



Högsta domstolen
Box 2066
103 12 Stockholm

Överklagande av en hovrättsdom – Grovt utnyttjande av barn för sexuell posering

Klagande

Riksåklagaren
Box 5553
114 85 Stockholm

Motpart

YA

Ombud och offentlig försvarare:
Advokaten GL

Saken

Grov våldtäkt mot barn m.m.; nu fråga om grovt utnyttjande av barn för sexuell posering

Överklagade avgörandet

Svea hovrätts dom den 26 augusti 2019 i mål B 7173-19

Yrkande

Jag yrkar att Högsta domstolen, med ändring av hovrättens dom, dömer YA även för grovt utnyttjande av barn för sexuell posering enligt åtalspunkterna 1–6.

Frågan i målet

Den fråga som enligt min uppfattning är av intresse ur prejudikatsynpunkt är om aktivt deltagande i den sexuella handlingen eller i den ohöljda exponeringen av sexuell innebörd krävs från barnets sida för att en person ska kunna dömas för att ha främjat eller utnyttjat att barnet medverkat i en sexuell posering enligt straffbestämmelsen om utnyttjande av barn för sexuell posering i 6 kap. 8 § första stycket brottsbalken.

Bakgrund

Åtal

YA åtalades för bl.a. sex fall av grov våldtäkt mot barn/grovt sexuellt övergrepp mot barn, grovt utnyttjande av barn för sexuell posering och barnpornografibrott (åtalspunkterna 1–6) och för grovt barnpornografibrott (åtalspunkten 7).

I åtalspunkterna 1–6 gjordes gällande följande.

- Att YA genomfört en sexuell handling jämförlig med samlag eller genomfört en sexuell handling med målsäganden, som var 8 år, genom att bl.a. föra in fingrar i och beröra hennes könsorgan (grovt våldtäkt mot barn alt. grovt sexuellt övergrepp mot barn).
- Att YA samtidigt filmat alt. fotograferat målsäganden och därigenom främjat eller utnyttjat att hon utfört eller medverkat i sexuell posering (grovt utnyttjande av barn för sexuell posering).

Det gjordes gällande att brotten skulle bedömas som grova, dels eftersom YA visat särskild hänsynslöshet med hänsyn till målsägandens låga ålder och funktionsnedsättning, dels eftersom gärningarna inneburit ett hänsynslöst utnyttjande av målsäganden genom tillvägagångssättet då YA utnyttjat den ställning/det särskilda förtroende han fått från en nära anhörig till målsäganden samt att brotten skett på en plats där målsäganden haft rätt att känna trygghet.

- Genom att filma/fotografera målsäganden på ovan nämnda sätt har YA även skildrat barn i pornografisk bild (barnpornografibrott).

Tingsrättens dom

YA bestred att den omständigheten att han filmat gärningen medför att han i brottskonkurrens ska dömas även för utnyttjande av barn för sexuell posering och barnpornografibrott.

Tingsrätten dömde YA för tre fall av grov våldtäkt mot barn och tre fall av grovt sexuellt övergrepp mot barn samt sex fall av barnpornografibrott (åtalspunkterna 1–6) och för barnpornografibrott (åtalspunkten 7).

Tingsrätten fann att gärningspåståendena avseende utnyttjande av barn för sexuell posering var styrkta.

När det gäller frågan om brottskonkurrens anförde tingsrätten bl.a. följande.

