



Högsta domstolen
Box 2066
103 12 Stockholm

Överklagande av en hovrättsdom – våldtäkt mot barn m.m. (rubricering, påföljd och skadestånd)

Klagande

Riksåklagaren
Box 5553
114 85 Stockholm

Målsägande. Sekretess G, se Partsbilaga sekretess
Sekretess

Företrädd av riksåklagaren

Motpart

SN
Frihetsberövande: Häktad

Ombud och offentlig försvarare: Advokaten RG

Överklagade avgörandet

Svea hovrätts dom den 3 juni 2021 i mål B 4411-21

Yrkanden

Jag yrkar att Högsta domstolen ska bedöma gärningarna enligt åtalspunkterna 5.3 och 5.4 som våldtäkt mot barn och gärningen enligt åtalspunkten 5.5 som försök till våldtäkt mot barn samt att SN till följd av detta ska dömas till ett väsentligt längre fängelsestraff än vad hovrätten bestämt. Vidare att målsägandens skadeståndstalan ska bifallas i sin helhet.

Frågan i målet

Den fråga som enligt min uppfattning är av intresse ur prejudikatsynpunkt är under vilka omständigheter en sexuell handling som består i att ett barn under 15 år förmås penetrera sin vagina eller anus med ett eller flera fingrar, till följd av kränkningens allvar är jämförlig med samlag.

Jag föreslår att Högsta domstolen, med utgångspunkt i vad hovrätten funnit utrett om att SN genomfört (åtalpunkterna 5.3 och 5.4) eller försökt genomföra (åtalpunkten 5.5) de sexuella handlingar med sekretess G som framgår där och med insikt i att sekretess G var 11 år gammal, meddelar prövningstillstånd i fråga om hur gärningarna ska rubriceras (prejudikatfråga).

Frågan om prövningstillstånd i målet i övrigt (påföljd och skadestånd) bör förklaras vilande.

Bakgrund

SN åtalades för ett stort antal brott mot 17 olika målsägande. Majoriteten av målsägandena var unga flickor i åldrarna 10-13 år som av SN förmått ta bilder och filmer på sig själva med sexuellt innehåll och sedan skicka dem till honom. Samtliga gärningar är begångna via internet, dvs. s.k. distansbrott.

De åtalpunkter som omfattas av mitt överklagande lyder enligt följande.

Åtalpunkt 5.3 våldtäkt mot barn

SN har under en pågående chattkonversation dem emellan genomfört en sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag med Sekretess G som var 11 år. Den sexuella handlingen har bestått i att målsäganden genom uppmaningar och hot bestående i att SN skulle skada Sekretess G:s mamma förmått att penetrera sig själv vaginalt med ett eller flera fingrar. Målsäganden har filmat sig själv när hon utfört den sexuella handlingen på sig själv och har sedan skickat filmen till SN. Det hände den 13 oktober 2019 när målsäganden befann sig i Kungsbacka kommun och SN befann sig i Stockholmsområdet eller på annan okänd plats i Sverige.

SN begick gärningen med uppsåt. Han var åtminstone oaktsam beträffande omständigheten att målsägande var under 15 år.

Åtalpunkt 5.4 våldtäkt mot barn

SN har under en pågående chattkonversation dem emellan via Snapchat genomfört en sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag med Sekretess G som var 11 år gammal. Den sexuella handlingen har bestått i att målsäganden genom uppmaningar och hot bestående i att SN skulle skada Sekretess G:s mamma förmått att penetrera sig själv analt med ett eller flera fingrar. Målsäganden har filmat sig själv när hon utfört den sexuella handlingen på sig själv och har sedan skickat filmen till SN. Det hände den 28 oktober 2019 när målsäganden befann sig i Kungsbacka kommun och SN befann sig i Stockholmsområdet eller på annan okänd plats i Sverige.

SN begick gärningen med uppsåt. Han var åtminstone oaktsam beträffande omständigheten att målsägande var under 15 år.

Åtalspunkt 5.5 försök till våldtäkt mot barn

SN har försökt genomföra en sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag med Sekretess G som var 11 år gammal. SN har under en pågående chattkonversation dem emellan via Snapchat genom uppmaningar och hot bestående i att SN skulle skada Sekretess G:s mamma försökt förmå henne att penetrera sig själv vaginalt med ett eller flera fingrar och filma sig själv under tiden hon utför den sexuella handlingen. Det hände den 4 september 2019 när målsäganden befann sig i Kungsbacka kommun och SN befann sig i Stockholmsområdet eller på annan okänd plats i Sverige. Den sexuella handlingen är jämförlig med samlag.

Fara för brottets fullbordan har förelegat eller varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter.

SN begick gärningen med uppsåt. Han var åtminstone oaktsam beträffande omständigheten att målsäganden var under 15 år.

Domstolarna

Tingsrätten bedömde gärningarna under åtalspunkterna 5.3 och 5.5 som grovt sexuellt övergrepp mot barn respektive försök till grovt sexuellt övergrepp mot barn samt gärningen under åtalspunkten 5.4 som våldtäkt mot barn.

Tingsrätten uttalar i sina domskäl bl.a. följande.

