

HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 21 december 2018

Mål nr

B 1858-18

PARTER

Klagande

AR

Ombud och offentlig försvarare: Advokat MN

Motparter

1. Riksåklagaren

Box 5553

114 85 Stockholm

2. Sekretess

Ombud och målsägandebiträde: Advokat JS

SAKEN

Försök till sexuellt övergrepp mot barn m.m.

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Svea hovrätts dom 2018-03-14 i mål B 305-17

DOMSLUT

Högsta domstolen förklarar att det som AR i åtalpunkterna 1 c och 2 a anges ha försökt göra – att via internet förmå målsäganden att genom bl.a. penetration onanera på sig själv, filma detta och sedan överföra videosekvenserna till honom – inte utgör ett handlande som omfattas av 6 kap. 6 § brottsbalken i dess lydelse före den 1 juli 2018.

Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd såvitt avser åtalet för försök till sexuellt övergrepp mot barn (del av åtalpunkterna 1 c och 2 a), påföljd och skadestånd. Hovrättens dom i övrigt står fast.

Högsta domstolen frikänner AR från åtalet för försök till sexuellt övergrepp mot barn vid två tillfällen (den 1–2 mars 2015).

Högsta domstolen undanröjer hovrättens dom såvitt avser påföljd och skadestånd samt återförvisar målet i de delarna till hovrätten för fortsatt behandling.

Högsta domstolen fastställer hovrättens sekretessförordnande.

MN ska få ersättning av allmänna medel för försvaret av AR i Högsta domstolen med 11 891 kr. Av beloppet avser 9 513 kr arbete och 2 378 kr mervärdesskatt.

JS ska få ersättning av allmänna medel för biträdet åt målsäganden i Högsta domstolen med 8 919 kr. Av beloppet avser 7 135 kr arbete och 1 784 kr mervärdesskatt.

Det ankommer på hovrätten att i samband med att målet avgörs pröva frågan om ARs ersättningsskyldighet för kostnaderna för försvararen och målsägandebiträdet i Högsta domstolen.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN M.M.

AR har yrkat att Högsta domstolen ska ogilla åtalet för försök till sexuellt övergrepp mot barn den 1 och 2 mars 2015 (del av åtalspunkterna 1 c och 2 a), bestämma påföljden till villkorlig dom och samhällstjänst samt sätta ned det skadestånd han ska betala till målsäganden till 15 000 kr. Han har i andra hand yrkat att Högsta domstolen under alla förhållanden ska bestämma påföljden till villkorlig dom och samhällstjänst eller i vart fall sätta ned fängelsestraffets längd.

Riksåklagaren och målsäganden har motsatt sig att hovrättens dom ändras.

Högsta domstolen har meddelat det prövningstillstånd som framgår av punkten 3.

DOMSKÄL

Bakgrund

1. Tingsrätten dömde AR för bl.a. försök till sexuellt övergrepp mot barn vid två tillfällen till fängelse i åtta månader. Tingsrätten bestämde också att AR skulle betala skadestånd till målsäganden med 35 000 kr jämte ränta.

Hovrätten har ändrat tingsrättens dom på så sätt att fängelsestraffets längd har satts ned till sex månader.

2. AR har godtagit domstolarnas bedömning att han på kvällen den 1 mars och in på natten den 2 mars 2015 samt på kvällen den 2 mars 2015 via internet försökt förmå målsäganden att genom bl.a. penetration onanera på sig själv, filma detta och sedan överföra videosekvenserna till honom.

Högsta domstolens prövningstillstånd

3. Högsta domstolen har, med utgångspunkt i vad hovrätten har funnit styrkt beträffande gärningarna, meddelat prövningstillstånd i frågan om – som domstolarna har funnit – den som via internet förmår någon att genom bl.a. penetration onanera på sig själv, filma detta och sedan överföra videosekvenserna till gärningsmannen, kan dömas för sexuellt övergrepp mot barn enligt 6 kap. 6 § brottsbalken (i dess lydelse före den 1 juli 2018). Frågan om prövningstillstånd i målet i övrigt har förklarats vilande.

