

Åldersbedömning i brottmålsprocessen

Några reflektioner med anledning Svea hovrätts avgörande i ”Fåfängan-målet”

Av hovrättsrådet, och vice ordförande på avdelning, KARIN WISTRAND

Det straffrättsliga regelverket utgår från att den anklagades identitet, och då särskilt dennes ålder, är känd. Verkligheten ser idag annorlunda ut. I artikeln diskuteras, med utgångspunkt i ett aktuellt avgörande från Svea hovrätt, frågor om bevisbörda och beviskrav för åldersbedömning vid prövningen av framför allt straffmyndighet. Även vissa reflektioner kring tvångsmedelsanvändning förs fram.

Inledning

På senare tid har allmän domstol i ett antal uppmärksammade brottmål haft att ta ställning till hur gammal den anklagade egentligen är. Det har rört sig om unga personer, utan någon fastställd identitet, som har lagförts för allvarliga brott. Domstolen ställs då inför frågan om den anklagade över huvud taget är straffmyndig, dvs. om han eller hon hade fyllt 15 år vid gärningstillfället. Skillnaden i påföljdsval och straffmätning för straffmyndiga i åldersspannet upp till 21 år är dessutom stor i förhållande till gärningsmän som är 21 år eller äldre. När det gäller allvarliga brott måste åldersbedömningen dessutom ofta göras på ett tidigt stadium i processen. Detta eftersom domstolen i sådana fall i regel har att pröva om den misstänkte ska häktas. Vidare gäller särskilda regler enligt lagen (1964:167) med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare (LUL) för anklagade som inte har fyllt 21 år.¹

Att det är åklagaren som har bevisbördan för att den anklagade är straffmyndig och för dennes ålder i allmänhet råder det huvudsakligen samsyn kring. Vilken utredning som krävs för att möta denna bevisbörda är däremot inte tydligt.

Frågan om åldersbedömning aktualiserades nyligen i Svea hovrätt i ett mål där tre unga män åtalats för grov våldtäkt. Det rörde sig om en händelse på utsiktsberget Fåfängan i Stockholm, en kväll i september 2015. Åklagaren gjorde gällande att en ung kvinna hade utsatts för en

¹ Åldersgränserna 15, 18 respektive 21 år används såväl i rättegångsbalken som i brottbalken och LUL men man får hålla i minnet att åldersgränserna har olika innebörd såtillvida att de i vissa fall syftar på åldern vid brottet (t.ex. 1 kap. 6 § och 30 kap. 5 § brottbalken samt 36 a § LUL) och i andra fall åldern vid tidpunkten för åtgärden (t.ex. 24 kap. 4 § rättegångsbalken samt 23 och 27 §§ LUL) eller åldern vid domstillfället (t.ex. 32 kap. 1 § brottbalken).

gruppvåldtäkt av åtminstone fyra personer. Tre av de unga, papperslösa migranter, som tillfälligt bodde i tält på utsiktsbergets östsida åtalades. En av dem förklarade att han var 16 år medan de andra två sade sig inte ha fyllt 15 år. Samtliga tre hade varit häktade och dömts enligt åtalet i tingsrätten. I hovrätten — där artikelförfattaren var ordförande — ogillades åtalet mot en av dem då hovrätten fann att hans invändning att han inte hade fyllt 15 år vid brottet inte kunde anses obefogad. Utgången blev den motsatta för den andre som hävdade att han inte var straffmyndig. Hovrätten tillämpade vid åldersbedömningen ett lägre beviskrav än det i brottmål normalt gällande kravet på ”bortom rimligt tvivel”. I målet väcktes också frågan om hur prövningen ska företas, bl.a. om rätten bör ta ställning i skuldfrågan i förhållande till den som inte anses straffmyndig.²

Åldersbedömningar i brottmålsprocessen har förekommit tidigare, men förefaller ha blivit mer frekventa på senare tid. Vägledande avgöranden från Högsta domstolen saknas och överrättspraxis är inte enhetlig.

Inom asylprocessen är däremot åldersbestämning inte något nytt fenomen. Det är också inom ramen för den prövningen som de medicinska metoderna för åldersbedömning främst har använts — och kommit att kritiseras. I asylprocessen är det den asylsökande som påstår sig vara underårig (dvs. under 18 år) som har bevisbördan för det påståendet. Asylsökanden ska då göra sin uppgivna ålder sannolik. Han eller hon ska informeras om möjligheten att använda en läkarundersökning som ett bevismedel för att uppfylla sin bevisbörda.³ Utgångspunkten vid bedömningen av om asylsökanden är vuxen eller underårig bör dock vara att den ska ske i samband med att beslut fattas i asylärendet; fram till dess bör den ålder som sökanden har uppgivit vid ansökningstillfället godtas, om det inte är alldeles uppenbart att uppgiften är felaktig.⁴

Eftersom bevisbördan och beviskravet i asylmål är annorlunda kan de åldersbedömningar som görs av allmän förvaltningsdomstol i sådana mål inte få omedelbar betydelse för åldersbedömningen i brottmålsprocessen. För utvärderingen av de medicinska metoderna för åldersbedömning har däremot erfarenheterna inom asylprocessen klar betydelse.

De medicinska metoderna för bedömning av kronologisk ålder

Under 2012 publicerade Socialstyrelsen, efter diskussioner med Migrationsverket, ett ställningstagande avseende medicinska åldersbe-

² Svea hovrätt, avdelning 3, dom den 22 december 2015 i mål nr B 10485-15. Domen har vunnit laga kraft.

