



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Azar Akbarian

Oaktsamhet i förhållande till ålder vid sexualbrott mot barn

-

Hur ska nya 6 kap. 13 § BrB förstås?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Jacob Öberg

Termin: VT 2019

Innehåll

1 Inledning	6
1.1 Syfte	7
1.1.1 Frågeställning	7
1.1.2 Avgränsning	7
1.2 Metod	8
1.3 Material	9
1.4 Disposition	10
2 Oaktsamhetsbestämmelsen	10
2.1 I sedvanlig mening	10
2.2 I tillämpning	11
3 Oaktsamhetsrekvisitet	12
3.1 Ordalydelsen	12
3.2 Nya lagmotiv	13
3.2.1 Oaktsamhetsformer	13
3.2.2 Kroppsutveckling	14
3.2.3 Kontrollfrågor	15
3.2.4 Övriga omständigheter	17
4 Praxis	18
4.1 Kontaktytan	18
4.2 Varierande åldersuppgifter	19
4.3 Detaljerade lagmotiv	19
4.4 Kunskapsutveckling	21
4.5 Kontrollplikt	22
4.6 Bevislätnad	22
5 Analys	23
5.1 Är bestämmelsen ett reellt avsteg från fokus på barns kroppsutveckling?	24
5.2 Gränsar lagregeln till ett kontrollkrav?	25
5.3 Hur påverkar lagändringen bevisvärderingen?	27
5.4 Är den nya lagen rimlig?	28
Käll- och litteraturförteckning	30
Rättsfallsförteckning	32

Summary

Acquittals in cases of child sexual abuse have repeatedly been criticized in the social debate. Not least when it comes to perpetrators not being considered having reason to assume that a child was under age, although the child being as young as 11-12 years old. The critique has been legitimate when regarding the problems before the change of the statutory regulation on July 1st, 2018. The efficiency was lessened as a result of a narrow interpretation of the wording. Body development was crucial in case law which led to inconsistent ruling and inadequate protection. The legislators have tried to rectify the problems with a new amendment and elaborate explanatory statements.

This paper examines how the amendment, almost a year after its' implementation, shall be interpreted. The case law analysis shows results of uniform application and broadened negligence. Even though the regulation is not supposed to be interpreted as a duty to control age, it has that tendency. Body development is not considered as before and the assessment of evidence has become more uniform.

The new amendment is reasonable considering how the ruling was before, but does not guarantee permanent changes. The amendment itself is not extensive enough. Children who look like they are a couple of years older than they are, are continuously exempted from being protected, which tends to affect children of certain gender and ethnicities. Total neglect of body development is key for obtaining a reasonable legislation.

Sammanfattning

Friande domar i mål om sexualbrott mot barn har upprepade gånger kritiserats i samhällsdebatten. Inte minst i förhållande till när gärningsmän inte bedömts haft skälig anledning att anta att målsäganden varit underårig, trots så låga åldrar som 11–12 år. Kritiken har varit befogad sett till problemen som tillämpningen av 6 kap. 13 § brottsbalken innan ändringen den 1 juli 2018 omgavs av. Effektiviteten hade försämrats på grund av en snäv tolkning av lagregelns ordalydelse. Barns kroppsutveckling var central för bedömningarna vilket ledde till en oenhetlig rättstillämpning samt ett bristfälligt skydd. Lagstiftarna har med ett oaktksamhetsrekvisit och detaljerade lagmotiv försökt åtgärda problemen.

I denna uppsats utreds hur lagändringen, nästan ett år efter dess införande, ska tolkas. Uppsatsens praxisanalys visar att det nya oaktksamhetsrekvisitet har fått genomslag i tillämpningen som ett skärpt aktsamhetskrav som täcker omedveten oaktksamhet. Även om regeln inte avses innefatta en kontrollplikt så är det skärpta aktsamhetskravet en riktning mot det. Barns kroppsutveckling beaktas inte på samma sätt som innan och bevisvärderingen har blivit mer enhetlig.

Den nya lagregeln är rimlig i förhållande till hur den gamla versionen tillämpades. Dock finns i lagstiftningen inga garantier för att förändringarna kommer att bestå. Så som lagregeln är formulerad saknas en utförlig reglering. Barn som ser ut att klart ha passerat åldersgränsen är enligt lagmotiven fortsatt undantagna från skyddet, vilket slår mot barn av visst kön och vissa etniciteter. För en rimlig lagstiftning krävs ett fullständigt avsteg från kroppsutveckling som relevant omständighet.

Förkortningar

BrB	Brottsbalken
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

Om en vuxen säljer tobak till en underårig i en livsmedelsbutik utan att ha kontrollerat åldern, har den varit oaktsam om det inte stod klart att kunden uppnått arton år.¹ Fram till den 1 juli 2018 ansågs en vuxen som utfört en sexuell handling med ett underårigt barn utan att inse det, oaktsam om det fanns skälig anledning att anta att personen var underårig.² Situationerna hade gemensamt att lagstiftningen utgick från att en vuxen i huvudsak bygger sin uppfattning om den andres ålder på utseende.³ Vad som definierades som oaktsamhet i förhållande till den andras ålder varierade. Vid försäljning av tobak finns närmast ett kontrollkrav. En kontrollskyldighet gällande ålder vid sexuella handlingar är däremot kontroversiellt, trots att skyddsintresset är barns sexuella integritet. Av regleringen i brottsbalken (BrB) framgår att den nya lagregeln för personligt ansvar vid sexualbrott mot barn kräver oaktsamhet i förhållande till ålder.⁴ Hur långtgående krav ställs sen lagändringen?

Denna uppsats har tillfört nya perspektiv eftersom den nya lagregeln inte har varit föremål för en vetenskaplig utredning. Innan lagändringen fanns flertalet uppsatser om bestämmelsen ur olika perspektiv. Avhandlingar i ämnet saknades förutom Andreas Andersbergs "Straffbar oaktsamhet" från 2015 som dock inte behandlade personlig oaktsamhet i förhållande till sexualbrott mot barn. Uppsatsen är teoretiskt relevant eftersom den klargör om detaljerade lagmotiv får genomslag i tillämpningen. Resultaten är praktiskt relevanta eftersom de påvisar en varierande tillämpning med tolkningar som avviker från lagmotiven. Det är viktigt att detta tidigt uppmärksammas med hänsyn till lagregelns skyddsvärde.

Framöver benämns 6 kap. 13 § BrB innan ändringen den 1 juli 2018 (se spalt till vänster) för oaktsamhetsbestämmelsen och efter ändringen (se spalt till höger) för oaktsamhetsrekvisitet.

¹ Jönsson, Tobakslag (1993:581) 12 §, Karnov 2018-07-01.

² Se Bäcklund m.fl.: Brottsbalken (17 april 2019, Zeteo) kommentaren till 6 kap. 13 §, under rubriken Bakgrund.

³ Se Bäcklund m.fl.: Brottsbalken (17 april 2019, Zeteo) kommentaren till 6 kap. 13 §, under rubriken Oaktsamhetsbedömningen.

⁴ Se 6 kap. 13 § brottsbalken (1962:700).

När regeln berörs generell kallas den för oaktsamhetskravet. För definitioner av medveten respektive omedveten oaktsamhet se sida 13-14.

13 §⁸

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.

Till ansvar som i detta kapitel är föreskrivet för en gärning som begås mot någon under en viss ålder *ska* dömas även den som *inte haft uppsåt till* men *varit oaktsam beträffande omständigheterna* att den andra personen inte uppnått den åldern.

1.1 Syfte

1.1.1 Frågeställning

Syftet med denna uppsats har varit att utreda hur det nya oaktsamhetsrekvisitet i 6 kap. 13 § BrB ska tolkas. För att uppfylla uppsatsens syfte har följande underfrågeställningar angivits:

1. Är bestämmelsen ett reellt avsteg från fokus på barns kroppsutveckling?
2. Gränsar lagregeln till ett kontrollkrav?
3. Hur påverkar lagändringen bevisvärderingen?
4. Är den nya lagen rimlig?