Rättslig reglering

4. För sexuellt övergrepp mot barn enligt 6 kap. 6 § brottsbalken, i dess lydelse före den 1 juli 2018, döms den som genomför en annan sexuell handling än som avses i 4 och 5 §§ med ett barn under 15 år. Försök till sexuellt övergrepp mot barn är straffbelagt (6 kap. 15 § brottsbalken, här aktuell i dess lydelse före den 1 juli 2018).

5. Bestämmelsen om sexuellt övergrepp mot barn i 6 § tillkom i samband med 2005 års reform av sexualbrottslagstiftningen. Av lagtexten framgår att den är subsidiär till bestämmelserna i 4 och 5 §§ om våldtäkt mot barn och om sexuellt utnyttjande av barn. Bestämmelsen i 6 § ska träffa sådana sexuella handlingar som inte är så kvalificerade att de med hänsyn till kränkningens allvar är jämförliga med samlag, men förutsättningarna för ansvar är i övrigt desamma (jfr prop. 2004/05:45 s. 79 f.).

6. Genom 2005 års reform ersattes det i 6 kap. tidigare använda begreppet ”sexuellt umgänge” med ”sexuell handling”. I och med det utvidgades det straffbara området något. En sexuell handling måste inte innefatta en varaktig fysisk beröring. Avgörande för bedömningen är i stället om handlingen har en påtaglig sexuell prägel och är ägnad att tydligt kränka offrets sexuella integritet. Ett exempel på sexuell handling som anges i förarbetena är att en gärningsman onanerar åt en annan person eller förmår offret att själv onanera. Vidare anges att det straffbara området även rymmer fall då gärningsmannen förmår offret att vidta flera olika handlingar som sedda var för sig inte kvalificerar för bedömningen sexuell handling, men som sedda tillsammans och som helhet gör det. Det karakteriserande för den aktuella typen av handlingar beskrivs vara att gärningsmannen på ett eller annat sätt använder eller utnyttjar offrets kropp som ett hjälpmedel för att bereda sig själv sexuell tillfredsställelse. (Se a. prop. s. 33 f.)

7. Det handlande som är straffbart – enligt både den i målet aktuella och den nu gällande lydelsen av 6 § – är att gärningsmannen genomför en sexuell handling med ett barn. Detta uttryck – eller motsvarande uttryck – används numera i många av bestämmelserna i 6 kap. Även före den reform som trädde i kraft den 1 juli 2018 förekom uttrycket i flera av de övriga bestämmelserna i kapitlet (se de då gällande bestämmelserna om våldtäkt i 1 § andra stycket, om sexuellt tvång i 2 § andra stycket och om våldtäkt mot barn i 4 §). I förarbetena till 2005 års reform uttalas att uttrycket ska så förstås att straffansvar inträder oavsett vem som har tagit initiativet till den sexuella handlingen. Att en person förmår ett barn att själv onanera nämns som exempel på ett sådant handlande som omfattas. (Se a. prop. s. 80 och 145.)

8. I rättsfallet NJA 2015 s. 501 prövade Högsta domstolen om en handling bestående i att en man hade förmått ett barn att smeka sina bröst och onanera inför honom utgjorde ett straffbart handlande enligt bestämmelsen om sexuell

övergrepp mot barn. Kontakten mellan mannen och barnet hade ägt rum genom videosamtal på Skype. Gärningsmannen och målsäganden hade alltså inte befunnit sig på samma fysiska plats. Högsta domstolen fann att den åtalade gärningen innefattade ett straffbart handlande enligt bestämmelsen om sexuellt övergrepp mot barn.

9. Genom 2018 års reform av sexualbrottslagstiftningen har vissa språkliga ändringar gjorts i 6 §. Det nu aktuella uttrycket, att någon genomför en sexuell handling med ett barn, finns dock kvar, och någon ändring i sak är inte avsedd (se prop. 2017/18:177 s. 87 f.).

