

Högsta Domstolen

INKOM: 2020-05-25
MÅLNR: B 2862-20
AKTBIL: 1

Jönköping den 11 maj 2020

Till Högsta Domstolen

ÖVERKLAGANDE

KLAGANDE:

Viking Flor, 19980913-3552
Östra Storgatan 124 C, Lgh 1002
554 52 Jönköping

OMBUD och

OFFENTLIG FÖRSVARARE:

Advokaten Tor Åström
Advokatgruppen
Hoppets Torg 5
553 21 Jönköping

MOTPART:

Åklagarkammaren i Jönköping
Kammaråklagare Terése Klein
Sekreteress A

ÖVERKLAGAD DOM:

Göta hovrätts dom 2020-04-21 i mål nr B
3377-19

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

ADVOKATBYRÅN ÅSTRÖM I SMÅLAND AB

YRKANDE

Viking Flor yrkar att Högsta domstolen, med ändring av hovrättens dom, skall frikänna honom helt och hållet. I konsekvens härmed bör Högsta domstolen undanröja utdömt skadestånd.

I vart fall skall Högsta domstolen undanröja det i hovrätten utdömda fängelsestraffet och i så fall istället utdöma en icke frihetsberövande påföljd.

GRUNDER

1. Frågorna i målet

Vad det gäller påföljdsfrågan så är den centrala frågan om brottet oaktsam våldtäkt är ett artbrott eller inte (se bifogat utlåtande från f.d. justitierådet Martin Borgeke).

Målet handlar i sak om frågan om ett frivilligt samlag vid någon punkt har tappat sin frivillighet. Det vill säga om samtycket någonstans under samlaget försvann.

Målsäganden bjöd hem den tilltalade till sitt hem för att ha sex. Parterna i målet har haft sexuellt 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.

2. Den teoretiska grunden för att bedöma frågan om oaktsam våldtäkt

2 a. Trappstegsmodellen

Försvaret har under målen i tingsrätten och hovrätten 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 succesiva 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 sexuellt 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.

2b. Kontexten

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 sexuellt ofredande om hon vidrör sin mångåriga mans könsorgan även om de inte just då befinner sig i en samlagssituation. *Kontexten* ger hustrun strafffrihet. 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.

2c. Våld och hot som en metod för att avgöra frågan om frivillighetens slut

Petter Asp skriver på sidan 57 bl.a. följande. "Våldtäkt kan sägas vara den mest kvalificerade typen av sexualbrott. Detta betyder, vilket förklaras närmare nedan, inte att varje enskild våldtäkt alltid och med nödvändighet är allvarligare än brott med annan rubricering, men däremot att brottstypen som helhet betraktas som allvarligare än övriga brottstyper i kapitlet."

Lagstiftaren har redan vid införandet av brottet våldtäkt mot barn kopplat loss ordet "våld" från brottet ifråga. Det vill säga att våldtäkt mot barn inte alls behöver innefatta något våld utan kan vara helt frivilligt.

Lagstiftaren har sedan, som försvaret tolkar förarbetena, gått vidare med att frikoppla ordet "våld" från brottet oaktasam våldtäkt. Istället väljer man vid att fokusera kring begreppen frivillighet och samtycke. Petter Asp har i sin

bok försökt resonera om hur teorin kring samtycke kan kopplas ihop med människors faktiska sexuella aktiviteter, allt för att koppla ihop luckan mellan teori och praktik. Undertecknad menar att även domstolarna måste förmås att göra denna typ av teoretiska överbrygging. Annars riskeras rättssäkerheten för tusentals sexuellt aktiva människor. Domstolarna måste, med befintlig lag och förarbete, tydligt våga ta ställning på detaljerad nivå. Annars får inte allmänheten kännedom om vilka handlingssätt som kan ge fängelse och vilka som är straffria.

Svea hovrätt har i mål nr B 9085-18 dömt för våldtäkt trots att den sexuella aktiviteten som i detta fall var oralsex, påbörjats med samtycke. Vad som i detta fall konstituerar övergången från frivillighet till icke frivillighet är utövandet av våld. Samtycket försvinner således just vid den punkt då gärningsmannen använder sig av våld.

Tydligheten beträffande brottstidpunkten i det ovanstående rättsfallet, där Svea hovrätt vågar beskriva de sexuella handlingarna i klartext, gör att rättsfallet ger allmänheten bra information om vad som är brottsligt. Det vill säga om man någon gång under en annars frivilligt inledd samvaro, tar till våld, då kan man dömas för våldtäkt.

