



Högsta domstolen
Box 2066
103 12 Stockholm

Överklagande av en hovrättsdom – sexuellt ofredande

Klagande

Riksåklagaren
Box 5553
114 85 Stockholm

Motpart

MM

Ombud och offentlig försvarare: Advokat SS

Överklagat avgörande

Hovrättens över Skåne och Blekinge dom den 18 februari 2021 i mål B 2088-20

Yrkande

Jag yrkar att Högsta domstolen ska döma MM till fängelse.

Frågan i målet

Den fråga som jag bedömer är av intresse ur prejudikatsynpunkt är om det med beaktande av brottslighetens art ska anses föreligga en presumtion för fängelse.

Bakgrund

Åtalet

MM åtalades för sexuellt ofredande av målsäganden, som var 15 år gammal vid gärningen, enligt följande.

[MM] har ofredat [EL], på ett sätt som kunde förväntas kränka [EL:s] sexuella integritet, genom att lägga sin hand på hennes underliv och bröst, pussa och kyssa henne i ansiktet samt göra uttalanden av sexuell karaktär. Det hände den 24 augusti 2019 på Hyllie station, Arenagatan, Malmö stad. [MM] begick gärningen med uppsåt.

MM förnekade brott.

Tingsrätten

Tingsrätten dömde MM för sexuellt ofredande enligt åtalet till fängelse i två månader.

Tingsrätten angav bl.a. följande i frågan om val av påföljd.

Det råder olika meningar i hovrättspraxis huruvida sexuellt ofredande är ett brott av sådan art att fängelse ska komma i fråga som straff i första hand. Högsta domstolen har generellt uttalat att det bör krävas att lagstiftaren eller Högsta domstolen har funnit skäl för en sådan fängelsepresumtion (se rättsfallet NJA 2014 s. 559 p. 20-33). I anslutning till detta har Hovrätten över Skåne och Blekinge (se rättsfallet RH 2019:22, jfr även RH 2008:40) och Hovrätten för Övre Norrland (se rättsfallet RH 2019:7) ansett att sexuellt ofredande inte är brott av sådan art att påföljden ska bestämmas till fängelse i första hand.

Tingsrätten konstaterade därefter att Svea hovrätt i rättsfallet RH 2018:21 – som handlade om tre fall av sexuellt ofredande riktade mot en 16-årig flicka som bodde på ett stödboende där gärningsmannen arbetade – har bedömt det välmotiverat och i linje med Högsta domstolens normbildning när det gäller sexualbrott mot barn att anse att även sexuella ofredanden som riktar sig mot barn och innefattar ett handgripligt antastande av barnet bör särbehandlas i påföljdshänseende. Tingsrätten instämde, även med hänvisning till rättsfallet RH 2010:79, i hovrättens resonemang. Tingsrätten fann det vidare i detta fall vara av betydelse att målsäganden var 15 år men inte 18 år och därför ska skyddas särskilt mot att utnyttjas sexuellt. Detta talade enligt tingsrätten för att MM:s brottslighet är av sådan art att fängelse ska väljas som påföljd i första hand.

Sammantaget, vid beaktande av både brottslighetens art och MM:s tidigare brottslighet, fanns det enligt tingsrättens mening tillräckligt starka skäl för att döma MM till ett fängelsestraff.

Hovrätten

MM överklagade tingsrättens dom och yrkade att hovrätten skulle ogilla åtalet och till följd av det skadeståndstalan. I andra hand yrkade han att hovrätten skulle mildra påföljden och sätta ned det utdömda skadeståndet.

Hovrätten ändrade tingsrättens domslut endast på så sätt att hovrätten bestämde påföljden till villkorlig dom och 90 dagsböter om 70 kr.

Hovrätten, som bedömde att straffvärdet inte översteg en månads fängelse, uttalade följande i påföljdsfrågan.

När det gäller frågan om brottslighetens art utgör skäl för fängelse kan konstateras att denna hovrätt upprepade gånger har uttalat att det i brist på uttalanden från lagstiftaren eller vägledande avgöranden från Högsta domstolen saknas skäl för att anse att så är fallet (se t.ex. hovrättens dom i mål B 2059-20 den 3 december 2020, mål B 2206-19 den 15 april 2020, RH 2019:22 eller RH 2008:40). Skäl för att bestämma påföljden till fängelse saknas därmed.

Grunden för mitt överklagande

Straffbestämmelsen om sexuellt ofredande

Den som blottar sig för någon annan på ett sätt som är ägnat att väcka obehag eller annars genom ord eller handlande ofredar en person på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet döms för sexuellt ofredande i högst två år (6 kap. 10 § andra stycket brottsbalken).

