



Högsta domstolen
Box 2066
103 12 Stockholm

MS ./ riksåklagaren ang. våldtäkt

(Hovrätten för Västra Sveriges dom den 7 november 2018 i mål B 4300-18)

Riksåklagaren har förelagts att skyndsamt svara skriftligen på överklagandet.

Jag vill anföra följande

Inställning

Jag bestrider ändring av hovrättens domslut. Jag avstyrker prövningstillstånd.

Bakgrund

MS har, såvitt nu är ifråga, dömts för våldtäkt enligt 6 kap. 1 § första stycket första meningen och tredje meningen punkten 1 brottsbalken i dess lydelse efter den 1 juli 2018.

Påföljden har, med beaktande av att MS genom samma dom dömts även för misshandel vid ett tillfälle, olaga hot vid två tillfällen samt vapenbrott, ringa brott vid ett tillfälle, bestämts till fängelse 2 år och 6 månader.

Den gärningsbeskrivning som ligger till grund för åtalet för våldtäkt (åtalspunkten 2) lyder enligt följande.

MS har genomfört ett samlag med MAS som inte deltog frivilligt. Det hände den 8 juli 2018 i gemensamma bostaden i Göteborgs stad.

MAS deltog i samlaget som en följd av att MS lade ner MAS på sängen, tog av hennes kläder vid inledande vaginalt samlag och därefter höll om hennes huvud och förde det fram och tillbaka vid oralt samlag. MAS deltog även i samlaget som en följd av den upplevda faran för att ånyo misshandlas så som skedde omkring en timma före samlaget genom gärningen enligt åtalspunkt 1 ovan.

MS begick gärningen med uppsåt.

I andra hand har MS varit grovt oaktsam beträffande omständigheten att MAS inte deltog frivilligt i samlaget.

Tingsrättens dom

Tingsrätten uttalar i sina domskäl bl.a. följande.

Tingsrätten anser att det är MAS berättelse som ska läggas till grund för bedömningen. Genom den är det utrett att hon inte deltog frivilligt i vare sig det vaginala eller orala samlaget. Det är vidare utrett att hon gett uttryck för detta genom att säga att hon inte ville, och genom att gråta.

Tingsrätten anser att det redan härigenom framgår att MS var medveten om att MAS inte ville ha sex med honom, men att han ändå genomförde samlagen med henne trots att hon sade nej och grät. Tingsrätten fäster också vikt vid MSs uppgifter om att MAS normalt brukar bekräfta att hon också har lust att ha sex med honom, men att hon denna gång, efter att han krävt av henne att hon skulle bevisa att hon inte var otrogen, svarat att hon "skulle försöka", samt vid att han då han förstod att hon inte ville ha vaginalt samlag ändå krävde att hon skulle avsluta med ett oralt samlag, utan att hon på något sätt bekräftat att hon ville det. Redan av MSs berättelse framgår enligt tingsrättens uppfattning tydligt att han förstod att MAS inte deltog frivilligt i samlagen. Det var alltså utrett att MS hade uppsåt i förhållande till MAS bristande frivillighet.

Åtalet för våldtäkt är härigenom styrkt. Det är fråga om såväl vaginalt som oralt samlag, som ingetdera varit helt kortvarigt. Det saknas skäl mot bakgrund härav anledning att bedöma gärningen som våldtäkt av mindre allvarlig art.

Hovrättens dom

Hovrätten inleder under rubriken "Straffrättsliga utgångspunkter" med en prövning huruvida 6 kap. 1 § första stycket tredje meningens första punkt brottsbalken i dess lydelse efter den 1 juli 2018 är i överensstämmelse med den straffrättsliga legalitetsprincipen. Hovrätten anser, med viss tvekan, att förutsättningar föreligger att pröva åtalet.

Hovrättens majoritet uttalar därefter i sina domskäl under rubriken skuldfrågan bl.a. följande (domen s. 5).

