



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Tara Curovic

När en våldtäkt mot ett barn är mindre allvarlig

En studie om gränsdragningen mellan rubriceringarna våldtäkt mot barn
och sexuellt utnyttjande av barn

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Uta Bindreiter

Termin: HT 2016

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 En introduktion till ämnet	6
1.2 Uppsatsens övergripande syfte	6
1.3 Frågeställningar	6
1.4 Avgränsningar	7
1.5 Perspektiv och metod	7
1.6 Forskningsläge	8
1.7 Material	8
1.8 Uppsatsens disposition	9
2 BAKGRUND	10
3 BARN OCH TONÅRINGARS UTSATTHET	12
4 GÄLLANDE RÄTT	14
4.1 Våldtäkt mot barn	14
4.1.1 Rekvisit	14
4.1.2 Lagstiftarens motiv	15
4.1.2.1 Frivillighet och barn	16
4.1.2.2 Inget krav på tvång eller våld	16
4.2 Sexuellt utnyttjande av barn	17
4.2.1 Rekvisit	17
4.2.2 Lagstiftarens motiv	18
4.2.2.1 Frivillighet och ömsesidighet	18
4.2.2.2 Barnets förutsättningar	19
4.3 Ansvarsfrihetsregeln	19
4.3.1 Rekvisit	19
4.3.2 Lagstiftarens motiv	20
4.4 Sammanfattande kommentarer	20

5	RÄTTSFALLSTUDIE	21
5.1	NJA 2006 s. 79 I	21
5.1.1	Domstolens resonemang	21
5.1.2	Sammanfattande kommentarer	22
5.2	NJA 2006 s. 79 II	22
5.2.1	Domstolens resonemang	23
5.2.2	Sammanfattande kommentarer	23
5.3	NJA 2012 s. 564	24
5.3.1	Domstolens resonemang	24
5.3.2	Sammanfattande kommentarer	25
5.4	NJA 2015 s. 948	25
5.4.1	Domstolens resonemang	25
5.4.2	Sammanfattande kommentarer	26
6	DEBATT I DOKTRINEN	27
6.1	Frivillighetens komplikationer	27
6.2	Försiktighet i rubriceringen	28
6.3	Sammanfattande kommentarer	29
7	ANALYS	30
7.1	Omständigheter som gör en våldtäkt mot barn mindre allvarlig	30
7.2	Förenlighet med lagstiftarens intentioner	31
7.3	Slutsats	33
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	35
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	37

Summary

In 2004, reforms were made in chapter 6 of the Penal Code in regards to strengthen the protection for children against sexual assaults. One of these was the provision regarding child rape that outlaws intercourse or comparable actions to intercourse with children under the age of fifteen. A minor form of child rape, sexual use of children, was implemented with the same reform. This was intended to be applied restrictively and aims for situations where the victim was close to the age for sexual self-determination and the intercourse or the with intercourse comparable action transpired voluntarily and mutually. The purpose of this essay is to examine the boundary set between these two offenses. The questions are “what circumstances makes the crime of raping a child less serious” and “how the legal application is in congruence with the intentions of the legislator. The essay assumes a type of child-perspective that is based on the knowing that children and teenagers live especially exposed and are more prone to take risks than adults. The legislative history gives partially contradictory statements regarding children’s ability to consent and volunteer to sexual actions, where it’s partially stated that children never can consent to sexual actions, however at the same time one should consider the voluntariness to determine whether the milder provision applies instead. In the Supreme Court there have been a few occasions where the borderline between the two offenses have been assessed. In almost all of the cases recited in the essay the court has sentenced the accused for the minor form, sexual use of children. The circumstances that have influenced the court to have sentenced the minor form have primarily been the plaintiffs age, whether the actions were voluntarily agreed to from the plaintiff as well as how the accused had understood the action as voluntary from the plaintiffs’ side. The first two decisions that were made after the reform’s entry into force are rather debated. In particular, the voluntariness-aspect has been discussed. In my opinion the Supreme Court’s in law hasn’t been completely compatible with the legislative work, much due to the clear starting point that children under fifteen years of age can’t consent to sexual actions. Although the legislator’s

intentions are sometimes hard to interpret, and the statements regarding voluntariness are somewhat contradictory. However, with the background of the explicit purpose of the control – to provide children with a greater protection towards sexual assaults – I find that the court have been too generous regarding classification.

Sammanfattning

Genom en större lagreform, från år 2004, infördes nya bestämmelser i 6 kap., bland annat i syfte att förstärka skyddet för barn mot sexuella övergrepp. En av dessa var bestämmelsen om våldtäkt mot barn som bland annat kriminaliserar samlag eller med samlag jämförlig handling med barn under femton år. En lindrigare form av våldtäkt mot barn, sexuellt utnyttjande av barn, infördes med samma reform. Denna är avsedd att tillämpas restriktivt, och tar sikte på situationer då offret är nära åldern för sexuellt självbestämmande och samlaget eller den med samlag jämförliga handlingen sker frivilligt och ömsesidigt. Uppsatsens syfte är att undersöka gränsdragningen mellan dessa två brottsrubriceringar. Uppsatsens frågeställningar lyder ”Vilka omständigheter kan göra att brottet, våldtäkt mot barn, är att ses som mindre allvarligt?” och ”Är rättstillämpningen förenlig med lagstiftarens intentioner vid gränsdragningen av de två brotten?”. Uppsatsen anlägger en typ av barnperspektiv som grundar sig i vetenskapen om att barn och tonåringar lever i särskild utsatthet och är benägna att ta risker på ett annat sätt än vuxna. Lagmotiven ger ut vissa motsägelsefulla uttalanden beträffande barns förmåga att samtycka till och frivilligt delta i sexuella handlingar. Det hävdas att barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar, men också att man ska beakta frivilligheten för att kunna utröna huruvida den lindrigare bestämmelsen blir tillämplig i stället. Högsta domstolen har vid några tillfällen fått göra avvägningar mellan dessa två rubriceringar i sin bedömning. I nästintill samtliga av de i uppsatsen redogjorda fallen har domstolen dömt den tilltalade för den lindrigare formen, det vill säga sexuellt utnyttjande av barn. Omständigheterna som gjort att domstolen dömt till den lindrigare formen har främst varit målsägandens ålder, huruvida handlingen var frivillig från målsägandens sida samt huruvida gärningsmannen uppfattade handlingen som frivillig från målsägandens sida. De två första avgörandena som kom efter reformens ikraftträdande är omdebatterade. I synnerhet har frivillighetsaspekten diskuterats. Min åsikt är att Högsta domstolens rättstillämpning inte är helt förenlig med lagförarbetena, särskilt

med tanke på den i lagmotiven tydliga utgångspunkten att barn under femton år inte kan samtycka till sexuella handlingar. Lagstiftarens intentioner är emellanåt svåra att tolka, och uttalandena om frivillighet är ibland motsägelsefulla. Men mot bakgrund av det tydliga syftet med regleringen, att förse barn med ett starkare skydd mot sexuella övergrepp, finner jag att domstolen har varit för milda i brottsrubriceringsfrågan.

Förkortningar

Barnkonventionen	FN:s konvention om barnets rättigheter
BrB	Brottsbalken
HD	Högsta domstolen
kap.	Kapitel
NJA	Nytt juridiskt arkiv I
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
s.	Sida
SFS	Svensk författningssamling
st.	Stycke

1 Inledning

1.1 En introduktion till ämnet

Våldtäkt och andra sexualbrott är brott som av naturliga skäl genererar starka åsikter i samhället. I synnerhet anses sexualbrott mot barn vara förkastliga och allvarliga. Unga tonåringar försvinner ibland i den dagliga debatten kring sexuella övergrepp mot barn. Brottet våldtäkt mot barn omfattar inte enbart situationer då fyrtioåriga män förgriper sig sexuellt på sexåriga flickor. Även situationer när en fjortonårig tjej frivilligt har samlag med sin tjuugoåriga pojkvän faller inom det kriminaliserade området.¹ Allt efter hur omständigheterna ser ut i en sådan situation, kan brottet anses mindre allvarligt och således få en lindrigare rubricering.²

1.2 Uppsatsens övergripande syfte

Det övergripande syftet med denna uppsats är att undersöka gränsdragningen mellan de två brottsrubriceringarna, *våldtäkt mot barn i 6 kap. 4 § 1 st. BrB*, och *sexuellt utnyttjande av barn i 6 kap. 5 § BrB*, samt att belysa problem som kan uppenbara sig i denna process.

