



Högsta domstolen
Box 2066
103 12 Stockholm

Överklagande av en hovrättsdom – kränkande fotografering

Klagande (Åklagare)

Riksåklagaren
Box 5553
114 85 Stockholm

Klagande (Målsägande)

Se målsägandeförteckning (bilaga)

Riksåklagaren för talan

Motpart

TV

Ombud och offentlig försvarare: Advokaten HÖ

Överklagade avgörandet

Svea hovrätts dom den 2 september 2016 i mål B 5836-16

Yrkanden

Jag yrkar att TV ska dömas även för kränkande fotografering vid 30 tillfällen (åtalspunkterna 2.3, 2.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.10, 3.11, 4.5, 4.6, 5.3, 6.3, 6.6, 8.3, 8.4, 9.3, 9.4, 10.3, 12.7, 13.5, 14.3, 14.4, 14.5, 16.3, 16.4, 21.7, 21.8, 22.3, 23.2, 23.3, 23.4) till en strängare påföljd samt att i åtalspunkterna berörda målsägande ska tillerkännas yrkade skadestånd.

Frågorna i målet

De frågor som enligt min uppfattning är av intresse ur prejudikatsynpunkt är dels om ett undersökningsrum på en läkarmottagning m.m. omfattas av rekvisitet ”annat liknande utrymme” i 4 kap. 6 a § brottsbalken, dels hur i övrigt det straffbara området enligt bestämmelsen ska avgränsas.

Jag föreslår att Högsta domstolen, med utgångspunkt i vad hovrätten funnit styrkt beträffande gärningarna enligt åtalspunkterna 2.3, 2.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.10, 3.11, 4.5, 4.6, 5.3, 6.3, 6.6, 8.3, 8.4, 9.3, 9.4, 10.3, 12.7, 13.5, 14.3, 14.4, 14.5, 16.3, 16.4, 21.7, 21.8, 22.3, 23.2, 23.3 och 23.4, meddelar prövningstillstånd i frågan om hur gärningarna straffrättsligt ska bedömas (prejudikatfråga). Frågan om prövningstillstånd i målet i övrigt bör förklaras vilande.

Om Högsta domstolen kommer fram till att TV ska dömas även för kränkande fotografering bör prövningstillstånd meddelas även i fråga påföljd och skadestånd.

Bakgrund

TV åtalades för bland annat 30 fall av kränkande fotografering. Den övriga brottsligheten som TV åtalades för avsåg flera fall av grovt utnyttjande av barn för sexuell posering, försök till utnyttjande av barn för sexuell posering, grovt barnpornografibrott, barnpornografibrott och sexuellt övergrepp mot barn.

De aktuella åtalspunkterna avser sammanlagt 30 fall av kränkande fotografering, innefattande att TV, som vid gärningstillfällena var legitimerad läkare, olovligen i hemlighet, med en pennkamera eller liknande, tagit upp bilder av sjuksköterskor, vårdnadshavare och andra till patienten medföljande när dessa befunnit sig inomhus i ett tillslutet rum avsett för läkarundersökningar. Filmandet av patienterna omfattades av åtalet för grovt utnyttjande av barn för sexuell posering.

Tingsrätten dömde TV för kränkande fotografering vid 30 tillfällen, sexuellt övergrepp mot barn i sin lydelse före den 1 juli 2013 vid två tillfällen, ett flertal fall av grovt utnyttjande av barn för sexuell posering, försök till utnyttjande av barn för sexuell posering, ett flertal fall av grovt barnpornografibrott samt barnpornografibrott till fängelse i fyra år. Tingsrätten tillerkände vissa av målsägandena avseende kränkande fotografering skadestånd, dock inte med yrkade belopp samt ogillade skadeståndstalan avseende vissa av målsägandena i denna del.

Tingsrätten fann det ställt utom rimligt tvivel att TV agerat på sätt som angivits i åtalet. Vidare konstaterades att filmandet skett med tekniskt hjälpmedel i hemlighet samt att det inte varit försvarligt att filma såsom TV gjort.

