



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anna Remgård

Hur vet man att ett barn är ett barn?

- en granskning av förutsebarheten av åldersbedömningen
vid oaktsamhet i fall av våldtäkt mot barn

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Sverker Jönsson

Termin för examen: HT15

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte och frågeställningar	5
1.2 Teori och metod	6
1.2.1 Teori	6
1.2.2 Rättsdogmatisk metod	8
1.2.3 Diskursanalys	9
1.2.4 Tillämpningen av metoder i uppsatsen	10
1.3 Material och begränsningar	11
1.4 Disposition	12
2 RÄTTSUTREDNING	13
2.1 Grundläggande förutsättningar	13
2.2 Bakgrund till bestämmelsen	16
2.3 Bestämmelsens innebörd	17
2.4 Sammanfattning	18
3 RÄTTSFALLSANALYS	20
3.1 Hur domarna följer lagen	20
3.1.1 Avsevärt över åldersgränsen	20
3.1.2 Övriga omständigheter	25
3.1.3 Sammanfattning	26
3.2 Normalmallen för ett barn	26
3.2.1 Kroppsutveckling	27
3.2.2 Utseende	28
3.2.3 Uppträdande	31
3.2.4 Vänner	32
3.2.5 Skolgång	35
3.2.6 Sexuella erfarenheter	38
3.2.7 Opassande situationer	41
3.2.8 Genus	43
3.2.9 Sammanfattning	44

4	UTVECKLINGSPSYKOLOGI	45
4.1	Vad är utvecklingspsykologi?	45
4.2	Utvecklingspsykologi och domstolarnas normalmall	48
4.2.1	Kroppsutveckling och utseende	48
4.2.2	Uppträdande	50
4.2.3	Vänner	53
4.2.4	Sexuella erfarenheter	54
4.2.5	Opassande situationer	56
4.2.6	Genus	57
4.3	Sammanfattning	59
5	ANALYS	60
5.1	Rättsutredning	60
5.2	Hur domarna följer lagen	61
5.3	Domstolarnas normalmall	63
5.3.1	Kroppsutveckling	63
5.3.2	Utseende	64
5.3.3	Uppträdande	64
5.3.4	Vänner	65
5.3.5	Skolgång	66
5.3.6	Sexuella erfarenheter	66
5.3.7	Opassande situationer	67
5.3.8	Genus	68
5.4	Utvecklingspsykologi	68
5.4.1	Kroppsutveckling och utseende	69
5.4.2	Uppträdande	69
5.4.3	Skolgång	70
5.4.4	Vänner	70
5.4.5	Sexuella erfarenheter	71
5.4.6	Opassande situationer	71
5.4.7	Genus	72
5.5	Sammanfattning	72
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	75
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	77

Summary

The purpose of this paper is to examine whether the courts' age-assessment in cases of negligence concerning statutory rape meet the requirement of predictability. To review the predictability of the application of the law by the courts, I have conducted a case-study based on cases from the lower courts. This study examines both how well the cases align with the directions presented by the law and the preliminary works, and how homogenous the decisions are in those parts that are not further regulated. In order to examine the uniformity of the unregulated parts of the courts' judgements, I have in this paper tried to determine the model for a normal child from which the courts derive their assessment of a child's age. I have also included another scientific field, developmental psychology, in this paper. I have compared the alternative norm for a child's development presented by this science with the model generated by the courts, in order to scrutinize the underlying reasons for the courts' assessments.

My examination concluded that there were substantial flaws regarding the predictability in all parts of the age-assessment. The instructions that are available by law and preliminary works are unclear and insufficient. My survey showed that the courts, in their application of the law, do not follow the directions that are available in any satisfactory way, and the decisions are far from homogenous. However, the largest differences are found, as expected, in those parts of the rulings that rely solely on the subjective judgements of the courts. The conclusions that were possible to make concerning the courts' interpretation of a normal child was that the judgements were discretionary and often unwarranted. Above all, it pointed to very strict demands and a conservative view of what constitutes a child. This view turned out, in the light of the version presented by developmental psychology, to differ considerably from the way children are in reality. My assumption is that the model of a normal child made by the courts is based on the opinions and preconceptions of the courts rather than reality. It is my hope that if an alternative source of information regarding the development of children were incorporated in the courts judgements, it would make the courts model of a child truer to reality and could contribute to make the subjective judgements of the courts more homogenous.

In conclusion, my examination points out large and obvious shortcomings regarding the predictability in the application of the age-assessment.

Sammanfattning

Syftet med denna uppsats är att utreda hur domstolarnas åldersbedömning i fall av oaktsamhet vid våldtäkt mot barn förhåller sig till kravet på förutsebarhet. För att utreda förutsebarheten i den faktiska tillämpningen har jag genomfört en analys av rättsfall från underrätter. Denna analys undersöker dels hur väl rättsfallen följer den ledning som erbjuds av lagtext och förarbeten och dels hur enhetliga domarna är i den del som inte regleras. För att utreda enhetligheten i dessa oreglerade bedömningar har jag i denna uppsats försökt att utröna den mall för ett normalt barn som domstolarna utgår från när de åldersbestämmer ett barn. Jag har även inkluderat ytterligare en vetenskap, utvecklingspsykologi, i denna uppsats. Den alternativa norm för barns utveckling som denna vetenskap presenterar har jag jämfört med domstolarnas mall, för en kritisk granskning av grunderna för domstolarnas bedömning.

Vad jag kom fram till i min undersökning var att det fanns stora brister i förutsebarheten när det gällde alla delar av åldersbedömningen. Den ledning som finns att tillgå i lag och förarbeten är både otydlig och otillräcklig. Min undersökning visade att i rättstillämpningen efterföljs inte den ledning som finns på ett tillfredställande sätt och domarna är långt ifrån enhetliga. De största skillnaderna fanns däremot, som väntat, i de delar som helt grundas på domstolarnas egna bedömningar. De slutsatser som gick att dra gällande domstolarnas bild av ett normalt barn var att bedömningarna var skönsmässiga och ofta omotiverade. Framförallt visade det på mycket strikta krav och en konservativ syn på vad som utgör ett barn. Denna bild visade sig även, i ljuset av utvecklingspsykologin, att skilja sig skarpt från hur barn är i verkligheten. Min slutsats är att domstolarnas mall för ett normalt barn ter sig bottna i domstolarnas åsikter och fördomar snarare än i verkligheten. Min förhoppning är att om en alternativ källa till information om barns utveckling införs i domstolarnas bedömningar, skulle detta kunna göra domstolarnas mall mer verklighetstrogen och bidra till en större enhetlighet i domstolarnas subjektiva bedömningar.

Sammanfattningsvis visar min undersökning på stora och uppenbara brister i förutsebarheten vid tillämpningen av åldersbedömningen.

Förord

Mitt intresse för sexualbrott har vuxit under min tid på juristprogrammet och jag återkommer ständigt till de svårigheter som detta ämne innefattar. Sexualbrottsfrågor är både känsliga och komplexa, men det är just denna svårighet som gör att jag finner dem så fascinerande. Fall som dessa berör oss på en fundamental nivå och väcker starka känslor.

Sexualbrott är ur min synvinkel ett av de juridiska områden som tydligt uppenbarar grundläggande brister i vårt samhälle. Synen på sexualbrott har förändrats under historiens gång och har utvidgats för de som länge var undanskuffade från rättsens beskydd. Främst uppmärksammas kvinnor och barn som länge var utsatta både i samhället och inom juridiken. Det har gjorts enorma framsteg men det finns i praktiken fortfarande en bit att gå. Sexualbrott är nära förbundna med samhällssynen och undermedvetna fördomar skiner lätt igenom. En förändring av sexualbrotten och samhället går hand i hand.

Det är inte enkelt att hitta en perfekt lösning på de problem som sexualbrottsregleringen innebär, det är kanske inte ens möjligt. Att något är svårt gör däremot inte att det går att blunda för. Sexualbrotten är en enormt viktig fråga som kräver vår uppmärksamhet och enträget arbete. De presenterar en utmaning för oss att ta oss an, både som jurister och som medmänniskor.

Anna Remgård

Förkortningar

BrB	Brottsbalken
Brå	Brottsförebyggande rådet
ca	cirka
d.v.s.	det vill säga
HD	Högsta domstolen
kap.	kapitel
m.fl.	med flera
m.m.	med mera
NJA II	Nytt Juridiskt Arkiv II Tidskrift för lagstiftning
	m.m.
nr.	nummer
p.g.a.	på grund av
prop.	proposition
s.	sida
s.k.	så kallad
st.	stycke
t.ex.	till exempel

1 Inledning

Våldtäkt mot barn är en fråga som engagerar och väcker starka känslor. Förbudet mot sexuella handlingar mot barn som är under 15 år är absolut. Alla sexuella handlingar mot barn under åldersgränsen är straffbara. Det är därför som det sticker så i ögonen när en gärningsman inte blir straffad trots att handlingen är bevisad. En av anledningarna till att sådant kan hända är bristen på uppsåt och det är här som bestämmelsen om oaktsamhet kommer in i bilden.

Jag tycker att det är fascinerande att gå närmare in på de delar av lagen som inte är självklara och jag har alltid varit särskilt intresserad av hur lagarna tillämpas i praktiken. Hur bra och betydelsefull en lag än är tappar den sin kraft om den tillämpningen inte fungerar som det är tänkt. Detta framkommer extra tydligt de gånger som lagen ställs på prov, i gränsfallen. Vad som fångade min uppmärksamhet när det gäller kap. 6 § 13 brottsbalken var åldersbedömningen. Den åldersbedömning som görs i fall av oaktsamhet görs i stor utsträckning av domstolarna, och får därmed sin fulla omfattning just i rättstillämpningen.

Att göra en bedömning av hur gammal ett barn kan antas vara är mycket komplicerat. Min förhoppning är att denna uppsats ska uppmärksamma de svårigheter som denna bedömning presenterar och se om det finns möjligheter till förbättringar.

1.1 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att utreda om tillämpningen av åldersbedömningen i kap. 6 § 13 brottsbalken uppfyller de krav på förutsebarhet som krävs för att vara rättssäkert. Undersökningen kommer att göras med fokus på hur åldersbedömningen görs vid brottet våldtäkt mot barn. Frågan om tillämpningens förutsebarhet har två aspekter, dels om domarna följer de direktiv som finns och dels om domarna, i de delar som inte direkt styrs av lag utan är föremål för en mer subjektiv bedömning, är enhetliga. För att utreda enhetligheten i domstolarnas bedömningar har jag arbetat utifrån två följdfrågor. För det första vilka outtalade grundförutsättningar som domarna utgår från i sin bedömning, d.v.s. vilken ”normalmall” för ett barn som domstolarna har som utgångspunkt. För det andra om det finns någon annan teori eller vetenskap som kan agera som en alternativ informationskälla för åldersbedömningen, och kanske kunna bidra till att göra den subjektiva delen av tillämpningen mer enhetlig.

1.2 Teori och metod

1.2.1 Teori

I uppsatsen tillämpas genomgående ett rättssäkerhetsperspektiv med särskilt fokus på förutsebarhet. Förutsebarhet är ett centralt begrepp för rättsäkerheten. Rättssäkerhet definieras ofta som ”förutsebarhet i rättsliga angelägenheter”.¹ En sådan användning går i linje med den legalitetsprincip som fastställs i regeringsformen under rubriken rättsäkerhet.² Det finns även andra aspekter av vad rättsäkerhet inbegriper, exempelvis allas likhet inför lagen.³

Viktigt att notera är att rättssäkerhet inte nödvändigtvis innebär att lagen är moraliskt rätt. Rättsäkerhet riktar in sig på användningen av lagen, om lagen efterföljs och appliceras på ett rättvist sätt, och inte egentligen om lagen i sig är rättvis, d.v.s. om lagen är moraliskt riktig.⁴ En bestämmelse kan uppfylla kraven på förutsebarhet men ändå vara moraliskt förkastlig.⁵ Frändberg skiljer här mellan rättssäkerhet, med innebörden av förutsebarhet, och rättstrygghet, som innebär ett skydd för individen mot övergrepp från staten.⁶ Med en sådan åtskillnad skulle alltså rättstrygghet vara konceptet som reglerar lagens moraliska riktighet. Rättsäkerhet baserat på tanken om förutsebarhet ställer kravet på att rättsystemet ska kunna ”tillhandahålla klara, tydliga och pålitliga svar på frågor av rättslig karaktär.”⁷

Frändberg ställer upp tre krav för att förutsebarhet ska anses föreligga; reglerna ska vara klara och adekvata, de ska vara lätt tillgängliga och individen ska kunna lita på innehållet.⁸ Jareborg ställer å sin sida upp fyra liknande förutsättningar för förutsebarhet baserade på legalitetsprincipen; föreskriftskravet, retroaktivitetsförbudet, analogiförbudet och obestämdhetsförbudet.⁹ Dessa två sätt att strukturera kraven för förutsebarhet går naturligtvis in i varandra, då de endast är olika sätt att definiera samma sak. Föreskriftskravet är ett uttryck av att reglerna ska vara lättillgängliga, att reglerna helt enkelt finns på pränt. Obestämdhetsförbudet innebär att reglerna ska vara klara och tydliga. Retroaktivitetsförbudet och analogiförbudet är ytterligare aspekter på tillgängligheten. De fastställer att en person endast kan dömas enligt de regler som finns vid tiden för en handling och inte genom nya eller andra regler. De innebär även att befolkningen ska kunna lita på hur rätten begagnar sig av reglerna, att myndigheter inte tillämpar en lag i efterhand eller att reglerna tillämpas

¹ Frändberg, Åke: *Om rättssäkerhet*, Juridisk Tidskrift nr. 2 2000/01, s. 270

² Asp, Petter; Jareborg, Nils; Ulväng, Magnus: *Kriminalrättens grunder*, Uppsala 2010, s. 62

³ Frändberg 2000/01, s. 270

⁴ Frändberg 2000/01, s. 271

⁵ Frändberg 2000/01, s. 271

⁶ Frändberg 2000/01, s. 272

⁷ Frändberg 2000/01, s. 274

⁸ Frändberg 2000/01, s. 274-275

⁹ Asp m.fl. 2010, s. 62

vidare än deras ordalydelse. Kravet att kunna lita på innehållet i lagarna går dock utöver detta och tar fasta på en korrekt tillämpning av reglerna. Att helt enkelt kunna lita på att domstolarna i praktiken följer lagen som den står skriven och gör riktiga tolkningar.¹⁰

Föresatsen för tillgängligheten av reglerna som föreskriftskravet och analogiförbudet ger uttryck för är överlag tydlig och oproblematisk.¹¹ Hur lättillgängliga reglerna faktiskt är för gemene man kan så klart ifrågasättas, med hänsyn till hur komplicerad praxis och juridiska begrepp kan vara, men poängen är att de finns öppet tillgängliga för allmänheten. Problematiken är desto större när det gäller reglernas klarhet och den faktiska tillämpningen.

Bekymret med klara regler är om det överhuvudtaget finns några regler som behandlar problemet och om reglerna som finns är vaga, komplicerade eller motstridiga.¹² När det gäller regler som är vaga finns det en svårighet i att språket i sig är mer eller mindre obestämt.¹³ Domstolarna måste redan vid tillämpningen av lagens ordalydelse utföra en tolkning av språket i bestämmelsen. Problematiken framträder ytterligare genom att viss otydlighet är tillåtet.¹⁴ En bestämmelse kan naturligtvis inte formuleras för varje specifik omständighet utan innehåller mer övergripande begrepp som kan appliceras på flera olika, men liknande, omständigheter. Exempelvis ordet ”samlag” i bestämmelsen om våldtäkt som kan involvera olika faktiska handlingar, men som alla är av liknande typ.

För att råda bot på den otydlighet som finns i reglerna finns vägledning genom praxis och förarbeten. Frändberg hävdar dock att de prejudicerande domarna från HD ofta är speciella och lite udda, och därmed inte till särskilt stor hjälp i majoriteten av fall som kommer upp i underrätterna.¹⁵ Dessutom är det relativt få fall som någonsin når upp till HD och det är långt ifrån säkert att det finns något prejudikat som kan ge ledning även om en bestämmelse skulle vara otydlig. Förarbetena används flitigt inom det svenska rättsväsendet och brukar ge förklaringar till bestämmelserna. Förarbeten innebär dock även de en språklig tolkning, precis som lagtexten i sig.¹⁶ Detta kan leda till att domstolen endast har ett annat uttryck eller begrepp att tolka vilket då inte ger någon tydligare ledning, tolkningen sker bara i ett annat steg. Mycket av förutsebarheten hänger alltså just på domstolarna och deras tolkning.

¹⁰ Frändberg 2000/01, s. 274

¹¹ Asp m.fl. 2010, s. 63

¹² Frändberg 2000/01, s. 275

¹³ Asp m.fl. 2010, s. 64

¹⁴ Asp m.fl. 2010, s. 64

¹⁵ Sandgren, Claes: *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 0405/2005, s. 276

¹⁶ Sandgren 2005, s. 276

1.2.2 Rättsdogmatisk metod

Rättsdogmatisk metod anses vara den ”vanliga” för en juridisk uppsats, vad detta begrepp egentligen innebär är dock något oklart. En definition av ordet dogmatik är den som används inom teologi som innefattar att utröna en absolut sanning.¹⁷ Inom juridiken kan man knappast säga att en sådan typ av absolut sanning finns och ännu mindre att någon skulle ha förmågan att fastställa den. Juridik handlar allt som oftast om tolkningar och argumentationer, snarare än att påstå att det endast finns ett svar på en given fråga. Sandgren citerar i sin artikel Aarnio som säger:

*Det finns inga uttryckligen riktiga svar på egentliga juridiska problem. Vår uppgift som jurister och idkare av rättsvetenskap är att åstadkomma så väl motiverade lösningar som möjligt.*¹⁸

En annan definition av ordet dogmatik är att ”dogmatiskt arbete avskärmar sig i den betydelsen att studiet sker immanent, dvs. inom en bestämd ram.”¹⁹ Denna förklaring passar kanske något bättre den rättsdogmatiska metod som används inom juridiken, trots att det är något oklart exakt var gränserna för dessa ramar går. Dessa ramar kan utgöras av det material som används, det vill säga de klassiska rättskällorna i enlighet med rättskällevärdet.²⁰ Den hierarkiska rättskällevärdet ställer upp lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin.²¹ Ett annat sätt att avgränsa rättsdogmatikens omfattning är genom det syfte som ska uppnås, att fastställa gällande rätt.²² Vad gällande rätt innebär är dock inte heller entydigt. Sandgren hävdar att det finns två typer av gällande rätt, dels gällande rätt i sedvanlig mening och dels i faktisk mening.²³ Gällande rätt i sedvanlig mening innebär vad rätten är menad att innebära, det vill säga lagstiftarens syfte. Den tolkning man kommer fram till genom studie av lag, förarbeten och prejudikat.²⁴ Med gällande rätt i faktisk mening åsyftas tillämpningen i realiteten. Den tolkning som fås genom att studera tillämpningen av lagen majoriteten i fallen, dvs. i underrätter.²⁵

Utgångspunkten för rättsdogmatiken är just att använda sig av rättskällorna för att fastställa gällande rätt.²⁶ Enligt Sandgren är det däremot också möjligt att inom rättsdogmatikens ramar sträcka sig något längre genom en kritisk granskning av rätten.²⁷ Jareborg framför att ”Det är helt legitimt för

¹⁷ Sandgren 2005, s. 648

¹⁸ Sandgren 2005, s. 653

¹⁹ Sandgren 2005, s. 648-649

²⁰ Sandgren 2005, s. 649

²¹ Sandgren 2005, s. 651

²² Sandgren 2005, s. 649

²³ Sandgren, Claes: *Om empiri och rättsvetenskap – del 1*, Juridisk Tidskrift nr. 3 1995/96, s. 732

²⁴ Sandgren 1995/96, s. 732

²⁵ Sandgren 1995/96, s. 732

²⁶ Sandgren 2005, s. 650

²⁷ Sandgren 2005, s. 652

rättsdogmatiker att söka efter ideala lösningar.”²⁸. Det står klart att det råder en stor enighet om att värderingar trots allt har en plats i den rättsdogmatiska metoden.²⁹

Det framgår alltså tydligt att det finns viss oklarhet i vad den rättsdogmatiska metoden verkligen består av. Denna oklarhet går naturligtvis emot ordets definition och Sandgren hävdar att ordet rättsdogmatik är en illa passande benämning.³⁰ Jag har dock valt att använda benämningen rättsdogmatiskt metod och har istället i denna framställning försökt att närmre förklara vad jag anser begreppet inbegriper.

1.2.3 Diskursanalys

En diskursanalys innebär en systematik studie av diskurser, vad som faller in under begreppet diskurs är dock inte helt uniformt.³¹ Generellt innebär diskurser olika typer av kommunikationer, skillnaden ligger i var gränsen dras för vad som räknas som kommunikationer. En diskurs kan exempelvis vara hur man talar eller skriver, men det kan även inkludera andra sätt att kommunicera så som bilder.³² Grundtanken inom diskursanalysen är att det inte finns någon objektiv sanning utan att fakta och begrepp skapas av diskurserna i samhället.³³ Analysen baseras på tanken om socialkonstruktivism, att språket projicerar verkligheten och att subjekt produceras genom diskurser.³⁴

Socialkonstruktivismen grundas på fyra premisser. Den första innebär att ta en ”kritisk inställning till självklar kunskap”, detta reflekterar vad som nyss sagts om att diskurser skapar vårt sätt att se på verkligheten och att det inte finns någon objektiv sanning.³⁵ För det andra framställer socialkonstruktivismen att hur människor tolkar omgivningen är ett resultat av vårt historiska och kulturella sammanhang.³⁶ Den tredje punkten innebär att det finns ett ”samband mellan kunskap och sociala processer”, genom att diskurserna som vi är en del utav både skapar och upprätthåller de gemensamma ”sanningar” som vi räknar som kunskap.³⁷ Den sista aspekten går ut på att det finns ett ”samband mellan kunskap och social handling”. Den diskurs som finns förespråkar vilken typ av sociala handlingar som är accepterade eller inte styr detta vilka handlingar som företas, dessa i sin tur förstärker den bild av samhällets ”sanningar” som redan finns.³⁸

²⁸ Sandgren 2005, s. 650

²⁹ Sandgren 2005, s. 652

³⁰ Sandgren 2005, s. 655

³¹ Bergström, Göran; Boréus, Kristina (red.): *Textens mening och makt – metodbok i samhällsvetenskaplig text- och diskursanalys*, Lund 2012, s. 355

³² Bergström m.fl. 2012, s. 356

³³ Andersson, Ulrika: *Hans (ord) eller hennes – en könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, Lunds Universitet 2004, s. 40

³⁴ Andersson 2004, s. 40

³⁵ Andersson 2004, s. 40

³⁶ Andersson 2004, s. 40

³⁷ Andersson 2004, s. 40

³⁸ Andersson 2004, s. 40-41

Sammanfattningsvis kan dessa premisser skildras som förklaringar av hur diskurser både skapar och förstärker sig själva.

1.2.4 Tillämpningen av metoder i uppsatsen

Uppsatsen inleds med en rättsutredning för att fastställa vilka regler som finns för BrB 6:13. För denna undersökning har jag använt mig av rättsdogmatisk metod. Målet för denna del är att utreda vad lagen är menad att innebära, det vill säga vad som ovan kallats för gällande rätt i sedvanlig mening. Detta syfte och det faktum att undersökningen baseras på rättskällorna gör att den håller sig inom de striktaste reglerna för rättsdogmatik.

Den senare delen av uppsatsen är en rättsfallsanalys där jag har använt mig av en kombination av metoder. I den första delen av rättsfallsanalysen undersöker jag hur väl de undersökta domarna följer den ledning som presenterats i rättsutredningen. Vidare presenterar jag de skillnader i bedömning och slutsatser som finns mellan de olika rättsfallen. Som presenterats ovan kan rättsdogmatisk metod användas för att dra slutsatser från praxis för att fastställa gällande rätt. Den undersökning som jag har gjort ämnar fastställa hur tillämpningen ser ut i praktiken och baseras på mål från underrätter. Det som undersöks är alltså vad som i rättsdogmatiken kallas för gällande rätt i faktisk mening. Som jag framfört ovan finns det rum för en mer kritisk ståndpunkt, genom ett försök att hitta en optimal lösning, även inom ramen för det som jag definierat som rättsdogmatik. För den första delen av rättsfallsanalysen har jag alltså använt mig av rättsdogmatisk metod i en något vidare mening.

Den andra delen av rättsfallsanalysen fokuserar mer på de underliggande faktorerna i domstolarnas beslutsfattande. Målet här är att utreda vad jag kallar för domstolarnas ”normalmall”³⁹ för ett barn. För att utföra denna del av rättsfallsanalysen har jag tillämpat en diskursanalys. Genom att se till formuleringar och vad som inkluderas eller exkluderas i domstolarnas beslutsprocess försöker jag forma en bild av domstolarnas norm för hur ett barn är eller bör vara. Jag intar även ett kritiskt ställningstagande för att göra en värdering kring hur denna normalmall förhåller sig till den förutsebarhet som är grunden för denna uppsats.

Den tredje delen av uppsatsen presenterar information om barns utveckling enligt utvecklingspsykologisk vetenskap. Utifrån dessa fakta kommer jag att kritiskt granska domstolarnas normalmall. Det innebär att jag kommer presentera den bild av ett normalt barn som framställs av utvecklingspsykologin, för att sedan jämföra denna bild med domstolarnas normalmall. Min förhoppning är att denna alternativa synvinkel kommer att belysa skillnader och eventuella brister i bilden av vad som är normalt för ett barn. I och med denna kritiska granskning önskar jag belysa eventuella

³⁹ För förklaring av begreppet se avsnitt 3.2

problem och möjligen visa på sätt att nå en mer enhetlig form för normalmallen.

1.3 Material och begränsningar

För rättsutredningen har jag använt mig av författningstext, doktrin och förarbeten. Jag har dock inte funnit särskilt mycket doktrin som handlar specifikt om tillämpningen av BrB 6:13. Doktrin har jag därmed använt främst för att presentera de rättsliga principer som ligger till grund för oaktsamhet. Den information som går att finna i förarbetena löper allihop tillbaka till införandet av oaktsamhetsparagrafen, vid skapandet av brottsbalken. De senare förarbetena hänvisar endast tillbaka utan att egentligen komplettera eller förtydliga instruktionerna alls. Det innebär att den information som finns att tillgå i förarbetena i grunden är mycket gammal och ganska torftig. Ett stort problem har varit en total brist på prejudicerande praxis om åldersbedömningen. De rättsfall från högre instanser som jag har funnit har behandlat andra aspekter, som exempelvis bevisfrågor, och därmed inte gett någon ledning kring just bedömningen av åldern på barnet.

Den rättsfallsanalys som jag har gjort utgår från avgöranden från hovrätterna. Mitt syfte med rättsfallsanalysen var att undersöka den praktiska tillämpningen av paragrafen och detta syfte är mer lämpat för en analys av avgöranden från underrätterna. Jag valde mål från hovrätter istället för tingsrätter dels som begränsning av antalet fall i mitt urval och dels i hopp om att den andra instansen skulle bidra med en mer utförlig åldersbedömning.

