



Högsta domstolen
Box 2066
103 12 Stockholm

VF ./. riksåklagaren ang. oaktsam våldtäkt

(Göta hovrätts dom den 21 april 2020 i mål B 3377-19)

Högsta domstolen har förelagt mig att svara skriftligen på VF:s överklagande. Svaret ska enligt föreläggandet särskilt avse frågan om straffmätning och val av påföljd för oaktsam våldtäkt. Jag har koncentrerat svaret till dessa frågor och vill anföra följande.

Min inställning

Jag bestrider ändring av hovrätts dom, men motsätter mig inte att prövningstillstånd meddelas i frågan om straffmätning och val av påföljd.

Bakgrund

Åtalet

VF åtalades den 18 oktober 2019 för våldtäkt enligt 6 kap. 1 § första stycket 1 meningen brottsbalken, alternativt i andra hand oaktsam våldtäkt enligt 6 kap. 1 a § brottsbalken, enligt följande gärningsbeskrivning.

[VF] har genomfört ett analt samlag med [målsäganden], som inte deltog frivilligt. Det hände den 12 september 2019 på Björngatan 6 a, Jönköping, Jönköpings kommun.

[VF] begick gärningen med uppsåt.

[VF] har åtminstone varit grovt oaktsam beträffande omständigheten att [målsäganden] inte deltog frivilligt.

Tingsrätten

Tingsrätten dömde VF för oaktsam våldtäkt enligt 6 kap. 1 § första stycket 1 meningen och 1 a § första stycket brottsbalken till fängelse i sex månader. Bestämmelsen i 29 kap. 7 § första stycket brottsbalken angavs i tingsrätts domslut.

Tingsrätten bedömde att straffvärdet för gärningen motsvarade fängelse i sex månader. Viss mindre hänsyn hade då, med hänvisning till Högsta domstolens dom i mål B 1200-19, tagits till att VF var 20 år vid gärningen.

Tingsrätten konstaterade att något övervakningsbehov inte föreligger, varför skyddstillsyn inte är aktuellt. VF är tidigare ostraffad och det saknas enligt tingsrätten särskild anledning att befara att han ska göra sig skyldig till fortsatt brottslighet. Den allmänna förutsättningen för en villkorlig dom bedömdes därmed vara uppfylld. Tingsrätten konstaterade dock att även en oaktsam våldtäkt av det slag som VF döms för är ett brott av sådan art att starka skäl talar för fängelse. Det gäller enligt tingsrätten särskilt i ett fall som detta då det är fråga om en medveten oaktsamhet av allvarligt slag som ligger mycket nära gränsen för uppsåt.

När straffvärdet för gärningen uppgår till sex månaders fängelse och arten av brottsligheten med styrka talar för fängelse är enligt tingsrätten en villkorlig dom inte en tillräckligt ingripande påföljd, även om den förenas med föreskrift om samhällstjänst. VF:s ålder vid gärningen leder enligt tingsrätten inte till någon annan bedömning. Påföljden bestämdes därför till fängelse.

Hovrätten

I fråga om påföljden ändrade hovrätten tingsrättens dom på så sätt att hovrätten bestämde fängelsestraffets längd till nio månader. Hovrätten ändrade även skadeståndet. I övrigt fastställdes tingsrättens dom.

I påföljdsfrågan anförde hovrätten följande.

Hovrätten anser att straffvärdet är något högre än vad tingsrätten funnit. Vid straffvärdebedömningen ska hänsyn tas till graden av oaktsamhet hos gärningsmannen och till vilken sexuell handling det är fråga om (se rättsfallet NJA 2019 s. 668 p. 47). Det kan konstateras att [VF] genomfört ett analt samlag med Sekretess A och att han varit medvetet oaktsam. Den medvetna oaktsamheten ligger mycket nära ett uppsåtligt handlande. Hovrätten beaktar även att övergreppet skedde i Sekretess A:s hem och att det inneburit ett allvarligt angrepp på hennes trygghet till person. Hovrätten anser att straffvärdet motsvarar fängelse i nio månader. Viss hänsyn har då tagits till att [VF] var 20 år gammal vid gärningstillfället.

