



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Johanna Larsson

Hur förhåller sig eventuellt
uppsåt till hjälplöst tillstånd?
En analys av det eventuella uppsåtet enligt
gällande svensk rätt utifrån Tumbafallet

Examensarbete
20 poäng

Helén Örnemark-Hansen

Straffrätt

VT 2004

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	2
1 INLEDNING	3
1.1 Bakgrund	3
1.2 Syfte och frågeställningar	4
1.3 Metod och material	4
1.4 Disposition och avgränsningar	5
1.5 Allmänna utgångspunkter	8
2 DEN TILLTALADES RÄTTSSÄKERHET	9
2.1 Europakonventionen och oskyldighetspresumtionen	9
2.2 Rättssäkerheten	10
2.3 Bevisprövning i brottmål	11
2.3.1 Bevisvärderingen	11
2.3.2 Bevisbörda och utredningsbörda	12
2.3.3 Beviskravet	12
2.4 Att bevisa uppsåt	13
3 DET SUBJEKTIVA SKULDREKVISITET	16
3.1 Brottsbegreppet	16
3.2 Gärningskontroll och gärningsculpa	16
3.2.1 Otillåtet risktagande	17
3.3 Effektbrott och handlingsbrott	17
3.4 Uppsåtsbegreppet	18
3.4.1 Inledning	18
3.4.2 Uppsåt beträffande effekt	19
3.4.2.1 Dolus directus	19
3.4.2.2 Dolus indirectus	19
3.4.2.3 Dolus eventualis	20
3.4.3 Uppsåt beträffande gärningsmoment	20
3.4.3.1 Vetskap eller full visshet	21
3.4.3.2 Dolus eventualis	21
3.5 Gränsen mellan dolus eventualis och medveten culpa	22

4	DOLUS EVENTUALIS	23
4.1	Historisk bakgrund	23
4.1.1	Uppsåtsbegreppets historik	23
4.1.2	Franks formel	23
4.1.3	Johan C. W. Thyrén	23
4.1.4	SOU 1923:9	24
4.1.5	SOU 1940:20	25
4.1.6	SOU 1953:14	25
4.1.7	SOU 1996:185 och Prop. 2000/01:85	26
4.2	Framväxten av alternativ till dolus eventualis	27
4.2.1	Likgiltighetsuppsåtet	27
4.2.2	Sannolikhetsuppsåtet	27
4.2.3	Avsiktighetsuppsåtet	28
4.2.4	Det eventuella uppsåtet i sin faktiska variant	29
4.2.5	Rättsläget efter NJA 2002 s. 449	30
4.3	Varianter av dolus eventualis	31
4.3.1	Dolus von Seth	31
4.3.2	Dolus Alexanderson	31
4.3.3	Defekt dolus eventualis	32
4.4	Uppbyggnaden av dolus eventualis	33
4.4.1	Prövningens första led	33
4.4.2	Prövningens andra led	33
4.5	Några argument inom doktrin för och emot dolus eventualis	35
4.5.1	Nils Jareborg	35
4.5.2	Per Ole Träskman	36
4.5.3	Ivar Strahl	39
4.5.4	Ivar Agge och Hans Thornstedt	41
4.5.5	Madeleine Leijonhufvud och Susanne Wennberg	41
4.5.6	Alf Ross	42
4.5.7	Björn Molin	43
4.5.8	Gunnar Bomgren	43
4.5.9	Några röster vid det 22:a Nordiska Juristmötet 1960	44
4.5.10	Fredrik Ingblad	45
4.5.11	En nordisk utblick	46
4.6	Användning av dolus eventualis inom rättspraxis	47
4.7	Är det eventuella uppsåtet gällande svensk rätt?	48
4.8	Eventuellt uppsåt i förhållande till gärningsomständighet i rättspraxis	51
4.9	Hur skall det eventuella uppsåtet tillämpas i förhållande till ett gärningsmoment?	54
5	SEXUELLT UTNYTTJANDE	56
5.1	Om brottet	56
5.2	Vissa gränsdragningsproblem	57
5.3	Bedömning av sexuellt utnyttjande inom rättspraxis	59
5.3.1	NJA 1997 s. 538	59

5.3.1.1	Tingsrättens bedömning	59
5.3.1.2	Hovrättens bedömning	60
5.3.1.3	Högsta domstolens bedömning	60
5.3.2	Svea hovrätt Mål B 3935-00	61
5.3.2.1	Tingsrättens bedömning	61
5.3.2.2	Hovrättens bedömning	62
5.3.3	Svea hovrätt Mål B 8049-03	62
5.3.3.1	Tingsrättens bedömning	62
5.3.3.2	Hovrättens bedömning	63
5.4	Sexualbrottsutredningen	64
5.4.1	Utgångspunkter för en ny bestämmelse om sexuellt utnyttjande	64
5.4.2	Att utnyttja någon som saknar förmågan att värja sig	64
5.4.3	Grovt brott	65
6	TUMBAFALLET	66
6.1	Bakgrund	66
6.2	Tingsrättens bedömning	66
6.2.1	Skiljaktig mening	68
6.3	Hovrättens bedömning	68
6.3.1	Yrkanden	68
6.3.2	Tilltro	68
6.3.3	Det sexuella umgänget	68
6.3.4	Det hjälplösa tillståndet	68
6.3.5	Otillbörligt utnyttjande	69
6.3.6	Uppsåtet	69
6.3.7	Skiljaktig mening	70
6.4	Riksåklagarens yrkande	70
6.5	Högsta domstolens bedömning	71
7	EGEN ANALYS AV TUMBAFALLET	74
7.1	Tilltrosbedömning	74
7.1.1	Målsäganden	74
7.1.2	De tilltalade	74
7.2	Det sexuella umgänget	75
7.3	Det hjälplösa tillståndet	75
7.3.1	Målsägandens berusningsgrad	75
7.3.2	Övriga omständigheter	77
7.4	Otillbörligt utnyttjande	78
7.5	Uppsåtsfrågan	78
7.5.1	Förelåg vetskap eller full visshet till det hjälplösa tillståndet?	79
7.5.2	Förelåg ett eventuellt uppsåt till det hjälplösa tillståndet?	79
7.5.2.1	Misstänkte de tilltalade att hon befann sig i ett hjälplöst tillstånd?	79
7.5.2.1.1	Omständigheter som talar för att de tilltalade hade sådan misstanke	80
7.5.2.1.2	Omständigheter som talar mot att de tilltalade hade sådan misstanke	81

7.5.2.2	Skulle de tilltalade ha handlat på samma sätt även om de varit säkra på att hon var i ett hjälplöst tillstånd?	83
7.5.2.2.1	Omständigheter som talar för att de tilltalade skulle ha handlat likadant även med vetskap om det hjälplösa tillståndet	83
7.5.2.2.2	Omständigheter som talar mot att de tilltalade skulle ha handlat likadant även med vetskap om det hjälplösa tillståndet	85
8	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER	87
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	89
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	94

Sammanfattning

Mål B 4646-03 från högsta domstolen, eller det s.k. Tumbafallet, handlade om huruvida tre män, den 16 februari 2003, grovt utnyttjat en kvinna sexuellt genom att otillbörligt utnyttja att hon befann sig i ett hjälplöst tillstånd. I tingsrätten friades männen då varken kvinnans hjälplösa tillstånd, männens insikt om detta tillstånd eller det otillbörliga utnyttjandet därav kunde styrkas. Hovrätten ansåg att kvinnan visserligen var i ett hjälplöst tillstånd, men friade männen på grund av deras bristande insikt om detta. Riksåklagaren överklagade domen den 1 december 2003 och yrkade att männen åtminstone hade haft eventuellt uppsåt i förhållande till det hjälplösa tillståndet. En rättslig prövning om eventuellt uppsåt har aldrig tidigare gjorts i sexualbrott och hur eventuellt uppsåt förhåller sig till ett gärningsmoment som hjälplöst tillstånd är därmed helt outrett inom svensk rätt. Den 4 maj 2004 kom högsta domstolens avgörande. De tilltalade friades från brott då högsta domstolen bedömde att målsäganden inte befann sig i ett hjälplöst tillstånd och ansvar för sexuellt utnyttjande förelåg därför ej. Frågan om hur eventuellt uppsåt förhåller sig till hjälplöst tillstånd prövades aldrig.

Syftet med denna uppsats är dels att undersöka om eventuellt uppsåt är en del av gällande svensk rätt, dels att ta reda på hur eventuellt uppsåt skall användas i förhållande till gärningsmoment och slutligen att utifrån detta analysera Tumbafallet för att undersöka hur det eventuella uppsåtet förhåller sig till en gärningsomständighet som hjälplöst tillstånd.

Uppsatsen består av två delar. I den första delen redogör jag för den tilltalades rättssäkerhet enligt europakonventionen och svensk lag samt för den svenska uppsåtsläran med fokus på det eventuella uppsåtet. I denna del svarar jag även på mina två första frågeställningar. Jag kommer fram till att eventuellt uppsåt är gällande svensk rätt, trots att formen innefattar vissa brister, och att eventuellt uppsåt i förhållande till en gärningsomständighet skall användas på samma sätt som vad gäller eventuellt uppsåt i förhållande till en brottseffekt, dvs. genom en prövning i två led, där det andra ledet innefattar ett hypotetiskt prov. Den andra delen av min uppsats handlar om brottet sexuellt utnyttjande enligt 6 kap. 3 § brottsbalken och då särskilt rekvisitet *hjäjplöst tillstånd*. Även sexualbrottsutredningens förslag på ny utformning av detta brott redovisas. När jag redogjort för Tumbafallet analyserar jag fallet genom att utföra en prövning i två led för att svara på min sista frågeställning om hur det eventuella uppsåtet förhåller sig till hjälplöst tillstånd i detta fall. Slutsatsen är att eventuellt uppsåt är gällande rätt och att det är möjligt att pröva denna uppsåtsform i förhållande till ett hjälplöst tillstånd. Då bevissvårigheterna är stora är det dock viktigt att få entydiga regler för hur eventuellt uppsåt skall användas för att inte kravet på förutsebarhet skall hotas och för att prövningen skall kunna genomföras på ett konsekvent och korrekt sätt.

Förkortningar

Hov R	Hovrätten
JT	Juridisk tidskrift
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
Prop.	Proposition
RH	Rättsfall från hovrätten
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den 9 april 2003 inkom en stämningsansökan till Huddinge tingsrätt där fyra män anklagades för grovt sexuellt utnyttjande av en kvinna i en lägenhet i Tumba. Männerna skulle enligt gärningsbeskrivningen ha förmått kvinnan till sexuellt umgänge genom att otillbörligt utnyttja att hon befann sig i ett hjälplöst tillstånd den 16 februari samma år.

I tingsrätten kunde varken det hjälplösa tillståndet, de tilltalades insikt om detta tillstånd eller det otillbörliga utnyttjandet styrkas. Åtalet för grovt sexuellt utnyttjande ogillades och dom meddelades den 25 april 2003. Hovrätten ansåg att målsäganden visserligen var i ett hjälplöst tillstånd, men friade männen på grund av deras bristande insikt om detta tillstånd. Varken direkt eller indirekt uppsåt ansågs föreligga. Åtalet för grovt sexuellt utnyttjande ogillades och domen meddelades den 3 november 2003.

I samband med att Riksåklagaren överklagade det s.k. *Tumbafallet*¹ den 1 december 2003 uppkom frågan om huruvida uppsåt ändå kunde anses föreligga enligt reglerna om eventuellt uppsåt, dvs. om de tilltalade hade eventuellt uppsåt i förhållande till målsägandens hjälplösa tillstånd. Prövningstillstånd beviljades kort därefter.

Den fråga som högsta domstolen nu hade att pröva var komplicerad av många orsaker:

Ett användande av eventuellt uppsåt inom svensk rätt har inte varit helt invändningsfritt. Under årens lopp har det riktats mycket kritik mot denna form då inte alla varit överens om hur det eventuella uppsåtet skall tillämpas och frågan har uppkommit om eventuellt uppsåt utgör en accepterad del av gällande svensk rätt.

Frågan om hur eventuellt uppsåt förhåller sig till ett gärningsmoment, som här var fallet, har till stora delar lämnats därhän till förmån för en diskussion om eventuellt uppsåt i förhållande till en brottseffekt. Frågan om dess tillämpning är därför oklar och outredd på många punkter.

En rättslig prövning om eventuellt uppsåt har dessutom aldrig tidigare gjorts i sexualbrott. Hur eventuellt uppsåt förhåller sig till ett gärningsmoment som hjälplöst tillstånd är därmed helt outrett inom svensk rätt.

¹ Högsta domstolen Mål B 4646-03. Jag kommer genomgående i min uppsats att använda mig av beteckningen "Tumbafallet".

Vilket avgörande högsta domstolen än skulle komma fram till, skulle det innebära en milstolpe i svensk straffrätts historia. Situationen väckte många viktiga och intressanta frågor.

Den 4 maj 2004 kom högsta domstolens avgörande. De tilltalade friades från brott vilket gav upphov till högljudda protester från många håll, främst från allmänheten. Högsta domstolen bedömde att målsäganden inte befann sig i ett hjälplöst tillstånd och ansvar för sexuellt utnyttjande förelåg därför ej. Högsta domstolen behövde därmed aldrig ta ställning till uppsåtsfrågan och inte heller till frågan om eventuellt uppsåt beträffande hjälplöst tillstånd.

1.2 Syfte och frågeställningar

Jag har tre huvudsyften med detta arbete:

Mitt första syfte är att ta reda på det eventuella uppsåtets ställning inom svensk rätt utifrån vad som framkommit i förarbeten, doktrin och rättspraxis. Jag kommer här att försöka belysa både argument för och emot ett användande av eventuellt uppsåt.

Mitt andra syfte är att undersöka hur det eventuella uppsåtet skall tillämpas i förhållande till ett gärningsmoment. Rättsläget är idag oklart och uppsåtsformen används sällan i rättspraxis. Jag kommer här att studera både doktrin och rättspraxis.

Mitt tredje syfte är att med utgångspunkt från det s.k. Tumbafallet undersöka hur eventuellt uppsåt förhåller sig till ett hjälplöst tillstånd. Jag kommer här att använda det som jag kommit fram till om eventuellt uppsåt i förhållande till gärningsmoment och gällande regler angående sexuellt utnyttjande och det hjälplösa tillståndet.

Jag vill genom detta arbete försöka få svar på följande problemställningar:

Är *eventuellt uppsåt* gällande svensk rätt?

Hur skall *det eventuella uppsåtet* tillämpas i förhållande till gärningsmoment?

Hur förhåller sig *eventuellt uppsåt* till ett hjälplöst tillstånd?

1.3 Metod och material

För att få svar på de frågeställningar som utgör utgångspunkten för min uppsats, har jag använt mig av en sedvanlig juridisk metod. Jag har använt mig av juridiska rättskällor såsom förarbeten, doktrin, rättspraxis och juridiska tidskrifter.

Vad gäller frågans tidigare behandling kan anföras följande. Uppsåtet är en av förutsättningarna för att ansvar ska uppkomma för en brottslig handling inom vårt svenska straffrättssystem. Uppsåtsbegreppet med tillhörande problem utgör därför ett område som är mycket välstuderat inom straffrätten. Det finns en uppsjö av litteratur och avhandlingar som redogör för problematiken och användandet inom svensk rätt. Jag har därför ingen intention att använda mig av allt det befintliga material som behandlar uppsåtet på ett eller annat sätt.

Vad gäller eventuellt uppsåt, och då främst eventuellt uppsåt i förhållande till gärningsmoment är materialet mer begränsat. Varken doktrin, rättspraxis eller förarbeten behandlar frågan om hur eventuellt uppsåt skall användas vid sexuellt utnyttjande i förhållande till ett hjälplöst tillstånd.

Bland de vanligaste böckerna på uppsåtsområdet kan nämnas Nils Jareborgs *Allmän kriminalrätt, Straffrättens ansvarslära, Brotten, Handling och uppsåt* samt; *Brottsbalken, en kommentar, del I* av L. Holmqvist, M. Leijonhufvud, P-O. Träskman och S. Wennberg samt Per Ole Träskmans *Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? Skuld och ansvar, Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*.

Bland de äldre verken kan nämnas Ivar Strahls *Allmän straffrätt i vad angår brotten* samt *Straffrättens allmänna del* av Hans Thornstedt och Ivar Agge. Monica Strömmerstedts *Med vett och vilja? Uppsåtets gränser i doktrin och rättspraxis, Straffansvar* av Madeleine Leijonhufvud och Susanne Wennberg, samt *Skuld* av Samuel Cavallin tillhör de nyare böckerna på området.

För frågan om uppsåtet har jag även använt mig av en del artiklar från juridiska tidskrifter och relevanta rättsfall.

På sexualbrottsområdet har jag använt mig av *Brottsbalken, en kommentar, del I* av L. Holmqvist, M. Leijonhufvud, P-O. Träskman och S. Wennberg samt *Brotten* av Nils Jareborg och *Bevisprövning vid sexualbrott* av Helena Sutorius och Anna Kaldal. Även här har jag använt mig av relevanta rättsfall och artiklar från juridiska tidskrifter.

Vid det avsnitt i min uppsats där jag tittar närmare på den historiska utvecklingen av eventuellt uppsåt använder jag mig i första hand av offentliga utredningar, då mitt syfte inte är att ge en allmän historisk redogörelse utan endast att redogöra för det eventuella uppsåtets tidigare behandling.

1.4 Disposition och avgränsningar

Som en allmän utgångspunkt redogör jag för viktiga rättssäkerhetsprinciper den tilltalade är tillförsäkrad enligt både europakonventionen och svensk lag

samt för det gällande beviskravet i brottmål. Här följer även några synpunkter på uppsåtsbevisningen (kapitel 2).

Sedan följer ett avsnitt om allmänna straffrättsliga utgångspunkter som syftar till att allmänt redogöra för våra subjektiva brottsrekvisit och till att placera skuldrekvisitet i sitt straffrättsliga sammanhang. Här redogör jag för uppsåtet i sina olika former samt för var gränsen går mellan eventuellt uppsåt och medveten culpa (kapitel 3).

Avsnittet om det eventuella uppsåtet (kapitel 4) kommer att delas upp i olika delar. Det historiska perspektivet syftar till att förklara det eventuella uppsåtets uppkomst och utveckling samt dess rättsliga ställning under 1900-talet fram tills idag. Därefter följer ett avsnitt jag kallar alternativ till eventuellt uppsåt. I samband med att kritik riktats mot uppsåtets tredje form har vissa försök gjorts att införa andra, bättre lämpade alternativ ofta med förebilder från andra länders rättssystem. Här redogörs endast för de viktigaste i syfte att få en förståelse för det eventuella uppsåtets brister och fördelar. En av det eventuella uppsåtets stora brister har ansetts vara tillämpningen. Därför har utförandet av prövningen stundtals blivit inkonsekvent i rättspraxis. Enligt professor Nils Jareborg² kan man klassificera dessa ”varianter” och jag har gjort ett försök att kortfattat redogöra för några av dessa. Därefter följer ett avsnitt där jag ingående förklarar hur det eventuella uppsåtet skall tillämpas. I syfte att förstå det eventuella uppsåtets fördelar och brister följer ett avsnitt där jag redogör för argument för och emot det eventuella uppsåtet såsom det återgivits inom doktrin. Här följer en del kända och en del mindre kända författares och juristers syn på det eventuella uppsåtet och dess tillämpning. Sedan redogör jag för användandet av det eventuella uppsåtet i rättspraxis och därefter följer en redogörelse för ett antal rättsfall från 1900-talets början fram tills idag, där eventuellt uppsåt prövats i förhållande till ett gärningsmoment. Detta syftar till att förstå hur denna prövning skall göras i praktiken. I samband med detta svarar jag på mina två första problemformuleringar med hjälp av vad som framkommit i min uppsats så långt.

Nästa steg är att svara på den tredje problemställningen. Denna process inleds med att jag redogör för brottet sexuellt utnyttjande (kapitel 5). Därefter följer en redogörelse för ett antal rättsfall där bakgrunden på många sätt liknade situationen i Tumbafallet. Syftet är att påvisa likheter och olikheter i bedömningarna. I anslutning till detta redogör jag kort för sexualbrottsutredningens nya lagförslag gällande sexuellt utnyttjande.³

Nästa avsnitt är en redogörelse för Tumbafallet och instansernas bedömningar (kapitel 6). Därmed är min utgångspunkt klar för att göra en egen analys av Tumbafallet i syfte att svara på min tredje frågeställning (kapitel 7). I analysen diskuterar jag omständigheter som talar både för och

² N. Jareborg; *Handling och uppsåt*; Stockholm 1969; s. 51-55, 57ff, 61-64; N. Jareborg; *Straffrättens ansvarslära*; Göteborg 1994; s. 206.

³ SOU 2001:14

emot att de tilltalade i Tumbafallet skulle ha haft ett eventuellt uppsåt i förhållande till målsägandens hjälplösa tillstånd.

Arbetet avslutas med sammanfattande slutsatser (kapitel 8). Här redogörs för vad som framkommit i uppsatsen samt svaren på mina inledande problemformuleringar. Här återges även egna synpunkter och reflektioner kring ämnet.

Jag har följande avgränsningar i mitt arbete:

Svensk rätt. Jag redogör endast för gällande svensk rätt. Den enda internationella utblick jag gör i mitt arbete är den nordiska i syfte att förstå den svenska uppbyggnaden av eventuellt uppsåt. Jag har inga ambitioner att vara uttömmande vad gäller den nordiska uppsåtsläran.⁴

Gällande rätt av i dag. Jag gör endast en kort historisk tillbakablick samt tittar på rättspraxis från 1900-talets början fram tills idag i syfte att visa hur det eventuella uppsåtet diskuterats inom förarbeten och för att visa hur begreppet har använts i rättspraxis under 1900-talet.

Eventuellt uppsåt. Min uppsats är helt fokuserad på det eventuella uppsåtet. För att inte min redogörelse om denna uppsåtsform skall sakna sammanhang redogör jag inledningsvis för den allmänna uppsåtsläran. Jag är medveten om att det finns många intressanta alternativ till eventuellt uppsåt för att bestämma uppsåtets nedre gräns. Jag gör i denna framställning inte anspråk på att vara uttömmande här. Som utgångspunkt använder jag Riksåklagarens yrkande i Tumbafallet och därmed är framställningen koncentrerad på eventuellt uppsåt. Jag berör dock vissa uppsåtsformer som diskuterats som alternativ till eventuellt uppsåt.

Sexuellt utnyttjande av vuxen person. Jag redogör endast för brottet sexuellt utnyttjande enligt 6 kap. 3 § brottsbalken. Jag prövar endast det eventuella uppsåtet i förhållande till det hjälplösa tillståndet och utelämnar därmed helt övriga gärningsrekvisit i paragrafen.

Det eventuella uppsåtet har behandlats flera gånger och har diskuterats vid många tillfällen och i många sammanhang. Området är stort och det uppkommer ständigt nya problemställningar. Jag har ingen intention att vara uttömmande på något sätt. Jag har endast försökt svara på de frågeställningar jag ställt upp och därför använt det material som jag har ansett vara nödvändigt för att få svar på detta. Jag är medveten om att det

⁴ För den läsare som vill veta mer om våra grannländers uppsåtslära kan jag rekommendera följande litteratur. För den danska uppsåtsläran, Knut Waaben, *Det kriminelle forsaet*, Köpenhamn 1957 och för den norska uppsåtsläran, Johs. Andenaes, *Alminnelig strafferett*, Oslo 1956. Dan Frände har bl.a. skrivit två böcker om den finska uppsåtsläran som båda finns i svensk översättning, *Allmän straffrätt, en introduktion*, Helsingfors 1994 samt *Brott och rättegång*, Helsingfors 2003.

finns många intressanta infallsvinklar och problemformuleringar som är kopplade till det eventuella uppsåtet men det är naturligtvis omöjligt att täcka in allt, även i en uppsats med detta omfång.

1.5 Allmänna utgångspunkter

För att det skall underlätta för läsaren att följa min redogörelse, har jag valt att svara på två av mina frågeställningar löpande i texten. Detta då svaren på dessa frågor utgör en förutsättning för den fortsatta framställningen. Här sker även en sammanfattning av det som framkommit i min text och som har betydelse för den aktuella frågeställningen. Min sista frågeställning kommer att behandlas i min analys av Tumbafallet.

Det är för mig viktigt att här understryka att jag inte har någon ambition att komma fram till ett eget domslut i Tumbafallet. Jag anser inte att det är min uppgift att döma på något sätt, dels då jag inte är domare och dels då jag inte anser att jag har tillräckliga kvalifikationer för detta ändamål. Min ambition är istället att analysera fallet på ett objektivt sätt, där jag belyser omständigheter som talar för respektive emot att de tilltalade skulle ha haft ett eventuellt uppsåt till målsägandens eventuella hjälplösa tillstånd. Det är även här viktigt att poängtera att det finns omständigheter som både talar för och emot målsägandens hjälplösa tillstånd. Inte heller här har jag någon intention att ta ställning för eller emot, men då diskussionen om det eventuella uppsåtet blir fullständigt meningslös om inte utgångspunkten är att målsäganden var i ett hjälplöst tillstånd, kommer jag att i min analys av Tumbafallet använda mig av denna utgångspunkt.

När jag i min uppsats använder begreppet *eventuellt uppsåt* åsyftar jag genomgående det eventuella uppsåtet i sin hypotetiska variant, dvs. med ett användande av ett hypotetiskt prov. I de fall jag istället åsyftar det eventuella uppsåtet i sin faktiska variant, kommer detta att skrivas ut klart i texten.

2 Den tilltalades rättssäkerhet

2.1 Europakonventionen och oskyldighetspresumtionen

Den tilltalades rätt till en rättvis rättegång kommer i Europakonventionen⁵ till uttryck i artikel 6 punkten 1.⁶ Enligt denna artikel är den tilltalade aldrig skyldig att bidra till utredningen eller bevisningen på något sätt. Den tilltalade har t ex. ingen bevisbörda, har rätt att tåga och har ingen skyldighet att varken bevisa sin skuld eller sin oskuld.⁷ Motsvarande gäller även enligt svensk rätt.⁸ Det sätt på vilket den tilltalade försvarar sig eller det faktum att han valt att tåga, kan dock inverka på bevisvärderingen av det föreliggande materialet.⁹ Den tilltalade bör fällas mot sitt nekande endast om det föreligger mycket stark bevisning för hans skuld.¹⁰

En av våra viktigaste rättssäkerhetsprinciper som kommer till uttryck i Europakonventionen artikel 6 punkten 2 är oskyldighetspresumtionen.¹¹ Den innebär att ingen skall betraktas som skyldig förrän detta har bevisats genom en rättegång där den tilltalade fått tillfälle att försvara sig. Domstolen skall inte utgå från att den tilltalade är skyldig, utan detta skall bevisas av åklagaren.¹² Enligt principen *in dubio pro reo*, skall varje tvivel i skuldfrågan komma till den tilltalades fördel.¹³

⁵ Europeiska konventionen (d. 4 nov. 1950) om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁶ H. Danelius; *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*; Stockholm 2002; s. 194. Artikel 6- Rätt till en rättvis rättegång, p. 1: *Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag. Domen skall avkunnas offentligt, men pressen och allmänheten får utestängas från förhandlingen eller en del därav av hänsyn till den allmänna moralen, den allmänna ordningen eller den nationella säkerheten i ett demokratiskt samhälle, eller då minderårigas intressen eller skyddet mot parternas privatliv så kräver eller, i den mån domstolen finner det strängt nödvändigt, under särskilda omständigheter när offentlighet skulle skada rättvisans intresse.*

⁷ H. Danelius; *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*; Stockholm 2002; s. 216

⁸ Se t.ex. H. Brun, C. Diesen, T. Olsson; *Bevispraxis, Bevis 5, Svensk bevispraxis 1948-1999*; Stockholm 2000; s. 49

⁹ H. Danelius; *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*; Stockholm 2002; s. 217

¹⁰ P-O. Ekelöf, R. Boman; *Rättegång, fjärde häftet*; Stockholm 2002; s. 118

¹¹ Artikel 6- Rätt till en rättvis rättegång, p. 2: *Var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts.*

¹² H. Danelius; *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*; Stockholm 2002; s. 233f

¹³ P-O. Ekelöf, R. Boman; *Rättegång, fjärde häftet*; Stockholm 2002; s. 113

2.2 Rättssäkerheten

Åke Frändberg¹⁴ diskuterar i sin artikel ”*Om rättssäkerhet*” i Juridisk tidskrift årgång 12 2000/2001, s. 269-280, rättssäkerhetens betydelse för rättsskipningen och hur rättssäkerheten som begrepp skall tolkas. För att det skall finnas en rättssäkerhet i ett rättssamhälle måste tre villkor vara uppfyllda. (1) Rättssystemet måste ha klara och adekvata regler. (2) Det måste finnas en tillgänglighet till dessa regler, dvs. de måste vara publicerade. (3) Man måste kunna lita till innehållet i dessa regler, dvs. det rättstillämpande organet måste lojalt och korrekt tillämpa reglerna. Omsorgen om rättssäkerheten vilar alltså både på lagstiftaren och på rättstillämparen, enligt Åke Frändberg.¹⁵

Om det inom ett rättsområde saknas tillämpliga regler, om de regler som finns är dunkla, vaga, mångtydiga eller komplicerade eller om reglerna står i strid med varandra är det första villkoret inte uppfyllt. I första fallet föreligger det rättsbrist och andra fallet föreligger det regelkollision eller regelkonkurrens. Visserligen, poängterar Åke Frändberg, har vi lagtolkningsprejudikat till vår hjälp men lagförarbeten är också texter som måste tolkas och som kan vara både vaga och mångtydiga. Man kan aldrig förutse hur en domare kommer att använda materialet eller om han överhuvudtaget kommer att använda det. Även våra klassiska lagtolkningsprinciper såsom bokstavstolkningsprincipen¹⁶ kan vålla problem. Den enda verkligt pålitliga rättssäkerhetsgarantin ligger med andra ord i lagen och därmed måste det kunna ställas höga krav på dem som skriver våra lagar.¹⁷

Om det inte finns några skrivna lagar eller om det finns skrivna lagar men de är svåra att få tillgång till, är det andra villkoret inte uppfyllt. Det tredje villkoret, att man måste kunna lita till reglernas innehåll, kan hotas av att myndigheter inte kan följa de regler som uppställts, eller att de inte vill. Myndigheterna måste också ta reglernas upprätthållande på allvar, dvs. inte bara följa reglerna när de själva tycker att det passar. Det måste finnas en sådan förutsägbarhet att man enbart genom att titta på reglernas innehåll kan förutse hur det kommer att gå. Ett annat hot mot detta tredje villkor är naturligtvis även retroaktiv rättsverkan.¹⁸

¹⁴ Professor i allmän rättslära vid Uppsala universitet.

¹⁵ Å. Frändberg; ”*Om rättssäkerhet*”; JT 2000-2001 s. 274f

¹⁶ Just bokstavstolkningsprincipen är enligt Åke Frändberg inte särskilt användbar då en tolkningssvårighet ofta beror just på språkets brister och det är denna defekt men vid denna lagtolkningsmetod skall användas för att tolka texten.

¹⁷ Å. Frändberg; ”*Om rättssäkerhet*”; JT 2000-2001 s. 275ff

¹⁸ Å. Frändberg; ”*Om rättssäkerhet*”; JT 2000-2001 s. 278ff

2.3 Bevisprövning i brottmål

2.3.1 Bevisvärderingen

Inom svensk rätt råder fri bevisföring¹⁹ vilket innebär att domaren har *frihet under ansvar*, dvs. han är i princip fri att välja de medel med vilka han kan nå en materiellt riktig dom. För att viss likformighet skall kunna upprätthållas finns det dock vissa normer domarna bör följa. Metoderna för bevisvärderingen kan skilja sig åt men resultaten måste alltid kunna motiveras.²⁰ Enligt processlagberedningen kan man utläsa att bevisvärderingen skall vara objektiv och att den skall grundas på analys och värdering av i processmaterialet varje förekommande enskilt bevis.²¹ Klassintressen, moraluppfattningar och fördomar få inte inverka på bevisvärderingen i det enskilda fallet.

I brottmål skall rätten försöka ta reda på om åklagarens gärningspåstående stämmer överens med verkligheten och som referens använder sig rätten av erfarenhetssatser, dvs. en objektiv erfarenhet skall ligga till grund för bevisvärderingen.²² Genom att använda sig av s.k. alternativa hypoteser undanröjer man andra möjliga händelseförlopp eller förklaringsmodeller än det genom gärningsbeskrivningen påstådda.²³ Om samtliga alternativa förklaringsmöjligheter kan uteslutas återstår endast huvudhypotesen och därmed anses denna bevisad.²⁴ Skulle ett sådant alternativt händelseförlopp utgöras av ett straffbart handlande skall domstolen välja det för den tilltalade fördelaktigaste alternativet enligt principen *in dubio mitius*.²⁵

Bevisvärderingen består i att man utifrån existensen av ett eller flera fakta, s.k. bevisfakta, drar en slutsats rörande sannolikheten för existensen av ett annat faktum, dvs. det faktum som skall bevisas, som betecknas bevisemat. Bevisfaktum sägs då ha bevisvärde för bevisemat. Ett bevisfaktum har endast relevans om det har bevisvärde för eller emot existensen av bevisemat.²⁶ Hjälpfakta är den typen av omständigheter som ensamma inte fyller någon funktion men som i bevisvärderingen påverkar det bevisvärde

¹⁹ H. Brun, C. Diesen, T. Olsson; *Bevispraxis, Bevis 5, Svensk bevispraxis 1948-1999*; Stockholm 2000; s. 13. Den fria bevisvärderingens princip, lagfäst genom generalklausul i 35 kap. 1 § rättegångsbalken. Ersatte 1948 den legala bevis teorin, enligt vilken lagstiftaren direkt angav vilken bevisning som krävdes för att uppfylla beviskravet. Se C. Diesen; *Bevisprövning i brottmål*; Stockholm 1994; s. 7f

²⁰ C. Diesen; *Bevisprövning i brottmål*; Stockholm 1994; s. 7

²¹ C. Diesen; *Bevisprövning i brottmål*; Stockholm 1994; s. 8f

²² C. Diesen; *Bevisprövning i brottmål*; Stockholm 1994; s. 8

²³ H. Brun, C. Diesen, T. Olsson; *Bevispraxis, Bevis 5, Svensk bevispraxis 1948-1999*; Stockholm 2000; s. 77f.

