



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Karolina Toll

Aktsamhet vid sexuellt umgänge
En komparativ studie av skuldkravet vid våldtäkt i
norsk och svensk rätt

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Hanna Pettersson

Termin: HT 2013

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställning	4
1.3 Avgränsning	5
1.4 Metod och material	5
1.5 Forskningsläge	6
1.6 Disposition	6
2 STRAFFRÄTTSLIGA FÖRUTSÄTTNINGAR	8
2.1 Brottsbeskrivningsenlighet	8
2.2 Skuldprincipen och täckningsprincipen	9
2.3 Beviskrav och bevisbörda	9
3 SKULD	11
3.1 Skuldprincipen	11
3.1.1 Uppsåt	11
3.1.2 Oaktsamhet	12
3.2 Skyldkravet	12
3.2.1 Forsett	12
3.2.2 Uaktsomhet	13
4 VÅLDTÄKTSBROTTET	15
4.1 Våldtäkt eller voldtekt	15
4.2 Skuldkravet vid våldtäkt	17
4.2.1 Uppsåt som grund för klander	17
4.2.2 Grovt uaktsom voldtekt	17
5 MOTIV	19

5.1	Bakgrunden till kriminalisering	19
5.2	Reaktioner	20
5.3	Den svenska inställningen	21
6	PRAXIS	23
6.1	Umeå-målet	23
6.2	Norsk praxis	23
6.2.1	Våldtäkt i nära relationer	23
6.2.2	Ute av stand til å motsette seg handlingen	25
7	ANALYS	27
7.1	Skillnader i skuldkrav	27
7.2	Rättspolitiska skäl för respektive skuldkrav	27
7.2.1	Norge	27
7.2.2	Sverige	28
7.3	Funktion och resultat	29
7.4	Avslutande anmärkningar	30
	BILAGA A	32
	BILAGA B	33
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	34
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	37

Summary

During the past year, rape cases have attracted a lot of medial attention. Especially the judgement in a case from the district court of Umeå received a lot of criticism due to the courts argument concerning the offender's criminal intent, i.e., his intention and understanding of the act. The judges of the court discussed in what ways one could understand the plaintiffs body language when she put her legs together as the defendant tried to insert a wine bottle into her genitals.

Rape is, according to the 1st chapter and 2 § of the Swedish penal code (BrB), a crime that requires criminal intent and the defendant thus have to at least have perceived the risk of the existence of certain factors or of the occurrence of an effect to be held liable. When judging whether the defendant had criminal intent one must always proceed from what the defendant actually perceived in the moment of the criminal act. In the case mentioned above, the court came to the decision that it was not proven beyond reasonable doubt that the offender had understood that the plaintiff did not consent to the use of the wine bottle and acquitted the defendant. Considering the great number of reactions to the verdict one might wonder if the offender *should* have understood the plaintiffs body language as a lack of consent and therefore is blameworthy. In Norway, the rape provision would apply event to such a situation since the adoption of the law on "rape by gross negligence" in 2000.

The purpose of this essay is to examine the differences between the Swedish and the Norwegian rape provision regarding the requirements of culpability as well as to clarify the reasons for any such differences. Initially the different models of defining culpability in the two legal systems will be analysed and thereafter the legal policy reasons for each model. A question at issue has been to examine the effectiveness of the provision and if an adoption of a similar provision could be suggested in Sweden.

It can, according to this review, be stated that the differences in requirements of culpability in rape cases are due to the fundamental differences in defining criminal intent in Swedish and Norwegian law. Furthermore, the essay illustrate that the provision of "rape by gross negligence" seem to have had practical effect and that most of the misgivings expressed by way of introduction, have not been realized. In conclusion the analysis provides evidence of the idea that an adoption of a provision of "rape by gross negligence" in Sweden is possible but not necessary to the same extent as in Norway.

Sammanfattning

Det senaste året har flertalet våldtäktsmål fått stor uppmärksamhet i media. Ett resonemang i en dom ifrån Umeå tingsrätt angående gärningsmannens uppfattning av en situation, den subjektiva delen av uppsåtet, kritiserades särskilt hårt. Domstolen diskuterade på vilka olika sätt man kunnat uppfatta en målsägandes kroppsspråk när hon, då den tilltalade sökte föra in en vinflaska i hennes underliv, sammanförde sina ben.

Våldtäkt är enligt 1:2 BrB ett uppsåtligt brott och för en fällande dom krävs således åtminstone en insikt om risken för att en följd ska inträffa eller förevaron av vissa omständigheter. Man ska vid uppsåtsbedömningen utgå ifrån gärningsmannens faktiska uppfattning av situationen. I målet vid Umeå tingsrätt bedömde domstolen att det inte var ställt utom rimligt tvivel att gärningsmannen uppfattat målsägandes agerande som bristande samtycke och frikände därför den tilltalade. Med tanke på de mediala reaktionerna kan man undra om den tilltalade kanske *borde* ha uppfattat kroppsspråket som bristande samtycke och därför kan klandras. I Norge omfattas även en sådan situation av våldtäktsbestämmelsen då man sedan år 2000 kriminaliserat även grovt oaktsam våldtäkt.

Syftet med denna framställning är att utreda skillnaderna i svensk och norsk rätt avseende skuldkravet i våldtäktsmål och bakgrunden till dessa. Först studeras utformningen av skuldkrav i de två rättsordningarna och sedan vilka rättspolitiska skäl som ligger bakom respektive skuldkrav. En frågeställning har också varit att söka ta reda på hur bestämmelsen fungerat och om en liknande bestämmelse skulle kunna vara aktuellt i Sverige.

Det kan efter detta studium av skuldkravet i våldtäkt konstateras att det är de grundläggande skillnaderna i uppsåtsutformningen som ligger bakom de skilda kraven. Uppsatsen belyser dessutom att bestämmelsen om grovt oaktsam våldtäkt till synes fungerat väl och att flertalet av de farhågor man inledningsvis hade inte har realiserats. Slutligen konstateras att det skulle vara möjligt att införa en bestämmelse om oaktsam våldtäkt men att behovet för detta inte torde vara lika stort i Sverige som i Norge.

Förkortningar

Besl. O.	Beslutning Odelstinget (lovvedtak)
Bet.	Betänkande
BrB	Brottsbalken (1962:700)
HD	Högsta Domstolen
HovR	Hovrätten
Innst. O.	Instillinger til Odelstinget
JV	Jussens Venner
JT	Juridisk Tidsskrift
LA	Agder Lagmannsrett
LB	Borgarting Lagmannsrett
LE	Eidsivating Lagmannsrett
LF	Frostating Lagmannsrett
LG	Gulating Lagmannsrett
LH	Hålogaland Lagmannsrett
LoR	Lov og Rett
NJA	Nytt Juridisk Arkiv
NOU	Norges offentlige utredninger
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon
Prop.	Regeringens proposition
Prot.	Protokoll
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
Kgl. res.	Kongelig resolusjon
Rt.	Norsk Retstidende (avgöranden från Høyesterett)
SOU	Statens offentliga utredningar
Strl. (1902)	Straffeloven, 1902-05-22
Strl. (2005)	Lov om straff, 2005-05-28
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Det senaste året har flertalet våldtäktsmål fått stor uppmärksamhet i media. Ett resonemang i en dom ifrån Umeå tingsrätt¹ angående gärningsmannens uppfattning av en situation, den subjektiva delen av uppsåtet, kritiserades särskilt hårt. Domstolen diskuterade på vilka olika sätt man kunnat uppfatta en målsägandes kroppsspråk när hon, då den tilltalade sökte föra in en vinflaska i hennes underliv, sammanförde sina ben. Tingsrätten ansåg att detta kunde tolkas som att det inte förelåg samtycke till handlingen men att det, på grund av den spontana karaktär sexuellt umgänge normalt innebär, även torde kunna uppfattas som blygsel.

I detta resonemang ligger det som jag blev nyfiken på att undersöka ytterligare. Domstolen ska vid en prövning av uppsåtet utgå ifrån gärningsmannens uppfattning av situationen men en uppenbart orimlig invändning ifrån den tilltalade om att hen inte förstått kan av domstolen lämnas utan avseende.² En, enligt domstolens mening, rimlig invändning ifrån den tilltalade om att hen inte uppfattat bristen på frivillighet innebär däremot att det finns rimliga tvivel och åtalet bör ogillas.³

Det är vanskligt att bedöma rimligheten i domstolens tolkning enbart utifrån domen men det öppnar upp för frågan om det finns situationer där, även om gärningsmannen inte uppfattat avsaknaden av samtycke, eventuellt *borde* ha gjort det och därför kan klandras. Mitt intresse för att jämföra ländernas reglering väcktes då jag uppdagade att våldtäktsbestämmelsen i Norge även omfattar dessa situationer efter kriminaliseringen av grovt oaktsam våldtäkt.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna framställning är dels att utreda skillnaderna i skuldkravet i norsk och svensk rätt och dels att utreda bakgrunden till dessa skillnader. En frågeställning är således hur skuldkravet utformats i de två rättsordningarna och vilka rättspolitiska skäl som anförts för respektive skuldkrav. För att på ett värdefullt sätt kunna analysera motiven och göra en givande jämförelse krävs att gällande rätt först utreds. Både ett rättsutvecklingsperspektiv och ett komparativt perspektiv tillämpas. En tredje frågeställning som jag sökt

¹ Mål nr. B 516-13.

² Att gärningsmannens uppfattning måste korrespondera med det verkliga händelseförloppet benämns täckningsprincipen. Se Asp, Ulväng & Jareborg, *Kriminalrättens grunder* (2011), s. 352. Domstolens fria bevisvärdering stadgas i 35:1 RB.

³ I brottmål använder man sig av ett beviskrav som innebär att det ska vara ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade begått gärningen. Se NJA 1980 s. 725 samt Asp, Ulväng & Jareborg (2011), s. 295.

besvara är hur bestämmelsen om grovt oäktsam våldtäkt fungerat i norsk rätt och om införande av en liknande bestämmelse skulle kunna vara aktuellt i Sverige.

1.3 Avgränsning

På grund av uppsatsens ringa omfång har flertalet aspekter fått utelämnas eller endast berörts i korthet. EU-rättslig reglering utelämnas helt med hänsyn till de begränsade befogenheter EU än så länge har på området samt Norges val att stå utanför det europeiska samarbetet. En dom ifrån Europadomstolen⁴ som har varit mycket betydelsefull i debatten angående samtycke kommer också utelämnas. Skuldprincipen och hur man bedömer uppsåt och oäktsamhet är frågor med stor möjlighet till fördjupning men ett heltäckande studium är tyvärr inte möjligt i denna framställning.