Bestämmelsen avser såväl handlingar mot barn som handlingar mot vuxna.

För bedömningen kan det vara av betydelse mot vem handlandet företas och den kan påverkas av såväl tids- som miljöförhållandena. En och samma handling kan vara ägnad att kränka ett barns sexuella integritet men inte en vuxens. Inte varje angrepp med sexuell inriktning mot en enskild person hör med nödvändighet hit. Användandet av könsord och andra yttranden med sexuella påståenden faller utanför tillämpningsområdet om syftet är annat än rent sexuellt, utan i stället att uttala en svordom. Eftersom sexuellt ofredande är subsidiärt i förhållande till de föregående brotten i 6 kap., blir det i regel inte aktuellt att tillämpa det andra stycket på gärningar som innefattar vad som förstås med en sexuell handling. Men uteslutet är det inte. I propositionen nämns som exempel på en handling som omfattas av bestämmelsen om sexuellt ofredande men inte av begreppet "sexuell handling" det fallet att en person i sexuellt syfte kortvarigt berör en annan persons bröst eller könsorgan. Ett annat exempel som hänförs till tillämpningsområdet är tydliga sexuella kontakter per telefon eller e-post. (Prop. 2004/05:45 s. 149.)

Val av påföljd

Vid val av påföljd ska rätten fästa särskilt avseende vid omständigheter som talar för en lindrigare påföljd än fängelse (30 kap. 4 § första stycket brottsbalken). Rätten ska då beakta de s.k. billighetsskälerna (29 kap. 5 § brottsbalken).

Som skäl för fängelse får rätten beakta straffvärdet, brottslighetens art och att den tilltalade tidigare har gjort sig skyldig till brott (30 kap. 4 § andra stycket brottsbalken). Endast dessa tre omständigheter kan utgöra skäl för fängelse. Hur starkt var och en av dem talar för fängelse beror på omständigheterna i det enskilda fallet.

Påföljdsvalet styrs även av bl.a. vilka skäl som finns för villkorlig dom respektive skyddstillsyn med olika kombinationer (30 kap. 7–11 §§ brottsbalken).

Avsikten med att införa bestämmelsen om brottslighetens art som skäl för fängelse var att anknyta till tidigare praxis, före år 1989 då bestämmelsen infördes, enligt vilken vissa brott ansetts motivera fängelse trots att de inte har

ett särskilt högt straffvärde. Det var då frågan om brott som av allmänpreventiva skäl ansetts normalt skulle följas av ett kort fängelsestraff. Även om straffvärdet i det enskilda fallet inte är betydande, kan det i samverkan med andra faktorer utgöra ett viktigt skäl för att i det enskilda fallet döma till fängelse. Det erinrades i förarbetena om möjligheterna att vid påföljdsbestämningen av allmänpreventiva skäl beakta exempelvis att en brottslighet har blivit mer utbredd eller antagit mer elakartade former. Vid artbrott krävs det särskilda skäl för att en inte frihetsberövande påföljd ska väljas. (Prop.1987/88:120 s. 100.)

En betoning av principerna om proportionalitet, ekvivalens och rättslig likabehandling är, sades det i förarbetena till den nya bestämmelsen, inte förenlig med att domstolen i det enskilda fallet skulle kunna ”statuera ett exempel”. Enligt departementschefen innebar dock inte synsättet något hinder mot att man vid bedömningen av den generella straffnivån eller det allmänna straffvärdet kunde beakta allmänpreventiva intressen. Det ankom i första hand på lagstiftaren att vid bedömningen av vilka straffskalor som skulle gälla väga in sådana omständigheter. I vissa fall kunde det, sades det, emellertid också finnas anledning till en ändrad domstolspraxis av sådana skäl. (A. prop. s. 37.)

I senare lagstiftningsarbete har det konstaterats, att det främst varit genom Högsta domstolens avgöranden som det slagits fast vilka brottstyper som med hänsyn till sin art skulle kunna föranleda särbehandling i påföljdshänseende. Detta har, har det sagts, i stor utsträckning skett brottstyp för brottstyp snarare än genom generella riktlinjer. Det har mot bakgrund av detta bedömts svårt att göra någon fullständig uppräknig av vilka omständigheter som är av betydelse för att viss brottslighet ska anses vara av nu angiven art. En sådan omständighet kan emellertid vara att en brottstyp blivit mera utbredd. Vidare bör det kunna beaktas om en brottstyp visat sig svår att förebygga eller upptäcka. Andra relevanta omständigheter är enligt förarbetena att brottstypen innefattar ett angrepp på den personliga integriteten eller ett åsidosättande av respekten för rättsväsendet och dess företrädare eller att den påverkar möjligheterna att upprätthålla straffsystemets effektivitet. Att en gärning i det enskilda fallet rubriceras som ett brott tillhörande en sådan brottstyp som nu sagts innebär emellertid inte, har det sagts, automatiskt att brottet ska anses vara av sådan art att påföljden enbart med hänsyn härtill ska bestämmas till fängelse. Under straffbestämmelsen om misshandel av normalgraden i 3 kap. 5 § brottsbalken ryms t.ex. både oprovocerad gatumisshandel, där presumtionen för fängelse på grund av brottets art är stark, och s.k. dansbaneslagsmål mellan två berusade personer, där det inte sällan döms till villkorlig dom jämte böter och någon mer ingripande påföljd ofta inte heller framstår som påkallad. En bedömning av styrkan av de skäl som kan föranleda särbehandling i påföljdshänseende måste därför, angavs det, göras i varje enskilt fall. (Prop. 1997/98:96 s 116 f.)

