



2019-07-11 Christer Nilsson

## **PREJUDIKAT - HÖGSTA DOMSTOLEN - SAMTYCKE TILL EN FRIVILLIG SEXUELL HANDLING ELLER INTE**

Idag - den 11 juli 2019 - skrevs det rättshistoria. Högsta domstolen har i en dom för första gången prövat frågan om våldtäkt efter den nya s.k. samtyckeslagen som trädde i kraft i juli år 2018. (Brottsbalkens, BrB 6 kap. 1 och 1a §§).

Domen som meddelades den 11 juli 2019, målnummer B 1200-19, är ett prejudikat som får stor betydelse när det gäller att bedöma om en sexuell handling ska anses ha skett frivilligt mellan parterna. Prejudikatet är epokavgörande och ger viktiga och avgörande beskrivningar när det gäller att bedöma om parterna i en sexuell handling deltagit på en frivillig bas eller inte. Inte minst är det Högsta domstolen uttalat i denna fråga värt att betänka inför ett val av en presumtiv sexuell aktivitet.

I sin dom konstaterade Högsta domstolen i korthet att den sexuella aktiviteten skedde inte frivilligt men bevisningen räckte inte till för att den utförda handlingen skulle anses ha skett med uppsåt. Högsta domstolen ansåg dock att omständigheterna var tillräckliga för att anse att det förelåg grov oaktsamhet i frågan om målsäganden deltog frivilligt i den sexuella händelsen. Därför ansågs brottet vara oaktsam våldtäkt istället för våldtäkt; Brottsbalken, BrB, 6 kap. 1 och 1a §§.

Prejudikatet bifogas till denna artikel och bör läsas i sin helhet men några riktmärken anges nedan.

- **Frivilligt** deltagande i en sexuell aktivitet är ett krav för att brott inte ska föreligga. På något sätt måste parterna försäkra sig om att en båda parter vill delta i en sexuell aktivitet. Det kan i sig vara ett dilemma men så är lagen skriven och frivilligheten ska enligt lagen utmynna i att det ska särskilt beaktas om frivilligheten har konfirmerats i ord, handling eller på annat sätt. (BrB 6:1). Om frivillighetsrekvisitet kan du läsa mer om i domen under punkt 15.
- **Invitation** till att gemensamt dela en säng eller om det finns en klar överenskommelse om att dela en sängplats utgör i sig inte ett sådant handlande som innebär ett bejakande till att frivilligt delta i en sexuell handling. Se punkten 33 i domen.
- **Det** ska särskilt påpekas att Högsta domstolen i det nu aktuella prejudikatet har uttalat att även det som påbörjas med frivillighet kan ändras under den sexuella akten. Den ena parten vill avbryta och önskar inte längre delta frivilligt och fullföljer då den andra parten den sexuella handlingen blir det ett brott.
- **Det** kan uppstå ett dilemma om en part sätter alltför stor tilltro till vissa uttalanden som förekommit i massmedia, nämligheten att få frivilligheten vidimerat i en skriftlig handling. Handlingen kan ha ett visst bevisvärde men det är inte alldeles säkert att den skulle utgöra ett fullgott bevis. En part kan ju när som helst ändra sig och ge uttryck för att hen inte vill medverka i en sexuell handling. Detta gäller även under en pågående sexuell akt. Se domen under punkten 38 och jämför med punkten 31.