1.1.2 Avgränsning

Uppsatsens syfte samt underfrågeställningar har varit vägledande för avgränsningen. Det som inte har fört analysen framåt har prioriterats bort. Oaktsamhetskravets historiska utveckling har inte redogjorts för eftersom lagregeln i sak inte har ändrats sen införandet 1962.⁵

Prejudikat för den nya lagregeln saknas och Högsta domstolens två mål som ofta refereras till i anslutning till ämnet har inte behandlats eftersom de inte har fått genomslag i praxis.⁶ Det

⁵ Se SOU 2016:42 s. 263.

⁶ NJA 2006 s. 79 II; NJA 2017 s. 316 II; SOU 2016:42 s. 263.

saknas ett särskilt avsnitt för hur bedömningar av oaktsamhetsformerna ska gå till enligt doktrin, eftersom beskrivningarna i lagmotiven följer dessa.⁷ Rättsfallsanalysen gör inte anspråk på att omfatta alla hittills relevanta domar. Sökningar har gjorts i rättsdatabasen Karnov och 23 domar har genererats av följande nyckelord: oaktsam barn sexualbrott, oaktsam ålder sexualbrott samt brottsbalken “6 kap 13 §”. Urvalet har gjorts systematiskt efter domar med resonemang om oaktsamhet. Samtliga av dessa har använts för att dra generella slutsatser om tillämpningen av den nya lagregeln men endast domskäl med bedömningar av oaktsamhet på ett relevant sätt för frågeställningarna har analyserats. Detaljer i rättsfallen som relaterar till objektiva rekvisit i aktuell lagregel har inte redovisats utan bara omständigheter som domstolarna har funnit utredda och som har varit relevanta för oaktsamhetsbedömningarna.

1.2 Metod

Med en kritisk rättsdogmatisk metod har rättsläget tolkats och systematiserats. I enlighet med metoden har uppsatsen gått längre än att beskriva gällande straffrätt. Som rättsdogmatiker finns en skyldighet att kritiskt granska vad som framkommer som gällande rätt.⁸ I samband med det har det, naturligt för straffrättsvetenskapen, inkluderats straffrättspolitiska inslag.⁹

Uppsatsens utgångspunkt har varit principerna för användandet av de allmänt accepterade rättskällorna. Svaren är således sökta i lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och doktrin.¹⁰ Rättskällevärdet är dock inte identiskt inom alla juridiska discipliner.¹¹ Inom straffrättsvetenskapen diskuteras om straffrättsvetenskaplig litteratur ska räknas till rättskällorna. Denna diskussion fördjupas inte i uppsatsen eftersom doktrinen ändå kan ha påtaglig betydelse för rättsutvecklingen men framförallt för att doktrin i ämnet för uppsatsen i stora delar saknas.¹²

⁷ Se prop. 2017/18:177 s. 88; Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 314f; Bäcklund m.fl.: Brottsbalken (17 april 2019, Zeteo) kommentar till 1 kap. 2 §, under rubriken Begreppet oaktsamhet.

⁸ Se Nääv och Zamboni (2018) s. 36.

⁹ Se Asp, Ulväng & Jareborg (2013) s. 19.

¹⁰ Se Nääv och Zamboni (2018) s. 21.

¹¹ Ibid s. 30.

¹² Se Asp, Ulväng & Jareborg (2013) s. 20.

Tolkningsförfarandet har skett enligt objektiv, subjektiv och teologisk modell och följt legalitetsprincipens krav på restriktiv tolkning.¹³

1.3 Material

Det som gör uppsatsen relevant bidrar också till dess svaghet. Den är baserad på begränsat med litteratur eftersom det saknas sådan i ämnet. Lagregeln har därför inte tolkats utifrån doktrin enskilt. Däremot har juridisk doktrin använts för att styrka utredningen och analysen av lagmotiven och tillämpningen. Framförallt har följande litteratur använts: *Kriminalrättens grunder* av Asp, Ulväng och Jareborg och *Övergrepp mot kvinnor och barn - den rättsliga hanteringen* av Diesen och F. Diesen.

De två artiklar som har varit värdefulla för uppsatsen är Dahlman och K. Aspegrens "Varför är bevisning som uppfyller beviskravet i våldtäktsmål inte tillräcklig i mål om olaga hot?" samt C. Johanssons "Att göra ett ansvarigt sexköp: uppsåts- och oaktsamhetsbedömningar vid underårighet i fall av människohandel, koppleri och sexköp". Litteraturen kan kritiseras som för vid respektive för smal eftersom Dahlman och K. Aspegrens artikel rör sexualbrott generellt medan C. Johanssons artikel behandlar köp av sexuell handling av barn.

Lagregelns SOU och proposition har varit en huvudsaklig rättskälla för att fastställa oaktsamhetsrekvisitets sedvanliga mening. Det råder delade meningar om förarbetenas ställning, ibland tillmäts de formell auktoritet och ibland likställs de bättre doktrin. Detta har öppnat upp för att väga förarbetsuttalanden mot andra argument.¹⁴

I avsaknad av praxis från Högsta domstolen har underinstansernas tillämpning och tolkning av oaktsamhetsrekvisitet även undersökts. Vad lagändringen innebär i sedvanlig mening har således kompletterats med faktisk rättstillämpning och tolkning, även om det räcker med ett framtida vägledande avgörande för att kasta omkull underrättspraxis.¹⁵

¹³ Se Nääv och Zamboni (2018) s. 31.

¹⁴ Ibid s. 28f.

¹⁵ Ibid s. 38f.

1.4 Disposition

Inledningsvis redogörs i avsnitt två för oaktsamhetsbestämmelsens sedvanliga och faktiska mening. Nästföljande avsnitt rymmer en utredning av oaktsamhetsrekvisitets ordalydelse och en analys av de nya lagmotiven utifrån oaktsamhetsform, kroppsutveckling, kontrollfrågor och övriga omständigheter. I avsnitt fyra utvärderas underrättsdomar för att utröna lagregelns nuvarande tillämpning. I femte och sista avsnittet analyseras och förtydligas rättsläget i förhållande till uppsatsen fyra underfrågeställningar.

2 Oaktsamhetsbestämmelsen

2.1 I sedvanlig mening

Omedveten oaktsamhet brukar i lagtext formuleras som “skälig anledning att anta” eller “borde ha förstått”. Utformningen av oaktsamhetsbestämmelsen bör därmed utifrån ordalydelsen inte ha varit begränsad till kvalificerad oaktsamhet.¹⁶

I samtliga motivuttalanden till de mindre förändringar av oaktsamhetskravet som skett sen införandet har den ursprungliga propositionen refererats till. I den beskrev departementschefen den föreslagna formuleringen som “[...] krav på en tämligen hög grad av oaktsamhet”¹⁷. Gärningspersoner skulle inte dömas till ansvar om barnet hade en kroppsutveckling som normalt förekom hos sjutton- eller artonåringar och omständigheterna i övrigt inte gav gärningspersonen anledning att vara på sin vakt. Det var i gränsfallen som gärningspersoner inte skulle kunna undgå ansvar genom att hänvisa till att den inte haft kännedom om barnets ålder.¹⁸ Lagregeln skulle tillämpas restriktivt.¹⁹ I senare förarbeten

¹⁶ Se Asp, Ulväng & Jareborg (2013) s. 315; Jareborg (1990) s. 16; C. Johansson (2012) s. 239.

¹⁷ Prop. 1962:10 del B s. 171.

¹⁸ Se prop. 1962:10 del B s. 171.

¹⁹ Se NJA II 1962 s. 192f.

tillkom uttalandet att ansvar inte skulle dömas om barnet hade en kroppsutveckling som var naturlig för den som klart passerat åldersgränsen.²⁰

2.2 I tillämpning

Tillämpningen av oaktsamhetsbestämmelsen har i lagmotiven klarlagts genom en studie av domar mellan år 2008 och 2015.²¹ I detta avsnitt redovisas särskilda tolkningsproblem eller andra svårigheter som har identifierats i den.

