



Högsta domstolen
Box 2066
103 12 Stockholm

Överklagande av en hovrättsdom – våldtäkt m.m.

Klagande

Riksåklagaren
Box 5553
114 85 Stockholm

Motpart

PJ

Offentlig försvarare: Advokaten Erik Kulle
Advokatfirman Tiberg & Co AB
Köpmansgatan 23
302 42 Halmstad

Ombud: Advokaten Stellan Elmgren
Samma adress som offentlige försvararen

Överklagat avgörande

Hovrättens för Västra Sverige dom den 17 november 2020 i mål B 2279-20

Yrkande

Jag yrkar att Högsta domstolen ska döma PJ för våldtäkt enligt 6 kap. 1 § första stycket första meningen och tredje meningen andra punkten eller, i andra hand, för oaktsam våldtäkt enligt 6 kap. 1 a § brottsbalken till fängelse.

Frågan i målet

De frågor som jag bedömer är av intresse ur prejudikatsynpunkt är om PJ ska fällas till ansvar för våldtäkt alternativt, i andra hand, oaktsam våldtäkt och vilken påföljd som i så fall ska dömas ut. Av särskild vikt för ledning av rättstillämpningen är frågan var den närmare gränsen går för vad som ska anses som uppsåtligt respektive grovt oaktsamt i frågan om frånvaron av frivillighet till sexuella handlingar jämförbara med samlag.

Bakgrund

Åtalet

PJ åtalades för våldtäkt enligt 6 kap. 1 § första stycket första meningen och tredje meningen andra punkten brottsbalken och, i andra hand, för oaktsam våldtäkt enligt 6 kap. 1 a § brottsbalken, enligt följande.

[PJ] har, med målsäganden som inte deltagit frivilligt, genomfört en sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag. Han har därvid fört in sin hand innanför målsägandens trosor och därefter sina fingrar i målsägandens underliv.

[PJ] utnyttjade otillbörligt att målsäganden på grund av sömn befann sig i en särskilt utsatt situation.

[PJ] begick gärningen med uppsåt.

Det hände den 20 januari 2019 på Erik Olsons gata, Halmstad, Halmstads kommun.

[PJ] har i vart fall begått gärningen ovan och varit grovt oaktsam beträffande omständigheten att målsäganden inte deltagit frivilligt.

Tingsrätten

Tingsrätten dömde PJ för våldtäkt enligt åtalet till fängelse i två år.

Tingsrätten fann i sina domskäl att det var utrett att PJ fört in sina fingrar i målsägandens underliv och att detta var en sådan sexuell handling som omfattas av bestämmelsen om våldtäkt. Tingsrätten fann vidare att det var ställt utom rimligt tvivel att målsäganden inte deltagit frivilligt på grund av att hon sov. I frågan om PJ haft uppsåt till att målsäganden inte deltog frivilligt angav tingsrätten bl.a. följande.

[PJ] har berättat att de inte sade någonting till varandra, att målsäganden i princip var helt passiv under den sexuella handlingen men att hon kort dessförinnan rullat över från att ligga på sidan vänd från honom till ryggläge, att hon särade lite på benen och att hon stönade. Han har även uppgett att han inte tittade på målsägandens ansikte eller försäkrade sig muntligen om att hon var vaken och ville delta i den sexuella handlingen men att han trodde att målsäganden var vaken eftersom hon rullade över på rygg och stönade. Enligt tingsrättens mening ger inte [PJ:s] uppgifter stöd för annat än att han agerade i osäkerhet om hur situationen skulle förstås.

[PJ] har berättat att det var han som frivilligt tog ut fingrarna ur målsägandens underliv efter att ha haft dem där några minuter och att målsägande då bara reste sig och gick. Målsäganden har å andra sidan berättat att det var hon som tog ut [PJ:s] fingrar men att han inte gjorde motstånd när hon gjorde det. Tingsrätten anser att målsägandens uppgifter i denna del får ett sådant stöd av vad framförallt vittnet [CC] berättat om målsägandens reaktion och vad hon berättat för honom – vilket skedde i direkt anslutning till själva händelsen – samt det meddelande som [PJ] skickade till målsägande samma morgon eller förmiddag att det inte finns kvarstående tvivel till att [PJ] var likgiltig för att målsäganden inte deltog frivilligt på grund av sömn. Det är således ställt utom rimligt tvivel att [PJ] uppfattat att risken var avsevärd för att målsäganden sov när han förde in sina fingrar i hennes underliv. Kravet på uppsåt är därmed uppfyllt. Omständigheterna är inte sådana att gärningen är mindre allvarlig. [PJ] ska därför fällas till ansvar för våldtäkt.

I påföljdsfrågan konstaterade tingsrätten att ingen annan påföljd än fängelse kunde komma i fråga mot bakgrund av straffvärdet och att det är fråga om ett allvarligt sexualbrott.

Hovrätten

Hovrätten upphävde tingsrättens dom och frikände PJ.

I likhet med vad tingsrätten hade kommit fram till fann hovrätten att det stod klart att PJ hade fört in sina fingrar i målsägandens underliv och att detta är en sexuell handling som är jämförlig med samlag.

Hovrätten fann det vidare genom målsägandens uppgifter och övrig bevisning visat att målsäganden ”i vart fall inte var helt vaken när PJ förde in sina fingrar i henne utan att hon vaknade fullständigt först i samband med att han gjorde det”. Hovrätten konstaterade i det sammanhanget att PJ hade uppgett att han uppfattade att målsäganden var vaken innan han förde in fingrarna och att detta framgick genom att de lekte med varandras händer, att målsäganden förde hans hand till sitt bröst samt att hon lade sig på rygg och stönade när han smekte hennes underliv.

Hovrätten har härefter anfört följande.

För att [PJ] ska hållas straffrättsligt ansvarig krävs att han hade uppsåt till att målsäganden sov eller annars inte deltog frivilligt när han förde in fingrarna i henne, eller att han i vart fall var grovt oaktsam i förhållande till dessa omständigheter.

Det är enligt hovrättens mening fullt tänkbart att målsäganden i sömnen och under uppvaknandet agerade så som [PJ] berättat. Något annat är i vart fall inte bevisat. Med tanke på hur situationen därmed tedde sig för [PJ] är det inte visat att han insåg att målsäganden sov eller annars inte samtyckte till hans handlande. Inte heller kan det anses utrett att han insåg eller misstänkte att det fanns en risk att hon sov eller annars inte samtyckte. Omständigheterna var inte heller sådana att han borde ha anat att det kunde vara så. Därmed finns inte sådan subjektiv täckning som krävs för att han ska kunna dömas vare sig för våldtäkt eller oaktsam våldtäkt.

Det som nu har sagts innebär att åtalet ska ogillas. Tingsrättens dom ska ändras på det sättet.

En nämndeman var skiljaktig och ansåg det klarlagt att målsäganden var vaken när PJ förde in fingrarna i henne. Ledamoten anslöt sig i övrigt till majoritetens skäl och ogillade åtalet.

Grunden för mitt överklagande

Rättslig reglering

Straffbestämmelsen om våldtäkt och frivillighetsrekvisitet

För *våldtäkt* döms enligt 6 kap. 1 § brottsbalken den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför ett samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag. Straffet är 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 har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. En person kan aldrig anses delta frivilligt om vissa omständigheter som anges särskilt i bestämmelsen föreligger. Bland dessa omständigheter som utesluter frivillighet är att 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 (6 kap. 1 § första stycket tredje meningen andra punkten brottsbalken).

Att det i straffbestämmelsens tredje mening anges vissa omständigheter – t.ex. omständigheten att gärningsmannen otillbörligt utnyttjar att personen på grund av medvetlöshet eller sömn (andra punkten) – som innebär att ett deltagande aldrig kan anses frivilligt bedömdes i förarbetena leda till att den nya lagstiftningen skulle få ett klart och tydligt innehåll. När dessa angivna omständigheter inte föreligger får man, sades det, pröva om deltagandet var frivilligt i enlighet med första meningen i straffbestämmelsen. (A. prop. s. 37 f.)