I förarbetena till bestämmelsen om oaktsam våldtäkt (prop. 2017/18:177) har inte gjorts några uttalanden om huruvida oaktsam våldtäkt är ett s.k. artbrott eller inte. Högsta domstolen har heller inte uttalat sig i frågan. Hovrätten beaktar dock att det är fråga om ett sexualbrott, en brottstyp där det i många fall finns en stark presumtion för fängelse. Vidare kräver brottet grov oaktsamhet på den subjektiva sidan. Som konstaterats har [VF] därtill agerat medvetet oaktsamt på ett sätt som ligger nära ett uppsåtligt handlande. Även allmänpreventiva skäl talar för att brottet bör betraktas som ett artbrott. Trots den restriktivitet som råder att i praxis behandla ytterligare brottstyper som artbrott, anser hovrätten med hänsyn till ovan redovisade skäl att oaktsam våldtäkt är att bedöma som ett artbrott (jfr. Svea hovrätts dom den 28 juni 2019 i mål B 5410-19). Påföljden ska därmed, precis som tingsrätten funnit, bestämmas till fängelse. Fängelsestraffets längd ska däremot ändras till nio månader.

Överklagandet

VF har i sitt överklagande yrkat att han ska frikännas och att skadeståndet som en följd av detta ska undanröjas. I vart fall ska enligt överklagandet det utdömda

fängelsestraffet undanröjas och istället en icke frihetsberövande påföljd utdömas.

Som grund för överklagandet i påföljdsfrågan har VF, med hänvisning till ett bifogat utlåtande från f.d. justitierådet Martin Borgeke, argumenterat mot att oaktsam våldtäkt ska anses vara ett s.k. artbrott. Han har i den frågan även hänvisat till en dom från Göta hovrätt i mål B 809-19 där hovrätten i avsaknad av förarbetsuttalanden och avgöranden från Högsta domstolen samt med hänsyn till den restriktivitet för att i rättsutvecklingen särbehandla brottstyper med hänsyn till deras art som Högsta domstolen gett uttryck för inte fann tillräckliga skäl för att särbehandla brottet oaktsam våldtäkt med hänvisning till dess art. I det för överklagandet aktuella målet har, anføres i överklagandet, samma hovrätt gjort en annan bedömning om art. I överklagandet ifrågasätts hovrättens slutsats om att ett nytt oaktsamhetsbrott som oaktsam våldtäkt skulle ha ett sådant artvärde att det skulle leda till fängelse.

Som grund för att prövningstillstånd ska meddelas i påföljdsfrågan har VF angett att det rör sig om en oklar lagstiftning, oklara förarbeten och oklara avgöranden från hovrätterna. Det behövs därför vägledning i frågan om oaktsam våldtäkt är ett artbrott överhuvudtaget och i så fall vilket artvärde brottet ska ha. Det behövs enligt överklagandet också vägledning i frågan om vilket straffvärde som en oaktsam våldtäkt ska anses ha.

Grunder för min inställning

Straffbestämmelsen om oaktsam våldtäkt

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 i paragrafen föreligger.

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 infördes år 2018. Inför lagändringen uttalade regeringen i fråga om behovet av en reform 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.)

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.)

Straffmätning

Straff ska bestämmas med beaktande av intresset av en enhetlig rättstillämpning, samt fastställas inom ramen för den tillämpliga straffskalan efter brottets eller den samlade brottslighetens straffvärde (29 kap. 1 § första stycket brottsbalken).

Straffvärdet anger hur allvarligt brottet är i förhållande till andra brott. Den skada, kränkning eller fara som gärningen inneburit, vad den tilltalade insett eller borde ha insett om detta samt de avsikter eller motiv som han eller hon har haft inverkar då straffvärdet bestäms. Det ska särskilt beaktas om gärningen har inneburit ett allvarligt angrepp på någons liv eller hälsa eller trygghet till person. (29 kap. 1 § andra stycket brottsbalken.)

Utgångspunkten för bedömningen av straffvärde ska normalt tas i de rekvisit som anges i den straffbestämmelse som ska tillämpas och i straffbestämmelsens primära skyddsområde.

Förekomsten av försvårande eller förmildrande omständigheter kan påverka straffvärdet i ett enskilt fall (29 kap. 2 och 3 §§ brottsbalken). Vid straffmätningen inverkar även tidigare brottslighet och förekomsten av s.k. billighetsskäl (29 kap. 4 och 5 §§ brottsbalken).

Om någon har begått brott innan han eller hon fyllt 21 år ska hans eller hennes ungdom beaktas särskilt när straff bestäms (29 kap. 7 § första stycket brottsbalken). Rätten får i dessa fall döma till lindrigare straff än vad som är föreskrivet för brottet. HD har klargjort att bestämmelsen inte påverkar

bedömningen av brottets straffvärde (NJA 1991 s. 444 och 1994 s. 153). Vad bestämmelsen ger uttryck för kan i stället sägas vara att domstolarna i förhållande till ungdomar ska tillämpa en på visst sätt generellt justerad straffskala (Brottsbalken – en kommentar på internet, kommentaren till 29 kap. 7 § brottsbalken).

