



Högsta domstolen
Box 2066
103 12 Stockholm

EJ ./. riksåklagaren ang. våldtäkt

(Hovrättens för Västra Sverige dom den 14 oktober 2020 i mål B 4534-19)

Högsta domstolen har förelagt mig att sända eller lämna in svarsskrivelse över EJ:s överklagande. Jag vill anföra följande.

Min inställning

Jag bestrider ändring av hovrättens dom och motsätter mig att prövningstillstånd meddelas.

Bakgrund

Åtalet

EJ åtalades den 2 augusti 2019 för våldtäkt enligt 6 kap 1 § första stycket första meningen och tredje meningen 1 brottsbalken alternativt, i andra hand, oaktsam våldtäkt enligt 6 kap 1 a § första stycket brottsbalken enligt följande gärningsbeskrivning.

[EJ] har genomfört ett samlag med Sekretess A som inte deltog frivilligt. Det hände någon gång den 18 juli 2019 på [X-gatan] Karlstads kommun.

Sekretess A deltog i samlagets senare del som en följd av att [EJ] utövade våld mot henne i form av ett kraftigt tag runt och tryck mot hennes hals och om hennes bröst samt genom att hålla fast hennes höfter.

[EJ] begick gärningen med uppsåt. Lagrum: 6 kap 1 § 1 st 1 men och 3 men 1 p brottsbalken.

[EJ] har i vart fall, vid gärningen beskriven ovan, varit grovt oaktsam beträffande omständigheten att målsäganden inte deltog frivilligt.

Tingsrätten

Tingsrätten frikände EJ från åtalet. Tingsrätten fann vid en sammantagen bedömning att åklagarens bevisning inte var tillräckligt stark för att det, mot EJ:s nekande, skulle kunna slås fast att det genom målsägandens uppgifter, i förening med övrig utredning, var ställt utom rimligt tvivel att EJ hade haft ett samlag med målsäganden på det sätt som framgår av åklagarens gärningsbeskrivning.

Hovrätten

Hovrätten dömde EJ enligt 6 kap. 1 § första stycket 1 brottsbalken för våldtäkt till fängelse i två år.

Hovrätten fann i sina domskäl att utredningen gav ett påtagligt indirekt stöd för målsägandens uppgifter både när det gäller det huvudsakliga händelseförloppet före, under och efter den åtalade gärningen men även när det gäller väsentliga detaljer. En sammanvägning av den utredning som åklagaren och målsäganden hade lagt fram till stöd för åtalet ledde enligt hovrättens mening till att beviskravet var uppfyllt beträffande den omständigheten att målsäganden inte deltog frivilligt i den senare delen av samlaget, då hon deltog i detta till följd av det våld som EJ utövade mot henne. Det våld som hovrätten fann utrett var dock endast ett kraftigt tag runt och tryck mot hennes hals.

Hovrätten fann vidare att EJ:s uppgifter och den övriga utredning han har lagt fram inte på något avgörande sätt påverkade den värdering av åklagarens och målsägandens bevisning om den faktiska situationen som hovrätten har gjort. Vid värderingen av EJ:s uppgifter uppgav hovrätten bl.a. följande.

[EJ] är i flera avseenden överens med Sekretess A om vad som förekom mellan dem inför och under Sekretess As besök hos honom i lägenheten. Det som särskilt skiljer deras berättelser åt är att [EJ] inte i något avseende vidgår omständigheter som kan uppfattas som negativa för honom även om dessa inte ingår i den åtalade gärningen eller i någon väsentlig mening läggs honom till last. Detta gäller bl.a. när och hur handduken kom bort från hans underkropp och om det förekom något förspel mellan dem på sängen i föräldrarnas sovrum. Dessa omständigheter inger betänkligheter vid bedömningen av värdet av hans uppgifter. När det gäller märket på Sekretess As hals och hur det har uppkommit är [EJ] mycket vag. Enligt honom är det ett sugmärke men han vet inte om han har gjort detta. Enligt honom har de visserligen kyssts och tagit på varandra men om det uppkommit i samband med detta kan han inte säga. Han kan inte heller utesluta att han gjort märket på halsen. För hovrätten framstår det som mindre sannolikt att ett sådant märke uppstår genom en ordinär kyss. Ett sådant märke kräver ett mera ihärdig sugande eller någon form av våld mot huden. Något sådant har [EJ] inte berättat om.