Vad gällde frågan om ett rum för läkarundersökningar skulle anses omfattas av bestämmelsen om kränkande fotografering anförde tingsrätten att ett stängt undersökningsrum på en läkarmottagning eller vårdinrättning klart skulle innefattas i begreppet *annat liknande utrymme* i bestämmelsen om kränkande fotografering (4 kap. 6 a § första stycket brottsbalken). Motiveringen härtill var att det var frågan om en plats dit inte vem som helst har tillträde, att patienterna och andra medföljande i ett sådant rum förväntar sig att man som patient ska kunna visa upp sin nakna kropp och öppet tala om ytterst känsliga frågor samt att besökare i ett sådant undersökningsrum inte för sitt liv skulle kunna tro att

de kunde bli smygfilmade. Enligt tingsrätten var filmningarna heller inte försvarliga.

Såväl åklagaren som TV överklagade domen. TV yrkade bland annat att hovrätten skulle frikänna honom från åtalet för kränkande fotografering och att fängelsestraffet skulle sättas ned. Åklagaren bestred ändringsyrkandet och yrkade att hovrätten skulle bestämma påföljden till ett längre fängelsestraff än vad tingsrätten gjort samt att målsägandena skulle tillerkännas yrkade skadestånd.

Hovrätten delade tingsrättens bedömning fullt ut såvitt avsåg vad som var utrett i målet. När det gällde frågan om tillslutna rum avsedda för läkarmottagningar på olika skolor eller vårdcentraler skulle omfattas av lagtextens begrepp *annat liknande utrymme* ansåg hovrätten att så inte var fallet. Motiveringen härtill var att det, mot bakgrund av den restriktiva hållning som lagstiftaren gett uttryck för gällande lagens tillämpningsområde, skulle vara en allt för långtgående tolkning att anse de nu aktuella platserna som *annat liknande utrymme*.

Hovrätten frikände TV från åtalet för kränkande fotografering vid 30 tillfällen, ogillade målsägandena i dessa delars skadeståndstalan och bestämde fängelsestraffets längd till tre år.

Grunderna för min inställning

Brottet kränkande fotografering infördes den 1 juli 2013 (4 kap. 6 a § brottsbalken). Samtidigt infördes i 4 kap. 11 § brottsbalken en särskild åtalsprövningsregel som innebär att åtal för kränkande fotografering bara får väckas om målsäganden anger brottet till åtal eller om åtal är påkallat från allmän synpunkt.

Kriminaliseringen tar sikte på sådan fotografering som innebär ett intrång i den fredade sfär som enskilda bör ha rätt till i förhållande till andra enskilda. För straffansvar krävs att fotograferingen skett olovligen. Vidare krävs att fotograferingen skett i hemlighet och att den fotograferade befunnit sig på en plats som tillhör hans eller hennes privata miljö eller som annars är avsedd för särskilt privata förhållanden, dvs. inomhus i en bostad eller på en toalett, i ett omklädningsrum eller ett annat liknande utrymme. Straffet är böter eller fängelse i högst två år. Om gärningen med hänsyn till syftet och övriga omständigheter är försvarlig döms det dock inte till ansvar. (Prop. 2012/13:69.)

I förarbetena (a. prop. s. 27) anges att toaletter, omklädningsrum och liknande utrymmen, t.ex. provhytter, duschrum och bastu är sådana platser där ett skydd mot kränkande fotografering är motiverat. Det anförs att dessa utrymmen är avsedda för mycket privata förehavanden, som användning av toaletten, av- och påklädning, duschning och liknande, varför fotografering på sådana platser får anses kränkande med följd att dessa platser bör omfattas av kriminaliseringen.

Enligt regeringen kunde det inte uteslutas att avgränsningen till vissa platser skulle kunna ge upphov till tillämpningsproblem. Med hänsyn till kravet på förutsägbarhet var det enligt regeringen dock nödvändigt med en snäv och tydlig avgränsning av det straffbara området (a. prop. s. 26.)

