



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sandra Olander

Från person till situation –
en studie av den förändrade nedre gränsen för
 uppsåt

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Per Ole Träskman

Termin för examen: HT2013

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Syfte och frågeställningar	8
1.2 Teori metod och material	8
1.3 Disposition	10
1.4 Avgränsningar	10
2 ALLMÄNT OM BROTT OCH SKULD	12
2.1 Några grundläggande principer	12
2.2 Vad är en brottslig gärning?	12
2.3 Varför skiljer man på uppsåt och oaktsamhet och på olika uppsåtsformer?	13
3 UPPSÅT	16
3.1 Rättsläget före NJA 2004 s. 176	17
3.1.1 Direkt uppsåt	17
3.1.2 Indirekt uppsåt	17
3.1.3 Eventuellt uppsåt med hypotetiskt prov	18
3.1.4 Kritiken mot det tidigare rättsläget	18
3.2 Rättsläget efter NJA 2004 s. 176	21
3.2.1 Avsiktsuppsåt	21
3.2.2 Insiktsuppsåt	22
3.2.3 Likgiltighetsuppsåt	23
4 UPPSÅT OCH BEVISNING	27
4.1 Allmänt om uppsåt och bevisning	27
4.2 Riktlinjerna från NJA 2004 s. 176	29

4.2.1	Omständigheterna vid gärningen	29
4.2.2	Det hypotetiska provets fortsatta betydelse	30
4.2.3	Betydelsen av sannolikheten för riskens förverkligande	31
4.2.4	Hänsynslöst beteende	32
4.2.5	Upprörd sinnesstämning	33
4.2.6	Gärningsmannens intresse i saken	34
4.3	Andra faktorer	35
4.4	Kritik mot riktlinjerna	37
5	UNDERSÖKNING AV PRAXIS	39
5.1	Hur tillämpas uppsåtets nedre gräns idag?	40
5.2	Hur sker bevisvärderingen kring uppsåtets nedre gräns idag?	43
5.2.1	Omständigheterna vid gärningen	43
5.2.2	Det hypotetiska provets fortsatta betydelse	46
5.2.3	Betydelsen av sannolikheten för riskens förverkligande	46
5.2.4	Övriga faktorer av betydelse	50
5.3	En kort sammanfattning	51
6	ANALYS OCH SLUTSATSER	53
6.1	Ligger dagens rättstillämpning i linje med NJA 2004 s. 176?	53
6.1.1	Likgiltighetsbedömningen	54
6.1.2	Bevisvärderingen kring likgiltighet	57
6.2	Behöver dagens rättsläge utvecklas ytterligare?	64
BILAGA A		67
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING		68
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING		70

Summary

This essay discusses the lower limit of intent, the line between intent and carelessness. The main focus of this essay is how the lower limit of intent changed due to NJA 2004 s. 176. In addition, the essay examines the use of the lower limit of intent and the surrounding evidence in current case law. The essay also examines whether the current legal position is in line with the one that The Supreme Court favored and if further development of the legal position is needed. A court case study has been carried out to investigate the current legal situation. For the rest of the essay a method based on law, case law and legal science have been used. Throughout the essay the rule of law has been used as a reference theory.

The construction of intent that is used today has evolved through case law and legal science. Previously the construction of intent was composed of direct intent, indirect intent and contingent intent. The latter was depending on a hypothetical test which was strongly criticized. NJA 2004 s. 176 greatly changed the legal position and nowadays the construction of intent is composed of intent by purpose, intent with insight and indifferent intent with the latter as the construction's lower limit. According to the judgment the offender must be aware of the risk that the relevant effect might be realized or that the relevant circumstance was at hand for indifferent intent to be applied. In addition to this the offender must have an attitude towards the risk that can be described as indifferent. The court case study indicates that the indifferent intent has had a big impact on case law. The assessment that The Supreme Court favors is widely used, although it varies how thoroughly it is executed.

In NJA 2004 s. 176 The Supreme Court expressed some guidelines for evidence of indifferent intent. The Supreme Court stated that the assessment criteria of intent will be the circumstances of the current offence and also that the probability of risk realization is a very important evidentiary fact.

Other factors mentioned as important were reckless behavior, upset state of mind and the offender's interest in the deed. Several people within the legal science were critical and thought it was unclear what impact the factors would have.

The court case study shows in alignment with The Supreme Court's statement that in current case law the current situation is the starting point for the assessment. The probability of risk realization is also of great importance, but even so this risk is not always classified. The other factors that The Supreme Court emphasized in NJA 2004 s. 176 is rarely used in current case law. This is probably due to the still unclear meaning of the factors, which was also expressed in legal science.

According to the essay the lower limit for intent is of great importance because the difference between an intentional act and a careless act has consequences for the given penalty. The construction of the intent is also important to grade the different intentional acts among each other. Even different types of intentional acts contain different degrees of blame. It is also important that the construction fulfills the requirements given by the rule of law. The conclusion is that further development is needed for the legal situation to be declared as clarified. It is advocated that the assessments of indifferent intent should be motivated more explicitly and to a higher degree be individualized to the offender. In particular the evidentiary facts that The Supreme Court stated to support indifference need to be further developed. To make this happen, the essay suggests more extensive grounds for the judgments and a consistent classification system for the probability of risk realization.

Sammanfattning

Uppsatsens behandlar den nedre gränsen för uppsåt i svensk rätt, gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet. Uppsatsen fokuserar på hur uppsåtets nedre gräns kom att förändras i och med NJA 2004 s. 176 och hur uppsåtets nedre gräns och bevisning kring denna tillämpas i praxis idag. Uppsatsen undersöker också om dagens rättsläge ligger i linje med den som HD förespråkade i NJA 2004 s. 176 och om en ytterligare utveckling av rättsläget behövs. En rättsfallsstudie har genomförts för att undersöka hur rättsläget ser ut idag har. I övrigt används den rättsdogmatiska metoden. Genomgående i uppsatsen analyseras resultaten i ett rättssäkerhetsperspektiv.

