



Högsta domstolen
Box 2066
103 12 Stockholm

AÖ ./ riksåklagaren ang. egenmäktighet med barn

(Hovrätten för övre Norrlands dom den 16 mars 2016 i mål nr B 57-16)

Högsta domstolen har förelagt riksåklagaren att inkomma med svarsskrivelse. Jag vill anföra följande.

Min inställning

Jag bestrider ändring av hovrättens dom. Jag tillstyrker dock att Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd i målet.

Bakgrund

Åtalet

AÖ åtalades för egenmäktighet med barn, grovt brott, för att ha skilt den gemensamma dottern VS, född i december 2001, från vårdnadshavaren RS, utan att ha rätt till det. I dom den 11 juni 2014 hade RS tillerkänts vårdnaden om dottern. AÖ har underlåtit att överlämna barnet och kvarhållit dottern utom riket. Det hände den 1 juli 2014 i Norrbottens län i Sverige. Sedan den 1 juli 2014 har AÖ fortsatt att hålla VS skild från RS.

Det gjordes gällande att brottet skulle bedömas som grovt eftersom AÖ kvarhållit dottern utom riket, kvarhållandet skett under en längre tid och då RS helt undanhållits möjlighet att utöva vårdnaden om och umgänge med dottern.

Tingsrättens dom

AÖ förnekade gärningen. Hon vidgick att VS bor hos henne i Norge, men bestred ansvar för brott då hon vare sig aktivt eller genom underlåtenhet som kan anses straffbar har undanhållit V från vårdnadshavaren. Då V varit illa har hon inte med tvång kunnat tvinga henne till vårdnadshavaren. Hon har således även med stöd av nödrätten inte agerat brottsligt.

Tingsrätten dömde AÖ för egenmäktighet med barn till fängelse i fyra månader.

Enligt tingsrätten kan AÖ inte sägas aktivt ha försökt undanhålla V från RS. Tingsrätten fann däremot att inte annat framkommit än att AÖ endast försökt förklara och prata med V för att förmå henne att flytta tillbaka till RS, att AÖ nöjt sig med Vs vilja och önskan samt att AÖ inte visat att hon gjort några

andra ansträngningar för att V ska återlämnas till RS i enlighet med domen i vårdnadsålet. Tingsrätten ansåg att det inte är godtagbart att förklara detta med att det är i enlighet med Vs vilja samt att det i sig utgör en sådan underlåtenhet som är straffbar. Eftersom AÖ inte kunde anses ha befunnit sig i en nödsituation fann tingsrätten att hon skulle dömas för egenmäktighet med barn.

I rubriceringsfrågan fann tingsrätten att gärningen skulle bedömas vara av normalgraden, bl.a. eftersom hänsyn bör tas till Vs egen vilja samt att AÖ inte gömt eller på annat sätt aktivt undanhållit V från RS.

Enligt tingsrätten motsvarade straffvärdet fängelse i fyra månader. Med hänsyn till brottets art och då AÖ inte kunde genomföra samhällstjänst bestämde tingsrätten påföljden till fängelse i fyra månader.

Hovrättens dom

Åklagaren överklagade tingsrättens dom och yrkade att AÖ skulle dömas för egenmäktighet med barn, grovt brott, till ett längre fängelsestraff.

AÖ överklagade tingsrättens dom och yrkade att hovrätten skulle ogilla åtalet. I andra hand yrkade hon att hovrätten skulle döma henne till en lindrigare påföljd.

Hovrätten fastställde tingsrättens dom.

Överklagandet

AÖ har överklagat hovrättens dom och yrkat att Högsta domstolen ska ogilla åtalet angående egenmäktighet med barn.