Urvalet av rättsfall kommer från sökningar via Infotorg Juridik. De sökord jag har använt mig utav är ”våldtäkt mot barn + oaktsamhet” och ”våldtäkt mot barn + skälig anledning att anta”. Sökningen var ytterligare begränsad till avgöranden från hovrätter som rörde brott mot person, vilket resulterade i 42 träffar för den förra söktermen och 224 träffar för den senare. Det bör dock noteras att vissa fall kommer upp som träffar på båda söktermerna. Dessa avgöranden skummade jag igenom och uteslöt först domar som inte behandlade frågan om våldtäkt mot barn på hovrättsnivån. Därefter valde jag endast ut de domar där handlingen var bevisad och där det inte hade bevisats att gärningsmannen faktiskt hade insikt om barnets ålder. Anledningen till detta urval var att jag ville hålla mig till de fall där domstolen gjorde en åldersbedömning av barnet, inte där bedömningen slutade tidigare eftersom handlingen inte kunde bevisas eller att ett faktiskt uppsåt fanns. För att ytterligare begränsa min sökning valde jag ut de rättsfall där domstolen på något sätt beskrev sin bedömning. Slutligen valde jag att även begränsa min sökning till en avgränsad tidsperiod eftersom bestämmelsen om oaktsamhet funnit i någon form under en mycket lång tid. Eftersom uppsatsen behandlar oaktsamhet i relation till brottet våldtäkt mot barn valde jag att hålla mig till avgöranden gällande brott som inträffat efter lagändringen från 2005, vilket innebär avgöranden från ett tidsspän av ca

10 år. Dessa urvalssteg ledde till i 23 avgöranden som ligger till grund för min rättsfallsanalys.

Jag har baserat min analys på de uttalanden om åldersbedömningen som gjorts i hovrättens domskäl. Endast i de fall då hovrättens bedömning enbart hänvisar tillbaka till tingsrättens uttalanden utan förändringar har jag inkluderat dessa. I samtliga hänvisningar till dessa rättsfall är namnen på de som är inblandade aidentifierade. Denna aidentifikation är genomgående i hela uppsatsen, även i alla citat. I vissa fall finns denna censur redan i domen, i de övriga har jag själv förkortat alla namn till endast första bokstaven i för- och efternamn.

När det gäller utvecklingspsykologin har jag främst använt mig av introduktionsböcker i ämnet eftersom jag önskat presentera en enkel och övergripande bild. Målet med att införa en annan vetenskap i uppsatsen har varit att introducera en annan infallsvinkel till domstolarnas tillämpning, snarare än att ge en djupodlad analys av utvecklingspsykologi i sig.

1.4 Disposition

Uppsatsen inleds med en presentation av rättsläget genom en rättsutredning i avsnitt 2. Utifrån denna rättsutredning presenteras en rättsfallsanalys i avsnitt 3. Rättsfallsanalysen undersöker dels hur domarna förhåller sig till den ledning som återfinns i rättsutredningen, avsnitt 3.1, och dels en analys av domstolarnas normalmall för barn, avsnitt 3.2. Analysen av normalmallen presenteras genom ett antal kategorier som jag valt att strukturera mina observationer genom, dessa redogörs för under motsvarande rubriker avsnitten 3.2.1 – 3.2.8. Avsnitt 4 behandlar utvecklingspsykologi, vilken kopplas till normalmallen under 4.2.1- 4.2.6. uppsatsen avslutas med en sammanfattande analys i avsnitt 5.

2 Rättsutredning

2.1 Grundläggande förutsättningar

Sexualbrotten regleras i sjätte kapitlet i brottsbalken. Syftet med kriminaliseringen på detta område är att avskräcka människor från att begå sexualbrott genom att straffbelägga dem, och att påverka samhällets syn på sexuella övergrepp genom att utmärka dem som klandervärda.⁴⁰ Målet är dock inte att påverka människors sexualliv överlag, endast det som innebär övergrepp.⁴¹ Detta syfte framhävs av lagens skyddsintresse, vilket är ”skyddet för den personliga och sexuella integriteten”⁴². Utgångspunkten är alltså att människor själva ska få bestämma över vad de vill göra med sin kropp och att lagstiftningens roll är att försäkra att den viljan respekteras.⁴³ Skyddet mot sexuella kränkningar ska dock inte utformas efter ”förlegade föreställningar om vuxna människors frivilliga sexualliv.”⁴⁴ Vuxna människor är alltså fria att samtycka till i stort sett vilka sexuella handlingar som helst.

Vissa grupper har ansetts behöva ett utökat skydd för att värna om deras sexuella integritet. Barn anses ha en sådan särställning.⁴⁵ Barn under femton år anses ha ett absolut behov av skydd mot alla slags sexuella handlingar. Det innebär att samma självbestämmanderätt som finns för vuxna inte finns för barn.⁴⁶ Att utföra en sexuell handling mot ett barn innebär alltid en kränkning.⁴⁷ Eftersom utgångspunkten är att ett barn inte kan ge ett giltigt samtycke ges ett skydd oberoende av om händelsen involverat hot eller tvång, själva handlingen är nog.⁴⁸ Om barnet skulle uttrycka ett samtycke till en sexuell handling är det alltså helt utan betydelse. Gärningsmannen kan inte undgå ansvar genom att hävda att barnet var med på det.⁴⁹ Åldersgränsen på 15 år har funnits för flickor sedan 1864 och för pojkar sedan 1937.⁵⁰ Personer under 15 års ålder ses alltså som barn när det handlar om sexualbrott. Det finns anledning att i vissa fall räkna även ungdomar upp till 18 år som barn när det gäller sexualbrott. Det grundar sig i att även ungdomar som uppnått åldern för självbestämmanderätt kan ”befinna sig i situationer som de inte bemästrar, vara utsatta för påverkan eller stå i ett beroendeförhållande, som gör att de inte kan hävda sin sexuella självbestämmanderätt.”⁵¹ Det är barns absoluta skydd mot sexuella

⁴⁰ Regeringens proposition 2004/05:45 *En ny sexualbrottslagstiftning*, s. 21

⁴¹ Prop. 2004/05:45 s. 22

⁴² Prop. 2004/05:45 s. 21

⁴³ Prop. 2004/05:45 s. 21

⁴⁴ Prop. 2004/05:45 s. 22

⁴⁵ Prop. 2004/05:45 s. 22

⁴⁶ Prop. 2004/05:45 s. 21

⁴⁷ Prop. 2004/05:45 s. 22

⁴⁸ Prop. 2004/05:45 s. 22

⁴⁹ Prop. 2004/05:45 s. 22

⁵⁰ Prop. 2004/05:45 s. 19

⁵¹ Prop. 2004/05:45 s. 22

kränkningar som ligger till grund för att ansvar för dessa brott utdöms även vid oaktsamhet.

Utgångspunkten för strafflagstiftningen är att brott kräver uppsåt om inte annat är specifikt stadgat.⁵² Att dömas för oaktsamhet är alltså ett avsteg från normen. Begreppen uppsåt och oaktsamhet definieras inte i lag, en förklaring får istället sökas i juridisk doktrin.⁵³ Det finns två former av oaktsamhet, medveten och omedveten.⁵⁴ Den medvetna oaktsamheten innebär att gärningsmannen har en misstanke om en omständighet eller resultat men är likgiltig inför den risken, han är däremot inte likgiltig inför att följden faktiskt skulle inträffa.⁵⁵ Gärningsmannen är alltså inte likgiltig inför resultatet utan inför risken som finns. Omedveten oaktsamhet bygger istället på att gärningsmannen är likgiltig inför om det alls finns en risk, han är alltså omedveten om att det finns någon risk.⁵⁶ Risken måste dock vara möjlig att inse. Asp m.fl. uttrycker det så att gärningsmannen ”skulle ha förstått, om han hade gjort vad han borde ha gjort.”⁵⁷ Omedveten oaktsamhet formuleras som att gärningsmannen hade ”skälig anledning att anta”.⁵⁸ Det är alltså omedveten oaktsamhet som vi har att göra med när det gäller BrB 6:13. För att bedöma om det fanns ”skälig anledning att anta”, alltså om risken var möjlig att inse, gör domstolen inledningsvis en uppskattning om vad normalpersonen hade insett i situationen.⁵⁹ Domstolen måste dock ta hänsyn till gärningsmannens specifika förutsättningar och ”personliga förmåga”.⁶⁰ Det är alltså möjligt att det hade kunnat krävas av ”normalpersonen” att denne insett risken men inte av gärningspersonen.

Brottsbalkens sjätte kapitel behandlar sexuella handlingar mot barn som särskilda brott. Utgångspunkten är att i princip alla sexuella handlingar är olagliga mot barn som är under 15 år.⁶¹ När det gäller vissa typer av brott inkluderas däremot även personer upp till 18 års ålder.⁶² Det första av sexualbrotten mot barn är våldtäkt mot barn.⁶³ Det första stycket presenterar huvudregeln om 15 år som åldersgräns för de personer som räknas som barn. Det andra stycket utökar däremot den personkretsen till även personer upp till 18 år baserat på barnets relation till gärningsmannen. De relationer som åsyftas är om barnet är en avkomling till gärningsmannen, om barnet står under gärningsmannens fostran eller om gärningsmannen ska svara för barnets vård eller tillsyn p.g.a. myndighetsbeslut⁶⁴.

⁵² Brottsbalk (1962:700) kap.1 § 2 st.1

⁵³ Asp m.fl. 2010, s. 297

⁵⁴ Asp m.fl. 2010, s. 334

⁵⁵ Asp m.fl. 2010, s. 334-335

⁵⁶ Asp m.fl. 2010, s. 335

⁵⁷ Asp m.fl. 2010, s. 335

⁵⁸ Asp m.fl. 2010, s. 335

⁵⁹ Asp m.fl. 2010, s.337-338

⁶⁰ Asp m.fl. 2010, s. 336-337

⁶¹ Jareborg, Nils; Friberg, Sandra; Asp, Petter; Ulväng, Magnus: *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, Uppsala 2015, s. 114

⁶² Brottsbalk (1962:700) kap. 6 § 4 och § 8

⁶³ Brottsbalk (1962:700) kap. 6 § 4

⁶⁴ Jareborg m.fl. 2015, s. 132

Brottet våldtäkt mot barn skiljer sig mot samma brott mot vuxna genom att det inte finns något krav på tvång eller utnyttjande.⁶⁵ Detta baseras på att barn, som framställs ovan, inte anses kunna ge ett giltigt samtycke. Det enda som krävs är att det rör sig om en kvalificerad sexuell handling, d.v.s. samlag eller en handling som är jämförbar med samlag.⁶⁶ Brottet kan även bedömas som grovt vilket då leder till en högre straffskala.⁶⁷ Anses brottet vara mindre allvarligt döms det, till skillnad från för vuxna, istället som ett annat brott, sexuellt utnyttjande av barn som regleras i BrB 6:5.⁶⁸ Utnyttjande av barn innefattar också den högre åldersgränsen på 18 år på samma sätt som för våldtäkt mot barn.⁶⁹

Nästa brott är sexuellt övergrepp mot barn som ställer upp rekvisitet ”annan sexuell handling”.⁷⁰ Detta innebär till skillnad från vid våldtäkt mot barn att det inte krävs att det ska röra sig om en kvalificerad sexuell handling.⁷¹ Även denna paragraf inkluderar både kategorin av barn under femton, och den specificerade kategorin av ungdomar mellan 15 och 18 år som definieras i BrB 6:4 2st.⁷²

Även brottet utnyttjande av barn för sexuell posering har, utöver en absolut gräns för barn under 15 år, en övre ålderskategori som sträcker sig upp till 18 år.⁷³ Här ställs däremot upp andra premisser för denna åldersgrupp än de som baseras på personlig kontakt. Det andra stycket i denna paragraf inkluderar ungdomar upp till 18 år om poseringen är ”ägnad att skada barnets hälsa eller utveckling.”⁷⁴ Det räcker dock att poseringen generellt sett skulle kunna skada en ungdom, det krävs inte att någon faktiskt skada uppkommit i det enskilda fallet.⁷⁵

När det gäller köp av sexuell handling av barn är däremot åldersgränsen på 18 år ställd utan några särskilda krav.⁷⁶ De krav som ställs upp är endast till handlingen, där barnet för en ersättning förmås ”företa eller tåla en sexuell handling”.⁷⁷ De övriga två bestämmelser som oaktsamhetskravet tillämpas på är sexuellt ofredande mot barn och kontakt med barn i sexuellt syfte.⁷⁸ Sexuellt ofredande innebär ett vidare omfång av handlingar då det endast ställs upp krav på en ”handling med sexuell innebörd”.⁷⁹ Åldersgränsen för barn i denna paragraf är endast personer under 15 år.⁸⁰ Är personen över 15

⁶⁵ Jareborg m. fl. 2015, s. 131

⁶⁶ Jareborg m. fl. 2015, s. 131

⁶⁷ Brottsbalken (1962:700) kap. 6 § 4 st. 3

⁶⁸ Jareborg m. fl. 2015, s. 133

⁶⁹ Brottsbalken (1962:700) kap. 6 § 5

⁷⁰ Jareborg m.fl. 2015, s. 134

⁷¹ Jareborg m.fl. 2015, s. 135

⁷² Jareborg m.fl. 2015, s. 134

⁷³ Brottsbalken (1962:700) kap. 6 § 8

⁷⁴ Brottsbalken (1962:700) kap. 6 § 8 st. 2

⁷⁵ Jareborg m.fl. 2015, s. 136

⁷⁶ Brottsbalken (1962:700) kap. 6 § 9

⁷⁷ Jareborg m.fl. 2015, s. 144

⁷⁸ Brottsbalken (1962:700) kap. 6 §10 st. 1 & § 10 a

⁷⁹ Jareborg m.fl. 2015, s. 136

⁸⁰ Jareborg m.fl. 2015, s. 136

faller det under paragrafens andra stycke som reglerar sexuellt ofredande av vuxna, det finns alltså ingen övre ålderskategori av barn som bestämmelsen kan appliceras på.⁸¹ Kontakt med barn i sexuellt syfte, vad som brukar kallas ”grooming”, är även den endast tillämpbar på personer upp till 15 år.⁸²

2.2 Bakgrund till bestämmelsen

Bestämmelsen om oaktsamhet infördes för sexuella övergrepp mot barn vid tillkomsten av brottsbalken. Straffrättskommittén uppmärksammade ett behov av ett oaktsamhetskrav i dessa fall i propositionen till brottsbalkens införande.⁸³ Behovet grundade sig i de bevissvårigheter som observerats i praxis angående insikt och uppsåt till åldersrekvisitet.⁸⁴ I remissyttrande framhävde Svea hovrätt att förslaget om oaktsamhet var ett välbehövligt komplement.⁸⁵ I Departementchefens yttrande om förslaget uttrycktes att:

...den valda formuleringen får anses innefatta krav på en tämligen hög grad av oaktsamhet. Ansvar enligt förevarande bestämmelse skall icke ådömas, om barnet hade en kroppsutveckling som normalt förekommer hos t. ex. en sjutton- eller adertonåring och omständigheterna i övrigt ej gav gärningsmannen anledning att vara på sin vakt. Det är i gränsfallen som han ej skall undgå ansvar genom att hänvisa till att han icke haft säker kännedom om barnets verkliga ålder.⁸⁶

I det ursprungliga förslaget fanns oaktsamhetsrekvisitet med som ett stycke i paragraferna om otukt med barn och otukt med ungdom, men fördes på inrådan av Lagrådet över till en separat paragraf för att kunna appliceras på alla bestämmelser om sexualbrott som inkluderade åldersgränser.⁸⁷ I propositionens slutgiltiga förslag fanns oaktsamhetskravet med som en separat bestämmelse i § 9.⁸⁸ Bestämmelsen har sedan dess endast gått igenom smärre språkliga förändringar och paragrafens numrering har ändrats.⁸⁹ Genom den senaste ändringen återfinns nu bestämmelsen i kap. 6 § 13.⁹⁰

⁸¹ Brottsbalken (1962:700) kap. 6 § 10 st. 2

⁸² Jareborg m.fl. 2015, s. 138

⁸³ Kungliga Majestäts proposition nr. 10 år 1962, B s. 17

⁸⁴ Prop. 1962:10, B s. 168

⁸⁵ Prop. 1962:10, B s. 169

⁸⁶ Prop. 1962:10, B s. 171

⁸⁷ Prop. 1962:10, B s. 431-432

⁸⁸ Prop. 1962:10, A s. 18

⁸⁹ Regeringens proposition 1983/84:105 om ändring i brottsbalken m.m. (sexualbrotten) och Regeringens proposition 1997/98:55 *Kvinnofrid*

⁹⁰ Prop. 2004/05:45, s. 14

2.3 Bestämmelsens innebörd

Oaktsamhetskravet för sexualbrott mot barn stadgas nu i kap. 6 § 13 BrB, och lyder som följer:

Till ansvar som i detta kapitel är föreskrivet för en gärning som begås mot någon under en viss ålder skall dömas även den som inte insåg men hade skälig anledning att anta att den andra personen inte uppnått den åldern.⁹¹

Paragrafen riktas enligt lydelsen mot ”gärning som begås mot någon under en viss ålder”, alltså de sexualbrott där det finns ett åldersrekvisit. Som presenterats ovan avser det bestämmelserna 6:4-6 och 6:8-10a.⁹² Tolkningen och tillämpningen av detta rekvisit ställer inte upp några problem. En person räknas, som redan nämnts, som barn till dess att denne fyllt 15 år. Det är endast undantagsvis som den högre åldern, 18 år, används som åldersgräns. När det gäller de brott där undantaget på 18 år som åldersgräns baseras på personens relation till gärningsmannen blir dock oaktsamhetskravet i praktiken irrelevant i förhållande till den äldre ålderskategorin. Har gärningsmannen en så nära relation till offret som krävs för att åldersgränsen skall höjas till 18, kan gärningsmannen inte rimligen hävda okunskap om offrets ålder. När det gäller appliceringen av oaktsamhetskravet kan alltså den högre åldersgränsen endast komma ifråga är det gäller utnyttjande av barn för sexuell posering eller köp av sexuell handling av barn.

Sexualbrotten mot barn har ofta motsvarigheter bland sexualbrotten för vuxna och om oaktsamhet till åldersrekvisitet inte anses föreligga bedöms handlingarna enligt regler för vuxna.⁹³ Om gärningsmannen inte hade anledning att anta att personen var underårig, och alltså antog att personen var vuxen, måste han ju fortfarande svara för sina handlingar enligt de förutsättningarna. Det är dock mindre förmånligt för offret då kraven är högre vid brotten mot vuxna. Exempelvis finns ju inget krav på våld, tvång eller annat otillbörligt utnyttjande vid våldtäkt mot barn, något som måste bevisas vid våldtäkt mot vuxna.

Vidare föreskriver paragrafen straffbarhet även för den som ”inte insåg men hade skälig anledning att anta” att barnet var underårigt. Detta rekvisit ställer upp större tolkningsproblem än det förra. Oaktsamhetsrekvisitet hålls mycket generellt i lagtexten och lämnar en definition av vad som skulle innebära en skälig anledning att anta till bedömningen i varje enskilt mål. Vad en gärningsman borde insett vid åldersbedömningen av ett barn är en mycket komplex fråga och är extremt beroende av omständigheterna i ett specifikt fall. Det finns ytterst lite skrivet om denna paragraf i förarbeten eller doktrin. Enligt lagkommentaren förklaras det att:

⁹¹ Brottsbalken (1962:700)

⁹² Jareborg m.fl. 2015, s. 139

⁹³ Jareborg m.fl. 2015, s. 140

*Till ansvar enligt den här bestämmelsen ska inte dömas, om barnet hade en kroppsutveckling som normalt förekommer avsevärt över åldersgränsen och omständigheterna i övrigt inte gav gärningsmannen anledning att vara på sin vakt.*⁹⁴

Denna formulering leder dock till ytterligare frågetecken. Dels vad ”avsevärt över åldersgränsen” egentligen innebär och dels vilka ”övriga omständigheter” som leder till att gärningsmannen borde ”vara på sin vakt”.

När det gäller begreppet ”avsevärt över åldersgränsen” hänvisas ofta till NJA II 1962. Där anför:

*Ansvar enligt förevarande bestämmelse skall icke ådömas, om barnet hade en kroppsutveckling som normalt förekommer hos t ex en 17- eller 18-åring och omständigheterna i övrigt ej gav gärningsmannen anledning att vara på sin vakt.*⁹⁵

Detta är samma citat som Departementschefens yttrande i propositionen till brottsbalken som presenterats ovan. Här specificeras ”avsevärt över åldersgränsen” närmre till att vara mellan 17 och 18 år. Något vidare kring vad som borde sätta en gärningsman på sin vakt, exempel på sådana ”övriga omständigheter”, finns inte.

Värt att notera är att T. f. Landsfogden i Norrbottens län i sitt remissyttrande vid bestämmelsens tillkomst påpekade att ”...det varit av värde, därest i motiven utförligt och klart redogjorts för kommitténs inställning till frågan om det eventuella uppsåtet vid otukt med barn och ungdom.”⁹⁶ Förarbetena är dock inte särskilt utförliga i sin beskrivning kring oaktsamhet till åldersrekvisitet. Då endast språkliga förändringar gjorts sedan införandet av bestämmelsen ges inga vidare förklaringar kring dess innebörd. Den enda ledning som finns bland förarbeten är därmed den som presenteras vid skapandet av brottsbalken i början av sextiotalet. Inte heller prejudicerande praxis ger någon utfyllande anvisning för paragrafens tillämpning. I de fall där det överhuvudtaget reflekteras kring insikt om offrens ålder i tingsrätten behandlas frågan om åldersbedömningen inte i HD. I dessa fall är det istället andra frågor som är fokus för Högsta domstolens granskning.

2.4 Sammanfattning

Syftet att särskilt skydda barn mot sexuella övergrepp skildras alltså genom de speciella kriminaliseringarna bland sexualbrotten. Genomgående för dessa brott är att det är lättare att nå en fällande dom än vid brotten mot vuxna då det är mindre att bevisa, oftast endast att handlingen har skett. Vid exempelvis våldtäkt mot barn måste endast bevisas att en kvalificerad handling skett, till skillnad från för vuxna där utöver handlingen även t.ex. våld eller tvång ska bevisas. Även den paragraf om oaktsamhet som är fokus för denna uppsats är ett uttryck av det höjda skyddet för barn då det utökar

⁹⁴ Berggren, Nils-Olof; Bäcklund, Agneta; Leijonhufvud, Madeleine; Munck, Johan; Träskman, Per Ole; Victor, Dag; Wennerberg, Suzanne; Wersäll, Fredrik: Brottsbalken en kommentar, (1 juli 2015, Zeteo) kap. 6 § 13

⁹⁵ NJA II Tidskrift för lagstiftning m.m. 1962 s. 192

⁹⁶ Prop. 1962:10, B s. 169-170

straffansvaret över det normala kravet på uppsåt. Denna paragraf har varit en del av gällande lagstiftning mycket länge men det går trots det att konstatera att kommentarerna om dess innebörd är både vaga och knapphändiga. Dessutom märks en uppenbar brist på praxis kring frågan.

3 Rättsfallsanalys

Vad jag fann i min genomgång av rättsfallen var att domstolarna genomgående presenterade en mycket knapphändig förklaring till sina slutsatser. Överlag ges ingen förklaring av vad som gör att domstolen anser att exempelvis barnets kroppsutveckling skulle motsvara exempelvis en 17 åring, det endast konstateras att så är fallet. Domstolen utvecklar inte heller varför en viss omständighet skulle tala för att ett barn skulle vara äldre eller yngre, även det konstateras. Att vissa saker över huvud taget tas upp som en omständighet som pekar åt ett håll eller annat är dock talande i sig.

3.1 Hur domarna följer lagen

3.1.1 Avsevärt över åldersgränsen

För att utvärdera förutsebarheten hos domarna är ett naturligt första steg att se hur de förhåller sig till vad som är föreskrivet. Att granska hur de följer den lagtext och förklaring i doktrin och förarbeten som ändå finns. Som presenterats ovan finns det förhållandevis lite ledning i frågan, men de anvisningar som finns ska självklart efterlevas i praktiken. Vad jag funnit i min undersökning är att det är långt ifrån alla rättsfall som hänvisar till förarbetena i sin utredning, och där det ändå finns görs det i mycket olika utsträckning. Genom undersökningen kom jag fram till att det i nästan hälften av fallen inte refereras till någon ledning alls för hur oaktsamhetsparagrafen skall tolkas. I endast tre fall var utredningen som domstolen grundade sin bedömning på så omfattande att det inkluderade förklaringen att ”kroppsutveckling avsevärt över åldersgränsen” innebär en normal utveckling för en person på 17-18 år, vilken som presenterats ovan är det mest precisa som återfinns i förarbetena. Jag har endast beräknat hur många som uttryckligen hänvisar till någon förklaring av paragrafen och det är naturligtvis möjligt att domstolen tillämpat sig av ledningen ändå. Sett till de slutsatser som dras i dessa domar ifrågasätter jag dock om så är fallet, vilket jag kommer gå igenom ytterligare nedan.

Ett fall i min undersökning var framträdande i frågan om hur nära tillämpningen förhåller sig till lagen, på så sätt att det helt frånsteg en tillämpning av oaktsamhetsparagrafen. Istället för att göra en prövning av oaktsamheten gjorde domstolen i detta fall sin bedömning baserat på likgiltighetsuppsåt⁹⁷. I målet utgår hovrätten från att:

Bedömningen avser vilken uppfattning DM vid tillfället för gärningen hade om målsägandens ålder, eller vad han åtminstone hade skälig anledning att anta i den frågan⁹⁸.

⁹⁷ Hovrätten för västra Sverige, mål B 3575-14

⁹⁸ Hovrätten för västra Sverige, mål B 3575-14, s. 4

Till en början ter det sig alltså som att domstolen anpassar sig till oaktsamhetsrekvisitet för sexualbrott mot barn, men det är inte riktigt vad de tillämpar i bedömningen. Hovrätten fastslår att det inte går att bevisa att gärningsmannen hade insikt om målsägandens ålder och går sedan vidare till att hävda att frågan då är om gärningsmannen hade ”s.k. likgiltighetsuppsåt till att målsäganden var under 15 år.”⁹⁹ Hovrätten fastställer därmed uttryckligen att det är fråga om en uppsåtsbedömning. Domstolen går vidare till att bedöma om det funnits några omständigheter som kunnat vittna om att hon var under 15, som att hon umgåtts med unga vänner, men ingen bedömning görs kring hur barnet själv uppfattats, exempelvis dess kroppsutveckling. Hovrätten avslutar med att motsägelsefullt konstatera att slutsatsen av likgiltighetsbedömningen är att gärningsmannen inte hade skälig anledning att anta att målsäganden var under åldersgränsen:

Enligt hovrättens uppfattning har det inte visats att DM insåg att det fanns en betydande risk för att målsäganden var under 15 år. Det är inte visat att han förhöll sig likgiltig till att det faktiskt var så. Hovrätten anser inte heller att utredningen ger tillräckligt stöd för att DM, så som han uppfattade omständigheterna, hade skälig anledning att anta att hon var under 15 år.¹⁰⁰

Baserat på de uttryck som används är det lite svårt att uttyda exakt vad domstolen har bedömt i detta fall. Jag tolkar det dock som att domstolen gör, som de själva definierar det, en bedömning av ett likgiltighetsuppsåt, alltså inte en bedömning av oaktsamhet. De bedömer huruvida gärningsmannen var likgiltig mot *faktumet* att offret var underårigt, inte huruvida han var likgiltigt inför att det *alls fanns en risk* att hon var det. Som presenterats i rättsutredningen ovan är det omedveten oaktsamhet som ska appliceras. I detta fall har bedömts likgiltighetsuppsåt, flexibelt tolkat kanske till och med medveten oaktsamhet, men inte den omedvetna oaktsamhet som föreskrivs. Jag menar att målet visar på en grundläggande begreppsförvirring. Resultatet i detta fall är att likgiltighetsuppsåt inte anses vara uppfyllt och målet ogillas. Hade bedömningen gjorts avseende oaktsamheten hade möjligen utfallet i målet blivit annorlunda.