²⁴ C. Diesen; *Bevisvärdering och vittnespsykologisk utsageanalys, Metodlikheter och metodskillnader*; JT 1999-00 s. 307

²⁵ H. Brun, C. Diesen, T. Olsson; *Bevispraxis, Bevis 5, Svensk bevispraxis 1948-1999*; Stockholm 2000; s. 173

²⁶ P-O. Ekelöf, R. Boman; *Rättegång, fjärde häftet*; Stockholm 2002; s. 12f

som ett bevisfaktum har för bevistemat.²⁷ Varje enskilt bevis som ingår i utredningen ska bedömas innan man övergår till helheten. Sedan alla bevisen i målet blivit självständigt värderade, övergår bedömaren till sammanvägningen.²⁸

2.3.2 Bevisbörda och utredningsbörda

Bevisbördan i brottmål ligger alltid på åklagaren.²⁹ Åklagaren har även bevisbördan vad gäller den subjektiva täckningen.³⁰ Vissa avsteg kan dock tillåtas, t ex. i vissa lindrigare brott. Bevisbördans faktiska innehåll beror både på åklagarens bevisbörda, rättens utredningsförmåga och den tilltalades invändningsförmåga.

Åklagaren har, förutom bevisbördan, även en utredningsbörda, dvs. denne skall svara för bevisningen och därmed för dess brister. Om utredningskravet och beviskravet inte uppfylls skall åtalet ogillas. Rätten kontrollerar om utredningskravet är uppfyllt, dvs. om det föreligger tillräckliga bevis för att bevisvärdering skall kunna genomföras.

Innan åklagaren fattar ett beslut om att åtal ska väckas, måste han ha gjort en värdering av bevisningen i målet och kommit fram till att han på objektiva grunder kan se fram emot en fällande dom.³¹ Enligt åklagarens objektivitetsplikt³² är han dessutom skyldig att beakta även de omständigheter som är till den misstänktes förmån, dvs. han skall i målet även lägga fram de fakta som talar emot den slutsats som han själv dragit.³³

2.3.3 Beviskravet

Den styrka bevisningen måste ha för att ett påstått rättsfaktum ska kunna läggas till grund för en dom kallas beviskravet och innebär ett mått på bevisningens erforderliga kvalitet.³⁴

Inom brottmål gäller beviskravet *ställt utom rimligt tvivel*, för att man skall kunna döma för brott.³⁵ Det måste med andra ord vara ställt utom allt rimligt

²⁷ P-O. Ekelöf, R. Boman; *Rättegång, fjärde häftet*; Stockholm 2002; s. 14

²⁸ C. Diesen; *Bevisvärdering och vittnespsykologisk utsageanalys, Metodlikheter och metodskillnader*; JT 1999-00 s. 305f

²⁹ H. Brun, C. Diesen, T. Olsson; *Bevispraxis, Bevis 5, Svensk bevispraxis 1948-1999*; Stockholm 2000; s. 49

³⁰ H. Brun, C. Diesen, T. Olsson; *Bevispraxis, Bevis 5, Svensk bevispraxis 1948-1999*; Stockholm 2000; s. 175

³¹ C. Diesen; *Bevisprövning i brottmål*; Stockholm 1994; s. 64f

³² Lagfäst i 20 kap. 2 §, st. 3 samt 23 kap. 4 § rättegångsbalken.

³³ C. Diesen; *Bevisprövning i brottmål*; Stockholm 1994; s. 65f samt P-O. Ekelöf, R. Boman; *Rättegång, fjärde häftet*; Stockholm 2002; s. 118

³⁴ C. Diesen; *Bevisprövning i brottmål*; Stockholm 1994; s. 74

³⁵ H. Brun, C. Diesen, T. Olsson; *Bevispraxis, Bevis 5, Svensk bevispraxis 1948-1999*; Stockholm 2000; s. 77

tvivel att den tilltalade begått det brott han eller hon står anklagad för.³⁶ Rättens uppgift går inte ut på att ifrågasätta om det finns bevis för den tilltalades skuld, utan att bedöma om bevisen också är så starka att skulden kan anses vara *ställd utom rimligt tvivel*.³⁷ Detta beviskrav är det ”normala” kravet som gäller i princip för alla brott, men kan efterges helt eller partiellt under vissa förutsättningar.³⁸ Ett sådant exempel är vid bevisning av uppsåt.

Juridiken uppställer inga beviskrav på ett enskilt bevis, t ex. en utsaga, utan kravet riktas mot ett bevistema, som t ex. sexuellt utnyttjande. Åklagarens gärningsbeskrivning består av deltema, t ex. handlandet och varje deltema skall vara *ställt utom allt rimligt tvivel*. Vid denna bedömning ingår alla för temat relevanta omständigheter som upptagits i målet. Offrets utsaga utgör alltså bara ett element vid bevisvärderingen. Det är dock vanligt att målsägandeutsagan utgör det mest centrala bevismedlet i sexualmål.³⁹

2.4 Att bevisa uppsåt

Uppsåtsprövningen handlar om att bevisa gärningsmannens intentioner, dvs. hans subjektiva insikt och inställning. Då uppsåtet är något som endast finns i gärningsmannens huvud är detta i princip oåtkomligt för andra. Man kan, enligt Fredrik Ingblad⁴⁰, se det eventuella uppsåtet som en teoretisk konstruktion för att kunna nå det egentligen ouppnåbara.⁴¹

Gärningsmannens uppsåt som skall bevisas i en prövning är bevistemat, dvs. det man skall bevisa. Bevisfakta i processen blir då gärningsmannens psykiska process.⁴² Har man inte tillräcklig kunskap om det individuella fallet kompletterar man den kunskap man har med allmänna erfarenhetssatser.⁴³ Vid bevisvärdering av ett uppsåt dras slutsatser utifrån yttre omständigheter om vad som rört sig i gärningsmannens medvetande.⁴⁴

Om våra erfarenhetssatser säger att en viss handling kan ge upphov till en viss effekt kan man även anta att gärningsmannen insett detta. Man har dock ifrågasatt relevansen av gärningsmannens subjektiva bedömning av

³⁶ C. Diesen; *Bevisprövning i brottmål*; Stockholm 2002; s. 7

³⁷ C. Diesen; *Bevisvärdering och vittnespsykologisk utsageanalys, Metodlikheter och metodskillnader*; JT 1999-00 s. 304

³⁸ H. Brun, C. Diesen, T. Olsson; *Bevispraxis, Bevis 5, Svensk bevispraxis 1948-1999*; Stockholm 2000; s. 76

³⁹ C. Diesen; *Bevisvärdering och vittnespsykologisk utsageanalys, Metodlikheter och metodskillnader*; JT 1999-00 s. 302

⁴⁰ Jur. kand. och tingsnotarie vid Stockholms tingsrätt.

⁴¹ F. Ingblad; *”Brottslig karaktär? Brottskapacitetens betydelse vid uppsåtsprövningen.”*, JT 2000-01 s. 791ff

⁴² H. Tapani Klami, J. Sorvettula, M. Hatakka; *”Att bevisa uppsåt, synpunkter på bevismekanismen inom dolusläran”*; Tidsskrift for rettsvitenskap 1988 s. 394f

⁴³ H. Tapani Klami, J. Sorvettula, M. Hatakka; *”Att bevisa uppsåt, synpunkter på bevismekanismen inom dolusläran”*; Tidsskrift for rettsvitenskap 1988 s. 392

⁴⁴ H. Brun, C. Diesen, T. Olsson; *Bevispraxis, Bevis 5, Svensk bevispraxis 1948-1999*; Stockholm 2000; s. 175

effektens sannolikhet. Är det rimligt att den som bättre insåg sannolikheten för effekten är mer klandervärd?⁴⁵

Enligt Ivar Strahl fordras i princip full bevisning för att uppsåtet skall anses vara bevisat. Detta höga beviskrav är dock svårt att uppfylla varför ofta den tilltalades konkreta handling får tala för sig själv. I praktiken får man, enligt Ivar Strahl, ofta nöja sig med ett något lägre beviskrav.⁴⁶ Utifrån sammanhanget kan man i de allra flesta fall dra slutsatsen om en handling är avsiktlig eller inte. Man kan ofta avläsa vad en person tror och avser utifrån dennes beteende.⁴⁷ I de rättsfall där man inte för något uppsåtsresonemang utan där man helt enkelt konstaterar att uppåt är för handen, bedömer man alltså uppsåtet som uppenbart, säkert eller bestämt. Uppsåtet ses här som något uppenbart i själva gärningen.⁴⁸ Både Nils Jareborg och Samuel Cavallin menar däremot att man aldrig kan gör avkall på beviskravet för uppsåtsbevisningen. Beviskravet är här, precis som vid all annan typ av bevisning, *minst bortom rimligt tvivel*.⁴⁹

Troligtvis kan man anta att ett gängse beviskrav ska tillämpas för direkt och indirekt uppsåt, dvs. att beviskravet skall vara *styrkt*.⁵⁰ Vid eventuellt uppsåt däremot krävs att det *med visshet kan antas* att den tilltalade skulle ha agerat likadant om han varit medveten om följden av hans handlande.⁵¹ I rättsfallet NJA 1996 s. 27⁵² krävde domstolen, för att bevisa det eventuella uppsåtet, att det *kan hållas för visst* att den tilltalade skulle ha agerat likadant om han varit säker på att följden skulle inträffa. Uppsåtsfrågan avgjordes här med hjälp av det hypotetiska provet. Det finns däremot inget som talar mot att detta krav anses motsvara *ställt utom rimligt tvivel*.⁵³

Christian Diesen menar att beviskravet i brottmål, *bortom rimligt tvivel*, gäller samtliga objektiva rekvisit för brottet. Om det framkommer ett rimligt

⁴⁵ H. Tapani Klami, J. Sorvettula, M. Hatakka; "Att bevisa uppsåt, synpunkter på bevismekanismen inom dolusläran"; Tidsskrift för rettsvetenskap 1988 s. 390

⁴⁶ I. Strahl; *Allmän straffrätt i vad angår brotten*; Stockholm 1976; s. 127f

⁴⁷ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001, s. 307f

⁴⁸ S. Cavallin; *Skuld*; Uppsala 1999; s. 259

⁴⁹ S. Cavallin; *Skuld*; Uppsala 1999; s. 256 samt N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001, s. 309

⁵⁰ H. Brun, C. Diesen, T. Olsson; *Bevispraxis, Bevis 5, Svensk bevispraxis 1948-1999*; Stockholm 2000; s. 79f. Detta utifrån högsta domstolens uttalande i NJA 1980 s. 514 "Det kan inte anses styrkt att det varit B: s avsikt att döda K" Se s. 523 i rättsfallet.

⁵¹ H. Brun, C. Diesen, T. Olsson; *Bevispraxis, Bevis 5, Svensk bevispraxis 1948-1999*; Stockholm 2000; s. 79f. Detta utifrån högsta domstolens uttalande i NJA 1980 s. 514 "Utredningen innefattar ej heller sådana omständigheter att det med visshet kan antas att B skulle ha utdelat knivhugget på sätt som skett, om han föreställt sig att knivhugget skulle leda till K: s död.". Se s. 523 i rättsfallet. Dock är det osäkert om högsta domstolen avsåg att tillämpa ett annat och/eller högre krav på eventuellt uppsåt än för de övriga uppsåtsformerna. Se H. Brun, C. Diesen, T. Olsson; *Bevispraxis, Bevis 5, Svensk bevispraxis 1948-1999*; Stockholm 2000; s. 80

⁵² De s.k. Stureplansmorden, där två medtilltalade åtalades i första hand för medhjälp till mord och i andra hand för medhjälp till grovt vållande till annans död.

⁵³ H. Brun, C. Diesen, T. Olsson; *Bevispraxis, Bevis 5, Svensk bevispraxis 1948-1999*; Stockholm 2000; s. 80

tvivel beträffande något av dessa rekvisit måste åtalet falla.⁵⁴ Något annorlunda förhåller det sig med de subjektiva rekvisiten, menar Christian Diesen, eftersom ett motiv till en handling naturligtvis är mycket svårare att bevisa än ett objektivet skeende. Det svåra är för domstolen att fastställa den tilltalades mentala tillstånd vid brottstillfället med viss säkerhet. Att upprätthålla det höga beviskravet *bortom rimligt tvivel* även på den subjektiva sidan kan t.o.m. vara nästintill omöjligt. Ett sätt att lösa detta är att sänka beviskravet för t.ex. dolus och culpa.

För att förenkla bevisvärderingen föreslår Christian Diesen att domstolen skall presumera uppsåt i förhållande till de styrkta objektiva rekvisiten, om inget annat talar emot det. Kan man styrka att en gärningsman är skyldig till en otillåten gärning kan det vara bevis för hans personliga skuld. En annan metod som Christian Diesen föreslår är att sänka beviskravet för uppsåt då det är omöjligt att styrka den tilltalades avsikter med gällande beviskrav. Istället för *ställt bortom allt rimligt tvivel* kan kraven *tillräckliga skäl* eller *sannolika skäl* användas. Därmed räcker det att konstatera sannolika skäl för att gärningsmannen inte skulle ha avstått från handlingen även om han vetat att den brottsliga effekten skulle inträda, för att styrka eventuellt uppsåt.⁵⁵

Genom att försöka omdefiniera uppsåtsbegreppet så att det istället för vilja handlar om medvetande, kan man kringgå svårigheterna med bevisprövningen.⁵⁶ Det okvalificerade uppsåtet; eller *uppsåt rätt och slätt*, som utformats av Ivar Strahl, är ett exempel på en sådan omdefinition. Enligt denna variant är ett beslut inte nödvändigt för att uppsåtet skall vara uppfyllt. Även en impulshandling kan vara tillräcklig.⁵⁷

Det s.k. sannolikhetsuppsåtet fokuserar på insikten hos gärningsmannen istället för på avsikten och kräver därför inte lika högt beviskrav.⁵⁸

⁵⁴ C. Diesen; *Bevisprövning i brottmål*; Stockholm 1994; s. 88

⁵⁵ C. Diesen; *Bevisprövning i brottmål*; Stockholm 1994; s. 91-95

⁵⁶ C. Diesen; *Bevisprövning i brottmål*; Stockholm 1994; s. 92

⁵⁷ I. Strahl; *Allmän straffrätt i vad angår brotten*; Stockholm 1976; s. 110

⁵⁸ C. Diesen; *Bevisprövning i brottmål*; Stockholm 1994; s. 93

3 Det subjektiva skuldrekvisitet

3.1 Brottsbegreppet

Ett brott är en gärning som dels är beskriven i en författning och dels för vilken straff är föreskrivet. Dessutom måste en rad andra brottsförutsättningar vara uppfyllda för att gärningen skall vara straffbelagd. Dessa brottsrekvisit brukar delas in i två grupper, de för otillåten gärning (gärningsrekvisit eller rättsstridig gärning) samt de för personligt ansvar (ansvarsrekvisit eller skuld).⁵⁹ Förutsättningen för att en otillåten gärning skall anses brottslig är först och främst att gärningen inte kan anses ursäktad. För att även den andra förutsättningen, personligt ansvar, skall vara uppfylld skall det dels föreligga uppsåt eller oaktsamhet, dels handling eller underlåtenhet.⁶⁰

3.2 Gärningskontroll och gärningsculpa

För att en brottslig gärning skall kunna förverkligas måste gärningsmannen ha gärningskontroll över sin handling, dvs. han måste ha kontroll över skeendet fram till att brottet har blivit fullbordat.⁶¹ När man gör en culpabedömning försöker man klassificera den kontrollerade gärningen som oaktsam eller tillräckligt aktsam i förhållande till en okontrollerad följd.⁶²

Inom den svenska straffrätten finns det två sorters culpa, personlig culpa och gärningsculpa. Personlig culpa anses vara ett skuldrekvisit och är en form av oaktsamhet. Kravet på gärningsculpa är istället ett rättsstridighetsrekvisit. Om gärningsculpa inte föreligger, föreligger ofta inte heller varken personlig culpa eller uppsåt.

Utgångspunkten för bedömningen av om gärningsculpa föreligger är att någon förövat en gärning som innefattar en oönskad följd och denna följd är straffrättsligt relevant. Vid bedömningen sker en uppdelning av den konkreta gärningen i tre delar: (1) En konkret kontrollerad gärning, (2) en orsaksrelation och (3) en konkret okontrollerad följd. Om följden inte är okontrollerad kan denna uppdelning inte vara möjlig. Är dessa tre krav uppfyllda, är kravet på gärningsculpa automatiskt uppfyllt.⁶³

⁵⁹ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 33

⁶⁰ N. Jareborg; *Brotten, första häftet, grundbegrepp, brotten mot person*; Stockholm 1984; s. 68

⁶¹ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 34

⁶² N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 205

⁶³ N. Jareborg; *Brotten, första häftet, grundbegrepp, brotten mot person*; Stockholm 1984; s. 226f

Kravet på aktsamhet anses i allmänhet kunna ställas något högre när gärningsmannen haft uppsåt i förhållande till följden. Skulle man komma fram till att risktagandet var tillåtet går gärningsmannen fri från ansvar även om han företagit gärningen för att åstadkomma ett inte önskvärt resultat.⁶⁴

3.2.1 Otillåtet risktagande

En handling som innefattar ett otillåtet risktagande föreligger dels om utförandet av den kontrollerade handlingen innebär en risk för att den okontrollerade följden ska inträffa, dels om risken är sådan att det finns goda skäl att avstå från att utföra den kontrollerade handlingen om man vill undvika den okontrollerade följden. En riskbedömning måste alltid göras utifrån gärningsmannens synvinkel.⁶⁵

3.3 Effektbrott och handlingsbrott

Inom straffrätten brukar man skilja mellan effektbrott och handlingsbrott. Den otillåtna gärningens brottsliga effekt utgörs av resultatet av det brottsliga handlandet. Resultatet av effektbrottet tas upp som ett självständigt objektivi rekvisit i brottsbeskrivningen. Brottet är inte fullbordat förrän resultatet är uppnått.⁶⁶ Om ett brott upptar ett effektrekvisit skall detta vara täckt av någon av de tre uppsåtsformerna, direkt, indirekt eller eventuellt uppsåt. Ett exempel på effektbrott är t ex. bedrägeri.⁶⁷

Vid s.k. handlingsbrott tar brottsbeskrivningen istället fasta på det brottsliga handlandet eller passiviteten och som exempel kan nämnas mened, penningförfalskning, våldsamt motstånd, smitning eller olovlig jakt.⁶⁸ Ett handlingsrekvisit, eller gärningsomständighet, skall vara täckt av någon av de två uppsåtsformerna, vetskap/full visshet eller eventuellt uppsåt.⁶⁹ Den avgörande skillnaden är att vid effektdelikt kräver lagen, förutom en handling eller underlåtenhet, även en viss följd. Motsvarande följd krävs ej för beteendedelikt.⁷⁰

⁶⁴ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 233

⁶⁵ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 212f

⁶⁶ I. Agge; H. Thornstedt; *Straffrättens allmänna del*; Stockholm 1982; s. 63f

⁶⁷ M. Leijonhufvud, S. Wennberg; *Straffansvar*; Göteborg 2001; s. 67f

⁶⁸ I. Agge; H. Thornstedt; *Straffrättens allmänna del*; Stockholm 1982; s. 64

⁶⁹ M. Leijonhufvud, S. Wennberg; *Straffansvar*; Göteborg 2001; s. 67

⁷⁰ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s.129

3.4 Uppsåtsbegreppet

3.4.1 Inledning

*En gärning skall, om inte annat är särskilt föreskrivet, anses som brott endast då den begås uppsåtligen.*⁷¹

Vi har inom svensk rätt två skuldformer, uppsåt (dolus) och oaktsamhet (culpa). Som huvudregel gäller i princip att ett brott antingen är ett uppsåtsbrott eller ett oaktsamhetsbrott. Att ha uppsåt innebär att gärningsmannen gör något visst som är otillåtet men han behöver däremot inte förstå att det han gör är otillåtet.⁷²

Det finns ingen definition av uppsåt i svensk lag men man brukar säga att en gärning som begåtts uppsåtligen har begåtts med *vett och vilja*.⁷³ Gärningsmannen skall med andra ord förstå vad han gör. En uppsåtlig gärning är en medveten och kontrollerad handling (eller underlåtenhet⁷⁴) där gärningsmannen är fullständigt medveten om vad som händer.⁷⁵ Med uttrycket *vett och vilja* förstår man att gärningsmannen måste ha haft en viss vilja och att han eller hon begått sin gärning med en vetskap om vissa omständigheter.⁷⁶

Enligt täckningsprincipen skall skuldformerna omfattas av de brottsförutsättningar som utgör rekvisiten för en otillåten gärning.⁷⁷ De objektiva rekvisiten skall enligt täckningsprincipen ha motsvarigheter på den subjektiva sidan, dvs. de skall vara subjektivt täckta.⁷⁸

Uppsåtet kan antingen krävas i förhållande till de omständigheter som föreligger i verkligheten och då föreligger uppsåt även om den tilltalade inte förstått innebörden av det rättsliga begreppet. Man kan också kräva uppsåt i förhållande till den rättsliga bedömningen av rekvisitet och då krävs det alltså att den tilltalades uppsåt omfattar den omständighet som brottsrekvisitet innefattar.⁷⁹

⁷¹ 1 kap. 2 § 1 stycket, brottsbalken. Uppsåt är ett brottsrekvisit som är underförstått i alla brottsbeskrivningar om inget annat är särskilt föreskrivet. Om oaktsamhet är tillräckligt för straffansvar måste detta uttryckligen stadgas i brottsbeskrivningen. Se L. Holmqvist, M. Leijonhufvud, P-O. Träskman, S. Wennberg; *Brottsbalken, en kommentar, del I*; Göteborg 2000; s. 36

⁷² N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 36

⁷³ L. Holmqvist, M. Leijonhufvud, P-O. Träskman, S. Wennberg; *Brottsbalken, en kommentar, del I*; Göteborg 2000; s. 38

⁷⁴ N. Jareborg; *Straffrättens ansvarslära*; Göteborg 1994; s. 201

⁷⁵ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 310

⁷⁶ I. Agge; H. Thornstedt; *Straffrättens allmänna del*; Stockholm 1982; s. 104

⁷⁷ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 36

⁷⁸ M. Leijonhufvud; S. Wennberg; *Straffansvar*; Göteborg 2001; s. 56

⁷⁹ L. Holmqvist, M. Leijonhufvud, P-O. Träskman, S. Wennberg; *Brottsbalken, en kommentar, del I*; Göteborg 2000; s. 51

Man brukar dela upp uppsåtet i uppsåt beträffande effekt och uppsåt beträffande gärningsmoment.

3.4.2 Uppsåt beträffande effekt

Effekten kan i detta sammanhang definieras som den yttre effekt som krävs för att de objektiva brottsrekvisiten skall vara uppfyllda. Som exempel kan anföras att en person dödas genom mord eller dråp, att en sak skadas genom skadegörelse eller att en person föranleds att vidta en disposition vid bedrägeri. För att denna typ av uppsåt skall ligga för handen krävs att gärningsmannens vilja är riktad på kausalförloppet och då särskilt på det straffrättsligt relevanta effekten. Gärningsmannen måste dessutom ha en viss uppfattning om sannolikheten av att en effekt inträder som en följd eller ett resultat av handlandet.⁸⁰ Genom utvecklingen i doktrin och praxis har uppsåtet beträffande effekten delats in i tre former; direkt, indirekt och eventuellt.

3.4.2.1 Dolus directus

Om gärningsmannen både hade kännedom om sakförhållandena samt en viljeinriktning, föreligger direkt uppsåt. Gärningen vidtas för att uppnå något, antingen ett slutmål eller ett genomgångsled till det gärningsmannen vill uppnå. Det ska finnas en avsikt eller ett syfte med handlingen.⁸¹ Följden är syftet med gärningen. Den medvetna, kontrollerade gärningen skall utföras *för att* följden skall inträda. Det har ingen betydelse för uppsåtsfrågan om gärningsmannen skulle värdera syftet positivt eller att han eller hon skulle finna behag i att utföra gärningen.⁸²

Det krävs även att gärningsmannen uppfattade det eftersträvade målet som sannolikt eller möjligt att uppnå, men detta krav saknar egentligen någon praktisk betydelse då den som genom en handling vill uppnå ett visst resultat oftast uppfattar resultatet som möjligt att uppnå. Det är för vissa brott tillräckligt att det direkta uppsåtet omfattar det subjektiva rekvisitet. Detta kan utläsas i lagtexten som *för att* eller *i avsikt att*.⁸³ Denna uppsåtsform är endast möjlig i förhållande till följden av en gärning, inte i förhållande till omständigheterna kring en gärning.⁸⁴

3.4.2.2 Dolus indirectus

Uppsåtet är indirekt om det omfattar en bieffekt till det gärningsmannen åsyftade med sin handling, dvs. en nödvändig biverkan av hans gärning. Bieffekten kan vara ett medel för att nå den åsyftade effekten. Om gärningsmannen inser eller är säker på att denna bieffekt kommer att inträda

⁸⁰ I. Agge; H. Thornstedt; *Straffrättens allmänna del*; Stockholm 1982; s. 104f

⁸¹ L. Holmqvist, M. Leijonhufvud, P-O. Träskman, S. Wennberg; *Brottsbalken, en kommentar, del I*; Göteborg 2000; s. 38f

⁸² N. Jareborg; *Straffrättens ansvarslära*; Göteborg 1994; s. 202

⁸³ I. Agge; H. Thornstedt; *Straffrättens allmänna del*; Stockholm 1982; s.105

⁸⁴ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 310

som en följd av handlingen föreligger också indirekt uppsåt i förhållande till gärningen. Bieffekten är dock inte åsyftad av gärningsmannen, varken som ett slutmål eller ett genomgångsled.⁸⁵ Gärningsmannen förstår visserligen att följden skall inträffa som ett resultat av gärningen, men följden var aldrig hans syfte. Istället ser gärningsmannen följden som nödvändig i förhållande till det åsyftade resultatet.⁸⁶ Inträffandet av den åsyftade följden behöver inte ses som mer än praktiskt möjligt och därmed behöver man inte se själva inträffandet av den relevanta följden som mer än praktiskt möjlig.

Indirekt uppsåt omfattar även bieffekterna av den kontrollerade medvetna gärningen, inte bara bieffekterna av följden.⁸⁷ Det karakteristiska för indirekt uppsåt är att gärningsmannen måste ha uppfattat ett samband mellan resultatet som var eftersträvansvärt och det som utgör den brottsliga effekten.⁸⁸

3.4.2.3 Dolus eventualis

Vad gäller eventuellt uppsåt i förhållande till följden av en gärning krävs dels att gärningsmannen förstått att följden kunde inträffa som ett resultat av gärningen, dvs. det skall föreligga en misstanke hos gärningsmannen, dels skall det vid ett hypotetiskt prov hållas för visst att gärningsmannen skulle ha företagit gärningen även om han hade varit säker på att följden skulle inträffa.⁸⁹

Om man kan visa att gärningsmannen *misstänkt* att hans gärning uppfyllt brottsförutsättningarna men att han skulle ha handlat likadant *även om han varit säker* på att så var fallet, föreligger eventuellt uppsåt till gärningens effekt.⁹⁰

3.4.3 Uppsåt beträffande gärningsmoment

Ett gärningsmoment i detta sammanhang är omständigheter av rättslig och faktisk natur som måste föreligga för att de objektiva rekvisiten i lagtexten skall vara uppfyllda. En omständighet av faktisk natur kan vara att ett föremål existerar, en person har viss ålder eller att en människa är levande eller död. Om omständigheten är av rättslig natur kan det vara det förhållande att en fast eller lös sak tillhör en viss person eller att ett äktenskap föreligger.⁹¹

⁸⁵ L. Holmqvist, M. Leijonhufvud, P-O. Träskman, S. Wennberg; *Brottsbalken, en kommentar, del I*; Göteborg 2000; s. 39

⁸⁶ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 311

⁸⁷ N. Jareborg; *Straffrättens ansvarslära*; Göteborg 1994; s. 202

⁸⁸ I. Agge; H. Thornstedt; *Straffrättens allmänna del*; Stockholm 1982; s. 105

⁸⁹ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 311

⁹⁰ L. Holmqvist, M. Leijonhufvud, P-O. Träskman, S. Wennberg; *Brottsbalken, en kommentar, del I*; Göteborg 2000; s. 39f

⁹¹ I. Agge; H. Thornstedt; *Straffrättens allmänna del*; Stockholm 1982; s. 107

För att uppsåt om ett gärningsmoment skall anses föreligga krävs dels att gärningsmannen har en viss vetskap om att samtliga objektiva brottsrekvisit är uppfyllda, och dels att det inte föreligger några omständigheter som gör att det föreligger några ansvarsfrihetsgrunder. Skulle gärningsmannen inte vara medveten om att den sak han stjal faktiskt tillhör någon annan, föreligger inte tillägnelseuppsåt till saken. Uppsåt beträffande gärningsmoment finns i två former. Den första formen är full vetskap om samtliga föreliggande gärningsomständigheter.⁹²

3.4.3.1 Vetskap eller full visshet

Varken direkt eller indirekt uppsåt är möjligt i förhållande till gärningsomständigheter, eftersom endast en framtida händelse eller tillstånd kan utgöra en gärnings mål eller syfte. När det gäller uppsåt beträffande gärningsmoment finns det ingen motsvarighet till direkt och indirekt uppsåt. Istället brukar man använda sig av s.k. *vanligt uppsåt* eller som Ivar Strahl kallar formen, uppsåt *rätt och slätt*. Här brukar man uppställa ett krav på visshet.⁹³ Hur detta skall definieras kan vara värdefullt att utreda. Man brukar säga att det inte krävs mer än *praktisk visshet* och med detta avses att gärningsmannen inte hyser något egentligt tvivel. Dock krävs det inte att han eller hon *inte* kan föreställa sig möjligheten att han eller hon kan ha fel. Ett exempel på när sådan visshet ansågs föreligga var NJA 1977 s. 630⁹⁴ där majoriteten i högsta domstolen uttalade att vid ett avsiktligt knivhugg av det slag det var frågan om i fallet, måste för gärningsmannen en dödlig utgång ha tett sig *praktiskt taget oundviklig*. Därmed ansåg man att offrets död omfattats av gärningsmannens uppsåt.⁹⁵ Uttrycket uppsåt *rätt och slätt* skall enligt Nils Jareborg tolkas som ett kvalificerat uppsåt.⁹⁶

3.4.3.2 Dolus eventualis

Vad gäller eventuellt uppsåt i förhållande till gärningsomständigheter görs en motsvarande bedömning som för eventuellt uppsåt beträffande effekt. Dels skall gärningsmannen ha misstänkt, men inte vetat om, att en viss omständighet förelåg och dels skall det kunna hållas för visst att han skulle ha vidtagit samma gärning även om han varit helt säker på att omständigheten verkligen förelåg.⁹⁷

⁹² I. Agge; H. Thornstedt; *Straffrättens allmänna del*; Stockholm 1982; s. 107f

⁹³ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 312f

⁹⁴ Gärningsmannen hade här dödat offret med ett knivhugg som träffat nära hjärtat med en väldig kraft. Gärningsmannen dömdes för dråp av tre av högsta domstolens justitieråd. Majoriteten ansåg att offrets död omfattades av gärningsmannens uppsåt då knivhugget ansågs vara av det slaget att "... en dödlig utgång för gärningsmannen måste ha framstått som praktiskt taget oundviklig". Övriga två justitieråd ville istället använda det hypotetiska provet för att döma gärningsmannen för dråp grundat på ett eventuellt uppsåt. De menade att man kunde anta att gärningsmannen "... inte i det ögonblick handlingen utfördes skulle ha ryggat tillbaka inför visshet att hugget var dödande". Se I. Agge; H. Thornstedt; *Straffrättens allmänna del*; Stockholm 1982; s. 106

⁹⁵ N. Jareborg; *Straffrättens ansvarslära*; Göteborg 1994; s. 205f

⁹⁶ N. Jareborg; *Straffrättens ansvarslära*; Göteborg 1994; s. 204f

⁹⁷ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 312

3.5 Gränsen mellan dolus eventualis och medveten culpa

Det subjektiva rekvisitetet culpa är, precis som dolus, inte definierat i svensk lag med vissa undantag, t ex. Trafikbrottslagen 1 §. Ett annat ord för oaktsamhet är vårdslöshet. Innebörden av ett oaktsamt beteende är dels en avvikelse av ett aktsamt sådant dels att man kunnat begära av gärningsmannen att han iakttagit erforderlig aktsamhet.⁹⁸ För att oaktsamhet ska vara straffbart krävs att gärningsmannen skall ha varit oaktsam i förhållande till något, t ex. i förhållande till en annan persons liv⁹⁹. Det finns två former av oaktsamhet: medveten och omedveten oaktsamhet.¹⁰⁰ Gränsen mellan uppsåt och medveten oaktsamhet brukar dras vid eventuellt uppsåt.¹⁰¹ Om man vid det hypotetiska provet kommer fram till ett positivt svar föreligger eventuellt uppsåt, men om gärningsmannen inte uppfyller provet föreligger istället medveten culpa.¹⁰² Gärningsmannen har då haft tillfälle att rätta sig efter lagen men är mindre klandervärd än den som handlar uppsåtligt då hans likgiltighet är av mindre förkastligt slag – han är här endast likgiltig inför risken att något händer eller föreligger.¹⁰³

⁹⁸ L. Holmqvist, M. Leijonhufvud, P-O. Träskman, S. Wennberg; *Brottsbalken, en kommentar, del I*; Göteborg 2000; s. 43f

⁹⁹ Se 3 kap. 7 § brottsbalken

¹⁰⁰ L. Holmqvist, M. Leijonhufvud, P-O. Träskman, S. Wennberg; *Brottsbalken, en kommentar, del I*; Göteborg 2000; s. 44

¹⁰¹ L. Holmqvist, M. Leijonhufvud, P-O. Träskman, S. Wennberg; *Brottsbalken, en kommentar, del I*; Göteborg 2000; s. 40

¹⁰² L. Holmqvist, M. Leijonhufvud, P-O. Träskman, S. Wennberg; *Brottsbalken, en kommentar, del I*; Göteborg 2000; s. 44

¹⁰³ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 319

4 Dolus eventualis

4.1 Historisk bakgrund

Genom att redogöra för det eventuella uppsåtets historiska bakgrund vill jag förklara begreppets uppkomst och utveckling samt dess rättsliga ställning under 1900-talet fram tills idag.