- **Bevisbördan** - Det är en grundläggande princip att det är åklagaren (i förekommande fall även målsäganden) som har bevisbördan för att en handling ska anses utgöra ett brott. När det gäller sexuella brott är det således åklagaren som har bevisbördan. Åklagaren har att bevisa att deltagandet i en sexuell handling inte har skett på frivillig bas, se punkten 16 i domen.
- **Bevisningen** - Åklagarens bevisning måste ha en sådan dignitet att de utförda handlingarna kan bestyrkas utgöra ett brott. Se punkten 17 i domen. Således ska den bevisning som förebringas sammantaget uppnå en sådan grad att det ska kunna anses att det aktuella beviskravet har uppnåtts; att gärningen är styrkt.
- **Bevismedel** - Bevisningen kan bestå av olika bevismedel och av parternas egna utsagor. Deras utsagor kan vara mer eller mindre tillförlitliga och därför krävs det någon form av stödbevisning för att det ska anses vara styrkt att ett brott har begåtts.
- **Stödbevisning** - Högsta domstolen har i detta mål ansett att målsägandes berättelse varit tillförlitlig bland annat på grund av att uppgifterna i berättelsen fått ett visst indirekt stöd genom vittnesförhör av två personer som stod nära till målsäganden. Målsäganden hade en kort tid efter den aktuella händelsen berättat om det inträffade för två personer som stod målsäganden nära. Enligt Högsta domstolen har målsägandens berättelse fått ett indirekt stöd av de uppgifter som lämnats i vittnesförhören. Se punkten 30 i domen.

**Sammanfattningsvis** anser jag att det är en självklarhet att sexuella handlingar ska ske frivilligt och parterna ska vara överens om att deras deltagande sker på en frivillig bas, allt annat är förstås en kränkning.

Det nu aktuella prejudikatet från Högsta domstolen visar dock på vilka svårigheter det kan vara när det gäller att få bekräftat att en part vill frivilligt delta i en sexuell handling. Uppstramningen anses kanske allmänt vara berättigad men tyvärr kan det bli på bekostad av "romantiken" och det finns en risk att det juridiska får överhanden, men vi får hoppas att så inte sker.

# HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 11 juli 2019

Mål nr

B 1200-19

**PARTER****Klagande**

S-EB

Ombud och offentlig försvarare: Advokat JF

**Motparter**

1. Riksåklagaren

Box 5553

114 85 Stockholm

2. Sekretess MGDD

3. Sekretess MGD

2 och 3 företrädda av riksåklagaren

**SAKEN**

Våldtäkt m.m.

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Hovrätten för Övre Norrlands dom 2019-02-05 i mål B 1040-18 och B 1167-18

---

**DOMSLUT**

Högsta domstolen ändrar på det sättet hovrättens dom i mål B 1167-18 att Högsta domstolen dömer S-EB för oaktsam våldtäkt enligt 6 kap. 1 a § brottsbalken och bestämmer påföljden – som avser också våldtäkt mot barn och sexuellt ofredande – till fängelse i två år och tre månader.

Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd beträffande MGDD:s enskilda anspråk. Talan om skadestånd avskiljs från brottmålet för att den ska handläggas som ett tvistemål.

Högsta domstolen fastställer hovrättens sekretessförordnande.

Sekretessbestämmelsen i 35 kap. 12 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska fortsätta att vara tillämplig på de uppgifter som har lagts fram vid Högsta domstolens förhandling inom stängda dörrar och som kan röja MGDD:s och vittnets (Sekretess E) identiteter.

JF ska få ersättning för försvaret av S-EB i Högsta domstolen med – rätt räknat – 73 834 kr. Av beloppet avser 22 080 kr arvode, 26 840 kr tidspillan, 10 147 kr utlägg och 14 767 kr mervärdesskatt. Staten ska svara för kostnaden.

**YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN M.M.**

S-EB har yrkat att Högsta domstolen ska ogilla åtalet för våldtäkt och målsägandens skadeståndsyrkande. S-EB har vidare yrkat att han under alla förhållanden ska dömas till en lindrigare påföljd än den som hovrätten har bestämt.

Riksåklagaren och målsägandena har motsatt sig att hovrättens dom ändras.

Högsta domstolen har meddelat det prövningstillstånd som framgår av punkten 3.