Straffnedsättningen bör enligt HD normalt bli större för den som vid brottets begående var väsentligt yngre än 21 år än för den som nästan uppnått denna ålder. Men inte enbart åldern bör vara avgörande för hur stor straffnedsättningen bör bli. Vid långvariga fängelsestraff kan det ofta vara rimligt att sätta ned straffet mer än vid kortare frihetsstraff eller bötesstraff och brottets art kan också vara av betydelse. (NJA 2000 s. 421.)

Val av påföljd

Grundläggande bestämmelser

Vid val av påföljd ska rätten fästa särskilt avseende vid omständigheter som talar för en lindrigare påföljd än fängelse (30 kap. 4 § första stycket brottsbalken). Rätten ska då beakta de s.k. billighetsskälen (29 kap. 5 § brottsbalken).

Som skäl för fängelse får rätten beakta straffvärdet, brottslighetens art och att den tilltalade tidigare har gjort sig skyldig till brott (30 kap. 4 § andra stycket brottsbalken). Endast dessa tre omständigheter kan utgöra skäl för fängelse. Hur starkt var och en av dem talar för fängelse beror på omständigheterna i det enskilda fallet.

För brott som någon begått efter det att han eller hon fyllt 18 men innan han eller hon fyllt 21 år får rätten döma till fängelse endast om det med hänsyn till gärningens straffvärde eller annars finns särskilda skäl för det (30 kap. 5 § andra stycket brottsbalken). Vad som för denna åldersgrupp främst kan medföra att fängelse måste ådömas är att den begångna gärningen har ett högt straffvärde. Men även förekomsten av tidigare lagföringar kan utesluta annan påföljd än fängelse för denna grupp. Vidare har inte sällan brottets art ansetts kunna tala så starkt för fängelse att en sådan påföljd får väljas, t.ex. vid rattfylleri. Uttrycket att rätten kan döma till fängelse om det "annars finns särskilda skäl för det" syftar alltså på tidigare brottslighet eller brottets art. Om fängelse döms ut, kan regelmässigt en minskning av straffet ske med stöd av 29 kap. 7 § brottsbalken. (Prop. 1987/88:120 s. 103.)

Påföljdsvalet styrs även av bl.a. vilka skäl som finns för villkorlig dom respektive skyddstillsyn med olika kombinationer (30 kap. 7–11 §§ brottsbalken). I kap. 32 brottsbalken finns bestämmelser om överlämnande till särskild vård för unga i de fall det finns ett särskilt behov av sådan vård.

Straffvärdets betydelse som skäl för fängelse

Att gärningen har ett högt straffvärde är ofta ett skäl att döma till fängelse. Ett riktvärde för hur högt ett straffvärde måste vara för att föranleda ett fängelsestraff är att om ett brott eller den samlade brottsligheten anses böra medföra ett års fängelse eller mer så innebär det en presumtion för att fängelse ska dömas ut (prop. 1987/88:120 s. 100).

Högsta domstolen har i ett antal avgöranden använt sig av begreppet ”straffmättningsvärde” för att beskriva det värde som ska utgöra utgångspunkt vid valet av påföljd (jfr t.ex. NJA 2012 s. 849, 2012 s. 1038, 2014 s. 559, 2014 s. 990, 2015 s. 948, 2015 s. 1024 och 2016 s. 553). Med begreppet avses brottslighetens konkreta straffvärde med minskning på grund av billighetshänsyn och den tilltalades ungdom. Vilket genomslag omständigheter som utgör billighetsskäl ska få vid påföljdsvalet minskar ju högre straffvärdet är för den brottslighet som föreligger till bedömning och beroende på vilken typ av omständigheter det är frågan om (jfr NJA 2008 s. 359).

Betydelsen av brottslighetens art som skäl för fängelse

Avsikten med att införa bestämmelsen om brottslighetens art som skäl för fängelse var att anknyta till tidigare praxis, före år 1989 då bestämmelsen infördes, enligt vilken vissa brott ansetts motivera fängelse trots att de inte har ett särskilt högt straffvärde. Det var då frågan om brott som av allmänpreventiva skäl ansetts normalt skulle följas av ett kort fängelsestraff. Även om straffvärdet i det enskilda fallet inte är betydande, kan det i samverkan med andra faktorer utgöra ett viktigt skäl för att i det enskilda fallet döma till fängelse. Det erinrades i förarbetena om möjligheterna att vid påföljdsbestämningen av allmänpreventiva skäl beakta exempelvis att en brottslighet har blivit mer utbredd eller antagit mer elakartade former. (Prop.1987/88:120 s. 100.)

