkligen under alla omständigheter ett uttryck för en fri vilja? Berglund menar att det är här fokus för den juridiska diskussionen bör läggas, snarare än på graden av våldsanvändning och tvång, eftersom den gränsen kan dras varsomhelst.¹⁵⁰

Ur en straffrättsliberal synvinkel kan vissa av de nya kriminaliseringar som skett på sexualbrottens område under senare år, exempelvis kriminaliseringen av sexköp, förstås som ett uttryck för samhällets moral, som ett sätt att söka styra medborgarnas beteende och som ett uttryck för en relativt fördömande sexualsyn.¹⁵¹ Argumentation för avkriminaliseringar och nedsättningar av straffvärden inom sexualbrottsområdet bygger ofta på uppfattningen att det inte har uppstått någon straffrättsligt relevant skada

¹⁴⁵ Asp (2010), s. 42 f.

¹⁴⁶ Berglund (2013), s. 98 och 101 f.

¹⁴⁷ Berglund (2013) s. 101.

¹⁴⁸ Berglund (2013), s. 103; jfr Berglund (2011), s. 69 f.

¹⁴⁹ Jfr SOU 2010:71 s. 217.

¹⁵⁰ Berglund (2013), s. 104 f; jfr Asp (2010), kap. 5III.

¹⁵¹ Träskman, JFT 1998, s. 352-373.

eller att ett visst agerande inte bör kontrolleras genom kriminalisering.¹⁵² Ur en annan ideologisk synvinkel kan samma kriminaliseringar dock förstås som ett samhällets sätt att försöka hindra den ene individens sexuella frihet från att inkräkta på den andres och som ett uttryck för alla människors lika värde.¹⁵³

Klart är att de många reformerna på sexualbrottens område är ett uttryck för en hos lagstiftaren ändrad syn på sexualbrotten. Utgångspunkten för den moderna sexualbrottslagstiftningen är en önskan om att värna individens rätt till sexuellt självbestämmande och sexuell integritet samt att undvika att lagarna ger uttryck för en diskriminerande kvinnoosyn.¹⁵⁴ Enligt Berglund har dock varken synen på självbestämmanderätten, integriteten eller den straffrättsliga verklighetsbeskrivningen ändrats nämnvärt under de senaste decennierna. I SOU 2010:71 beskrivs fortfarande ett leende som ett exempel på ett tyst samtycke.¹⁵⁵ Om detta skriver Berglund: ”[m]an vet inte riktigt om man ska le eller förtvivla. Det är nog bäst att välja det senare – det saknar trots allt all rättslig betydelse”¹⁵⁶.

¹⁵² Berglund (2013), s. 100.

¹⁵³ Svensson (2000), s. 35 och 41.

¹⁵⁴ Jareborg och Friberg (2010), s. 87.

¹⁵⁵ SOU 2010:71 s. 216 f.

¹⁵⁶ Berglund (2013), s. 112.

3 Rättsfallsanalys

3.1 Om rättsfallen

De rättsfall som utgör grunden för denna rättsfallsanalys har valts ut i enlighet med beskrivningen i kapitel 1.4.2. Totalt rör det sig om 34 stycken fall. I analysen är det endast domskälen från hovrätterna som har studerats, med undantag av ett fåtal fall då hovrätten fastslagit tingsrättens dom och således anslutit sig till tingsrättens domskäl. Sett till åtalerna kan det konstateras att 25 stycken fall var åtalade enligt 6 kap. 4 §, fyra stycken fall var åtalade enligt både 6 kap. 4 § och 6 kap. 5 § och fem stycken fall var åtalade enligt 6 kap. 5 § BrB.

I de fall som var åtalade enligt bestämmelsen om våldtäkt mot barn rörde frågan i målet främst tillämpligheten av bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn, men i många fall togs också ansvarsfrihetsregeln upp till diskussion. Denna tillämpades också i ett av dessa fall.¹⁵⁷ I de fall som var åtalade enligt bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn rörde frågan i målet främst tillämpligheten av ansvarsfrihetsregeln.

I min redovisning av fallen kommer jag att benämna de inblandade som flicka respektive pojke när de är under 15 år, som ung kvinna respektive ung man när de är mellan 15 och 18 år och som kvinna respektive man när det rör sig om personer över 18 år. Majoriteten av målsägandena var mellan 13 och knappa 15 år gamla vid tidpunkten för de åtalade gärningarna. I ett fall var målsäganden endast 11 år gammal och i tre fall var målsägandena 12 år gamla.¹⁵⁸ De tilltalade var mellan dryga 15 och 30 år gamla med relativt jämn åldersspridning. Endast ett fall hade en kvinnlig tilltalad, en 19-årig kvinna som stod åtalad för våldtäkt mot barn efter att ha haft samlag med en pojke som var 13 år och 2 månader gammal.¹⁵⁹ I två fall var både den tilltalade och målsäganden av manligt kön.¹⁶⁰

Det kan konstateras att ett flertal fall rör parter som haft samlag med varandra inom ramen för en kärleksrelation. Detta gäller både fall som varit åtalade enligt bestämmelsen om våldtäkt mot barn och fall som varit åtalade

¹⁵⁷ Göta hovrätts dom 2013-02-22 i mål B 1597-12. Domen publicerades sedan som RH 2013:12.

¹⁵⁸ Svea Hovrätts dom 2013-01-17 i mål B 7846-12; Hovrätten för Övre Norrlands dom 2013-08-22 i mål B 327-13; Hovrätten för Västra Sveriges dom 2013-05-06 i mål B 4370-12 samt Göta Hovrätts dom 2013-08-02 i mål B 1845-13.

¹⁵⁹ Göta hovrätts dom 2013-02-22 i mål B 1597-12.

¹⁶⁰ Svea hovrätts dom 2013-10-17 i mål B 5242-13 och Göta hovrätts dom 2013-10-01 i mål B 2111-13 (åtalpunkten 3 i bilaga 1 till tingsrättens dom).

enligt bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn. Det förekommer dock också många situationer där parterna inte alls haft någon djupare relation till varandra innan det sexuella umgänget, och även i dessa situationer har de tilltalade åtalats för såväl våldtäkt mot barn som för sexuellt utnyttjande av barn. Det finns även flera exempel på att de inblandade sökt kontakt med varandra enbart i syfte att ha tillfälligt sex. I ett flertal fall har parterna fått kontakt, och umgåtts intensivt med varandra, över Internet och på olika sociala medier. Tre fall rör tilltalade som varit ledare i olika fritidsverksamheter där målsägandena deltagit: en trumlärare, en scoutledare och en ledare i en armbrytningsklubb.¹⁶¹

I samtliga rättsfall har det varit utrett att någon form av sexuellt umgänge *har* ägt rum parterna emellan, även om parterna i vissa fall varit oense om omfattningen. Fokus för analysen har inte varit att värdera huruvida samlag eller andra sexuella handlingar har företagits eller ej, utan snarare hur det sexuella umgänget har tolkats och värderats av domstolen och vilka omständigheter i de enskilda fallen som ansetts vara försvårande respektive förmildrande vid domstolens bedömning av hur gärningarna ska rubriceras straffrättsligt. Hur gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn ska ske har, som tidigare framkommit, debatterats. Zila har förespråkat en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet, medan Leijonhufvud menar att det är målsägandens förmåga till insikt och förståelse som ska ställas i fokus.¹⁶²

I de fall som ligger till grund för min analys har domstolarna identifierat omständigheter som försvårande respektive förmildrande för att sedan väga samman dessa. Denna bedömning har skett på samma sätt både när det varit fråga om en gränsdragning mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn och när frågan rört gränsdragningen mellan sexuellt utnyttjande av barn och ansvarsfrihetsregeln. Jag har därför valt att inte fokusera så mycket på vilket brott den tilltalade stått åtalad för, utan snarare på *vilka* omständigheter som identifierats som betydelsefulla i varje enskilt fall samt *hur* de konstruerats som antingen försvårande eller förmildrande. Vissa av de omständigheter som givits betydelse är sådana som beskrivs uttryckligen i förarbetena, som ålderskillnaden mellan parterna och parternas relation till varandra. Andra återfinns varken i lagtexten eller förarbetena men har ändå identifierats som försvårande eller förmildrande av domstolarna.

¹⁶¹ Svea hovrätts dom 2013-03-22 i mål 8906-12; Hovrätten över Västra Sveriges dom 2013-02-28 i mål 1193-13 och Svea hovrätts dom 2013-02-05 i mål B 453-12.

¹⁶² Jfr. Zila i JT 2007/08 s. 588 och Leijonhufvud, JT 2007/08 s. 995 f.

De fall jag analyserat presenteras nedan i kapitel 3.2 och 3.3. Jag kommer först att redovisa de omständigheter som av domstolarna identifierats som försvårande för att sedan redovisa de omständigheter som identifierats som förmildrande. Jag har valt att dela in presentationen av omständigheterna enligt följande teman:

1. Ålderskillnaden mellan parterna
2. Målsägandens ålder
3. Parternas relation till varandra
4. Omständigheter hänförliga till själva samlaget
5. Omständigheter hänförliga till målsäganden
6. Omständigheter hänförliga till den tilltalade

Dessa teman framkommer inte uttryckligen i rättsfallen, utan används endast för att göra presentationen så lättillgänglig som möjligt för läsaren. Under varje tema återfinns citat från de olika domskälen. Dessa citat har valts ut eftersom de på ett tydligt sätt visar hur domstolarna konstruerat och tolkat olika omständigheter som försvårande respektive förmildrande.

I vissa av de rättsfall som ligger till grund för analysen har det rått delade meningar om huruvida det sexuella umgänget varit *frivilligt* från målsägandens sida eller ej. I samtliga fall har domstolen dock utgått från att handlingarna varit frivilliga från båda parter. Detta på grund av att domstolen inte har funnit det ställt utom rimligt tvivel att gärningen företagits efter våld hot eller tvång, trots att det är vad målsäganden påstått. Domstolarna har i dessa fall tillämpat principen *in dubio pro reo*, som i de aktuella situationerna inneburit att det, vid tvivel om vems version av händelserna som är den korrekta, är den tilltalades version som läggs till grund för domstolens prövning. Våld, hot och tvång har, som framkommit ovan i kapitel 2, ingen betydelse för skuldfrågan när det gäller våldtäkt mot barn, men kan påverka gärningens straffvärde i skärpande riktning samt påverka bedömningen om vilken brottsrubricering som ska tillämpas.¹⁶³ Jag kommer att återkomma till problematiken kring målsägandens frivillighet i min analys.

¹⁶³ För mer om beviskrav i sexualbrottsmål, se NJA 2009 s. 447 I och II.

3.2 Försvärande omständigheter

3.2.1 Ålderskillnaden mellan parterna

Ålderskillnaden mellan målsäganden och den tilltalade är en av de omständigheter som oftast ansetts vara försvärande. I sexton av de studerade fallen diskuteras ålderskillnaden mer ingående i domskälen. Ålderskillnaden har betydelse i såväl de fall där frågan rör tillämplighet av 6 kap. 5 § som i de fall som rör tillämplighet av 6 kap. 14 §. Jag har inte kunnat nå någon klarhet i hur stor ålderskillnaden ska vara för att anses som försvärande i det enskilda fallet.