Åtalspunkterna 5.3-5.5

I dessa delar är det inledningsvis klarlagt att målsäganden har utfört de handlingar på sig själv som åklagaren har beskrivit i åtalspunkterna 5.3 och 5.4 och det råder ingen tvekan om att dessa är sexuella handlingar i den mening som avses i 6 kap. brottsbalken. Detsamma gäller, vilket inte heller har ifrågasatts av SN, beskrivningen av den handling han påstår ha försökt genomföra i åtalspunkten 5.5. Det är vidare utrett beträffande samtliga aktuella åtalspunkter, och också erkänt av SN att han har förmått målsäganden eller försökt förmå målsäganden att vidta de sexuella handlingarna.

Nedan prövar tingsrätten om SN genom sitt agerande i respektive åtalspunkt kan anses ha genomfört eller försökt genomföra de sexuella handlingarna. Endast om SN kan anses ha genomfört de sexuella handlingarna kan han dömas för våldtäkt mot barn eller grovt sexuellt övergrepp mot barn. Som redogjorts för under rättsliga utgångspunkter ska vidare en gärning bedömas som våldtäkt endast om gärningen med hänsyn till kränkningens allvar kan jämföras med samlag. I annat fall ska gärningen bedömas som sexuellt övergrepp mot barn.

Åtalspunkten 5.3, Våldtäkt mot barn alt./grovt sexuellt övergrepp mot barn alt./grovt utnyttjande av barn för sexuell posering

Följande är utrett genom chattkonversation samt extraktionsrapport m.m. Den 13 oktober 2019 chattade SN och Sekretess G med varandra via Snapchat. Under en tid om cirka fem minuter förmåddes Sekretess G att skicka en film och ett par bilder på sig själv till SN. SN spelade mellan kl. 09.39 och 09.41 in delar av chattkonversationen på sin mobiltelefon med hjälp av en applikation som innebar att Sekretess G inte informerades om inspelningen. Av inspelningen framgår att Sekretess G skrev ”Måste gå snabbt för de e fler som vill in på toan nu på morgonen”, varpå SN svarade ”Dra isär röven sen på en bild”. Inspelningen visar en film som Sekretess G skickade i chattkonversationen. På filmen penetrerar Sekretess G sig själv vaginalt med sitt finger under cirka 40 sekunder. Filmen har överförs uppdelad i fyra sekvenser om tio sekunder vardera. Av inspelningen framgår att SN öppnade filmen på Sekretess G för första gången i samband med att han spelade in chattkonversationen samt att han därefter skrev ”Sen lägg dig med benen i ett V Som att ja ska lägga mig över dig”. Sekretess G frågade då i konversationen hur SN menade, varpå han bad henne vänta. Klockan 09.41 sparade SN en bild på Sekretess G som visar att hon, endast iklädd linne, drar isär sina skinkor med rumpan mot kameran. Kl. 09.43 sparade han en bild på Sekretess G liggandes på golvet med särade ben likt ett V med sitt nakna underliv mot kameran. Såväl filmen som bilderna är tagna från ett badrum i målsägandens hem.

Tingsrätten gör följande bedömning. SN har inte varit fysiskt närvarande när Sekretess G utförde den sexuella handlingen och har inte heller följt händelseförloppet genom en livesändning. Av chatten framgår dock att det har varit fråga om en intensiv kontakt emellan där SN får del av material och i princip direkt därefter svarar eller instruerar målsäganden att t.ex. ändra något. Till exempel framgår SNs uppmaning till Sekretess G om att ”Dra isär röven sen på en bild” av samma inspelning av chattkonversationen som filmen där Sekretess G penetrerar sig vaginalt. Det finns inget som tyder på att det nämnda innehållet i chattkonversationen sparats i Snapchat sedan tidigare, vilket alltså talar för att SN befann sig i chattvyn under det att den sexuella handlingen genomfördes. Han har i följd och med bara några minuters mellanrum sparat filmen och bilderna på Sekretess G. Att det är instruktioner från SN strax innan som gjorde att Sekretess G skickade nämnda film framgår av hennes ord om att det behövde gå snabbt då fler ville in på toaletten, och är något som SN vidgått. Det är därtill från just badrummet samtliga bilder och filmen har spelats in. Till detta kommer SNs eget ordval, som ger vid handen att han själv föreställde sig att han deltog i den sexuella handlingen, t.ex. att hon ska lägga sig som ett V som att han ligger över henne. Dessa omständigheter samt SNs uppmaning till målsäganden att hon ska vänta på ytterligare instruktion, dvs. dröja kvar i chatten, innebär enligt tingsrätten att SN tar del av den sexuella handlingen i realtid inom ramen för den pågående chattkonversation. Vad SN har uppgett bl.a. om att det vid överföring av filmen kan ha förekommit viss nätverksfördröjning eller att han kan ha gjort andra saker i samband med konversationen förändrar inte bedömningen. Enligt tingsrätten har det varit fråga om ett tidsmässigt sammanhängande förlopp som både Sekretess G och SN deltagit i. SN ska därmed anses ha genomfört den sexuella handlingen med Sekretess G.

