



Högsta domstolen
Box 2066
103 12 Stockholm

Överklagande av en hovrättsdom – utnyttjande av barn för sexuell posering

Klagande

Riksåklagaren
Box 5553
114 85 Stockholm

Motpart

TQ
Frihetsberövande: Häktad

Ombud och offentlig försvarare: Advokaten EA

Överklagade avgörandet

Svea hovrätts dom den 5 februari 2020 i mål B 12916-19

Yrkande

Jag yrkar att TQ ska dömas även för utnyttjande av barn för sexuell posering (åtalspunkten 2).

Frågan i målet

Det är enligt min uppfattning av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen klargör om brottet våldtäkt mot barn konsumerar brottet utnyttjande av barn för sexuell posering.

Jag godtar hovrättens påföljdsbestämning. Prövningstillståndet kan därför begränsas till att avse endast ovan fråga (prejudikatfråga).

Bakgrund

TQ åtalades, såvitt nu är ifråga, för våldtäkt mot barn bestående i att han genomfört ett samlag med målsäganden som vid tidpunkten var 13 år (åtalspunkten 1) samt för utnyttjande av barn för sexuell posering då han filmat delar av händelseförloppet under åtalpunkten 1 (åtalspunkten 2). Domstolarna har funnit båda gärningarna i sin helhet styrka.

Tingsrätten dömde TQ för våldtäkt mot barn och utnyttjande av barn för sexuell posering i konkurrens.

Hovrätten har med ändring av tingsrättens dom dömt TQ endast för våldtäkt mot barn med åberopande av att detta brott konsumerar brottet utnyttjande av barn för sexuell posering.

Grunderna för min inställning och min bedömning

Den som genomför ett samlag med ett barn under femton år, döms för *våldtäkt mot barn* till fängelse i lägst två och högst sex år (6 kap. 4 § brottsbalken).

Den som främjar eller utnyttjar att ett barn under femton år utför eller medverkar i sexuell posering, döms för *utnyttjande av barn för sexuell posering* till böter eller fängelse i högst två år (6 kap. 8 § brottsbalken).

Det är ostridigt att TQ har genomfört ett samlag med målsäganden, som var under femton år, samtidigt som han filmat delar av samlaget. I målet är således fråga om ett och samma händelseförlopp som samtidigt uppfyller rekvisiten i fler än en straffbestämmelse. Hur konkurrenssituationen ska lösas i dylika situationer är inte reglerat i lag utan ledning får sökas i förarbeten och de allmänna principer som utarbetats genom praxis och doktrin.

Straffbestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn innehåller inte någon subsidiaritetsklausul, vilket vissa andra straffbestämmelser i 6 kap. brottsbalken gör, såsom köp av sexuell handling av barn i 9 § och sexuellt ofredande i 10 §. 1998 års Sexualbrottsutredning ansåg att den av dem föreslagna straffbestämmelsen sexuell kränkning av barn – som innefattade främjande av att ett barn under 15 år utför en sexuell posering – endast skulle omfatta situationer då barnet antingen poserar ensam eller poserar tillsammans med någon annan utan att det är fråga om att barnet utför eller medverkar i en sexuell handling (SOU 2001:14 s. 282). Bestämmelsen kom dock att få en annan utformning än den föreslagna.

I förarbetena till straffbestämmelsen om utnyttjande av barn för sexuell posering anges att sedvanliga konkurrensregler ska tillämpas (prop. 2004/05:45 s. 147). Härmed avses t.ex. att om två straffbestämmelser överlappar varandra och en tillämpning av båda skulle ses som en dubbelbestraffning därför att skyddsintressena är desamma ska endast den strängare straffbestämmelsen tillämpas. Om straffbestämmelserna har olika skyddsintressen döms däremot ofta för båda brotten, dvs. i brottskonkurrens.

I NJA 2008 s. 1010 uttalade Högsta domstolen att om ett visst förfarande uppfyller rekvisiten för flera brott, utan att det föreligger något subsidiaritetsförhållande mellan dem, får det anses föreligga en presumtion för att den tilltalade ska dömas i brottskonkurrens, dvs. för samtliga brott. Högsta domstolen betonar dock att det i praktiken ofta görs avvikelser från denna presumtion samt att skälen för sådana avvikelser kan vara av olika slag.

Asp m.fl. anför bl.a. följande i Kriminalrättens grunder, 2 uppl., beträffande hur konkurrensproblem kan lösas vid helt eller delvis överlappande straffbud (s. 485 f.).

- Det råder en presumtion för att båda konkurrerande straffbud är tillämpliga. Presumtionen är dock inte särskilt stark. Uttalanden i förarbeten eller subsidiaritetsklausuler bryter presumtionen.
- Enligt praxis torde bara det strängaste straffbudet vara tillämpligt om de båda stadgandena är likartade med hänsyn till skyddsintresse, angreppsriktning, rättsligt sammanhang e.d. Detta gäller särskilt om skillnaden i straffskalor är stor.
- När utförandet av det ena brottet är en omständighet som kan göra att ett annat brott bedöms som grovt är i allmänhet endast straffbudet rörande det senare att tillämpa. Även i detta fall läggs viss vikt vid skillnaden i straffskala.
- Om det gemensamma tillämpningsområdet – teoretiskt sett – är stort och skillnaden i straffskala påtaglig, så torde likaså blott det strängaste straffbudet vara tillämpligt.

Enligt Ulväng konsumerar våldtäkt mot barn samtliga sexualbrott (Magnus Ulväng, Brottslighetskonkurrens, 2013, s. 489).

