

GÖTA HOVRÄTT

INKOM: 2019-10-30
MÅLNR: B 3377-19
AKTBIL: 2

JÖNKÖPINGS TINGSRÄTT

Ink 2019 -10- 30

Akt 3705-19 / H13

Akt.bil

Göta Hovrätt

Box 2223

550 02 Jönköping

Jönköping den 29 oktober 2019

Till Göta Hovrätt

ÖVERKLAGANDE

KLAGANDE:

Viking Flor, 19980913-3532
Östra Storgatan 124 C, Lgh 1002
554 52 Jönköping

OFFENTLIG FÖRSVARARE:

Advokaten Tor Åström
Advokatgruppen
Hoppets Torg 5
553 21 Jönköping

MOTPART:

Åklagarkammaren i Jönköping

ÖVERKLAGAD DOM:

Jönköpings tingsrätts dom den 17 oktober i
mål nr B 3705-19

Som ombud och offentlig försvarare för Viking Flor får jag härmed överklaga tingsrättens dom och framställa följande

YRKANDE

Viking Flor yrkar i första hand att hovrätten, med ändring av tingsrättens dom, skall frikänna honom helt och hållet. I konsekvens härmed bör hovrätten undanröja skadeståndet om 52 000 jämte ränta.

Viking Flor yrkar i andra hand att hovrätten, med ändring av tingsrättens dom skall utdöma en icke frihetsberövande påföljd.

ADVOKATBYRÅN ÅSTRÖM I SMÅLAND AB

Parterna i målet har haft sexuell umgänge vid ett tidigare tillfälle. Det är i målet ostridigt att parterna den aktuella kvällen deltog frivilligt i en rad sexuella aktiviteter, bland annat i form av vaginalt samlag. Det finns inga uppgifter om våld, tvång, hot eller förnedring. Båda parter vidgår att man druckit alkohol under kvällen. Det är också utrett att målsäganden övervägande varit passiv i sitt agerande och att den tilltalade varit den som aktivt tagit initiativ till byte från en typ av sexuell aktivitet till en annan. Det är klarlagt att den kontroversiella delen av samvaron varade i mindre än en minut. I målet är det dessutom ostridigt att parterna haft en bristfällig verbal kommunikation under den sexuella samvaron.

Trappstegsmodellen

Försvaret har under målet i tingsrätten valt att utgå från en modell av sexuell samvaro som återfinns i Petter Asps bok "Sex och samtycke" (s 111 och 112, Uppsala 2010). Modellen bygger på att sexuell samvaro inte förhandlas fram verbalt utan genom successiva närmanden och genom en succesivt ökad intimitet. Undertecknad försökte åskådliggöra detta genom en trappstegsmodell där varje steg innebär en ny sexuell aktivitet och där det förutsätts att visat samtycke till det trappsteget man är på just nu, ger den aktive möjlighet att straffritt gå upp till nästa trappsteg. Det vill säga ett visat samtycke till trappsteget "omfattande hångel" skulle ge den aktive parten möjlighet att straffritt gå över till steget "smekande av intima kroppsdelar utanpå kläderna". Och så vidare. Detta skulle gälla även om inte den passive parten verbalt gett sitt samtycke och även om den aktive parten inte frågade om lov verbalt.

I prop. 2017/18:177 sidan 33 så anges bla. följande. För bedömningen av om deltagandet varit frivilligt eller inte bör det alltså sakna betydelse om en person innerst inne har varit positiv eller negativ till sexuell samvaro. Om en person har valt att delta i sexuell umgänge och det inte samtidigt har förekommit t.ex. våld, hot eller utnyttjande, bör gärningen vara straffri även om den utsatte i grunden har varit negativt inställd till handlingen. Det innebär att s.k. tjatsex inte bör vara straffbart. Det är i grunden en rättssäkerhetsfråga att den som deltar i en sexuell handling med en person som har gett uttryck för en vilja att delta normalt kan förlita sig på den uppgiften. På sidan 34 så anges vidare att om tyst samtycke föreligger så skall det räknas som frivilligt deltagande i den sexuella samvaron.

Petter Asp skriver också om *kontexten*, relationen mellan parterna, som man också bör beakta när man bedömer vad som är brottsligt. Exempelvis är det orimligt att döma en hustru för sexuell ofredande om hon vidrör sin mångårige mans könsorgan även om de inte just då befinner sig i en samlagssituation. *Kontexten* ger hustrun straffrihet. På motsvarande sätt ger *kontexten* parter som kommit överens om att ha sex i någons lägenhet en större handlingsfrihet jämfört med två främmande personer som möts i en park.