1.3 Frågeställningar

- Vilka omständigheter kan göra att brottet, våldtäkt mot barn, är att ses som mindre allvarligt?
- Är rättstillämpningen förenlig med lagstiftarens intentioner vid gränsdragningen av de två brotten?

I kapitlet där analysen företas (kapitel 6) kommer i huvudsak den andra frågeställningen att diskuteras, då den första frågeställningen är av mer

¹ 6 kap. 4 § 1 st. BrB.

² 6 kap. 5 § BrB.

deskriptiv karaktär.

1.4 Avgränsningar

Svensk rätt kommer att undersökas i denna uppsats. Den praxis som behandlas i uppsatsen är från år 2006 och senare, det vill säga efter att 2004/05 års reforms lagändringar har trätt i kraft. Varken en genomgång av det vanliga våldtäktsbrottet eller brottsbegreppet kommer att företas. Då uppsatsen behandlar rubriceringar kommer inte påföljdsval att redogöras för, med undantag för en kort genomgång av ansvarsfrihetsregeln i 6 kap. 14 § BrB. Av samma anledning redogörs inte för uppsåtsbedömningar, mer än vid ett tillfälle för att göra en relevant poäng. Då uppsatsen syftar till att beskriva gränsdragningen mellan *våldtäkt mot barn* och den lindrigare varianten *sexuellt utnyttjande av barn* kommer inte en redogörelse för brottet *grov våldtäkt mot barn* att företas i denna uppsats. Slutligen fokuserar uppsatsen på situationer då brottsoffret är under femton år. Således kommer andra stycket i bestämmelsen om våldtäkt mot barn³ inte att behandlas.

1.5 Perspektiv och metod

Arbetet bygger på den rättsdogmatiska metoden, då utgångspunkt tas i de fyra svenska, allmänt accepterade rättskällorna, lagstiftning, praxis, lagförarbeten och doktrin.⁴ Utöver detta anlägger uppsatsen en form av barnperspektiv. Perspektivet grundar sig i medvetenheten om den psykiska och fysiska utsatthet som barn och tonåringar lever i.⁵ I det kapitel som utvecklar grunden för detta perspektiv⁶ används i liten omfattning även icke juridisk litteratur, och följaktligen görs ett avsteg från den i övrigt företagna metoden.

³ 6 kap. 4 § 2 st. BrB.

⁴ Kleineman, Jan, ”Rättsdogmatisk metod”, 2013. I: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013, s. 21.

⁵ Avsnitt 3.

⁶ Ibid.

1.6 Forskningsläge

Forskningen på området är inte omfattande i dagsläget. Madeleine Leijonhufvud har kommenterat HD:s tidiga avgöranden efter lagreformen i artikeln *HD prövar den nya regleringen av sexualbrott mot barn*, publicerad i Juridisk tidskrift år 2005. Detta har även Josef Zila gjort i artikeln *Rättspraxis efter sexualbrottsreformen 2005*, i samma tidskrift år 2007. Leijonhufvud replikerar Zila i ännu en artikel i Juridisk Tidskrift, *Replik: HD och den nya regleringen av sexualbrott mot barn*, år 2007. Även Christian Diesen och Eva Diesen har diskuterat problematiken i *Övergrepp mot kvinnor och barn – den rättsliga hanteringen*, från år 2013.

1.7 Material

I uppsatsen har främst lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin använts. Gällande förarbeten har ett starkt fokus legat på *Prop. 2004/05:45 En ny sexualbrottslagstiftning*, då det var genom denna reform som bestämmelserna infördes. De rättsfall som undersöks är från tiden efter bestämmelsernas införande och begränsas till avgöranden från Högsta domstolen. Vad gäller doktrin har fokus legat på Madeleine Leijonhufvuds artikel *HD prövar den nya regleringen av sexualbrott mot barn* samt Josef Zilas artikel *Rättspraxis efter sexualbrottsreformen 2005*. Som tidigare nämnt har även två icke juridiska källor använts, främst för att utveckla det perspektiv som företas i uppsatsen.

År 2008 tillkallades, på regeringens beslut, en särskild utredare⁷ med uppdrag att bland annat undersöka och utvärdera rättstillämpningen efter reformen.⁸ Utredningsbetänkandet som utredningen mynnade ut it kommer användas i endast liten utsträckning och det av följande anledningar. För det första har ett par HD-avgöranden tillkommit efter utredningen. För det andra fokuserade utredningen på rättstillämpningen efter reformen som helhet, och

⁷ SOU 2010:71 s. 3.

⁸ SOU 2010:71 s. 15.

alltså inte enbart frågan om rubricering, som denna uppsatsen syftar till att undersöka. Slutligen kommenterades i utredningsbetänkandet även underrättspraxis, som i denna uppsats inte kommer att behandlas.⁹

1.8 Uppsatsens disposition

I *kapitel 2* ges en kort historisk tillbakablick av hur synen på sexuella övergrepp gentemot barn förändrats, samt hur rättsläget såg ut innan Prop. 2004/05:45. *Kapitel 3* redogör för barn och ungdomars utsatthet, i syfte att utveckla det barnperspektiv som företas under uppsatsens gång. *Kapitel 4* redogör för de aktuella brottens rekvisit samt lagstiftarens syfte och intentioner med regleringen. *Kapitel 5* ger läsaren en överblick av praxis på området. *Kapitel 6* redogör för kritik och synpunkter i doktrin. Uppsatsen avslutas i *kapitel 7* med en analys samt besvarande av frågeställningarna.

⁹ SOU 2010:71 s. 315 ff.

2 Bakgrund

Sexuella övergrepp mot barn under femton år har länge varit ett undangömt brott. Delvis på grund av att barnen var en del av familjen och allt som skedde inom familjen var deras egna angelägenhet, men också på grund av ett föräldrat synsätt om att det var barnen som, genom att förföra vuxna, framkallade brotten.¹⁰ Frågan om våldtäktsbegreppets tillämplighet beträffande mindre barn kom att lyftas under 1900-talet.¹¹ Hur man rättsligt hanterar sexuell brottslighet gentemot barn har, såväl som synen på barns sexuella integritet, utvecklats genom diverse reformer främst under den senare delen av 1900-talet.¹²

Stora delar av brottsbalkens 6 kap. kom att förändras genom betydande lagändringar år 1984.¹³ Genom denna reform försvann bestämmelserna om otukt med barn och otukt med ungdom och ersattes, bland annat, av en bestämmelse om sexuellt umgänge med barn i 6 kap. 6 §.¹⁴ Kapitlet ändrades om genom en senare reform år 1991¹⁵ och sedan igen 1994, men regelns innehåll förblev detsamma.¹⁶ Bestämmelsen om sexuellt umgänge med barn omfattade situationen då en person har sexuellt umgänge med barn under femton år.¹⁷ Som förklaring till varför det inte fanns en grov grad av brottet sexuellt umgänge med barn, uttalade departementschefen bland annat att de grova fallen av sexuellt umgänge med barn skulle kopplas till andra brott i 6 kap. BrB, exempelvis våldtäkt.¹⁸ Med andra ord tillämpades dåvarande våldtäktsparagraf i vissa fall även på barn och likt vuxna skulle

¹⁰ Diesen, Christian & Diesen, Eva F., Övergrepp mot kvinnor och barn: den rättsliga hanteringen, 2., uppdaterade och utök. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013, s 141.

