



Högsta domstolen
Box 2066
103 12 Stockholm

JK ./ riksåklagaren ang. våldtäkt m.m.

(Hovrätten för Västra Sveriges dom den 11 februari 2019 i mål B 1116-19)

Riksåklagaren har förelagts att skyndsamt svara skriftligen på överklagandet.

Jag vill anföra följande

Inställning

Jag bestrider ändring av hovrättens domslut. Jag avstyrker prövningstillstånd.

Bakgrund

JK har mot sitt nekande dömts för våldtäkt enligt 6 kap. 1 § första stycket första meningen och tredje meningen p. 2 brottsbalken i dess lydelse efter den 1 juli 2018. Påföljden har, med beaktande av att JK genom samma dom även döms för två fall av narkotikabrott av den s.k. normalgraden, bestämts till fängelse i två år och sex månader.

Enligt det åtal om våldtäkt som ligger till grund hovrättens dom har JK den 29-30 augusti 2018 i Göteborg genomfört ett oralt samlag och ett vaginalt samlag med målsäganden, som var 15 år (född i maj 2003), som inte deltog frivilligt. JK har otillbörligt utnyttjat att målsäganden befunnit sig i en särskilt utsatt situation på grund av berusning och annan drogpåverkan, som JK orsakat enligt åtalspunkterna 1.1 och 1.2, att hon avvikit från sitt behandlingshem i Mölndal och befunnit sig långt bort från detta på nattetid i centrala Göteborg, utan möjlighet att ta sig tillbaka själv, att hon inte fick komma tillbaka till behandlingshemmet i påverkat tillstånd, att hon inte hade någonstans att ta vägen över natten och att hon ville att JK ordnade ett hotellrum åt henne för att sova, att JK farit med osanning till henne om vem han är, vilket lett till att hon fått förtroende för honom, samt den stora ålderskillnaden mellan målsäganden, som vid tillfället endast var 15 år, och JK som var 28 år vid tillfället. JK har känt till samtliga ovannämnda omständigheter.

Överklagandet till Högsta domstolen

JK yrkar att åtalet för våldtäkt ska ogillas, att han istället för två fall av narkotikabrott av normalgraden ska dömas för ett fall av ringa narkotikabrott och, i allt fall, att påföljden ska sättas ned.

Han gör gällande att det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen prövar hans överklagande och därvid klargör dels i vilka fall ett frivilligt samlag inte kan godtas såsom uttryck för självbestämmande, dels om bestämmelsen ”särskild utsatt situation” som utvidgades den 1 juli 2013 ytterligare har utvidgats med anledning av den nya lagändringen. Han menar att det även är av prejudikatintresse att Högsta domstolen prövar huruvida han ska dömas för två fall av narkotikabrott av normalgraden istället för ett fall av ringa narkotikabrott. Slutligen att Högsta domstolen bör klargöra huruvida den omständigheten att han blivit avskedad ska beaktas vid straffmätningen enligt 29 kap. 5 § brottsbalken.

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, kroppsskada, psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation.

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.

Med en person som inte deltar frivilligt

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 önskat 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.

Karakteristiskt för en sådan situation är att offret saknar eller i vart fall har klart begränsade möjligheter att freda sin sexuella integritet. Det krävs således inte att offret helt saknar förmåga att värja sig eller kontrollera sitt handlande. En kraftigt berusad person, som på grund av sin påverkansgrad haft klart begränsade möjligheter att värja sig mot ett övergrepp, kan ha befunnit sig i en särskilt utsatt situation, även om han eller hon inte helt

saknat förmåga att uppfatta det sexuella övergreppet (prop. 2012/13:111 s. 112).

(...)

Möjligt är att 2013 års lagändring, som utvidgade tillämpningsområdet något för den tidigare våldtäktsbestämmelsen, har inneburit att man inte längre ställer lika stränga krav på offrets berusning. Ett offer kan befinna sig i en särskilt utsatt situation på grund av en kombination av exempelvis berusning och sömndrucket tillstånd. Omvänt är det möjligt att otillbörlighetsrekvisitet har fått en något större betydelse för avgränsningen av brottet. (...)