³ Se främst Migrationsöverdomstolens bedömning i MIG 2014:1 samt, i anslutning till detta avgörande, Migrationsverkets ställningstagande 2015-09-03 Rättslig kommentar angående bedömning av ålder i asylärenden, SR 35/2015. Migrationsverket anses ha uppfyllt sin utredningsskyldighet genom att informera om möjligheten att genomgå medicinsk åldersundersökning.

⁴ Se Riksdagens ombudsmän (JO) dnr 6942-2013 med där angivna hänvisningar.

dömningar för bl.a. ensamkommande barn i övre tonåren.⁵ Ställningstagandet rör fall där barnet uppger sig vara under 18 år, men där tecken finns på att personens verkliga ålder är högre och det inte är uppenbart att personen är vuxen. I ställningstagandet uttalar Socialstyrelsen att åldersbedömningar måste uppfylla krav på objektivitet, vetenskaplighet, kvalitet och rättssäkerhet. Det är därför inte acceptabelt att använda ovetenskapliga metoder såsom utseendebedömning. Socialstyrelsen understryker att det finns stora osäkerheter med medicinska åldersbedömningar. Det finns inte någon medicinsk eller psykosocial metod som exakt kan fastställa den kronologiska åldern på en person i övre tonåren. Enligt Socialstyrelsen förefaller dock medicinska metoder, dvs. läkarundersökning och röntgen, vara de för ändamålet lämpligaste metoderna. I ställningstagandet anges att åldersbedömning av personer i övre tonåren med hjälp av radiologiska metoder alltid uppvisar resultat med en felmarginal på mellan ± 2 år och ± 4 år.

I ställningstagandet lämnas ett antal rekommendationer för hur ålderbedömningen ska genomföras. Sammanfattningsvis gäller att medicinska åldersbedömningar ska genomföras som en barnläkarundersökning och uppfylla högsta möjliga krav på objektivitet, vetenskaplighet, kvalitet och rättssäkerhet. Vid behov ska bedömningen kompletteras med röntgenundersökningar av tänder och handskelett. Knutet till rekommendationerna finns även instruktioner för hur barnläkarundersökningen och tandmognads- respektive skelettmognadsundersökningen ska genomföras.

Socialstyrelsen ser för närvarande över rekommendationerna genom att gå igenom aktuella metoder för medicinsk åldersbedömning. Socialstyrelsen planerar även att undersöka hur barnläkarbedömning och bedömning av sociala faktorer kan användas för att värdera ålder.

Bland läkare och tandläkare har tandmognads- och skelettmognadsundersökning som ett verktyg för att bestämma kronologisk ålder mött motstånd. Det har framförts att metoderna är alltför oprecisa för att anses tillförlitliga och såväl tandläkare som läkare har motsatt sig att det införs ett krav på att sådana undersökningar ska genomföras.⁶ Svenska Barnläkarföreningen har i juli 2015 angivit att man inte längre kan uppmana sina medlemmar att utföra medicinska åldersbedömningar så länge Migrationsverket anser att det är verkets handläggare, inte den medicinskt kompetente barnläkaren, som ska göra den samlade bedömningen av de olika medicinska undersökningsmomenten.⁷

⁵ Socialstyrelsens ställningstagande 2012-06-26 Medicinsk åldersbedömning för barn i övre tonåren, dnr 31156/2011.

⁶ Se Dagens Nyheter 2015-11-28 "Läkare dömer ut åldersbestämning".

⁷ Svenska Barnläkarföreningen 2015-07-17 "Angående medicinska åldersbedömningar av asylsökande ungdomar" (www.barnlakarforeningen.se). I artikeln hänvisas till Migrationsverkets interna ställningstagande RCI 13/2014 där det bl.a. angavs "Det är Migrationsverket som ska avgöra om den sökande har uppfyllt sin bevis-

Något om de särskilda reglerna för unga brottsanklagade

Brottsbalkens bestämmelse om straffmyndighet

Enligt bestämmelsen i 1 kap. 6 § brottsbalken får någon som har begått brott innan han eller hon fyllt 15 år inte dömas till påföljd. Om den anklagade inte fyllt 15 år vid tidpunkten för brottet — inte var straffmyndig — gäller därmed ett absolut förbud mot att döma till påföljd. Oavsett om gärningsmannen är straffmyndig eller inte betecknas dock gärningen som ett brott i brottsbalkens mening. Det innebär bl.a. att normala regler för medverkansansvar gäller. Detta har också viss betydelse för ordningen vid prövningen av brottsanklagelsen.

Brott av barn före 15 års ålder — bestämmelserna i LUL

Ansvar för utredning av brott som har begåtts av barn före 15 års ålder vilar primärt på socialtjänsten och syftar i första hand till att klarlägga behovet av sociala insatser. Vid mycket allvarliga brott finns det också ett starkt intresse av att få närmare kännedom om hur brottet har utförts. Reglerna för i vilka fall utredning ska inledas finns i 31 § LUL.⁸ Barnet får förhöras men möjligheterna att använda straffprocessuella tvångsmedel mot den som är under 15 år är begränsade. Anhållande, häktning, reseförbud och kvarstad får inte användas. Det samma gäller hemliga tvångsmedel. Om det är fråga om ett brott på vilket fängelse skulle ha kunnat följa, får den unge gripas om han eller hon anträffas på bar gärning eller på flykt från brottsplatsen (35 § LUL). Enligt 36 § LUL får — om det finns särskilda skäl — beslag, husrannsakan och kroppsvisitation samt fotografi och fingeravtryck, enligt bestämmelserna i 27 och 28 kap. rättegångsbalken, företas mot den unge. Den 1 juli 2010 infördes genom 36 a § LUL en möjlighet att genomföra kroppsbesiktning, vilket tidigare inte var tillåtet. Kroppsbesiktning får dock enbart beslutas vid misstanke om särskilt allvarlig brottslighet och endast under förutsättning att det är av synnerlig vikt för att klarlägga omständigheterna kring brottet.⁹ Samtidigt

