



Högsta domstolen  
Box 2066  
103 12 Stockholm

## **ML ./ riksåklagaren ang. sexuellt utnyttjande av barn m.m.**

*(Göta hovrätts dom den 24 januari 2014 i mål nr B 2537-13)*

Högsta domstolen har, efter att ha meddelat prövningstillstånd i målet, förelagt riksåklagaren att inkomma med svarsskrivelse. Jag vill anföra följande.

### **Min inställning**

Jag bestrider ändring av hovrättens dom.

### **Bakgrund**

ML är dömd för sexuellt utnyttjande av barn för att under en period från och med april 2012 till och med juni 2012 vid åtminstone tio olika tillfällen ha haft samlag med målsäganden, född i december 1997.

ML är född 1992 och var vid tiden för gärningarna 20 år fyllda.

ML dömdes också för olovlig försäljning av alkohol och olovligt anskaffande av alkoholdrycker.

Tingsrätten bestämde påföljden till fängelse i fyra månader.

Sedan ML överklagat tingsrättens dom i påföljdsdelen fastställde hovrätten tingsrättens dom. Två nämndemän var skiljaktiga och ville bestämma påföljden till villkorlig dom med samhällstjänst.

I påföljdsdelen anförde hovrätten följande.

I påföljdsfrågan får i synnerhet omständigheterna kring gärningarna under åtalpunkten 1 (sexuellt utnyttjande av barn) betydelse. Hovrätten har i den delen tagit del av ljud- och bildupptagningar av de förhör som hölls vid tingsrätten med målsäganden Sekretess A och ML avseende denna åtalpunkt. Målsäganden och ML har i förhören lämnat i huvudsak samstämmiga uppgifter. Båda har uppgett att de var bekanta sedan tidigare, att de i april 2012 inledde en relation, att ML då var medveten om målsägandens ålder och att de ganska snart efter relationens inledande hade ett första samlag. De har också uppgett att samlagen, sammanlagt ca tio, kom till stånd utan några påtryckningar från MLs sida och ägde rum i MLs bostad eller hemma hos målsäganden. Det har vidare framkommit att det var målsägandens föräldrar som efter några månader satte stopp för relationen. Enligt ML – vars uppgifter i denna del inte har motsagts av

målsäganden – ägde det sista samlaget mellan honom och målsäganden rum i juni 2012.

Hovrätten konstaterar att det sexuella utnyttjandet av barn som ML nu ska dömas för har bestått i att han, som vid tidpunkten var drygt 20 år gammal, vid ett tiotal tillfällen hade samlag med en flicka som var ca 14 år 6 månader. Även om samlagen inte föregicks av några särskilda påtryckningar från MLs sida och skedde inom ramen för en ömsesidig relation framstår de sammantagna som ett förhållandevis allvarligt utnyttjande av målsäganden. Hovrätten finner därför att straffvärdet för den samlade brottsligheten motsvarar sex månaders fängelse eller, sedan MLs ungdom har beaktats, omkring fyra månaders fängelse. I synnerhet upprepade gärningar av detta slag har enligt hovrättens mening ett påtagligt artvärde, dvs. omständigheterna talar förhållandevis starkt för en frihetsberövande påföljd. Hovrätten anser därför att det finns särskilda skäl för att påföljden nu bör bestämmas till fängelse, trots att ML var under 21 år vid gärningstillfället.

Vid valet av påföljd ska rätten fästa särskilt avseende vid omständigheter som talar för en lindrigare påföljd än fängelse. ML är ung och lever numera under ordnade förhållanden. Han har dessutom samtyckt till att utföra samhällstjänst och har befunnits lämplig till detta. Med hänsyn till brottens straffvärde och art kan detta dock inte anses utgöra sådana speciella omständigheter som bör krävas för att välja en annan påföljd än fängelse (jfr rättsfallet NJA 2006 s. 79 I). Lika med tingsrätten finner hovrätten därför att påföljden ska bestämmas till fängelse fyra månader.

### **Överklagandet**

ML har överklagat hovrättens dom och yrkat att Högsta domstolen med ändring av hovrättens dom bestämmer påföljden till en icke frihetsberövande påföljd.

