

HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 17 juni 2011

Mål nr

B 193-10

KLAGANDE

TB

Ombud och offentlig försvarare: Advokat PB

MOTPART

Riksåklagaren

Box 5553

114 85 Stockholm

SAKEN

Barnpornografibrott m.m.

ÖVERKLAGADE AVGÖRANDET

Svea hovrätts dom 2009-12-02 i mål B 2081-09

DOMSLUT

Med ändring av hovrättens dom bestämmer Högsta domstolen påföljden för TB till skyddstillsyn. TB meddelas särskild föreskrift att genomgå frivårdens behandlingsprogram ROS.

För försvaret av TB i Högsta domstolen tillerkänns PB ersättning av allmänna medel med 40 810 kr för arbete. Denna kostnad ska stanna på staten. I ersättningen ingår mervärdesskatt med 8 162 kr.

Vad hovrätten förordnat om sekretess ska bestå.

Högsta domstolen förordnar att sekretessen enligt 35 kap. 12 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska bestå beträffande innehållet i de bilder och filmer som förevisats inom stängda dörrar.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN MM

TB har yrkat att han döms till en inte frihetsberövande påföljd eller att fängelsestraffet i vart fall sätts ned.

Riksåklagaren har bestritt ändring.

DOMSKÄL

Brotten och domarna

1. TB har enligt hovrättens i den delen inte överklagade dom dömts för utnyttjande av barn för sexuell posering enligt 6 kap. 8 § första stycket

brottsbalken och för barnpornografibrott enligt 16 kap. 10 a § första stycket 1, 2 och 5.

2. TB har enligt hovrättens dom vid minst tre tillfällen i juni – augusti 2005 på en skola och i en simhall utnyttjat sammanlagt sju flickor i åldrarna sex till nio år genom att han förmått flickorna att nakna posera inför honom, och han har instruerat flickorna att medverka i olika handlingar vilka inneburit att flickorna omedvetet utfört sexuella poser. TB har vidare i januari 2007 i en simhall utnyttjat två sjuåriga flickor för sexuell posering på så sätt att han instruerat dem att nakna inta sexuella poser. Han har vidare gjort sig skyldig till barnpornografibrott genom framställning och innehav av filmer och fotografier från dessa tillfällen. TB har slutligen gjort sig skyldig till barnpornografibrott genom att han under tiden februari 2004 – januari 2007 i en dator haft minst 20 000 bilder samt 200 filmer som skildrat barn i pornografiska situationer. Han har under år 2005 via dator spritt cirka 40 bilder och 10 filmer. 18 av bilderna och 24 av filmerna har skildrat barn som utsatts för särskilt hänsynslös behandling.

3. Hovrätten har, liksom tingsrätten, bedömt att den samlade brottsligheten har ett straffvärde som motsvarar sex månaders fängelse. Vad som förekommit i Högsta domstolen ger inte anledning att göra någon annan bedömning rörande straffvärdet. Tingsrätten fann att brotten mot förbudet att utnyttja barn för sexuell posering var av sådan art att utgångspunkten är att påföljden ska vara fängelse. Hovrätten instämde i tingsrättens bedömning men sänkte straffet till fängelse fyra månader med hänvisning till att rättegång inte hållits inom skälig tid. Frågan i målet är vilken påföljd TB ska dömas till.

Presumtion för fängelse vid brott av dessa slag?

4. Brottsligheten har inte ett så högt straffvärde att det redan med hänsyn till detta måste föreligga särskilda skäl för att välja en inte frihetsberövande på-

följd. TB är inte tidigare dömd för brott. Frågan i Högsta domstolen är då om det med beaktande av inte endast straffvärdet utan också brottslighetens art (se 30 kap. 4 § andra stycket brottsbalken) får anses föreligga en presumtion för fängelse, och om det i så fall finns några andra för påföljdsvalet relevanta omständigheter som gör att en lindrigare påföljd ändå bör väljas.

5. Frågan om påföljdsvalet för barnpornografibrott behandlades av Högsta domstolen första gången i NJA 2002 s. 265. Högsta domstolen gjorde i det målet bedömningen att den åtalade brottsligheten skulle rubriceras som grovt barnpornografibrott. För sådant brott är straffminimum sex månaders fängelse. Högsta domstolen noterade att lagstiftaren inte behandlat frågan om i vad mån barnpornografibrott borde anses som ett s.k. artbrott. Med hänvisning till vissa uttalanden i motiven fann Högsta domstolen ändå att påföljden för grovt barnpornografibrott borde bestämmas till fängelse om inte speciella skäl med tillräcklig styrka i det enskilda fallet talar för någon annan påföljd.