¹¹ Back, Christina, ”Historisk tillbakablick och synen på sexuella övergrepp”, 2002. I: Svedin, Carl Göran & Banck, Lena (red.), Sexuella övergrepp mot flickor och pojkar, Studentlitteratur, Lund, 2002, s. 20.

¹² Prop. 1983/84:105; Prop. 1991/92:35; Prop. 1994/95:2.

¹³ Prop. 1983/84:105; SFS 1984:399.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Prop. 1991/92:35; SFS 1992:147.

¹⁶ Prop. 1994/95:2; SFS 1994:1411.

¹⁷ 6 kap. 6 §, SFS 1984:399.

¹⁸ Prop. 1983/84:105 s. 55.

alla rekvisit, inklusive kravet på företagande av tvång, vara uppfyllda.¹⁹ Som påträffas nedan²⁰ är nuvarande bestämmelse om våldtäkt mot barn relativt lik denna i utformningen, dock med annan funktion.

År 1998 tillsattes den så kallade Sexualbrottskommittén med syfte att se över den gällande regleringen av sexualbrott.²¹ År 2004 överlämnade regeringen en proposition, med rätt omfattande förändringar och tillägg till riksdagen. Ett av propositionens viktigaste ändamål var att ge barn och ungdomar ett förstärkt skydd mot sexuella övergrepp och sexuellt utnyttjande.²² Som ett resultat av kritik gentemot den tidigare gällande lagstiftningen infördes, på förslag av propositionen, en ny brottstyp rubricerad *våldtäkt mot barn (6 kap. 4 § BrB)*. Denna kom att fungera som den nya regleringen för de grävsta sexuella kränkningarna mot barn.²³ En lindrigare form av detta brott, rubricerat *sexuellt utnyttjande av barn (6 kap. 5 § BrB)*, infördes också.²⁴ Efter bestämmelsernas ikraftträdande har Högsta domstolen, i ett par fall, gjort en avvägning mellan brotten våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn.²⁵

¹⁹ Prop. 2004/05:45 s. 35 och s. 65.

²⁰ Avsnitt 4.1.

²¹ SOU 2001:14 s. 1.

²² Prop. 2004/05:45 s. 1.

²³ Ibid. s. 57 och s. 142.

²⁴ 6 kap. 5 §, SFS 2005:90.

²⁵ Ex. NJA 2006 s. 79 I och II.

3 Barn och tonåringars utsatthet

Detta kapitel syftar till att kortfattat skapa en uppfattning om barn och tonåringars utsatthet samt deras benägenhet att ta risker.

Sverige tillträdde FN-konventionen om barnets rättigheter, Barnkonventionen, efter beslut i riksdagen, den 21 juni 1990.²⁶ Genom detta har Sverige bland annat tagit på sig att garantera konventionens rättigheter för alla Sveriges barn och ungdomar.²⁷ I Barnkonventionens mening är alla under arton år barn.²⁸ Alla typer av mänskliga rättigheter skyddas i Barnkonventionen. Dessutom tar den hänsyn till barns utsatthet och sårbarhet. Detta kommer till uttryck i de artiklar som skyddar barn mot övergrepp och utnyttjande.²⁹ Av Barnkonventionens art. 34 följer bland annat att barn har rätt att skyddas mot alla former av sexuellt utnyttjande och sexuella övergrepp.

Det skrivs även om barn och ungdomars utsatthet och sårbarhet i den vetenskapliga litteraturen.³⁰ Ett typiskt tonårsbeteende är benägenheten att experimentera. Detta innefattar bland annat risktagande, vilket även sker på ett sexuellt plan. I perioder under utvecklingen i puberteten kan starka sexuella känslor leda till att ungdomar agerar ut sexuellt som i sig kan leda till oförutsedda konsekvenser, vilka de varken planerat eller samtyckt till.³¹ Pålshammar skriver, i en medicinsk artikel, om risktagande i tonåren.³² Det påvisas att tonårsperioden präglas av svårigheter att kontrollera sina känslor och beteenden. Bristerna i kontroll kan i stor grad minimera sannolikheten

²⁶ Prop. 1989/90:107.

²⁷ Prop. 2004/05:45 s. 26.

²⁸ Art. 1 Barnkonventionen.

²⁹ Prop. 2004/05:45 s. 26.

³⁰ Ex. Larsson, IngBeth, "Ett barns egen sexualitet – osynlig, normal eller problematisk?", 2002. I: Svedin, Carl Göran & Banck, Lena (red.), Sexuella övergrepp mot flickor och pojkar, Studentlitteratur, Lund, 2002.

³¹ Larsson (2002) s. 37.

³² Pålshammar, Åke, Tonårshjärnan, risk och sex, Läkartidningen, nr 6 volym 107, 2010, s. 354-356.

att tonåringars kunskap och vetskap om risker får effekt i deras handlande.
Det är först vid femton till sexton års åldern som kognitiv mognad kan anses
föreligga.³³

³³ Pålshammar (2010) s. 355.

4 Gällande rätt

Kapitlet redogör för rekvisiten i bestämmelserna, *våldtäkt mot barn i 6 kap. 4 § BrB* och *sexuellt utnyttjande av barn i 6 kap. 5 § BrB*. Dessutom undersöks lagstiftarens motiv vid införandet av bestämmelserna samt övriga relevanta förarbetsutlåtanden, med ett tydligt fokus på uttalanden från 2004/05 års proposition.³⁴ Slutligen görs en genomgång av ansvarsfrihetsregeln i *6 kap. 14 § BrB* samt för denna bestämmelse relevanta förarbetsutlåtanden.

4.1 Våldtäkt mot barn

6 kap. 4 § 1 st. BrB lyder:

Den som har samlag med ett barn under femton år eller som med ett sådant barn genomför en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, döms för våldtäkt mot barn till fängelse i lägst två och högst sex år.³⁵

4.1.1 Rekvisit

Vissa rekvisit i denna bestämmelse identiska med de som finns i den vanliga våldtäkstpargrafen.³⁶

Rekvisitet *samlag* avser vaginala samlag. Det räcker emellertid att könsdelarna har kommit i beröring med varandra.³⁷

En *sexuell handling* ämnar tillfredsställa antingen gärningsmannens eller offrets sexualdrift. Detta avser såväl varaktig fysisk beröring av antingen offrets könsorgan eller av offrets kropp med gärningsmannens könsorgan, som icke varaktig fysisk beröring exempelvis genom att offret blir tvingad

³⁴ Prop. 2004/05:45.

³⁵ 6 kap. 4 § 1 st. BrB.

³⁶ 6 kap. 1 § BrB.

³⁷ Holmqvist, Lena - Leijonhufvud, Madeleine - Träskman, Per Ole - Wennerberg, Suzanne, Brottsbalken: en kommentar. Del 1, (1-12 kap.): brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m., 7., [omarb.] studentutg., Norstedts juridik, Stockholm, 2013, BrB 6:1 s. 5.

till att onanera själv.³⁸ Utöver att ha en tydlig sexuell karaktär, ska handlingen vara ägnad åt att kränka offrets sexuella integritet.³⁹ När bestämmelsen om våldtäkt mot barn infördes löd första meningen i första stycket; ”...annan sexuell handling som med hänsyn till *kränkningens art och omständigheterna i övrigt* är jämförlig med samlag”.⁴⁰ I dag står i stället; ”... annan sexuell handling som med hänsyn till *kränkningens allvar* är jämförlig med samlag”.⁴¹ Ändringen gjordes med en senare lagreform.⁴² Lagstiftaren tyckte att det förut lagts för mycket vikt på den sexuella handlingen som sådan, och inte kränkningen som brottsoffret utsatts för. Enligt lagstiftarens hamnade domstolarna ofta i väldigt tekniska överväganden kring den sexuella handlingen.⁴³ Handlingar som omfattas av rekvisitet är exempelvis orala och anala samlag samt införande av föremål eller fingrar i offrets underliv eller anus.⁴⁴

Utöver ovanstående rekvisit krävs enbart att barnet ännu inte fyllt femton år.⁴⁵ Det uppställs inget krav på tvång, våld eller hot i bestämmelsen.⁴⁶

4.1.2 Lagstiftarens motiv

Bestämmelsen om våldtäkt mot barn kom att ersätta den äldre bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av underårig gällande de grävsta sexuella kränkningarna mot barn.⁴⁷ En anledning till införandet av en ny bestämmelse är att vissa avgöranden hade kritiserades. I synnerhet kritiserades kravet på att tvång skulle ha använts. Resultaten av tillämpningen av våldtäktsbestämmelsen, då barn var de utsatta, ansågs inte

³⁸ Holmqvist m.fl. (2013), Brottsbalken: en kommentar, BrB 6:1 s. 5.