4.1.1 Uppsåtsbegreppets historik

Begreppet uppsåt härstammar från den romerska rätten där den först fick sin juridiska innebörd. Uppsåtsläran har sedan utvecklats både genom doktrin och praxis under stort inflytande av tysk straffrätt.¹⁰⁴ Det har egentligen aldrig funnits någon lagfäst definition av uppsåtsbegreppet inom svensk rätt, även om försök gjorts många gånger. Motivet har genomgående varit att domaren skulle ha kvar sin frihet att pröva huruvida gärningen begåtts uppsåtligt från fall till fall. Avsaknaden av en enhetligt uppsåtsdefinition har inte haft särskilt stor betydelse inom doktrin. Det råder över lag stor enighet om dess innebörd och det uppkommer sällan tvister som rör definitionen. Däremot är det vanligare att problem uppkommer rörande gränsområdet mellan uppsåt och oaktsamhet.¹⁰⁵

4.1.2 Franks formel

1890 presenterades för första gången dolus eventualis som en ny tredje uppsåtsform av den tyska professorn Reinhard Frank. Vid denna uppsåtsprövning skulle man använda sig av ett hypotetiskt prov. Formen skulle senare komma att kallas hypotetiskt dolus eventualis för att skilja den från den form som några år senare presenterades av samme man, den s.k. faktiska dolus eventualis.¹⁰⁶

4.1.3 Johan C. W. Thyren

I Johan C. W. Thyrens *Principerna för en strafflagsreform III*, kan man utläsa att dåtidens straffrätt till stor del präglades av samhällsfarligheten hos individen som kontrolleras av straffhotet. Dolus eventualis förekom här dels i en faktisk variant, dels i en hypotetisk variant.

¹⁰⁴ I. Strahl; *Allmän straffrätt i vad angår brotten*; Stockholm 1976; s. 89

¹⁰⁵ M. Strömmerstedt; *Med vett och vilja? Uppsåtets gränser i doktrin och rättspraxis*; Stockholm 1987; s. 19ff

¹⁰⁶ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 315f. Dolus eventualis i sin faktiska variant kommer att redogöras för i kap. 4.2.4.

Thyrén gav uttryck för att *dolus eventualis* vid denna tid var en i de flesta rättsordningar accepterad uppsåtsform som även var stadgad genom rättspraxis och doktrin, dock ej genom lagtext.¹⁰⁷

Det hypotetiska provets utfall kan, enligt Thyrén, bero på olika faktorer, såsom om handlingen begåtts med kallblodig egoism eller lättsinne, eller på brottslingens mer eller mindre starka förhoppning att nå sitt brottsliga syfte. Det finns ett visst godtycke i det hypotetiska provets genomförande, enligt Thyrén, då det är tänkbart att det hypotetiska provet får ett positivt resultat redan vid omedveten oaktsamhet. Om A är medveten om skadans inträffande och B är omedveten om skadans inträffande, båda uppfattat situationen som ofarlig och båda misstänkt skadans inträffande men varken A eller B skulle ha avhållit sig om de varit säkra på inträffandet, skulle A dömas för *dolus* brott men B för oaktsamhetsbrott. Därmed föreligger det inte någon skillnad mellan de svåraste fallen av culpa och de lindrigaste fallen av *dolus*.

Thyrén föreslog att det skulle finnas en straffbarhet för de grova brotten, t ex. våldtäkt, även i de fall de begåtts av oaktsamhet. Vidare föreslog han att de svåraste brotten skulle vara straffbara enligt alla de tre uppsåtsformerna, direkt, indirekt och eventuellt uppsåt, brotten av mellangraden enligt direkt och indirekt uppsåt och slutligen skulle de lindrigaste brotten vara straffbara endast enligt direkt uppsåt.¹⁰⁸

4.1.4 SOU 1923:9

Ett förslag på en lagfäst definition av det hypotetiska eventuella uppsåtet kom första gången 1923 i samband med att Strafflagskommissionens förslag till en ny strafflag utarbetades under ledning av J. C. W. Thyrén. Förslaget byggde mycket på de idéer Thyrén föreslagit i sin *Principerna för en strafflagsreform* från 1914 som i huvudsak byggde på tyska förebilder. Inte heller här gavs någon definition av uppsåtsbegreppet.¹⁰⁹ Däremot ville man definiera *dolus eventualis* i lag. Frågor som rörde detta begrepp skulle inte uteslutande lösas genom domstolarnas rättstillämpning då man ansåg att en risk för godtycke vid domstolarnas avgöranden förelåg. Det eventuella uppsåtet bestämdes även här med ett hypotetiskt prov, där det förelåg eventuellt uppsåt vid ett jakande svar och oaktsamhet vid ett nekande svar. Enligt strafflagskommissionen var denna metod att anse som del av gällande rätt.

Genom att använda det hypotetiska provet menade kommissionen att domstolarnas verksamhet inte begränsades till att försöka klargöra innehållet i den tilltalades medvetande. Istället kunde domstolen fokusera på

¹⁰⁷ J. C. W. Thyrén; *Principerna för en strafflagsreform III*; Lund 1914; s. 33f

¹⁰⁸ J. C. W. Thyrén; *Principerna för en strafflagsreform III*; Lund 1914; s. 35-40

¹⁰⁹ M. Strömmerstedt; *Med vett och vilja? Uppsåtets gränser i doktrin och rättspraxis*; Stockholm 1987; s. 19

att utreda hur den tilltalade skulle ha förhållit sig om han bedömt situationen ur en annan synpunkt än den han faktiskt haft.¹¹⁰

Kommissionen ansåg vidare att det eventuella uppsåtet utgjorde dels ett gränsdragningsinstrument mellan uppsåt och oaktsamhet, dels en gräns mellan en större samhällsfarlighet, dvs. uppsåtligt handlande, och mindre samhällsfarlighet, dvs. oaktsamhet, hos gärningsmannen.¹¹¹

Förslaget resulterade dock aldrig i någon lagstiftning. Däremot kom förslaget att påverka den svenska straffrätten under en lång tid framöver.¹¹²

4.1.5 SOU 1940:20

Även i strafflagskommitténs betänkande från 1940 med förslag till lagstiftning om förmögenhetsbrott förde man en diskussion om uppsåtets definition samt om uppsåtets nedre gräns. Förslaget handlade främst om förmögenhetsbrottet och dess krav på vinning för gärningsmannen och motsvarande skada för offret. När det gäller definitionen av begreppet uppsåt utgick man i förslaget från den utredning som gjordes 1923, SOU 1923:9, där man gav uttryck för den allmänrådande uppfattningen inom doktrin och praxis - dock med en viss modifikation. Enligt förslaget i SOU 1940:20 förelåg uppsåt vid både direkt, indirekt och eventuellt uppsåt. Om gärningsmannen uppfattade det brottsliga resultatet såsom möjlig förbundet med handlingen men oviss, och en visshet om detta inte skulle ha avhållit honom från att begå handlingen, förelåg eventuellt uppsåt.¹¹³

4.1.6 SOU 1953:14

Nästa gång frågan var uppe till diskussion var 1953 då strafflagskommittén lade fram sitt förslag till ny brottsbalk. Även här avstod man helt från att definiera uppsåtsbegreppet i lagtext med undantag från det eventuella uppsåtet då man antog att eventuella tillämpningsproblem främst skulle gälla uppsåtets nedre gräns. Hitintills hade det varit rättspraxis och doktrins uppgift att bestämma innebörden av begreppet uppsåt men kommittén var medveten om att det fanns delade meningar om det eventuella uppsåtet. Frågan om straffbarhet vid eventuellt uppsåt skulle dock enligt förslaget avgöras genom att domaren använde sig av ett hypotetiskt prov. Denna definition av eventuellt uppsåt hade även stöd i rättspraxis.¹¹⁴

I förslaget påpekade kommittén att uppsåtets nedre gräns även kunde bestämmas med hjälp av ett sannolikhetsuppsåt, med förebild från dansk och norsk rätt. Även i Sverige hade denna uppsåtsform ansetts vara möjlig i

¹¹⁰ SOU 1923:9; s. 130f

¹¹¹ SOU 1923:9; s. 133

¹¹² SOU 1996:185, del I; s. 95

¹¹³ SOU 1940:20; s. 51f

¹¹⁴ SOU 1953:14; s. 375f

vissa fall, särskilt vid uppsåt i förhållande till en gärningsomständighet. Vad gärningsmannen i dessa fall ansåg vara övervägande sannolikt sågs som ett kriterium på gärningens samhällsfarlighet. Detta betraktades som ett välbehövligt komplement till det hypotetiska provet.

Kommittén kom slutligen fram till att det inte skulle ske någon ändring av den definition som utvecklats genom praxis och doktrin. Då innebörden av begreppet eventuellt uppsåt inte ansågs helt stabiliserat var det heller inte lämpligt att fixera begreppet i lagtexten.¹¹⁵

4.1.7 SOU 1996:185 och Prop. 2000/01:85

Syftet med Straffansvarsutredningens utredning angående straffansvarets gränser i SOU 1996:185 var att undersöka hur gränsen mellan oaktsamhet och uppsåt skulle dras samt om den nuvarande lagstiftningen i detta hänseende var ändamålsenlig.¹¹⁶

Utredningen föreslog att en slutlig definition av uppsåtsbegreppet borde lagfästas i 2 § 1 kap. brottsbalken men regeringen fastslog i propositionen 2000/01:85 att en sådan ändring inte borde genomföras. Förslaget gick ut på att avskaffa det eventuella uppsåtet och istället införa två nya uppsåtsformer, avsiktsuppsåt och insiktsuppsåt. Avsiktsuppsåtet skulle motsvara dagens direkta uppsåt och innebära att en gärning skulle ha begåtts uppsåtligt om den var *avsiktlig* eller om den motsvarade vad gärningsmannen *insett, uppfattat eller antagit om den*. Insiktsuppsåtet föreligger när gärningen motsvarar vad gärningsmannen *insett, uppfattat eller antagit om den*. Insiktsuppsåtet skulle dels motsvara dagens indirekta uppsåt och dels en lägre grad av uppsåt, tänkt att ersätta dagens eventuella uppsåt. Enligt förslaget kunde man även se insiktsuppsåtet som ett kvalificerat sannolikhetsuppsåt. Förslaget skulle i huvudsak få följande konsekvenser. I de fall gärningsmannen inte är säker på att gärningen kommer att leda till en viss följd, men har tillräckligt med insikt, dvs. om det är rimligt för honom att utgå från att följden ska inträffa, så ska en gärning alltid bedömas som uppsåtlig. Vidare skulle en person som vidtar en handling i en situation där han är osäker på om en effekt skulle inträda eller att en gärningsomständighet föreligger, men ändå inser att en sådan möjlighet finns, aldrig kunna dömas för uppsåtligt brott.

De flesta av remissinstanserna var av åsikten att man bör vara försiktig när man ändrar begrepp som blivit stabiliserade genom en lång tradition av rättspraxis eftersom sådana ändringar kan göra rättsläget osäkert under en lång tid. Malmö tingsrätt och Sveriges domareförbund var två av flera remissinstanser som menade att även om det eventuella uppsåtet har teoretiska svagheter är det en uppsåtsform som fungerar bra i praktiken.¹¹⁷

¹¹⁵ SOU 1953:14; s. 376

¹¹⁶ SOU 1996:185, del I; s. 83

¹¹⁷ Prop. 2000/01:85; s. 9f

Utredningen visade genom förslaget att det eventuella uppsåtet gällande av idag mycket väl kan ifrågasättas på olika grunder. Det som talar för en ändring av uppsåtets nedre gräns är främst risken att domstolarna, vid en sådan uppsåtsprövning, fokuserar kring den tilltalades person snarare än brottet. Vidare kan det vara svårt att använda det hypotetiska provet vid vissa typer av våldsbrott som har karaktären av impulshandlingar. Men trots de teoretiska svagheterna har det eventuella uppsåtet fungerat förhållandevis bra i praktiken och lett till rimliga resultat i rättstillämpningen, menade regeringen. Uppsåtsbegreppet har i högsta domstolens praxis utfyllts och anpassats till varje enskilt fall. Dessutom är det relativt sällsynt att man använder det eventuella uppsåtet i praktiken, vilket enligt regeringen kunde tyda på att reformbehovet kanske inte var överhängande. När det handlar om ändringar av centrala straffrättsliga begrepp menade regeringen vidare att det måste finnas klara behov av förändring då sådana ändringar ofta leder till svåra problem i rättstillämpningen. Under en övergångsperiod finns det en risk att rättsläget blir mycket oklart. Därför måste alltid eventuella fördelar väga oerhört mycket tyngre. Det uppsåtsbegrepp som gäller i dag är dessutom, enligt regeringen, välkänt och dess gränser är väldefinierade. En reform på området skulle leda till att all tidigare gällande doktrin och praxis på området blir inaktuell vilket leder till en stor rättsosäkerhet. En stabil rättspraxis utgör i detta sammanhang en värdefull grund för rättstillämpningen. Slutligen menade regeringen att lagstiftaren bör överlåta utveckling och eventuella ändringar av uppsåtsbegreppets innehåll åt domstolarna. Ett exempel på en sådan ändring är likgiltighetsuppsåtet.¹¹⁸

4.2 Framväxten av alternativ till dolus eventualis

4.2.1 Likgiltighetsuppsåtet

Det har blivit allt vanligare de senaste åren att man i våra svenska domar använder sig av ett s.k. likgiltighetsuppsåt istället för ett hypotetiskt prov för att avgöra uppsåtsfrågan. Här frågar man sig då om gärningsmannen varit likgiltig inför följden av gärningen. Man utgår alltså från gärningsmannens inställning i det konkreta fallet, istället för som vid dolus eventualis, från gärningsmannens karaktär.¹¹⁹

4.2.2 Sannolikhetsuppsåtet

Under de senaste åren har man även diskuterat huruvida det för straffansvar skulle vara tillräckligt att gärningsmannen ansett det vara sannolikt att hans

¹¹⁸ Prop. 2000/01:85; s. 12f

¹¹⁹ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 319

handling skulle leda till den inträffade effekten, dvs. huruvida det för ansvar skulle räcka med ett s.k. sannolikhetsuppsåt.¹²⁰

Första gången riksåklagaren försökte införa sannolikhetsuppsåtet var i NJA 1959 s. 63. Resonemanget avvisades emellertid av högsta domstolen. I fallet frikändes de två tilltalade pojkarna från dråpförsök efter att det hypotetiska provet besvarats negativt. Pojkarna dömdes för grov vårdslöshet i trafik. I NJA 1980 s. 514¹²¹ försökte riksåklagaren ännu en gång införa sannolikhetsuppsåtet, men resonemanget avvisades även här av högsta domstolen. I fallet hade A tillfogat B livshotande skador genom knivhugg i buken och den tilltalade frikändes från försök till dråp efter det hypotetiska provet besvarats negativt.¹²² Därmed fastställde högsta domstolen en gång för alla att uppsåtets nedre gräns skall bestämmas av det eventuella uppsåtet med hjälp av det hypotetiska provet.¹²³

4.2.3 Avsiktighetsuppsåtet

Ett annat sätt för att bestämma uppsåtets nedre gräns är, enligt Nils Jareborg, att utgå från huruvida den otillåtna gärningen är avsiktlig eller inte. En person företar en gärning avsiktligt om denne *tror* att hon gör gärningen. Det kan i vissa undantagsfall även vara möjligt att en otillåten gärning är avsiktlig trots att gärningsmannen *inte* tror att hon företar gärningen. Att ange gränsen för uppsåt med hjälp av begreppet tro har den nackdelen att det är svårt att bevisa att en person trott att en viss följd skulle inträffa och alltså inte bara haft en insikt om att det var mycket sannolikt att så skulle ske.¹²⁴

För det fall man inte erkänner eventuellt uppsåt som en gällande uppsåtsform kan avsiktighetsuppsåtet leda till att uppsåt ändå kommer i fråga. Som exempel kan nämnas det fall då en person köper stöldgods som han avser att placera så att en annan person blir misstänkt för häleri. Denna person vill inte ha något annat än just detta stöldgods. Han begår häleri uppsåtligt även om han inte tror utan endast håller för möjligt att det köpta

¹²⁰ L. Holmqvist, M. Leijonhufvud, P-O. Träskman, S. Wennberg; *Brottsbalken, en kommentar, del I*; Göteborg 2000; s. 40f

¹²¹ Både majoriteten och minoriteten i högsta domstolen ansåg att det krävdes eventuellt uppsåt för att döma för försök till dråp, men de kom fram till olika resultat när bevisningen i målet prövades. Minoritet ansåg att det förelåg försök till dråp då man ansåg att det kunde hållas för visst att han inte skulle ha kunnat avhålla sig från gärningen även om han insett att den skulle leda till offrets död. Majoriteten ansåg inte att försök till dråp förelåg då det inte med visshet kunde antagas att gärningsmannen skulle ha utdelat knivhugget på det sättet han gjort om han föreställt sig att det skulle leda till offrets död, dvs. även om det var så att han i gärningsögonblicket faktiskt varit medveten om att det fanns en avsevärd sannolikhet för att gärningen skulle få en dödlig effekt. Se I. Agge; H. Thornstedt; *Straffrättens allmänna del*; Stockholm 1982; s. 107

¹²² I. Agge; H. Thornstedt; *Straffrättens allmänna del*; Stockholm 1982; s. 107

¹²³ M. Leijonhufvud, S. Wennberg; *Straffansvar*; Göteborg 2001; s. 59

¹²⁴ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 313f. Avsiktighetsuppsåtet skall ej förväxlas med avsiktssuppsåtet, ett av förslagen i SOU 1996:185.

är stöldgods. I detta fall föreligger även eventuellt uppsåt då det hypotetiska provet utfaller positivt.¹²⁵

4.2.4 Det eventuella uppsåtet i sin faktiska variant

Det eventuella uppsåtet finns även i en faktisk variant som brukar benämnas med den norska termen *positiv innvilgelse*.¹²⁶ Det faktiska eventuella uppsåtet tillämpas mycket sällan i praktiken men anses trots det vara en del av gällande rätt. De situationer då denna form kan komma att aktualiseras innefattas av det hypotetiska eventuella uppsåtets tillämpningsområde.¹²⁷ Faktiskt eventuellt uppsåt föreligger när gärningsmannen själv kan anses ha uppställt en hypotes i handlingsögonblicket och sedan godtagit den. Gärningsmannen skall dels ha insett risken för att den brottsliga effekten skulle kunna inträda och dels tagit risken i beräkning vid handlingsögonblicket.¹²⁸ Faktiskt *dolus eventualis* har ett par gånger använts av våra svenska domstolar¹²⁹ även om det ansetts vara svåränvänt vid gränsdragningen mellan uppsåt och oaktsamhet pga. bevissvårigheter.¹³⁰

Med anledning av rättsfallet NJA 1959 s. 63¹³¹ diskuterade jur. stud. Tomas Huldén det eventuella uppsåtets förhållande till eventuellt uppsåt i sin faktiska variant, efter justitierådet Hjalmar Karlgrens uttalande i domen. Tomas Huldén uttalade i sin artikel "*Dolus eventualis* än en gång" i SvJT 1960 s. 598-604, att båda uppsåtsformerna är subsidiära till direkt och indirekt uppsåt. Det faktiska eventuella uppsåtet kräver inget hypotetiskt prov men ger samma resultat som det eventuella uppsåtet i sin hypotetiska variant. Men vid ett användande av positiv innvilgelse tycks uppsåt kunna föreligga även i vissa fall då det hypotetiska provet ger negativt resultat. I de fall gärningsmannen är likgiltig för den brottsliga effekten eller för gärningsmomentet, men då han med rädsla för straff inte skulle ha företagit handlingen om han haft visshet, föreligger inget eventuellt uppsåt i sin hypotetiska variant, men däremot faktiskt eventuellt uppsåt. Det faktiska eventuella uppsåtet har störst betydelse när det gäller uppsåt beträffande gärningsmoment. Som exempel kan nämnas det fall att en person mottar stulet gods. Hade han vetat att det var stulet hade han inte mottagit det, men han håller sig oviss om hur det är med den saken eftersom han gärna vill köpa godset. Enligt svensk doktrin har vi här att göra med medveten culpa men enligt läran om positiv innvilgelse föreligger uppsåt.¹³²

¹²⁵ N. Jareborg; *Straffrättens ansvarslära*; Göteborg 1994; s. 206f

¹²⁶ SOU 1996:185, del I; s. 97

¹²⁷ SOU 1996:185, del I; s. 86

¹²⁸ SOU 1996:185, del I; s. 97

¹²⁹ Ex. NJA 1975 s. 594, 1980 s. 514 (HovR), 1985 s. 757, RH 2000:37.

¹³⁰ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 315f

¹³¹ I fallet frikändes två tilltalade pojkar från dråpförsök efter att det hypotetiska provet besvarats negativt. I högsta domstolen avvisades riksåklagarens förslag på ett sannolikhetsuppsåt och istället användes det hypotetiska eventuella uppsåtet. Provet besvarades nekande och pojkarna dömdes för grov vårdslöshet i trafik.

¹³² T. Huldén; "*Dolus eventualis* än en gång"; SvJT 1960 s. 598-604

4.2.5 Rättsläget efter NJA 2002 s. 449

Efter domen i NJA 2002 s. 449¹³³ fick diskussionen om uppsåtets nedre gräns ny fart. Hovrätten bestämde uppsåtet med hjälp av ett kvalificerat sannolikhetsuppsåt. I högsta domstolen var meningarna delade. Två av justitieråden, vars mening blev avgörande för domen, fällde den tilltalade med tillämpningen av en slags likgiltighetsuppsåt. Två andra justitieråd ville fälla till ansvar med en sorts kvalificerat sannolikhetsuppsåt. Ett justitieråd ville istället tillämpa eventuellt uppsåt för att fälla den tilltalade.¹³⁴

Per Ole Träskman kommenterar domen i JT 2002-03, s. 616-626, ”Uppsåtets tredje form – sannolikhet, eller...?”. Han försöker utifrån de olika varianterna som kom till uttryck i domen, att dra några slutsatser om hur uppsåtsbedömningen nu skall göras vid våra domstolar. En slutsats är att det eventuella uppsåtet i dess hypotetiska form skall förkastas, eftersom det i domen framställs så stark kritik mot ett sådant användande.¹³⁵ Den andra slutsatsen är att den uppsåtsform som skall väljas i första hand skall grundas på en sannolikhetsbedömning, då fyra av totalt fem justitieråd verkade stödja detta användande. Dock går deras uppfattningar isär på en punkt. Två av justitieråden resonerade kring ett ”vanligt” sannolikhetsuppsåt medan de andra två verkade tillämpa ett sannolikhetsuppsåt med en likgiltighetsbedömning.¹³⁶

Även Håkan Westin ger sin syn på högsta domstolens dom i JT 2002-03, s. 626-632, ”Sannolikt intet nytt”. Han menar att hovrätten i NJA 2002 s. 449 använde något som liknar det s.k. insiktsuppsåtet som föreslogs i SOU 1996:185 och som enligt Håkan Westin liknar ett kvalificerat sannolikhetsuppsåt. Vid ett sådant användande förflyttas gränsen för uppsåtets område nedåt, vilket innebär att uppsåt kan anses föreligga i situationer där detta förut inte varit fallet. För Håkan Westin framstår det klart att högsta domstolen ville behålla likgiltighetsuppsåtet. Dessutom kan man utläsa ett visst avståndstagande mot det eventuella uppsåtet i dess hypotetiska variant utifrån domen, menar han.¹³⁷

I artikeln ”En välkommen dom”, i JT 2002-03, s. 632-639, uttalar Josef Zila att det eventuella uppsåtet inom svensk rätt inte längre framstår som något huvudalternativ efter domen i NJA 2002 s. 449. Skulle domstolen velat bekräfta ett användande av det eventuella uppsåtet hade det varit ett ypperligt tillfälle att göra det i denna dom. Josef Zila talar istället för ett fortsatt användande av det s.k. likgiltighetsuppsåtet. Problemet med det eventuella uppsåtet är att det inte finns klara anvisningar om vilka omständigheter som skall beaktas. Vid ett användande av det eventuella

¹³³ Fallet rörde ansvar för försök till grov misshandel och handlade om en person som kört en bil rakt mot en annan person som klarat sig undan från att bli påkörd genom att hoppa åt sidan.

¹³⁴ P. Asp; ”Uppsåtets nedre gräns”; JT 2002-03 s. 613-616

¹³⁵ Endast en av fem justitieråd var positiv till det eventuella uppsåtet.

¹³⁶ P-O. Träskman; ”Uppsåtets tredje form – sannolikhet, eller...?”; JT 2002-03 s. 616-626

¹³⁷ H. Westin; ”Sannolikt intet nytt”; JT 2002-03 s. 626-632

uppsåtet bildar man sig först en uppfattning om gärningsmannens personlighet och sedan utifrån denna bild, besvarar man frågan om hur den tilltalade skulle ha handlat i en situation som inte förelegat.¹³⁸

Samuel Cavallin drar, i artikeln ”*Om uppsåtsprövningen i svensk rätt efter prejudikatet NJA 2002 s. 449*” i JT 2003-04 s. 3-16, slutsatsen att högsta domstolen i sina domskäl till NJA 2002 s. 449, uttryckt sin motvilja mot eventuellt uppsåt på ett sådant definitivt sätt att formen inte längre kan anses vara del av gällande rätt.¹³⁹

4.3 Varianter av dolus eventualis

4.3.1 Dolus von Seth

Efter rättsfallet NJA 1912 s. 273 utvecklades det s.k. dolus von Seth. I rättsfallet använde domstolen endast det första ledet i prövningen om huruvida dolus eventualis i sin hypotetiska variant förelåg, och utelämnade helt det hypotetiska provet. Den tilltalade dömdes i stället för att han var säker på eller höll det som övervägande sannolikt att den uppkomna skadan skulle bli följd. Utslaget formulerades av justitierådet von Seth som även använt denna formulering i andra sammanhang, t.ex. i sina böcker om jakträtt. Enligt Nils Jareborg är denna variant inget annat än medveten culpa då den kännetecknas av att A har uppsåt i förhållande till en följd respektive en omständighet, om han förstär att följderna *kan* inträffa, respektive att omständigheten *kan* föreligga.¹⁴⁰

4.3.2 Dolus Alexanderson

Dolus Alexanderson innebär att man som gärningsman medvetet håller sig okunnig om en omständighet. Denna dolusform är inte tillräcklig enligt gällande rätt för att uppsåt skall anses föreligga. Däremot kan det faktum att gärningsmannen medvetet hållit sig i okunnighet påverka utfallet av det hypotetiska provet vid dolus eventualis.¹⁴¹ Dolus Alexanderson begränsar det straffbara området på så sätt att gärningsmannen medvetet skall ha underlåtit att förhöra sig om ett förhållande som är avgörande för straffansvaret. Det krävs alltså aktivitet från gärningsmannens sida för att han skall undgå straffansvar, dvs. han har en undersökningsplikt.¹⁴² För att uppsåt i förhållande till en omständighet skall föreligga, är det tillräckligt att det för gärningsmannen framstår som *synnerligen tveklaktigt* hur det

¹³⁸ J. Zila; ”*En välkommen dom*”; JT 2002-03 s. 632-639

¹³⁹ S. Cavallin; ”*Om uppsåtsprövningen i svensk rätt efter prejudikatet NJA 2002 s. 449*”; JT 2003-04 s. 3-16

¹⁴⁰ N. Jareborg; *Handling och uppsåt*; Stockholm 1969; s. 51-55 Exempel på när denna uppsåtsform förekommit i rättspraxis enligt Nils Jareborg är NJA 1934 s. 396, NJA 1942 s. 358, NJA 1949 s. 689, NJA 1952 s. 560.

¹⁴¹ N. Jareborg; *Straffrättens ansvarslära*; Göteborg 1994; s. 206

¹⁴² T. Huldén; ”*Dolus eventualis än en gång*”; SvJT 1960 s. 598-604

förhöll sig med den saken. Formen har endast använts i frågan om åldersgränsen vid otukt med minderåriga. De första fallen där uppsåtsformen användes var i NJA 1941 s. 466 och NJA 1942 s. 420. I båda dessa fall använde högsta domstolen lokutionen *synnerligen tvivelaktigt* för att bestämma uppsåtet till en viss omständighet. Följden blev en känsloladdad debatt mellan professor Ivar Strahl och justitierådet Nils Alexanderson¹⁴³ som deltog i avkunnandet av domen och var en av dem som formulerade högsta domstolens domskäl. Efter avkunnande av ännu en dom, NJA 1959 s. 63, återupptogs diskussionen om dolus Alexanderson mellan justitierådet Hjalmar Karlgren¹⁴⁴ och jur. stud. Tomas Huldén.¹⁴⁵

I NJA 1952 s. 476, som även det handlade om otukt med minderårig, använde man inte denna variant alls vilket blev en reaktion mot dolus Alexanderson. Ett slutgiltigt försök gjordes i NJA 1963 C 644, även det om otukt med minderårig. Efter detta rättsfall tappade dolus Alexanderson helt sin betydelse i rättspraxis. Nils Jareborg menar att det finns olika sätt att karakterisera dolus Alexanderson, antingen som en vanlig medveten culpa eller, om man tolkar ordalydelsen *synnerligen tvivelaktigt* i domarna, som en kvalificerad medveten culpa, eller som ett sannolikhetsuppsåt där sannolikheten inte behöver vara övervägande.¹⁴⁶

4.3.3 Defekt dolus eventualis

För att eventuellt uppsåt i sin hypotetiska variant skall anses föreligga krävs det att man utfört prövningens två led. I praxis händer det dock att särskilt det första ledet i denna prövning tappas bort i domstolens prövning. Detta kallar Nils Jareborg defekt dolus eventualis. En förklaring till denna felaktiga prövning kan mycket väl vara att det första ledet ansetts alltför uppenbart för att särskilt anges. Men Jareborg menar att det inte kan uteslutas att en omedveten culpa som blivit kvalificerad med ett positivt utfall av det hypotetiska provet, i efterhand anses vara så straffvärd att den kvalificeras som en uppsåtlig gärning. Även om dessa handlingar blir bestraffade med en formell tillämpning av dolus eventualis i sin hypotetiska form, genom att domstolen blir oriktigt övertygad om att den tilltalade insett möjligheten av en följd eller en gärningsomständighet, är steget långt till att erkänna att följden skulle bli en utvidgning av det straffbara området. Jareborg menar att det är svårt att dra några slutsatser utifrån denna iakttagelse och att även tränade jurister har svårt att tillämpa dolus eventualis i sin hypotetiska variant på ett korrekt sätt. Man kan ju, menar han, ha tänkt rätt men skrivit fel.¹⁴⁷

¹⁴³ För vidare läsning se N. Alexanderson; ”Tillämpning av läran om dolus eventualis”; SvJT 1945 s. 295-297

¹⁴⁴ För vidare läsning se H. Karlgren; ”Dolus eventualis än en gång”; SvJT 1960 s. 702-703

¹⁴⁵ För vidare läsning se T. Huldén; ”Dolus eventualis än en gång”; SvJT 1960 s. 598-604, N. Jareborg; *Handling och uppsåt*; Stockholm 1969; s. 57

¹⁴⁶ N. Jareborg; *Handling och uppsåt*; Stockholm 1969; s. 57ff

¹⁴⁷ N. Jareborg; *Handling och uppsåt*; Stockholm 1969; s. 61-64

4.4 Uppbyggnaden av *dolus eventualis*

4.4.1 Prövningens första led

Det första ledet i prövningen om huruvida eventuellt uppsåt föreligger hos gärningsmannen kräver att gärningsmannen skall ha haft en *insikt* om att det föreligger en möjlighet för effektens inträde eller för förekomsten av gärningsmomentet. Att gärningsmannen hade denna insikt vid gärningstillfället måste åklagaren bevisa. Det finns inget krav på att gärningsmannen måste *ha vetat om* att en effekt skulle inträda eller att ett gärningsmoment förelåg, det är tillräckligt att han *misstänkte* detta. Misstanken behöver inte vara kvalificerad i den ena eller andra riktningen, dvs. behöver inte vara mer eller mindre sannolik. Graden av sannolikhet kan dock spela roll för utfallet av det hypotetiska provet – det är alltid enklare att anta att en person skulle ha utfört en gärning även med visshet om effektens inträde om det förelåg en stor sannolikhet för dess förverkligande.¹⁴⁸ Det är inget krav att det hos gärningsmannen finns någon viljeriktning när man bedömer det första ledet i prövningen.¹⁴⁹ Den tilltalade skall alltså ha misstänkt eller varit tveksam om omständigheten eller följden, men det krävs inte att han tänkt på möjligheten när han vidtagit handlingen.¹⁵⁰

Det första ledet i domstolens prövning skall, enligt Ivar Strahl förstås så att den tilltalade skall ha misstänkt eller varit tveksam om omständigheten eller följden, men det krävs dock inte att den tilltalade tänkt på möjligheten när han vidtog handlingen. Som ett exempel nämner Ivar Strahl NJA 1970 s. 240 där det aldrig prövades om gärningsmannen var medveten om en omständighet vid handlingsögonblicket.¹⁵¹

4.4.2 Prövningens andra led

I prövningens andra led, som innefattar ett hypotetiskt prov, frågar man sig vad gärningsmannen skulle ha gjort i fall han hade haft *full visshet* om de följder hans gärning skulle få eller om han hade haft *full visshet* om vilka omständigheter som förelåg.¹⁵² En förutsättning för att eventuellt uppsåt ska anses föreligga är att det s.k. hypotetiska provet utfaller positivt, dvs. att domstolen kan besvara provet jakande.¹⁵³ Om domstolen här kommer fram till att man kan hålla för visst att gärningsmannen även i detta fall skulle ha företagit gärningen, föreligger *dolus eventualis*. Domstolen måste med

¹⁴⁸ SOU 1996:185, del I; s. 96

¹⁴⁹ M. Leijonhufvud, S. Wennberg; *Straffansvar*; Göteborg 2001; s. 57

¹⁵⁰ M. Strömmerstedt; *Med vett och vilja? Uppsåtets gränser i doktrin och rättspraxis*; Stockholm 1987; s. 30

¹⁵¹ I. Strahl; *Allmän straffrätt i vad angår brotten*; Stockholm 1976; s. 114

¹⁵² SOU 1996:185, del I; s. 96

¹⁵³ M. Leijonhufvud, S. Wennberg; *Straffansvar*; Göteborg 2001; s. 57f

andra ord kunna hålla för visst att gärningsmannen varit så pass hänsynslös att en visshet om en omständighet eller följd inte skulle ha avhållit honom från att företa gärningen. Det är däremot inte tillräckligt att gärningsmannen insett att det förelåg en risk för att en viss följd skulle inträffa, när handlingen företogs.¹⁵⁴

Gärningsmannen behöver inte ha tagit ställning till om han skulle ha företagit handlingen även om han insett att effekten skulle inträda. Därför är det omöjligt att med full säkerhet konstatera hur gärningsmannen skulle ha handlat. Domstolen kan endast med en viss grad av säkerhet anta att så var fallet. Det eventuella uppsåtets konstruktion bygger alltså på ett *antagande* om hur gärningsmannen skulle ha handlat om en subjektiv förutsättning förelåg, som i själva verket inte var för handen. Just detta har framförts som det främsta argumentet mot ett användande av eventuellt uppsåt. Det hypotetiska provet uppfylls lättare ju större sannolikheten för effektens inträde är.¹⁵⁵ Det rör sig dock om en subjektiv sannolikhet, dvs. graden av gärningsmannens benägenhet att tro att det går på ett visst sätt.¹⁵⁶

Ivar Agge och Hans Thornstedt försöker förklara det hypotetiska provet på följande sätt: ”en bedömning huruvida gärningsmannens karaktär ger anledning att anta, han skulle ha handlat på ett visst sätt under en antagen förutsättning”.¹⁵⁷

Enligt Nils Jareborg är *insikt* alltid tillräckligt för att uppsåt skall föreligga, *misstanke* däremot utgör endast uppsåt om det hypotetiska provet för dolus eventualis utfaller positivt. Fall av direkt eller indirekt uppsåt som endast innefattar misstanke utgör därmed endast specialfall av eventuellt uppsåt. Om följden är syftet med gärningen eller är nödvändigt förbunden med syftet, framstår det som alldeles självklart att gärningsmannen inte skulle ha avhållit sig från gärningen även om han eller hon skulle ha visshet om följdens inträffande.¹⁵⁸

Det hypotetiska provet avser endast vad gärningsmannen skulle ha gjort när han befann sig i det sinnestillstånd han var i vid gärningstillfället, inte vad gärningsmannen skulle ha gjort i samma situation om han hade tänkt efter.¹⁵⁹

I det andra ledet i prövningen om eventuellt uppsåt föreligger, finns det en möjlighet för domstolen att även se till omständigheter kring själva gärningen, som t ex. på vilket sätt ett knivhugg utdelades eller hur starkt intresse gärningsmannen hade att begå gärningen. Ett visst utrymme finns dock för att se till gärningsmannens person som sådan, t ex. om han allmänt sett är samhällsfarlig eller om han tidigare begått denna typ av brottslighet.