ML har till grund för sitt överklagande anfört bl.a. följande. Straffvärdet för brotten är inte högre än att en frivårdande påföljd kan bli aktuell, i första hand villkorlig dom med föreskrift om samhällstjänst, jfr NJA 2006 s. 79 I. Målsäganden var då parterna inledde en sexuell relation med varandra nära 14 år och 6 månader. Parterna var ett par, dvs. pojk- och flickvän. All sexuell aktivitet mellan parterna har varit helt frivillig och till största del skett på initiativ av flickan själv.

### **Grunderna för min inställning**

ML döms för sexuellt utnyttjande av barn samt för olovligt anskaffande av alkohol och olovlig försäljning av alkohol.

Frågan är vilken påföljd som ska ådömas ML och därvid närmast vilket straffvärde brottsligheten ska motsvara och om sexuellt utnyttjande av barn är brott av sådan art att fängelse bör ådömas ML, även med beaktande av dennes

ungdom. Eftersom ML var 20 år vid brottens begående krävs särskilda skäl för att döma honom till fängelse.

### **Relevanta straffbestämmelser**

Straffskalan för brottet sexuellt utnyttjande av barn är fängelse i högst fyra år (6 kap. 5 § brottsbalken). Med hänsyn till att ML är dömd för tio fall av sexuellt utnyttjande av barn är maximistraffet förhöjt till fängelse i sex år (se 26 kap. 2 § brottsbalken).

Bestämmelsen i 6 kap. 5 § brottsbalken avser brott enligt 6 kap. 4 § första eller andra stycket brottsbalken, dvs. våldtäkt mot barn, som med hänsyn till omständigheterna vid brottet är att bedöma som mindre allvarliga. Vid bedömningen ska hänsyn tas till samtliga omständigheter vid brottet. Avsikten är att bestämmelsen ska tillämpas med restriktivitet. Bestämmelsen omfattar främst sådana fall då samlaget bygger på fullständig frivillighet och ömsesidighet mellan parterna. Bestämmelsen torde dock helt sakna betydelse vid brott som riktar sig mot mindre barn. Exempelvis kan bestämmelsen tillämpas när två personer, varav den ena är strax under 15 år, frivilligt har samlag med varandra. En förutsättning för att tillämpning av bestämmelsen ska aktualiseras är att den person som gärningen riktas mot, med hänsyn till sin utveckling och omständigheterna i övrigt, haft förutsättningar att bedöma och ta ställning till situationen (prop. 2004/05:45 s. 144).

ML döms också för olovlig försäljning av alkohol och olovligt anskaffande av alkoholdrycker. Straffbestämmelserna återfinns i 11 kap. 3 och 7 §§ alkohollagen (2010:1622) och straffskalan för bägge dessa brott är böter eller fängelse i två år.

### **Allmänt om påföljdsval för lagöverträdare mellan 18 och 21 år**

Enligt 30 kap. 4 § första stycket brottsbalken ska rätten vid påföljdsvalet fästa särskilt avseende vid omständigheter som talar för en lindrigare påföljd än fängelse. Därvid ska rätten beakta sådana omständigheter som anges i 29 kap. 5 § brottsbalken. Enligt samma paragrafs andra stycke får rätten som skäl för fängelse beakta brottslighetens straffvärde och art samt att den tilltalade tidigare gjort sig skyldig till brott.

För brott som någon begått efter det att han eller hon fyllt 18 men innan han eller hon fyllt 21 år får rätten, enligt 30 kap. 5 § andra stycket brottsbalken, döma till fängelse endast om det med hänsyn till gärningens straffvärde eller annars finns särskilda skäl för det.

Uttrycket ”annars finns särskilda skäl för det” syftar på tidigare brottslighet eller brottets art (prop. 1987/88:120 s. 103). Det är alltså brottets straffvärde, art eller tidigare lagföringar som kan innebära att det föreligger särskilda skäl

för att döma en person som var mellan 18 och 21 år vid brottets begående till fängelse.