**DOMSKÄL****Bakgrund***Hovrättens dom*

1. Hovrätten har i den överklagade domen prövat två tingsrättsdomar. Hovrätten har dömt S-EB för kränkande fotografering och grovt förtal till villkorlig dom och dagsböter (mål B 1040-18). Hovrättens dom i den delen har inte överklagats.
2. Hovrätten har vidare dömt S-EB för våldtäkt, våldtäkt mot barn och sexuellt ofredande. Påföljden har – med tillämpning av 34 kap. 1 § första stycket och 2 § brottsbalken – bestämts till fängelse i tre år och tre månader. S-EB har förpliktats att betala skadestånd till MGDD. (Mål B 1167-18.)

*Högsta domstolens prövningstillstånd*

3. Högsta domstolen har med anledning av S-EBs överklagande, som avser hovrättens dom i mål B 1167-18, meddelat prövningstillstånd i fråga om ansvar för våldtäkt och i fråga om påföljd. Frågan om prövningstillstånd beträffande MGDD:s enskilda anspråk har förklarats vilande. Högsta domstolen har inte meddelat prövningstillstånd i målet i övrigt.

*Åtalet och riksåklagarens åtalsjustering*

4. Gärningsbeskrivningen avseende våldtäkt har följande lydelse.

S-EB har genomfört samlag samt annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag med MGDD som inte deltog frivilligt. Den sexuella handlingen har bestått av att S-EB fört in sina fingrar i MGDD:s underliv. Det hände den 17 oktober 2018 på [---], Skellefteå kommun. – S-EB begick gärningen med uppsåt.

Lagrum: 6 kap. 1 § första stycket första meningen och tredje meningen 1 brottsbalken.

Riksåklagaren har i Högsta domstolen justerat åtalet och påstår i andra hand följande.

S-EB har, när han begick den åtalade gärningen, varit grovt oaktsam beträffande omständigheten att målsäganden MGDD inte deltog frivilligt.

Lagrum: 6 kap. 1 a § brottsbalken.

*Målet i Högsta domstolen*

5. Högsta domstolen har hållit huvudförhandling och tagit del av samma bevisning som hovrätten.
6. I enlighet med hovrättens dom har S-EB gjort sig skyldig till kränkande fotografering och grovt förtal (mål B 1040-18) samt våldtäkt mot barn och sexuellt ofredande (mål B 1167-18).

**Frågorna i Högsta domstolen**

7. Målet i Högsta domstolen gäller frågorna om S-EB ska fällas till ansvar för våldtäkt, alternativt oaktsam våldtäkt, och vilken påföljd som ska dömas ut.



### **Den aktuella händelsen**

8. Genom målsägandens och S-EBs samstämmiga uppgifter är följande utrett. De hade haft kontakt med varandra på sociala medier under en ganska lång tid. De hade talat om allt möjligt, bl.a. hade S-EB föreslagit att de skulle ha sex. Målsäganden skrev till S-EB, som bodde på en annan ort än hon gjorde, att han kunde få träffa henne och sova över i hennes lägenhet. De hade inte träffats tidigare. Målsäganden skrev till honom att hon inte ville ha sex och han svarade ”ok” eller något liknande. Han kom dit ungefär klockan ett på natten. Hon hade strax innan skrivit att dörren var öppen och att det bara var att gå in i bostaden. Målsäganden låg i sängen under ett täcke när han kom dit. Hon hade trosor på sig. Han klädde av sig allt utom kalsongerna och la sig i sängen; de hade var sitt täcke. S-EB sov kvar hos målsäganden och de skildes åt nästa förmiddag.