börda. Utlåtandet från den sakkunnige läkaren ska bedömas tillsammans med underlaget för den medicinska åldersbedömningen, d.v.s. tand- och handledsröntgen samt den barnpediatriska undersökningen.” RCI 13/2014 har upphävts genom SR 35/2015, där det bl.a. anges ”Verket har en skyldighet att informera den sökande om att han eller hon kan använda sig av en medicinsk åldersbedömning eller annan läkarbedömning som ett bevismedel för sin ålder. Den sökande kan komma in med antingen medicinsk bedömning (enligt Socialstyrelsens rekommendationer) eller annan läkarbedömning (t.ex. odontologisk, radiologisk eller barnläkarbedömning) om ålder”.

⁸ Genom ändringarna i LUL enligt SFS 2010:478 (prop. 2009/2010:105), som trädde i kraft den 1 juli 2010, utökades utrymmet för att genomföra brottsutredningar mot barn under 15 år.

⁹ Av 27 § lagen (2000:1225) om straff för smuggling följer att kroppsvisitation, *ytlig kroppsbesiktning* eller urinprovstagning får utföras på en person som det finns anledning att anta har med sig smugglingsvaror eller narkotika in i landet. Ytlig kroppsbesiktning på den som är under 15 år får dock utföras endast om det finns särskilda skäl. Med ytlig kroppsbesiktning förstås i princip en yttre granskning av någons nakna kropp. Genom att bestämmelsen i lagen om straff för smuggling gör det möjligt att kontrollera barn under 15 år skyddas inte bara samhället mot införsel- eller utförselbrott av allvarligt slag. Kontrollmöjligheten motverkar också att barnet utnyttjas på ett sätt som kränker barnets integritet och människovärde. Kra-

som möjligheten till kroppsbesiktning tillkom infördes i tydliggörande syfte också en särskild bestämmelse i LUL där det uttryckligen anges vilka tvångsmedel som får användas mot den som är under 15 år.¹⁰ Generellt sett gäller att restriktivitet alltid ska iakttas vid användandet av tvångsmedel mot barn. Enligt 38 § LUL finns en möjlighet för åklagare att, om det krävs ur allmän synpunkt, föra så kallad bevistalan mot den som inte är straffmyndig. Genom en sådan talan prövar domstol om den unge har begått brottet. Bestämmelsen är avsedd för situationer där det är fråga om misstanke om ett mycket allvarligt brott, men har mycket sällan kommit till användning i praktiken.

Häktning av den som inte har fyllt 18 år

Särskilda regler gäller för häktning av den som är straffmyndig men som inte har fyllt 18 år (vid tidpunkten för häktning). Om det på grund av den misstänktes ålder kan befaras att häktning skulle komma att medföra allvarligt men för den unge får häktning ske endast om det är uppenbart att betryggande övervakning inte kan ordnas (24 kap. 4 § första stycket rättegångsbalken). Den som är under 18 år får antas alltid lida allvarligt men av häktning (jfr prop. 1964:10 s. 163). Prövningen ska avse frågan om det är uppenbart att betryggande övervakning inte kan ordnas, inte om sådan övervakning faktiskt har ordnats (se NJA 2008 s. 81). För häktning krävs dessutom synnerliga skäl (23 § LUL). Det innebär att häktning av ungdomar får ske endast i undantagsfall (se prop. 1964:10 s. 163). Frågan om det finns synnerliga skäl för häktning ska bedömas med hänsyn främst till den misstänktes ålder och brottslighetens allvar. Av betydelse är också styrkan i de särskilda häktningsskälen. Vid bedömningen ska särskild hänsyn normalt inte tas till att det återstår kort tid till huvudförhandlingen.¹¹

Påföljdsval och straffmätning

När det gäller reglerna för påföljdsval och straffmätning för unga lagöverträdare är det i detta sammanhang tillräckligt att konstatera att den tilltalades ålder har mycket stor betydelse för hur ingripande påföljd som kan komma i fråga.

vet att det ska finnas särskilda skäl för ytlig kroppsbesiktning av den som är under 15 år har sin grund i att speciella integritetshänsyn är påkallade när det gäller barn. (Se prop. 2009/10:105 s. 46.)

¹⁰ LUL 36 f §, i vilken anges: "Mot den som är under femton år får endast de tvångsmedel användas som är angivna i
1. denna lag,
2. 23 kap. 7–9 §§ rättegångsbalken, eller
3. en annan författning där det uttryckligen föreskrivs att tvångsmedlet får användas mot den som är under femton år."

¹¹ Se NJA 2015 s. 649.