1.4 Metod och material

Utgångspunkten har varit att genom s.k. rättsvetenskaplig metod utreda skuldkravet i våldtäktsbestämmelsen i svensk och norsk rätt och de skäl som anförts för detta. Med detta uttryck åsyftas ett studium av rätten ur ett inifrånperspektiv genom användande av de enligt rättskälleläran relevanta rättskällorna lag, förarbeten, praxis och doktrin. Även rättskälleläran är dock ett begrepp som inte lätt låter sig definieras men här avses den hierarkiska ordning där lagen har störst dignitet.⁵

I denna framställning har även en komparativ metod använts. Vid komparativa studier finns en uppenbar risk för feltolkningar då man inte sällan utgår ifrån de grundläggande rättsliga koncept och tolkningsmetoder som finns i ens eget rättssystem. Norge och Sverige anses tillhöra den kontinentaleuropeiska rättsfamiljen och rättssystemen har många gemensamma drag.⁶ Det räcker dock inte med ett antagande om att så är fallet men redan vid en ytlig undersökning framstår skillnaderna som förhållandevis små. I norsk rätt utgår man ifrån en teori om rättskälleläran utarbetad av Torstein Eckhoff vars relevanta rättskällor i huvudsak överensstämmer med de svenska.⁷

⁴ M.C v. Bulgaria Application no. 39272/98. Domen behandlade utformningen och tillämpningen av sexualbrottslagstiftning i Bulgarien. Efter domen har diskuterats om den innebär ett krav på medlemsstaterna att utforma lagstiftningen så att den omfattar alla former av sexuella handlingar utan samtycke eller om krav på tvång och våld kan kvarstå. Domen utelämnas med hänsyn till att den, trots viss relevans, ligger i utkanten av det ämnesområde som uppsatsen behandlar.

⁵ För en problematisering av begreppen se Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation* (2007), s. 36 ff. samt Sandgren, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, TfR 4-5/2005, s. 651.

⁶ Bogdan, *Concise introduction to comparative law* (2013), s. 29 ff. samt s. 76.

⁷ Boe, *Grunnleggende juridisk metode – en introduksjon til rett og rettstenkning* (2010), s. 109 ff., samt s. 166.

Då språket givetvis är något som kan vålla problem i en juridisk komparation har juridiskt relevanta begrepp studerats mer ingående och förklarats för att undvika felaktigheter.⁸

Jag har inte upplevt några svårigheter i att få tillgång till det norska materialet. Høyesterett har i mål om grovt oaktsam våldtäkt än så länge endast prövat straffmätning- och ersättningsfrågor och jag har därför valt att också ha med praxis ifrån Lagmansrett som är Norges motsvarighet till hovrätt.⁹ Rättsfallen är slumpmässigt valda, en ifrån vardera Lagmannsrett, för att belysa hur bestämmelsen tillämpats. Det har inte varit min avsikt att göra en heltäckande empirisk undersökning av praxis men de fall som undersökts kan med fördel delas in i två grupper: våldtäkt i nära relationer och våldtäkt där offret inte kunnat värja sig på grund av berusning.

Slutligen kan nämnas att hen genomgående används som pronomen istället för att skriva ut ”han eller hon” emedan ”gärningsman” behålls då termen ”gärningsperson” är något otymplig.¹⁰

1.5 Forskningsläge

Inom svensk juridisk doktrin har frågan om kriminalisering av grovt oaktsam våldtäkt inte utretts i någon större utsträckning. Madeleine Leijonhufvud behandlar ämnet i *Samtyckesutredningen* och Petter Asp gör ett relativt ingående studium av hur en liknande bestämmelse skulle kunna utformas i svensk rätt i boken *Sex och samtycke*. I övrigt tycks den svenska debatten fokuserat på en samtyckesreglering. I Norge har frågan, förutom i framställningar som behandlar hela straffrätten, uppmärksamats i ett antal artiklar av bl.a. Anders Bratholm, Kjell V. Andorsen, Aina Mee Ertzeid, Ragnild Hennem samt Trine Rjukan och Mette Loe. Det bör påpekas att den norska tidskriften *Kritisk Juss* inte är helt neutral i sitt förhållningssätt utan är avsedd att ha en kritisk synvinkel på rätten.

1.6 Disposition

Inledningsvis kommer redogöras för grundläggande straffrättsliga förutsättningar, skuldkravet och våldtäktsbestämmelsen i Sverige och

⁸ Bogdan (2013), s. 36 f.

⁹ Se Rt. 2004 s. 321, Rt. 2004 s. 970, Rt. 2004 s. 1553, Rt. 2005 s. 246, Rt. 2006 s. 513, Rt. 2006 s. 961, Rt. 2008 s. 1383, Rt. 2012 s. 201, Rt. 2012 s. 1129, Rt. 2012 s. 1615, Rt. 2013 s. 727.

¹⁰ Här hänvisas till ett uttalande i förordet till *Kriminalrättens grunder* där behovet för ett könsneutralt pronomen i juridisk text påtalats samt att även domstolar numera tillämpar hen. Se Asp, Ulväng & Jareborg (2011), s. 7 samt HovR B 300-12.

Norge. Därefter berörs skuldkravet vid våldtäkt i de olika rättssystemen. I följande avsnitt utreds motiven till lagstiftningen samt hur man ställt sig till en sådan kriminalisering i svensk rätt. För att visa hur bedömningen görs i svensk rätt refereras det i inledningen nämnda målet ifrån Umeå tingsrätt, mål nr. B 516-13. En genomgång av norsk praxis sker i anslutning till detta för att belysa resultatet av kriminaliseringen. Uppsatsen avslutas med att ländernas olika regleringar av skuldkravet vid våldtäkt jämförs och analyseras med hjälp av praxis.

2 Straffrättsliga förutsättningar

Den nu gällande norska straffeloven 1902¹¹ har med små ändringar varit i kraft sedan 1905.¹² Den nya straffeloven¹³ antogs av Stortinget 2005 men idag är endast bestämmelserna om folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser i kraft.¹⁴ I det följande refereras till de nya bestämmelserna i fotnoterna.

2.1 Brottbeskrivningsenlighet

För att ett brott ska anses vara begånget krävs enligt svensk rätt att fyra kriterier är uppfyllda. Gärningsmannens handling måste motsvara de objektiva brottsförutsättningar som uppställs i ett straffbud, inga rättfärdigande eller ursäktande omständigheter får föreligga och det allmänna skuldkravet måste uppfyllas. De rättfärdigande omständigheter som kan fria från ansvar är till exempel nöd, nödvärn, samtycke eller oskrivna regler om social adekvans.¹⁵ Det krävs också att gärningsmannen enligt teorin om gärningsculpa har haft kontroll över sitt handlande.¹⁶

Enligt norsk rätt krävs att en handling korresponderar med gärningsbeskrivningen i ett straffbud, är *rettsstridig* och begången av en person som har subjektiv skuld och anses *tilregnelig*.¹⁷ Några av begreppen kräver förtydliganden. Med *rettsstridig handling* menas att handlingen motsvaras av gärningen i ett straffbud och att ingen straffrihetsgrund föreligger. En uttömmande lista på vilka straffrihetsgrunder som utesluter ansvar finns inte men som exempel kan nämnas nödrett, nödverge och samtycke.¹⁸ *Tilregnelighet* innebär att man kräver en ”*viss grad av sjelelig sunnhet och modenhet*” men lagen ger ingen definition utan stadgar endast vad som utesluter tillräknelighet.¹⁹ I Sverige har vi som bekant inget liknande begrepp utan en allvarlig psykisk störning får endast betydelse vid valet av påföljd.²⁰ Några större skillnader föreligger således inte avseende brottbeskrivningsenlighet.²¹

¹¹ Alminnelig borgerlig straffelov 22. mai 1902 nr. 10.

¹² NOU 2002:4 s. 47.

¹³ Lov om straff 20. mai 2005 nr. 28.

¹⁴ Besl. O. Nr 63 (2004-2005). Trädde i kraft 7. mars 2008, jfr. Kgl. res. 7. mars. 2008 nr. 225, jfr Strl. (2005) 411 § 2 st.

¹⁵ Asp, Ulväng & Jareborg (2011), s. 33 f. samt s. 228 ff. Nöd, nödvärn och samtycke återfinns i 24 kap. BrB.

¹⁶ Asp, Ulväng & Jareborg (2011), s. 146 f.

¹⁷ Andenæs, *Alminnelig strafferett* (2004), s. 101.

¹⁸ Andenæs (2004), s. 150 f. Att nödrett och nödverge grundar straffrihet framgår av 47-48 §§ Strl. medan samtyckets straffriande verkan är en oskriven sedvaneregulering.

¹⁹ Andenæs (2004), s. 288 f.

²⁰ Jareborg & Zila, *Straffrättens påföljdslära* (2010), s. 18.

²¹ För straffbarhet måste egentligen även ett flertal andra processuella förutsättningar som här utelämnas vara för handen. Se t.ex. Asp, Ulväng & Jareborg (2011), s. 43 f. Se även Andenæs (2009).

2.2 Skuldprincipen och täckningsprincipen

Enligt skuldprincipen måste man för straffbarhet ha ådagalagt skuld i form av oaktsamhet eller uppsåt. Detta grundar sig i konformitetsprincipens budskap om att endast straffa den som kunnat rätta sig efter lagen. Skuldprincipen kompletteras även av täckningsprincipen som innebär att gärningsmannens skuld måste täcka brottsrekvisiten i straffbudet samt frånvaron av rättfärdigande omständigheter.²² Det krävs alltså överensstämmelse mellan gärningsmannens uppfattning av händelseförloppet och det verkliga. Om gärningsmannen trodde att t.ex. samtycke förelåg och därför företagit handlingen i tron att den är tillåten så föreligger inte täckning. Gärningsmannen har då inte uppsåt till att gärningen är otillåten. Eftersom utgångspunkten är att själva handlingen är kontrollerad och således uppsåtlig prövas endast täckning i förhållande till omständigheter och följder.²³

I norsk rätt krävs också personlig skuld i form av oaktsamhet eller forsett för straffansvar då endast den som kunnat rätta sig efter lagen skall klandras.²⁴ I Straffelovens §40 1 st.²⁵ stadgas att det som huvudregel krävs uppsåt när något annat inte uttryckligen anges. Bestämmelsen reglerar, liksom 1 kap 2 § brottsbalken (1962:700), skuldkravet och hur man ser på handlingar förövade i berusat tillstånd. I likhet med den svenska bestämmelsen utesluter självförvållad berusning inte uppsåt. Täckningsprincipen, berörd ovan, motsvaras av dekningsprinsippens krav om att uppsåtet måste täcka straffbudets alla objektiva förutsättningar. Med detta menas i första hand att följden och inte alla led i händelseutvecklingen ska omfattas av uppsåt.²⁶ En grundläggande straffrättslig princip som får betydelse för skuldkravet är att var och en ska bedömas efter sin uppfattning av situationen i gärningsögonblicket vilket framgår av § 42 Strl.²⁷

2.3 Beviskrav och bevisbörda

Av vikt för den straffrättsliga processen är beviskravet och placeringen av bevisbördan. Det är åklagaren som skall visa att gärningen gått till på det sätt som påstås i åtalet och efter invändning om rättfärdigande omständigheter är det också åklagarens uppgift att visa att inte några sådana föreligger. I brottmål är beviskravet att det ska vara *ställt utom rimligt tvivel* och samma beviskrav torde utan tvekan gälla för uppsåt som för övriga

²² Asp, Ulväng & Jareborg (2011), s. 297 f.

²³ Asp, Ulväng & Jareborg (2011), s. 352 ff.

²⁴ Andenæs (2004), s. 208 f. Forsett är det norska uttrycket för uppsåt.

²⁵ Strl. (2005) 21 §.

²⁶ Andenæs (2004), s. 221 ff.

