

Högsta domstolen
Box 2066
103 12 Stockholm

INKOM: 2021-01-27
MÅLNR: B 2862-20
AKTBIL: 16

Jönköping den 27 januari 2021

Ang. mål nr B 2862-20 /JS 27/ **Viking Flor** ./ Riksåklagaren m.fl. ang.
oaktsam våldtäkt (Göta hovrätts dom den 21 april 2020 i mål nr B 3377-19)

Som ombud och offentlig försvarare för Viking Flor får jag, med hänvisning
till Högsta domstolens föreläggande, aktbil 14, slutföra talan enligt följande.

Vad som anförts i överklagandet såvitt påföljd vidhålls i alla delar.

Högsta domstolen har beviljat prövningstillstånd i fråga om påföljd.

Detta yttrande kommer därför att begränsas till frågan om straffmätning och
val av påföljd. Yttrandet kommer främst att förhålla sig till Riksåklagarens
svarsskrivelse 2020-12-02.

Yrkande

Det yrkas att Högsta domstolen skall undanröja det i hovrätten utdömda
fängelsestraffet och istället utdöma en icke frihetsberövande påföljd.

STRAFFMÄTNING

Straffbestämmelsen om oaktsam våldtäkt

Lagrummet, brottsbalken 6 kap 1 a §, anger följande. Den som begår en
gärning som avses i 1 § och är grovt oaktsam beträffande omständigheten att
den andra personen inte deltar frivilligt, döms för oaktsam våldtäkt till
fängelse i högst fyra år.

Om gärningen med hänsyn till omständigheterna är mindre allvarlig, ska det
inte dömas till ansvar.

ADVOKATBYRÅN ÅSTRÖM I SMÅLAND AB

Omständigheterna i det enskilda målet har således direkt betydelse för bedömningen av straffvärdet. Hänsyn skall tas till samtliga omständigheter. Om ett uppsåtligt fall skulle ha varit att bedöma enligt den lindrigaste graden av brottet, bör ansvar normalt sett inte komma i fråga ens vid grov oaktsamhet.

Riksåklagaren har i sitt yttrande också fokuserat på de aktuella omständigheternas betydelse både för straffmätningen och för påföljdsvalet.

Straffvärdet i förhållande till lagrummet

I praktiken torde domstolarna, då det finns ett minimistraff, lägga sig ganska nära detta minimistraff. I det aktuella lagrummet är minimistraffet de facto ingen påföljd alls. Den nya lagstiftningen torde ha motiverats av en politisk vilja att utvidga det straffbara området. På samma sätt som begreppet våldtäkt mot barn omfattar handlingar som ej innefattar våld och ibland innefattar frivillighet har det nya begreppet oaktsam våldtäkt i den nya lagstiftningen etymologiskt anknytits till våldsbegreppet.

Valet av ord till begrepp är inte oväsentligt. Man kan jämföra med begrepp som psykisk och till och med ekonomisk misshandel där man i debatten använder ordet misshandel för att förstärka nyare begrepp som inte alls handlar om våld.

Denna utveckling är oroande. Speciellt när man skall jämföra olika slags gärningar och dess straffvärde. Det finns en risk att glidandet i begrepp gör att förekomsten av våld eller inte, blir mindre intressant. Det vill säga att betydelsen av att våld *inte* förekommit, den betydelsen minskar. På samma sätt bör man vid jämförelse mellan rättsfall klart skilja på situationer där det gäller *vuxna* personer och ågeranden där barn är med som part.