I fråga om hur det straffbara området i övrigt skulle avgränsas framhöll regeringen att en bestämmelse som omfattar all olovlig fotografering på de i lagtexten angivna platserna skulle riskera att få ett alltför vitt tillämpningsområde. En sådan straffbestämmelse skulle nämligen innebära att all fotografering i privata miljöer förbjuds och därmed även kunna träffa fotografering som framstår som förhållandevis harmlös. Enligt regeringens mening var detta inte en godtagbar ordning. Någon form av begränsning av straffansvaret till de allvarligaste fallen var enligt regeringen därför nödvändig. Ett sätt att åstadkomma en begränsning kunde enligt regeringen då vara att för straffbarhet kräva att fotograferingen ska vara ägnad att kränka, eller allvarligt kränka, den fotograferades personliga integritet. Ett sådant rekvisit infördes dock inte. Istället ansåg regeringen att rekvisitet ”*i hemlighet*” och att *försvarlig fotografering* undantas torde vara tillräckligt för att avgränsa det straffbara området (a. prop. s. 27 f).

I fråga om att försvarlig fotografering skulle undantas från det straffbara området uttalade regeringen bl.a. följande (a. prop. s. 30 f.)

Den ovan föreslagna avgränsningen av kriminaliseringen täcker enligt regeringens mening sådan integritetskränkande fotografering som i princip ska vara straffbar. Som anförts ovan (se avsnitt 4.3) måste det dock finnas möjlighet - bl.a. med hänsyn till krav på proportionalitet vid inskränkningar i grundläggande fri- och rättigheter enligt RF och Europakonventionen - att i undantagssituationer i det enskilda fallet undgå straffansvar. Vid bedömningen av vilka begränsningar som kan accepteras när det gäller inskränkningar som görs i yttrande- och informationsfriheten måste särskilt beaktas informations- och yttrandefriheten i politiska, religiösa, fackliga, vetenskapliga och kulturella angelägenheter (2 kap. 23 § andra stycket RF).

Trots att kriminaliseringen med regeringens förslag begränsas till sådan integritetskränkande fotografering som inte ska behöva tålas, finns det vissa situationer där den som fotograferar kan anses ha ett berättigat intresse av att göra det. I likhet med vad som föreslagits i promemorian och av Integritetsskyddskommittén anser därför regeringen att det bör införas ett undantag från straffansvaret för en gärning som med hänsyn till syftet och övriga omständigheter är försvarlig. En avgränsning av detta slag är väl etablerad i strafflagstiftningen (jfr t.ex. 5 kap. 1 § och 16 kap. 10 b och c §§ brottsbalken).

Vid prövningen av om gärningen är försvarlig får en helhetsbedömning göras i det enskilda fallet. Fotograferingens syfte ska vägas mot den enskildes intresse av skydd mot kränkande fotografering. I det sammanhanget bör, som föreslås i promemorian, sådana omständigheter som att fotograferingen sker som ett led i nyhetsförmedling, t.ex. för publicering i ett grundlagsskyddat medium, eller i något annat sammanhang av samhällselig intresse vara av stor betydelse. Det kan t.ex. gälla fotografering i syfte att i massmedier kunna visa på missförhållanden i samhället, såsom vanskötsel vid drift av äldreboenden eller i familjehem. Också fotografering i syfte att

dokumentera bevisning om ett pågående brott, t.ex. barn som utsätts för kränkningar i sina hem, kan vara försvarlig. Sådan fotografering som nu nämnts kan behöva ske i hemlighet för att över huvud taget komma till stånd. Det saknar i sammanhanget betydelse om det är en yrkesfotograf, en journalist eller någon annan som fotograferar. Även fotografering som med hänsyn till syftet och övriga omständigheter är fullständigt harmlös kan vara försvarlig.

Begränsningar i yttrande- och informationsfriheten får, som nämnts ovan, endast göras med beaktande av vikten av vidaste möjliga yttrande- och informationsfrihet i bl.a. vetenskapliga och kulturella angelägenheter. Mot denna bakgrund anser regeringen i likhet med vad som anförs i promemorian att det vid bedömningen av om gärningen är försvarlig även bör kunna beaktas om fotograferingen utgör ett inslag i vetenskapligt arbete eller låter sig försvaras av konstnärliga hänsyn. I de allra flesta fall torde dock den enskildes intresse av skydd mot olovlig fotografering som sker i hemlighet på de angivna platserna väga tyngre än något av nämnda intressen. Utrymmet för att bedöma kränkande fotografering som sker i vetenskapligt eller kulturellt syfte som försvarlig torde därför vara mycket litet.