²⁷ Strl. (2005) 25 §.

objektiva brottsförutsättningar.²⁸ Att detta beviskrav gäller även i mål om sexualbrott har betonats i t.ex. NJA 2009 s. 447 I och II.

Att beviskravet avgränsas till att endast omfatta *rimligt tvivel* innebär att det ska vara rationellt, konkret och relativt. Rimligt tvivel, och underlag för en friande dom, föreligger således när man logiskt kan motivera ett alternativt händelseförlopp som även stöds av utredningen. Att det ska vara relativt innebär att kravet på underlag stiger ju allvarligare brott det rör sig om.²⁹

I Norge, liksom i Sverige, åvilar bevisbördan i straffrätt som regel åklagarsidan och principen *In dubio pro reo*, att tvivel ska räknas den tilltalade till godo, gäller enligt sedvänja. Detta innebär att inte bara vid oklarheter kring huruvida gärningsmannen begått den ifrågavarande handlingen utan även vad gäller invändningar om straffriande grunder, skuld och tillräknelighet ska tvivel komma honom till godo.³⁰ Det finns ingen uttrycklig regel vari beviskravet stadgas men det råder inga tvivel om att *bevist utover enhver rimelig tvil* är det som krävs åtminstone för straffrättens vidkommande. Precis som i svensk rätt innebär detta att inte allt tvivel men det *rimliga* ges betydelse samtidigt som man hellre friar än faller.³¹ Huvudsaklig överensstämmelse råder således mellan norsk och svensk rätt i förhållande till bevisningen.

²⁸ Asp, Ulväng & Jareborg (2011), s. 295 samt s. 308 f. Se NJA 1980 s. 725.

²⁹ Diesen, *Utom rimligt tvivel – om beviskrav och bevisvärdering i brottmål*, JT Nr 2 1996/97 s. 526.

³⁰ Ekelöf, *Rättegång IV* (2002), s. 113 samt Andenæs (2004), s. 102 f.

³¹ Andenæs (2004), s. 102 och Andenæs, *Norsk straffeprosess samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer*, (2009), s. 160 f. Se även Kolflaath, *Bevist utover enhver rimelig tvil*, TfR vol. 124, 2/2011, s. 135-196.

3 Skuld

3.1 Skuldprincipen

3.1.1 Uppsåt

De flesta brotten i BrB är uppsåtliga men detta framgår inte explicit av straffbuden utan av 1:2 BrB. Däri stadgas att uppsåt krävs om inte annat är särskilt föreskrivet. Om oaktsamhet räcker ska detta således framgå av bestämmelsen. Hur uppsåt definieras och är tänkt att fungera får praxis och doktrin söka ge svar på då ingen legaldefinition existerar.³²

Uppsåt uttrycks ibland som att man agerar med ”med vett och vilja” men är missledande eftersom det inte krävs en positiv inställning varken till omständigheterna eller följden. En gärningsman kan således agera uppsåtligt men hoppas på att följden aldrig inträffar. Detta brukar beskrivas som den voluntativa delen av uppsåtet och innefattar bland annat avsikt, syfte och vilja. Den kognitiva delen av uppsåtet är gärningsmannens vetskap, visshet eller insikt.³³

Tidigare definierades uppsåt i svensk rätt i termer av direkt, indirekt och eventuellt uppsåt. Sedan framförallt det eventuella uppsåtet, s.k. dolus eventualis fått stark kritik har man till viss del lämnat denna terminologi för den som presenterades i NJA 2004 s. 176.³⁴ De uppsåtsformer man laborerar med idag benäms avsiktssuppsåt, insiktssuppsåt och likgiltighetsuppsåt.³⁵

Avsiktssuppsåt är den högsta graden av skuld och innebär att *följden är ett syfte* eller ett medel för att uppnå ett mål eller syfte för gärningsmannen. Rent kognitivt måste syftets realiserande, för gärningsmannen, framstå som praktiskt möjligt. En gärningsman som har avsiktssuppsåt är åtminstone likgiltig inför följden men det krävs inte att hen ställer sig positiv till denna. När följden åsyftas av gärningsmannen krävs inte mer än kännedom om gärningsomständigheterna. Insiktssuppsåtet refererar endast till gärningsmannens kognitiva uppfattning om omständigheterna eller följden. Här fordras att denne *inte hyser några egentliga tvivel* eller är *praktiskt taget säker* på att en följd kommer inträffa eller att en viss omständighet föreligger.³⁶

Sedan NJA 2004 s. 176 utgör likgiltighetsuppsåt den nedre gränsen mot oaktsamhet. I målet stod en man åtalad för försök till grov misshandel eller

³² Asp, Ulväng & Jareborg (2011), s. 297.

³³ Asp, Ulväng & Jareborg (2011), s. 310 f.

³⁴ Kritiken rörde den praktiska tillämpningen av dolus eventualis som innebar att det måste stå klart att gärningsmannen skulle ha begått handlingen även om hen varit säker på att följden därmed skulle inträffa, en prövning av en helt hypotetisk situation

³⁵ Asp, Ulväng & Jareborg (2011), s. 320.

³⁶ Asp, Ulväng & Jareborg (2011), s. 321 ff.

framkallande av fara för annan efter att som HIV-smittad haft flertalet oskyddade samlag med målsägandena. Enligt HD föreligger viss likgiltighet redan när gärningsmannen kognitivt insett risken för att en effekt skall inträffa. För uppsåt krävs dock att man är likgiltig också inför realiserandet av denna. HD uttalade att avgörande var ”...*att förverkligandet av effekten eller förekomsten av omständigheten, vid gärningstillfället inte utgjorde ett för gärningsmannen relevant skäl för att avstå från gärningen.*” Inte heller vid likgiltighetsuppsåt krävs en positiv inställning rörande följdens förverkligande hos gärningsmannen. Likgiltigheten hänför sig till att gärningsmannen handlat *trots insikten* om risken.

3.1.2 Oaktsamhet

Skillnaden mellan uppsåt och oaktsamhet rör gärningsmannens inställning till realiserandet av en följd eller förekomsten av omständigheter. En gärningsman kan nämligen ha samma kognitiva uppfattning av en situation som vid likgiltighetsuppsåt och ändå inte anses agera med uppsåt. Så är fallet då man agerar med visshet om risken inför att något skall inträffa men utan att vara likgiltig inför detta. Man är således likgiltig inför risken men inte för realiserandet av följden. Denna form av oaktsamhet brukar betecknas medveten oaktsamhet eller culpa luxuria. Om gärningsmannen inte har kognitiv insikt om risken för att en följd ska inträffa men borde ha förstått det eller hade skälig anledning att anta att så var fallet föreligger istället omedveten oaktsamhet, s.k. culpa negligentia. Likgiltigheten hänför sig till *huruvida* det föreligger en risk överhuvudtaget och denna oförsiktighet anses därför mindre klandervärd än det medvetet oförsiktiga agerandet.³⁷

3.2 Skyldkravet

3.2.1 Forsett

Vad forsett innebär i norsk rätt är inte stadgat i lag.³⁸ Klart är dock att begreppet har en juridisk teknisk betydelse som inte överensstämmer helt med den i vardagligt tal använda. Uppsåt beskrivs ofta som viljan eller medvetenheten om att företa en handling beskriven i ett straffbud.

Uppsåt föreligger om följden är *avsiktlig* vilket innebär att gärningsmannen önskar att följden inträffar oavsett hur hen sedan förhåller sig till denna och om det faktiskt är genomförbart. Om gärningsmannen *räknar med* att följden kommer inträffa eller anser det vara *övervägande sannolikt* föreligger också uppsåt.³⁹ Även här är det irrelevant hur gärningsmannen känner inför realiserandet av följden. Norsk rätt skiljer sig på denna punkt

³⁷ Asp, Ulväng & Jareborg (2011), s. 334 ff.

³⁸ I Strl. (2005) finns en legaldefinition av begreppet i 22 §. Se Bilaga B.

³⁹ Andenæs (2004), s. 232 f.

ifrån svensk rätt eftersom man i Sverige valt bort sannolikhetsuppsåt. Det är gärningsmannens bedömning av sannolikheten som avses och inte den objektivt riktiga. Graden av sannolikhet som krävs är svårt att fastställa men torde enligt praxis innebära att det för gärningsmannen ska framstå som mer sannolikt att följden realiserar än att den inte gör det.

Man har, som i svensk rätt, laborerat med ett *dolus eventualis*⁴⁰ som hårt kritiserats eftersom det inte utgår ifrån gärningsmannens faktiska handlande utan vad denne hade gjort under andra omständigheter.⁴¹ Den nedre gränsen för uppsåt dras istället vid *positiv innvilgelsesteori*, eventuellt uppsåt, där man frågar sig om en gärningsman medvetet skulle ha valt att begå handlingen även om hen var mer säker på att följden skulle inträffa. Om svaret är ja föreligger uppsåt. Gärningsmannen ser följden som möjlig men inte tillräckligt för medvetenhets- eller sannolikhetsuppsåt. Detta eventuella uppsåt skiljer sig ifrån medveten oaktsamhet genom att man vid medveten oaktsamhet är medveten om risken men hoppas att följden inte inträffar medan man vid eventuellt uppsåt handlar oavsett om följden inträder eller ej.⁴² Det finns alltså ett hypotetiskt element. Denna form för uppsåt liknar i mångt och mycket det svenska likgiltighetsuppsåtet.⁴³

3.2.2 Uaktsomhet

En gärningsman som inte agerar med uppsåt kan ibland också klandras för att ha agerat oaktsamt, i norsk rätt *bevisst* och *ubevisst uaktsomhet*.⁴⁴ Oaktsamhet är liksom uppsåt ännu inte definierat i lag utan framgår av praxis och doktrin.⁴⁵ Det som vid oaktsamhet läggs gärningsmannen till last är att denne inte agerat som en aktsam person skulle ha gjort. Gärningen jämförs med en aktsamhetsnorm som kan vara mer eller mindre svår att fastställa.⁴⁶ Värt att notera är att en bedömning sker i varje enskilt fall, inte varje litet avsteg ifrån en norm är oaktsam.

Medveten oaktsamhet gränsar till uppsåt och är således mer klandervärd än omedveten. Det medvetet oaktsamme är hänsynslös i förhållande till risken, det omedvetet oaktsamme i förhållande till om det överhuvudtaget finns en risk. Man skiljer mellan simpel och grov oaktsamhet men dessa korresponderar inte alltid med omedveten och medveten oaktsamhet. Ett medvetet oaktsamt handlande kan således vara fullt ursäktligt och tvärtom.⁴⁷

Vid grov oaktsamhet, som kan föranleda straff vid till exempel våldtäkt har Høyesterett uttalat att det måste "...foreligge en kvalifisert klanderverdig

⁴⁰ Se 3.1.1. ovan.

⁴¹ Andenæs (2004), s. 234 f. Se Rt. 1991 s. 600.

⁴² Andenæs (2004), s. 236 ff.

⁴³ Se 3.1.1. Se även Andorsen, *Dolus eventualis – 12 år etter*, JV, 03/2009, s. 155-180.

⁴⁴ Andenæs (2004), s. 243.

⁴⁵ I Strl. (2005) finns en legaldefinition av begreppet i 23 §. Se Bilaga B.