³⁹ Prop. 2004/05:45 s. 32.

⁴⁰ SFS 2005:90.

⁴¹ 6 kap. 4 § 1 st. BrB.

⁴² Prop. 2012/13:111.

⁴³ Ibid. s. 35.

⁴⁴ Holmqvist m.fl. (2013), Brottsbalken: en kommentar, BrB 6:1 s. 5.

⁴⁵ 6 kap. 4 § 1 st. BrB.

⁴⁶ Holmqvist m.fl. (2013), Brottsbalken: en kommentar, BrB 6:4 s. 2.

⁴⁷ Prop. 2004/05:45 s. 142.

vara rimliga.⁴⁸ Ordet *våldtäkt* har sedan länge använts för de mest allvarliga sexualbrotten. Avsikten var att låta det förbli så. Enligt lagstiftarens åsikt tydliggörs gärningens allvar genom den starka rubriceringen. Rubriceringen visar på den skärpta syn på sexualbrott mot barn som förslaget grundas i.⁴⁹

4.1.2.1 Frivillighet och barn

Syftet med regleringen som avser att skydda vuxna skiljer sig delvis från syftet med regleringen som avser att skydda barn.⁵⁰ Av förarbetena framgår att det inte är lämpligt att på samma sätt experimentera med begrepp som samtycke och frivillighet, vid sexualbrott mot barn⁵¹ samt att barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar.⁵² Möjligheterna för barn att uttrycka sin vilja i situationer av sexuella övergrepp är starkt begränsade. Dessutom påpekas att först när de fyllt femton år, når barn åldern för sexuellt självbestämmande.⁵³

4.1.2.2 Inget krav på tvång eller våld

För bestämmelsens tillämplighet, föreligger inte något krav på tvång eller våld.⁵⁴ Det framgår av kommitténs utredning att i en sexualbrottsreglering med skilda brott för barn och vuxna, utesluts inte att använda rubriceringen *våldtäkt mot barn* även om det för straffansvar inte krävs att tvång har företagits.⁵⁵

Både praxis och forskning visar på att våld sällan används vid sexuella övergrepp mot barn.⁵⁶ Absolut vanligast är att barnet lamslås och förblir passivt. Det förekommer emellertid även situationer då barnet hålls fast med gärningsmannens kroppsvikt då denne ligger på barnet. Det krävs alltså

⁴⁸ Ibid. s. 67 f.

⁴⁹ Ibid. s. 69.

⁵⁰ Ibid. s. 67.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid. s. 70.

⁵³ Ibid. s. 67.

⁵⁴ 6 kap. 4 § 1 st. BrB.

⁵⁵ SOU 2001:14 s. 19.

⁵⁶ Prop. 2004/05:45 s. 68 f.

sällan direkt våld.⁵⁷ Har övergreppen skett under en längre tid kan de av barnet börja uppfattas som normala. Sexuella övergrepp mot barn är alltid integritetskränkande och barn kan uppfatta en vuxen som hotfull oavsett om våld använts eller inte.⁵⁸ Trots att gärningsmannen sällan behöver ta till våld eller hot för att kunna företa sexuella handlingar med barn så är ett övergrepp av denna form ändå smärtsamt och otäckt.⁵⁹ Lagstiftaren har gett uttryck för detta synsätt redan i tidigare förarbeten från 1980-talet. Då diskuterades det emellertid främst i samband med övergrepp inom familjen, i synnerhet från fäder och styvfäder gentemot döttrar och styvdöttrar.⁶⁰

Det krävs inte att gärningsmannen tar initiativet till handlingen, det kan likväl komma från den som blir utsatt för brottet.⁶¹

4.2 Sexuellt utnyttjande av barn

6 kap. 5 § BrB lyder:

Är ett brott som avses i 4 § första eller andra stycket med hänsyn till omständigheterna vid brottet att anse som mindre allvarligt, döms för sexuellt utnyttjande av barn till fängelse i högst fyra år.⁶²

4.2.1 Rekvisit

Sexuellt utnyttjande av barn är en lindrigare form av brottet våldtäkt mot barn, och avses tillämpas när brottet *med hänsyn till omständigheterna vid brottet är att anse som mindre allvarligt*.⁶³ För att kunna utröna vilka typer av situationer detta kan omfatta får förarbetena granskas.

⁵⁷ Prop. 2004/05:45 s. 69.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid. s. 160.

⁶⁰ Prop. 1983/84:105 s. 27.

⁶¹ Prop. 2004/05:45 s. 143.

⁶² 6 kap. 5 § BrB.

⁶³ Ibid.

4.2.2 Lagstiftarens motiv

Inledningsvis kan påpekas att förslaget i utredningsbetänkandet inte innehöll en lindrigare form av bestämmelsen om våldtäkt mot barn. Kommittén ansåg att de fall då ett samlag mellan två nästintill lika gamla och mogna tonåringar, är präglad av frivillighet och ömsesidighet, så uppfylls inte rekvisitet ”allvarligt kränkande”.⁶⁴ Som sett ovan innehöll emellertid inte regeringens förslag något krav på att den sexuella handlingen skulle vara ”allvarligt kränkande”.⁶⁵

4.2.2.1 Frivillighet och ömsesidighet

Även situationen då en fjortonåring och en femtonåring har samlag med varandra och båda har samtyckt till det, omfattas av det kriminaliserade området för brottet våldtäkt mot barn.⁶⁶ Bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn är typiskt sett ämnade åt de situationer då två personer frivilligt har samlag med varandra och då den ena av dem är strax under och den andra strax över femton år gammal.⁶⁷ Det sägs i förarbetena att bestämmelsen även omfattar situationen då en ungdom på fjorton år och elva månader, har samlag med en tjugonioåring. I detta fall kan det vara fråga om att den yngre har en utvecklad sexualitet och ett frivilligt förhållande till en mycket äldre person.⁶⁸ Lagstiftaren konstaterar att det inte är lämpligt att rubricera en handling som våldtäkt mot barn där samlaget baseras på fullständig frivillighet och ömsesidighet, trots att det de facto är förbjudet att ha sexuellt umgänge med ett barn under femton år.⁶⁹ Samtliga omständigheter vid brottet ska beaktas vid bedömningen. Bestämmelsen avses att tillämpas restriktivt och den är inte till för de fall då det rör sig om små barn.⁷⁰ Vad som avses med ”små barn” har inte preciserats i lagförarbetena.

⁶⁴ SOU 2001:14 s. 271.

⁶⁵ Prop. 2004/05:45 s. 66.

⁶⁶ Ibid. s. 71.

⁶⁷ Ibid. s. 144.

⁶⁸ Ibid. s. 77.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid. s. 144.

4.2.2.2 Barnets förutsättningar

Det räcker inte med att konstatera att den sexuella handlingen har varit frivillig från barnets sida. Barnet måste även haft förutsättningar att kunna bedöma och själv ta ställning till situationen. I bedömningen om barnet haft sådana förutsättningar tas hänsyn till dess utveckling och omständigheterna i övrigt.⁷¹

4.3 Ansvarsfrihetsregeln

Jag finner det nödvändigt och relevant att övergripande redogöra för 6 kap. 14 § 1 st. BrB. Avsikten med avsnittet är att förse läsaren med en mer fulländad bild av lagstiftarens tanke kring gränsdragningen av de två ovanstående brotten.