I ett fall var målsäganden drygt 13 år och den tilltalade 15 år och 6 månader. Den tilltalade stod åtalad för sexuellt utnyttjande av barn. Hovrätten anförde att ålderskillnaden mellan parterna inte kunde anses som obetydlig.¹⁶⁴ I ett annat fall, där den tilltalade stod åtalad för både våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn, var målsäganden 13 år och 7 månader och den tilltalade 15 år och 10 månader. I detta fall ansåg hovrätten att ålderskillnaden mellan parterna varit ”förhållandevis ringa”.¹⁶⁵ När ålderskillnaden mellan parterna varit större än tre år har den dock regelmässigt beaktats som en försvärande omständighet.¹⁶⁶ Ett utmärkande undantag är ett fall där en flicka som varit 14 år och 8 månader haft vaginalt och oralt samlag med en 30-årig man. Han åtalades för både våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn. Hovrätten diskuterade över huvud taget inte ålderskillnaden mellan dem i domskälen.¹⁶⁷

3.2.2 Målsägandens ålder

Målsägandens (alltför) låga ålder är också en omständighet som, ofta tillsammans med den stora skillnaden i ålder mellan parterna, anses vara försvärande. I nio av fallen diskuterades målsägandens låga ålder mer uttryckligt i domstolarnas domskäl.

Den yngsta målsäganden i de fall jag gått igenom var strax under 12 år gammal. Hon hade följt med två bekanta män, båda drygt 18 år, till en

¹⁶⁴ Svea hovrätts dom 2013-04-22, mål B 2265-13, s. 4.

¹⁶⁵ Göta hovrätts dom 2013-10-29, mål B 2402-13, s. 4.

¹⁶⁶ Se exempelvis Göta hovrätts dom 2013-09-30, mål B 455-13, Hovrätten för Nedre Norrlands dom 2013-05-06, mål B 208-13 och Svea hovrätts dom 2013-10-30 i mål B 2017-13.

¹⁶⁷ Hovrätten för Västra Sveriges dom 2013-02-28, mål B 1193-13, jfr Svea hovrätts dom 2013-04-09 i mål B 9308-12, där målsäganden var 14 år och den tilltalade 27 år. Inte heller i detta fall diskuterades ålderskillnaden av domstolen.

lägenhet där de druckit alkohol. Någon månad senare upptäcktes att de alla tre var smittade av gonorré från samma stam. Efter smittspårningen åtalades båda männen för våldtäkt mot barn och dömdes i enlighet med åtalen i tingsrätten. Endast en av dem överklagade domen till hovrätten, som helt kort anförde att ”[r]jedan de omständigheterna att T.K. insett att målsägande M var avsevärt yngre än 15 år och att hon var påverkad av alkohol gör att brottet inte kan anses som mindre allvarligt”¹⁶⁸.

3.2.3 Parternas relation till varandra

Parternas relation, eller snarare brist på relation, till varandra anses också ofta vara graverande. I många av de fall jag har studerat har parterna lärt känna varandra över Internet. I vissa av fallen har de sedan träffats enbart i syfte att ha sex.

Ett exempel är en 14-årig målsägande som haft ett konto på hemsidan www.kamrat.com. Där hade hon kommit i kontakt med flera äldre män, som hon chattat med endast en kortare period innan de träffats för att ha samlag med varandra. Hovrätten skrev i sin dom:

”[v]aresig när det gäller P.J. eller M.B. har det förekommit något personligt sammanträffande före det sexuella umgänget. Dessförinnan har det varit fråga om kontakter via Kamrat.com, sms och liknande. Det kan inte sägas ha byggts upp några känslomässiga relationer eller förälskelser i något av fallen”¹⁶⁹.

Båda männen, som var 27 respektive 30 år gamla, stod åtalade för våldtäkt mot barn och dömdes i enlighet med åtalen.

Ett annat fall rörde en 13 år och 10 månader gammal flicka som, i samband med en fest, hade haft ett vaginalt samlag med en man som var 17 år och 3 månader gammal. Gällande parternas relation till varandra skrev hovrätten att det skulle beaktas att det inte förelåg någon kärleksrelation mellan parterna eftersom ”[d]eras tidigare kontakter [endast] hade bestått av att de utväxlat meddelanden på Facebook och via sms samt stött på varandra på en pizzeria”¹⁷⁰. Detta, tillsammans med ålderskillnaden och det faktum att målsäganden varit berusad, gjorde att gärningen inte kunde bedömas som mindre allvarlig och den tilltalade dömdes för våldtäkt mot barn i enlighet med åtalet.

¹⁶⁸ Svea hovrätts dom 2013-01-17, mål B 7846-12, s. 3.

¹⁶⁹ Svea hovrätts dom 2013-09-17, mål B 3921-13, s. 5.

¹⁷⁰ Hovrätten för Västra Sveriges dom 2013-06-04, mål B 2326-13, s. 5.

Det finns också exempel på fall där parterna varit vänner, men inte kära i varandra. I vissa fall har också detta ansetts vara försvårande. Domstolen skriver exempelvis i ett fall, där den tilltalade var åtalad för sexuellt utnyttjande av barn, att

”[n]är det gäller vilken relation målsäganden haft med V.E. kan det inte sägas att det har varit fråga om någon riktig kärleksrelation, även om både målsäganden och V.E. har uppgett att det fanns ett intresse för varandra hos dem båda. Det har istället varit fråga om en vänskapsrelation”¹⁷¹.

Ansvarsfrihetsregeln ansågs inte vara tillämplig i detta fall. I ett annat fall, där den tilltalade stod åtalad för våldtäkt mot barn, uttryckte sig domstolen på följande sätt.

”I förevarande fall var målsäganden vid händelsen 12 år och nio månader gammal och A.A-S. var 15 år och fem månader. Det har inte framkommit annat än att parterna endast hade en kamratrelation och att de inte hade känt varandra särskilt länge. Redan dessa omständigheter talar enligt hovrättens bedömning med styrka mot att gärningen bedöms som mindre allvarlig”¹⁷².

Bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn var därmed inte tillämplig.

3.2.4 Omständigheter kring själva samlaget

En mycket tydlig försvårande omständighet när det kommer till själva samlaget är att domstolen ansett att de sexuella handlingarna varit av ”avancerat slag”. De handlingar som domstolarna anser är avancerade är framförallt anala samlag.

Ett exempel är den 14-åriga flickan som hade träffat de män hon sedan kommit att ha sex med på hemsidan www.kamrat.com. Till ett av dessa möten, hemma hos en 27-årig tilltalad, hade hon tagit med sig handklovar som de använde. De nyttjade också en ögonbindel. De hade vaginalt, oralt och analt samlag med varandra. Det var utrett att handlingarna var ömsesidiga och frivilliga. Domstolen konstaterade att de avancerade sexuella handlingarna tillsammans med ålderskillnaden, bristen på relation och att handlingarna ägde rum i en för målsäganden okänd lägenhet tillsammans utgjorde så försvårande omständigheter att samlagen inte kunde

¹⁷¹ Svea hovrätts dom 2013-04-22, mål B 2265-13, s. 4. Jfr också Göta hovrätts dom 2013-04-02 i mål B 323-13, där ett liknande resonemang förs på s. 6 samt resonemanget i Svea hovrätts dom 2013-04-05 i mål B 261-13, Bilaga A s. 9.

¹⁷² Göta hovrätts dom 2013-08-02, mål B 1845-13, s. 4.

anses vara mindre allvarliga.¹⁷³ Den tilltalade dömdes, som tidigare framgått, för våldtäkt mot barn i enlighet med åtalet.

Mot denna syn på avancerat sex kan ställas de två fall där såväl målsäganden som den tilltalade var män. I båda fallen rörde det sig om upprepade anala och orala samlag mellan parterna. I det ena fallet hade parterna ett kärleksförhållande. Den tilltalade stod åtalad för våldtäkt mot barn. Domstolen diskuterade över huvud taget inte de sexuella handlingarnas slag utan konstaterade endast att en rad förmildrande omständigheter förelåg som gjorde att handlingarna var mindre allvarliga och bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn var tillämplig. Även ansvarsfrihetsregeln var uppe till diskussion i fallet, men ansågs inte kunna tillämpas på grund av för stor ålderskillnad mellan parterna.¹⁷⁴ I det andra fallet kände parterna varandra, men var inte tillsammans. Den tilltalade hade både filmat och fotat under det att han haft analt och oralt samlag med den 14-årige målsäganden och stod därmed åtalad för både våldtäkt mot barn och barnpornografibrott. Gällande handlingarnas art anförde domstolen att ”[e]nligt hovrättens mening är inte annat utrett än att handlingarna varit präglade av frivillighet och samförstånd samt att de skett av ungdomlig nyfikenhet och att de därmed är av mindre allvarlig art”¹⁷⁵.

Platsen där samlaget ägt rum och det faktum att parterna inte använt kondom har också ansetts vara försvårande. Hovrätten skriver i ett fall, där den tilltalade stod åtalad för våldtäkt mot barn, att ”[p]arterna hade inte heller en kärleksrelation eller ens en nära relation till varandra och det sexuella umgänget var inte på något sätt planerat dem emellan och M.S. och målsäganden använde inte skydd. Vidare ägde det sexuella umgänget rum utomhus på en offentlig plats där andra människor passerade”¹⁷⁶. Bestämmelsen om sexuellt utnyttjande ansågs inte kunna tillämpas i detta fall.

Den omständigheten att utomstående har närvarat, eller haft möjlighet att närvara, under det sexuella umgänget mellan parterna har i vissa fall ansetts vara en försvårande omständighet och i vissa fall inte. I ett fall, där den tilltalade stod åtalad för våldtäkt mot barn, anförde domstolen exempelvis att ”[d]essutom har samlagen och de sexuella handlingarna vid många tillfällen bevitnats av utomstående. A.R. har t.ex. vid flera tillfällen befunnit sig i samma rum”¹⁷⁷. Detta, tillsammans med vissa andra

¹⁷³ Svea hovrätts dom 2013-09-17, mål B 3921-13. Se även Göta hovrätts dom 2013-09-17, mål B 1502-13, bilaga A s. 9.

¹⁷⁴ Svea hovrätts dom 2013-10-17, mål B 5242-13.

¹⁷⁵ Göta hovrätts dom 2013-10-01, mål B 2111-13, s. 8.

¹⁷⁶ Svea hovrätts dom 2013-06-25, mål B 711-13, s. 4.

¹⁷⁷ Göta hovrätts dom 2013-02-11, mål B 3257-12, s. 8.

förhållanden som också ansågs vara försvårande, ledde till att gärningarna inte kunde anses vara mindre allvarliga. I ett annat fall stod den tilltalade åtalad för sexuellt utnyttjande av barn sedan han haft vaginalt samlag med målsäganden. Samlaget genomfördes samtidigt som en kompis till den tilltalade låg i samma säng som parterna. Denna omständighet diskuterades inte som försvårande i domskälen, däremot ansåg domstolen att kompisens vittnesmål om hur denne uppfattat samlaget talade för att det varit frivilligt och ömsesidigt.¹⁷⁸ Ett ytterligare exempel är ett fall där fem ungdomar, två flickor och tre pojkar, lekt ”sanning och konsekvens”, vilket slutat med att de båda flickorna haft samlag med varsin pojke, samtidigt och i samma rum, medan den tredje pojken tittat på. En av pojkarna åtalades för sexuellt utnyttjande av barn. De övriga inblandade var inte straffmyndiga. Inte heller här diskuterades det faktum att ”utomstående” kunnat bevittna samlagen som någonting försvårande.¹⁷⁹

I ett fall har domstolen ansett att avsaknaden av uttryckligt samtycke från målsägandens sida var en försvårande omständighet. Målsäganden, som var 12 år och 10 månader gammal, hade varken sagt ifrån eller gjort något motstånd innan hon utfört oralt samlag på den 23-årige tilltalade, som sedermera åtalades för våldtäkt mot barn. Under utredningen uppgav hon dock att hon inte ville och hon hade mått psykiskt dåligt efteråt. Hovrätten ansåg att hennes låga ålder, avsaknaden av uttalad frivillighet, det faktum att de sexuella handlingarna inte präglades av någon ömsesidighet samt målsägandens avsaknad av tidigare sexuella erfarenheter gjorde att samlaget inte kunde anses vara mindre allvarligt.¹⁸⁰

3.2.5 Omständigheter hänförliga till målsäganden

Avsaknad av tidigare sexuella erfarenheter hos målsäganden har vid ett flertal tillfällen ansetts vara en försvårande omständighet, liksom att målsäganden druckit alkohol innan de sexuella handlingarna.¹⁸¹

I två fall har också målsägandens självdestruktivitet varit uppe till diskussion. Självdestruktiviteten har dock inte i något av fallen ansetts vara så försvårande att den utesluter en tillämpning av 5 §. Domstolen skriver i det ena fallet att

¹⁷⁸ Göta hovrätts dom 2013-10-29, mål B 2402-13.