I kartläggningen redogjordes för en rad bevissvårigheter som framförallt knyts till att målsäganden är unga. Barn har svårt att berätta om övergrepp. En följd av det är knapphändiga uppgifter som utan stöd i annan utredning inte räcker som grund för fällande dom. Vidare hörs sällan barn under femton år i rätten. Istället spelas videoförhör upp som ibland inte räcker som tillräcklig bevisning. Utöver videoförhör saknades ofta utredningar av barnets utseende vid gärningen. Att avgöra kroppsutveckling utifrån enbart videoförhör är svårt och försvåras av att inspelningarna ofta sker en tid efter gärningen.²²

Ytterligare problem med tillämpningen var att barns kroppsutveckling inte hade bedömts i enlighet med lagmotiven. Utgångspunkterna hade varierat från konstateranden om att målsäganden haft ett åldersadekvat utseende, upplevts som äldre än åldersgränsen eller sin egen ålder, till att den inte har haft en kroppsutveckling som förekommer hos den som inte har passerat åldersgränsen.²³ Andra omständigheter som kontroll av ålder, kännedom om målsägandens skolgång och användande av födelseår i e-postadress och profilnamn, hade bedömts på skilda sätt i olika mål.²⁴ I knappt hälften av hovrättsdomarna från praxisgenomgången hade underrätt och överrätt beaktat samma omständigheter men kommit fram till olika slutsatser i skuldfrågan.²⁵

²⁰ Se prop. 2004/05:45 s. 114.

²¹ Se SOU 2016:42 s. 238.

²² Ibid s. 239.

²³ Ibid s. 244.

²⁴ Ibid s. 264f.

²⁵ Ibid s. 245.

I domstolarna var det oklart vilken nivå av oaktsamhet som krävdes för personlig ansvar. Flera domstolar tolkade lagregeln som kvalificerad oaktsamhet och det hade sällan prövats om den tilltalade varit omedvetet oaktsam.²⁶ Avgöranden varierade från total frånvaro av oaktsamhetsbedömningar till bedömningar i flera led för att fastställa omedveten oaktsamhet.

27

3 Oaktsamhetsrekvisitet

3.1 Ordalydelsen

Lagen ger inte en allmängiltig definition av oaktsamhet. Utanför lagtext är oaktsamhet inte heller generellt definierad eftersom det kan ha olika betydelse beroende på sammanhanget. Innebörden kan dessutom skifta över tid eftersom oaktsamhet relaterar till föränderliga förhållningsregler. Även sakförhållandena kan ändras och därmed innebörden av nödvändig oaktsamhet. Den närmsta generella definitionen av oaktsamhet är att det är en avvikelse från nödvändig oaktsamhet.²⁸ Ordalydelsen för det nya oaktsamhetsrekvisitet täcker alla former av oaktsamhet. Skuldrekvisitet är således okvalificerat eftersom det i lagtext inte närmare preciseras form eller grad av oaktsamhet.²⁹

²⁶ Ibid s. 262f.

²⁷ Ibid s. 247f.

²⁸ Se Bäcklund m.fl.: Brottsbalken (17 april 2019, Zeteo) kommentar till 1 kap. 2 §, under rubriken Begreppet oaktsamhet.

²⁹ Se Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 349; Jareborg (1990) s. 18.

3.2 Nya lagmotiv

3.2.1 Oaktsamhetsformer

Den språkliga utformningen av oaktsamhetskravet har fått en ny lydelse³⁰ men utgångspunkten är densamma nu som innan lagändringen³¹. Formuleringen blev den valda för att en klar skillnad från tidigare skulle framgå av den nya ordalydelsen.³²

Oaktsamhetsrekvisitet är en “[...] viss skärpning av kravet på aktsamhet [...]”³³ för att undvika straffansvar för sexualbrott mot barn. Ordalydelsen ska signalera att en allmän oaktsamhetsbedömning omfattas. Till skillnad från tidigare räcker det med omedveten oaktsamhet för ansvar. Kvalificerad oaktsamhet krävs inte längre.³⁴

Medveten oaktsamhet bedöms i två led. Det första ledet motsvarar den för likgiltighetsuppsåt. Gärningspersonen misstänker att den andra personen är under det för brottet relevanta åldern men genomför ändå gärningen. Från likgiltighetsuppsåtets andra led skiljer sig bedömningen. Gärningspersonen är likgiltig för risken för underårighet men inte för att så verkligen är fallet.³⁵

Även omedveten oaktsamhet prövas i flera steg. I första ledet krävs att gärningspersonen inte misstänker att barnet är underårig trots att den borde ha gjort det. En förutsättning för det är att gärningspersonen kunde få relevant insikt genom att fråga, tänka eller kontrollera de närmare förhållandena. I andra ledet bedöms om man kan begära att gärningspersonen skulle ha gjort det den hade förmåga och tillfälle att göra³⁶. Skyldigheten att vidta kontroller ökar ju tydligare indikationerna för underårigheten är.³⁷

³⁰ Se prop. 2017/18:177 s. 88.

³¹ Ibid s. 57.

³² Ibid s. 58.

³³ Se SOU 2016:42 s. 19.

³⁴ Se prop. 2017/18:177 s. 57f.

³⁵ Ibid s 88.

³⁶ Se SOU 2016:42 s. 19.

³⁷ Se prop. 2017/18:177 s 88.

Regeringen fick kritik av Svea hovrätt som ansåg att den dåvarande regleringen på ett lämpligt sätt speglade det som var klandervärt. Enligt Umeå tingsrätt gällde ungefär samma aktsamhetsstandard och den förväntade effekten i rättstillämpningen ansågs därför överdriven. Andra remissinstanser uttryckte en oro för att det skärpta kravet skulle tolkas som avvikande från principer inom straffrätten som strikt ansvar, brottspresumtion och förklaringsbörd.³⁸ Om det blev fallet har analyserats i uppsatsens praxis- och analysdel.

3.2.2 Kroppsutveckling

Av skyddsskäl ska barnets kroppsliga mognad inte längre vara en omständighet i fokus.³⁹ Mindre vikt ska fästas vid kroppsutveckling som fortfarande ska ha betydelse.⁴⁰ I bedömningar ska istället alla för “[...] gärningsmannen iakttagbara omständigheter som inträffat eller förhållanden som förelegat, vid tidpunkten för gärningen [...]”⁴¹ vägas in. Förutom ett fokusskifte bör kunskapen om barns kroppsutveckling uppdateras i domstolarna; det ska beaktas att barns kroppsliga mognad varierar och barns pubertet generellt infaller i lägre åldrar än tidigare.⁴² Blir kroppsutveckling ändå en central omständighet vid en prövning ska den åtalade inte dömas till ansvar om barnet har en kroppsutveckling som klart passerat åldersgränsen. Det vill säga en som är naturlig för den som med flera år passerat åldersgränsen. I gränsfall ska gärningspersonen inte undgå ansvar.⁴³

Trots att kroppsutveckling fortsatt ska vara relevant finns risken att det hamnar i fokus eftersom det är den omständighet som varje fall har gemensamt. Även om andra relevanta omständigheter exemplifieras i lagmotiven så är utgångspunkten för bedömningarna samma. Det hade varit mer effektivt att helt ändra perspektiv i enlighet med Socialstyrelsens förslag och “[...] låta bedömningen avse vilka konkreta åtgärder som en gärningsperson har vidtagit för att försäkra sig om att den andra personen har uppnått en viss ålder”⁴⁴.

³⁸ Ibid s. 54-57.

³⁹ Ibid s. 58.

⁴⁰ Ibid s. 89.

⁴¹ Ibid s. 88.

⁴² Ibid s. 89.

⁴³ Se SOU 2016:42 s. 302.

⁴⁴ Prop. 2017/18:177 s. 54.