Det ter sig häpnadsväckande att en domstol skulle applicera en uppsåtsbedömning istället för oaktsamhet i sexualbrott mot barn, speciellt i både tingsrätt och hovrätt, då oaktsamhetsparagrafen tillkom redan på sextiotalet. Det är möjligt att detta fall är det enda av sitt slag, men då jag begränsat mina sökningar med just begreppen ”oaktsamhet” och ”skälig anledning att anta” är det inte säkert att eventuella fall som baseras på likgiltighet kommit med i min sökning. Det finns alltså en risk att det i fler mål har förekommit ett liknande misstag i förhållande till oaktsamhet och likgiltighetsuppsåt. Anledningen till att just detta fall kommit med är att domstolen använder sig av begreppet ” skälig anledning att anta” som definition för likgiltighet.

⁹⁹ Hovrätten för västra Sverige, mål B 3575-14, s. 4

¹⁰⁰ Hovrätten för västra Sverige, mål B 3575-14, s. 5

I de övriga fallen i denna rättsfallsanalys tillämpas dock den föreskrivna oaktsamhetsparagrafen. Min genomgång av dessa fall visar att när domstolarna gör sin oaktsamhetsbedömning tenderar de att lägga ett mycket stort fokus på barnets fysiska utseende och hur barnet uppfattas till sitt sätt. Med hänsyn till barnets fysiska attribut verkar det ibland göras någon slags skillnad på kroppsutveckling och utseende men exakt vad denna skillnad skulle vara framgår inte särskilt tydligt och varierar även mellan de olika domarna. Jag kommer att gå närmre in på denna distinktion senare och nu se till just kroppsutvecklingen, eftersom det är vad som hänvisas till i lagkommentarerna.

Enligt lagkommentaren ska det inte räknas som oaktsamt om barnet har ”en kroppsutveckling som normalt förekommer avsevärt över åldersgränsen och omständigheterna i övrigt inte gav gärningsmannen anledning att vara på sin vakt.”¹⁰¹. Att basera bedömningen på kroppsutvecklingen har sina fördelar eftersom det är något som är synligt för en utomstående. Det är alltså tacksamt att basera en bedömning på fysiska attribut då man kan utgå från att det är något som gärningsmannen har uppfattat och haft möjlighet att värdera.

En bedömning av barnets kroppsutveckling tas upp i majoriteten av de domar som är del av rättsfallsutredningen. Det finns däremot inte i något av dessa fall någon närmre förklaring av domstolens bedömning och just vad det är som gör att de bedömer personens kroppsutveckling som äldre, yngre eller åldersadekvat. Bristen på resonemang kring frågan blir problematisk eftersom det inte går att veta säkert hur de kommer fram till sina resultat. Det gör att det blir svårt att utröna något om de föreställningar som domarna har om hur barns kroppsutveckling ser ut i olika åldrar, eller om de uppfattningarna är korrekta. Detta blir extra svårt eftersom det inte finns någon dokumentation av hur barnet i fallet såg ut och ingen möjlighet att jämföra det med domstolens slutaster.

En fingervisning om graden av kroppsutveckling är hur det förhåller sig till lagkommentarens avgränsning genom begreppet ”avsevärt över åldersgränsen”. Tolkningen av begreppet ”avsevärt över åldersgränsen” varierar mycket mellan domarna. Enligt förarbeten innebär ”avsevärt över åldersgränsen” vad som är normalt för en 17-18-åring.¹⁰² Det följs dock inte i alla domar. Jag har istället kunnat observera ett antal olika sätt att relatera målsägandens ålder till begreppet. I vissa domar beskriver domstolen inte alls vilken ålder de tar fasta på för avsevärt över åldersgränsen och i andra presenterar de en egen tolkning om vilken ålder som skulle åsyftas. I ett antal ytterligare fall har bedömningen av hur gammalt barnet uppfattas inte gjorts i relation till om det varit avsevärt över åldersgränsen alls utan istället i relation till den ålder som målsäganden uppgett eller som gärningsmannen själv har antagit.

¹⁰¹ Berggren m.fl. (1 juli 2015, Zeteo) kap. 6 § 13

¹⁰² NJA II 1962 s. 192

De få fall där direktiven följs ställer naturligtvis inte upp några problem. Det är dock endast 3 stycken av de 23 fall jag har undersökt. Utöver dessa tre finns ett fall där det inte direkt hänvisas till att avsevärt över åldersgränsen skulle innebära 17-18 år. I detta fall anses dock att barnet ser ut att vara över 18 och slutsatsen är att det därmed inte kan antas att hon var under 15.¹⁰³ Att ett barn har en kroppsutveckling normal för någon som är över 18 placerar alltså barnet över gränsen för ”avsevärt över åldersgränsen” även om ingen yngre gräns pekas ut. Indirekt följer alltså även detta fall direktiven trots att det endast verkar vara på grund av slumpen snarare än ett aktivt ställningstagande.

Som förevisats finns det direktiv bland förarbeten som anvisar att kroppsutvecklingen ska motsvara en 17-18 årig för att oaktsamhet inte ska vara uppfyllt. Detta förtydligande verkar dock inte få fullt genomslag. Många domar hänvisar endast till lagkommentarerna och kommer alltså inte längre än begreppet ”avsevärt över åldersgränsen” som de sedan tolkar fritt. I ett fall specificerar domstolen åldern i sin egen tolkning och finner en kroppsutveckling normal för en person på 16-17 år vara tillräckligt för att vara avsevärt över åldersgränsen.¹⁰⁴ Vad jag har funnit i övrigt är att domstolen i de flesta fall antingen inte anger vilken ålder som de utgår från som definition av ”avsevärt över åldersgränsen”, eller så utgår de i sin bedömning från den ålder som gärningsmannen har antagit att offret hade.

I de fall där domstolen inte förklarar uttryckligare vilken ålder de tillämpar när de använder sig av begreppet konstaterar de endast kort att barnets kroppsutveckling är eller inte är normal för dess ålder. Detta formuleras dock på olika sätt. Det kan uttryckas som att barnets kroppsutveckling antingen är eller inte är avsevärt över åldersgränsen eller att kroppsutvecklingen är åldersadekvat. Trots att dessa olika formuleringar leder till samma resultat tolkar jag det som att det finns något olika grader av utveckling i dessa uttryck. Genom att kalla kroppsutvecklingen för åldersadekvat passas barnet in *under* åldersgränsen. Är kroppsutvecklingen istället benämnd som avsevärt över åldersgränsen faller barnet in i den kategori som ligger *över* det ospecificerade åldersstreck som just den domstolen tillämpar. Om domstolen däremot definierar kroppsutvecklingen som *inte* avsevärt över åldersgränsen kan det innebära att barnet mycket väl kan ha en fysik som placerar det *över* 15 år men ändå stannar *under* den uttalade ålder som definieras som avsevärt över åldersgränsen. Denna formulering är alltså den som ringar in möjligheten även för något mer välutvecklade barn att omfattas av de specifika sexualbrottsbestämmelserna för barn.

När det gäller de fall då domstolen baserar sin bedömning på hur gammal gärningsmannen trodde att offret var kan dessa enligt mig delas upp i två olika typer av situationer. De fall där offret har ljugit om sin ålder och gärningsmannen har förlitat sig på den uppgiften, samt de fall där gärningsmannen helt på eget bevåg antagit att offret hade en viss ålder. Av

¹⁰³ Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål B 910-08

¹⁰⁴ Göta hovrätt, mål B 1537-11, s. 13

de fall i undersökningen som baserar bedömningen på en av gärningsmannen förutsatt ålder är det hälften som baseras på en ålder som barnet själv har angett och hälften som baseras på en ålder som uppskattats av gärningsmannen.

Att offrets egna uppgifter om sin ålder spelar in på vad gärningsmannen hade skälig anledning att anta är naturligtvis något att ta hänsyn till. Sådana uppgifter har självklart en avsevärd påverkan på gärningsmannens bedömning. Har gärningsmannen tagit sitt ansvar och frågat om målsägandens ålder bör han rimligtvis kunna lita på barnets uppgifter om inte särskilda omständigheter skulle tyda på motsatsen. Annat är det med en ålder som gärningsmannen endast fått för sig. Utgångspunkten för hela bedömningen vid oaktsamhet är ju att gärningsmannen hävdar att han trodde barnet var över åldersgränsen. Frågan som ska bedömas är om han hade skälig anledning att anta detta.

Domstolarna bedömer i sådana fall om det är rimligt att anta att offret var över 15 snarare än att bedöma om det var rimligt att anta att barnet var underårigt, vilket är vad som föreskrivs i lagen. Detta är en liten men viktig skillnad. Vad som ska bedömas är om en resonlig person kan urskilja en risk för att personen är underårig. Finns en sådan risk bör man försäkra sig om motsatsen innan man ger sig in i en sexuell relation. Detta kan illustreras av uttalandet i en dom från Svea hovrätt:

Mot bakgrund av NBs egna uppgifter står det alltså klart att han uppskattade att målsägande D var i 15-årsåldern. Genom att inte kontrollera hennes ålder har NB i vart fall förhållit sig likgiltig inför om målsägande D hade uppnått 15 år eller inte.¹⁰⁵

Argumentet grundar sig i problematiken med att exakt åldersbestämma ett barn. Det går inte för en gärningsman att utgå från att den egna uppfattningen är korrekt med en alltför smal marginal. Det inte är lätt att bedöma om en person är exempelvis 14 och 10 månader eller 15 och 2 månader. Antar en gärningsman att offret är 15 år gammal räcker det inte med att bedöma om det är ett rimligt antagande. I själva bedömningen av att en person är 15 år finns det enligt mig, på grund av svårigheten att bedöma ålder så specifikt, en inneboende risk att personen är yngre. Därmed ligger det på gärningsmannens ansvar att försäkra sig om målsägandens ålder. Det är sannolikt därför en så hög gräns för kroppsutvecklingen som 17-18 år har satts för att kunna förlita sig på att personen var över åldersgränsen.

En åldersbedömning ska vara en objektiv bedömning baserat på hur en resonabel person hade resonerat i gärningsmannen ställe. Trots detta görs alltså bedömningen i överraskande många fall utefter om den ålder som gärningsmannen fått för sig är försvarlig. Ett slående exempel på detta finns i följande fall från Göta hovrätt:

IH har uppgett att han trodde att målsäganden var 16 eller 17 år. Hovrätten bedömer inte att det är en orimlig

¹⁰⁵ Svea hovrätt, mål B 6183-10, s. 22

uppfattning, med hänsyn till målsägandens utseende och sätt att uttrycka sig i polisförhören.¹⁰⁶

I en bedömning som denna, med utgångspunkt från vad gärningsmannen hävdar sig ha antagit om offrets ålder, frångås frågan på vad som kunnat krävas av gärningsmannens övervägningsförmåga. Dessutom avvecklas hela den skyddsmarginal som föreskrivs genom kravet på ”avsevärt över åldersgränsen”. Att utgå från den ålder som gärningsmannen fått för sig går alltså emot hela syftet med att kriminalisera oaktsamhet. Att det inte är orimligt att anta att målsäganden är 16 år irrelevant. Om målsäganden inte har en kroppsutveckling som normalt motsvarar 17-18 år, vilket det i målet ovan inte bedöms om målsäganden har, så är gärningsmannen enligt förarbetena oaktsam. Då ligger det alltså på gärningsmannens ansvar att förvissa sig om att hans antagande är korrekt inte att blankt utgå från sin egen gissning.

3.1.2 Övriga omständigheter

För att en gärningsman ska undgå ansvar krävs att barnet hade en kroppsutveckling som motsvarar en 17-18- åring och att ”omständigheterna i övrigt inte gav gärningsmannen anledning att vara på sin vakt”¹⁰⁷. Vad som skulle innefattas i dessa övriga omständigheter regleras, som framställts i rättsutredningen, inte alls utan är helt upp till bedömningen i domstolarna. Det betyder naturligtvis att det inte riktigt går att göra en värdering kring hur väl domarna följer de direktiv som finns för bedömningen i denna del. Istället gör jag en kort sammanfattning över vad som räknas som ”övriga omständigheter”, för att i följande del av rättsfallsanalysen utvärdera dessa vidare. På grund av att det inte finns några exempel på vad som klassas som övriga omständigheter i prejudicerande praxis är det stor variation i vad som tas upp som övriga omständigheter och i vilken utsträckning övriga omständigheter beaktas alls. Jag har dock kunnat identifiera några återkommande faktorer som domstolarna tar upp.

Som jag tidigare nämnt lyfter domstolarna ofta upp utseende när de gör sin bedömning av hur gammalt barnet verkar vara. Det verkar också ha ett stort inflytande på bedömningen men det är oklart i vilken utsträckning det skiljer sig från bedömningen av kroppsutvecklingen. I vissa fall är det däremot klart att det ses som något mer än endast kroppslig utveckling och jag har därmed tagit upp det även som en övrig omständighet.

En av de saker som tas upp oftast tillsammans med barnets utseende är dess ”uppträdande” eller ”sätt”. Barnets sätt att agera klumpas ofta ihop med fysiskt utseende, troligtvis eftersom de två är så nära förbundna i just hur barnet ”uppfattas”. Sättet är, precis som utseendet, mycket diffust. Det går inte riktigt att avgöra exakt vad som läggs ner i begreppet, men jag kommer att begrunda detta när jag presenterar min analys av normalmallen.

¹⁰⁶ Göta hovrätt, mål B 1696-14, s. 5

¹⁰⁷ Berggren m.fl. (1 juli 2015, Zeteo) kap. 6 § 13

Utöver utseende och uppträdande lägger domstolarna överlag stor vikt vid målsägandens umgängeskrets. Genomgående verkar domstolarna utgå från att barn uppfattas som lika gamla som de i umgängeskretsen. Har gärningsmannen alltså träffat målsäganden tillsammans med jämnåriga eller yngre kamrater anser domstolen att gärningsmannen i större utsträckning borde förstått att barnet var underårigt. Umgås målsäganden med äldre vänner vid tiden för mötet så anses detta väga tungt för att gärningsmannen hade rätt att tro att barnet var äldre.

Barnets skolgång är ytterligare en av de omständigheter som domstolen oftast tar fasta på. Information om skolgång är en omständighet som ges stor vikt. Om gärningsmannen visste något om barnets skolgång, exempelvis att barnet gick på högstadiet eller vilken klass barnet gick i, tenderar det att räknas som ett argument för att han faktiskt visste hur gammalt barnet var, alternativt som ett mycket starkt skäl för misstanke.

Vidare finns det andra aspekter som tas upp mer sällan. Dessa är ofta saker som barnet har gjort eller situationer det befunnit sig i. Exempel på sådana omständigheter är tidigare sexuella erfarenheter, konsumering av alkohol eller att det varit på platser som anses olämpliga.

3.1.3 Sammanfattning

De domar jag har gått igenom visar på en stor splittring inom tillämpningen av oaktsamhetsparagrafen. Det verkar inte finnas en fullständig trygghet i vad paragrafen innebär eller hur den ska appliceras. Mest noterbart är det fall där domstolen istället för att använda oaktsamhet som grund baserade hela sin bedömning på likgiltighetsuppsåt. Det kan alltså konstateras att domstolarna inte verkar följa den ledning som finns, även om den är torftig. De flesta domar tillämpar inte den fastställda definitionen av ”avsevärt över åldersgränsen”. Istället tillämpas olika, ofta helt odefinierade, gränser för detta begrepp. Vad detta beror på är något oklart, men kan förklaras av att domstolarna helt enkelt inte var fullt medvetna om att det fanns en mer specifik avgränsning. Inte heller är domarna enhetliga i utgångspunkten för sin bedömning utan drar skilda slutsatser för vilken ålder som kroppsutvecklingen ska relatera till. Utöver detta kan man bara spekulera kring hur domarna i praktiken bedömer vilken ålder en viss grad av kroppslig utveckling motsvarar. Angående de övriga omständigheterna faller det sig naturligt i bristen på ledning att det finns markanta skillnader i vad som tas upp som relevant. Det är dock intressant att det trots allt finns några omständigheter som är mer frekvent förekommande.

3.2 Normalmallen för ett barn

I det andra steget i min rättsfallsanalys har jag försökt att utröna de underliggande tendenser som ligger till grund för domstolarnas bedömningar. Mitt mål är att undersöka vad det är som domstolarna verkligen menar med vad de säger, och väljer att ta upp, i dessa mål. Utifrån detta ämnar jag tolka vad domstolarnas uttalanden i sin tur säger om det som

jag kallar för domstolarnas ”normalmall”, dvs. deras uppfattning om hur ett barn är eller bör vara. Jag har försökt att dissekera de faktorer som domstolen grundar sin bedömning på, vilka presenterats ovan, och ställa frågor kring vad dessa resultat tyder på. I denna del läggs ett något större fokus på de förhållanden som tas upp som ”övriga omständigheter”, då det är domstolarna själva som väljer ut vad som ska tas upp som sådana. Att domstolen överhuvudtaget väljer att ta upp särskilda omständigheter som relevanta anser jag i sig visa på domstolarnas bakomliggande tankar kring barn.

3.2.1 Kroppsutveckling

När det gäller kroppsutveckling är det en självklarhet att detta i princip kommer upp i alla domarna, eftersom det är det enda som uttryckligen anges i förarbetena. Den intressanta frågan är hur denna bedömning görs i praktiken. Jag har tidigare gått igenom att domstolarna generellt endast kort konstaterar om utvecklingen är normal eller över normalt. Det finns inget i domarna som förklarar varken hur barnets kroppsutveckling faktiskt ser ut eller vad domstolarna utgår från är normalt för olika åldrar. Det är alltså oklart vilken bild domstolarna har av kroppsutvecklingen hos ett ”normalt” utvecklat barn. Vidare är det omöjligt att veta hur enhetlig denna bild är mellan de olika domstolarna. Vad som däremot kan fastställas är att ju mognare kroppsutveckling ju äldre anses barnet vara.

När domstolarna diskuterar kroppsutveckling görs som sagt inte några förklaringar av hur de bedömer att en viss utvecklingsgrad är normal för en viss ålder. Detta gör att det är svårt att göra några djupare reflektioner kring deras bedömningar. Jag har dock funnit ett fall där kroppsutvecklingen förklaras lite närmare:

Det kan vara svårt att avgöra en tonårig flickas ålder. Målsägande A hade vid det aktuella tillfället drygt två månader kvar till sin 15-årsdag. En flicka som är 14 år har vanligen den kroppslängd och fysiska utvecklingsgrad som hon kommer att ha som vuxen medan pojkar ofta har en senare pubertetsutveckling. Målsägande A skulle lätt kunna tas för att vara äldre än hon är.¹⁰⁸

Detta resonemang uppkommer i målet eftersom gärningsmannen mötte målsäganden, en flicka, med en vän, en pojke, och visste att en av dem var 14 och den andra 15. Gärningsmannen tyckte att flickan såg äldre ut och utgick från att det är hon som var femton.

Domstolen börjar med att poängtera att det är svårt att avgöra åldern på en tonårig flicka. Det är något oklart om detta åsyftar tonåringar i allmänhet eller om det är just flickor som är svåra att åldersbestämma. Domstolen uttrycker svårigheten som ett faktum och det kan vara en förklaring till att motiveringarna för dessa bedömningar är så knapphändiga i alla domar. Det

¹⁰⁸ Svea hovrätt, mål B 9804-09, tingsrättens dom, s. 11

tyder på att domstolarna själva har vissa problem att placera in kroppsutveckling till en viss ålder.

Vidare konstaterar domstolen uttryckligen att ”en flicka som är 14 år har vanligen den kroppslängd och fysiska utvecklingsgrad som hon kommer att ha som vuxen medan pojkar ofta har en senare pubertetsutveckling.”. Detta konstaterande är intressant ur två perspektiv. Dels normen att en 14-årig flicka kroppsligen ser ut som en vuxen redan innan åldersgränsen för självbestämmanderätt, dels att domstolen fastställer att pojkar utvecklas senare. Frågan kring skillnaden mellan pojkar och flickors utveckling kommer jag att gå närmare in på nedan när jag diskuterar genus.

I detta citat framstår det alltså som att den accepterade normen för en fjortonårig flicka skulle vara en kroppsutveckling som är nästan som en vuxens. Baserat på domstolarnas resonemang anser jag att något som är allmänt känt rimligtvis får anses vara känt även av gärningsmän. Därmed borde gärningsmännen inse att det finns en risk att även välutvecklade flickor kan vara unga. En hög vaksamhet borde alltså vara påkallad även om flickan har en i det närmsta fullt utvecklad fysik. Denna ”allmänna kännedom” får däremot inte något direkt genomslag i rättstillämpningen. Sett till vad som framkommit i min undersökning ovan verkar det inte vara särskilt ofta som domstolen drar slutsatsen att en nästan fullvuxen kroppsutveckling skulle kunna falla in under åldersgränsen. Inte heller i fallet ovan får det egentligen något genomslag eftersom domstolen avlutar med att säga att hon ”skulle lätt kunna tas för att vara äldre än hon är”. Trots att de fastslagit att det är vanligt att fjortonåriga flickor är mycket välutvecklade så anser de ändå att hon ser äldre ut än vad hon är. Man kan dock notera att det i detta fall talade till gärningsmannens fördel att det är uppenbart att flickor är tidigare utvecklade. Att alla flickor var lättare att missta för äldre gjorde hans misstag godtagbart, till skillnad från de andra fallen där det är bättre för gärningsmannen att just den flickan uppfattas extra gammal.

Jag har svårt att dra några tydliga slutsatser kring hur domstolarnas normalmall för kroppsutveckling ser ut, då jag inte kan jämföra offrens faktiska utseende med bedömningarna som domstolen har gjort. Det verkar dock vara tydligt att ett barn enligt denna mall inte bör se särskilt moget ut.

3.2.2 Utseende

Som jag presenterat tidigare tas utseende upp i stor utsträckning, närmare bestämt i hälften av de fall jag har undersökt. Utseende och kroppsutveckling verkar dock inte vara helt lätt att skilja åt och domstolarna använder det ofta som synonyma begrepp. Orden används antingen omväxlande eller, vilket är ännu vanligare, synonymt genom att domstolen använt ordet ”utseende” istället för ordet ”kroppsutveckling” som basen för vad som är ”avsevärt över åldersgränsen”. För att belysa dessa två sätt att blanda ihop begreppen vill jag lyfta fram utdrag ur två fall.

I det första målet börjar domstolen med att presentera den förklaring som förarbetena framställer angående kroppsutveckling.

Ansvar enligt bestämmelsen ska inte ådömas om barnet hade en kroppsutveckling som normalt förekommer hos t.ex. 17-18 åringar och omständigheterna i övrigt inte givit gärningsmannen anledning att vara på sin vakt.¹⁰⁹

Domstolen framför senare sin bedömning angående barnet i fråga:

Inte heller målsägandens utseende, uppträdande eller någon annan omständighet som framkommit i målet kan medföra en sådan slutsats.¹¹⁰

Här förevisar domstolen först att granskningen ska baseras på just barnets kroppsutveckling. När domstolen sedan presenterar sin bedömning refererar de däremot endast till utseende. Att domstolen i sin bedömning använder ordet utseende när de tidigare sagt att bedömningen baseras på kroppsutveckling, talar för att de betraktar utseende och kroppsutveckling som samma sak.

Även i följande fall hänvisades till direktiven om att barnets kroppsutveckling skulle vara avsevärt över åldersgränsen. Skillnaden är att domstolen här använder ordet kroppsutveckling även i sin bedömning.

Av den åberopade korta sekvensen från polisförhöret med målsäganden kan inte konstateras att hon hade en kroppsutveckling som normalt förekommer hos en 17- eller 18-årig kvinna utan snarare att hennes utseende talade för att hon var betydligt yngre.¹¹¹

I detta mål benämns alltså kroppsutveckling specifikt i relation till målsäganden och det verkar vara just den fysiska utvecklingsgraden som bedömningen baseras på. Användandet av ordet utseende ter sig här mer som ett sätt att variera språket.

I endast tre fall har domstolarna uttryckligen skilt på kroppsutveckling och utseende genom att lyfta fram båda begreppen som kompletterande för varandra. Exempelvis på så sätt som i en dom från Svea hovrätt:

Enligt hovrättens mening ger de fotografier av A som åklagaren åberopat inget stöd för att EM med hänsyn till A:s utseende och kroppsliga utveckling hade skälig anledning att anta hon var yngre än 15 år när de inledde sin sexuella relation.¹¹²

I och med att både utseende och kroppsutveckling räknas upp efter varandra tyder detta på att domstolen ser dem som två skilda ting. Detta leder mig att tro att begreppet utseende i domstolens ögon innebär något utöver enbart den fysiska utvecklingen.

I majoriteten av fallen skiljer domstolarna inte uttryckligen på de olika begreppen. Jag ställer mig dock frågande till om orden utseende och

¹⁰⁹ Svea hovrätt, mål B 7123-12, s. 3

¹¹⁰ Svea hovrätt, mål B 7123-12, s. 4

¹¹¹ Svea hovrätt, mål B 6166-10, s. 6

¹¹² Svea hovrätt, mål B 7361-10, s. 5

kroppsutveckling verkligen är synonyma ens i dessa fall. Läger domstolarna kanske ner något annat eller något mer i begreppet utseende än bara kroppens utvecklingsgrad?

I en dom gör domstolen en skillnad mellan utseende och kroppsutveckling genom att framhålla hur målsäganden var klädd och sminkad:

Annat har inte framkommit än att målsäganden vid mötena med ES var klädd och sminkad på liknande sätt. Att utifrån motsvarande utseende och kroppsutveckling dra någon säker slutsats när det gäller huruvida målsäganden har sett ut att vara 15 eller yngre är enligt hovrätten vanskligt.¹¹³

När jag ser på hur domstolen formulerat sig i detta citat tycker jag att det tyder på att faktumet att offret sminkade och klädde sig på ett visst sätt gjorde att hon uppfattades som äldre.

Domstolen börjar med att poängtera att hon var klädd och sminkad på samma sätt vid mötet med gärningsmannen som på ett foto från en hemsida.¹¹⁴ Att de tar upp att hon såg ut på ett visst sätt vid mötet med gärningsmannen och inte bara tar upp hur hon faktiskt ser ut, anser jag tyder på att hon inte ser riktigt likadan ut inför domstolen. Genom att först poängtera detta och sedan säga att det ”utifrån motsvarade utseende och kroppsutveckling” inte går att avgöra om hon var under 15, anser jag att de menar att hennes val av utstyrsel påverkade bedömningen i denna riktning. Målsägandens kroppsutveckling förändras naturligtvis inte beroende på hur hon såg ut på fotot, ordet ”motsvarande” kan endast syfta på att smink och kläder är likartade. Jag tolkar detta som att domstolen anser att hon ser äldre ut i motsvarande smink och kläder än vad hon gör utan det, baserat endast på nivån av hennes kroppsutveckling.