AÖ har till grund för sitt överklagande anfört bl.a. följande. Hon har inte gjort sig skyldig till vare sig aktivitet eller underlåtenhet som kan anses straffbar. Det kan inte krävas ytterligare aktiva handlingar från hennes sida för att undvika straffbar handling. Hon har således inte skilt den gemensamma dottern från vårdnadshavaren. Hon har levt helt öppet och vårdnadshavaren har hela tiden vetat var dottern befinner sig. Vårdnadshavaren har när som helst kunnat komma och hämta dottern men har valt att inte göra det. Vårdnadshavaren har aldrig hindrats och hon har aldrig försvårat för vårdnadshavaren att vare sig hämta eller besöka dottern. Vid förhören i tingsrätten framkom att vårdnadshavaren själv uppgav att han inte tänkte hämta flickan så länge hon inte ville det. AÖ har försökt prata med och påverka dottern, men det har inte hjälpt. Dottern var vid åtalstidens början 12,5 år och vid åtalstidens slut 14 år, dvs. en ungdom med stark vilja och fysisk styrka, en flicka som uttryckligt, kraftfullt och långvarigt, såväl fysiskt som psykiskt, vägrat att flytta till pappan. Även om det inte har ansetts utgöra en nödsituation av hovrätten, visar det på problematiken och allvarligheten i dotterns envetna motstånd, och därigenom

möjligheten för AÖ att påverka situationen utifrån ett straffrättsligt perspektiv. Frågan är därför om det går att kräva att AÖ, för att undvika straffansvar, skulle ha gjort något ytterligare än hon redan har gjort. Tingsrätten och hovrätten har inte förklarat vad AÖ borde ha gjort; de konstaterar bara att det hon gjort inte var tillräckligt.

AÖ har som skäl för prövningstillstånd anfört följande. Det vore av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen ger vägledning i frågan om underlåtenhet och passivitet rörande egenmäktighet med barn; vilka krav som kan ställas på aktiv handling (eller med andra ord, vilken medverkan som krävs från den tilltalade) och hur andra omständigheter ska vägas in (exempelvis barnets ålder, inställning och uppträdande, barnet hälsa, öppenhet i övrigt gentemot vårdnadshavaren om var barnet befinner sig samt vårdnadshavarens egen underlåtenhet att hämta eller försöka hämta barnet).

Grunderna för min inställning

Den rättsliga regleringen

Straffbestämmelsen om egenmäktighet med barn finns i 7 kap. 4 § brottsbalken. I paragrafen stadgas straffansvar för egenmäktighet med barn i olika situationer. I detta fall är av relevans regleringen om straffansvar för den som obehörigen skiljer ett barn under 15 år från någon som har vårdnaden om barnet. Om dessa brottsförutsättningar är uppfyllda döms för egenmäktighet med barn till böter eller fängelse i högst ett år. Om brottet är grovt är straffskalan fängelse i lägst sex månader och högst fyra år.

Straffbestämmelsen omfattar inte gärningar som riktar sig mot barns frihet utan gärningar som utgör ingrepp i eller missbruk av vårdnad enligt föräldrarättens regler. De straffbelagda gärningarna avser endast en begränsad del av vad som omfattas av vårdnadsbegreppet, främst rätten att bestämma var barnet ska bo (Nils Jareborg m.fl., Brotten mot person och förmögenhetsbrotten, 2 uppl., s. 156). Enligt förarbetena är barnets vilja utan betydelse för ansvarsfrågan (NJA II 1962 s. 201). Brottet riktar mot den som ska ha barnet i sin vård, men som skiljs från barnet, och under vissa omständigheter dessutom mot barnet. Eftersom skiljandet ska ske obehörigen föreligger inte något brott om vårdnadshavaren har samtyckt till skiljandet.

Om brottet består i att hålla ett barn kvar i utlandet anses det förövat i Sverige, om vårdnadshavaren finns här (NJA 1996 C 27, Berggren m.fl., Brottsbalken En kommentar, BrB 7:4 s. 2, Jareborg m.fl., a.a., s. 157; Jfr Berggren m.fl., a.a., BrB 2:4 s. 4).

