

HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 15 juni 2012

Mål nr

B 990-11

KLAGANDE

SL

Ombud och offentlig försvarare: Advokat LS

MOTPART

Riksåklagaren

Box 5553

114 85 Stockholm

SAKEN

Barnpornografibrott

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Svea hovrätts dom 2011-01-28 i mål B 6389-10

DOMSLUT

Högsta domstolen ogillar åtalet.

Yrkandet om förverkande av hårddiskar lämnas utan bifall. Beslaget hävs (Polismyndigheten i U län; beslag nr 2009-0300-BG3663 p. 3:2, 5:2 och 5:3 samt beslag nr 2009-0300-BG3675 p. 1).

SL befrias från skyldigheten att betala avgift enligt lagen (1994:419) om brottsofferfond och från skyldigheten att återbetala kostnad för försvaret i tingsrätten.

För försvaret av SL i Högsta domstolen tillerkänns LS ersättning av allmänna medel med 19 456 kr. Denna kostnad ska stanna på staten. Av beloppet avser 14 460 kr arbete, 1 105 kr tidsspillan och 3 891 kr mervärdesskatt.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

SL har yrkat att Högsta domstolen ogillar åtalet och som en följd av detta befriar honom från skyldigheten att återbetala kostnader för försvaret i tingsrätten.

Riksåklagaren har motsatt sig att domen ändras.

DOMSKÄL

Domstolarnas bedömningar och gällande rätt

1. SL dömdes av tingsrätten för barnpornografibrott, ringa brott, bestående i innehav av 51 s.k. mangateckningar som han hade förvarat i sin dator. Hovrätten dömde honom för barnpornografibrott, ringa brott, bestående i innehav av 39 teckningar. Frågan i Högsta domstolen är om innehavet av de 39 teckningarna är brottsligt.

2. Enligt 16 kap. 10 a § första stycket 5 brottsbalken, i den lydelse som är aktuell i målet, ska den som innehar en pornografisk bild av barn dömas för barnpornografibrott. Enligt andra stycket är ett barn i paragrafens mening en person vars pubertetsutveckling inte är avslutad eller som är under 18 år. Om pubertetsutvecklingen är avslutad krävs för straffrättsligt ansvar, enligt den lydelse av paragrafen som är aktuell, att det framgår av bilden och omständigheterna kring den att personen är under 18 år. Enligt femte stycket i paragrafen ska en gärning inte utgöra brott om den med hänsyn till omständigheterna är försvarlig.

Teckningar enligt lagmotiven m.m.

3. Av förarbetena till straffbestämmelsen framgår att även teckningar med barnpornografiskt innehåll är avsedda att omfattas av kriminaliseringen. Detta framgår indirekt även därav att det i lagtexten görs ett uttryckligt undantag för bl.a. egenhändigt gjorda teckningar som inte är avsedda att göras tillgängliga för andra. Ett argument för att låta kriminaliseringen omfatta även tecknade bilder var att det inte kunde uteslutas att levande barn hade använts som modeller. I första hand åberopades dock att pornografiska bilder är kränkande för barn över huvud taget (se prop. 1978/79:179 s. 8). I samband med att innehav av barnpornografi kriminaliserades anfördes dessutom att bilder kan tänkas bli använda för att locka barn till sexuella handlingar (se prop. 1997/98:43 s. 65).

Teckningarna i målet

4. De aktuella teckningarna föreställer fantasifigurer. Det är dock tydligt att det är fråga om avbildningar av mänskliga varelser, och i den bemärkelsen kan otvetydigt sägas att det är bilder av människor. Bilderna föreställer, med den utgångspunkten, barn vars pubertetsutveckling inte har avslutats. Barnen är

helt eller delvis nakna och framställs på ett sådant sätt att det måste anses vädja till sexualdriften. På de flesta bilderna är könet synligt och på några bilder utförs sexuella handlingar. Teckningarna får anses pornografiska.