Vid bedömningen av hur gärningen ska bedömas konstaterar tingsrätten att det rör sig om ett relativt kortvarigt händelseförlopp, även om penetrationen pågår i 40 sekunder. Det förekommer inte i stunden hot mot målsäganden eller andra förnedrande inslag, även om det sedan tidigare är utrett att hon agerar på grund av

att hon är rädd för SN som hotat skada hennes mamma. Även om målsäganden penetrerat sig själv vaginalt bedömer tingsrätten att den sexuella handlingen inte kan anses jämförlig med samlag i den mening som avses i 6 kap. 4 § brottsbalken. I stället ska SN i denna del dömas för sexuellt övergrepp mot barn, som ska rubriceras som grovt brott på grund av målsägandens unga ålder och då det inneburit ett hänsynslöst utnyttjande av målsäganden genom att hon filmats och fotodokumenterats.

Åtalspunkten 5.4, Våldtäkt mot barn alt./grovt sexuellt övergrepp mot barn alt./grovt utnyttjande av barn för sexuell posering

Inledningsvis är följande utrett. Morgonen den 28 oktober 2019 chattade SN och Sekretess G med varandra via Snapchat. Kontakten dem emellan pågick i vart fall mellan kl. 09.22 till 09.45. SN spelade mellan kl. 09.22 och 09.23 in delar av chattkonversationen på sin mobiltelefon med hjälp av en applikation som innebar att Sekretess G inte informerades om inspelningen. Av inspelningen framgår bland annat att SN skrev ”du går djupt in me dina fingrar”, ”video först” och ”när du e klar skriver du klar”. Sekretess G skickade därefter en film på sig själv. På filmen penetrerar Sekretess G sig själv analt med sitt finger under cirka 50 sekunder. Filmen har överförts uppdelad i fem sekvenser om tio sekunder vardera. Av inspelningen framgår att SN öppnade filmen på Sekretess G för första gången i samband med att han spelade in chattkonversationen. Mellan kl. 09.24 och 09.45 sparade SN tolv bilder av sexuell karaktär på Sekretess G i sin mobiltelefon. Flera av bilderna sparades med mindre än en minuts mellanrum. Bilderna har förevisats vid huvudförhandlingen och föreställer Sekretess G när hon bland annat penetrerar sig själv analt med ett eller flera fingrar, slickar på toalettlocket och toalettringen samt sitter i sin säng med särade ben och naket underliv mot kameran med en lapp ovanför underlivet med texten ”Sebbes hora” och en ritad pil riktad nedåt mot underlivet. SN har inte heller vid detta tillfälle varit fysiskt närvarande då Sekretess G utfört den sexuella handlingen eller följt händelseförloppet genom en livesändning. Även i denna del gör tingsrätten dock bedömningen att det är klarlagt att han tar del av den sexuella handlingen i realtid under den pågående chattkonversation med målsäganden. Det har varit fråga om en intensiv kontakt dem emellan där SN får del av material och i princip direkt därefter svarar eller instruerar målsäganden. SNs meddelande där han uppmanade Sekretess G att spela in en video framgår t.ex. av samma inspelning av chattkonversationen som filmen där Sekretess G penetrerar sig analt. Som angetts ovan öppnades filmen på Sekretess G för första gången i samband med att SN spelade in chattkonversationen och det

finns enligt tingsrätten ingenting som tyder på att det nämnda meddelandet tidigare sparats i Snapchat. I enlighet med det resonemang som förts under åtalspunkten 5.3 talar dessa omständigheter för att SN och Sekretess G haft en pågående chattkonversation i anslutning till att Sekretess G utfört den sexuella handlingen. I samma riktning talar att SN instruerade Sekretess G att informera honom om när hon var klar med att spela in filmen, vilket inte kan tolkas på annat sätt än att han var närvarande i chattkonversationen och inväntade klartecken för att starta inspelningen. SN har sparat filmerna och bilderna med endast några minuters, och ibland sekunders, mellanrum. Därtill kommer att filmen och de flesta av bilderna spelats in i ett och samma badrum hemma hos målsäganden. Även i denna del har det varit fråga om ett tidsmässigt sammanhängande händelseförlopp som både SN och målsäganden deltagit i och som enligt tingsrätten alltså innebär att SN i realtid

följt och styrt händelseförloppet. SN ska därför anses ha genomfört den sexuella handlingen med målsäganden även under denna åtalpunkt.

Vid bedömningen av om gärningen med hänsyn till kränkningens allvar kan jämföras med samlag gör tingsrätten följande överväganden. Den sexuella handlingen som Sekretess G har förmåtts att göra, dvs. penetrera sig själv analt med ett eller flera fingrar, är en sekvens av ett händelseförlopp som pågår i vart fall i cirka 20 minuter. Penetrationen i sig pågår i närmare en minut. SN har instruerat Sekretess G och har följt händelseförloppet samt kommit med kommentarer och instruktioner. Under händelseförloppet, i nära anslutning till den sexuella handlingen, har Sekretess G instruerats av SN att skicka flera bilder till honom, bl.a. på sitt underliv och även bilder av mycket förödmjukande och förnedrande karaktär. Sekretess G har, i sitt hem, utnyttjats ytterst hänsynslöst av SN. Därtill har SN sett till att övergreppet dokumenterats. Dessa omständigheter, sammantaget, tillsammans med målsägandens unga ålder, gör enligt tingsrätten att den sexuella handlingen med hänsyn till kränkningens allvar är att jämföras med samlag. SN ska därför dömas för våldtäkt mot barn i enlighet med åklagarens förstahandsyrkande.