Ett barn kan *skiljas* från en vårdnadshavare genom att man för bort barnet eller genom att man undanhåller barnet, dvs. vägrar att återlämna det, gömmer det eller på annat sätt hindrar att barnet återkommer till vårdnadshavaren. Om

barnet t.ex. hålls kvar efter utövad umgängesrätt eller om barnet på eget initiativ kommit till gärningsmannen, som kan vara en förälder som inte är vårdnadshavare, kan brottet begås genom underlåtenhet att göra något för barnets återförande, dvs. genom att behålla barnet hos sig (NJA II 1962 s. 202, Jareborg m.fl., a.a. s. 157, NJA 1991 s. 241, NJA 1992 s. 566 och NJA 1993 s. 277). Brottet egenmäktighet med barn kan därmed sägas vara ett s.k. oäkta underlåtenhetsbrott. Brottet begås oftast genom aktiv handling, men kan alltså också begås genom underlåtenhet att medverka till att barnet återförs, t.ex. genom att inte lämna uppgifter som gör det möjligt för vårdnadshavaren att på egen hand eller med myndigheternas hjälp återföra barnet, trots att gärningsmannen har möjlighet att påverka situationen (se NJA 1992 s. 566, NJA 1993 s. 277 och NJA 2008 s. 780). Om någon bara underlåter att återföra barnet till vårdnadshavaren, t.ex. efter ett umgänge eller ett obehörigt bortförande, behöver detta inte utan vidare innebära att han eller hon undanhåller barnet. Om vederbörande saknar praktisk möjlighet att göra något åt situationen ska straffansvar inte utdömas. Gärningen är inte heller straffbar om personen i fråga gjort sitt bästa för att barnet ska bli återfört, men vidtagna åtgärder inte visat sig tillräckliga. (Se NJA 1992 s. 566.)

Egenmäktighet med barn genom underlåtenhet torde fullbordas när den handlingspliktige insett de faktiska omständigheterna, men bestämmer sig för att förbli passiv (Josef Zila, Egenmäktighet med barn (en straffrättslig studie), uppsats i boken Barn som aktörer – en slutpunkt, red: Lena Olsen och Åke Saldeen, 2008 s. 246).

Egenmäktighet med barn är ett perdurerande brott, vilket innebär att brottet avslutas först när det rättsvidriga tillståndet har upphört, när barnet har återlämnats till vårdnadshavaren, eller när gärningsmannen har förlorat kontrollen över återlämnandet (Zila, a.a., s. 246 och Dahlström m.fl., Brott och påföljder, 5 uppl. s. 190; se NJA 1992 s. 566 och NJA 1993 s. 277).

Hedervärda motiv, t.ex. att skydda barnet mot vanvård eller att ge barnet bättre uppfostran, påverkar normalt endast straffvärdet och inte frågan om ansvar (NJA II 1962 s. 201). Det finns dock ett visst utrymme för att, utöver nödrätten enligt 24 kap. 4 § brottsbalken, finna ett skiljande behörigt när barnets fysiska eller psykiska hälsa skulle äventyras genom vistelse hos vårdnadshavaren.

Åklagaren får väcka åtal för egenmäktighet med barn endast om åtal är påkallat från allmän synpunkt (se 7 kap. 6 § brottsbalken). Genom att införa särskild åtalsprövning för vissa brott har lagstiftaren uttryckligen angett att presumtionen är att åtal inte ska väckas. Åtalet har i dessa fall gjorts fakultativt. Bestämmelsen omfattar egenmäktighet med barn i alla gärningsformer och oavsett svårighetsgrad. Enligt förarbetena ligger det dock i sakens natur att åtal inte bör underlåtas med stöd av denna regel i de fall brottet är att anse som grovt (prop. 1982/83:165 s. 39). Enligt Jareborg m.fl. är det inte sällan befogat

att avstå från utredning och lagföring med hänsyn till barnets bästa (Jareborg m.fl., a.a. s. 161). (Se också Tillsynsrapport 2014:3 Egenmäktighet med barn – tillämpning av den särskilda åtalsprövningsregeln, Åklagarmyndigheten, Utvecklingscentrum Stockholm, december 2014 (dnr ÅM-A 2014/0397.)