Den uppsåtskonstruktion som används idag har växt fram genom en utveckling i praxis och doktrin. Tidigare användes en uppsåtskonstruktion som bestod av direkt, indirekt och eventuellt uppsåt. Det sistnämnda var beroende av ett hypotetiskt prov och var starkt kritiserat. NJA 2004 s. 176 innebar en stor förändring av rättsläget och numera används en uppsåtskonstruktion som består av avsiktsuppsåt, insiktsuppsåt och likgiltighetsuppsåt där det sistnämnda utgör uppsåtets nedre gräns. Enligt domen krävs för att likgiltighetsuppsåt ska föreligga att gärningsmannen insett att det funnits en risk för att den aktuella följden kan komma att förverkligas eller den aktuella omständigheten föreligga. Därutöver ska gärningsmannen ha en inställning i förhållande till förverkligandet av denna risk som kan beskrivas som likgiltig. Den rättsfallsundersökning som genomförts visar att likgiltighetsuppsåtet fått genomslag i praxis. Den bedömning som HD förespråkar används i stor utsträckning, men det varierar hur utförligt denna utförs.

I NJA 2004 s. 176 uttalade HD också vissa riktlinjer för bevisning av likgiltighetsuppsåt. Domstolen uttalade att utgångspunkten för uppsåtsbedömningen ska vara omständigheterna vid den aktuella gärningen

och att sannolikheten för riskens förverkligande är ett mycket viktigt bevisfaktum. Andra faktorer av betydelse som nämndes var hänsynslöst beteende, upprörd sinnestämning och gärningsmannens intresse i gärningen. Flera personer inom doktrinen var kritiska till dessa faktorer och ansåg att det var oklart vilken betydelse de skulle tillmätas.

Rättsfallsundersökningen visar i enlighet med vad HD förespråkade att i dagens praxis är utgångspunkten för bedömningen den aktuella situationen. Även sannolikheten för riskens förverkligande har fått en stor betydelse men trots detta klassificerar domstolen inte alltid denna risk. De övriga faktorer som HD lyfte fram i NJA 2004 s. 176 används i begränsad omfattning i praxis idag. Detta beror troligen på att innebörden av dessa, vilket även framfördes i doktrin, alltjämt är oklara.

Uppsatsen konstaterar att definitionen av uppsåtets nedre gräns är viktig då denna utgör skillnaden mellan en uppsåtlig och en oaktsam gärning vilket har betydelse för en gärnings straffvärde. Uppsåtskonstruktionen är också viktig för att kunna gradera olika uppsåtliga gärningar inbördes då även olika typer av uppsåtliga gärningar innehåller olika grader av klander. Konstruktionen måste också leva upp till de krav som uppställs av rättssäkerheten. Slutsatsen som dras är att det behövs en ytterligare utveckling av rättsläget för att detta ska kunna betecknas som klart. För detta syfte förespråkas att bedömningarna av likgiltighetsuppsåt bör motiveras mer utförligt och vara mer individualiserade till gärningsmannen. Framförallt behövs en ytterligare utveckling av de bevisfakta som enligt HD skulle tala för likgiltighet. För att detta ska ske rekommenderas mer utförliga domskäl och ett enhetligt klassificeringssystem av sannolikheten för riskens förverkligande.

Förord

När jag skriver detta förord är mitt examensarbete snart färdigt och min tid som student i Lund lider mot sitt slut. Det har varit fyra och ett halvt härliga år. Detta har jag uteslutande de fantastiska människorna i mitt liv att tacka för, både ni som jag träffat under utbildningens gång och ni som fanns här redan innan.

Jag vill passa på att tacka min handledare Per Ole Träskman för de kommentarer du lämnat under arbetets gång. Jag vill även tacka Frida Olsson för att du förgyllt arbetet med att skriva det här examensarbetet. Slutligen vill jag tacka min familj för att ni alltid funnits där och stöttat mig.

Stockholm, januari 2014

Sandra Olander

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk tidskrift
NJA	Nytt juridiskt arkiv
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TR	Tingsrätt

1 Inledning

I den svenska rättsordningen finns ingen lagstadgad definition på vad som utgör en uppsåtlig gärning och således inte heller av var gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet går. Det nuvarande rättsläget kring uppsåt och oaktsamhet utvecklats i praxis och doktrin.¹ Tidigare användes under en lång tid en uppsåtskonstruktion som bestod av direkt, indirekt och eventuellt uppsåt med hypotetiskt prov.² Uppsåtskonstruktionen fick utstå hård kritik och det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov var särskilt kritiserat. Kritiken handlade främst om att uppsåtsbedömningen var inriktad på en hypotetisk situation och att faktorer hänförliga till gärningsmannens person tillmättes betydelse.³ Frågan om hur uppsåtets nedre gräns ska dras och bevisas har diskuterats flitigt i den juridiska doktrinen, varit huvudfråga i ett flertal rättsfall och också varit föremål för en statlig utredning.⁴

Det första rättsfallet som förändrade rättsläget var NJA 2002 s. 449. Efter att domen meddelats rådde en betydande osäkerhet kring vad som var gällande rätt. Det gick inte att säga säkert om det var likgiltighetsuppsåtet, sannolikhetsuppsåtet eller det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov som skulle utgöra uppsåtets nedre gräns.⁵ Rättsläget klarnade dock ett par år senare då NJA 2004 s. 176 meddelades.⁶ I målet uttalade HD att likgiltighetsuppsåtet hädanefter skulle utgöra uppsåtets nedre gräns och satte även upp riktlinjer kring bevisvärderingen.⁷ I doktrin framfördes vid domens meddelande att rättsläget fortfarande till viss del var oklart. Det var främst riktlinjerna kring bevisvärderingen som kritiserades då dessa ansågs oklara och svårtillämpade.⁸

¹ Se till exempel SOU 1953:14 s. 375 och SOU 1996:185 s. 83.

² Asp, Ulväng och Jareborg, s. 312.

³ Ibid., s. 317-318.

⁴ Asp (2004), s. 385.

⁵ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 319, Asp (2004), s. 385 och Cavallin, s. 3 - 4.