9. Målet gäller vad som hände under natten. Målsäganden och S-EB har berättat i huvudsak följande.

10. Målsäganden har berättat att hon var väldigt trött och att hon kan ha slumrat till efter det att S-EB hade lagt sig i sängen. Hon reagerade när han började ta på hennes kropp. Han tog på bröstet och på underlivet. Hon stelnade till och visste inte hur hon skulle bete sig. Han stoppade in sina fingrar i hennes underliv och hade sedan vaginalt samlag med henne. Hon låg stilla i samma position – på mage med ansiktet bortvänt från honom – under hela händelseförloppet. I något skede försökte han att vända på henne, men hon höll emot. Hon visade inte på något sätt att hon ville delta. S-EB fick utlösning. När han var klar la han sig bredvid henne. Hon pratade på telefon med en kompis och berättade vad som hade hänt. Klockan var då runt halv fyra på morgonen. Det var inte hon som tog av sig trosorna. Hon vet inte hur det gick till när de togs av. Hon lät S-EB sova över eftersom han var långt hemifrån. När S-EB hörde av sig någon dag efter händelsen och frågade vad hon tyckte om det som hade hänt så reagerade hon starkt och undrade om han

inte hade förstått att hon inte var med på det. Hon har mått dåligt efter det inträffade.

11. S-EB har berättat att målsäganden vid något tillfälle rullade mot honom och låg vänd mot honom men att det inte hände någonting fysiskt mellan dem då. Han vet inte om hon var vaken men han upplevde det som att hon ville ha sex. Hon vände sig sedan om så att hon låg bortvänd från honom. Efter en stund började han ta på hennes rygg och bröst. Han tänkte inte så mycket på vad hon ville just då. Han förde in sina fingrar i hennes underliv. Eftersom han inte fick ett nej så fortsatte han. I samband med att han smekte henne runt trosorna var hennes hand där och hjälpte honom att ta av trosorna. De hade sedan vaginalt samlag. De sa ingenting och målsäganden var helt passiv, men han uppfattade att hon var med på det som skedde. Efter en stund upplevde han dock att det inte kändes bra och att det såg ut som att hon kanske inte ville. Det kändes inte rätt mot någon av dem och han avslutade då samlaget. Han fick inte utlösning. Målsäganden verkade inte ledsen efteråt. Han skickade senare ett meddelande till henne och frågade vad hon tyckte om gårdagen. Han bad i ett annat meddelande om ursäkt eftersom han visste att det han hade gjort var fel.

### **Den rättsliga regleringen**

#### *2018 års sexualbrottsreform*

12. De aktuella bestämmelserna om sexualbrott infördes genom lagstiftning som trädde ikraft den 1 juli 2018. Våldtäktsbrottet förändrades bl.a. på så sätt att gränsen för en straffbar gärning numera går vid om deltagandet i en sexuell aktivitet är frivilligt eller inte. Det krävs inte längre att gärningsmannen använt sig av våld eller hot, eller utnyttjat offrets särskilt utsatta situation, för att han eller hon ska kunna dömas för våldtäkt. Vidare infördes ett särskilt oaktsamhetsansvar för vissa allvarliga sexualbrott. Lagstiftningen bygger på förslag

från 2014 års sexualbrottskommitté. (Se prop. 2017/18:177 och SOU 2016:60.)

### *Våldtäkt*

13. 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, döms för våldtäkt till fängelse i lägst två 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

1. 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,
2. gärningsmannen otillbörligt utnyttjar att personen på grund av medvetlöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada, psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation, eller
3. gärningsmannen förmår personen att delta genom att allvarligt missbruka att personen står i beroendeställning till gärningsmannen.

Är brottet med hänsyn till omständigheterna vid brottet att anse som mindre grovt, döms för våldtäkt till fängelse i högst fyra år. (Se 6 kap. 1 § brottsbalken.)

14. Gränsen mellan en straffbar och en straffri gärning går vid om **deltagandet har varit frivilligt**, och bestämmelsen avses återspegla varje persons rätt till sexuell självbestämmande och rätten att själv välja om han eller hon vill delta i en sexuell handling. En person som mot sin vilja utsätts

för ett sexuellt närmande har inte något ansvar för att säga nej eller för att på annat sätt uttrycka sin motvilja. En person som deltar frivilligt i ett sexuellt umgänge behöver inte heller visa sin vilja till sexuellt umgänge. (Se a. prop. s. 31 f.)