Jag anser att en sådan slutsats talar för att domstolarna inte tycker att barn under en viss ålder bör klä eller sminka sig på ett visst sätt. Det påverkar i så fall deras yttre till att uppfattas som äldre än deras kroppsutveckling förespråkar. Det är svårt att veta om det sträcker sig så långt som att barnet sminkar sig alls eller vad det är för typ av kläder, exempelvis för ”utmanande” plagg, som faller utanför mallen.

Här tas alltså smink och kläder upp som något som läggs i begreppet utseende utöver vad som läggs i begreppet kroppsutveckling. Frågan är om domarna, mer eller mindre medvetet, även i de mål där utseende inte definieras närmare eller rent av används synonymt, lägger liknade förhållanden i begreppet. Om det skulle vara så bör det leda till en viss oro för att fall där faktorer, utöver enbart kroppsutveckling, bidrar till att barnet bedöms som äldre ges samma tyngd som den bedömning av kroppsutveckling som påbjuds i förarbeten.

¹¹³ Göta hovrätt, mål B 2725-10, s. 5-6

¹¹⁴ Göta hovrätt, mål B 2725-10, s. 5

3.2.3 Uppträdande

I en del fall tar domstolen upp barnets ”uppträdande”. I domstolarnas bedömningar kan en värdering av offrets uppträdande, likt för kroppsutveckling och utseende, leda både till att det talar för att offret är äldre eller yngre. Det faktum att uppträdandet tas upp för värdering väger alltså inte definitivt åt ena eller andra hållet. Det finns en mängd olika formuleringar som domstolarna använder sig av för att hänvisa till vad jag har valt att sammanfatta som uppträdande, men inget av dem beskriver särskilt tydligt exakt vad det är som bedöms i denna samlingskategori. Ofta är ordvalen ytterst vaga, som exempelvis i följande citat:

Åven om målsäganden under det förhör med henne som spelats upp i hovrätten gett ett förhållandevis moget intryck kan konstateras att hon då inte såg ut att vara avsevärt äldre än 15 år.¹¹⁵

I detta mål är det alltså formuleringen ”moget intryck” som jag ansett falla in under uppträdande.

Ytterligare ett exempel på liknande flytande uttryckssätt är:

Enligt hovrätten skiljer sig hennes utseende eller person åldersmässigt inte på något markant sätt från andra ungdomar i hennes ålder.¹¹⁶

Domstolen uttrycker sig här om hennes ”person”. Likt fallet ovan skiljer domstolen mellan utseende eller hur barnet ”såg ut” och ordvalen ”person” och ”moget intryck”. Dessa begrepp verkar alltså vara något utöver rent fysiska attribut som uppfattas genom observation eller interaktion med barnet. Det verkar dock vara kopplat direkt till barnet, något som märks tydligt i mötet med domstolen eller i polisförhör, och inte yttre omständigheter. Det handlar alltså snarare om barnets inneboende beteende och inte sådant som tas upp bland övriga omständigheter, som information om vänskapskrets och skolgång, eller omständigheterna kring barnet vid mötet med gärningsmannen. Dessa vaga uttryck verkar innebära en outtalad värdering av barnets sätt eller beteende. Exakt vad domstolen tar fasta på i denna värdering är dock mycket oklart.

Frågan är då vad det är i barnets sätt som gör att domstolen anser att barnets ”person” inte skiljer sig från andra i dess ålder eller att barnet ger ett ”moget intryck”. Domstolens formulering i ett av fallen ger en lite tydligare bild av vad de tagit fasta på:

IH har uppgett att han trodde att målsäganden var 16 eller 17 år. Hovrätten bedömer inte att det är en orimlig uppfattning, med hänsyn till målsägandens utseende och sätt att uttrycka sig i polisförhören.¹¹⁷

Här väljer alltså domstolen att skilt från barnets utseende ta upp hennes ”sätt att uttrycka sig” vid polisförhören. Detta är en av de formuleringar som jag ansett falla in under barnets ”uppträdande”, d.v.s. hur det betar sig, eftersom

¹¹⁵ Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål B 350-13, s. 5

¹¹⁶ Svea hovrätt, mål B 7336-05, s. 4

¹¹⁷ Göta hovrätt, mål B 1696-14, s. 5

det är något kopplat direkt till barnet och hur det uppfattas, och inte dess fysik.

En aspekt av vad som kan påverka domstolarnas värdering av ett barns ”sätt” är alltså hur barnet ”uttrycker sig”. Sättet att kommunicera påverkas av flera olika saker så som vokabulär och språk, men även kroppsspråk. Även om dessa förhållanden naturligtvis påverkas av ålder frågar jag mig om det inte finns andra faktorer som påverkar detta mer än vad ålder gör. Utbildning och vilket ”sätt att uttrycka sig” som är normalt i barnets vänskapskrets tror jag påverkar barnets ordval och formuleringar i mycket större utsträckning än åldern i sig.

Det kan naturligtvis finnas mer saker än kommunikationsförmåga som domstolen inkluderar i uppträdande utan att förklara det närmre. Vad som går att uttyda är dock att uppträdande verkar vara något i hur barnet uppfattas som inte är rent fysiskt, snarare någon slags bedömning av mental mognad. Däremot bör det skiljas på intellekt och att barnet är mentalt mogen, och speciellt skilja det från att vara känslomässigt mogen. Jag utgår från att ett barn kan ha ett välutvecklat språk utan att för den skull vara kapabel av att fullt ut resonera kring beslut och vara känslomässigt redo för att ta sådana konsekvenser. Jag tror inte att domstolarna får en tydlig bild av barnets mentala mognad endast genom dennes sätt att uppträda. Jag anser som sagt att mental mognad, och framförallt möjligheten att presentera den, inte endast är kopplat till åldern utan även till andra förhållanden. Som sådan är det inte särskilt lämpat för att faktiskt bedöma ett barns ålder.

Det tydligaste är att domstolarnas bedömning i denna fråga är ytterst godtycklig. Allt som barnet gör som strider mot den outtalade ”normalmallen” för ett barn gör att de anses som äldre. Att barnet t.ex. använder för avancerade ord, är lugnare eller tydligare än vad domstolen förväntar sig eller kanske alltför framåt för vad domstolen anser vara lämpligt i situationen. Det finns dock ingenting som tydligare definierar hur denna normalmall för ett barns beteende ser ut, eller hur den varierar mellan domstolarna.

3.2.4 Vänner

Information om barnets vänner tas upp i många av fallen, vilket visar på den vikt som domstolarna tillskriver offrets umgängeskrets. Den vänskapskrets som offret är en del av anses starkt visa på hur gammalt barnet är. Bedömningarna är baserade uteslutande på de kamrater som gärningsmannen var medveten om att offret hade. Detta faller sig naturligt eftersom bedömningen skall göras baserat på vad gärningsmannen hade möjlighet att veta eller räkna ut om barnet och dess ålder. Det resulterar dock i att bedömningen inte görs på barnets hela umgängeskrets utan endast de vänner som var närvarande under mötet/mötena mellan offer och gärningsman. Alternativt även eventuella vänner som gärningsmannen visste om utan att träffat dem tillsammans med offret, exempelvis

gemensamma vänner. Detta leder till att vad gärningsmannen visste om *vännernas* ålder blir relevant.

I de fall där gärningsmannen erkänner vetskap om hur gamla offrets vänner var stöds naturligtvis bedömningen på denna faktiska kunskap. Det lite besynnerliga uppkommer när gärningsmannen inte hade direkt vetskap om åldern på offrets vänner. För att bedöma vad gärningsmannen borde ha insett angående offrets ålder gör domstolen då en bedömning om vad gärningsmannen borde ha insett i fråga om vännernas ålder. Ett exempel på en sådan bedömning görs i följande uttalande av Svea hovrätt:

När de träffades i Kista Galleria var A i sällskap med två lika unga eller yngre kompisar, varav åtminstone AA med hänsyn till sitt utseende och sätt måste uppfattas som klart under 15 år.¹¹⁸

I detta mål gör alltså domstolen en bedömning av hur gammal en av offrets vänner, som var med vid mötet med gärningsmannen, ser ut att vara. Bedömningen här görs baserat på kompisens ”utseende och sätt”, vilket är i det närmaste identiskt med formuleringen, ”utseende och uppträdande”, som används vid bedömningen av offret själv. Utöver kroppsutveckling och den övriga omständighet med vilka vänner offret påträffats, görs i detta mål inga ytterligare hänvisningar till grund för bedömningen av åldern på offret. Domstolen gör alltså sin ålderbedömning av offrets vänner baserat på samma principer som används för ålderbedömningen för offret.

Vännernas ålder poängteras även när vännerna är äldre än offret. Ett exempel på detta är i följande mål från Svea hovrätt:

Vid det aktuella tillfället hade målsäganden just fyllt 13 år. Hennes kamrater var 16-17 år och PE har uppgett att målsäganden kunde tas för att vara jämngammal med dem.¹¹⁹

Här lyfts alltså det faktum fram att offret umgicks med tre eller fyra år äldre vänner, samt att hon ”kunde tas för att vara jämngammal”. Det senare uttalande baseras visserligen på vad en av vännerna sagt, men domstolen väljer att ta upp det i sina domsskäl, istället för att endast lämna det som en del av presentationen av vittnesmålen. Jag anser att valet domstolen gör genom att poängtera det i sin bedömning talar för att domstolen gör en liknande bedömning. Domstolen gör dock inte bedömningen att offret såg ut att var avsevärt över åldersgränsen. Det aktualiserar naturligtvis frågan om barnet hade uppfattats som lika gammal om hon inte varit i sällskap med äldre personer, eller rent av tillsammans med yngre kamrater. Jag tycker att detta talar för att domstolen ser henne som äldre eftersom hon umgicks med äldre vänner och därmed klumpas ihop med deras åldersgrupp.

Domstolarna utgår alltså från att en yngre person uppfattas som äldre när denne umgås med äldre vänner. Det är oklart om domstolarna drar denna slutsats för att de utgår från att en gärningsman automatiskt uppfattar alla kamrater i en grupp som lika gamla eller för att barnets umgänge med äldre vänner gör att barnet i sig uppfattas mer moget. Det går naturligtvis att

¹¹⁸ Svea hovrätt, mål B 6327-13, s. 5

¹¹⁹ Svea hovrätt, mål B 6166-10, s. 6

argumentera för att en person formas av sitt umgänge och att barn tar efter beteendet hos sina vänner. Därmed kan en yngre person uppträda moget för sin ålder på grund av att de umgås med äldre vänner. Jag vill dock ifrågasätta i hur stor utsträckning detta alltid är ett rimligt antagande. Ett barn kan säkert uppfattas något år mognare genom att de betar sig som sina äldre kamrater, men frågan är om sådan inläring kan överbygga alla mognadsskillnader mellan dem och vännerna. Som exempel vill jag ta upp ett mål där denna fråga blir tydlig.

I detta mål från Göta hovrätt gällde frågan om den åtalade AM hade gjort sig skyldig till våldtäkt mot barn i och med oaktsamhet i förhållande till målsägande A:s ålder. De träffades genom AB, en gemensam vän som var äldre än de båda. När domstolen gör sin bedömning kring om gärningsmannen haft skälig anledning att anta att målsäganden varit underårig tar de bland annat upp åldern på den gemensamma vännen:

AM träffade A genom AB. AB var vid tillfället nitton år och han berättade för AM att han hade varit kamrat med A sedan en längre tid. A umgicks således med vänner som var i samma ålder som eller äldre än AM när de båda träffades.¹²⁰

Domstolen drar slutsatsen att den samlade bedömningen inte gjorde att gärningsmannen hade anledning att vara på sin vakt angående målsägandens ålder.¹²¹ Att målsäganden umgicks med personer som var i gärningsmannens ålder och äldre talade alltså för att hon uppfattas äldre än vad hon är. Värt att notera i detta fall är dock att målsäganden vid tillfället endast var 12 år och 6 månader gammal.¹²² Vid samma tid var gärningsmannen ca 18 och 4 månader och den gemensamma vännen AB ca 19 år och 8 månader. Målsäganden umgicks följaktligen med personer som var från ca 18 upp till nästan 20 år gamla, alltså så mycket som ca 7 år äldre. Detta är en mycket påtaglig åldersskillnad, speciellt då stora skillnader i utveckling sker i dessa åldrar.

Jag ifrågasätter om en så stor skillnad i ålder och utveckling som måste finnas mellan en person som är 12 och en person som är nästan 20 kan gå obemärkt förbi även om den yngre ”tar efter” de äldres beteende. Jag finner det helt uteslutet att en tolvåring skulle uppfattas lika mogen som en nittonåring, och jag tror inte heller att det är domstolens slutsats. Jag tvivlar däremot på att en tolvåring kan uppfattas mycket mognare än ett par år över den faktiska åldern även om man antar att hennes umgänge får henne att verka äldre. Skulle man anta att hon verkade t.ex. 3 år äldre, och jag vill påpeka att 3 år i dessa åldrar innebär en ganska stor skillnad, kan hon ändå inte antas vara mer än 15, vilket i sig innebär att gärningsmannen inte kan utgå från att hon skulle vara över åldersgränsen. Jag vill, till skillnad från domstolen, hävda att åldersskillnaden måste varit påtaglig även om barnet var moget för sin ålder. En så märkbar åldersskillnad borde i sig ha gjort gärningsmannen vaksam nog att försöka kontrollera åldern närmre.

¹²⁰ Göta hovrätt, mål B 1537-11, tingsrätten dom, s. 13

¹²¹ Göta hovrätt, mål B 1537-11, tingsrättens dom, s. 13

¹²² Göta hovrätt, mål B 1537-11, tingsrättens dom, s. 4

När ett barn umgås med personer som är både äldre och yngre än de själva verkar inte domstolarna riktigt kunna dra någon slutsats om hur det skulle återspegla barnets ålder. Detta exemplifieras i följande fall:

Med tanke på åldern hos vissa av hans kamrater kunde JA förvisso inte utesluta att målsäganden var under 15 år. Å andra sidan umgicks han även med äldre kamrater.¹²³

Vad som är värt att notera är dock att även om domstolarna inte kan dra någon slutsats i dessa fall anses det vara en tillräckligt viktig omständighet för att ändå tas upp i domskälen. Det visar på hur stor vikt domstolarna ändå lägger vid vänskapskretsen och vad den skulle kunna visa på.

Jag vill dock framhäva att även i de fall där de vänner som tas upp alla är i samma ålder uppkommer endast de vänner som gärningsmannen mött i bedömningen. Ofta är det också bara de vänner som varit närvarande vid just det tillfälle som gärningsmannen och offret träffats, vilket kan vara endast en gång. Det är alltså högst sannolikt att de vänner som tas upp inte utgör barnets hela umgängeskrets utan endast en utvald del. Bedömningen blir alltså i högsta grad beroende på vilka vänner som offret råkade vara i sällskap med just vid mötet med gärningsmannen. Var offret med yngre vänner är sannolikheten högre att även offret uppfattas som yngre, var det övervägande äldre kompisar närvarande är risken högre att barnet uppfattas som äldre än vad det är. Samma barn kan alltså uppfattas olika gammalt beroende på vem de umgås med. Detta leder till att ett barn får ett mindre rättsskydd om och eller när det umgås med äldre personer.

I alla fall där barnets vänskapsrelationer tas upp anses äldre kamrater tala för att barnet var äldre och yngre kamrater tala för att barnet är yngre. Som jag presenterat ovan är det svårt att avgöra om domstolarna anser att barn som umgås med äldre vänner blir mognare i sig själva eller om de endast klumpas ihop med den åldersgrupp som vännerna per automatik. Min bedömning är dock att, även om barn tar efter sitt umgänge, kan inte detta förklara den automatik med vilken domstolarna för in barnet i vännernas åldersgrupp. Den slutsats som jag drar från detta är att domstolar utgår från att barn alltid umgås med jämnåriga personer. Hur korrekt denna utgångspunkt är kan naturligtvis ifrågasättas. Speciellt eftersom bedömningen endast baseras på en del av barnets vänskapskrets.

3.2.5 Skolgång

Den sista av de omständigheter som uppkommer mest frekvent är vad gärningsmannen känt till om barnets skolgång. En insikt om vilken årskurs målsäganden gick i tenderar att tala starkt för även en insikt om faktisk ålder. Utdrag ur två fall kan visas som exempel på den vikt som läggs vid vetskap om offrets årskurs i skolan:

EA har uppgett att hon på fråga från FT ordagrant sagt till honom att hon var lika gammal som DF och att hon gick i åttonde klassen¹²⁴

¹²³ Hovrätten för övre Norrland, mål B 391-11, s. 6

Såvitt framkommit har inte A och AM diskuterat A:s ålder, vilken skola A gick på eller andra frågor som gav AM anledning att misstänka att A var under femton år.¹²⁵

Båda dessa citat tar upp information om ålder och information om skolgång. Det faktum att dessa två tas upp tillsammans tyder på den vikt som tillmäts denna information. Detta blir särskilt tydligt i det andra citatet där dessa två frågor är de första och enda nämnda exempel på sådana frågor som skulle ge gärningsmannen ”anledning att misstänka att målsäganden var under femton”. Att årskurs tillmäts så stor vikt är troligen eftersom det är så pass lätt att räkna ut en relativt specifik ålder utifrån denna kunskap. Detta förutsätter dock att domstolarna utgår från att gärningsmännen är införstådda med det svenska skolsystemet och alltså vet hur gammal man rimligen är i en viss årskurs. Att veta i vilken ålder man normalt går i vilken klass behandlas alltså som något som är allmänt känt.

Om det verkligen kan räknas som universell kunskap kan däremot ifrågasättas något genom den anmärkningsvärda dom där en lärare stod åtalad för våldtäkt mot barn mot en av sina elever.

Målsägande A gick vid tillfället i årskurs 7 och hon var 14 år, till skillnad från sina klasskamrater som var 13 år. DN var lärare för hennes klass och hade information om att hon hade gått om en klass. Trots detta hade DN uppfattningen att hon skulle vara 16 eller 17 år.¹²⁶

Detta fall gäller en lärare, som visserligen har fått information om att barnet har gått om ett år, men som ändå tror att en person som går i sjunde klass kan vara äldre än 15 år. Här bör noteras att övergreppen skedde i december¹²⁷ och att flickan alltså inte kunnat hinna fylla 15 även om hon både gått om och hade fyllt år tidigt på året.

Det är minst sagt märkligt att gärningsmannen ens hävdar att han trodde att målsäganden var så gammal som 17 år, det som jag däremot vill lyfta fram särskilt är domstolens argumentation kring huruvida hans missuppfattning är rimlig.

I målet har det dock kommit fram att han inte hade någon utbildning för läraryrket och att han fick bristande instruktioner om vad som förväntades av honom. ... den muntliga bevisningen ger närmast intrycket av att han inte tog läraryrket på allvar, utan fokuserade mer på andra saker. Under sådana förhållanden är det inte orimligt att han inte tog reda på åldern på eleverna.¹²⁸

Domstolen för här ett resonemang kring att läraren inte hade någon lärarutbildning och inte fått fullständiga instruktioner över vad som

¹²⁴ Svea hovrätt, mål B 7336-05, s. 4

¹²⁵ Göta hovrätt, mål B 1537-11, s. 13

¹²⁶ Hovrätten för nedre Norrland, mål B 365-12, s. 5

¹²⁷ Hovrätten för nedre Norrland, mål B 365-12, åtalspunkt 1 & 2 i tingsrättens domsbilaga 2

¹²⁸ Hovrätten för nedre Norrland, mål B 365-12, s. 5

förväntats av honom. Vad domstolen gör är egentligen att konstatera att han inte har kunskap som sträcker sig längre än gemene man. I slutändan konstaterar domstolen däremot att det trots allt var ”uppenbart att han som flickans lärare haft skälig anledning att anta att hon var under 15 år”¹²⁹. Det noterbara i detta fall är dock resonemanget kring att hans bristande kompetens som lärare ansågs tala för att han inte visste. Domstolen drar slutsatsen att detta skulle göra det mer rimligt att han inte hade koll på åldern på sina elever. Vad som är beaktansvärt är ju att det är ett krav som generellt ställs på gärningsmän även om de inte heller har någon lärarkompetens. Att läraren inte hade speciell utbildning skulle därmed vara helt irrelevant.

Även om det är fullt möjligt att räkna ut en ungefärlig ålder utifrån information om barnets skolgång finns det ändå problem och undanflykter. En av dessa svårigheter uppkommer när barnet går i en årskurs där det är möjligt att det kan ha fyllt 15 år. Överlag fyller barn 15 år under vårterminen i åttonde klass eller höstterminen i nionde klass, även om undantag naturligtvis finns. Går barnet då i åttonde klass så finns det en möjlighet att barnet har fyllt femton, men den är inte så stor att en gärningsman helt skulle kunna förlita sig på det. Detta är baserat på det faktum att personer fyller år vid olika tider på året. Det innebär att en gärningsman inte endast kan förlita sig på vetskap om barnets födelseår utan även måste ta hänsyn till när på året barnet är fött för att veta om barnet hunnit fylla femton. Detta resonemang, kring att en person kan fylla år senare på året, kan rimligen anpassas även till hur gammal en person kan vara när denne går i åttonde klass.

Denna vetskap om att barn är olika gamla även i samma årskurs illustreras på ett liknande sätt i ett fall där frågan diskuterades kring i vilken ålder personer konfirmerar sig. Gärningsmannen i detta fall utgår från att alla som har passerat en viss social gräns, i detta fall en konfirmation, är lika gamla.

Hans förklaring till detta är att det är allmänt känt att konfirmander är 14 år och att sådana som har konfirmerats är 15 år. Målsägande A:s konfirmation ägde rum den 30 maj 2010. Det måste anses allmänt veterligt att personer kan fylla år efter detta datum. Enligt tingsrättens mening medför ON:s förklaring inte annat än att han var medveten om att målsägande någon gång under 2010 fyllde 15 år. Han får därmed ha haft skälig anledning att anta att hon ännu inte fyllt 15 år.¹³⁰

Samma teori som i detta fall kan alltså tillämpas när man talar om årskurser. Det går inte att ta för givet att ett barn har fyllt femton förrän hela kalenderåret gått. Därmed är det inte rimligt att anta att en person har fyllt 15 baserat på vilken årskurs de går i förrän som tidigast början av vårterminen i nian.

¹²⁹ Hovrätten för nedre Norrland, mål B 365-12, s. 6

¹³⁰ Svea hovrätt, mål B 1464-11, tingsrättens dom, s. 13-14

Att domstolarna sätter upp en så stor likhet mellan årskurs och ålder talar för att de utgår från att barn följer det mönster som skolsystemet har satt upp. Att barn börjar första årskurs året de fyller sju och går årskurserna i följd. Ett problem som uppkommer vid en så strikt värdering av ålder på grund av årskurs är frågan om barn som inte följer denna norm, exempelvis barn som går om klasser i skolan. Detta är en fråga som tas upp i följande mål:

DH har berättat att han trodde att målsäganden var född -96, han hade fått höra detta av en kompis, och att han hade denna uppfattning innan det första polisförhöret. Han var medveten om att målsäganden gick två klasser under honom, tillsammans med de som är födda -97, men att det är ganska normalt att gå om en klass.¹³¹

Som jag framfört ovan utgår domstolarna från att strukturen för skolsystemet följs. I fallet ovan ter sig argumentet att offret skulle ha gått om en årskurs snarast som en undanflykt, dock presenteras en problematik kring de fall där barnet faktiskt faller utanför den norm som förutsätts av domstolarna.

Jag ifrågasätter gärningsmannens kommentar ovan om att det skulle vara ”ganska normalt att gå om en klass”. Visserligen kan det vara mer eller mindre förekommande på olika platser i Sverige men överlag måste det ändå anses vara ett undantag. Normen kan knappast vara att barn går om klasser i skolan och det torde inte vara något som en gärningsman kan utgå från i sina beräkningar. Det vill säga att en gärningsman inte kan utgå från att ett barn är äldre än sina klasskamrater. Hade de barn som gått om en årskurs istället uppskattas som lika gammal som sina klasskamrater skulle detta dock inte skapa några större problem, personen skulle inte för den skull få något utökat rättsskydd. Det finns ingen risk att en gärningsman skulle dömas för våldtäkt mot barn om personen faktiskt var över åldersgränsen även om det gick i samma klass som barn som var yngre. Däremot aktualiserar denna fråga även det omvända, att ett barn skulle börja skolan ett år tidigare och därmed går i en klass med personer ett år äldre än den själv. Dessa fall torde rimligtvis även vara undantag, men det skapar en större problematik. Om ett barn börjar tidigare skulle det i så fall leda till att denna person nästan per automatik anses som äldre och åtnjuter ett mindre rättsskydd som följd.

3.2.6 Sexuella erfarenheter

Sexuella erfarenheter uppkommer inte fullt lika ofta i rättsfallen, men det återkommer likväl. En av anledningarna till att det inte alltid tas upp kan vara att det är långt ifrån alltid som gärningsmannen har haft någon insikt i offrets tidigare sexliv. Det hör alltså samman med att gärningsmannen måste ha vetskap eller ana något för att det ska kunna påverka dennes bedömning. Vad som är intressant är naturligtvis att domstolarna överhuvudtaget anser sexuella erfarenheter vara så relevant att de tar upp det i sin bedömning. Jag anser att valet att alls ta upp detta i sina bedömningar visar på att

¹³¹ Svea hovrätt, mål B 28-13, tingsrättens dom, s. 20

domstolarna lägger ner en värdering i informationen. Hade sexuella erfarenheter varit lika väl accepterat beteende för barn som för vuxna hade det inte funnits någon poäng med att ta upp det i bedömningen. Därmed måste det vara något som domstolarna anser tyder åt ena eller andra hållet, d.v.s. att det talar för att barnet var antingen äldre eller yngre.

I följande mål gör domstolen en utförlig redovisning om hur mycket gärningsmannen visste om målsägandens sexuella erfarenheter:

Besöket genomfördes tillsammans med AANN och AFM, vilka båda tidigare haft sex med målsäganden och dessutom förekommit på den film som DR tagit del av. DR hade fått målsägandens telefonnummer av sin bror ER, som också han dessförinnan haft en sexuell kontakt med målsäganden.¹³²

Domstolen redovisar alltså att gärningsmannen hade vetskap om flera sexuella kontakter som offret tidigare haft, samt att hon förekom i den filmade sexakt som gärningsmannen sett. Domstolen konstaterar i detta mål inte uttryckligen att faktumet att offret tidigare har haft sex skulle tala för att hon var över femton år. Däremot finns heller ingen argumentation för att det skulle tala för att hon var yngre. Domstolen verkar alltså tycka att det är av stor vikt för slutsatsen i och med att det tas upp i deras slutliga bedömning, men också att värderingen av denna omständighet på något sätt är uppenbar.

Frågan är då vilken denna ”uppenbara” uppfattningen är. Som jag presenterat ovan måste faktumet att sexuella erfarenheter ens tas upp som relevant tala antingen för att barnet uppfattas som äldre eller som yngre. Jag har svårt att tänka mig att domstolarna ser det som att sexuella erfarenheter skulle tala för att ett barn är yngre. Dessutom konstateras det uttryckligen i en dom, vilken citeras nedan, att tidigare sexuella erfarenheter tyder på att offret är äldre. Jag tolkar det som att detta övergripande talar för att domstolarna utgår från att sex är något oförenligt med bilden av ett barn.