Trappstegsmodellen i detta mål

Vid ett användande av modellen ovan så är det enligt min mening klarlagt att den sexuella samvaron i det nu aktuella målet följde Petter Asps modell för succesivt ökad intimitet. Parternas kontakter på nöjesstället och deras tidigare sexuella möte, torde dessutom ha gjort parterna mentalt förberedda att man skulle komma att ta trappsteg för trappsteg även denna gång. Vid de tidiga trappstegen som kyssar och smek fanns en ömsesidighet i och med att båda parter var aktiva. Kläddavtagande var ett steg till där man i agerade båda två. Vid övriga trappsteg är det sedan pojken som tar initiativet till nästa trappsteg. Oralsex-trappsteget passeras liksom två olika former av vaginalt sex. Min klient har sagt att dessa steg bejakades av målsäganden genom positivt menade stönanden.

Det leder fram till den viktiga frågan;

Hade den tilltalade möjlighet att straffritt gå upp ett trappsteg till, d.v.s. till trappsteget analt samlag?

Ett nekande svar på den frågan skulle kunna formuleras enligt ett målsägandeperspektiv på följande sätt;

”Nej, målsäganden ville inte gå upp på analsexsteget och därför var den aktiviteten inte frivillig och därmed straffbar.” Det vill säga att steget upp till detta trappsteg innebar att den tilltalade gick över *målsägandens* röda linje.

Ett annat nekande svar på samma fråga skulle kunna formuleras mer generellt. Och så gör tingsrätten på sidan 18.

”Rent allmänt måste den som inleder analsex med en annan person utan att ha diskuterat det med den personen också inse att det finns en risk för att den andra personen inte deltar frivilligt”. Det vill säga att steget upp till detta trappsteg innebar att den tilltalade gick över *tingsrättens* röda linje.

Tingsrätten anser sig uppenbarligen tvingade, i avsaknad av klar och tydlig lag, att själva dra en gräns för vad som är brott och vad som är straffritt. Och tingsrätten drar det vid trappsteget ”analsex”. Tingsrätten dras i och med detta också en tydlig gräns för det tysta samtycket. Det vill säga det tysta samtycket går bra vid oralsex och vaginalt sex men om man vill ägna sig åt analsex då måste parterna först ha en muntlig kontakt om detta.

Undertecknad ifrågasätter denna gränssättning. Om det finns en sådan gräns så skulle det enligt legalitetsprincipen stå i själva lagen eller åtminstone i förarbetena.

Undertecknad ifrågasätter också valet av gräns. Borde inte en gräns i så fall för tydlighetens skull dras vid all form av penetrering. Vaginal penetrering innebär ju, förutom smittorisk, också risk för oönskad graviditet.

Svaret på frågan ovan menar undertecknad istället skall vara ja.

”Ja, den tilltalade hade rätt, i det kontextuella sammanhanget med honom som drivande och henne som tyst samtyckande, att ta steget upp även till detta trappsteg”.

Frågan om målsägandens samtycke i detta mål

Tingsrätten har formulerat frågan i målet som om målsäganden deltog frivilligt i det anala samlaget eller inte.

För att besvara denna fråga går tingsrätten igenom ett antal punkter.

1. Trovärdigheten

Tingsrätten jämför målsägandens berättelse med den tilltalades.

Tingsrättens skriver bl.a. följande på sida 16. ”Målsäganden har lämnat en klar och sammanhängande berättelse. Den innehåller inte några motsägelser och det har inte heller framkommit att hon ändrat sin under utredningens gång”.

Undertecknad menar att tingsrätten på sida 17 i konsekvensens namn borde ha skrivit ”Den tilltalade har lämnat en klar och sammanhängande berättelse. Den innehåller inte några motsägelser och det har inte heller framkommit att han ändrat sin under utredningens gång”.

Istället har tingsrätten använt sig av ett urval av sms-meddelanden från den tilltalade för att försöka påvisa en bristande trovärdighet hos den tilltalade.

Tingsrätten har dock valt att inte belysa att målsäganden enligt egen uppgift har svårt att säga nej i sexuella sammanhang och att hon inte heller sade nej till oralsex trots att hon i efterhand sagt sig inte uppskatta denna aktivitet. Inte heller uppgifterna från huvudvittnet att målsäganden var mer berusad än den tilltalade.

2. Fingrarna i analen

Den tilltalade har berättat att han vid två tillfällen hade ett finger mot målsägandes anal, ett handlande som enligt honom möttes av positiva stönanden. Enligt tingsrättens dom sade målsäganden att hon inte visste om fingrandet var analt eller vaginalt.

Undertecknad menar att detta torde vara efterhandskonstruktion. Allmänt sett borde målsäganden ha märkt skillnad. Ur min klients perspektiv så har målsägandens stönande vid analkontakten kunnat ge honom intrycket att hon samtyckte till analsex.