I doktrinen har väckts frågan om hur straffbestämmelsen om egenmäktighet med barn, som anses vara ett brott mot vårdnadshavaren och som inte tar hänsyn till barnets vilja, kan anses förenlig med art. 12 i FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen), enligt vilken artikel varje barn har rätt att uttrycka sin mening och höras i alla frågor som rör barnet samt barnets åsikt ska beaktas i förhållande till barnets ålder och mognad (Jareborg m.fl., a.a., s. 160 och Zila, a.a. s. 255 f.).

Enligt Jareborg m.fl. kan det ifrågasättas om kriminaliseringen är helt förenligt med art 12 i barnkonventionen. Om t.ex. en tonåring självmant flyttar till en förälder, hos vilken han eller hon enligt ett domstolsavgörande eller avtal inte ska bo, kan tvångsverkställighet av ett återförenande i vissa fall vägras enligt 21 kap. 5 § föräldrabalken, därför att barnet inte samtycker. Det föreligger i sådana fall en konflikt mellan barnet och den berättigade vårdnadshavaren, som inte ges rättslig relevans i 7 kap. 4 § brottsbalken. Den uppkomna situationen godtas emellertid av rättsordningen, dvs. barnet får stanna kvar hos någon som utför eller har utfört en gärning som sägs i 7 kap. 4 § brottsbalken. Möjligen kan, enligt Jareborg m.fl., gärningen sägas vara rättsenlig utan stöd i skriven lag (socialadekvat). I vart fall bör tillämpning, enligt Jareborg m.fl., av 7 kap. 6 § brottsbalken i sådana situationer leda till att åtal inte väcks.

Också Zila framhåller att ståndpunkten som förfäktas i förarbetena, att barnets vilja inte ska ha någon relevans för frågan om gärningens straffbarhet, måste anses ohållbar eftersom synen på barnets ställning väsentligen förändrats sedan förarbetenas tillkomst. Också han jämför med 21 kap. 5 § föräldrabalken, om verkställighet av domar om vårdnad, boende och umgänge, där barnets vilja respekteras och där verkställighet inte får ske mot barnets vilja, om barnet nått en sådan ålder och mognad att dess vilja bör beaktas, om inte rätten finner det nödvändigt med hänsyn till barnets bästa. Zila menar att rättsordningen här ger uttryck för respekt för barnens inställning och på grund härav accepterar den uppkomna situationen. En gärning som i och för sig formellt uppfyller rekvisiten för egenmäktighet med barn, men som leder till en situation som accepteras av rättsordningen, kan, enligt Zila, inte samtidigt betraktas som kriminell. Enligt Zila bör ett barns samtycke till kvarhållande utesluta gärningens straffbarhet, under förutsättning att barnet nått en sådan mognad att dess vilja bör beaktas samt att den uppkomna situationen inte strider mot barnets bästa.

Min bedömning

Skuldfrågan

I målet står klart att AÖ inte aktivt undanhållit V från sin far, som också är ensam vårdnadshavare för henne. AÖ och V har hela tiden bott på samma adress i Norge, vilken adress RS känt till. V går också sedan vårterminen 2014 i en skola i Norge. I målet har inte gjorts gällande att AÖ hindrat RS från att komma till Norge och träffa V eller hämta hem henne. RS har alltså hela tiden känt till var V befunnit sig.

Frågan är i stället om AÖ genom underlåtenhet på annat sätt skilt V från RS.

Tings- och hovrätten har funnit att AÖ har undanhållit dottern V från sin vårdnadshavare. Det som AÖ straffrättsligt lastas för är att inte ha gjort tillräckligt för att dottern ska återföras till vårdnadshavaren. Att underlåta att göra något i ett straffrättsligt sammanhang är alltid att underlåta att göra något visst – något som personen i fråga borde ha gjort och som vederbörande hade tillfälle och möjlighet att göra. För underlåtenhetsansvar erfordras också att gärningsmannen är i garantställning. Att AÖ har ett garantansvar på grund av sitt eget föregående handlande torde inte råda någon tvekan om. Frågan är emellertid vad AÖ borde ha gjort för att undgå straffansvar. AÖ själv menar att eftersom dottern inte vill träffa sin far så kan hon inte tvinga dottern till vårdnadshavaren. Hon menar också att det hon gjort, dvs. att hon pratat med dottern för att förmå dottern att frivilligt återföras till sin far, är tillräckligt för att undgå straffansvar.