Våldtäkt mot barn å ena sidan och utnyttjande av barn för sexuell posering å den andra är brott mot person och återfinns i 6 kap. brottsbalken om sexualbrott. Våldtäkt mot barn har strängare straffskala än utnyttjande av barn för sexuell posering. Detsamma gäller de grova formerna av dessa brott. Brottstyperna har samma skyddsintresse, nämligen att utgöra ett straffrättsligt skydd för barn mot kränkningar av den sexuella integriteten. I förarbetena påtalas särskilt behovet av ett starkt skydd för barn och ungdomar mot att utnyttjas i pornografiska sammanhang som på sexklubbar eller för framställning av pornografi (se prop. 2004/05:45 s. 94 f.).

I det nu aktuella målet är det fråga om ett fysiskt övergrepp som har dokumenterats. Själva dokumentationen är dock inte i sig någon förutsättning för att brottet våldtäkt mot barn ska anses fullbordat. I förarbetena betonas risken för att en dokumentation av den sexuella handlingen kan medföra ett livslångt trauma, nämligen att leva med ”vetskapen om att finnas filmad i en förnedrande situation och vetskapen om att bilderna kan spridas såväl nationellt som internationellt” (a.a. s. 98 f.). Att det sexuella övergreppet har dokumenterats utgör därmed en ytterligare kränkning av målsägandens integritet. Utnyttjande av barn för sexuell posering måste således kunna sägas även utgöra ett skydd mot att få sitt privatliv kränkt, ett skydd för den personliga integriteten.

Med hänsyn till bestämmelsernas delvis olika syften och delvis olika tillämpningsområden anser jag att brottet utnyttjande av barn för sexuell posering inte bör konsumeras av brottet våldtäkt mot barn. Jag kan inte se att

TQ därmed skulle utsättas för någon orättvis dubbelbestraffning. Mot denna bakgrund bör TQ således dömas även för utnyttjande av barn för sexuell posering.

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 (Peter Fitger, Rättegångsbalken, s. 54:26).

Hovrätten har i sina domskäl beträffande konkurrensfrågan hänvisat till Svea hovrätts dom den 19 april 2016 i mål B 1328-16 och B 1911-16. Det kan noteras att liknande resonemang beträffande konkurrens mellan brottet utnyttjande av barn för sexuell posering å ena sidan och våldtäkt mot barn eller andra sexualbrott å andra sidan har förts i flera domar, se t.ex. Svea hovrätts domar den 20 januari 2020 i mål B 12924-19 och den 24 januari 2020 i mål 5957-19, Hovrätten för Övre Norrlands dom den 15 oktober 2019 i mål B 788-19 samt Hovrätten för Västra Sveriges domar den 5 maj 2017 i mål B 4801-16 och den 30 april 2019 i mål B 1756-19.

Det finns även flera exempel där hovrätterna dömt för våldtäkt mot barn eller sexuellt övergrepp mot barn och utnyttjande av barn för sexuell posering i konkurrens, se t.ex. Svea hovrätts domar den 24 juni 2015 i mål B 693-15, den 30 juni 2015 i mål B 3427-15, den 1 mars 2016 i mål B 5801-15, den 14 mars 2018 i mål B 305-17, den 16 april 2018 i mål B 11734-17 och den 22 oktober 2019 i mål B 8435-19, Göta hovrätts domar den 3 februari 2014 i mål B 3104-13 och den 5 oktober 2018 i mål B 2276-18 samt Hovrätten över Skåne och Blekinges domar den 14 mars 2016 i mål B 141-16 och den 30 mars 2016 i mål B 1532-15.

Underrättspraxis är alltså inte enhetlig, vilket även det nu överklagade målet illustrerar. Åklagarmyndighetens utvecklingscentrum har därtill uppmärksammat att inte heller åklagarpraxis är enhetlig avseende denna fråga. I vissa fall har åklagaren åtalat endast för sexuellt övergrepp mot barn även om övergreppet har filmats och i andra fall har åklagaren åtalat även för utnyttjande av barn för sexuell posering. Det har också förekommit variationer där åklagare t.ex. har åtalat för i första hand sexuellt övergrepp mot barn och i andra hand utnyttjande av barn för sexuell posering. I Åklagarmyndighetens RättsPM 2016:4 har frågan diskuterats men inte lett till någon egentlig slutsats. För närvarande är Utvecklingscentrums rekommendation till operativa åklagare att åtala för båda brotten i konkurrens eftersom praxis inte är entydig.

Regeringen har nyligen tillsatt en utredning med uppgift att bl.a. överväga och ta ställning till vilka principer som bör gälla avseende straffansvaret för utnyttjande av barn för sexuell posering och analysera om utformningen av

straffbestämmelsen bör ändras eller förtydligas (Ju 2020:02). Bakgrunden till översynen av brottet utnyttjande av barn för sexuell posering synes vara att rättsläget är oklart beträffande vilka krav på aktivt deltagande i den sexuella handlingen från barnets sida som krävs för att brott ska anses ha förövats. Kommittédirektivet (Dir. 2020:5) innehåller dock inte något specifikt uppdrag om översyn eller liknande av konkurrensfrågor rörande brottet utnyttjande av barn för sexuell posering och övriga sexualbrott. Någon vägledning i frågan från lagstiftarens sida synes därmed inte vara att vänta.

Målet innehåller inte några bevisfrågor och torde i sig vara lämpligt för en prövning i Högsta domstolen. Sammanfattningsvis skulle en prövning av mitt överklagande vara av vikt för ledning av rättstillämpningen.

Bevisning m.m.

Preliminärt åberopar jag inte någon bevisning.

Målet kan enligt min uppfattning avgöras på handlingarna.

Katarina Johansson Welin

My Hedström

Kopia till:

Utvecklingscentrum

Södertörns åklagarkammare i Stockholm (AM-96656-19)

Kammaråklagaren Tobias Kudrén