Försvaret menar att i de fall våld och hot däremot saknas, då krävs det ett ännu tydligare teoretiskt resonemang från domstolarnas sida, för att beskriva var gränsen mellan straffri och straffbar gärning egentligen går. Varje människa har sina åsikter om vad personen gillar eller inte gillar i fråga om sex. Samtycke eller inte samtycke finns i ursprungsläget bara i den deltagande personens medvetande. Om dessa preferenser inte kommuniceras verbalt riskerar varje form av steg till ett nytt trappsteg att leda till oaktsam våldtäkt. Den risken finns tydligen även om den aktiva personen, utan föregående hot eller våld, omedelbart backar när han inser att samtycke inte finns. Försvaret ifrågasätter, i de fall då hot och våld saknas, att sexuella trappstegskliv i efterhand skall bli straffbara.

3. 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. Klädavtagande 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 rent teoretiskt 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. Och tingsrätten menar också att det tysta samtycket måste brytas och ersättas av verbal kommunikation just vid denna röda linje.

Tingsrätten ansåg 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. Fördelen med tingsrättens dom är ändå att tingsrätten i avsaknad av klar lag, praxis och förarbeten, modigt ändå vågar ta ställning och uttrycka det på ett begripligt sätt i domen.

Hovrättens bedömning av denna centrala punkt är däremot betydligt svårare att uttolka. Göta hovrätt skriver i och för sig att man gör samma bedömning som tingsrätten i skulddelen. Men innebär detta att hovrätten accepterar tingsrättens resonemang om en röd linje? Hovrätten väljer att undvika ett klart ställningstagande även i frågan om den aktive personen måste bryta tystnaden och verbalt diskutera en kommande övergång till exempelvis analsex. Hovrättens ovilja att ge sig in i dessa resonemang står i bjärt kontrast till domstolens tal om betydelsen av allmänpreventionen längre ner i domen. Om allmänheten skall få signaler om att man riskerar fängelse för vissa ageranden så måste rimligen allmänheten först få klarhet i var gränsen mellan straffritt sex och straffbart sex egentligen går. Att bara höja ett straff utan att först bemöda sig om att förklara den teoretiska grunden för vad som egentligen är straffbart, det är inte acceptabelt med hänsyn till rättssäkerheten.

Försvaret ifrågasätter den gränssättning som tingsrätten, och möjligen även hovrätten, valt. Om det finns en sådan gräns mellan olika sexuella aktiviteter 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, de lege ferenda, 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".

4. Frågan om målsägandens samtycke i detta mål

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

4a. Trovärdigheten och rättegångsfelet i tingsrätten

För att besvara denna fråga börjar tingsrätten med frågan om 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 att även den tilltalade har lämnat en klar och sammanhängande berättelse utan några motsägelser. Istället har tingsrätten använt sig av ett urval av sms-meddelanden från den tilltalade för att försöka påvisa en bristande trovärdighet hos den tilltalade.

Försvaret påpekade i hovrätten att tingsrätten, av misstag, råkat begå ett rättegångsfel eftersom de sms-meddelanden som tingsrätten hänvisade till inte var återopade av åklagaren i tingsrätten. Hovrätten accepterade försvarets invändningar om rättegångsfelet och anger i hovrättsdomen att sms-meddelandena inte skall ingå i bedömningsunderlaget. Men sedan skriver hovrätten att de ändå gör samma bedömning i skuldfrågan som tingsrätten gjorde.

Hovrätten redovisar inte på något sätt varför den tilltalade, trots att tingsrättens viktigaste byggsten i trovärdighetsfrågan är borta, ändå inte tillmäter honom trovärdighet. Det är anmärkningsvärt. Min klient har haft samma berättelse genom två domstolar och han är tidigare ostraffad. Varför bemödar sig inte hovrätten att förklara var hans bristande trovärdighet ligger?

Tingsrätten och hovrätten har dessutom 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 oralsexet trots att hon i efterhand sagt sig inte uppskatta denna aktivitet. Inte heller beaktades uppgifterna från huvudvittnet att målsäganden var mer berusad än den tilltalade.

4b. Fingrarna

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.

Ur min klients perspektiv så har målsägandens stönande vid analkontakten kunnat ge honom intrycket att hon samtyckte till analsex.

Alternativt så kunde inte målsäganden säkert veta var fingrarna egentligen befann sig, om hon felaktigt trodde de var på "rätt" ställe kan hon därmed, oavsiktligt, gett den tilltalade signaler om att hon uppskattade anal beröring.

Det viktiga med denna punkt är således frågan om målsägandes samtycke till anal beröring, i en sexuell samvaro utan verbal kommunikation, gett den tilltalade anledning att tro att målsäganden samtyckte också till analsex.