15. Frivillighetsrekvisitet tar sikte på det **faktiska handlandet och inte på personens inre inställning, samtidigt som det i förarbetena anges att passivitet kan ge uttryck för samtycke.** Det sagda innebär att passivitet kan utgöra ett uttryck för att deltagandet inte är frivilligt men också ett uttryck för ett frivilligt deltagande. Vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt ska det särskilt beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. Den sistnämnda regeln måste anses innebära att utrymmet för att bedöma en ren passivitet som uttryck för ett val att delta i en sexuell handling är begränsat. Bedömningen av om deltagandet har varit frivilligt eller inte ska grundas på situationen i dess helhet.

16. Med utgångspunkten att det är **åklagaren som har bevisbördan** i brottmål blir det åklagarens uppgift **att bevisa att deltagandet inte har varit frivilligt.** Vid passivitet innebär det att åklagaren ska visa att passiviteten inte inneburit att målsäganden gett uttryck för sitt samtycke.

17. Först sedan det konstaterats att deltagandet inte är frivilligt aktualiseras frågan om vad gärningsmannen insett eller borde ha insett i frågan om deltagandet var frivilligt. Att en person inte har förvissat sig om att den andra valt att delta frivilligt i det sexuella umgänget saknar betydelse för frågan om deltagandet varit frivilligt så länge den andra personen rent faktiskt gjort ett sådant val. Ett ansvar för oaktsamhet kan bli aktuellt bara om deltagandet inte är frivilligt. (Jfr Petter Asp och Göran Nilsson, Lexino, Brottsbalken 6 kap. En kommentar, 2018, s. 25, även a. prop. s. 34.)

18. Bestämmelsens nya lydelse innebär inte några förändringar i frågan om vilka sexuella handlingar som kan medföra ansvar för våldtäkt.

*Oaktsam våldtäkt*

19. 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. (Se 6 kap. 1 a § brottsbalken.)

20. För att straffansvar för oaktsam våldtäkt ska kunna komma i fråga krävs objektivt sett att gärningsmannen har genomfört ett samlag eller en jämförbar sexuell handling med en person som inte har deltagit frivilligt (se p. 16 och 17). Bestämmelsen är avsedd att träffa sådana gärningar som är påtagligt straffvärda. I första hand avses situationer där gärningsmannen är medvetet oaktsam, dvs. fall där han eller hon misstänker att den andra personen inte deltar frivilligt men ändå genomför den sexuella handlingen. Det finns emellertid också ett visst utrymme att bedöma omedveten oaktsamhet som grov. Mer påtagligt klandervärda fall när gärningsmannen inte misstänker, men borde misstänka, att målsäganden inte valt att delta, omfattas av straffansvaret. (Jfr a. prop. s. 84 f.)

*Närmare om prövningen av uppsåt och oaktsamhet*

21. Även när det gäller kravet på uppsåt eller oaktsamhet är det åklagaren som ska styrka det som läggs gärningsmannen till last. För att fälla till ansvar för uppsåtlig våldtäkt krävs – såvitt nu är i fråga – att det är styrkt antingen att gärningsmannen har förstått att målsäganden inte deltog frivilligt, eller att gärningsmannen insåg risken för att målsäganden inte deltog frivilligt och därtill var likgiltig inför den omständigheten att målsäganden inte deltog frivilligt.