Att det inte är den brottsrubricering som är tillämplig som i alla lägen är avgörande för bedömningen av om ett brott ska anses vara av den arten att fängelse bör ådömas har ytterligare tydliggjorts i praxis. Styrkan för

presumtionen för fängelse kan, har Högsta domstolen klargjort, variera beroende på brottslighetens karaktär i det särskilda fallet och omständigheterna kring brottet (NJA 1999 s. 561). Begreppet ”artvärde” har kommit att användas i praxis och doktrinen för att illustrera kravet på att en bedömning ska ske i varje enskilt fall.

Praxis

Högsta domstolen

Högsta domstolen tycks inte ha prövat frågan om bestämmande av påföljd för sexuellt ofredande som riktas mot barn. Däremot har Högsta domstolen uttalat sig i frågan om val av påföljd när det gäller andra sexualbrott mot barn.

NJA 2002 s. 265 (grovt barnpornografibrott)

Vid grovt barnpornografibrott har brottslighetens art ansetts utgöra skäl att ådöma fängelse. Straffvärdet ansåg motsvara fängelse i sex månader. Högsta domstolen uttalade att det utomordentliga allvar med vilket lagstiftaren betraktat denna typ av brottslighet (se a. prop. s. 64 ff.) talar för att åtminstone grovt barnpornografibrott måste anses vara av sådan art att fängelse normalt bör följa. Barnpornografibrott utgör, uttalade Högsta domstolen vidare, en brottstyp som inte minst med informationsteknikens utveckling blivit mer utbredd i och med att barnpornografiska bilder nu med lätthet kan ges spridning till många mottagare och omfatta stora mängder bildmaterial, något som förevarande mål gav exempel på. Det anförda ledde till slutsatsen att påföljden för grovt barnpornografibrott bör bestämmas till fängelse, om inte speciella skäl med tillräcklig styrka i det enskilda fallet talar för någon annan påföljd. Några sådana skäl fanns inte i det aktuella fallet.

NJA 2003 s. 307 (barnpornografibrott)

Straffvärdet kunde enligt Högsta domstolen inte anses överstiga fängelse tre månader. Högsta domstolen uttalade att de omständigheter som föranleder att grovt barnpornografibrott ska anses vara av en sådan art att fängelse normalt skall följa kan i viss mån göra sig gällande också vid bedömningen av barnpornografibrott av normalgraden. Även vid brott av mindre omfattning bör enligt Högsta domstolen vidare beaktas att barnpornografi nästan alltid förutsätter ett hänsynslöst utnyttjande av barn och att varje företeende av en barnpornografisk bild innebär en straffvärd kränkning av såväl det avbildade barnet som barn i allmänhet (se prop. 1997/98:43 s. 64 ff.). Å andra sidan bör, uttalade Högsta domstolen, allmänt sett försiktighet iaktas med att i rättstillämpningen peka ut nya brottstyper för vilka presumtion skall gälla för fängelse trots att brottet inte har särskilt högt straffvärde (jfr NJA 1992 s. 190). Vidare borde beaktas att presumtionen för fängelse varierar inom ramen för samma brottstyp, bl.a. beroende på gärningens karaktär. Att generellt bedöma barnpornografibrott som brott av sådan art att fängelse normalt skall utdömas bedömdes därför inte vara motiverat. Även om det inte finns anledning att göra någon strikt åtskillnad mellan grovt barnpornografibrott och brott av normalgraden i avseende på påföljdsvalet, måste enligt Högsta domstolen utrymmet för en icke frihetsberövande påföljd vara större i det senare fallet. Brottsens allvar och omständigheterna i övrigt kring gärningen får därför enligt Högsta domstolen vara avgörande för hur starka skäl som talar för ett fängelsestraff. I det aktuella fallet hade den tilltalades brottslighet till övervägande del avsett eget innehav och den spridning han gjort sig skyldig till hade inte varit speciellt omfattande, den hade skett till en relativt begränsad krets och hade inte präglats av systematik eller förlagenhet. Omständigheterna sammantagna var enligt Högsta domstolen sådana att en icke frihetsberövande påföljd borde kunna komma i fråga.

