

HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 26 november 2008

Mål nr

B 2209-08

KLAGANDE

HB

Ombud och offentlig försvarare: Advokat JS

MOTPARTER

1. Riksåklagaren

Box 5553

114 85 Stockholm

2. Sekretessbelagda uppgifter

Målsägandebiträde: Advokat LE

SAKEN

Våldtäkt mot barn

ÖVERKLAGADE AVGÖRANDET

Hovrätten för Nedre Norrlands dom den 18 april 2008 i mål B 282-08

DOMSLUT

Högsta domstolen förklarar att den gärning som hovrätten funnit styrkt är att bedöma som sexuellt övergrepp mot barn enligt 6 kap. 6 § första stycket brottsbalken.

Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd i påföljds- och skadeståndsfrågorna.

Högsta domstolen finner inte skäl att meddela prövningstillstånd beträffande målet i övrigt. Hovrättens dom i dessa delar står därmed fast.

Högsta domstolen undanröjer hovrättens dom i fråga om brottsrubricering, påföljd och skadestånd samt visar målet åter till hovrätten för fortsatt behandling i dessa delar.

För försvaret av HB i Högsta domstolen tillerkänns JS ersättning av allmänna medel med elvatusenfyrahundraåttiofem (11 485) kr, avseende arbete. I ersättningen ingår mervärdesskatt med 2 297 kr.

Det ankommer på hovrätten att i samband med målet efter dess återupptagande pröva frågan om återbetalningsskyldighet till staten för kostnaden för försvaret i Högsta domstolen.

Vad hovrätten förordnat om sekretess skall bestå.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

HB har yrkat att Högsta domstolen ogillar åtalet eller dömer honom för sexuellt övergrepp mot barn. Han har vidare yrkat straffnedsättning. Han har slutligen yrkat att Högsta domstolen befriar honom från skyldigheten att betala skadestånd eller i vart fall sätter ned skadeståndsskyldigheten.

Riksåklagaren har bestritt ändring.

Riksåklagaren har i Högsta domstolen justerat gärningsbeskrivningen genom att lägga till följande stycke: *I andra hand påstås att HB genom sitt handlande genomfört en sexuell handling vilken är att bedöma som sexuellt övergrepp mot barn. Brottet är grovt eftersom HB med hänsyn till tillvägagångssättet och flickan K:s ålder visat särskild hänsynslöshet.*

Riksåklagaren har härvid åberopat 6 kap. 6 § andra stycket brottsbalken.

Högsta domstolen har meddelat prövningstillstånd i frågan om den gärning som hovrätten funnit styrkt är att bedöma som våldtäkt mot barn enligt 6 kap. 4 § första stycket brottsbalken eller som sexuellt övergrepp mot barn enligt 6 kap. 6 § brottsbalken.

Högsta domstolen har förklarat frågan om meddelande av prövningstillstånd i målet i övrigt vilande.

Högsta domstolen beslutade den 1 juli 2008 att HB omedelbart skulle försättas på fri fot.

DOMSKÄL

Hovrätten har funnit styrkt att HB utfört en sexuell handling bestående i att han fört sitt finger mellan målsägandens ben på hennes könsorgan och att han slickat henne på könsorganet. Beröringarna har inte varit helt flyktiga och de har inte orsakat någon smärta. Händelsen utspelade sig på en soffa i hemmet. Målsäganden var vid gärningstillfället drygt fem år gammal. Frågan är nu hur den sexuella handlingen skall bedömas.

Enligt 6 kap. 4 § första stycket brottsbalken skall den som har samlag med ett barn under 15 år eller med ett sådant barn genomför en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag dömas för våldtäkt mot barn till fängelse i lägst två och högst sex år. Bestämmelsen har utformats på ett sätt som nära anknyter till bestämmelsen i 6 kap. 1 § första stycket om våldtäkt mot vuxna, med den viktiga skillnaden att det i 4 § inte finns något krav på våld eller hot och att samtycke inte friar från ansvar. Lagstiftaren har uttalat att avgränsningen av vilka sexuella handlingar som skall anses jämförliga med samlag enligt de bägge bestämmelserna i princip skall sammanfalla (prop. 2004/05:45 s. 71 och 143).