Regeringen föreslår följaktligen att från straffansvaret ska undantas en gärning som med hänsyn till syftet och övriga omständigheter är försvarlig.

Min bedömning

Till skillnad från hovrätten anser jag att ett rum avsett för läkarundersökning är ett utrymme som har en liknande karaktär som de i lagtexten och i förarbetena angivna utrymmena. Ett rum för läkarundersökningar är ett utrymme till vilket inte vem som helst har tillträde och där en patient regelmässigt förväntas kunna visa upp sin nakna kropp. Precis som toaletter, omklädningsrum, provhytter, duschrum och bastu måste ett rum för läkarundersökningar anses vara ett utrymme där man kan förvänta sig en fredad sfär.

Ett rum för läkarundersökningar, oavsett om rummet är beläget på en skola eller vårdinrättning, måste därför anses vara ett sådant utrymme som faller in under begreppet *annat liknande utrymme* i bestämmelsen om kränkande fotografering.

Genom hovrättens dom har enligt min mening begreppet *annat liknande utrymme* fått en alltför snäv och avgränsad tolkning. En sådan tolkning medför också att andra liknande utrymmen avsedda för undersökning eller behandling av privatpersoner, till exempel ett behandlingsrum för skönhetsingrepp, inte heller kommer att omfattas av det straffbara området för kränkande fotografering. Att straffbestämmelsens straffbara utrymme ges en sådan snäv tolkning kan *dels* inte ligga i linje med lagstiftarens avsikt, *dels* inte stå i överensstämmelse med Europakonventionens (artikel 8) krav på rätt till respekt för privatlivet.

Enligt min uppfattning bör Högsta domstolen således slå fast att ett undersökningsrum för patienter på en läkarmottagning eller liknande mottagning faller in under rekvisitet *annat liknande utrymme* i 4 kap. 6 a § brottsbalken.

Frågan är då om övriga förutsättningar för straffansvar är uppfyllda.

Jag instämmer i hovrättens bedömning att filmupptagningarna skett olovligen med tekniskt hjälpmedel i form av en spionkamera dold i en penna samt att de skett i hemlighet. Det är också uppenbart att dessa omständigheter täcks av TVs uppsåt.

TVs brottslighet har primärt riktats mot de i smyg filmade barnen. Det är tydligt att lagstiftarens avsikt varit att kriminalisera sådan fotografering som innebär ett intrång i den fredade sfär som enskilda bör ha rätt till i förhållande till andra enskilda. Att en patient som genomgår en läkarundersökning omfattas av det skyddsintresse för vilket kriminaliseringen är avsedd torde vara givet. Det kan emellertid ifrågasättas om medföljande anhöriga eller, framförallt, vårdpersonalens intresse av att inte fotograferas eller filmas i hemlighet kan anses omfattas av syftet med kriminaliseringen.

I fråga om avgränsningen av det straffbara området har regeringen uttalat bl.a. följande. (a. prop. s. 29 f).

Att i hemlighet bli fotograferad på någon av de i bestämmelsen särskilt angivna platserna får, enligt regeringens uppfattning, anses utgöra ett sådant intrång i den fotograferades personliga integritet som han eller hon normalt bör vara fredad från. Trots det kan det ifrågasättas om en straffbestämmelse med en sådan avgränsning skulle kunna riskera att omfatta även fotografering som i vissa fall skulle kunna uppfattas som harmlös. Exempel på sådana fall skulle kunna vara familjemedlemmar som i hemlighet fotograferar andra familjemedlemmar i vardagliga situationer. Det finns därför anledning att överväga om det krävs någon ytterligare avgränsning av bestämmelsen trots att bestämmelsen är begränsad till olovlig fotografering som sker i hemlighet. Med hänsyn till att det för straffbarhet krävs uppsåt till såväl att fotograferingen sker i hemlighet i förhållande till den fotograferade som att den sker olovligen, dvs. utan samtycke, torde det dock röra sig om få fall av fotografering på sådana platser som tillhör den enskildes privata sfär som skulle betraktas som harmlösa. Som en jämförelse kan nämnas att straffbestämmelsen om olovlig avlyssning inte har någon "ventil" vare sig i form av ett kränkingsrekvisit eller på annat sätt. Till det kommer, som utvecklas nedan, att det från straffansvar föreslås ett undantag för sådan fotografering som är försvarlig. Därutöver bör framhållas att en särskild åtalsprövningsregel föreslås, vilken begränsar åklagarens åtalsplikt avseende kränkande fotografering eller förberedelse till sådant brott till fall då målsäganden anger brottet till åtal eller då åtal är påkallat från allmän synpunkt. På så sätt bör resultat som kan framstå som oskäliga kunna undvikas. Det nu anförda innebär sammanfattningsvis att en ytterligare avgränsning av bestämmelsen är överflödigt.

