

# HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 2 juli 2021

Mål nr

B 2862-20

## **PARTER**

### **Klagande**

VF

Ombud och offentlig försvarare: Advokat JF

Ombud och offentlig försvarare genom substitution: Advokat TÅ

### **Motparter**

1. Riksåklagaren

Box 5553

114 85 Stockholm

2. Sekretess A, se Partsbilaga sekretess

Företrädd av åklagaren

## **SAKEN**

Oaktsam våldtäkt

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

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

---

**DOMSLUT**

Högsta domstolen ändrar hovrättens domslut och bestämmer med tillämpning av 28 kap. 3 § brottsbalken påföljden till skyddstillsyn och fängelse en månad.

Fängelsestraffet ska anses vara helt verkställt genom den tid VF har varit berövad friheten i målet.

Högsta domstolen fastställer hovrättens sekretessförordnande.

Sekretessbestämmelsen i 35 kap. 12 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska fortsätta att vara tillämplig på uppgifterna om Sekretess A:s identitet i partsbilagan till denna dom.

JF ska få ersättning av allmänna medel för försvaret av VF i Högsta domstolen med 26 325 kr. Av beloppet avser 21 060 kr arbete och 5 265 kr mervärdesskatt. Staten ska svara för kostnaden.

**YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN M.M.**

VF har yrkat att Högsta domstolen i första hand ogillar åtalet och skadeståndsyrkandet samt i andra hand dömer honom till en icke frihetsberövande påföljd.

Riksåklagaren och målsäganden har motsatt sig att hovrättens dom ändras.

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

## **DOMSKÄL**

### **Bakgrund**

1. VF har enligt hovrättens dom gjort sig skyldig till oaktsam våldtäkt. Brottet bestod i att han, i samband med frivilligt sexuellt umgänge, genomförde ett analt samlag med målsäganden, trots att hon inte deltog frivilligt i denna del av händelseförloppet. Hovrätten har funnit att VF varit medvetet oaktsam beträffande målsägandens inställning. Det anala samlaget pågick under mindre än en minut. Målsäganden hade ont i några dagar efter händelsen. Gärningen ägde rum dagen innan VF skulle fylla 21 år.
2. Tingsrätten och hovrätten har bestämt påföljden till fängelse med hänvisning till brottets art. Hovrätten har dömt till fängelse i nio månader.
3. Högsta domstolen har, med utgångspunkt i vad hovrätten funnit styrkt beträffande gärningen, meddelat prövningstillstånd i fråga om påföljd. Högsta domstolen har inte funnit skäl att meddela prövningstillstånd i målet i övrigt.

### **Frågorna i Högsta domstolen**

4. Av prejudikatintresse är främst om oaktsam våldtäkt ska särbehandlas vid påföljdsvalet på grund av brottslighetens art och när det bör förordnas att ett fängelsestraff ska anses vara helt verkställt med anledning av ett tidigare frihetsberövande.

### **Oaktsam våldtäkt**

5. 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 år och högst sex år (6 kap. 1 § brottsbalken). 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 (1 a §).

6. För att straffansvar för oaktsam våldtäkt ska kunna komma i fråga krävs objektivt sett – liksom vid våldtäkt – att gärningsmannen har genomfört ett samlag eller en jämförbar sexuell handling med en person som inte har deltagit frivilligt. Vidare krävs att den tilltalade har varit grovt oaktsam beträffande omständigheten att den andra personen inte deltog frivilligt. I första hand avses situationer där gärningsmannen misstänker att den andra personen inte deltar frivilligt men ändå genomför den sexuella handlingen (medveten oaktsamhet). Mer påtagligt klandervärda fall när gärningsmannen inte misstänker, men borde misstänka, att målsäganden inte valt att delta (omedveten oaktsamhet) omfattas emellertid också av straffansvaret. (Jfr prop. 2017/18:177 s. 84 f.)

7. Vid straffvärdebedömningen avseende oaktsam våldtäkt ska hänsyn tas till graden av oaktsamhet hos gärningsmannen och till vilken sexuell handling det är fråga om. En gärning som innefattar medveten oaktsamhet är i regel mer straffvärd än om den utförs med en lägre grad av oaktsamhet. (Se "Övernattningen" NJA 2019 s. 668 p. 47.) Om brottet har lett till fysisk smärta eller skada ska det också beaktas. Även den sexuella handlingens varaktighet är av betydelse.

### **Straffvärdet för det aktuella brottet**

8. VF har genomfört ett analt samlag med målsäganden, som inte deltog frivilligt. VF har agerat medvetet oaktsamt. Han har på ett allvarligt sätt kränkt målsägandens sexuella integritet. Målsäganden har dessutom orsakats fysisk smärta. I mildrande riktning vid bedömningen av brottets straffvärde talar det förhållandet att gärningen varit kortvarig.

9. Straffvärdet för brottet motsvarar fängelse i åtta månader. Några billighetskäl enligt 29 kap. 5 § brottsbalken har inte kommit fram. VFs ålder vid gärningen ska däremot beaktas varför straffmättningsvärdet ska sättas något lägre än åtta månader (jfr 29 kap. 7 §).