Åtalpunkten 5.5, Försök till våldtäkt mot barn/alt. försök till grovt sexuellt övergrepp mot barn

Av 23 kap. 1 § brottsbalken framgår att om någon har påbörjat utförandet av ett visst brott utan att detta har kommit till fullbordan ska den personen – i de fall det är särskilt föreskrivet – dömas för försök till brottet, om fara föreligger att handlingen skulle leda till brottets fullbordan eller sådan fara var utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter. För att fällas till ansvar för försök till brott krävs att gärningsmannen haft uppsåt till brottets fullbordan. Gärningsmannen måste alltså ha påbörjat utförandet av brottet, vilket innebär att den så kallade försökspunkten ska vara nådd. Bedömningen av om försökspunkten är nådd görs mot bakgrund av vad som krävs för fullbordat brott. Härvid ska en sammanvägning av samtliga omständigheter göras.

Inledningsvis är följande utrett. Kvällen den 4 september 2019 chattade SN och Sekretess G med varandra via Snapchat. Av sammanställning av materialet i SNs mobiltelefon framgår att han, mellan kl. 22.17 och 22.19, sparade fem bilder på Sekretess G:s nakna underliv som hon hade skickat till honom. Kl. 22.20 spelade SN under 16 sekunder in delar av chattkonversationen på sin mobiltelefon. Sekretess G informerades inte om inspelningen. Av inspelningen framgår att SN, i samband med att han sparade bilderna på Sekretess G:s nakna underliv, instruerade Sekretess G genom att skriva ”längre ifrån” och ”upp me benen mer så ja ser lite av röven”. SN skrev därefter ”sen filmar du när du pullar dig själv, fingret ska åka in o ut, lek me fittan”. Sekretess G skickade då en bild till SN på sina målade naglar. På bilden stod ”Men jag har naglar kan it”. SN svarade ”fina de va” några sekunder senare, under det att inspelning fortfarande pågick.

Med beaktande av innehållet i de meddelanden SN skickat till Sekretess G, och att han genom sina tidigare instruktioner förmått Sekretess G att skicka bilder på sitt nakna underliv till honom, är det enligt tingsrätten visat att SN hade uppsåt till att Sekretess G även skulle filma sig själv när hon penetrerade sig vaginalt och skicka filmen till honom. Liksom beträffande tidigare åtalpunkter bedömer tingsrätten det utrett att SN och Sekretess G har befunnit sig i en pågående chattkonversation, där

båda deltagit samtidigt och där SN i realtid följt och styrt händelseförloppet. Det är inte fråga om att SN instruerat målsäganden att vid ett senare tillfälle, i ensamhet, filma sig själv och skicka det till honom. Det framgår i stället av utredningen att SN har satt i gång en inspelning av den pågående chattkonversationen och att han har gjort vad som ankommit på honom för att spela in den sexuella handlingen som han alldeles innan instruerat målsäganden till och uppenbarligen förväntat sig ska få skickad till sig strax därefter. Försökspunkten är därmed nådd. SN har försökt att genomföra den sexuella handlingen med Sekretess G. Det har funnits fara för brottets fullbordan, särskilt med hänsyn till målsägandens låga ålder, och SN ska dömas för gärningen.

I fråga om gärningens rubricering ger utredningen inte stöd för annat än att gärningen ska bedömas som försök till sexuellt övergrepp mot barn, som dock på av åklagaren anförda skäl ska bedömas som grovt.

Tingsrätten bestämde påföljden för samtliga gärningarna till fängelse i 5 år. SN förpliktades att utge skadestånd till sekretess G med 190 000 kr.

Åklagaren yrkade i hovrätten att även gärningarna under åtalpunkterna 5.3 och 5.5 skulle bedömas som våldtäkt mot barn respektive försök till våldtäkt mot barn samt att straffet skulle skärpas. Sekretess G yrkade fullt bifall till sin vid tingsrätten förda skadeståndstalan.

SN yrkade, såvitt nu är ifråga, att gärningen under åtalpunkten 5.4 skulle bedömas som grovt sexuellt övergrepp mot barn, att skadeståndet till sekretess G skulle sättas ned till av honom medgivna 42 800 kr samt att påföljden skulle sättas ned.

Åklagaren åberopade som ny bevisning i hovrätten vittnesförhör med dels psykologen Moa Mannheimer angående hennes erfarenheter kring barn som utsätts för sexuella övergrepp, dels socionomen och lektorn Linda Johansson angående hennes forskning om hur barn generellt upplever sexuella övergrepp via internet. Åklagaren åberopade även ett skriftligt utlåtande av Linda Jonsson.

Hovrätten fann att gärningarna under åtalpunkterna 5.3-5.5 skulle bedömas som grovt sexuellt övergrepp mot barn respektive försök till grovt sexuellt övergrepp mot barn. Hovrätten bestämde till följd härav straffet till fängelse i 4 år. Skadeståndet till sekretess G sattes ned till 150 000 kr.

Hovrätten uttalar i sina domskäl bl.a. följande.

Som tingsrätten har kommit fram till är det utrett att SN har förmått respektive försökt förmå målsäganden att utföra sexuella handlingar på sig själv i enlighet med vad som anges i gärningsbeskrivningarna i åtalpunkterna 5.3–5.5.