Fåfängan-målet — omständigheterna i korthet

Åklagaren väckte talan mot Y.H., A.A. och M.M. vid Stockholms tingsrätt för grov våldtäkt och gjorde gällande att dessa tre samt ytterligare minst en okänd person, i september 2015 på utsiktsberget Fåfängan i Stockholm, tillsammans och i samförstånd hade tvingat målsäganden till upprepade samlag. Målsäganden yrkade att Y.H., A.A. och M.M. i anledning härav skulle förpliktas att solidariskt till henne betala skadestånd med 200 000 kr, varav 175 000 kr för kränkning samt 25 000 kr för sveda och värk. Y.H., A.A. och M.M. förnekade gärningen och bestred det enskilda anspråket. Y.H. uppgav att han föddes i juli 1999 och således var 16 år vid tidpunkten för brottet. A.A. respektive M.M. uppgav att de föddes den 7 mars 2002 respektive den 24 december 2000 och att de därmed inte var straffmyndiga — 15 år fyllda — vid brottet.

Samtliga tre tilltalade var inledningsvis häktade men efter att beslut hade fattats om omhändertagande enligt lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU) ansågs betryggande övervakning anordnad, med följd att häktningen hävdes och de överfördes till olika SiS-hem.

Tingsrättens bedömning

Tingsrätten fann i dom den 5 november 2015 att Y.H., A.A. och M.M. hade gjort sig skyldiga till grov våldtäkt. Tingsrätten bestämde påföljden för Y.H. till nio månaders sluten ungdomsvård samt för A.A. och M.M. till sluten ungdomsvård i sex månader. I fråga om straffmyndighet anförde tingsrätten sammanfattningsvis följande. A.A. har sagt att han är född den 7 mars 2002. Från Interpol finns uppgifter att A.A. varit häktad i Tyskland 2014 under namnet S.L. född den 27 september 1996. I Norge har hans fingeravtryck identifierats med en A.Ay. född den 21 december 1998 och S.L. född den 27 september 1996. Han undersöktes i september 2014 i Tyskland för att bestämma ålder. Den odontologiska utredningen där uttalade att han var äldre än 16 år men kunde vara yngre än 18 år. Vid en läkarundersökning i samband med den nu aktuella gärningen [kroppsbesiktning i samband med upprättande av rättsintyg] bedömde läkaren att A.A. är cirka 18 år med beaktande av utseende, växt, könsorgansutveckling och röst. Med hänvisning till att A.A. själv har lämnat så olika uppgifter om sin ålder och sitt namn saknar han trovärdighet. Enligt tingsrätten utvisar utredningen att han åtminstone var 15 år vid gärningen. M.M. har under förhandlingen sagt att han är född den 24 september 2000. Tysk polis har identifierat M.M. som M.D. född den 5 februari 1998. Enligt Migrationsverket sökte M.M. asyl i Sverige i mars 2015 och hade då uppgett att han var född den 6 april 2000. När han läkarundersöktes med anledning av nu aktuell gärning [kroppsbesiktning i samband med upprättande av rättsintyg] bedömde läka-

ren att M.M. var cirka 18 år med hänvisning till utseende, växt, könsorgansutveckling och röst. Enligt tingsrätten har M.M. anpassat uppgiften om sin ålder så att han ska kunna undgå lagföring. Utredningen visar att han åtminstone var 15 år vid gärningen.

Hovrättens bedömning

Y.H., A.A. och M.M. överklagade tingsrättens dom och yrkade att åtalet och målsägandens skadeståndsanspråk skulle ogillas. A.A. och M.M. gjorde även i hovrätten gällande att de vid tidpunkten för den påstådda gärningen inte hade fyllt 15 år och därför inte fick dömas till påföljd. Y.H., A.A. och M.M. yrkade under alla omständigheter att straffet skulle mildras. Målsäganden överklagade och yrkade ytterligare 25 000 kr i ersättning för kränkning. Utredningen var i allt väsentligt densamma i hovrätten som i tingsrätten.

Den första frågan som hovrätten ställdes inför med anledning av A.A:s och M.M:s invändning att de inte var straffmyndiga var i vilken ordning saken skulle prövas. Bör rätten avstå från att ta ställning till och uttala sig i skuldfrågan om den tilltalade inte är straffmyndig? Högsta domstolen har i NJA 1998 s. 693 i en närliggande situation konstaterat att åtalet ska ogillas, om förbudet mot att ådöma påföljd enligt 1 kap. 6 § brottsbalken är tillämpligt. Riksåklagaren hade i det målet för sin del hävdade att domslutet i stället borde utformas så att det framgick att den tilltalade hade begått de åtalade gärningarna men att påföljd inte fick ådömas med hänsyn till hans ålder vid brotts-tillfällena. I samma rättsfall uttalade Högsta domstolen vidare att domstolen normalt inte i domskälen bör fastslå att en tilltalad som inte är straffmyndig har begått den åtalade gärningen; domstolen bör i stället — på samma sätt som gäller vid preskription — uttala sig mer hypotetiskt. Om det också förs talan om skadestånd, som grundar sig på den åtalade gärningen, kan det dock enligt Högsta domstolen framstå som naturligt att avfatta domskälen så att domstolen redan i ansvarsdelen uttalar sig i frågan om den tilltalade har begått gärningen. Hovrätten fann mot denna bakgrund och med beaktande av att det i det aktuella fallet dessutom var fråga om åtal för brott som hade begåtts tillsammans med en straffmyndig person att domen skulle disponeras på samma sätt som i tingsrätten. Hovrätten tog därför först ställning till frågan om skuld för samtliga tilltalade. Hovrätten instämde härvid fullt ut i tingsrättens bedömning.