¹⁷⁹ Svea hovrätts dom 2013-04-22, mål B 2265-13.

¹⁸⁰ Hovrätten över Västra Sveriges dom 2013-05-06, mål B 4370-12.

¹⁸¹ Jfr exempelvis Hovrätten över Västra Sveriges dom 2013-05-06 i mål B 4370-12, Svea hovrätts dom 2013-09-12 i mål B 2887-13, Svea hovrätts dom 2013-06-25 i mål B 711-13 och Hovrätten för Västra Sveriges dom 2013-06-04 i mål B 2326-13.

”[d]ärtill kommer att målsäganden för hovrätten, inte minst utifrån vad H.B. själv har berättat, framstår som en skygg och möjligen något skör person. Det finns dock inget i utredningen som tyder på att samlagen föregicks av övertalning eller påtryckningar. /.../ Hon har som berörts ovan gett intryck av att vara en utsatt person, men inte i en sådan grad att det finns anledning att bortse från att hon medverkat frivilligt i samlagen”¹⁸².

3.2.6 Omständigheter hänförliga till den tilltalade

Att den tilltalade utnyttjat målsäganden på olika sätt har ansetts vara försvårande i flera fall. I ett av fallen hade målsäganden skickat en lättklädd bild på sig själv till den tilltalade, vilket ansågs vara en försvårande omständighet. Tingsrätten, till vars domskäl hovrätten senare anslöt sig, anförde i sina domskäl att ”[e]nligt tingsrättens mening visar chatkonversationerna tydligt att [den tilltalade] använt sig av [bilden] för att få målsäganden att gå med på att ha sex med honom”¹⁸³. Den tilltalade dömdes för våldtäkt mot barn. I ett annat fall formulerar sig domstolen på följande sätt:

”Hon har berättat att hon gick med på att posera och ha sex med J.W. för att hon annars riskerade att förlora J.W. som vän. Den konversation som förekommit mellan J.W. och målsäganden har varit omfattande. Innehållet i denna konversation visar hur J.W. stegvis och gradvis övertalar målsäganden att via Internet utföra avancerade sexuella poseringar. Konversationen visar också hur J.W. övertygar målsäganden att träffa honom för att ha sex med honom”¹⁸⁴.

I ytterligare ett fall ansåg domstolen att det var försvårande att den tilltalade hade en ”sexuell preferens för flickor i puberteten”, som han själv uttryckte det. Domstolen anförde:

”[d]et var ingen slump att C.L. sökte upp en flicka som var endast 13 år gammal. Han sökte just sådana kontakter. Det senare är särskilt försvårande eftersom yngre personer lättare kan låta sig övertalas. Enligt hovrätten kan lagstiftaren knappast ha avsett att den lindrigare straffskalan ska användas för sådana fall”¹⁸⁵.

¹⁸² Hovrätten för Västra Sveriges dom 2013-05-14, mål B 2420-13, s. 5. Se även Svea hovrätts dom 2013-09-04, mål B 3905-13.

¹⁸³ Svea hovrätts dom 2013-07-05, mål B 5317-13, bilaga A, s. 10.

¹⁸⁴ Göta hovrätts dom 2013-06-04, mål B 539-13. Jfr också Svea hovrätts dom 2013-04-22, mål B 2265-13, där domstolen kom fram till att den tilltalade utnyttjat målsägandens önskan om att få bli tillsammans med honom igen.

¹⁸⁵ Göta hovrätts dom 2013-09-17, mål B 1502-13, s. 4.

3.3 Förmildrande omständigheter

3.3.1 Ålderskillnaden mellan parterna

Domstolarna konstaterar i ett antal fall att det, även om det förelegat en åldersskillnad mellan parterna, ändå har varit fråga om en så ringa skillnad i *utveckling* mellan dem att det kan betraktas som en förmildrande, eller i vart fall som en icke-försvårande omständighet. Det tydligaste exemplet utgörs av ett fall där den tilltalade, en 19-årig kvinna, haft vaginalt samlag med en 13 år och 2 månader gammal pojke. Hon stod åtalad för våldtäkt mot barn. Det var utrett att det inte hade förekommit några hot eller påtryckningar från den tilltalades sida. Hovrätten beskrev målsägandens mognad och uppträdande som ”snarare jämförbart med vad som kan förekomma bland ungdomar som är flera år äldre”¹⁸⁶ och domstolen konstaterade också att målsäganden var storvuxen för sin ålder och sexuellt erfaren sedan tidigare. Domstolen noterade också att han varit den som tagit initiativ till de sexuella handlingarna och instruerat den tilltalade, som var sexuellt oerfaren, i hur de skulle genomföras.¹⁸⁷

Gällande den tilltalades grad av mognad noterades i domskälen att hon ”är en person som socialt och emotionellt har nedsatta funktioner, att hon gärna undviker konflikter för att inte väcka andras missnöje och att hon ofta sätter andras behov före sina egna”¹⁸⁸. Domstolen fortsätter sedan med att konstatera följande:

”[r]edan det förhållandet att M.B. var kompis och umgicks med J.N., som endast var fjorton år gammal, och dessutom accepterade att efter midnatt släppa in två pojkar i lägenheten, en tretton år gammal och den andre nästan femton år, för att tillsammans med dem lyssna på musik och se på film tyder på att hennes faktiska utveckling och mognad ligger klart under hennes ålder”¹⁸⁹.

Slutsatsen blev att skillnaden i mognad mellan ungdomarna ansågs vara så ringa att det var möjligt att tillämpa 6 kap. 14 §, åtalet om våldtäkt ogillades.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Göta hovrätts dom 2013-02-22, mål B 1597-12, s. 5.

¹⁸⁷ Göta hovrätts dom 2013-02-22, mål B 1597-12, s. 5.

¹⁸⁸ Göta hovrätts dom 2013-02-22, mål B 1597-12, s. 6.

¹⁸⁹ Göta hovrätts dom 2013-02-22, mål B 1597-12, s. 6.

¹⁹⁰ För fler resonemang kring parternas skillnad i mognad och utveckling, se exempelvis Hovrätten för Västra Sveriges dom 2013-05-14, mål B 2420-13 och Svea hovrätts dom 2013-04-09, mål B 9772-12.

3.3.2 Målsägandens ålder

Att målsäganden befunnit sig nära gränsen för sexuellt självbestämmande är en omständighet som av domstolarna genomgående ansetts tala för en mildare bedömning av det sexuella umgänget mellan parterna. Det förekommer också flera fall där målsäganden befunnit sig relativt långt från åldersgränsen men där domstolarna ansett att ”åldern inte utgör ett hinder för att beakta frivilligheten”.¹⁹¹

3.3.3 Parternas relation till varandra

Att parterna har varit kära i varandra och haft parförhållanden med varandra har betraktats som förmildrande i åtta fall. I ett fall framgår det med extra tydlighet hur viktig parternas relation kan vara för bedömningen av de sexuella handlingarna. Målet rörde en flicka som från det att hon var 13 år och 6 månader fram tills det att hon var 14 år haft samlag med tre olika unga män. Två av dem hade hon haft någon form av kärleksförhållande med. Dessa stod åtalade för sexuellt utnyttjande av barn. Den tredje hade hon endast haft kontakt med på Facebook innan det sexuella umgänget. Han åtalades för våldtäkt mot barn. Gällande de två tilltalade som hade haft förhållanden med målsäganden konstaterade domstolen att denna omständighet, tillsammans med ringa åldersskillnad mellan parterna och liten skillnad i utveckling och mognad gjorde att 6 kap. 14 § var tillämplig. När det gällde den tredje tilltalade hade domstolen en annan syn. Domstolen anförde följande:

”J.G., som är nära tre år äldre än flicka A, hade enbart kontakt med henne via Facebook före den aktuella händelsen. De hade inte träffats tidigare och inte heller pratats vid på telefon och kan knappast anses ha känt varandra särskilt väl. De träffades bara en gång och det var när den sexuella handlingen genomfördes. Visserligen har de sexuella aktiviteterna även i detta fall varit frivilliga och i övrigt utan otillbörliga inslag, men mot en tillämpning av regeln om ansvarsfrihet talar dels den större åldersskillnaden och dels att parterna inte haft någon kärleksrelation eller något djupare vänskapsförhållande vare sig före eller efter den åtalade händelsen. Det tycks också ha varit så att J.G. var den som tog initiativet till de sexuella aktiviteterna vid tillfället”.¹⁹²

Hovrätten dömde honom för sexuellt utnyttjande av barn.

¹⁹¹ Se exempelvis Hovrätten för Västra Sveriges dom 2013-06-04, mål B 2326-13 där målsäganden var 13 år och 10 månader och Göta hovrätts dom 2013-10-29, mål B 2402-13, där målsäganden var 13 år och 7 månader. Hänvisningar gjordes i domskälen till NJA 2006 s. 79 I.

¹⁹² Hovrätten för Nedre Norrlands dom 2013-04-16, mål B 221-13.

3.3.4 Omständigheter kring till själva samlaget

I ett fall, där den tilltalade stod åtalad för våldtäkt mot barn efter att ha fört in sina fingrar i målsägandens slida, ansågs avsaknaden av vaginalt samlag vara en förmildrande omständighet. Domstolen konstaterade att den sexuella handlingen hade varit frivillig från målsägandens sida och att den inte hade föregåtts av någon form av tvång. Därefter anförde domstolen att ”[v]idare ska det också beaktas att – även om det varit fråga om en sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag – den sexuella handlingen inte innefattat samlag”¹⁹³. Hovrätten ansåg att förhållandena i fallet inte varit så allvarliga att gärningen skulle betraktas som våldtäkt mot barn.

Att de sexuella handlingarna föregåtts av gemensam planering är en omständighet som ansetts vara förmildrande i flera fall. Ett exempel är ett fall där den tilltalade och målsäganden hade haft vaginala, anala och orala samlag med varandra vid ett flertal tillfällen. Hovrätten ansåg att gärningarna vid det första tillfället inte kunde bedömas som annat än våldtäkt mot barn, men skrev angående de därefter följande tillfällena att

”[d]et är något oklart när i tiden de följande sexuella handlingarna ägde rum. När så skedde måste målsäganden dock ha fyllt eller varit nära att fylla 14 år. Hon var då medveten om vad som kunde komma att ske och har haft en längre tid att reflektera över situationen. Mot bakgrund av dessa förhållanden anser hovrätten att de gärningarna ska bedömas som sexuellt utnyttjande av barn”¹⁹⁴.

Att samlaget varit kortvarigt och avbrutits på den tilltalades initiativ har ansetts vara en förmildrande omständighet i ett fall.¹⁹⁵ I det fallet förelåg dock så många andra omständigheter som ansågs vara försvårande att den tilltalade trots allt dömdes för våldtäkt mot barn.