6. Högsta domstolen återkom till frågan om påföljd för barnpornografibrott i NJA 2003 s. 307. Brottsligheten som i det fallet bedömdes vara av ”normalgraden” hade ett straffvärde som inte översteg tre månaders fängelse. I domskälen uttalade Högsta domstolen bl.a. att de omständigheter som föranledde att grovt barnpornografibrott ansetts som ”artbrott” i NJA 2002 s. 265 i viss mån gjorde sig gällande också vid brott av ”normalgraden”. Domstolen uttalade vidare att presumtionen för fängelse varierar inom ramen för samma brottstyp, bl.a. beroende på gärningens karaktär. Försiktighet borde dock iaktas med att i rättstillämpningen peka ut nya brottstyper för vilka en presumtion ska gälla för fängelse trots att brottet inte har särskilt högt straffvärde (jfr NJA 1992 s. 190). Högsta domstolen bestämde påföljden till villkorlig dom och böter.

7. Av det anförda följer, som tingsrätten också har noterat, att barnpornografibrottsligheten inte isolerat sett har ett sådant straffvärde och är av sådan

art att det föreligger en presumtion för fängelse. Frågan är då i vad mån den omständigheten att TB också gjort sig skyldig till utnyttjande av barn för sexuell posering ger anledning till en annan bedömning av påföljdsvalet.

8. Förbud mot att utnyttja barn för sexuell posering infördes genom särskild lagstiftning år 2005. Brottet är uppdelat i två svårhetsgrader. För den grövre graden är, i likhet med för grovt barnpornografibrott, föreskrivet ett minimi-straff om sex månaders fängelse. I likhet med vad som gäller för barnpornografibrott har lagstiftaren inte berört i vad mån brottet är att uppfatta som ett s.k. artbrott (jfr prop. 2004/05:45 s. 93 ff. och 145 ff.). Någon fast praxis när det gäller påföljdsvalet har inte heller utvecklats.

9. Brott mot förbudet att utnyttja barn för sexuell posering är emellertid 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.

10. Övervägande skäl talar under sådana förhållanden för att en presumtion för fängelse bör anses gälla vid grova utnyttjanden av barn för sexuell posering, medan andra sådana brott i påföljdsvalshänseende normalt är att jämföra med barnpornografibrott som inte är grova. I sammanhanget kan noteras att huruvida det rätteligen bör dömas enligt bägge eller endast enligt någon av straffbestämmelserna i de fall då dessa överlappar varandra (jfr prop. 2004/05:45 s. 147) inte har berörts närmare av någon av parterna i Högsta domstolen. Frågan kan inte heller i sig anses vara av betydelse för påföljdsvalet.

Betydelsen av att det rör sig om flera brott

11. De två åtalpunkter avseende utnyttjande av barn för sexuell posering som TB fällt till ansvar för hänför sig i det första fallet till händelser under tiden juni – augusti 2005 och i det andra fallet till en händelse i januari 2007. Ingen av åtalpunkterna har bedömts som grovt brott och åklagaren har inte heller gjort gällande att så bort ske. Det har inte heller framkommit några särskilda omständigheter som ger anledning att i påföljdshänseende särbehandla brotten i förhållande till andra brott av samma slag. Mot bakgrund av vad som anförts i föregående punkt innebär det att inte något av de brott som TB dömts för i sig är av den arten att det föreligger en presumtion för fängelse.

12. Av betydelse är emellertid också att den samlade brottslighetens straffvärde bedömts motsvara fängelseminimum för de grova fallen av såväl barnpornografibrott som utnyttjande av barn för sexuell posering, som bägge är brott för vilka en presumtion för fängelse gäller.