⁶ Ulväng (2007), s. 341.

⁷ NJA 2004 s. 176.

⁸ Se till exempel Asp, Ulväng och Jareborg, s. 326.

Vid tiden för denna uppsats författande har det snart gått tio år sedan NJA 2004 s. 176 meddelades. Har de tidigare kritiserade elementen i uppsåtskonstruktionen åtgärdats? Har den utveckling av uppsåtet och bevisvärderingen kring detta som HD förespråkade i NJA 2004 s. 176 kommit att efterlevas? Har rättsläget kring uppsåtets nedre gräns slutligen klarnat eller behövs en ytterligare utveckling? Detta är frågor som denna uppsats ämnar besvara.

1.1 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens övergripande syfte är att utreda hur gällande rätt kring uppsåtets nedre gräns och bevisningen kring denna förändrades i och med NJA 2004 s. 176 och hur rättsläget därefter kommit att utvecklas. För att utreda syftet med uppsatsen har följande frågeställningar valts:

- Hur förändrades uppsåtets nedre gräns i och med NJA 2004 s. 176?
- Vilka riktlinjer för bevisning kring uppsåtets nedre gräns uttalade HD i NJA 2004 s. 176?
- Hur tillämpas uppsåtets nedre gräns och hur sker bevisningen kring denna i praxis idag?
- Ligger dagens rättstillämpning i linje med den utveckling som HD påbörjade i NJA 2004 s. 176 och behövs en ytterligare utveckling av rättsläget?

1.2 Teori metod och material

Genomgående i uppsatsen analyseras och bedöms uppsåtets nedre gräns ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Begreppet är till viss del omdiskuterat men den definition som lagts till grund för uppsatsen är den som Åke Frändberg förespråkar. Enligt honom är rättssäkerhet detsamma som legal förutsebarhet, alltså förutsebarhet i rättsliga angelägenheter. Enligt denna teori uppställs tre villkor för ett rättssäkert system. Rättsreglerna ska vara

klara och adekvata, rättens innehåll ska vara publicerat och tillgängligt för allmänheten och reglerna ska efterlevas i praktiken.⁹

För den del av uppsatsen som söker svara på hur NJA 2004 s. 176 kom att förändra rättsläget kring uppsåtets nedre gräns har den rättsdogmatiska metoden använts. Denna metod passar bra då en sådan fråga kräver en undersökning av det tidigare rättsläget och vad som sades i domen. Således har uppsatsen i denna del baserats på lagtext, förarbeten, praxis och doktrin. Frågan om uppsåt har varit föremål för diskussion under lång tid varför det finns mycket tillgängligt material. En stor del av uppsatsen baseras på materiel från doktrin. Endast material från välrenommerade författare och erkända källor, såsom SvJT och JT, har använts. Rättsfallet NJA 2004 s. 176 var mycket betydelsefullt för förändringen av rättsläget och därmed också för uppsatsens syfte. Detta rättsfall har därför getts relativt stort utrymme.

För den del av uppsatsen som behandlar hur uppsåtets nedre gräns och bevisningen kring denna tillämpas i praxis idag har en rättsfallsstudie genomförts. Eftersom antalet avgöranden från HD är relativt begränsat undersöktes initialt hovrättsavgöranden. Ganska snart stod det dock klart att hovrätter i ganska liten utsträckning gör en självständig bedömning av uppsåtsfrågan. Undersökningen bygger därför istället på tingsrättsavgöranden. Tingsrätterna måste alltid göra en fullständig och självständig prövning av uppsåtsfrågan, vilket är nödvändigt de här aktuella frågeställningarna. Undersökningen avgränsades till ett år eftersom en djupare studie av dessa fall önskades. Valet föll på år 2012 eftersom det torde representera hur rättsläget ser ut idag.

Undersökningen genomfördes på så sätt att en sökning i Infotorgs rättsbank gjordes med angivande av ordet "mord" som fritt sökord. Resultatet av den sökningen avgränsades sedan till avgöranden från tingsrätterna och till domar som meddelats år 2012. Därefter gjordes samma sökning med ordet "dråp". De avgöranden som blev resultatet av dessa sökningar gick därefter

⁹ Frändberg, s. 269.

igenom och de fall som rörde mord eller dråp, alltså de fall där något av dessa brott angetts i stämningsansökan, valdes ut. Många fall sorterades bort varav de flesta rörde försök till mord eller dråp eller där de relevanta sökorden figurerade av annan anledning, till exempel i personaliadelen. Efter ovannämnda urval återstod 51 stycken mål. Ytterligare två mål kom att sorteras bort. Det ena fallet eftersom det rörde folkmord och var mycket särpräglad.¹⁰ Det andra fallet valdes bort eftersom rättegången i detta kom att tas om.¹¹ Undersökningen baserar sig alltså på 49 stycken fall.

1.3 Disposition

Uppsatsens andra kapitel innehåller ett avsnitt om brott och skuld för att ge läsaren en grundläggande förståelse för området och de krav som rättssäkerheten uppställer. Därefter behandlas uppsåtet, både det tidigare och det nuvarande rättsläget, ingående i kapitel tre. Kapitel fyra innehåller inledningsvis ett grundläggande avsnitt om bevisning. Därefter undersöks de riktlinjer kring bevisning som HD uttalade i NJA 2004 s. 176 tillsammans med de åsikter och den kritik som framfördes i doktrin angående dessa. Kapitel tre och fyra svarar löpande på frågorna om hur uppsåtets nedre gräns och bevisningen kring denna kom att förändras i anledning av NJA 2004 s. 176. Kapitel fem innehåller en rättsfallsundersökning och söker svara på hur uppsåtets nedre gräns och bevisningen kring denna tillämpas i praxis idag. I det sjätte och sista kapitlet besvaras sammanfattningsvis frågan om dagens rättstillämpning ligger i linje med den som HD förespråkade i NJA 2004 s. 176. Kapitlet avslutas med en diskussion om huruvida en ytterligare utveckling av rättsläget behövs.