När det sedan gäller utgångspunkterna för bedömning av ålder (straffmyndighet) uttalade hovrätten följande.

I brottmål är det åklagaren som har bevisbördan inte enbart för de omständigheter som grundar ansvar för gärningen som sådan utan också för de faktiska förhållanden som ligger till grund för t.ex. påföljdsbestämningen. När det gäller försvärande omständigheter vid påföljdsbestämningen visar praxis att åklagarens beviskyldighet är av samma omfattning som för de faktiska förhållanden som konstituerar själva brottet; det ska alltså vara ställt

utom rimligt tvivel att omständigheten är för handen (se Nordh, Praktisk process VII, s. 66 med där angivna hänvisningar). När det gäller förmildrande faktorer kan möjligen beviskravet, på samma sätt som gäller t.ex. ansvarsfrihetsgrunder, tänkas vara något lägre (jfr a.a., s. 66 – 68).

Vägledande praxis för vilket beviskrav som ska tillämpas vid bedömningen av den tilltalades ålder och särskilt om denne är straffmyndig, föreligger inte. Det kan i den delen framhållas att bedömningen i NJA 1998 s. 693 avsåg osäkerhet kring brottstidpunkten, inte gärningsmannens ålder, dvs. ett sådant gärningsmoment som det uppenbarligen åligger åklagaren att bevisa ”bortom rimligt tvivel”. Avgörandet har därför inte direkt relevans för vilket beviskrav som ska gälla för bedömningen av om den tilltalade uppnått 15 års ålder vid brottstidpunkten. Viss överrättspraxis föreligger men den är inte enhetlig. Hovrätten över Skåne och Blekinge har i dom den 31 mars 2015 (mål nr B 329-15) för åldersbedömningen vid påföljdsbestämningen tillämpat samma beviskrav som gäller vid ansvarsfrihetsgrunder och därmed utgått från den tilltalades påstående om sin ålder så länge åklagaren inte lagt fram bevisning som gör att påståendet framstår som obefogat. I det fallet var det dock inte fråga om att ta ställning till om den tilltalade var straffmyndig utan om han var 20 år som åklagaren gjorde gällande eller 16 år som han själv uppgivit. Göta hovrätt har å sin sida i dom den 15 juli 2005 (mål nr B 1325-05) ansett att det ska vara ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade är straffmyndig.

Mot bakgrund av vad som numera är känt om de osäkerhetsfaktorer som präglar samtliga tillgängliga metoder för åldersbestämning (se t.ex. Hovrätten för Övre Norrlands dom den 23 november 2009 i mål nr B 740-09) konstaterar hovrätten att, om det inte finns någon dokumentation såsom pass eller id-handlingar som styrker den tilltalades identitet, den tilltalades eget påstående om sin ålder i stort sett alltid måste tas för gott om samma beviskrav tillämpas som det som gäller för åklagaren avseende gärningen som sådan. Det kan konstateras att det föreligger klara bevisvårigheter i fall som det förevarande där de tilltalade är papperslösa migranter. Sammantaget framstår det mot denna bakgrund enligt hovrätten som motiverat att tillämpa ett något lägre beviskrav i denna fråga. Det ligger då närmast till hands att utgå från samma beviskrav som gäller för ansvarsfrihetsgrunder. Det ska dock understrykas att även detta beviskrav är högt ställt. Ett lägre beviskrav än så kan det enligt hovrättens mening inte bli aktuellt att tillämpa utan vägledande praxis från Högsta domstolen. Hovrätten tar därmed ställning till om åklagaren — vid en samlad bedömning — har presenterat sådan bevisning i fråga om ålder att respektive tilltalads egen uppgift om detta framstår som obefogad.

I den konkreta bedömningen fann hovrätten att åklagaren avseende A.A. hade lagt fram sådan utredning om ålder att A.A:s invändning att han inte hade fyllt 15 år vid gärningen framstod som obefogad. Avseende M.M. kom hovrätten till motsatt slut.

Det fanns en betydelsefull skillnad i underlaget avseende A.A:s respektive M.M:s ålder. Båda två hade visserligen lagförts och dömts för brott i Tyskland. För A.A:s del hade en åldersundersökning, med handleds- och tandröntgen, genomförts där. Tysk domstol hade, efter att ha låtit genomföra en åldersundersökning, dömt A.A. för brott som låg mer än ett år tillbaka i tiden från den aktuella våldtäkten.

Den tyska domstolen hade därmed kommit fram till att A.A. då hade uppnått den i Tyskland gällande straffmyndighetsåldern om 14 år. Hovrätten framhöll att Tyskland är medlem i EU och omfattas av det nära samarbete som numera sker inom unionen även på det straffrättsliga och polisiära området. Samarbetet grundas på ett ömsesidigt förtroende medlemsstaterna emellan och förutsätter att varje medlemsstat upprätthåller grundläggande rättssäkerhetsgarantier, främst de som följer av EU:s rättighetsstadga och Europakonventionen. Enligt hovrätten borde den tyska domstolens bedömning mot den bakgrunden kunna tillmätas betydande vikt. Vid en samlad bedömning, särskilt med beaktande av den åldersutredning som hade utförts i Tyskland och som bedömts av tysk domstol, ansåg hovrätten att den uppgift om sin ålder som A.A. hade lämnat och som innebar att han skulle vara 13 år gammal, och således skulle ha varit blott 12 år då han dömdes i Tyskland, var så osannolik att den framstod som obefogad. När det däremot gällde M.M. hade någon åldersundersökning inte genomförts i Tyskland. Den tyska domen meddelades i början av 2015 och tysk domstol måste visserligen då ha utgått ifrån att M.M. hade fyllt 14 år. Även om M.M. hade fyllt 14 år då, hade endast ett halvår förflutit därefter fram till den i målet aktuella brottstidpunkten. Därutöver fann hovrätten skäl att understryka att den läkarbedömning som åklagaren hade hänfört sig till grundade sig på en okulär besiktning och inte kunde tillmätas något egentligt bevisvärde; undersökningen hade inte utförts av en barnläkare och över huvud taget inte enligt Socialstyrelsens rekommendationer eller den utarbetade instruktionen för sådana undersökningar. Vid en samlad bedömning framstod den uppgift om sin ålder som M.M. lämnat inte som obefogad. Hovrätten ansåg det således inte tillförlitligen utrett att M.M. hade fyllt 15 år vid brottstidpunkten, varför han inte fick dömas till någon påföljd och åtalet för grov våldtäkt ogillades.