¹⁵⁴ I. Strahl; *Allmän straffrätt i vad angår brotten*; Stockholm 1976; s. 114

¹⁵⁵ M. Leijonhufvud, S. Wennberg; *Straffansvar*; Göteborg 2001; s. 58

¹⁵⁶ SOU 1996:185, del I; s. 86

¹⁵⁷ I. Agge; H. Thornstedt; *Straffrättens allmänna del*; Stockholm 1982; s. 106

¹⁵⁸ N. Jareborg; *Straffrättens ansvarslära*; Göteborg 1994; s. 205

¹⁵⁹ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 311f

Detta var också ett av de ursprungliga syftena med uppsåtskonstruktionen enligt Strafflagskommissionens betänkande, *Förslag till strafflag - Allmänna delen*¹⁶⁰ - att sortera bort de samhällsfarliga gärningsmännen från de övriga.¹⁶¹

4.5 Några argument inom doktrin för och emot *dolus eventualis*

4.5.1 Nils Jareborg

De argument som främst anförts till förmån för ett användande av *dolus eventualis* är att formen på ett klart sätt avgränsar området för uppsåt. Genom att använda någon av de andra uppsåtsformerna skulle det kriminaliserade området för oaktsamhet utvidgas i större utsträckning än i dag. Nils Jareborg är dock av den uppfattningen att det är fullt möjligt att använda andra sätt att avgränsa uppsåtet på.¹⁶²

Nils Jareborg är till den största delen kritisk mot det eventuella uppsåtet. Först och främst menar han att det är svårt att *bevisa* en hypotetisk sats. När man utgår från ett annat förhållande än det verkliga, kan man fråga sig vilka omständigheter som skall vara av betydelse vid fastställandet. Ju starkare gärningsmannens kognitiva inställning är, desto större anledning finns det att räkna med att han skulle ha handlat på samma sätt om han verkligen hade varit säker på att den följden skulle inträffa eller att just den omständigheten förelåg, menar han.

Vidare menar Nils Jareborg att det föreligger en klar skillnad mellan att gärningsmannen *tror* något och att han *misstänker* något. Skulle gärningsmannen utföra en handling trots att han faktiskt *tror* att handlingen kommer att få en viss följd, finns det starka skäl för att han skulle ha utfört handlingen även om han hade varit *säker på* att handlingen skulle få denna följd.¹⁶³

Av betydelse för bedömningen av om eventuellt uppsåt föreligger kan vara gärningsmannens personliga karaktärsdrag eller hans levnadssätt. Andra omständigheter av betydelse kan vara gärningsmannens personliga relation till brottsoffret samt om gärningsmannen medvetet hållit sig okunnig om en viss omständighet av rättslig betydelse.¹⁶⁴

Även om det finns vissa hållpunkter för genomförandet av det hypotetiska provet, är denna metod att dra gränsen mellan området för oaktsamhet och

¹⁶⁰ SOU 1923:9; s. 132f

¹⁶¹ SOU 1996:185, del I; s. 96f

¹⁶² N. Jareborg; *Straffrättens ansvarslära*; Göteborg 1994; s. 207f. Se t.ex. avsiktlighetsuppsåtet i som jag redogjort för ovan i kap. 4.2.3.

¹⁶³ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 317

¹⁶⁴ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 317f

uppsåt mycket betänkligt, menar han. Det föreligger nämligen en risk för att det läggs för stor vikt vid att gärningsmannens tidigare brottslighet, särskilt om det gäller likartade brott.¹⁶⁵ Det uppkommer därmed en mycket problematisk situation. Att i bedömningen av ansvarsfrågan lägga vikt vid det faktum att gärningsmannen tidigare gjort sig skyldig till brott eller till brott av samma slag innebär att gärningsmannens personliga karaktärsdrag blir ”brottsliga” och bedömningen riskerar att bygga på förutfattade meningar. Nils Jareborg är beredd att gå långt i sin åsikt. Han menar att följden kan bli att en fällande dom grundar sig på att gärningsmannen har ett kriminellt förflutet, till skillnad från den situation då den tilltalade inte tidigare dömts för brott och följaktligen saknar en ”brottslig” karaktär. I det fallet går den tilltalade istället fri.

En annan av Nils Jareborgs invändningar mot det hypotetiska provet är att det kan vara svårt att förstå och förklara hur det kan vara möjligt att det avgörande för huruvida ett brott begåtts eller inte skall vara något som skulle kunna ha hänt under helt andra omständigheter än de verkliga, alltså inte vad som faktiskt har hänt. För den dömde kan detta vara mycket svårt att ta till sig.¹⁶⁶

Dessutom verkar det, enligt Nils Jareborg, finnas en bristande kunskap inom vårt rättsväsende vad gäller tillämpningen av eventuellt uppsåt. Antingen utelämnar man prövningens första led och går direkt på det hypotetiska provet, eller använder man det hypotetiska provet fel. Som exempel ges att gärningsmannen skulle ha företagit gärningen även om han hade varit säker på att följden *kunde*¹⁶⁷ inträffa.¹⁶⁸

4.5.2 Per Ole Träskman

Straffrättsprofessor Per Ole Träskman är även han kritisk mot det eventuella uppsåtet. En del av hans kritik är riktad mot det hypotetiska provet. Han menar att ett användande av ett hypotetiskt prov för att bestämma gränsen mellan medveten culpa och dolus eventualis ofta blir en godtycklig bedömning. Detta, menar han, beror till stor del på att det inte finns entydiga regler för hur denna metod skall användas. Per Ole Träskman tar som exempel NJA 1977 s. 630 där tre domare ansåg att det gick att bevisa uppsåtet utan att ta hjälp av ett hypotetiskt prov, medan två domare var av den motsatta uppfattningen.

Då det hypotetiska provet förutsätter att domstolen fastställer hur den tilltalade skulle ha handlat om han hade varit *medveten* om att följden skulle inträffa, menar även Per Ole Träskman att den tilltalades karaktär får betydelse för hur det hypotetiska provet utfaller, eftersom domstolen måste bilda sig en uppfattning om den tilltalades karaktär. Detta har sin grund i

¹⁶⁵ N. Jareborg; *Uppsåt och oaktsamhet*; Uppsala 1986; s. 13

¹⁶⁶ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 318

¹⁶⁷ Nils Jareborgs kursivering.

¹⁶⁸ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 318f

den bedömning som gjorts i doktrin där det uttalats att domstolen måste göra en helhetsbedömning av den tilltalades personliga egenskaper, för att bedöma huruvida det föreligger uppsåt och det är denna bedömning som sedan får tjäna som grund för domens utfall, menar han. Kommer domstolen fram till att den tilltalades karaktär, baserad på en eventuell tidigare kriminalitet, gör honom eller henne till en samhällsfarlig person, kan detta leda till slutsatsen att den tilltalade även skulle ha handlat på samma sätt även om denne varit säker på att effekten skulle inträda.

Att ha denna utgångspunkt vid bedömningen av uppsåtsfrågan är enligt Per Ole Träskman inte rättspolitiskt godtagbart. Det sker en fokusering på den tilltalades tidigare brottslighet och dennes förflutna, bort från den aktuella gärningen och bort från frågan huruvida ett brott har begåtts eller ej, menar han. Detta innebär att även rättegången utvidgas till att omfatta annan bevisning än det rättegången egentligen gäller. Det sker med andra ord en förskjutning av bevis temat. Följden blir att domstolen inte bara utdömer ett straff baserat på den tilltalades nuvarande skuld och handlande utan även på hans tidigare handlande och hans tidigare brottslighet. Detta leder till en ojämn bedömning. En domstol som skall bedöma skulden hos en tilltalad som tidigare varit dömd för liknande brottslighet, kan mycket väl anse att personen har ”brottsliga” egenskaper och låta det hypotetiska provet utfalla positivt, menar han.

Huruvida den tilltalade haft *insikt* om hur stor sannolikheten varit för att effekten skulle inträda, kan också få betydelse för det hypotetiska provets utfall. Per Ole Träskman menar att det finns en risk att domstolen vid en denna bedömning bildar sig en uppfattning om hur stor sannolikheten för följden tett sig för den tilltalade. Detta låter domstolen sedan få betydelse för det hypotetiska provets utfall. Ju mer sannolik följden tett sig för den tilltalade, enligt domstolen, desto närmare ligger det till hands att också anse att det hypotetiska provet skall utfalla positivt.¹⁶⁹

Sådan information kan mycket väl, åtminstone till viss del, erhållas även genom andra metoder. Genom psykologiska och psykiatriska undersökningar kan man visserligen erhålla en totalbedömning av den tilltalades personliga egenskaper. Per Ole Träskman är dock tveksam till om man utifrån dessa undersökningar kan dra slutsatser om hur den tilltalade skulle ha handlat om denne varit säker på att en effekt skulle inträffa. Sådana omfattande undersökningar kan därför inte anses vara processekonomiskt ändamålsenliga och konsekvensen blir då att de endast innebär ett oskäligt intrång i den tilltalades personliga integritet.

Per Ole Träskman menar vidare att bevisning med hjälp av ett hypotetiskt prov inte kan anses vara rättspolitiskt godtagbart. Metoden bygger till alltför hög grad på spekulationer och dessa kan inte anses uppfylla beviskravet i

¹⁶⁹ P-O. Träskman; *Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? Skuld och ansvar, Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*; Uppsala 1985; s. 66f

brottmål. Därmed blir domstolarnas lösningar med hjälp av det hypotetiska provet en omöjlighet vilket kan leda till att det utvecklas en diskrepans mellan den bedömning de verkligen utfört och den bedömning de ger uttryck för att ha utfört i domskälen. Risken blir att domstolarna i vissa fall fattar sina beslut på intuitiva grunder och därefter utformar sina domskäl så att avgörandet motsvarar den metod som anses gälla på området.¹⁷⁰

När man skall utforma uppsåtsbegreppet måste man ta hänsyn till de möjligheter till bevisning som finns för att upprätthålla kravet på rättsäkerhet. Det kan vara lättare att utforma bevisregler utifrån ett uppsåtsbegrepp som grundar sig på den tilltalades *insikt* om sannolikheten för att en viss effekt skall inträffa, än utifrån ett uppsåtsbegrepp som istället utgår från gärningspersonens *vilja* att uppnå en viss effekt, menar Per Ole Träskman.

Dolus förutsätter ett större krav på klander än vid culpa. Därmed räcker det för culpa att det förelåg en *möjlighet* till insikt om effekten. För dolus krävs det dock att det föreligger en konkret insikt om effekten. I de fall en person kan dömas för uppsåtligt brott på grund av att han *borde* ha insett möjligheten av effekt bortfaller detta resonemang då det enklare att göra en objektiv bedömning av vad den tilltalade *borde* ha insett rörande följden av sin handling än vad den tilltalade *verkligen* insett. Detta beror på att bevisningen kan genomföras på ett säkrare sätt om det ingår flera moment av bedömning i uppsåtsvärderingen. Men ett uppsåtsbegrepp som grundar sig på en presumerad insikt kan inte godtas rättspolitiskt, menar Per Ole Träskman.¹⁷¹

Den positiva viljeteorin går ut på att uppsåt förutsätter att den tilltalade *insett* att effekten var möjlig och att denne ställt sig antingen *likgiltig* eller *positiv* till detta. Bevisfrågan blir då i själva verket två, frågan om den tilltalades vilja och den tilltalades insikt. Förutsättningen för att sannolikhetsuppsåt skall föreligga är att den tilltalade *insett* sannolikheten av effekten. I det fallet handlar bevisningen endast om en fråga vilket gör den enklare. Möjligheterna att införskaffa ett större underlag för bevisningen ökar och kravet på en fällande uppsåtsdom blir lägre. Detta betyder att en tilltalad riskerar att bli dömd för ett uppsåtligt brott även i de fall denne med en annan bedömning skulle ha blivit dömd för ett oaktsamt sådant.

För att undvika att för låga krav ställs på uppsåtsbrottet måste det förutsättas en högre grad av sannolikhet för effektens inträde. Detta för att man skall kunna vara säker på att innebörden av ett uppsåtsbegrepp som grundas på *insikten* om sannolikheten av effekten stämmer överens med innebörden av

¹⁷⁰ P-O. Träskman; *Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? Skuld och ansvar, Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*; Uppsala 1985; s. 68

¹⁷¹ P-O. Träskman; *Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? Skuld och ansvar, Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*; Uppsala 1985; s. 71

ett uppsåtsbegrepp grundat på den tilltalades *vilja* att åstadkomma denna effekt. Om uppsåtet kan bevisas genom att den tilltalade *insett* att en effekt kommer att inträffa med största sannolikhet, kan man med säkerhet även sluta sig till att den tilltalade är förhållandevis likgiltig till effekten om denne utför en gärning som med *visshet* kommer att få denna effekt.¹⁷²

Att bedöma graden av sannolikhet för att en handling skall få en viss effekt är alltid svårt att göra, menar Per Ole Träskman. Men att tillgå en sannolikhetsgradig skala för att bedöma huruvida den tilltalade ansåg effektens inträde var mer eller mindre sannolik är ingen bra metod att tillgå enligt Per Ole Träskman. Istället bör man sträva efter att bedöma om den tilltalade ansåg att effektens inträde var mer sannolik än osannolik. För att uppsåtet skall anses bevisat får det inte ha förelegat någon som helst rimlig misstanke om att den tilltalade bedömt effekten som osannolik.

Det kommer alltid att finnas svåra gränsfall när det gäller uppsåtsbedömningar. Att helt avskaffa *dolus eventualis* är därför inte någon lösning på problemet, anser Per Ole Träskman. Att ersätta denna uppsåtsform kräver dessutom ett fullgott alternativ som då utesluter ansvar för uppsåt i de fall som i dagsläget täcks av *dolus eventualis*. Dock kan man enligt Per Ole Träskman se en tydlig trend inom den nordiska doktrin där man diskuterat att avskaffa *dolus eventualis*. Denna utveckling kan även ses inom finsk straffrätt. Det är en självklarhet att det fall då den tilltalade utfört en handling i syfte att uppnå en kriminaliserad effekt skall bedömas som ett uppsåtligt brott. Per Ole Träskman föreslår att uppsåtsansvaret utöver detta kan begränsas till de fall där den tilltalade företagit en gärning som med visshet resulterat i den effekt som utgör en förutsättning för brottet. En konsekvens av en sådan begränsning kan dock bli att vissa brott som i dagsläget bedöms som uppsåtliga istället faller utanför uppsåtsområdet. Men samtidigt skulle detta vägas upp av att uppsåtsbedömningen blir mer enhetlig.¹⁷³

4.5.3 Ivar Strahl

Ivar Strahl menar att med tanke på de oklarheter *dolus eventualis* innefattar måste en tillämpning av uppsåtsformen ske med stor försiktighet.¹⁷⁴ Detta trots att han påpekar att läran om *dolus eventualis* måste anses godtagen i svensk rättspraxis.¹⁷⁵ Allra störst försiktighet måste iakttas när ett fall handlar om så allvarliga brott som mord eller dråp där frågan rör en människas död, menar han. Det är då synnerligen viktigt att det finns starka

¹⁷² P-O. Träskman; *Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? Skuld och ansvar, Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*; Uppsala 1985; s. 71f

¹⁷³ P-O. Träskman; *Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? Skuld och ansvar, Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*; Uppsala 1985; s. 72f

¹⁷⁴ I. Strahl; *Allmän straffrätt i vad angår brotten*; Stockholm 1976; s. 116

¹⁷⁵ I. Strahl; *Allmän straffrätt i vad angår brotten*; Stockholm 1976; s. 115

skäl att hålla för visst att gärningsmannen varit så hänsynslös att han skulle ha handlat på samma sätt även om han varit säker på att följden skulle inträffa. Oavsett den försiktighet man iakttar kvarstår ändå det faktum, påpekar Ivar Strahl, att man dömt den tilltalade med stöd av en hypotes där man frågar sig hur den tilltalade skulle ha handlat under en viss förutsättning som inte har kunnat påvisas föreligga. Dessutom, fortsätter han, kan en dom som bygger sitt resonemang på en hypotetisk bedömning, te sig stötande för den dömde. Här kan vi alltså se stora likheter med den kritik mot eventuellt uppsåt som framförts av Nils Jareborg och Per Ole Träskman.

Något som fungerat som en invändning mot tillämpning av *dolus eventualis* har varit att det går att som handlande medvetet hålla sig okunnig om en viss omständighet för att hindra att hamna i uppsåt. Konsekvensen blir i det fallet att hypotetiska provet utfaller negativt vilket i sin tur leder till att eventuellt uppsåt i förhållande till omständigheten inte kan anses föreligga. Den tilltalade kan i dessa fall trots sin okunnighet ändå anses straffvärd om han tänkt på omständigheten men sagt sig att han vill handla utan att ta reda på om den verkligen föreligger. Gärningsmannen ville visserligen handla oavsett om omständigheten förelåg eller ej, men det är möjligt att han skulle ha låtit bli om han helt klart vetat om att omständigheten förelåg. Som exempel kan anföras den situationen att A köper en sak som han misstänker är tjuvgods men då han planerar att köpa den i vilket fall som helst, bryr han sig inte om att ta reda på om det verkligen är tjuvgods eller inte. Det är dock svårt att ta reda på vilken inställning en tilltalad har till en ifrågavarande följd eller omständighet. Det är i sig inte tillräckligt för att ansvar skall uppkomma, att den tilltalade inte hör sig för. Om det av situationen kan begäras av honom att han gjort efterforskningar men detta inte skett, kan det bli en annan fråga.¹⁷⁶

Fördelarna med eventuellt uppsåt är, oavsett bevisvärigheterna, att formen är konstruerad så att domstolen, vid tillämpningen, ställes inför en fråga som måste besvaras med ett ja eller nej. Domstolen måste ha starka skäl för att besvara den jakande. Begreppet har även den fördelen att det underlättar för straffrättskipningen att motstå en opinion som i upprörande fall kräver att den tilltalade döms för uppsåtligt dödande trots att det rör sig om ett grovt fall av medveten culpa.¹⁷⁷

Ivar Strahl föreslår att man skulle kunna begränsa tillämpningen av *dolus eventualis* till de fall där den tilltalade själv utformat hypotesen och godtagit den - med andra ord att uteslutande använda eventuellt uppsåt i sin faktiska variant. Det borde krävas någon form av ställningstagande från gärningsmannen, menar han, men påpekar att det finns svårigheter med att införa denna typ av begränsning. Det är nästintill en omöjlig uppgift att avgöra om den tilltalade tänkt på möjligheten av en viss följd vid

¹⁷⁶ I. Strahl; *Allmän straffrätt i vad angår brotten*; Stockholm 1976; s. 116f

¹⁷⁷ I. Strahl; *Allmän straffrätt i vad angår brotten*; Stockholm 1976; s. 118f

handlingen eller före handlingen och om denne varit inställd på att utföra handlingen oavsett hur det skulle gå.¹⁷⁸

Ivar Strahl har vad gäller sannolikhetsuppsåtet uttalat att det finns vissa betänkligheter med denna uppsåtsform. Den tilltalade kan t ex. invända att han var säker på att inte följden skulle inträffa, trots att han förstod att en risk förelåg. Det kan dessutom vara svårt för den tilltalade att bedöma graden av sannolikhet för en följd eller omständighet. Ännu svårare är det dock att bilda sig en uppfattning om den tilltalades föreställning. Det avgörande kan istället i många fall bli vad domstolen anser att den tilltalade *borde* anse som sannolikt eller som domstolen själv bedömer som sannolikt. Ju mer sannolik omständigheten eller följden varit för den tilltalade desto större är möjligheten att han inte skulle ha underlåtit att handla även om han varit viss om det.¹⁷⁹

4.5.4 Ivar Agge och Hans Thornstedt

Man kan anföra både bevis tekniska och principiella skäl mot ett användande av det hypotetiska provet, menar Ivar Agge och Hans Thornstedt, men vad som trots det kvarstår är att uppsåtsbegreppet måste breddas. Direkt och indirekt uppsåt räcker inte som de enda formerna av uppsåt. De bevis tekniska hänsyn grundar sig på att det ofta är svårt att överbevisa den som nekar till brott som omfattar både direkt och indirekt uppsåt. Hänsyn måste också tas till avvägningen mellan kriminalisering av uppsåt och oaktsamhet. Om man begränsade uppsåtet till endast indirekt och direkt uppsåt skulle man tvingas kriminalisera även delar av culpa. Detta skulle innebära att det kriminaliserade området blev alltför omfattande.¹⁸⁰

Visserligen har det funnits vissa tveksamheter om hur man skall utforma det eventuella uppsåtet, men det verkar enligt Ivar Agge och Hans Thornstedt, som om det eventuella uppsåtet är allmänt accepterat i svensk gällande rätt.¹⁸¹ Eventuellt uppsåt avgränsar området mot culpa på ett klart sätt och synes kunna tillämpas i praktiken utan större svårigheter. Alla tre uppsåtsformerna kan därmed användas vid brott som för straffbarhet kräver uppsåt och där inte direkt uppsåt uttryckligen föreskrivits i lagtexten.¹⁸²

4.5.5 Madeleine Leijonhufvud och Susanne Wennberg

Madeleine Leijonhufvud och Susanne Wennberg menar att vid ett användande av eventuellt uppsåt uppfylls ofta det första ledet i prövningen utan större svårigheter. Det räcker här att gärningsmannen *insett* att en viss omständighet eller effekt är möjlig. I det andra ledet, dvs. i det hypotetiska

¹⁷⁸ I. Strahl; *Allmän straffrätt i vad angår brotten*; Stockholm 1976; s. 116

¹⁷⁹ I. Strahl; *Allmän straffrätt i vad angår brotten*; Stockholm 1976; s. 117ff

¹⁸⁰ I. Agge; H. Thornstedt; *Straffrättens allmänna del*; Stockholm 1982; s. 106

¹⁸¹ I. Agge; H. Thornstedt; *Straffrättens allmänna del*; Stockholm 1982; s. 108

¹⁸² I. Agge; H. Thornstedt; *Straffrättens allmänna del*; Stockholm 1982; s. 107f

provet, kan det däremot uppstå vissa problem. Det finns här en risk för att domstolen påverkas av vissa omständigheter som om gärningsmannen har en kriminell bakgrund, menar Madeleine Leijonhufvud och Susanne Wennberg. Detta kan i sin tur leda till bedömningar som bygger på mer eller mindre välgrundade fördomar om hur människor beter sig. När inte ens gärningsmannen själv med säkerhet kan uttala sig om hur han eller hon skulle ha handlat om han eller hon varit säker på att effekten skulle inträda eller att omständigheten förelåg, kan man fråga sig om det verkligen är rimligt att domstolen ska uttala sig om saken och dessutom grunda en persons skuld på detta antagande.¹⁸³

4.5.6 Alf Ross

I artikeln ”*Dolus eventualis i svensk ret*” i SvJT 1977 s. 673-702 undersöker professor Alf Ross användandet av eventuellt uppsåt i den svenska straffrätten. Alf Ross använder som utgångspunkt för sin undersökning en arbetshypotes som går ut på att uppsåt kan bestämmas som *insikt*, dvs. att gärningsmannen *insåg* att handlingen hade de egenskaper som betingar dess straffbarhet. Denna hypotes prövar han sedan mot svensk rättspraxis och doktrin. Efter en genomgång av rättspraxis konstaterar han att eventuellt uppsåt inte medför en större säkerhet än sannolikhetsuppsåtet vid rättstillämpningen, snarare mindre. Alf Ross’ slutsats blir att undersökningen av den svenska rätten inte bekräftar arbetshypotesen men inte heller diskvalificerar den. Alf Ross menar att de praktiska lösningarna i Sverige inte skiljer sig särskilt mycket från de övriga skandinaviska länderna. Inom doktrin finns det dock tendenser som går mot att erkänna sannolikhetsuppsåtet och i praxis formuleras domar på sådant sätt att skillnaden mellan resultat som grundas på eventuellt uppsåt respektive sannolikhetsuppsåt nästan elimineras.¹⁸⁴

Gillis Erenius har i SvJT 1972 s. 674-681 bland annat kommenterat Alf Ross’ avhandling ”*Dolus Eventualis – et vildskud*”. Alf Ross poängterar i sin avhandling att det är utomordentligt viktigt att uppsåtets nedre gräns fixeras på ett eller annat sätt. I annat fall finns det en risk för att den straffbara culpans område kraftigt utvidgas. Gillis Erenius påpekar att denna risk även finns vid ett användande av sannolikhetsuppsåtet då det är lätt att domaren, för att avgöra om effektens eller gärningsmomentets existens i handlingsögonblicket varit övervägande sannolik för den tilltalade, låter sin egen uppfattning om vad som är övervägande sannolikt bli avgörande. Det hypotetiska eventuella uppsåtet har alltsedan NJA 1959 s. 63 fått en plats i den svenska rättstillämpningen, menar Alf Ross vilket Gillis Erenius håller med om.¹⁸⁵

¹⁸³ M. Leijonhufvud, S. Wennberg; *Straffansvar*; Göteborg 2001; s. 58f

¹⁸⁴ SOU 1996:185, del II; s. 65-67

¹⁸⁵ G. Erenius; Anm. av Festschrift till Stephan Hurwitz; SvJT 1972 s. 674-681

4.5.7 Björn Molin

Genom rådmannen Björn Molins artikel, skriven med anledning av domen NJA 2002 s. 449, i Tidskrift för Sveriges Domareförbund 2003 nr. 3, ”Eventuellt uppsåt, vad annars?”, s. 27-29, förmedlas en bild som man inte är van vid, nämligen våra domares uppfattningar om det eventuella uppsåtet. Enligt Björn Molin är det av stor betydelse för det vardagliga domarbetet att uppsåtets nedre gräns blir bestämd. Problemet aktualiseras inte bara i grova våldsbrott, utan lika mycket i ordinära mål. Björn Molin håller till viss del med om den kritik som riktats mot eventuellt uppsåt. Det är många gånger en omöjlig uppgift att avgöra hur en gärningsman skulle ha handlat om han haft en vetskap som han faktiskt inte hade när han begick gärningen, när gärningsmannen inte ens själv kan svara på den frågan. Men det eventuella uppsåtet har ändå kunnat förklaras rent begreppsmässigt för lekmannadomarna, vilket är positivt. Det finns dessutom exempel på brott där denna uppsåtsform enligt Molin lämpar sig alldeles utmärkt, t ex. olovlig körning eller häleri. För att åtalet skall bifallas i dessa fall måste det konstateras någon annan uppsåtsform än direkt eller indirekt uppsåt. Vad gäller både ett användande av likgiltighetsuppsåt och ett sannolikhetsuppsåt ställer sig Molin tveksam då det inte verkar vara klart hur ett sådant användande skall gå till. Men han är övertygad om att det eventuella hypotetiska uppsåtet borde ersättas med något bättre, men med vad kan han inte svara på. Situationen är dock ohållbar som den ser ut idag, vilket klart strider mot kravet på förutsebarhet. Slutligen är Björn Molin väldigt kritisk mot att regeringen aldrig antog straffansvarsberedningens förslag betänkandet Straffansvarets gränser, SOU 1996:185, som gick ut på att uppsåtsbegreppet skulle få en lagfäst definition.¹⁸⁶

4.5.8 Gunnar Bomgren

Även justitierådet Gunnar Bomgren ger i SvJT 1961 s. 241-244 sin syn på dolus eventualis och dess problem. Vid problem med gränsdragningen mellan uppsåt och vållande förutsätts det att domaren skall använda sig av de riktlinjer som blivit utbildade i doktrin och praxis för att kunna använda dolus eventualis som ett tekniskt hjälpmedel. Gunnar Bomgren menar att dolus eventualis visserligen saknar en samhällspsykologisk bakgrund, men att det är svårt att gå ifrån eller ändra regeln då det skulle innebära en risk för att uppsåtsområdet utvidgas. Istället föreslår han att eventuellt uppsåt skall användas som en självständig kategori och inte som en del av dolus. Om man definierar uppsåt som den egenskapen att den handlande förställer sig effekten eller förhandenvaron av faktum som viss, kan ett handlande som kännetecknas av att den som handlar föreställt sig effekten eller faktums förhandenvaron som möjlig, inte betecknas som uppsåtlig. Gunnar Bomgren anser det önskvärt att de problem som är knutna till det eventuella

¹⁸⁶ B. Molin; ”Eventuellt uppsåt, vad annars?”; Tidskrift för Sveriges Domareförbund 2003, nr. 3 s. 27-29

uppsåtet närmare utreds och att forskningens resultat görs tillgängliga för jurister.¹⁸⁷

4.5.9 Några röster vid det 22:a Nordiska Juristmötet 1960

Vid det 22:a Nordiska Juristmötet år 1960 fördes en fortsatt diskussion om det eventuella uppsåtet. Här fokuserade man diskussionen på sannolikhetsuppsåtet i jämförelse med det eventuella uppsåtet. Den norske professorn Johs. Andenaes var starkt kritisk mot det eventuella uppsåtet och förespråkade istället sannolikhetsuppsåtet då han ansåg att denna form var mer lättförståelig både för lekmän och för gärningsmannen själv. Dessutom utgjorde formen en praktisk avgränsning av uppsåtet. Då sannolikhetsuppsåtet bygger på vad gärningsmannens insett i gärningsögonblicket är denna form principiellt riktigare än det eventuella uppsåtet med sitt hypotetiska prov, menade han.¹⁸⁸