I detta fall kan emellertid ifrågasättas vad som är dotterns vilja och vad som är AÖs vilja. I målet har åberopats bevisning till stöd för att AÖ inte har velat medverka till dotterns återförande eftersom AÖ inte vill att dottern ska bo hos sin far. Bland annat har åberopats protokoll från muntlig förberedelse den 28 augusti 2013 i mål ang. vårdnad m.m., T 337-13, tingsrättens dom av den 11 juni 2014 i mål ang. vårdnad m.m., T 337-13, samt ett fotografi av ett sms från AÖ daterat den 12 juni 2013.

I vårdnadsdomen av den 11 juni 2014 fann tingsrätten att Vs vilja inte kunde tillmätas någon avgörande betydelse för valet av vårdnadshavare. Tingsrätten lade därvid vikt vid bl.a. att V, enligt hennes lärare, har en förhållandevis låg mognadsgrad i förhållande till sin ålder, att hon befinner sig i en lojalitetskonflikt mellan föräldrarna och att hon bor hos en förälder som tydligt har tagit avstånd från den andra föräldern.

Vad som vidare talar för att AÖs vilja under en längre tid varit att skilja RS från vårdnaden om V är bl.a. att V och hennes tvillingbror redan efter påsklovet 2013 inte återvände till fadern i Sverige, trots överenskommelse därom. Inte heller sedan tingsrätten först den 18 juni 2013 och därefter den 3 september 2013 förordnat att V skulle vara stadigvarande boende hos RS och också förelagt AÖ vid vite av 10 000 kr att genast överlämna V till RS vidtog

AÖ någon åtgärd för att återföra dottern till sin far. Inte heller efter avtalat sommarumgänge i juli 2013 återförde AÖ dottern till RS. AÖ har således vid flera tillfällen underlåtit att rätta sig efter tingsrättens beslut när det gäller boende och umgänge m.m.

Av i målet åberopat sms från AÖ till RS den 12 juni 2013 framgår att AÖ vill att dottern ska bo hos henne och att hon inte tänker låta dottern träffa sin far om han inte återkallar yrkandet om ensam vårdnad.

Vidare framgår av tingsrättens dom att V varit i Sverige ungefär fem gånger sedan hon flyttade till Norge, men att AÖ inte vid något av dessa tillfällen informerat Rune Sundqvist om att dottern befann sig i Sverige.

Av tingsrättsdomen framgår också att AÖ underlåtit att informera RS om vissa förhållanden av vikt som rör V, såsom att hon haft svåra tandproblem, att hon träffat psykologer och om henne skolsituation.

Samtliga ovan anförda omständigheter innebär enligt min bedömning att det är klarlagt att AÖ själv inte har någon vilja att vare sig följa vad rätten bestämt om boende och vårdnad eller att medverka till att dottern ska återföras till sin vårdnadshavare. Det kan också antas att AÖ har påverkat dottern när det gäller frågan om att återföras till sin far. Som rätten fann i vårdnadsdomen från den 11 juni 2014 framstår det tydligt att AÖ har en motvilja mot att V har kontakt med sin pappa.

Enligt AÖ har hon försökt förmå V att flytta till sin far. Hon säger att hon förklarat för V vad vårdnadsdomen innebär.

Frågan är vad AÖ mer borde ha gjort för att undvika straffansvar?

