

HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 15 juni 2009

Mål nr

B 3672-07

KLAGANDE

SH

Ombud och offentlig försvarare: Advokat LE

MOTPART

Riksåklagaren

Box 5553

114 85 Stockholm

SAKEN

Människosmuggling

ÖVERKLAGADE AVGÖRANDET

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom den 21 augusti 2007 i mål

B 541-07

DOMSLUT

Högsta domstolen ändrar på det sätt hovrättens dom att SH döms enligt 20 kap. 8 § första och tredje styckena utlänningslagen (2005:716) för människosmuggling, ringa brott, till sextio (60) dagsböter å femtio (50) kr. Påföljden skall i sin helhet anses verkställd genom den tid SH har varit frihetsberövad i målet.

För försvaret av SH i Högsta domstolen tillerkänns LE ersättning av allmänna medel med tjugufyratuseniohundranittiosju (24 997) kr, avseende arbete. Denna kostnad skall stanna på staten. I ersättningen in- går mervärdesskatt med 4 999 kr.

Vad hovrätten förordnat om sekretess skall bestå.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

SH har yrkat att Högsta domstolen ogillar åtalet. I andra hand har han yrkat att gärningen skall bedömas som ringa och påföljden bestämmas till böter samt att Högsta domstolen förordnar att böterna skall anses till fullo betalda genom den tid han varit häktad.

Riksåklagaren har bestritt ändring.

DOMSKÄL

SH har åtalats för människosmuggling, bestående i att han uppsåtligen hjälpt tre utländska medborgare, hemmahörande i Syrien, att olovligen komma in i

Sverige. Av utredningen framgår att de tre utländska medborgarna var SHs syster med familj som med hjälp av människosmugglare kommit från Syrien till Tyskland via Italien. SH transporterade dem från Tyskland genom Danmark och via Öresundsbron till Malmö. Riksåklagaren har godtagit SHs uppgifter om att han inte fått eller betingat sig någon ersättning för resan och att avsikten var att de tre skulle söka asyl i Sverige.

Enligt 20 kap. 8 § utlänningslagen (2005:716) döms för människosmuggling den som uppsåtligen hjälper en utlänning att olovligen komma in i eller passera genom Sverige, medlemsstat i Europeiska unionen eller Island, Norge eller Schweiz. Enligt förarbetena innebär uttrycket olovligen att inresan eller passeringen skett i strid med i respektive stat gällande författningar (prop. 2003/04:35 s. 85). Brottet är självständigt. Det förutsätter alltså inte att utlänningens inresa är straffbar.

En utlänning som reser in i Sverige skall som huvudregel ha pass samt visering eller uppehållstillstånd (2 kap. 1 och 3 §§ utlänningslagen). Inresa i Sverige i strid med bestämmelserna om pass och tillstånd sker olovligen. Detta gäller även för de fall då förfarandet inte är straffbart enligt 20 kap. 4 § utlänningslagen.

Efter Sveriges anslutning till Schengenkonventionen och inträde som operativ medlem i Schengensamarbetet har förutsättningarna för passerandet av gränser ändrats. I 1 kap. 3 § utlänningsförordningen (2006:97) definieras begreppen inre och yttre gräns. Med inre gräns avses en landgräns mot Schengenstat samt hamnar för reguljära färjeförbindelser och flygplatser där avgående eller ankommande trafik kommer direkt från en ort i en Schengenstat. Med yttre gräns avses land- eller sjögränser samt hamnar och flygplat-

ser som inte utgör inre gräns. In- och utresa över en yttre gräns måste i princip ske vid ett gränsövergångsställe, där kontroll sker (6 kap. 1 och 3 §§ utlänningsförordningen). En inre gräns får passeras utan någon kontroll (6 kap. 5 § utlänningsförordningen). Öresundsbron är en inre gräns.

Av förarbetena till bestämmelsen om människosmuggling framgår beträffande brottets fullbordan att det vid passerandet av en yttre gräns för straffbarhet krävs att inresan har skett vid sidan om en gränskontroll eller att utlänningen passerar gränskontrollen gömd eller med hjälp av förfalskade handlingar. Om någon däremot hjälper en utlänning att komma in i Sverige via en inre gräns räcker det för straffbarhet att utlänningen har kommit in på svenskt territorium. (Prop. 2003/04:35 s. 66 f.)

SH hjälpte uppsåtligen de tre utländska medborgarna in på svenskt territorium via en inre gräns. Eftersom de utländska medborgarna saknade pass och erforderliga tillstånd var inresan olovlig. SH var medveten om nämnda omständigheter. Det föreligger därmed förutsättningar enligt 20 kap. 8 § utlänningslagen att döma SH för människosmuggling.

