

# HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 20 november 2015

Mål nr

B 186-14

## **KLAGANDE**

K-EH

Ombud och offentlig försvarare: Advokat MH

## **MOTPART**

Riksåklagaren

Box 5553

114 85 Stockholm

## **SAKEN**

Samlag med avkomling

## **ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Hovrätten för Övre Norrlands dom 2013-12-10 i mål B 565-13

\_\_\_\_\_

## DOMSLUT

Högsta domstolen ändrar hovrättens dom på så sätt att påföljden – med tillämpning av 34 kap. 1 § första stycket 2 brottsbalken – bestäms till villkorlig dom och 100 dagsböter på 50 kr.

Högsta domstolen fastställer hovrättens sekretessförordnande.

MH ska få ersättning av allmänna medel för försvaret av K-EH i Högsta domstolen med 17 223 kr. Av beloppet avser 13 778 kr arbete och 3 444 kr 50 öre mervärdesskatt. Staten ska svara för kostnaden.

## YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN M.M.

K-EH har yrkat lindrigare påföljd.

Riksåklagaren har inte motsatt sig att påföljden bestäms till villkorlig dom och böter.

Högsta domstolen har meddelat prövningstillstånd beträffande frågan om påföljd.

## DOMSKÄL

*Bakgrund*

1. I enlighet med hovrättens dom har K-EH i oktober 2012 gjort sig skyldig till samlag med avkomling genom att ha samlag med sin biologiska dotter.
2. Dottern var vid tillfället drygt 18 år gammal och K-EH var 52 år. Dottern hade under sin uppväxt haft mycket begränsad kontakt med K-EH. Ungefär ett

år före de aktuella händelserna hade hon emellertid tagit upp kontakten. De hade talats vid på telefon och hade också träffats vid ett tillfälle på en marknad sommaren 2012. Efter det bestämde dottern och K-EH att hon skulle komma och hälsa på och bo hos honom i hans hus under höstlovet samma år. De skulle träffas för att lära känna varandra.

3. Vid tillfället var K-EH påverkad av alkohol. Han bjöd dottern på starksprit, och hon drack några centiliter. De sexuella aktiviteterna började med att K-EH tog dottern på bröstet och att de kysstes. Därefter utvecklades det till att K-EH hade samlag med dottern, först på soffan i vardagsrummet på nedre botten vid två tillfällen och sedan i sovrummet på andra våningen vid ytterligare två tillfällen. Det var oskyddade samlag. K-EH fick inte utlösning.

4. Det sexuella umgänget påbörjades strax före kl. 22. Det avslutades runt kl. 4 på morgonen, när både dottern och K-EH somnade. Dottern vaknade dock efter ungefär en timme och tog då kontakt med släktingar som kom och hämtade henne.

5. Dottern har mått dåligt efter händelserna och sökt professionell hjälp. Att hon deltog i de sexuella aktiviteterna har hon förklarat med att hon inte vågade säga nej eftersom hon av flera släktingar hade hört att K-EH kunde bli arg och våldsam när han druckit alkohol. Dessutom låg hans hus ensligt. Hon har också haft psykiska problem som gör att hon är rädd för konflikter och därför kan gå med på saker som hon egentligen inte vill.

6. K-EH har berättat att han under kvällen och natten drack ganska mycket starksprit. Han visste att dottern hade haft psykiska problem, men kände inte till vilka. Några faderliga känslor för dottern har han aldrig haft. Han har tillagt att han förstod att det som han gjorde var fel.

7. Hovrätten har bestämt påföljden till fängelse i sex månader.

*Frågan i Högsta domstolen*

8. Målet gäller påföljden. Vid påföljdsbestämningen ska Högsta domstolen beakta den brottslighet som nu är aktuell, men även det förhållandet att K-EH i januari 2015 dömdes för grovt rattfylleri till skyddstillsyn med samhällstjänst i 40 timmar och ett alternativt fängelsestraff på en månad. I det målet föreskrev tingsrätten dessutom att K-EH ska genomgå viss behandling.

*Allmänt om brottslighetens straffvärde*

9. Straffskalan för samlag med avkomling är fängelse i högst två år. I straffbestämmelsen anges inte några speciella (brottsinterna) omständigheter som ska beaktas särskilt vid bedömningen av straffvärdet.

10. Enligt 29 kap. 1 § första stycket brottsbalken ska straff, med beaktande av intresset av en enhetlig rättstillämpning, bestämmas inom ramen för den tillämpliga straffskalan efter brottets eller den samlade brottslighetens straffvärde. Vid bedömningen av straffvärdet ska rätten enligt andra stycket beakta bl.a. den skada, kränkning eller fara som gärningen har inneburit, vad den tilltalade har insett eller borde ha insett om detta samt de avsikter eller motiv som han eller hon har haft. I ett fall som detta, där det för straffbarhet förutsätts att gärningen har begåtts uppsåtligt, krävs att de straffvärdepåverkande omständigheterna är täckta av uppsåt (jfr NJA 2014 s. 559, p. 6).