När det gäller själva samlaget skiljer sig [EJ:s] uppgifter i väsentlig mån från det Sekretess A har berättat. De uppgifter som [EJ] lämnat ger inget utrymme för något grepp om halsen på Sekretess A eller några omständigheter som kan förklara varför han och Sekretess A har så olika uppfattningar om hur det gick till under det samlag som de i och för sig var ense om att inleda. Någon av dem måste lämna medvetet felaktiga uppgifter då deras berättelser inte ger något praktiskt utrymme för att någon av dem har missuppfattat det som hände mellan dem. [EJ:s] version av det som hände i samband med samlaget står i bjärt kontrast till de iakttagelser som [KP] och [CK] gjort av Sekretess A i nära anslutning till den påstådda gärningen och till de bedömningar av Sekretess As dåliga mående som [GH] och [CH] gjort, även det i nära anslutning till den påstådda gärningen. Det finns i synnerhet inte skäl att sätta ifråga de två professionella aktörernas bedömningar som grundar sig på vad de har iakttagit när Sekretess A personligen besökt var och en av dem.

I frågan om EJ:s uppsåt alternativt grova oaktsamhet till frånvaron av frivillighet från målsägandens sida uppgav hovrätten följande.

Det finns inte anledning till annat bedömande än att greppet om Sekretess As hals var resultatet av ett medvetet handlande av [EJ]. Han tog det greppet trots att Sekretess A i ett tidigare skede under samlaget genom ett ”nej” klargjort att hon inte var med på att han berörde hennes hals. Det finns inte heller anledning att betvivla Sekretess As uppgifter om att hon med kropps rörelser försökte att frigöra sig från det greppet men till slut gav upp. Något som [EJ] måste ha märkt även om han inte hörde vad Sekretess A försökte uttala till honom. Han måste då ha insett att Sekretess A deltog i slutskedet av samlaget till följd av hans bruk av våld mot hennes hals och att hon därmed inte längre deltog frivilligt i samlaget. [EJ] har då agerat med sådant uppsåt som krävs för ett våldtäktsbrott. Han ska därmed dömas för våldtäkt som inte kan bedömas som mindre grovt brott.

I påföljdsfrågan bedömde hovrätten, med beaktande av att våldtäkten genomförts med visst våld, att straffvärdet överstiger det lägsta föreskrivna straffet med några månader. Vid straffmätningen beaktade hovrätten att en fällande dom negativt skulle påverka EJ:s anställningsförhållanden (29 kap. 5 § första stycket 7 brottsbalken). Straffmätningens värde bestämdes därför till fängelse i två år. Annan påföljd än fängelse bedömdes med hänsyn till straffmätningens värde inte möjlig.

Två ledamöter, en tf assessor och en nämndeman, var skiljaktiga och ville ogilla åtalet eftersom de fann att utredningen inte var tillräcklig för en fällande dom.

Överklagandet

EJ har yrkat att Högsta domstolen i första hand ska ogilla åtalet och i andra hand ska döma honom för oaktsam våldtäkt. Han yrkar vidare att Högsta domstolen under alla omständigheter ska mildra påföljden och sätta ned skadeståndet.

Som skäl för prövningstillstånd har EJ anfört att det behövs ett klargörande från Högsta domstolen i frågan om under vilka förutsättningar en tidigare frivillig sexuell handling övergår till en ny sexuell handling och, för det fall en ny sexuell handling anses föreligga, vilka krav som i så fall ställs på den tilltalade för att försäkra sig om att målsägande har uttryckt en (ny) frivillighet. EJ har också anfört att det behövs ett klargörande från Högsta domstolen i frågan om den tilltalade kan anses ha misslyckats med att uppfylla sin förklaringsbörda på grund av att denne lämnat (enligt hovrätten) tvivelaktiga uppgifter som inte direkt berör den åtalade gärningen.

Grunder för min inställning

Straffbestämmelsen om våldtäkt och frivillighetsrequisitet

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 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 § första stycket tredje meningen första punkten brottsbalken).

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.)

Att det i straffbestämmelsens tredje mening anges vissa omständigheter – t.ex. att deltagandet är en följd av misshandel eller annat våld (punkten 1) – 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. Även om en målsägande har uttryckt att han eller hon deltar i den sexuella handlingen frivilligt är ett deltagande inte frivilligt om det är en följd av våld. Med misshandel eller annat våld avses samma medel som hittills har gällt för

straffansvar för våldtäkt. Den praxis som finns på området kan därmed användas även i fortsättningen till ledning för rättstillämpningen. (A. prop. s. 37 f. och 80.)

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 f.)

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 utnyttjande- och beroendefallen. (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 förelegat. 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.)