I målet har emellertid gjorts gällande att det från den nyssnämnda straffbestämmelsen finns ett, på förarbetsuttalanden grundat, inte lagfäst humanitärt undantag av innebörd att ideell verksamhet som endast syftar till att hjälpa någon som har för avsikt att söka asyl omedelbart efter inresan till Sverige inte är straffbar.

I samband med ändringar år 1994 i straffbestämmelserna i 1989 års utlänningslag underströks i förarbetena till den bestämmelse (10 kap. 2 a §) som numera motsvaras av 20 kap. 8 § i 2005 års utlänningslag, att det endast

var verksamhet som syftade till att hjälpa någon in i landet illegalt som var straffbar enligt bestämmelsen. Det tillades att verksamhet som endast syftade till att hjälpa någon hit som omedelbart vid ankomsten hade för avsikt att söka asyl inte var straffbar enligt den bestämmelsen. Sådan verksamhet kunde däremot vara straffbar enligt 10 kap. 5 §; bestämmelsen motsvaras numera av 20 kap. 9 § i 2005 års utlänningslag och avser organiserande av människosmuggling och medhjälp därtill. (Prop. 1993/94:52 s. 18 f. och bet. 1993/94:SfU7 s. 5). Av förarbetena framgår att uttrycket att hjälpa någon hit används liktydigt med att hjälpa någon till den svenska gränsen (a. prop. s. 15 och 19). Förarbetsuttalandena måste ses mot bakgrund av att inresa vid den tiden endast fick ske vid kontrollerade gränsövergångar. Vid en sådan kunde asylansökan göras. Beträffande den som hjälpte en utlänning till gränskontrollen där denne ansökte om asyl kunde straffbestämmelsen angående hjälp till olovlig inresa i landet inte aktualiseras.

Efter Sveriges inträde i Schengensamarbetet gjordes år 2004 ändringar i vissa straffbestämmelser i utlänningslagen för att uppfylla kraven i två EG-rättsakter, rådets direktiv 2002/90/EG av den 28 november 2002 om definition av hjälp till olaglig inresa, transitering och vistelse samt rådets rambeslut 2002/946/RIF av den 28 november 2002 om förstärkning av den straffrättsliga ramen för att förhindra hjälp till olaglig inresa, transitering och vistelse. Direktivet ålägger i artikel 1.1 a varje medlemsstat att anta lämpliga påföljder för den som avsiktligt hjälper en person som inte är medborgare i en medlemsstat att resa in i eller passera genom en medlemsstats territorium i strid med denna stats lagstiftning om utlänningars inresa eller transitering. Enligt artikel 1.2 i direktivet, i dess svenska lydelse, får en medlemsstat besluta att inte införa påföljder i de fall som avses i artikel 1.1 a för den som

i syfte att ge humanitärt stöd till utlänningen hjälper denne att resa in i eller passera genom en medlemsstat olagligen, den s.k. humanitära klausulen.

I förarbetena till 2004 års lagändringar övervägdes behovet av ett humanitärt undantag i anslutning till den bestämmelse (10 kap. 5 §) som i 1989 års utlänningslag motsvarade nuvarande 20 kap. 9 § i 2005 års utlänningslag. Som tidigare framgått straffbelägger den bestämmelsen organiserande av människosmuggling och medhjälp därtill och avser verksamhet som är inriktad på att främja att utlänningar reser till Sverige utan erforderliga tillstånd. Behovet ansågs tillgodosett genom att straffansvar enligt 20 kap. 9 § förutsätter att verksamheten bedrivs i vinstsyfte. (Prop. 2003/04:35 s. 66).

Något humanitärt undantag enligt direktivets artikel 1.2 föreslogs inte beträffande hjälp till olovlig inresa i Sverige, d.v.s. sådana handlingar som kriminaliseras genom den bestämmelse som numera finns i 20 kap. 8 §.

Vid riksdagsbehandlingen godtogs den föreslagna utformningen av bestämmelserna. I sitt betänkande tolkade Socialförsäkringsutskottet straffbestämmelserna så, att det var straffritt att av rent humanitära skäl hjälpa en utlänning att komma in i Sverige för att söka asyl vid ankomsten (bet. 2003/04:SfU6 s. 12). Slutsatsen har inte stöd i lagtexten. Den synes bygga på den felaktiga förutsättningen att människosmuggling inte skulle vara ett självständigt brott, d.v.s. att människosmuggling skulle förutsätta inte bara att inresan var olovlig utan också att den var straffbar för utlänningen.