Brottet våldtäkt mot barn är gradindelad och ansvar för grovt brott regleras i 4 § tredje stycket. Om brottet med hänsyn till omständigheterna vid brottet är att anse som mindre allvarligt döms i stället enligt 5 § för sexuellt utnyttjande av barn till fängelse i högst fyra år.

Bestämmelsen i 6 kap. 6 § brottsbalken om sexuellt övergrepp mot barn, vilken uttryckligen är subsidiär till våldtäkt mot barn och sexuellt ut-

nyttjande av barn, tillämpas beträffande gärningar där den sexuella handlingen inte är sådan att den är ett samlag eller jämförlig med ett samlag. Även detta brott är gradindelad och ansvar för grovt brott regleras i paragrafens andra stycke. Straffskalan för sådana fall är fängelse i lägst sex månader och högst sex år.

Den jämförelse mellan samlag och annan sexuell handling som skall göras enligt 6 kap. 4 § tar enligt vad som uttalats i förarbetena sikte på kränkningens art och inte på sexualhandlingen som sådan. Detta innebär att domstolen skall göra en jämförelse mellan kränkningarna för att avgöra om kränkningen genom den sexuella handling som prövas i brottmålet är lika allvarlig som den som kan uppkomma vid samlag, vilket medför att anknytningen till samlag som jämförelsenorm kvarstår. Enligt förarbetena räknas till begreppet ”annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag” bl.a. orala och anala samlag samt att föra in föremål, fingrar eller en knytnäve i en kvinnas underliv. Som exempel på ”en annan sexuell handling” som inte kan anses jämförlig med samlag nämns att onanera åt en annan person. Vid rubriceringen måste beaktas att bestämmelsen om våldtäkt även fortsättningsvis skall vara reserverad för de mest allvarliga sexuella kränkningarna. (Se a. prop. s. 45 f., 71, 135 f. och 143 samt rättsfallen NJA 2006 s. 221 och NJA 2008 s. 482 I och II.)

Mot bakgrund av vad nu redovisats bör bedömningen av om en kränkning är av sådant slag som avses i 6 kap. 4 § första stycket brottbalken, liksom motsvarande bedömning enligt 6 kap. 1 §, göras med utgångspunkt i att övergrepp genom samlag eller annat inträngande i kroppen typiskt sett utgör de mest kränkande sexuella övergreppen. En viss försiktighet är därför påkallad

när det gäller att bedöma en helt kortvarig sexuell handling utanpå kroppen som våldtäkt.

Den sexuella handling som HB utfört har bestått i att han kortvarigt berört målsägandens könsorgan och har inte till någon del inneburit penetration. Han har således inte gjort sig skyldig till vad som brukar förstås med ett oralt samlag. Inte heller i övrigt finns det anledning att bedöma HBs handlande som ett sådant övergrepp som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförligt med samlag. Den gärning som hovrätten funnit styrkt skall således bedömas som sexuellt övergrepp mot barn.

Vid bedömningen av om brottet är att anse som grovt skall enligt 6 kap. 6 § andra stycket brottsbalken särskilt beaktas om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller barnets ålder eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet (jfr a. prop. s. 81). Varken tillvägagångssättet, målsägandens ålder eller omständigheterna i övrigt utgör i detta fall tillräckliga skäl för att bedöma gärningen som grovt sexuellt övergrepp mot barn.

Brottet är således att bedöma som sexuellt övergrepp mot barn enligt 6 kap. 6 § första stycket brottsbalken.

Vid denna bedömning skall prövningstillstånd meddelas i frågorna om påföljd och skadestånd. Dessa frågor bör lämpligen i första hand prövas av hovrätten med utgångspunkt i Högsta domstolens nu gjorda ställningstagande.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Johan Munck, Dag Victor,
Ann-Christine Lindeblad (referent), Anna Skarhed och Lena Moore
Föredragande revisionssekreterare: Peder Bjursten