För att en person ska kunna dömas för våldtäkt krävs uppsåt.

Straffbestämmelsen om våldtäkt i dess nuvarande form infördes år 2018 (prop. 2017/18:177). Flera lagändringar genomfördes då samtidigt i syfte att åstadkomma en ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet.

Som skäl för reformen om en sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet angavs i förarbetena att en modern sexualbrottslagstiftning tydligt bör ge uttryck för att en sexuell handling mot någon som inte deltar frivilligt innebär en kränkning av den personens ovillkorliga rätt till personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande. En sexualbrottslagstiftning som tar sin utgångspunkt i om samtycke föreligger stämmer därför enligt motiven bättre överens med den allmänna uppfattningen om sexuellt självbestämmande och bedömdes innebära ett naturligt steg för att åstadkomma ett heltäckande och tydligt straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp. En sådan reglering, som angavs klart vara att föredra framför en reglering som bygger på användande av något medel eller utnyttjande av vissa omständigheter, borde enligt förarbetena därför införas. (A. prop. s. 22 f.)

Att bristande frivillighet är gränsen för straffansvar innebär att olika typer av uttryck för frivilligheten får central betydelse för bedömningen av frivilligheten, liksom för bedömningen av gärningsmannens uppsåt. Frågor som rör vad hos målsägandens agerande som gjorde att gärningsmannen uppfattade att det fanns ett samtycke, blir då av avgörande betydelse. Utgångspunkten måste vara att den som utför en sexuell handling mot någon annan person har ett ansvar för att förvissa sig om att den andra personen vill delta. Det är en följd av att en sexuell handling mot någons vilja är ett intrång i en mycket integritetsnära sfär och en kränkning av den utsattes självbestämmande inom ett område som är centralt för vår uppfattning om vår värdighet som person (jfr Petter Asp, Sex och samtycke

s. 51). Om en person vill ha sexuellt umgänge med någon som förhåller sig passiv eller ger dubbeltydiga signaler får han eller hon således ta reda på om den andra personen vill. Ett sådant krav på den som utför en sexuell handling med en annan person gäller inte bara vid det inledande skeendet utan kvarstår under hela tiden som det sexuella umgänget består. (A. prop. s. 34.)

Bedömningen av om en målsägande har deltagit frivilligt eller inte ska grundas på situationen i dess helhet. Det avgörande är om personen har haft möjlighet att fritt ta ställning till om han eller hon ska delta i den sexuella handlingen. Frivilligheten måste alltså föreligga då den sexuella handlingen företas. Det förhållandet att en person i förväg angett att han eller hon vill delta i en sexuell handling innebär inte att en senare genomförd sexuell handling ska anses vara frivillig. Det frivilliga deltagandet måste även föreligga under hela den sexuella handlingen. (A. prop. s. 78.)

Straffansvar inträder inte bara om gärningsmannen själv initierat den sexuella handlingen utan också då målsäganden varit initiativtagare till handlingen (se prop. 2004/05:45 s. 136, 143 och 145), vilket främst får betydelse för bl.a. utnyttjandefallet i tredje meningen andra punkten i paragrafen. (A. prop. s. 79.)

Frivillighetsrekvisitet tar sikte på det faktiska deltagandet och inte personens inre inställning. Det innebär att bedömningen av om deltagandet har varit frivilligt görs utifrån personens agerande eller uttryck. Lagen uppställer inte något krav på att det frivilliga deltagandet ska manifesteras på något sätt men det ska enligt straffbestämmelsen särskilt beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. Med annat sätt avses t.ex. kroppsspråk eller minspel. Utgångspunkten är att den som deltar frivilligt i en sexuell handling ger uttryck för sin vilja att delta på något sätt och att avsaknaden av sådana uttryck normalt får förstås som att deltagandet inte är frivilligt. I undantagsfall kan emellertid ett tyst samtycke till sexuell samvaro vara tillräckligt. Ett tyst samtycke kan alltså innebära att deltagandet är frivilligt men om saken kommer under rättslig prövning och frivilligheten förnekas av målsäganden, får dock krävas att det finns något som tyder på att samtycke förelagat. Det kan finnas flera anledningar till att en person, som inte vill delta, inte säger nej eller på något annat sätt visar sin motvilja till den sexuella handlingen. Personen kan t.ex. vara rädd, sjuk, trött eller påverkad av alkohol eller droger. Att bemöta ett sexuellt övergrepp med passivitet kan vara en försvarsstrategi för att undvika att en situation utvecklas till att bli våldsam. Är omständigheterna sådana att den utsatta personen befinner sig i en särskilt utsatt situation och därför inte är kapabel att ge uttryck för sin egen vilja föreligger en sådan situation som även omfattas av tredje meningen andra punkten i bestämmelsen. Under sådana omständigheter kan en person aldrig anses delta frivilligt. (A. prop. 79 f.)

Straffbestämmelsen om oaktsam våldtäkt

Enligt 6 kap. 1 a § brottsbalken döms den som begår en gärning som avses i 6 kap. 1 § brottsbalken och är grovt oaktsam beträffande omständigheten att den andra personen inte deltar frivilligt för *oaktsam våldtäkt* till fängelse i högst fyra år. Om gärningen med hänsyn till omständigheterna är mindre allvarlig, ska det inte dömas till ansvar.

Straffbestämmelsen om oaktsam våldtäkt var en del av reformen år 2018. Inför det att straffbestämmelsen infördes uttalade regeringen i fråga om behovet av ett straffrättsligt oaktsamhetsansvar att sexuella övergrepp är en allvarlig typ av brottslighet och även oaktsamma gärningar framstår som straffvärda. Också sådana beteenden kan, sades det, orsaka påtaglig skada i form av framför allt psykiskt lidande för den som utsätts eller fara för sådan skada. De skador som brottsoffret drabbas av konstaterades vara oberoende av om gärningen genomförs uppsåtligen eller av oaktsamhet. En kriminalisering av oaktsamhet bedömdes också ha betydelse i praktiken för att motverka av samhället icke önskvärda beteenden. (Prop. 2017/18:177 s. 23.)

I förarbetena angavs bl.a. följande om oaktsamhetskravet (a. prop. s. 84 f.).

För straffansvar förutsätts objektivt att det är fråga om en gärning som avses i 1 §. Det innebär att gärningsmannen ska ha genomfört ett samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, med en person som inte deltagit frivilligt. I subjektivt hänseende krävs det beträffande omständigheten att den andra personen inte deltar frivilligt endast grov oaktsamhet. I övrigt fordras uppsåt.

Kravet på grov oaktsamhet innebär att ansvaret är avsett att träffa sådana gärningar som, trots frånvaron av uppsåt, är påtagligt straffvärda. Det ska alltså vara fråga om en kvalificerad oaktsamhet. Bedömningen ska ta sin utgångspunkt i vad som är styrkt om gärningen och omständigheterna runt densamma.

Grov oaktsamhet bör regelmässigt anses föreligga i de fall gärningsmannen är medvetet oaktsam, dvs. när gärningsmannen faktiskt misstänker att den andra personen inte deltar frivilligt men ändå genomför den sexuella handlingen. Bedömningen av medveten oaktsamhet motsvarar första ledet i prövningen av det s.k. likgiltighetsuppsåtet. Det innebär att kravet på grov oaktsamhet är uppfyllt i de fall en prövning av likgiltighetsuppsåtet utfaller negativt endast på grund av att det brister i likgiltighetsuppsåtets andra led, dvs. när gärningsmannen är likgiltig till risken för att deltagandet inte är frivilligt men inte till att så verkligen är fallet.