⁴⁶ För vårdslöshet i trafik används t.ex. ofta trafikföreskrifter medan man i andra fall är hänvisad till hur en allmänt förständig person hade handlat.

⁴⁷ Andenæs (2004), s. 243 ff.

opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet...”.⁴⁸ Exakt vad *en kvalifisert klanderverdige opptreden* innebær er inte klarlagt men skillnaden gentemot simpel uaktsomhet torde vara stor.⁴⁹ I förhållande till straffbud som innefattar integritetskränkningar, såsom exempelvis våldtäkt, måste oaktsamheten omfatta alla objektiva brottsförutsättningar.⁵⁰

⁴⁸ Se Rt. 1970 s. 1235 och 1983 s. 1222. Grov uaktsomhet definieras i 23 § 2 st. Strl. (2005).

⁴⁹ Andenæs, *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* (2008), s. 147.

⁵⁰ Andenæs (2004), s. 251 f.

4 Våldtäktsbrottet

4.1 Våldtäkt eller voldtekt

I Sverige regleras sexualbrotten i 6 kap. BrB. Enligt 1 § är det straffbart att tilltvinga sig *samlag* genom misshandel, annars med våld eller genom hot om brottslig gärning. Straffbelagt är också att med samma medel tvinga någon att företa eller tåla annan *sexuell handling* som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag. Våldtäkt anses även föreligga om man har samlag eller utför en sexuell handling jämförlig med samlag med någon som på grund av medvetlöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada eller psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en *särskilt utsatt situation*.⁵¹

Med uttrycket *samlag* omfattas endast vaginala samlag men det krävs inte, utöver att könsdelarna vidrört varandra, att samlaget fullbordats.⁵² Orala och anala samlag omfattas istället av *sexuell handling*. Det har ingen betydelse vem som utför de orala handlingarna men det krävs att handlingen är kvalificerad det vill säga jämförlig med samlag. Således omfattas även att föra in föremål, fingrar eller en knytnäve i slida eller anus.⁵³ Att den sexuella handlingen ska vara jämförlig med samlag innebär till exempel att onani vanligen inte omfattas då det är kränkningen som ska vara lika grov som vid ett påtvingat samlag.

Uttrycken *misshandel* och *annars med våld* hänvisar till det våld som krävs enligt 3:6 och 4:4 BrB vilket bland annat innefattar att tillfoga annan kroppsskada, sjukdom eller smärta och annat fysiskt betvingande.⁵⁴ Hotelser måste inte vara uttalade utan även ett hotfullt beteende omfattas så länge det uppfyller kravet på hot om brottslig gärning.⁵⁵ Rörande tvångskravet krävs att det föreligger orsakssamband mellan det eller hotet och den sexuella aktiviteten men inte att offret gjort motstånd.⁵⁶ *Särskilt utsatt situation* riktar sig bland annat mot de situationer där offret på grund av rädsla inte förmår motsätta sig handlingen.⁵⁷

⁵¹ 6 kap. 1 § 2 st. BrB.

⁵² Se NJA 1981 s. 253 samt Nilsson, Brottsbalk (1962:700) 6 kap. 1 § Lexino 2013-08-19.

⁵³ Prop. 2004/05:45 s. 136 samt prop. 2012/13:111 s. 111.

⁵⁴ Fysiskt betvingande kan bestå i att rycka eller slita i någons arm eller kläder, knuffa eller hålla fast någon, eller med hjälp av sin kroppstyngd hindra någon ifrån att röra sig. Ett annat, för denna framställnings vidkommande, relevant exempel som ges i förarbetena är att fysiskt betvingande kan vara att tvinga isär någons ben.

⁵⁵ Prop. 2004/05:45 s. 134. En hotelse måste inte som tidigare avse omedelbart förestående våld mot liv eller hälsa utan även mindre allvarliga hotelser omfattas.

⁵⁶ Se Nilsson, Brottsbalk (1962:700) 6 kap. 1 § Lexino 2013-08-19.

⁵⁷ Prop. 2012/13:111 s. 113.

Våldtäkt anses i Norge enligt Strl. § 192 1 st. begången vid tre olika situationer.⁵⁸ Det är straffbart att skaffa sig *seksuell omgang* genom våld eller hotfullt beteende, att ha *seksuell omgang* med någon som är medvetlös eller inte kan motsätta sig handlingen eller att genom våld eller hotfullt beteende få någon att ha *seksuell omgang* med någon annan eller med sig själv.

Seksuell omgang kan översättas med sexuellt umgänge och omfattar förutom vaginala, anala och orala samlag även andra sexuella handlingar av viss intensitet.⁵⁹ Sexuella handlingar under samlagsliknande förhållanden räknas som sexuellt umgänge men det finns inte som i svensk rätt ett krav på att det ska vara jämförligt med samlag. Enligt praxis omfattas att föra in fingrar i slida eller anus, att slicka och suga på könsorganen, samlagsliknande rörelser mellan någons lår samt påtvingad onani.⁶⁰ För att bedömningen inte ska fokuseras på brottsoffrets beteende tog man vid revisionen år 2000 bort bestämmelsens uttryckliga krav på tvång emedan det fortfarande krävs kausalitet mellan den sexuella aktiviteten och våldet eller det hotfulla beteendet.⁶¹

Det går inte att generellt uttrycka hur mycket våld som krävs för att det ska bli tal om våldtäkt, en bedömning får istället göras från fall till fall.⁶² Av förarbetena framgår att i princip allt användande av våld omfattas.⁶³ Precis som i svensk rätt finns inget krav på att offret ska ha gjort någon form av motstånd.⁶⁴ Det hotfulla beteende som krävs skiftar beroende på den konkreta situationen men klart är att det inte måste röra sig om hotelser om kroppsligt våld eller något straffbart.⁶⁵

Båda våldtäktsbestämmelserna bygger således på att det rör sig om en påtvingad akt där kausalsamband föreligger mellan våld eller hot och det sexuella umgänget även om det uttryckliga kravet på tvång tagits bort i den norska bestämmelsen. I princip samma sexuella handlingar omfattas med undantag för påtvingad onani som bara omfattas av den norska bestämmelsen. Graden av våld som krävs torde vara ungefär lika emedan fler hotelser omfattas enligt norsk rätt som saknar ett krav på att hotelsen måste röra brottslighet. I varken den svenska eller norska bestämmelsen har det betydelse vilket kön gärningsman respektive offer har.⁶⁶

⁵⁸ Strl. (2005) 291 §. Se Bilaga A och B.

⁵⁹ Att samlag även omfattar anala och orala samlag framgår av 206 § Strl.

⁶⁰ Andenæs (2008), s. 139 f.

⁶¹ Matningsdal, *Norsk spesiell strafferett* (2010), s. 174. Tvång kvarstår dock som ett led i bedömningen men fokus ska ligga på kausalsambandet.

⁶² Andenæs (2008), s.142.

⁶³ Som exempel ges allt ifrån slag, sparkar och stryptag till att bara hålla fast offret så länge syftet är att övervinna eventuellt motstånd.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 29.

⁶⁵ Vid mindre allvarliga hotelser brister det i kausalsamband och påstående om sådana kan därför lämnas utan avseende.

⁶⁶ Andenæs (2008), s. 144 samt se Nilsson, *Brottsbalk (1962:700) 6 kap. 1§ Lexino 2013-08-19*.

4.2 Skuldkravet vid våldtäkt

4.2.1 Uppsåt som grund för klander

Att skuldkravet för våldtäkt är uppsåt innebär att det för svenskt vidkommande krävs att man åtminstone kan visa på likgiltighetsuppsåt hos gärningsmannen. Gärningsmannen ska således ha insett risken för att det inte förelåg samtycke till den sexuella handlingen och varit likgiltig inför detta faktum.⁶⁷ Förutom det ska en insikt om risken för att det föreligger orsakssammanhang mellan våld och sexuell handling inte fått gärningsmannen att avstå. Uppsåtet ska självfallet också täcka den kvalificerade sexuella handling som vidtagits och som är kriminaliserad enligt 6:1 BrB.⁶⁸

Även i norsk rätt utgör uppsåt grund för klander vid våldtäkt. Det innebär att man åtminstone enligt den positiva innvilgelsesteorin måste kunna visa att gärningsmannen medvetet skulle ha valt att begå den sexuella handlingen även om hen var mer säker på att samtycke inte förelåg. Uppsåtet måste täcka alla brottsrekvisit och gärningsmannen måste således förstå att det är våldet eller det hotfulla beteende som möjliggör sexuell umgänge och att samtycke inte föreligger. Detsamma gäller i de situationer där offret på grund av sömn eller berusning inte kunnat värja sig.⁶⁹

4.2.2 Grovt uaktsom voldtekt

Anders Bratholm påtalade behovet av en revision av våldtäktsbestämmelsen redan 1985 då han ansåg det visat att många tilltalade i våldtäktsmål handlat oaktsamt men inte uppsåtligt.⁷⁰

För att kunna kriminalisera grovt uaktsom voldtekt var man tvungen att klargöra till vilka rekvisit i brottsbeskrivningen oaktsamheten skulle hänföra sig. Det ansågs inte realistiskt att en gärningsman skulle kunna vara oaktsam i förhållande till det sexuella umgänget och man valde därför att kriminalisera oaktsamhet i förhållande till avsaknaden av samtycke (frivillighet). Grov oaktsamhet föreligger när gärningsmannen handlar trots att hen förstår att det finns en risk för att det sexuella umgänget inte är frivilligt eller inte reflekterade över frivillighetsaspekten och det är klandervärt att hen inte förstod att samtycke inte förelåg.⁷¹

”Det er den hensynsløse eller tankeløse atferd som rammes ved kriminalisering av den (grovt) uaktsomme atferd. For å kvalifisere till grovt

⁶⁷ SOU 2010:71 s. 254.

⁶⁸ Asp, ”Våldtäkt – ett rättsligt perspektiv” (2010), s. 54.

⁶⁹ Ertzeid, *Straffeloven §192 om voldtekt – et supplement til pensum i spesiell strafferett*, JV, vol. 41, 6/2006, s. 354.

⁷⁰ Bratholm, *Straff for uaktsom voldtekt?*, LoR, nr. 1 1985, s. 1 f.

⁷¹ NOU 1997:23 s. 71.

uaktsomhet må vedkommende ha opptrådt sterkt klanderverdig i forhold till frivillighetsaspektet. Det må foreligge en situasjon hvor andre åpenbart ville ha forstått at offeret ikke frivillig gikk med på seksuell omgang.⁷²

Således är det handlingen och inte gärningsmannens vilja eller insikt som utgör grund för klander vid grovt oaktsam våldtäkt.⁷³ Innebörden av att oaktsamheten ska vara *grov* har redogjorts för ovan i 3.2.2.

⁷² NOU 1997:23 s. 72.

⁷³ Ertzeid, s. 355.

5 Motiv

5.1 Bakgrunden till kriminalisering

Det främsta argumentet för att införa en bestämmelse om grovt oaktsam våldtäkt var att det skulle förbättra brottsoffers rättsskydd. I den utredning som gjordes 1997 var flertalet av utskottets ledamöter kritiska till förslaget med hänvisning till att det skulle kunna äventyra både brottsoffers ställning och utpekade gärningsmäns rättssäkerhet. Man hade också svårt att finna praktiska exempel på situationer som skulle falla inom tillämpningsområdet.⁷⁴

En utpekad gärningsmans rättssäkerhet förutspåddes emellertid inte försvagas av en ändring då många andra integritetskränkande brott är straffbara redan vid oaktsamhet. Däremot ansåg utredningen att risken för s.k. nedsubsumtion, på grund av sexualbrottens särart, var särskilt stor.