Naturligt är att ju närmare 21-årsgränsen man kommer, desto svagare blir sådana skäl som med hänsyn till gärningsmannens ungdom talar för en inte frihetsberövande påföljd (Berggren m.fl., Brottsbalken En kommentar, 30:5 s. 1).

Enligt brottsbalkskommentaren bör fängelse som ensamt straff i huvudsak övervägas endast när brottsligheten varit särskilt svår eller omfattande eller om fråga är om upprepade återfall i grov brottslighet samt vid sådana brottstyper, exempelvis trafikbrott, där kortare fängelsestraff är den normala påföljden (Berggren m.fl., a.a., 30:5 s. 5).

Högsta domstolen har i NJA 2008 s. 359 uttalat att innebörden av regleringen i 30 kap. 5 § andra stycket och även 29 kap. 7 § brottsbalken, se nedan, kan sägas vara att de i 30 kap. 4 § brottsbalken angivna skälen för fängelse inte ska tillmätas samma betydelse för påföljdsvalet som när det gäller brott som har begåtts efter det att gärningsmannen fyllt 21 år.

#### **Min bedömning av brottslighetens straffvärde och straffmättningsvärde**

Vid straffvärdebedömningen ska rätten, enligt 29 kap. 1 § andra stycket brottsbalken, beakta den skada, kränkning eller fara som gärningen inneburit, vad den tilltalade insett eller borde ha insett om detta samt de avsikter eller motiv som han eller hon haft. I 29 kap. 2 § brottsbalken anges vissa försvårande omständigheter som rätten ska beakta vid bedömningen av straffvärdet, vid sidan av vad som gäller för varje särskild brottstyp. I 29 kap. 3 § brottsbalken anges vissa omständigheter som i förmildrande riktning ska beaktas vid bedömningen av straffvärdet, vid sidan av vad som är föreskrivet för vissa fall.

2008 års Sexualbrottsutredning konstaterar, efter en genomgång av domar som meddelats efter det att bestämmelsen i 6 kap. 5 § brottsbalken infördes den 1 april 2005, att straffen för sexuellt utnyttjande av barn oftast ligger mellan fängelse i sex månader och fängelse i ett år (SOU 2010:71 s. 323).

Regeringen övervägde Sexualbrottsutredningens förslag om att höja minimistraffet för sexuellt utnyttjande av barn till fängelse i ett år, men fann att så inte skulle ske. Regeringen anförde härvid följande (se prop. 2012/13:111 s. 44).

Utgångspunkten enligt regeringens mening är att gärningar av nu aktuellt slag generellt sett har ett högt straffvärde. Som redovisats ovan är emellertid tillämpningsområdet för bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av barn utformat så att gärningar av mycket skiftande slag ska kunna omfattas av bestämmelsen. Det kan därför förekomma fall som i och för sig är straffvärda, men för vilka ett minsta straff om fängelse i sex månader framstår som alltför ingripande. Som

ett sådant exempel kan nämnas ett fall där en 16-åring pojke har samlag vid endast ett tillfälle med en flicka som är strax under 14 år och där samlaget byggt på fullständig frivillighet och ömsesidighet. I ett sådant fall där bestämmelsen om ansvarsfrihet sannolikt inte skulle vara tillämplig framstår det enligt regeringens mening inte som rimligt att bedöma straffvärdet till minst sex månaders fängelse. Redan vad som nu sagts talar enligt regeringen starkt mot en höjning av straffminimum för sexuellt utnyttjande av barn.

ML är dömd för att vid tio olika tillfällen ha haft tio stycken fullbordade samlag med målsäganden. Det har sålunda varit fråga om tio brott. Det samlade straffvärdet bör i skärpande riktning påverkas av att det varit fråga om tio brott, att det varit fråga om fullbordade samlag och att ML var sex år äldre än målsäganden och alltså vuxen. I förmildrande riktning kan inte beaktas att samlagen varit frivilliga och ömsesidiga, då detta är förutsättningar för att straffbestämmelsen över huvud taget ska kunna tillämpas.

Några särskilda försvårande eller förmildrande omständigheter enligt 29 kap. 2 eller 3 §§ brottbalken föreligger inte enligt min bedömning.