Professor Hans Thornstedt från Lund var vid detta tillfälle mer positivt inställd till det eventuella uppsåtet. Han menade att denna form på ett klart sätt sätter en teoretisk gräns mellan uppsåt och oaktsamhet. De fall där sannolikheten för ett brottsresultats inträffande visserligen är stor, men där resultatet ändå inte är eftersträvat av gärningsmannen, utesluts från uppsåtsområdet på ett effektivt sätt med det eventuella uppsåtet.¹⁸⁹

Professor Ivar Strahl från Uppsala uttalade att det eventuella uppsåtet, till skillnad från sannolikhetsuppsåtet, är en mycket snävare form, även om han betonade att både eventuellt uppsåt med sitt hypotetiska prov och sannolikhetsuppsåtet har svagheter.¹⁹⁰

Professor Ragnar Bergendal från Lund, gjorde vissa kritiska uttalanden mot främst det hypotetiska uppsåtet. Han menade att det för en lekman skulle framstå som orimligt att döma någon till långa eller stränga straff på grund av vad man tror att gärningsmannen skulle ha gjort eller vad gärningsmannen skulle ha tänkt i en situation som inte förelegat och som denne kanske inte tänkt på. Dessutom är det svårt att lagfästa det hypotetiska provet, även om det inte är omöjligt. Vanliga människor anser inte att det är rätt att någon skall dömas för uppsåtligt brott när man inte kan säga att han gjort gärningen med vett och vilja, utan avgörandet beror på domstolens bedömning av vad han har trott i fråga om effektens sannolikhet, menade han. Detta kan mycket väl grunda sig i svenska språket. För vanliga människor kan det framstå som förvirrande att en person döms för uppsåtligt brott även om det inte föreligger i det konkreta

¹⁸⁷ G. Bomgren; "Några reflexioner kring *dolus eventualis*"; SvJT 1961 s. 241-244

¹⁸⁸ J. Andenaes; *Förhandlingar å Det tjugioandra Nordiska Juristmötet i Reykjavik*, den 11-13 augusti 1960; Köpenhamn 1963, s. 114-121

¹⁸⁹ H.Thornstedt; *Förhandlingar å Det tjugioandra Nordiska Juristmötet i Reykjavik*, den 11-13 augusti 1960; Köpenhamn 1963, s. 126-133

¹⁹⁰ I. Strahl; *Förhandlingar å Det tjugioandra Nordiska Juristmötet i Reykjavik*, den 11-13 augusti 1960; Köpenhamn 1963, s. 144f

fallet. Han jämför med det nordiska *forsett* som är en mer juridiskt teknisk term och därmed inte lika förankrat i det allmänna språkbruket som *uppsåt* är i svenskan. Sammanfattningsvis har Ragnar Bergendal inget emot ett användande av *dolus eventualis* för att döma för uppsåtligt brott, men för att inte folket skall tappa förtroendet för strafflagen och dess tillämpning bör en eventuell lagstiftning diskuteras menar han.¹⁹¹

Lagbyråchefen Sten Rudholm från Stockholm var kritisk mot att inte lagfästa uppsåtsbegreppet. Sammanfattningsvis menade han att det, om man ser på saken från den tilltalades synpunkt, är troligare att han accepterar och förstår en dom grundad på ett sannolikhetsresonemang än ett motsvarande resonemang grundad på ett hypotetiskt prov.¹⁹²

Professor Ivar Agge från Stockholm slutligen, pekade på det orimliga i att döma en person, inte för vad han verkligen har gjort eller velat, utan vad man tror att han under andra omständigheter skulle ha gjort och velat. Ivar Agge ansåg inte att ett sannolikhetsuppsåt skulle vara en tillfredsställande lösning på problemet eftersom man sällan kan komma åt gärningsmannens psykologiska inställning i gärningsögonblicket på ett bättre sätt med tillämpning av ett sannolikhetsuppsåt än med hjälp av *dolus eventualis*. Ivar Agge menade att det hypotetiska provet vid tiden för mötet hade fått en stabil ställning inom praxis där formeln genomgående använts. Det hypotetiska provet, menade han, gav ett gott utslag beträffande gärningsmannens viljefarlighet. Om domstolarna dessutom krävde ett visst mått av sannolikhet för den brottsliga effektens inträde respektive förefintligheten av visst gärningsmoment, skulle denna kombination skilja ut gärningsmän med en större samhällsfarlig vilja från dem som begår grovt culpösa gärningar av motsvarande typ.¹⁹³

4.5.10 Fredrik Ingblad

Fredrik Ingblad diskuterar i artikeln ”*Brottslig karaktär? Brottskapacitetens betydelse vid uppsåtsprövningen.*” i JT 2000-01 s. 790-804, om betydelsen av gärningsmannens tidigare brottslighet för skuldfrågan. Han menar att det straffrättsliga systemets syfte är att bestraffa gärningar och därmed bör man dömas till ansvar för det man gjort och inte för den person man är. Om man grundar skuldbegreppet på den tilltalades karaktär eller tidigare brottslighet förskjuts bedömningen från gärningen till gärningsmannen. En domstol får därmed en möjlighet att inte bara döma till ansvar för viss gärning utan även att fördöma den tilltalades personliga egenskaper. I förlängningen innebär detta en risk för maktmissbruk och social diskriminering och gärningsmannen blir dömd på förhand. Om uppsåtsprövningen bygger mer

¹⁹¹ R. Bergendal; *Förhandlingar å Det tjuogoandra Nordiska Juristmötet i Reykjavik*, den 11-13 augusti 1960; Köpenhamn 1963, s. 138f

¹⁹² S. Rudholm; *Förhandlingar å Det tjuogoandra Nordiska Juristmötet i Reykjavik*, den 11-13 augusti 1960; Köpenhamn 1963, s. 139f

¹⁹³ I. Agge; *Förhandlingar å Det tjuogoandra Nordiska Juristmötet i Reykjavik*, den 11-13 augusti 1960; Köpenhamn 1963, s. 140-143

på fördomar och förväntningar än på rationella argument finns det en risk för att lika fall inte längre kan behandlas lika, vilket påverkar förutsebarheten i det straffrättsliga systemet på ett negativt sätt.¹⁹⁴ Men det blir svårt att godta eventuellt uppsåt som en del av gällande rätt om man inte också godtar att den tilltalades tidigare brottslighet får betydelse. Det är inget som gagnar förutsebarheten i uppsåtsprövningen.¹⁹⁵

Vad gäller brottskapacitetens betydelse i praxis kommer Fredrik Ingblad i sin artikel fram till att brottskapaciteten får en mycket liten betydelse i överrätterna när det gäller att bedöma uppsåtet vid typiska våldshandlingar. Detta gäller både friande och fällande domar.¹⁹⁶ Vad gäller de s.k. icke-typiska våldshandlingarna¹⁹⁷ är det betydligt vanligare att anföra brottskapaciteten som en avgörande betydelse för brottet, då gärningsmannens brottskapacitet här utgör en *förutsättning* för uppsåtligt ansvar. I de fall risken för effekten är förhållandevis liten anser många att dessa handlingar skall räknas till vållandebrott. Brottskapaciteten blir då ett sätt att skilja dessa brott från den medvetna oaktsamheten.¹⁹⁸

4.5.11 En nordisk utblick

I den danska straffrätten är uppsåt en förutsättning för att brott skall ifrågakomma om inget annat framgår av det särskilda straffbudet.¹⁹⁹ Den danska straffrätten saknar en lagfäst definition av uppsåt. Uppsåtets nedre gräns kan definieras som en kombination av dels eventuellt uppsåt och dels sannolikhetsuppsåt. Uttryckssättet *överbärande sannolikhet* används för att ange den erforderliga graden av sannolikhet som krävs för att sannolikhetsuppsåt skall bli aktuellt. Gränsen för när sannolikhetsuppsåt anses föreligga anses dock variera beroende av brottstyp. I de flesta fall bestäms den nedre gränsen för uppsåt med hjälp av sannolikhetsuppsåtet. Det eventuella uppsåtet förekommer i två varianter, dels eventuellt uppsåt i sin hypotetiska variant och dels eventuellt uppsåt i sin faktiska variant, *positiv innvilgelse*. För att eventuellt uppsåt skall anses föreligga måste det för gärningsmannen ha framstått som *möjligt* att gärningsrekvisiten föreligger. En sådan insikt innebär egentligen att endast medveten oaktsamhet föreligger, men under vissa förutsättningar kan gärningar begångna med denna insikt, bedömas som uppsåtliga. Faktiskt eventuellt uppsåt föreligger om gärningsmannen i gärningsögonblicket tagit följderna med i beräkningen eller medvetet hållit sig okunnig om hur det faktiskt

¹⁹⁴ F. Ingblad; "Brottslig karaktär? Brottskapacitetens betydelse vid uppsåtsprövningen.", JT 2000-01 s. 798f

¹⁹⁵ F. Ingblad; "Brottslig karaktär? Brottskapacitetens betydelse vid uppsåtsprövningen.", JT 2000-01 s. 797f

¹⁹⁶ F. Ingblad; "Brottslig karaktär? Brottskapacitetens betydelse vid uppsåtsprövningen.", JT 2000-01 s. 799ff

¹⁹⁷ Detta exemplifieras av ett antal domar som gällde överförande av HIV-smitta, samt ett hovrättsfall som handlade om misshandel.

¹⁹⁸ F. Ingblad; "Brottslig karaktär? Brottskapacitetens betydelse vid uppsåtsprövningen.", JT 2000-01 s. 801ff

¹⁹⁹ Danske straffeloven 19 §

förhöll sig. Den subjektiva inställningen hos gärningsmannen blir avgörande. Det hypotetiska eventuella uppsåtet motsvaras av vår svenska variant, men har i Danmark blivit mycket starkt kritiserat i doktrin och används i praktiken nästan aldrig vid rättstillämpningen.

Inom finsk rättstillämpning finns det fyra uppsåtsformer, däribland sannolikhetsuppsåtet och det eventuella uppsåtet. Sannolikhetsuppsåt föreligger när gärningsmannen *med största sannolikhet* eller *med synnerlig sannolikhet* inser att ett gärningsrekvisit föreligger. Om denna grad av sannolikhet är uppfylld föreligger med andra ord ett kvalificerat sannolikhetsuppsåt. Vad gäller det eventuella uppsåtet erkänns endast den faktiska varianten som ibland benämns som likgiltighetsuppsåtet. I rättspraxis finns det dock en viss tendens till att denna form håller på att ersättas med sannolikhetsuppsåtet.²⁰⁰ Den finska straffrätten fick i januari 2004 en lagfäst definition av uppsåtsbegreppet.²⁰¹

Inom den norska straffrätten saknas en lagfäst definition av uppsåtsbegreppet även om det kommit förslag på en sådan.²⁰² Man skiljer här mellan uppsåt och oaktsamhet och i deras strafflag för de allmänna brotten²⁰³ anges att uppsåt är den allmänna skuldformen om inget annat anges. Dels finns det ett sannolikhetsuppsåt och dels eventuellt uppsåt i sin faktiska variant. Eventuellt uppsåt i sin hypotetiska variant är inte längre del av norsk gällande rätt. Uppsåt föreligger normalt enligt rättspraxis om gärningsföljden framstår som *övervägande sannolik* för gärningsmannen. Det är alltså inte den objektiva sannolikheten som skall bedömas.²⁰⁴

4.6 Användning av *dolus eventualis* inom rättspraxis

Det hypotetiska eventuella uppsåtet har sedan 1950 varit det mest självklara sättet att dra gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet inom svensk rätt, även om det vid ett par tillfällen gjorts försök att införa sannolikhetsuppsåtet²⁰⁵. Eventuellt uppsåt har däremot haft relativt liten betydelse i övriga Norden. Från början användes eventuellt uppsåt oftast vid häleribrott och rörande offrets ålder vid sexualbrott mot minderåriga. Numera används formen främst vid våldsbrott men det finns en viss återhållsamhet vid användandet

²⁰⁰ SOU 1996:185, del I; s. 105ff

²⁰¹ P-O. Träskman; "Föränderligt och oföränderligt inom straffrättens allmänna läror"; Nordisk Tidsskrift för Kriminalvidenskap 2004; s. 176. Se den finska strafflagen 3 kap. 6 och 7 §§: *Gärningsmannen har uppsåtligen orsakat en följd som omfattas av en brottsbeskrivning, om han eller hon har avsett att orsaka följden eller ansett följden vara säker eller övervägande sannolik. Följden har likaså orsakats uppsåtligen, om gärningsmannen ansett att den med säkerhet har samband med den följd han eller hon avsett.*

²⁰² Straffelovkommisjonen 1992:23

²⁰³ Norske straffeloven 40 §

²⁰⁴ SOU 1996:185, del I; s. 106

²⁰⁵ Ex. NJA 1959 s. 63 och 1980 s. 514.

vid försök till mord eller dråp. De vanligaste brottstyperna vid vilket eventuellt uppsåt används är annars mened, tillgreppsbrott, bedrägeri och skadegörelse.²⁰⁶ Däremot är det vanligt att domstolen för att säkra sin ståndpunkt använder sig av ett *dolus eventualis* - resonemang.²⁰⁷

Enligt Susanne Wennberg och Madeleine Leijonhufvud verkar det finnas en tendens inom högsta domstolens praxis beträffande grova brott såsom mord, dråp och grov misshandel, att endast använda det eventuella uppsåtet för att frikänna från brott. Vid motsvarande fällande domar har man istället varit benägen att använda det s.k. likgiltighetsuppsåtet.²⁰⁸ Denna slutsats har även Straffansvarsutredningen kommit fram till i SOU 1996:185.²⁰⁹

4.7 Är det eventuella uppsåtet gällande svensk rätt?

För att få svar på min första problemställning kommer jag att använda mig av vad som framkommit i min uppsats så långt.

Redan i Johan C. W. Thyréns *Principerna för en strafflagsreform III* förekom det eventuella uppsåtet i en faktisk och en hypotetisk variant och ansågs vara en del av gällande rätt, stadgad genom rättspraxis och doktrin.²¹⁰ Både vid tiden för SOU 1923:9²¹¹ och SOU 1940:20²¹² var det eventuella uppsåtet i sin hypotetiska variant att anse som del av gällande rätt. Det eventuella uppsåtet skulle även enligt SOU 1953:14 bestämmas genom ett hypotetiskt prov vilket även hade stöd i rättspraxis. Uppsåtets nedre gräns kunde dock bestämmas även på andra sätt, t ex. med det s.k. sannolikhetsuppsåtet.²¹³ SOU 1996:185 föreslog en lagfäst definition av uppsåtsbegreppet men detta avvisades av regeringen i propositionen 2000/01:85. Utredningen visade genom förslaget att det eventuella uppsåtet mycket väl kunde ifrågasättas på olika grunder, men trots de teoretiska svagheter hade det eventuella uppsåtet fungerat bra i praktiken och lett till rimliga resultat i rättstillämpningen. Vidare ansågs uppsåtsbegreppet välkänt och dess gränser väldefinierade och gällande rättspraxis ansågs utgöra en värdefull grund för rättstillämpningen på detta område.²¹⁴

Vad gäller uppfattningarna om det eventuella uppsåtet inom doktrin verkar det eventuella uppsåtet, trots sina brister, genomgående vara accepterat som en del av gällande svensk rätt.

²⁰⁶ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 316f

²⁰⁷ N. Jareborg; *Straffrättens ansvarslära*; Göteborg 1994; s. 208

²⁰⁸ M. Leijonhufvud, S. Wennberg; *Straffansvar*; Göteborg 2001; s. 61

²⁰⁹ SOU 1996:185; del I; s. 98

²¹⁰ J. C. W. Thyrén; *Principerna för en strafflagsreform III*; Lund 1914; s. 33f

²¹¹ SOU 1923:9; s. 131

²¹² SOU 1940:20; s. 51f

²¹³ SOU 1953: 14; s. 375f

²¹⁴ Prop. 2000/01:85; s. 12

Vid det Nordiska Juristmötet 1960 var deltagarna i stort sett överens om att det eventuella uppsåtet var en accepterad uppsåtsform som i praktiken fungerade bra, men att dess teoretiska svagheter krävde att åtgärder, såsom lagstiftning, vidtogs samt att en dom grundad på ett sannolikhetsuppsåt förmodligen skulle vara mer lättförståeligt för den tilltalade.²¹⁵

Ett vanligt argument mot ett användande av eventuellt uppsåt är att gärningsmannens tidigare brottslighet kan få betydelse för skuldfrågan,²¹⁶ även om Fredrik Ingblad har påpekat att det blir svårt att godta eventuellt uppsåt som en del av gällande rätt om man inte också godtar att gärningsmannens brottsliga karaktär får betydelse.²¹⁷ Ett annat argument mot eventuellt uppsåt är att det kan vara svårt för den tilltalade att förstå att han blivit dömd på premisser som inte förelåg i verkligheten. Domen grundar sig i dessa fall på förutsättningar som inte kunnat påvisas.²¹⁸ Nils Jareborg menar att det dels finns stora svårigheter med att *bevisa* en hypotetisk sats²¹⁹ och Per Ole Träskman påpekar att ett användande av det eventuella uppsåtet är en metod som i alltför hög grad bygger på antaganden och spekulationer.²²⁰ Nils Jareborg menar vidare att det finns en bristande kunskap inom vårt rättsväsende vad gäller tillämpningen av *dolus eventualis*²²¹ och Per Ole Träskman menar att det saknas entydiga regler om hur användandet av det hypotetiska provet skall gå till.²²² Just på grund av dessa oklarheter är det enligt Ivar Strahl viktigt att tillämpningen av eventuellt uppsåt sker med stor försiktighet, särskilt när det handlar om allvarliga brott.²²³

Det som anses positivt med eventuellt uppsåt är främst att uppsåtsformen avgränsar området mot culpa på ett klart och tydligt sätt och att man kan tillämpa det i praktiken utan större svårigheter²²⁴ samt att det kan förklaras rent begreppsmässigt²²⁵ och att formen är konstruerad på ett sådant sätt att

²¹⁵ *Förhandlingar å Det tjuogoandra Nordiska Juristmötet i Reykjavik*, den 11-13 augusti 1960; Köpenhamn 1963, s. 126-133, 138ff, 144f.

²¹⁶ se P-O. Träskman; *Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? Skuld och ansvar, Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*; Uppsala 1985; s. 67, N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 318 och M. Leijonhufvud, S. Wennberg; *Straffansvar*; Göteborg 2001; s. 58f

²¹⁷ F. Ingblad; "Brottslig karaktär? Brottskapacitetens betydelse vid uppsåtsprövningen.", JT 2000-01 s. 797f

²¹⁸ Se N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 318, I. Strahl; *Allmän straffrätt i vad angår brotten*; Stockholm 1976; s. 116

²¹⁹ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 317

²²⁰ P-O. Träskman; *Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? Skuld och ansvar, Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*; Uppsala 1985; s. 68

²²¹ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 318f

²²² P-O. Träskman; *Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? Skuld och ansvar, Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*; Uppsala 1985; s. 66f

²²³ I. Strahl; *Allmän straffrätt i vad angår brotten*; Stockholm 1976; s. 116

²²⁴ I. Agge; H. Thornstedt; *Straffrättens allmänna del*; Stockholm 1982; s. 107

²²⁵ B. Molin; "Eventuellt uppsåt, vad annars?"; Tidskrift för Sveriges Domareförbund 2003, nr. 3 s. 27-29

det måste föreligga starka skäl för att besvara provet jakande.²²⁶ Dessutom lämpar sig det eventuella uppsåtet bättre än övriga uppsåtsformer vid vissa brottstyper²²⁷ och det är svårt att gå ifrån eller ändra regeln då det kan innebära en risk för att uppsåtsområdet utvidgas.²²⁸ Enligt Ivar Agge och Hans Thornstedt är det eventuella uppsåtet allmänt accepterat i svensk rätt trots vissa brister.²²⁹

Vad gäller det eventuella uppsåtets betydelse i rättspraxis har Nils Jareborg uttalat att det varit det mest självklara sättet att dra gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet inom svensk rätt ända sedan 1950. Från början var det vanligast att använda formen vid häleribrott och vid sexualbrott mot minderåriga, men numera används formen främst vid våldsbrott. Andra vanliga brottstyper är mened, tillgreppsbrott, bedrägeri och skadegörelse.²³⁰ Susanne Wennberg och Madeleine Leijonhufvud menar att det finns en viss tendens inom högsta domstolens praxis att använda eventuellt uppsåt för att frikänna från grova brott och istället att använda likgiltighetsuppsåtet vid motsvarande fällande domar.²³¹ Denna slutsats har även Straffansvarsutredningen kommit fram till i SOU 1996:185.²³² Lärnan om *dolus eventualis* anses av Ivar Strahl vara godtagen i svensk rättspraxis.²³³

Flera försök har gjorts för att få högsta domstolen att pröva sannolikhetsuppsåtet men yrkandena har genomgående avvisats av högsta domstolen.²³⁴ Därmed är det fastställt att uppsåtets nedre gräns skall bestämmas av det eventuella uppsåtet med hjälp av det hypotetiska provet.²³⁵ Alf Ross konstaterar att eventuellt uppsåt i alla fall inte medför en större säkerhet än sannolikhetsuppsåtet vid rättstillämpningen, snarare mindre²³⁶ samt att det hypotetiska eventuella uppsåtet sedan NJA 1959 s. 63 har en plats i den svenska rättstillämpningen.²³⁷ Vad gäller högsta domstolens dom i NJA 2002 s. 449 har vissa tolkningar gjorts som gått ut på att högsta domstolen nu tagit avstånd från eller förkastat det eventuella uppsåtet i sin hypotetiska variant. Att det eventuella uppsåtet efter domen inte längre kan ses som en del av gällande rätt är enligt min mening en för långt dragen slutsats. Däremot är domen en tydlig reaktion mot det eventuella uppsåtet och dess brister. Även om högsta domstolen i detta fall

²²⁶ I. Strahl; *Allmän straffrätt i vad angår brotten*; Stockholm 1976; s. 118f

²²⁷ B. Molin; "Eventuellt uppsåt, vad annars?"; Tidskrift för Sveriges Domareförbund 2003, nr. 3 s. 27-29

²²⁸ G. Bomgren; "Några reflexioner kring *dolus eventualis*"; SvJT 1961 s. 241-244

²²⁹ I. Agge; H. Thornstedt; *Straffrättens allmänna del*; Stockholm 1982; s. 108

²³⁰ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 316f

²³¹ M. Leijonhufvud, S. Wennberg; *Straffansvar*; Göteborg 2001; s. 61

²³² SOU 1996:185; del I; s. 98

²³³ I. Strahl; *Allmän straffrätt i vad angår brotten*; Stockholm 1976; s. 115

²³⁴ NJA 1959 s. 63; NJA 1980 s. 514. Se L. Holmqvist, M. Leijonhufvud, P-O. Träskman, S. Wennberg; *Brottsbalken, en kommentar, del I*; Göteborg 2000; s. 40f

²³⁵ M. Leijonhufvud, S. Wennberg; *Straffansvar*; Göteborg 2001; s. 59

²³⁶ SOU 1996:185, del II; s. 65-67

²³⁷ G. Erenius; Anm. av Festschrift till Stephan Hurwitz; SvJT 1972 s. 674-681

tog avstånd från det eventuella uppsåtet utgör domen endast ett steg bort från det eventuella uppsåtet.²³⁸

Sammantaget råder det enligt min uppfattning inga tvivel om att det eventuella uppsåtet är en del av gällande svensk rätt, även om många författare och praktiserande jurister är överens om att det finns brister med uppsåtsformen samt att det finns ett behov av klargörande genom lag eller praxis vad gäller tillämpningen, för att inte förutsägbarheten skall hotas.

4.8 Eventuellt uppsåt i förhållande till gärningsomständighet i rättspraxis

Genom att studera den referenslitteratur jag använt mig av till detta arbete samt utnyttja Juridicum's bibliotek, kunde jag få fram ett underlag bestående av 41 rättsfall från högsta domstolen och 6 hovrättsfall från början av 1900-talet fram tills idag, där frågan om eventuellt uppsåt prövats. Utifrån dessa rättsfall kunde jag urskilja totalt 9 fall som behandlat frågan om eventuellt uppsåt i förhållande till gärningsomständighet. Den kommande redogörelsen av dessa syftar till att påvisa hur eventuellt uppsåt i förhållande till gärningsomständighet prövats i vår svenska rättspraxis samt till att förstå hur denna prövning skall göras i praktiken.

I rättsfallet NJA 1903 s. 487 gällde åtalet otukt med en 12-årig flicka. Den tilltalade invände att han vid tillfället för samlaget, på grund av målsägandens kroppsutveckling och det faktum att hon var konfirmerad, inte känt till att hon varit under 15 år. I rådhusrätten dömdes han till ett lågt straff på grund av förmildrande omständigheter. I hovrätten fastställde man domen. I högsta domstolen slog man fast att den tilltalade, på grund av målsägandens kroppsutveckling, saknat skälig anledning att anta annat än att hon vid den aktuella tidpunkten fyllt 15 år.

I rättsfallet NJA 1942 s. 420 gällde åtalet sedlighetsbrott. En man hade vid flera tillfällen haft sexuellt umgänge med en underårig flicka. Först senare förstod mannen att hon var minderårig vilket även flickan berättade. Rådhusrätten anförde att den tilltalade begått gärningar som sårat tukt och sedlighet så att fara för flickans förförelse uppkommit. Hovrätten anförde att den tilltalade visserligen inte med säkerhet visste huruvida flickan fyllt 15 år men att det för honom måste ha framstått som tvivelaktigt hur det förhöll sig med den saken. Här företog man alltså en prövning där endast det första ledet var uppfyllt. Rådhusrättens dom stod fast. Högsta domstolen gjorde samma bedömning som hovrätten.

²³⁸ P. Asp; "Uppsåtets nedre gräns"; JT 2002-03 s. 613-616, P-O. Träskman; "Uppsåtets tredje form – sannolikhet, eller...?"; JT 2002-03 s. 616-626, H. Westin; "Sannolikt intet nytt"; JT 2002-03 s. 626-632, J. Zila; "En välkommen dom"; JT 2002-03 s. 632-639, S. Cavallin; "Om uppsåtsprövningen i svensk rätt efter prejudikatet NJA 2002 s. 449"; JT 2003-04 s. 3-16

Rättsfallet NJA 1947 B 239 gällde otukt med minderårig där en man haft samlag med målsäganden, en 12-årig flicka. Här gjorde man en motsvarande bedömning i alla tre instanser. Den tilltalade och målsäganden hade tillsammans i den tilltalades bil åkt till en festplats. Där hade den tilltalade lurat med henne till en avlägsen skogsdunge i syfte att där förmå henne till samlag. Under bilfärden hade målsäganden uttalat en ängslan för sina föräldrar. Den tilltalade måste därmed ha förstått att hon var mycket ung. Av det sätt på vilket den tilltalade lurat med sig målsäganden samt av hans hänsynslöshet vid gärningens utförande, framgick det tydligt att den tilltalade skulle ha fullföljt sitt uppsåt även om han vid tillfället rubbats i den uppfattning han torde ha haft om att målsäganden fyllt 15 år.

NJA 1950 s. 391 gällde åtal för brott mot prisregleringslagen. Två personer åtalades för att ha satt ut priser som översteg de av järngrossistföreningens (J.B.G) fastställda, vilka var allmänt kända och tillämpade inom denna bransch. De tilltalade påstod att de inte känt till de fastställda priserna respektive att de fastställda priserna inte var allmänt tillämpade. Rådhusrätten uttalade att det inte kunde styrkas att de priser som under den med åtalet avsedda tiden i allmänhet tillämpats vid järn - och plåtförsäljning understigit det vid försäljningen uppkomna vederlaget. Åtalet för prissocker ogillades. Hovrätten menade att de tilltalade inte skulle ha avhållit sig från att ta ut högre priser, även om de känt till de av J.B.G fastställda priserna. Åtalet bifölls. Högsta domstolen kom fram till motsvarande bedömning som hovrätten.

Rättsfallet NJA 1951 s. 227 handlade om häleri. Den tilltalade stod åtalad för att ha hjälpt en vän förflytta blygods som vännen hade stulit. Detta bestred den tilltalade, han påstod att vännen talat om detta först under transporten. Han medgav dock att han redan vid avhämtandet av godset ”haft en aning” om att godset kunde vara stulet. Då misstanke förelåg och med hänsyn till omständigheterna i övrigt, kunde det hållas för visst att den tilltalade skulle ha inlåtit sig på transporten av godset även med vetskap om att det var olovligt åtkommet. Den tilltalade hade eventuellt uppsåt i förhållande till en omständighet och därmed förelåg ansvar för häleri. Hovrätten fastställde häradsrättens domslut och högsta domstolen meddelade ej prövningstillstånd utan fastslog hovrättens domslut.

I rättsfallet NJA 1952 s. 476 gällde frågan otukt med minderårig som ej fyllt 15 år. Den tilltalade, som var vän till målsägandens familj, hade vid ett flertal tillfällen haft samlag med målsäganden under en tvåmånadersperiod. Målsäganden var mycket kroppsligt utvecklad och stor för sin ålder. Med hänsyn till att den tilltalade känt till att hon gått i folkskola samt att han besökt hennes hem vid ett flertal tillfällen, fann häradsrätten det uppenbart att det för den tilltalade, även om han inte med säkerhet visste att målsäganden var under 15 år, det måste ha framstått som synnerligen tvivelaktigt hur det förhöll sig med den saken. Här har endast första ledet i prövningen använts. Den tilltalade förnekade att han vetat om målsägandens ålder. Hovrätten uttalade att det inte framkommit några omständigheter som talade för att det måste hållas för visst att den tilltalade skulle ha haft samlag

med henne även om han vetat om hennes ålder. Hovrätten använde alltså endast andra ledet i prövningen. Åtalet ogillades. Högsta domstolen uttalade att den tilltalade känt familjen väl och känt till målsägandens skolgång. Även om det för den tilltalade framstod som möjligt att målsäganden vid tiden för samlagen ännu inte fyllt 15 år, hade å andra sidan den tilltalade inte försökt ta reda på hur det förhöll sig med den saken. Med hänsyn till de förhållanden under vilka den tilltalade förförde och sedan vid åtskilliga tillfällen hade samlag med henne samt till omständigheterna i övrigt kunde det hållas för visst att den tilltalade inte skulle ha avhållit sig från detta även om han vetat att hon inte fyllt 15 år. Åtalet bifölls.

Två män åtalades för att ha våldtagit en flicka som ej fyllt 15 år i rättsfallet NJA 1960 B 18. Rådhusrätten dömde den ene. Hovrätten fann det styrkt att den tilltalade mannen, sedan han försökt att med våld tilltvinga sig samlag med målsäganden, förmått henne till otukt genom hot om att hon i annat fall skulle bli våldtagen. Oavsett huruvida den tilltalade tänkte förverkliga hotet var omständigheterna sådana att målsäganden trodde att det skulle ske ett omedelbart förverkligande. Hotet hade för målsäganden framstått som trängande fara. Högsta domstolen uttalade att det måste hållas för visst att den tilltalade inte skulle ha avhållit sig från gärningen, även om han vetat att målsäganden inte fyllt 15 år. Våldet och hotet var dock inte så svårt att våldtäkt kunde ifrågakomma. Den tilltalade dömdes för otukt med minderårig.

En man hade i rättsfallet NJA 1970 s. 240 av oaktsamhet vållat en kvinnas död. Den tilltalade hade kört en truck som räknades som lastbil. Han hade inget körkort och var spritpåverkad. Rådhusrätten fann att den tilltalade var ansvarig för vårdslöshet i trafik och att han genom sin oaktsamhet orsakat kvinnans död. Den tilltalade påstod att han inte visste att trucken räknades som lastbil. Hade han vetat att det krävdes körkort för att köra fordonet hade han inte kört den. Hovrätten ansåg med hänsyn till fordonets utseende och beskaffenhet i övrigt att den tilltalade måste ha haft anledning att räkna med att det kunde vara fråga om en lastbil. Högsta domstolen menade att det av utredningen inte kunde anses framgå att den tilltalade vid körningen insåg att fordonet var en lastbil. Anledning saknades vidare att anta att den tilltalade var medveten om möjligheten av fordonet var att betrakta som lastbil och att han skulle ha kört bilen även om han insett att så var fallet.

I hovrättsfallet RH 1982:95 gällde åtalet 36 fall av grovt häleri. En man hade under en längre period tagit befattning med stulet gods. Själv påstod han att han ej vetat om att godset var stulet. Tingsrätten dömde honom för grovt häleri. I hovrätten ändrade den tilltalade sin berättelse på flera punkter, vilket enligt rätten berott på att han fortlöpande anpassat sin berättelse till vad som efterhand framkommit i målet. Hans uppgifter ansågs därför ha ett lågt bevisvärde. Den tilltalade hade två gånger tidigare dömts för häleri. Därmed ansåg hovrätten att befattning med olovligt åtkommet gods inte var främmande för honom. Han kunde inte ange hur han hade fått tag på godset och dessutom fann man det märkligt att han genom laglig affärsverksamhet kunnat skaffa sig en förmögenhet motsvarande värdet av

de hos honom anträffade föremålen. Den tilltalade måste ha insett eller i vart fall misstänkt att godset ifråga frånhänts annan genom brott. Utredningen gav därmed för handen att vetskap om detta inte skulle ha avhållit honom från befattningsmed godset.

4.9 Hur skall det eventuella uppsåtet tillämpas i förhållande till ett gärningsmoment?

För att svara på min andra problemformulering kommer jag att kortfattat redogöra för gällande metod som jag redovisat i min uppsats ovan.