Hovrätten delar tingsrättens bedömning att SN genom sitt agerande ska anses ha genomfört (åtalpunkterna 5.3 och 5.4) eller försökt genomföra (åtalpunkten 5.5)

de sexuella handlingarna på Sekretess G. Den huvudsakliga frågan i hovrätten är därmed om de sexuella handlingarna med hänsyn till kränkningens allvar är jämförliga med samlag.

Enligt vad som uttalats i förarbetena till sexualbrottslagstiftningen ska våldtäktsbestämmelsen vara reserverad för de allvarligaste sexuella kränkningarna. Det framhålls vidare att det vid bedömningen av graden av kränkning inte är hela gärningen, med de medel som gärningsmannen har använt för att genomföra den, som ska bedömas utan enbart omständigheterna kring den sexuella handlingen. Exempel på omständigheter kring den sexuella handlingen som kan påverka bedömningen av kränkningen är den sexuella handlingens varaktighet, om den varit förenad med smärta, sår eller annan kroppsskada samt om den i övrigt innehållit förödmjukande eller förnedrande inslag. I författningskommentaren till bestämmelsen om våldtäkt mot barn uttalas att en objektiv bedömning ska göras av om handlingen i varje enskilt fall typiskt sett innebär en sådan allvarlig kränkning som den som kan uppkomma vid ett samlag. En utgångspunkt vid bedömningen ska också vara att barn generellt sett är att anse som mer utsatta en vuxna och att det alltid är en kränkning att utsätta ett barn under 15 år för en sexuell handling. Enligt förarbetena är avsikten att bedömningen av en sexuell handling i princip ska sammanfalla oavsett om det rör sig om ett vuxet offer eller ett barn, men att den omständigheten att handlingen riktar sig mot ett barn i vissa fall kan motivera skillnader. Det konstateras vidare att en bedömning måste göras i varje enskilt fall, eftersom den kränkning som ett sexuellt övergrepp innebär kan vara att bedöma på olika sätt beroende på om offret är ett barn eller en vuxen person. (Se prop. 2012/13:111 s. 37 f., s. 111 och s. 114).

Det råder inte någon tvekan om att ett barn som utsätts för sådana gärningar som här är i fråga utsätts för mycket allvarliga kränkningar. Det finns inte heller anledning att ifrågasätta det som Moa Mannheimer och Linda Jonsson har berättat om att forskning och kliniska erfarenheter visar att det lidande som ett barn drabbas av till följd av ett internetrelaterat övergrepp kan vara lika stort som, eller i vissa fall till och med större än, vid övergrepp som sker med gärningsmannen och offret på samma plats. Den avgörande frågan för om en gärning straffrättsligt är att bedöma som våldtäkt mot barn eller sexuellt övergrepp mot barn är emellertid om den sexuella handlingen – i detta fall att målsäganden förmåts av gärningsmannen att med sitt finger eller sina fingrar penetrera sin vagina eller anus – med hänsyn till kränkningens allvar är att jämställa med samlag.

Enligt vad som måste betraktas som en relativt enhetlig och fast praxis från hovrätterna har gärningar som bestått i att gärningsmannen, utan att ha varit fysiskt närvarande, förmått ett barn att penetrera sitt underliv med sina fingrar rubricerats som sexuellt övergrepp mot barn och inte som våldtäkt mot barn, såvida handlingen inte varit förenad med smärta, sår eller kroppsskada eller annars innehållit förödmjukande eller förnedrande inslag, till exempel att offret tvingats penetrera sig själv med ett föremål (se bl.a. de hovrättsavgöranden som tingsrätten hänvisat till på s. 17 i sin dom). Med beaktande av att det är allvaret i kränkningen av den sexuella handlingen som ska bedömas och med hänsyn till legalitetsprincipen anser hovrätten att denna praxis är väl grundad i lagtexten och de förarbetsuttalanden som hovrätten har redogjort för ovan. Hovrätten anser inte att det som har kommit fram i hovrätten ger anledning att i detta fall ha några andra

utgångspunkter vid den bedömning som ska göras av allvaret i kränkningen än den som tidigare hovrättspraxis gett uttryck för.

Mot bakgrund av det ovan sagda instämmer hovrätten i tingsrättens bedömning att de sexuella handlingarna enligt åtalspunkterna 5.3 och 5.5 inte är sådana att de med hänsyn till kränkningens allvar är jämförliga med samlag. Gärningarna ska därför, som tingsrätten också kommit fram till, rubriceras som sexuellt övergrepp mot barn respektive försök till sexuellt övergrepp mot barn. På de skäl som tingsrätten har angett ska båda gärningarna bedömas som grova brott. Även om brotten inte har rubricerats som våldtäkt eller försök till våldtäkt mot barn rör det sig om allvarliga gärningar med ett högt straffvärde.

När det gäller åtalet för våldtäkt mot barn alternativt sexuellt övergrepp mot barn i åtalspunkten 5.4 gör hovrätten följande överväganden.

Den sexuella handlingen har i detta fall pågått i cirka 50 sekunder och har bestått i att målsäganden förmåtts att penetrera sin anus med ett eller flera fingrar.

Åklagaren har enligt gärningsbeskrivningen gjort gällande att målsäganden har förmåtts till handlandet genom uppmaningar och hot bestående i att SN skulle skada målsägandens mamma. Hovrätten anser inte att det finns några skäl att ifrågasätta målsägandens uppgifter om att SN sagt till henne att han hade hennes mammas telefonnummer och uttalat hot mot mamman. När detta har skett eller närmare på vilket sätt har emellertid inte framkommit. Det kan därmed inte anses styrkt att det har förekommit hot i sådan anslutning till den sexuella handlingen att brottet av det skälet bör rubriceras som våldtäkt mot barn.