Det är inte uteslutet att beteckna även en omedveten oaktsamhet som grov. Även mer påtagliga fall när gärningsmannen inte misstänker, alltså inte inser risken för, att deltagandet är ofrivilligt, men borde ha gjort det omfattas därför av straffansvar. I dessa fall krävs för ansvar att det finns något som personen kunde ha gjort för att komma till insikt och att det också är något som denne verkligen borde ha gjort. Ofta är det som personen kan göra för att komma till insikt något ganska enkelt, som att fråga eller tänka efter. Vad som bör göras beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Skyldigheten att vidta någon åtgärd ökar ju tydligare tecken det finns hos den andra personen på att deltagandet inte är frivilligt. Om en person t.ex. betar sig på ett sätt som indikerar att denne är mycket berusad är det en omständighet som talar för att gärningsmannen borde inse att personen befinner sig i en särskilt utsatt situation och därmed inte kan anses delta frivilligt. Omedveten oaktsamhet skulle alltså kunna bedömas som grov om gärningsmannen inte har bemödat sig om att t.ex. kontrollera de närmare förhållandena, trots att det funnits starka skäl att

göra det. Regleringen avser inte att träffa varje fall där det i efterhand går att säga att det kan ha funnits anledning att vidta ytterligare åtgärder för att komma till insikt. Det fordras att oaktsamheten i det enskilda fallet framstår som klart klandervärd.

Vid bedömningen av om gärningen med hänsyn till omständigheterna är mindre allvarlig ska hänsyn tas till samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Skulle förfarandet, om det förelegat uppsåt i förhållande till att den andra personen inte deltar frivilligt, varit att bedöma enligt den lindrigaste graden av brottet bör ansvar normalt inte komma i fråga vid grov oaktsamhet. (A. prop. s. 85.)

Vid överväganden om straffskalan för oaktsam våldtäkt anfördes att ett grovt oaktsamt brott normalt sett inte är lika straffvärt som ett uppsåtligt brott. Straffet för oaktsam våldtäkt bör därför, sades det, vara lägre än för motsvarande uppsåtliga brott. Den föreslagna straffskalan, fängelse i högst fyra år, bedömdes vara tillräckligt vid för att rymma gärningar av varierande slag och svårhetsgrad och bedöms även i övrigt som ändamålsenligt utformad utifrån minimi- och maximistraffen. En sådan straffskala, som kommer att överensstämma med den för våldtäkt som är att anse som mindre grov, bedömdes därför som lämplig. (A. prop. s. 63.)

Vid straffvärdebedömningen för oaktsam våldtäkt ska hänsyn tas både till graden av oaktsamhet hos gärningsmannen och till vilken sexuell handling det är fråga om. En gärning som innefattar medveten oaktsamhet är mer straffvärd än om den utförs med en lägre nivå av oaktsamhet. På samma sätt påverkas straffvärdet av den grad av kränkning som den sexuella handlingen innebär för brottsoffret. (A. prop. s. 85.)

Rättsfall

NJA 2019 s. 668 ”Övernattningen”.

Målet i HD gällde frågorna om den tilltalade skulle fällas till ansvar för våldtäkt, alternativt oaktsam våldtäkt, och vilken påföljd som skulle dömas ut.

HD fann att en värdering av riksåklagarens och målsägandens bevisning, sedd för sig, ledde till slutsatsen att beviskravet var uppfyllt beträffande den omständigheten att målsäganden inte hade deltagit frivilligt: De brister som fanns i den tilltalades utsaga i denna del gjorde enligt HD att den inte på något avgörande sätt påverkar den värdering som gjorts av den angivna bevisningen om den faktiska situationen. HD fann det ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade hade genomfört ett samlag och fört in fingrar i målsägandens underliv utan att hon hade deltagit frivilligt i de sexuella handlingarna.

I frågan om subjektiv täckning av frånvaron av frivillighet fann HD att det inte var visat att den tilltalade visste eller förstod att målsäganden inte ville ha något sexuellt umgänge med honom. Han hade själv sagt att han trodde att hon var med på att delta i de sexuella handlingarna. Hans förklaring till att han trodde detta var bl.a. att hon rullat emot honom och att han uppfattat detta som ett tecken på att hon kunde vara intresserad av sexuellt umgänge, men också att hon lät honom fortsätta när han rörde vid henne och att han uppfattade det som om hon hjälpte till att ta av trosorna. Hans uppgifter om hur han uppfattade situationen var enligt HD inte motbevisade, även om de i vissa delar inte överensstämde med målsägandens berättelse om det faktiska händelseförloppet. Han hade, sade HD, samtidigt gett uttryck för att hon var passiv och att han, när hon vände sig mot honom, var osäker på om hon sov. Hans uppgifter gav därför inte stöd för annat än att han agerade i osäkerhet om hur situationen skulle förstås. Den tilltalade hade vidare

berättat att han avbröt samlaget när målsäganden drog sig nedåt i sängen, eftersom han då fick intryck av att hon inte längre ville delta. Även om hans uppgifter om det faktiska händelseförloppet i denna del delvis stred mot vad målsäganden berättat, kunde enligt HD hennes berättelse inte anses vederlägga vad den tilltalade sagt om skälet till att han avbröt samlaget.

Mot bakgrund av det anförda var det enligt HD bevisat att den tilltalade också efter det initiala skedet insåg risken för att målsäganden inte deltog frivilligt. Med hänsyn tagen främst till hans uppgifter om att han avbröt samlaget när han märkte att det inte kändes bra, fanns det emellertid kvarstående tvivel kring huruvida den tilltalade vid gärningstillfället varit likgiltig inför att målsäganden inte deltog frivilligt på det sätt som förutsätts för uppsåt. Kravet på uppsåt var alltså inte uppfyllt enligt HD.

Vid prövning av frågan om den tilltalade varit grovt oaktsam på det sätt som förutsätts för straffansvar anförde HD att det av vad som redan sagts hade framgått att han hade insett risken för att målsäganden inte frivilligt deltog i de sexuella handlingarna. Denna insikt hade enligt HD bestått när han genomfört dessa. Han har alltså varit medvetet oaktsam i förhållande till att målsäganden inte deltog frivilligt.

HD konstaterade därefter att medveten oaktsamhet i regel är att anse som grov. I detta fall var det enligt HD inte fråga om någon undantagssituation där den medvetna oaktsamheten inte var att bedöma som grov. Tvärtom hade det enligt HD varit ett medvetet risktagande av allvarligt slag.

Omständigheterna var vidare inte sådana att gärningen var mindre allvarlig. Den tilltalades fälldes därför till ansvar för oaktsam våldtäkt.

I påföljdsfrågan angav HD vidare bl.a. följande (hänvisningarna avser prop. 2017/18:177).

Straffet för oaktsam våldtäkt är fängelse i högst fyra år. Frågan är då vilket straffvärde det aktuella brottet har.

Utgångspunkten är att oaktsamma gärningar har ett lägre straffvärde än motsvarande uppsåtliga brott, vilket också kommer till uttryck i straffskalorna för de aktuella brotten. Vid straffvärdebedömningen ska hänsyn tas både till graden av oaktsamhet hos gärningsmannen och till vilken sexuell handling det är frågan om. En gärning som innefattar medveten oaktsamhet är i regel mer straffvärd än om den utförs med en lägre nivå av oaktsamhet. (Se a. prop. s. 85.)

Straffskalan för oaktsam våldtäkt överensstämmer med straffskalan för ett våldtäktsbrott som med hänsyn till omständigheterna vid brottet är att anse som mindre grovt. Det kan i sammanhanget noteras att undantag från straffansvar vid grovt oaktsamma gärningar görs i de fall då gärningen med hänsyn till omständigheterna är mindre allvarlig. Skulle ett oaktsamt förfarande, om det förelegat uppsåt i förhållande till att den andra personen inte deltar frivilligt, ha varit att bedöma enligt den lindrigare graden av brottet bör ansvar normalt inte komma i fråga vid grov oaktsamhet (se a. prop. s. 85).