Vad gäller eventuellt uppsåt i förhållande till gärningsomständigheter görs en motsvarande bedömning som för eventuellt uppsåt beträffande effekt. Dels skall gärningsmannen ha *misstänkt*, men inte vetat om, att en viss omständighet förelåg och dels skall det kunna *hållas för visst* att han skulle ha vidtagit samma gärning även om han varit *helt säker* på att omständigheten verkligen förelåg.²³⁹

I prövningens andra led, som innefattar det hypotetiska provet, frågar man sig vad gärningsmannen skulle ha gjort i fall han hade haft *full visshet* om vilka omständigheter som förelåg.²⁴⁰ Kan man besvara provet jakande, föreligger eventuellt uppsåt.²⁴¹ Man måste kunna hålla för visst att gärningsmannen varit *så pass hänsynslös* att en visshet om en omständighet eller följd inte skulle ha avhållit honom från att företa gärningen.²⁴²

Det eventuella uppsåtets konstruktion bygger på ett *antagande* om hur gärningsmannen skulle ha handlat om en subjektiv förutsättning förelåg. Man kan aldrig med full säkerhet konstatera hur gärningsmannen skulle ha handlat om han hade haft insikt om en omständighet.²⁴³ Det hypotetiska provet avser inte vad gärningsmannen skulle ha gjort i samma situation om han hade tänkt efter.²⁴⁴

Genom att studera ett antal rättsfall där man prövat eventuellt uppsåt i förhållande till ett gärningsmoment undersöks hur metoden fungerar i praktiken.

I de fall där åtalen gällt otukt med minderårig eller sedlighetsbrott, utgörs gärningsomständigheten av den minderåriges ålder. Eventuellt uppsåt i förhållande till denna omständighet har i vissa fall bestämts genom att gärningsmannen visserligen inte med säkerhet vetat att målsäganden inte fyllt 15 år men att det för honom måste ha framstått som tvivelaktigt hur det

²³⁹ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 312

²⁴⁰ SOU 1996:185, del I; s. 96

²⁴¹ M. Leijonhufvud, S. Wennberg; *Straffansvar*; Göteborg 2001; s. 57f

²⁴² I. Strahl; *Allmän straffrätt i vad angår brotten*; Stockholm 1976; s. 114

²⁴³ M. Leijonhufvud, S. Wennberg; *Straffansvar*; Göteborg 2001; s. 58

²⁴⁴ N. Jareborg; *Allmän kriminalrätt*; Göteborg 2001; s. 311f

förhöll sig med den saken alternativt att det för gärningsmannen måste ha framstått som möjligt att målsäganden inte fyllt 15 år men att det måste hållas för visst att den tilltalade inte skulle ha avhållit sig från detta även om han vetat om det.²⁴⁵ I ytterligare fall har gärningsmannen på grund av omständigheter kring gärningen saknat anledning att anta annat än att målsäganden var 15 år.²⁴⁶ samt att gärningsmannen på grund av hänsynslösheten vid gärningens utförande skulle ha fullföljt sitt uppsåt även om han rubbats i sin tro att målsäganden var 15 år.²⁴⁷

I de fall åtalet gällt häleri och där gärningsomständigheten utgjorts av att godset var stulet har det eventuella uppsåtet fastställts genom att den tilltalade misstänkt att godset var eller kunde vara stulet och att även vetskap om detta inte skulle ha avhållit honom från att ta befattning med godset alternativt att det måste hållas för visst att den tilltalade skulle ta befattning med godset även med vetskap om att det var stulet.²⁴⁸

Andra exempel är att den tilltalade inte skulle ha avhållit sig från gärningen även med vetskap om omständigheten²⁴⁹ eller att den tilltalade saknade insikt om en omständighet men att han inte var medveten om denna möjlighet och att han inte skulle ha vidtagit gärningen om han hade haft sådan insikt.²⁵⁰

Även om inte de båda leden i prövningen genomförs konsekvent i alla de fall som redovisats ovan, är den vanligaste lokutionen vad gäller det första ledet att den tilltalade *misstänkte* ett förhållande eller i alla fall ansåg att det var synnerligen tvivelaktigt hur det förhöll sig med den saken, och andra ledet bestäms då av lokutionen att den tilltalade skulle ha handlat likadant *även om* denne med säkerhet *vetat* att omständigheten förelåg.

²⁴⁵ NJA 1952 s. 476, NJA 1960 B 18 och NJA 1942 s. 420

²⁴⁶ NJA 1903 s. 487

²⁴⁷ NJA 1947 B 239

²⁴⁸ NJA 1951 s. 227 samt RH 1982:95

²⁴⁹ NJA 1950 s. 391

²⁵⁰ NJA 1970 s. 240

5 Sexuellt utnyttjande

5.1 Om brottet

Enligt 6 kap. 3 § brottsbalken skall den som förmår någon annan till sexuell umgänge genom att allvarligt missbruka dennes beroendeställning dömas till sexuell utnyttjande. Detsamma gäller den som har sexuell umgänge med någon annan genom att *otillbörligt utnyttja att denne befinner sig i vanmakt eller i annat hjälplöst tillstånd* eller lider av en psykisk störning. Har den som begått gärningen visat särskild hänsynslöshet eller om brottet annars är att anses som grovt, döms denne till grovt sexuell utnyttjande. Med sexuell umgänge menas könsligt umgänge. Om en person på grund av kraftig berusning eller narkotikapåverkan saknar förmåga att uppfatta att han eller hon utsätts för sexuella närmanden, anses han eller hon befinna sig i ett sådant *hjelplöst tillstånd* som avses i lagrummet. För att stadgandet skall bli tillämpligt måste dock denne person *frivilligt* eller genom *annans påverkan* druckit sig redlöst berusad eller intagit narkotika och gärningsmannen skall därmed ha *utnyttjat situationen* till sexuell umgänge på ett otillbörligt sätt. Offret anses också befinna sig i ett hjälplöst tillstånd om denne t ex. är djupt sovande eller är oförmögen att bjuda på motstånd eller inte förmår uppfatta gärningens innebörd på grund av sjukdom eller kroppsskada.²⁵¹ Som exempel nämns även sexuell umgänge med någon som på grund av frivillig berusning eller annan narkotikapåverkan saknar hämningar eller är paralyserad av skräck.²⁵²

Detta är endast exempel på fall som kan falla under begreppet hjälplöst tillstånd och utgör därmed ingen uttömmande uppräkningslista. I sista hand är det domstolarnas sak att avgöra om lagrummet är tillämpligt även i andra fall. Det krävs att det görs en helhetsbedömning, där alla föreliggande omständigheter tas med i beräkningen. Flera olika omständigheter kan tillsammans utgöra det hjälplösa tillstånd som avses i lagrummet.²⁵³

Bestämmelsen är ett sidoställt brott vid sidan av t ex. våldtäkt och sexuell tvång och fungerar således inte som en subsidiär bestämmelse i förhållande till dessa.²⁵⁴

För ansvar krävs att utnyttjandet är *otillbörligt* samt att samtliga objektiva brottsförutsättningar omfattas av gärningsmannens uppsåt. Gärningsmannens uppfattning av vad som var otillbörligt från hans sida saknar betydelse – avgörande är att uppsåtet omfattar de faktiska

²⁵¹ L. Holmqvist, M. Leijonhufvud, P-O. Träskman, S. Wennberg; *Brottsbalken, en kommentar, del I*; Göteborg 2000; s. 295f

²⁵² N. Jareborg; *Brotten, första häftet, grundbegrepp, brotten mot person*; Stockholm 1984; s. 323

²⁵³ Se NJA 1997 s. 538; högsta domstolens domskäl; 565f

²⁵⁴ SOU 2001:14; s. 191

omständigheter som enligt en objektiv bedömning gör utnyttjandet otillbörligt.²⁵⁵ Gärningsmannen måste ha varit medveten om de faktiska omständigheter som konstituerar det hjälplösa tillståndet och det otillbörliga utnyttjandet av detta tillstånd.²⁵⁶ Även om offret har tagit initiativ till det inträffade kan ett otillbörligt utnyttjande anses föreligga.²⁵⁷

Gärningsmannen behöver inte ha förmått offret till det sexuella umgänget för att det skall uppkomma straffbarhet. Däremot måste det föreligga ett orsakssamband mellan tillståndet och offrets deltagande i sexualhandlingen.²⁵⁸

Om den som begått gärningen visat särskild hänsynslöshet eller brottet annars är att anse som grovt, skall det dömas för grovt sexuellt utnyttjande. Det har inte uttryckligen angivits i lagtexten vilka omständigheter som särskilt skall beaktas vid bedömningen av brottets grovhet, men enligt uttalanden från departementschefen 1994 kan sexuellt utnyttjande under särskilt utstuderade eller integritetskränkande former, t.ex. då någon mycket ung självförvållat drogad person utnyttjas av flera personer samtidigt eller då gärningen är avsedd att förnedra offret, höra hit.²⁵⁹

5.2 Vissa gränsdragningsproblem

Under de senare åren har det riktats alltmer kritik mot den nuvarande lagstiftningen och dess gränsdragnings mellan framförallt våldtäkt och sexuellt utnyttjande. I många fall anses en våldtäktsdom innebära en större upprättelse för brottsoffret än en dom för sexuellt utnyttjande och denna statusskillnad mellan de båda brotten har lett till vissa gränsdragningsproblem. Många gånger har det ansetts oacceptabelt att en redlöst berusad kvinna som utsatts för en rad kränkande övergrepp av flera män med allvarliga fysiska och psykiska skador som följd, på grund av lagarnas konstruktion inte skall kunna få de tilltalade dömda för våldtäkt då våldet i sig har möjliggjort övergreppet, utan det faktum att kvinnan saknat all förmåga att värja sig. Problemet kan även vara det omvända: en kvinna saknar all förmåga att göra motstånd på grund av berusning och/eller hennes utsatta läge, men hon anses ändå inte ha varit i ett sådant hjälplöst tillstånd som avses i lagtexten och därför föreligger inte ett sexuellt utnyttjande.²⁶⁰

Utgångspunkten för dagens sexualbrottslagstiftning är en persons sexuella självbestämmanderätt. Då en bedömning av vad som faktiskt har hänt inte kan grundas på en persons innersta tankar och önskningar måste

²⁵⁵ L. Holmqvist, M. Leijonhufvud, P-O. Träskman, S. Wennberg; *Brottsbalken, en kommentar, del I*; Göteborg 2000; s. 297

²⁵⁶ Se NJA 1997 s. 538; högsta domstolens domskäl s. 566

²⁵⁷ H. Sutorius, A. Kaldal; *Bevisprövning vid sexualbrott*; Stockholm 2003; s. 52f

²⁵⁸ SOU 2001:14; s. 192

²⁵⁹ L. Holmqvist, M. Leijonhufvud, P-O. Träskman, S. Wennberg; *Brottsbalken, en kommentar, del I*; Göteborg 2000; s. 298

²⁶⁰ H. Sutorius, A. Kaldal; *Bevisprövning vid sexualbrott*; Stockholm 2003; s. 54f

bedömningen grunda sig på vad personen har uttryckt. Hur man bedömer vad som faktiskt förevarit och hur bevisningen värderas, avgörs av vilka erfarenhetssatser vi tillämpar och dessa normer står i relation till rådande syn och föreställningar kring kön och sexualitet. Att tillämpa befintlig kunskap och beprövad erfarenhet kring normalitet och rationalitet istället för fördomar när det gäller hur någon förväntas bete sig före, efter eller under ett sexuellt övergrepp blir därför en förutsättning för att lagstiftningens intentioner skall kunna efterlevas.²⁶¹

Sexuellt utnyttjande har tillkommit med fokus på de fall där en person av någon anledning inte har förmåga att uttrycka sin egentliga ovilja, men där det objektivt sett är att anse som otillbörligt att ha sexuellt umgänge med denna person.²⁶² Den största skillnaden mellan våldtäkt och sexuellt utnyttjande är att gärningsmannen vid en våldtäkt skapar ett tillstånd medan han i sexuellt utnyttjande utnyttjar ett redan befintligt tillstånd.²⁶³ Sexuellt utnyttjande och våldtäkt har med andra ord inte samma skyddsintressen. Ett samtycke från offrets sida utesluter ansvar för våldtäkt men inte ansvar för sexuellt utnyttjande eftersom brottet sexuellt utnyttjande syftar till att skydda människor som av ett eller annat skäl inte *kan* värja sig. Brottet riktar sig alltså inte mot människor i hotfulla situationer utan mot människor som just på grund av att de inte är vid sina sinnens normala bruk är särskilt utsatta. Därför kan ett samtycke från en sådan person aldrig befria gärningsmannen från ansvar. Frågor om offret var villig till det inträffade, om det sexuella umgänget var frivilligt från offrets sida eller om det skett med offrets samtycke saknar därför all relevans för bedömningen.²⁶⁴ Då rekvisiten för sexuellt utnyttjande skall kunna uppfyllas oavsett förekomna viljeuttryck bli hanteringen av frågan om kvinnans vilja problematisk. Då kvinnans vilja inte går att objektivt utreda ges ett stort utrymme för subjektiva värderingar och föreställningar kring sexualitet och normalitet som inte går att verifiera.²⁶⁵

²⁶¹ H. Sutorius; ”Den rättsliga prövningen av våldtäkt och kvinnors sexuella självbestämmanderätt – reflektioner med anledning av en rättsfallskommentar”; JT 1997-98 s. 1304ff

²⁶² H. Sutorius; ”Den rättsliga prövningen av våldtäkt och kvinnors sexuella självbestämmanderätt – reflektioner med anledning av en rättsfallskommentar”; JT 1997-98 s. 1306

²⁶³ S. Wennberg; ”Södertäljemålet och förhållandet mellan våldtäkt och sexuellt utnyttjande”; JT 1997-98 s. 509

²⁶⁴ S. Wennberg; ”Södertäljemålet och förhållandet mellan våldtäkt och sexuellt utnyttjande”; JT 1997-98 s. 512

²⁶⁵ H. Sutorius; ”Den rättsliga prövningen av våldtäkt och kvinnors sexuella självbestämmanderätt – reflektioner med anledning av en rättsfallskommentar”; JT 1997-98 s. 1307

5.3 Bedömning av sexuellt utnyttjande inom rättspraxis

Genom att redogöra för ett antal rättsfall där frågan om sexuellt utnyttjande prövats och där bakgrunden på många sätt liknar den i Tumbafallet, syftar jag till att påvisa likheter och olikheter i bedömningarna.

5.3.1 NJA 1997 s. 538

Bakgrunden i det s.k. Södertäljemålet, NJA 1997 s. 538, var i korthet följande. Målsäganden, en 17-årig flicka, blev efter en utekväll i Södertälje ovän med sin väninna. Hon var alkoholpåverkad och upprörd. En för målsäganden okänd man (Sami H) erbjöd henne, enligt målsäganden, skjuts hem. I bilen fanns ytterligare tre okända män. Åtalet gällde en våldtäkt i en personbil vid sjön Måsnaren (Sami H), tre våldtäkter i samma bil på parkeringen i Ronna (Sami H, Kanan A och Sabri Ü), två våldtäkter och ett försök till våldtäkt alternativt sexuellt ofredande i en lägenhet i Södertälje (Sami H, Kanan A och Jörgen P) och slutligen en våldtäkt i samma personbil på Täljegymnasiets gård (Sami H). I tingsrätten dömdes de tre tilltalade pojkarna (Sami H, Kanan A och Sabri Ü) för sexuellt utnyttjande. I hovrätten ogillades både åtalen för sexuellt utnyttjande och åklagarens yrkande på våldtäkt och i högsta domstolen slutligen, där endast frågan om sexuellt utnyttjande var uppe till prövning, dömde man de tre tilltalade pojkarna för sexuellt utnyttjande.

5.3.1.1 Tingsrättens bedömning

I tingsrätten ansåg man det utrett att målsäganden varit mycket kraftigt berusad - minst tre promille runt 02.00. Rekvisiten för våldtäkt var inte uppfyllda. Däremot ansågs hon på grund av sin berusning ha varit i ett sådant hjälplöst tillstånd att hon inte kunnat värja sig mot de sexuella närmandena. Det hjälplösa tillståndet var förstärkt av den rädsla hon känt för Sami H. Tillståndet försvårade eller omöjliggjorde för målsäganden att på ett tydligt sätt visa att hon motsatte sig alla former av sexuell samvaro med de tilltalade.

Utrett var även att de tre tilltalade haft sexuell umgänge med målsäganden genom att otillbörligt utnyttja att hon på grund av sin kraftiga berusning befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd vilket de tilltalade måste ha insett. De tilltalade har en efter en haft sexuell umgänge med henne på ”löpande band” och flera har bekräftat att de uppfattade målsäganden som mycket berusad. De sexuella omgångena har enligt tingsrätten enbart skett i syfte att tillfredsställa de tilltalades sexuella drift utan hänsyn till målsägandens känslor.

Både Sami H och Kanan H måste, vid var och ett av de tillfällen de hade sexuell umgänge med målsäganden, enligt tingsrätten ha insett att hon befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd. Sabri Ü hade uppgivit att målsäganden

luktade öl och verkade full vid tillfället för hans samlag med henne men trots det hade han sexuellt umgänge med henne genom att utnyttja hennes hjälplöshet.²⁶⁶

5.3.1.2 Hovrättens bedömning

Det fanns ingen tillförlitlig uppgift om hur mycket målsäganden druckit under den aktuella kvällen, men hovrätten antog att det var mer än sex burkar starköl. Hon kunde dock lämna en detaljrik berättelse om händelserna under kvällen och natten och hennes uppgifter stämde i stort överens med vad de tilltalade uppgett. Detta talade mot att hon endast som en följd av alkoholpåverkan befunnit sig i vanmakt eller hjälplöst tillstånd, även om det kan hållas för visst att hennes förmåga att värja sig varit nedsatt på grund av alkoholförtäringen. Målsäganden befann sig i en okänd omgivning tillsammans med okända män och hon hade själv uppgett att hon var rädd för männen, främst för Sami H. Dock måste hon ha haft flera tillfällen att påkalla uppmärksamhet eller lämna männen, men endast vid ett tillfälle gjorde hon ett ”*halvhjärtat försök att göra detta*”²⁶⁷. Hon hade därmed inte befunnit sig i ett vanmäktigt eller hjälplöst tillstånd.²⁶⁸

5.3.1.3 Högsta domstolens bedömning

I högsta domstolen ansågs det styrkt att målsäganden under eftermiddagen och kvällen konsumerat en avsevärd mängd starköl. Målsäganden hade själv uttalat att hon kände sig berusad och de män hon var kontakt med under kvällen och natten hade alla uppfattat henne som mer eller mindre berusad. Målsägandens uppgift om att hon följde med i bilen för att hon skulle få skjuts hem, ansågs trovärdig. Inget av de sexuella umgängen som skett under kvällen hade varit frivilligt från målsägandens sida.

Det hjälplösa tillståndet bestämdes här dels av berusningen och dels av den hotfulla miljö hon befann sig i. Vad sedan gäller männens uppsåt fann högsta domstolen det styrkt att Kanan A, Sami H samt Sabri Ü alla varit *medvetna* om hennes berusade tillstånd. Det var tydligt att de övriga omständigheter som jämte berusningen medfört att målsäganden befann sig i en hjälplös situation omfattats av de tilltalades uppsåt eftersom Sami H och Kanan A *själva bidragit till* att skapa en situation där målsäganden upplevde att hon var i deras våld, utan möjlighet att undkomma. De måste alla tre ha varit medvetna om att målsäganden befann sig i ett hjälplöst tillstånd.²⁶⁹

Justitierådet Torkel Gregow kritiserade högsta domstolens resonemang. Han påpekade att rekvisitet om en hotfull situation är ett rekvisit som hör hemma i våldtäktsparagrafen i 6 kap. 1 § brottsbalken.²⁷⁰

²⁶⁶ NJA 1997 s 583; tingsrättens domskäl; s. 553-555

²⁶⁷ NJA 1997 s 538; hovrättens domskäl, s. 559

²⁶⁸ NJA 1997 s 538; hovrättens domskäl, s. 558-559

²⁶⁹ NJA 1997 s 538; högsta domstolens domskäl, s. 560-569

²⁷⁰ NJA 1997 s 538; skiljaktig mening, Justitierådet Torkel Gregow, s. 569-572

5.3.2 Svea hovrätt Mål B 3935-00

I den s.k. Rissnedomen, mål B 3935-00 Svea hovrätt, blev en då 14-årig flicka under en kväll utsatt för flera sexuella övergrepp av ett pojkgäng i ett parkeringshus i Rissne utanför Stockholm. Bakgrunden var i korthet följande. Målsäganden var på väg hem efter en utekväll i Stockholm tillsammans med sin väninna. På tunnelbanan träffade de ett större pojkgäng på 9 personer mellan 13 och 17 år. Målsäganden var kraftigt berusad (senare uppmättes alkoholhalten till 1,2 promille). Hon hade svårigheter att gå utan hjälp och svarade inte på tilltal. Några av pojkarna uttalade att de skulle hjälpa målsäganden hem, men i stället hamnade sällskapet i ett parkeringshus. Väninnan hade vid det tillfället hunnit gå hem. Vad som därefter skedde i parkeringshuset är oklart.

Åtalet gällde grovt sexuellt utnyttjande och medhjälp därtill mot sju av de totalt nio misstänkta gärningsmännen. Pojkarna hade hela tiden turats om att hålla henne upprätt, då hon var kraftigt berusad, och utnyttjat henne om vartannat. Brotten skulle anses som grova då målsäganden varit ung, pojkarna varit många samt de tilltalade genom sitt handlande visat särskild hänsynslöshet.

Målsäganden var vid tillfället så berusad att hennes utsaga inte kunde läggas till grund för bedömningen i målet. Hennes minnesförluster kunde även bero på förträngning. Inga vittnen fanns tillgängliga. Följaktligen kunde bara de tilltalades berättelser läggas till grund för bedömningen i målet.

5.3.2.1 Tingsrättens bedömning

Utifrån de i målet hörda uppgifter samt rättsintygen om alkoholkoncentrationen i målsägandens blod och urin ansåg tingsrätten det klarlagt att målsäganden varit så höggradigt berusad att hon befunnit sig i hjälplöst tillstånd. I tingsrätten kunde det inte bevisas att någon av de tilltalade hade haft samlag med målsäganden. Endast pojkarnas uppgifter kunde läggas till grund för åtalet men då tilltalade personer inte har sanningsplikt och då uppgifter om medtilltalade ofta kan syfta till att förringa sin egen brottsinblandning ansågs deras uppgifter ha ett lågt bevisvärde. Dessutom ändrade de tilltalade sina uppgifter under huvudförhandlingen. De tilltalades uppgifter hade endast bevisvärde i de delar de kunde stödjas av annan bevisning i målet.

En av de tilltalades erkännande att han hade haft samlag med målsäganden, kunde stödjas av utredningen. Dessutom kunde det *hållas för visst att han insett* att det var målsägandens hjälplösa tillstånd som möjliggjorde hans beteende. Vad gällde en annan av de tilltalade framgick det av vittnets uppgifter samt övrig utredning att han utnyttjat målsäganden sexuellt två gånger i garaget. Utifrån lämnade uppgifter ansåg tingsrätten det klart att en tredje av de tilltalade gjort sig skyldig till medhjälp till de brott övriga två hade begått. Det sexuella utnyttjandet ansågs grovt på grund av det stora antalet förövare, målsägandens låga ålder och hjälplösa tillstånd samt den

särskilda hänsynslöshet förövarna visade. Två av pojkarna dömdes till grovt sexuellt utnyttjande, en av dem för medhjälp till grovt sexuellt utnyttjande och tre av dem gick fria.²⁷¹ De tre av de tilltalade som dömdes överklagade domen. En av dessa ändrade sin talan och nya förhör fick därför hållas med övriga inblandade som nu förnekade varje inblandning.

5.3.2.2 Hovrättens bedömning

I hovrätten var det utrett att målsäganden befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd på grund av alkoholförtäringen vilket *måste ha varit klart* för de tilltalade. Till stöd för åtalet var målsägandens version som dock var fragmentarisk samt väninnans berättelse, också den knapphändig. Man bedömde inte den tilltalades ändrade berättelse som trovärdig varför denna lämnades utan avseende. Inte heller övriga inblandades ändrade berättelser bedömdes vara trovärdiga. Ingen av de två tilltalades nya yrkanden gick igenom och hovrätten ändrade inte tingsrättens dom.²⁷²

5.3.3 Svea hovrätt Mål B 8049-03

I fallet B 8049-03 från Svea hovrätt var bakgrunden i korthet följande. Den 22 augusti 2003 befann sig målsäganden och hennes väninna på ett diskotek i Sättra där de bl.a. träffade T – en man som målsäganden var bekant med, samt J – en man målsäganden inte träffat tidigare. Efter att väninnan och målsäganden skilts åt följde målsäganden med J och T i deras bil. I J: s lägenhet i Alby skedde ett antal samlag, dels mellan målsäganden och J och dels mellan målsäganden och T. Vid 03.01 ringde målsäganden polisen från sin mobiltelefon. Vid denna tidpunkt träffade målsäganden en kvinna som stannade kvar på platsen tills polisen kom. T har inte kunnat nås efter händelsen. J kommer i det följande att benämnas ”den tilltalade”.

5.3.3.1 Tingsrättens bedömning

Tingsrätten gjorde följande bedömning: Man ansåg att det fanns anledning att behandla målsägandens uppgifter med viss försiktighet då hon hade haft anledning att tona ner de sexuella händelserna samt överdriva sin berusningsgrad. Däremot fanns det inga skäl att ifrågasätta den tilltalades uppgifter. Man antog att målsäganden befann sig i lägenheten mellan kl. 02.00 och 03.00. Enligt tingsrätten var det troligt att hon vid denna tid hade nyktrat till i förhållande till hennes berusningsgrad tidigare under kvällen. Ett vittne uppgav att målsäganden visserligen var berusad men inte redlöst berusad. Sammantaget kom tingsrätten fram till att målsäganden varit berusad men inte på det sättet att hon skulle ha varit i vanmakt eller hjälplöst tillstånd eller att hon på grund av sin berusning inte förmått uppfatta eller motsätta sig de sexuella aktiviteterna. Inte heller övriga omständigheter i kombination med hennes berusning var sådana att målsäganden på grund av dessa befunnit sig i ett sådant hjälplöst tillstånd

²⁷¹ Svea hovrätt Mål B 3935-00; tingsrättens domskäl; s. 31-35

²⁷² Svea hovrätt Mål B 3935-00; hovrättens domskäl; s. 11-12

som avses i lagrummet. Den tilltalade hade inte insett att målsäganden på grund av sin berusning hade inlåtit sig på något hon annars inte skulle ha gått med på. Åtalet ogillades därmed.²⁷³

5.3.3.2 Hovrättens bedömning

I hovrätten uttalade man att det var utrett att vaginalt respektive analt samlag förekommit mellan den tilltalade och målsäganden den aktuella natten i den tilltalades lägenhet. Den tilltalade har, vad gäller målsägandens berusningsgrad, uppgett att han inte uppfattade henne som berusad, men uppgifter tyder på att han måste ha vetat om att hon druckit alkohol. Efter utlåtande från rättsmedicinalverket kunde målsägandens alkoholkoncentration beräknas till 1,33 promille ca kl. 03.00 den aktuella natten. Detta kunde stödjas av vittnesuppgifter. Det fanns inget stöd för att målsäganden skulle ha befunnit sig i vanmakt under samlagen men däremot befann hon sig i ett hjälplöst tillstånd. Det framstod vid sådana förhållanden som *helt omöjligt* att den tilltalade *inte skulle ha förstått detta*. Målsäganden uppgav att hon mådde dåligt, hade kräkts, kände sig kraftlös och såg suddigt och bara ville sova. Hon märkte visserligen de olika samlagen, men förstod inte riktigt vad som hände. Vid ett tillfälle försökte hon resa sig upp men lyckades inte. Att hon nekat att själv agera sexuellt talar inte mot att hon skulle ha varit i ett hjälplöst tillstånd. Målsäganden ansågs trovärdig då hon lämnat en detaljerad och utförlig berättelse. Den tilltalades uppgifter om att han inte uppfattade målsäganden som berusad ifrågasattes, särskilt med hänsyn till vad vittnena uppgett. Han hade inte heller lämnat någon detaljerad redogörelse för händelseförloppet. Han ansågs inte vara trovärdig. Målsägandens uppgifter lades därför till grund för bedömningen. Utrett var att målsäganden befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd vilket den tilltalade *insett* och otillbörligt utnyttjat genom att ha sexuellt umgänge med henne. Brottet ansågs som grovt då målsäganden var ung, miljön okänd, det rörde sig om två förövare, varav en okänd för målsäganden, samt då det rörde sig om flera upprepade samlag i nära anslutning till varandra.²⁷⁴

En hovrättsassessor var skiljaktig och anförde att målsäganden verkade ha tonat ner sina sexuella förehavanden och sin medverkan i och medvetenhet om detta samt hur hon kom till lägenheten. Vidare hade målsäganden kunnat redogöra för ett sammanhängande händelseförlopp samt de sexuella aktiviteterna. Slutligen hade hon motsatt sig att utföra oralsex vid ett tillfälle. Därmed kunde hon inte vara så höggradigt berusad som hon själv uppgett. Hennes uppgifter kunde därför inte läggas till grund för bedömningen i målet. Hon ansågs inte vara i ett hjälplöst tillstånd.²⁷⁵

²⁷³ Svea hovrätt Mål B 8049-03; tingsrättens domskäl; s. 3-13

²⁷⁴ Svea hovrätt Mål B 8049-03; hovrättens domskäl; s. 3-8

²⁷⁵ Svea hovrätt Mål B 8049-03; protokollsbilaga, hovrättens dom

5.4 Sexualbrottsutredningen

5.4.1 Utgångspunkter för en ny bestämmelse om sexuellt utnyttjande

Enligt sexualbrottskommitténs utredning i SOU 2001:14, bör sexuella övergrepp mot berusade personer bedömas som våldtäkt och inte som sexuellt utnyttjande. I en ny bestämmelse om sexuellt utnyttjande skall uttrycken vanmakt och hjälplöst tillstånd tas bort. Bestämmelsen skall istället reglera de fall där en person utnyttjar en annan persons beroendeställning eller en annan persons psykiska störning. Kommittén vill vidare att en ny bestämmelse om sexuellt utnyttjande även skall skydda personer som fyllt 15 men inte 18 år. I dag finns detta särskilda skydd i 4 § 6 kap. brottsbalken om sexuellt utnyttjande av underårig för den som inte fyllt 18 år.²⁷⁶ Straffansvaret bör omfatta alla sexuella handlingar, dvs. samlag, samlagsliknande handlingar eller andra handlingar som har en påtaglig sexuell prägel och som innebär en kränkning av offrets sexuella integritet. Ett utnyttjande är alltså medlet för genomförandet och den sexuella handlingen är själva handlingen.²⁷⁷

5.4.2 Att utnyttja någon som saknar förmågan att värja sig

Kommittén föreslår att straffansvaret för våldtäkt även bör omfatta det fall att en gärningsman tilltvingar sig en allvarligt kränkande sexuell handling med en annan person genom att utnyttja att denna person saknar förmåga att värja sig på grund av berusning eller ett liknande tillstånd eller den hotfulla situation han eller hon befinner sig i. En ny bestämmelse om sexuellt utnyttjande skall reglera de fall där någon, i annat fall än de som bör omfattas av våldtäktsbestämmelsen, utnyttjat en annan persons bristande förmåga att värja sig. Det skall inte finnas något krav på att den sexuella handlingen skall vara allvarligt kränkande eftersom det kan uppkomma situationer där gärningsmannen utnyttjar offret som på grund av berusning inte kunnat värja sig, men där förutsättningarna inte är uppfyllda för att straffansvar för våldtäkt skall aktualiseras. Bestämmelsen bör utformas på det sättet att offrets berusningsgrad eller påverkan av andra droger inte får avgörande betydelse för gärningens rättsliga bedömning. Kommittén poängterar problemet med de situationer där rena tillfälligheter varit avgörande för om gärningsmannen orsakat ett tillstånd eller endast utnyttjat det. För att en gärning skall bedömas som våldtäkt måste de omständigheter som konstituerar offrets bristande förmåga att värja sig vara knutna till gärningstillfället.²⁷⁸ Enligt kommitténs bedömning bör den person som utnyttjar en annan person som saknar förmågan att värja sig, på grund av andra omständigheter än de som bör omfattas av våldtäktsbestämmelsen,

²⁷⁶ SOU 2001:14; s. 190f

²⁷⁷ SOU 2001:14; s. 191

²⁷⁸ SOU 2001:14; s. 196

dömas för sexuellt utnyttjande. De omständigheter som bör omfattas av våldtäktsbestämmelsen är främst de situationer där offret i vanliga fall har en förmåga att värja sig och markera sin vilja. En ny bestämmelse om sexuellt utnyttjande bör därmed även omfatta de situationer där offret under en mer varaktig period inte har förmåga att värja sig och därmed saknar förmåga att göra motstånd.²⁷⁹

5.4.3 Grovt brott

Brottet sexuellt utnyttjande bör bedömas som grovt om gärningsmannen genom sitt handlande visat särskild hänsynslöshet eller om flera gärningsmän varit delaktiga. En gärningsman som under lång tid utnyttjat en person som befinner sig i beroendeställning i förhållande till honom eller lider av en psykisk störning, skall anses handlat särskilt hänsynslöst. Har utnyttjandet skett under smärtsamma eller särskilt förnedrande former eller på ett sätt där offret utsatts för risken att smittats av t ex. HIV, bör bedömas som grovt brott. Huruvida brottet är att ses som grovt bör bedömas på objektiva grunder där samtliga omständigheter tas med i bedömningen. Främst skall beaktas gärningsmannens avsikter och handlande.²⁸⁰

²⁷⁹ SOU 2001:14; s. 196f

²⁸⁰ SOU 2001:14; s. 203

6 Tumbafallet

6.1 Bakgrund

Den 9 april 2003 inkom en stämningsansökan till Huddinge tingsrätt där bl.a. fyra män (benämns här Ca, Co, T och Y) anklagades för grovt sexuellt utnyttjande av en kvinna i en lägenhet i Stockholmsförorten Tumba. Händelsen skulle ha ägt rum den 16 februari samma år. Enligt gärningsbeskrivningen hade Co, T och Y förmått kvinnan till sexuellt umgänge genom att otillbörligt utnyttja att hon befann sig i ett hjälplöst tillstånd. Ca, som anlände till lägenheten senare på natten, hade även han enligt gärningsbeskrivningen förmått kvinnan till sexuellt umgänge genom att otillbörligt utnyttja att hon befann sig i ett hjälplöst tillstånd. Någon gång under den aktuella natten åkte Co i väg för att med bil hämta ytterligare en person till lägenheten. Denne hade enligt gärningsbeskrivningen förmått kvinnan till sexuellt umgänge genom att otillbörligt utnyttja att hon befann sig i ett hjälplöst tillstånd. När männen på morgonen hade lämnat lägenheten kontaktade Co ytterligare en okänd person som han hämtade till lägenheten. Även denne man hade enligt gärningsbeskrivningen förmått kvinnan till sexuellt umgänge genom att otillbörligt utnyttjat att hon befann sig i ett hjälplöst tillstånd.