Även om det varit mycket kränkande för målsäganden att den sexuella handlingen utgjort en del av ett längre händelseförlopp och att hon under detta längre händelseförlopp förmåtts av SN att utföra andra förnedrande och förödmjukande handlingar, kan den sexuella handlingen i sig inte anses vara sådan att den med hänsyn till kränkningens allvar är att jämföras med samlag. Detta gäller även med beaktande av målsägandens unga ålder samt till att hon förmåtts filma övergreppet och fotografera sig själv i förnedrande situationer för att sedan skicka filmerna och foton till SN.

Sammantaget bedömer hovrätten att den sexuella handlingen med hänsyn till kränkningens allvar inte kan anses jämförbar med samlag. Brottet kan därför inte rubriceras som våldtäkt mot barn, utan ska i stället rubriceras som grovt sexuellt övergrepp mot barn. På de skäl som åklagaren har angett i gärningsbeskrivningen ska brottet bedömas som grovt. Även om brottet inte rubriceras som våldtäkt mot barn är det således fråga om ett allvarligt brott. Tingsrättens dom i fråga om skuld ska därmed ändras på så sätt att SN döms för grovt sexuellt övergrepp mot barn i stället för våldtäkt mot barn.

Grunderna för min inställning

Den som, med ett barn under femton år, genomför ett samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförbar med samlag, döms för våldtäkt mot barn till fängelse i lägst två och högst sex år (6 kap. 4 § första stycket brottsbalken).

Våldtäkt mot barn infördes som ett särskilt brott genom 2005 års lagstiftning. Brottet hade ingen riktig motsvarighet tidigare. Det kännetecknas av att

gärningsmannen utan att använda våld eller hot och utan att tvinga barnet har samlag eller med barnet genomför annan sexuell handling som är jämförlig med samlag. Tillräckligt är att han haft samlag e.d. med ett barn under femton år.

Första stycket ändrades 2013 genom att uttrycket "kränkningens art och omständigheterna i övrigt" ersattes med "kränkningens allvar". Se prop. 2012/13:111 s. 113 f. Syftet med ändringen är att markera att det centrala vid avgränsningen av våldtäktsbestämmelsen är kränkningen genom den sexuella handlingen, inte sexualhandlingens tekniska karaktär. Även om avgränsningen av den sexuella handlingen i 6 kap. 1 § och 6 kap. 4 § brottsbalken i princip ska sammanfalla, måste beaktas att barn generellt sett är att anse som mer utsatta än vuxna. Det får till följd att en kränkning, som ett sexuellt övergrepp innebär, kan vara att bedöma på olika sätt beroende på om offret är ett barn eller en vuxen person.

År 2018 formulerades det första stycket om för att tydliggöra att bestämmelsen omfattar situationer då genomförandet av samlaget eller den sexuella handlingen består i att barnet utför handlingen på sig själv eller med någon annan än gärningsmannen. Vad som avsågs är sådana övergrepp som sker utan kroppslig beröring från gärningsmannens sida, t.ex. sexualbrott som utförs på internet. Vidare höjdes straffminimum för grov våldtäkt mot barn. (Prop. 2017/18:177 s. 87).

Bestämmelsen i 6 kap. 4 § brottsbalken kräver inte att gärningsmannen använt våld eller hot eller utsatt barnet för tvång. Användandet av våld eller hot har dock den betydelsen att brottet kan bedömas som grovt. Våldtäkt är begången när en person genomfört samlag eller en därmed jämförlig sexuell handling med ett barn som inte fyllt femton år, oavsett hur det gått till. Någon avgörande betydelse har inte frågan vem som tagit initiativet till den sexuella handlingen, så länge gärningsmannen uppfyller kravet på att ha genomfört den sexuella handlingen med barnet. Gärningsmannens egen ålder har inte någon betydelse, så länge han eller hon uppnått femton års ålder. (Bäcklund m.fl., Brottsbalken. En kommentar [JUNO, version 18] kommentaren till 6 kap. 4 §.)

Min bedömning

Som antecknats i tingsrättens dom (s. 22 ff.) är det klarlagt att SN under en period om närmare tre månader varit drivande i en intensiv kontakt med Sekretess G, då 11 år, via Snapchat och vanlig sms-trafik. Kontakten har haft en klar sexuell inriktning och omfattat bl.a. kommentarer om incest och andra grova sexuella inslag. Han har under denna period förmått målsäganden att skicka nakenbilder eller filmer på sig själv i det närmaste dagligen. Kontakten mellan SN och målsäganden upptäcktes av polis i material efter tömning av SNs mobiltelefoner och hårddisk. Därefter kunde målsäganden identifieras och höras.

Sekretess G har i det polisförhör som hölls med henne berättat om vad hon har varit utsatt för av SN. Hon har berättat att hon uppfattat SN som snäll och ärlig när hon gjorde som han begärde, men elak och ”hotande” när hon inte ville göra som han bad om. Sekretess G har berättat att SN ganska kort efter att de kom i kontakt med varandra hotade att skada hennes mamma om hon inte gjorde som han ville. I samband med det har SN till Sekretess G uppgett mammans telefonnummer och också skickat numret till målsäganden, vilket gjorde att hon uppfattade hoten mot hennes mamma som allvarligt menade.