Självfallet måste, vid bedömning av vilka åtgärder AÖ borde ha vidtagit, beaktas dotterns ålder, vilja, mående och integritet. Även om AÖ inte kan sägas ha full kontroll över dotterns återförande finns åtgärder som hon trots dotterns ålder och egen uppfattning i saken hade haft tillfälle och möjlighet att vidta i syfte att få ett återförande till stånd. AÖ hade kunnat göra betydligt större ansträngningar för att prata dottern tillrätta. Om det inte hade lyckats så hade hon kunnat uttröna möjligheterna till professionellt stöd, t.ex. inom socialtjänsten eller via en barn- och ungdomspsykiatrisk klinik, för att på så sätt få till stånd en frivillig lösning. AÖ hade också kunnat initiera möten mellan dottern och RS, antingen i Norge eller i Sverige, för att försöka få till stånd ett återförande. Under den aktuella perioden har AÖ inte vidtagit några av dessa åtgärder som hade kunnat möjliggöra ett återförande av dottern till hennes far och vårdnadshavare. I stället har AÖ förhållit sig helt passiv och hon har helt underlåtit att ha kontakt med dotterns vårdnadshavare. I det uppkomna läget synes medverkan från AÖ ha varit nödvändig för återförandet av V till sin

vårdnadshavare. Eftersom det i målet får anses utrett att V mått dåligt av situationen och uttryckt rädsla för sin far och ovilja att träffa honom kan inte AÖ straffrättsligt lastas för att dottern inte återförts till vårdnadshavaren. Det hon straffrättsligt kan lastas för är i stället att hon inte gjort vad hon i den uppkomna situationen borde ha gjort och som hon haft tillfälle och möjlighet att göra, dvs. att genom flera olika åtgärder försöka få till stånd ett frivilligt återförande. Att sådana skyldigheter ålegat AÖ måste hon ha insett. På grund av denna underlåtenhet måste AÖ anses ha undanhållit V från sin vårdnadshavare och därigenom uppsåtligen ha skilt henne från vårdnadshavaren från och med den 1 juli 2014.

Jag delar tings- och hovrättens bedömning att AÖ inte befunnit sig i någon nödsituation liksom att hon inte heller på grund av sin övertygelse härom kan gå fri från ansvar med stöd av nöd då utrymmet för tillämpningen av nödbestämmelsen som grundar sig på AÖs egen riskbedömning är mycket ringa (jfr NJA 1993 s. 128).

Den i målet aktuella straffbestämmelsen om egenmäktighet med barn avser att skydda vårdnadsrätten och vårdnadsförhållanden samt vårdnadshavarens intressen. Det är vårdnadshavaren som rättsligt förfogar över det intresse som brottsbeskrivningen skyddar och vars samtycke till skiljande utesluter straffbarhet. Även om straffbestämmelsen kommit till som skydd för barnets bästa anses egenmäktighet med barn inte primärt vara ett brott mot barnet. Barnets åsikter tillmäts inte någon betydelse vid frågan om ett brott har begåtts, alldeles oavsett barnets ålder och mognad. Någon skyldighet att beakta barnets åsikter enligt barnkonventionen när det gäller frågan om brott har begåtts eller inte kan inte föreligga. Till detta kommer i detta fall att AÖs underlåtenhet att agera är mer avhängig hennes egen än dotterns vilja.

Som tings- och hovrätten funnit ska AÖ således dömas för egenmäktighet med barn.

Påföljdsfrågan

Hovrätten har vid bedömning av brottets straffvärde lagt vikt vid ett antal försvårande omständigheter. V har fått träffa sin far endast vid ett par tillfällen under den tid åtalet avser och då i Norge, trots att AÖ tillsammans med V vistats i Norrbotten flera gånger sedan vårdnadstvisten inleddes. Vidare har AÖ inte efterkommit domstolarnas beslut i vårdnadsfrågan och trots två vitesförelägganden inte på något annat sätt än genom att tala med dottern försökt att efterkomma fattade beslut och domar. Slutligen har brottet pågått under lång tid samt har AÖ hela tiden planerat sin och dotterns tillvaro med utgångspunkten att dottern skulle fortsätta bo hos henne. Jag delar hovrättens bedömning att de uppräknade omständigheterna bör anses försvårande och anser att brottets straffvärde bör motsvara fängelse i åtminstone fyra månader.