[Den tilltalade] har varit medvetet oaktsam när han genomförde de sexuella handlingarna. Han har genomfört ett samlag med målsäganden och har också fört in sina fingrar i hennes underliv. Straffvärdet ligger påtagligt över straffminimum för brottet.

Den oaktsamma våldtäkt som [den tilltalade] har gjort sig skyldig till har ett straffvärde som motsvarar fängelse i åtta månader.

Den tilltalade dömdes även för våldtäkt mot barn och sexuellt ofredande. Påföljden för den samlade brottsligheten bestämdes till fängelse i två år och tre månader.

Hovrättens över Skåne och Blekinge dom den 2 maj 2019 i mål B 831-19.

(Meddelades före NJA 2019 s. 668.)

Den tilltalade åtalades för våldtäkt genom att han hade genomfört ett vaginalt och analt samlag med målsäganden som inte deltog frivilligt. Enligt gärningspåståendet utnyttjade den tilltalade otillbörligt att målsäganden på grund av sömn befann sig i en särskilt utsatt situation. I andra hand gjordes det gällande att den tilltalade skulle dömas för oaktsam våldtäkt genom att han i vart fall, i samband med ovanstående gärning, varit grovt oaktsam i förhållande till att målsäganden inte deltog frivilligt i samlaget. Tingsrätten hade dömt för våldtäkt enligt 6 kap 1 §

första stycket första meningen och tredje meningen andra punkten brottsbalken. Hovrätten ändrade tingsrättens domslut och ogillade åtalet för våldtäkt.

Hovrätten fann att det av den av åklagaren åberopade bevisningen var utrett att det faktiska händelseförloppet varit det som målsäganden hade berättat om. Det var således klarlagt att den tilltalade genomfört ett vaginalt och analt samlag med målsäganden som inte deltog frivilligt samt att målsäganden sov.

Den tilltalade hade emellertid invänt att han inte förstod att målsäganden sov. Hans uppgifter i denna del var enligt hovrätten inte sådana att de kunde lämnas utan avseende. Till skillnad från tingsrätten ansåg hovrätten att det av utredningen inte gick att dra några närmare slutsatser om huruvida målsäganden befann sig i djup sömn. Inte heller de omständigheterna att målsäganden var berusad och hade varit vaken länge medförde enligt hovrätten att det vid gärningstillfället måste ha framstått som uppenbart för den tilltalade att hon sov. Det var enligt hovrätten därför inte bevisat att den tilltalade insåg att målsäganden sov. Avgörande för bedömningen av den tilltalades uppsåt blev därmed, sades det i domen, om det kunde anses ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade insåg risken för att målsäganden sov och var likgiltig i förhållande till detta.

Vid bedömningen av den frågan konstaterade hovrätten att den tilltalade hade berättat att han, innan han påbörjade samlagen, vid ett flertal tillfällen frågade målsäganden om hon ville ha sex med honom och att målsäganden då svarade ”mmm”. Han hade vidare förklarat att han inte hade genomfört samlagen med målsäganden om han hade vetat att hon sov. Målsäganden hade bekräftat att hon vid något tillfälle kunde ha svarat ”mmm” på någon fråga som den tilltalade ställde, men att hon inte hade uppfattat vad det var hon svarade på. Därtill hade målsäganden berättat att den tilltalade blev förvånad när hon vaknade och samlaget avslutades. Målsägandens beskrivning av den tilltalades reaktion gav enligt hovrätten stöd åt den tilltalades uppgifter om att han inte uppfattade att målsäganden sov och därmed inte deltog frivilligt. Mot bakgrund av den tilltalades berättelse var hans agerande efter att målsäganden lämnat lägenheten inte heller sådant att det gick att dra några säkra slutsatser beträffande hans insikter vid gärningstillfället. Det fanns inte någon annan utredning som motbevisade den tilltalades uppgifter om att han inte förstod att målsäganden sov. Vid en sammantagen bedömning utifrån nu nämnda omständigheter ansåg hovrätten därför att det inte var ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade insåg risken för att målsäganden sov och inte deltog frivilligt i samlagen. Han skulle därför inte dömas för uppsåtligt brott.

Hovrätten angav därefter att den redan konstaterat att det inte var bevisat att den tilltalade misstänkt att målsäganden inte deltog frivilligt. Det hade enligt hovrätten inte framkommit några andra omständigheter som medförde att den tilltalade skulle anses ha varit grovt oaktsam. Hovrätten fann därför att den tilltalade inte heller skulle dömas för oaktsam våldtäkt.

Hovrättens för Västra Sverige dom den 24 juni 2019 i mål B 2906-19.

(Meddelades före NJA 2019 s. 668.)

Tingsrätten hade dömt den tilltalade för våldtäkt. Hovrätten dömde istället den tilltalade för oaktsam våldtäkt genom att den tilltalade genomförde ett vaginalt samlag med målsäganden trots att han insåg att det fanns en risk för att hon sov och han därmed varit grovt oaktsam. Hovrätten fann mot bakgrund av vad den tilltalade berättat om att målsäganden rörde sina höfter och gav ljud ifrån sig under oralsex som genomförts att det inte var bevisat att den tilltalade då insåg risken för att målsäganden sov. Eftersom målsäganden när den tilltalade sedan genomförde ett vaginalt samlag låg på rygg vänd mot honom måste han enligt hovrätten emellertid vid det tillfället ha insett risken för att hon sov. Han hade också själv uppgett att han avslutade oralsexet för att fråga om målsäganden höll på att somna. Det kunde enligt hovrätten inte anses bevisat att den tilltalade varit likgiltig inför att målsäganden faktiskt sov när han genomförde det vaginala samlaget. Den tilltalade hade alltså inte haft uppsåt till att målsäganden inte deltog frivilligt. Han skulle därför inte dömas för våldtäkt. Som hovrätten redogjort för insåg den tilltalade dock alltså att det fanns en risk för att målsäganden sov men genomförde ändå ett vaginalt samlag med henne. Han hade därigenom enligt hovrätten varit grovt oaktsam. Gärningen kunde inte bedömas som mindre allvarlig. Den tilltalade skulle därför dömas för oaktsam våldtäkt. Hovrätten

bedömde, med hänsyn till att det rörde sig om ett vaginalt samlag och en medveten oaktsamhet, straffvärdet till fängelse i ett år och bestämde påföljden i enlighet med straffvärdet.

Svea hovrätts dom den 28 juni 2019 i mål B 5410-19.

(Meddelades *före* NJA 2019 s. 668.)

Den tilltalade åtalades för att han hade genomfört ett samlag och annan sexuell handling jämförlig med samlag (penetration med fingrar) med målsäganden som inte deltog frivilligt. Hovrätten ändrade tingsrättens dom på så sätt att hovrätten istället för våldtäkt dömde den tilltalade för oaktsam våldtäkt till fängelse i åtta månader. Hovrätten fann, i likhet med tingsrätten, det styrkt att den tilltalade genom att penetrera målsägandens underliv med fingrarna hade genomfört en sexuell handling jämförlig med samlag och att målsäganden inte deltog frivilligt i detta.

I fråga om den tilltalade hade haft uppsåt eller varit grovt oaktsam beträffande omständigheten att målsäganden inte deltog frivilligt i den sexuella handlingen gjorde hovrätten bedömningen att målsägandens trovärdiga uppgifter som delvis fick stöd av det som vittnena uppgett om vad hon berättade direkt efter händelsen, var utrett att målsäganden från att den tilltalade la sin hand på hennes midja och under hela det följande händelseförloppet varken genom fysisk respons eller i övrigt agerat på ett sätt som gett intryck av att hon var sexuellt intresserad av honom. Det hade inte heller förekommit någon ögonkontakt mellan dem. Vad gällde målsägandens uppgift om att hon knep ihop sina låår ansåg hovrätten att det av utredningen inte går att dra någon säker slutsats om den tilltalade uppfattade detta. Hovrätten konstaterade att parterna inte kände varandra sedan tidigare och det hade inte pågått något flörtande under kvällen. Även om målsäganden inte aktivt reagerat mot den tilltalades närmanden hade enligt hovrätten förhållandena inte varit sådana att han kunnat utgå från att hon samtyckte till beröringen. Sammantaget ansåg hovrätten att omständigheterna var sådana att den tilltalade måste ha insett att det fanns en risk att målsäganden inte deltog frivilligt i den sexuella handlingen.