Jag ser dock en problematik i att det tas som en självklarhet att sexuella erfarenheter alltid talar för att offer är äldre. Övergrepp sker ju uppenbarligen trots lagstiftningen. Det finns visserligen sexuella relationer som kan räknas som frivilliga även för ett barn, som de fall där ansvarsfrihetsregeln blir relevant. Reglerna för vad som är att anses som övergrepp mot barn är emellertid strikta och jag tror att många av de situationer som klumpas ihop under ”sexuella erfarenheter”, vid en rättegång skulle ha klassats som övergrepp. Om sexuella erfarenheter talar för att barnet är äldre så gör dessa erfarenheter att gärningsmannen har större chans att undgå ansvar för en sexuell handling med det barnet. Det leder till att om ett barn tidigare varit offer för ett eller flera övergrepp blir de övergreppen i sig en grund för att möjliggöra kommande övergrepp.

Paradoxen blir extra tydligt följande mål där domstolen uttryckligen påtalar att offrets tidigare sexuella erfarenheter talar för att hon uppfattas som äldre:

¹³² Svea hovrätt, mål B 8031-11, tingsrättens dom, s. 41

Vad A berättat för AM om sin tidigare sexuella erfarenhet har inte heller gett anledning för AM att misstänka att hon var under femton år.¹³³

Baserat endast på detta citat kan det, likt i fallet ovan, argumenteras för att domstolen utgår från att lagen följs och att gärningsmannen därmed utgår från att den som har haft sex är över femton. I detta fall är det däremot inte så enkelt. Om man ser i vittnesmålen exakt vilka sexuella erfarenheter offret berättat om framkommer det att hon haft sex med 12 personer samt att hon haft sex första gången vid 7 års ålder.¹³⁴ Det måste alltså varit uppenbart för gärningsmannen att hon varit offer för grova sexuella övergrepp vid en tidig ålder. Enligt min mening borde detta innebära varningssignaler som gjort att gärningsmannen i vart fall borde ställt frågor kring åldern. Det kan tilläggas att målsäganden i detta mål endast var tolv och ett halvt år gammal.

Vad som är mest anmärkningsvärt är att domstolen så självklart konstaterar att dessa erfarenheter talar för att barnet skulle vara över femton. Ingen reflektion görs kring att det är så tydligt att hon tidigare varit utsatt för övergrepp eller den utsatthet det visar på. Inte heller diskuteras att gärningsmannen inte gjort några försök att ta reda på åldern. Det enda som framförs är att åldern inte diskuterats:

Såvitt framkommit har inte A och AM diskuterat A:s ålder, vilken skola A gick på eller andra frågor som gav AM anledning att misstänka att A var under femton år.¹³⁵

Att gärningsmannen inte ens frågat om åldern är här istället till hans fördel. Jag hävdar att domstolen i detta fall borde ifrågasatt sin självklara utgångspunkt och resonerat kring om inte gärningsmannens insikt om tidigare övergrepp borde gjort honom så pass misstänksam att han åtminstone borde ha frågat om åldern.

Domstolarna tenderar alltså att behandla sexuella erfarenheter som något som talar för att offret är äldre, oftast över åldersgränsen. De utgår från att sex strider mot den normalmall de bildat över vad ett barn gör eller inte gör. Att domstolarna utgår från att barn inte har sex är i viss mån förståeligt med tanke på att lagen som fallen, och denna uppsats, bygger på har som utgångspunkt att barn under femton år inte ska ha sex. Det går alltså att föra ett argument om olagligheten i att ett barn under femton har haft sex. Skillnaden här är att det inte är olagligt för barnet själv, det är olagligt för någon annan att ha sex med det barnet. Barn själva kan ju inte ge ett giltigt samtycke.

Att låta sexuella erfarenheter tala för att offret är äldre leder alltså till att barnet straffas för något det inte har kunnat välja att göra från början. Det kan vara så att domstolarna på en mer moralisk grund tänker att barn helt enkelt inte har sex. Detta argument bygger dock uteslutande på domstolarnas föreställningar om barn och säger därmed mer om domarna själva än om de barn som normalmallen är menad att avspegla. Jag hävdar

¹³³ Göta hovrätt, mål B 1537-11, tingsrättens dom, s. 13

¹³⁴ Göta hovrätt, mål B 1537-11, tingsrättens dom, s. 5

¹³⁵ Göta hovrätt, mål B 1537-11, tingsrättens dom, s. 13

att den relevans som domstolarna lägger på sexuella erfarenheter är felaktig. Jag anser att det är domstolarnas egen bild av att sex är något oförenligt med ett barn som gör att de utgår från att det tyder på att barnet är över 15. Jag anser att sexuella erfarenheter snarare bör behandlas mer neutralt och att fokus bör ligga på den specifika situationen. Exempelvis som i fallet ovan där uppenbara tidiga övergrepp borde gjort gärningsmannen misstänksam snarare än tvärtom.

3.2.7 Opassande situationer

Övriga omständigheter tas, som jag redan presenterat, inte upp i alla domar men i de domar där de uppkommer visar de på vad domstolarna har ansett vara av vikt. I vissa fall, likt fallen med sexuella erfarenheter, kan det faktum att en omständighet alls tas upp som relevant visa på domstolarnas bild av hur ett normalt barn bör bete sig.

Att vissa omständigheter ens påtalas av domstolen anser jag alltså vara ett tecken på att de strider mot deras bild av hur ett barn bör vara. I följande exempel blir det däremot tydligt att domstolen anser att barnets beteende strider mot normalmallen:

Även om målsäganden befann sig i en situation – påverkad av alkohol, brukande narkotika samt på en fest med okända äldre män- som i sig skulle kunna tala för att hon var äldre än hon faktiskt var saknas det med hänsyn till hennes utseende fog för en slutsats att hon var avsevärt äldre än 15 år.¹³⁶

Här uttalar alltså domstolen klart och tydligt att barnets beteende tyder på att hon är äldre än vad hon verkligen är. Hennes agerande strider alltså mot vad domstolen tycker är normalt för ett barn. I detta fall var målsäganden 13 år, gärningsmannen 33 och målsägandens vänner ca 16-17. De tre saker som tas upp är alkohol, narkotika och att vara på ”fest med okända äldre män”. Frågan är vad det är i dessa omständigheter som göra att domstolen anser att de skulle tala för att offret var äldre.

När det gäller alkohol och narkotika kan det baseras antingen på att de är olagligt för barn och att det i sig skulle tala för att målsäganden var äldre, eller att det helt enkelt är något som domstolarna inte tycker att barn borde göra, vilket jag finner mer troligt. Både narkotika och alkohol är olagligt för barn, men förtäring av alkohol är lagligt för personer över 18 år. Det går naturligtvis att resonera som så att lagen ska följas och att man därmed ska kunna utgå från att personer under en viss ålder inte dricker alkohol. Fram till denna punkt gå resonemanget i linje med det olaglighetsargument som jag presenterat kring sexuella erfarenheter ovan. Ytterligare ett exempel på tanken om att man borde kunna räkna med att vissa företeelser inte sker eftersom det strider mot lagen finns i följande citat där en person kör moped trots att han inte är tillräckligt gammal:

¹³⁶ Svea hovrätt, mål B 6166-10, s. 6

Till detta kommer att JA uppgett att hon tyckte att målsäganden såg ut som 15-16 år när hon träffade honom för första gången, då han kom körandes på en moped.¹³⁷

Även detta resonemang baseras på att alla följer det som lagen föreskriver.

När det gäller narkotika och alkohol blir däremot möjligheterna begränsade att, med olaglighetsargumentet som grund, låta ett sådant agerande tyda på en viss ålder hos personen. Narkotika är olagligt för personer av alla åldrar och ett argument kring olaglighet som åldersbestämmande blir helt irrelevant. Alkohol å andra sidan har en åldersgräns för legal konsumtion och där kan man tala för att personen då borde vara så gammal. Problemet här är åldersgränsen för alkohol och sexuell självbestämmanderätt inte är samma. För att utgå från att alkoholkonsumtionen skulle vara laglig måste alltså barnet uppfattas så gammal som 18 år eller äldre. I exempelvis fallet ovan hävdar varken gärningsman eller domstol att offret verkar vara över 18 år, tvärtom hävdar gärningsmannen att han trodde att offret var 16-17 som hennes vänner. Allt i detta fall tyder på att även dessa vänner konsumerade alkohol vid tillfället. Det är lika olagligt för en person som är 16 som för en person som är 13 att dricka alkohol. Det finns alltså ingen logik i att, baserat på en tanke om olaglighet, hävda att alkoholförtäring skulle tala för att en person måste vara över just 15-årsgränsen men att det sedan skulle vara helt inom normen. I detta fall kan jag alltså inte tillmäta olaglighetsargumentet någon vikt.

Jag anser att det är mycket mer troligt att barnets agerande i detta fall klingar falskt med hur domstolen anser att ett barn beter sig. Domarna är väldigt tydliga med att de inte anser att barn under femton dricker alkohol eller brukar narkotika. Dock verkar det oklart om de tycker att det är lika självklart att personer som är i vännernas ålder, d.v.s. 16-17, inte skulle göra det. Det blir svårare att avgöra eftersom domstolarna naturligtvis inte bedömer vännernas beteende lika tydligt som offrets. Det är alltså oklart hur mycket äldre barnet uppfattas som på grund av sitt agerande. Dock tycker jag att det verkar som att domstolarna tycker att det är mer socialt accepterat att 16-17 åringar skulle dricka alkohol än en 13 åring. Detsamma gäller faktumet att offret var på fest med ”okända äldre män”. Som jag nämnt ovan var gärningsmannen 33 år och det innebär alltså en markant åldersskillnad även i relation till vännerna som endast var 3 år äldre än offret. Det är inte heller klart hur väl vännerna kände resten av personerna på festen, men åtminstone gärningsmannen var obekant.¹³⁸ Det är inte uppenbart hur tre års skillnad skulle göra det mer acceptabelt att vännerna var på en fest med ”okända äldre män”. Dock ter det sig, på samma sätt som med alkoholen, som att det är en accepterad del av ”tonårslivet” för en person som är över 15. Det jag ställer mig frågande till är hur varför det skulle vara så otänkbart för ett barn som är bara ett par år yngre.

¹³⁷ Hovrätten för övre Norrland, mål B 391-11, s. 6

¹³⁸ Svea hovrätt, mål B 6166-10, s. 6

3.2.8 Genus

När det gäller sexualbrott är kvinnor särskilt utsatta och våldtäkt mot barn är inget undantag. Enligt statistiken som Brå presenterar för år 2014 framgår att av alla de våldtäkter mot personer i åldrarna 0-17 var 92% av offren flickor.¹³⁹ Denna överrepresentation av kvinnliga offer märks även i min undersökning. Endast 2 av de rättsfall som jag har analyserat har pojkar som målsäganden.

Det främsta som domstolarna tar fasta på är kroppsutveckling. Som jag diskuterat under avsnittet om kroppsutveckling ovan hävdar domstolen i ett fall att det skulle vara allmänt känt att flickor utvecklas tidigare än pojkar.¹⁴⁰ Det är dock oklart hur väl detta ”faktum” återspeglas i normalmallen. Bilden av vad som är en normal utveckling verkar fortfarande vara ganska snäv och inte inkludera en särskilt tidig utveckling. Att avgöra om normalmallen verkligen är anpassad efter flickor blir ännu svårare eftersom det inte går att dra särskilt många slutsatser om skillnader mellan bedömningarna av flickor och pojkar, med endast två fall som involverar pojkar att analysera.

Ett av dessa två fall tar inte upp kroppsutveckling alls, eftersom målet inte kom till domstol förrän tre år efter handlingen och ingen bevisning kring offrets kroppsutveckling fanns att tillgå.¹⁴¹ Det andra målet presenterar dock en relativt ingående redogörelse över offrets fysik.

Både CR och AF har omvitnat att de uppfattat MH som ung och de har även beskrivit honom som liten, att han hade ett barnsligt kroppsspråk och ljus röst.¹⁴²

I detta fall är det tydligt att offret inte har en kroppsutveckling som uppfattas som mogen. Det går däremot inte, utifrån endast detta fall, att dra några säkra slutsatser kring förutsättningarna som normalmallen ställer upp på pojkars kroppsutveckling. Med hänsyn till det tidigare uttalandet från domstolen, om att flickor genomgående utvecklas tidigare, och den presentation av fysisk utveckling som gjorts i förevarande mål är det dock möjligt att göra några antaganden. Den information som finns att tillgå tyder på att det överlag finns en större risk att flickor ser ut att vara över åldersgränsen vid yngre åldrar än för pojkar. Sett till att domstolarna i sina bedömningar genomgående lägger stort fokus på kroppsutveckling som bevis på gärningsmannens oaktsamhet löper alltså flickor en större risk att inte räknas som de barn de är. Speciellt tidigt utvecklade flickor riskerar att inte få samma rättsskydd som senare utvecklade flickor eller pojkar i allmänhet.

När det gäller skillnader mellan domstolarnas bedömning av pojkar och flickor är det även relevant att ta upp eventuella skillnader förutsättningar eller krav som ställs på offret. De två fallen med manliga offer tar inte upp särskilt många övriga omständigheter. Ett av fallen tar upp vad som bör

¹³⁹ <https://www.bra.se/bra/brott-och-statistik/valdtakt-och-sexualbrott.html> (2015-12-29)

¹⁴⁰ Svea hovrätt, mål B 9804-09, tingsrättens dom, s. 11

¹⁴¹ Hovrätten för övre Norrland, mål B 391-11, s. 6

¹⁴² Svea hovrätt, mål B 107-06, s. 19

kunna antas eller inte vid kontakt över internet, exempelvis om man kan utgå från att gärningsmannen kontrollerat offrets profilsida, men det handlar snarare om bevisning för att gärningsmannen haft faktiskt insikt om åldern och inte en bedömning av offret själv och dennes ålder.¹⁴³ Det andra fallet tar upp offrets vänskapskrets, vilken bestod av både jämnåriga och äldre, och det faktum att målsäganden körde moped första gången han träffade gärningsmannen.¹⁴⁴ Som jag tidigare poängterat kan avsaknad av övriga omständigheter bero på att de inte fanns i förevarande fall. Med ett så magert underlag är det inte möjligt att dra några fasta slutsatser kring ifall övriga omständigheter ges olika vikt för flickor och pojkar. Det är däremot relevant att fråga sig om det undermedvetet finns striktare regler för flickor. Exempelvis om fördomar konstituerar flickor som ordningsamma och sexuella erfarenheter eller alkoholkonsumtion då bedöms hårdare om de begås av flickor, eftersom pojkar i större utsträckning ”förväntas” bryta regler.

3.2.9 Sammanfattning

Slutsatserna man kan dra av detta är att det troligen finns en stor del av domstolens förutfattade meningar som påverkar när det gäller bedömningen av kroppsutvecklingen. Dessa uppfattningar är däremot tydligare framträdande när det gäller de övriga omständigheterna. Det är sällan som domstolarna tydligt uttrycker vad det är som de innefattar i ett begrepp eller vilken värdering de lägger ner i olika förhållanden. Många av de föreställningar som domarna har om barn går endast att läsa mellan raderna. Jag har tyckt mig se att domarnas bedömning av ett barns utseende ställer krav på en relativt låg kroppsutveckling. För att räknas som barn måste personen hålla sig inom en förhållandevis snäv ram i en ålder då personer utvecklas väldigt olika. Beteendemässigt är ett barn enligt domstolarnas norm ”ordningsamt”. Ett barn gör inte saker som är utmanande eller rebelliska, exempelvis dricka alkohol, vara ute sent eller ha sexuella inklinationer. Detta är ganska anmärkningsvärt då dessa barn oftast är i de tidigare tonåren i de fall som oaktsamhetsparagrafen blir relevant. En tid som ofta sammankopplas med just upproriskt beteende. Den tolkning som jag har gjort av domarnas ”normalmall” tyder på att den bygger på en ganska konservativ bild av ett barn som kanske inte alltid tar in hur dagens samhälle verkligen ser ut.

¹⁴³ Svea hovrätt, mål B 107-06, s. 19

¹⁴⁴ Hovrätten för övre Norrland, mål B 391-11, s. 6

4 Utvecklingspsykologi

Jag har valt utvecklingspsykologi för att presentera en annan utgångspunkt för normen för ett barns utveckling. Målet är att se om denna vetenskap kan bidra med kunskap eller synsätt som gör att den subjektiva delen av tillämpningen kan bli mer enhetlig. För att uppnå detta börjar jag med att presentera vad utvecklingspsykologin har att säga om barns utveckling. Sedan ställer jag utvecklingspsykologins bild av barns utveckling i relation till domstolarnas normalmall. Min förhoppning är att utvecklingspsykologin kan bidra till den rättsliga bedömningen genom att dels få domstolarna att reflektera över sin normalmall och dels att informationen kan medverka till att korrigera bilden av ett normalt barn. Förhoppningsvis skulle en alternativ källa för information göra en bedömning mindre baserad på subjektiva antaganden och leda till att bedömningen blir mer enhetlig.

Inom utvecklingspsykologin ses inte omständigheter som isolerade utan som en del av en helhet. Alla faktorer i ett barns utveckling är sammankopplade och påverkar varandra. Det gör det svårt att strikt dela upp enligt de kategorier som jag har tillämpat vid min presentation av normalmallen. Mitt mål är dock att undersöka om och hur utvecklingspsykologin relaterar till normalmallen. Jag har därför, för tydlighetens skull, försökt att strukturera min presentation efter dessa kategorier.

4.1 Vad är utvecklingspsykologi?

Utvecklingspsykologi är en inriktning av psykologi som fokuserar på hur människan utvecklas genom livet. Syftet med vetenskapen är som Hwang uttrycker det ”dels att beskriva det som sker med en individ under hela livsspannet, dels att förklara varför det blir som det blir.”¹⁴⁵. En persons utveckling involverar ett antal olika faktorer, både fysiska, mentala och sociala. Alla dessa faktorer, både inom och utanför individen, påverkar tillsammans hur en person utvecklas.¹⁴⁶ En person är alltså inte isolerad i sin utveckling utan påverkas av sin omgivning. Utvecklingspsykologin utgår från att en persons utveckling sker i ett historisk och kulturellt sammanhang som influerar utvecklingen.¹⁴⁷ Eftersom utvecklingen påverkas av flera olika omständigheter är utvecklingspsykologi flerdisciplinär.¹⁴⁸ Den inbegriper t.ex. medicinsk vetenskap, psykologi och sociologi. Utvecklingspsykologin knyter samman dessa vetenskaper för att förklara hur de olika faktorerna samspelar vid en människas utveckling.

¹⁴⁵ Hwang, Philip; Nilsson, Björn: *Utvecklingspsykologi*, Stockholm 2011, s. 19

¹⁴⁶ Hwang m.fl. 2011, s. 21

¹⁴⁷ Hwang m.fl. 2011, s. 21

¹⁴⁸ Hwang m.fl. 2011, s. 21

Utvecklingspsykologi baseras dels på den kronologiska åldern och dels på olika aspekter av utveckling.¹⁴⁹ Dessa olika aspekter är den fysiska utvecklingen, den kognitiva utvecklingen och socioemotionella utvecklingen.¹⁵⁰ Den fysiska utvecklingen baseras på de biologiska förändringar som sker i kroppen. Kognitiv utveckling handlar om förbättring av mental kapacitet och värderingar. Socioemotionell utveckling involverar känslor och personlighet samt det sociala samspelet med omvärlden. Alla dessa olika aspekter samspelar i utvecklingen och bidrar till att forma en person. Det betyder att alla aspekter måste observeras för att ge en komplett bild av en persons utveckling.

Något som är mycket relevant för denna uppsats är frågan om det alls finns en ”normal” utveckling. Vad som anses som normalt baseras på de likheter som kan identifieras inom en åldersgrupp.¹⁵¹ Även inom utvecklingspsykologin har det gjorts försök att ställa upp scheman över framstegen i olika aspekter av utvecklingen, att ställa upp en norm för vilka utvecklingssteg som nås i vilka åldrar.¹⁵² Eftersom utvecklingen påverkas i så stor utsträckning av sin kulturella och sociala omgivning kan sådana normer vara missvisande om de baseras på personer ur en annan typ av omgivning. Även inom samma åldersgrupp och från samma typ av omgivning kan individens egen läggning och intressen påverka utvecklingen inom olika områden. Människor utvecklas alltså på olika sätt och i olika takt utan att för den skull vara onormala i sitt utvecklingsmönster.

Inom dagens utvecklingspsykologi är det vanligare att fokusera på individen och poängtera att det finns flera olika sätt att nå fram till samma mognad.¹⁵³ Barn kan alltså utvecklas i olika takt men ändå kan vara inom ”normalspannet”. Det finns dessutom skilda åsikter om hur en utveckling sker under livets gång, antingen gradvis eller språngvis.¹⁵⁴ En gradvis utveckling sker genom att en person utvecklas i en stadig kurva. Är utvecklingen däremot stegvis ser utvecklingen ut som en trappa där personen utvecklingsmässigt tar plötsliga hopp framåt och är relativt latent där emellan. Verkligheten är inte exklusivt uteslutande mellan dessa två teorier, snarare handlar det om en slags kombination.¹⁵⁵ Vissa personer utvecklas lite jämnare medan andras utveckling tar mer plötsliga steg framåt. Det går dock att dela upp i olika åldersgrupper då olika typer av förmågor och attribut utvecklas.

Ålder är naturligtvis centralt när det gäller utvecklingspsykologi, däremot är inte begreppet ålder så enkelt som det kan verka. Inom utvecklingspsykologin finns olika sätt att bedöma ålder, vilka inte alltid går helt i linje med varandra. Begreppet delas upp i kronologisk ålder, biologisk

¹⁴⁹ Hwang m.fl. 2011, s. 21

¹⁵⁰ Hwang m.fl. 2011, s. 22

¹⁵¹ Hwang m.fl. 2011, s. 31

¹⁵² Hwang m.fl. 2011, s. 30

¹⁵³ Hwang m.fl. 2011, s. 31

¹⁵⁴ Hwang m.fl. 2011, s. 26

¹⁵⁵ Hwang m.fl. 2011, s. 28

ålder, psykologisk ålder och social ålder.¹⁵⁶ Den kronologiska åldern är ganska enkel att förstå och fastställa, det handlar om den ålder som personen uppnått i tid, d.v.s. år och dagar.¹⁵⁷ De andra sätten att definiera åldern är däremot inte riktigt lika tydliga. Den biologiska åldern definieras genom hur gammal kroppen fysiskt är, exempelvis om man har god eller dålig hälsa.¹⁵⁸ När det gäller tonåringar hade man kunnat tänka sig att det handlar om hur långt skriden den pubertala utvecklingen är. Det bör noteras att det för denna utveckling är svårt att sätta en specifik ålder på olika utvecklingssteg, vilket jag kommer gå närmare in på nedan. Den psykologiska åldern baseras på mental mognad, sätt att hantera sina känslor och kognitiv förmåga.¹⁵⁹ Social ålder definieras främst av hur omvärlden bemöter en person, vilken roll som personen placeras i av samhället och vilka förväntningar som ställs på en person i en sådan roll.¹⁶⁰ Som jag framfört tidigare är det inte alltid så att en person har samma ålder i de olika åldersbegreppen. En person kan alltså ha en biologisk ålder som skiljer sig från den kronologiska och sedan en psykologisk ålder som i sin tur skiljer sig från de två tidigare. Åldersbegreppet är alltså mycket mer komplext inom utvecklingspsykologin än vad det är juridiskt. Däremot kan man se i rättsfallen att inkongruensen mellan olika typer av mognad uppmärksammas. Exempelvis där ett barn som bara har fyllt 13 år anses ha en kroppsutveckling som motsvarar en 17-åring.

Utvecklingspsykologin kategoriserar utvecklingen i olika perioder för att skildra utvecklingsstegen i olika stadier. Den juridiska definitionen fastslår att, gällande sexualbrott, räknas en person som barn fram till dess denne fyller femton år. Utvecklingspsykologin drar inte gränsen för barn och ungdom vid samma punkt, på femtonårsdagen, som lagen. Denna vetenskap fokuserar istället på utveckling över en längre tid. Den period som är relevant för denna uppsats, det vill säga åren före och efter åldersgränsen för självbestämmanderätt, är vad som utvecklingspsykologin betecknar ungdomsåren.

Definitionen av när man är ett ”barn” har förändrats över tid.¹⁶¹ Tanken om en ungdomstid är relativt ny och först under 1950-talet uppkom begreppet ”tonår” som en särskild åldersgrupp.¹⁶² Det finns inte någon helt uniform gräns för exakt i vilken ålder ”ungdomsåren” börjar och slutar. De böcker jag har använt mig av har avgränsat åldersgruppen till 11-18¹⁶³, 12-18¹⁶⁴ och 13-20¹⁶⁵. Detta innebär att ungdomsåren är någon gång mellan 11 och 20 år.

¹⁵⁶ Hwang m.fl. 2011, s. 23

¹⁵⁷ Hwang m.fl. 2011, s. 23

¹⁵⁸ Hwang m.fl. 2011, s. 24

¹⁵⁹ Hwang m.fl. 2011, s. 24

¹⁶⁰ Hwang m.fl. 2011, s. 24

¹⁶¹ Hwang m.fl. 2011 s. 31

¹⁶² Hwang m.fl. 2011, s. 32

¹⁶³ Berk, Laura E: *Development through the lifespan*, United States of America 2007

¹⁶⁴ Tetzchner, Stephen von: *Utvecklingspsykologi – barn- och ungdomsåren*, Danmark 2005

¹⁶⁵ Hwang m.fl. 2011

Det är dock tydligt att de åldrar som är av störst vikt vid bedömningen av oaktsamhetsparagrafen inkluderas i denna utvecklingsperiod.

Det utvecklingspsykologiska åldersbegreppet är alltså mer flytande än inom juridiken. Det är viktigare att definiera åldern inom juridiken eftersom det innebär olika rättigheter och skyldigheter om en person räknas som vuxen eller som barn.¹⁶⁶ Däremot är det inte så låst som man hade kunnat tro. Enligt Fionda kan man inom juridiken bemöta ålder på två olika sätt, antingen baserat på barnets biologiska ålder, vad som kallas ”status approach”, eller baserat på barnets mognad, ett så kallat ”competence approach”.¹⁶⁷ Fionda utgår från rätten i Storbritannien men grundtankarna kan återfinnas även i svensk rätt. Inom familjerätt är det vanligare att basera rättigheterna på barnets personliga mognad, ett ”competence approach”.¹⁶⁸ Det kan t.ex. vara när domstolen vid en i vårdnadstvist tar hänsyn till barnets egna önskemål om med vilken förälder det vill bo. I detta fall föreskriver föräldrabalken att ”hänsyn skall tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad”.¹⁶⁹ Det baseras alltså dels på ålder men även uttryckligen på barnets mognad. När det gäller straffrätt grundas reglerna istället på den biologiska åldern, ”status approach”.¹⁷⁰ Exempelvis den fasta åldern för sexuell självbestämmanderätt och straffmyndighet: dagen barnet fyller 15 år. I och med den statligt utövade makt som det innebär att utdöma ett straff för brott mot lagen ställs det särskilt högra krav på förutsebarhet inom straffrätten. En biologisk åldersgräns är konkret och oföränderlig, vilket bäst uppfyller kravet på förutsebarhet.