Hovrätten ansluter sig till tingsrättens bedömning att MAS uppgifter ska läggas till grund för bedömningen. Därigenom framgår det att misshandeln föregicks av en diskussion rörande svartsjuka från MSs sida. Det efterföljande händelseförloppet fram till de sexuella handlingarna kom också att präglas av hans svartsjuka, bl.a. kallade han MAS för fula ord och krävde att hon skulle ha sex med honom för att bevisa att hon inte varit otrogen. Vid något tillfälle var MAS så förtvivlad att hon övervägde och förberedde att ta sitt liv. Hovrätten har mot denna bakgrund ingen anledning att ifrågasätta MAS uppgift om att hon var mycket rädd för att MS på nytt skulle misshandla henne. Omständigheterna är sammantaget sådana att de efterföljande sexuella handlingarna tveklöst var en följd av misshandeln

samt även en följd av att han lade ned henne på sängen och i övrigt gjorde det som åklagaren har påstått. Enligt hovrätten föreligger det inget tvivel om att MS var införstådd med händelseförloppet. Vad MAS kan ha gett uttryck i form av tyst eller uttryckligt samtycke till samlaget saknar därmed betydelse för det straffrättsliga ansvaret. Det ovan anförda medför att tingsrättens dom ska fastställas.

Två av hovrättens ledamöter var skiljaktiga och ville ogilla åtalet för våldtäkt. Enligt dem var det MSs berättelse som skulle ligga till grund för bedömningen och de ville därvid frikänna honom på grund av att han inte haft uppsåt i förhållande till att samlaget varit en följd av misshandeln eller i övrigt inte varit frivilligt. Enligt dem hade MS inte heller varit grovt oaktsam i förhållande till att samlaget inte var frivilligt. Han kunde därför inte dömas för oaktsam våldtäkt enligt åklagarens andrahandsyrkande.

Överklagandet till Högsta domstolen

MS yrkar att åtalet för våldtäkt ska ogillas och att påföljden därigenom ska sättas ned.

Han gör gällande att det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen prövar hans överklagande och anför därvid bl.a. följande.

Frågan om gränsdragningen mellan uppsåt och grov aktsamhet saknas i rättspraxis. Vidare har Lagrådet avstyrkt lagändringen som nu är aktuell för prövning eftersom lagstiftningen till sin ordalydelse är oprecis och förarbetena ger utrymme för att frivillighet kan förekomma även om våld förekommit innan den sexuella handlingen. Redan den omständigheten att hovrätten skriver, ”*med viss tvekan förutsättningar föreligger att pröva åtalet*” medför enligt honom att det föreligger skäl att meddela prövningstillstånd.

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

1. deltagandet är en följd av misshandel, annat våld eller hot om brottslig gärning, hot om att åtala eller ange någon annan för brott eller hot om att lämna ett menligt meddelande om någon annan, (...).

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

I kommentaren (Bäcklund m.fl., Brottsbalken. En kommentar [9 november 2018, Zeteo] kommentaren till 6 kap. 1 §) uttalas bl.a. följande.

Våldtäktsbrottet bygger inte på att någon med våld eller hot tilltvingat sig ett samlag e.d. eller att 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 sexuell självbestämmande. Även den tidigare konstruktionen av våldtäktsbrottet utgick från rätten till sexuell 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 sexuell umgänge. Den nya brottskonstruktionen understryker varje individs självbestämmanderätt mera direkt. Den gäller alla individer, även de som fört ett mera utsvävande sexuell 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.

Min bedömning

Jag instämmer i tingsrättens och hovrättens majoritets uppfattning att det är MAS berättelse som ska ligga till grund för bedömningen av åtalet.

Genom målsägandens berättelse är det utrett att hon inte deltagit i vare sig det vaginala eller det orala samlaget frivilligt och att hon tydligt gett uttryck för detta genom att säga hon inte ville och genom att gråta. Enligt min uppfattning står det redan härigenom klart att MS genomfört samlag och andra sexuella

handlingar jämförliga med samlag med MAS trots att hon inte deltog frivilligt och att MS haft erforderligt uppsåt i förhållande till detta. Han har således gjort sig skyldig till våldtäkt enligt 6 kap. 1 § första stycket första meningen brottsbalken.

Huruvida samlagen *även* varit en följd av den misshandel MS utsatt MAS för ca en timme tidigare (6 kap. 1 § första stycket tredje meningen första punkten brottsbalken) torde under sådana förhållanden inte vara nödvändigt att slå fast för ett bifall till åtalet. Det borde enligt min uppfattning dock haft betydelse för bedömningen av straffvärdet av gärningen, som således borde vara betydligt högre än fängelse i 2 år. Mot bakgrund av den processuella situationen i målet kan den frågan dock inte prövas här.

Sammanfattningsvis är det min uppfattning att hovrättens domslut ska fastställas.