NJA 2003 s. 313 (sexuellt utnyttjande av underårig)

Den tilltalade dömdes för att han hade haft sexuell umgänge med målsäganden, som var 14 år gammal, trots att han hade skälig anledning anta att hon var under 15 år vid tidpunkten för

händelsen. Det sexuella umgänget hade innefattat att han med sitt könsorgan trängt in i hennes vagina. Frågan i målet är om den tilltalade skulle dömas till fängelse eller någon annan påföljd, i första hand villkorlig dom med samhällstjänst. Högsta domstolen fann inte anledning att frågå hovrättens bedömning av brottets straffvärde motsvarande åtta månaders fängelse. Med hänsyn till den tilltalades ålder vid gärningstillfället borde det fängelsestraff som kunde vara aktuellt att döma ut i målet bestämmas till fyra månader. Med hänsyn till de intressen som straffbestämmelsen angående sexuellt utnyttjande av underårig är avsedd att skydda finns, anfördes det, en presumtion för fängelse (jfr NJA 1991 s. 228 och 1992 s. 585). Hur stark denna presumtion är beror dock på omständigheterna i det enskilda fallet. Högsta domstolen konstaterade att den tilltalade hade gjort sig skyldig till ett övergrepp av allvarligt slag och brottet hade inneburit en förhållandevis grov kränkning av målsägandens sexuella integritet. Karaktären på brottet och brottets allvar talade enligt Högsta domstolen med betydande styrka för att påföljden skulle bestämmas till fängelse.

NJA 2006 s. 79 I (sexuellt utnyttjande av barn)

Målsäganden i rättsfallet var 13 år och 10 månader gammal och den tilltalade var 25 år gammal. Högsta domstolen fann i frågan om påföljd att en presumtion för fängelse måste anses föreligga för brottet sexuellt utnyttjande av barn. Detta innebar enligt Högsta domstolen inte att brottet ska anses vara av sådan art att annan påföljd än fängelse är utesluten. Med hänsyn till att brottet i det aktuella fallet hade ett så förhållandevis högt straffvärde som fängelse i sex månader och i betraktande av de faktorer som hade inverkat på straffvärdebedömningen fick det enligt Högsta domstolen dock anses att annan påföljd än fängelse kunde komma i fråga endast om alldeles speciella omständigheter, exempelvis hänförliga till den tilltalades person, skulle tala för detta. Sådana omständigheter kunde inte anses föreligga. Påföljden borde alltså som domstolarna funnit bestämmas till fängelse sex månader.

NJA 2006 s. 221 (sexuellt övergrepp mot barn)

En praktikant på en förskola dömdes för sexuellt övergrepp mot barn genom att föra in handen mellan skinkorna på en fyraårig pojke och vidröra dennes analöppning och genitalier. Högsta domstolen uttalade en presumtion för fängelse måste anses föreligga när det gäller brottet sexuellt övergrepp mot barn (jfr NJA 2003 s. 313).

NJA 2011 s. 386 (utnyttjande av barn för sexuell posering och barnpornografibrott)

Högsta domstolen konstaterade, med hänvisning till avsaknad av uttalanden från lagstiftaren och till tidigare praxis, att barnpornografibrottsligheten inte isolerat sett hade ett sådant straffvärde och är av sådan art att det förelåg en presumtion för fängelse. Frågan var då i vad mån den omständigheten att den tilltalade också gjort sig skyldig till utnyttjande av barn för sexuell posering gav anledning till en annan bedömning av påföljdsvalet. Högsta domstolen konstaterade att inte heller för detta brott hade lagstiftaren berört i vad mån brottet är att uppfatta som ett s.k. artbrott och någon fast praxis när det gäller påföljdsvalet hade inte heller utvecklats. Brott mot förbudet att utnyttja barn för sexuell posering är emellertid, sade Högsta domstolen, i många av de hänseenden som kan förväntas vara av betydelse för påföljdsvalet likartat med barnpornografibrott, och straffbestämmelserna täcker till inte oväsentlig del varandra. Även om brotten systematiskt är olika på så sätt att det förstnämnda är brott mot person och det andra är brott mot allmän ordning har de samma grundläggande skyddsintresse, nämligen att skydda barn mot att utnyttjas sexuellt. Övervägande skäl ansågs under sådana förhållanden tala för att en presumtion för fängelse bör anses gälla vid grova utnyttjanden av barn för sexuell posering, medan andra sådana brott i påföljdsvalhänseende normalt är att jämföras med barnpornografibrott som inte är grova.