Till skillnad från vad hovrätten uttalar (se s. 6) saknar frågan huruvida SN genomfört sina gärningar medelst hot betydelse för om gärningarna ska rubriceras som våldtäkt mot barn eller som sexuellt övergrepp mot barn. Av motiven framgår nämligen att det vid bedömningen av om den sexuella handlingen är att jämföra med samlag ska göras en helhetsbedömning av kränkningens allvar i det enskilda fallet. Vidare att det enbart är omständigheterna kring den sexuella handlingen, och inte de medel i form av hot eller tvång som gärningsmannen använt för att genomföra den, som har betydelse för bedömningen av graden av kränkning. Omständigheten att gärningsmannen använt hot eller tvång kan däremot få betydelse vid gradindelning av brottet samt vilket straffvärde gärningen har (se prop. 2012/13:111 s. 111).

I samma proposition framhålls att den omständigheten att målsäganden varit ett barn också kan få betydelse vid bedömningen av kränkningens allvar och att bedömningen därför kan falla olika ut beroende på om den sexuella handlingen riktar sig mot en vuxen person eller ett barn. Även barnets ålder kan påverka på så sätt att kränkningen generellt får anses vara större ju yngre barnet är (a. prop. s 114).

Som exempel på omständigheter kring den sexuella handlingen som kan påverka bedömningen av kränkningens allvar anges den sexuella handlingens varaktighet, om den varit förenad med smärta, sår eller annan kroppsskada samt om den i övrigt innehållit förödmjukande eller förnedrande inslag. Det anges där att även andra omständigheter kan finnas som i ett enskilt fall får betydelse för den samlade bedömningen av kränkningen genom den sexuella handlingen. (A. prop. s. 111.)

Som framgår av förhören med MM och LJ bekräftar senare tids forskning och kliniska erfarenheter tidigare års forskning om att det lidande som ett barn drabbas av till följd av att internetrelaterat övergrepp kan vara lika stort som, eller i vissa fall större, än vid övergrepp som sker med gärningsmannen och offret på samma plats.

Enligt LJ ger såväl nationell som internationell publicerad forskning ett klart stöd för att barn som utsätts för sexuella övergrepp via internet upplever det som extra kränkande och skamfyllt att de använt sin egen kropp som redskap, exempelvis att de penetrerat sig själva med sina fingrar, och att den upplevda

kränkningen är helt jämförbar med den kränkning en penetration egenhändigt utförd av gärningspersonen innebär. Det framgår också att den upplevda kränkningen förstärks ytterligare av att gärningspersonen vid internetrelaterade övergrepp har tillgång till barnet (via exempelvis sociala medier) i stort sett dygnet runt, att barnet är medvetet om att gärningarna dokumenteras och riskerar att spridas och finnas till beskådande för vem som helst på internet för all framtid samt att barnet förmås att utföra de sexuella handlingarna på sig själv i sitt eget hem, i sin skolmiljö eller på andra vardagliga platser där ett barn har rätt att känna sig trygg. Den forskning som finns att tillgå visar att barn som utsätts för internetrelaterade övergrepp generellt blir djupt traumatiserade och att suicidrisken till följd av sådana övergrepp är mycket hög.

Sekreteress G har blivit utsatt för upprepade sexualbrott av SN under en lång tid (ca 3 mån). Hon var endast 11 år gammal vid övergreppen. Penetrationerna som hon förmått utföra på sig själv har varat från ca 40 sekunder upp till 1 minut. Hon har vid samtliga övergrepp blivit foto- och filmdokumenterad av både sig själv och SN och har vid samtliga tillfällen dessutom tvingats att ta djupt förnedrande och förödmjukande fotografier på sig själv som hon förmått att skicka till honom.

Mot denna bakgrund måste de sexuella handlingar som SN genomfört eller försökt genomföra med målsäganden genom att förmå henne att med sina fingrar penetrera sig själv i sin vagina eller anus till följd av kränkningens allvar vara att jämföras med samlag.

Enligt min uppfattning ska SN därför, i enlighet med åtalspunkterna 5.3-5.5, dömas för två fall av våldtäkt mot barn och ett fall av försök till våldtäkt mot barn. Till följd av detta ska påföljden skärpas och målsägandens skadeståndstalan bifallas i sin helhet.

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.

Högsta domstolen har inte prövat frågan om en sexuell handling bestående i att målsäganden efter instruktion från gärningsmannen penetrerar sig själv med exempelvis sina egna fingrar kan vara en sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförbar med samlag och därmed kan bedömas som våldtäkt mot barn.

I flera hovrättsfall där barn har förmått att, som det uttryckts, "onanera", smeka sina underliv och penetrera sig själva med fingrar och/eller föremål, men där handlingarna inte varit förenade med smärta, sår eller kroppsskada eller annars innehållit förödmjukande eller förnedrande inslag, har handlingen

bedömts som sexuellt övergrepp mot barn, se RH 2018:6, Svea hovrätts domar i mål nr B 6666-16 och B 11734-17, Göta hovrätts dom den 16 februari 2021 i mål nr B 4050-20, Hovrätten för Västra Sveriges dom i mål nr B 1756-19 och Hovrätten för Nedre Norrlands dom i mål nr B 596-20.