En betoning av principerna om proportionalitet, ekvivalens och rättslig likabehandling är, sades det i förarbetena till den nya bestämmelsen, inte förenlig med att domstolen i det enskilda fallet skulle kunna ”statuera ett exempel”. Enligt departementschefen innebar dock inte synsättet något hinder mot att man vid bedömningen av den generella straffnivån eller det allmänna straffvärdet kunde beakta allmänpreventiva intressen. Det ankom i första hand på lagstiftaren att vid bedömningen av vilka straffskalor som skulle gälla väga in sådana omständigheter. I vissa fall kunde det, sades det, emellertid också finnas anledning till en ändrad domstolspraxis av sådana skäl. (A. prop. s. 37.)

I senare lagstiftningsarbete har det konstaterats, att det främst varit genom Högsta domstolens avgöranden som det slagits fast vilka brottstyper som med hänsyn till sin art skulle kunna föranleda särbehandling i påföljdshänseende. Detta har, har det sagts, i stor utsträckning skett brottstyp för brottstyp snarare än genom generella riktlinjer. Det har mot bakgrund av detta bedömts svårt att göra någon fullständig uppräknings av vilka omständigheter som är av betydelse

för att viss brottslighet ska anses vara av nu angiven art. En sådan omständighet kan emellertid vara att en brottstyp blivit mera utbredd. Vidare bör det kunna beaktas om en brottstyp visat sig svår att förebygga eller upptäcka. Andra relevanta omständigheter är enligt förarbetena att brottstypen innefattar ett angrepp på den personliga integriteten eller ett åsidosättande av respekten för rättsväsendet och dess företrädare eller att den påverkar möjligheterna att upprätthålla straffsystemets effektivitet. Att en gärning i det enskilda fallet rubriceras som ett brott tillhörande en sådan brottstyp som nu sagts innebär emellertid inte, har det sagts, automatiskt att brottet ska anses vara av sådan art att påföljden enbart med hänsyn härtill ska bestämmas till fängelse. Under straffbestämmelsen om misshandel av normalgraden i 3 kap. 5 § brottsbalken ryms t.ex. både oprovocerad gatumisshandel, där presumptionen för fängelse på grund av brottets art är stark, och s.k. dansbaneslagsmål mellan två berusade personer, där det inte sällan döms till villkorlig dom jämte böter och någon mer ingripande påföljd ofta inte heller framstår som påkallad. En bedömning av styrkan av de skäl som kan föranleda särbehandling i påföljdshänseende måste därför, angavs det, göras i varje enskilt fall. (Prop. 1997/98:96 s 116 f.)

Att det inte är den brottsrubricering som är tillämplig som i alla lägen är avgörande för bedömningen av om ett brott ska anses vara av den arten att fängelse bör ådömas har ytterligare tydliggjorts i praxis. Styrkan för presumptionen för fängelse kan, har HD klargjort, variera beroende på brottslighetens karaktär i det särskilda fallet och omständigheterna kring brottet (NJA 1999 s. 561). Begreppet ”artvärde” har kommit att användas i praxis och doktrinen för att illustrera kravet på att en bedömning ska ske i varje enskilt fall.

I *NJA 2015 s. 559* (”*De kinesiska kullagren*”) uttalade HD följande om kriterierna för bedömningen av brottets art.

Den praxis som rådde före reformen år 1989 och som kom att gälla även därefter (se p. 21) byggde på tanken att det beträffande vissa brottstyper finns ett behov av att ta hänsyn till intresset av allmän laglydnad. I linje med vad som vid reformens tillkomst uttalades om betydelsen av allmänpreventionen (se p. 22) finns det emellertid anledning att iakta stor försiktighet med att utan uttryckligt stöd i lagförarbeten bygga vidare på den grunden (jfr även SOU 2012:34 s. 706 ff.). Generellt måste det också antas att utrymmet för att genom rättsutveckling i praxis särbehandla ytterligare brottstyper med hänvisning till deras art är begränsat.