22. För uppsåt är det alltså inte tillräckligt att gärningsmannen inser risken att den andra inte deltar frivilligt, men handlar ändå. Detta utgör endast medveten oaktsamhet.
23. För uppsåt fordras härutöver att gärningsmannen är likgiltig inför att – inte bara inför risken att – målsägandens deltagande inte är frivilligt. Det fordras att det kan hållas för visst att förekomsten av den relevanta omständigheten (i detta fall frånvaro av frivillighet) inte utgjorde ett för gärningsmannen relevant skäl att avstå från gärningen. Annorlunda uttryckt: insikt om att målsäganden inte frivilligt deltog skulle inte ha avhållit gärningsmannen från att företa handlingen. Det avgörande för bedömningen är gärningsmannens faktiska inställning vid tidpunkten för gärningen.
24. För likgiltighetsuppsåt krävs det i allmänhet att risken för en viss effekt, enligt gärningsmannens föreställning, varit avsevärd. Normalt innebär det att den uppfattade risken måste ligga ganska högt på en sannolikhetskala. Dessa utgångspunkter ska i princip tillämpas även när frågan är om likgiltighet har förelegat med avseende på andra brottsförutsättningar än effekter. (Se NJA 2016 s. 763 p. 15 och 18.) En bedömning av den av gärningsmannen uppfattade sannolikheten tar ofta sin utgångspunkt i en bedömning av den faktiska sannolikheten för att exempelvis en viss effekt ska inträda. I fall som de nu aktuella kan dock bara mycket begränsad ledning hämtas från sådan faktisk sannolikhet.
25. Inte heller andra faktorer som i praxis har pekats ut som faktorer av betydelse vid bedömningen av om likgiltighetsuppsåt förelegat kan normalt ge någon egentlig vägledning i ett fall som det nu aktuella (jfr NJA 2004 s. 176 på s. 199 f. under rubriken Riktlinjer för bevisbedömningen och NJA 2016 s. 763 p. 23).
26. Prövningen av om gärningsmannen har agerat med likgiltighet i förhållande till den omständigheten att målsäganden inte har deltagit frivilligt

måste göras med utgångspunkt i de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet. Handlingar som har föregått händelsen och vad som har hänt efter den blir av betydelse, liksom vad som har framkommit om parternas agerande under själva händelseförloppet. Gärningsmannens ålder, mognad och psykiska hälsa kan också vara omständigheter av betydelse för bedömningen (se t.ex. NJA 2016 s. 763). Bevisprövningen tar sikte på vad gärningsmannen vid gärningstillfället har uppfattat om relevanta förhållanden och hur han har förhållit sig till dem.

27. Straffansvar kan aktualiseras även då gärningsmannen är grovt oaktsam beträffande omständigheten att målsäganden inte deltar frivilligt (se p. 19). Oaktsamhet kan vara medveten eller omedveten. Medveten oaktsamhet överensstämmer med det första ledet i en bedömning av likgiltighetsuppsåt; det krävs att gärningsmannen misstänkte eller insåg risken för att den andra personen inte deltog frivilligt. Gärningsmannen är likgiltig, men endast inför risken, och handlar i förlitan på att deltagandet – trots att gärningsmannen inser risken för motsatsen – är frivilligt.

28. Omedveten oaktsamhet innebär att gärningsmannen inte har förstått, men borde ha förstått att omständigheten förelåg, dvs. att målsäganden inte deltog frivilligt. Gärningsmannen klandras i dessa fall för att inte ha skaffat sig kunskap om hur det förhöll sig, trots att detta borde ha gjorts.

### **Bedömningen i detta fall**

#### *De sexuella handlingarna*

29. S-EB har haft samlag med målsäganden och har också fört in sina fingrar i hennes underliv. Det är sådana sexuella handlingar som omfattas av bestämmelsen om våldtäkt.

*Målsäganden har inte deltagit frivilligt*

30. Målsäganden har lämnat en berättelse som är klar och sammanhängande. Den innehåller inte några direkta motsägelser, låt vara att den innehåller några svårförklarliga inslag. De uppgifter som hon har lämnat om händelsen framstår som tillförlitliga när det gäller det huvudsakliga händelseförloppet, även om det råder osäkerhet om vissa detaljer. Hennes berättelse får indirekt stöd av de uppgifter som har lämnats i vittnesförhör om att hon kort tid efter händelsen berättat om den för två personer som stod henne nära (se NJA 2017 s. 316 I p. 11).