Vid påföljdsvalet och straffmätningen utgick hovrätten från Y.H:s uppgivna, och av åklagaren inte ifrågasatta, ålder som 16 år. Vid den fortsatta påföljdsbestämningen för A.A. fick hovrätten utgå från att A.A. var ungefärligen 15 år vid brottet; någon mer säker slutsats om hans faktiska ålder gav underlaget inte grund för. Med dessa utgångspunkter kom hovrätten till samma slutsats som tingsrätten i fråga om påföljd. Grundat på brottens straffvärden skulle påföljden för en vuxen person ha bestämts till fyra och ett halvt års respektive fyra års fängelse.

Avslutningsvis konstaterade hovrätten angående skadestånd att de tilltalade i enlighet med bedömningen i skuldfrågan var skyldiga att betala skadestånd till målsäganden. Att hovrätten funnit att M.M. inte var straffmyndig förändrade inte bedömningen i skadeståndsdelen. När det gällde ersättningen för kränkning beaktade hovrätten att det varit fråga om ett relativt utdraget förlopp, i inledningsskedet innefattande våld, där flera personer genomfört samlag med målsäganden,

varav ett anal. Hovrätten fann mot den bakgrunden att målsägandens yrkande skulle bifallas fullt ut och hon skulle tillerkännas sammanlagt 175 000 kr för kränkning.

Några reflektioner

Bedömningen av straffmyndighet vid den slutliga prövningen

Det kan konstateras att även åtalet mot A.A. sannolikt skulle ha ogiljats, om hovrätten i Fåfången-målet inte hade tillämpat ett sänkt beviskrav vid åldersbedömningen i den slutliga prövningen i sak. Hovrätten hade inte tillgång till den åldersundersökning som hade genomförts i Tyskland och inte heller den tyska domstolens dom, utan utgick från de uppgifter härom som hade inhämtats via Interpol. Utan en egen granskning av underlaget kan knappast kravet på visat "bortom rimligt tvivel" uppfyllas. I Fåfången-målet gällde åldersbedömningen i första hand frågan om straffmyndighet, dvs. prövning av en förutsättning för att åtalet skulle kunna bifallas. I den situationen — där bedömningen gällde ansvarsfrågan — kunde det enligt hovrätten inte bli fråga om att utgå från annat än att bevisbördan (och utredningsskyldigheten) ålåg åklagaren och att det utan vägledande avgörande från Högsta domstolen inte fanns utrymme för att på något avgörande sätt frånga det allmänt gällande beviskravet i brottmål.

Åldersbedömning vid påföljdsbestämningen

Det skulle kunna hävdas att saken ställer sig annorlunda när åldersbedömningen inte rör straffmyndigheten som sådan utan endast får relevans för påföljdsbestämningen. Åklagarmyndigheten, Utvecklingscentrum Stockholm, har i en rapport från 2015 anfört att rätten har en omfattande utredningsskyldighet vid just påföljdsbestämningen och att även om en del av åldersfrågan i normalfallet torde ingå i förundersökningen, det i den mån denna behöver kompletteras "torde vara en fråga för rätten att ombesörja".¹² Även om man skulle dela denna uppfattning kan det konstateras att det i praktiken inte lär förekomma att rätten föranstaltar om medicinsk åldersutredning. Det är svårt att se att rätten kan ålägga den misstänkte att genomgå läkarundersökning i syfte att utreda ålder; uttryckligt lagstöd för detta saknas.¹³ Svea hovrätt har i ytterligare ett nyligen meddelat avgörande stannat för att tillämpa samma princip som vid bedömningen av straffmyndighet i Fåfången-målet vid åldersbedömningen vid påföljdsbestämningen.¹⁴ Domen har överklagats. Riksåklagaren har i sin svars-

¹² Åklagarmyndigheten, Utvecklingscentrum Stockholm, Åldersbestämning Probleminventering av frågor rörande åldersbestämning av unga lagöverträdare, Rapport oktober 2015 (AM-A 2014/1182), s. 12.

¹³ I rapporten hänvisas bl.a. till möjligheten för rätten att förordna om sakkunnigutredning med stöd av 35 kap. 6 § rättegångsbalken. Den bestämmelsen innehåller emellertid inte något lagstöd för att påtvinga den misstänkte läkarundersökning. Inte heller i lagen (1991:2041) om särskild personutredning i brottmål, m.m., finns direkt stöd för att i detta syfte genomföra läkarundersökning.