Egenmäktighet med barn med ett straffvärde som ligger på fängelsenivå synes vara en brottstyp som har ett relativt högt artvärde. Se t.ex. RH 1986:123 där hovrätten slog fast att vid egenmäktighet med barn, grovt brott, kan med hänsyn till allmän laglydnad annan påföljd än fängelse inte komma i fråga och RH 2005:73 där egenmäktighet med barn, grovt brott, med ett straffvärde på tio månaders fängelse ansågs vara av sådan art att någon annan påföljd än fängelse inte kan komma i fråga.

Enligt Borgeke m.fl. fick 88 % av de totalt åtta som år 2011 dömdes för egenmäktighet med barn som huvudbrott till fängelse eller villkorlig dom fängelse som påföljd. För de som dömdes till fängelse bestämdes strafftiden till sex månader i ett fall, till mer än sex men mindre än 12 månader i tre fall, till ett år i ett fall och till mer än två men högst fyra år i två fall. Borgeke m.fl. gör den reflektionen att domstolarna har en tendens att åberopa brottets art vid påföljdsvalet. Att ett alternativ till fängelse skulle vara uteslutet mera generellt finns det, enligt Borgeke m.fl., emellertid inte grund att anta. Enligt författarna torde huvudförklaringen till den höga andelen fängelsestraff vara att de lagförda brotten har haft högt straffvärde (Martin Borgeke m.fl., Studier rörande påföljdspraxis m.m. Elektronisk version 2015, s. 528). Detta torde i sin tur förklaras av regeln om åtalsprövning i 7 kap 6 § brottsbalken, vilken får till följd att endast brott av allvarligare slag åtalas.

Enligt min bedömning och med hänvisning till praxis bör egenmäktighet med barn som har ett straffmättningsvärde på åtminstone fyra månader anses vara ett brott av sådan art att fängelse måste vara en utgångspunkt vid påföljdsvalet. I detta fall hade villkorlig dom och samhällstjänst emellertid kunnat vara en tillräckligt ingripande påföljd som ett alternativ till en fängelsepåföljd. Eftersom samhällstjänst inte synes vara en möjlig påföljd för AÖ delar jag hovrättens bedömning att påföljden bör bestämmas till fängelse i fyra månader. (Jfr dock NJA 2008 s. 503 där påföljden villkorlig dom med föreskrift om samhällstjänst ansetts kunna ådömas en person med hemvist i Danmark, samt RH 2006:41 där villkorlig dom med samhällstjänst ådömts en person bosatt i Spanien.)

Sammanfattningsvis bör hovrättens dom stå fast.

Prövningstillstånd

Prejudikatdispens

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. Den enskildes intresse av att få till stånd en prövning i Högsta

domstolen kan alltså inte föranleda prövningstillstånd på denna grund (Fitger, Rättegångsbalken, s. 54:26).

Ärenden om egenmäktighet med barn är inte sällan komplicerade. Varje år anmäls ett relativt stort antal olovliga bortföranden av barn. Enligt Brottsförebyggande rådets officiella kriminalstatistik anmäldes 1 966 stycken fall av egenmäktighet med barn under år 2015.

Högsta domstolen har i flera rättsfall prövat frågan om skiljande av ett barn från dess vårdnadshavare genom underlåtenhet att vidta åtgärder (se NJA 1992 s. 566, NJA 1993 s. 277 och NJA 2008 s. 780). I dessa avgöranden har Högsta domstolen gjort uttalanden om när straffrättsligt ansvar kan utdömas för den som efter att ha fört bort ett barn undanhåller barnet genom att underlåta att återföra barnet till vårdnadshavaren. I de aktuella fallen har dock den åtalade underlåtenheten bestått i att inte lämna uppgifter som varit nödvändiga för ett återförande av barnet, såsom att underrätta vårdnadshavaren om barnets vistelseadress. I detta fall lastas den tilltalade dock inte för att ha undanhållit information om var barnet befinner sig utan för att inte aktivt ha medverkat till att återföra barnet till sin vårdnadshavare. Högsta domstolen har således inte tidigare uttalat sig om vilka åtgärder som bör åligga den person som barnet befinner sig hos att vidta. Det är viktigt att den person som barnet befinner sig hos vet vilka åtgärder som åligger honom eller henne för att undgå straffansvar.