Tidigare bedömningar av barns kroppsutveckling har blottat en brist på kunskap. Många av de övriga reformerna i propositionen innebär satsningar på kunskapsökning men för barns kroppsutveckling är det oklart hur det ska gå till utöver kort information om pubertetsutveckling i förarbetena.

En möjlighet att korrigera felaktigheter förbisågs när de nya lagmotiven inkluderade den gamla formuleringen om barn som ser ut att klart ha passerat åldersgränsen. Formuleringen fick bestå trots att den tolkats på vitt skilda sätt i domstolarna. Även med förtydligandet om barns tidigare pubertetsinträde bör formuleringen ha lämnats därhän. Hur omständigheten än beaktas är effekten att vissa grupper kategoriskt undantas eftersom barns pubertetsutveckling varierar utifrån kön, gener, etnicitet och sociala omständigheter⁴⁵.

I de nya lagmotiven adresserades inte hur man ska komma tillrätta med de bevisvårigheter som studien av oaktamhetsbestämmelsen visade.⁴⁶ Att barn under femton år sällan hörs i domstolarna medför ett bevishandikapp i rättsprocessen. Videoförhör som bevismedel är oföränderligt för målsäganden medan den tilltalade under huvudförhandlingen kan bemöta det som sagts.⁴⁷ Detta är ett av skälen till att Sverige har sämre utredningsresultat av sexualbrott mot barn än andra europeiska länder. Det hade varit rimligt med åtminstone en diskussion om denna hänsyn till barnet är rimlig i förhållande till följderna.⁴⁸

3.2.3 Kontrollfrågor

Hur kontroll av ålder ska bedömas har förtydligats i lagmotiven. Har gärningspersonen inte frågat om ålder trots att hen borde ha varit på sin vakt, så ska det medföra straffansvar. Har den tvärtom utfört olika kontrollåtgärder som varit allvarligt menade så kan det utgöra tillräcklig grad av aktsamhet. Ibland är det otillräckligt att enbart ha frågat om åldern. Har det funnits omständigheter som borde gett anledning till ytterligare kontroller ska följd- och

⁴⁵ Se prop. 2017/18:177 s. 55; SOU 2016:42 s. 214.

⁴⁶ Se SOU 2016:42 s. 239f.

⁴⁷ Se Diesen och F. Diesen (2013) s. 176.

⁴⁸ Ibid s. 210f.

kontrollfrågor ha ställts eller legitimation ha begärts. Hur långtgående de ska ha varit får avgöras av domstolarna i fall till fall.⁴⁹

Köp av sexuell handling av barn ska ses på som en särskild situation. Gärningspersonen vet att handlingen, oavsett säljarens ålder, är kriminaliserad och att agerande därmed utgör ett avsevärt risktagande. Detta ska få betydelse i bedömningen av dennes oaktsamhet i förhållande till barnets ålder. Gärningspersonen kan inte förväntas få ett uppriktigt svar vid frågor om ålder, istället ska det krävas att den “[...] genom olika utåt sett observerbara omständigheter, bildar sig en egen uppfattning om ålder”.⁵⁰

Det är bara ett mindre antal personer som har dömts för brottet köp av sexuell handling av barn.⁵¹ En förklaring är att oaktsamhet i förhållande till åldersspannet femton till sjutton år är särskilt svårt att bevisa med följderna att åtal inte väcks.⁵² I förarbetena har kontaktytorna vid denna typ av brott beskrivits som begränsade. Den saken har inte ändrats trots att brottet ska ses på som en särskild situation och frågor om ålder inte ska verka ansvarsbefriande. Det hade behövt utvecklas vilka utåt sett observerbara omständigheter som kan förekomma i dessa situationer. Även om omedveten oaktsamhet blir viktigare i mål där kontaktytan är liten⁵³ så bör lagstiftarna också ha förtydligat att köpare ska kunna bli ansvariga enbart på grund av barnets kroppsutveckling. Tidigare har fällande domar som resonerat utifrån omedveten oaktsamhet haft gemensamt att barnet agerat eller uttryckt något som givit skäl för misstanke.⁵⁴ Utan ett förtydligande i lagmotiven riskerar barn som har begränsad kontakt med köpare stå fortsatt skyddslösa.⁵⁵ I mål om köp av sexuell handling av barn finns utrymme att överväga strikt ansvar, vilket enligt Europadomstolen är förenligt med straffrätten⁵⁶ men inte med konformitetsprincipen⁵⁷.

⁴⁹ Se prop. 2017/18:177 s. 88; SOU 2016:42 s. 302.

⁵⁰ Se SOU 2016:42 s. 304.

⁵¹ Ibid s. 17.

⁵² Se SOU 2016:42 s. 235.

⁵³ Se C. Johansson (2012) s. 237.

⁵⁴ Ibid s. 249.

⁵⁵ Ibid s. 255.

⁵⁶ Ibid s. 224.

⁵⁷ Se Jareborg (1990) s. 19.

3.2.4 Övriga omständigheter

I förarbetena klargörs särskilt hur förekomsten av vissa omständigheter objektivt bör väcka misstanke om underårighet. Kännedom om den unges skolgång i form av klass eller skola, ska tala för oaktsamhet. Sådan vetskap bör medföra att det objektivt sett finns skäl att anta att barnet är underårigt vilket medför krav på viss aktivitet för att undvika ansvar. I vilket sammanhang den tilltalade och den unge har kommit i kontakt med varandra, den så kallade kontaktytan, är ytterligare en viktig omständighet. Forum där det är vanligt att personer under femton år förekommer, antas ge misstankar om underårighet. Då bör långtgående krav på åtgärder ställas på gärningsmannen för att undgå ansvar. Förekomsten av uppgifter som kan härledas till ålder, såsom siffror i e-postadress eller i profilnamn, bör också väcka misstankar hos gärningspersonen.⁵⁸

Oaktsamhetsrekvisitet ska enligt förarbetena inte tas för en uttryckligt lagreglerad kontrollskyldighet.⁵⁹ Klargöranden av hur förekomsten av vissa omständigheter ska beaktas kan dock tolkas som det, även om de härstammar från domstolarnas varierande och kritiserade bedömningar.⁶⁰ Förtydligandena är befogade men med dem har en aktsamhetsstandard tagit form. Även om bedömningar av omedveten oaktsamhet ska göras individinriktade så inleds de ofta med objektiva överväganden.⁶¹ “Man frågar hur folk i allmänhet eller folk som är särskilt hemma på området i fråga skulle ha gjort för att komma till relevant insikt.”⁶² Kritiken mot kriminalisering av omedveten oaktsamhet rör detta. De normativa bedömningarna anses ytterst bottna i olika värderingar medan bedömningar av medveten oaktsamhet beskrivs som empiriska. Även om kritiken kan vara befogad bör det ifrågasättas om bedömningarna av barns kroppsutveckling hittills verkligen har varit empiriska.⁶³

⁵⁸ Se SOU 2016:42 s. 279f, s 303f.

⁵⁹ Se prop. 2017/18:177 s. 57.

⁶⁰ Se SOU 2016:42 s. 278.

⁶¹ Se Jareborg (1990) s. 15.

⁶² Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 317.

⁶³ Se Asp (2010) s. 193.

4 Praxis

Oaktsamhetsrekvisitet är, i enlighet med retroaktivitetsförbudet, tillämplig för händelser som har inträffat efter den 1 juli 2018. Denna analys täcker underrättsfall fram till den 9 maj 2019. Genom att ta fram vilka handlingsmönster som domstolarna anser oaktsamma ges vägledning i var gränserna för den objektiva oaktsamhetsbedömningen går⁶⁴.