3. De påstådda verbala "nejen"

Här står, genom hela utredningen, ord emot ord.

4. Den påstådda avledningen med handen

Målsäganden har angett att hon försökte avleda målsäganden från analen genom att istället styra in penis i vaginan. Här står, genom hela utredningen, ord emot ord.

5. Frågan om betydelsen av målsägandens telefonsamtal och sms-en mellan parterna

Målsäganden har efter mötet med den tilltalade talat med ett antal väninnor. Denna del av bevisningen styrs av målsäganden själv och är svår att bemöta. Målsägandens upplevelse av samvaron såsom den uttrycks i efterhand till väninnorna är klart negativ. Det tar dock lång tid innan hon, elektroniskt, delger den tilltalade denna hennes bild. Direkt efter den sexuella samvaron, när den tilltalade trodde att de skulle sova tillsammans, har målsäganden dock inte berättat hur hon upplevde samlaget. Detta styrker att målsäganden, av blygsel eller osäkerhet, inte velat kommunicera med den tilltalade under hela vistelsen i lägenheten. Om hon hade uttalat de tre "nejen", varför skulle hon då inte ha sagt vad hon tyckte direkt till den tilltalade strax efter. Och hur kunde den tilltalade tro att han skulle sova över om hon tydligt verbalt sagt tre nej till analsexet och sedan helt sonika avbrutit sexet?

Frispråkigheten i kommunikationen med väninnorna står alltså i stor kontrast till ovilligheten att kommunicera med den tilltalade.

Väninnornas kontakter med målsägande och i ett fall även med den tilltalade innebär i slutändan att den tilltalade förstår att målsäganden är missnöjd med samvaron. Han försöker göra en "pudel" för att få bort problemet. Men "pudeln" blir i sms-kontakten med målsäganden istället en fälla.

6. Sammanfattning angående frivilligheten

Frågan om målsäganden deltog frivilligt i det anala samlaget kan inte heller bedömas utan att analysera vad den tilltalade sagt i tingsrätten. Det vill säga att analsexet, under högst en minut, följdes av nytt vaginalt sex som sedan i samförstånd avbröts då båda parter var trötta.

Den tilltalade fick alltså inte utlösning utan samlaget avbröts av att de blev trötta. Precis samma avslutning som det tidigare samlaget på färjan fick.

Vid båda tillfällena hade parterna dessutom druckit alkohol. Vid inget av tillfällena finns uppgifter som styrker att den tilltalade medvetet skulle ha tvingat eller kränkt målsäganden i egna sexuella syften.

Frivilligheten måste ses i den omedelbara kontexten. Ansvar för den dåliga kommunikationen är i viss mån ömsesidigt. I efterhand har målsäganden sagt att hon inte heller uppskattade fingrarna i munnen eller oralsexet. Målsäganden lät inte heller den tilltalade veta att hon inte uppskattade fingerkontakten i analen. Men det lät hon inte den tilltalade veta i situationen som var. Det räcker inte att först i efterhand vara tydlig på vad man uppskattade och inte uppskattade. Inte ens om man är blyg och osäker i den sexuella situationen.

Påföljden

Tingsrätten har, enligt undertecknad, underlåtit att göra en korrekt bedömning av påföljdsvalet.

För det första så skulle tingsrätten ex officio ha prövat frågan om särskilda skäl enligt BrB 30:7. Domstolen skall beakta om det finns särskilda skäl för att undvika fängelse. Trots att domstolen på sidan 19 skriver att det inte finns återfallsrisk så dömer man till påföljden fängelse, vilket är anmärkningsvärt då den tilltalade är ostraffad sedan tidigare och straffvärdet ger utrymme på en villkorlig dom.

Ännu mera anmärkningsvärt är domstolens uttalande om artvärdet. Ett brott skall inte bara kategoriseras som varandes artbrott eller inte. För varje typ av brott måste domstolen bedöma hur högt artvärde just det här brottet har. Även det uppsåtliga brottet har, enligt min mening, ett tämligen osäkert artvärde. Här undviker tingsrätten att skriva vilket stöd man har för sin bedömning.

Till sist är domstolens slutsats att ett nytt oaktsamhetsbrott som oaktsam våldtäkt skulle ha ett sådant artvärde att det skulle leda till fängelse. Det kan till och med ifrågasättas om majoriteten av oaktsamhetsbrotten har ens den minsta grad av art. Även här undviker tingsrätten att ange vilket stöd man har för sin bedömning.

BEVISNING

Som bevisning åberopas förundersökningen samt uppspelning av tingsrättens videoförhör med tilltalade och vittnen.

Bilaga: Fullmakt

Jönköping dag som ovan


Tor Åström