¹⁴ Svea hovrätt, avdelning 8, dom den 17 februari 2016 i mål nr B 232-16.

skrivelse i Högsta domstolen anför att det finns tungt vägande skäl för att överviktsprincipen bör tillämpas vid bedömningen av åldersfrågan när det gäller de åldersgränser som har bäring på straffmätning och påföljdsval. I frågan om straffmyndighet ställer sig saken annorlunda. I de sammanhangen är det enligt Riksåklagaren naturligt att åklagaren har bevisbördan i förhållande till den tilltalades ålder. Mot bakgrund av de uppenbara bevisvärigheter som föreligger i fråga om åldersbestämning bör, enligt Riksåklagaren, samma beviskrav som vid nödvärnsinvändningar gälla, dvs. att åklagaren ska presentera sådan bevisning som gör att den tilltalades invändning om att han eller hon är under 15 år framstår som obefogad.¹⁵

Tvångsmedelsanvändning

Vid hovrättens prövning av Fåfången-målet aktualiserades inte frågan om häktning eller annan tvångsmedelsanvändning. Avgörandet innefattar därmed inte något ställningstagande till vilket krav som ska ställas på bevisningen om ålder innan åtal har väckts och domstolen har prövat målet i sak.

När det gäller häktning kan det hävdas att samma lägre beviskrav som tillämpades vid den slutliga bedömningen av åtalet i Fåfången-målet också skulle kunna gälla vid prövning av häktningsfrågan. I praktiken framstår det i och för sig inte som att detta kan få någon avgörande betydelse i det inledande skedet; även beviskravet att den misstänktes påstående om sin ålder ska "framstå som obefogat" är högt ställt och utredningen är i regel inledningsvis i processen väsentligen mindre omfattande än vid huvudförhandlingen. Det kan å andra sidan hävdas att detta lägre beviskrav inte ska gälla vid tvångsmedelsanvändning med hänsyn till den starka begränsning för sådan användning som gäller mot unga.¹⁶

Det förefaller emellertid finnas en uppfattning att frågan om straffmyndighet i det inledande stadiet vid tvångsmedelsanvändningen och då särskilt i häktningsfrågan kan tänkas bedömas med utgångspunkt i ett väsentligen lägre ställt beviskrav än vid den slutliga prövningen, möjligen med utgångspunkt i kravet på "sannolika skäl" enligt 24 kap. 1 § rättegångsbalken. Liknande synsätt har framförts när det gäller möjligheten att besluta om kroppsbesiktning i syfte att fastställa den misstänktes ålder.¹⁷ Författaren vill ifrågasätta detta synsätt.

¹⁵ Högsta domstolens mål nr B 1346-16.

¹⁶ Vid prövning av häktningsfrågan i hovrätten i mål nr B 232-16 tillämpades i beslut den 25 januari 2016 det sänkta beviskravet varvid det konstaterades att den tilltalades invändning att han var under 18 år gammal framstod som obefogad. Utredningsläget är dock i regel annorlunda när häktningsfrågan prövas i hovrätten efter tingsrättens prövning i sak.

¹⁷ Se Åklagarmyndigheten, Utvecklingscentrum Stockholm, Åldersbestämning Probleminventering av frågor rörande åldersbestämning av unga lagöverträdare, Rapport oktober 2015 (ÅM-A 2014/1182), s. 7: "Beslutsfattarna kan då tendera till att undvika att anhålla/häkta trots att skälig misstanke/sannolika skäl föreligger vilket i praktiken innebär att ett högre beviskrav ställs för åldersaspekten." och s. 8: "Utredningsskäl ger tvångsmedlet [kroppsbesiktning] ett mycket brett tillämpningsområde ... Med detta som ut-

Kravet på sannolika skäl enligt 24 kap. 1 § rättegångsbalken gäller brottsmisstanken som sådan. Den som inte är straffmyndig får — som numera uttryckligen framgår av 36 f § LUL — inte häktas oavsett styrkan i brottsmisstanken. Reglerna i 24 kap. rättegångsbalken är enligt 36 f § LUL inte tillämpliga för den som inte är straffmyndig. Kroppsbesiktning fick före 2010 års lagändring över huvud taget inte användas mot den som inte fyllt 15 år och får numera enligt 36 a § LUL endast förekomma om det är av synnerlig vikt för att klarlägga omständigheterna kring brottet.¹⁸

Med hänsyn till det grundläggande skydd som var och en som utgångspunkt åtnjuter mot ingrepp av ifrågavarande slag framstår utrymmet för att tolkningsvis anse att tvångsmedel kan användas när det föreligger osäkerhet om straffmyndigheten som mycket begränsat. Enligt 2 kap. 6 och 8 §§ regeringsformen ska var och en gentemot det allmänna vara skyddad mot påtvingade kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden. Dessa rättigheter får enligt 2 kap. 20 och 21 §§ regeringsformen enbart begränsas genom lag och för att tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle. Begränsningarna får därtill aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett dem. Grundlagsbestämmelserna ger uttryck för fyra allmänna principer — legalitets-, ändamåls-, behovs- och proportionalitetsprincipen — som ska gälla vid tolkningen och tillämpningen av varje tvångsmedelsregel.