4.1 Kontaktytan

I ett tingsrättsmål ansågs bland annat en tilltalad ha varit oaktsam i förhållande till målsägandens ålder.⁶⁵ Hovrätten gjorde senare samma bedömning.⁶⁶ Målsäganden var fjorton år vid gärningen som skedde under en fest i en av gärningsmännens lägenhet.⁶⁷

Gärningsmannen påstod att han hade frågat om målsägandens ålder och att hon svarat att hon var arton år men hans trovärdighet ifrågasattes.⁶⁸ Han dömdes till grovt sexuellt övergrepp mot barn.⁶⁹ Han ansågs ha varit omedvetet oaktsam eftersom han borde ha insett att målsäganden var underårig när hon kom till hans lägenhet med den andra gärningsmannen som då var femton år. Domstolen såg detta i kombination med frånvaron av ställda kontrollfrågor som att gärningsmannen borde ha varit på sin vakt.⁷⁰ Möjligen tolkade domarna detta som det som i lagmotiven beskrivs som "kontaktytan".⁷¹

Domen skiljer sig från bedömningar innan lagändringen. Målsägandens kroppsutveckling nämndes inte i förhållande till gärningsmannens insikt om åldern och hans ansågs omedvetet oaktsam.⁷² Inte bara bestämmelsens ordalydelse utan också motivuttalanden har beaktats.⁷³ Utgången i detta mål hade troligen blivit en annan innan lagändringen.

⁶⁴ Se Erenius (1971) s. 137.

⁶⁵ Skellefteå tingsrätt, dom 2018-12-07 i mål 1194-18 s. 11f.

⁶⁶ Hovrätten för Övre Norrland, dom 2019-02-13 i mål 1134-18 s. 2.

⁶⁷ Skellefteå tingsrätt, dom 2018-12-07 i mål 1194-18 s. 8.

⁶⁸ Ibid s. 11f.

⁶⁹ Ibid s. 3.

⁷⁰ Ibid s. 12.

⁷¹ Se SOU 2016:42 s. 279.

⁷² Skellefteå tingsrätt, dom 2018-12-07 i mål 1194-18 s. 11f.

⁷³ Ibid s. 10.

4.2 Varierande åldersuppgifter

Flera av de analyserade rättsfallen rör brottsliga handlingar som skett både före och efter lagändringen. I ett av fallen dömdes gärningsmannen i tingsrätten för flera fall av våldtäkt mot barn innan och efter lagändringen.⁷⁴ För gärningarna innan 1 juli 2018 fokuserade bedömningen på målsägandens kroppsutveckling samt att hon inledningsvis hade berättat för gärningsmannen att hon var elva år. Domstolen menade att det framgick att målsäganden var betydligt yngre än femton år utifrån hennes utseende och barnsliga sätt.⁷⁵ I bedömningen för de senare inträffade gärningarna framhölls ytterligare omständigheter för att visa att även omedveten oaktsamhet förelåg. I ljuset av att målsäganden i början av kontakten med gärningsmannen hade sagt sin verkliga ålder men sedan i samband med köp av narkotika svarat jakande på frågan om hon är femton år, borde gärningsmannen ha gjort fler kontroller.

⁷⁶

Det är oklart varför domstolen resonerade kring omedveten oaktsamhet när medveten sådan redan var fastställd. Lagmotiv om omedveten oaktsamhet återgavs i domskälen⁷⁷ och möjligen ville domstolen visa hur omständigheter i fallet skulle tolkas i ljuset av dessa. Hovrätten förde inga resonemang om omedveten oaktsamhet. Kroppsutveckling var den omständighet som bidrog till att gärningsmannen ansågs ha varit medvetet oaktsam i förhållande till målsägandens ålder, för gärningarna före och efter lagändringen.⁷⁸

4.3 Detaljerade lagmotiv

I ett annat hovrättsmål ändrades tingsrättens dom för gärningar efter lagändringen och den tilltalade dömdes för två fall av grov våldtäkt mot barn samt två fall av våldtäkt mot barn.⁷⁹ Det var utrett att målsägandens hade uppgett att hon var sexton eller sjutton år, trots att hon var fjorton.⁸⁰ Hon hade berättat för gärningsmannen att hon gick stylistlinjen vilket hovrätten

⁷⁴ Halmstads tingsrätt, dom 2018-12-10 i mål 1820-18 s. 1f.

⁷⁵ Halmstads tingsrätt, dom 2018-12-10 i mål 1820-18 s. 47f.

⁷⁶ Ibid s. 49.

⁷⁷ Ibid s. 48f.

⁷⁸ Hovrätten för Västra Sverige, dom 2019-02-26 i mål 1049-19 s. 9.

⁷⁹ Svea hovrätt, dom 2019-04-11 i mål 1534-19 s. 2.

⁸⁰ Ibid s. 8.

menade inte gav honom anledning att tro att hon var yngre än hon angav. I målet saknades utredning av målsägandens kroppsutveckling samt övriga relevanta omständigheter. För gärningarna som inträffat efter regeländringen återgav hovrätten motivuttalanden om omedveten oaktsamhet. Det ansågs att gärningsmannen borde ha insett risken för att målsäganden var underårig när hon berättade om sin LVU-placering.. Även deras kontakt på nätet som enligt domstolen var präglad av stora svängningar som kännetecknar barns känslouttryck, borde ha väckt misstanke. Att målsäganden tog initiativet till sexuella handlingar under mötet som kommit till efter kort tid bör ha föranlett gärningsmannen att vidta kontrollåtgärder. Gärningsmannen ansågs ha varit omedvetet oaktsam i förhållande till ålder innan lagändringen. Att gärningsmannen hade fortsatt att hålla sig okunnig efter det tolkades som en likgiltig inställning i åldersfrågan.⁸¹

Det är anmärkningsvärt hur omständigheter som var relevanta för gärningarna efter lagändringen inte ansågs ge gärningsmannen skälig anledning att anta att målsäganden var underårig. Två nämndemän var skiljaktiga till domen och hänvisade till nivån på nätdialogen, att det förekom underåriga på nätforumet samt att gärningsmannen lätt hade kunnat kontrollera målsägandens ålder på Google⁸².

Detta rättsfall kan tolkas som att detaljerade lagmotiv gör skillnad. Omständigheter i övrigt fanns inte exemplifierade i förarbetena till den gamla lagregeln och därmed bör det ha varit svårare för domstolarna att identifiera jämförbara sådana. Bedömningen för gärningarna efter lagändringen följde motivuttalanden i allt från vilka led bedömningarna sker, till vilka omständigheter som objektivt ska väcka misstanke. Tydligt för detta rättsfall är också att den nya lagen faktiskt är en skärpning av aktsamhetskravet. Utan en lagändring hade gärningsmannen friats helt.

⁸¹ Ibid s. 9f.

⁸² Ibid s. 17.

4.4. Kunskapsutveckling

I tingsrättens dom för ovan beskrivna gärningar friades den tilltalade från personligt ansvar både före och efter lagändringen.⁸³ Målsägandens uppgifter om ålder och utbildning ansågs tala mot misstanke om underårighet. Hennes utseende och sätt att uttrycka sig ändrade inte detta, vilket baserades på hur målsäganden hade redogjort för det som hänt i lägenheten.⁸⁴ Målsäganden ska ha uttryckt sig “[...] klart, tydligt och detaljerat [...]”⁸⁵.

Det är anmärkningsvärt att domstolen i bedömningen av hennes mognad beaktade kriterier för en trovärdig utsaga⁸⁶ istället för nivån på samtalen mellan gärningsmannen och målsäganden. Tingsrättens sätt att resonera försätter målsäganden i en rättslig rävsax. Antingen anses hon inte trovärdig eller så framstår hon som äldre än hennes riktiga ålder. Lagmotiven säger dessutom att “samtliga för gärningsmannen iakttagbara omständigheter som inträffat, eller förhållanden som förelegat, vid tidpunkten för gärningen ska beaktas”⁸⁷. Hur målsäganden har fört sig efteråt och i en annan kontext är inte en sådan omständighet och säger inget om hur gärningsmannen kan ha uppfattat målsäganden vid gärningarna. Ytterligare en felaktighet i tingsrättsdomen är att målsägandens initiativ till sex ansågs tala mot att gärningsmannen borde ha fattat misstanke.⁸⁸ Detta sätt att resonera bortser från att regleringen är baserad på att samtycke till sexuella handlingar inte existerar för barn under femton år.⁸⁹

Ytterligare problem med domen är att gärningarna inte har behandlats separat efter när de har inträffat.⁹⁰ Därmed görs ingen skillnad mellan relevanta omständigheter, vilket gör domskälen ostrukturerade och svåra att följa. Detaljerade förarbeten samt hänvisningar till sådana⁹¹ i domskäl är inte en garanti för att lagregeln ska tillämpas som det är tänkt när bedömningarna samtidigt präglas av okunskap.