Brottet utnyttjande av barn för sexuell posering tillkom genom lagstiftning som trädde i kraft år 2005. Dessförinnan var många sådana gärningar kriminaliserade genom bestämmelsen om sexuellt ofredande i dåvarande 6 kap. 7 § första och andra styckena brottsbalken. Lagändringen innebar huvudsakligen att även utnyttjande av barn i åldern 15 till 18 år kriminaliserades (se prop. 2004/05:45 framförallt s. 98). Sexuellt ofredande, som numera återfinns i 6 kap. 10 § brottsbalken, är uttryckligen subsidiärt till brott mot 6 kap. 1–9 §§ brottsbalken. Frågan är om detsamma gäller brottet utnyttjande av barn för sexuell posering. Inledningsvis kan konstateras att detta brott har samma skyddsobjekt/skyddsintresse som brottet våldtäkt mot barn. Det finns heller ingenting som tyder på att lagstiftarens avsikt när den nya brottsrubriceringen infördes var att det framöver – till skillnad mot vad som gällt tidigare när sådana gärningar var att bedöma som sexuellt ofredande – skulle dömas i brottskonkurrens, om brottet innefattade även våldtäkt mot barn eller sexuellt övergrepp mot barn (i fråga om våldtäkt mot barn jämför Svea hovrätts dom 2016-04-19 i mål B 1328-16 och B 1911-16). Enligt tingsrättens bedömning ska YA därför inte dömas för utnyttjande av barn för sexuell posering eftersom detta brott, oavsett graden, här konsumeras av brotten grov våldtäkt mot barn respektive grovt sexuellt övergrepp mot barn.

Tingsrätten bestämde påföljden till fängelse i åtta år. Som straffvärdehöjande moment beaktades att övergreppen filmats eller fotograferats.

Hovrättens dom

Åklagaren överklagade tingsrättens dom till hovrätten och yrkade att hovrätten skulle döma YA även för grovt utnyttjande av barn för sexuell posering enligt åtalpunkterna 1–6 och bestämma påföljden till ett längre fängelsestraff.

Hovrätten fastställde tingsrättens dom.

När det gäller frågan om YA även ska dömas för utnyttjande av barn för sexuell posering anförde hovrätten följande.

Av 6 kap 8 § brottsbalken framgår att den som främjar eller utnyttjar att ett barn under 15 år utför eller medverkar i sexuell posering döms för utnyttjande av barn för sexuell posering. Enligt hovrätten innebär bestämmelsen att det måste krävas någon form av eget deltagande från barnets sida för att det överhuvudtaget ska kunna bli fråga om att utföra eller medverka i en posering. I nu aktuella situationer är det enbart YA som har vidrört målsäganden på olika sätt och blottat hennes könsorgan. Målsäganden har inte själv gjort någonting som skulle kunna tolkas som att hon utförde en sexuell posering eller på något sätt medverkade i en sådan handling. Redan av detta skäl ska YA inte dömas för utnyttjande av barn för sexuell posering.

Grunderna för mitt överklagande

Den rättsliga regleringen

Enligt 6 kap. 8 § första stycket brottsbalken döms den som främjar eller utnyttjar att ett barn under 15 år utför eller medverkar i sexuell posering för *utnyttjande av barn för sexuell posering* till böter eller fängelse i högst två år.

I paragrafens andra stycke regleras vissa fall av utnyttjanden av barn mellan 15 och 18 år. Då krävs för straffansvar att poseringen är ägnad att skada barnets hälsa eller utveckling.

Enligt tredje stycket ska dömas för *grovt utnyttjande av barn för sexuell posering* till fängelse i lägst sex månader och högst sex år, om brottet är grovt. Vid bedömning av om brottet är grovt ska särskilt beaktas om brottet avsett en verksamhet som bedrivits i större omfattning, medfört betydande vinning eller inneburit ett hänsynslöst utnyttjande av barnet.

Straffbestämmelsen om utnyttjande av barn för sexuell posering infördes i brottsbalken den 1 juli 2005, men motsvarade i vissa delar den tidigare bestämmelsen om sexuellt ofredande.

Straffbestämmelsen infördes för att åstadkomma en så heltäckande kriminalisering som möjligt när det gäller skydd för barn under 18 år mot att utnyttjas i pornografiska framställningar och vid sexuell posering och för att Sverige fullt ut skulle uppfylla EU:s rambeslut om bekämpande av sexuellt utnyttjande av barn och barnpornografi.

Som utgångspunkt för kriminaliseringen användes den dåvarande bestämmelsen om sexuellt ofredande i 6 kap. 7 § första och andra styckena brottsbalken. Regleringen är avsedd att erbjuda barn under 15 år ett absolut skydd mot utnyttjande för sexuell posering. (Prop. 2004/05:45 s. 98 f.)