I Riksåklagarens svarsskrivelse 2020-12-02 beskrivs exempelvis NJA 2003 s.313 som handlar om underårig, NJA 2006 s 79 som handlar om sexuellt utnyttjande av barn och NJA 2011 s. 686 som gällde utnyttjande av barn för sexuell posering. Undertecknad menar att jämförelser med rättsfall avseende barn inte är relevanta. Inte heller är det rimligt att jämföra det nu aktuella målet med andra rättsfall där våld eller olika former av underordnad ställning för målsäganden, är vid handen. Så är fallet i domen från Hovrätten för Västra Sverige B 2906-19 där målsäganden sov och därmed inte varit aktiv i något ömsesidigt sex innan penetrationen. Det gäller också det åberopade rättsfallet från Svea hovrätt B 5410-19 där målsäganden bara var 15 år och inte var delaktig på något ömsesidigt sex. I rättsfallet i Svea hovrätt B 5624 var det i målet fråga om människohandel och prostitution. Målet från Nedre Norrland B 1064 gällde ungdomar och införande av knytnäve. Sammanfattningsvis är inget av de rättsfall som chefsåklagaren åberopar relevanta, för inget av dem utgår från en situation där parterna från början hade positivt ömsesidigt sex på initiativ av båda parter.

För att kunna hitta rätt i bedömningen av vilket straffvärde en gärning har måste domstolarna kunna jämföra omständigheter i ett mål med omständigheterna i andra mål.

Försvaret menar att underrätterna, i det nu aktuella målet, i sin bedömning av straffvärdet underlåtit att utgå från den faktiska situationen, och därmed kommit fel i en straffmätning där de ovanstående rättsfallen och även äldre praxis om våldtäkt oftast innefattar våld, övergrepp, ojämlikhet och tvång. De lege ferenda borde praxis utvecklas så att man från början skiljer mellan mål där bara en av personerna vill ha sexuell umgänge och mål där båda parter från början vill ha sexuell samvaro. Både vad det gäller straffvärde och påföljdsval bör den senare kategorin resultera i en mildare bedömning.

För detta talar också sexuell samvaro som börjar ömsesidigt och frivilligt, kommer att tangera frågorna om frivillighet kombinerad med passivitet samt frågor om den sexuella självbestämmanderätten.

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.

Försvaret ser det som att när en frivillig, ömsesidig sexuell samvaro väl inletts så gäller en slags omedelbarhetsprincip för de deltagande parterna, innefattande ett ansvar att i själva situationen markera eventuellt bristande samtycke. Utrymmet för att i efterhand, i en inre tankeprocess, själv komma fram till att vissa delar av den sexuella samvaron inte var önskad, det utrymmet måste av rättssäkerhetsskäl vara begränsat. Parternas möjlighet att undvika problem ligger i kommunikation för att uttrycka samtycke. Ett samtycke som lagstiftaren efterlyst vid tillskapandet av brottstypen oaksam våldtäkt.

Högsta domstolen skall ju inte pröva skuldfrågan i detta mål men försvaret menar ändå att det ovanstående illustrerar att även påföljdsmissigt så skall dessa typer av gärningar anses utgöra en särskild division när det gäller straffvärde och påföljdsval. Om Högsta domstolen instämmer så finns det därmed en möjlighet att tillse att påföljderna i dessa mål kommer att framstå som proportionerliga i förhållande till mål med våld, övergrepp, ojämlikhet och tvång.

Nedanstående omständigheter i målet skall istället påverka straffvärdet i sänkande riktning.

Underrätternas bedömning av omständigheterna

Hovrätten har i sin dom gjort bedömningen att den tilltalade varit medvetet oaktsam. Varför hovrätten anser att han varit medvetet oaktsam framgår inte av domen. Det enda omständigheten som hovrätten över huvudtaget anger är att övergreppet skedde i målsägandes hem och att det inneburit ett allvarligt angrepp på hennes trygghet.

Försvaret förvånas härvid av att hovrätten inte i sammanhanget berörde att det var målsäganden som bjöd hem den tilltalade. Min klient lämnade också lägenheten direkt då han uppmanades att göra det.

Tingsrätten är också kortfattade angående frågan vilka omständigheter som är relevanta vid bedömningen av allvarlighetsgraden. Tingsrätten anger visserligen att det var ett kort förlopp, vilket är till min klients fördel. Men sedan anser tingsrätten att omständigheterna, oklart vilka, inte gör gärningen mindre allvarlig.