31. Av utredningen framgår också att hon skickat ett meddelande till S-EB där hon gav uttryck för att hon inte ville ha sex med honom när han kom hem till henne. Även med beaktande av att en person när som helst kan ändra sitt ställningstagande till att delta eller inte delta i sexuella handlingar, ger meddelandet ett visst stöd för hennes berättelse om händelsen. Parterna har också samstämmt berättat att hon i allt väsentligt förhållit sig passiv under händelseförloppet.

32. En värdering av riksåklagarens och målsägandens bevisning, sedd för sig, leder till slutsatsen att beviskravet är uppfyllt beträffande den omständigheten att målsäganden inte har deltagit frivilligt. Frågan är då om S-EBs berättelse påverkar den bedömningen.

33. Inledningsvis kan konstateras att det faktum att målsäganden och S-EB var ense om att ligga i samma säng och att de var klädda i enbart underkläder inte innebär att målsäganden deltog frivilligt också i de sexuella handlingarna.

34. S-EB har i huvudsak lämnat korthuggna och detaljfattiga svar på de frågor som ställts till honom, något som försvårar bedömningen av hans berättelse. Han har lämnat uppgifter som kan framstå som motstridiga, t.ex. har han i vissa delar bekräftat vad målsäganden sagt och samtidigt, på fråga



från försvararen, lämnat uppgifter som är oförenliga med målsägandens berättelse. Det finns emellertid inte något som tyder på att han har försökt att undanhålla information som talar till hans nackdel. Han har sålunda bekräftat uppgifter som målsäganden lämnat, exempelvis att han före besöket hos målsäganden tagit emot ett meddelande från henne om att hon inte ville ha sex med honom. Det finns inte heller något som tyder på att han medvetet lämnat oriktiga uppgifter.

35. S-EB har berättat att målsäganden – som legat med ryggen mot honom – i ett tidigt skede av händelseförloppet rullat över mot honom och också legat vänd mot honom en stund. S-EB har också sagt att målsäganden, efter att han börjat smeka henne, har tagit av sig trosorna själv eller att de i vart fall hjälpts åt med att ta av dem. En sådan handling kan i regel ses som ett uttryck för frivilligt deltagande. Även om det saknas skäl att ifrågasätta att han upplevt det på detta sätt, är hans uppgifter svårtolkade.

36. De brister som finns i hans utsaga i denna del gör sammantaget att den inte på något avgörande sätt påverkar den värdering som gjorts av riksåklagarens och målsägandens bevisning om den faktiska situationen (p. 32). Det är alltså ställt utom rimligt tvivel att S-EB har genomfört ett samlag och fört in fingrar i målsägandens underliv utan att hon har deltagit frivilligt i de sexuella handlingarna.

37. Nästa fråga blir då om detta förhållande, att målsäganden inte deltagit frivilligt, täcks av S-EBs uppsåt eller om han varit grovt oaktsam i detta avseende.

*S-EB har inte haft uppsåt till att målsäganden inte deltog frivilligt*

38. Det är inte visat att S-EB visste eller förstod att målsäganden inte ville ha något sexuellt umgänge med honom. Det meddelande som målsäganden skickade innan de träffades där hon uttalade att hon inte ville ha sex måste

emellertid ha gett honom anledning att tro att hon antagligen inte var intresserad av sexuellt umgänge den kvällen. **Det sagda gäller även med beaktande av att varje person när som helst kan ändra sig i frågan om han eller hon vill delta i sexuella handlingar.** Av utredningen är det således visat att han, när han kom till lägenheten, insåg att det kunde vara så att hon inte ville delta i några sexuella handlingar.

39. Han har själv sagt att han trodde att hon var med på att delta i de sexuella handlingarna. Hans förklaring till att han trodde detta är bl.a. att hon rullat emot honom och att han uppfattat detta som ett tecken på att hon kunde vara intresserad av sexuellt umgänge, men också att hon lät honom fortsätta när han rörde vid henne och att han uppfattade det som om hon hjälpte till att ta av trosorna. Hans uppgifter om hur han uppfattade situationen är inte motbevisade, även om de i vissa delar inte överensstämmer med målsägandens berättelse om det faktiska händelseförloppet. Han har samtidigt gett uttryck för att hon var passiv och att han, när hon vände sig mot honom, var osäker på om hon sov. Hans uppgifter ger därför inte stöd för annat än att han agerade i osäkerhet om hur situationen skulle förstås.