När det gäller vad som skulle kunna få betydelse för frågan, om ett visst brott trots avsaknad av stöd i lagförarbeten eller i tidigare praxis - och trots vad som nyss har sagts om att utrymmet för det är begränsat - bör särbehandlas med hänvisning till dess art, får lagförarbetena förstås på det viset att det åtminstone delvis är fråga om andra förhållanden än sådana som inverkar på straffvärdet (jfr p. 22). Nära till hands ligger att se det så, att det rör sig om det särskilda behovet av normbildning som den aktuella brottstypen kan föranleda (jfr här vad som i prop. 1997/98:96, som i detta hänseende inte ledde till lagstiftning, på s. 116 talas om en förväntan att på en generell nivå uppnå moraltbildande eller moralförstärkande effekter och en avskräckningseffekt som motverkar den aktuella typen av brott). Behovet av normbildning kan ha sin grund exempelvis i att det typiskt sett rör sig om svårupptäckta brott eller att brottstypen innefattar en samhällsfara som inte reflekteras på annat sätt vid påföljdsbestämningen (jfr p. 21 beträffande vad som i förarbetena till 1989 års reform talas om att en brottslighet har blivit mer utbredd eller antagit mer elakartade former).

Det sagda tar sikte på brottsstypens betydelse för bedömningen av brottslighetens art. Brottsstypen är emellertid inte ensamt avgörande; en individualiserad bedömning ska också göras av hur starkt brottslighetens art talar för fängelse (se NJA 1999 s. 561; här kan också hänvisas till förarbetsuttalandena om att särbehandlingen ska avse endast ”vissa typer” av exempelvis misshandel och skattebrott, a. prop. s. 100).

Lagstiftaren har i några fall angett brotts typer för vilka särbehandling ska ske med hänvisning till art. Exempel på sådana brotts typer angavs i de ursprungliga förarbetena vara rattfylleri, vissa brott mot vapen- och jaktlagstiftningen samt olovlig vistelse i riket. Andra exempel var vissa former av misshandel och våld mot tjänsteman. Även vissa former av skattebrott angavs höra hit. (Prop. 1987/88:177 s. 100.) Bland övriga brotts typer som lagstiftaren senare har pekat ut kan nämnas narkotikabrott, mened, övergrepp i rättssak, vissa bokföringsbrott och vissa miljöbrott (jfr prop. 1997/98:96 s. 114, prop. 1997/98:45 del 1 s. 528 och prop. 2004/05:69 s. 39).

I praxis har det efterhand tillkommit ytterligare brotts typer som, med beaktande av omständigheterna i de enskilda fallen, har särbehandlats i påföljdshänseende. Bland dessa finns vissa sexualbrott.

NJA 2003 s. 313 (sexuellt utnyttjande av underårig)

Den tilltalade dömdes för att han hade haft sexuellt umgänge med målsäganden, som var 14 år gammal, trots att han hade skälig anledning anta att hon var under 15 år vid tidpunkten för händelsen. Det sexuella umgänget hade innefattat att han med sitt könsorgan trängt in i hennes vagina. Frågan i målet är om den tilltalade skulle dömas till fängelse eller någon annan påföljd, i första hand villkorlig dom med samhällstjänst.

I påföljdsfrågan fann HD inte anledning att frågå hovrättens bedömning av brottets straffvärde motsvarande åtta månaders fängelse. Med hänsyn till den tilltalades ålder vid gärningstillfället borde det fängelsestraff som kunde vara aktuellt att döma ut i målet bestämmas till fyra månader. Med hänsyn till de intressen som straffbestämmelsen angående sexuellt utnyttjande av underårig är avsedd att skydda finns, anfördes det, en presumtion för fängelse (jfr NJA 1991 s. 228 och 1992 s. 585). Hur stark denna presumtion är beror dock på omständigheterna i det enskilda fallet. HD konstaterade att den tilltalade hade gjort sig skyldig till ett övergrepp av allvarligt slag och brottet hade inneburit en förhållandevis grov kränkning av målsägandens sexuella integritet. Karaktären på brottet och brottets allvar talade enligt HD med betydande styrka för att påföljden skulle bestämmas till fängelse.

Den tilltalade konstaterades leva under ordnade förhållanden. Han hade fast arbete och saknade missbruksproblem. Han hade angett att han riskerade att förlora sitt arbete om han dömdes till fängelse. Några övriga omständigheter kring den tilltalades person som skulle tala mot ett fängelsestraff hade enligt avgörandet inte framkommit i målet. Även med beaktande av den tilltalades ålder vid gärningstillfället och det förhållandet att relativt lång tid förflutit sedan händelsen bedömdes, mot bakgrund av det anförda, omständigheterna vid gärningen vara sådana att påföljden med hänsyn till brottets art borde bestämmas till fängelse.