Högsta domstolen konstaterade vidare att vilken betydelse som brottets art får för påföljdsbestämningen också är beroende av brottslighetens straffvärde. Även om varken arten eller straffvärdet i sig räcker för en presumtion för fängelse kan de sammantagna vara tillräckliga för detta. Ju högre straffvärdet är, desto mindre krävs därvid för att brottslighetens art ska anses sådan att en presumtion för fängelse föreligger. (Jfr t.ex. NJA 2008 s. 653.) I det aktuella fallet ansågs ett så pass nära sakligt och tidsmässigt samband föreligga mellan brotten att det framstod

som naturligt att lägga det samlade straffvärdet till grund för påföljdsvalet. Straffvärdet och arten av den brottslighet som den tilltalade gjort sig skyldig till medförde enligt Högsta domstolen att det fanns en presumtion för att påföljden skulle bestämmas till fängelse.

NJA 2014 s. 990 (sexuellt utnyttjande av barn)

Den tilltalade dömdes för sexuellt utnyttjande av barn. Högsta domstolen uttalade att det råder en fast domstolspraxis när det gäller sexualbrott av det slag som den tilltalade hade begått som innebär att brottets art tillmäts väsentlig betydelse för påföljdsbestämningen. Här hänvisades bl.a. till rättsfallet NJA 2006 s. 79 I. I det aktuella fallet konstaterades straffmättningsvärdet vara klart lägre än i 2006 års rättsfall. Presumtionen för fängelse var därmed, sade Högsta domstolen, inte lika stark som den var där. Det fanns då enligt Högsta domstolen utrymme för en nyanserad bedömning av vilken betydelse som brottets art bör ges vid olika straffvärdenivåer (jfr NJA 1999 s. 561). Högsta domstolen uttalade att det i och för sig inte är uteslutet att döma till villkorlig dom och böter för sexuellt utnyttjande av barn. För att ett sådant påföljdsval ska vara motiverat måste dock brottsligheten enligt domstolen ha ett så lågt straffvärde att den inte ligger långt ifrån det fallet, att den särskilda ansvarsfrihetsregeln i 6 kap. 14 § BrB är tillämplig. Det måste alltså vara fråga om situationer som närmar sig den då det är uppenbart att gärningen inte har inneburit något övergrepp mot barnet, främst med hänsyn till den ringa skillnaden i ålder och utveckling mellan den som har begått gärningen och barnet. Det rörde sig inte om en sådan situation i det aktuella fallet. En villkorlig dom eller en skyddstillsyn skulle enligt Högsta domstolen inte motsvara det krav på straffrättsligt ingripande som brottsligheten bör föranleda när straffmättningsvärdet är så relativt högt som i det aktuella fallet. Detta gäller också om påföljden förenas med ett högt bötesstraff. Däremot skulle enligt Högsta domstolen en villkorlig dom med samhällstjänst vara tillräckligt ingripande. Påföljden bestämdes till villkorlig dom med samhällstjänst.

Hovrätterna

Det finns ett antal refererade avgöranden från hovrätterna med överväganden i frågan om sexuellt ofredande mot barn ska anses utgöra artbrott.

RH 2006:136 (artbrott)

En person hade sexuellt ofredat målsäganden, som var 15 år, genom att a) dra handen upp och ned runt en istapp och låtsats stoppa in den i munnen såsom föreställande en penis, b) göra tecken med händerna som symboliserade bröst och uttalat ”de är fina”, c) uttala till henne att hon bl.a. skulle dra upp kjolen och samma dag i ett fönster i hennes åsyn smeka sig och onanera samt d) - även mot en annan målsägande som var 15 år - bl.a. klämma med handen på penisens utanpå byxorna för att visa konturerna av den. Påföljden bestämdes med hänvisning till arten av gärningarna till fängelse i en månad.

RH 2008:40 (inte artbrott)

En linjebussförare hade i tjänsten sexuellt ofredat en sextonårig flicka genom att upprepade gånger kyssa henne och försöka att kyssa henne samt genom att röra vid hennes ena bröst. Med hänsyn till omständigheterna vid gärningen, flickans ålder samt det missbruk av allmänhetens förtroende för förare av busstrafik som handlandet inneburit befanns straffvärdet överstiga bötesnivån. Hovrätten anförde i frågan om val av påföljd att samma skäl som anförts till stöd för bedömningen av brottets allvar och dess straffvärde på goda grunder kunde anföras som skäl för att brottet är av sådan art att det föreligger en presumtion för fängelse som påföljd. I avsaknad av vägledande avgöranden från Högsta domstolen i frågan om sexuellt ofredande i vissa fall ska kunna anses vara brott av sådan art att det föreligger fängelsepresumtion ansåg hovrätten sig emellertid sakna tillräckligt underlag för att anse det aktuella brottet vara av sådan karaktär att det finns skäl att på denna grund överväga fängelse som påföljd.