Nedsubsumtion innebär en större benägenhet att åtala för det oaktsamma brottet än det uppsåtliga i tveksamma fall. Brottsoffrets ställning skulle därmed försvagas istället för att stärkas. Man uttryckte också oro för att bedömningen i högre grad skulle koncentreras på hur offret reagerat och att kraven på offrets uttryckliga motstånd skulle öka.

Man ifrågasatte om det överhuvudtaget finns situationer där en gärningsman kan förhålla sig ovetande om bristen på samtycke och ändå uppfylla de objektiva brottsförutsättningarna om våld eller hotelser.⁷⁵ Uppsåtsbrist vid sexuellt umgänge uppnått genom våld där parterna känner varandra ansågs till exempel nästintill otänkbart. Den kritik som framförts om att en kriminalisering skulle förenkla bevisföringen för våldtäkter som egentligen är uppsåtliga och generellt avhjälpa bevisproblemen i våldtäktsmål avfärdades av flertalet då beviskravet, bevist utöver enhver rimelig tvil, inte ändras.⁷⁶

De som var för en kriminalisering anförde att det är av vikt att offrets rättsskydd tillgodoses samt att våldtäktsbrottets straffvärde torde tala för en kriminalisering. Det påtalades att bestämmelsen skulle kunna tillämpas på situationer där det endast är fråga om subtilt maktutövande eller latent aggressivitet där offret av erfarenhet vet att motstånd innebär våld. När det för andra är uppenbart att ett offer inte samtyckt bör en gärningsman kunna straffas för denna integritetskränkning.⁷⁷

I den efterföljande propositionen återkom samma argument som tidigare och

⁷⁴ NOU 1997:23 s. 72 ff.

⁷⁵ NOU 1997:23 s. 77ff.

⁷⁶ NOU 1997:23 s. 72.

⁷⁷ NOU 1997:23 s. 151 ff.

det var ett tveksamt departement som föreslog en kriminalisering. Brottsoffers förstärkta rättsskydd, straffvärdet samt vikten av att man från samhällets sida markerar att sådana handlingar är oacceptabla gjorde att man ändå valde att föreslå en kriminalisering. Som en kommentar till argumentet om att det är svårt att föreställa sig situationer där handlandet är grovt oaktsamt men inte uppsåtligt uttalade departementet följande.

”Det er vanskelig å si sikkert hvor mange grovt uaktsomme voldtekter man må regne med. Etter departementets syn er enhver grovt uaktsom voldtekt en voldtekt for mye, og en straffebestemmelse vil fylle et behov selv om antallet nye domfellelser i forhold til i dag måtte bli lite.”⁷⁸

Enligt departementet skulle bestämmelsen få störst betydelse när våldet är ringa, det hotfulla beteende subtilt, parterna känner varandra eller offret inte kan motsätta sig sexuellt umgänge på grund av sömn eller berusning. Både risken för nedsubsummering och en större fokusering på brottsoffrets beteende avfärdades som liten. Remissinstanserna hade delade meningar men departementet lade vid bedömningen stor vikt vid att i princip alla organisationer som representerade brottsoffer var för en kriminalisering.⁷⁹

I senare betänkanden belyses återigen argumentet om offrets rättsskydd. Justiskomitéen påtalade att det faktum att så få våldtäktsmål hamnar inför domstol och slutar i en fällande dom kan tyda på att offren för sexuella övergrepp har ett dåligt skydd. Flertalet ställde sig bakom en kriminalisering då det utan att äventyra rättssäkerheten skulle kunna signalera hur allvarligt man ser på en sådan integritetskränkning.⁸⁰

5.2 Reaktionen

Kjell V. Andorsen framförde i en artikel 1998 kritik mot förslaget om grovt oaktsam våldtäkt då utredningen av förslaget ansågs bristfällig och det förelåg risk för att den objektiva bedömningen av tvångskravet skulle försvåras. Enligt Andorsen är tvång egentligen två motstående viljor och en oaktsam vilja torde därmed vara en logisk omöjlighet. Andorsen avrådde ifrån en kriminalisering på grund av begränsad praktisk betydelse samt avsaknad av tungt vägande kriminalpolitiska skäl.⁸¹

I en senare utredning har en avkriminalisering föreslagits med hänvisning till bestämmelsens ringa praktiska betydelse men ingen förändring av bestämmelsen har ännu vidtagits.⁸² Avkriminaliseringen avfärdades i den efterföljande propositionen då bestämmelsen ansågs ha haft praktiskt betydelse och straffvärda handlingar inte lämpligen fortsättningsvis kunde

⁷⁸ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 38

⁷⁹ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 37 f.

⁸⁰ Innst. O. nr. 92 (1999-2000) s. 8.

⁸¹ Andorsen, *Bör grovt uaktsom voldtekt kriminaliseras?*, Kritisk Juss, 1998, s. 75 ff.

⁸² NOU 2002:4 s. 414 och s. 467.

gå fria från ansvar.⁸³

Professor Ragnild Hennem har i en artikel utvärderat kriminaliseringen av grovt oaktsam våldtäkt. Då statistiken inte skiljer mellan uppsåtliga och grovt oaktsamma våldtäkter går antalet anmälningar och efterforskningar av oaktsamma våldtäkter per år inte att utläsa.⁸⁴ Antal åtal för grovt oaktsam våldtäkt är dock få jämfört med antalet våldtäktsmål totalt sett.⁸⁵ Då bestämmelsen bevisligen tillämpats kan man enligt Hennem anta att grovt oaktsamma våldtäkter förekommer. Överensstämmelse föreligger dessutom mellan antalet anmälningar efter införandet och prognosen i förarbetena. Hennem avfärdar även risken för nedsubsumering då det inte går att empiriskt visa att ett fall som bedömts som grovt oaktsamt skulle ha bedömts som uppsåtligt utan kriminaliseringen. Med hänvisning till handlingarnas straffvärdighet är det enligt Hennem av vikt att bestämmelsen kvarstår tills man faktiskt kan visa att risken för nedsubsumering realiserar.⁸⁶

5.3 Den svenska inställningen

En motion har lagts men inte fått genomslag och i Sexualbrottsutredningens betänkande avfärdas en kriminalisering av oaktsam våldtäkt med hänvisning till bristande praktiskt behov.⁸⁷ Utredningen konstaterade att existensen av straffvärdiga handlingar där uppsåt är svårt att bevisa inte ensamt talar för en kriminalisering. Vid en jämförelse med det norska uppsåtets nedre gräns framkom att det svenska bättre täcker de klandervärda handlingar som avses.⁸⁸

Med samma argumentation avvisade Madeleine Leijonhufvud en kriminalisering på oaktsamhetsstadiet i sin utredning om samtyckesreglering. Enligt Leijonhufvud har den norska kriminaliseringen bevisligen använts och fungerat bra men skillnaden i den nedre gränsdragningen av uppsåtet gör bestämmelsen mer lämpad där än i Sverige. Likgiltighetsuppsåt kräver som nämnt inte att gärningsmannen tagit ställning i gärningsögonblicket som i norsk rätt vilket gör att många av fallen som i norsk rätt anses oaktsamma istället bedöms som uppsåtliga.⁸⁹

Petter Asp har behandlat frågan ingående och kommit fram till att det för

⁸³ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 235.

⁸⁴ Se även Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 232 f.

⁸⁵ Hennem, *Virker bestämmelsen om grovt oaktsam våldtäkt*, Kritisk Juss, 2009, s. 53 ff. Totalt sett har antalet anmälningar och efterforskningar av våldtäkt ökat sedan lagändringen år 2000 men det kan förklaras med att bestämmelsen då utökades till att även omfatta de fall där offret på grund av medvetlöshet eller av andra orsaker inte kunnat motsätta sig sexuellt umgänge.

⁸⁶ Hennem, s. 57 f.

⁸⁷ Motion 2010/11:Ju262. Bet. 2010/11:Ju8 och Prot. 2010/11:52.

⁸⁸ SOU 2010:71 s. 218.

⁸⁹ Leijonhufvud, *Samtyckesutredningen, lagskydd för den sexuella integriteten* (2008), s. 91.

svenskt vidkommande skulle kunna vara aktuellt att kriminalisera våldtäkt vid oaktsamhet så länge man begränsar sig till den medvetna oaktsamheten. Detta för att inte hamna i normativa bedömningar om vad en gärningsman borde ha insett.⁹⁰ För att kunna kriminalisera den oaktsamma gärningen krävs dels att den är tillräckligt straffvärd i sig och dels att inte andra skäl talar emot. Sådana skäl kan till exempel innefatta att en reglering skulle ha liten praktisk betydelse eller få andra negativa konsekvenser.

Med hänvisning till att sexuella övergrepp är allvarliga brott som berör personlig integritet och kroppsligt självbestämmande konstaterar Asp att tillräckligt straffvärde torde föreligga för den medvetna oaktsamheten.⁹¹

En invändning som ofta framförs är att behovet av en sådan reglering skulle vara begränsat då det rör sig om kontrollerade handlingar under intima förhållanden som pågår under relativt lång tid. Både tidsaspekten och den närhet som sexuella handlingar vanligtvis förutsätter innebär att gärningsmannen har goda möjligheter att få en uppfattning om huruvida samtycke föreligger eller ej.⁹² Enligt Asp är det svårt att föreställa sig situationer där man av misstag begår de kriminaliserade sexuella gärningarna men eftersom resonemang kring uppsåtsbrist ibland dyker upp i praxis konstaterar Asp att man inte helt kan avfärda det praktiska behovet av en kriminalisering.⁹³

Sexualbrottsutredningen konstaterade år 2010 att det inte gick att utläsa huruvida bevisproblematik i våldtäktsmål hänförde sig till brottets objektiva eller subjektiva sida. I flertalet av fallen som analyserades ogillades åtalet då objektiva brottsförutsättningar inte förelåg och domstolen uttalade sig således inte kring den subjektiva täckningen.⁹⁴ Huruvida uppsåtsbrist är vanligt förekommande eller ej kan därmed inte anses klarlagt.

En sista invändning mot ett införande är s.k. nedsubsumering som beskrivits ovan. Enligt Asp är denna invändning fruktlös då det inte finns grund att anta att risken för detta skulle vara större vid sexualbrott än vid andra brott. Nedsubsumering har dessutom i svensk rätt accepterats när det gäller många andra brottstyper som till exempel misshandel och vållande till kroppsskada.⁹⁵

⁹⁰ Asp, *Sex och samtycke* (2010), s. 193.

⁹¹ Asp (2010), s. 186 ff.

⁹² Asp (2010), s. 181 f. Och SOU 2010:71 s. 220 och 254.

⁹³ Asp ger som exempel att en person som egentligen är redlös och borde uppfattas som i ett *hjälpöst tillstånd* (numera *särskilt utsatt situation*) utåt agerar som om denna vore nykter vilket innebär att gärningsmannen inte uppfattar det hjälplösa tillståndet. Uppsåtsbrist föreligger således i förhållande till rekvisitetet hjälpöst tillstånd. Se vidare Asp (2010), s. 189 f.