11. Vid sidan av den allmänna bestämmelsen i 29 kap. 1 § brottsbalken finns det i 2 och 3 §§ angivet vissa (brottsexterna) försvårande och förmildrande omständigheter som, utöver de som gäller för det specifika brottet, ska beaktas av domstolen vid straffvärdebedömningen. Av en lagändring som trädde i

kraft den 1 juli 2010 (prop. 2009/10:147 s. 26 ff.) och som tog sikte på alla de nu nämnda bestämmelserna framgår, att försvårande och förmildrande omständigheter ska ges en större betydelse än de hade enligt tidigare rättspraxis. Straffvärdet ska alltså bedömas på ett nyanserat sätt med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.

12. Att alla omständigheter som inverkar på straffvärdet ska tas med vid bedömningen och att denna ska ske på ett nyanserat sätt hindrar inte, att en utgångspunkt för bedömningen måste vara graden av kränkning av det genom straffbestämmelsen skyddade intresset och lagstiftarens skäl för straffbelägningen. I detta fall bör då noteras att ansvar för samlag med avkomling enligt 6 kap. 7 § första stycket brottsbalken förutsätter att gärningen inte ska bedömas som våldtäkt, sexuellt tvång, sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning, våldtäkt mot barn, sexuellt utnyttjande av barn eller sexuellt övergrepp mot barn (1–6 §§). Dessa straffbestämmelser har alltså företrädde framför den om samlag med avkomling. Det är endast det förhållandet att det har ägt rum ett samlag mellan föräldern och barnet som är straffbelagt i 6 kap. 7 § första stycket. Eftersom åtalet inte avser något annat än detta kan t.ex. inte eventuellt straffbart tvång eller utnyttjande av beroendeställning, om något sådant skulle ha förekommit, vägas in vid bedömningen.

13. Straffbestämmelsen avser endast samlag. Kriminaliseringen av samlag mellan vuxna personer har motiverats med socialetiska och arvs-genetiska skäl. När det gäller de socialetiska skälen har det hävdats att sexuella förbindelser mellan nära anförvanter i regel hindrar en sund och naturlig samlevnad mellan medlemmarna i en familj eller annan krets av närstående. Att arvs-genetiska hänsyn har angetts som skäl för regleringen hänger samman med att sådant nära släktskap som avses med bestämmelsen torde innebära en särskild risk för att ogynnsamma arvs-anlag förs över till ett barn. Det har också framförts

att ett slopande av förbudet mot vuxenincest skulle kunna undergräva en allmän tabuföreställning och därigenom medföra att antalet incestuösa förbindelser även med unga personer ökar. En avkriminalisering, som har diskuterats, har också ansetts sakna stöd i det allmänna rättsmedvetandet. (Se NJA II 1962 s. 182 ff., prop. 1983/84:105 s. 33 f. och prop. 2004/05:45 s. 83 f.)

14. Att straffbestämmelsen omfattar endast samlag är naturligt med hänsyn till det arvs genetiska motivet för bestämmelsen. Men därmed faller övriga sexuella handlingar, som kan ha förekommit i det enskilda fallet, alltså utanför det enligt 6 kap. 7 § första stycket brottsbalken straffbelagda området. Sådana handlingar ska inte vägas in vid straffvärdebedömningen. Däremot måste antalet samlag som har ägt rum och den utsträckning i tiden som handlandet har haft ges betydelse, liksom om det har rört sig om skyddade eller oskyddade samlag. Det påverkar också bedömningen om gärningsmannen vid oskyddat samlag har fått utlösning eller inte. Även avkomlingens ålder och relationen mellan gärningsmannen och avkomlingen kan inverka. Lever de i en familjerelation kan straffvärdet ofta vara högre än om de inte har haft ett sådant förhållande som är vanligt mellan föräldrar och barn. Har handlandet resulterat i en graviditet är det försvårande. Är det föräldern som har tagit initiativ till samlaget, talar också detta för en skärpt bedömning av brottet. Om det finns någon omständighet som innebär att avkomlingen har befunnit sig i en utsatt situation kan det vägas in, dock endast i den mån som inte någon annan straffbestämmelse är tillämplig och förhållandet har varit täckt av gärningsmannens uppsåt.

#### *Straffvärdet i detta fall*

15. K-EH och dottern har inte levt tillsammans under någon tid av dotterns liv. Deras kontakter under hennes uppväxt har också varit mycket begränsade.