Den tilltalade, som enligt hovrätten hade lämnat en i huvudsak trovärdig berättelse, hade förnekat att han skulle ha agerat som han gjorde om han hade förstått att målsäganden inte velat det. Det hade enligt hovrätten inte framkommit något som direkt talade emot hans uppgifter i denna del. Att det låg andra personer, däribland målsägandens vän, alldeles intill dem i soffan och den upptäcktsrisk som det innebar talade enligt hovrätten i viss mån emot att han skulle genomfört den sexuella handlingen om han hade förstått att målsäganden inte ville det. Sammanfattningsvis ansåg hovrätten att varken det som framkommit om gärningen eller av utredningen i övrigt innebar att det var ställt utom rimligt tvivel att det för den tilltalade hade varit likgiltigt om målsäganden deltog frivilligt i den sexuella handlingen eller inte. Han skulle därför inte dömas för våldtäkt.

Eftersom den tilltalade insåg att det fanns en risk för att målsäganden inte deltog frivilligt och ändå genomförde en sexuell handling med henne hade han enligt hovrätten varit grovt oaktsam i förhållande till detta. Omständigheterna var inte sådana att gärningen skulle bedömas som mindre allvarlig. Han skulle därför dömas för oaktsam våldtäkt.

Hovrätten ansåg att straffvärdet motsvarade fängelse i åtta månader. I bedömningen beaktade hovrätten i skärpande riktning att det varit fråga om ett medvetet risktagande från den tilltalades sida mot en mycket ung person och i förmildrande riktning att händelseförloppet varit förhållandevis kortvarigt. Annan påföljd än fängelse var enligt hovrätten med hänsyn till brottets art och straffvärde utesluten. Fängelsestraffets längd bestämdes i enlighet med straffvärdet.

Hovrätten för Nedre Norrland dom den 28 augusti 2019 i mål B 1064-19.

(Meddelades *efter* NJA 2019 s. 668.)

Den tilltalade åtalades för att han hade fört in sina fingrar och försökt föra in sin knutna näve i målsägandens slida, vilket är handlingar jämförliga med samlag, trots att målsäganden inte deltog frivilligt. Hovrätten ändrade tingsrättens dom på så sätt att hovrätten i stället för våldtäkt dömde den tilltalade för oaktsam våldtäkt. Hovrätten anslöt sig till tingsrättens bedömning att

det var ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade utfört de sexuella handlingar som åklagaren gjort gällande och att målsäganden inte deltagit frivilligt. Hovrätten anslöt sig även till tingsrättens bedömning att handlingarna med hänsyn till kränkningens allvar var jämförbara med samlag. Till skillnad från vad tingsrätten kommit fram till ansåg hovrätten att varken de faktiska omständigheterna kring gärningen eller den tilltalades agerande i anslutning till och efter gärningen eller de av åklagaren åberopade textmeddelandena talade för att han var likgiltig i fråga om målsägandens frivillighet. Det kunde därmed inte anses visat att den tilltalade haft uppsåt till att målsäganden inte deltog frivilligt. Han skulle därför inte dömas för våldtäkt. Enligt hovrätten hade dock den tilltalade insett risken för att målsäganden inte frivilligt deltog i de sexuella handlingarna. Denna insikt hade bestått när han genomfört dessa. Han hade därmed varit medvetet oaktsam. Den tilltalade dömdes för oaktsam våldtäkt till ungdomsvård med en föreskrift om att följa ett ungdomskontrakt.

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom den 5 februari 2020 i mål B 3743-19.

(Meddelades *efter* NJA 2019 s. 668.)

Den tilltalade åtalades för våldtäkt genom att han genomfört ett vaginalt samlag med målsäganden som inte deltog frivilligt. Enligt gärningspåståendet utnyttjade den tilltalade otillbörligt att målsäganden på grund av sömn befann sig i en särskilt utsatt situation. Den tilltalade hade enligt gärningspåståendet i vart fall, i samband med ovanstående gärning, varit grovt oaktsam i förhållande till att målsäganden inte deltog frivilligt i samlaget. Tingsrätten dömde för våldtäkt. Hovrätten ändrade tingsrättens domslut och ogillade åtalet.

Hovrätten fann att den tilltalades uppgifter om att målsäganden var vaken under hela händelseförloppet var motbevisade. Liksom tingsrätten fann hovrätten att det var ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade hade samlag med målsäganden medan hon sov. Hovrätten konstaterade att detta objektivt sett utgör en våldtäkt.

I frågan om den subjektiva täckningen konstaterade hovrätten att det såväl av den tilltalades som målsägandens uppgifter framgick att de bara var ytligt bekanta med varandra och att de inte hade någon närmare kontakt under kvällen. Det stod enligt hovrätten också klart att den tilltalade lade sig bredvid målsäganden i en soffa efter att hon hade sagt god natt och somnat. Omständigheterna var således enligt hovrätten sådana att den tilltalade 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 låg det enligt hovrätten också nära till hands att anta att den tilltalade måste ha insett att målsäganden sov. Målsäganden hade emellertid berättat att den tilltalade direkt efter att hon vaknat och knuffat bort honom bad om ursäkt och sa att hon hade sagt att det var okej. Det framstod enligt hovrätten som osannolikt att den tilltalade spontant skulle ha uttalat sig på detta sätt om han hade varit medveten om att målsäganden sov. Uppgiften talade enligt hovrätten i stället för att den tilltalade, 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 gav, bedömde hovrätten vidare, ingen ledning kring vad målsäganden kan ha förmedlat och hur den tilltalade kan ha uppfattat det. Mot denna bakgrund var det enligt hovrättens bedömning inte ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade hade förstått eller insett risken för att målsäganden sov och inte deltog frivilligt i samlaget. Han skulle således inte dömas för våldtäkt. Hovrätten konstaterade därefter att det enligt hovrättens bedömning inte var bevisat att den tilltalade hade insett att det fanns en risk för att målsäganden inte deltog frivilligt. Det som framkommit genom utredningen var enligt hovrätten inte heller tillräckligt för att dra slutsatsen att den tilltalade varit grovt oaktsam. Den tilltalade skulle därför enligt hovrätten inte heller dömas för oaktsam våldtäkt. En ledamot var skiljaktig och anslöt sig till tingsrättens bedömningar i frågorna om skuld och påföljd.

Min bedömning

Skuldfrågan

Den sexuella handlingen

Som både tingsrätten och hovrätten har konstaterat, är det genom målsägandens och PJ:s samstämmiga uppgifter utrett att PJ fört in sina fingrar i målsägandens underliv. PJ har uppgett att han hade fingrarna i målsägandens underliv under några minuter. Detta är en sexuell handling som är jämförlig med samlag och som omfattas av bestämmelsen om våldtäkt.

Målsäganden har inte deltagit frivilligt

Målsäganden, vars berättelse bör läggas till grund för bedömningen, har berättat att hon sov och vaknade av att PJ hade sina fingrar i henne. PJ har alltså genomfört den sexuella handlingen med målsäganden medan hon sov. Det är genom målsägandens berättelse klarlagt att PJ, enligt tredje meningen andra punkten i straffbestämmelsen, otillbörligt har utnyttjat att hon befann sig i en särskilt utsatt situation på grund av sömn och att hon, enligt första meningen i straffbestämmelsen, inte har deltagit frivilligt. Objektivt sett utgör detta en våldtäkt. Hovrätten har funnit det visat att målsäganden i vart fall inte var helt vaken när PJ förde in sina fingrar i henne utan att hon vaknade fullständigt först i samband med att han gjorde det. Som hovrättens domskäl får förstås har hovrätten gjort bedömningen att den sexuella handlingen genomförts utan att målsäganden deltagit frivilligt.