I motsats till rättsfallen som åberopats av Riksåklagaren så är det aktuella målets bakgrund helt befriat från omständigheter som skulle innebära att parterna från början skulle vara olika intresserade av sexuell samvaro, ojämlika eller befinna sig olika maktpositioner. Tvärtom ville, i det aktuella målet, båda parter initialt ha sexuell umgänge, i motsats till exempelvis omständigheterna i de rättsfall som Riksåklagaren återgivit på sidorna 11 och 12.

Kommunikationen

Omständigheterna i målet är från början präglade av glädje, jämlikhet och ömsesidig lust. Det är således otvistigt att parterna, som båda var studenter på högskolan, glada kom att följas åt med ett gemensamt mål att ha sexuell samvaro. För det talar också det tidigare samlaget på Finlandsfärjan. Kommunikationen verkade fungera verbalt till en början.

När det sexuella samspelet sedan började var rollspelet från parterna sådant att mannen tog mer initiativ än kvinnan. Bytet av olika sexuella aktiviteter initierades således av mannen. Till en början med ömsesidigt samtycke. Samspelet var dock tyst, man talade inte med varandra. Min klient uppfattade att samtycket istället manifesterades via rörelser och stönanden. Den verbala kommunikationen synes ha upphört under själva samlivet.

När parterna avbröt samspelet hade målsäganden dessutom full rörelsefrihet och kunde med sin kropp enkelt dra sig undan. Min klient trodde efter avbrottet att han skulle få sova över hos målsäganden, något hon förklarade att hon inte ville. Kommunikationen fungerade åter, verbalt sett.

Man kan, som underrätterna, i efterhand lägga ett visst ansvar på min klient för den bristande kommunikationen eftersom det är han som tagit initiativen till aktivitetsbytena. Men det är inte rimligt att skylla en plötsligt avstannad kommunikation enbart på en part. En kvinna skall å ena sidan kunna välja att vara passiv under en sexuell samvaro men utrymmet för att i efterhand hävda att man varit missnöjd med vissa delar av samvaron, det utrymmet torde vara begränsat.

Den bristande kommunikationen kan också i viss mån förklaras av parternas alkoholberusning.

Övriga omständigheter

Det är vidare otvistigt att den kontroversiella delen av det sexuella umgänget var tidsmässigt mycket kort.

I målet saknas våld och tvång.

Det finns ingen återfallsrisk.

Min klient är sedan tidigare ostraffad.

Andra rättsfall

I vårt överklagande till Högsta domstolen nämns Göta hovrätts dom 2019-10-15 i mål nr B 809-19. På sidan 8 skriver Göta hovrätt bl.a. följande. I förarbetena till bestämmelsen om oaktsam våldtäkt (prop.2017/18:177) har det inte gjorts några uttalanden om att oaktsam våldtäkt skulle vara ett brott av sådan art att det finns skäl att särbehandla brottet vid påföljdsvalet. Det finns inte heller något avgörande från Högsta domstolen med den innebörden. Med hänsyn härtill och till den restriktivitet för att i rättsutvecklingen särbehandla brottstyper med hänsyn till dess art som Högsta domstolen gett uttryck för, finner hovrätten inte tillräckliga skäl för att i det nu aktuella fallet särbehandla brottet oaktsam brottet oaktsam våldtäkt med hänsyn till dess art.

Ovanstående rättsfall handlar också om att gärningsmannen genomfört samlag med sovande kvinna. Vid valet av påföljd, som blev villkorlig dom med böter, så påtalade hovrätten dessutom att det saknades särskild anledning att tro att gärningsmannen skulle göra sig skyldig till fortsatt brottslighet.

