



Högsta domstolen  
Box 2066  
103 12 Stockholm

## Ang. Högsta domstolens mål B 1122-20

Till utvecklande av grunderna för mitt överklagande och skälen för prövningstillstånd vill jag anföra följande.

### Frågan i målet

Det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen prövar de subjektiva rekvisiten i förhållande till rekvisitet ”inte deltar frivilligt” när frivillighet är uteslutet på grund av sömn (6 kap. 1 § första stycket tredje meningen 2. brottsbalken).

### Bakgrund

Åklagaren yrkade att HY skulle dömas för våldtäkt då han genomfört ett samlag med målsäganden som inte deltog frivilligt. Enligt åtalet har HY otillbörligt utnyttjat att målsäganden på grund av sömn befann sig i en särskilt utsatt situation. I andra hand yrkades att HY skulle dömas för oaktsam våldtäkt genom att han, i samband med ovanstående gärning, varit grovt oaktsam i förhållande till att målsäganden inte deltog frivilligt i samlaget.

Tingsrätten dömde HY för våldtäkt och bestämde påföljden till fängelse i 2 år och 2 månader. Enligt tingsrätten, som fann att det var målsägandens berättelse som skulle ligga till grund för bedömningen, var det ställt utom rimligt tvivel att målsäganden sov och att HY insett detta när han genomförde samlaget med henne (insiktsuppsåt).

Åklagaren yrkade i hovrätten att HY skulle dömas till ett längre fängelsestraff än det tingsrätten bestämt. HY yrkade att han skulle frikännas.

Hovrätten fann att det är klarlagt att HY genomfört ett samlag med målsäganden som till följd av sömn inte deltog frivilligt. Enligt hovrätten är det objektivt sett således fråga om brott (våldtäkt).

Enligt hovrätten, som ogillade åtalet, var det dock inte visat att HY *insåg* att målsäganden sov (insiktsuppsåt). Inte heller att HY *insåg risken* för att målsäganden sov och inte deltog frivilligt och var *likgiltig* i förhållande till detta (likgiltighetsuppsåt). Då det enligt hovrätten inte var visat att HY insåg risken för att målsäganden sov och inte deltog frivilligt hade han enligt hovrätten heller inte varit grovt oaktsam i förhållande till denna gärningsomständighet (medveten oaktsamhet).

Som det får förstås ansågs hovrätten inte heller att omständigheterna är sådana att HY *borde ha insett* att målsäganden sov och inte deltog frivilligt i samlaget (omedveten oaktsamhet).

### Grunderna för min inställning

I 6 kap. 1 § första stycket brottsbalken stadgas bl.a. följande.

Den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, döms för *våldtäkt* till fängelse i lägst två år och högst sex år. Vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte ska det särskilt beaktas om frivillighet kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. En person kan aldrig anses delta frivilligt om

2. gärningsmannen otillbörligt utnyttjar att personen på grund av medvetlöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppskada, psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation (...).

Av 6 kap. 1 a § första stycket brottsbalken följer att den som begår en gärning som avses i 1 § och är grovt oaktsam beträffande omständigheten att den andra personen inte deltar frivilligt, döms för *oaktsam våldtäkt* till fängelse i högst fyra år.

6 kap. 1 och 1 a §§ brottsbalken i nu aktuella lydelse trädde ikraft den 1 juli 2018 (SFS 2018:618).

I kommentaren (Bäcklund m.fl., Brottsbalken. En kommentar [Nordstedts Juridik, Juno-versionen] 6 kap. 1 §) uttalas bl.a. följande.

Våldtäktsbrottet bygger inte på att någon med våld eller hot tilltvingat sig ett samlag e.d. eller på att någon genomför ett samlag e.d. genom att otillbörligt utnyttja att en person befinner sig i en särskilt utsatt situation. Avgörande är i stället att gärningsmannen med en person som inte deltar frivilligt genomför ett samlag eller en annan sexuell handling jämförlig därmed. Bestämmelsen bygger på tanken att varje individ ska ha rätt till sexuell integritet och sexuellt självbestämmande. Även den tidigare konstruktionen av våldtäktsbrottet utgick från rätten till sexuellt självbestämmande. Tanken var att den som inte tvingats med våld eller hot och heller inte utnyttjats i en särskilt utsatt situation själv kunde bestämma att avstå från oönskat sexuellt umgänge. Den nya brottskonstruktionen understryker varje individs självbestämmanderätt mera direkt. Den gäller alla individer, även de som fört ett mera utsvävande sexuellt liv och haft många partner.