NJA 2006 s. 79 I och II (sexuellt utnyttjande av barn)

(I)

Den tilltalade dömdes för sexuellt utnyttjande av barn genom att han haft ett med målsäganden frivilligt samlag när hon var 13 år och 10 månader gammal. Vid bedömningen av straffvärdet

beaktades bl.a. att målsäganden hade en förhållandevis lång tid kvar till åldern för sexuellt självbestämmande, att den tilltalade var väl medveten om målsägandens ålder samt att ålderskillnaden mellan målsäganden och den tilltalade - som var 25 år vid gärningstillfället - var betydande. Man kunde enligt HD inte heller bortse från att målsäganden vistades i den tilltalades hem under omständigheter som hade inslag av förtroendeförhållande.

HD fann i frågan om påföljd att en presumtion för fängelse måste anses föreligga för brottet sexuellt utnyttjande av barn. Detta innebar enligt HD inte att brottet ska anses vara av sådan art att annan påföljd än fängelse är utesluten. Med hänsyn till att brottet i det aktuella fallet hade ett så förhållandevis högt straffvärde som fängelse i sex månader och i betraktande av de faktorer som hade inverkat på straffvärdebedömningen fick det enligt HD dock anses att annan påföljd än fängelse kunde komma i fråga endast om alldeles speciella omständigheter, exempelvis hänförliga till den tilltalades person, skulle tala för detta. Sådana omständigheter kunde inte anses föreligga. Påföljden borde alltså som domstolarna funnit bestämmas till fängelse sex månader.

(II)

Den tilltalade dömdes för sexuellt utnyttjande av barn genom att han haft samlag med målsäganden trots att han haft skäligen anledning att anta att hon inte uppnått 15 års ålder. Påföljden bestämdes till fängelse ett år.

NJA 2011 s. 386 (utnyttjande av barn för sexuell posering och barnpornografibrott)

Den tilltalade dömdes för utnyttjande av barn för sexuell posering genom att han vid flera tillfällen förmått och instruerat sju flickor att på olika sätt posera sexuellt för honom. Han dömdes också för barnpornografibrott genom framställning och innehav av filmer och fotografier från dessa tillfällen samt genom att han innehaft och spritt bilder och filmer som skildrat barn i pornografiska situationer. HD fann inte skäl att frångå den bedömning av straffvärdet för den samlade brottsligheten som hovrätten gjort om sex månaders fängelse. Frågan i målet var vilken påföljd den tilltalade skulle dömas till.

HD konstaterade att brottsligheten inte hade ett så högt straffvärde att det redan med hänsyn till detta måste föreligga särskilda skäl för att välja en inte frihetsberövande påföljd. Den tilltalade var heller inte tidigare dömd för brott. Frågan var då om det med beaktande av inte endast straffvärdet utan också brottslighetens art fick anses föreligga en presumtion för fängelse, och om det i så fall fanns några andra för påföljdsvalet relevanta omständigheter som gjorde att en lindrigare påföljd ändå borde väljas.

HD konstaterade, med hänvisning till avsaknad av uttalanden från lagstiftaren och till tidigare praxis, att barnpornografibrottsligheten inte isolerat sett hade ett sådant straffvärde och är av sådan art att det förelåg en presumtion för fängelse. Frågan var då i vad mån den omständigheten att den tilltalade också gjort sig skyldig till utnyttjande av barn för sexuell posering gav anledning till en annan bedömning av påföljdsvalet. HD konstaterade att inte heller för detta brott hade lagstiftaren berört i vad mån brottet är att uppfatta som ett s.k. artbrott och någon fast praxis när det gäller påföljdsvalet hade inte heller utvecklats.

Brott mot förbudet att utnyttja barn för sexuell posering är emellertid, sade HD, i många av de hänseenden som kan förväntas vara av betydelse för påföljdsvalet likartat med barnpornografibrott, och straffbestämmelserna täcker till inte oväsentlig del varandra. Även om brotten systematiskt är olika på så sätt att det förstnämnda är brott mot person och det andra är brott mot allmän ordning har de samma grundläggande skyddsintresse, nämligen att skydda barn mot att utnyttjas sexuellt. Övervägande skäl ansågs under sådana förhållanden tala för att en presumtion för fängelse bör anses gälla vid grova utnyttjanden av barn för sexuell posering, medan andra sådana brott i påföljdsvalshänseende normalt är att jämställa med barnpornografibrott som inte är grova.