3.3.5 Omständigheter hänförliga till målsäganden

Målsägandens beteende innan samlaget har haft betydelse för bedömningen av frivilligheten i ett av fallen. Den 14-åriga målsäganden hävdade att samlaget *inte* hade varit frivilligt, men menade själv i tingsrätten att hon betett sig på ett sätt som eventuellt kunde ha fått den tilltalade att tro att hon ville ha sex med honom. Bland annat hade hon skrattat och tittat utmanande

¹⁹³ Göta hovrätts dom 2013-04-02, mål B 323-13, s. 5.

¹⁹⁴ Göta hovrätts dom 2013-09-17, mål B 1502-13, s. 4 f.

¹⁹⁵ Göta hovrätts dom 2013-08-02, B 1845-13.

på den tilltalade samt sagt att de kunde låtsas att hon var 16 år när han sagt att han tyckte att hon såg äldre ut än hon var. När den tilltalade hade genomfört samlaget med henne, inne på en toalett på en restaurang, hävdade hon dock att hon spjärnat emot och försökt att gå därifrån samt att hon sms:at och ringt till sin pojkvän och bett honom att hämta henne. Uppgiften om mobiltelefonen ansågs av hovrätten inte i tillräcklig grad styrka att den tilltalade insett att samlaget inte varit frivilligt från hennes sida. Hovrätten anförde sedan ”[m]ot bakgrund härav och av att hon i ett tidigare skede kan ha gett S.P. intrycket av att hon inte motsatte sig sexuellt umgänge med honom anser hovrätten att bedömningen av gärningen ska utgå från att samlaget var frivilligt från målsägandens sida”¹⁹⁶. Den tilltalade, som stod åtalad för våldtäkt mot barn, dömdes istället för sexuellt utnyttjande av barn.¹⁹⁷

I ett fall, där den tilltalade stod åtalad för våldtäkt mot barn och där parterna inte hade något kärleksförhållande, ansågs det vara förmildrande att målsäganden hört av sig till den tilltalade en tid efter det sexuella umgänget.¹⁹⁸ Den tilltalade dömdes för sexuellt utnyttjande av barn. I ett annat fall hade målsäganden samma dag som det sexuella umgänget skrivit ett inlägg på Facebook om den tilltalade för att visa att hon tyckte att det var trevligt att träffas och hon ville också ses igen. Detta diskuterades dock inte som en förmildrande omständighet i hovrättens dom. Den tilltalade dömdes för våldtäkt mot barn.¹⁹⁹ I ytterligare ett fall ansågs det förmildrande att målsäganden berättat om det sexuella umgänget för sina kamrater i skolan och inte hade visat några tecken på att ha påverkats negativt av det inträffade.²⁰⁰ I det fallet tillämpades ansvarsfrihetsregeln.

I tre fall har det haft betydelse att målsäganden haft sexuella erfarenheter sedan tidigare. I ett fall skriver tingsrätten, vars dom om tillämpning av sexuellt utnyttjande av barn sedermera fastställdes av hovrätten, att ”A har för K.Ö.O. berättat att hon inte var oskuld utan hade umgått sexuellt med andra pojkar och det har också framkommit att A, innan det tog slut mellan henne och K.Ö.O, också umgicks sexuellt med åtminstone en annan pojke/man”²⁰¹.

¹⁹⁶ Svea hovrätts dom 2013-02-05, mål B 453-12.

¹⁹⁷ Jfr Svea hovrätts dom 2013-02-15, mål B 10124-12, där domstolen betraktade bristen på frivillighet från målsägandens sida som en försvårande omständighet.

¹⁹⁸ Svea hovrätts dom 2013-07-02, mål B 4905-13, bilaga A s. 13.

¹⁹⁹ Svea hovrätts dom 2013-09-17, mål B 3921-13.

²⁰⁰ Göta hovrätts dom 2013-02-22, mål B 1597-12.

²⁰¹ Svea hovrätts dom 2013-09-04, mål B3905-13, bilaga A, s. 9. Jfr även Göta hovrätts dom 2013-02-22, mål B 1597-12 och Svea hovrätts dom 2013-05-28, mål B 3325-13.

3.3.6 Omständigheter hänförliga till den tilltalade

De förmildrande omständigheter som är hänförliga till den tilltalade har främst med bristande mognad och utveckling att göra. I ett fall, där målsäganden var 14 år och den tilltalade 24 år, skriver domstolen ”H.B. är klart äldre än målsägande A, men fortfarande en ung man som dessutom till sin utveckling och framtoning framstår som en yngre person än vad hans kronologiska ålder ger vid handen”²⁰². Domstolen ansåg att 5 § var tillämplig. I ett annat fall, där målsäganden var 13 år och den tilltalade 16 år ansåg hovrätten att målsägandens mognadsnivå väl motsvarade hennes ålder. Gällande den tilltalades grad av mognad anförde domstolen att ”[ä]ven om S.N. var tre år äldre än [målsäganden] bedömer hovrätten skillnaden i mognadsnivå mellan dem som begränsad”²⁰³. Även i detta fall kom hovrätten fram till att 5 § var tillämplig. Mot denna förmildrande syn på den tilltalades mognad kan följande resonemang ställas.

”Av de utredningar som ingetts beträffande J.P:s personliga förhållanden framgår att han mognadsmässigt verkar klart yngre än sin ålder. Det finns emellertid ingenting som tyder på att han har en sådan nedsatt intellektuell förmåga eller begåvning som medför att han skulle ha svårt att reflektera över orsak och verkan eller som i övrigt skulle kunna påverka bedömningen av hans uppsåt. Härtill kommer att J.P. har uppgett att han vet om att det är förbjudet att ha sex med någon som är under 15 år”²⁰⁴.

Den tilltalade dömdes för våldtäkt mot barn. Slutligen kan konstateras att det i ett fall stod det klart att den tilltalade hade begått gärningarna under påverkan av en allvarlig psykisk störning. Hovrätten tog hänsyn till detta i valet av påföljd, men inte vid bedömningen av brottsrubricering.²⁰⁵

²⁰² Hovrätten för Västra Sveriges dom 2013-05-14, mål B 2420-13, s. 5.

²⁰³ Svea hovrätts dom 2013-04-09, mål B 9772-12, s. 3.

²⁰⁴ Hovrätten för Västra Sveriges dom 2013-05-06, mål B 4370-12, s. 3.

²⁰⁵ Svea hovrätts dom 2013-06-05, mål B 2619-13.

4 Sammanfattande analys

4.1 Lagstiftningen är proaktiv med paternalistiska tendenser

Syftet med införandet av bestämmelserna om våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn var att stärka skyddet för barnens sexuella integritet samt att visa på samhällets allvarliga syn på brotten. Kriminalisering är, som framgått i kapitel 2, den mest ingripande och repressiva formen av social kontroll ett samhälle kan ägna sig åt. Att motivera kriminaliseringen med att lagstiftaren velat visa samhällets allvarliga syn på denna typ av brottslighet är en omständighet som tydligt pekar på att lagstiftningen infördes i ett proaktivt syfte, det vill säga i syfte att påverka medborgarnas moralbildning. Detta är på intet sätt nytt när det gäller att stärka det rättsliga skyddet för barn och unga; kriminaliseringen av barnaga är också ett exempel på proaktiv lagstiftning som medfört mycket goda resultat.

Min uppfattning efter att ha studerat bestämmelserna ingående är att dessa inte enbart är proaktiva utan också, åtminstone delvis, paternalistiska. Med detta menar jag att såväl förarbetena som rättstillämpningen ger uttryck för andra skyddsvärden vid sidan om själva angreppsobjektet, som är barnet. De skyddsvärden som avses är exempelvis skyddet för barnets oskuldssfullhet och skyddet för *den goda sexualiteten* eller *sexualmoralen*. I teorikapitlet har konstaterats att det är samhällets föreställningar om sexualitet som bestämmer hur individer hanterar och lever ut sin sexualitet. Sexualitet kan ses som en social konstruktion, som bestäms av samhällets normer och förväntningar. Enligt min mening korrelerar lagstiftningen och rättstillämpningen när det gäller bestämmelserna om våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn med samhällets sexualmoral kring unga tonåringars sexualitet. Denna sexualmoral innehåller flera parametrar rörande ålder, åldersskillnad, relationer, sättet på vilket man har sex med mera. Hur dessa parametrar kommer till uttryck i lagstiftning och rättstillämpning utvecklas nedan.

4.2 Lagtexten i sig ger uttryck för sexualmoral

Denna uppsats har behandlat tre bestämmelser i brottsbalkens sjätte kapitel: våldtäkt mot barn, sexuellt utnyttjande av barn samt bestämmelsen om

ansvarsfrihet vid vissa sexualbrott. Reglernas utformning och förhållande till varandra har presenterats utförligt i kapitel 2.3. Bestämmelsen om våldtäkt mot barn tillämpas när en person, som utfört eller tagit emot ett samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, var under 15 år vid tillfället. Straffskalan för våldtäkt mot barn är samma som för våldtäkt enligt 6 kap. 1 § BrB, det vill säga fängelse i lägst två och högst sex år. I de fall denna stränga straffskala framstår som orimlig och när övergreppet mot barnet framstår som mindre allvarligt, tillämpas istället bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn. För detta brott kan gärningsmannen dömas till fängelse i högst fyra år. Om det är uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot barnet kan ansvarsfrihetsbestämmelsen tillämpas, och gärningsmannen går då fri från ansvar.

Redan i lagtexten, i 14 §, ställs ett krav upp på att det ska ha förelegat en ringa skillnad i ålder och utveckling mellan parterna. Genom detta krav blir inte enbart barnets ålder och utveckling, utan även den äldre partens ålder och utveckling relevant för bedömningen om huruvida gärningsmannen ska ådömas ansvar eller inte.²⁰⁶

Vid den senaste reformen av sexualbrottsbestämmelserna anfördes det uttryckligen i förarbetena att domstolarna ska lägga större fokus på graden av kränkning den sexuella handlingen medfört än på handlingens tekniska karaktär.²⁰⁷

Frågan är då om, och hur mycket, den äldre partens biologiska och mentala ålder påverkar kränkningen av barnets sexuella integritet. Min uppfattning är att en 14-åring som har haft helt frivilligt och ömsesidigt sex med en 25-åring inte med självklarhet kan anses ha blivit utsatt för en värre kränkning av sin sexuella integritet än en 14-åring som har haft helt frivilligt och ömsesidigt sex med en 17-åring. Inte heller anser jag att man rimligen kan argumentera för att kränkningen av 14-åringens sexuella integritet blir mindre om hon eller han haft helt frivilligt och ömsesidigt sex med en 25-åring som lider av en mental utvecklingsförsening än om hon eller han haft helt frivilligt och ömsesidigt sex med en 25-åring som är normalt mentalt utvecklad. Att en mentalt utvecklingsförsenad person på grund av sin omognad eller sitt handikapp skulle ställa till med en mindre kränkning än en mentalt normalutvecklad person är en väldigt märklig slutsats att dra. Bestämmelsen ska tillämpas när det är uppenbart att något övergrepp inte har begåtts mot barnet. Jag anser att detta ska vara fokus för domstolsprövningen och att gärningsmannens mognadsgrad och mentala

²⁰⁶ Se kap. 3.3.6.

²⁰⁷ Mer om detta i kap. 2.1 och 2.3.

förmåga inte bör påverka bedömningen, varken i skärpande eller mildrande riktning.