Straffbestämmelsen är således inte avgränsad till att avse en viss personkrets. Det är heller inte ett krav att gärningen ska ha varit ägnad att kränka den fotograferades integritet. Det saknar därvid också betydelse vad bilden (eller filmen) innehåller. Samtidigt ska det inte dömas till ansvar om gärningen med hänsyn till syftet och övriga omständigheter varit försvarlig.

Bedömningen av om en gärning varit försvarlig och därmed straffri ska ske efter en helhetsbedömning i det enskilda fallet. Vid denna bedömning ska det intresse som fotografen företräder vägas mot den enskildes intresse av skydd mot kränkande fotografering. I förarbetena nämns som exempel att fotografering som med hänsyn till syftet och övriga omständigheter är fullständigt harmlös kan vara försvarlig (a. prop. s. 31 och 41).

Vårdpersonal och medföljande anhörigas intresse av att inte bli filmade i smyg, trots att de i och för sig befinner sig i ett skyddat utrymme, torde i harmlösa fall inte omfattas av det straffrättsliga skyddet. I detta fall har dock det enda syftet med filmningarna varit att framställa barnpornografiskt material. Under sådana förhållanden anser jag inte att gärningarna kan anses försvarliga. Samtliga målsäganden har angett brotten till åtal. Jag kan därför inte se att det skulle finnas någon grund för att anse gärningarna straffria.

TV bör enligt min uppfattning således dömas även för 30 fall av kränkande fotografering.

Prövningstillstånd

Enligt 54 kap. 10 § första stycket 1 rättegångsbalken får prövningstillstånd meddelas om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta domstolen (prejudikatdispens). För att bevilja prövning enligt denna punkt krävs alltså att ett avgörande av Högsta domstolen blir av generell betydelse för bedömningen av framtida mål som innehåller liknande frågeställningar.

Högsta domstolen har ännu inte prövat ett mål beträffande kränkande fotografering och därmed inte heller prövat hur begreppet *annat liknande utrymme* ska tolkas. Hovrätten för Övre Norrland har i en dom konstaterat att ett väntrum på en ungdomsmottagning dit allmänheten haft tillträde inte kunde omfattas av begreppet *annat liknande utrymme* (se Hovrätten för Övre Norrlands dom den 27 juni 2014 i mål B 189-14).

Det har kommit till min kännedom att TV har överklagat hovrättens dom med yrkande om att åtalen för utnyttjande av barn för sexuell posering ska ogillas, på den grunden att rekvisitet ”sexuell posering” inte kan anses uppfyllt. Enligt vad hovrätten antecknat har TV medgivit att han agerat på det sätt som anges i åtalet, vilket enligt hovrätten även fick ett entydigt stöd i utredningen. Målet i hovrätten kom därför till stor del att handla om olika rättsliga frågor, såsom huruvida gärningarna är straffbara enligt de åberopade straffbestämmelserna och om de i så fall skulle rubriceras som grova brott eller inte.

Hovrätten har när det gäller åtalen för utnyttjande av barn för sexuell posering uttalat bl.a. följande (domen s. 7).