HD konstaterade vidare att vilken betydelse som brottets art får för påföljdsbestämningen också är beroende av brottslighetens straffvärde. Även om varken arten eller straffvärdet i sig räcker

för en presumtion för fängelse kan de sammantagna vara tillräckliga för detta. Ju högre straffvärdet är, desto mindre krävs därvid för att brottslighetens art ska anses sådan att en presumtion för fängelse föreligger. (Jfr t.ex. NJA 2008 s. 653.) I det aktuella fallet ansågs ett så pass nära sakligt och tidsmässigt samband föreligga mellan brotten att det framstod som naturligt att lägga det samlade straffvärdet till grund för påföljdsvalet. Straffvärdet och arten av den brottslighet som den tilltalade gjort sig skyldig till medförde enligt HD att det fanns en presumtion för att påföljden skulle bestämmas till fängelse.

Med hänsyn till att den tilltalades av Europakonventionen skyddade rätt till rättegång inom skälig tid hade kränkts fann HD dock att påföljden skulle bestämmas till en inte frihetsberövande påföljd. Vidare hade den brottslighet som den tilltalade hade gjort sig skyldig till uppenbarligen samband med en sexuell störning och HD fann att han var i behov av ytterligare stöd och hjälp. Påföljden bestämdes mot denna bakgrund till skyddstillsyn med särskild föreskrift att genomgå ett behandlingsprogram.

Det finns ett visst utrymme för annat än fängelse trots art

Vid artbrott krävs det särskilda skäl för att en inte frihetsberövande påföljd ska väljas (prop. 1987/88:120 s. 100).

I förarbetena till försöksverksamhet med samhällstjänst uttalades att det, i vart fall i samband med försöksverksamheten, inte borde vara uteslutet att samhällstjänst används i stället för fängelsestraff även vid brott som enligt gällande praxis normalt anses kräva ett kortare fängelsestraff med hänsyn till sin art. Samhällstjänst tänktes kunna bli aktuellt för främst bl.a. den grupp brottslingar som med hänsyn till brottslighetens art ådöms korta fängelsestraff från 14 dagar till några få månader. (Prop. 1989/90:7 s. 19 f.)

När påföljden samhällstjänst senare gjordes till en permanent del av påföljdssystemet uttalade regeringen att det inte var regeringens avsikt att reformen skulle innebära någon ändring av gällande rätt såvitt avser användningen av samhällstjänst vid artbrottslighet såsom den kommit till uttryck i praxis vid kombination med skyddstillsyn (jfr bl.a. NJA 1991 s. 444, 1992 s. 590, 1994 s. 153, 1994 s. 468 och 1997 s. 278). (Prop. 1997/98:96 s. 97.)

Praxis om påföljd för oaktsam våldtäkt

NJA 2019 s. 668 "Övernattningen"

HD:s prövning avsåg bl.a. frågan om påföljd för oaktsam våldtäkt. Det bedömdes utrett 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 påföljdsfrågan uppgavs 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 för Västra Sverige dom den 24 juni 2019 i mål B 2906-19

Hovrätten fann det visat att den tilltalade genomförde ett vaginalt samlag med målsäganden trots att han insåg att det fanns en risk för att målsäganden sov. Han hade därför varit grovt oaktsam och dömdes 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

Hovrätten fann det utrett att den tilltalade penetrerat målsägandens underliv med fingrarna och därigenom genomfört en sexuell handling jämförlig med samlag samt att målsäganden inte deltog frivilligt i detta. Hovrätten fann vidare att den tilltalade måste ha insett att det funnits en risk för att målsäganden inte deltog frivilligt i den sexuella handlingen. Han dömdes för oaktsam våldtäkt. Straffvärdet bestämdes till fängelse i åtta månader och påföljden bestämdes i enlighet med detta.

Svea hovrätts dom den 15 juli 2019 i mål B 5624-19

Hovrätten dömde den tilltalade för oaktsam våldtäkt för att han genomfört vaginalt och oralt samlag med målsäganden som inte deltog frivilligt. Hovrätten bedömde straffvärdet till fängelse i åtta månader och bestämde påföljden i enlighet med detta.

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

Hovrätten dömde den tilltalade för oaktsam våldtäkt som bestod i att han fört in sina fingrar och försökt föra in sin knytnäve i målsägandens slida och därmed genomfört handlingar genomförliga med samlag med målsäganden som inte deltog frivilligt. Hovrätten bedömde att straffvärdet för en vuxen person var något understigande fängelse i ett år. Eftersom det fanns ett vårdbehov och straffmättningsvärdet inte bedömdes vara högre än att ungdomsvård kunde anses tillräckligt ingripande dömdes den tilltalade till ungdomsvård med föreskrift om att följa ett ungdomskontrakt.