4.2 Utvecklingspsykologi och domstolarnas normalmall

4.2.1 Kroppsutveckling och utseende

Det som betecknas som kroppsutveckling är den fysiska utvecklingen. Inom utvecklingspsykologin skiljs ibland på tillväxt, utveckling av kroppslängd, muskelmassa m.m., och könsmognad, utveckling av t.ex. könsorgan och kroppsbehåring.¹⁷¹ Det är oklart i hur stor utsträckning en sådan skillnad görs i bedömningen av begreppet kroppsutveckling, däremot är de båda så nära sammankopplade att jag kommer jag att behandla det som en helhet.

Människor utvecklas alltid i olika takt, under puberteten är dock variationerna mellan olika personer större än någon annan period i livet.¹⁷²

¹⁶⁶ Montgomery, Heather; Kellett, Mary: *Children and young people's worlds*, Great Britain 2009, s.127

¹⁶⁷ Montgomery m.fl. 2009, s. 127-128

¹⁶⁸ Montgomery m.fl. 2009, s. 128

¹⁶⁹ Föräldrabalk (1949:381) kap. 6 § 2a st. 3

¹⁷⁰ Montgomery m.fl. 2009, s. 132

¹⁷¹ Berk 2007, s. 363 & 365

¹⁷² Hwang m.fl. 2011, s. 297

Utveckling är alltså mycket individuell och det är en stor spridning på i vilken ålder könsmodningen startar.¹⁷³ Tester på tvillingpar visar att starten för puberteten skiljer endast ca en månad mellan enäggstvillingar, däremot skiljer det ca ett år mellan tvåäggstvillingar.¹⁷⁴ Att så stora skillnader kan påvisas hos tvåäggstvillingar visar på hur stor variation som verkligen finns.

Skillnaderna är dock inte endast mellan individer, det finns även generella skillnader i utvecklingen mellan olika delar av världen och olika etniciteter.¹⁷⁵ Dock kan man konstatera att flickor går in i puberteten i genomsnitt två år tidigare än pojkar.¹⁷⁶ Utvecklingstakten skiljer också mycket mellan olika personer. Överlag tar pubertetsutvecklingen fyra år, det kan dock variera från två år upp till sex år.¹⁷⁷ Denna stora variation av både pubertetsstart och utvecklingstakt innebär att av två jämnåriga personer kan en person ha fullbordat hela sin pubertetsutveckling när den andras inte ens har börjat.

Den fysiska utvecklingen påverkar i stor utsträckning hur omvärlden bemöter en person. Är personen välutvecklad behandlas denne som en vuxen, är personen inte särskilt utvecklad bemöts denne som ett barn.¹⁷⁸ Detta kan få stor inverkan på ett barn som utvecklas tidigt. Hur ett barn bemöts av omvärlden påverkar hur det ser på sig själv och vilka roller det tror att det förväntas inta.¹⁷⁹ Det är denna företeelse som faller in under det sociala åldersbegreppet som presenterats ovan. Barnet får en social ålder som är äldre än vad det faktiskt är och som barnet kanske inte är mentalt eller känslomässigt redo att hantera. Det innebär att det kan finnas annorlunda förväntningar på ett barn som utvecklas tidigt än på en jämnårig som utvecklas senare.¹⁸⁰

En tidig utveckling har en märkbar påverkan på barnets beteende. En svensk studie har visat att flickor som utvecklas tidigare har större sannolikhet att bryta normer, dricka alkohol, bruka narkotika och ha en tidig sexdebut.¹⁸¹ Även pojkar som utvecklas tidigt löper större risk för att hamna i ”riskfyllda situationer”, som att prova droger och företa kriminella handlingar.¹⁸²

Domstolarna baserar en stor del av sin bedömning på just kroppsutveckling. Vad som utgör normen får därför en särskilt stor betydelse i denna kategori. Utvecklingspsykologin konstaterar att ungdomstiden är den tid där den fysiska utvecklingen skiljer sig som mest mellan olika personer. Det skär sig lite med tanken av en normalmall eftersom målet med en sådan mall är att precisera det gemensamma. Hela grundtanken med en normalmall verkar

¹⁷³ Berk 2007, s. 365 & Hwang m.fl. 2011, s. 300

¹⁷⁴ Berk 2007, s. 366

¹⁷⁵ Berk 2007, s. 366

¹⁷⁶ Berk 2007, s. 363 & Hwang m.fl. 2011, s. 300

¹⁷⁷ Berk 2007, s. 365

¹⁷⁸ Hwang m.fl. 2011, s. 298

¹⁷⁹ Hwang m.fl. 2011, s. 298

¹⁸⁰ Hwang m.fl. 2011, s. 298

¹⁸¹ Tetzchner 2005, s. 598

¹⁸² Hwang m.fl. 2011, s. 301

alltså vara oförenligt med det som utvecklingspsykologin redogör för. Som jag redan har presenterat är det svårt att urskilja exakt vilka gränser för kroppsutvecklingen som innefattas i normalmallen. Utvecklingspsykologin visar däremot på en mycket stor variation, både gällande när pubertetsutvecklingen börjar och hur lång tid den tar att fullborda. Jag tvivlar dock på att ett så spritt utvecklingsspann som förordas av utvecklingspsykologin verkligen räknas med i vad som anses vara normalt enligt domstolarna.

Det står klart att det är allmänt känt att flickor mognar tidigare än pojkar. Både utvecklingspsykologin och den rättsliga bedömningen tar upp detta som ett faktum. Det är däremot inte lika tydligt att flickors tidigare mognad räknas in i normalmallen. Problemet uppkommer när det gäller genomslaget i den faktiska tillämpningen. Till skillnad från en bred variation mellan individer är en genomgående skillnad mellan könen lättare att inkorporera i normalmallen. Som jag framfört i rättsfallsanalysen har jag däremot inte märkt något tydlig anpassning till det faktum att flickor utvecklas tidigare.

En stor skillnad mellan utvecklingspsykologin och rättstillämpningen är att den förra ser flera faktorer som samverkande medan den senare bedömer omständigheter var för sig. Ett tydligt exempel på detta är att utvecklingspsykologin poängterar att om ett barn är tidigt utvecklat kan det förklara att det t.ex. umgås med äldre vänner eller har en tidig sexdebut. Inom rättstillämpningen bedöms istället omständigheterna isolerat. Kroppsutveckling, äldre vänner och alkoholkonsumtion bidrar alla, var för sig, till att tala för att barnet är äldre.

Kroppsutveckling och utseende är nära anknutna och domstolarna använder ibland uttrycken synonymt. Det verkar dock läggas ner lite fler aspekter i begreppet utseende än ren fysisk utveckling, t.ex. kläder och smink. Utvecklingspsykologin lägger inte något fokus på de sidor av utseendet som sträcker sig utöver den kroppsliga utvecklingen. Att utvecklingspsykologin inte anser utseendet vara av vikt kan tala för att det inte egentligen är kopplat till utveckling och ålder i sig. Ungdomars val av kläder tar utvecklingspsykologin istället upp i diskussioner kring generationsskillnader.¹⁸³ Vilket tyder på att det påverkas mer av den tid vi lever i, snarare än barnens egentliga utveckling.

4.2.2 Uppträdande

Uppträdande är en av de saker i denna uppsats där det har varit svårt att definiera vad domstolarna menar. Jag har fokuserat på vad som går att uppfatta i en konversation med barnet, så som ordval och sätt att uttrycka sig, då detta är vad som uttryckligen tagits upp i rättsfallen. Eftersom uttryckssätt grundar sig i hur man uttrycker vad man tänker så utgår jag från att det speglar den mentala kapacitet som ett barn har, d.v.s. den kognitiva utvecklingen.

¹⁸³ Tetzchner 2005, s. 608

Förmågan att tänka logiskt uppkommer inte plötsligt vid en viss ålder utan utvecklas ständigt under hela uppväxten.¹⁸⁴ Vid ca 11 års ålder börjar barn däremot kunna tänka abstrakt, mer systematiskt och vetenskapligt.¹⁸⁵ För att kunna resonera kring abstrakta frågor får språket en större roll i tänkandet.¹⁸⁶ Problem kan bedömas på en språklig nivå istället för att kopplas till faktiska ting för att förklaras. Det innebär att barn i tonåren klarar av mer komplexa tankegångar och har en större möjlighet att förmedla dem, genom att förklara de logiska regler som de grundar sina resonemang på. Den viktigaste kognitiva förändringen som sker under ungdomstiden är utvecklingen av metakognition.¹⁸⁷ Metakognition innebär möjligheten att vara medveten om sina egna tankar, vad Berk kallar för ”awareness of thought”.¹⁸⁸ Möjligheten att reflektera kring sina egna tankar och hur man kommer fram till sina resultat är grundläggande för ett mer avancerat sätt att resonera.

Ett vetenskapligt tänkande är dock inte endast kopplat till mognad utan starkt påverkat av graden av utbildning.¹⁸⁹ Ju mer utbildning en person har ju bättre är deras förmåga för avancerat tänkande. Vilken typ av utbildning som personen har genomgått har också det en inverkan.¹⁹⁰ När det gäller utbildning på universitetsnivå har visats att en utbildning inom ett visst område, exempelvis juridik, bidrar till ett mer avancerat tänkande inom just det området. Det innebär dock inte att personen därmed blir kapabel av lika avancerade resonemang inom ett annat område, som kanske fysik. Detta baseras visserligen på universitetsutbildning men det visar tydligt på att kunskap inte utvecklas övergripande, utan är nära kopplad till just den typ av undervisning som personen fått.

Det finns även en genusaspekt när det gäller kognitiva förmågor. Det är inte någon skillnad mellan könen när det gäller den generella intelligensnivån, däremot kan det noteras vissa skillnader när det gäller vilka områden barnen är bättre på.¹⁹¹ Överlag är flickor bättre på språk och pojkar bättre på matematik.¹⁹² Skillnaden minskar inom matematiken men den kvarstår när det gäller språk, speciellt inom läsförståelse.¹⁹³ Skillnaden har en biologisk förklaring i och med att den del av hjärnan som kontrollerar språk utvecklas tidigare hos flickor.¹⁹⁴ Det är dock inte endast den biologiska aspekten som påverkar skillnaden mellan könen. Kulturellt har det länge varit så att språk ses som ett feminint område medan matematik ses som ett maskulint.¹⁹⁵ Jag

¹⁸⁴ Berk 2007, s. 382

¹⁸⁵ Berk 2007, s. 381

¹⁸⁶ Berk 2007, s. 832

¹⁸⁷ Berk 2007, s. 383

¹⁸⁸ Berk 2007, s. 383

¹⁸⁹ Berk 2007, s. 384

¹⁹⁰ Berk 2007, s. 383

¹⁹¹ Berk 2007, s. 386

¹⁹² Berk 2007, s. 387

¹⁹³ Hwang m.fl. 2011, s. 26

¹⁹⁴ Berk 2007, s. 387

¹⁹⁵ Berk 2007, s. 387

tror att denna kulturella klassifikation kan få stor inverkan på vad barn uppmanas till, medvetet eller omedvetet, och var de därmed lägger sin kraft och lär sig mest.

Jag har sett den kognitiva utvecklingen som grunden för hur moget ett barn verkar vara genom dess uppträdande. Detta eftersom jag utgått från att normalmallens bild av uppträdande till stor del utgörs av barnets kommunikationsförmåga. Enligt utvecklingspsykologin är den största kognitiva förändringen som sker i ungdomsåren möjligheten att föra resonemang kring mer abstrakta problem. Frågan är hur ett mer avancerat tänkande skiner igenom i ett vanligt samtal. Det är inte särskilt troligt att barnet och gärningsmannen diskuterade abstrakta problem innan övergreppet skedde. Inte heller finner jag sannolikt att det är något som framkommer på ett tydligt sätt varken vid polisförhör eller under en huvudförhandling. Jag tror alltså inte att domstolarna får någon möjlighet att värdera denna kapacitet hos ett barn. Det är också tveksamt om domstolarna skulle ha kompetens att dra några slutsatser kring barnets ålder även om barnet uppmanas resonera kring ett avancerat tankeproblem.

Det ligger närmre till hands att tänka att det är rent språkliga kunskaper, som t.ex. vokabulär, som bidrar till vad domstolarna bedömer som ett moget uppträdande. Här finns det en intressant genusaspekt eftersom språk generellt klassas som ett feminint ämne. Som jag redan framfört har flickor i allmänhet lättare för språk, på grund av både biologiska och sociala faktorer, och jag utgår från att det innebär att flickor har ett visst försprång även när det gäller de rent verbala förmågorna. Genom att flickor överlag är bättre på att formulera sig torde deras uppträdande i så fall oftare uppfattas som äldre än de jämnåriga pojkarnas. Det är däremot oklart om denna skillnad mellan pojkar och flickor är inräknad i den normalmall som domstolarna har ställt upp. Eftersom majoriteten av fallen som rör våldtäkt mot barn har flickor som målsäganden är det svårt att avgöra om och hur det finns någon skillnad mellan könen i normalmallen. Om normalmallen är den samma för de båda könen, och det finns en skillnad mellan könen i deras fallenhet att uttrycka sig verbalt, får det som resultat att flickor som har lättare för språk tolkas som äldre än en pojke, med samma mentala mognad, som kanske inte har samma förmåga att formulera sig. Domstolarna bör dock ändå vara medvetna om denna skillnad och ta med denna aspekt i sin bedömning.

Genus är dock långt ifrån det enda som styr den verbala förmågan. Utbildning har en stor inverkan på kapaciteten att föra logiska och avancerade resonemang. Jag utgår från att ordförråd, meningsbyggnad också de i hög grad är påverkade av utbildning. Den biologiska delen som bidrar till flickors övertag inom språk är liten jämfört med den sociala påverkan som i större utsträckning uppmanar flickor att lära sig mer om just språk. Den kunskap som börjar i ungdomsåren möjliggörs visserligen genom den kognitiva utveckling som sker under dessa år, men hur framskriden kunskapen är beror till stor del på utbildning. Domstolen tar aldrig upp att utbildning påverkar ett barns förmåga att resonera och formulera sig men det är något som poängteras av utvecklingspsykologin. Jag hävdar alltså att

hur mycket och hur bra utbildning ett barn har fått i större utsträckning påverkar hur moget barnet uppträder än både könstillhörighet och exakt ålder.

4.2.3 Vänner

Under puberteten växer barnets autonomi, känslan av sig själv som en egen individ som bestämmer över sig själv och sin egen tillvaro.¹⁹⁶ Ett resultat av denna expanderade autonomi är att barnet i större mån tar steg från föräldrarna som auktoriteter och särskiljer sig från familjen. När barnet spenderar mindre tid med familjen blir de jämnåriga vännerna viktigare.¹⁹⁷ Det leder till att den jämnåriga umgängeskretsen får stor påverkan på barnet. Tonåringar tenderar att dela upp sig olika grupperingar baserat på var de känner att de passar in och söker sig till likasinnade.¹⁹⁸ Barnets val att vara del av en grupp och vilken, görs dock inte alltid helt på eget bevåg istället kan en faktisk eller upplevd press från de jämnåriga också spela in.¹⁹⁹

Vänner tenderar att vara ganska lika varandra när det gäller åsikter, status och intressen, och framför allt blir de även mer lika över tid.²⁰⁰ Gruppen påverkar barnets självuppfattning och sätt att vara.²⁰¹ En rädsla för att bli avvisad av sina vänner leder till konformitet med gruppen.²⁰² Barnet tar alltså i större grad över gruppens attityder och beteende.²⁰³ Dessa tendenser når sin kulmen i 15-16 års åldern.²⁰⁴ Denna typ av grupstryck leder inte nödvändigtvis till negativa saker så som antisocialt beteende, i de flesta fall innebär det tvärtom en benägenhet att följa samhällets regler.²⁰⁵

Det finns däremot undantag, där konformitet med gruppen får negativa konsekvenser. Ett av dessa fall kan vara när barn hamnar i en gruppering med övervägande äldre vänner. Barn som fysiskt utvecklas tidigt söker sig ofta till äldre vänner för att de känner att de då passar in bättre.²⁰⁶ Detta kan dels vara på grund av att de helt enkelt ser ut mer som de äldre och dels på grund av att ett tidigt utvecklat barn behandlas som om det var äldre av omvärlden. Genom att behandlas som mognare av samhället får barnet därför, som jag framfört ovan, samma sociala ålder som de biologiskt äldre vännerna. När ett barn tar efter beteendet av äldre vänner leder det lätt till att barnet hamnar i situationer och gör saker som det inte egentligen är emotionellt redo för.²⁰⁷ Det kan t.ex. handla om sexuella relationer, att dricka alkohol eller ett kriminellt beteende.

¹⁹⁶ Berk 2007, s. 413

¹⁹⁷ Berk 2007, s. 415

¹⁹⁸ Berk 2007, s. 417

¹⁹⁹ Tetzchner 2005, s. 612

²⁰⁰ Berk 2007, s. 415

²⁰¹ Tetzchner 2005, s. 612

²⁰² Tetzchner 2005, s. 611

²⁰³ Tetzchner 2005, s. 613

²⁰⁴ Tetzchner 2005, s. 611

²⁰⁵ Berk 2007, s. 419, Stepehn s. 608

²⁰⁶ Berk 2007, s. 370

²⁰⁷ Berk 2007, s. 370

När det gäller vänskapsband skiljer sig utvecklingspsykologins synsätt markant från domstolarnas. Utvecklingspsykologin fokuserar på en förklaring till varför vissa barn söker sig till äldre kamrater, istället för att endast se till huruvida barn umgås med äldre vänner eller inte. Tidigt utvecklade barn söker sig till äldre för att de känner att de passar bättre in bland dem. Barn som utvecklas tidigare än sina jämnåriga tyr sig alltså till äldre vänner för att deras utseende inte sticker ut i dessa kretsar. Detta återspeglar dock främst den fysiska utvecklingen, inte nödvändigtvis den mentala. Den stora skillnaden från domstolarnas normalmall är att utvecklingspsykologin ser en äldre vänskapskrets som en effekt av att ett barn är tidigt utvecklat, inte som ytterligare ett bevis på att barnet är att räkna som äldre. Detta konstaterande slår hål på domstolarnas utgångspunkt att alla barn umgås med jämnåriga. Det kan naturligtvis ändå vara så att de flesta unga umgås med vänner som är närmre de själva åldersmässigt. Jag tror visserligen inte att det utgör normen att barn umgås med personer som är sju år äldre än de själva men jag tror inte heller att alla inom en vänskapskrets är exakt lika gamla. Ett par års åldersskillnad mellan vänner torde vara fullt normalt. Det går alltså inte att, som domstolen lätt gör, utgå från att alla barn i en grupp är födda samma år.

Utvecklingspsykologin konfirmerar tanken att barn tar efter sina vänner vilket tas upp även i sammanhanget med normalmallen. Jag tolkar det som att domstolarna använder denna uppgift som en grund till att barn ska uppfattas lika gamla som sina kamrater. Utvecklingspsykologin å sin sida ser det mer som en förklaring till att barn hamnar i situationer som de inte är riktigt redo att hantera och agerar på ett sätt som de lärt sig av äldre vänner. Detta är ett tydligt exempel på hur utvecklingspsykologin, mer än domstolarna, fokuserar på orsaker och förklaringar.

4.2.4 Sexuella erfarenheter

Studier visar att när det handlar om sexualitet är könsrollerna ofta mycket stereotypa och ojämlika.²⁰⁸ Enligt denna standard för sexuellt beteende definieras pojkar som aktiva och flickor som passiva.²⁰⁹ Könsstereotyper som porträtteras från samhället visar också på en tydlig dubbelmoral, en flicka som har mycket sexuella erfarenheter får dåligt rykte, medan samma erfarenheter för en pojke ger en högre status.²¹⁰ Denna ojämlikhet påverkar förväntningarna på hur en flicka ”bör”, eller snarare inte bör, bete sig och begränsar flickors handlingsutrymme i en större utsträckning än pojkars.²¹¹

Vuxna har ett ideal av barn som oskuldsfulla, vilket gör att de lätt tänker att barn ska skyddas mot allt som har med sexualitet att göra.²¹² Föreställningen blir därmed lätt att barn inte har något sexuellt beteende alls och sex är

²⁰⁸ Montgomery m.fl. 2009, s. 223

²⁰⁹ Montgomery m.fl. 2009, s. 224

²¹⁰ Hwang m.fl. 2011, s. 320

²¹¹ Hwang m.fl. 2011, s. 320

²¹² Montgomery m.fl. 2009, s. 219

förenat till mycket högre åldrar. Jag tvivlar däremot på att det är möjligt att utgå från att denna vuxna föreställning alltid motsvarar verkligheten. Det går inte att förneka att ungdomar börjar vara sexuellt aktiva i mycket olika åldrar.

Det finns ett antal faktorer som påverkar en tidig sexdebut. En av dessa faktorer är en tidig pubertetsutveckling.²¹³ Eftersom flickor överlag utvecklas tidigare än pojkar är det mer troligt att flickor har en välutvecklad kropp vid en yngre ålder. Detta kan leda till att de försätts i situationer de inte är redo att hantera. Tetzchner uttrycker det som att:

*Vissa tidigt utvecklade unga flickor kan vara kognitivt och emotionellt oförberedda på sexuella närmanden och andra sociala reaktioner som en fysiskt mogen kropp kan medföra.*²¹⁴

En annan faktor är om personen är involverad i annat normbrytande beteende, exempelvis dricker alkohol och tar droger.²¹⁵ Ytterligare en aspekt som spelar in är sexuellt aktiva vänner.²¹⁶ Om ett barn umgås med vänner som är äldre ökar chanserna att dessa vänner är sexuellt aktiva. Som framförts tidigare tenderar ungdomar att ta efter beteendet och attityderna i den grupp denna är del av. Ovan presenterades även att barn som har en tidig fysisk utveckling kan söka sig till äldre vänner, detta visar hur sammanlänkade alla dessa orsakssamband är. En tidig fysisk utveckling är i sig en faktor för en tidig sexdebut, men i och med att det även kan leda till att vännerna är äldre kan det i förlängningen spela roll även för faktorn att vännerna är sexuellt aktiva.

De sociala fördomarna förutsätter att flickor ska vara passiva i sexuella relationer och fördömer många sexuella erfarenheter för flickor. Samhället motsätter sig sexuella erfarenheter för barn över huvud taget, men en intressant fråga är om de sociala reglerna är extra strikta för barn som är flickor. Finns det en uppfattning hos domstolarna att det är en ännu större inkongruens mellan barn som är flickor och är sexuellt aktiva, eftersom det redan är mindre accepterat att flickor har ett utförligt sexualliv? Det går inte att riktigt uttala sig om vad normalmallen faktiskt visar på i detta fall eftersom sexuella erfarenheter inte alls tas upp i de få fall jag undersökt som rör pojkar. Eftersom jag inte har tillgång till bakgrunden kan jag inte avgöra om det helt enkelt inte förekommit i dessa fall eller om domstolen underlåtit att ta upp det. Skulle det däremot vara så att domstolarna aktivt sett sexuella erfarenheter som irrelevanta i fallen som rör pojkar, så skulle det kunna tala för ojämlika krav på flickor och pojkars sexualitet.

Utvecklingspsykologin föreslår att vuxna skulle ha en idealiserande bild av barn som oskyldiga. Att barn är helt oförenliga med tanken av sexualitet. Detta synsätt återfinns tydligt i normalmallen. Det är däremot inte självklart att denna idealiserande bild motsvarar verkligheten. Domstolens bild påverkans nog snarare av hur de tycker att det borde vara än hur det

²¹³ Berk 2007, s. 374

²¹⁴ Tetzchner 2005, s. 598

²¹⁵ Berk 2007, s. 374

²¹⁶ Berk 2007, s. 374

verkligen är. Ungdomar börjar vara sexuellt aktiva i olika åldrar och utvecklingspsykologin härleder en tidig sexdebut till ett antal faktorer som domstolarna överhuvudtaget inte reflekterar över när de bildar sin normalmall.

En viktig faktor är också, som jag har poängterat tidigare, att vad som kallas sexuella erfarenheter även kan vara faktiska övergrepp. Även om det finns fall då det handlar om frivilliga handlingar, som exempelvis uppfyller reglerna för ansvarsfrihet, så kan övergreppsproblematiken inte underskattas. Jag menar att domstolarnas idealiserande bild av barn, kombinerat med deras förnekande av övergreppshistorik, gör att de formar normalmallen på ett sätt som inte alls motsvarar verkligheten.

4.2.5 Opassande situationer

Opassande situationer innebär inte detsamma inom utvecklingspsykologin som när det gäller normalmallen. Anledningen är att vad som är opassande definieras av domstolarna själva och är inte ett allmängiltigt koncept. Utvecklingspsykologin fokuserar istället på normbrytande beteende ur en mer objektiv synvinkel, det vill säga faktiska lagbrott. I vissa fall sammanfaller det med vad som anses som opassande enligt domstolarna, som alkohol- och droganvändning. Andra av de beteenden som domstolarna inkluderar i opassande situationer, exempelvis att ett barn befinner sig på en ”fest med okända äldre män”²¹⁷, lyfts inte fram av utvecklingspsykologin. Istället för att fokusera på om beteendet är förkastligt eller inte ser utvecklingspsykologin till hur vanligt förekommande ett visst handlande är och vad som kan vara orsakerna till det.

Användningen av tobak, alkohol och narkotika ökar i tonåren.²¹⁸ Av ungdomar i årskurs nio röker 40 % av flickorna och 30 % av pojkarna.²¹⁹ Ungefär hälften av dem konsumerar alkohol flera gånger per termin.²²⁰ Brukandet av narkotika minskade under 70- och 80- talet för att sedan öka igen. De senaste åren har det åter skett en liten minskning nu har 7 % av flickorna och 9 % av pojkarna använt narkotika.²²¹ Överlag är människor som mest brottsaktiva under ungdomstiden, det är däremot endast ett fåtal som fortsätter med antisociala handlingar i vuxen ålder.²²² Genomsnittligt utför flickor flest brottsliga handlingar under de tidigare tonåren, medan pojkar når kulmen för antisocialt beteende i övre tonåren.²²³

Det är normalt för ungdomar att experimentera och testa gränser.²²⁴ Att pröva de sociala ramarna innebär inte alltid direkt brottsligt beteende eller

²¹⁷ Svea hovrätt, mål B 6166-10, s. 6

²¹⁸ Berk 2007, s. 379

²¹⁹ Hwang m.fl. 2011, s. 325

²²⁰ Hwang m.fl. 2011, s. 325

²²¹ Hwang m.fl. 2011, s. 326

²²² Hwang m.fl. 2011, s. 327

²²³ Hwang m.fl. 2011, s. 327

²²⁴ Hwang m.fl. 2011, s. 322

några större problem och risker för framtiden. Faran uppkommer när ungdomars experimenterande övergår i ett risktagande, då sannolikheten ökar för att barnen hamnar i situationer som de inte är redo av att hantera.²²⁵

När jag har försökt att fastställa hur opassande situationer spelar in i normalmallen framträder det en påfallande skillnad mellan om situationerna är vanliga eller oönskade. Det blir tydligt genom den statistik som visats av utvecklingspsykologin att exempelvis alkoholkonsumtion inte är särskilt ovanligt även bland förhållandevis unga personer. Denna statistik är visserligen baserad på ungdomar i nionde klass, vilket innebär en ålder av ca 15-16 år, procentantalet är dock så pass högt att det inte är orimligt att anta att det är relativt väl förekommande även bland personer som är något yngre. Den föreställning som verkar finnas hos domstolarna om att barn inte betar sig på ett sådant sätt förefaller alltså snarare baseras på att ett sådant agerande är oönskat snarare än onormalt. Den innebär att ett barn bryter mot normalmallen trots att det betar sig på ett sätt som i verkligheten inte är onormalt.