Av rådande hovrättspraxis framgår således att det som regel anses allvarligare ur kränkningssynpunkt att gärningsmannen för in sina fingrar i offrets underliv än när offret på instruktion av gärningsmannen penetrerar sig själv. Det har bl.a. förklarats med att målsäganden i det senare fallet har bedömts ha mer kontroll över händelseförloppet än när gärningsmannen rent fysiskt utför penetrationen. När det däremot gäller penetration med främmande föremål har skillnaden i graden av kränkning inte ansetts lika stor beroende på om det är gärningsmannen eller målsäganden som för in föremålet eftersom det under alla förhållanden måste anses som extra kränkande att penetrera sitt underliv med ett föremål, t.ex. en hårborste, samt att skaderisken i sådana fall ansetts större än vid penetration med egna fingrar.

I det helt nyligen lämnade betänkandet SOU 2021:43 *Ett förstärkt skydd mot sexuella kränkningar* konstaterar utredningen att det saknas uttalanden från Högsta domstolen i frågan om vilka sexuella handlingar som med hänsyn till kränkningens allvar är att bedöma som jämförliga med samlag vid de s.k. distansbrotten. Utredningen lämnar dock i denna del inte något förslag till förändring utan anför på s. 171 *"Högsta domstolen har inte uttalat sig i fråga om sexuella handlingar som målsäganden utför på sig själv kan vara jämförliga med samlag. Enligt vår bedömning, som får stöd i den praxis som vi tagit del av (se bl.a. Svea hovrätts dom i mål nr B 11734–17 och Hovrätten för Västra Sveriges dom i mål nr B 1082–19) är det dock klart att så är fallet. Vi menar att något förslag på ändring inte behövs i den delen. Vi har inte heller identifierat något ytterligare reformbehov."*

Frågan om huruvida en av målsäganden egenhändig penetration vid ett distansbrott kan vara en sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförbar med samlag är således inte besvarad. Frågan uppkommer regelbundet i förundersökningar och orsakar problem bland åklagare. Det upplevs som ologiskt att en penetration som målsäganden genomför på sig själv bedöms som mindre allvarlig än en penetration som genomförs av gärningsmannen. Inte minst eftersom alla former av penetration som sker fysiskt av gärningsmannen regelmässigt bedöms som våldtäkt mot barn och Högsta domstolen i NJA 2015 s. 501 tydliggjort att våldtäkt inte är ett egenhändigt brott.

De förutsättningar som satts upp i hovrättspraxis för att en sexuell handling ska bedömas som med hänsyn till kränkningens allvar jämförlig med samlag och därmed som våldtäkt mot barn är omständigheter som vid fysiska övergrepp ofta används för att bedöma en våldtäkt mot barn som grovt brott och alltså inte i första hand för att avgöra om gärningen ska rubriceras som våldtäkt mot barn eller sexuellt övergrepp mot barn.

I praktiken innebär allt detta att brott som begås digitalt i nuvarande hovrättspraxis bedöms lindrigare än om brotten hade skett i fysisk närvaro, trots att omfattande forskning och publicerad vetenskap med styrka talar för att sexualbrott mot barn som begås via internet ur bl.a. kränkningshänseende är lika allvarlig och till och med allvarligare än brott som begås genom att gärningspersonen deltar fysiskt.

Mot denna bakgrund och då nuvarande hovrättspraxis saknar vetenskapligt stöd samt då frågan heller inte tas om hand i det nyligen lämnade betänkandet är det enligt min uppfattning av stor vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen prövar under vilka omständigheter en sexuell handling, som består i att ett barn under 15 år förmås penetrera sin vagina eller anus med ett eller flera fingrar, till följd av kränkningens allvar är jämförlig med samlag.

De faktiska omständigheterna i målet är ostridiga och nu aktuell fråga väl avgränsad. Målet lämpar sig därför mycket väl för en prövning i Högsta domstolen.

Jag kan inte se att det finns något prejudikatintresse i att Högsta domstolen, om så blir aktuellt, prövar frågorna om påföljd och skadestånd. Dessa frågor kan, om så blir fallet, istället prövas av hovrätten.

Jag föreslår därför att Högsta domstolen med stöd av 54 kap. 11 § rättegångsbalken meddelar ett partiellt prövningstillstånd för besvarande av prejudikatfrågan och vilandeförklarar frågan om prövningstillstånd i målet i övrigt.

Målet kan då avgöras utan huvudförhandling (se 55 kap. 11 § rättegångsbalken).

Bevisning m.m.

Preliminärt åberopar jag följande bevisning.

1. Förhören med MM och LJ (med samma bevistema som åklagaren angav i hovrätten) åberopas genom uppspelning av förhören i hovrätten.
2. Utlåtande av LJ åberopas i anslutning till förhöret med henne (hovrättens aktbilaga 41).

Målet kan avgöras på handlingarna.

Jag ber dock att få återkomma med slutlig bevisuppgift m.m. för det fall prövningstillstånd skulle komma att meddelas.

Petra Lundh

My Hedström

Kopia till:

Utvecklingscentrum

Söderorts åklagarkammare i Stockholm (AM-77746-19)

Kammaråklagaren Hanna Cardell

Beredningsjuristen Anna Sundman