Det finns subjektiv täckning av frånvaron av frivillighet

Vid en situation då en målsägande sovit, eller halvsovit, är det i allmän mening svårt att motbevisa ett påstående från den tilltalade om att målsäganden, i sömnen, skulle ha agerat på det sätt som PJ beskrivit i det nu aktuella fallet. Min uppfattning är i och för sig att PJ:s uppgifter om omständigheterna kring gärningen har förändrats över tid och i den meningen tillrättalagts efter vad som kommit fram genom utredningen, vilket talar emot att hans uppgifter om hur målsäganden agerat före den sexuella handlingen ska godtas.

Frågan är emellertid om ett godtagande av PJ:s uppgifter om hur han uppfattade målsägandens agerande leder till slutsatsen att det saknas sådan subjektiv täckning som krävs för att han ska kunna dömas för våldtäkt alternativt oaktsam våldtäkt.

Frågan är alltså om det är riktigt att, som hovrätten gjort, med hänvisning till ”hur situationen tedde sig för PJ” dra slutsatsen att PJ inte har haft uppsåt eller varit oaktsam i fråga om sömnen och frivilligheten. Min bedömning är att kravet på insikt och aktsamhet i fråga om målsägandens frivillighet vid sådana sexuella

handlingar som omfattas av bestämmelsen i 6 kap. 1 § brottsbalken ställs högre än hovrätten har funnit.

Vid bedömningen av den subjektiva täckningen av frånvaron av frivillighet får, enligt ovan redovisade delar av förarbetena, olika typer av uttryck för frivilligheten en central betydelse. Frågor som rör hur frivilligheten kom till uttryck, dvs. vad hos målsägandens agerande som gjorde att gärningsmannen uppfattade att det förelåg frivillighet, blir då av avgörande betydelse. Utgångspunkten måste, enligt förarbetena, vara att den som utför en sexuell handling mot någon annan person har ett ansvar för att förvissa sig om att den andra personen vill delta.

En persons agerande i samband med den sexuella handlingen kan, enligt förarbetena, kommunicera ett val att delta. Som exempel på sådant agerande har angetts förmedling av preventivmedel eller fysisk respons på ett initiativ. I undantagsfall kan, som vidare framgår av redovisade förarbetsuttalanden, även ett tyst samtycke till sexuell samvaro innebära att deltagandet är frivilligt. Om saken kommer under rättslig prövning och frivilligheten förnekas av målsäganden, får enligt förarbetena dock krävas att det finns något som tyder på att samtycke har förelegat. HD har i denna fråga sagt att det är åklagarens uppgift att bevisa att deltagandet inte har varit frivilligt och vid passivitet innebär det att åklagaren ska visa att passiviteten inte inneburit att målsäganden gett uttryck för sitt samtycke (NJA 2019 s. 668).

Av PJ:s uppgifter framgår, att målsäganden var trött när hon kom hem till honom på natten och att han sade åt henne att inte somna när ”ögonen slumrade” på henne. Det framgår vidare att de låg i hans säng och att han själv somnade men vaknade upp igen. Enligt hans berättelse låg målsäganden då i samma position, på sidan vänd från honom, som hon hade gjort när han somnade. PJ har berättat att han lade sig ”i sked” bakom målsäganden och att de lekte med varandras händer. Målsäganden ska enligt hans berättelse ha tagit hans hand och fört den till sitt bröst. Han sade i detta skede ingenting och det gjorde inte heller målsäganden. Därefter gjorde målsäganden, enligt PJ:s berättelse, ingenting mer med sina händer före den sexuella handlingen. Av hans uppgifter framgår det vidare att han låg bakom målsäganden och smekte först hennes bröst och sedan hennes underliv. Målsäganden ändrade i det skedet enligt PJ position till ryggläge, varefter han förde in fingrarna i hennes underliv. Han hade fingrarna i hennes underliv under några minuter och målsäganden stönade då. Han kysste henne i det skedet också på halsen. Han tog själv bort fingrarna ur målsäganden och målsäganden lämnade då hastigt lägenheten. Han vet inte om målsäganden sovit vid något tillfälle under den aktuella natten.

Av PJ:s uppgifter framgår alltså att målsäganden, utöver att ta hans hand mot sitt bröst och att rulla över på rygg, har varit passiv innan PJ förde in sina fingrar i hennes underliv. Målsäganden låg, innan han först rörde henne, på samma sätt, vänd från honom, som när han tidigare under natten hade somnat. De har inför penetrationen inte haft någon verbal kontakt. PJ har inte fått någon aktiv fysisk

bekräftelse, t.ex. genom att målsäganden hållit i honom eller hjälpt honom att öppna sina kläder eller på annat sätt, på att målsäganden var vaken och i så fall villig att låta honom stoppa in sina fingrar i hennes underliv. Han har inte tittat henne i ansiktet för att få ögonkontakt.

Vid bedömningen av övriga omständigheter kring gärningen, som ska vägas in när den subjektiva täckningen av avsaknaden av frivillighet bedöms, har det betydelse att målsäganden och PJ enligt deras samstämmiga uppgifter aldrig varit annat än kompisar och att det aldrig varit aktuellt att de skulle inleda en sexuell relation. Målsäganden har, även enligt PJ:s berättelse, den aktuella kvällen sökt sig till först en annan kamrat och sedan till PJ för att hon var ledsen och behövde stöd av vänner. Hon har somnat fullt påklädd i PJ:s säng. Kravet på PJ:s insikt och aktsamhet i fråga om målsägandens frivillighet till en sexuell handling jämförlig med samlag ska bedömas med beaktande av även detta.

Tingsrätten har funnit klarlagt att PJ har varit *likgiltig* inför frånvaron av frivillighet på grund av sömn när han genomförde den sexuella handlingen. I den delen har tingsrätten hänvisat till att PJ:s uppgifter inte ger stöd för annat än att han agerade i osäkerhet om hur situationen skulle förstås och till den omständigheten att det genom målsägandens uppgifter är utrett att PJ inte själv avbröt den sexuella handlingen. Denna bedömning i frågan om subjektiv täckning av frånvaron av frivillighet leder till att PJ ska dömas för våldtäkt.

I frågan om PJ annars ska dömas för oaktsam våldtäkt gör jag följande överväganden.

Grunden för kriminalisering av sexualbrotten är att skydda den sexuella integriteten. Genom reformen år 2018 tydliggjorde lagstiftaren att frivillighet är grunden för straffrihet vid sexuella handlingar. Att somna i en annan persons säng (jfr NJA 2019 s. 668 p. 33), hålla någons hand mot sitt bröst och rulla över från sidoläge till ryggläge utgör enligt min uppfattning inte sådana uttryck för frivillighet som innebär att en tilltalad kan tillåtas utgå från att en person är villig till att låta honom föra in sina fingrar i hennes underliv.

Det angivna agerandet kan – under förutsättning att personen är vaken – eventuellt sägas uttrycka frivillighet till exempelvis en kram men knappast frivillighet till penetration.

Att göra en tolkning av det subjektiva rekvisitet som innebär att målsägandens agerande i det här fallet kan tas till intäkt för att PJ inte var oaktsam överensstämmer därför illa med motiven bakom sexualbrottslagstiftningen. Kravet på aktsamhet i fråga om frånvaron av frivillighet bör ställas högre.

Att målsäganden lagt PJ:s hand på sitt bröst innebär alltså ingenting för hennes frivillighet till sexuell penetration och det bör en aktsam person uppfatta. PJ har själv sagt att han inte visste vad hon ville med att ta hans hand mot bröstet. Att målsäganden rullat över på rygg, som PJ påstått att hon har gjort, är inte en

tillräcklig fysisk respons för han inte ska anses oaktsam i fråga om frånvaron av frivillighet.