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen syftar till att undersöka uppsåtets nedre gräns varför huvuddelen av uppsatsen hänför sig till just denna. Övriga uppsåtsformer, både de som tidigare var gällande rätt och de som är gällande rätt idag, behandlas dock

¹⁰ Stockholms TR B 5373-10.

¹¹ Södertälje tingsrätt B 2781-10.

översiktligt för att ge en helhetsbild av området. Kritiken av det tidigare rättsläget behandlas ingående eftersom denna spelat en stor roll för utvecklingen av dagens rättsläge. Tidigare diskuterades mycket angående vilken uppsåtskonstruktion som var mest fördelaktig och diskussionen pågår än idag. Detta kommer endast att behandlas till den del de behövs för en förståelse av det nuvarande rättsläget. Detta eftersom diskussionerna till stor del faller utanför uppsatsens syfte att undersöka uppsåtets nuvarande nedre gräns. Även en rad andra diskussioner hänförliga till uppsåt är aktuella idag eller har varit aktuella. Som exempel på sådana som faller utanför det valda syftet är frågan om den valde terminologin eller frågan om uppsåtet bör lagregleras eller ej. Eftersom uppsatsen syftar till att göra en djupgående studie av uppsåtsbedömningen har de speciella problem som uppkommer då det rör uppsåt vid berusning, psykisk störning och barn avgränsats bort.

Undersökningen är begränsad till fall som rör uppsåtligt dödande. Detta beror på att det oftare görs en grundlig uppsåtsprövning vid så allvarliga brott. Dessutom finns det, som Jareborg anför, vissa fördelar med att i en teoretisk diskussion använda uppsåtligt dödande eftersom det är en av de enklare brottstyperna. Resultatet av den brottsliga gärningen är entydigt och det finns inte heller några begränsningar avseende vilka gärningar som kan orsaka det brottsliga resultatet.¹² Även Zila anför att det är en fördel att diskutera effektbrott eftersom dessa aktualiserar en risk för en brottslig effekt och inte om en straffrättsligt relevant omständighet föreligger eller ej.¹³ Med hänsyn till att uppsåtligt dödande är ett effektbrott är det också primärt uppsåt till följder av en gärning som behandlas. Uppsåt till omständigheter diskuteras dock i uppsatsens teoretiska kapitel för att ge läsaren en kunskap även om detta. För att möjliggöra en djupare studie av uppsåtsbedömningarna har försöksbrott och de osjälvständiga brottstyperna har avgränsats bort. Rättsfallsundersökningen behandlar, med hänsyn till uppsatsens syfte, endast uppsåtsbedömningarna i målen. Således behandlas till exempel inte resonemang angående nödvärn.

¹² Jareborg (2004), s. 811.

¹³ Zila, s. 633.

2 Allmänt om brott och skuld

För att förstå den komplexa problematiken kring uppsåtets nedre gräns är det till en början viktigt med en grundläggande förståelse för vilka krav som rättssäkerheten uppställer. Därutöver behövs en förståelse för vad som utgör ett brott, varför man skiljer på uppsåt och oaktsamhet och likaså varför man skiljer på olika typer av uppsåt.

2.1 Några grundläggande principer

En princip av stor betydelse är legalitetsprincipen som innebär att straff inte bör utdömas utan direkt stöd i skriven lag. Detta är en grundläggande princip som varit gällande i cirka 200 år i Sverige. Genom legalitetsprincipen garanteras en stats medborgare att lagstiftningen är förutsebar på så sätt att medborgarna vet när de kan bli straffade och också till viss del hur de i så fall blir straffade.¹⁴

Även konformitetsprincipen är viktig och innebär att en person inte ska göras ansvarig för ett brott om denne inte haft möjlighet att rätta sig efter lagen. Den berättar således när en person kan klandras för sina gärningar men inte när man också bör klandra en person. En del av principen är skuldprincipen som stadgar att endast den som uppvisat skuld ska drabbas av straffrättsligt ansvar. Ett strikt ansvar bör således inte föreligga inom straffrätten. Principen innebär också att straff inte ska vara strängare än det mått av skuld som uppvisats.¹⁵

2.2 Vad är en brottslig gärning?

Brottsbalken inleds med ett grundläggande stadgande om vilka gärningar som är brottsliga. Enligt BrB 1 kap 1 § är ett brott en gärning beskriven i en författning för vilken det stadgas straff. Av BrB 1 kap 3 § följer att straff kan vara fängelse eller böter. De övriga förutsättningarna som måste uppfyllas för att en gärning ska vara brottslig kan delas in två olika

¹⁴ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 62.

¹⁵ Ibid., s. 65.

kategorier. Den första kategorin innehåller rekvisit hänförliga till den otillåtna gärningen. Denna kan i sin tur delas in i två underkategorier, brottsbeskrivningsenlighet och frånvaro av rättfärdigande omständigheter. Är förutsättningarna i denna första kategori uppfyllda har en otillåten gärning begåtts. Den andra kategorin innehåller rekvisit hänförliga till det personliga ansvaret. Även denna kategori kan delas in i två underkategorier: det allmänna skuldkravet och frånvaron av ursäktande omständigheter. Är även dessa förutsättningar uppfyllda kan personligt ansvar utkrävas för gärningen.¹⁶ Av den så kallade täckningsprincipen följer att gärningsmannens uppsåt eller oaktsamhet måste ligga i linje med den aktuella gärningen. Det behövs dock ingen fullständig överensstämmelse.¹⁷

Av störst relevans för uppsatsens syfte är de rekvisit hänförliga till det allmänna skuldkravet. Det finns två skuldformer i svensk rätt som kan göra att det allmänna skuldkravet uppfylls: den första är uppsåt (*dolus*) och den andra är oaktsamhet (*culpa*). Mycket förenklat kan sägas att skillnaden mellan en uppsåtlig och en oaktsam handling är att man vet om att man utför den uppsåtliga handlingen men endast borde veta att man utför den oaktsamma.¹⁸ Den uppsåtliga gärningsmannen kunde alltså ha rättat sig efter lagen medan den oaktsamme kunde ha rättat sig efter lagen endast om denne därutöver gjort något den borde ha gjort.¹⁹ I kapitel tre behandlas uppsåtet mer ingående.