I förarbetena uttalas att med ”främjande” avses detsamma som i straffbestämmelsen om koppleri och att främjande kan ske på många olika sätt, t.ex. att någon skapar möjlighet eller underlättar för ett barn att posera genom att ställa lokal till förfogande för posering. Att psykiskt påverka i en inte alltför obetydlig grad kan vara ett främjande, liksom att tvinga, förmå eller förleda en person till något. (A. prop. s. 146 och Bäcklund m.fl., Brottsbalken En kommentar 6:8 s. 2.)

Rekvisitet ”utnyttjar” avser, enligt förarbetena, t.ex. sådana fall där någon drar ekonomisk vinning eller tillskansar sig andra fördelar än rent ekonomiska av att ett barn utför sexuell posering. Men också sådana situationer där någon låter

ett barn sexuellt posera inför sig eller utnyttjar ett barn för framställning av pornografisk bild omfattas av uttrycket. (A. prop. s. 146.)

Med ”sexuell posering” avses, enligt lagens förarbeten, antingen medverkande i eller utförande av en sexuell handling eller ohöljd exponering av sexuell innebörd. Handlingen ska för en vuxen ha en klar och otvetydig sexuell karaktär. I uttrycket ligger även att handlingen ska utföras inför en eller flera personer eller framför en kamera för dokumentation eller förmedling av bild. (A. prop. s. 146.)

Barnets inställning till handlingen ska inte tillmätas någon straffrättslig betydelse. Barnet kan således inte samtycka till handlingen. (A. prop. s. 146.)

Jareborg m.fl. uttalar att barnet inte självt behöver utföra poseringen, utan kan medverka på annat sätt (Nils Jareborg m.fl., Brotten mot person och förmögenhetsbrotten, 2 uppl., s. 135).

Rättsfall

I NJA 2011 s. 386 dömdes en man för utnyttjande av barn för sexuell posering för att på en skola vid flera tillfällen ha förmått flickor mellan sex och nio år att nakna posera inför honom, varvid han olovligen filmat dem samt för att ha förmått och instruerat två sjuåriga flickor att posera sexuellt för honom, varvid han fotograferat dem. Högsta domstolen uttalade sig dock endast om huruvida presumtion för fängelse förelåg (frågan om artvärde).

I RH 2016:58 hade en läkare smygfilmat ett stort antal skolpojkar när de i samband med undersökningar bl.a. blottat sina könsorgan. Syftet med smygfilmandet var att framställa barnpornografiskt material. Hovrätten fann att den tilltalades uppmaning till barnen att blotta sina könsorgan och i förekommande fall beröra eller låta den tilltalade beröra könsorganen samtidigt som han i hemlighet framställt barnpornografiskt material medför att handlingarna haft en sådan sexuell innebörd som avses i bestämmelsen om utnyttjande av barn för sexuell posering. Enligt hovrätten hade det varit fråga om sexuell posering som den tilltalade såväl främjat som utnyttjat och den tilltalade dömes för utnyttjande av barn för sexuell posering.

Legalitetsprincipen

Den straffrättsliga legalitetsprincipen innebär bl.a. dels att tillämpningen av en strafflag inte till nackdel för den tilltalade får utsträckas utöver vad dess ordalydelse medger (analogiförbudet), dels att straffbudet måste vara tillräckligt precist och begripligt till sin utformning (obestämdhetsförbudet). Det finns emellertid inte något hinder mot att ett straffbud tolkas enligt vedertagna grundsatser så att dess rätta mening utröns. (Se t.ex. ”Arbetskyddsstyrelsens föreskrifter” NJA 2012 s. 105, NJA 2015 s. 501 och NJA 2018 s. 1103 samt Asp m.fl., Kriminalrättens grunder, 2 uppl. s. 45 ff.)

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 tillämpa bestämmelsen. (Se ”Mordstraffskalan” NJA 2016 s. 3 p. 19 och NJA 2018 s. 1103 p. 12.)