RH 2010:79 (artbrott)

En trettonårig man hade under överfallsliknande omständigheter sexuellt ofredat en sjuårig flicka en tidig morgon utanför en tunnelbanestation genom att med handen utanpå flickans kläder

ta på hennes bröst och mellan hennes ben. Hovrätten fann att brottsligheten är så allvarlig att påföljden inte kan stanna vid ett bötesstraff och att straffvärdet får anses uppgå till fängelse en månad. På grund av brottets art förskyllde det enligt hovrätten det ett fängelsestraff. Artvärdet fick enligt hovrätten anses vara sådant att en villkorlig dom i förening med samhällstjänst inte kunde anses utgöra en tillräckligt ingripande påföljd. Påföljden bestämdes därför till fängelse en månad. Två hovrättsråd var skiljaktiga och anförde att artvärdet av ett sexuellt ofredande som det aktuella med ett straffvärde på en månad inte är sådant att det föreligger hinder mot att i stället för fängelse bestämma påföljden till villkorlig dom i förening med samhällstjänst och dömde därför den tilltalade till denna påföljd.

RH 2018:21 (artbrott)

Den tilltalade hade sexuellt ofredat målsäganden genom att på ett korttidsboende där målsäganden befann sig dra av henne nattlinne och trosor och lägga sig ovanpå henne i hennes säng under det att hon legat på mage samt beröra hennes kropp och rumpa med blottat könsorgan. Han hade även sexuellt ofredat målsäganden genom att vid två andra tillfällen beröra hennes rumpa, rygg och ben. Hovrätten uttalade i frågan om påföljdsval att brottslighetens art tar sikte på sådana brottstyper som på grund av allmänpreventiva skäl motiverar fängelse trots att de inte har ett särskilt högt straffvärde (se prop. 1987/88:120 s. 100). Det är, sades det, först och främst lagstiftarens uppgift att uttala vilka brottstyper som ska särbehandlas med hänvisning till brottslighetens art. Om lagstiftaren inte har gjort några sådana uttalanden är enligt hovrätten utgångspunkten att det finns ett mycket begränsat utrymme för domstolarna att särbehandla ett brott med hänvisning till dess art (se t.ex. NJA 2014 s. 559). Vidare konstaterade hovrätten att Högsta domstolen genom sin praxisbildning har tagit ställning till att viss brottslighet ska särbehandlas på grund av sin art utan att det finns stöd för det i lag eller förarbeten. Det får enligt hovrätten i första hand anses förbehållet Högsta domstolen - i avsaknad av förarbetsuttalanden - att ta ställning till om viss brottslighet är av sådan art att fängelse som huvudregel ska följa som påföljd. Hovrätten anför därefter att det varken i lag eller i förarbeten finns uttalanden om att sexuellt ofredande ska särbehandlas i påföljdshänseende samt att Högsta domstolen inte har besvarat frågan om det beträffande sexuella ofredanden på fängelsenivå ska finnas en presumtion för fängelse med anledning av brottslighetens art. Däremot har domstolen, konstaterar hovrätten vidare, i flera fall tagit ställning för att sexualbrott mot barn är av sådan art att det finns en presumtion för fängelse även när brottets straffvärde understiger ett års fängelse (se t.ex. NJA 2002 s. 265 om grovt barnpornografibrott, NJA 2003 s. 307 om barnpornografibrott av normal svårhetsgrad, NJA 2006 s. 79 I om sexuellt utnyttjande av barn, NJA 2006 s. 221 om sexuellt övergrepp mot barn, NJA 2011 s. 386 om utnyttjande av barn för sexuell posering och barnpornografibrott samt NJA 2014 s. 990 om sexuellt utnyttjande av barn). Gemensamt för brotten är, sägs det i domen, att de har samma grundläggande skyddsintresse, nämligen att skydda barn mot att utnyttjas sexuellt. Den redovisade praxisen ligger enligt hovrätten i linje med lagstiftarens intention att lagstiftningen ska ge barn under 15 år ett särskilt skydd mot sexuella övergrepp och att även ungdomar i åldern 15–18 år behöver ett utvidgat skydd (se prop. 2004/05:45 s. 22). Mot denna bakgrund ansåg hovrätten att det trots den restriktivitet som bör iaktas när det gäller att bedöma ett brott som artbrott utan stöd i lagförarbeten är välmotiverat och i linje med Högsta domstolens normbildning när det gäller sexualbrott mot barn att anse att även sexuella ofredanden som riktar sig mot barn och innefattar ett handgripligt antastande av barnet bör särbehandlas i påföljdshänseende. Att målsäganden i förevarande mål hade fyllt 16 år borde enligt hovrätten inte föranleda någon annan bedömning. Detta i synnerhet med beaktande av målsägandens utvecklingsnivå och psykiska funktionsnedsättning. Sammanfattningsvis innebär det anförda enligt hovrätten att arten av den brottslighet som den tilltalade gjort sig skyldig till talade för fängelse. Med hänsyn till att straffmätningens värde inte var högre än fyra månaders fängelse fanns det dock enligt hovrätten utrymme för en mera nyanserad påföljdsbestämning. Påföljden bestämdes till villkorlig dom med samhällstjänst.