6 kap. 14 § 1 st. BrB lyder:

Den som begått en gärning enligt 5 § eller 6 § första stycket mot ett barn under femton år eller enligt 8 § första stycket eller 10 § första stycket, ska inte dömas till ansvar om det är uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot barnet med hänsyn till den ringa skillnaden i ålder och utveckling mellan den som har begått gärningen och barnet samt omständigheterna i övrigt.⁷²

4.3.1 Rekvisit

Bestämmelsen kan bland annat tillämpas då gärningen rubricerats som sexuellt utnyttjande av barn.⁷³ För att gärningen inte ska innebära ett *övergrepp* mot barnet krävs att parterna är nästintill lika gamla och mogna. Offrets deltagande måste vara helt frivilligt. Tvång eller otillbörlig påverkan

⁷¹ Ibid.

⁷² 6 kap. 14 § 1 st. BrB.

⁷³ Ibid.

kan överhuvudtaget inte föreligga. Bestämmelsen ska tillämpas med restriktivitet.⁷⁴ I bedömningen tas hänsyn till alla omständigheter, i synnerhet hur förhållandet mellan parterna såg ut samt hur situationen vid gärningstillfället såg ut.⁷⁵

Skillnaden i ålder och utveckling mellan parterna ska vara *ringa*. Är offret under fjorton år kan ansvarsfrihet enbart i undantagsfall bli aktuellt. Hur stor åldersskillnad som godtas mellan parterna beror på hur nära femtonårsgränsen den yngre av de två är. Ålder är dock inte en säker indikation på en ökad mognad.⁷⁶

4.3.2 Lagstiftarens motiv

En exempelsituation då regeln kan komma att bli tillämplig är när en sextonårig pojke och fjortonårig flicka genomför en sexuell handling som är fullkomligt präglad av frivillighet från bådas håll. Enligt lagstiftarens åsikt skulle vara straffansvar i en sådan situation vara skadligt för båda parter.⁷⁷

4.4 Sammanfattande kommentarer

Ett starkt skydd för barn under femton år föreligger. Lagstiftaren har uttryckt att barn under femton år egentligen inte kan samtycka till sexuella handlingar och att begreppet frivillighet inte är lämpligt att använda i dessa sammanhang. Samtidigt har de uttryckt att frivilligheten ska beaktas, under vissa omständigheter. Exempel har givits, men en närmare precisering av situationer som avses med bestämmelsen saknas. Ansvarsfrihetsregeln har egentligen inget att göra med gränsdragningen av brotten våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn. Det är dock viktigt att notera när lagstiftaren finner det olämpligt att överhuvudtaget döma till straffansvar.

⁷⁴ Holmqvist m.fl. (2013), Brottsbalken: en kommentar, BrB 6:14 s. 2.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Jareborg, Nils - Friberg, Sandra - Asp, Petter - Ulväng, Magnus, Brotten mot person och förmögenhetsbrotten, 2., [uppdaterade] uppl., Iustus, Uppsala, 2015, s. 141.

⁷⁷ Ibid.

5 Rättsfallstudie

I detta kapitel redogörs för ett antal rättsfall i syfte att visa på hur domstolen har tolkat förarbetena beträffande brottsrubriceringen. I samtliga fall har den tilltalade åtalats för våldtäkt mot barn.

5.1 NJA 2006 s. 79 I

Den tilltalade var en tjugofem år gammal man och målsäganden en tretton år och tio månader gammal flicka.⁷⁸ Flickan hade en häst hos mannen. De två hade under det senaste året börjat lära känna varandra varpå ett förhållande utvecklades. Mannen hade fru och barn. Parterna hade vid flera tillfällen diskuterat att inleda en sexuell relation. Mannen hade vid dessa tillfällen sagt att de kunde vänta, men uppgett att han förmodligen skulle ha sex med sin fru i stället. De hade i början av maj planerat ett samlag som sedan ägde rum i mannens bostad.⁷⁹

5.1.1 Domstolens resonemang

HD konstaterade att det i lagmotiven finns uttalanden som talar emot att frivillighet ska beaktas vid sexuella övergrepp mot barn. HD klargjorde att dessa uttalanden måste anses vara ämnade åt mindre barn. I fall som detta beaktas frivilligheten, dock mot bakgrund av flickans mognad och förmåga att inse innebörden av sitt handlande.⁸⁰ HD ansåg att samlaget var frivilligt och ömsesidigt. Båda parter hade uppgett att de förälskade sig i varandra och att samlaget var planerat av dem båda i samförstånd. Beträffande flickans ålder, ansåg domstolen att hon var så pass gammal att åldern i sig inte kan anses hindra ett beaktande av frivilligheten. HD ansåg att det inte hade förekommit något i målet gällande flickans mognad eller omständigheterna vid samlaget som indikerade att frivilligheten bör

⁷⁸ NJA 2006:13 s. 79.

⁷⁹ Ibid. s. 80.

⁸⁰ Ibid. s. 87.

bortses.⁸¹ Mannen dömdes för sexuellt utnyttjande av barn.⁸²

Två justitieråd var skiljaktiga och ansåg att mannen skulle dömas till våldtäkt mot barn. Dessa konstaterade bland annat att syftet till den nya regleringen var att ge barn och ungdomar ett starkare skydd mot sexuella kränkningar, att den lindrigare bestämmelsen avses att tillämpas restriktivt samt att utgångspunkten för barn är att de aldrig kan samtycka till sexuella handlingar. De påpekade att flickan framförde att mannen tjatat på henne och att hon upplevde det som jobbigt när han sa att han skulle lämna henne eller ha sex med sin fru i stället. Flickan hade spenderat mycket tid hos mannen, bland annat för att hon hade sin häst där. Det kan sägas att tiden som flickan spenderade hos mannen innehöll diverse drag av ett beroendeförhållande. Samlaget i sig skedde frivilligt, men diverse påtryckningar och övertalning förekom innan den aktuella händelsen.⁸³

5.1.2 Sammanfattande kommentarer

Uttalandena i förarbetena angående frivillighet och samtycke hos barn under femton år kommenterades i fallet. Majoriteten tycks in ha ansett att de påtryckningar som de två skiljaktiga talade om utgjorde grund för att betvivla frivilligheten hos barnet. En åldersribba sattes då domstolen konstaterade att en ålder på tretton år och tio månader i sig inte utgör ett hinder för att tillämpa den lindrigare bestämmelsen.

5.2 NJA 2006 s. 79 II

Den tilltalade var en tjugofem år gammal man och målsäganden en fjorton år och tio månader gammal flicka.⁸⁴ Mannen och flickan hade haft samlag hemma hos mannen på morgonen efter en natt av festande. Båda två hade druckit alkohol. Flickan hävdade att hon hade sagt att hon inte ville ha samlag, vilket förnekades av mannen. Mannen uttryckte att det rörde sig om

⁸¹ NJA 2006:13 s. 87.

⁸² Ibid. s. 88.

⁸³ Ibid. s. 90.

⁸⁴ Ibid. s. 91.

två samlag, ett på morgonen efter festnatten, och ett vid lunchtid samma dag. Denna uppgift förnekade inte flickan. Mannen hade tidigare haft en sexuell relation med flickans mor.⁸⁵

5.2.1 Domstolens resonemang

HD sa att flickan var väldigt nära åldern för sexuellt självbestämmande och att flickan, i HD uppgav att hon inte var säker på att mannen uppfattade det när hon sa att hon inte ville ha samlag. Mot bakgrund av detta och omständigheterna i övrigt ansågs att man får utgå ifrån att mannen uppfattade samlaget som frivilligt från flickans sida. Domstolen dömde mannen för sexuellt utnyttjande av barn. Då båda parter druckit en del alkohol och varit uppe hela natten, ansåg domstolen att gärningen, bedömt enligt regeln om sexuellt utnyttjande, var av allvarligt slag.⁸⁶

Ett justitieråd var skiljaktigt. Vederbörande menade att trots att samlaget kan ha framstått som frivilligt från flickans sida, så kände mannen till att flickan varit uppe hela natten och druckit en hel del. I alla fall om mannen varit i nyktert tillstånd så måste han ha förstått att omständigheterna inte var sådana att flickan kunde bedöma och ta ställning till situationen. Den skiljaktige fann att HD borde ha dömt mannen för våldtäkt mot barn.⁸⁷

5.2.2 Sammanfattande kommentarer

Bedömningen grundar sig i det faktum att flickan i HD uppgav att hon var osäker på huruvida mannen visste om att hon inte ville genomföra samlagen. Avgörandet bygger i stort på gärningsmannens perspektiv samt att flickan var nära åldern för sexuellt självbestämmande.