Det går dock inte att bortse från det faktum att den yngre parten kan befinna sig i ett mentalt underläge i förhållande till den äldre parten om ålderskillnaden är stor. Den yngre parten kan också förväntas ha färre erfarenheter och kunskaper än den äldre parten när det kommer till handlingar av sexuell karaktär, vilket dock inte alltid är fallet.²⁰⁸ De situationer jag ställer mig kritisk till är de fall då det är utrett att det finns en möjlighet att tillämpa 14 § eftersom det är utrett *att* den yngre parten har haft möjlighet att ta ställning till situationen, *att* det har förelegat en frivillighet som kan beaktas och *att* det sexuella umgänget har präglats av ömsesidighet. Att lagstiftaren i dessa situationer menar att det *kan* vara uppenbart att det inte har inneburit något övergrepp mot barnet om ålderskillnaden mellan parterna varit tre år, men *inte* om ålderskillnaden mellan parterna istället varit sju år ställer jag mig frågande till.

Jag tror att rekvisitet om ålder och mognad åtminstone delvis har kommit till som ett uttryck för den sexualmoral som lagstiftaren delar med stora delar av samhället. Normen att sexuella relationer bör ske mellan två parter som är relativt jämngamla är fast förankrad i samhället idag. Detta gäller särskilt när den ena parten är väldigt ung.

Att vid ansvarsfrihetsbedömningen fästa vikt vid den yngre partens ålder och mognad är helt rimligt. Det är dock, som Helmius visat i sin forskning, problematiskt att koppla resonemang om mognad till biologisk ålder. Detta gäller särskilt när det rör sig om tonåringar, som kan variera mycket i mognad och förmåga till insikt. Det finns ingenting som säger att en mogen 14-åring lider större skada av ha samlag än vad en omogen 16-åring gör.²⁰⁹ Särskilt invecklad torde mognadsbedömningen av parterna bli när den ska göras i rätten, av domare och nämndemän som får antas ha begränsad kunskap att lägga till grund för korrekta bedömningar.

I samband med detta kan också viss kritik riktas mot Leijonhufvuds resonemang om ålder och mognad. I slutrepliken i debatten med Zila om gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn, som återgivits ovan i kapitel 2.3.7, argumenterar Leijonhufvud för att bedömningens fokus ska läggas på målsägandens förmåga att bedöma situationen, samtidigt som hon i samma mening konstaterar att unga flickor sällan har någon sådan förmåga. Enligt min mening knyter hon här ett

²⁰⁸ Jfr Göta hovrätts dom 2013-02-22, mål B 1597-12, som tidigare redovisats i kap. 3.3.1.

²⁰⁹ Se kap. 1.6.2.

mognadsargument till ett åldersargument på ett sätt som, åtminstone tolkat utifrån den teori som använts i detta arbete, knappast kan anses självklart.

Vidare kan konstateras att gränsen för den sexuella självbestämmanderätten *i sig* inte enbart har motiverats med att personer under 15 år saknar tillräcklig mognad och förmåga till insikt. Lagstiftaren har uttryckligen angett att 15-årsgränsen ska fungera som ett stöd när unga flickor ska värja sig mot sexuella närmanden, som ett stöd för föräldrar vid gränsdragning för barnens sexualdebut samt att 15-årsgränsen är djupt förankrad i det allmänna rättsmedvetandet.²¹⁰

Jag vill poängtera att jag på intet sätt anser att lagstiftningen bör möjliggöra sexuella relationer mellan vuxna och barn. Det är endast i de situationer där en diskussion om eventuell ansvarsfrihet blir aktuell som jag menar att kravet på ringa åldersskillnad bör omarbetas. I övrigt anser jag att det är bra med en given ålder för sexuell självbestämmanderätt, att denna bör infalla någonstans i 15-årsåldern och att brottet våldtäkt mot barn ska vara kriminaliserat oavsett tvång, hot och våld.

I förarbetena till 6 kap. 14 § anges att typen av relation som parterna har till varandra är av betydelse vid bedömningen av om den tilltalade ska gå fri från ansvar.²¹¹ Detta framgår också av rättsfallet NJA 2007 s. 201, där HD menar att parternas nära vänskapsrelation fick anses uppfylla kraven på en ”nära och god relation”. Detta uttalande kan tolkas som att HD anser att förarbetena ger uttryck för ett *krav* på att relationen mellan parterna ska vara just nära och god för att ansvarsfrihet över huvud taget ska kunna komma i fråga och hur detta i sådana fall kan motiveras. Om det är så, beror detta på att ett ”one night stand” *per se* medför en större kränkning än ett samlag inom ramen för en kärleksrelation?

Även kravet på att parterna ska ha haft en nära och god relation till varandra kan tolkas som ett sexualmoraliskt inslag i lagstiftningen och rättstillämpningen. I kapitel 1.6.2. har konstaterats att de sociala normer som finns kring sexualitet i samhället idag utgår från vad som kan kallas för en *kärleksideologi*. Enligt denna utövas ”den goda sexualiteten” inom ramen för känslomässiga relationer och som uttryck för kärlek, närhet och ömhet. Sexualitet som ett uttryck för njutning och sex inom ramen för tillfälliga relationer mellan människor som är okända för varandra ses som problematiskt och promiskuöst. Helmius har visat hur kärleksideologin används av vuxenvärlden som ett sätt att tämja ungas sexualitet, att den gärna knyts till resonemang om mognad och att mognad gärna kopplas till

²¹⁰ Se kap. 2.1 och prop. 1983/84:105, s. 32.

²¹¹ Se vidare kap. 2.3.5 samt kap. 3.2.3 och 3.3.3.

ålder. Samtidigt har det konstaterats att ungdomars syn på sexualvanor och sexualmoral har ändrats under 1990-talet och att allt fler ungdomar betraktar tillfälliga relationer och erfarenhet av ett stort antal sexualpartners som acceptabelt och önskvärt. Vuxenvärldens, och då kanske framförallt lagstiftarens och rättstillämparens, uppfattning om samma frågor tycks enligt min mening inte ha ändrats i lika hög utsträckning.

Den yngre partens förutsättningar att, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, besitta tillräckliga förutsättningar att ta ställning till situationen påverkas alltså enligt såväl förarbeten som praxis av typen av relation till den äldre parten. Själva *förmågan* att ta ställning är enligt detta synsätt inte något som antingen föreligger eller inte föreligger. Samma tonåring kan anses vara tillräckligt mogen för samlag, och *ha* en förmåga att ta ställning till situationen när det gäller sex med en pojkvän eller en flickvän, men vara allt för omogen för samlag och *sakna* förmåga att ta ställning till situationen när det gäller sex med en tillfällig partner, eller med en kompis som domstolen anser att tonåringen inte har tillräckligt nära och god kontakt med.

Jag anser att de ”omständigheter i övrigt” som kan påverka förmågan till insikt och ställningstagande bör utgöras av omständigheter som alkohol- och drogpåverkan, mental utvecklingsförsening hos den yngre parten, aktiv övertalning från den äldre partens sida eller att den yngre parten på något annat sätt har befunnit sig i en utsatt situation eller i något slags beroendeförhållande till den äldre parten. Vad gäller parternas relation till varandra är det rimligt att studera huruvida den äldre parten otillbörligen har utnyttjat den yngre partens ungdom eller på något annat sätt har påverkat den yngre parten att samtycka till samlag.

Att utgå från att två personer som har samlag med varandra inom ramen för en kärleksrelation per automatik skulle vara mer jämbördiga än två personer som väljer att ha tillfälligt samlag med varandra anser jag däremot är moraliserande. Att ”en nära och god relation” mellan parterna skulle vara en garant mot övergrepp, eller ens minska risken för övergrepp, är enligt mig ett tydligt uttryck för det Helmius benämner kärleksideologi och också för en idealiserande syn på kärleken. En kärleksrelation skyddar inte automatiskt mot övergrepp och en tillfällig sexuell kontakt medför inte automatiskt ett övergrepp.

4.3 Rättstillämpningen ger också uttryck för sexualmoral

Det är *omständigheterna*, som det talas om i lagtexten i både 5 och 14 §§, som har varit fokus för min studie av rättstillämpningen. I 5 § står det att bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn ska tillämpas om brottet, med hänsyn till omständigheterna, är att anse som mindre allvarligt. Ansvarsfrihetsbestämmelsen i 14 § ska tillämpas om det är uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot barnet med hänsyn till den ringa skillnaden i ålder och utveckling mellan den som har begått gärningen och barnet samt omständigheterna i övrigt.

Jag har velat undersöka vilka sakförhållanden som av domstolarna plockas upp som betydelsefulla samt när och varför de bedöms som försvårande respektive förmildrande. Jag har kommit fram till att bedömningen görs på samma sätt när det gäller 5 § som när det gäller 14 §, och att valet av tillämplig bestämmelse framförallt är beroende av åldersskillnaden mellan parterna, alternativt att det inte har varit uppenbart att gärningen inte har inneburit något övergrepp mot barnet, vilket i sig utesluter ansvarsfrihet. Bedömningen av huruvida gärningen har inneburit ett övergrepp mot barnet eller inte är dock också till stor del beroende av hur domstolen väljer att tolka de övriga omständigheter som förelegat vid gärningstillfället.

Vad gäller åldersskillnaden mellan parterna är det tydligt att domstolarna går på lagstiftarens linje och anser att en stor åldersskillnad mellan parterna är en försvårande omständighet. Hur stor åldersskillnaden ska vara för att bli försvårande är dock oklart. I ett rättsfall var målsäganden drygt 13 år och den tilltalade 15 år och 6 månader. Då ansåg domstolen att åldersskillnaden ”inte kunde anses vara obetydlig”.²¹² I ett annat fall var målsäganden 13 år och 7 månader och den tilltalade 15 år och 10 månader. Då ansåg domstolen att åldersskillnaden hade varit ”förhållandevis ringa”.²¹³ Ju äldre målsäganden har varit, desto större åldersskillnad har godtagits, vilket stämmer väl överens med HD:s bedömning av åldersskillnadens betydelse i NJA 2006 s. 79 I och II.

Att större åldersskillnad godtas när barnet befinner sig nära åldersgränsen för sexuellt självbestämmande beror på att det ansetts orimligt att kriminalisera handlingar som, om de begåtts endast någon månad senare, hade varit helt tillåtna. Sett till skyddsintresset, den sexuella integriteten, är det dock tankeväckande att en åldersskillnad om två till tre år kan anses som

²¹² Svea hovrätts dom 2013-04-22, mål B 2265-13, s. 4, ovan omnämnd i kap. 3.2.1.

²¹³ Göta hovrätts dom 2013-10-29, mål B 2402-13, s. 4, ovan omnämnd i kap. 3.2.1.

så försvårade att den helt utesluter en tillämpning av 5 § när barnet är i 13-årsåldern, medan ålderskillnaden tycks ”släppas helt fri” så snart barnet passerat 14 år och 6 månader. Då har 5 § ansetts kunna tillämpas trots att gärningsmannen varit mer än dubbelt så gammal som barnet, utan någon mer ingående diskussion kring huruvida den stora ålderskillnaden skulle medföra en ökad grad av kränkning eller ej.²¹⁴ Problematiken ligger i den abrupta brytpunkt mellan tillåtet och otillåtet handlande som sker i och med den sexuella självbestämmanderättens inträdande på 15-årsdagen. Jag är benägen att anse att om kränkning över huvud taget har någonting med åldersskillnad och mognad att göra så borde det anses vara allvarligare att en person som är 14 år och 6 månader har en sexuell relation med en gift 30-årig småbarnspappa än att en 13-åring har en sexuell relation med en 16-åring.