2.3 Varför skiljer man på uppsåt och oaktsamhet och på olika uppsåtsformer?

Sedan lång tid tillbaka har svensk rätt skiljt på viljaverk och vådaverk.²⁰ En anledning till detta är skillnaden mellan oaktsamhet och uppsåt har betydelse för en gärnings straffvärde. BrB 29 kap 1 § 2 st stadgar att ett

¹⁶ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 33 - 34.

¹⁷ Ibid., s. 40, 297 - 298.

¹⁸ Ibid., s. 40.

¹⁹ Ibid., s. 301.

²⁰ Borgeke, s. 262.

brotts straffvärde påverkas av "den skada, kränkning, eller fara som gärningen inneburit" men också av "vad den tilltalade insett eller borde ha insett om detta samt de avsikter eller motiv som han eller hon haft." Som Jareborg anför beror en gärnings straffvärde av i hur stor utsträckning gärningen bör förkastas och klandras ur ett straffrättsligt perspektiv. Tanken är alltså att en gärnings straffvärde ska återspeglas i hur hårt straff som utdöms.²¹ Också av straffskalorna för många brott i BrB framgår att uppsåtliga brott bestraffas hårdare än motsvarande oaktsamhetsbrott.²² Detta är ett uttryck för att lagstiftaren anser uppsåtliga brott mer klandervärda än oaktsamma. Detta eftersom den uppsåtliga gärningsmannen uppvisar en större likgiltighet inför andras intresse och väsentliga värden.²³ Uppsåt kan alltså sägas vara den inställning som rättfärdigar att gärningsmannen anses ansvarig för den mest klandervärda brottsformen.²⁴

Indelningen i uppsåtliga och oaktsamma gärningar innebär en moralisk bedömning av hur stor graden av klandervärdhet är i den aktuella gärningen.²⁵ Skillnad i klandervärdhet handlar alltså i grund och botten om moral. Moral är ett omdiskuterat begrepp som inte kan utvecklas närmare inom ramen för det valda syftet. Alla torde dock kunna enas om att begreppet i vart fall innehåller en grundläggande beståndsdel, nämligen den att man inte ska skada andra.²⁶ Även rättspolitiskt är frågor om hur den personliga skulden ska bedömas viktiga just eftersom det spelar roll om en anklagad anses ha begått en gärning uppsåtligen eller av oaktsamhet.²⁷

Stadgandet i BrB 29 kap 1 § 2 st innebär att även uppsåtliga gärningar ska graderas efter sin klandervärdhet. De olika uppsåtsformer som används idag är avsiktssuppsåt, insiktssuppsåt och likgiltighetsuppsåt. I korthet innebär avsiktssuppsåt att den aktuella följden också var den som eftersträvades av

²¹ Jareborg (1988), s. 723.

²² Jämför till exempel skillnaden mellan BrB 3 kap 1 §, som reglerar ansvar för uppsåtligt dödande, och BrB 3 kap 7 § som reglerar ansvar för oaktsamt dödande.

²³ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 343.

²⁴ Jareborg (2004), s. 811.

²⁵ Jareborg (1988), s. 735 och Ulväng (2007), s. 350.

²⁶ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 344 och Jareborg (1988), s. 741 - 742.

²⁷ Träskman (2002), s. 616.

gärningsmannen. Vid insiktsuppsåt var inte följden eftersträvad men gärningsmannen var praktiskt taget säker på att denna skulle inträffa. Likgiltighetsuppsåt föreligger då gärningsmannen insett att det funnits en risk för att den aktuella följden skulle inträffa eller den aktuella omständigheten, till exempel en persons ålder. Gärningsmannen ska också ha en likgiltighet inför riskens förverkligande.²⁸ En gärning som begåtts med en högre grad av uppsåtlighet ska bestraffas hårdare än en som begåtts med en lägre grad.²⁹ Insiktsuppsåt innebär ofta att gärningsmannen uppvisar större likgiltighet inför andras intresse än likgiltighetsuppsåt. I båda fallen är gärningsmannen beredd att till exempel skada sitt offer men i det första fallet är gärningsmannen säker på att så ska ske medan gärningsmannen i det andra fallet inte är lika säker. Avsiktsuppsåt behöver dock inte alltid vara mer klandervärt än insiktsuppsåt. Vid avsiktsuppsåt kan gärningsmannen tro att gärningen inte kommer att lyckas vilket inte kan vara fallet vid insiktsuppsåt. För att bedöma en gärnings klandervärdhet måste man alltså ta hänsyn till både gärningsmannens avsikt med handlingen och hur stor sannolikheten var för att denna skulle lyckas.³⁰ Uppsåtets formulering ska, som Träskman uttrycker det, kunna användas av domstolen som ett redskap med vars hjälp man kan skilja på fall som innehåller olika mått av klander.³¹

²⁸ En utförligare redogörelse för den nuvarande uppsåtskonstruktionen följer i avsnitt 3.2.

²⁹ Westin, s. 629.

³⁰ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 346 - 347.

³¹ Träskman (2002), s. 622.

3 Uppsåt

Det finns ingen lagstadgad definition på vad som utgör en uppsåtlig gärning.³² Definitionen på vad som utgör en uppsåtlig gärning och gränsen mellan en sådan och en oaktsam gärning har utvecklats genom ett samspel mellan lagstiftaren, praxis och akademiska representanter. Många andra frågor inom straffrättens allmänna del har till skillnad från detta utvecklats enbart inom det akademiska området.³³

Begreppet uppsåt förklaras ofta med att gärningsmannen handlat med vett och vilja. Juridiskt har dock begreppet en mer specifik betydelse där ett uppsåtligt handlande inte förutsätter att någon handlat med vilja. Typfallet av en uppsåtlig handling sägs ofta vara en handling som utförs kontrollerat och medvetet. Den svenska rättsordningen använder sig, i likhet med de flesta andra rättsordningar, av ett uppsåtsbegrepp som innehåller både ett kognitivt element och ett voluntativt element. Det kognitiva elementet hänför sig till gärningsmannens kunskapsmässiga eller intellektuella föreställning och kan beskrivas med ord som vetskap, visshet eller insikt. Det voluntativa elementet handlar om gärningsmannens inställning eller attityd vilket kan beskrivas som dennes avsikt, syfte eller vilja.³⁴ Det kognitiva elementet kan kopplas samman med begreppet tro medan det voluntativa handlar om till exempel likgiltighet eller fientlighet.³⁵