Då det rörde sig om flera gärningsmän, vissa av dessa okända för kvinnan, och då övergreppen hade pågått i över fyra timmar och skett upprepade gånger av samma gärningsman eller av flera gärningsmän samtidigt samt att fotografering av övergreppen hade skett, var gärningen enligt stämningsansökan att bedöma som särskilt hänsynslös och skulle därför anses som grovt sexuellt utnyttjande enligt 6 kap. 3 § 2 st. brottsbalken.²⁸¹

6.2 Tingsrättens bedömning

I tingsrätten gjorde man följande bedömning: Målsäganden var sedan tidigare bekant med Co och Y och kände till T och Ca och hade vid ett tidigare tillfälle spenderat en kväll på en restaurang tillsammans med Y. Den 15 februari på kvällen befann sig målsäganden tillsammans med en väninna på restaurang TB: s i Tumba. Där träffade målsäganden Y, Co samt T. Hon dansade med Y och kysste honom. Hon pratade med Y och Co och bjöds på öl. Målsäganden blev lovad skjuts hem av Co och det talades om att Co även skulle skjutsa henne till arbetet följande dag. Målsäganden blev skjutsad hem av Co. Med i bilen fanns även T och Y och de gick alla fyra upp till målsägandens lägenhet.

²⁸¹ Stämningsansökan s. 4

Co, T och Y medgav att kvällen i stort sett hade förlopt så som åklagaren beskrivit men de bestred ansvar och hävdade att målsäganden inte hade befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd. Istället hade hon varit aktiv till de sexuella aktiviteterna och därmed hade de tilltalade inte utnyttjat hennes belägenhet. Även Ca bestred ansvar och hävdade dels att målsäganden inte hade befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd och dels att han inte hade haft sexuellt umgänge med henne.

Målsäganden hade endast fragmentariska minnen av händelseförloppet efter att sällskapet hade lämnat restaurangen. Hennes minnesbilder utgjorde dock stöd för att det pågått sexuella aktiviteter i enlighet med åklagarens gärningsbeskrivning.

Frågan var då huruvida målsäganden hade befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd och i så fall om de tilltalade hade utnyttjat detta på ett otillbörligt sätt.

Vad gäller målsägandens påstådda onyktra tillstånd uppgav de tilltalade att målsäganden verkade berusad men inte helt borta. Det var enligt dem hela tiden hon som ledde skeendet. Målsäganden uppgav att hon inte upplevde det som om hon var berusad men att hon kände sig ”konstig” och ”borta”, som om kroppen inte var med. Hon upplevde det konstigt att för henne okända personer befann sig i hennes lägenhet samt att hon var med om händelser hon inte kunde styra över. Vid något tillfälle kändes det som att hon flyttades runt. Enligt vittnesutsagor uppfattades målsäganden som berusad men inte så pass berusad att hon inte visste vad hon gjorde. Efter att blod - och urinprov tagits på målsäganden sent på eftermiddagen den 16 februari kunde Rättskemiska avdelningen på Rättsmedicinalverket i Linköping beräkna att hon runt tre på morgonen den 16 februari hade haft en alkoholhalt på över 2,0 promille i blodet. Det framkom även att målsäganden hade någon form av cannabis i blodet.

Tingsrätten ansåg att målsäganden var trovärdig och hade svårt att tro att hon skulle ha gått med på de sexuella aktiviteterna i lägenheten om hon var ”*vid sina sinnens fulla bruk*”. Tingsrätten ansåg dock inte att målsäganden befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd.

Målsäganden och de tilltalade kände varandra sedan tidigare och hade umgått under kvällen på restaurang TB: s. Hon hade bett att få skjuts hem, följde frivilligt med i bilen och hade betett sig flirtigt under kvällen. Målsäganden hade haft samlag med två män samtidigt vid åtminstone ett tillfälle tidigare, vilket de tilltalade var medvetna om. Tingsrätten ansåg därmed inte att de tilltalade hade haft insikt om ett eventuellt hjälplöst tillstånd samt att de i sådant fall skulle ha utnyttjat detta tillstånd på ett otillbörligt sätt.

Åtalet för grovt sexuellt utnyttjande ogillades därmed för alla de misstänkta gärningsmännen. Domen meddelades den 25 april 2003.

6.2.1 Skiljaktig mening

Två nämndemän var skiljaktiga och anförde att målsäganden gjort ett mycket trovärdigt intryck och de ansåg att det hjälplösa tillståndet var styrkt. De tilltalade hade varit medvetna om tillståndet samt utnyttjat det på ett otillbörligt sätt.

6.3 Hovrättens bedömning

6.3.1 Yrkanden

Yrkandet i hovrätten gällde åtal för grovt sexuellt utnyttjande och de tilltalade var i denna instans Co, Y, T samt Ca.

6.3.2 Tilltro

Hovrätten ansåg att det saknades anledning att tro att målsäganden skulle ha ljugit om vad hon minns av händelserna då hennes minnesbilder inte alltid var till hennes fördel och då de i många delar överensstämde med de tilltalades uppgifter. Hennes utsaga ansågs därför vara trovärdig. Målsäganden hade visserligen endast fragmentariska minnesbilder av nattens händelser men de bekräftade i flera hänseenden de uppgifter som lämnats av de tilltalade.

6.3.3 Det sexuella umgänget

I hovrätten bekräftade Co, Y och T att de hade haft sexuellt umgänge med målsäganden under natten åtminstone vid två tillfällen vardera. Ca hade under förundersökningen uppgett att han hade haft sexuellt umgänge med målsäganden. Dessa uppgifter tog han tillbaka under hovrättens huvudförhandling med förklaringen att han skulle skämmas inför sina kamrater om det skulle framkomma att han inte hade haft sexuellt umgänge med målsäganden. Varken målsägandens eller de tilltalades utsagor kunde styrka Ca: s sexuella umgänge, varför åtalet mot honom för grovt sexuellt utnyttjande ogillades.

6.3.4 Det hjälplösa tillståndet

Utrett var, enligt hovrätten, att målsäganden under kvällen och natten var berusad. Detta kunde stödjas både av målsäganden, vittnen samt de tilltalade. I ett utlåtande från Rättsmedicinalverket beräknades målsägandens alkoholhalt i blodet med utgångspunkt från provtagningen på eftermiddagen den 16 februari. Med en normal förbränning beräknades halten till omkring 2,0 promille runt 03.00 på morgonen. Proverna visade också att målsäganden haft en viss mängd cannabis i urinen och enligt

sakkunnigutlåtande från en kemist från Rättsmedicinalverket kan ett samtidigt intag av cannabis och alkohol förstärka effekterna av dessa droger. Det kunde inte heller ha varit frågan om s.k. passiv rökning utan målsäganden måste ha rökt cannabisen själv. Några andra medel än de ovan nämnda kunde inte påvisas. Enligt målsägandens egna uttalanden kände hon sig under natten "avtrubbad", "borta", "ej vanligt berusad", "tung i kroppen". Vidare uppgav hon att hon "inte kunde tänka klart... kroppen föreföll bortkopplad från hjärnan". Vid något tillfälle under natten upplevde hon som om hon blev "flyttad runt på sängen". Dagen efter upplevde målsäganden inte som en normal baksmälla utan hon kände sig avtrubbad, något som kunde styrkas av väninnans vittnesmål som träffade målsäganden dagen efter händelserna. Målsäganden hade endast fragmentariska minnesbilder från kvällens och nattens händelser vilket enligt hovrätten berodde på alkohol - och narkotikapåverkan.

Situationen med flera män, varav en del för målsäganden okända, i hennes lägenhet, måste ha upplevts som hotfull. Genom detta, tillsammans med det ovan anförda, fann hovrätten det styrkt att målsäganden måste ha varit i ett sådant hjälplöst tillstånd som avses i bestämmelsen i 6 kap. 3 § brottsbalken.

6.3.5 Otillbörligt utnyttjande

För att ett otillbörligt utnyttjande av det hjälplösa tillståndet skall vara styrkt krävs inte att gärningsmannen förmått den andre till sexuellt umgänge eller att gärningsmannen tagit initiativet till detta. Genom att ha samlag med någon som befinner sig i ett hjälplöst tillstånd på det sätt som målsäganden gjorde under natten till den 16 februari 2003 är enligt hovrätten att ses som ett otillbörligt utnyttjande.

6.3.6 Uppsåtet

Hovrättens bedömning av huruvida de tilltalade varit medvetna om de faktiska omständigheterna som konstituerade målsägandens hjälplösa tillstånd samt det otillbörliga utnyttjandet av detta tillstånd bygger på frågan om de tilltalade insett att målsäganden befann sig i ett hjälplöst tillstånd och om de utnyttjat detta.

De tilltalade var alla medvetna om att hon var berusad då de sett henne dricka alkohol i restaurangen samt att hon uppträtt berusat. Dessa uppgifter bekräftades även av vittnen. Målsäganden bjöd upp de tilltalade till lägenheten frivilligt. I ett telefonsamtal med sin väninna strax innan sällskapet anlät till lägenheten berättade målsäganden att hon hade med sig de tilltalade dit vilket stöder det faktum att målsäganden frivilligt bjudit hem de tilltalade. Målsäganden var åtminstone 15 år äldre än de tilltalade. Hon hade vid ett tidigare tillfälle samtidigt haft samlag med två bekanta till de tilltalade, vilket de tilltalade var medvetna om. De tilltalade uppfattade aldrig målsäganden som "konstig" eller "snurrig" i någon större

utsträckning då hon hade rört sig fritt i lägenheten och svarat på tilltal. Detta kunde styrkas av ett vittne. Målsäganden hade vidare varit aktiv i de sexuella aktiviteterna som pågått under natten. Enligt de tilltalade och vittnesuppgifter hade hon till viss del varit den pådrivande parten och kunde själv redogöra för vissa sexuella aktiviteter.

Sammantaget hade de tilltalade, enligt hovrätten, inte insett att målsäganden befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd.

Hovrätten frågade sig därefter om situationen i sig var av sådant slag att de tilltalade borde ha insett att målsäganden varit i ett hjälplöst tillstånd samt om hon skulle ha inlåtit sig i dessa sexuella aktiviteter under normala förhållanden. Uppgifterna om hur de tilltalade uppfattade situationen ansågs dock vara alltför bristfälliga för att hovrätten skulle kunna dra några slutsatser om vad de insett. Målsägandens beteende ansågs inte vara så pass onormalt att de tilltalade borde ha insett att målsäganden inte frivilligt deltog i de sexuella aktiviteterna. Åklagaren hade därmed inte med tillräcklig grad av säkerhet visat att de tilltalade insett att målsäganden befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd och utnyttjat detta tillstånd på ett otillbörligt sätt. Åtalet för grovt sexuellt utnyttjande ogillades och domen meddelades den 3 november 2003.

6.3.7 Skiljaktig mening

Två nämndemän var skiljaktiga och anförde att de tilltalade måste ha förstått det orimliga i att en ensam kvinna inlåter sig i denna typ av aktiviteter under flera timmar med flera, i viss mån för henne okända, män. Det borde för de tilltalade ha framstått som uppenbart att målsäganden befunnits sig i ett hjälplöst tillstånd. Detta hade de tilltalade utnyttjat på ett otillbörligt sätt. Därmed skulle åtalet anses vara styrkt i denna del.

6.4 Riksåklagarens yrkande

Den 1 december 2003 inkom riksåklagaren med ett överklagande av hovrättens dom med yrkande att de tilltalade skulle dömas för grovt sexuellt utnyttjande i enlighet med en justerad gärningsbeskrivning. De tilltalade hade tillsammans och i samförstånd haft sexuellt umgänge med målsäganden genom att otillbörligt utnyttja att hon befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd.

Riksåklagaren ville att högsta domstolen skulle belysa hur det straffrättsliga uppsåtsbegreppet skall tillämpas i förhållande till gärningsmoment, då denna fråga inte hade prövats i hovrätten. Frågan hade inte heller inte prövats i mål om sexuellt utnyttjande tidigare. Det fanns därmed ett behov av att reda ut var gränsen mellan kriminaliserade och icke kriminaliserade handlingar i sexuella relationer går.

Då uppsåtsbegreppet inte definierats i lag utan successivt vuxit fram i doktrin och rättspraxis är många frågor, särskilt vad gäller det eventuella uppsåtet, olösta. Det är, enligt riksåklagaren, viktigt främst från legalitetssynpunkt att reda ut dessa frågor. Oklarheter och olösta frågor gör att kravet på förutsebarhet inte kan uppfyllas.

Riksåklagaren menade att högsta domstolen inte prövat frågan om eventuellt uppsåt beträffande gärningsmoment tidigare samt att denna form inte är utredd i någon större utsträckning, till skillnad från frågan om eventuellt uppsåt beträffande effekt. Rättsläget ansågs därmed utrett och oklart på detta område.

Målsägandens hjälplösa tillstånd var tillräckligt utrett, enligt riksåklagaren, som delade hovrättens uppfattning i denna fråga. Här fanns inga oklarheter i det sammanhanget.

Riksåklagaren ansåg att de tilltalade männen uppsåtligen på ett otillbörligt sätt utnyttjat målsägandens hjälplösa tillstånd, i motsats till hovrättens bedömning. Genom de tilltalades eventuella uppsåt till det hjälplösa tillståndet var uppsåtskravet uppfyllt. Riksåklagaren betonade att det inte krävs att de tilltalade hade uppsåt i förhållande till det hjälplösa tillståndet eller otillbörligheten i sig, utan att det är tillräckligt med uppsåt i förhållande till de faktiska förhållandena som konstituerade det hjälplösa tillståndet och otillbörligheten.

Vidare ansåg riksåklagaren, i motsats till hovrätten, att det visserligen även förelåg direkt uppsåt i förhållande till det hjälplösa tillståndet, men påpekade att det ur prejudikatsynpunkt är av vikt att högsta domstolen prövar den del som hovrätten utelämnade, nämligen om det förelåg eventuellt uppsåt i förhållande till det hjälplösa tillståndet och det otillbörliga utnyttjandet av detta tillstånd.

Riksåklagaren menade vidare att det fanns flera skäl som talade för ett eventuellt uppsåt. Flera omständigheter pekade på att de tilltalade hade anledning att misstänka att målsäganden befann sig i ett hjälplöst tillstånd redan under kvällen. Dessutom var det, enligt riksåklagaren, uppenbart att de tilltalade utnyttjade målsäganden på ett grovt och hänsynslöst sätt, utan hänsyn till hennes sexuella integritet och människovärde, vilket talade för att de tilltalade skulle ha handlat på samma sätt även om de varit säkra på att hon befann sig i ett hjälplöst tillstånd. Därmed förelåg eventuellt uppsåt både i förhållande till det hjälplösa tillståndet och till det otillbörliga utnyttjandet av detta tillstånd.

6.5 Högsta domstolens bedömning

Utredningsläget var i högsta domstolen i huvudsak detsamma som i tingsrätten och i hovrätten. De tilltalade lämnade i huvudsak samstämmiga uppgifter gällande händelseförloppet under kvällen fram till det att de åkte

bil från restaurangen TB: s tillsammans med målsäganden. Målsäganden själv hade endast fragmentariska minnesbilder från det att hon lämnade restaurangen vid 02.00 till dess att hon vaknade på morgonen. De uppgifter som lämnats, angående vad som skedde i lägenheten under natten, av de tilltalade samt av de övriga som befann sig där, motsades inte av vare sig den tekniska bevisningen eller av målsägandens knapphändiga uppgifter. Därför lade högsta domstolen deras berättelser till grund för bedömningen.

Högsta domstolen ansåg det utrett att målsäganden haft samlag med de tre tilltalade i lägenheten. Frågan var då om hon befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd och om då de tilltalade otillbörligt utnyttjat detta.

Högsta domstolen uttalade gällande våldtäktsbestämmelsen i 6 kap. 1 § brottsbalken och bestämmelsen om sexuellt tvång i 6 kap. 2 § brottsbalken att bristen på samtycke hos offret är en grundläggande förutsättning för att ansvar skall ifrågakomma. När det gäller ansvar för sexuellt utnyttjande, gäller detta oberoende av samtycke hos offret. Ett samtycke från offret kan aldrig befria från ansvar för sexuellt utnyttjande. Därmed kan bestämmelsen om sexuellt utnyttjande bli tillämplig även om det inte är gärningsmannen som tagit initiativet till det sexuella umgänget, påpekade högsta domstolen. Som ett exempel har doktrin nämnt sexuellt umgänge med någon som saknar hämningar.

För ansvar krävs dessutom att gärningsmannen otillbörligt utnyttjat det hjälplösa tillståndet, det måste alltså finnas ett orsakssamband mellan tillståndet och offrets deltagande i gärningen. Kravet på otillbörlighet har som syfte att från det straffbara området skilja ut sådana fall där det sexuella umgänget inte kan sägas innebära ett angrepp på den andres sexuella integritet.

Av utredningen framgick det att målsäganden haft vaginala och orala samlag med de tre tilltalade i relativ tät följd och vid flera tillfällen med var och en av dem. Under natten hade åtminstone sju män befunnit sig i lägenheten. Några av dem hade varit helt okända för målsäganden. Utöver de tilltalade hade minst en av de för målsäganden okända männen haft sexuellt umgänge med henne. Till viss del hade det sexuella umgänget skett öppet inför övriga närvarande och i något fall med två män samtidigt.

Enligt de tilltalade var målsäganden den pådrivande och tog initiativet till det sexuella umgänget med var och en av de tilltalade och hon uppträdde på ett sätt som tydde på att hon visste vad hon gjorde. Det har inte framkommit att det skulle ha förekommit något våld, hot eller tvång eller att målsäganden inte skulle ha uppfattat innebörden av vad som utspelades i lägenheten. Därmed, menade högsta domstolen, hade målsäganden befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd på det sättet att hon till följd av berusning eller drogpåverkan saknat hämningar.

Högsta domstolen påpekade vidare att det inte rört sig om något typfall av hjälplöst tillstånd som bestämmelsen avser att omfatta. Även om det inte

kunde uteslutas att en person skulle kunna anses ha varit i ett hjälplöst tillstånd när han eller hon saknat hämningar ligger det i sakens natur att möjligheterna att visa detta är begränsade. Att endast av den omständigheten att en person till följd av påverkan av alkohol eller droger haft nedsatt omdöme dra slutsatsen att personen varit hjälplös kunde inte komma ifråga. För att en person skall bedömas ha befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd, måste i en situation som nu berörts krävas att det varit fråga om en så atypisk påverkan att personen kan sägas inte ha varit ansvarig för sina handlingar.

Det sexuella umgänge som förekom kunde visserligen karakteriseras som hämningslöst, därmed blev frågan om målsägandens beteende kunde sägas ha berott på att hon till följd av påverkan av alkohol eller droger befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd. Utrett var att hon under kvällen druckit ett par öl och 2-3 drinkar. Väl i lägenheten hade hon inte druckit ytterligare alkohol, utöver någon folköl. Uppgifter från de tilltalade och från vittnen tydde på att målsäganden visserligen varit berusad men inte så berusad att hon inte kunde kontrollera sitt handlande. "Viss mängd alkohol" hade visserligen uppmätts i hennes blod på eftermiddagen följande dag, men att utifrån detta dra några slutsatser om hennes berusningsgrad under den aktuella natten kunde enligt högsta domstolen inte göras. Man hade visserligen hittat spår av cannabis i blodet, men högsta domstolens slutsats blev ändå att målsäganden inte varit i ett hjälplöst tillstånd och därmed förelåg ej sexuellt utnyttjande. Männen friades och dom meddelades den 4 maj 2004.

7 Egen analys av Tumbafallet

Jag kommer i denna analys att försöka svara på min tredje och sista problemformulering, nämligen hur det eventuella uppsåtet förhåller sig till hjälplöst tillstånd. I mitt försök att analysera för och emot att de tilltalade har haft eventuellt uppsåt beträffande det hjälplösa tillståndet, har jag använt mig av polisens förhørsprotokoll.²⁸² De citat och uttalanden från de tilltalade och målsäganden nedan är hämtade från dessa. Jag kommer att referera till de inblandade såsom domstolarna har gjort. Uttalanden från personer som inte omnämnts av domstolarna namnges nedan med initialer.

7.1 Tilltrosbedömning

7.1.1 Målsäganden

Målsäganden har endast haft fragmentariska minnesbilder från den aktuella kvällen och natten men i de delar hon kan redogöra för händelserna stämmer de till stora delar överens med de tilltalades uppgifter och vittnesutsagor. Vidare är hennes minnesbilder inte alltid till hennes fördel.

Vad som däremot skulle kunna vara skäl att ljuga är om kvällen och nattens händelser skulle ha gått överstyr och att hon i efterhand känt sig kränkt. Morgonen efter upptäckte hon att pengar försvunnit från lägenheten vilket kan ha väckt hämndbegär. Detta skulle då kunna utgöra omständigheter som talar mot hennes trovärdighet.

7.1.2 De tilltalade

De tilltalades uppgifter har i stora delar stämt överens med varandra. De har i huvudsak lämnat samstämmiga uppgifter. I de delar de inte varit överensstämmande torde detta bero på deras alkoholintag. Deras uppgifter har i stora delar varit detaljerade och det verkar inte ha funnits några skäl att försköna nattens aktiviteter. De tilltalade har alla erkänt att de haft sexuell umgänge med målsäganden vid ett flertal tillfällen under natten.

Under förhören med de tilltalade har det dock framkommit att efter att polisanmälan gjorts, åtminstone tre av männen som befunnit sig i lägenheten under natten träffats för att diskutera nattens händelser. Detta skulle vara ett skäl att värdera dessas uppgifter lågt i de fall de inte stöds av övrig bevisning i målet. Då de tilltalade inte har sanningsplikt och då uppgifter om medtilltalade kan syfta i att förringa sin egen brottsinblandning kan deras uppgifter endast anses ha ett lågt bevisvärde. De tilltalades uppgifter

²⁸² Polisens förhørsprotokoll diariernr. 0201-K40545-03, 0201-K81736-03

får endast anses ha bevisvärde i de delar de stöds av annan bevisning i målet.

7.2 Det sexuella umgänget

Co, Y och T uppger att de haft sexuellt umgänge med målsäganden åtminstone vid två tillfällen vardera. Målsäganden kan inte uppge vem av männen som haft sexuellt umgänge med henne och vid vilket tillfälle detta skett. Det enda hon säkert vet är att hon haft oralsex med Co vid ett tillfälle och hon tror att hon haft vaginalt samlag med T då hon suttit alternativt legat ovanpå honom. I hovrätten framkom det att Ca tagit tillbaka uppgifter han lämnat under förundersökningen om att han haft sexuellt umgänge med målsäganden. Skälet till detta var att han skulle skämmas inför sina kompisar om de skulle ha fått reda på att han inte haft sådant umgänge. Den enda av de tilltalade som uppgett att Ca hade sexuellt umgänge med målsäganden är Co. Övriga har uppgett att Ca hade sexuellt umgänge med målsäganden när sovrumsdörren var stängd alternativt låst. Detta kan förklara varför denna dörr vid ett tillfälle under natten uppgavs vara låst.

7.3 Det hjälplösa tillståndet

Om en person på grund av kraftig berusning eller narkotikapåverkan inte har någon förmåga att uppfatta att han eller hon utsätts för sexuella närmanden, anses denne vara i ett sådant hjälplöst tillstånd som avses i lagrummet. Dessutom måste det göras en helhetsbedömning, där alla föreliggande omständigheter tas in i beräkningen. Flera olika omständigheter kan tillsammans utgöra det hjälplösa tillstånd som avses i lagrummet. I den s.k. Rissnedomen, målnummer B 3935-00, ansåg man dock att målsäganden var i ett hjälplöst tillstånd enbart på grund av hennes berusningsgrad.

Sexuellt utnyttjande har tillkommit med fokus på fall där en person av någon anledning inte har förmåga att uttrycka sin egentliga ovilja, men där det objektivt sett är att anse som otillbörligt att ha sexuellt umgänge med denna person. Ett samtycke från offrets sida utesluter inte ansvar för sexuellt utnyttjande eftersom brottet sexuellt utnyttjande syftar till att skydda människor som av ett eller annat skäl inte *kan* värja sig. Brottet riktar sig mot människor som just på grund av att de inte är vid sina sinnens normala bruk är särskilt utsatta. Frågor om offret var villig till det inträffade, om det sexuella umgänget var frivilligt från offrets sida eller om det skett med offrets samtycke saknar därför all relevans för bedömningen.

7.3.1 Målsägandens berusningsgrad

Enligt rättsmedicinalverkets sakkunnigutlåtande påvisades alkohol i blod och urin från målsäganden kl. 16.30 dagen efter den aktuella natten. Med

normal förbränning torde hon haft ca 2,28 promille i blodet kl. 03.00 på natten och 1,46 promille kl. 8.30 påföljande morgon. Dessutom påvisades cannabis i urinen, men ej i blodet. Av detta framgår att målsäganden rökt cannabis och att rökningen skett minst 8 timmar före provtagningen. Vid samtidigt intag av alkohol och cannabis kan effekterna av dessa förstärkas, enligt rättsmedicinalverket.

Har man minst 0,2 promille i blodet döms man, enligt svensk lag, för rattfylleri och har man 1,0 promille döms man för grovt rattfylleri.²⁸³ Detta då man i det läget inte anses ha kontroll över sina handlingar och inte kan föra sitt fordon på ett betryggande sätt. Det borde därmed inte kunna krävas att en person med en promillehalt runt 2,0 ska kunna kontrollera sina handlingar och klart värdera sin situation.

Målsäganden har själv vad gäller sin alkoholkonsumtion under kvällen och natten uppgivit att hon druckit två drinkar med 4 cl rom i vardera drinken, en drink bestående av vodka och redbull samt en öl. Dessutom tror hon att hon blivit bjuden på åtminstone ytterligare två öl. I lägenheten drack hon folköl. Hon minns att hon blev bjuden på något som liknade en cigarett men som innehöll något annat, vilket med all säkerhet måste vara en cigarett innehållande hasch eller marijuana. Det har inte framkommit att målsäganden varit påverkad av något annat medel.

Målsäganden har i polisförhören uppgivit följande om hur hon uppfattade sig själv under natten. Hon kände sig *"förvirrad"*, *"konstig"*, *"helt borta"* och *"avtrubbad"*. Hon hade svårt att iakta och höra sådant som hände runt omkring henne, kunde inte tänka klart och hon hade dålig tidsuppfattning. Vissa av de sexuella aktiviteterna har hon beskrivit som något hon deltog i utan att egentligen vilja. Vid ett tillfälle när målsäganden låg naken i sin säng kände hon sig förlamad och tung i kroppen utan möjlighet att röra sig. Hon upplevde det som om hon trycktes ner och hon mindes att hon tänkte *"jag fixar inte det här. Vad är det som händer?"*. Hon upplevde att hon inte hade någon kontroll över skeendet. Hon kände sig maktlös - som en docka som inte kunde göra något åt det som hände. Hon mindes att hon tänkte att hon inte visste hur hon skulle ta sig ur situationen men att hon tänkte att det var lika bra att låta dem bli klara så att de kunde gå hem så att hon kunde få sova. Hon ville bara att allt skulle vara över. Hon kände inte sin egen kropp och vid vissa tillfällen kändes det som om hon flyttades runt på sängen. Även när det var ljust ute och hon trodde klockan var runt sju på morgonen, kände hon sig förvirrad. Hon mindes inget av när hon gick och lade sig. När hon vaknade nästa morgon kände hon sig lika förvirrad och hon kunde inte tänka och fokusera klart. Kroppen hade svårt att fungera och hjärnan kändes bortkopplad. Hon kände sig påverkad av något. I ett kompletterande förhör uppgav hon att hon inte kände sig vanligt *"bakfull"*. Målsägandens fragmentariska bilder och utdragna minnesluckor måste tyda på att hon var alkoholpåverkan.

²⁸³ Lag (1951:649) om straff för vissa trafikbrott, 4 § 1 st. och 4a §.

De tilltalade hade om hennes tillstånd uppgivit att de upplevde henne som nykter men att hon luktade lite öl. Hon varken vinglade eller sludrade men verkade påverkad av något, åtminstone av alkohol. Hon upplevdes vidare som *"lätt berusad"*, *"[inte] speciellt full, hon vinglade inte"* och någon uppgav att det var konstigt att målsäganden inte mindes något då hon inte var särskilt full. Hon uppfattades vidare som *"konstig"* och *"skum"* samt *"berusad"*. Hon kunde svara på tilltal och röra sig obehindrat i lägenheten.

Någon, troligtvis en av männen som inte hade sexuellt umgänge med målsäganden, skall vid något tillfälle under natten ha uttalat *"vad har ni gjort, hon är ju helt borta?"*, något som bekräftades av både målsäganden och övriga inblandade.

Målsägandens väninna har i polisförhör uppgett att målsäganden var *"riktigt full"* när de skildes åt samt att målsäganden betedde sig konstigt och att hon inte reagerade på tilltal. Vid det nattliga telefonsamtalet lät målsäganden *"berusad, men glad"*, och hon sade då till väninnan *"du får ta det där i morgon igen för jag känner mig helt snurrig"*. Målsäganden avslutade samtalet utan att säga adjö. Väninnan uppgav att hon följande dag uppfattade målsäganden som nedstämd. Hon var lugn men skakade och uppgav för sin väninna att hon inte mindes något från natten.

De vittnen som iakttog målsäganden under kvällen beskrev henne både som nykter i sitt uppträdande och som vinglig och kanske drogad.

I den s.k. Rissnedomen, målnummer B 3935-00, ansåg domstolen att målsäganden var kraftigt berusad, när hon uppmättes ha en promillehalt på 1,2. Dock finns det vissa skillnader mellan en 35-årig kvinna och en 14-årig flicka. Berusningen måste dock ha påverkat målsägandens förmåga att klart och rationellt värdera situationen i Tumbafallet.

Målsäganden i det s.k. Södertäljemålet, NJA 1997 s. 538, hade en promillehalt på 3,0. Målsäganden i Tumbafallet hade en alkoholhalt i blodet kring 2,0 promille på morgonen, vilket betyder att halten varit högre under natten. Utredningen i NJA 1997 s. 538 visade att målsäganden i det fallet var påtagligt berusad men inget pekade på att hon skulle ha varit redlöst berusad.²⁸⁴

7.3.2 Övriga omständigheter

Det befann sig flera för henne okända män i hennes lägenhet nattetid. De sexuella umgångena skedde i en tät följd, på *"löpande band"*, där männen avlöste varandra. Hela natten befann hon sig ensam med upp till sju olika män. Att hon, enligt vad de inblandade männen uppgett, varit pådrivande till de sexuella umgångena samt att de inte uppfattade hennes beteende som normalt, *"klart det inte va riktigt normalt att en tjej ska ha sex med fem-sex*

²⁸⁴ Se skiljaktig mening, justitierådet Torkel Gregow, s. 571, NJA 1997 s. 538

styckna efter varandra om och om och om igen.”, måste också tyda på att hon på grund av sin berusning saknade hämningar. På denna grund skulle man kunna bestämma hennes hjälplösa tillstånd. Målsägandens uppgifter att hon inte kunnat tänka klart och inte haft kontroll över skeendet måste ha varit obehagligt för henne.

Målsäganden befann sig hela tiden i sin egen lägenhet, hon kände, om än ytligt, åtminstone tre av männen sedan tidigare. Målsäganden var dessutom 15 år äldre än männen. Detta talar emot att hon varit i ett hjälplöst tillstånd.

Målsäganden befann sig under natten i ett tillstånd där hon varit alltför avtrubbad och kroppsligt förlamad för att kunna värja sig från de sexuella övergreppen. Vad som tyder på detta är främst att hon under natten vid flera tillfällen tänkt: *”de är snart klara... jag låter dom vara så att de kan gå härifrån så att jag kan gå och lägga mig”*. Detta kan tala för att hon var i ett hjälplöst tillstånd.

7.4 Otillbörligt utnyttjande

För ansvar krävs att utnyttjandet är *otillbörligt* samt att samtliga objektiva brottsförutsättningar omfattas av gärningsmannens uppsåt. Gärningsmannens uppfattning av vad som är otillbörligt saknar betydelse, avgörande är att uppsåtet omfattar de faktiska omständigheter som enligt en objektiv bedömning gör utnyttjandet otillbörligt. Gärningsmannen måste dessutom ha varit medveten om de faktiska omständigheter som konstituerar det hjälplösa tillståndet och det otillbörliga utnyttjandet av detta tillstånd. Även om offret kan anses ha tagit initiativ till det inträffade kan ett otillbörligt utnyttjande anses föreligga. Däremot måste det föreligga ett orsakssamband mellan tillståndet och offrets deltagande i sexualhandlingen.