I ett utredningsbetänkande från 2010, vars bakomliggande utredning hade till syfte att bland annat utvärdera rättstillämpningen efter sexualbrottsreformen från år 2004/05⁸⁸, kan läsas följande:

⁸⁵ NJA 2006:13 s. 91 f.

⁸⁶ Ibid. s. 99.

⁸⁷ Ibid. s. 100.

⁸⁸ SOU 2010:71 s. 3.

”Att låta gärningsmannens uppfattning om förekomsten av omständigheter av förmildrande slag vara avgörande vid gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn är enligt vår mening en korrekt rättstillämpning. Av täckningsprincipen följer att brottets objektiva rekvisit – vid våldtäkt mot barn bl.a. avsaknaden av ’förmildrande omständigheter’ enligt 5 § - ska vara täckt av gärningsmannens uppsåt.”⁸⁹

Avseende berusningens betydelse för gärningsmannens uppfattning om frivilligheten hos offret, menar utredningen att man kan bortse från gärningsmannens villfarelse förutsatt att han inte hade gjort missuppfattningen i ett nyktert tillstånd.⁹⁰

Vid samråd med olika aktörer angående resonemangen i NJA 2006 s. 79 både I och II, har åklagarna som hördes har framfört att omständigheterna i fallen inte var sådana att man kan konstatera att frivillighet och ömsesidighet rådde.⁹¹

5.3 NJA 2012 s. 564

Den tilltalade var en sjuuttonårig man och målsäganden en tolvårig flicka. Sjuuttonåringen åtalades för våldtäkt mot barn, då han med målsäganden haft samlag och med samlag jämförliga handlingar.⁹² Mannen led av en allvarlig psykisk störning som bland annat påverkade hans mognad och mentala ålder.⁹³ Dessa uppgifter synes dock vara irrelevanta för domstolens resonemang i frågan om brottsrubricering i detta specifika fall.⁹⁴

5.3.1 Domstolens resonemang

HD dömde mannen för våldtäkt mot barn. De konstaterade att det står klart att det inte kommer på fråga att betrakta gärningen som mindre allvarlig och

⁸⁹ Ibid. s. 320.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid. s. 316.

⁹² NJA 2012:57 s. 564.

⁹³ Ibid. s. 568 f.

⁹⁴ Ibid. s. 569.

således rubricera den som sexuellt utnyttjande av barn, när barnet som gärningen riktar sig mot inte är äldre än tolv år gammalt.⁹⁵

5.3.2 Sammanfattande kommentarer

Rättsfallet är viktigt. Genom detta har HD nu uttryckt att det synes främmande att tillämpa den lindrigare bestämmelsen gällande ett barn som inte är äldre än tolv år.

5.4 NJA 2015 s. 948

Detta fall rörde en nitton år gammal man och en fjorton år och sex månader gammal flicka som vid ett tillfälle hade haft samlag.⁹⁶ Under sommaren hade parterna spenderat tid med varandra tillsammans med gemensamma vänner. De hade via chatkonversationer diskuterat sex på mannens initiativ. Mannen hämtade upp flickan i en bil den aktuella kvällen. Flickan och mannen hade bestämt träffen i förväg och diskuterat vad som skulle hända.⁹⁷ Platsen där händelsen inträffade var ett folktomt industriområde.⁹⁸ Flickan hävdade i sin muntliga framställning att hon hade sagt att hon ville vänta med sex tills de hade en mer seriös relation.⁹⁹ De pussades och kramades i bilens baksäte. Detta gick över till ett samlag. Flickan förblev passiv under samlaget. Mannen var aktiv och pådrivande.¹⁰⁰

5.4.1 Domstolens resonemang

HD konstaterade, först och främst, att samlaget i detta fall inte hade byggts på total frivillighet och ömsesidighet och att mycket visade på att flickan inte ville genomföra samlaget. Å andra sidan ansåg domstolen att utifrån vad som framkommit i målet så uppfattade mannen samlaget som frivilligt

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ NJA 2015:86 s. 948.

⁹⁷ Ibid. s. 958.

⁹⁸ Ibid. s. 952.

⁹⁹ Ibid. s. 949.

¹⁰⁰ Ibid. s. 958.

från flickans sida. Mot bakgrund av detta och med hänsyn taget till mannens respektive flickans ålder dömde HD mannen till sexuellt utnyttjande av barn.¹⁰¹

5.4.2 Sammanfattande kommentarer

Det framgår i målet att domstolen tog utgångspunkt i delvis propositionen samt två ovanstående avgörandena från 2006.¹⁰² Även här har vikt lagts på huruvida handlingen, från gärningsmannens sida, uppfattats som frivillig. Detta trots att HD:s ansåg att handlingen inte präglades av fullständig frivillighet och att mycket talade för att flickan inte ville.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid.

6 Debatt i doktrinen

Kapitlet redogör för kritik, åsikter och synpunkter, som förts avseende högsta domstolens tidigaste avgöranden efter 2004/05 års reform, NJA 2006 s. 79 I och II. Materialet som används är i huvudsak två artiklar från Juridisk tidskrift.

6.1 Frivillighetens komplikationer

Bland annat har majoritetens resonemang i NJA 2006 s. 79 I¹⁰³ kritiserats av Madeleine Leijonhufvud i en artikel i Juridisk tidskrift.¹⁰⁴ Hon anser att målets utfall inte är förenligt med förarbetena och hävdar att omständigheterna i fallet inte varit sådana att flickan hade förutsättningar att fatta ett välgrundat och moget beslut. Flickan hade, enligt Leijonhufvud, utsatts för påtryckningar av mannen. Utöver detta påpekas att flickan ännu inte var fjorton år fyllda.¹⁰⁵ Leijonhufvud finner det anmärkningsvärt att HD uttryckte detta i straffvärdesbedömningen men inte i sitt resonemang kring brottsrubriceringen.¹⁰⁶ Även Josef Zila har kommenterat domen¹⁰⁷, men menar till skillnad från Leijonhufvud på att HD:s bedömning är korrekt. Zila hänvisar till att HD i sin bedömning tar upp exemplet från lagmotiven om en fjortonåring som har samlag med en tjugonioåring. Han påpekar att omständigheterna i detta fall skiljde sig från exempelsituationen i lagmotiven enbart på så vis att flickan inte var fjorton år fyllda ännu (hon var tretton år och tio månader).¹⁰⁸ Leijonhufvud finner det anmärkningsvärt att HD i brottsrubriceringsfrågan hävdar att flickans handlande var helt frivilligt, men senare gör ett konstaterande om att barn under femton år, oavsett hur situationen såg ut, inte är mogna nog att ta ställning till sexuella

¹⁰³ Avsnitt 5.1.

¹⁰⁴ Leijonhufvud, Madeleine, HD prövar den nya regleringen av sexualbrott mot barn, Juridisk Tidskrift, Nr 4, 2005/06, s. 900-904.

¹⁰⁵ Leijonhufvud (2005/06) s. 902.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Zila, Josef, Rättspraxis efter sexualbrottsreformen 2005, Juridisk Tidskrift, Nr 2, 2007/08, s. 552-559.