⁸³ Södertörns tingsrätt, dom 2019-01-24 i mål 9438-18 s. 3.

⁸⁴ Ibid s. 66.

⁸⁵ Ibid s. 66.

⁸⁶ Jfr NJA 2010 s. 671.

⁸⁷ Se prop. 2017/18:177 s. 88.

⁸⁸ Södertörns tingsrätt, dom 2019-01-24 i mål 9438-18 s. 66.

⁸⁹ Se SOU 2016:42 s. 174.

⁹⁰ Södertörns tingsrätt, dom 2019-01-24 i mål 9438-18 s. 66.

⁹¹ Ibid s. 65.

4.5 Kontrollplikt

Ett fall av våldtäkt mot barn och tre fall av sexuellt utnyttjande av barn dömdes en tilltalad för i ett tingsrättsmål.⁹² Domen urskiljer sig från resterande rättsfall i utredningen eftersom oaktsamhetsrekvisitet beskrevs som ett “[...] aktsamhetsrekvisit som lagstiftaren numera ställer när det gäller att skaffa sig kunskap huruvida målsäganden uppnått 15 år eller inte”⁹³ I målet hade gärningsmannen fått veta att målsäganden var sexton år men inte gjort något för att kontrollera detta. Han ansågs vara oaktsam eftersom han saknade rätten att förlita sig uppgifterna när han saknade bekantskap med målsäganden.⁹⁴

Trots att lagmotiv som är relevanta för fallet utförligt återgavs i domen skilde sig rättens utgångspunkt från dem.⁹⁵ Istället för att identifiera omständigheter som bör ha väckt misstanke och föranlett ytterligare kontroller resonerade domstolen utifrån avsaknaden av omständigheter som gav stöd till uppgifterna som förekom. Denna formulering tangerar ett kontrollkrav.

4.6 Bevislättnad

I ett annat tingsrättsmål ansågs den tilltalade haft uppsåt till målsägandens underårighet och dömdes för utnyttjande av barn för sexuell posering.⁹⁶ I samband med uppsåtsbedömningen beskrevs det nya oaktsamhetsrekvisitet som en bevislättnad för åklagaren.⁹⁷ Vad menas med denna beskrivning och är den korrekt?

Beviskravet för brottmål är “ställt utom rimligt tvivel” men genom rättspraxis har lägre beviskrav accepterats i särskilda fall. Bevissvårigheter i sig leder dock inte till att beviskravet sänks.⁹⁸ I lagmotiven för oaktsamhetsrekvisitet fanns inget som indikerade lägre beviskrav.

⁹² Skellefteå tingsrätt, dom 2019-03-25 i mål 60-19 s. 2.

⁹³ Ibid s. 27.

⁹⁴ Ibid s. 26.

⁹⁵ Ibid s. 25f.

⁹⁶ Örebro tingsrätt, dom 2019-01-17 i mål 4487-18 s. 2.

⁹⁷ Ibid s. 34.

⁹⁸ Högsta domstolen, dom 2019-04-29 i mål 5057-18 s. 6f.

Många rättsfall i analysen citerade standardformuleringen för beviskrav i brottmål. Frågan om åklagare ska ges bevislättning i mål om sexualbrott mot barn med hänsyn till vikten av att enskilda skyddas mot sexuella övergrepp, har adresserats i Högsta domstolen. Utifrån Europadomstolens praxis ansågs detta inte behövas.⁹⁹

Kan en bevislättning tolkas in i hur bevis värderas och därmed för vad som krävs för att uppnå beviskravet? I svensk rätt råder fri bevisvärdering men Högsta domstolens bedömningar i bevisfrågor har verkan i praktiken. I ett mål om sexualbrott fann Högsta domstolen att målsägandens berättelse tillsammans med trovärdig stödbevisning om dess agerande kan vara tillräckligt för att uppfylla beviskravet. Detta har inte fått genomslag för alla typer av brott. Stödbevisning om målsägandens agerande har värderats högre i våldtäktsmål jämfört med mål om olaga hot. Den ökade beviskraften kan tolkas som en sorts bevislättning för sexualbrott.¹⁰⁰ Det är dock inte följden av det nya oaktsamhetsrekvisitet. Samtidigt ska uppmärksammas att en distinktion måste göras i förhållande till våldtäktsmål mot barn. Krav på stödbevisning anses vara större i dessa mål eftersom granskningen av videoförhör ofta är mer kritisk.¹⁰¹

Kan det skärpta oaktsamhetskravet som numera täcker omedveten oaktsamhet tolkas som en bevislättning? Medveten oaktsamhet är svårare att bevisa än omedveten oaktsamhet.¹⁰² Det reflekteras i att fler tros bli dömda med den nya regleringen.¹⁰³ Det är dock inte följden av en bevislättning utan att fler omständigheter än innan kan beaktas i bedömningen. Omständigheterna måste bevisas med samma styrka som innan lagändringen.

5 Analys

⁹⁹ Ibid s. 7.

¹⁰⁰ Se Dahlman och K. Aspegren (2018) s. 328-330.

¹⁰¹ Se Diesen och F. Diesen (2013) s. 176.

¹⁰² Se Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 294.

¹⁰³ Se prop. 2017/18:177 s. 74.

5.1 Är bestämmelsen ett reellt avsteg från fokus på barns kroppsutveckling?

Kroppsutveckling hos barn var innan lagändringen en central omständighet i domstolarnas tillämpning. Det ansågs problematiskt på grund av de varierande bedömningarna och förklarades med bristen på kunskap om barns kroppsliga mognad. Av rättssäkerhetsskäl motiverades ett skifte till beaktande av samtliga omständigheter. Kroppsutveckling skulle fortfarande vara relevant och lagstiftarna behöll gamla motivuttalanden om att ansvarsfria om barnets kroppsutveckling motsvarande en som klart passerat åldersgränsen. Detta kompletterades med krav på kunskapsökning samt beaktande av att barns kroppsliga mognad varierar och generellt infaller i lägre åldrar än tidigare.

I rättsfallsanalysen förekom resonemang kring kroppsutveckling i långt ifrån alla mål. Förändringen var extra tydlig i “före-och-efter-mål” där kroppsutveckling ofta värderades innan lagändringen men inte efter. Ett rättsfall visar på rena felaktigheter i hur målsägandens mognad bedömdes och någon generell slutsats kring tolkning bör inte dras från detta. Det visar att följderna av okunskap inte är att förringa och att motivuttalanden inte är tillräckliga för upplysning. Trots att en kan tyda tendenser till ett fokusskifte från kroppsutveckling och i några fall ett bortseende av denna omständighet, så finns exempel som inte följer lagmotiven. I ett mål ändrades tingsrättens fällande dom, som tydligt var influerad av motivuttalanden, till en friande dom med avvägningar gjorda i likhet med sådana innan lagändringen. Eftersom det analyserade tidsspannet är kort och den sistnämnda hovrättsdomen kom så sent som i mars 2019 så kan praxis gå i denna riktning. Inget i lagregeln ordalydelse motsäger det. Det är därmed oklart om lagändringen innebär ett reellt avsteg från fokus på kroppsutveckling.