5. En av teckningarna (g24.jpg) skiljer sig från de övriga genom att barnet på bilden har drag som framstår som verkliga. Även i övrigt måste teckningen anses verklighetstrogen.

Bedömning utifrån straffbestämmelsen

6. Bestämmelsen om barnpornografibrott har enligt sin ordalydelse och de definitioner som använts getts ett vidsträckt tillämpningsområde, inte minst när det gäller teckningar. Det har i förarbetena angetts att även bilder som inte är verklighetstroga kan omfattas av det straffbara området (prop. 1997/98:43 s. 74). Någon diskussion har inte förts om en åtskillnad i straffbarhetshänseende mellan olika slags teckningar, exempelvis mellan teckningar som utgör avbildningar av ett verkligt övergrepp och teckningar av fantasifigurer med mänskliga drag.

7. När det gäller avbildningar av verkliga barn har dock lagstiftaren manat till försiktighet vid tolkningen av bestämmelsen för att det straffbara området inte ska bli alltför vidsträckt eller svårbestämt. I förarbetena uttalas att avsikten inte är att straffbelägga all avbildning av nakna barn eller alla bilder där barns könsorgan kan urskiljas, även om sådana bilder skulle kunna stimulera en del människors sexualdrift (se prop. 1978/79:179 s. 9 och prop. 1997/98:43 s. 82). En rimlig slutsats är att en motsvarande försiktighet vid tolkningen av bestämmelsen måste iaktas i fråga om teckningar och andra avbildningar som inte avser verkliga barn. Inte minst när det gäller fantasiteckningar eller seriefigurer är det vanskligt att göra klara avgränsningar av om bilderna ska träffas av straffansvar.

8. Europeiska unionen antog år 2011 ett direktiv (2011/93/EU) om bekämpande av sexuella övergrepp mot barn, sexuell exploatering av barn och barnpornografi samt om ersättande av rådets rambeslut 2004/68/RIF. I artikel 2 i direktivet, som är ett s.k. minimidirektiv, definieras barnpornografi, såvitt nu är i fråga, som verklighetstroga bilder av ett barn som medverkar i en handling med uttrycklig sexuell innebörd eller verklighetstroga bilder av ett barns könsorgan för i första hand sexuella syften. Under utarbetandet av direktivet var det oklart huruvida överkliga karaktärer som t.ex. seriefigurer skulle omfattas av definitionen av barnpornografi. Kommissionen noterade att det gemensamma målet var att kriminalisera endast bilder som återger verklighet (2010/0064/COD dok.nr 10335/1/10 REV 1). Direktivet utformades också i överensstämmelse med detta mål.

9. Visserligen har det i svensk rätt inte gjorts någon skillnad mellan verklighetstroga teckningar och sådana som föreställer fantasifigurer. När det gäller verklighetstroga teckningar gör sig emellertid skyddsintresset gällande på ett tydligare sätt. Sådana får utan tvivel anses omfattade av straffbestämmelsen.

10. Den bild som måste bedömas som verklighetstrogen (se p. 5) omfattas därför av straffbestämmelsen. Då återstår att pröva om SLs innehav av bilden har varit försvarligt (se p. 26).

11. Som tidigare har konstaterats kan beträffande övriga 38 teckningar i och för sig sägas att de utgör avbildningar av barn (se p. 4). Men samtidigt rör det sig om fantasifigurer och det är uppenbart att det inte är fråga om avbildningar av några verkliga barn. Det skyddsintresse som bär upp bestämmelsen om barnpornografi är därför uttunnat i fråga om dessa bilder (jfr beträffande anspelningspornografi prop. 1997/98:43 s. 103 f.).

12. Utifrån den angivna bakgrunden kan avgränsningen av straffbestämmelsens tillämpningsområde anses oklar i förhållande till de nu aktuella 38 teckningarna. Tolkningen av straffbestämmelsen måste då i ett fall som detta ske även med beaktande av grundläggande principer om yttrandefrihet och informationsfrihet.