⁹⁴ SOU 2010:71 s. 219 f. Utredningen gällde hovrättspraxis.

⁹⁵ Asp (2010), s. 191 f.

6 Praxis

6.1 Umeå-målet

En utgångspunkt för denna jämförelse är Umeå-målet som refererades till i inledningen.⁹⁶ Den tilltalade och målsäganden befann sig den aktuella kvällen på en fest där de inledningsvis haft sexuellt umgänge som båda samtyckt till. Denna samvaro ska ha avslutats med att den tilltalade förde isär målsägandens ben för att föra in en tom vinflaska med halsen först i målsägandens slida. Genom att föra denna fram och tillbaka tills målsägande blödde i underlivet har målsäganden tillfogats smärta. Det är utrett att målsäganden i detta skede inte verbalt gett uttryck för bristande samtycke men att hon sammanfört sina ben, enligt egen utsago i avsikt att markera motstånd. Den tilltalade invände att samtycke förelåg.

Enligt tingsrättens mening skulle det kunna vara så att målsäganden inte samtyckt till användningen av vinflaskan och att den tilltalade uppfattat detta. Det ansågs dock inte heller otänkbart att, trots att målsäganden verkligen sammanfört benen i avsikt att markera motstånd, detta av den tilltalade uppfattats som ”blygsel eller inledande tvekan”. Domstolen grundar denna tolkning dels på att målsäganden inte uttryckt att hon inte samtyckte och rättsens uttalande om hur sexuella aktiviteter normalt är spontana och föregår utan uttryckligt samtycke. En tredje möjlig bedömning är att målsäganden faktiskt samtyckt och givit uttryck för detta i enlighet med den tilltalades påstående. Målsägandens berättelse ansågs klart mer sannolik än den tilltalades men tingsrätten uttryckte att eftersom det inte kunde anses helt uteslutet att det kunde gått till såsom den tilltalade påstått förelåg rimligt tvivel och således inte bevis nog för en fällande dom.

När målet överklagades gjordes inga nya förhör utan hovrättsdomen bygger på de förhör som hölls i tingsrätten. I hovrätten lade man målsägandens uppgifter till grund för bedömningen då den tilltalades uppgifter inte ansågs trovärdiga i förhållande till resterande vittnesmål. Enligt hovrätten var det uppenbart att den tilltalade förstått att det inte förelåg samtycke till användande av flaskan vilket medförde en fällande dom.⁹⁷

6.2 Norsk praxis

6.2.1 Våldtäkt i nära relationer

Av föreliggande praxis behandlade fyra av fallen våldtäkt i en nära relation eller där parterna sedan tidigare kände varandra.

⁹⁶ Mål nr. B 516-13.

⁹⁷ Hovrätten för Övre Norrland, B 485-13.

I Rt. 2004 s. 1556 hade en man haft samlag med sin sambo efter våldsutövning som bland annat innefattade slag emot huvudet och stryptag. Målsägande ska ha uttalat att hon inte blev upphetsad av att bli slagen men i övrigt förhållit sig helt passiv. Tingsretten bedömde den tilltalades beteende som grovt oaktsamt emedan Lagmannsretten ansåg att sannolikhetsuppsåt förelåg men kunde inte döma för det uppsåtliga brottet på grund av processuella hinder.⁹⁸

I ett fall ifrån 2007 stod den tilltalade åtalad för att ha knuffat ned sin hustru i en säng, bundit henne och därefter ha rakat av henne könshåret, slickat henne i underlivet, fört in penis i slidan, gjort samlagsrörelser och fört in fingrar i anus. Målsägande ska ha under övergreppet ha varit apatisk med undantag för när hon försökt ta sig loss varpå den tilltalade bundit henne på nytt. Lagmannsretten ansåg, i motsats till tingsretten, att uppsåt inte förelåg då den tilltalade inte uppfattat bristen på samtycke men att det var grovt klandervärt att han inte förstod det och dömde för grovt oaktsamt våldtäkt.⁹⁹

Samma år dömdes en man för grovt oaktsamt våldtäkt på sin sambo vid Gulating Lagmannsrett. Den tilltalade hade den aktuella kvällen intagit en stor mängd alkohol och uppträtt aggressivt. Genom att höja en knuten näve mot målsägandens ansikte hade den tilltalade fått målsäganden att helt passiv men jämrande uthärda sexuellt umgänge. På grund av berusning klarade inte den tilltalade att genomföra ett samlag men hade istället våldsamt fört in sin hand i målsägandens slida vilket orsakade ett kraftigt blödande sår i slidöppningen. Den tilltalade hade inte uppfattat orsakssammanhanget mellan hans hotfulla beteende och det sexuella umgänget men kunde klandras för att han inte förstod det.¹⁰⁰

I en dom från Hålogalands Lagmannsrett var frågan om ett samtycke till ett rollspel om våldtäkt återtagits och huruvida den tilltalade uppfattat detta.¹⁰¹ Det framgick tydligt av en videoupptagning att målsäganden inledningsvis samtyckt till rollspelet som innefattade slag mot ansikte, bröst och mage samt stryptag. Den tilltalade och målsäganden hade tidigare varit ett par och utövat BDSM och rollspel i sitt sexuella umgänge.¹⁰² Avtal om sedvanliga kodord som rosa och röd förelåg. Målsäganden hade under gråt skrikit rosa för att sedan bli mer passiv varpå den tilltalade genomförde ett samlag. Den tilltalade frikändes av Lagmannsretten då flertalet ansåg att rimligt tvivel

⁹⁸ Se även TOSLO-2002-8120 M/94 samt LB-2003-1500. Vad Høyesterett ansåg om graden av skuld framgår inte av domen då överklagan rörde straffmätning.

⁹⁹ LE-2007-76116.

¹⁰⁰ LG-2007-80440.

¹⁰¹ Enligt norsk rätt kan man ge straffriande samtycke till våldtäkt vilket även påtalas av Lagmannsretten i domen.

¹⁰² BDSM är ett samlingsbegrepp för ett flertal olika sexuella handlingar som företas av samtyckande vuxna och involverar lek med makt, dominans och smärta för att uppnå psykisk och fysisk tillfredställelse. Inom BDSM-kulturen finns vissa grundläggande regler som säkerhetsställer fysisk och psykisk hälsa. Av vikt är att man på förhand kommit överens och att gränser alltid respekteras. Vanliga kodord som används för att stoppa eller ändra leken är rött och rosa. Rosa betyder att något måste ändras utan att hela leken avstannar. Rött innebär att all aktivitet ska upphöra.

förelåg avseende om samtycket återtagits och den tilltalades medvetenhet om detta.¹⁰³

Målen belyser att en kriminalisering av grovt oaktsamma våldtäkter skulle kunna komma åt våldtäkter i nära relationer där hotet är latent vilket påtalats i förarbetena.¹⁰⁴ Enligt min mening gränsar dessa fall till uppsåt med undantag för sistnämnda fall där oaktsamhet istället torde vara för handen. Avseende Rt. 2004 s. 1556 där tingsretten verkar ha ansett att uppsåtsbrist förelåg, kan påminnas om uttalandet i förarbetena där man ansåg det nästintill otänkbart att uppsåtsbrist kunde föreligga vid sexuellt umgänge uppnått genom våld när parterna känner varandra.

6.2.2 Ute av stand til å motsette seg handlingen

I resterande fyra fall har målsäganden inte kunnat värja sig emot sexuellt umgänge på grund av berusning.

I Rt. 2006 s. 471 dömdes en man för grovt oaktsam våldtäkt för att ha haft samlag med en kvinna som han själv hjälpt till att köra hem därför att hon var kraftigt berusad. Efter att ha gömt sig för kvinnans väninna hade han smitit in i huset och genomfört ett samlag med den sovande kvinnan.

Ett snarlikt fall som också bedömts som grovt oaktsamt avgjordes 2013 i Agder Lagmannsrett. Den tilltalade hade även här hjälpt till att köra hem den berusade målsäganden som enligt vittnen varken kunde gå själv eller i övrigt reda sig. När målsäganden fått hjälp i säng hade sällskapet gått vidare varpå den tilltalade efter en stund återvänt och genomfört ett samlag. Lagmannsretten ansåg, liksom tingsretten tidigare gjort, att det var bevisat bortom rimligt tvivel att målsäganden inte kunnat motsätta sig sexuellt umgänge och att handlandet åtminstone var grovt oaktsamt.¹⁰⁵

Agerandet i dessa fall ligger väldigt nära det uppsåtliga. Även om domstolarna inte funnit det visat bortom rimligt tvivel att gärningsmannen skulle ha genomfört samlagen även om denne var mer säker på att samtycke inte förelåg (positiv innvilgelseteori) torde man kunna argumentera för att de i svensk rätt eventuellt kvalificerat för likgiltighetsuppsåt.

I ett annat fall hade den tilltalade mött den redlöse målsäganden på trottoaren sent på natten och närmast dragit henne med sig in på sitt hotell. Hotellpersonalen reagerade på hennes tillstånd men den tilltalade avböjde hjälp med att tillkalla läkare och genomförde ett samlag med målsäganden på hotellrummet. Lagmannsretten konstaterade att den tilltalade redan i kontakten med personalen torde ha bestämt sig för att ha sex med målsäganden då det rimliga annars vore att emotta personalens hjälp. Det stod klart att målsäganden inte visat intresse för kontakt med den tilltalade innan de befann sig på hotellrummet men man kunde inte bortse ifrån att

¹⁰³ LH-2012-160658.

¹⁰⁴ NOU 1997:23 s. 153 f. Se ovan under 5.1.

¹⁰⁵ LA-2013-22340.

hon före samlaget *kunde* ha gett den tilltalade signaler som han tolkat som samtycke. Dessa torde emellertid ha varit svaga och oklara och den tilltalade ansågs ha handlat grovt oaktsamt.¹⁰⁶

En man blev i Frostating Lagmannsrett dömd för grovt oaktsam våldtäkt på en kvinna som efter en efterfest övernattat hos honom. Flertalet av rättsens ledamöter ansåg det visat att målsäganden, under samlaget, sov tungt på grund av stark berusning och därför inte kunde värja sig.¹⁰⁷ Enligt bevisningen tydde inget på att målsäganden visat intresse för sexuellt umgänge med den tilltalade. Ett fåtal ville döma för det uppsåtliga brottet medan flertalet ansåg att det inte var ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade agerat uppsåtligt eftersom man inte kunnat utesluta att målsäganden *på något sätt* avgett signaler före samlaget som han kunnat uppfatta som samtycke. Agerandet ansågs istället grovt oaktsamt.¹⁰⁸

I dessa fall tycks risken rörande beviskravet ha förverkligats då det rör sig om ett agerande som ligger nära det uppsåtliga och man på grund av rimligt tvivel istället nedsubsumerar till grovt oaktsam. Resonemanget kring att målsäganden eventuellt kanske precis innan samlag visat intresse för sexuellt umgänge och att det därför finns *rimligt tvivel* liknar den som förs i B 516-13.

¹⁰⁶ LB-2010-123543.