Rättsfallet från Svea hovrätt 2018-12-03 i mål nr B 9085-18 är också intressant då den sexuella aktiviteten, precis som i det aktuella målet, inletts frivilligt. Men även i detta rättsfall finns omständigheter med en, i alla fall tidvis, sovande målsägande. Dessutom har gärningsmannen i rättsfallet använt tvång och våld och från den punkten där han initierade våldet så anser hovrätten att det är våldtäkt. Försvaret menar att även detta rättsfall skiljer sig från det aktuella målet

Omständigheter och straffmätning i det aktuella målet

Försvaret menar att underrätterna vid sin bedömning av omständigheterna och straffvärdet inte förmått sätta omständigheterna i det aktuella målet i ett större sammanhang genom att jämföra med andra rättsfall.

Istället borde underrätterna från början beaktat frånvaron av våld och tvång samt det initiala och jämställda samtycket till sexuell samvaro. Straffvärdet i det aktuella målet har genom denna grundläggande felbedömning hamnat alldeles för högt i jämförelse med alla de rättsfall som Riksåklagaren behandlat i sin skrivelse.

Försvaret anser att det nu aktuella målet torde tillföra något nytt i praxis. Nämligen omständigheten att ett jämställt ömsesidigt sexuellt agerande plötsligt under samvaron tappar karaktären av ömsesidighet. Till följd av bristfällig kommunikation. Det är därför extra viktigt att Högsta domstolen bedömer omständigheterna i målet med beaktande av de väsentligt skiljer sig från omständigheterna i tidigare praxis, där inslag av sömn, tvång och underårighet dominerar.

Däremot torde situationen i sig i det aktuella målet, det vill säga att två personer som har ömsesidig sexuell samvaro senare är oense om vad för aktiviteter som skall genomföras, den situationen torde vara vanlig i vardagslivet. Inte minst när det rör sig om dejting och tillfälliga möten för ungdomar och studenter.

Sammanfattningsvis menar försvaret att denna enskilda omständighet, det vill säga den initiala och jämställda ömsesidigheten, är den centrala omständigheten i målet. Dessutom skall frånvaron av våld och tvång noteras. Straffvärdet skall därför inte vara så högt som underrätterna ansett. Som anges i lagtexten finns ju också möjligheten att inte döma till ansvar.



Det hänvisas först och främst till Martin Borkekes utlåtande som bifogades själva överklagandet.

Frågan om art**Betydelsen av rättsfallet "De kinesiska kullagren"**

I Riksåklagarens yttrande anges bl.a. följande på sidan 13. Jag noterar att lagstiftaren inte 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. Lite tidigare i samma yttrande nämns också på sidan sju rättsfallet NJA 2015 s.559 (De kinesiska kullagren") och Högsta domstolens uttalande att utrymmet för att genom rättsutveckling i praxis särbehandla ytterligare brottstyper med hänvisning till dess art är begränsat.

Försvaret menar att Riksåklagaren först bekräftar den tvångströja som rättsfallet "De kinesiska kullagren" satt på åklagare och domstolar. Sedan anser man att det ändå kan finnas anledning till ändrad domstolspraxis av sådana skäl. Men om utrymmet för nya artbrott är begränsat varför skall just oaktsam våldtäkt, enligt Riksåklagaren, kunna spränga tvångströjan och bli en sådan brottstyp? På sidan sju har Riksåklagaren pekat på vissa principer för brottstyper som kan ha högt artvärde. Men Riksåklagaren förklarar inte varför dessa principer överensstämmer med brottstypen oaktsam våldtäkt.

Skall omständigheterna i det aktuella målet ha direkt betydelse för valet av fängelse?

Riksåklagaren uttalar senare på sidan 14 att omständigheterna vid gärningen är sådana att påföljden med hänsyn till brottets straffvärde och art bör vara fängelse. De omständigheter i det aktuella målet som Riksåklagaren nämner är att övergreppet skett i målsägandens hem, att det är ett allvarligt angrepp på hennes personliga och sexuella integritet och att den sexuella handlingen varit smärtsam för målsäganden. På sidan 14 förs omständigheterna fram i meningen. "Även med beaktande av Viking Flors ålder vid gärningstillfället bedömer jag sammantaget att omständigheterna är sådana att påföljden med hänsyn till brottets straffvärde och art bör vara fängelse."