Som framgått ställer jag mig kritisk till att allt för stor vikt läggs vid den tilltalades grad av mognad och mental utveckling vid domstolarnas bedömningar av rättsfallen. I ett fall uttryckte sig domstolen på följande sätt:

”[a]v de utredningar som ingetts beträffande J.P:s personliga förhållanden framgår att han mognadsmässigt verkar klart yngre än sin ålder. Det finns emellertid ingenting som tyder på att han har en sådan nedsatt intellektuell förmåga eller begåvning som medför att han skulle ha svårt att reflektera över orsak och verkan eller som i övrigt skulle kunna påverka bedömningen av hans uppsåt. Härtill kommer att J.P. har uppgett att han vet om att det är förbjudet att ha sex med någon som är under 15 år”.²¹⁵

Här tycker jag att domstolen hanterade den tilltalades bristande mognad på ett mycket bra sätt. Så länge den tilltalades omognad och mentala utvecklingsförstärkning inte medför en så nedsatt begåvning att det bör leda till en diskussion om huruvida den tilltalade kan tänkas ha handlat i någon slags straffrättsvillfarelse²¹⁶ eller att det påverkat uppsåtet till handlingarna på något annat sätt, anser jag att den tilltalades mentala omognad bör lämnas utanför bedömningen av målsägandens kränkning.

Vad gäller parternas typ av relation till varandra är det tydligt att denna spelar stor roll även i domstolarna. Av de rättsfall jag studerat framgår att parterna ofta har träffat varandra på olika hemsidor på Internet och på sociala medier. Detta har i flera fall ansetts som en försvårande omständighet. Domstolarna har i många fall menat att en relation som

²¹⁴ Jfr NJA 2006 s. 79 I och Hovrätten för Västra Sveriges dom 2013-02-28, mål B 1193-13, ovan omnämnd i kap. 3.2.1.

²¹⁵ Hovrätten för Västra Sveriges dom 2013-05-06, mål B 4370-12, s. 3, tidigare citerad i kap. 3.3.6.

²¹⁶ Jfr NJA 2012 s. 564, som tidigare redovisats i kap. 2.3.6.5.

byggts upp på Internet och ett umgänge som endast ägt rum på nätet inte kan vara så ”nära och god” att det är möjligt att tillämpa 14 §.²¹⁷ Här har rättstillämparen uppenbarligen inte hängt med i de senaste årens tekniska utveckling. Idag lever och umgås såväl ungdomar som vuxna till stor del på Internet. Där utvecklas relationer som många gånger kan vara långt närmre och djupare än de man har i skolan, inom familjen eller på arbetsplatsen. Det är viktigt att domstolarna inte förkastar ungdomars sätt att umgås på grund av okunskap och föråldrad syn på relationer.

I rättsfallsstudien finns också ett par exempel på att domstolarna ansett att parternas relation till varandra inte varit tillräckligt nära och god trots att det har varit utrett att parterna har varit vänner, men inte kära i varandra. I ett fall skrev exempelvis domstolen att det inte varit fråga om någon ”riktig kärleksrelation” utan istället ”en vänskapsrelation” och att ansvarsfrihetsregeln därmed inte var tillämplig, trots att båda parter uppgett att de var intresserade av varandra.²¹⁸ Detta sätt att resonera strider helt mot synen på relationskraven enligt 14 § som kommit till uttryck i HD:s praxis. I NJA 2007 s. 201 uttalade HD att ett krav på kärleksrelation eller förälskelse mellan parterna skulle medföra omfattande bevisvärigheter och en så restriktiv syn på möjligheten att tillämpa ansvarsfrihetsregeln att det skulle strida mot lagstiftarens intentioner.

Enligt min mening ger dessa uppfattningar om relationer uttryck för att sexuella relationer som äger rum inom den ”privata sfären” bedöms som mindre allvarliga än sexuella relationer som äger rum utanför denna sfär. Detta stämmer väl överens med den synen på barns och ungdomars sexualitet som tidigare beskrivits i kapitel 1.6.1.

I rättsfallsstudien har också framkommit att handlingars ”avancerade karaktär” vid några tillfällen har betraktats som en försvårande omständighet.²¹⁹ Såväl Wegerstad och Andersson som Asp och Ulväng har, som redovisats ovan, konstaterat att penetrerande samlag av lagstiftaren och rättstillämparen har ansetts medföra större kränkning. Frågan är om ett analt penetrerande samlag medför en större kränkning än ett vaginalt penetrerande samlag. Om det är så, blir kränkningen som följer av det analt penetrerande samlaget i sådana fall större om det sker mellan en man och en kvinna än om det sker mellan två män? I de rättsfall jag har studerat nämns ”avancerad karaktär” i två fall där analsex skett mellan en man och en kvinna, men inte alls i de två fall där analsex skett mellan två män. I det ena homosexuella fallet har domstolen istället uttalat att handlingarna präglats

²¹⁷ Jfr kap. 3.2.3.

²¹⁸ Svea hovrätts dom 2013-04-22, mål B 2265-13, s. 4, tidigare omnämnd i kap. 3.2.3.

²¹⁹ Jfr kap. 3.2.4.

av ”ungdomlig nyfikenhet” och ansett att det inte funnits någon omständighet som hindrat tillämpning av 5 §.²²⁰

Det fall där hovrätten på tydligast sätt ansett att de avancerade handlingarna uteslöt en tillämpning av 5 § var det fall där en 14-årig flicka hade kommit i kontakt med den 25-årige tilltalade via hemsidan www.kamrat.com. De hade stämt möte i den tilltalades lägenhet, där de sedan haft vaginalt, analt och oralt samlag och de hade tidvis nyttjat handklovar och ögonbindel. Målsäganden hade hört av sig till den tilltalade senare samma dag och uttryckt att hon tyckt att hon haft det trevligt och att hon ville ses igen. I detta fall var det alltså inte tal om någon ungdomlig nyfikenhet, och domstolen ansåg att det var uteslutet att tillämpa 5 §.²²¹

I en jämförelse av bedömningarna mellan dessa båda fall ligger könsaspekten nära till hands. Analsex som skett mellan två män beskrivs som ”ungdomligt” och ”nyfiket” medan analsex som skett mellan en kvinna och en man beskrivs som ”avancerat”. Att synen på kvinnors och mäns sexualitet skiljer sig åt har framkommit i kapitel 1.6.2; sexualmoralen för flickor och kvinnor har traditionellt varit mycket strängare än moralen kring pojkars och mäns sexualitet. Dessa tendenser tycks uppenbarligen leva kvar i rättstillämpningen, vilket medför orimliga konsekvenser. Lagstiftningen på sexualbrottens område ska vara könsneutral och fri från subjektiva bedömningar av sexualitet och normativitet, det har upprepade gånger fastslagits i såväl lagstiftning som praxis. Att bedöma kränkningen på olika sätt beroende på målsägandens kön står också i strid med de senaste förarbetesuttalandena, där det tydligt framgår att det är kränkningen, snarare än handlingens tekniska karaktär, som ska stå i fokus för domstolarnas bedömning.

Vem som tagit initiativet till det sexuella umgänget och betydelsen av huruvida den yngre parten haft sex tidigare eller inte är också omständigheter som tycks väga olika tungt beroende på de inblandades könstillhörighet. Det tydligaste exemplet på detta är det enda fall i min rättsfallsstudie med en kvinnlig tilltalad. En 19-årig kvinna hade haft vaginalt samlag med en 13 år och 2 månader gammal pojke och stod därför åtalad för våldtäkt mot barn. Hon var oskuld medan målsäganden hade sexuella erfarenheter sedan tidigare. Det hade inte förekommit någon form av tvång och målsäganden var den som hade tagit initiativet till det sexuella umgänget och hade även till viss del instruerat den tilltalade i hur de skulle gå till väga. I sina domskäl skrev hovrätten bland annat att målsäganden var storvuxen för sin ålder och att han uppträtt på ett sätt som inte var vanligt

²²⁰ Göta hovrätts dom, 2013-10-01, mål B 2111-13, tidigare refererad i kap. 3.2.4.

²²¹ Svea hovrätts dom 2013-09-17, mål 3921-13, tidigare refererad i kap. 3.2.4.

för hans åldersgrupp medan den tilltalade beskrevs som socialt och emotionellt osäker samt att det faktum att hon umgicks med kompisar som var några år yngre än henne och att hon ”accepterade att efter midnatt släppa in två pojkar i lägenheten, en tretton år gammal och den andre nästan femton år, för att tillsammans med dem lyssna på musik och se på film tyder på att hennes faktiska mognad ligger klart under hennes ålder”²²². Hovrätten ansåg i och med detta att det inte bara fanns förutsättningar att tillämpa 5 §, det förelåg till och med grund för ansvarsfrihet.

Jag tror knappast att domstolen hade kommit fram till samma slutsats om det hade varit en 19-årig man som haft samlag med en 13 år och 2 månader gammal flicka, även om övriga omständigheter hade varit desamma. Det är tydligt att den manlige målsäganden i domskälen konstrueras som ”den aktive” medan den tilltalade beskrivs som väldigt passiv, vilket ligger helt i enlighet med synen på manlig och kvinnlig sexualitet. I övriga fall där målsäganden haft sexuella erfarenheter sedan tidigare har inte dessa alls tillmätts betydelse på samma långtgående sätt, även om det har beaktats som förmildrande i ytterligare några fall.²²³ Det finns inget annat exempel på att domstolen över huvud taget tagit reda på hur mycket eller lite sexuell erfarenhet den tilltalade haft. Jag anser också att det är ytterst anmärkningsvärt att domstolen i sin mognadsbedömning av den tilltalade anser att det faktum att hon efter midnatt accepterat att släppa in två yngre pojkar i lägenheten som någonting som talar för att hon är omogen. Jag finner ingenting uppseendeväckande i det sätt på vilket hon umgåtts med sina vänner. Det är snarare domstolen som är uppseendeväckande förlegad i sin syn på hur och när på dygnet unga flickor bör umgås med sina kamrater. Det hade knappast ansetts tala för omogenhet om en 19-årig man nattetid hade sett på film och lyssnat på musik med sina yngre tjejkompisar.

Det är riktigt att bedömningen av huruvida 14 § ska tillämpas eller ej ska utgå från om handlingarna har inneburit ett övergrepp mot barnet eller inte. Om det är så att den yngre parten har haft sex innan kan det tala för att bättre möjligheter att ta ställning till situationen och initiativtagande från den yngre partens sida kan tala för att det sexuella umgänget har varit frivilligt och ömsesidigt. Det är dock av yttersta vikt att bedömningarna om huruvida handlingarna utgör ett övergrepp eller ej, samt hur pass kränkande de i sådana fall har varit, görs oberoende av parternas kön, genus och sexuella läggning.

²²² Göta hovrätts dom 2013-02-22, mål B 1597-12, s. 6, tidigare refererad och citerad i kap. 3.3.1.

²²³ Jfr kap. 3.3.5.

4.4 Min syn på den fria viljan grundas i en liberal syn på straffrätten

Att säga att unga tonåringar över huvud taget *kan* ha en fri vilja i sexuella sammanhang är kontroversiellt. Utgångspunkten, huvudregeln, är att personer under 15 år inte kan samtycka till samlag. Den sexuella integriteten blir kränkt oavsett om samlaget skett efter samtycke från den yngre parten eller inte och de eventuella samtycken som lämnas saknar all rättslig betydelse. Barn och unga tonåringar saknar helt enkelt befogenhet att förfoga över sin sexuella integritet och sin sexualitet när det kommer till samlag.

När det gäller små barn, som befinner sig långt från gränsen för sexuellt självbestämmande och som ännu inte kommit in i puberteten torde det knappast råda någon tvekan om att de saknar såväl tillräcklig mognad som tillfredsställande förmåga till insikt om innebörden och följderna av samlag. Vad gäller ungdomar mellan 11 och 15 år, som är den åldersgrupp denna uppsats handlar om, är situationen delvis annorlunda. Dessa ungdomar kan i vissa fall anses ha uppnått en sådan mognad och förmåga till insikt att deras samtycke trots allt kan beaktas i en rättslig process.