Fri bevisprövning och förklaringsbörd

Rätten ska efter samvetsgrann prövning av allt som förekommit avgöra vad som är bevisat i målet. (35 kap. 1 § rättegångsbalken.) Paragrafen reglerar principerna om fri bevisföring och fri bevisvärdering,

Att den tilltalades agerande under en brottmålsrättegång i vissa fall ska tillmätas betydelse i bevishänseende är en följd av principen om fri bevisprövning. Om en part underlåter att enligt rättens beslut infinna sig vid rätten eller annars fullgöra något i rättegången eller att besvara för utredningen framställd fråga ska rätten med hänsyn tagen till omständigheterna i det enskilda fallet, pröva vilken verkan detta ska ha som bevis. (35 kap. 4 § rättegångsbalken.) De angivna formerna av parts passivitet i processen har alltså en bevisverkan. Vilken bevisverkan beror på omständigheterna i det särskilda fallet. När det gäller brottmål har HD uttalat att den tilltalade i vissa fall i rättspraxis har ansetts kunna åläggas en förklaringsbörd och har fällts till ansvar när han eller hon inte har kunnat uppfylla denna (jfr NJA 2013 s. 931, p. 34 samt även NJA 1984 s. 520, 2001 s. 551 och 2001 s. 570).

Den tilltalades agerande kan inte ensam användas som bevis för hans eller hennes skuld. Det är alltid åklagaren som måste prestera tillräcklig bevisning för att styrka brott. Men om åklagaren lagt fram bevis om ett visst förhållande, så kan det i vissa fall ligga en förklaringsbörd på den tilltalade. Om den tilltalade underlåter att lägga fram motbevisning mot ett bevisfaktum som åklagaren har lagt fram kan underlåtenheten tillmätas ett värde såsom hjälpfaktum för att värdera åklagarens bevisfaktum. Även annan passivitet från den misstänkte eller tilltalade kan få bevisverkan. (Fitger m.fl., *Rättegångsbalken – en kommentar på internet*, kommentaren till 35 kap. 4 § rättegångsbalken,).

Europadomstolen har genom sin praxis klargjort att rätten till tystnad och att inte behöva bidra till utredningen av egen skuld är allmänt erkända grundsatser i ett rättvist förfarande enligt artikel 6 (1) i Europakonventionen. Europadomstolen har trots detta i flera avgöranden (jfr t.ex. *Murray mot Storbritannien*) godtagit att en tilltalads passivitet kan ges ett visst bevisvärde. Inom ramen för lagstiftningsarbetet med att genomföra det s.k. oskuldspresumtionsdirektivet i svensk rätt konstaterade regeringen, som svar på inkomna remissynpunkter, att bestämmelsen i 34 kap. 4 § rättegångsbalken inte kan anses stå i strid med vare sig direktivet eller Europakonventionen (jfr prop. 2017/18:58 s. 15 f.).

Min bedömning

Frågan om frivillighet

EJ och målsäganden har inlett ett samlag med ömsesidig frivillighet. Genom att EJ har tagit ett tag om målsägandens hals trots att hon sagt nej till detta och försökt göra sig fri samt att han med greppet om halsen fortsatt samlaget har ett tidigare frivilligt deltagande för målsäganden övergått till ett deltagande till följd av våld. Deltagande i en sexuell handling som en följd av våld kan aldrig anses vara frivilligt. Det gäller även i de fall då deltagandet i den sexuella handlingen, som i detta fall, har inletts frivilligt. Det framgår uttryckligt av förarbetena att frivillighet till en sexuell handling måste föreligga under hela den sexuella handlingen (prop. 2017/18:58 s. 79). Som hovrätten funnit och på av hovrätten

anförda skäl måste EJ ha insett att målsäganden deltog i slutskedet av samlaget till följd av hans bruk av våld mot hennes hals och att hon därmed inte längre deltog frivilligt i samlaget.

Frågan om förklaringsbörd

Hovrätten har, som jag uppfattar det, på sedvanligt sätt inom ramen för sin bevisvärdering gjort en bedömning av EJ:s lämnade uppgifter om händelseförloppet, inklusive om vad som hänt före gärningen, för att avgöra om dessa kan rubba den bevisning som åklagaren och målsäganden lagt fram till stöd för åtalet. Inom ramen för sin bevisprövning är rätten fri att beakta om en tilltalad har ljugit om någon omständighet kring det aktuella händelseförloppet. Det gäller oavsett om lögnen avser en omständighet som ingår i gärningspåståendet eller inte. Bevisprövningen är fri.

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.

Jag bedömer, med hänvisning till det som anförts som min bedömning, att rättsläget är klart beträffande de rättsfrågor EJ vill att Högsta domstolen prövar samt att frågan om förklaringsbörd inte väcks i målet på det principiella sätt som argumentationen i överklagandet utgår från. Det finns därför enligt min bedömning inte något skäl att pröva överklagandet.

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 Karlstad (AM-99023-19).

Chefsåklagaren Niclas Wargren.