### **Utgångspunkterna för påföljdsbestämningen i detta fall**

10. Vid val av påföljd ska rätten fästa särskilt avseende vid omständigheter som talar för en lindrigare påföljd än fängelse. Detta innebär att ett alternativ till fängelse har företräde och att ett fängelsestraff ska väljas i sista hand. Som skäl för fängelse får rätten, utöver brottslighetens straffvärde och art, beakta att den tilltalade tidigare har gjort sig skyldig till brott. (Jfr 30 kap. 4 § brottsbalken.)

11. Straffmättningsvärdet är i detta fall inte så högt att det ensamt bryter den grundläggande presumptionen mot att döma till fängelse (jfr ”28:3-fängelse” NJA 2015 s. 1024 p. 19). VF är tidigare ostraffad. Avgörande för om påföljden ska bli fängelse är då om en sådan påföljd krävs med hänsyn till brottslighetens art sammantaget med dess straffmättningsvärde (jfr ”De kinesiska kullagren” NJA 2014 s. 559 p. 20–29).

### **Brottets art vid oaktsam våldtäkt**

#### *Brottets art bör tillmätas betydelse för påföljdsbestämningen*

12. Varken i förarbetena eller i Högsta domstolens praxis finns några uttalanden om att oaktsam våldtäkt är brottslighet av sådan art att det finns anledning till särbehandling vid påföljdsvalet. Frågan är om det trots detta finns skäl att särbehandla brottet vid val av påföljd.

13. Högsta domstolen har uttalat att utrymmet för att genom rättsutveckling i praxis särbehandla ytterligare brottstyper med hänvisning till deras art är begränsat. Om en sådan särbehandling övervägs, ska beaktas om det finns ett särskilt behov av normbildning som den aktuella brottstypen kan föranleda. Brotstypen är dock inte ensamt avgörande; en individualiserad bedömning ska göras av hur starkt brottslighetens art talar för fängelse i det enskilda fallet. (Jfr ”De kinesiska kullagren” p. 31–33.)

14. Den reform av sexualbrottslagstiftningen som genomfördes 2018 ger tydligt uttryck för att sexuellt umgänge ska bygga på ömsesidighet och frivillighet. I förarbetena betonas att syftet är att förändra normer och att påverka människors värderingar. Det syftet framträder särskilt tydligt när det gäller våldtäkt och oaktsam våldtäkt. (Se SOU 2016:60 s. 184 och 270 samt prop. 2017/18:177 s. 22 f.) Oaktsam våldtäkt är alltså en brottstyp där behovet av normbildning framträder särskilt tydligt.

15. Våldtäkt, liksom flera andra sexualbrott, är en brottstyp som enligt praxis särbehandlas vid påföljdsvalet med hänvisning till brottslighetens art. Som skäl för att särbehandla dessa brott betonas ofta det allvarliga angrepp på den personliga integriteten som gärningarna rymmer (jfr t.ex. ”Tre glas sprit” NJA 2003 s. 313 och ”28:3-fängelse” NJA 2015 s. 1024 p. 26). Även en oaktsam våldtäkt innefattar en sådan påtaglig kränkning av den personliga integriteten och brottet har samma skyddsintresse som våldtäkt (jfr prop. 2017/18:177 s. 22 f.).

16. Det nu sagda leder till slutsatsen att brottets art bör tillmätas betydelse för påföljdsbestämningen och att det finns en presumtion för fängelse vid oaktsam våldtäkt.

*Utrymmet för att tillämpa en påföljd med samhällstjänst*

17. Även om det finns skäl för fängelse kan en icke frihetsberövande påföljd komma i fråga, om den kan förenas med samhällstjänst. En förutsättning för ett sådant påföljdsval är att det framstår som tillräckligt ingripande.

18. Som en allmän utgångspunkt bör kunna gälla att villkorlig dom i förening med samhällstjänst, trots brottslighetens art, kan komma i fråga vid oaktsam våldtäkt om straffvärdet inte är högre än att det motsvarar fängelse i tre månader (jfr ”Tidaholmsfallet” NJA 2014 s. 990). Det finns ett något större

utrymme för att döma till skyddstillsyn i förening med samhällstjänst i de nu aktuella fallen eftersom skyddstillsyn generellt anses vara en mer ingripande påföljd än villkorlig dom (jfr ”Socialkontorsfallet” NJA 2000 s. 314 och ”Skärtorsdagsdomen” NJA 2008 s. 359).

### **Skyddstillsyn och fängelse enligt 28 kap. 3 § brottsbalken**

19. Även om skälen för fängelse är så starka att villkorlig dom eller skyddstillsyn i förening med samhällstjänst inte kan komma i fråga, kan omständigheterna vara sådana att det finns anledning att döma till skyddstillsyn och fängelse.