10. I det betänkande som lämnades av 2014 års sexualbrottskommitté, och som låg till grund för 2018 års reform, föreslogs att det i bl.a. 6 § första stycket skulle läggas till en mening av innebörd att bestämmelsen också omfattar det fallet att genomförandet består i att barnet utför handlingen på sig själv eller med någon annan. Förslaget syftade bl.a. till att tydliggöra att sexuella handlingar som sker t.ex. via telefon, internet eller annat medium omfattas av bestämmelsen om sexuellt övergrepp mot barn. (Se SOU 2016:60 s. 234 f.) Regeringen gick inte vidare med förslaget. Som skäl för detta angavs att det genom 2015 års rättsfall klargjorts att straffbestämmelsen om sexuellt övergrepp mot barn är tillämplig även vid övergrepp som sker på internet. I propositionen påpekas att det i lagtexten inte ställs upp något krav på att den sexuella handlingen ska ha skett inför gärningsmannen. (Se a. prop. s. 43 f. och 79.)

Straffrättens legalitetsprincip

11. Den straffrättsliga legalitetsprincipen kommer till uttryck i bl.a. 2 kap. 10 § regeringsformen och 1 kap. 1 § brottsbalken. Såvitt nu är av intresse innebär principen att tillämpningen av en straffrättslig bestämmelse inte till nackdel för den tilltalade får utsträckas över vad dess ordalydelse medger

(analogiförbudet). Legalitetsprincipen hindrar dock inte att en straffbestämmelse tolkas enligt vedertagna grundsatser så att dess rätta mening utröns. (Se t.ex. NJA 2012 s. 105, jfr Petter Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, 2 uppl. 2013, s. 45 ff., och Jack Ågren m.fl., *Straffansvar*, 10 uppl. 2018, s. 28 ff.)

12. Vid tolkningen av en straffbestämmelse är syftet med lagstiftningen – som kan framgå av förarbetena – samt praxis och uttalanden i den juridiska litteraturen viktiga hållpunkter. Straffbestämmelsens ordalydelse sätter dock den yttersta gränsen för det straffbara området och därmed en gräns för det genomslag som motivuttalanden kan få. Den påstådda gärningen ska, utan att göra våld på språket, uppfylla samtliga rekvisit i lagtexten, annars strider det mot legalitetsprincipens analogiförbud att ändå tillämpa bestämmelsen. (Jfr bl.a. ”Mordstraffskalan” NJA 2016 s. 3 p. 19.)

13. I rättsfallet NJA 2015 s. 501 uttalade Högsta domstolen att det genom lagmotiven framstod som klart att avsikten varit dels att det ska anses som en sexuell handling att en person förmår en annan att själv onanera, dels att ett sådant handlande kan uppfylla kravet i 6 kap. 6 § brottsbalken på att gärningsmannen ”genomför en ... sexuell handling ... med” ett barn. Enligt domstolen fick gärningen också anses vara omfattad av det normala betydelseområdet för uttrycket att genomföra en sexuell handling med en annan person. Följaktligen stred det inte mot legalitetsprincipen att tillämpa straffbestämmelsen på det sätt som lagstiftaren avsett.

Bedömning av frågan i prövningstillståndet

14. I det här målet har den tilltalade åtalats för att han försökt förmå målsäganden att onanera i ensamhet, filma detta och sedan skicka filmsekvenserna till honom. Till skillnad från i 2015 års rättsfall var det alltså inte fråga om att målsäganden skulle onanera inför den tilltalade. Ett annat sätt att beskriva den åtalade gärningen är att säga att den bestod i ett tidsmässigt uppdelat förlopp

där den tilltalade och målsäganden skulle vara närvarande under olika delar av förloppet. Detta förlopp skulle avslutas med att den tilltalade tog del av en film avseende den del av förloppet som främst skulle kunna kvalificera för bedömningen sexuell handling.