Jag delar mot denna bakgrund hovrättens bedömning att straffvärdet för den samlade brottsligheten, dvs. såväl de tio sexualbrotten som brotten mot alkohollagen, bör motsvara åtminstone sex månaders fängelse. Brotten mot alkohollagen ligger på bötesnivå och påverkar inte straffvärdet nämnvärt. Några s.k. billighetsskäl enligt 29 kap. 5 § brottbalken har inte framkommit i målet.

Eftersom ML var 20 år gammal när brotten begicks ska hans ungdom enligt 29 kap. 7 § första stycket brottbalken beaktas särskilt vid straffmätningen. Rätten får döma till lindrigare straff än vad som är föreskrivet för brottet. För den som var 20 år gammal när brottet begicks är praxis att en straffnedsättning om 20-30 procent av fängelsestraffet ska ske (se Borgeke, Att bestämma påföljd för brott, 2 uppl. s. 219). Det s.k. straffmätningensvärde för den samlade brottsligheten bör i detta fall uppgå till fängelse i mellan fyra och fem månader

### **Talar brottslighetens art för en fängelsepåföljd?**

Högsta domstolen har i NJA 2006 s. 79 slagit fast att sexuellt utnyttjande av barn – med hänsyn till de intressen som straffbestämmelsen är avsedd att skydda – är ett brott där en presumtion för fängelse måste anses föreligga. Enligt Högsta domstolen innebär detta dock inte att brottet ska anses vara av sådan art att annan påföljd än fängelse är utesluten. När brottet har ett så förhållandevis högt straffvärde som fängelse i sex månader får det dock anses att annan påföljd än fängelse kan komma i fråga endast om alldeles speciella omständigheter, exempelvis hänförliga till den tilltalades person, skulle tala för detta (jfr också NJA 1991 s. 228, NJA 1992 s. 585 och NJA 2003 s. 313).

Den som är under 15 år anses inte mogen att själv ta ställning till sexuella handlingar. Att genomföra fullbordade samlag med någon i medvetande om att det är ett barn under 15 år är typiskt sett en allvarlig kränkning av barnets sexuella integritet. Än allvarligare är det om gärningsmannen, som i detta fall, är vuxen. Sexuellt utnyttjande av barn anses, som ovan anges, generellt vara ett brott av sådan art att en presumtion för fängelse föreligger. Om straffmättningsvärdet för ett brott uppgår till fängelse i sex månader är presumtionen för fängelse än starkare.

I NJA 2011 s. 386 anför Högsta domstolen att det ligger nära till hands att anse att när flera brott är av sådan art att en presumtion för fängelse föreligger vid straffvärden som motsvarar fängelse i sex månader eller mer, en sådan presumtion gäller också vid ett samlat straffvärde om sex månader eller mer även om en sådan presumtion inte gäller för de enskilda brotten. I det aktuella fallet förelåg ett så pass nära sakligt samband mellan brotten att det framstod som naturligt att lägga det samlade straffvärdet till grund för påföljdsvalet.

Vart och ett av de sexualbrott som ML har gjort sig skyldig till bör anses ha ett relativt högt artvärde; dvs. skälen för fängelse i det här enskilda fallet bör anses förhållandevis starka. Straffmättningsvärdet för vart och ett av brotten motsvarar i vart fall ett par-tre månaders fängelse och det samlade straffmättningsvärdet motsvarar, som ovan anförts, i vart fall fängelse i mellan fyra och fem månader. Det föreligger ett nära sakligt samband mellan de aktuella sexualbrotten. Mot denna bakgrund är det min uppfattning att brottslighetens art och samlade straffmättningsvärde sammantagna talar för att fängelse bör väljas som påföljd även för den som, likt ML, var 20 år när brotten begicks, om inte särskilda omständigheter talar för en annan påföljd. Det bör alltså krävas något mindre starka skäl för att frångå en fängelsepåföljd för brott av det aktuella slaget när gärningsmannen var 20 år vid brottens begående.