Gärningsmannen behöver inte ha förmått offret till det sexuella umgänget för att det skall uppkomma straffbarhet. Det är för ansvar tillräckligt att gärningsmannen haft sexuellt umgänge med någon som befunnits vara i ett hjälplöst tillstånd.

7.5 Uppsåtsfrågan

För det fall målsäganden befunnits vara i ett hjälplöst tillstånd är nästa steg att bedöma huruvida de tilltalade hade uppsåt i förhållande till de faktiska omständigheter som utgör det hjälplösa tillståndet samt det otillbörliga utnyttjandet av detta tillstånd.

7.5.1 Förelåg vetskap eller full visshet till det hjälplösa tillståndet?

Gärningsmännen måste ha varit medvetna om de faktiska omständigheterna som konstituerar det hjälplösa tillståndet och det otillbörliga utnyttjandet av detta tillstånd. De tilltalade var alla medvetna om att målsäganden hade druckit alkohol och de uppfattade alla henne som mer eller mindre berusad. Dock var de flesta överens om att hon inte verkade vara redlöst berusad. Målsäganden kände de tilltalade sedan tidigare, om än ytligt. De umgicks och pratade med varandra på restaurangen under kvällen och de tilltalade har uppgett att hon betedde sig flirtigt. Målsäganden följde frivilligt med i bilen och även om hon inte direkt bjöd upp männen i sin lägenhet så uppfattade männen det som om de var välkomna. Ett telefonsamtal till väninnan från målsäganden på natten, då hon uppgav att hon hade ”*tre kåta syrianer i lägenheten*” stöder det faktum att målsäganden frivilligt släppt in dem i lägenheten. Målsäganden hade vid ett tidigare tillfälle haft sexuellt umgänge samtidigt med två bekanta till de tilltalade vilket de tilltalade var medvetna om. De tilltalade har alla uppgett att hon varit den pådrivande parten och initiativtagare till de sexuella aktiviteterna. Under kvällen erbjöd Co målsäganden skjuts till jobbet nästa morgon, vilket hon tackade ja till. Under vissa delar av kvällen satt de inblandade männen och målsäganden tillsammans i köket och pratade, utan att det försiggick några sexuella aktiviteter. Under natten uppfattade flera av de inblandade männen målsäganden som glad och skrattade, aldrig som om hon mådde dåligt eller var ledsen på något sätt.

7.5.2 Förelåg ett eventuellt uppsåt till det hjälplösa tillståndet?

För det fall de tilltalade inte hade vetskap eller full visshet till det hjälplösa tillståndet blir nästa fråga huruvida de tilltalade åtminstone hade eventuellt uppsåt i förhållande till målsägandens tillstånd. Dels skall gärningsmannen ha misstänkt att en viss omständighet förelåg och dels skall det kunna hållas för visst att han skulle ha vidtagit samma gärning även om han varit helt säker på att omständigheten verkligen förelåg.

7.5.2.1 Misstänkte de tilltalade att hon befann sig i ett hjälplöst tillstånd?

Här skall man utröna huruvida gärningsmännen haft en *insikt* om att det förelåg en *möjlighet* att målsäganden var i ett hjälplöst tillstånd. Det finns inget krav på att de tilltalade måste *ha vetat om* att målsäganden befann sig i detta hjälplösa tillstånd, det är tillräckligt att dom *misstänkte* detta.

7.5.2.1.1 Omständigheter som talar för att de tilltalade hade sådan misstanke

Både de tilltalade och övriga män som befann sig i lägenheten den aktuella natten, var medvetna om att målsäganden var berusad och att hon druckit en hel del alkohol under kvällen.

Flera av dem påpekade flera gånger under förhören det märkliga i hennes sexuella beteende och att de aldrig hade varit med om något liknande förut. Från förhören kan man läsa att RR²⁸⁵ upplevde situationen som "äcklig" och att personerna i lägenheten inte betedde sig som människor. RR beskrev målsäganden med uttalanden som "[v]ad är det för en kvinna om hon ska hålla på så dära. ... Klart det inte va riktigt normalt att en tjej ska ha sex med fem-sex styckna efter varandra om och om och om igen." RR uttryckte även ilska mot Co som hämtade upp honom på natten och körde honom till lägenheten: "[Co] visste vad som fanns där, det är hans fel ... [Co] vet att jag inte gillar såna sjuka grejer." RR tyckte att männen i lägenheten betedde sig som kräk.

Situationen måste för de tilltalade ha framstått som något märklig. En av de män som befann sig i lägenheten men som inte hade sexuellt umgänge med kvinnan uttalade även vid något tillfälle, "vad har ni gjort med henne, hon är ju helt borta". Målsäganden var ensam kvinna med många män, vissa för henne okända, i sitt eget hem. Åtminstone någon av männen måste ha tänkt på att den situationen kan ha uppfattats som obehaglig för kvinnan. Då de tilltalade ville stjäla vissa saker i målsägandens lägenhet uppgav RR att de riskerade att bli anmälda för stöld eller åtminstone våldtäkt. När förhørsledaren frågar varför hon skulle anmäla dem för just våldtäkt, svarade han, "[j]a men... vad ska jag veta. Som mycket som hon har fått stå ut med, vem vet. Det händer överallt. Samma visa, överallt kan det hända. Och det händer också."

Sammantaget skulle detta kunna tyda på att männen misstänkte att målsäganden inte handlade på ett sätt som hon skulle ha gjort under normala förhållanden och att hon på grund av sin berusning saknade förmågan att värja sig, fatta övervägda beslut och handla på ett rationellt sätt.

Något annat som talar för att de tilltalade misstänkt vilket tillstånd målsäganden var i är att Ca, i förhör, uppgett att varken han, AM²⁸⁶ eller T hade försökt ta kontakt med målsäganden efter den aktuella natten. Vidare har T i förhör uppgivit att när han fick reda på att polisanmälan gjorts diskuterade han detta tillsammans med Co och Y och de kom fram till att det måste ha varit målsäganden som anmält dem. Detta kan dock ha berott på att de visste att det även försvunnit pengar från lägenheten. Även Y

²⁸⁵ Den första man som Co antas ha hämtat till lägenheten under natten. Varken de tilltalade eller vittnen har namngett eller pekat ut honom. Han förhöordes endast en gång under förundersökningen och var ej med under någon av huvudförhandlingarna. Ingenting tyder dock på att han ska ha haft sexuellt umgänge med målsäganden.

²⁸⁶ Den man som anlände till lägenheten tillsammans med Ca efter att T ringt efter dem. Utrett är att han aldrig hade sexuellt umgänge med målsäganden.

uppgav att det första han tänkte på när anmälan gjorts var att det måste vara målsäganden som anmält dem.

T var förvånad över målsägandens sexuella beteende och förstod direkt att det var hon som polisanmält dem, när han fick information om detta. Dock trodde han att anledningen skulle vara vad som hänt senare på morgonen, när Co åkt tillbaka dit tillsammans med en kompis.

Något som målsäganden uppgivit från natten var att hon kände hur hon flyttades runt i sängen av flera olika händer. Hon kände hur personer lade henne på rygg och mage och böjde hennes ben. Hon uppfattade det som om hon både uppmanades att lägga sig i olika ställningar och blev flyttad så att hon hamnade på det sättet. Detta berodde förmodligen på att målsäganden själv var så pass redlös att hon inte kunde lägga sig i de olika ställningarna på egen hand. Om hon behövde hjälp med att lägga sig i olika ställningar för att de sexuella omgångarna skulle kunna genomföras, är steget inte så långt till att de tilltalade även måste ha misstänkt att hon befann sig i ett hjälplöst tillstånd.

7.5.2.1.2 Omständigheter som talar mot att de tilltalade hade sådan misstanke

Målsäganden uppfattades visserligen av de tilltalade som berusad, men aldrig som redlöst berusad. Någon av dem har t.o.m. uppgett att han uppfattade henne som nykter.

Just att målsäganden var den drivande var det många som påpekade under förhören. RR uppfattade att målsäganden *"bara ville ha mer och mer"* och att männen i lägenheten *"palla inte med henne ... Allt handlade om att hon va en nymfoman! Hon fick inte nog. Dom sa nej till henne gång på gång ... Hon sa kom du också och kom du också, en gång till, orkar du inte mer."*

De tilltalade var även medvetna om att målsäganden haft sexuell umgänge med två bekanta till dem samtidigt vid ett tidigare tillfälle. På TB: s hade målsäganden betett sig flirtigt. Målsäganden följde med männen frivilligt i bilen och gick med på att de kom upp till hennes lägenhet. De befann sig sedan hela tiden i hennes hem, inte i en för henne okänd miljö. De satt vid vissa delar av natten endast och pratade, utan att det pågick några sexuella omgångar. Målsäganden var också 15 år äldre än männen. Bedömningen hade säkert blivit annorlunda om det istället rörde sig om en 13-årig flicka. Att någon tvingat sig på målsäganden uppfattade RR som mycket tveksamt då *"hon skrattade mer än va dom skrattade"*. Stämningen verkade med andra ord vara glad och lättsam. Detsamma verkar ha gällt målsäganden. Under natten uppfattade flera av de inblandade männen målsäganden som glad och skrattande, aldrig som om hon mådde dåligt eller var ledsen på något sätt

Co uppgav även han att målsägandens sexuella beteende var något märkligt. *"[Det] var helt sjuk att hon var så kåt alltså"*. Han poängterade att det var

hon som var på dem och inte tvärtom. Redan på TB: s uppfattade Co det som om målsäganden flörtade med honom och när de anlät till lägenheten uppfattade han det som om målsäganden gjorde närmanden mot honom. Detta talar mot att han skulle ha misstänkt att hon var i ett tillstånd där hon inte kunde värja sig, men det talar å andra sidan för att hon skulle ha varit i ett tillstånd där hon saknat hämningar. Det är dock tveksamt om man kan begära av en man i 20-årsåldern att han skall misstänka att en kvinna är hjälplös om hon verkar sakna sexuella hämningar. Co misstänkte under färden till lägenheten att någon av männen skulle få sex under natten men kunde inte förvänta sig att alla skulle ha sex med målsäganden. Det var inte alls det han förväntat sig. Han poängterade att de män som befann sig i lägenheten under natten alla tyckte att situationen var märklig och att ingen trodde att målsäganden skulle ha sex med dem allihop.

Det finns inget i Y: s utsaga som tyder på att han skulle ha misstänkt att målsäganden befann sig i ett hjälplöst tillstånd. Han uppfattade henne dock som ”konstig” och ”skum” både när de befann sig på TB: s och när de befann sig i lägenheten. Han tyckte att målsäganden var skum på grund av hennes sexuella beteende. Även här uppkommer problematiken hur man skall kunna misstänka att en kvinna är hjälplös när hon är sexuellt frigjord och saknar hämningar. Om man inser eller misstänker att en person saknar sexuella hämningar, bör man då även inse eller misstänka att hon är hjälplös?

T har uppfattat målsäganden som en populär och flörtig tjej och han var medveten om att hon tidigare hade haft sexuellt umgänge med två kompisar samtidigt. Målsäganden uttryckte en vilja att ha sex med T innan de gick upp till lägenheten. Målsäganden var drivande och var vid ett tillfälle besviken på T för att han inte orkade ha sex med målsäganden någon längre tid. Hon tvingades aldrig till något, enligt T. Det fanns aldrig några tecken, enligt T: s uppfattning, på att hon skulle ha känt sig utnyttjad eller ledsen. T uppgav att hon visade med hela sitt uppförande att hon ville ha sex, men att det aldrig uttalades. Vid ett annat tillfälle under natten ville målsäganden ha sex med T men detta ville inte T. Dessa uttalanden talar mot att T under natten misstänkt att hon befann sig i ett hjälplöst tillstånd.

De tilltalade verkade vara förvånade över att målsäganden polisanmält händelserna den aktuella natten. Detta bekräftar några av de SMS som målsäganden erhållit av Y och Co dagarna efter händelsen, ”*man gör inte så mot kompisar ... [D]u har förstört våra liv, Gud skall straffa dig*” osv. De hade även försökt ringa henne flera gånger.

Målsäganden har själv uppgett att hon kände både Co och Y sedan tidigare. Dels har hon träffat dem när hon jobbat på Statoil i Tumba och ute på krogen, men hon hade även träffat dem i vardagliga sammanhang där hon med Y pratat om bl.a. matlagning. T kände hon däremot inte men hon visste vem han var.

Vad gäller de två män som målsäganden tidigare haft sexuellt umgänge med samtidigt, har hon uppgett att hon kände dem sedan innan då de festat ihop och ringt varandra men att hon inte visste vad de hette i efternamn. Kanske kände de tilltalade männen till att hon bara hade känt dessa två män på ett ytligt plan. Detta skulle kunna tala för att de tilltalade uppfattat henne som orädd för att ha sex med personer hon endast kände ytligt.

7.5.2.2 Skulle de tilltalade ha handlat på samma sätt även om de varit säkra på att hon var i ett hjälplöst tillstånd?

Här frågar man sig vad gärningsmännen skulle ha gjort i fall han hade haft *full visshet* om det hjälplösa tillståndet. Om man kan hålla för visst att gärningsmännen även i detta fall skulle ha företagit gärningen, föreligger eventuellt uppsåt. Man måste med andra ord kunna *hålla för visst* att gärningsmannen varit *så pass hänsynslös* att en visshet om en omständighet eller följd inte skulle ha avhållit honom från att utföra gärningen.²⁸⁷

7.5.2.2.1 Omständigheter som talar för att de tilltalade skulle ha handlat likadant även med vetskap om det hjälplösa tillståndet

Under natten har det pågått ett stort antal sexuella umgängen. De tilltalade har åtminstone två tillfällen vardera haft sexuellt umgänge med målsäganden och mycket talar för att antalet sexuella umgängen var ännu fler. Både de tilltalade och övriga männen i lägenheten har antytt att situationen kunde liknas som en "löpande band" - situation, där männen avlöste varandra. Även målsäganden uppfattade situationen så. Målsäganden uppfattade även att männen under natten talade uppmuntrande till varandra och hon hörde dem säga, "*ja visst, ge henne nu ordentligt*" och liknande. Målsäganden mindes även att Co vid något tillfälle i sovrummet sade, "*sa jag inte att jag skulle fixa henne. Jag sa ju att jag kunde fixa [målsägandens namn]*". RR beskrev de sexuella aktiviteterna med följande ord, "*[o]lika grabbar vid olika tillfällen. Dom ropade. En tröttnade, han orkade inte, när han inte fick stånd längre då ropade han på en annan. ... Dom sa kom, ska du inte ha.*" När han kom upp till lägenheten sa Co "*vill du ha sex med henne*", vilket RR skulle få om han ville. Sammantaget talar detta för att de tilltalade inte har brytt sig om i fall målsäganden uppskattat situationen och det talar för att de tilltalade endast haft sin egen sexualdrift i åtanke.

Ca hade tidigare under processen uppgett att han hade haft sexuellt umgänge med målsäganden, men detta tog han tillbaka under förhandlingen i hovrätten med förklaringen att han skämdes inför sina kompisar för att han inte haft sex med målsäganden. Detta tyder på att det måste ha varit viktigt för männen att ha haft sexuellt umgänge den natten. Även detta talar för att männens egen sexualdrift varit avgörande för att det sexuella umgänget överhuvudtaget skulle komma till stånd.

²⁸⁷ I. Strahl; *Allmän straffrätt i vad angår brotten*; Stockholm 1976; s. 114

När sällskapet var på väg från TB: s vid stängningsdags iakttog ett vittne som var gäst på restaurangen sällskapet. Enligt vittnet skröt och skrek Co *"[n]u ska vi hem och knulla henne allihop!"* Under natten, när Co var på Statoil för att handla, berättade han för den kvinna som arbetade där då, att det fanns en kvinna i en lägenhet som han och hans kompisar hade sex med, *"vi har satt på henne"* och *"hon får aldrig nog"*, som för att skryta. Kvinnan som arbetade på Statoil förstod att han skulle tillbaka till kvinnan i lägenheten när han handlat klart.

Vid samma tillfälle befann sig en taxichaufför på Statoil, som Co vände sig mot och sade *"hörru grabben, vill du hänga med och tömma påsen?"* Sedan berättade Co för taxichauffören att kvinnan inte velat släppa iväg honom och att hon bara ville ha mer och mer. Co berättade vidare att det var två kvar som fortfarande höll på med henne och att han tyckte att taxichauffören skulle haka på för att han själv hade *"kommit tre gånger"*. Co sade också till taxichauffören *"jag orkar inte mer tänk på att jag är överviktig"*. Detta händelseförlopp bekräftades av den kvinna som arbetade på Statoil.

De tilltalade männen måste ha varit medvetna om att målsäganden inte kände alla som befann sig i lägenheten. Att de ändå släppte in okända män till lägenheten och åkte och hämtade dit okända män tyder på att de betett sig på ett hänsynslöst sätt utan hänsyn till målsäganden.

Målsäganden har själv i förhör uppgett att hon inte kände alla männen som befann sig i lägenheten under natten men hon att hon känner till vad de är för slags människor och att det inte är några personer hon normalt skulle vilja ha i sitt hem. Därför har hon svårt att tro att hon skulle ha bjudit upp dem i sin lägenhet.

Efter den aktuella natten upptäckte målsäganden att det försvunnit pengar dels från hennes byrålåda i sovrummet och dels från hennes två barns sparpengar. Detta hade även flera av dem som befann sig i lägenheten under natten hört talas om men det framkom aldrig vem av männen som var skyldig till detta. Att målsäganden blev bestulen på en stor summa pengar, uppgifterna varierar mellan runt 1000 kronor upp till 4000 kronor, skulle kunna tyda på att de av männen som var inblandade i stölden betedde sig på ett hänsynslöst sätt gentemot målsäganden.

I ett kompletterande förhör uppgav Co att han återvänt till målsägandens lägenhet senare på morgonen. Han hade då med sig en kompis och de åkte tillsammans till lägenheten eftersom Co hade lovat att skjutsa målsäganden till arbetet. Strax efter att de anlände till lägenheten hade kompiserna och målsäganden sexuellt umgänge, *"det bara blev så"*. Målsäganden och kompiserna kände varandra enligt Co.

Även den omständighet att T under natten ringde efter Ca och AM kan tala för att han betedde sig på ett hänsynslöst sätt mot målsäganden eftersom detta skedde utan att målsäganden blev tillfrågad.

Sammantaget talar det ovan anförda för att männen, åtminstone Co, betett sig på ett hänsynslöst sätt, utan hänsyn till målsägandens sexuella självbestämmanderätt.

7.5.2.2 Omständigheter som talar mot att de tilltalade skulle ha handlat likadant även med vetskap om det hjälplösa tillståndet

Co lovade redan under natten att han skulle skjutsa målsäganden till arbetet på morgonen. Han försökte få tag på henne först genom att åka dit vid åttatiden på morgonen, sedan genom att ringa och skicka SMS till hennes mobiltelefon. Det var viktigt för honom att hålla det han lovat, dvs. att skjutsa henne till arbetet eftersom han ville att de skulle ha sex flera gånger och då målsäganden var ”*en bra tjej*”.

Innan Co lämnade lägenheten tidigt på morgonen, lovade han målsäganden att ringa och väcka henne innan hon skulle upp och arbeta. Mellan kl. 08.00 och kl. 08.30 ringde Co till målsägandens mobil, men hon ville då inte svara. Detta har bekräftats av målsäganden själv.

Målsäganden har själv berättat att hon under natten fick uppfattningen att männen försökte hålla henne på gott humör och att de talade lugnande och förstående med henne. Hon fick uppfattningen att männen var måna om att hon skulle må bra och att hon inte skulle göra något som hon inte ville. Vid det tillfälle då hon märkte att sovrumsdörren var låst blev hon arg och frågade männen varför dörren var låst. Hon minns då att någon av dem som vid tillfället befann sig i sovrummet blev väldigt arg på de övriga männen och sa till dem att de inte kunde låsa dörren eftersom hon ville gå ut.

Angående citatet ”*[n]u ska vi hem och knulla henne allihop!*”, som enligt vittnesuppgifter Co skrikit utanför TB:s, har Co i kompletterande förhör förklarat med att han skojade och att han endast uttalade detta på skämt.

Co har visserligen skrutit om de sexuella aktiviteterna som pågick i lägenheten under natten när han befann sig på Statoil, men detta kan även betraktas som just skryt och rena överdrifter och de kan även förklaras med att han var berusad vid tillfället. Det är egentligen ingenting som med säkerhet tyder på att Co skulle ha haft sexuellt umgänge med målsäganden om han säkert hade vetat att hon var hjälplös.

Det finns inget som tyder på att Y skulle ha betett sig på ett hänsynslöst sätt mot målsäganden. Han uppgav att han efter de sexuella omgångarna som han deltog i under natten låg och pratade med målsäganden. Inget annat har av utredningen framkommit som kan tala för att han skulle ha handlat likadant även om han vetat om att målsäganden befann sig i ett hjälplöst tillstånd.

Även om T visserligen under natten ringde Ca och AM och bad dem komma till lägenheten har det inte framkommit att T skulle ha sagt till Ca och AM att de kunde förvänta sig sex i lägenheten. Varken AM eller Ca hade heller något sexuellt umgänge med målsäganden

8 Sammanfattande slutsatser

Mitt första syfte var att ta reda på det eventuella uppsåtets ställning inom svensk rätt utifrån vad som framkommit i förarbeten, doktrin och rättspraxis.

Jag har i min uppsats kommit fram till den slutsats att det eventuella uppsåtet, både enligt doktrin och praxis, är gällande rätt.

Mitt andra syfte var att undersöka hur det eventuella uppsåtet skall tillämpas i förhållande till ett gärningsmoment. Jag har i min uppsats kommit fram till att det, i fråga om eventuellt uppsåt beträffande gärningsmoment, skall göras en motsvarande bedömning som för eventuellt uppsåt beträffande effekt med en prövning i två led.

Mitt tredje syfte var att med utgångspunkt från Tumbafallet undersöka hur eventuellt uppsåt förhåller sig till ett hjälplöst tillstånd. Jag har i min uppsats företagit en sådan prövning utan att försöka döma i något avseende. Min slutsats är att det är möjligt att företa en sådan prövning i förhållande till ett hjälplöst tillstånd. Det finns däremot bevistekniska svårigheter med det eventuella uppsåtet. Min prövning visar att det är mycket svårt att bevisa huruvida de tilltalade hade ett eventuellt uppsåt eller inte och resonemanget bygger i huvudsak på spekulationer och antaganden. Det föreligger omständigheter i fallet som både talar för och emot ett eventuellt uppsåt och många av dessa omständigheter kan tolkas på olika sätt. Det är tveksamt om det föreligger tillräckligt starka skäl för att beviskravet skall anses vara uppfyllt.

Däremot är det fullt möjligt att företa en prövning av eventuellt uppsåt i förhållande till hjälplöst tillstånd. Alla uppsåtsformer måste kunna tillämpas oavsett brottstyp. Vissa uppsåtsformer kan inte vara tillämpliga endast för vissa brott då detta strider mot kravet på förutsebarhet.

En del av den kritik som riktats mot det eventuella uppsåtet är att det eventuella uppsåtet just bygger på hypoteser och spekulationer och därför utgör ett hot mot den tilltalades rättssäkerhet och förutsebarheten i rättstillämpningen. Jag vill här påpeka att när det gäller att bevisa uppsåt, bygger bedömningen alltid på spekulationer till viss del. Då vi aldrig med full säkerhet kan veta vilket uppsåt gärningsmannen haft måste vi vid uppsåtsbevisningen använda oss av allmänna erfarenhetssatser i de avseenden vi saknar kunskap om ett händelseförlopp. En sådan bedömning är alltid i viss mån spekulativ då den bygger på antaganden. Då alla utgår från olika erfarenhetssatser, blir bedömningen även subjektiv till viss del. Även om jag håller med om att det eventuella uppsåtet har en hel del brister och att det säkert finns fullgoda alternativ till denna form, är jag tveksam till om det går att ersätta det eventuella uppsåtet med en alternativ uppsåtsform som är helt befriad från bevissvårigheter av detta slag.

Det är ofrånkomligt att det alltid kommer att finnas bevissvårigheter när det gäller uppsåtet, således även när det gäller det eventuella uppsåtet. Jag misstänker dock att det finns allvarigare problem än så, när det gäller denna uppsåtsform. I dagsläget saknas det entydiga, lagstadgade regler för tillämpningen av det eventuella uppsåtet. I mitt arbete har det framkommit att prövningen av det eventuella uppsåtet i förhållande till gärningsmoment inte alltid har varit konsekvent genomförd i rättspraxis. Enligt min mening innebär detta ett hot mot den tilltalades rättssäkerhet. Ett fel använt eventuellt uppsåt eller för stor försiktighet vid tillämpningen av det, innebär ett större hot mot den tilltalades rättssäkerhet än ett konsekvent, korrekt användande av en uppsåtsform som visserligen bygger på hypoteser, men som åtminstone tillämpas på samma sätt oavsett person och oavsett brottet man begått. Det finns ett stort behov av ett klargörande genom lag eller rättspraxis, för att inte förutsägbarheten skall hotas. Jag tror att det är dags att den fortsatta diskussionen om eventuellt uppsåt fokuserar på en möjlig lagformulering av prövningens två led. Om denna uppsåtsform skall utgöra en del av gällande svensk rätt måste den även kunna användas vid prövningen av skuldfrågan utan att parterna riskerar en diskussion om dess tillämplighet eller riskerar att frågan utelämnas helt.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

- SOU 1923:9 *Förslag till strafflag. Allmänna delen m.m., Strafflagskommissionen*
- SOU 1940:20 *Med förslag till lagstiftning om förmögenhetsbrott, Justitiedepartementet*
- SOU 1953:14 *Förslag till brottsbalk, Straffrättskommitténs slutbetänkande*
- SOU 1996:185 *Straffansvarets gränser, del I och II, Straffansvarsutredningen, Justitiedepartementet, Malmö 1996*
- Prop. 2000/01:85 *Förberedelse till brott m.m., Regeringens proposition, Justitiedepartementet*
- SOU 2001:14 *Sexualbrotten – ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor, Betänkande från 1998 års sexualbrottskommittén, Justitiedepartementet 2001*

Litteratur

- Agge, Ivar;
Hans Thornstedt *Straffrättens allmänna del, Stockholm 1982*
- Andenaes, Johs. *Alminnelig strafferett, Oslo 1956*
- Brun, Hans;
Diesen, Christian;
Olsson, Thomas *Bevispraxis, bevis 5, Svensk bevispraxis 1948-1999, Upplaga 1:1, Stockholm 2000*
- Cavallin, Samuel *Skuld, Uppsala 1999*
- Danelius, Hans *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna; Stockholm 2002*

- Diesen, Christian *Bevisprövning i brottmål*, Stockholm 1994
- Ekelöf, Per Olof;
Boman, Robert *Rättegång, fjärde häftet*, upplaga 6:4, Stockholm 2002
- Frände, Dan *Allmän straffrätt, en introduktion*, Helsingfors 1994
- Frände, Dan *Brott och rättegång*, Helsingfors 2003
- Holmqvist, Lena;
Leijonhufvud, Madeleine;
Träskman, Per Ole;
Wennberg, Susanne *Brottsbalken, En kommentar, Del I (1-12 kap.)
Brotten mot person och förmögenhetsbrotten
m.m. Studentutgåva 2*, Göteborg 2000
- Jareborg, Nils *Allmän kriminalrätt*, Göteborg 2001
- Jareborg, Nils *Brotten, första häftet, grundbegrepp, brotten mot
person, andra upplagan*, Stockholm 1984
- Jareborg, Nils *Handling och uppsåt. En undersökning rörande
doluslärans underlag. With a summary Action
and Criminal Intent*, Stockholm 1969
- Jareborg, Nils *Straffrättens ansvarslära*, Göteborg 1994
- Jareborg, Nils *Uppsåt och oaktsamhet*, Uppsala 1986
- Leijonhufvud, Madeleine;
Wennberg, Susanne *Straffansvar, sjätte upplagan*, Göteborg 2001
- Strömmerstedt, Monica *Med vett och vilja? Uppsåtets gränser i doktrin
och rättspraxis*, Stockholm 1987
- Strahl, Ivar *Allmän straffrätt i vad angår brotten*; Stockholm 1976
- Sutorius, Helena;
Kaldal, Anna *Bevisprövning vid sexualbrott*; Stockholm 2003
- Träskman, Per Ole *"Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med
hållpunkter i sinnevärlden?"*, *Skuld och ansvar,
straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*,
Uppsala 1985, s. 56-73

Thyrén, C. W. Johan *Principerna för en strafflagsreform III*; Lund
1914

Waaben, Knut *Det kriminelle forsæet*, Köpenhamn 1957

Artiklar

Agge, Ivar *Förhandlingar å Det tjugoandra Nordiska
Juristmötet i Reykjavik, den 11-13 augusti 1960*;
Köpenhamn 1963, s. 140-143

Alexanderson, Nils ”*Tillämpning av läran om dolus eventualis*”;
SvJT 1945 s. 295-297

Andenaes, Johs. *Förhandlingar å Det tjugoandra Nordiska
Juristmötet i Reykjavik, den 11-13 augusti 1960*;
Köpenhamn 1963, s. 113-125

Asp, Petter ”*Uppsåtets nedre gräns*”, JT 2002-03 s. 613-616

Bergendal, Ragnar *Förhandlingar å Det tjugoandra Nordiska
Juristmötet i Reykjavik, den 11-13 augusti 1960*;
Köpenhamn 1963, s.138-139

Bomgren, Gunnar ”*Några reflexioner kring dolus eventualis*”,
SvJT 1961 s. 241-244

Cavallin, Samuel ”*Om uppsåtsprövningen i svensk rätt efter NJA
2002 s. 449*”, JT 2003-04 s. 3-16

Diesen, Christian ”*Bevisvärdering och vittnespsykologisk
utsageanalys. Metodlikheter och
metodskillnader*”, JT 1999-00 s. 298-311

Erenius, Gillis *Anm. av Festskrift till Stephan Hurwitz*, SvJT
1972 s. 674-681

Frändberg, Åke ”*Om rättssäkerhet*”, JT 2000-01 s. 269-280

Huldén, Tomas ”*Dolus eventualis än en gång*”, SvJT 1960 s.
598-604

- Ingblad, Fredrik *"Brottslig karaktär? Brottskapacitetens betydelse för uppsåtsprövningen."*, JT 2000-01 s. 790-804
- Karlgren, Hjalmar *"Dolus eventualis än en gång"*, SvJT 1960 s. 702-703
- Molin, Björn *"Eventuellt uppsåt, vad annars?"*, Tidskrift för Sveriges domareförbund 2003, nummer 3, s. 27-29
- Rudholm, Sten *Förhandlingar å Det tjugioandra Nordiska Juristmötet i Reykjavik, den 11-13 augusti 1960; Köpenhamn 1963, s. 139-140*
- Strahl, Ivar *Förhandlingar å Det tjugioandra Nordiska Juristmötet i Reykjavik, den 11-13 augusti 1960; Köpenhamn 1963, s. 144-145*
- Sutorius, Helena *"Den rättsliga prövningen av våldtäkt och kvinnors sexuella självbestämmanderätt – reflektioner med anledning av en rättsfallskommentar"*, JT 1997-98, s. 1297-1309
- Tapani Klami, Hannu;
Sorvettula, Johanna;
Hatakka, Minna *"Att bevisa uppsåt, synpunkter på bevismekanismen inom dolusläran"*, Tidsskrift for rettsvitenskap 1988 s. 387-404
- Thornstedt, Hans *Förhandlingar å Det tjugioandra Nordiska Juristmötet i Reykjavik, den 11-13 augusti 1960; Köpenhamn 1963, s. 125-135*
- Träskman, Per Ole *"Uppsåtets tredje form – sannolikhet, eller...?"*, JT 2002-03 s. 616-626
- Träskman, Per Ole *"Föränderligt och oföränderligt inom straffrättens allmänna läror"*, Nordisk Tidskrift for Kriminalvidenskap 2004, s. 160-179
- Wennberg, Susanne *"Södertäljemålet och förhållandet mellan våldtäkt och sexuellt utnyttjande"*, JT 1997-98 s. 506-512
- Westin, Håkan *"Sannolikt intet nytt"*, JT 2002-03, s. 626-632
- Zila, Josef *"En välkommen dom"*; JT 2002-03; s. 632-639

Övriga källor

Polisens förhörprotokoll Högsta domstolen Mål B 4646-03, diariernr.
0201-K40545-03, 0201-K81736-03

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från högsta domstolen

NJA 1903 s. 487
NJA 1912 s. 273
NJA 1934 s. 396
NJA 1941 s. 466
NJA 1942 s. 358
NJA 1942 s. 420
NJA 1947 B 239
NJA 1949 s. 689
NJA 1950 s. 391
NJA 1951 s. 227
NJA 1952 s. 476
NJA 1952 s. 560
NJA 1959 s. 63
NJA 1960 B 18
NJA 1963 C 644
NJA 1970 s. 240
NJA 1975 s. 594
NJA 1977 s. 630
NJA 1980 s. 514
NJA 1985 s. 757
NJA 1996 s. 27
NJA 1997 s. 538
NJA 2002 s. 449

Rättsfall från hovrätter

RH 1980:514
RH 1982:95
RH 2000:37.

Ej införda rättsfall

Svea hovrätt Mål B 3935-00
Svea hovrätt Mål B 8049-03
Högsta domstolen Mål B 4646-03