¹⁰⁷ När hänvisning görs till vad flertalet har ansett åsyftas att man i norsk rätt tillämpar ett jurysystem när skuldfrågan överklagas och det rör sig om allvarigare brottslighet. Se Andenæs (2009), s. 491 f.

¹⁰⁸ LF-2010-151196.

7 Analys

7.1 Skillnader i skuldkrav

För det första måste noteras hur lika rättssystem i dessa närliggande länder är. På ett grundläggande plan är det svårt att finna betydande skillnader. Avseende personlig skuld kan det dock vid en första anblick verka som om skillnaderna vore stora då till exempel uppsåtets nedre gräns inte sammanfaller. Med hänsyn till att beviskravet är detsamma torde skillnaderna i praktiken dock inte vara betydande. Att uppsåtets nedre gräns dras något olika anser jag förklara varför man i Norge valt att kriminalisera grovt oaktsam våldtäkt medan man i Sverige avstått. De situationer där en gärningsman agerat med likgiltighetsuppsåt och alltså har insikt om risken men inte ser förverkligandet vid gärningsögonblicket som ett skäl att avstå från att handla täcker fler situationer än den positiva innvilgelse teori som kräver att gärningsmannen skulle ha begått gärningen även om hen var mer säker på att följderna skulle inträffa. Skillnaden är således att den positiva innvilgelse teorin kräver att gärningsmannen faktiskt funderat kring risken och dess förverkligande i gärningsögonblicket. Vissa handlingar skulle därför utan grovt oaktsam våldtäkt gå straffria i Norge medan de i Sverige kunnat omfattas av likgiltighetsuppsåt.

I övrigt är skillnaderna inte stora emellan rättsordningarnas resterande uppsåtsformer. Avsiktsuppsåtet förefaller närmast identiskt och både sannolikhetsuppsåt och insiktsuppsåt hänför sig till gärningsmannens kognitiva uppfattning och hur säker denne är på att en effekt kommer inträffa. Inte heller avseende oaktsamhet föreligger några väsentliga skillnader.

7.2 Rättspolitiska skäl för respektive skuldkrav

7.2.1 Norge

Att skuldkravet för våldtäkt i Norge bestämdes till lägst grov oaktsamhet grundade sig i att en sådan reglering skulle förbättra brottsoffrets rättsskydd utan att ge avkall på rättssäkerheten för gärningsmannen. Man hoppades att revisionen eventuellt skulle komma träffa de fall där parterna känner varandra och det rör sig om subtil maktutövning och samtidigt markera gärningarnas förkastlighet.

Jag skulle här vilja hänvisa till ett ovan citerat utdrag ur propositionen under 5.1. där straffvärdet ställs mot argumentet om att grov oaktsamma våldtäkter inte förekommer i tillräcklig utsträckning. Vid resonemang kring kriminalisering kan det vara relevant att erinras uttalandet där frekvensen av

en annars straffvärd handling gavs liten betydelse. Varken risken för nedsubsummering, dolt uppsåt eller fokus på brottsoffret gavs så stor vikt att man avstod ifrån att införa en bestämmelse om grovt oaktsam våldtäkt.

Det kan noteras att delar av den kritik som Andorsen framförde 1998 torde ha ringa betydelse då man dels tog bort det uttryckliga kravet på tvång i våldtäktsbestämmelsen år 2000 och dels inte har kriminaliserat oaktsamhet i förhållande till tvång utan avsaknaden av samtycke. Det kan framstå som två sidor av samma mynt men med tanke på att gärningen för andra måste framstå som klandervärd och att det därför inte är gärningsmannens vilja eller insikt som utgör grund för klander utan själva handlandet i sig är skillnaden något större.

7.2.2 Sverige

I svenska förarbeten och doktrin har jag kunnat utkristallisera tre huvudargument mot en liknande kriminalisering. Det rör sig om skillnaderna i uppsåtets nedre gräns, att uppsåtsbrist torde vara ovanligt och risken för nedsubsummering.

Att uppsåtsbrist av och till förekommer i praxis kan i vart fall inte anses uteslutet. Frågan är, om man jämför med uttalandet i den norska propositionen nämnd ovan, där frekvensen av en annars straffvärd handling ges liten betydelse, om ett sådant argument är hållbart.

Man skulle kunna fråga sig om det eventuellt föreligger uppsåtsbrist i förhållande till samtycket i Umeå-målet. I tingsrätten ansågs det inte vara ställt utom rimligt tvivel att gärningsmannen haft uppsåt och precis som domstolen uttrycker är det möjligt att uppfatta målsägandens kroppsspråk på mer än ett sätt. Kan den tilltalade, även om han faktiskt inte uppfattat avsaknaden av samtycke, ändå *insett risken* för att samtycke kanske inte förelåg? Hans likgiltighet inför denna risk skulle i så fall kunna betecknas som medveten oaktsamhet även om han uppriktigt beklagar att han vidtagit den sexuella handlingen mot målsägandens vilja. Det här är endast spekulationer men eftersom att man inte gjorde samma bedömning av gärningsmannens personliga skuld i de olika instanserna är svaret uppenbarligen inte givet.

Oavsett om man tror att uppsåtsbrist vanligen förekommer eller ej är det uppenbart att diskussionen både i Sverige och Norge kretsar kring detta. Argumentet återfinns såväl i betänkande i Norge som i doktrin i Sverige och det är intressant eftersom det säger något om straffbudets syfte. Om syftet med bestämmelsen, som departementet framförde, snarare är en markering ifrån samhällets sida om vad som är acceptabelt så faller också argumentet om bestämmelsens ringa praktiska betydelse.

Risken för nedsubsumtion kan inte heller, enligt min mening, tala emot en kriminalisering då nedsubsumtion förekommer vid många andra brottstyper

och därvid accepteras. Jag ser ingen anledning till att i detta fall särbehandla sexualbrott så länge man anser att handlingen är straffvärd i sig. Dessa gärningars straffvärde påtalades i Norge av Anders Bratholm redan 1985 och för svensk rätts vidkommande utgör Petter Asps framställning grund för tolkningen att straffvärde föreligger även i Sverige. Som Hennem påpekar är det dessutom svårt att empiriskt visa hur vanligt förekommande nedsubsumtion är. Vill man undvika att det i rätten görs normativa aktsamhetsbedömningar avseende sexuallivet är Asps argumentation om att endast kriminalisera medveten oaktsamhet högst relevant.

Att uppsåtets nedre gräns definieras på olika sätt i Sverige och Norge anser jag dock, i likhet med till exempel Leijonhufvud, tala emot en kriminalisering i Sverige. I Norge faller några av fallen som i Sverige hade bedömts som uppsåtliga (likgiltighetsuppsåt) utanför den positiva innvilgelsesteorin. Det innebär att straffvärda handlingar i Norge inte hade kunnat straffas utan den grovt oaktsamma bestämmelsen. Eftersom det svenska uppsåtet omfattar fler handlingar torde alltså behovet inte vara lika stort för en liknande kriminalisering i Sverige. I Sverige har diskussionen dessutom till stor del handlat om en fullständig samtyckesreglering vilket gör frågan om grovt oaktsam våldtäkt något mindre aktuell.

7.3 Funktion och resultat

Precis som man förutspådde har inte bestämmelsen om grovt oaktsam våldtäkt inneburit en ökning av antalet anmälda eller åtalade våldtäkter. Det var heller inte syftet med bestämmelsen eftersom man mer ville signalera hur allvarliga dessa gärningar är. En sådan markering syftar snarare till att minska antalet våldtäkter som faktiskt begås.

Emellan dessa två målsättningar är skillnaden stor. Emedan den ena reser frågor om beviskravets vara eller icke-vara finns det färre argument emot den andra. Att minska antalet våldtäkter genom att via lagstiftning signalera ett ställningstagande måste till exempel inte innebära att rättssäkerheten sätts ur spel. Ur denna aspekt går det inte heller att ur statistik utläsa om målsättningen uppnåtts. Det som går att konstatera är, som Hennem påpekar, att bestämmelsen tillämpats i praxis och således förekommer det fall av grovt oaktsam våldtäkt. Här kan också nämnas att, av den doktrin som här analyserats, samtliga författare förutom Kjell. V. Andorsen har ansett att bestämmelsen i Norge haft praktisk betydelse. Jag anser det också vara relevant att den avkriminalisering som föreslogs 2002 inte blev verklighet bland annat därför att man ansåg bestämmelsen ha praktisk betydelse.

En diskussion om huruvida några av riskerna som påtalades i förarbetena förverkligats sedan införandet är lämplig. Ett införande ansågs riskera våldtäktsbestämmelsens effektivitet, rättssäkerheten för en utpekad gärningsman, brottsoffers ställning samt innebära en ökad risk för nedsubsumtion.

Jag kan inte se att lagändringen varken har gjort våldtäktsbestämmelsen mindre effektiv eller försvagat en utpekad gärningsmans rättssäkerhet. Beviskravet står fast och tvivel kommer, såvitt jag kan utläsa av den praxis som här redogjorts för, fortfarande den tilltalade till godo. Den oro som uttryckts för att bedömningen i processen skulle fokuseras än mer på brottsoffrets agerande förefaller också obefogad. Det är ofrånkomligt att brottsoffrets agerande, liksom gärningsmannens, studeras ingående vid bedömningen i våldtäktsmål. Ingen kritik mot att denna farhåga skulle ha förverkligats har framförts sedan införandet.

Vad gäller risken för nedsubsumtion är situationen en annan. Även om det inte går att utröna huruvida man hellre åttalar för det oaktsamma brottet än det uppsåtliga tillämpas bestämmelsen ofta när det uppsåtliga brottet inte kan anses bevisat bortom rimligt tvivel. I vart fall de fall där brottsoffret inte kunnat motsätta sig den sexuella handlingen på grund av berusning ter det sig uppenbart att det i flera av målen rör sig om handlingar som gränsar till uppsåtliga men som med hänvisning till gärningsmannens invändning om samtycke inte uppnått till det beviskrav som uppställs. Att så är fallet framgår till exempel av Rt 2006 s. 471 där den tilltalade själv kört hem målsäganden för att hon var för berusad. Detsamma gäller LB-2010-123543 där den tilltalade släpat in den berusade målsägande på sitt hotell och domstolen ansåg att han måste ha beslutat sig för att ha sex med henne redan i detta skede. I LF-2010-151196 kan också ifrågasättas om det inte egentligen rör sig om en uppsåtlig handling då målsägande enligt rätten måste ha framstått som närmast medvetlös. Även när målsäganden påtalat att samtycke inte förelåg såsom i Rt. 2004 s. 1556 har Lagmannsretten avstått ifrån att döma för det uppsåtliga brottet.

Risken för nedsubsummering kan därmed anses förverkligad i viss mån. Det går, som tidigare nämnts, inte att visa hur gärningarna skulle ha bedömts utan bestämmelsen och risken för detta torde således vara något man får acceptera vid en dylik kriminalisering. Man kan dock ifrågasätta varför man skulle ha mindre överseende med nedsubsumtion vid sexualbrott än vid andra typer av brott.

Det kan konstateras att frågan om personlig skuld är svårbedömd. I flertalet ovan refererade fall är inte Lagmannsrettens ledamöter överens, se t.ex. LH-2012-160658 och LF-2010-151196. I åter andra kommer tingsrett och Lagmannsrett till olika slutsats liksom instanserna gjorde i det svenska målet, B 516-13.