Det är svårt att se att det kan vara förenligt med legalitetsprincipen att, utan ett uttryckligt stadgande i LUL, tolkningsvis anse att ett väsentligen lägre beviskrav än vad som annars gäller i straffrättsliga sammanhang ska tillämpas vid bedömningen av straffmyndighet. Lite tillspetsat kan man fråga sig om det inte förutsätter att man tänker sig ett andra stycke i 36 f § LUL av innebörden ”Om det är sannolikt att den misstänkte är över femton år gäller inte första stycket”.¹⁹

När det gäller frågan om kroppsbesiktning i syfte att fastställa ålder finns det skäl att beröra ändamåls-, behovs- och proportionalitetsprincipen. Ändamålsprincipen brukar uttryckas så att en myndighets befogenhet att använda tvångsmedel ska vara bunden till det ändamål för vilket tvångsmedlet har beslutats. Behovsprincipen innebär att en tvångsåtgärd inte får företas, om det inte är nödvändigt med hänsyn till syftet med åtgärden. Om flera alternativa medel står till buds för

gångspunkt kan det vidare konstateras att om en misstänkt gärningsman är straffmyndig eller inte är en fundamental del av brottsutredningen”. I Fåfangan-målet var som tidigare nämnts samtliga tre tilltalade häktade i tingsrätten.

¹⁸ Jämför de ändamål som föreskrivs i 28 kap. rättegångsbalken för vilka kroppsbesiktning kan ske, varav alltså ”för att utröna omständigheter som kan vara av betydelse för utredning om brottet” aktualiseras.

¹⁹ Jämför t.ex. 13 § LUL där det anges att en polisman får uppmana ”den som har eller kan antas ha fyllt femton men inte arton år” att så snart som möjligt vidta åtgärder för att avhjälpa eller begränsa skada på grund av brott, om den unge har erkänt brottet eller det annars med hänsyn till omständigheterna är uppenbart att han eller hon har begått brottet.

att uppnå det eftersträvade målet ska det medel väljas som innebär minsta möjliga intrång i den enskildes frihet och rätt. Med utgångspunkt i proportionalitetsprincipen får ett tvångsmedel tillgripas endast om skälen för åtgärden uppväger det intrång eller men i övrigt som åtgärden innebär för den misstänkte eller för något annat motstående intresse. Tvångsåtgärden ska i fråga om art, styrka, räckvidd och varaktighet stå i rimlig proportion till vad som står att vinna med åtgärden.

Även om ändamålet att utreda brottet tolkningsvis i allmänhet kan ge ett brett tillämpningsområde för kroppsbesiktning framstår det som tveksamt om det ändamålet bör kunna åberopas när det gäller straffmyndigheten som sådan. Som tidigare har nämnts har 1 kap. 6 § brottsbalken utformats så att ett brott i brottsbalkens mening föreligger oavsett om gärningsmannen är straffmyndig eller inte. Straffmyndigheten saknar då egentlig betydelse för utredningen av brottet som sådant. Unga åtnjuter ett särskilt starkt skydd mot tvångsmedelsanvändning. När möjligheten till kroppsbesiktning av den som är under 15 år infördes omgärdades detta av starka restriktioner och det framgår redan av bestämmelsen att det ska vara fråga om att få fram väsentliga omständigheter kring brottet. I förarbetena understryks särskilt att barn i den aktuella åldern befinner sig i en känslig period av sin utveckling och att ett särskilt hänsynstagande till den personliga integriteten därför är motiverat. Kraven för att få utföra kroppsbesiktning på ej straffmyndiga personer ska därför vara högre ställda än för personer över 15 år. Regeringen underströk också att det vid den proportionalitetsbedömning som ska göras inför ett beslut om kroppsbesiktning av personer under 15 år bör läggas särskild vikt vid att fråga är om ett barn. Det bör således i än högre grad än vid övriga tvångsmedel tas hänsyn till barnets ålder och mognad. När man till detta lägger den osäkerhet som behåftar varje medicinskt åldersundersökning, varför undersökningen i osäkra fall sällan kan antas få avgörande betydelse, måste det ifrågasättas om det vid en samlad bedömning kan motiveras att besluta om kroppsbesiktning i syfte att utreda straffmyndighet.

Saken ställer sig i viss mån annorlunda för straffmyndiga unga lagöverträdare. Tvångsmedelsanvändning mot personer under 18 år är omgärdad med flera begränsningar men såväl häktning som kroppsbesiktning får enligt lag användas.

Enligt författarens mening framstår det som ytterst tveksamt om tvångsmedelsanvändningen mot unga personer utan klarlagd ålder i praktiken hanteras på ett i grunden annorlunda sätt än för unga lagöverträdare i allmänhet. När det gäller häktning förefaller det som att detta tvångsmedel har kommit att användas för såväl icke straffmyndiga som för straffmyndiga men då utan de begränsningar som annars gäller för de som inte fyllt 18 år. Även om det inledande skedet av en brottsutredning präglas av att beslut måste fattas under stark

tidspress och på ett knapphändigt underlag är det viktigt att hålla i minnet de grundläggande begränsningar som alltid ska gälla vid frihetsberövanden och påtvingade kroppsliga ingrepp, vilka gör sig särskilt starkt gällande i förhållande till unga personer. Om lagföring av unga personer utan klarlagd ålder är eller förutses bli en frekvent förekommande företeelse bör en översyn av regelverket övervägas. Bestämmelserna är utformade med utgångspunkt i att den unges ålder är känd och det grundläggande skyddet mot ingrepp av ifrågavarande slag begränsar möjligheterna till en extensiv tolkning av regelverket i situationer där det råder osäkerhet i åldersfrågan.