Försvaret ifrågasätter Riksåklagarens sammanfattning ovan. Det synes som om Riksåklagaren anser att omständigheterna i det enskilda målet skall påverka straffvärdet och att straffvärdet skall ha betydelse för valet av fängelse. Man kan tolka Riksåklagaren som att hon anser att straffvärdet i

det aktuella målet i sig skall leda till fängelse. Det är ju, för det fall att Riksåklagaren nu inte anser att straffvärdet plötsligt borde vara högre än vad hovrätten utdömde, inte korrekt. Straffvärdet är ju i det aktuella målet är *under* ett års fängelse och straffvärdet kan ju då inte ensamt, utan art, motivera fängelse som påföljdsval. Ett annat sätt att tolka Riksåklagaren är att omständigheterna i det aktuella målet skulle ha direkt koppling till frågan om art och fängelse. Det vill säga att omständigheterna i ett rättsfall angående tilltalad A skulle resultera i ett artbrott medan omständigheterna i ett annat rättsfall gällande tilltalad B skulle göra att det inte är artbrott. Det är i så fall inte heller korrekt eftersom frågan om art skall kopplas till *brottstypen*, inte till det aktuella brottet.

Oaktsamhetsbrott och art

Yttrandet från Riksåklagaren berör på sidan 13 frågan om oaktsamhetsbrott och art. Riksåklagaren skriver bl.a. följande. 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.

Försvaret menar att Riksåklagarens synpunkt ovan är synnerligen anmärkningsvärd. *Frånvaron* av lagstöd och stöd i förarbeten skulle således, enligt Riksåklagaren, kunna utgöra grund för fängelsepåföljd. Vidare saknar Riksåklagarens yttrande en analys av vad ett genombrott för artbrott i brottstypen oaktsam våldtäkt skulle innebära för bedömningen av andra typer av oaktsamhetsbrott som exempelvis vållande till annans död. För att behålla symmetrin i påföljdssystemet borde en hel rad andra brott i så fall också bli artbrott. För det kan ju inte vara mycket allvarligare att våldta en person än att ha ihjäl samma person.

PERSONALIA

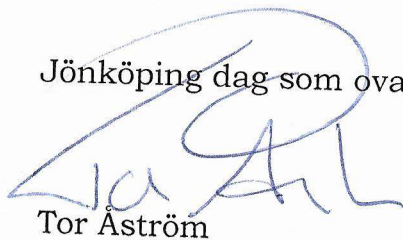
När den tilltalade blev häktad hade han precis fyllt 21 år. Terminen hade precis börjat och han närmade sig sin första tentaperiod på sitt andra år på högskolan i Jönköping där han studerade till logistikingenjör. Han blev arresterad och senare häktad. Frihetsberövandet varade en knapp månad. Målet blev mycket uppmärksammat i Jönköpingspressen. När den tilltalade släpptes på fri fot hade han missat chansen för att anmäla sig till vissa tentamina och också möjligheten att klara av andra tentamina. Terminen var därmed studiemässigt förlorad och måste därför göras om för det fall att han skulle återvända till den aktuella utbildningen.

När han kom ut ifrån häktet upptäckte han att han blivit borttagen från studentföreningen där han varit engagerad under cirka två års tid. Han uteslöts även från umgänget med kamrater. Studierna i Jönköping avbröts därför, både av studiemässiga och av sociala skäl.

Sedan våren 2020 bor han hos föräldrarna i hemstaden Skövde. Efter en tids arbetssökande fick han chansen att sommarjobba på Biltema. Efter sommaren fick han erbjudandet att komma tillbaka och den 25e januari skrev han på ett heltidsvikariat. Där kan han således arbeta kvar till dess att han återupptar studierna.

Han lever under ordnade förhållanden, umgås med vänner och familjemedlemmar. Skadeståndet har han betalat fullt ut.

Jönköping dag som ovan



Tor Åström