I ungdomsåren är det vanligt förekommande att prova nya saker och testa gränserna. Ett agerande som mer eller mindre provocerar den äldre generationen kan nästan ses som en del av tonårstiden. Att ett barn betar sig på ett sätt som anses vara förknippat med vad som är normalt för någon som skulle vara markant äldre påverkas naturligtvis av om barnet umgås med kamrater som är flera år äldre. Som presenterats är ungdomar särskilt känsliga för gruppptryck och tar lätt efter beteendet i vänskapskretsen. Ett barn som umgås med äldre är därför mer troligt att hamna i situationer som kan bedömas som opassande för dennes ålder genom att de följer med sina äldre vänner, men även mer troliga att i situationen agera som dessa vänner eftersom de anpassar sig efter normen för gruppen. Normalmallen tar inte hänsyn till tanken att det kan ses som en normal del av tonåren att bryta mot en del sociala regler. Det verkar enligt mig som om domstolen formar sin normalmall efter en ”mönsterelev” som aldrig utmanar vuxenvärldens normer eller bryter några regler. Normalmallen ställer alltså upp ett krav på ett ”perfekt” skötsamt barn. Det är enligt mig en ohållbart stram mall som inte är möjlig för majoriteten av barn att leva upp till, eller rimligt av domstolen att kräva. Ett barns rättsskydd ska inte vara beroende av att domstolen inte finner deras agerande önskvärt.

4.2.6 Genus

Könsroller intensifieras ofta under tonåren.²²⁶ Det finns olika aspekter som bidrar till att ungdomar drar sig till de mer konventionella stereotyperna. En av faktorerna är den biologiska, när kroppen utvecklas förstärks den fysiska skillnaden mellan könen. Denna tydliga skillnad i utseende gör att barn i större utsträckning börjar se sig själva som tillhörande en könsgrupp.²²⁷ Ytterligare en orsak är att den kognitiva utvecklingen gör att ungdomar blir

²²⁵ Hwang m.fl. 2011, s. 322

²²⁶ Berk 2007, s. 411

²²⁷ Berk 2007, s. 411

allt mer medvetna och bryr sig om vad andra tycker, vilket gör dem mer mottagliga för könsstereotypa påtryckningar.²²⁸ En tredje anledning är det sociala hänseendet, som påverkas både av biologiska och kognitiva faktorer. Eftersom ungdomar är känsliga för grupstryck blir effekterna av sociala indikationer ännu större. Den biologiska utvecklingen innebär också att omgivningen bemöter barnet på ett mer könsstereotypt sätt.²²⁹ De sociala krav och förväntningar som ställs på barnet formar kraftigt hur barnet känner att de bör agera. I förlängningen påverkar det också hur barnet ser sig själv och leder till att barnet identifierar sig med den könsroll som projiceras.

Exempel på könsstereotypa förväntningar är att det överlag uppkommer mer konflikter mellan föräldrar och döttrar under tonåren, något som kan bero på att föräldrar sätter upp striktare regler för flickor än för pojkar.²³⁰ Detta är naturligtvis en generalisering, men likväl ett exempel på hur könsstereotyperna manifesteras och skillnader i behandlingen av flickor och pojkar. Utöver detta finns den tydliga ojämlikhet som jag presenterat när det gäller sexualitet. Skillnaden i den sociala acceptansen mellan sexuellt aktiva pojkar och flickor, som medför ett dåligt rykte för flickor med ett aktivt sexliv, är påtaglig.²³¹

Konsekvenserna för tidigt utvecklade flickor respektive pojkar är även de stora. De kroppsideal som finns i samhället, med mannen som lång och stark och kvinnan som liten och smal, gynnar tidigt utvecklade pojkar och sent utvecklade flickor.²³² Tidigt utvecklade pojkar är oftare självsäkra, populära och atletiska.²³³ Tidigt utvecklade flickor däremot är oftare osäkra, nervösa och utanför.²³⁴ En tidig utveckling påverkar också många av de omständigheter som jag behandlat tidigare. Flickor som utvecklas tidigare är mer frekvent sämre i skolan, mer benägna att dricka alkohol och att tidigt vara sexuellt aktiva.²³⁵ Tidigt utvecklade pojkar riskerar också i större utsträckning att hamna i riskfyllda situationer, som narkotikabruk och kriminellt beteende.²³⁶

Skillnaden i bedömningen av flickor och pojkar blir alltså särskilt påfallande när det gäller de tidigt utvecklade, även inom rättstillämpningen. Som jag framfört tidigare är en tidig fysisk utveckling en faktor som väger för att barnet bedöms som äldre. Utvecklingspsykologin sätter en koppling mellan tidigt utvecklade flickor och äldre vänner, normbrytande beteende och sexuell aktivitet. Enligt domstolarnas bedömning ses istället alla dessa faktorer i sig som grunder för att barnet verkar vara äldre. De är övriga omständigheter som bedöms för att avgöra om det trots en fysisk mognad

²²⁸ Berk 2007, s. 413

²²⁹ Berk 2007, s. 411

²³⁰ Berk 2007, s. 369

²³¹ Hwang m.fl. 2011, s. 320

²³² Berk 2007, s. 370

²³³ Berk 2007, s. 369

²³⁴ Berk 2007, s. 369

²³⁵ Berk 2007, s. 369

²³⁶ Hwang m.fl. 2011, s. 301

talat för att barnet är yngre. Genom att domstolarna ser dessa faktorer som bidragande till att barnet verkar vara äldre än vad det är, istället för konsekvenser av den tidiga utvecklingen, bli resultatet att en tidigt utvecklad flicka är särskilt utsatt.

Utvecklingspsykologin framför att könsroller intensifieras under tonåren. En del av detta beror på att de fysiska förändringarna belyser skillnaderna mellan könen i större utsträckning, men den största påverkan på könsrollerna är kopplade till omvärldens krav och bemötanden. Tetchner föreslog att föräldrar satte striktare regler för flickorna, dock är detta troligen inte något som föräldrarna gjort medvetet. Jag vill lyfta frågan om domstolarna undermedvetet också ställer striktare krav på flickor. Jag menar att om föräldrar och samhället i allmänhet ställer upp striktare krav för flickor så är det högst troligt att det skiner igenom även i domstolarnas bedömning. Ojämlighet i bemötandet av de olika könen är djupt rotat i samhället och är ofta undermedvetet. Rätten behöver dock vara uppmärksam på genusaspekten och hur den påverkar domstolarnas bedömning och normalmall.

4.3 Sammanfattning

Utvecklingspsykologin är inriktad på individens utveckling och det går inte helt ihop med tanken om en enda "normal" utveckling. Det innebär att domstolarnas normalmall många gånger är mycket snävare än alla de variationer som innefattas enligt utvecklingspsykologins måttstock. Den största skillnaden mellan utvecklingspsykologins syn på barn och domstolarnas normalmall är att utvecklingspsykologin fokuserar på förklaringar till varför barn är som de är. Enligt utvecklingspsykologins synsätt är alla faktorer i ett barns utveckling sammankopplade och olika omständigheter påverkar varandra. Domstolarna uppmärksammar inte orsakssambanden på samma sätt eftersom de värderar varje omständighet var för sig. Utvecklingspsykologin ställer på flera ställen upp en alternativ syn på hur barns verklighet ser ut. Domstolarnas bild av vad som är normalt för ett barn blir, i jämförelse med bilden som utvecklingspsykologin ställer upp, både stram och orealistisk.

5 Analys

5.1 Rättsutredning

Rättsutredningen angående bestämmelsen om oaktsamhet vid våldtäkt mot barn ställer upp ett antal frågeställningar i relation till kravet på förutsebarhet. Den första och tydligaste adresserar problematiken som frågan om oaktsamhet i sig presenterar. Straffrätten ställer upp hårda krav på förutsebarhet. För att staten ska kunna belägga en viss handling med en påföljd måste det vara möjlig för den enskilde individen kunna avgöra vilka handlingar som är tillåtna eller inte, så individen kan göra sina val därefter. Att en brottslig handling skulle kunna företas genom oaktsamhet, det vill säga utan att individen varit medveten om något lagbrott och kunnat rätta sig därefter, går emot normen. För att kunna föra en argumentation kring förutsebarheten för oaktsamhet vid brott måste man dock ställa det mot det skyddssyfte som bestämmelsen skapats för. I detta fall gäller det barns absoluta skydd mot sexuella övergrepp. Rättskyddet är den förutsebarhet som finns för offren, de måste kunna lita på att deras rättigheter tas till vara. Rättskyddet kan inte helt offras till förmån för total förutsebarhet och vice versa. Förutsebarheten för gärningsmännen måste vägas mot det rättskydd som offren ska kunna förlita sig på. Målet är att uppnå en balans mellan de båda. För att uppnå detta måste båda sidor finnas med när man undersöker kravet på förutsebarhet.

I rättsutredningen framkom det tydligt att den ledning som finns att hämta för åldersbestämningen lämnar mycket att önska. Lagtexten i sig är mycket övergripande, vilket är både vanligt och praktiskt, problemet är att innebörden inte förtydligas särskilt mycket i varken förarbeten eller praxis. Trots att bestämmelsen varit i kraft i över ett halvt sekel och genomlevt flera stora lagförändringar faller det fortfarande tillbaka på ett par meningar ur den första propositionen. Detta har sin förklaring i att även om bestämmelsen gått igenom ett antal förändringar har dessa endast varit språkliga och förarbetena har därmed inte tagit upp frågan om åldersbedömningen.

Det är ett stort problem att kommentarerna för tillämpningen av oaktsamhetsparagrafen inte har reviderats eller kompletterats sedan början på sextiotalet. Sexualbrotten har gått igenom flera stora och genomgående förändringar med grundliga utredningar sedan brottsbalkens tillkomst. Trots detta har inte oaktsamhetsparagrafen utretts utöver att omformuleras. Jag tycker att det verkar som att lagstiftaren helt enkelt undvikit frågan om oaktsamhetsparagrafen. Bestämmelsen är onekligen komplicerad och bygger mycket på det enskilda fallet. Det må så vara att frågan om åldersbedömningen är svår att besvara men jag anser att det hade varit möjligt att se över och fylla ut den ledning som finns. Att exempelvis ge någon ledning till vad övriga omständigheter skulle kunna vara, utan att

innebära en exklusiv uppräknig. Istället för att angripa denna svårighet har lagstiftaren valt att blunda för problemet.

Det finns emellertid problem med att detaljstyra tillämpning genom förarbeten. Vad som definierar ett barn eller vad som är normalt för ett barn i en viss ålder påverkas till stor del av samhället och tiden vi lever i. Vad som är normalt för en person på 17 år idag kanske kommer att räknas som normalt för ett barn på 14 år om ett par årtionden. Att utforma en strikt reglering efter dagens mått gör att normen för ett barn blir knuten i tiden. Eftersom det inte går att utgå från att uttalanden i förarbeten alltid hinner med i tidens utveckling finns det fördelar med att välja kanaler som är mindre statiska. Just eftersom åldersbedömningen är situationsberoende och kanske mindre lämpad för strikta, detaljerade anvisningar är det ytterst förvånande att det inte finns någon praxis som behandlar frågan. Jag tror att det bästa sättet att reglera frågan vore om HD skulle ta upp problematiken och lägga fram riktlinjer, eftersom praxis är ett lite mer flexibelt medel.

Jag anser att skyddssyftet gör att en bestämmelse om oaktsamhet för sexualbrott mot barn är både önskvärd och behövlig. Oaktsamhetsbestämmelsen innebär däremot ett rejält bakslag för förutsebarheten i brottmål och därmed rättsäkerheten. Det är inte i sig ett problem att lagtexten är diffus, kraven på förutsebarhet kan däremot inte anses uppfylla om det inte finns någon ytterligare ledning i förarbeten eller praxis. Det står klart att det finns mycket att önska när det gäller förklaringar angående åldersbedömningen. Jag hävdar inte att oaktsamhetsparagrafen ska tas bort utan att lagstiftaren bör göra allt i sin makt för att försäkra så mycket förutsebarhet som är möjligt. Även om bedömningen är mycket beroende av situationen i det enskilda fallet finns det grundläggande motiveringar som fortfarande hänger i luften. Problematiken i detta framkom tydligt när jag undersökte hur paragrafen tillämpas i praktiken.

5.2 Hur domarna följer lagen

När det gäller tillämpningen av det lilla som är föreskrivet angående oaktsamhetsparagrafen står det klart från min rättsfallsanalys att det råder en stor osäkerhet bland domstolarna. Endast ett fåtal av domarna i min undersökning följer helt den ledning som finns och i de övriga domarna skiljer sig tillämpningen mycket från varandra. Det är något oklart i hur stor utsträckning domstolarna verkligen är medvetna om den ledning som finns. I många av de fall som jag undersökte så hänvisades inte till förarbetsuttalanden mer än att barnets kroppsutveckling ska vara avsevärt över åldersgränsen, alltså utan den definition om 17-18 år som gjordes i departementschefens uttalande och i NJA II 1962. Som jag poängterat under avsnittet 3.1.1 kan domstolarna tillämpa reglerna utan att uttryckligen hänvisa till dem men i min undersökning av bedömningarna så verkar det inte vara fallet.

Domstolarnas åldersbedömning baseras till stor del på barnets kroppsutveckling. Att basera bedömningen på fysisk utveckling har sina

fördelar, p.g.a. att det är något som man säkert kan utgå från att gärningsmannen har uppmärksammat och haft möjlighet att värdera offrets ålder utifrån. Problemet är att det är oklart hur allmängiltig denna bedömning verkligen är. Vid bedömningen av offrets kroppsutveckling ges ingen motivering utan endast ett kort konstaterande. Eftersom domstolarna inte ger någon närmre förklaring av offrets fysik och varför de drar de slutsatser de gör om barnets ålder, är det inte möjligt att endast genom en undersökning av domskälen säga något om den faktiska bedömningen av kroppsutveckling. Bristen på motivering kan ha att göra med en finkänslighet inför offrets integritet, men det kan också tolkas som att domstolen helt enkelt gör en skönsmässig bedömning. En sådan bedömning blir naturligen mycket subjektiv. Eftersom det inte går att avgöra vilken nivå av fysisk utveckling som domstolen anser tala för en viss ålder är det omöjligt att avgöra om och hur domstolarnas bedömning av barnens fysik skiljer sig från varandra. Jag finner det dock tveksamt att alla domares subjektiva bild av hur utvecklat ett barn är i olika åldrar skulle gå helt i linje med varandra. Det är enligt mig inte troligt att alla domstolar har en överensstämmande bild av en femtonårings kroppsliga utveckling.

En andra svårighet med hänsyn till bedömningen av kroppsutveckling är den stora skillnad som finns mellan domstolarnas tolkning av begreppet ”avsevärt över åldersgränsen”. Domstolarna har många olika åsikter om vilken ålder detta begrepp skulle innebära. Att domstolarna inte är enhetliga när det gäller vilken ålder detta begrepp skulle relatera till är ett mycket stort problem. Att det krävs att offret ska se ut som 17-18 år gammal för att bedömas som avsevärt över åldersgränsen i en domstol, men att det räcker med endast 16-17 år i en annan är naturligtvis varken förutsebart eller rättssäkert.

Den märkligaste tillämpningen av begreppet som jag har funnit är dock när domstolarna baserar sin bedömning på den ålder som gärningsmannen säger sig ha trott att offret hade. Domstolarna gör då en bedömning av om det antagandet är rimligt istället för att göra en objektiv bedömning av om offret kan verka vara avsevärt över åldersgränsen. Ett barn kan naturligtvis se ut att vara något över åldersgränsen utan att för den skull nå upp till kravet på *avsevärt* över åldersgränsen. Ett barn som skulle kunna tas för att vara ca 15 år, det vill säga över åldersgränsen, kan var långt ifrån så utvecklad att det kan tas för 17-18 år, vilket är den definierade gränsen för avsevärt över åldersgränsen. Utgår domstolen från gärningsmannens antagande att offret var 15 år gammal så kan detta vara helt rimligt, och gärningsmannen går fri, trots att en objektiv bedömning skulle leda till att han agerat oaktsamt. Det innebär att beslutet att basera bedömningen på om ett antagande om åldern vore rimligt strider mot hela syftet med oaktsamhet.

Kroppsutveckling bedöms som tungt vägande men övriga omständigheter spelar också in. För de övriga omständigheterna finns det som sagt ingen ledning alls och domstolarna är fria att både ta upp och värdera som de själva vill. De övriga omständigheterna skiljer sig mycket mellan olika mål men det kan bero på att dessa omständigheter är helt situationsbaserade. Det

är därmed svårt att avgöra om en domstol aktivt bortser från en omständighet som en annan domstol tar upp eller om det helt enkelt inte förekom i fallet.

5.3 Domstolarnas normalmall

Denna uppsats har fokuserat på att hitta de gemensamma nämnarna i domstolarnas uttalanden för att definiera normalmallen. Faktum kvarstår dock att trots att det finns likheter så är det ändå en stor variation mellan domarna. Det verkar inte finnas en helt unison bild av vad som är normen för ett barn. I de fall där domarna generellt går i linje med varandra, och det visserligen finns en förutsebarhet att tala om, finns det ytterligare aspekter som jag inte instämmer med. Förutsebarhet och rättsäkerhet bör båda vara komponenter i resonemang kring normalmallen. Utöver att vara enhetliga anser jag även att bedömningarna borde vara korrekta. Normalmallen bör stämma överens med verkligheten i så stor utsträckning som möjligt. Jag tror att ju mer normalmallen skildrar hur verkligheten ser ut ju mer förutsebar kommer den att vara.

5.3.1 Kroppsutveckling

Vad som anses vara en normal utveckling för barn i olika åldersspann är både otydligt och splittrat. I en av domarna beskrivs det att normen är att flickor utvecklas tidigare än pojkar, men det finns inget som tyder på att det skulle finnas något större svängrum i praktiken. Som jag framfört tidigare anser jag att normalmallen för den fysiska utvecklingen av ett barn är relativt snäv. Anledningen kan ha att göra med de associationer som görs automatiskt genom användandet av ordet ”barn”. Begreppet barn gäller juridiskt sett för alla personer i åldrarna 0-15, och i vissa fall upp till 18 år. Den mentala bild som är kopplad till begreppet barn är däremot inte nödvändigtvis lika applicerbar på hela det åldersspann som den juridiska definitionen motsvarar.

För att dela upp tillvaron i tydliga kategorier tenderar människan att generalisera. Gråzonerna, som exempelvis övergången mellan barn och vuxen, blir komplicerade eftersom de suddar ut de tydliga gränserna i sorteringen av omvärlden. Jag hävdar att den mentala bilden av ett barn i allmänhet karakteriseras av att det tydligt skiljs från bilden av en vuxen. Bilden av ett ”barn” är då en person helt utan de attribut som kategoriseras som vuxna, det vill säga en person som ännu inte startat puberteten. Då skulle den generella bilden av ett barn kanske bättre jämföras med exempelvis en tioåring. Kring 15 års ålder är det dock mer regel än undantag att pubertal kroppsutveckling har påbörjats. Även om domstolarna gör sin bedömning för hur gammal en person ser ut att vara med insikt om att denne är ett barn fram till 15 års ålder, kan det vara så att denna undermedvetna bild av att ett barn ska se ut som ”ett barn” påverkar bedömningen. Resultatet skulle då vara att en tidigare utvecklad person inte anses se ut

som ett barn trots att utvecklingen egentligen är helt inom normen för en person som är strax under 15.

Oavsett vilka slutsatser som säkert kan dras om begreppet barn så står det klart från min undersökning att personer som är tidigt utvecklade löper en mycket större risk att inte räknas som barn enligt domstolarnas normalmall.

5.3.2 Utseende

Domstolarna brukar inte göra någon större skillnad på kroppsutveckling och utseende. Jag menar dock att det finns fler parametrar i vad som räknas in i utseende än ren fysisk utveckling. Det innebär att domstolarna utger sig för att göra en bedömning av kroppsutveckling men egentligen så inkluderas även ytterligare aspekter som är mer föränderliga, som exempelvis sminkning och klädval. Genom att blanda in andra aspekter i begreppet blir bedömningen av kroppsutveckling ännu otydligare och ännu mindre förutsebart.

Innebörden av utseende är i sig självt mycket oklart och domstolarna definierar inte exakt vad som inkluderas i begreppet. Ett exempel på vad som kan inkluderas, baserat på uttalanden från ett av rättsfallen, är kläder och smink. Vad det är som gör att sminkning och klädval skulle få ett barn att framstå som äldre är något som tål att ifrågasättas. Jag tror att slutledningen att ett visst klädval får ett barn att se äldre ut baseras på förutfattade meningar om hur barn klär sig eller borde klä sig. En anledning till att vissa klädval inte ses som korrekta kan vara att det finns en generationsklyfta. Att domarna inte är helt medvetna om hur barn faktiskt klär sig i dagens samhälle, men framförallt en skillnad i hur de anser att ett barn *bör* klä sig.

Jag anser det vara förargelseväckande att klädval alls ska påverka utfallet i ett sexualbrott. Liknande resonemang vid våldtäktsfall mot vuxna förekommer, exempelvis när längden på offrets kjol eller dennes val av underkläder kommer upp för diskussion i rätten. Detta förfarande är enligt mig förkastligt och har även varit föremål för upprepad kritik från samhället. Jag anser att kritiken är relevant även vid fall av våldtäkt mot barn och bör uppmärksammas av både samhället och rättsväsendet.

5.3.3 Uppträdande

När domstolarna inkluderar uppträdande i sin bedömning av ett barns ålder är det osäker vad det egentligen är som granskas. Min tolkning är att vad domstolarna försöker lyfta fram och värdera är mental mognad. Jag tvivlar dock på att det alls är möjligt att göra, och inte minst för en domstol som rimligen inte möter offret i en normal och vardaglig situation. Det är högst troligt att ett en person inte betar sig helt som vanligt vid ett polisförhör eller under en huvudförhandling. Jag tror dessutom att ett barn troligen påverkas ännu mer än en vuxen i en så pressad situation. En önskan att vara till lags

och att bli tagen på allvar kan få barnet att framstå äldre än det kanske hade gjort i ett fritt och vardagligt samtal.

Jag hävdar att mycket av det som formar hur moget ett barn uppfattas handlar om dess möjlighet att framföra sina tankar och resonemang för omvärlden. Som jag presenterat tidigare tror jag att ordval och sätt att uttrycka sig grundas mer i vad man lärt sig än på faktisk ålder. Det innebär att utbildning och jargongen inom vänskapskretsen har en stor påverkan på hur ett barn uttrycker sig. Dessutom måste noteras att kunskap inte är detsamma som mental mognad. Att ett barn har ett välutvecklat vokabulär innebär inte säkert att det är kapabelt att ta mogna och välinformerade beslut.

5.3.4 Vänner

Domstolarna utgår från att barn alltid umgås med jämnåriga. För mig förefaller detta vara en förutfattad mening som ligger mycket långt från verkligheten. Detta förstärks av faktumet att bedömningen endast grundas på en begränsad del av barnets vänskapskrets, det vill säga endast de vänner som gärningsmannen råkat träffa. Frågan om vänskapskretsens betydelse väcker två frågor, dels om folk i allmänhet verkligen tror att alla personer umgås uteslutande med jämnåriga, dels om det är rimligt att potentiella gärningsmän utgår från att alla vänner i en grupp är lika gamla. Jag tror inte att människor tänker att alla personer umgås endast med jämnåriga. Det står helt klart att vuxna inte gör det och jag frågar mig varför det skulle vara annorlunda med barn. Även om den allmänna inställningen skulle vara att barn i större utsträckning umgås med vänner närmare deras egen ålder tycker jag inte att det är en grund för att kunna utgå från att alla skulle vara exakt lika gamla. Även gärningsmän bör vara medvetna om att en vänskapskrets kan vara konstituerad av personer som inte är födda samma år.

Det jag reagerar starkast på är hur strikt domstolarna räknar med att alla vänner är jämnåriga och att barnet automatiskt antas vara lika gammalt. Jag tror visserligen att barn formas av sitt umgänge och tar efter sina vänners beteende. Ett barn som spenderar mycket tid med äldre personer kan då komma att handla och uppträda på ett sätt som kanske får det att verka lite äldre. Jag ställer mig däremot tveksam till hur mycket äldre ett barn kan verka genom ett inlärt beteende. Jag tror inte att en mycket stor ålderskillnad kan överbyggas endast genom att imitera äldre vänner. Istället bör en markant skillnad i ålder snarare framhäva att barnet är yngre. Ett exempel är fallet där en flicka som var 12 år umgicks med kamrater som var 18-19 år gamla. I detta fall anser jag att offret, även om hon tagit efter sina vänner, ändå måste uppfattats så ung att det inte går att utgå från att hon var över 15. Problemet är alltså att domarna låser sig vid tanken på att barn alltid är jämnåriga med sina och inte riktigt bedömer hur den enskilda situationen ser ut.

5.3.5 Skolgång

Insikt om vilken årskurs barnet går i värderas mycket starkt och ses, om inte jämförligt med insikt om barnets faktiska ålder, som ett krav att gärningsmannen bör vara på sin vakt och kontrollera åldern. Att använda skolgång som grund för vad gärningsmannen borde ha insett är tacksamt eftersom det både är tydligt och objektivt mätbart. Att beräkningen av skolgång är så konkret gör att det är långt mer förutsebart än de flesta andra omständigheter som influerar åldersbedömningen. Att skolgång beräknas så strikt får däremot konsekvenser för de barn som faller utanför mallen. Dels de barn som börjar skolan tidigare och dels de barn som går om en årskurs.

Jag menar att det är rimligt att ha normen för skolgång som en utgångspunkt i bedömningen. Överlag följs den satta ordningen för hur gamla barn är när de går en viss årskurs. Det går emellertid inte att bortse från det faktum att det finns barn som frångår denna ordning. Det finns barn som börjar tidigare eller går om en årskurs. Däremot bör det inte gå att *utgå* från att just offret bryter mot mallen. En gärningsman borde inte kunna använda som ursäkt att de trodde att barnet gått om ett år och därför var äldre än vad årskursen skulle motivera. Det är dock en stor skillnad att *utgå* från att barn frångår normen och att *utesluta* det. I praktiken borde alltså gärningsmän vara medvetna om att ett barn kan gå emot normen, men inte kunna *utgå* från att så är fallet. Att domstolarna håller sig strikt till normen innebär att de barn som börjar skolan tidigare får ett begränsat rättsskydd. Jag anser att domstolarna istället bör kunna kräva av gärningsmännens slutledningsförmåga att möjligheten finns, men inte garantin, att ett barn kan bryta mot mallen. Detta grundar sig i hur mycket ansvar som läggs på gärningsmannen och vad denne borde inse eller räkna med.