Frånvaron av bedömningar kring kroppsutveckling som relevant omständighet kan förklaras med en motsägelse i lagmotiven. Det är oförenligt att beakta att barn blir kroppsligt mogna i allt yngre åldrar med att barn som ser ut att klart ha passerat åldersgränsen inte ska skyddas. Hade syftet med lagändringen varit tillräckligt prioriterat så hade lagstiftarna undantagit kroppsutveckling från bedömningarna. Kroppsutveckling varierar med olika faktorer och därmed blir skyddet inte likvärdigt oavsett hur omständigheten värderas. Alla

bevisvärigheter för denna omständighet talar också för ett undantagande. Bevismaterialet är ofta bristfälligt eftersom domarna sällan träffar målsäganden och bedömningarna baseras på inspelade förhör och foton. Det kan inte anses rättssäkert att domare aldrig motiverar hur bevisen har värderats. Inte heller kan det vara möjligt att i bedömningen av denna omständighet åstadkomma en enhetlig tillämpning. Det ska göras en "objektiv" bedömning men utan måttstock öppnas det upp subjektivitet. Oundvikligen måste bedömningarna i olika utsträckning baseras på det synsätt och den attityd kring det kvinnliga könet, målsäganden är oftast flickor, som domare och nämndemän i det specifika rättsfallet besitter. Att få sin kroppsliga mognad bedömd bör vara integritetskränkande vilket går emot skyddsvärdet. Beaktande av barns kroppsliga utveckling kräver ökad kunskap som är mer omfattande än att det uppmärksammas i lagmotiven. Även om fördelen med att beakta kroppsutveckling är att alla mål om sexualbrott mot barn har denna omständighet gemensamt, så är nackdelarna betydligt fler. Att inte beakta kroppsutveckling blir dock kontrainuitivt i fall där det är "uppenbart" att målsäganden såg ut att vara under eller över den aktuella åldersgränsen utan att det finns andra omständigheter att beakta. Detta skulle möjligen kunna åtgärdas med en kontrollplikt.

Inga av rättsfallen rörde köp av sexuell handling av barn. Eftersom det är oklart hur frekvent sådana mål går till åtal är uppsatsens analyserade tidsrymd möjligen för kort att dra slutsatser utifrån. En hade dessutom behövt analysera åtal om köp av sexuell tjänst för att få en komplett bild av hur köp av sexuell handling av barn har hanterats efter lagändringen. Innan lagändringen ansågs gärningspersoner i dessa fall sällan ha haft skäl att misstänka underårighet enbart på grund av kroppsutveckling. För ett garanterat skydd för barn bör kroppsutveckling vara tillräcklig grund för oaktsamhet. Eftersom både bedömningarna och kontexten vid köp av sexuell handling av barn skiljer sig från andra typer av sexualbrott mot barn borde det regleras separat.

5.2 Gränisar lagregeln till ett kontrollkrav?

Inget i tillämpningen av oaktsamhetsbestämmelsen tyder på att regeln tolkades som en kontrollplikt för gärningspersoner. Inte heller kan det uttolkas ur skälen till förändringen av

oaktsamhetskravet. I mål om köp av sexuell handling av barn gällde det motsatta till kontrollplikt. Oaktsamhet var bara styrkt i fall då barnet hade utfört en aktivitet eller uttryckt något som gav anledning att vara aktsam. Ställda frågor om ålder friade gärningspersoner utan att hänsyn togs till kontexten och därmed trovärdigheten i svaren.

I förarbetena till den nya lagregeln förtydligades att den inte ska tolkas som en kontrollplikt. Frånvaron av kontrollfrågor om ålder skulle bara leda till ansvar om gärningspersonen borde ha varit på sin vakt. Med regeländringen har aktsamhetskravet skärpts. Det kan ses som ett närmande av en kontrollplikt. Enligt doktrin är omedveten culpa “[...] ett åsidosättande av en undersöknings- och kontrollplikt”.¹⁰⁴ Bedömningar av denna oaktsamhetsform är individinriktade men inleds med mer objektiva överväganden. Lagstiftarna har till exempel identifierat hur förekomsten av särskilda omständigheter objektivt bör väcka misstanke. Att oaktsamhetskravet nu täcker omedveten oaktsamhet har fått genomslag i tillämpningen. I praxis finns stöd för att det råder en kontrollplikt som inte är generell utan väcks vid förekomsten av särskilda omständigheter. Det finns dock ett rättsfall med en strängare bedömning. Gärningspersonen ansågs ansvarig som inte kontrollerade uppgifter om ålder när det saknades omständigheter som gav stöd till dessa. Kontrollplikten går dock generellt inte så långt att utgångspunkten är de åtgärder den tilltalade vidtagit för att försäkra sig om att målsäganden inte var underårig. Istället uppstår en kontrollplikt vid förekomsten av omständigheter som borde ha väckt misstanke om ålder.

Det är utrett att det inte råder en självständig kontrollplikt skild från bedömningen av oaktsamhet. Däremot ställs det numera högre krav på gärningspersoner för att undgå ansvar som, beroende på hur kontrollplikt definieras, kan tolkas som ett sådan skyldighet. Är dessa objektiva överväganden tillräckligt långtgående? För köp av sexuell handling av barn är kravet numera skärpt eftersom frågor om ålder aldrig ska vara ansvarsbefriande. Omständigheter som kan väcka misstanke om underårighet, utöver kroppsutveckling, är dock få i dessa fall. Det krävs inte, i likhet med övriga brott aktuella för oaktsamhetsrekvisitet, att gärningspersoner aktivt ska ta reda på ålder. Strikt ansvar är enligt Europadomstolen förenligt med straffrätten och förekommer i svensk rätt om än i begränsad utsträckning. Det är en rimlig ansvarsform för denna typ av handlingar som i sig redan är brottsliga, endast medför

¹⁰⁴ Se Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 320.

en svårare brottsrubricering, där det är svårt att bevisa att misstanke om underårighet borde ha uppstått och där skyddsvärdet är barns sexuella integritet. I övriga sexualbrott mot barn bör det vara rimligt med en självständig kontrollplikt i likhet med de krav som råder vid försäljning av alkohol och tobak. Hur det lagtekniskt ska utformas kan vara föremål för en annan uppsats.

5.3 Hur påverkar lagändringen bevisvärderingen?

Även om det finns ramar och metoder för bevisvärdering så är den fri i Sverige. Det blev tydligt i tillämpningen av oaktsamhetsbestämmelsen när förekomsten av liknande omständigheter värderades så olika att förutsebarheten av lagregeln ansågs otillräcklig. I förarbetena till den nya lagregeln förtydligades hur förekomsten av vissa omständigheter ska tolkas. Detta har fått genomslag i tillämpningen. Åklagare åberopar bevis för förekomsten av fler omständigheter än tidigare och domstolarna värderar de som anses styrkta enligt riktlinjerna. Båda oaktsamhetsrekvisitets ordalydelse samt lagmotiven har således fått genomslag i bevisvärderingen.

Oaktsamhetsrekvisitet motsvarar inte en bevislättnad, vilket den beskrevs som i ett rättsfall. Inget i tillämpningen tyder på att beviskravet är ett annat än det som råder för brottmål. Även om den nya lagregeln verkar resultera i fler fällande domar så är det inte följden av en bevislättnad, utan att fler omständigheter än innan kan indikera oaktsamhet. Åklagaren har fortfarande hela bevisbördan i mål om sexualbrott mot barn. Bevissvårigheterna som annars varit karakteristiska för dessa mål minskar i och med att den nya regeln är ett avsteg från fokus på kroppsutveckling. Problem som kommer med att målsäganden är unga och att deras utsagor tas del av via videoförhör består. Eftersom fler omständigheter får beaktas så används sällan längre hur målsäganden såg ut vid förhören som enda bevis för att målsäganden varit oaktsam.

Det genomslag ordalydelsen och förarbetena till oaktsamhetsrekvisitet har fått i bevisvärderingen är rimliga. Beviskravet ska inte sänkas för att bevissvårigheter råder i mål om sexualbrott mot barn. Inte heller ska det införas bevislättnader med hänsyn till

skyddsvärdet. Trots fri bevisvärdering är det med hänsyn till vikten av en enhetlig rättstillämpning samt förutsebarheten befogat att konkretisera om förekomsten av till exempel en sifferföljd i en e-postadress generellt ska tolkas som en indikation på underårighet eller inte.