¹⁰⁸ Zila (2007/08) s. 553.

handlingar av en viss art.¹⁰⁹ Zila hävdar att det senare uttalandet gällande barns förmåga att ta ställning till vissa sexuella handlingar, ingick i HD:s bedömning av skadestandsfrågan, och måste således ses i det sammanhanget.¹¹⁰

Avseende det andra fallet, NJA 2006 s. 79 II¹¹¹, uttrycker Leijonhufvud ännu en gång sin förvåning gentemot majoritetens resonemang kring frivillighet. Hon kritiserar starkt det faktum HD:s majoritet i ansvarsdelen hänvisat till uttalanden i propositionen om att bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn förutsätter att samlaget byggt på fullständig frivillighet och ömsesidighet, men i skadestandsbedömningen säger att det rör sig om en vuxen man som har utnyttjat en berusad fjortonåring.¹¹² Zila kritiserar både Leijonhufvud och den skiljaktiga domaren i målet, för att ha bortsett från det faktum att det rörde sig om två samlag, ett under morgonen och det andra vid lunchtid samma dag.¹¹³ Zila hävdar att beträffande det andra samlaget kan varken berusning eller trötthet ha spelat en så stor roll. Zila menar att det faktum, att det andra samlaget skett helt frivilligt, kan inte anses vara helt oväsentligt vid bedömningen av huruvida det första samlaget också var det.¹¹⁴

6.2 Försiktighet i rubriceringen

Leijonhufvud menar att HD varit under uppfattningen att straffskalan för våldtäkt mot barn är väldigt hård och att brottsrubriceringen känts inadekvat.¹¹⁵ Leijonhufvud replikerade Zila i ännu en artikel i juridisk tidskrift.¹¹⁶ Hon påpekar att HD:s resonemang kring val av brottsrubricering, i NJA 2006 s. 79 I och II, har präglats av deras

¹⁰⁹ Leijonhufvud (2005/06) s. 902.

¹¹⁰ Zila (2007/08) s. 554.

¹¹¹ Avsnitt 5.2.

¹¹² Leijonhufvud (2005/06) s. 903.

¹¹³ Zila (2007/08) s. 556.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Leijonhufvud (2005/06) s. 904.

¹¹⁶ Leijonhufvud, Madeleine, Replik: HD och den nya regleringen av sexualbrott mot barn, Juridisk Tidskrift, Nr 4, 2007/08 s. 995-996.

uppfattning om straffvärdet på gärningarna. Oavsett HD:s tankar om rimligheten i lagstiftarens inställning, får det inte avvika från den i en demokratisk ordning skapade regleringen.¹¹⁷

Fenomenet har även kommenterats i annan doktrin. Eva Diesen och Christian Diesen hävdar att vid en genomgång av alla domar avseende grövre sexuella övergrepp mot barn från år 2004 och år 2006, kan konstateras att åtal ogillats i 10-14 % av fallen. Detta är betydligt lägre än för våldtäkt mot vuxna. De menar att detta visar på en stor försiktighet med att väcka åtal i sexualbrottsmål när barn är offer.¹¹⁸ Diesen och Diesen anser att NJA 2006 s. 79 I och II enkelt kan kritiseras då det inte i något av fallen var fråga om en relation mellan gärningsmannen och målsäganden. Frivilligheten kan på grund av detta ifrågasättas i båda fallen. De resonerar kring huruvida avgörandena kan grunda sig i en rädsla hos domstolen att använda den starka rubriceringen våldtäkt mot barn. Diesen och Diesen hävdar att genom att undvika användande av våldtäktsbegreppet för tonåringar anser domstolen indirekt att tonåringar får ta ansvar för sin sexualitet själva.¹¹⁹

6.3 Sammanfattande kommentarer

Den största frågan för debatt synes vara huruvida frivilligheten från barnens sida, i de omnämnda fallen¹²⁰, kan betvivlas med tanke på omständigheterna som rådde vid tiden för gärningarna. Det vill säga, debatten rör huruvida handlingen verkligen var frivillig från offrets sida. Två straffrättsprofessorer har tyckt helt olika på denna punkt. Beträffande rubriceringsfrågan synes Leijonhufvud, Diesen och Diesen vara överens om att HD gärna undviker den starka rubriceringen våldtäkt mot barn.

¹¹⁷ Leijonhufvud (2007/08) s. 995.

¹¹⁸ C. Diesen och E. Diesen (2013) s. 172 f.

¹¹⁹ Ibid. s. 177.

¹²⁰ NJA 2006 s. 79 I och II.

7 Analys

Följande kapitel har till syfte att, genom analys och diskussion, besvara uppsatsens frågeställningar:

- *Vilka omständigheter kan göra att brottet, våldtäkt mot barn, är att ses som mindre allvarligt?*

- *Är rättstillämpningen förenlig med lagstiftarens intentioner vid gränsdragningen av de två brotten?*

7.1 Omständigheter som gör en våldtäkt mot barn mindre allvarlig

Omständigheter som kan göra brottet våldtäkt mot barn att ses som mindre allvarligt verkar främst vara offrets ålder, huruvida handlingen var frivillig från offrets sida samt huruvida gärningsmannen uppfattade handlingen som frivillig från offrets sida. Beträffande offrets ålder är det i praxis tydligt att det inte kommer på fråga att döma till sexuellt utnyttjande av barn om offret inte är mer än tolv år gammalt. Att gärningen är planerad i samråd har visat sig vara en omständighet som talar för att den lindrigare bestämmelsen ska tillämpas, förmodligen på grund av att det kan indikera att samlaget byggts på frivillighet och ömsesidighet. Frivillighetsfrågan, vare sig den handlar om hur offret har uppfattat handlingen eller hur gärningsmannen har tolkat offrets inställning till handlingen, är det som verkar vara avgörande för hur domstolen kommer att bedöma gärningen. Huruvida detta är förenligt med lagmotiven eller inte ska diskuteras i näst avsnitt.

Avseende gärningsmannens ålder, kan sägas att i rättsfallsstudien har nästan uteslutande redogjorts för avgöranden där gärningsmannen är mellan nitton och tjugofem år gammal. Konstateras kan att om gärningsmannen är upp till tjugofem år, hindrar detta i sig inte domstolen från att tillämpa den lindrigare bestämmelsen.

7.2 Förenlighet med lagstiftarens intentioner

Det är svårt att avgöra om användningen av den lindrigare bestämmelsen har varit restriktiv, enbart genom att redogöra för ett fåtal avgöranden. Lagmotiven säger att bestämmelsen om våldtäkt mot barn avser de *allvarligaste* sexuella kränkningarna. Samtidigt ska den starka rubriceringen spegla den numera *strängare* synen på sexualbrott mot barn. Frågan är om det efter reformen föreligger en strängare syn på vad som ska omfattas av bestämmelsen om våldtäkt mot barn. Att lagstiftaren undvek att inkludera ett krav på tvång i bestämmelsen om våldtäkt mot barn, är förenligt med strävan efter ett starkare skydd för barn. Vidare har lagstiftaren sagt att gärningens allvar tydliggörs genom den starka rubriceringen. Uttalandena indikerar att rubriceringen är viktig och medvetet sträng. Jag instämmer med Leijonhufvud kritiken mot HD beträffande försiktigheten att rubricera brottet som våldtäkt mot barn. Jag håller även med om att det är märkligt att HD undgår att ta hänsyn till omständigheter i brottsrubriceringen, som de tagit hänsyn till i straffvärdebedömningen.