RH 2019:7 (inte artbrott)

En person hade sexuellt ofredat en nioårig pojke i en bastu genom att inte helt kortvarigt beröra målsägandens underliv. Hovrätten bestämde straffvärdet till fängelse i två månader. Hovrätten konstaterade därefter att det saknas stöd i förarbeten och i praxis från Högsta domstolen för att sexuellt ofredande är en brottstyp av sådan art att det finns en presumtion för att bestämma

påföljden till fängelse. Högsta domstolen har därtill, uttalade hovrätten, uttalat att utrymmet för att genom rättsutveckling i praxis särbehandla ytterligare brottstyper med hänvisning till deras art är begränsat (se rättsfallen NJA 2014 s. 559 och NJA 2015 s. 1008). Hovrätten uttalade att det, trots detta, förekommit i hovrättspraxis att sexuellt ofredande bedömts som artbrott, även om det också finns många exempel på motsatsen. Det fanns i och för sig, enligt hovrätten, anledning att se tämligen allvarligt på den typ av brottslighet som den tilltalade hade gjort sig skyldig till. Denna syn kunde enligt hovrätten till betydande del beaktas vid bestämmande av straffvärdet. Enligt hovrättens mening skulle förhållandevis starka skäl ändå kunna anföras till stöd för att sexuella beröringar av ett barn under femton år skulle utgöra ett artbrott, till exempel att brottslighet av sådant slag kan vara svår att förebygga och upptäcka. Mot bakgrund av Högsta domstolens uttalanden om det begränsade utrymmet för att särbehandla ytterligare brottstyper anser hovrätten dock att det för närvarande inte finns stöd för att betrakta sexuellt ofredande som artbrott. Under dessa förhållanden saknades det enligt hovrätten tillräckliga skäl att utgå från ett fängelsestraff vid påföljdsbestämningen. Påföljden bestämdes till villkorlig dom och dagsböter.

RH 2019:22 (inte artbrott)

Den tilltalade hade sexuellt ofredat målsäganden, som var åtta år, genom att vid två tillfällen visa sin penis för henne och vid ett av tillfällen dessutom därefter ta tag i hennes hand och lägga den på sin penis varvid hon kortvarigt berört denna. Gärningarna hade enligt hovrätten ett samlat straffvärde motsvarande två månaders fängelse. I frågan om val av påföljd uttalade hovrätten att lagstiftaren inte har uttalat sig om påföljdsvalet vid brottet sexuellt ofredande. I avsaknad av vägledande avgöranden från Högsta domstolen i frågan finner hovrätten att det saknas skäl för att anse att det aktuella brottet är av sådan art att det av denna anledning ska föreligga en presumtion för att bestämma påföljden till fängelse.

Från år 2020 kan vidare följande hovrättsavgörande nämnas.

Hovrättens över Skåne och Blekinge dom den 15 april 2020 i mål B 2206-19 (inte artbrott)

Den tilltalade dömdes för sexuellt ofredande vid tre tillfällen genom att han vid tre tillfällen smekt tre olika målsäganden på olika sätt över kroppen. En av målsäganden var under 15 år och de andra två var 18 år vid gärningstillfället. Hovrätten fann att brottslighetens samlade straffvärde motsvarade fängelse i två månader. När det gäller frågan om brottslighetens art utgjorde skäl för fängelse konstaterade hovrätten att det i brist på uttalanden från lagstiftaren i frågan eller vägledande avgöranden från Högsta domstolen saknades skäl för att anse att så är fallet (se t.ex. RH 2019:22 och 2008:40).