Det är väldigt svårt att bedöma frivillighet och fri vilja i sexualbrottssammanhang. Ofta handlar bedömningen om bevisvärdering, när domstolen ska utreda om åklagaren lyckats visa att gärningen har begåtts mot målsägandens vilja, trots att den tilltalade hävdar att allt varit frivilligt. Enligt principen *in dubio pro reo* är domstolen skyldig att lägga den tilltalades version till grund för sin bedömning om åklagaren inte förmått bevisa annat. Bedömningen av vilken part som är mest trovärdig och vilka tolkningar, föreställningar och fördomar som är avgörande för denna bedömning är också komplicerad. Det finns risk att allt för stort fokus läggs på offrets handlande före och under gärningstillfället, beroende på hur bevisen tolkas. Omständigheterna i de enskilda fallen, och tolkningen av dessa, blir avgörande vid gränsdragningen mellan brotten, särskilt när gränsdragningen ska göras mellan brott av olika svårighetsgrad.

Min uppfattning är att domstolarna är mycket försiktiga med att bedöma omständigheter som mindre allvarliga när det handlar om sexualbrott mot barn och att domstolarna, när de väl anser att en omständighet har varit mindre allvarlig, sällan rör sig utanför ramen för sexualmoralen och ”den goda sexualiteten”. Detta påverkar naturligtvis ungdomarnas möjligheter att fritt leva ut sin sexualitet. Vid sexualbrott står, som bekant, skyddet för den sexuella integriteten och den sexuella och kroppsliga

självbestämmanderätten i centrum. Dessa värden är helt klart oerhört viktiga och skyddsvärda, men när det handlar om ungdomar mellan 11 och 15 år anser jag att det finns vissa situationer när skyddet för den sexuella integriteten blir så starkt att det inkräktar på den sexuella självbestämmanderätten. Huvudregeln är att det inte är tillåtet att ha sexuella relationer med personer under 15 år och de undantag som görs tenderar, som framgått av rättsfallsanalysen, att ske i enlighet med vissa givna uppfattningar om åldersskillnad, typ av relation, typ av sexuell handling och så vidare. I och med detta inskränks den sexuella självbestämmanderätten. Ungdomarna kan ha sex, men inte med vem de vill eller på vilket sätt de vill. De som lever ut sin sexualitet i enlighet med de givna normerna tillåts att göra detta, de som lever ut sin sexualitet på något annat sätt anses behöva skyddas från sig själva och från sina sexualpartners.

Här hamnar ungdomarna i en väldigt märklig situation, som inte alls liknar den som den som råder för personer som är förståndshandikappade eller psykiskt sjuka. Dessa grupper har också ansetts behöva ett ökat skydd i sexuella sammanhang, men där har lagstiftaren valt att skydda dem genom att låta domstolen i varje enskilt fall bedöma huruvida någon otillbörligt har utnyttjat personens utsatta situation eller hjälplösa tillstånd.²²⁴

Synen på människan och hennes möjligheter att samtycka till sexuella relationer är till stor del beroende av vilken ideologisk inriktning ens uppfattning om verkligheten utgår från. Att anse att människan är en fri individ, fri att utöva sin sexualitet som hon behagar och fri att lämna samtycke som kan respekteras utan begränsningar är straffrättsliberalt. Detta synsätt och denna ideologi kan kritiserar, precis som alla synsätt och ideologier. En invändning mot det straffrättsliberala synsättet är att det finns föreställningar och normer, medvetna och omedvetna, som leder till att samtycke lämnas och att sexualitet konstrueras och utövas på olika sätt. Den fria viljan är inte alltid fri, utan påverkbar av egna och andras uppfattningar och förväntningar.²²⁵

Min kritik mot lagstiftningen och rättstillämpningen grundas i en liberal syn på straffrätten och i en kritisk syn på samhällets, lagstiftarens och rättstillämparens sexualmoral. Jag anser att det är bra att det finns ett starkt skydd för den sexuella integriteten och den sexuella självbestämmanderätten och att det är i sin ordning att det finns utrymme för att bedöma vissa situationer som mindre allvarliga eller till och med helt fria från övergrepp. Det jag är kritisk mot är att den fria vilja och de förmildrande omständigheter som trots allt accepteras av lagstiftaren och rättstillämparen

²²⁴ Se ovan, kapitel 2.4.2.

²²⁵ Jfr kap. 2.4.3.

till så hög grad är beroende av normer och föreställningar om *hur* sexualiteten bör utövas för att vara fri från kränkning.

4.5 Avslutande tankar – *de lege ferenda*

Slutsatsen jag drar är att de oklarheter som råder kring vilka omständigheter som ska tillmätas betydelse vid gränsdragningen mellan brotten gör att lagstiftningen blir svår att tillämpa. Tillsammans med lagstiftarens motvilja mot att i förarbetena problematisera kring ungdomars frivilliga sexuella relationer lämnar detta allt för stort utrymme till domstolarna att fritt utgå från subjektiva referensramar och föreställningar om sexualitet i rättstillämpningen. Detta leder i sin tur till ett ständigt bevästande av samhällets normer kring den ”goda sexualiteten” och till en betydande rättsosäkerhet eftersom förutsebarheten blir i det närmaste obefintlig.

Hur kan man då komma till rätta med denna problematik? Jag tror att en första lösning är att ytterligare förtydliga att bedömningen hela tiden måste utgå från skyddsintresset, det vill säga skyddet mot kränkningar av den sexuella integriteten. Om målsägandens kränkning ställs i fokus för domstolarnas diskussion bör vissa av de omständigheter som givits betydelse i de rättsfall jag har studerat naturligt falla bort. Vidare bör lagtexten i 14 § omformulerats så att det är målsägandens ålder, mentala utveckling och förmåga till insikt som blir utgångspunkt snarare än den tilltalades dito.

Att otillbörligen utnyttja någons ringa ålder, oförstånd eller omognad i sexuella sammanhang är inte, och ska inte heller vara, vare sig önskvärt, accepterat eller rättsligt möjligt. En större kunskap och förståelse krävs hos såväl lagstiftare och rättstillämpare om vems normer och referensramar svensk rätt och rättstillämpning ger uttryck för och hur dessa påverkar barns och ungdomars möjligheter att fritt leva ut och utforska sin sexualitet utan inskränkningar från vare sig staten eller vuxenvärlden.

Samhällets syn på barns sexualitet beskrevs i början av denna uppsats som något som existerar men förnekas och som finns men inte tillåts att finnas. Det är på tiden att denna syn förändras och att barns sexualitet; skyddet för den men också rätten till den, sätts i centrum för såväl lagstiftning som rättstillämpning.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

NJA II 1962

SOU 1953:14 *Förslag till brottsbalk*

SOU 1988:7 *Frihet från ansvar – om legalitetsprincipen och allmänna grunder för ansvarsfrihet*

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

SOU 2010:71 *Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag*

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

Prop. 1991/92:35 *Sexuella övergrepp mot barn m.m.*

Prop. 1997/98:55 *Kvinnofrid*

Prop. 2004/05:45 *En ny sexualbrottslagstiftning*

Prop. 2012/13:111 *En skärpt sexualbrottslagstiftning*

Litteratur

Agell, Anders: ”Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen – med en exkurs om rättsvetenskapen i Sverige” I: *Svensk Juristtidning 2002 s. 243–260*

[Cit. Agell, SvJT 2002]

Andersson, Ulrika: *Hans (ord) eller hennes?: en könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, 1. uppl., Bokbox, Lund, 2004

[Cit. Andersson (2004)]

Andersson, Ulrika: ”En för alla – alla för en? Individualisering och kontextualisering i hovrättens prövning av ungdomars grupprelaterade

- gärningar” I: Kerstin Nordlöf (red.) *Argumentation i Nordisk straffrätt*, Norstedts juridik, Stockholm, 2013
[Cit. Andersson (2013)]
- Asp, Petter: ”Rättsvetenskap och lagstiftningsarbete” I: *Svensk juristtidning*, 2002 s. 311–318
[Cit. Asp, SvJT 2002]
- Asp, Petter: *Sex & samtycke*, Iustus, Uppsala, 2010
[Cit. Asp (2010)]
- Asp, Petter och Ulväng, Magnus: ”Tvång, utnyttjande och kriminalisering av sexköp – del 1” I: Petter Asp och Claes Lernestedt (red.), *Josefs resa: vänbok till Josef Zila*, Iustus, Uppsala, 2007
[Cit. Asp och Ulväng (2007)]
- Bergenheim, Åsa: *Barnet, libido och samhället: om den svenska diskursen kring barns sexualitet 1930–1960*, Höglund, Grängesberg, 1994
[Cit. Bergenheim (1994)]
- Bergenheim, Åsa: *Brottet, offret och förövaren: vetenskapens och det svenska rättsväsendets syn på sexuella övergrepp mot kvinnor och barn 1850–2000*, Carlssons, Stockholm, 2005
[Cit. Bergenheim (2005)]
- Berglund, Kerstin: *Straffrätt och kön*, Iustus, Uppsala, 2007
[Cit. Berglund (2007)]
- Berglund, Kerstin: ”Uppsåt till bristande samtycke”. I: Ulrika Andersson, Christoffer Wong och Helén Örnemark Hansen (red.), *Festskrift till Per Ole Träskman*, Norstedts juridik, Stockholm, 2011
[Cit. Berglund (2011)]
- Berglund, Kerstin: ”Samtycke eller ej? Ett aktuellt reformförslag” I: Kerstin Nordlöf (red.), *Argumentation i nordisk straffrätt*, Norstedts juridik, Stockholm, 2013
[Cit. Berglund (2013)]
- Danelius, Hans: *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 4 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2012
[Cit. Danelius (2012)]

- Diesen, Christian: ”Tagande med våld – Några reflektioner inför en europeisk våldtäktsstudie” I: Annika Norée (red.), *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Norstedts juridik, Stockholm, 2007
[Cit. Diesen (2007)]
- Diesen, Christian: *Terapeutisk juridik*, Liber, Malmö, 2011
[Cit. Diesen (2011)]
- Edwards, Weston och Coleman, Eli: ”Defining Sexual Health: A Descriptive Overview”. I: *Archives of Sexual Behavior*, Vol. 33, No. 3, June 2004, pp. 189–195
[Cit. Edwards och Coleman (2004)]
- Ernst, Niels; Martinson, Floyd M. och Langfeldt, Thore: *Barn och sexualitet*, International library, Uppsala, 1983
[Cit. Ernst, Martinson och Langfeldt (1983)]
- Helmius, Gisela: *Mogen för sex?! - det sexuellt restriktiverande samhället och ungdomars heterosexuella glädje*, Uppsala universitet, Uppsala, 1990
[Cit. Helmius (1990)]
- Helmius, Gisela: ”I begynnelsen” I: Bo Lewin och Kerstin Fugl-Meyer (red.), *Sex i Sverige: om sexuallivet i Sverige 1996: rapport från en av Folkhälsoinstitutet finansierad befolkningsbaserad studie: [preliminär rapport]*, 2:a uppl., Folkhälsoinstitutet, Stockholm, 1997
[Cit. Helmius (1996)]
- Helmius, Gisela: *Manus för mognad: om kärlek, sexualitet och socialisation i ungdomsåren*, Mimers brunn, Sala, 2000
[Cit. Helmius (2000)]
- Helmius, Gisela: ”Psykosexuell utveckling i barna- och ungdomsåren” I: Per Olov Lundberg (red.), *Sexologi*, 2:a uppl., Liber, Stockholm, 2002.
[Cit. Helmius (2002)]
- Helmius, Gisela: ”Sociosexuell utveckling i ungdomsåren” I: Per Olov Lundberg och Lotta Löfgren-Mårtenson (red.), *Sexologi*, 3:e uppl., Liber, Stockholm, 2010
[Cit. Helmius (2010)]
- Holmqvist, Lena (red.): *Brottsbalken: en kommentar*, Norstedts juridik, Stockholm, 1998-2011