Yttrandefrihet och informationsfrihet

13. En prövning av om det skulle innebära en otillåten begränsning i yttrandefriheten och informationsfriheten att fälla SL för innehav av de aktuella 38 teckningarna bör i första hand göras enligt regeringsformen.

14. Yttrandefriheten är enligt 2 kap. 1 § första stycket 1 regeringsformen frihet att bl.a. i bild ”uttrycka tankar, åsikter och känslor”. Informationsfriheten är enligt 2 kap. 1 § första stycket 2 frihet bl.a. att ”ta del av andras yttranden”. Enligt 2 kap. 20 § får yttrandefriheten och informationsfriheten begränsas genom lag. Enligt 2 kap. 21 § får en begränsning i friheten göras endast för att tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle. Begränsningen får ”aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den” (den s.k. proportionalitetsprincipen) och ”inte heller sträcka sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar”. Enligt 2 kap. 23 § får yttrandefriheten och informationsfriheten inskränkas bl.a. ”om särskilt viktiga skäl föranleder det”. Enligt andra stycket i paragrafen ska särskilt beaktas vikten av vidaste möjliga yttrandefrihet och informationsfrihet i bl.a. kulturella angelägenheter. – I Europakonventionen finns regler om yttrandefrihet i artikel 10.

15. En prövning enligt regeringsformen bör göras i flera steg med utgångspunkt i de nyss nämnda bestämmelserna i 2 kap. 20, 21 och 23 §§ (jfr NJA

2007 s. 805). Den första frågan är därvid om en fällande dom över huvud taget skulle innebära en begränsning i yttrande- och informationsfriheten. Om så är fallet är frågan om begränsningen har skett genom lag och huruvida begränsningen tillgodoser ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle, varvid det ska undersökas om det finns stöd för begränsningen i 2 kap. 23 §. Om svaret då är ja, är frågan om begränsningen går utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den eller om den sträcker sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar.

16. Det är i detta fall klart att en fällande dom skulle utgöra en inskränkning i den tilltalades informationsfrihet. Vad gäller kravet på lagstöd innebär detta bl.a. att lagen ska ha varit tillgänglig för den som berörs och att denne har haft möjlighet att förutse dess konsekvenser. Som tidigare nämnts är det inte klart huruvida straffbestämmelsen ska anses omfatta de aktuella teckningarna. Det är emellertid inte ovanligt att en lagregel är utformad med termer som kan vara vaga till sin innebörd. Att den närmare innebörden i sådana fall beror på tolkningen och tillämpningen i rättspraxis utesluter inte att ingripanden som företas med tillämpning av sådan lagstiftning uppfyller kravet på lagstöd.

17. En fällande dom i målet ligger inom ramen för en möjlig tolkning av bestämmelsen om barnpornografibrott. Kravet på lagstöd utgör därför inte något hinder mot en fällande dom.

18. Frågan om kravet på ett legitimt ändamål med kriminaliseringen av barnpornografibrottet har behandlats i lagens förarbeten. Där anges, såvitt avser regeringsformen, att särskilt viktiga skäl motiverar begränsningen av yttrandefriheten och informationsfriheten (se prop. 1978/79:179 s. 8; jfr prop. 2009/10:70 s. 28). I förarbetena till straffbestämmelsen anges att syftet med kriminaliseringen är att skydda barn och unga (prop. 1997/98:43 s. 65 f.). Straffbestämmelsen om barnpornografibrott är utan tvivel motiverad av sådana

särskilt viktiga skäl som tillåter att yttrandefriheten och informationsfriheten begränsas.

19. När det gäller proportionalitetsprincipen är frågan om den begränsning i yttrandefriheten och informationsfriheten som en fällande dom skulle innebära går utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den.

20. Yttrandefriheten och informationsfriheten är grundläggande för ett demokratiskt samhälle. Möjligheterna till undantag från dessa friheter måste ges en restriktiv tolkning och behovet av begränsningar måste redovisas på ett övertygande sätt.