Min bedömning av det som är klarlagt i målet om de faktiska omständigheterna är, att det framgår att PJ i vart fall har insett risken för att målsäganden inte frivilligt deltog i den sexuella handlingen. Denna insikt har bestått när han genomfört denna. Han har alltså varit *medvetet oaktsam* i förhållande till att målsäganden inte deltog frivilligt. Medveten oaktsamhet är i regel att anse som grov. I detta fall är det inte fråga om någon undantagssituation där den medvetna oaktsamheten inte är att bedöma som grov. Tvärtom har det varit ett medvetet risktagande av allvarligt slag.

Under alla förhållanden har PJ när han förde in fingrarna i målsägandens underliv varit *omedvetet oaktsam* eftersom han borde ha insett att målsäganden inte deltog frivilligt i den sexuella handlingen men trots detta genomförde den. PJ kan alltså klandras för att han inte gjort något för att komma till insikt om att målsäganden inte deltog frivilligt och för att han verkligen borde ha gjort något. Av vad som framgår av PJ:s berättelse har han inte vidtagit någon kontrollåtgärd eller ens tänkt efter vad målsäganden var villig till (jfr prop. 2017/18:177 s. 85). Detta är anmärkningsvärt med tanke på de redovisade faktiska omständigheterna i övrigt. Att en person är vaken är för övrigt inte detsamma som att hon är villig till sex. Skyldigheten att vidta någon åtgärd för att komma till insikt ökar dessutom ju tydligare tecken det finns hos den andra personen på att deltagandet inte är frivilligt. Mot bakgrund av att målsäganden legat stilla i hans säng under natten i samma position under tiden som han själv sov fanns det starka skäl för honom att kontrollera de närmare förhållandena, i fråga om sömn och frivillighet, innan han förde in sina fingrar i hennes underliv. Agerandet från PJ är därmed så klandervärt i förhållande till målsägandens rätt till skydd av sin sexuella integritet att även en omedveten oaktsamhet kvalificerar sig som grov oaktsamhet.

Omständigheterna är inte sådana att gärningen är mindre allvarlig. PJ ska därför i vart fall fällas till ansvar för oaktsam våldtäkt.

Påföljdsfrågan

Straffmätning

Om PJ döms för *våldtäkt* genom att han otillbörligt utnyttjat målsägandens särskilt utsatta situation, dvs. en tillkommande omständighet utöver frånvaron av frivillighet och en omständighet som normalt beaktas som försvårande vid straffmätning, finns det skäl att bedöma straffvärdet för brottet som högre än minimistrafvet fängelse i två år.

Straffet för *oaktsam våldtäkt* är fängelse i högst fyra år. Straffskalan speglar att oaktsam våldtäkt har ett lägre straffvärde än våldtäkt som begås med uppsåt och

överensstämmer med straffskalan för ett våldtäktsbrott som med hänsyn till omständigheterna vid brottet är att anse som mindre grovt.

Det primära skyddsintresset för straffbestämmelsen om oaktsam våldtäkt är att skydda mot kränkningar av den ovillkorliga rätten till personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande. Straffvärdet påverkas därför av vilken sexuell handling det är frågan om och den grad av kränkning som den sexuella handlingen har inneburit för brottsoffret.

Den sexuella handling som PJ döms för har inneburit en allvarlig kränkning av hennes personliga och sexuella integritet liksom ett allvarligt angrepp mot hennes trygghet till person.

Vid bedömningen av straffvärdet ska graden av oaktsamhet beaktas. En gärning som innefattar medveten oaktsamhet är mer straffvärd än om den utförs med en lägre nivå av oaktsamhet. Liksom i rättsfallet NJA 2019 s. 668 ligger straffvärdet för den aktuella gärningen över straffminimum för brottet.

Påföljdsval

Om PJ döms för våldtäkt ansluter jag mig till de överväganden i fråga om påföljdsval som tingsrätten har gjort.

Om PJ döms för oaktsam våldtäkt utgör, enligt min bedömning, straffvärdet (straffmättningsvärdet) ensamt inte skäl för att välja fängelse som påföljd. Att det rör sig om ett relativt högt straffvärde är ändå en omständighet som kan komma att få betydelse vid påföljdsvalet. Ju högre straffvärdet är desto mindre krävs det för att brottslighetens art ska anses vara tillräckligt för att motivera ett fängelsestraff (jfr NJA 2008 s. 653 och 2011 s. 386). PJ är inte tidigare dömd för brott. Bedömningen av brottslighetens art blir då avgörande för om det ska anses föreligga en presumtion för fängelse.

Jag noterar att lagstiftaren inte har uttalat sig i frågan om i vad mån oaktsam våldtäkt borde anses som ett s.k. artbrott. Det anses i första hand ankomma på lagstiftaren att i samband med tillkomsten av ny lagstiftning uttala sig om viss brottslighet är ett artbrott. I vissa fall kan det emellertid också finnas anledning till en ändrad domstolspraxis av sådana skäl. (Prop.1987/88:120 s. 37.)

Oaktsam våldtäkt tillhör en brottstyp, dvs. sexualbrott, som innefattar ett allvarligt angrepp på den personliga integriteten och där i praxis allmänpreventiva skäl i flera fall har ansetts tala för att ett fängelsestraff ska följa på brottet. Att motverka av samhället icke önskvärda beteenden är vidare ett uttalat motiv bakom kriminaliseringen av oaktsam våldtäkt (a. prop. s. 23). Det allvar med vilket lagstiftaren betraktat brottet oaktsam våldtäkt talar ytterligare för att fängelse normalt bör följa på brottet.

Oaktsam våldtäkt utgör visserligen ett oaktsamhetsbrott. De exempel som tidigare nämnts i förarbetena på artbrott har varit uppsåtliga brott. Några ställningstaganden från lagstiftaren om att oaktsamma brott i allmän mening skulle vara undantagna från att betraktas som artbrott finns emellertid inte. För oaktsam våldtäkt krävs grov oaktsamhet beträffande målsägandens frivillighet. Att vara grovt oaktsam är i hög grad klandervärdt och utgör dessutom en så hög grad av oaktsamhet att en moralbildande effekt som motverkar den aktuella typen av brott väl kan förväntas under hotet av ett fängelsestraff (jfr prop. 1997/98:96 s. 116).

Med hänsyn till de intressen som straffbestämmelsen om oaktsam våldtäkt avser att skydda bör alltså enligt min bedömning en presumtion för fängelse anses föreligga för brottet. Hur stark denna presumtion är måste avgöras med utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda fallet.

PJ har gjort sig skyldig till ett övergrepp av allvarligt slag som har inneburit en betydande kränkning av målsägandens sexuella integritet. Han har varit grovt oaktsam och, enligt min bedömning, medvetet oaktsam. Karaktären på brottet och brottets allvar talar med styrka för en särbehandling i påföljdshänseende. Presumtionen för att påföljden i det här fallet bör bestämmas till fängelse är med hänsyn till detta stark.

När det gäller frågan om det finns några andra för påföljdsvalet relevanta omständigheter som gör att en lindrigare påföljd ändå bör väljas konstaterar jag att PJ är ostraffad sedan tidigare och lever under ordnade förhållanden utan övervakningsbehov. Några omständigheter i övrigt som talar emot ett fängelsestraff har inte framkommit i målet. Att vid artbrottslighet frångå presumtionen för fängelse när straffvärdet är så högt som i detta fall måste kräva alldeles särskilda skäl (jfr NJA 1999 s. 769).

Om PJ döms för oaktsam våldtäkt bedömer jag därför sammantaget att omständigheterna är sådana att påföljden med hänsyn till brottets straffvärde och art bör vara fängelse.