Min bedömning**Straffmätning**

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 VF döms för består av ett analt samlag som tillfogat målsäganden smärta. Övergreppet har skett i målsägandens hem. Brottet har därför inneburit en allvarlig kränkning av hennes personliga och sexuella integritet liksom ett allvarligt angrepp mot hennes trygghet till person.

Vid bedömningen av straffvärdet ska beaktas att VF har varit medvetet oaktsam. 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 gärningen påtagligt över straffminimum för brottet. I det nu överklagade målet tillkommer att den sexuella handlingen har varit fysiskt smärtsam, vilket motiverar ett högre straffvärde.

VF begick brottet dagen innan han fyllde 21 år och hans ungdom ska därför, i någon mån, beaktas vid straffmätningen.

Det fängelsestraff som är aktuellt att döma ut för den oaktsamma våldtäkten som VF har gjort sig skyldig till motsvarar mot bakgrund av det som anförts fängelse i nio månader. Jag delar alltså den bedömning som hovrätten har gjort.

Påföljdsvalet

VF hade ännu inte fyllt 21 år då han begick gärningen. Han får alltså dömas till fängelse endast om det med hänsyn till gärningens straffvärde eller annars finns särskilda skäl för det. Med uttrycket ”annars finns särskilda skäl för det” avses om det finns tidigare brottslighet och om det rör sig om brottslighet av sådan art att fängelse normalt ska följa.

I det nu aktuella fallet utgör alltså straffvärdet (straffmättningsvärdet), som inte motsvarar fängelse i ett år eller mer, 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).

VF 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.

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. 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 nämns 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. Graden av oaktsamhet bör ha en betydelse i det sammanhanget. För oaktsam våldtäkt krävs grov oaktsamhet beträffande målsägandens frivillighet. VF döms för att han har varit medvetet oaktsam, vilket är en oaktsamhetsform som nära gränsar till uppsåt. Att vara medvetet 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.

VF har gjort sig skyldig till ett övergrepp av allvarligt slag som tillfogat målsäganden fysisk smärta och som inneburit en betydande kränkning av hennes sexuella integritet. Han har varit medvetet oaktsam, dvs. likgiltig inför risken för att målsäganden inte deltog frivilligt i det anala samlaget. 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 VF 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).

Även med beaktande av VF:s ålder vid gärningstillfället bedömer jag sammantaget att omständigheterna vid gärningen är sådana att påföljden med hänsyn till brottets straffvärde och art bör vara fängelse.

Prövningstillstånd

Enligt 54 kap. 10 § första stycket 1 rättegångsbalken får prövningstillstånd meddelas om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta domstolen (prejudikatdispens). För att bevilja prövning enligt denna punkt krävs alltså att ett avgörande av Högsta domstolen blir av generell betydelse för bedömningen av framtida mål som innehåller liknande frågeställningar. Den enskildes intresse av att få till stånd en prövning i Högsta domstolen kan inte föranleda prövningstillstånd på denna grund.

VF vill, i påföljdsfrågan, att Högsta domstolen prövar om oaktsam våldtäkt är ett artbrott överhuvudtaget och i så fall vilket artvärde brottet ska ha. Det behövs enligt överklagandet också vägledning i frågan om vilket straffvärde som en oaktsam våldtäkt ska anses ha.

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 frågan om hur påföljd ska bestämmas. Omständigheterna i det förevarande målet är klarlagda, rättsfrågan är väl avgränsad och målet lämpar sig i och för sig väl för en prövning i Högsta domstolen. Mot den bakgrunden motsätter jag mig inte att prövningstillstånd

meddelas, med utgångspunkt i vad hovrätten har funnit utrett om gärningen, i fråga om straffmätning och val av påföljd.

Jag ser i övrigt inte någon omständighet som talar för att prövningstillstånd borde meddelas i målet.

Bevisuppgift och handläggning

Jag ber om att få återkomma med bevisuppgift och synpunkter på målets fortsatta handläggning för det fall Högsta domstolen skulle meddela prövningstillstånd i målet.

Petra Lundh

Eva Bloch

Kopia till:

Utvecklingscentrum.

Åklagarkammaren i Jönköping (AM-123878-19).

Kammaråklagaren Jessica Andersson.