Klart är att den som av ideella skäl hjälper en utlänning *till* den svenska nationsgränsen (utan att dessförinnan ha hjälpt denne att olagligen resa in

i eller passera medlemsstat i Europeiska unionen eller Island, Norge eller Schweiz) för att denne skall söka asyl i Sverige inte kan straffas vare sig enligt 20 kap. 8 § (eftersom det inte skett någon inresa i Sverige) eller 9 § (eftersom det inte förelegat vinstsyfte). Vid ankomst till en yttre gräns är det möjligt för en utlänning att anmäla sin önskan att söka asyl. Den möjligheten finns inte vid en inre gräns, som ju är okontrollerad. En utlänning som via en inre gräns kommer till Sverige och vill söka asyl här måste således resa *in i* landet, och att av ideella skäl hjälpa en utlänning att göra detta omfattas av straffbestämmelsen i 20 kap. 8 § utlänningslagen (se bet. 2001/02:SfU6 s. 11).

Frågan blir då om avsaknaden av möjlighet att ansöka om asyl vid ankomsten till en inre gräns bör föranleda att det beträffande inresefallen görs ett humanitärt undantag från det straffbara området i 20 kap. 8 § för att på så sätt, såvitt avser straffbarheten, likställa ideell hjälp som lämnats den som kommer in i Sverige via en inre gräns med den som lämnats till den som kommer till en yttre gräns. Detta skulle i så fall ske trots att Sverige i lagstiftningsärendet inte beslutade om ett sådant undantag från den bestämmelsen som kan göras enligt artikel 1.2 i direktivet. Det framgår emellertid av direktivets franska, engelska och tyska lydelse att sådana undantag kan göras också i praxis.

1951 års konvention angående flyktingars rättsliga ställning innehåller i artikel 31 en bestämmelse om förbud under vissa förutsättningar för fördragsslutande stat att bestraffa en flykting för olovlig inresa eller olovligt uppehåll i ett tillflyktsland. Förbudet gäller endast under förutsättning att flyktingen anlant direkt från område där hans liv eller frihet var i fara. Förbudet omfattar inte den som hjälper flyktingen.

På grund av Sveriges bundenhet till Dublinkonventionen och Dublinförordningen gäller att den som kommer in i landet via en inre gräns i princip inte har rätt att få sin asylansökan prövad här utan skall återsändas till den medlemsstat där asylansökan enligt konventionen och förordningen skall prövas. Detta är i regel den konventionsstat dit utlänningen först anlät genom att passera en yttre gräns. Den bakomliggande tanken är att en asylsökande skall få sitt skyddsbehov tillgodosett i den medlemsstat som han eller hon enligt konventionen eller förordningen kan återsändas till. Den asylsökande har då normalt inget behov av skydd i en medlemsstat dit denne kommit via en inre gräns.

Till följd av det anförda kan det i regel inte anses föreligga ett så starkt behov av att bistå en utlänning för att denne skall kunna komma in i Sverige via en inre gräns att det utgör grund för ett humanitärt undantag från det straffbara området i 20 kap. 8 § utlänningslagen (jfr SOU 2002:69 s. 226).

Vad som nu sagts utesluter dock inte att det kan förekomma fall där omständigheterna är sådana att den som hjälpt en asylsökande att komma in i landet via en inre gräns för att vid ankomsten söka asyl inte skall anses ha begått brottslig handling. I målet har emellertid inte framkommit att en asylansökan inte kunde ha gjorts i den Schengenstat som SHs släktingar först anlände till, Italien. Inte heller i övrigt har det anförts några särskilda omständigheter som kan motivera ett undantag i detta fall.

SH skall därför dömas för människosmuggling. Med hänsyn till att SH utan ersättning hjälpt sina nära släktingar, som avsåg att söka asyl i Sverige, att resa in i landet kan brottet anses ringa och bör föranleda ett bötesstraff

(se prop.1993/94:52 s. 18). Med stöd av 33 kap. 6 § tredje stycket brottsbalken bör förordnas att påföljden skall anses helt verkställd genom den tid SH varit berövad friheten i målet.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Leif Thorsson (skiljaktig), Torgny Håstad (skiljaktig), Ella Nyström, Kerstin Calissendorff (referent) och Stefan Lindskog
Föredragande revisionssekreterare: Tyri Öhman

	BILAGA TILL PROTOKOLL 2009-01-27	
		Mål nr B 3672-07

SKILJAKTIG MENING

Justitierådet Torgny Håstad, med vilken justitierådet Leif Thorsson förenar sig, är skiljaktig avseende motiveringen på sätt framgår av följande yttrande:

”Enligt 20 kap. 8 § utlänningslagen döms den för människosmuggling som uppsåtligen hjälper en utlänning att olovligen komma in i eller passera genom Sverige, medlemsstat i Europeiska unionen eller Island, Norge eller Schweiz. Det krävs således inte att utlänningen rest in i Sverige, utan även hjälp till olovlig passage genom ett annat Schengenland kan vara straffbar.