Flera omständigheter kan sammantagna skapa en särskilt utsatt situation eller vad som tidigare kallades ett hjälplöst tillstånd, t.ex. berusning i kombination med att offret befinner sig i en hotfull situation. (...)

Min bedömning

Tingsrätten fann att det är målsägandens berättelse som ska ligga till grund för bedömningen. Av målsägandens uppgifter är det utrett att hon, i vart fall innan JK påbörjade det vaginala samlaget, genom skrik och fysiskt agerande försökte få honom att avbryta. Därmed måste det enligt tingsrätten med klarhet ha framgått för JK att han våldförde sig på målsäganden mot hennes vilja och att han därför ska dömas för våldtäkt. Tingsrätten uttalar sig inte i domskälen i fråga om målsäganden med hänsyn till omständigheterna befunnit sig i en särskilt utsatt situation och att JK otillbörligen utnyttjat detta. Enligt tingsrättens domslut är dock JK dömd för våldtäkt enligt 6 kap. 1 § 1 men och 3 men 2 p brottsbalken.

Hovrätten har gjort en annan bedömning av bevisningen och kommit fram till att det är JKs uppgifter om vad som utspelade sig mellan honom och målsäganden i det aktuella hotellrummet som ska ligga till grund för bedömningen. Enligt hans uppgifter var målsäganden sexuellt aktiv och pådrivande ända fram till dess att han påbörjade det vaginala samlaget, då hon helt plötsligt ändrade sinnesstämning, vilket han märkte och därför direkt upphörde med samlaget. Enligt hovrätten kunde han därför inte dömas för våldtäkt redan på den grunden att målsäganden inte deltog frivilligt. Enligt hovrätten hade dock JK otillbörligt utnyttjat att målsäganden befann sig i en särskilt utsatt situation och att hon därmed inte i lagens mening kunnat delta frivilligt i de sexuella handlingarna.

För egen del instämmer jag i tingsrättens bevisvärdering och anser lika med tingsrätten att det är målsägandens uppgifter som ska ligga till grund för bedömningen. Åtalet för våldtäkt är redan härigenom styrkt.

Jag instämmer i hovrättens bedömning när det gäller åtalen för narkotikabrott samt fängelsestraffets längd.

Hovrättens domslut bör därför 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 enskildes intresse av att få sitt överklagande prövat kan således inte ligga till grund för prövningstillstånd i Högsta domstolen.

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 lagt JKs berättelse om vad som utspelade sig mellan honom och målsäganden inne på hotellrummet till grund för bedömningen. Jag kan inte instämma i hovrättens bevisvärdering. Som tingsrätten angett är målsägandens berättelse såväl trovärdig som tillförlitlig och hennes uppgifter vinner stöd av skriftlig bevisning i form av rättsintyg och muntliga uppgifter av flera utomstående personer som träffat målsäganden i direkt anslutning till händelsen. Vad JK angett och den bevisning i övrigt han åberopat motbevisar inte målsägandens uppgifter. Enligt min uppfattning är det därför målsägandens berättelse som ska ligga till grund för bedömningen. Genom hennes berättelse är det utrett att JK ska dömas för våldtäkt redan på den grunden att han genomförde samlag och andra sexuella handlingar med målsäganden mot hennes uttryckliga vilja.

Mot denna bakgrund och då målsäganden är en mycket skör person och dessutom ett barn motsätter jag mig med bestämdhet att Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd med utgångspunkt i vad hovrätten funnit utrett beträffande gärningen. Enligt min uppfattning innefattar målet således i första hand bevisfrågor och lämpar sig därför inte för en prövning i Högsta domstolen. Jag anser heller inte att detta mål är lämpligt för att pröva frågan

om det ska dömas för ett eller flera narkotikabrott eller rubriceringen av dessa, inte heller den straffmättningsfråga JK fört fram.

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-112539-18)
Kammaråklagararen Lotta Nielsen