Min bedömning

Det är först och främst lagstiftarens uppgift att uttala vilka brottstyper som ska särbehandlas med hänvisning till brottslighetens art. Högsta domstolen har trots detta i några fall avgjort att bl.a. vissa sexualbrott mot barn ska särbehandlas på grund av sin art utan att det finns stöd för det i lag eller förarbeten. Gemensamt för dessa brott i Högsta domstolens praxis är att de har samma grundläggande skyddsintresse, nämligen att skydda barn mot att utnyttjas sexuellt.

Sexuella ofredanden mot barn under 18 år som innefattar en fysisk beröring av barnet utgör ett allvarligt angrepp på barnets personliga integritet och trygghet till person. Det är vidare brottslighet av sådant slag som, typiskt sett, är svår att förebygga och upptäcka. Att dessa brott ska anses utgöra artbrott överensstämmer med den intention som lagstiftaren har uttryckt om att lagstiftningen ska ge barn under 15 år ett särskilt skydd mot sexuella övergrepp och att även ungdomar i åldern 15–18 år behöver ett utvidgat skydd (prop. 2004/05:45 s. 22). Att sexuella ofredanden som riktar sig mot barn och innefattar

ett handgripligt antastande av barnet bör särbehandlas i påföljdshänseende är vidare, enligt min uppfattning, i linje med Högsta domstolens normbildning när det gäller sexualbrott mot barn.

Med hänsyn till de intressen som straffbestämmelsen är avsedd att skydda och den ambition som finns hos lagstiftaren att skydda barn från sexuella övergrepp är det min uppfattning att det bör finnas en presumtion för fängelse vid påföljdsbestämningen för sexuella ofredanden av barn.

Hur stark presumtionen är beror på omständigheterna i det enskilda fallet.

I det nu aktuella fallet konstaterar jag att det rör sig om ett brott med en stor ålderskillnad mellan målsäganden, som var 15 år, och MM, som var 33 år vid gärningen. Brottet har vidare skett i en för målsäganden otrygg miljö utomhus nattetid. Målsäganden har befunnit sig ensam med MM när han har ofredat henne. Hon har sammantaget befunnit sig i en utsatt situation och inte kunnat värja sig mot honom. Det har varit fråga om en varaktig och påtagligt integritetskränkande beröring. Dessa omständigheter kring gärningen innebär enligt min uppfattning att presumtionen för en fängelsepåföljd är stark. MM bör dömas till ett fängelsestraff som motsvarar straffvärdet.

Vid lägre straffvärdenivåer har det ibland ansetts finnas ett utrymme att göra en mer nyanserad bedömning av den betydelse som brottslighetens art ska få vid val av påföljd. En förutsättning för att en icke frihetsberövande påföljd överhuvudtaget ska kunna övervägas som påföljd för brottet i det nu aktuella fallet, där den tilltalade är en i förhållande till barnet nästan 20 år äldre man, är att en villkorlig dom kan förenas med en föreskrift om samhällstjänst.

Skälen för 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 målet med hänsyn till det allmänna intresset av tillgång till omfattande och vägledande prejudikatbildning bör prövas av Högsta domstolen (Peter Fitger m.fl., *Rättegångsbalken – en kommentar på internet*, kommentaren till 54 kap. 10 § rättegångsbalken).

Utvecklingscentrum, som inom Åklagarmyndigheten ansvarar för rättslig utveckling och metodutveckling när det gäller bl.a. sexualbrott och brott mot barn, har i en framställan till riksåklagaren om att domen bör överklagas till Högsta domstolen bl.a. anfört att hovrättspraxis inte är enhetlig när det gäller frågan om sexuellt ofredande mot barn är av sådan art att en fängelsepåföljd bör väljas och att det därför behövs ett klagorand. Det är vidare enligt Utvecklingscentrum av vikt för rättstillämpningen att Högsta domstolen klagör vilket straffvärde ett sexuellt ofredande av denna karaktär ska ha.

Jag instämmer i att det finns ett behov av vägledande uttalanden från Högsta domstolen i frågan om huruvida sexuellt ofredande mot barn ska anses utgöra artbrott. Vid den bedömningen hänvisar jag till de skillnader som konstaterats i hovrätternas praxis och de överväganden i frågan om art som hovrätternas domar återkommande innehåller vid prövning av dessa brott.

Bevisuppgift och målets handläggning

Jag åberopar preliminärt inte någon bevisning i frågan om påföljd och bedömer preliminärt att målet kan avgöras på handlingarna. Jag ber emellertid om att få återkomma slutligt med bevisuppgift och synpunkter på den fortsatta handläggningen för det fall Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd i målet.

Petra Lundh

Eva Bloch

Kopia till:

Utvecklingscentrum.

Malmö åklagarkammare (AM-127092-19).

Kammaråklagaren Victoria Ingered.