[Cit. Holmqvist m.fl. BrB]

Häggström-Nordin, Elisabet: ”Ungdomars sexualvanor” I: Chris Magnusson och Elisabet Häggström-Nordin (red.), *Ungdomar, sexualitet och relationer*, Studentlitteratur, Lund, 2009

[Cit. Häggström-Nordin (2009)]

Jareborg, Nils: ”Rättsdogmatik som vetenskap” I: *Svensk Juristtidning* 2004 s. 1–10

[Cit. Jareborg, SvJT 2004]

Jareborg, Nils och Friberg, Sandra: *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, Iustus, Uppsala, 2010

[Cit. Jareborg och Friberg (2010)]

Jareborg, Nils och Zila, Josef: *Straffrättens påföljdslära*, 3:e uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010

[Cit. Jareborg och Zila (2010)]

Lambertz, Göran: ”Nyttig och onyttig rättsvetenskap” I: *Svensk Juristtidning* 2002 s. 261–278

[Cit. Lambertz, SvJT 2002]

Langfeldt, Thore och Porter, Mary: *Sexuality and family planning: report of a consultation and research findings*, World Health Organization, Regional Office for Europe, Copenhagen, 1986

[Cit. Langfeldt och Porter (1986)]

Leijonhufvud, Madeleine: ”HD prövar den nya regleringen av sexualbrott mot barn” I: *Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet* 2005/06 s. 900–904

[Cit. Leijonhufvud, JT 2005/06]

Leijonhufvud, Madeleine: ”Ny svenska sexualbrottsreglering – en lag i otakt med tiden” I: Lohiniva-Kerkelä, Mirva (red.), *Väkivalta: seuraamukset ja haavoittuvuus = Violence : sanctions and vulnerability ; Terttu Utraisen juhlakirja*, Talentum, Helsinki, 2006

[Cit. Leijonhufvud (2006)]

Leijonhufvud, Madeleine: ”Replik: HD och den nya regleringen av sexualbrott mot barn” I: *Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet* 2007/08 s. 995–996

[Cit. Leijonhufvud, JT 2007/08]

- Leijonhufvud, Madeleine: *Samtyckesutredningen: lagskydd för den sexuella integriteten*, Thomson, Stockholm, 2008
[Cit. Leijonhufvud (2008)]
- Leijonhufvud, Madeleine: ”Straffrätt – och straffrättare? – i förändring” I: Ulrika Andersson, Christoffer Wong och Helén Örnemark Hansen (red.), *Festskrift till Per Ole Träskman*, Norstedts juridik, Stockholm, 2011
[Cit. Leijonhufvud (2011)]
- Leijonhufvud, Madeleine: ”Hur skyddas barnen i svensk straffrätt?” I: Kerstin Nordlöf (red.), *Argumentation i nordisk straffrätt*. Norstedts juridik, Stockholm, 2013
[Cit. Leijonhufvud (2013)]
- Lernestedt, Claes: *Kriminalisering: problem och principer*, Iustus, Uppsala, 2003
[Cit. Lernestedt (2003)]
- Lernestedt, Claes: *Dit och tillbaka igen: om individ och struktur i straffrätten*, Iustus, Uppsala, 2010
[Cit. Lernestedt (2010)]
- Lewin, Bo: ”Sexualiteten som social konstruktion” I: Per Olov Lundberg och Lotta Löfgren-Mårtenson (red.), *Sexologi*, 3:e uppl., Liber, Stockholm, 2010
[Cit. Lewin (2010)]
- Meyerson, Bengt: ”Neuroendokrin reglering av sexuellt beteende” I: Per Olov Lundberg och Lotta Löfgren-Mårtenson (red.), *Sexologi*, 3:e uppl., Liber, Stockholm, 2010
[Cit. Meyerson (2010)]
- Myrdal, Alva: *Stadsbarn: en bok om deras fostran i storbarnkammare*, Kooperativa förb., Stockholm, 1935
[Cit. Myrdal (1935)]
- Olsen, Lena: ”Rättsvetenskapliga perspektiv” I: *Svensk Juristtidning* 2004 s. 105–145
[Cit. Olsen, SvJT 2004]
- Sandgren, Claes: ”Är rättsdogmatiken dogmatisk?” I: *Tidsskrift för rettsvittenskap* 2005 s. 648–656

[Cit. Sandgren, TfR 2005]

Sundkvist, Maria: ”Hon är på väg utför ’det sluttande planet’: Norrköpings barnavårdsnämnd och barn med sexuella erfarenheter 1903–1925” I: Åsa Bergenheim och Lena Lennerhed (red.), *Seklernas sex: bidrag till sexualitetens historia*, Carlsson, Stockholm, 1997

[Cit. Sundkvist, (1997)]

Sutorius, Helena: ”Södertäljemålet och frågan om kvinnors sexuella självbestämmanderätt” I: Görel Granström (red.), *Lika inför Lagen? Rätten ur ett genusperspektiv*, Iustus, Uppsala, 1999

[Cit. Sutorius (1999)]

Svensson, Eva-Maria: ”Kritik av en juridisk argumentation – det krävs två för att dansa en tango!”. I: Nordiska kvinnojuristmötet, *Strategier och kontrakt för ekonomi och kärlek: rapport från 10:e nordiska kvinnojuristmötet*, Iustus, Uppsala, 2000

[Cit. Svensson (2000)]

Träskman, Per Ole: ”Går det att tygla lustan? Om straffbar pornografi, pedofili och prostitution” I: *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1998 s. 352–373

[Cit. Träskman, JFT 1998]

Träskman, Per Ole: ”Har det gått mus i kvinnofriden?” I: Annika Norée (red.), *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Norstedts juridik, Stockholm, 2007

[Cit. Träskman (2007)]

Träskman, Per Ole: ”Sexuella och andra (farliga) förbindelser samt försök därtill. Legalitetsprincipen och köp av sexuella tjänster” I: Lars Heuman, Madeleine Leijonhufvud och Annika Norée (red.), *Festskrift till Suzanne Wennberg*, Norstedts juridik, Stockholm, 2009

[Cit. Träskman (2009)]

Wegerstad, Linnéa: ”Om erotik, makt och sexualbrottens sexualiteter” I: Eva-Maria Svensson (red.), *På vei: kjønn og rett i Norden*, Makadam, Göteborg, 2011

[Cit. Wegerstad (2011)]

Wennberg, Suzanne: ”Bör våldtäkt alltid förutsätta tvång, även när brottsoffret är ett barn?” I: *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 1993/94 s. 491-498

[Cit. Wennberg, JT 1993/94]

Wersäll, Fredrik och Rapp, Kajsa: ”Utan samtycke – Om våldtäktsbrottets konstruktion i svensk rätt” I: Annika Norée (red.), *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Norstedts juridik, Stockholm, 2007

[Cit. Wersäll och Rapp (2007)]

Westphal, Otto: ”Pubertetsutvecklingen” I: Per Olov Lundberg och Lotta Löfgren-Mårtenson (red.), *Sexologi*, 3. uppl., Liber, Stockholm, 2010.

[Cit. Westphal (2010)]

Zila, Josef: ”Rättspraxis efter sexualbrottsreformen 2005” I: *Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet* 2007/08 s. 552–559

[Cit. Zila, JT 2007/08]

Elektroniska källor

Dahllöf, Gösta: ”Sexualitet”.

<http://www.ne.se/lang/sexualitet>

Sidan hämtades 2013-11-04

<http://www.mah.se/kossa>

Sidan hämtades 2013-12-10

<http://www.nck.uu.se/Kunskapscentrum/Kunskapsbanken/>

Sidan hämtades 2013-12-10

Tuvhag, Emmylou: ”Sexlagstiftning får kritik efter dom”.

http://www.svd.se/nyheter/stockholm/sexlagstiftning-far-kritik-efter-dom_8564154.svd

Sidan hämtades 2013-11-05

[Cit. SvD 2013-09-29]

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från Europadomstolen

Europadomstolens dom den 22 oktober 1981, ans. nr. 7525/76, *Duggeon mot Förenade kungariket*
[Cit. *Duggeon mot Förenade kungariket*]

Europadomstolens dom den 26 oktober 1988, ans. nr. 10581/83, *Norris mot Irland*
[Cit. *Norris mot Irland*]

Europadomstolens dom den 22 april 1993, ans. nr. 15070/89, *Nodinos mot Cypern*
[Cit. *Nodinos mot Cypern*]

Europadomstolens dom den 19 februari 1997, ans. nr. 21627/93, 21628/93 och 21974/93, *Laskey, Jaggard och Brown mot Förenade kungariket*
[Cit. *Laskey, Jaggard och Brown mot Förenade kungariket*]

Europadomstolens dom den 31 juli 2000, ans. nr. 35765/97, *ADT mot Förenade kungariket*
[Cit. *ADT mot Förenade kungariket*]

Europadomstolens dom den 4 december 2003, ans. nr. 39272/98, *M.C. mot Bulgarien*
[Cit. *M.C. mot Bulgarien*]

Rättsfall från Högsta domstolen

HD:s dom 2013-06-13 i mål B 1195-13

NJA 2004 s. 231

NJA 2006 s. 79 I och II

NJA 2006 s. 510

NJA 2007 s. 201

NJA 2008 s. 421 I och II

NJA 2009 s. 447 I och II

NJA 2012 s. 564

Rättsfall från hovrätterna

Göta hovrätt, 2013-02-11, mål B 3257-12

Göta hovrätt, 2013-02-22, mål B 1597-12, publicerad som RH 2013:12

Göta hovrätt, 2013-04-02, mål B 323-13
Göta hovrätt, 2013-06-04, mål B 539-13
Göta hovrätt, 2013-08-02, mål B 1845-13.
Göta hovrätt, 2013-09-17, mål B 1502-13
Göta hovrätt, 2013-09-30, mål B 455-13
Göta hovrätt, 2013-10-01, mål B 2111-13
Göta hovrätt, 2013-10-29, mål B 2402-13

Hovrätten för Nedre Norrland, 2013-04-16, mål B 221-13
Hovrätten för Nedre Norrland, 2013-05-06, mål B 208-13

Hovrätten för Västra Sverige, 2013-02-28, mål B 1193-13
Hovrätten för Västra Sverige, 2013-05-06, mål B 4370-12
Hovrätten för Västra Sverige, 2013-05-14, mål B 2420-13
Hovrätten för Västra Sverige, 2013-06-04, mål B 2326-13

Hovrätten för Övre Norrland, 2013-08-22, mål B 327-13

Svea hovrätt, 2013-01-17, mål B 7846-12
Svea hovrätt, 2013-02-05, mål B 453-12
Svea hovrätt, 2013-02-15, mål B 10124-12
Svea hovrätt, 2013-03-22, mål B 8906-12
Svea hovrätt, 2013-04-05, mål B 261-13
Svea hovrätt, 2013-04-09, mål B 9308-12
Svea hovrätt, 2013-04-09, mål B 9772-12
Svea hovrätt, 2013-04-22, mål B 2265-13
Svea hovrätt, 2013-05-28, mål B 3325-13
Svea hovrätt, 2013-06-05, mål B 2619-13
Svea hovrätt, 2013-06-25, mål B 711-13
Svea hovrätt, 2013-07-02, mål B 4905-13
Svea hovrätt, 2013-07-05, mål B 5317-13
Svea hovrätt, 2013-09-04, mål B 3905-13
Svea hovrätt, 2013-09-12, mål B 2887-13
Svea hovrätt, 2013-09-17, mål B 3921-13
Svea hovrätt, 2013-10-17, mål B 5242-13
Svea hovrätt, 2013-10-30, mål B 2017-13