7.4 Avslutande anmärkningar

Jag har inte haft för avsikt att utreda vilket av de olika rättssystemen som på bästa sätt reglerar personlig skuld vid våldtäkt. Jag har dock sökt utreda om det skulle kunna vara aktuellt att införa en dylik bestämmelse i svensk rätt. Precis som Asp hävdar, kan normativa bedömningar i rättssalen vara

problematiskt. Med tanke på den stora debatt som idag pågår angående samtyckereglering förefaller det mig dock inte helt otänkbart att man också inför en aktsamhetsnorm i svensk rätt rörande samtycket. Det är av vikt att man från samhällets sida signalerar vikten av samtycke vid sexuellt umgänge, inte för att sänka antalet anmälda våldtäkter eller fällda gärningsmän men för att sänka antalet våldtäkter totalt sett. En sådan markering kan ske både genom total samtyckesreglering och genom kriminalisering av oaktsam våldtäkt.

Det som fallet ifrån Umeå påvisar är en skillnad mellan den juridiskt riktiga bedömningen och vad gemene man anser riktigt. Av den mediala kritik domen fått kan endast konstateras att många verkar anse att gärningsmannen här *borde* ha uppfattat målsägandes kroppsspråk som ett motstånd. Kanske skulle en norsk domstol ha bedömt agerandet som grovt oaktsamt. Bedömningen handlar dock inte i svensk rätt om vad gärningsmannen *borde* ha uppfattat utan på vilka olika sätt han *kan* ha uppfattat det. Då domstolen lyckats finna tre alternativa sätt att uppfatta denna kroppsrörelse anses rimligt tvivel föreligga avseende gärningsmannens skuld.

Som nämnt ovan föreligger rimligt tvivel om ett alternativt scenario, med stöd i utredningen och logiskt motiverat förefaller plausibel. Kravet på rimlighet torde innebära att inte alla möjliga alternativa scenarion omöjliggör en fällande dom. Att hovrätten, till skillnad ifrån tingsrätten, ansåg att det var visat bortom rimligt tvivel att uppsåt förelåg kan eventuellt tolkas som att domstolen inte ansåg gärningsmannens invändning som rimlig. Inte heller det tredje alternativ som presenterades i tingsrättens domskäl tycks av hovrätten utgjort grund för rimligt tvivel. Man kan fråga sig om inte tingsrättens bedömning speglar ett gärningsmannaperspektiv på rätten där brottsoffret hamnar i skymundan till förmån för gärningsmannens rättssäkerhet.¹⁰⁹ Genom att, som i Norge bortse från alla möjliga tolkningar och verklighetsuppfattningar gärningsmän kan ha, och göra skulden beroende av *vad man borde förstå*, stärks i min mening brottsoffrets roll och rättens bedömningar får normerande verkan. Att domstolen idag bedömer rimligheten av alternativa scenarion innebär att det redan nu finns ett inslag av normativ bedömning som skall stödjas av utredningen. Om man kan göra en så långtgående tolkning att det därför redan finns en aktsamhetsnorm även i svensk rätt utan att det uttryckligen framgår av våldtäktsbestämmelsen låter jag dock vara osagt.

¹⁰⁹ Här ska endast nämnas att jag inte är ensam om denna åsikt.
<http://www.dagensjuridik.se/2013/05/garningsmannens-perverterade-verklighet-borde-inte>

Bilaga A

Straffeloven 1902

§ 192. Den som

- a) skaffer seg seksuell omgang ved vold eller ved truende atferd, eller
- b) har seksuell omgang med noen som er bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen, eller
- c) ved vold eller ved truende atferd får noen til å ha seksuell omgang med en annen, eller til å utføre tilsvarende handlinger med seg selv,

straffes for voldtekt med fengsel inntil 10 år.

Ved vurderingen av om det er utøvd vold eller truende atferd eller om fornærmede var ute av stand til å motsette seg handlingen, skal det legges vekt på om fornærmede var under 14 år.

Straffen er fengsel i minst 3 år dersom

- a) den seksuelle omgang var samleie, eller
- b) den skyldige har fremkalt en tilstand som nevnt i første ledd bokstav b for å oppnå seksuell omgang.

Fengsel inntil 21 år kan idømmes dersom

- a) voldtekten er begått av flere i fellesskap,
- b) voldtekten er begått på en særlig smertefull eller særlig krenkende måte,
- c) den skyldige tidligere er straffet etter denne bestemmelsen eller etter § 195, eller
- d) den fornærmede som følge av handlingen dør eller får betydelig skade på legeme eller helse. Seksuelt overførbar sykdom og allmennfarlig smittsom sykdom, jf. smittevernloven § 1-3 nr. 3 jf. nr. 1, regnes alltid som betydelig skade på legeme eller helse etter denne paragrafen.

Den som ved grov uaktsomhet gjør seg skyldig i voldtekt etter første ledd, straffes med fengsel inntil 5 år. Foreligger omstendigheter som nevnt i tredje ledd, er straffen fengsel inntil 8 år.

Bilaga B

Straffeloven 2005

§ 22. Forsett

Forsett foreligger når noen begår en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud

- a) med hensikt,
- b) med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen
- c) holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om

Forsett foreligger selv om lovbrøyteren ikke er kjent med at handlingen er ulovlig, jf. § 26.

§ 23. Uaktsomhet

Den som handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, er uaktsom.

Uaktsomheten er grov dersom handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse.

§ 291. *Voldtekt*

Med fengsel inntil 10 år straffes den som

- a) skaffer seg seksuell omgang ved vold eller truende atferd,
- b) har seksuell omgang med noen som er bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen, eller
- c) ved vold eller truende atferd får noen til å ha seksuell omgang med en annen, eller til å utføre handlinger som svarer til seksuell omgang med seg selv.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Svenska förarbeten

SOU 2010:71 Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag.

Prop. 2004/05:45 En ny sexualbrottslagstiftning.

Prop. 2012/13:111 En skärpt sexualbrottslagstiftning.

Motion 2010/11:Ju262.

Bet. 2010/11:JuU8 (Justitieutskottets betänkande)

Protokoll 2010/11:52. (Riksdagens protokoll 2 februari)

Norska förarbeten

NOU 1997:23 Seksuallovbrudd - Straffelovkommissjonens delutredning VI

NOU 2002:4 Ny straffelov - Straffelovkommissjonens delutredning VII

Innst. O. nr. 92 (1999-2000) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven m.v. (seksuallovbrudd)

Ot.prp.nr.28 (1999-2000) Om lov om endringer i straffeloven mv. (seksuallovbrudd)

Ot.prp. nr.22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

Besl. O. nr. 104 (1999-2000) Lov om endringer i straffeloven m.v. (seksuallovbrudd)

Besl. O. nr. 63 (2004-2005) Vedtak til lov om straff. Lov om straff (straffeloven).

Kgl. Res. 7. mars 2008 nr. 225

Litteratur

Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo, 2004.

Andenæs, Johs., *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, Samlet utgave ved Kjell V. Andersen, Oslo, 2008.

Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer*, 4

utg., Oslo, 2009.

Asp, Petter, "Våldtäkt – ett rättsligt perspektiv", s. 43-65 i NCK (2010), Antologi, Sju perspektiv på våldtäkt, NCK-rapport 2010:2, Uppsala universitet: Nationellt centrum för kvinnofrid.

Asp, Petter, *Sex och samtycke*, Iustus Förlag, Uppsala 2010.

Asp, Petter, Ulväng, Magnus & Jareborg, Nils, *Kriminalrättens Grunder*, Uppsala, 2011.

Bogdan, Michael, *Concise Introduction to comparative law*, Groningen, 2013.

Boe, Erik, *Grunnleggende juridisk metode – en introduksjon till rett og rettstenkning*, 2 uppl., Oslo, 2010.

Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert, *Rättegång IV*, 6:4 uppl., Stockholm, 2002.

Jareborg, Nils & Zila, Josef, *Straffrättens påföljdslära*, Stockholm, 2010.
Leijonhufvud, Madeleine, *Samtyckesutredningen, lagskydd för den sexuella integriteten*, Stockholm, 2008.

Matningsdal, Magnus, *Norsk spesiell strafferett*, Bergen, 2010.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare. Ämne, material, metod och argumentation*, 2 uppl., Stockholm, 2007.

Artiklar

Andersen, Kjell. V, *Bør grovt uaktsom voldtekt kriminaliseres?*, Kritisk Juss, 1998, s 73-77.

Andersen, Kjell V., *Dolus eventualis – 12 år etter*, Jussens venner, 03/2009, s. 155-180.

Bratholm, Anders, *Straff for uaktsom voldtekt?*, *Lov og Rett*, nr. 1 1985, s 1-2.

Diesen, Christian, *Utom rimligt tvivel – om beviskrav och bevisvärdering i brottmål*, Juridisk Tidskrift Nr 2 1996/97, s. 525.

Hennum, Ragnhild, *Virker bestemmelsen om grovt uaktsom voldtekt?*, Kritisk Juss 2009, s. 50.

Kolflaath, Eivind, *Bevist utover enhver rimelig tvil*, Tidskrift for Rettsvitenskap, vol. 124, 2/2011, s. 135–196.

Sandgren, Claes, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 4-5/2005, s. 648-656.

Ertzeid, Aina Mee, *Straffeloven § 192 om voldtekt - Et supplement til pensum i spesiell strafferett*, Jussens Venner vol. 41, 6/2006, s. 337–371.

Elektroniska källor

Hydén, Håkan: *Gärningsmannens perverterade verklighet borde inte få läggas till grund för domstolens bedömning*, publicerad den 29 maj 2013.

Hämtad den 5 januari 2014 från:

<http://www.dagensjuridik.se/2013/05/garningsmannens-perverterade-verklighet-borde-inte>

Se Karnov Internet, Nilsson, Göran: Brottsbalk (1962:700) 6 kap. 1§ Lexino 2013-08-19. Hämtad den 5 januari 2014.

Rättsfallsförteckning

Svenska domstolar

Högsta domstolen

NJA 1980 s.725
NJA 1981 s. 253
NJA 2004 s. 176
NJA 2009 s. 447 I och II.

Hovrätt

B 485-13 Hovrätten för Övre Norrland
B 300-12 Hovrätten för Övre Norrland

Tingsrätt

Mål nr. B 516-13 Umeå Tingsrätt

Norska domstolar

Høyesterett

Rt. 1970 s. 1235
Rt. 1983 s. 1222
Rt. 1991 s. 600
Rt. 2004 s. 321
Rt. 2004 s. 970
Rt. 2004 s. 1553
Rt. 2004 s. 1556
Rt. 2005 s. 246
Rt. 2006 s. 471
Rt. 2006 s. 513
Rt. 2006 s. 961
Rt. 2008 s. 1383
Rt. 2012 s. 201
Rt. 2012 s. 1129
Rt. 2012 s. 1615
Rt. 2013 s. 727

Lagmannsrett

LF-2010-151196
LB-2010-123543
LA-2013-22340
LH-2012-160658
LG-2007-80440
LE-2007-76116
LB-2003-1500

Tingsrett

Oslo tingsrett 2002-8120 M/94

Europadomstolen

M.C v. Bulgaria Application no. 39272/98, 4 december 2003.