Min bedömning

Skuldfrågan

I målet är utrett att YA bl.a. vidrört och blottat målsägandens könsorgan, allt framför en kamera för dokumentation på bild eller film. Som anförts i det föregående avses med begreppet sexuell posering, enligt lagens förarbeten, antingen medverkande i eller utförande av en sexuell handling eller en ohöljd exponering av sexuell innebörd. Att YA vid varje gärningstillfälle har genomfört en sexuell handling med målsäganden står klart, liksom att hon genom hans agerande varit föremål för en ohöljd exponering av sexuell innebörd.

Frågan är om målsäganden därigenom kan sägas ha ”medverkat i sexuell posering”, vilket krävs för ansvar för utnyttjande av barn för sexuell posering. Som jag tolkar förarbetena ställs för straffansvar inte upp något krav på att barnet ska ha deltagit aktivt för att rekvisitet ska anses uppfyllt. Tvärtom är ju syftet med den aktuella bestämmelsen att åstadkomma ett heltäckande skydd för barn mot att utnyttjas för sexuell posering. Kränkningen för ett barn som förhåller sig passiv medan den vuxne dokumenterar sina handlingar på barnet torde vara lika stor som om barnet deltagit aktivt.

Genom att förhålla sig passiv under en sexuell handling eller en ohöljd exponering av sexuell innebörd måste målsäganden kunna sägas ha medverkat i den sexuella handlingen och exponeringen. Den sexuella handlingen och exponeringen har utförts framför en kamera för dokumentation på bild eller film. En gärning som den i målet aktuella måste enligt min uppfattning omfattas av det normala betydelseområdet för uttrycket att *medverka i en sexuell posering*. Jag kan således inte finna att det skulle stå i strid med legalitetsprincipen att tillämpa bestämmelsen på detta sätt.

Enligt min uppfattning har YA främjat eller utnyttjat att målsäganden medverkat i en sexuell posering. Ingen tvekan kan råda om att han utfört gärningarna uppsåtligt. Han har därför gjort sig skyldig till utnyttjande av barn för sexuell posering.

Rubriceringsfrågan

Brotten bör bedömas som grova eftersom brotten inneburit ett hänsynslöst utnyttjande av målsäganden, främst med beaktande av målsägandens låga ålder och svåra funktionsnedsättning, men också med beaktande av att YA utnyttjat sin ställning och det särskilda förtroende han fått samt att brotten skett på en plats där målsäganden haft rätt att känna trygghet.

Konkurrensfrågan

Nästa fråga är om YA ska dömas för sex fall av grovt utnyttjande av barn för sexuell posering i brottskonkurrens med grov våldtäkt mot barn respektive grovt sexuellt övergrepp mot barn eller om de bägge sistnämnda sex brotten ska konsumera grovt utnyttjande av barn för sexuell posering.

I målet är 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 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 och sexuellt övergrepp 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 respektive sexuellt övergrepp mot barn har strängare straffskala än utnyttjande av barn för sexuell posering. Detsamma gäller de grova formerna av dessa brott. Brotts typerna har samma skyddsintresse, nämligen att utgöra ett straffrättsligt skydd för barn mot kränkningar av den sexuella integriteten. Utnyttjande av barn för sexuell posering kan dock också sägas utgöra ett skydd mot att få sitt privatliv kränkt, ett skydd för den personliga integriteten. Vidare tillkommer ett försvårande rekvisit i straffbestämmelsen om utnyttjande av barn för sexuell posering, nämligen, i ett fall som det förevarande, att de sexuella handlingarna respektive exponeringen har ägt rum framför en kamera för dokumentation.

Med hänsyn till bestämmelsernas delvis olika syften och delvis olika tillämpningsområden anser jag att brotten grovt sexuellt utnyttjande av barn för sexuell posering inte bör konsumeras av brotten grov våldtäkt mot barn och grovt sexuellt övergrepp mot barn. Jag kan inte se att YA därmed skulle utsättas för någon orättvis dubbelbestraffning. Mot denna bakgrund bör YA således dömas även för sex fall av grovt utnyttjande av barn för sexuell posering.