20. Skyddstillsyn får förenas med fängelse, lägst fjorton dagar och högst tre månader. Om rätten förenar skyddstillsyn med fängelse får den inte samtidigt döma till böter eller meddela föreskrift om samhällstjänst. (Se 28 kap. 3 § brottsbalken.) Påföljdscombinationen får användas endast om det är oundgängligen påkallat med hänsyn till brottslighetens straffvärde eller den tilltalades tidigare brottslighet (se 30 kap. 11 §). Även brottslighetens art kan tala för att skyddstillsyn och fängelse väljs som påföljd (jfr ”Misshandeln i Delsbo” NJA 2013 s. 922 p. 7).

21. Presumtionen mot fängelse som påföljd (jfr p. 10) är särskilt stark i fråga om den som vid brottet ännu inte hade fyllt 21 år, vilket framgår av 30 kap. 5 § brottsbalken. För åldersgruppen mellan 18 och 21 år krävs särskilda skäl för att fängelse ska få tillämpas. Brottslighetens straffvärde och dess art samt den tilltalades tidigare brottslighet kan utgöra sådana särskilda skäl.

22. Bestämmelsen i 30 kap. 11 § syftar till att – beträffande främst unga lagöverträdare – skapa en större möjlighet än en vanlig skyddstillsyn erbjuder att undvika ett längre fängelsestraff. Detta gäller också i situationer där

brottslighetens art starkt talar för fängelse. (Jfr ”28:3-fängelse” NJA 2015 s. 1024 p. 35.)

### **Påföljden ska bestämmas till skyddstillsyn och fängelse**

23. Det brott som VF döms för har ett straffmättningsvärde som obetydligt understiger fängelse i åtta månader (jfr p. 9). Straffmättningsvärdet och brottslighetens art medför att en påföljd med samhällstjänst inte kan anses tillräckligt ingripande och att det finns särskilda skäl att bestämma påföljden till fängelse trots att VF inte hade fyllt 21 år vid gärningen. Det är emellertid möjligt att undvika ett längre fängelsestraff om VF döms till skyddstillsyn och fängelse. Den möjligheten ska användas. Den omständigheten att Kriminalvården har angett att VF inte har något övervakningsbehov bör inte tillmätas någon avgörande betydelse i sammanhanget (jfr ”28:3-fängelse” p. 22). Med hänsyn till brottets straffmättningsvärde ska fängelsestraffets längd bestämmas till en månad.

### **Fängelsestraffet ska anses helt verkställt**

24. Om någon har dömts till fängelse på viss tid och den dömde med anledning av de brott som prövats i målet eller som påföljden avser har varit frihetsberövad, ska tiden för frihetsberövandet tillgodoräknas den dömde som verkställighet av påföljden. Rätten får besluta att påföljden ska anses helt verkställd genom frihetsberövandet. Det förutsätter att den tid som den utdömda påföljden överstiger frihetsberövandet med är ringa. (Jfr 2 och 3 §§ lagen, 2018:1250, om tillgodoräknande av tid för frihetsberövande.)

25. För att det ska vara aktuellt att förordna att fängelsestraffet ska vara helt verkställt genom frihetsberövandet krävs att skillnaden är liten mellan frihetsberövandet och den strafftid som har dömts ut (jfr prop. 1972:146 s. 53 f. och prop. 2017/18:250 s. 192 f.). När som i detta fall en villkorlig frigivning inte är aktuell, bör det normalt inte förordnas att fängelsestraffet ska anses helt



verkställt, om det som återstår av det utdömda straffet uppgår till en vecka eller mer. I de fall där villkorlig frigivning kommer i fråga gör sig andra överväganden gällande (jfr NJA 2012 s. 614 p. 18).

26. VF har varit frihetsberövad i 27 dagar, från och med den 14 september till och med den 10 oktober 2019. Han döms nu till fängelse i en månad, vilket innebär en strafftid på trettio dagar (se 18 § strafftidslagen, 2018:1251). Skillnaden mellan det utdömda fängelsestraffet och den tid som VF har varit frihetsberövad uppgår till tre dagar. En så begränsad skillnad i tid måste anses som ringa. Fängelsestraffet bör därför anses helt verkställt genom frihetsberövandet.

#### **Ersättning till den offentliga försvararen**

27. JF har yrkat ersättning med sammanlagt 45 075 kr, varav 21 060 kr avser eget arbete och 15 000 kr utlägg för ett rättsutlåtande. Kostnaden för ett sådant utlåtande kan inte lagligen ersättas som utlägg. Målet innehåller inte några frågor som gör det skäligen motiverat att anlita en särskilt sakkunnig. Kostnaden för utlåtandet ska därför inte heller beaktas vid bestämmande av försvararens ersättning för arbete (jfr ”Svartbygget i Falsterbo” NJA 1997 s. 629).

---

I avgörandet har deltagit justitieråden Gudmund Toijer, Kerstin Calissendorff, Agneta Bäcklund (referent), Eric M. Runesson och Stefan Reimer  
Föredragande har varit justitiesekreteraren Dennis Andreev