För att det kognitiva elementet ska vara uppfyllt krävs, som nämns i kapitel 2.1, i enlighet med konformitetsprincipen att gärningsmannen hade insikt eller vetskap om de i situationen relevanta förhållandena eller en möjlighet att skaffa sig sådan insikt eller vetskap. Denne ska alltså ha haft en viss kognitiv inställning, med andra ord en tro.³⁶ Personen måste alltså ha varit medveten om sitt agerande. Kravet på medvetenhet innebär inte att man samtidigt måste vara medveten om allt i sin närhet. Har man en gång bildat

³² Se till exempel SOU 1953:14 s. 375 och SOU 1996:185 s. 83.

³³ Ulväng (2007), s. 337 - 338.

³⁴ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 310 - 311.

³⁵ Ulväng (2005), s. 2.

³⁶ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 301.

sig en uppfattning är det tillräckligt, förutsatt att man inte helt glömt det. En person tror alltså på väldigt många saker samtidigt. En sådan sak som att någon handlar under hög affekt utesluter inte att denne samtidigt kan ha en kognitiv inställning. Detta gäller även om personen i efterhand inte kan förklara varför han eller hon handlade.³⁷

3.1 Rättsläget före NJA 2004 s. 176

I svensk rätt användes, som nämns i avsnitt 1.1, länge en uppsåtskonstruktion som bestod av direkt, indirekt och eventuellt uppsåt med hypotetiskt prov. Nedan lämnas en översiktlig redogörelse för dessa olika uppsåtsformer.

3.1.1 Direkt uppsåt

Direkt uppsåt ansågs föreligga då den aktuella följden motsvarade den avsikt som gärningsmannen hade med handlingen. Gärningsmannen utförde alltså gärningen just med syftet att åstadkomma den aktuella följden och hade betraktat det som ett misslyckande om följden inte inträffat. Det spelade ingen roll huruvida följden var det primära målet med handlingen eller ett mellanled till ett annat mål. Direkt uppsåt kunde således vara för handen både då gärningsmannen dödade någon för att denne var arg på offret eller för att kunna ta offrets pengar. Direkt uppsåt kunde endast föreligga mot följder av en gärning, till exempel en dödlig effekt, inte mot gärningsomständigheter, till exempel en persons ålder.³⁸

3.1.2 Indirekt uppsåt

Indirekt uppsåt förelåg då gärningsmannen förstått att följden ska inträffa på grund av det aktuella handlandet. Följden var dock, till skillnad från vid direkt uppsåt, inte det primära målet med handlingen. Gärningsmannen var medveten om att den eftersträvade följden var nödvändigt förbunden med den inträffade. Det räckte, både avseende den eftersträvade följden och den

³⁷ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 303 - 304.

³⁸ Ibid., s. 312 - 313.

för gärningen relevanta följderna, att dessa sågs som praktiskt möjliga.³⁹ Ett exempel på när indirekt uppsåt ansetts föreligga i praxis var då två personer placerat en sprängladdning i en bil för att döda passageraren. När bomben exploderade skadades även chauffören. Att skada chauffören var inte gärningsmännens primära syfte men då det måste ha framstått som nödvändigt förbundet med handlingen att döda passageraren ansågs indirekt uppsåt föreligga.⁴⁰

3.1.3 Eventuellt uppsåt med hypotetiskt prov

Under 1940-talet kom det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov att tillämpas i allt större utsträckning och fastställdes slutligen i och med NJA 1959 s. 63.⁴¹ Eventuellt uppsåt kunde föreligga både gentemot följderna av en gärning och gentemot omständigheter kring en gärning.⁴²

Bedömningen av om eventuellt uppsåt var för handen gjordes i två steg. Avseende följderna prövades i det första steget om gärningsmannen insett att det funnits en risk för att följderna kunde inträffa som ett resultat av handlandet. I det andra steget användes ett så kallat hypotetiskt prov. Provet gick ut på att fastställa om gärningsmannen, trots att denne varit säker på att den aktuella följderna skulle inträffa, ändå skulle utföra gärningen. Vid ett positivt utfall på det hypotetiska provet ansågs uppsåt föreligga och då provet utföll negativt ansågs inte uppsåt föreligga. Provet tog sikte på vad gärningsmannen skulle gjort i det sinnestillstånd som var aktuellt vid gärningstillfället, inte efter närmare eftertanke.⁴³

3.1.4 Kritiken mot det tidigare rättsläget

Den tidigare uppsåtskonstruktionen utsattes för hård kritik. Till viss del var samtliga uppsåtsformer kritiserade men mest kritiserat var det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov.⁴⁴ Under en lång tid var knappast någon inom

³⁹ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 313.

⁴⁰ NJA 1927 s. 1.

⁴¹ Asp (2002), s. 613.

⁴² Asp, Ulväng och Jareborg, s. 314.

⁴³ Ibid., s. 314.