I lagtexten används inte formuleringen att gärningsmannen genomfört ett samlag eller annan därmed jämförlig sexuell handling utan *samtycke*. Förklaringen är att man velat markera att man inte anknyter till begreppet samtycke i den mening begreppet har enligt 24:7 BrB. Man menar att

begreppet samtycke enligt 24:7 BrB inte fullt ut överensstämmer med den innebörd begreppet bör ha om det används i samband med sexualbrott (se om detta prop. 2017/18:177 s. 30 f.).

En person som *deltar frivilligt* i ett samlag eller annan sexuell handling har av fri vilja bestämt sig för att delta i någon form, mer eller mindre aktivt eller passivt. Frivilligheten är således kopplad till självbestämmanderätten. För att deltagandet ska vara frivilligt fordras inte att vederbörande styrts av något visst motiv, exempelvis att han eller hon sett fram emot en lustfylld upplevelse. Motivet kan vara uppgivet eller beräknande, såsom när någon låter sig övertalas av tjat, s.k. tjatsex, eller när någon valt att delta i förhoppningen att vinna karriärmässiga fördelar. I propositionen använder man formuleringen att det saknar betydelse om en person innerst inne har varit positiv eller negativ till sexuell samvaro (prop. 2017/18:177 s. 33). Men för att beslutet ska vara ett uttryck för någons fria vilja fordras att vederbörande inte är utsatt för tvång på det sätt som anges i paragrafens punkt 1, inte heller befinner sig i en särskilt utsatt situation på det sätt som anges i punkt 2 eller i en beroendeställning på det sätt som utvecklas under punkt 3. Med dessa reservationer (punkterna 1–3) kan alltså frivilligt deltagande föreligga även när vederbörande haft andra bevekelsegrunder än att han eller hon haft positiva förväntningar av den sexuella handlingen.

Vad menas omvänt med att en person *inte deltar frivilligt* i ett samlag eller annan sexuell handling? Härmed avses två saker: någon har inte av fri vilja bestämt sig för att delta i ett samlag eller annan sexuell handling (någon har inte sagt ja) respektive någon har av fri vilja bestämt sig för att inte delta i samlag eller annan sexuell handling (någon har sagt nej).

(...)

Frivilligheten testas *då den sexuella handlingen företas*. Ett uttalande i förväg av en person att han eller hon vill delta i en sexuell handling innebär inte att en senare genomförd sexuell handling ska anses vara frivillig (prop. 2017/18:177 s. 79). Det frivilliga deltagandet måste även föreligga under hela den sexuella handlingen. En person kan när som helst ångra sitt beslut att delta i en sexuell handling.

Sexualbrottskommittén föreslog att det i lagen skulle uppställas ett krav på att frivilligheten måste komma till uttryck i ord eller handling för att ett deltagande skulle anses frivilligt (SOU 2016:60 s. 196 ff.). En annan ordning skulle kunna ge grogrund för fördomar om att en passiv person egentligen vill delta i en sexuell handling eller att bara ett nej betyder nej. Samtidigt innebar förslaget en plikt för gärningsmannen att avläsa motpartens budskap i ord eller handling. I propositionen tog man dock avstånd från uppfattningen att frivilligheten måste komma till uttryck i ord eller handling, bl.a. med motiveringen att den skulle få till följd att det var straffbelagt att genomföra en sexuell handling med någon som i och för sig

deltar frivilligt men som inte ger uttryck för frivilligheten (prop. 2017/18:177 s. 31 ff. och 80).

Resultatet blev att det vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte enligt lagtexten särskilt ska beaktas om frivillighet har kommit till uttryck *genom ord eller handling eller på annat sätt*. Tillägget “eller på annat sätt” innebär att det inte uppställs något absolut krav på att frivilligheten kommunicerats med hjälp av ord eller handling.

Utgångspunkten är att den som deltar frivilligt i en sexuell handling ger uttryck för sitt val att delta på något sätt och att avsaknaden av sådana uttryck normalt får förstås som att deltagandet inte är frivilligt. Den som utför en sexuell handling mot någon annan person har ett ansvar för att förvissa sig om att den andra personen vill delta. Förhåller sig denna passiv eller ger dubbeltydiga signaler, får motparten ta reda på om den andra vill delta (prop. 2017/18:177 s. 34). Detta krav gäller inte bara vid det inledande skeendet utan kvarstår under hela tiden som det sexuella umgänget består.

(...)