Frågan är därför om det finns några särskilda omständigheter som gör att fängelsepresumtionen kan brytas. Som alternativ till fängelse kan komma i fråga villkorlig dom eller skyddstillsyn. I detta mål synes främst frågan om villkorlig dom som alternativ till fängelse aktualiseras.

#### **Är villkorlig dom med samhällstjänst ett alternativ till fängelse?**

Allmänna förutsättningar för villkorlig dom är att påföljden inte bedöms kunna stanna vid böter och att det saknas särskild anledning att befara att den tilltalade kommer att göra sig skyldig till fortsatt brottslighet (27 kap. 1 § och 30 kap. 7 § första stycket brottsbalken). Med hänsyn till brottslighetens höga artvärde bör en villkorlig dom, med eller utan böter, enligt min uppfattning inte anses vara en tillräckligt ingripande påföljd i detta fall.

Såsom särskilda skäl för villkorlig dom i stället för fängelse kan rätten enligt 30 kap. 7 § andra stycket brottsbalken beakta om den tilltalade samtycker till att domen förenas med en föreskrift om samhällstjänst och en sådan föreskrift är lämplig med hänsyn till den tilltalades person och övriga omständigheter.

I NJA 1999 s. 269 bestämdes påföljden till villkorlig dom med samhällstjänst för en 19-åring som gjort sig skyldig till misshandel. I NJA 1999 s. 561 dömdes en flicka som vid 20 års ålder gjort sig skyldig till anstiftan av mened till skyddstillsyn med samhällstjänst. Högsta domstolen uttalar i sistnämnda avgörande att det inte avsett att villkorlig dom med samhällstjänst mer eller mindre generellt ska ersätta fängelse vid artbrottslighet. Lagstiftningen innebär att en individualiserad bedömning bör göras, vid vilken främst omständigheterna vid brottet är av betydelse men även den tilltalades personliga förhållanden.

Härvid är bl.a. följande omständigheter att beakta. ML är ung. De tio avsnitten i belastningsregistret avser främst trafikförseelser som resulterat i penningböter. Enligt uppgift i domarna och i yttrande från Kriminalvården synes ML numera leva under ordnade förhållanden, med arbete, bostad och regelbunden kontakt med sina barn. Frivården har inte funnit att något uppenbart övervakningsbehov föreligger. ML har samtyckt till och befunnits lämplig för samhällstjänst. Dessa omständigheter talar närmast för att villkorlig dom med samhällstjänst skulle kunna vara en lämplig påföljd i och för sig.

Skälen för att välja villkorlig dom med samhällstjänst måste vägas mot de skäl som enligt 30 kap. 4 § andra stycket och 30 kap. 5 § andra stycket brottsbalken talar för att välja en fängelsepåföljd (se prop. 1997/98:96 s. 86 ff. och 197).

Vid en sammanvägning av vad som hittills framkommit om MLs person samt med beaktande av omständigheterna vid brotten (se ovan) och MLs ungdom kan jag inte finna att det föreligger särskilda omständigheter för att i stället för fängelse ådöma ML en frivårdspåföljd. Lika med hovrätten anser jag således att det med hänsyn till brottslighetens art föreligger särskilda skäl att bestämma påföljden för ML till fängelse.

Jag ansluter mig också till hovrättens straffmätning.

Hovrättens dom bör således fastställas.

### **Bevisuppgift**

Jag anser att målet bör avgöras efter huvudförhandling, till vilken ML bör kallas att infinna sig personligen. För att Högsta domstolen ska få ett så bra underlag som möjligt vid bedömningen av i målet aktuella frågor om påföljdsval och straffmätning anser jag att förhören med målsäganden och ML (när det gäller åtalspunkten 1) bör förebringas vid förhandlingen genom uppspelning av ljud- och bildfiler från tingsrätten. Förhören bör förebringas inom stängda dörrar (5 kap. 1 § rättegångsbalken och 35 kap. 12 § offentlighets- och sekretesslagen).

Kerstin Skarp

Hedvig Trost

Kopia till:

Utvecklingscentrum Göteborg  
Utvecklingscentrum Stockholm  
Åklagarkammaren i Skövde (AM-152639-12)