Prövningstillstånd

Av 54 kap. 10 § rättegångsbalken följer att prövningstillstånd får meddelas endast om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta domstolen (prejudikatdispens) eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att domvilla förekommit eller att målets utgång i hovrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag (extraordinär dispens).

För prejudikatdispens krävs att ett avgörande av Högsta domstolen får generell betydelse för bedömningen av framtida mål som innehåller liknande frågeställningar.

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 (6 kap. 1 a § brottsbalken).

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.

Hovrätten har i det här målet ingått i en prövning huruvida 6 kap. 1 § första stycket tredje meningen 1 brottsbalken kan anses vara i överensstämmelse med den straffrättsliga legalitetsprincipen. Enligt hovrätten är det kausalitetsbegreppet i förhållande till misshandel som är problematisk, eftersom gränsen mellan när ett deltagande är en följd av våld eller inte framstår som oklar när misshandeln inte skett i omedelbar anslutning till den sexuella handlingen.

Som hovrätten angett var Lagrådet mycket kritisk till den nya lagstiftningen och avstyrkte de i Lagrådsremissen föreslagna 6 kap. 1-3 §§ (se prop. 2017/18:177 Bilaga 7 och 8). Enligt Lagrådet hade det grundläggande brottsrekvisitet ”inte delta frivilligt” en obestämd innebörd och det kunde inte utifrån lagtexten förutses vilka fall det fanns förutsättningar för straffrättsligt ansvar, såvida det inte rör sig om fall som avses i andra meningen (numera tredje meningen, min anmärkning). Enligt Lagrådet uppfyllde förslagen inte de krav på förutsebarhet som ska ställas. Ställningstagandet påverkades inte av att en prövning mot det grundläggande rekvisitet blir aktuell endast om det inte föreligger våld eller motsvarande. Lagrådet konstaterade således att en tillämpning av paragraferna riskerade att komma i konflikt med den straffrättsliga legalitetsprincipen, i den utsträckning som ansvar görs gällande endast enligt den allmänna ansvarsgrunden i 1 § första stycket första meningen.

Regeringen tog till sig av denna kritik och införde i förtydligande syfte den andra meningen i 6 kap. 1 § första stycket brottsbalken som stadgar att det vid bedömningen av om någon deltar frivilligt särskilt ska beaktas om detta kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. Enligt regeringen åstadkommer man på detta sätt en tydligare avgränsning av det straffbara området och ökar förutsebarheten beträffande vilket deltagande som inte kan anses frivilligt. Enligt regeringen uppfyller i och med tillägget den nya bestämmelsen de krav på en tydlig avgränsning av det straffbara området som gäller för straffrättslig lagstiftning (prop. 2017/18:177 s. 31 ff.).

Det som Lagrådet såg som problematiskt ur legalitetssynpunkt har således omhändertagits av regeringen genom införandet av andra meningen i 6 kap. 1 § första stycket brottsbalken. Enligt min uppfattning är den nya lydelsen av 6 kap. 1 § brottsbalken tillräcklig tydlig och det kan inte anses strida mot den straffrättsliga legalitetsprincipen att tillämpa den. Såsom åtalet är utformat omfattar domstolens prövning i detta mål dessutom i första hand frågan om målsäganden deltog frivilligt oavsett den misshandel hon blivit utsatt för en timme före samlaget. Kausaliteten i förhållande till misshandeln är således inte av någon avgörande betydelse i detta fall.

Hovrätten är inte enig i sin bedömning av vilken av parternas berättelse som ska ligga till grund för prövningen av åtalet. För att någon gransdragningsfråga i förhållande till uppsåtlig eller oaktsam våldtäkt alls ska bli aktuell, måste domstolen lägga den tilltalades berättelse till grund för bedömningen, vilket enligt min uppfattning inte kan komma ifråga. Förevarande mål innefattar således i första hand bevisfrågor och lämpar sig därmed mindre väl för en prövning i Högsta domstolen.

Jag avstyrker prövningstillstånd.

Bevisning

Jag ber att få återkomma med bevisuppgift och med mina synpunkter på målets fortsatta handläggning för det fall prövningstillstånd meddelas.

Kerstin Skarp

My Hedström

Kopia till

Utvecklingscentrum Göteborg
Göteborgs åklagarkammare (AM-92533-18)
Kammaråklagararen James von Reis