SH har emellertid, som det får förstås, åtalats bara för hjälp till olovlig inresa i Sverige.

Enligt förarbetena är detta led av brottet fullbordat, om utlänningen med den tilltalades hjälp via en inre gräns kommer in på svenskt territorium (prop. 2003/04:35 s. 66 f.). När gränskontrollerna före Schengensamarbetet fanns vid själva gränsen, var det möjligt att ideellt hjälpa en utlänning till gränsen och där avlämna honom för ansökan om asyl utan att bryta mot förbudet mot hjälp till olovlig inresa. Sedan gränskontrollen slopats vid inre gräns, bl.a. vid Öresundsbron, går det enligt lagens ordalydelse inte längre att hjälpa en utlänning fram till en punkt där asyl kan sökas utan att bryta mot bestämmelsen om hjälp till olovlig inresa.

I den nämnda propositionen 2003/04:35 med ändringar i utlänningslagstiftningen erinrade departementschefen om att det i artikel 1.2 i EG:s direktiv 2002/90 föreskrivs att medlemsstat får underlåta att bestraffa den som i syfte att ge en utlänning humanitärt stöd hjälper denne att – i strid mot artikel 1.1 a, motsvarande 20 kap. 8 § utlänningslagen – resa in i en medlemsstat eller passera genom en Schengenstat utan att ha rätt till det enligt nationella bestämmelser (den s.k. humanitära klausulen). Departementschefen tillade att det i vissa situationer kan framstå som inhumant att bestraffa den som hjälper en utlänning att komma till Sverige. Det ansågs därför vara viktigt att det finns möjlighet att undanta visst handlande från det straffbara området i de fall det framgår att avsikten är att av ideella skäl hjälpa en utlänning att komma hit för att söka asyl. Departementschefen konstaterade sedan att ideella handlingar är straffria om de avser att främja att utlänningar reser till Sverige. Det erinrades om att regeringen tidigare anfört vid en ändring i utlänningslagen (prop. 1996/97:25 s. 225) att det är väsentligt att det inte uppstår någon tveksamhet om att det inte är straffbart att som ett led i en ideell verksamhet hjälpa någon att komma till Sverige för att här söka asyl eller annat uppehållstillstånd. Regeringen ansåg därför att kravet på vinstsyfte för straffbarhet skulle finnas kvar. Uttalandet gjordes trots att något undantag för ideell hjälp till passage genom en Schengenstat fram till svenska gränsen eller in i Sverige inte gjordes i 20 kap. 8 § utlänningslagen. Av EG-direktivet i dess franska, engelska och tyska versioner framgår emellertid uttryckligen att sådana undantag kan göras också i praxis.

Socialförsäkringsutskottet anförde att, eftersom en utlänning som söker asyl vid ankomsten till Sverige inte kommer att straffas för olovlig inresa, därmed inte heller den som hjälpt utlänningen att komma in i Sverige skall anses ha begått

en straffbar handling. Utskottet tillade att det i normalfallet inte kommer att finnas någon anledning att från svensk sida straffa den som hjälpt en utlänning att passera genom en Schengenstat för att söka asyl vid ankomsten till Sverige (bet. 2003/04:SfU6 s. 12; jfr även bet. 2001/02:SfU6 s. 12).

Lagtexten har i de hänseenden som är relevanta enligt åtalet varit oförändrad alltsedan det enligt motivuttalanden år 1993/94 (prop. 1993/94:52 s. 15) var tillåtet att hjälpa en utlänning till den punkt där asylansökan kunde göras.

Det kan inte antas att alla dessa motivuttalanden – låt vara att Socialförsäkringsutskottets senaste uttalande formulerats med en felaktig förutsättning om människosmugglingsbrottets osjälvständiga karaktär – har förlorat sin betydelse sedan punkten för asylansökan vid passage av inre gränser flyttats in bit in i Sverige. Även riksåklagaren har ansett att det humanitära undantaget – fastän det inte återspeglats i den svenska lagtexten – omfattar hjälp till inresa till den första punkt där avsikten att söka asyl kan praktiskt manifesteras, t.ex. vid kontakt med tullpersonal. Ett sådant undantag har stöd i EG-direktivet, fastän all hjälp till olovlig passage inom EU strider mot idén om att asyl eller upphållstillstånd skall sökas i första EU-land. Ifall någon hjälper en utlänning in i Sverige med syftet att utlänningen skall söka asyl vid första punkten för myndighetskontakt, bör han således frikännas.

SH har vidgått att han haft för avsikt att avlämna sina släktingar i Malmö till en person som skulle ta dem till Stockholm. Varken han eller släktingarna uppgav spontant att dessa sökte asyl, när de ankom till tullstationen i Lernacken utanför Malmö. Han skall därför dömas för människosmuggling.”