15. Det står klart att en handling bestående i att en person förmår någon annan att onanera på sig själv är att bedöma som en sexuell handling. Likaså är det klarlagt att det är möjligt att genomföra en sexuell handling med en annan person även på distans, via t.ex. internet. (Se NJA 2015 s. 501, jfr p. 8 och 13 i det föregående.)

16. Det framgår inte av förarbetena till 2005 års reform om lagstiftaren avsåg att händelser som sker på distans och har ett tidsmässigt uppdelat förlopp skulle omfattas av uttrycket att genomföra en sexuell handling med någon. Uttalandet om att flera olika handlingar ska kunna ses tillsammans och därigenom kvalificera för bedömningen sexuell handling kan möjligen anses indikera detta. I motsatt riktning talar emellertid att avsikten endast var att det straffbara området skulle utvidgas något i jämförelse med vad som hade omfattats av området för sexuellt umgänge, då det hade krävts varaktig fysisk beröring. (Se p. 6 och prop. 2004/05:45 s. 33 f.) Det förhållandet att det i en senare proposition och i anslutning till ett annat lagrum (se p. 10 och prop. 2017/18:177 s. 79), förekommer uttalanden som i viss mån tyder på att lagstiftaren har ansett att uttrycket ”genomför en ... sexuell handling ... med” ska kunna omfatta också handlingar av den typ som är aktuella saknar i detta fall betydelse.

17. Det kan i och för sig sägas att ett intresse som bär upp 6 § är att hindra att någon använder eller utnyttjar en annan persons kropp som ett hjälpmedel för att bereda sig själv sexuell tillfredsställelse (jfr p. 6 och prop. 2004/05:45 s. 34). Det intresset kan anses berört även i ett fall som det nu aktuella. Paragrafens ordalydelse sätter emellertid den yttersta gränsen för det straffbara området. Att genomföra en sexuell handling med någon annan måste språkligt

sett anses innefatta ett krav på att gärningsmannen är närvarande, inte på så sätt att gärningsmannen och målsäganden måste befinna sig på samma fysiska plats, utan i den bemärkelsen att gärningsmannen på något sätt deltar under den del av händelseförloppet som innehåller det agerande av målsäganden som kan kvalificera handlingen som sexuell. Att en person förmår någon annan att senare onanera i ensamhet kan därför inte – oavsett att avsikten är att händelseförloppet ska filmas och att gärningsmannen ska ta del av det sedan det avslutats – anses innebära att personen genomför en sexuell handling med den andre.

18. Den fråga som ställs i prövningstillståndet ska alltså besvaras på följande sätt. Det som AR i åtalpunkterna 1 c och 2 a anges ha försökt göra – att via internet förmå målsäganden att genom bl.a. penetration onanera på sig själv, filma detta och sedan överföra videosekvenserna till honom – utgör inte ett handlande som omfattas av 6 kap. 6 § brottsbalken i dess lydelse före den 1 juli 2018. Tilläggas kan att detsamma gäller med paragrafens nuvarande lydelse.

Övriga frågor

19. Med hänsyn till hur frågan i prövningstillståndet besvaras, ska prövningstillstånd meddelas i målet såvitt avser åtalet för försök till sexuellt övergrepp mot barn, påföljd och skadestånd. Det finns inte skäl att meddela prövningstillstånd i målet i övrigt.

20. Vad som läggs AR till last utgör inte ett straffbart handlande enligt 6 kap. 6 och 15 §§ brottsbalken i deras lydelse före den 1 juli 2018 (se p. 18). AR ska därför frikännas från åtalet för försök till sexuellt övergrepp mot barn.

21. Prövningen av vilken påföljd som AR ska få för de brott som han har dömts för av hovrätten samt storleken på det skadestånd han ska betala till

målsäganden bör ske i hovrätten. Målet i dessa delar bör därför återförvisas dit för fortsatt behandling.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Gudmund Tojjer, Ann-Christine Lindeblad, Johnny Herre, Petter Asp och Malin Bonthron (referent)
Föredragande justitiesekreterare: Elin Dalenius