13. Vilken betydelse som brottets art får för påföljdsbestämningen är också 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.) Om den tilltalade döms för flera brott kommer påföljdsvalsfrågan att påverkas av i vilken grad arten av de olika brotten talar för en frihetsberövande påföljd. Är samtliga av ett sådant slag att arten i sig saknar särskild betydelse för påföljdsvalet aktualiseras fängelse, förutom vid återfall, först vid ett sådant samlat straffvärde att det redan med hänsyn till detta föreligger en presumtion för fängelse. Om ett av flera brott är av den arten att det talar för ett kortare fängelsestraff kan bestämmelsen i 30 kap. 3 § andra stycket brottbalken om möjlighet att döma till fängelse för ett brott och

till villkorlig dom eller skyddstillsyn för brottsligheten i övrigt aktualiseras (jfr NJA 2004 s. 692 och NJA 2006 s. 524).

14. När flera brott är av en sådan art att en presumtion för fängelse föreligger vid straffvärden som motsvarar fängelse i sex månader eller mer ligger det nära till hands att anse att 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 förevarande fall gäller detta desto mer som kriterierna för grovt brott såväl för barnpornografi som för utnyttjande av barn för sexuell posering är utformade så att brottslighetens omfattning är av betydelse för rubriceringen och att i vad mån brottslighet delas upp på olika åtalpunkter ofta torde bero på tillfälliga faktorer som knappast är av betydelse i påföljdshänseende.

Presumtion för fängelse i detta fall?

15. I det aktuella fallet föreligger ett så pass nära sakligt och tidsmässigt samband mellan brotten att det framstår som naturligt att lägga det samlade straffvärdet till grund för påföljdsvalet. Sammanfattningsvis innebär det anförda att straffvärdet och arten av den brottslighet som TB gjort sig skyldig till medför att det finns en presumtion för att påföljden ska bestämmas till fängelse.

Bryts fängelsepresumtionen i detta fall?

16. Presumtionen för fängelse kan brytas om det finns särskilda omständigheter som talar för en lindrigare påföljd. Sådana omständigheter är bl.a. de som räknas upp i 29 kap. 5 § brottsbalken och till vilka det hänvisas i 30 kap. 4 § brottsbalken. En omständighet som kan beaktas med stöd av dessa bestämmelser är om den tilltalades av Europakonventionen skyddade rätt till rättegång inom skälig tid har kränkts (jfr NJA 2003 s. 414). TB har gjort gällande att så varit fallet i förevarande mål. Hovrätten har instämt i detta. Högsta domstolen gör inte någon annan bedömning och finner att påföljden

för TB redan på den grunden ska bestämmas till en inte frihetsberövande påföljd.

17. Den brottslighet som TB har gjort sig skyldig till har uppenbarligen samband med en sexuell störning för vilken TB efter brottsligheten på eget initiativ har genomgått en omfattande vård och behandling som innefattat samtalsterapi och medicinering. Frivårdens bedömning, som TB instämmer i, är dock att han är i behov av ytterligare stöd och hjälp och att påföljden därför bör bestämmas till skyddstillsyn. Frivården har ansett att den mest adekvata påföljden för TB är ett deltagande i Kriminalvårdens sexualbrottsprogram ROS och har föreslagit att domen ska förenas med en föreskrift i form av s.k. kontraktsvård (jfr 30 kap. 9 § andra stycket 3 och 28 kap. 6 a § brottsbalken) om att delta i programmet. TB har själv uttryckligen förklarat att han önskar genomgå programmet och därför samtyckt till en föreskrift om s.k. kontraktsvård.

18. Högsta domstolen instämmer i bedömningen att påföljden bör bestämmas till skyddstillsyn. En föreskrift om s.k. kontraktsvård, med de särskilda regler som gäller för sådan, är avsedd att kunna användas som ett medel att ge en skyddstillsyn tillräcklig skärpa för att kunna användas som alternativ till fängelse i fall där det annars skulle ha blivit påföljden. Av vad som anförts ovan framgår emellertid att någon sådan skärpning av påföljden inte krävs för skyddstillsyn. Förutsättningar för att förena påföljden med en föreskrift om kontraktsvård finns därför inte.

19. Något hinder finns däremot inte mot att, i enlighet med TB:s uttryckliga önskan, förena skyddstillsynen med en sedvanlig föreskrift enligt 26 kap. 15 § första stycket 3 brottsbalken (jfr 28 kap. 6 §) om att delta i

programmet ROS. Skyddstillsynen ska därför förenas med en föreskrift av detta slag.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Dag Victor, Stefan Lindskog, Göran Lambertz, Agneta Bäcklund och Ingemar Persson (referent)
Föredragande justitiesekreterare: Stefan Mattsson