#### *Otillbörligt utnyttjande av någon i en särskilt utsatt situation*

Ett uttryckt val att delta i en sexuell handling är inte frivilligt om personen i fråga inte är kapabel att ge uttryck för sin egen vilja på grund av att han eller hon befunnit sig i en särskilt utsatt situation. Mot denna bakgrund stadgas i punkt 2 av första stycket att en person aldrig kan anses delta frivilligt om gärningsmannen otillbörligt utnyttjar att personen på grund av medvetlöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada, psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation. Det får till följd att den tidigare kriminaliseringen av våldtäkt i 6:1 andra stycket BrB består, om än på en annan grund.

(...)

I kommentaren till 6 kap. 1 a § uttalas bl.a. följande (a.a.)

Skuldrekvisitet är blandat i den meningen att oaktsamhetsansvaret gäller beträffande omständigheten att den andra personen inte deltar frivilligt, medan det i övrigt krävs uppsåt av gärningsmannen.

Grov oaktsamhet föreligger i regel i de fall gärningsmannen varit medvetet oaktsam. Vid *medveten oaktsamhet* har gärningsmannen misstänkt eller anat att motparten inte deltar frivilligt men har inte ställt sig likgiltig till att så verkligen varit fallet, utan har hoppats på motsatsen. Gärningsmannen uppfyller därmed inte ett likgiltighetsuppsåt eftersom det brister i likgiltighetsuppsåtets andra led. Det är inte uteslutet att beteckna även mera påtagliga fall av omedveten oaktsamhet som grov när oaktsamheten framstår som klart klandervärd (prop. 2017/18:177 s. 85). Vid *omedveten oaktsamhet* har gärningsmannen varken insett eller misstänkt att motparten

inte deltar frivilligt men borde ha förstått att så var fallet. Kravet på oaktsamhet är uppfyllt om det rimligen kunnat begäras av gärningsmannen att han eller hon hade tagit reda på hur det stod till med motpartens fria vilja att delta, t.ex. genom att tänka efter eller fråga. Gärningsmannen har inte bemödat sig om att kontrollera de närmare förhållandena, trots att det funnits starka skäl att göra det. Se ovan under 1:2 BrB under rubriken Begreppet oaktsamhet.

Oaktsam våldtäkt är ett sekundärbrott underordnat det uppsåtliga våldtäktsbrottet. Det betyder att oaktsam våldtäkt inte av bekvämlighet ska tillämpas, när en uppsåtsbedömning skulle utfalla positivt. Om en person betar sig på ett sätt som indikerar att han eller hon är så kraftigt berusad att han eller hon befinner sig i en särskilt utsatt situation, räcker det för uppsåtsbedömningen att gärningsmannen inser, alternativt uppfyller ett likgiltighetsuppsåt i förhållande till denna omständighet, att så är fallet för att uppsåtskravet ska vara uppfyllt även i förhållande till den omständigheten att motparten befann sig i en särskilt utsatt situation. Avgörande är inte gärningsmannens egen uppfattning om vad som menas med en särskilt utsatt situation eller ett otillbörligt utnyttjande. Tillräckligt är att uppsåtet täcker underlaget för bedömningen. Jämför prop. 2017/18:177 s. 85.

I kommentaren till 1 kap. 2 § brottsbalken under rubriken Begreppet oaktsamhet uttalas bl.a. följande (a.a.)

Vid *omedveten culpa* har gärningsmannen varken insett eller misstänkt att han är på väg att utföra en gärning av ett visst slag, men man anser att han *borde ha* förstått att så var fallet. Det handlar ofta om åsidosättande av en undersöknings- eller kontrollplikt. Då ska man först besvara frågan vad han kunde ha gjort för att komma till insikt eller misstanke. Samtidigt måste man fråga sig om detta är något som rimligen kunde begäras av gärningsmannen med tanke på hans speciella förutsättningar, t.ex. vad gäller förmågor, erfarenheter och kunskaper. Därefter prövar man om det skulle ha hjälpt, dvs. om gärningsmannen skulle ha kommit till insikt eller misstanke, om han hade gjort vad han borde ha gjort. Hade det inte hjälpt, är kraven på oaktsamhet inte uppfyllda.

### *Min bedömning*

Lika med domstolarna är det min uppfattning att det är målsägandens berättelse som ska ligga till grund för prövningen av åtalet. Genom hennes berättelse är det klarlagt att hon låg och sov, att hon vaknade av smärta i underlivet på grund av att HY hade samlag med henne, att samlaget avbröts först då hon handgripligen knuffade undan honom och att han då bad om ursäkt och sa att hon sagt att det var okej.