Det står emellertid klart att K-EHs uppsåt har omfattat att dottern befann sig i en utsatt situation den aktuella kvällen och natten. Det har varit fråga om fyra oskyddade samlag under en period om cirka sex timmar. K-EH har dock inte fått utlösning.

16. Sammantaget leder omständigheterna (se p. 2–6) till att straffvärdet av K-EHs brottslighet motsvarar fängelse i sex månader.

*Bedömningen av brottslighetens art blir avgörande för påföljdsvalet*

17. Enligt 30 kap. 4 § första stycket brottsbalken ska rätten vid val av påföljd 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 § (billighetsskäl). Av paragrafens andra stycke följer att rätten som skäl för fängelse får beakta brottslighetens straffvärde och art och att den tilltalade tidigare har gjort sig skyldig till brott.

18. Den brottslighet som K-EH har gjort sig skyldig till har inte ett så högt straffvärde att det i sig motiverar ett fängelsestraff. K-EH har inte tidigare dömts för brott som påverkar påföljdsbestämningen vid den bedömning som nu ska göras. Inte heller finns det några omständigheter av det slag som anges i 29 kap. 5 § brottsbalken. Det avgörande för om påföljden ska bestämmas till fängelse är då om en sådan påföljd krävs med hänsyn till brottslighetens art.

*Närmare om brottslighetens art*

19. Av förarbetena till 30 kap. 4 § brottsbalken (prop. 1987/88:120 s. 100) framgår att begreppet brottslighetens art tar sikte främst på sådana brottstyper som enligt i slutet av 1980-talet gällande praxis ansågs motivera fängelse, trots att de inte har ett särskilt högt straffvärde. Till förtydligande uttalades i

propositionen att ”det rör sig om brott som främst av allmänpreventiva skäl normalt anses skola medföra ett kort fängelsestraff”. I rättsfallet NJA 2014 s. 559 (p. 31), har Högsta domstolen uttalat, att det finns anledning att iakttä stor försiktighet med att utan stöd i lagförarbeten bygga vidare på en allmänpreventiv grund när det gäller vilken inverkan som brottets art ska få i olika fall. Det måste enligt domen generellt antas att utrymmet är begränsat för att genom rättsutveckling i praxis särbehandla ytterligare brottstyper med hänvisning till deras art.

20. Högsta domstolen har i samma rättsfall, NJA 2014 s. 559 (p. 32), tagit upp frågan om vad som skulle kunna få betydelse för om ett visst brott bör särbehandlas med hänvisning till dess art trots att det inte finns stöd för det i lagförarbeten eller i tidigare praxis. Domstolen har där uttalat att motiven till 1989 års påföljdsreform får så förstås, att det åtminstone delvis är fråga om andra förhållanden än sådana som inverkar på straffvärdet. Nära till hands ligger enligt domstolen att se det så, att det rör sig om det särskilda behovet av normbildning som den aktuella brottstypen kan föranleda. Behovet av normbildning kan ha sin grund exempelvis i att det typiskt sett rör sig om svårupptäckta brott eller att brottstypen innefattar en samhällsfara som inte reflekteras på något annat sätt vid påföljdsbestämningen.

#### *Brottslighetens art i detta fall*

21. Det finns inte något uttalande i lagförarbetena om att samlag med avkomling skulle vara ett brott av sådan art att det finns skäl för särbehandling vid påföljdsvalet. Det finns inte någon rättspraxis från Högsta domstolen som belyser frågan.

22. Något särskilt behov av normbildning när det gäller avståndstagandet från samhällets sida i fråga om vuxenincest finns inte. Att en förälder inte ska



ha samlag med sin avkomling är en uppfattning som är mycket starkt grundad hos människor i allmänhet. Det finns inte heller i övrigt tillräckliga skäl för särbehandling vid valet av påföljd för samlag med avkomling.

23. K-EH ska därför inte dömas till fängelse.

*Förutsättningarna för villkorlig dom är i och för sig uppfyllda*

24. Eftersom det inte finns någon särskild anledning att befara att K-EH kan komma att göra sig skyldig till fortsatt brottslighet är förutsättningarna för villkorlig dom i och för sig uppfyllda. I enlighet med huvudregeln i 30 kap. 8 § brottsbalken ska en villkorlig dom för K-EH förenas med ett bötesstraff. Med hänsyn till straffvärdet av brottsligheten, och eftersom varken brottets art eller tidigare brottslighet talar för särbehandling i fråga om påföljden, ska antalet dagsböter vara 100. Frågan är emellertid vilken betydelse det har att K-EH har dömts till skyddstillsyn i ett annat mål och att den påföljden inte är fullt verkställd.