Enligt min mening vore av värde vägledande uttalanden av Högsta domstolen när det gäller i vilka fall straffansvar bör kunna utkrävas för underlåtenhet att återföra barnet i en situation där barnet själv uttryckt ovilja mot ett återförande och inte frivilligt går med på ett återförande till vårdnadshavaren.

Vidare vore intressant att få belyst den fråga som väckts i doktrinen om huruvida en tillämpning av straffbestämmelsen om egenmäktighet med barn utan hänsyn till barnets vilja och åsikter är förenlig med art. 12 i barnkonventionen, som stadgar att varje barn har rätt att uttrycka sin mening och höras i alla frågor som rör barnet samt att barnets åsikt ska beaktas i förhållande till barnets ålder och mognad (se Nils Jareborg m.fl., Brotten mot person och förmögenhetsbrotten, 2 uppl., s. 160 och Josef Zila, Egenmäktighet med barn (en straffrättslig studie), uppsats i boken Barn som aktörer – en slutpunkt, red: Lena Olsen och Åke Saldeen, 2008 s. 215).

Det finns dock omständigheter som kan anses tala emot en prövning av skuldfrågan i detta mål i Högsta domstolen. I målet har domstolarna kommit fram till att den tilltalades underlåtenhet att agera är avhängigt hennes egen ovilja till att dottern ska återföras till vårdnadshavaren och inte endast dotterns vilja att bo hos den tilltalade. Målet är således inte helt ”rent”. Huruvida den tilltalade i detta fall haft möjlighet att bidra till att dottern kunde återföras till vårdnadshavaren är vidare, enligt min uppfattning, en fråga som är beroende av

hur de i detta fall specifika omständigheterna bedöms. En prövning av Högsta domstolen kan därför riskera att inte få någon egentlig betydelse utanför det nu aktuella målet.

När det gäller påföljdsfrågan synes egenmäktighet med barn som inte ligger på bötesnivå i praxis åsättas ett relativt högt arvvärde (se bl.a. RH 1986:123, RH 2005:73 och Martin Borgeke m.fl., Studier rörande påföljdspraxis m.m. Elektronisk version 2015, s. 528). I RH 1993:52 bestämdes dock påföljden till villkorlig dom och dagsböter för egenmäktighet med barn. Vid vilket straffmättningsvärde egenmäktighet med barn ska anses som brottslighet av sådan art att det finns anledning till särbehandling vid påföljdsvalet synes dock inte ha berörts i vare sig förarbeten eller i praxis från Högsta domstolen. Enligt min uppfattning skulle uttalanden från Högsta domstolen om och i vilken grad egenmäktighet med barn är ett brott av sådan art att utgångspunkten är en fängelsepåföljd vara av vikt för ledning av rättstillämpningen.

Utvecklingscentrum Stockholm, som inom Åklagarmyndigheten har ett särskilt ansvar för rätts- och metodutveckling avseende frågor som rör egenmäktighet med barn, har uppgett att de får många frågor från åklagare om egenmäktighet med barn, bl.a. om hur den särskilda åtalsprövningsregeln ska tillämpas, under vilka förhållanden brottet ska bedömas som grovt samt vilka ställningstaganden som bör göras när det gäller straffvärdebedömning och påföljdsval.

Sammanfattningsvis anser jag, trots de skäl som kan finnas emot en prövning, att en prövning av överklagandet skulle vara av vikt för ledning av rättstillämpningen. Jag tillstyrker därför prövningstillstånd.

Bevisuppgift

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

Kerstin Skarp

Hedvig Trost

Kopia till:

Utvecklingscentrum Stockholm
Åklagarkammaren i Luleå (AM-112173-14)
Kammaråklagaren Ulla-Karin Lindström