Jag instämmer således i domstolarnas bedömning att det är klarlagt att HY genomförde ett samlag med målsäganden som inte deltog frivilligt eftersom hon sov. Att det varit fråga om ett otillbörligt utnyttjande av målsägandens särskilt utsatta situation kan det inte råda någon tvekan om. Objektivt sett är det således fråga om våldtäkt.

I frågan om även de subjektiva rekvisiten är uppfyllda uttalar hovrätten i sina domskäl följande (hovrättens dom s.5 f.).

För att HY ska dömas för våldtäkt krävs emellertid även att han har haft uppsåt till omständigheten att målsäganden sov och således inte deltog frivilligt i samlaget. Det innebär i det här fallet att det ska vara ställt utom rimligt tvivel att HY antingen har förstått att målsäganden inte deltog frivilligt, eller att han har insett risken för att målsäganden inte deltog frivilligt och varit likgiltig inför det på så sätt att insikten om att målsäganden inte deltog frivilligt inte skulle ha avhållit honom från samlaget. Det avgörande för bedömningen är HYs faktiska inställning vid tidpunkten för gärningen. Prövningen ska göras med utgångspunkt i de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet. (Se t.ex. rättsfallet NJA 2019 s. 668.)

Av såväl HYs som målsägandens uppgifter framgår att de bara var ytligt bekanta med varandra och att de inte hade någon närmare kontakt under kvällen. Det står också klart att HY lade sig bredvid målsäganden i soffan efter att hon hade sagt god natt och somnat. Omständigheterna var således sådana att HY i det skedet inte hade någon anledning att tro att målsäganden ville ha samlag med honom. Med hänsyn till att målsäganden vaknade under tiden som samlaget pågick ligger det också nära till hands att anta att HY måste ha insett att målsäganden sov.

Målsäganden har emellertid berättat att HY direkt efter att hon vaknat och knuffat bort honom bad om ursäkt och sa att hon hade sagt att det var okej. Det framstår som osannolikt att HY spontant skulle ha uttalat sig på detta sätt om han hade varit medveten om att målsäganden sov. Uppgiften talar i stället för att HY, såsom han själv berättat, hade frågat målsäganden om hon tyckte att det var okej att ha sex och uppfattat att han fått ett jakande svar. Den övriga utredningen i målet ger ingen ledning kring vad målsäganden kan ha förmedlat och hur HY kan ha uppfattat det. Mot denna bakgrund är det enligt hovrättens bedömning inte ställt utom rimligt tvivel att HY har förstått eller insett risken för att målsäganden sov och inte deltog frivilligt i samlaget. HY ska således inte dömas för våldtäkt.

Åklagaren har i andra hand gjort gällande att HY ska dömas för oaktsam våldtäkt. För att dömas för oaktsam våldtäkt krävs att HY har varit grovt oaktsam i förhållande till omständigheten att målsäganden inte deltog frivilligt. Grov oaktsamhet bör normalt anses föreligga när gärningsmannen har insett att det fanns en risk för att målsäganden inte deltog frivilligt. Som hovrätten konstaterat är det inte bevisat att HY har insett att det fanns en sådan risk. Det som framkommit genom utredningen är inte heller tillräckligt för att dra slutsatsen att HY varit grovt oaktsam. HY ska således inte heller dömas för oaktsam våldtäkt.

Jag instämmer inte i hovrättens bedömning i dessa delar och vill därvid anföra följande.

Utgångspunkten är enligt hovrätten att målsäganden sov och därmed inte deltog frivilligt i samlaget. Det bör framhållas att det inte är särskilt svårt att konstatera att en människa sover. Sovande människor är typiskt sett lealösa och oförmögna att svara på frågor. Jag gör därför i första hand gällande att det är bevisat att HY insåg att målsäganden sov när han genomförde samlaget (insiktsuppsåt).

I andra hand gör jag gällande att HY i vart fall insett risken för att målsäganden sov. Jag vill därvid framhålla följande.

HY och målsäganden var endast ytligt bekanta och det hade aldrig tidigare förekommit något sexuellt dem emellan. Inte heller hade det under kvällen/natten förekommit något dem emellan som kunde ha invagat HY i föreställningen om att målsäganden hade något som helst intresse av en närmare kontakt med honom. Tvärtom hade målsäganden sagt god natt och lagt sig ensam för att sova i en soffa i ett angränsande rum. Först en stund därefter lägger sig HY bredvid målsäganden i soffan där hon, även enligt hans egna uppgifter, ligger och sover. Det måste under sådana omständigheter ställas mycket höga krav på att den som genomför samlag eller sexuella handlingar verkligen förvisar sig om att den andra parten för det första är vaken och även i övrigt deltar frivilligt (prop. 2017/18:177 s. 34).