Inget annat är påstått än att TV i de aktuella fallen utfört korrekta läkarundersökningar av barnen och att hans instruktioner till barnen att ta fram sina könsorgan samt den beröring som skett har varit medicinskt motiverade. TVs syfte med att smygfilma dessa handlingar har dock endast varit att framställa barnpornografiskt material. Hans uppmaningar till barnen att blotta sitt könsorgan och i förekommande fall beröra eller låta TV beröra könsorganet samtidigt som han i hemlighet framställt barnpornografiskt material, medför att handlingarna haft en sådan sexuell innebörd som avses i lagtexten. Det har således i samtliga åtalade fall varit fråga om en sexuell posering som TV såväl främjat som utnyttjat. Hovrätten finner därför att samtliga åtal för utnyttjande av barn för sexuell posering är styrkta.

Även om jag instämmer i hovrättens bedömning kan jag konstatera att frågan om poseringsrekvisitet i detta fall kan anses uppfyllt inte är alldeles helt givet. Det ska därvid noteras att Hovrätten för Nedre Norrland i ett avgörande den 10 april 2015 (mål B 1449-14) funnit att poseringsrekvisitet inte var uppfyllt, varför åtalet för utnyttjande av barn för sexuell posering ogillades. Enligt min uppfattning finns det ett prejudikatintresse även i denna fråga.

Om Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd med anledning av TVs överklagande och åtalen för utnyttjande av barn för sexuell posering därvid skulle ogillas aktualiseras frågan om gärningarna istället kan rubriceras som kränkande fotografering i enlighet med åklagarens andrahandsyrkanden. Vid sådant förhållande skulle det enligt min mening vara en fördel om även åtalet i den del som ogillats i hovrätten kan prövas av Högsta domstolen. Mitt överklagande syftar alltså i första hand till att skapa förutsättningar för Högsta domstolen att belysa de aktuella prejudikatfrågorna i hela dess vidd.

Det finns emellertid även självständiga skäl för att bevilja prövningstillstånd med avseende på den del av målet som omfattas av mitt överklagande. Frågan om avgränsningen av straffansvaret för kränkande fotografering var föremål för omfattande diskussion inom ramen för det lagstiftningsarbete som föregick straffbestämmelsen. Diskussionen rörde bland annat förhållandet till grundlagsskyddade fri- och rättigheter. Högsta domstolen har inte tidigare uttalat sig om bestämmelsens tillämpning.

Jag vill också framhålla regeringens uttalade avsikt att följa upp bestämmelsen om kränkande fotografering. Regeringen anför därvid bl.a. följande (a. prop. s. 34).

Den bestämmelse som nu föreslås kriminaliserar ett beteende som i vissa avseenden varit straffritt. Utformningen av en sådan straffbestämmelse rymmer frågor om avgränsning av det straffbara området och avvägningar i förhållande till andra befogade intressen. Synen på vad som är accepterat i samhället förändras och utvecklas över tiden och det är viktigt att lagstiftningen fångar upp sådant beteende som över tid kan anses vara så klandervärt att det ska vara straffbelagt. Det finns också skäl att fortlöpande följa utvecklingen på området för att vara uppmärksam på om tillämpningen av lagstiftningen står i överensstämmelse med dess syfte. Vidare

kan det finnas anledning att utvärdera om lagstiftningen är lämpligt avgränsad i fråga om de platser som omfattas av kriminaliseringen.

Med hänsyn till hur lagstiftningen kommit att utformas och de överväganden som därvid gjordes, bl.a. i förhållande till grundlagarna, är det enligt min uppfattning av stor vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen klargör vilka utrymmen som ska omfattas av det straffrättsliga skyddet och även i övrigt klargör avgränsningen av det straffbara området enligt bestämmelsen.

Ett prövningstillstånd med anledning av mitt överklagande bör kunna begränsas på det sätt som jag inledningsvis föreslagit.

Bevisning m.m.

Jag ber att få återkomma med bevisuppgift och mina synpunkter på målets fortsatta handläggning för det fall Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd i målet.

Anders Perklev

My Hedström

Bilaga

Målsägandeförteckning

Kopia till:

Utvecklingscentrum Göteborg
Åklagarkammaren i Falun (AM-165034-15)
Kammaråklagaren Helena Falkerby
Kammaråklagaren Johan Knies