*Domen rörande grovt rattfylleri*

25. Som har angetts i det föregående (p. 8) har K-EH i januari 2015 dömts för grovt rattfylleri till skyddstillsyn med samhällstjänst i 40 timmar och ett alternativt fängelsestraff på en månad. Rattfylleriet begicks i oktober 2014. Tingsrätten i det målet var medveten om den i det här målet överklagade domen och har bestämt påföljden för rattfylleribrottet särskilt med tillämpning av 34 kap. 1 § första stycket 2 brottsbalken.

26. När tingsrätten meddelade den nyss angivna domen var alltså den i detta mål överklagade hovrättsdomen en tidigare dom vid tillämpning av 34 kap.

1 § brottsbalken. Vid Högsta domstolens påföljdsbestämning nu är emellertid domen på skyddstillsyn för grovt rattfylleri en tidigare dom som Högsta domstolen ska beakta (NJA 1994 s. 143 och NJA 2010 s. 3).

*34 kap. 1 § första stycket 2 brottsbalken bör tillämpas*

27. De tre alternativ som står till buds för Högsta domstolen är enligt 34 kap. 1 § första stycket brottsbalken (1) att förordna att den tidigare utdömda påföljden, dvs. skyddstillsynen med samhällstjänst och behandlingsföreskrift, ska avse också brottsligheten i detta mål (konsumtionsdom), (2) att döma särskilt till påföljd för den nu aktuella brottsligheten eller (3) att undanröja den tidigare skyddstillsynen (som har vunnit laga kraft) och för samtliga brott döma till påföljd av annat slag.

28. I en situation som denna, när den tilltalade undergår skyddstillsyn och påföljd ska bestämmas för brottslighet som i sig inte bör föranleda någon strängare påföljd än villkorlig dom, ligger det nära till hands att med tillämpning av 34 kap. 1 § första stycket 1 brottsbalken låta den tidigare skyddstillsynen omfatta även den nya brottsligheten. Det gäller särskilt som den tillkommande brottsligheten (samlag med avkomling) har begåtts före det brott (grovt rattfylleri) som föranledde skyddstillsynen.

29. För K-EHs del skulle en sådan rättstillämpning inte innebära att antalet timmar samhällstjänst skulle utökas. Den tillkommande brottsligheten är ju inte av det slaget att det finns grund för ett beslut om samhällstjänst. Däremot talar skäl för att det i skyddstillsynsdomen angivna alternativa fängelsestraffet i så fall bör höjas, så att det motsvarar den totala brottslighet som skulle omfattas av skyddstillsynen (jfr NJA 1989 s. 165 I och II). Det ska dock noteras att bestämmelsen i 34 kap. 6 § andra stycket brottsbalken inte uttryckligen ger stöd för en sådan rättstillämpning.

30. En höjning av alternativstraffet får ses som en nackdel för den tilltalade i förhållande till en vanlig villkorlig dom. När ett alternativstraff har satts ut, kommer det ju i allmänhet att anläggas en strängare syn på eventuell missköt-samhet (se NJA 2015 s. 155 p. 21). Av detta skäl bör en konsumtionsdom undvikas i K-EHs fall om det finns något annat lämpligare alternativ som kan tillämpas.

31. Det som då framstår som mest lämpligt är att med stöd av 34 kap. 1 § första stycket 2 brottsbalken döma särskilt till villkorlig dom för samlag med avkomling. Visserligen skulle det inte ha varit möjligt att döma till både villkorlig dom och skyddstillsyn om påföljd i ett sammanhang skulle bestämmas för samlag med avkomling och för grovt rattfylleri (se 30 kap. 3 §). Men situationen i detta fall är speciell. Hade tingsrätten bestämt påföljden för samlag med avkomling i enlighet med vad Högsta domstolen har kommit fram till, dvs. till villkorlig dom och böter, får det antas att den påföljden inte hade påverkats av påföljdsbestämningen drygt ett och ett halvt år senare för rattfylleribrottet.

32. Möjligheten att döma särskilt till påföljd för den tillkommande brottsligheten tar visserligen sikte på helt andra fall, främst de där någon som har dömts till fängelse ska dömas till ytterligare fängelsestraff för ny brottslighet. Systemet för påföljdsbestämning är dock uppbyggt så att det lämnar stort utrymme för domstolen att i det särskilda fallet ordna påföljdssituationen på ett så lämpligt sätt som möjligt. Här kan för övrigt jämföras med rättsfallet NJA 2004 s. 692, där den tidigare nämnda regeln i 30 kap. 3 § tillämpades på ett fall som den inte alls är avsedd för.

*Slutsats*

33. Slutsatsen blir att K-EH nu bör dömas särskilt till villkorlig dom och 100 dagsböter för samlag med avkomling.

---

---

---

I avgörandet har deltagit: justitieråden Gudmund Toijer, Lena Moore, Martin Borgeke (referent), Svante O. Johansson och Lars Edlund  
Föredragande justitiesekreterare: Anu Rintala