Skälen för 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 målet med hänsyn till det allmänna intresset av tillgång till omfattande och vägledande prejudikatbildning bör prövas av Högsta domstolen (Peter Fitger m.fl., *Rättegångsbalken – en kommentar på internet*, kommentaren till 54 kap. 10 § rättegångsbalken).

Utvecklingscentrum, som inom Åklagarmyndigheten ansvarar för rättslig utveckling och metodutveckling när det gäller bl.a. sexualbrotten, har i en framställan till riksåklagaren om att domen bör överklagas till Högsta domstolen uttalat bl.a. följande.

Riksåklagaren har tidigare överklagat två domar från Hovrätten över Skåne och Blekinge, där omständigheterna varit liknande de i nu föreliggande mål. Högsta domstolen har då inte beviljat prövningstillstånd. I dessa båda mål dömde, liksom i detta mål, tingsrätten för våldtäkt medan hovrätten ogillade åtalet. Det visar på att praxis spretar och det behövs klargörande uttalanden från Högsta domstolen avseende de subjektiva rekvisiten i förhållande till rekvisitet "inte deltar frivilligt" dels när frivillighet är uteslutet i första hand på grund av sömn dels i andra hand på grund av bristande frivillighet. Vi menar därför att det finns anledning att föra upp ett fall som detta för ett vägledande uttalande från Högsta domstolen, då detta är en vanligt förekommande situation.

Vilka krav kan ställas på en person som företar i sexuell handling mot en annan person att förvissa sig om att motparten deltar frivilligt? Rimligen borde kravet kunna ställas på något så grundläggande som att den andre personen faktiskt är vaken.

Vidare behöver klargöras om en gärning, innefattande en sexuell handling vars kränkning är jämförlig med samlag, alltså kan betraktas som ett mindre allvarligt brott, när gärningen innehåller moment (otillbörligt utnyttjande av en särskilt utsatt situation, i det här fallet sömn) som går utöver bristande frivillighet, som ju efter lagändringen är det grundläggande rekvisitet i 6 kap. 1 § BrB.

Ett otillbörligt utnyttjande av en särskilt utsatt situation är en försvårande omständighet och den bör enligt vår uppfattning medföra att en gärning som huvudregel inte längre kan bedömas enligt 6 kap 1 § 2 stycket. Vidare är det av vikt att Högsta domstolen klargör i vad mån lagändringar per den 1 juli 2018 motiverar en mer differentierad och generellt skärpt bedömning av straffvärdet för våldtäkt av normalgraden. Enligt vår uppfattning är en generell straffvärdehöjning för våldtäktsbrott av normalgraden en naturlig följd av lagändringarna eftersom straffansvar är våldtäkt numera kan komma i fråga även vid enbart bristande frivillighet, dvs utan inslag av våld, hot, otillbörligt utnyttjande av en särskilt utsatt situation eller allvarligt missbruk av en beroendeställning. Om även något av dess ytterligare inslag föreligger bör detta påverka straffvärdet i skärpande riktning.

Jag vill för egen del anföra följande i frågan om prövningstillstånd.

Straffbestämmelserna i 6 kap. 1 § respektive 6 kap. 1 a § brottsbalken är relativt nya och behovet av praxis, framför allt i frågan om subjektiv täckning av frånvaron av frivillighet, är därför stort.

I förarbetena till straffbestämmelsen om oaktsam våldtäkt angavs att den närmare gränsen för vad som ska anses som grovt oaktsamt ytterst blir en fråga för rättstillämpningen att bedöma (prop. 2017/18:177 s. 49). Av Åklagarmyndighetens sammanställning över prioriterade prejudikatfrågor år 2020 framgår också, att vägledande uttalanden från Högsta domstolen behövs avseende vad som är att anse som grov oaktsamhet.

Högsta domstolen har i NJA 2019 s. 668 prövat frågan om ansvar och påföljd för våldtäkt alternativt oaktsam våldtäkt. Det rörde sig i det rättsfallet, som i detta, om en situation där målsäganden sov när den sexuella handlingen genomfördes och frågan var i det rättsfallet, som i detta, om det fanns subjektiv täckning av frånvaron av frivillighet.

I det tidigare rättsfallet hade emellertid, till skillnad från i detta, den tilltalade uttryckt i förhöret som hölls i tingsrätten att han var osäker på om målsäganden sov. Detta ledde till att Högsta domstolen fann att hans uppgifter inte gav stöd för annat än att han agerade i osäkerhet om hur situationen skulle förstås. Oaktsamhetsbedömningen gjordes därför utifrån den tilltalades egna uppgifter om osäkerhet och därmed oaktsamhet.

I det nu aktuella målet finns inte någon sådan utsaga från den tilltalade, utan bedömningen av den subjektiva täckningen måste göras med utgångspunkt enbart i de faktiska omständigheterna kring gärningen. Detta mål är i det avseendet mer typiskt för hur utredningsläget brukar se ut i denna typ av mål.

Till ledning för den framtida rättstillämpningen är det av betydelse att Högsta domstolen prövar detta mål för att klargöra den närmare gränsen för vad som ska anses som uppsåtligt respektive grovt oaktsamt i frågan om frånvaron av frivillighet till sexuella handlingar jämförbara med samlag. Frågan kräver ytterligare vägledning från Högsta domstolen. Att det finns ett behov av vägledning om vad som ska anses gälla åskådliggörs av skillnaderna i de bedömningar som hittills gjorts i praxis.

Av Åklagarmyndighetens sammanställning över prioriterade prejudikatfrågor år 2020 framgår vidare att vägledande uttalanden behövs i fråga om på vilket sätt den nya gränsen för vad som är en straffbar gärning påverkar straffvärdet för de gärningar som tidigare bedömts ligga i den nedre delen av straffskalan. I likhet med vad jag tidigare har argumenterat för i en svarsskrivelse daterad den 2 december 2020 i Högsta domstolens mål B 2862-20, finns det utöver den allmänna frågan om straffvärdet också ett behov av vägledande uttalanden från Högsta domstolen i frågan om hur påföljd ska bestämmas när det gäller oaktsam våldtäkt. Straffbestämmelsen om oaktsam våldtäkt är relativt ny. Högsta domstolen har inte prövat frågan om straffmätning och påföljdsval, frikopplat från annan brottslighet, vid oaktsam våldtäkt. Det finns av dessa skäl ett behov av vägledande uttalanden från Högsta domstolen i dessa frågor.

En prövning av det nu överklagade målet skulle innefatta viss bevisprövning. Jag bedömer trots detta, med beaktande också av att rättsfrågorna som jag vill att Högsta domstolen uttalar sig om är väl avgränsade, att målet lämpar sig för en prövning i Högsta domstolen.

Bevisuppgift och målets handläggning

Följande bevisning åberopas.

1. Ljud- och bilduppspelning av förhöret med målsäganden i tingsrätten.
2. Ljud- och bilduppspelning av förhöret med PJ i tingsrätten.
3. Ljud- och bilduppspelning av vittnesförhöret med CC i tingsrätten angående hans kontakter med målsäganden i anslutning till gärningen till styrkande av målsägandens uppgifter och därmed av gärningspåståendet.
4. Ljud- och bilduppspelning av vittnesförhöret med AS i tingsrätten angående hennes kontakter med målsäganden i anslutning till gärningen

till styrkande av målsägandens uppgifter och därmed av gärningspåståendet.

5. Ljud- och bilduppspelning av vittnesförhöret med MF i tingsrätten angående hans kontakter med den tilltalade och målsäganden i anslutning till gärningen till styrkande av målsägandens uppgifter och därmed av gärningspåståendet.
6. Ett brev från PJ till målsäganden till styrkande av gärningspåståendet, s. 2–7 i förundersökningsprotokollet.

Målet bör avgöras vid en huvudförhandling dit PJ bör kallas att inställa sig personligen.

Petra Lundh

Eva Bloch

Kopia till:
Åklagarkammaren i Halmstad (AM 25737-19).
Utvecklingscentrum.