⁴⁴ Ibid., s. 315 - 317.

doktrinen positivt inställd till detta. Användningen av det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov orsakade också problem inom ramen för Sveriges straffrättsliga samarbete inom den europeiska unionen. Sverige var nämligen ensamt om att använda en uppsåtskonstruktion som baserades på en hypotetisk situation.⁴⁵ Även i en utredning om straffansvarets gränser kritiserades konstruktionen.⁴⁶ Kritiken mot det eventuella uppsåtet betecknades slutligen som omfattande och övertygande av HD.⁴⁷

En del av den kritik som framfördes mot det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov riktade sig mot att provet, vilket utgjorde den centrala delen av bedömningen, handlade om en hypotetisk situation istället för den aktuella.⁴⁸ Som HD uttalade är det främmande för den svenska rättsordningen att låta en hypotetisk situation ligga till grund för straffrättsligt ansvar.⁴⁹

Därutöver handlade kritiken om de omständigheter som vägdes in i bedömningen av det hypotetiska provet. Faktorer hänförliga till gärningsmannens sinnestillstånd, såsom upprördhet och kombinationen av ilska och berusning, gjorde ofta att det hypotetiska provet utföll positivt. Andra faktorer hänförliga till gärningsmannens sinnestillstånd kunde göra att provet utföll negativt, till exempel då någon agerat i affekt eller haft ett upprört sinnestillstånd. Provet ansågs vara ett tvivelaktigt sätt att skilja uppsåtliga handlingar från oaktsamma eftersom även personlighetsdrag, såsom hänsynslöshet, levnadssätt och gärningsmannens relation till offret, påverkade bedömningen.⁵⁰ Träskman har anfört att domstolen för att kunna dra några slutsatser om hur den tilltalade skulle ha agerat var tvungen att bedöma den tilltalades karaktär. Domstolen kunde till exempel komma fram till att den åtalade var samhällsfarlig till sin karaktär och för en sådan person utföll det hypotetiska provet ofta positivt. Tyngdpunkten i bedömningen låg

⁴⁵ Borgeke, s. 293.

⁴⁶ SOU 1996:185 del I s. 55 och 127 ff.

⁴⁷ NJA 2002 s. 449.

⁴⁸ NJA 2002 s. 449 och NJA 2004 s. 176. Se även Asp, Ulväng och Jareborg, s. 317.

⁴⁹ NJA 2004 s. 176.

⁵⁰ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 317 - 318 och Asp (2002), s. 614.

alltså inte på den aktuella gärningen utan på den tilltalades karaktär och särskilt dennes eventuella tidigare brottslighet. Detta var självklart diskriminerande för tidigare dömda personer. De faktorer som tillmättes störst betydelse var: den åtalades karaktär, betydelsen av handlande i affekt och betydelsen av den tilltalades insikt om sannolikheten för effektens förverkligande. För samtliga av dessa faktorer gäller att det är mycket svårt att hitta empiriskt fasställbara bevisfakta. Resultaten var alltså så pass spekulativa att de inte kunde sägas leva upp till de krav som rättssäkerheten uppställer.⁵¹

Det fanns alltså en stor risk att provet utföll olika beroende på om gärningsmannen tidigare begått brott eller ej eftersom domstolen kunde anse att gärningsmannen hade en brottslig karaktär.⁵² Då provet handlade mer om gärningsmannens person och intressen än den aktuella gärningen riskerade provet att ge olika resultat i annars identiska situationer.⁵³ Detta har kritiserats ur flera andra aspekter. En aspekt som framförts är att en gärningsmans karaktär och dennes inställning i det konkreta fallet inte nödvändigtvis är förbundna med varandra. Det material domstolen har tillgång till i en brottmålsrättegång är inte heller lämpat för en sådan karaktärsbedömning.⁵⁴

I doktrin har också anförts att ett annat problem med det eventuella uppsåtet var att det kom att tillämpas felaktigt. I vissa fall utfördes inte det första steget i bedömningen och i andra fall utfördes det hypotetiska provet felaktigt. Det kom att bli vanligt att domstolen istället för att göra det hypotetiska provet endast ställde sig frågan om gärningsmannen varit likgiltig inför följden.⁵⁵ Det skedde även en sammanblandning i underrättspraxis vilket resulterade i att domstolen istället ställde sig frågan om gärningsmannen agerat så pass likgiltigt att det eventuella provet skulle

⁵¹ Träskman (1985), s. 67 - 68.

⁵² Asp, Ulväng och Jareborg, s. 317-318 och Asp (2002), s. 614.

⁵³ NJA 2002 s. 449 och Westin, s. 629.

⁵⁴ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 318.

⁵⁵ Ibid., s. 319.

utfalla positivt.⁵⁶ Innebörden av den förändrade tillämpningen var man inte helt enig om i den juridiska doktrinen. Somliga ansåg att utvecklingen innebar ett avsteg från det eventuella uppsåtet medan andra ansåg att det endast var en alternativ formulering av det eventuella uppsåtet.⁵⁷ Det förekom också att domstolen uttryckte sig som att den tilltalade i vart fall hade haft eventuellt uppsåt, ofta som en ren försiktighetsåtgärd.⁵⁸

3.2 Rättsläget efter NJA 2004 s. 176

I NJA 2004 s. 176 införde HD en ny terminologi för de olika formerna av uppsåt och också nya kriterier för vad som skulle utgöra uppsåtets nedre gräns. Det bör poängteras att avgörandet inte var ämnat att förändra gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet. De tidigare problemen var, som nämns ovan under avsnitt 3.1.4, främst hänförliga till den praktiska tillämpningen.⁵⁹

3.2.1 Avsiktsuppsåt

Avsiktsuppsåt är för handen då gärningsmannens syfte med gärningen är följd, eller då följd utgör ett mellanled till gärningsmannens syfte. Det är dock inget krav att följd värderas positivt.⁶⁰ Så länge effekten är eftersträvad spelar det ingen roll hur begränsad risken för att följd ska inträffa är.⁶¹ Det är tillräckligt att gärningsmannen ser den åsyftade följd som praktisk möjlig. Gärningsmannen måste bara ha haft en misstanke om att följd skulle kunna inträffa.⁶² Där följd är åsyftad eller utgör en avsikt är gärningsmannens fientliga inställning till följdens inträde tillräckligt för att uppsåt ska anses föreligga.⁶³

Avsiktsuppsåt kan föreligga endast i förhållande till följder. I förhållande till omständigheter är det tillräckligt att gärningsmannen har likgiltighetsuppsåt

⁵⁶ Träskman (2002), s. 620.

⁵⁷ Asp (2002), s. 614.

⁵⁸ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 316.

⁵⁹ Ibid., s. 320 - 321.

⁶⁰ Ibid., s. 323 - 324.

⁶¹ NJA 2004 s. 176.