5.4 Är den nya lagen rimlig?

För att kunna avgöra om oaktsamhetsrekvisitet är rimligt så är det relevant att analysera skälen till regelförändringen. Det ursprungliga införandet av ett oaktsamhetskrav i förhållande till sexualbrott mot barn motiverades med att det var rimligt med utvidgat ansvar för gärningar av allvarlig beskaffenhet. Sedan dess har ordalydelsen i dess olika versioner inkluderat omedveten oaktsamhet trots att lagregeln inte har tillämpats så. Med hänsyn till att lagtext är en rättskälla med högre rangordning än lagmotiv, var det befogat att korrigera med en omformulering av regeln och inte bara förtydliganden i förarbetena. Det nya oaktsamhetsrekvisitet markerade en tydlig förändring och skärpning i en riktning som ursprungligen var tänkt att omfattas. Lagstiftarna ska därmed inte kritiseras för att föra en offensiv straffrättspolitik eller överkriminalisering.

Att tillämpningen av oaktsamhetsbestämmelsen avvek från regelns ordalydelse förklaras med att lagmotiven har beaktats, om än på ett felaktigt sätt. Lagstiftarna utgick från att lagmotiven till den nya regeln skulle vägas in och valde att precisera oaktsamhetsrekvisitet. Jämfört med i tidigare förarbeten har detta gjorts i detalj. Fördelen är att det faktiskt framgår hur lagregeln är tänkt att tillämpas. Exemplifieringen av relevanta omständigheter samt hur förekomsten av de ska tolkas har fått tänkt genomslag i tillämpningen. Risker med detaljerade motivuttalanden är dock att formuleringarna riskerar att inte bli lika välavvägda, vilket öppnar upp för misstolkningar. Ett exempel på det är den väldigt varierande tillämpningen av det tidigare motivuttalandet om barn som ser ut att klart ha passerat åldersgränsen. Det är omotiverat av lagstiftarna att behålla denna formulering när syftet med lagändringen var ett ökat skydd för barn och en enhetlig tillämpning. Med de nya lagmotiven förs lagregeln i en riktning från fokus på kroppsutveckling. Det är rimligt i förhållande till målet om likvärdigt skydd och går i linje med oaktsamhetskravets ursprungliga syfte. Däremot är det

anmärkningsvärt att vägledningen för hur barns kroppsutveckling ska bedömas är motsägelsefull. I tillämpningen verkar det resultera i att omständigheten i vissa fall inte alls beaktas. För att säkra en enhetlig tillämpning och det straffrättsliga skyddet för barns kroppsutveckling som relevant omständighet ha undantagits i lagmotiven.

Tillämpningen av oaktsamhetskravet har ändrats sedan lagändringen. Den är dock inte så enhetlig att det säkert kan sägas att tillämpningen kommer att fortsätta i den riktningen. Vilka omständigheter som ska beaktas och hur kan fortfarande inte utläsas från lagtext. Detta kan i längden få en mer begränsad praktisk effekt än vad regeringen avsåg. Följderna hittills är att kroppsutveckling hos barn inte har beaktats lika ofta, omedveten oaktsamhet prövas och bevisvärderingen är enhetlig i förhållande till hur förekomsten av exemplifierade omständigheter i lagmotiven tolkas. Med fler fällande domar har det straffrättsliga skyddet för barn som utsatts för sexuella övergrepp stärkts och effektiviteten ökat. Förutsebarheten har blivit bättre som följd av att rättstillämpningen har blivit mer enhetlig, vilket gynnar rättssäkerheten. Utifrån dessa förändringar kan lagändringen ses som en verksam lösning på de tidigare problemen. Lagstiftarna har dock misslyckats med målet att uppnå ett likvärdigt skydd för alla barn. Eftersom kroppsutveckling fortfarande ska vara relevant samt att det i tillämpningen finns exempel på hovrättsdomar som fokuserar på denna omständighet, är det ofrånkomligt att barn med tidig pubertetsutveckling fortfarande riskerar att inte omfattas av skyddet. Lagstiftarna har också fallerat att identifiera och anpassa lagstiftningen efter den särskilda karaktär som köp av sexuell handling av barn har. Motivuttalanden om att frågor om ålder inte ska vara ansvarsbefriande är en oproportionerligt liten ansträngning i förhållande till syftet med lagändringen.

Käll- och litteraturförteckning

KÄLLOR

Offentligt tryck

Utredningsbetänkanden

SOU 2016:42 Ett starkt straffrättsligt skydd mot köp av sexuell tjänst och utnyttjande av barn genom köp av sexuell handling, mm.

Propositioner (och regeringsskrivelser)

Prop. 1962:10 Förslag till brottsbalk.

Prop. 2004/05:45 En ny sexualbrottslagstiftning.

Prop. 2017/18:177 En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet.

LITTERATUR

Asp, Petter, *Sex och samtycke*, Uppsala: Iustus Förlag AB, 2010.

Asp, Petter & Ulväng, Magnus & Jareborg, Nils, *Kriminalrättens grunder*, 2 uppl., Uppsala: Iustus Förlag AB, 2013.

Bäcklund, Agneta & Johansson, Stefan & Trost, Hedvig & Träskman, Per Ole & Wennberg, Suzanne & Wersäll, Fredrik: Brottsbalken (17 april 2019, Zeteo) kommentaren till 1 kap. 2 §.

Bäcklund, Agneta & Johansson, Stefan & Trost, Hedvig & Träskman, Per Ole & Wennberg, Suzanne & Wersäll, Fredrik: Brottsbalken (17 april 2019, Zeteo) kommentaren till 6 kap. 13 §.

Dahlman, Christian & Korths Aspegren, Andreas, "Varför är bevisning som uppfyller beviskravet i våldtäktsmål inte tillräcklig i mål om olaga hot?", *SvJT* 2018, s. 327.

Diesen, Christian & F. Diesen, Eva, *Övergrepp mot kvinnor och barn – den rättsliga hanteringen*, 2 uppl., Stockholm: Nordstedts Juridik AB, 2013.

Erenius, Gillis, *Oaktsamhet*, P A Nordstedt & Sönders förlag, 1971.

Jareborg, Nils, *Uppsåt och oaktsamhet*, Uppsala: Iustus Förlag AB, 1990.

Johansson, Märta C., "Att göra ett ansvarigt sexköp: uppsåts- och oaktsamhetsbedömningar vid underårighet i fall av människohandel, koppleri och sexköp", *SvJT* 2012, s. 219.

Jönsson, Kent, Tobakslag (1993:581), 12 §, Karnov 2018-07-01.

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, 2 uppl., Lund: Studentlitteratur AB, 2018.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA II 1962 s. 192-193.

NJA 2006 s. 79 II.

NJA 2017 s. 316 II.

Högsta domstolen, dom 2019-04-29 i mål nr 5057-18.

Övriga svenska domstolar

Skellefteå tingsrätt, dom 2018-12-07 i mål nr 1194-18.

Halmstads tingsrätt, dom 2018-12-10 i mål nr 1820-18.

Uppsala tingsrätt, dom 2019-01-04 i mål nr 5252-18.

Örebro tingsrätt, dom 2019-01-17 i mål nr 4487-18.

Södertörns tingsrätt, dom 2019-01-24 i mål nr 9438-18.

Hovrätten för Övre Norrland, dom 2019-02-13 i mål nr 1134-18.

Hovrätten för Västra Sverige, dom 2019-02-26 i mål nr 1049-19.

Svea hovrätt, dom 2019-03-06 i mål nr 182-19.

Skellefteå tingsrätt, dom 2019-03-25 i mål nr 60-19.

Svea hovrätt, dom 2019-04-11 i mål nr 1534-19.