21. De nu aktuella teckningarna är mangateckningar. Sådana har en stark förankring i den japanska kulturen och har även spritt sig över världen. Även om teckningarna knappast är sådana att de tydligt ryms under begreppet konst, har vissa av dem konstnärliga drag.

22. De skäl som lagstiftaren åberopade för kriminaliseringen av barnpornografi var, som tidigare sagts, att barn skulle skyddas mot möjliga bakomliggande övergrepp och att barnpornografiska bilder kan användas för att förleda barn att delta i sexuella handlingar. Vidare angavs som ändamål att skydda mot de kränkningar av barn i allmänhet som barnpornografiska framställningar innebär. Det sistnämnda anfördes också som skäl för att låta kriminaliseringen omfatta även teckningar. Det angavs också att teckningar kan avbilda ett verkligt barn.

23. Även om de aktuella 38 bilderna kan framstå som stötande torde risken för identifikation och därmed också risken för kränkning av barn i allmänhet vara väsentligt mycket mindre beträffande sådana bilder än i fråga om realistiska avbildningar med sexuellt innehåll. När det gäller de aktuella bilderna framstår

det som givet att det inte rör sig om något verkligt övergrepp. Att det över huvud taget förekommer pornografiska teckningar med motiv som kan föra tankarna till barn är knappast en sådan kränkning av barn i allmänhet att det motiverar den förhållandevis långtgående inskränkning i yttrandefriheten och informationsfriheten som det skulle innebära om orealistiska sådana teckningar utan undantag kriminaliserades. Inte heller det skäl som består i att man vill undgå risken att barn ska kunna förledas att delta i sexuella handlingar motiverar en sådan begränsning. Till detta kommer att mangateckningar har en stark förankring i den japanska kulturen och att det mot den bakgrunden finns skäl att beakta vikten av vidaste möjliga yttrandefrihet och informationsfrihet.

24. Det anförda leder till slutsatsen att en kriminalisering av innehav av de 38 nu berörda teckningarna skulle gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som har föranlett straffbestämmelsen. Vid en tolkning i överensstämmelse med regeringsformen kan straffbestämmelsen därmed inte anses omfatta innehav av dessa teckningar.

25. Med den utgångspunkten finns det inte någon anledning att undersöka i vad mån det skulle komma i konflikt med Europakonventionen att straffbelägga innehav av sådana teckningar.

Har innehavet av den 39:e teckningen varit försvarligt?

26. Det har framkommit i målet att SL är expert på japansk kultur, inte minst mangateckningar. Han har bott i Japan i flera år och har arbetat bl.a. som översättare av mangaserier. Han har haft stora mängder mangateckningar i sin dator. Mot den bakgrunden måste hans innehav av en enda teckning, som i och för sig är sådan att innehav av den annars vore straffbart, anses försvarligt.

Slutsatser

27. På grund av det anförda ska SL frikännas. Åklagarens förverkandeyrkande avseende hårddiskar ska ogillas och beslaget hävas. Skyldigheten att betala avgift enligt lagen (1994:419) om brottsofferfond ska upphävas. SL ska vidare befrias från skyldigheten att ersätta försvararkostnad i tingsrätten.

Sekretess

28. Med den angivna utgången finns det inte något stöd för att upprätthålla sekretessen beträffande de 38 teckningar som inte bedömts rymmas under straffbestämmelsen. Någon sekretess ska alltså inte längre gälla beträffande dessa. Av 43 kap. 5 § första stycket offentlighets- och sekretesslagen följer att 18 kap. 15 § första stycket samma lag även fortsättningsvis är tillämplig i fråga om den bild beträffande vilken innehav i och för sig är straffbart.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Marianne Lundius,
Ann-Christine Lindeblad, Göran Lambertz (referent), Agneta Bäcklund och
Svante O. Johansson
Föredragande justitiesekreterare: Marie Göransson