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

Den allmänna svårigheten med att bedöma betydelsen av en stor mängd sms-meddelanden visas av tingsrättens rättegångsfel där man i domen hänvisade till sms-meddelanden som inte var återopade och som dessutom inbegrep en person som inte hördes som vittne i tingsrätten. Försvaret menar att sms-meddelanden och annan form av elektronisk kommunikation av telefonvana ungdomar kan redigeras, sorteras och manipuleras på ett sätt som långt i efterhand inte kan utredas på ett rättssäkert sätt.

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 slags fälla.

6. Försvarets 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.

7. Påföljden

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

Göta hovrätt har i mål nr B 809-19 skrivit 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 av Högsta domstolen med den innebörden. Med

hänsyn härtill och till den restriktivitet för att i rättsutvecklingen särbehandla brottstyper med hänsyn till deras art som Högsta domstolen gett uttryck för, finner hovrätten inte tillräckliga skäl för att i det aktuella fallet särbehandla brottet oaktsam våldtäkt med hänvisning till dess art. ”

Samma Göta hovrätt skriver precis tvärtom i det nu aktuella målet. Ur allmänhetens synpunkt, den allmänhet som allmänpreventionen skall tänkas nå, torde det vara helt obegripligt hur samma domstol kan besvara frågan om art på helt olika sätt. Rättssäkerheten och förutsägbarheten synes väga synnerligen lätt. Det är inte acceptabelt med hänsyn till just allmänpreventionen och det drabbar den tilltalade hårt i detta mål.

Domstolens slutsats att ett nytt oaktsamhetsbrott som oaktsam våldtäkt skulle ha ett sådant artvärde att det skulle leda till fängelse ifrågasätts kraftigt av undertecknad. Det kan till och med ifrågasättas om majoriteten av oaktsamhetsbrotten har ens den minsta grad av art.

PRÖVNINGSTILLSTÅND

Viking Flor begär i första hand prövningstillstånd för målet i sin helhet.

I andra hand begärs prövningstillstånd endast vad det gäller påföljdsfrågan.

För ovanlighetens skull torde det i detta mål vara helt uppenbart att Högsta domstolen skall bevilja prövningstillstånd i detta mål.

Det är en oklar lagstiftning som bygger på oklara förarbeten toppat med oklara avgöranden från hovrätterna.

Försvaret ser tre huvudområden där en dom från Högsta domstolen är helt nödvändig.

1. Frågan om oaktsam våldtäkt är ett artbrott överhuvudtaget och i så fall vilket artvärde brottet egentligen skall ha?
2. Frågan om vilka gärningar som är straffbara?
3. Frågan om vilket straffvärde som oaktsam våldtäkt skall anses ha?

1. I avsnittet ”Påföljd” ovan har redogjorts för det orimliga i nuvarande rättsläge. Både i den aktuella domen och i Göta hovrättsdom i mål nummer B 809-19 har Göta hovrätt, som undertecknad tolkar skrivningarna, att det saknas och verkligen behövs vägledning från Högsta Domstolen i frågan om det är ett artbrott eller inte.

2. Försvaret har ovan berömt tingsrätten för att man hade modet att försöka definiera när och hur ett brott skall tänkas inträffa mitt i en ömsesidig sexuell samvaro. Sedan instämmer Viking Flor och undertecknad naturligtvis inte i tingsrättens slutsats.

Hovrätten däremot har inte gett någon vägledning till allmänheten om hur man ser på den avgörande frågan om hur ett brott skall tänkas inträffa. Detta trots att man gör en straffskärpning med hänvisning till allmänpreventionen. Undertecknad menar att det med tanke på rättssäkerheten är fullständigt bakvänt. Istället borde hovrätten först klart och tydligt redogjort vilka ageranden som är brottsliga och sedan bedömt graden av straffvärde och artvärde.

3. Den utdömda påföljden har av hovrätten bedömts vara nio månaders fängelse. Man har bland annat skrivit att övergreppet skedde i målsägandens bostad och att det skall anses vara försvårande. Denna omständighet torde tvärtom inte vara försvårande i detta fall eftersom målsäganden bjöd hem den tilltalade just för att ha sexuell samvaro. Menar hovrätten verkligen att det skulle vara en mildare bedömning om den tilltalade istället bjudit hem målsäganden till den tilltalades bostad?

En jämförelse med Göta hovrätts dom i mål nummer B 809-19 är relevant även i frågan om straffmätningen. I B 809-19 sov kvinnan och kan därmed rent faktiskt inte gett sitt samtycke. Påföljden blev villkorlig dom. I det aktuella målet är däremot samtycket givet långt in i de sexuella aktiviteterna. Påföljden blev fängelse i nio månader. Slutsatsen bör att hovrättens bedömning av straffvärdet i detta mål är helt felaktig och saknar juridisk grund.

Bilagor

Rättsutlåtande från Martin Borgeke

Fullmakt

Jönköping dag som ovan


Tor Åström