Påföljd

Om YA döms även för sex fall av grovt utnyttjande av barn för sexuell posering ska dock filmandet och fotograferandet inte verka straffvärdehöjande vid straffvärdebedömningen av de grova våldtäkterna mot barn och de grova sexuella övergreppen mot barn. I övrigt delar jag domstolarnas bedömning i påföljdsfrågan och anser att påföljden, liksom i hovrätten, bör bestämmas till fängelse i åtta år.

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 ett avgörande av Högsta domstolen blir av generell betydelse för bedömningen av framtida mål som innehåller liknande frågeställningar (Peter Fitger, Rättegångsbalken, s. 54:26).

Mål om utnyttjande av barn för sexuell posering är inte sällsynt förekommande hos åklagare och i domstol.

Högsta domstolen har hittills inte prövat något fall som gäller den fråga som är aktuell i målet, dvs. om aktivt deltagande i den sexuella handlingen krävs från barnets sida för att ”medverkande i sexuell posering” ska anses ha skett. Förarbetena till bestämmelsen ger inte något klart svar på frågan. NJA 2011 s. 386 berör endast fråga om påföljdsval (artvärde) när det gäller utnyttjande av barn för sexuell posering och barnpornografibrott.

Vidare har frågan bedömts på skilda sätt i rättstillämpningen. I Göta hovrätts dom den 5 oktober 2018 i mål B 2276-18 hade gärningsmannen filmat barns nakna kroppar medan barnen sov. Hovrätten ansåg att barnen medverkat i en sexuell posering och den tilltalade dömdes för utnyttjande av barn för sexuell posering. I RH 2016:58 dömdes för utnyttjande av barn för sexuell posering då barn smygfilmats medan de förmått att blotta eller beröra sina könsorgan. I Hovrätten för Nedre Norrlands dom den 10 april 2015 i mål B 1449-14 ansåg hovrätten det inte utgöra sexuell posering i den mening som avses i paragrafen då smygfilmning av barn som varit lättklädda eller avklädda – och därmed varit omedvetna om filmningen – skett.

Också frågan om det ska dömas i brottskonkurrens eller inte i ett fall som det förevarande har bedömts olika i rättstillämpningen. I Göta hovrätts domar den 5 oktober 2018 mål B 2276-18 och den 3 februari 2014 i mål B 3104-13, Svea hovrätts domar den 24 juni 2015 i mål B 693-15 och den 1 mars 2016 i mål B 5801-15 samt Hovrätten över Skåne och Blekinges dom den 30 mars 2016 i mål B 1532-15 har ansetts att det går att döma för sexuellt övergrepp mot barn och utnyttjande av barn för sexuell posering i brottskonkurrens. Motsatt bedömning har gjorts i bl.a. Svea hovrätts dom den 19 april 2016 i mål B 1328-

16 och B 1911-16 och i Hovrätten för Nedre Norrlands dom den 6 maj 2013 i mål B 304-13.

Det ovan anförda talar enligt min bedömning för att en prövning av överklagandet skulle bidra till klargöranden och preciseringar av rättsläget när det gäller i första hand rekvisitetet *medverkar i sexuell posering* men också när det gäller hur konkurrensfrågan ska lösas i fall som detta.

Målet innehåller inte några bevisfrågor och är därför lämpligt för en prövning i Högsta domstolen

Sammanfattningsvis skulle en prövning av överklagandet vara av stor vikt för ledning av rättstillämpningen.

Bevisuppgift m.m.

Preliminärt åberopar jag inte någon bevisning. Jag ber dock att få återkomma med bevisuppgift och synpunkter på målets fortsatta handläggning för det fall Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd i målet.

Katarina Johansson Welin

Hedvig Trost

Kopia till:

Utvecklingscentrum Göteborg
Söderorts åklagarkammare i Stockholm (AM-118140-18)
Kammaråklagaren Elin Malmberg