Hovrätten har lagt avgörande vikt vid målsägandens uppgifter om att HY, direkt efter att hon knuffat undan honom, bad om ursäkt och sa att hon sagt att det var okej. Enligt hovrätten är det osannolikt att HY spontant skulle ha uttryckt sig på det sättet om han förstått eller insett risken för att målsäganden sov. Jag delar inte den bedömningen. En mer rimlig förklaring till agerandet är att HY, som var tagen på bar gärning, försökte släta över sitt handlande och på så sätt komma ur situationen.

Mot bakgrund av de rådande omständigheterna samt vad HY kände till om målsäganden, måste han ha insett risken för att målsäganden sov och därmed inte deltog frivilligt i samlaget (medvetet risktagande).

I fråga om HY förhållit sig likgiltig inför omständigheten att målsäganden sov (likgiltighetsuppsåt) bör beaktas att samlaget avbröts först sedan målsäganden uttryckte smärta och handgripligen knuffade undan honom, vilket talar starkt för att misstanken om att målsäganden sov inte avhöll honom från att ändå genomföra samlaget (jfr NJA 2019 s. 668 p. 41).

Eftersom HY genomförde samlaget trots att han insåg risken för att målsäganden sov har han i vart fall varit grovt oaktsam i förhållande till denna omständighet. Det har varit fråga om ett medvetet risktagande av allvarligt slag och gärningen kan heller inte anses mindre allvarlig (jfr NJA 2019 s. 668 p. 43-45).

Sammanfattningsvis är det min uppfattning att HY i första hand ska dömas för våldtäkt, i andra hand för oaktsam våldtäkt. Påföljden ska under alla förhållanden bestämmas till fängelse.

### **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 (Peter Fitger, Rättegångsbalken, s. 54:26).

Den 1 juli 2018 genomgick sexualbrottslagstiftningen radikala förändringar genom att det numera för våldtäkt är tillräckligt att det slås fast att samlag eller handlingar jämförliga med samlag genomförts med någon som inte deltagit frivilligt, samt att det också införts ett nytt subjektivt rekvisit, nämligen grov oaktsamhet och att domstolen alltså numera kan döma för oaktsam våldtäkt.

Eftersom det rör sig om en helt ny lagstiftning är det generellt sett av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen prövar de olika gränsdragningsfrågor som kan uppkomma vid domstolarnas tillämpning av den nya lagstiftningen.

Högsta domstolen har i NJA 2019 s. 668 prövat ett åtal för våldtäkt enligt den nya lagstiftningen när det gällde en person som inte deltog frivilligt och därvid hade förhållit sig passiv under samlaget. Förevarande mål illustrerar dock en helt annan situation som dessutom torde vara relativt vanligt förekommande, nämligen att personer som deltar i en efterfest hamnar i samma säng och där det råder stor risk för att sexuella handlingar förekommer i avsaknad av frivillighet t.ex. på grund av sömn. Det ska därvid också framhållas att tings- och hovrätten i detta mål kommit till diametralt olika slut på samma underlag trots att domstolarna är överens om vad som objektivt sett är bevisat i målet.

Införandet av nu gällande sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet syftar till att tydliggöra att varje människa har en ovillkorlig rätt till personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande (prop.2017/18:177 s. 1). Som framgår av förarbetena har lagstiftaren därför ansett att höga krav måste ställas på att den som genomför sexuella handlingar med någon som är passiv eller ger dubbeltydiga signaler verkligen förvissat sig om att den andre deltar frivilligt (a. prop. s. 34). Kravet kan knappast ställas lägre när det gäller att förvissa sig om något så grundläggande som att den andra personen faktiskt är vaken, vilket hovrättens resonemang i detta mål tyder på.

Det är enligt min uppfattning således av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen uttalar sig angående prövningen av de subjektiva rekvisiten i förhållande till när frivilligt deltagande är uteslutet på grund av sömn.



**Bevisning m.m.**

Jag åberopar samma bevisning som åklagaren åberopade i hovrätten. Den muntliga bevisningen åberopas genom uppspelning av ljud- och bildfilerna av förhören vid tingsrätten.

Målet bör avgöras efter huvudförhandling till vilken den tilltalade bör kallas att inställa sig personligen.

Petra Lundh

My Hedström

Kopia till:

Utvecklingscentrum  
Södra Skånes åklagarkammare  
Kammaråklagarna Lina Wiktor och Mathias Larsson