Frågan är dock vad det då är som gärningsmannen borde kunna inse. Denna fråga kompliceras av att det till viss del baseras på den enskilde gärningsmannens möjligheter i situationen, men jag kommer att fokusera på vad som kan ses som allmänt känt eller inte. Först och främst förutsätter domstolarna att gärningsmännen har insikt om det svenska skolsystemet, såtillvida att de bör inse hur gamla barn är i varje årskurs. Utöver detta tar en del av rättsfallen upp frågan kring att personer naturligtvis fyller år vid alla tider på året. Detta anser jag är något som rimligen bör kunna förutsättas att gärningsmannen kan inse. Det är däremot inte ett resonemang som alla domstolar tar med i sin bedömning. Jag menar att detta är ett faktum som kan klassas som allmänt vetande och som bör tillämpas i en större utsträckning av domstolarna.

5.3.6 Sexuella erfarenheter

I alla de fall där sexuell erfarenhet tagits upp i domstolens resonemang dras slutsatsen att det skulle tala för att barnet var äldre än åldersgränsen. Jag anser inte att sexuella erfarenheter har någon relevans i sammanhanget och jag tycker att det är anstötligt att det alls tas upp i domstolarnas bedömning. Ett av de första problemen är att domstolarna ens refererar till handlingarna

som ”sexuell erfarenhet” eller att målsäganden ”haft sex”. Eftersom alla sexuella handlingar mot ett barn är övergrepp är dessa händelser varken ett val från barnets sida eller dess fel. Genom att definiera dessa upplevelser som ”sex” istället för övergrepp missar domstolarna att det faktiskt handlar om övergrepp som inte offret kan beskyllas för eller tvingas bära ansvaret för. Jag har i denna uppsats trots allt valt att hålla mig till den formulering som uppkommer i domarna för att undvika missförstånd. Jag anser däremot att det i rätten borde strävas efter att använda de korrekta begreppen för att inte förringa innebörden av dessa ”sexuella erfarenheter”.

Att domstolarna utan vidare reflektion tolkar tidigare sexuella erfarenheter som ett tecken på att ett barn är äldre får dessutom ett rent absurt resultat. Detta blir extra påtagligt i det fall som jag presenterat i avsnitt 3.2.6 där gärningsmannen varit medveten om att målsäganden varit utsatt för övergrepp vid en mycket tidig ålder. Trots detta räknades dessa sexuella erfarenheter som ett tecken på att hon var över åldersgränsen. Att föra ett resonemang kring sexuella erfarenheter så som domstolarna gör leder till att de barn som har ett särskilt behov av skydd från samhället, barn som redan blivit utsatta för övergrepp, får ett begränsat rättsskydd. Offren får därmed stå till svars för att de har blivit våldtagna tidigare, och får betala för det genom att det nya övergreppet inte behandlas som det brott det är. Resultatet blir att offren blir straffade istället för gärningsmännen.

5.3.7 Opassande situationer

En typ av de övriga omständigheter som jag tagit med i min rättsfallsanalys inkluderar det jag har valt att kalla för opassande situationer. Exempel är alkohol- och drogkonsumtion, att befinna sig på fest med äldre okända män eller att köra moped. Domstolarna anser att om ett barn befinner sig i dessa opassande situationer eller företar dessa typer av handlingar är det rimligt att anta att de är över åldersgränsen. Dessa situationer strider alltså mot domstolarnas bild av hur ett normalt barn uppför sig. Jag menar emellertid att domstolarnas fördomar influerar bedömningen. Först och främst bör det definieras om det som gör att dessa situationer talar för att en person antas vara äldre grundar sig i att beteendet är onormalt för ett barn under åldersgränsen eller om det helt enkelt bara är oönskat. Jag tycker att mycket tyder på att domstolen i dessa fall gör sin bedömning baserat på vad de anser vara ett förkastligt beteende hos unga, snarare än vad som faktiskt är överraskande uppträdande. Jag håller absolut med om att det inte är önskvärt att barn hamnar i den här typen av situationer men jag tror att domstolarna har en konservativ syn av vad som verkligen är normalt för ett barn. Det är möjligt att denna syn kan förklaras av en generationsklyfta och att ett barns tillvaro ser annorlunda ut i dagens samhälle än vad det gjorde för ett eller två decennier sedan. Barn idag har en helt annan åtkomst till omvärlden genom internet och media och påverkas naturligtvis av det.

Det jag finner mest förvirrande i domstolarnas resonemang är hur gammalt ett opassande beteende får ett barn att verka. Vid vilken ålder är en situation inte längre opassande? Ett tydligt exempel är att dricka alkohol som jag

redan tagit upp i avsnitt 3.2.7. Jag har svårt att förstå vad det är med alkoholkonsumtion som gör det så omöjligt att dra slutsatsen att en person skulle vara 14 år men som är helt förenlig med att personen istället skulle vara 16 år. Lagen förbjuder ju konsumtion av alkohol tidigare än 18 års ålder, och som visats i min rättsfallsanalys är det inte så att domarna hävdar att barnen i dessa fall kan tas för att vara så gamla som 18 år. Jag finner det paradoxalt att en situation eller beteende får ett barn att verka vara över åldersgränsen, för att det anses opassande för någon som är under 15 år, när det uppenbarligen är önskat även för någon som är exempelvis 17 år gammal. Jag tvivlar på att det som räknas som opassande situationer plötsligt skulle vara helt normalt beteende så snart en person passerat åldersgränsen. Rätten bör fråga sig vad dessa opassande situationer verkligen innebär och om normalmallen ska bygga på domstolens bild av hur barn borde vara, eller om den bör grundas i vad som verkligen är normalt för barn.

5.3.8 Genus

Den grundläggande genusfråga som uppkommer i min rättsfallsanalys är den som presenteras genom statistiken. I nästan alla fall är målsäganden flickor. Faktumet att statistiken visar en så övervägande majoritet av offer som är flickor är upprörande och visar på en tidig utsatthet i relation till sexualbrott, som fortsätter upp i vuxen ålder. Det visar tydligt på grundläggande brister som finns i vårt samhälle.

Som jag har presenterat anser jag att normalmallen är både strikt och snäv. Den normalmall som jag har formulerat är dock baserad på uttalanden om flickor, eftersom statistiken ser ut som den gör. Jag har redan tagit upp möjligheten att det undermedvetet ställs upp striktare regler och krav på flickor. De två fall med pojkar som målsäganden som jag undersökte visade färre övriga omständigheter, och framförallt värdering därav, än många andra fall. Det gör att jag ställer mig frågan om normalmallen som jag har fått fram kanske är så strikt som den är just på grund av att den är baserad på bedömningar av flickor. Bristen på rättsfall som berör manliga offer gör det dock i princip omöjligt att dra några faktiska slutsatser kring om normalmallen gör skillnad mellan könen eller inte, och hur det då skulle yttra sig.

5.4 Utvecklingspsykologi

Utvecklingspsykologin presenterar en syn på barns utveckling som på många sätt skiljer sig från vad normalmallen utgår ifrån. Enligt utvecklingspsykologins tillvägagångssätt ses allt som en helhet och fokus ligger på att undersöka orsakerna till att ett barn är på ett visst sätt. I och med att utvecklingspsykologin utgår från individen och dess förutsättningar innefattas en mycket större variation inom normalspannet. Bilden av vad som är normalt blir alltså mycket spretigare än den uniforma bild som förespråkas av domstolarnas normalmall. Jag tycker att den normalmall som presenteras av domstolarna är för snäv. Domstolarnas syfte med att ställa

upp en normalmall är ett försök att strukturera upp bedömningen, vilket är positivt, problemet är att den kanske inte är särskilt verklighetstrogen. Jag tror att domstolarna hade varit hjälpta av att anamma utvecklingspsykologins sätt att se till hela barnet. En alldeles för snäv bild av vad som kan anses vara normalt, och som dessutom inte motsvarar hur verkligheten ser ut, gör att rättskyddet begränsas för barn som är och beter sig helt vanligt. Det innebär att barns rättskydd minskar endast på grund av att de inte stämmer överens med domstolarnas åsikt om hur barn borde vara.

5.4.1 Kroppsutveckling och utseende

Det är en mycket stor skillnad i barns fysiska utveckling, både i startpunkt och takt. Utvecklingspsykologin förordar en så stor spridning att det nästan strider mot grundtanken om en normalmall som alla ska passa in i. Det visar på att det krävs ett mycket större svängrum för vad som anses vara normalt i domstolarnas bedömning. Det är en anledning till att den säkerhetsmarginal som introduceras av begreppet ”avsevärt över åldersgränsen” är så viktigt. I vissa fall ger domstolarnas tolkning av begreppet ett ganska stort svängrum för olika nivåer av utveckling. Jag syftar då på när begreppet ges innebörden att barnet ska ha en kroppsutveckling som motsvarar en person på 17-18 år för att gärningsmannen kan undgå ansvar. Tyvärr är det långt ifrån alltid som detta åldersspann appliceras på begreppet. Inte heller är det klart om domstolarna alltid inkluderar i sin bedömning det faktum att flickor utvecklas ett par år tidigare än pojkar. Jag anser att den information som framförs av utvecklingspsykologin visar på hur viktigt det är att domstolarna är medvetna om den stora spridning som finns i barns kroppsutveckling och att flickor överlag verkligen utvecklas tidigare. Det är av vikt att domstolarna även inkluderar denna insikt i sin normalmall.

5.4.2 Uppträdande

Utvecklingspsykologin visar på att den kognitiva utveckling som sker i ungdomsåren är mycket komplicerad och handlar snarare om en kapacitet till abstrakt tänkande än något annat. Det är inte något som jag kan tänka mig skulle komma upp eller vara möjligt att bedöma i ett vardagligt samtal. Jag tvivlar därför på om det är något som domstolarna varken får möjlighet eller har kompetens att värdera. Utvecklingspsykologins synpunkt av vad som verkligen utvecklas i barns mentala förmåga gör att jag finner det ännu mer oklart vad det är som domstolen bedömer som skillnaden mellan ett vuxet uppträdande och ett barnsligt. Jag hävdar att det i grund och botten inte handlar om en värdering av mental mognad utan av kunskap.

Jag tror att vad domstolarna bedömer i ett barns uppträdande är dess ordval och förmåga att formulera sina tankar och upplevelser. Som utvecklingspsykologin framhäver så är verbal förmåga såväl som avancerat resonerande snarare beroende av, till viss del anlag då flickor överlag har enklare för språk, men framförallt utbildning. Det innebär att domstolen bedömer helt fel sak då de värderar ett barns kommunikationsförmåga. En sådan värdering visar mer på kunskap och utbildning än faktisk ålder. Att

låta dessa aspekter påverka normalmallen gör att åldersbedömningen blir missvisande.

5.4.3 Skolgång

Hur barns skolgång påverkar bedömningen i domstolen har jag inte alls tagit upp ur ett utvecklingspsykologiskt perspektiv, eftersom det inte finns någon motsvarighet för denna värdering inom utvecklingspsykologin. När domstolen tar upp skolgång i sin bedömning görs överhuvudtaget inte någon värdering av barnet i sig eller barnets mognad. Det är ett objektivi t mätinstrument och inte en subjektiv bedömning. Skolgång behandlas endast som fakta och vad gärningsmannen borde kunnat räkna ut om barnets ålder utifrån denna information. Det innebär att utvecklingspsykologin inte har något att bidra med på denna punkt.

5.4.4 Vänner

Bedömningen av barnets vänskapskrets är en av de aspekter där utvecklingspsykologin och domstolens tolkning har vissa likheter. Skillnaderna ligger i deras olika utgångspunkter. Som jag redan konstaterat fokuserar utvecklingspsykologin i mycket större utsträckning på förklaringar och konsekvenser. Till detta hör att utvecklingspsykologin presenterar en förklaring till varför tidigt utvecklade barn söker sig till äldre vänner. Detta yttrande slår hål på domstolens utgångspunkt att *alla* barn endast umgås med jämnåriga vänner. Det innebär alltså att normalmallen inte bör utgå från att så alltid är fallet. Å andra sidan ifrågasätter inte utvecklingspsykologin att barn överlag tenderar att ha vänner som är närmare dem själva åldersmässigt och står alltså inte helt i strid med normalmallens utgångspunkt. Jag menar dock att det hela beror på hur nära i ålder som ”jämnåriga” anses vara. Jag tycker inte att man kan utgå från att barn aldrig umgås med påfallande äldre vänner, och ännu mindre utgå från att alla barn i en vänskapskrets är födda samma år. Som utvecklingspsykologin uppmärksammar bör normalmallen inkludera faktumet att det verkligen finns barn som har en äldre vänskapskrets och domstolarna bör även i övrigt räkna med åtminstone ett par års åldersskillnad.

Ytterligare en aspekt som utvecklingspsykologin konfirmerar är att barn tar efter sina vänners beteende. Skillnaden mot vad domstolarna utgår från är dock den effekt detta får. Normalmallen utgår från att alla i en grupp uppfattas som lika gamla, vilket förstärks om den yngre tar efter de äldres agerande. Utvecklingspsykologin lyfter istället fram de äldre kamraterna som en förklaring till varför barnet försätts i vissa situationer eller uppför sig på ett skenbart äldre sätt. Den relevanta frågan att ställa sig är ifall barnet verkligen blir mognare i sig genom att spendera tid med äldre, eller om det endast bidrar till att barnet hamnar i situationer som det inte är redo att hantera och då agerar som det gör för att det imiterar sina vänner.

5.4.5 Sexuella erfarenheter

Inom utvecklingspsykologin sticks det inte under stolen med att barn börjar ha sex i olika åldrar. Istället lyfts det fram förklaringar till en eventuell tidig sexdebut, exempelvis sexuellt aktiva vänner eller en tidig fysisk utveckling. Normalmallen utgår däremot från att barn under 15 år inte har några sexuella erfarenheter alls. Som jag framfört går det att argumentera kring möjligheterna till frivilligt sex tidigare än åldersgränsen för sexuell självbestämmanderätt. I vissa fall kan det hända att handlingen skulle kunna räknas som frivillig men jag hävdar att majoriteten av fallen troligen innebär rena övergrepp. Oavsett frivillighet menar jag att det inte går att förneka att sexuella handlingar förekommer även mot barn under åldersgränsen. Denna realitet måste inkluderas i normalmallen och inte endast tolkas som tecken på att barnet var över åldersgränsen. Utöver att erkänna verkligheten och ta med det i sin bedömning bör domstolarna även se till förklaringar och följder till barns situation. Jag hävdar att sexuella övergrepp kan leda till ett sexuellt destruktivt beteende. Ett barn som tidigare blivit utsatt för sexuella övergrepp är mer troligt att utsättas för fler, antingen genom en ökad sårbarhet eller ett riskfyllt beteende till följd av ett sådant trauma.

Enligt utvecklingspsykologin finns det en glorifierad bild av barn som oskuldsfulla varelser. Domstolarna delar denna idealiserande syn och det avspeglas tydligt i normalmallen, då det förutsätts att barn under 15 år inte alls företar sexuella handlingar. Frågan är däremot om gärningsmännen har samma inställning. Själv tvivlar jag på att även gärningsmän utgår från att människor aldrig har sex innan de fyllt 15 och ställer mig därmed kritisk till att de tolkar sexuella erfarenheter som ett säkert tecken på att målsäganden är äldre. Skulle det vara så att gärningsmän är medvetna om att det finns yngre personer som har sexuella erfarenheter så skiljer sig domstolarnas normalmall, inte bara från verkligheten, utan även från den bild som gärningsmännen gör sin bedömning utifrån. Det skulle innebära att domstolarnas normalmall blir både vilseledande och irrelevant.

5.4.6 Opassande situationer

Tolkningen av vänners påverkan på barnet är förhållandevis lika mellan utvecklingspsykologi och normalmallen, men tolkningen av opassande situationer presenterar desto större skillnader. Mycket av detta beror på att opassande situationer är ett koncept som helt definieras av vad domstolarna själva finner opassande. Normalmallen är anpassad efter ett perfekt och ordningsamt barn snarare än verkliga livet, och formas i grund och botten av hur domstolen tycker att ett barn bör bete sig. Utvecklingspsykologin lägger inte ner samma subjektiva värderingar i begreppet. Utvecklingspsykologin ser istället endast till faktiska lagbrott och fokuserar på hur det ser ut i verkligheten snarare än hur det borde vara. Bedömningen inriktas på hur vanligt förekommande ett visst beteende är och förklaringar till varför ett barn agerar så eller hamnar i sådana situationer.

Det som framkommer från utvecklingspsykologins presentation är att även när det gäller faktiska, om än mindre allvarliga, lagbrott, som exempelvis tobaksanvändning och alkoholkonsumtion, är det förhållandevis vanligt förekommande. Det står klart att det är en stor skillnad på om ett beteende är onormalt eller oönskat. Frågan är vilken infallsvinkel som normalmallen bör grundas på. Antingen baseras vad som är normalt för ett barn på hur domstolen anser att ett barn borde vara, eller så observerar domstolarna vad som är vanligt förekommande bland barn och anpassar normalmallen därefter. Jag anser att eftersom domstolarna använder vad som är opassande som en grund för att ett barn skulle vara äldre än det är så bör normalmallen formas av vad som är vanligt för en viss ålder, istället för vad som må vara önskvärt.

5.4.7 Genus

Utvecklingspsykologin öppnar för tanken att det i samhället ställs upp striktare regler och krav på flickor att vara skötsamma och inte bryta mot normer. Detta är en aspekt som det är av yttersta vikt att domstolarna uppmärksammar. Eftersom denna typ av ojämlikhet är djupt rotad i kultur och samhälle är det något som sker undermedvetet och är lätt att missa. Skulle det vara så att regler överlag är striktare för flickor så resulterar det i att brott mot normalmallen döms hårdare om de begås av flickor än av pojkar. Det är naturligtvis inte acceptabelt och skulle begränsa flickors rättsskydd kraftigt. Detta är närapå omöjligt att bevisa och jag hävdar inte att det skulle ske genom avsikt. Jag menar däremot att det finns en risk som domstolarna bör vara medvetna om och att domstolarna bör rannsaka sig själva och sina tankesätt när de gör sina bedömningar.

5.5 Sammanfattning

Sammanfattningsvis är det tydligt att åldersbedömningen i BrB 6:13 lämnar mycket att önska när det gäller förutsebarheten. Domstolarnas bedömningar skiljer sig från varandra, från direktiven och från verkligheten.

Bestämmelsen är vag, dåligt underbyggd och ger inte domstolarna mycket att gå på när de ska göra åldersbedömningen. Denna otydlighet är troligen en bidragande faktor till att tolkningarna i domstolen är så splittrade, men det största problemet ligger i att de flesta domstolar inte ens följer de riktlinjer som finns. Att den praktiska tillämpningen är så oenhetlig beror även på att det för en ansevärd del av bedömningen inte finns någon ledning alls.

Åldersbedömningen är mycket beroende på hur omständigheterna ser ut i det enskilda fallet. Det innebär att domstolarnas subjektiva tolkning får stor inverkan. Jag har i denna uppsats försökt att peka ut de likheter som finns i dessa situationsbundna domstolstolkningar och få en bild av någon slags ”normalmall”. Att hitta gemensamma punkter är dock endast möjligt i en begränsad utsträckning och i mångt och mycket skiljer sig domarna åt, både i vilka omständigheter som tas upp i bedömningen och hur dessa omständigheter värderas. Bilden av vad som är normalt eller inte för ett barn

är däremot av stor betydelse för utgången av åldersbedömningen och i förlängningen målet om våldtäkt mot barn.

Normalmallen konstituerar ett försök att göra en subjektiv bedömning så förutsebar som möjligt. Att strukturera upp vad som är normalt för ett barn så att det går att avgöra vad en gärningsman kan utgå från eller inte. Den grundläggande förutsättningen för förutsebarhet i åldersbedömningen är naturligtvis att det måste gå att förlita sig på att normalmallen alltid är densamma för alla domstolar. Det finns dock ytterligare en aspekt: normalmallen måste vara verklighetstrogen. Även om alla domstolar tillämpade samma normalmall så skulle den fortfarande vara osäker om den inte motsvarar vad som är normalt för ett barn på riktigt.

Åldersbedömningen går ut på att domstolarna ska fastställa vad en gärningsman kunnat avgöra angående ett barns ålder. En gärningsman grundar sin bedömning på verkligheten, inte den normalmall som domstolen ställt upp. Det är därför nödvändigt att domstolens normalmall ligger så nära verkligheten som möjligt. Detta är en av de saker som utvecklingspsykologin kan hjälpa till med. Undersökningar gjorda inom ramen för utvecklingspsykologin framställer fakta om barns utveckling och livsstil som tyder på hur verkligheten ser ut.

Genom den alternativa synvinkel som utvecklingspsykologin bidrar med kan domstolarna utmanas att reflektera över sina fördomar och se om normalmallen skildrar verkligheten eller endast vad domstolen förutsätter. Den utvecklingspsykologiska inställningen att fokusera på orsaker och se till barnet som en helhet kan få domstolarna att tänka ett steg längre när de gör sina bedömningar. När domstolen tillämpar sin bild av ett normalt barn helt strikt, utan att se till hela bilden, kan det få absurda resultat. Ett exempel är när tidigare övergrepp får som effekt att barnet räknas som äldre eftersom domstolarnas ser sexuella erfarenheter som ett tecken på att barnet är över åldersgränsen.

Jag anser att det finns signifikanta brister i förutsebarheten för åldersbedömningen på alla nivåer. De direktiv som finns är både föråldrade och knapphändiga och dessutom verkar de inte vara allmänt kända ens för domstolsväsendet. Lagstiftaren bör uppdatera och komplettera i den mån det är möjligt utan att begränsa tillämpningsområdet. Förslagsvis, som jag redan har tagit upp, genom några icke uttömmande exempel på situationer som räknas som övriga omständigheter.

Tillämpningen i domstolarna bygger i stort på subjektiva bedömningar och vad jag anser vara en mer eller mindre inkorrekt normalmall. Förutsebarheten i den praktiska tillämpningen ställer dock upp en svår avvägning. Det krävs ledning och struktur för att vara enhetligt och förutsebart, men det måste även vara nära knutet till den specifika situationen för att försäkra varje individs rättsskydd och inte bli destruktivt generaliserande. Det är behovet av denna rörlighet som gör att jag anser att praxis är det bästa sättet att reglera just åldersbedömningen. Praxis är ett

flexibelt medium eftersom det sätter upp regler som också de är situationsanpassade, och lämnar en rörlighet gällande alla omständigheter som skiljer sig från det prejudicerande fallet.

Jag anser att den normalmall som ställs upp av domstolarna, utöver att inte vara helt enhetlig, inte motsvarar verkligheten, något som jag finner grundläggande. Att ta in information från andra vetenskaper, så som utvecklingspsykologi, skulle då kunna minska påverkan av domstolarnas subjektiva åsikter och fördomar och göra normalmallen något mer verklighetstrogen. Normalmallen ställer dock upp samma problematik och krav på flexibilitet som en situationsbaserad tillämpning i stort. Om normalmallen ska motsvara verkligheten i största möjliga mån så måste den även förändras i takt med tiden. Normalmallen är ju baserad på bilden av ett ”normalt barn”, något som i allra högsta grad påverkas av samhällets normer och tiden vi lever i.

Min undersökning har fokuserat på hur normalmallen ser ut idag, det hade däremot varit intressant att utforska hur normalmallen har förändrats under de dryga 50 år som passerat sedan bestämmelsen infördes. En historisk undersökning av normalmallen hade ytterligare kunnat synliggöra kopplingen mellan samhälle och rättstillämpning.

När det gäller en bestämmelse som är så beroende av det enskilda fallet som åldersbedömningen är tror jag att en viss oförutsebarhet måste accepteras. Slutsatsen jag kan dra av mitt arbete med denna uppsats är dock att förutsebarheten för åldersbestämmelsen är alldeles för bristfälligt. Det finns mycket som kunnat förbättras både av lagstiftaren och genom prejudikat från Högsta domstolen. Allt tyder på att detta är ett huvudbry som sopats under mattan i ett halvt decennium och jag hävdar att det är hög tid att sluta ignorera de problem som relaterar till oakttsamhetsbestämmelsen.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

Andersson, Ulrika: *Hans (ord) eller hennes? – en könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, Bokbox, Diss. Lunds Universitet 2004

Asp, Petter; Jareborg, Nils; Ulväng, Magnus: *Kriminalrättens grunder*, Iustus förlag, Uppsala 2010

Berggren, Nils-Olof; Bäcklund, Agneta; Leijonhufvud, Madeleine; Munck, Johan; Träskman, Per Ole, Victor, Dag; Wennerberg, Suzanne; Wersäll, Fredrik: *Brottsbalken en kommentar* (1 juli 2015, Zeteo)

Bergström, Göran; Boréus, Kristina (red.): *Textens mening och makt – metodbok i samhällsvetenskaplig text- och diskursanalys*, 3 upplagan, Studentlitteratur, Lund 2012

Berk, Laura E: *Development through the lifespan*, 4 upplagan, Pearson Education Inc, United States of America 2007

Frändberg, Åke: *Om rättssäkerhet*, Juridisk Tidskrift nr. 2 2000/01

Hwang, Philip; Nilsson, Björn: *Utvecklingspsykologi*, 3 upplagan, Bokförlaget Natur & Kultur, Stockholm 2011

Jareborg, Nils; Friberg, Sandra; Asp, Petter; Ulväng, Magnus: *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, 2 upplagan, Iustus förlag, Uppsala 2015

Montgomery, Heather; Kellett, Mary: *Children and young people's worlds*, The Policy Press, Great Britain 2009

Sandgren, Claes: *Om empiri och rättsvetenskap – del 1*, Juridisk Tidskrift nr. 3 1995/96

Sandgren, Claes: *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 0405/2005

Tetzchner, Stephen von: *Utvecklingspsykologi – barn- och ungdomsåren*, Studentlitteratur, Danmark 2005

Offentliga tryck

Brottsbalk (1962:700)

Föräldrabalk (1949:381)

Kungliga Majestäts proposition nr 10 år 1962

NJA II Tidskrift för lagstiftning m.m. 1962

Regeringens proposition 1983/84:105 *om ändring i brottsbalken m.m. (sexualbrott)*

Regeringens proposition 1997/98:55 *Kvinnofrid*

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

Elektroniska källor

Brottsförebyggande rådet <https://www.bra.se/bra/brott-och-statistik/valdtakt-och-sexualbrott.html> (2015-12-29)

Rättsfallsförteckning

Göta hovrätt, mål B 1827-10

Göta hovrätt, mål B 2725-10

Göta hovrätt, mål B 1537-11

Göta hovrätt, mål B 1696-14

Hovrätten för nedre Norrland, mål B 365-12

Hovrätten för västra Sverige, mål B 3575-14

Hovrätten för övre Norrland, mål B 391-11

Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål B 910-08

Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål B 2917-10, B 3184-10

Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål B 350-13

Svea hovrätt, mål B 7336-05

Svea hovrätt, mål B 107-06

Svea hovrätt, mål B 9804-09

Svea hovrätt, mål B 6166-10

Svea hovrätt, mål B 6183-10

Svea hovrätt, mål B 7361-10

Svea hovrätt, mål B 9127-10

Svea hovrätt, mål B 1464-11

Svea hovrätt, mål B 8031-11

Svea hovrätt, mål B 10223-11

Svea hovrätt, mål B 7123-12

Svea hovrätt, mål B 28-13

Svea hovrätt, mål B 6327-13