Att HD flera gånger lagt vikt vid att gärningsmannen uppfattat samlaget som frivilligt från offrets sida bör också ses över. Som nämnt har 2008 års sexualbrottsutredning ansett det vara en korrekt rättstillämpning resonera på detta sätt. Jag anser att det är en stor skillnad på att gärningsmannen ”uppfattade” samlaget som frivilligt från en sexuellt passiv flicka¹²¹ och att samlaget i sin helhet *bygger* på frivillighet och ömsesidighet. Enligt min åsikt hade det varit mer lämpligt att domstolen ställde sig frågan huruvida gärningsmannen hade kunnat uppfatta samlaget som grundat på fullkomlig frivillighet och ömsesidighet, mot bakgrund av vid tillfället rådande omständigheter. I NJA 2015 s. 948 ansåg domstolen inte att samlaget byggde på total frivillighet och ömsesidighet. I det fallet var mannens uppfattning alltså helt avgörande. Oavsett om detta är korrekt i uppsåtshänseende, som i denna uppsats inte behandlas närmare, finner jag

¹²¹ Jmf. NJA 2015 s. 948.

det vara oförenligt med lagförarbetena.

Det är tydligt i lagmotiven att barn som huvudregel inte kan samtycka till sexuella handlingar. I vissa fall, beaktas frivilligheten, men då ska den sexuella handlingen vara fullkomligt byggd på frivillighet. Enligt mig har fallet inte varit så i något utav de uppsatsen redogjorda avgörandena. Som påpekat i lagmotiven krävs sällan direkt våld vid sexuella övergrepp mot barn. Barn har inte förmåga till att visa samma viljeuttryck som vuxna och förblir därför ofta passiva. Det kan vara så att lagstiftaren syftade på yngre barn i detta uttalande. Med det sagt är läget inte nödvändigtvis annorlunda för en tretton år gammal flicka som utsätts för sexuella närmanden av en äldre man. I synnerhet om dessa närmanden företas på en för barnet otrygg plats, exempelvis mannens bostad eller bil. Även i det fall att barnet själv tar initiativ till den sexuella handlingen rör det sig likväl om våldtäkt mot barn. Huruvida passivitet kan räknas som ett samtycke har inte diskuterats i denna uppsats. Således kan det, avseende detta, enbart konstateras att lagstiftaren har uttryckt att barn kan förbli passiva vid sexuella övergrepp och att detta visserligen har nämnts av domstolen men inte spelat någon väsentlig roll i bedömningen. Utifrån det i uppsatsen anlagda barnperspektivet är detta beklagligt. Tonåringar tar risker som kan få allvarliga och oförutsedda utfall. Det kan inte säkert påstås att HD dömt till den lindrigare bestämmelsen mot bakgrund av att inget våld har företagits. Men HD tycks inte ha haft större betänkligheter i att acceptera mannens uppfattning om att handlingen var frivillig från offrets sida. Även detta går emot lagstiftarens intentioner.

Det har också uttryckts i förarbetena att barnet måste ha förutsättningar att själv kunna bedöma situationen. I bedömningen ska hänsyn tas till barnets utveckling och omständigheterna i övrigt. Det är just sådana ”omständigheter i övrigt” som Leijonhufvud och de skiljaktiga i NJA 2006 s. 79 I problematiserar, när de exempelvis påpekar att flickan utsätts för påtryckningar av mannen. Då lagstiftaren inte preciserat vilka omständigheter som det skulle kunna röra sig om, anser jag inte att man kan säga exakt vad som är rätt eller fel. Men utifrån det anlagda barnperspektivet kan det anses som bristfälligt att, som domstolen har gjort,

inte ta hänsyn till omständigheter som t.ex. påtryckningar från gärningsmannen som skäl att betvivla barnets förmåga att fatta ett övertänt och välgrundat beslut. Vidare har det inte resonerats kring barnets utveckling i något av fallens domskäl. I min mening kan HD inte anta att ett barn är tillräckligt utvecklat och moget att fatta beslut om samlag, enbart för att det inte har framkommit något som talar emot detta. I synnerhet inte när den tydliga utgångspunkten i lagmotiven är att barn under femton år inte kan samtycka till sexuella handlingar. Mot bakgrund av detta har domstolen även här brustit i rättstillämpningen.

Det är i sig inte en fel av domstolen att ha dömt gärningsmannen för sexuellt utnyttjande av barn, när han har varit mellan nitton till tjugofem år gammal. I lagmotiven tas exemplet med fjortonåringen och tjugonioåringen upp som ett fall som omfattas av kriminaliseringen. Det faktum att det dessutom finns en ansvarsfrihetsregel vid fall av ringa skillnad i ålder och mognad mellan offret och gärningsmannen, talar för att en påfallande åldersskillnad inte nödvändigtvis hindrar en tillämpning av den lindrigare bestämmelsen sexuellt utnyttjande av barn.

7.3 Slutsats

Offrets ålder, frivilligheten från offrets sida, samt huruvida gärningsmannen uppfattade handlingen som frivillig från offrets sida är omständigheter som enligt domstolen gör brottet våldtäkt mot barn mindre allvarligt. Då det sällan är lätt att utläsa vad de baserar den påstådda frivilligheten på, eller gärningsmannens uppfattning av handlingen som frivillig, anser jag det inte vara självklart vilka specifika omständigheter det rör sig om.

Som ovan resonerat är inte HD:s rättstillämpning helt förenlig med lagförarbetena. Fall av uppenbara utnyttjanden har rubricerats lindrigare, trots den oerhört tydliga utgångspunkten i lagmotiven om att barn under femton år inte kan samtycka till sexuella handlingar. Visserligen är lagmotiven svårtolkade, med stundtals motsägelsefulla uttalanden om barns förmåga att samtycka och visa på frivillighet. Men med tanke på hela syftet

med regleringen, frånvaron av tvångsrekvisit i bestämmelsen om våldtäkt mot barn, samt vaga uttalanden om frivillighet, så finner jag att HD har varit för generösa i fråga om brottsrubricering.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Propositioner

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

Prop. 1989/90:107 Om godkännande av FN-konventionen om barnets rättigheter

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

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

Prop. 2004/05:45 En ny sexualbrottslagstiftning

Prop. 2012/13:111 En skärpt sexualbrottslagstiftning

Statens offentliga utredningar

SOU 2001:14 Sexualbrotten - Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor

SOU 2010:71 Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag

Litteratur

Back, Christina, ”Historisk tillbakablick och synen på sexuella övergrepp”, 2002. I: Svedin, Carl Göran & Banck, Lena (red.), *Sexuella övergrepp mot flickor och pojkar*, Studentlitteratur, Lund, 2002

Diesen, Christian & Diesen, Eva F., *Övergrepp mot kvinnor och barn: den rättsliga hanteringen*, 2., uppdaterade och utök. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013

Holmqvist, Lena - Leijonhufvud, Madeleine - Träskman, Per Ole - Wennerberg, Suzanne, *Brottsbalken: en kommentar. Del 1, (1-12 kap.): brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m.*, 7., [omarb.] studentutg., Norstedts juridik, Stockholm, 2013

Jareborg, Nils - Friberg, Sandra - Asp, Petter - Ulväng, Magnus, *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, 2., [uppdaterade] uppl., Iustus, Uppsala, 2015

Kleineman, Jan, "Rättsdogmatisk metod", 2013. I: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013

Larsson, IngBeth, "Ett barns egen sexualitet – osynlig, normal eller problematisk?", 2002. I: Svedin, Carl Göran & Banck, Lena (red.), *Sexuella övergrepp mot flickor och pojkar*, Studentlitteratur, Lund, 2002

Leijonhufvud, Madeleine, *HD prövar den nya regleringen av sexualbrott mot barn*, Juridisk Tidskrift, Nr 4, 2005/06, s. 900-904

Leijonhufvud, Madeleine, *Replik: HD och den nya regleringen av sexualbrott mot barn*, Juridisk Tidskrift, Nr 4, 2007/08 s. 995-996

Pålshammar, Åke, *Tonårshjärnan, risk och sex*, Läkartidningen, nr 6 volym 107, 2010, s. 354-356

Zila, Josef, *Rättspraxis efter sexualbrottsreformen 2005*, Juridisk Tidskrift, Nr 2, 2007/08, s. 552-559

Rättsfallsförteckning

NJA 2006 s. 79 I

NJA 2006 s. 79 II

NJA 2012 s. 564

NJA 2015 s. 948