40. S-EB har vidare berättat att han avbröt samlaget när målsäganden drog sig nedåt i sängen, eftersom han då fick intryck av att hon inte längre ville delta. Även om hans uppgifter om det faktiska händelseförloppet i denna del delvis strider mot vad målsäganden berättat, kan hennes berättelse inte anses vederlägga vad S-EB sagt om skälet till att han avbröt samlaget.

41. Mot bakgrund av det anförda är det bevisat att S-EB också efter det initiala skedet insåg risken för att målsäganden inte deltog frivilligt. Med hänsyn tagen främst till hans uppgifter om att han avbröt samlaget när han märkte att det inte kändes bra, finns det emellertid kvarstående tvivel kring huruvida S-EB vid gärningstillfället varit likgiltig inför att målsäganden inte deltog frivilligt på det sätt som förutsätts för uppsåt. Kravet på uppsåt är alltså inte uppfyllt.

42. Åtalet för våldtäkt ska därför ogillas.

*S-EB har varit grovt oaktsam*

43. Frågan blir då om S-EB har varit grovt oaktsam på det sätt som förutsätts för straffansvar. Av vad som sagts i det föregående framgår att han har insett risken för att målsäganden inte frivilligt deltog i de sexuella handlingarna. Denna insikt har bestått när han genomfört dessa. Han har alltså varit medvetet oaktsam i förhållande till att målsäganden inte deltog frivilligt.

44. Medveten oaktsamhet är i regel att anse som grov. I detta fall är det inte fråga om någon undantagssituation där den medvetna oaktsamheten inte är att bedöma som grov. Tvärtom har det varit ett medvetet risktagande av allvarligt slag.

45. Omständigheterna är inte sådana att gärningen är mindre allvarlig. S-EB ska därför fällas till **ansvar för oaktsam våldtäkt**.

*Straffvärde och påföljd*

46. Straffet för oaktsam våldtäkt är fängelse i högst fyra år. Frågan är då vilket straffvärde det aktuella brottet har.

47. 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.)

48. 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).

49. S-EB 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.

50. Den oaktsamma våldtäkt som S-EB har gjort sig skyldig till har ett straffvärde som motsvarar fängelse i åtta månader.

51. S-EB ska dömas också för våldtäkt mot barn och sexuellt ofredande. Den samlade brottslighetens straffvärde motsvarar fängelse i två år och fyra månader.

52. Vid påföljdsbestämningen måste också beaktas att samtliga nu aktuella gärningar har begåtts före den tingsrättsdom genom vilken han dömdes till villkorlig dom och dagsböter. (Se p. 1, hovrättens mål B 1040-18.)

53. Påföljden för de nu aktuella brotten ska med tillämpning av 34 kap. 2 § brottsbalken bestämmas så att påföljderna tillsammans inte överstiger vad som skulle ha dömts ut för den samlade brottsligheten. Påföljden ska (hovrättens mål B 1167-18) bestämmas till fängelse i två år och tre månader.

#### *Skadeståndstalan*

54. Med hänsyn till utgången i frågan om hur gärningen bör rubriceras bör prövningstillstånd beviljas beträffande målsägandens enskilda anspråk. Det

finns inte förutsättningar för att nu ta ställning till ersättningsfrågan i sak.  
Frågan om skadestånd bör därför avskiljas och handläggas som ett tvistemål.

---

---

---

---

---

I avgörandet har deltagit: justitieråden Gudmund Toijer, Agneta Bäcklund  
(referent), Ingemar Persson, Petter Asp och Stefan Reimer  
Föredragande justitiesekreterare: Lina Nestor