⁶² Asp, Ulväng och Jareborg, s. 323.

⁶³ Ulväng (2005), s. 4.

(se avsnitt 3.2.3). I praktiken är det alltså tillräckligt att gärningsmannen är medveten om omständigheterna. Avsiktsuppsåt är alltid en tillräcklig uppsåtsform. För de brott som innehåller ett särskilt krav på gärningsmannens syfte, så kallade överskjutande avsikts- eller uppsåtsrekvisit, är det den enda uppsåtsform som är tillräcklig.⁶⁴

Avsikt kan användas i två olika betydelser: både som ett beslut att göra något och som en avsikt med vilken en viss handling utförs, med andra ord ett syfte. Det sistnämnda är det som är relevant för avsiktsuppsåt.⁶⁵ Det krävs inte att gärningsmannens avsikt haft formen av ett beslut. Ett beslut kan dock ha betydelse som bevisfaktum eftersom beslut och avsikter normalt hänger nära samman.⁶⁶

3.2.2 Insiktsuppsåt

I NJA 2004 s. 176 konstaterade HD att då gärningsmannen insett att en gärningsomständighet förelegat finns också uppsåt till denna. HD uttalade därefter att en sådan uppsåtsform är tillräcklig även avseende följder. Har gärningsmannen handlat med insikt om att en gärning kommer att leda till en viss effekt har denne alltså handlat uppsåtligt. För att domstolen ska anse att insikt föreligger är det tillräckligt att gärningsmannen beträffande en gärningsomständighet varit "praktiskt taget säker" eller beträffande effekten sett den som "praktiskt taget oundviklig".⁶⁷ Gärningsmannen tvekar egentligen inte om huruvida den aktuella följden kommer uppkomma på grund av handlandet. Detta krav på insikt har i doktrin benämnts som praktisk visshet.⁶⁸ Ulväng beskriver kravet på insikt som att gärningsmannen inte hyser några egentliga tvivel.⁶⁹ Huruvida gärningsmannen haft rätt i sin bedömning om till exempel sannolikheten för följdens inträffande spelar mindre roll. Det avgörande är den föreställning gärningsmannen haft. Även om en gärningsomständighet inte var för

⁶⁴ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 324.

⁶⁵ Ibid., s. 305 - 306.

⁶⁶ Ibid., s. 313.

⁶⁷ NJA 2004 s. 176 se även Asp, Ulväng och Jareborg, s. 321.

⁶⁸ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 321.

⁶⁹ Ulväng (2005), s. 2.

handen vid gärningstillfället eller en viss effekt i själva verket aldrig skulle kunna inträffa kan alltså insiktsuppsåt föreligga.⁷⁰

3.2.3 Likgiltighetsuppsåt

I NJA 2004 s. 176 uttalade HD att det avgörande momentet vid direkt och indirekt uppsåt inte är sannolikheten för effekten och inte heller gärningsmannens uppfattning av sannolikheten. Uppsåt kan vara för handen även vid en begränsad risk. Enligt HD är det avgörande istället gärningsmannens inställning, nämligen att "ett förverkligande av effekten inte utgjorde ett relevant skäl för att avstå från gärningen; han har inte handlat i förlitan på att effekten inte skulle förverkligas". Domstolen uttalade vidare att detta borde vara avgörande även vid bedömningen av andra former av uppsåt, om gärningsmannen inte har haft den insikt som krävs för insiktsuppsåt utan endast haft en misstanke om att effekten skulle inträda. I målet konstaterade HD vidare att ett sådant formulerat uppsåtskrav endast ger en begränsad vägledning för själva uppsåtsbedömningen. För närmare vägledning går domstolen därför därefter igenom de uppsåtsformer som diskuterats i svensk rätt: det hypotetiskt eventuella uppsåtet och sannolikhetsuppsåtet men stannar därefter för likgiltighetsuppsåtet.⁷¹

Likgiltighetsuppsåt kan föreligga gentemot följder av en gärning och gentemot omständigheter kring en gärning.⁷² Relevant likgiltighet föreligger endast då gärningsmannen är likgiltig inför risken att en viss omständighet kan komma att föreligga eller att en viss följd kan inträda och då gärningsmannen också har en likgiltig inställning gentemot förverkligandet av effekten eller omständigheten.⁷³ I doktrin har anförts att prövningen av om likgiltighetsuppsåt föreligger bör ske i två olika steg. I det första steget prövas om gärningsmannen har den insikt som krävs. I det andra steget

⁷⁰ NJA 2004 s. 176.

⁷¹ Ibid.

⁷² Asp, Ulväng och Jareborg, s. 321.

⁷³ NJA 2004 s. 176.

prövas om gärningsmannens inställning till följdens inträde eller förhandenvaron av omständigheten kan beskrivas som likgiltig.⁷⁴

I det första steget prövas om gärningsmannen haft en misstanke om att det funnits en risk för att den aktuella följden skulle inträffa eller den relevanta omständigheten föreligga. Detta motsvarar en uppvisad likgiltighet inför risken för följden.⁷⁵ En grundförutsättning för att anse att någon haft uppsåt är att denne varit medvetet oaktsam i förhållande till effekten eller gärningsomständigheten.⁷⁶ Gärningsmannen måste alltså ha haft en misstanke om att effekten skulle kunna inträffa eller omständigheten föreligga.⁷⁷ Med misstanke avses enligt Ulväng att gärningsmannen uppfattar vissa skäl, om än svaga, om att något visst kommer att hända eller att något visst är på ett visst sätt. För att misstanke ska föreligga behöver inte gärningsmannen tro något, han eller hon behöver alltså inte ha accepterat att något är sant, men inser att det är en praktisk möjlighet.⁷⁸ Har gärningsmannen inte den misstanke som krävs kan uppsåt aldrig föreligga. I det fallet spelar det till exempel ingen roll om gärningsmannen varit likgiltig inför förverkligandet av följden. Att gärningsmannen borde ha insett att det fanns en risk för att följden skulle inträffa eller omständigheten föreligga är inte tillräckligt. Detta gäller även om det uppvisade beteendet visar på en långtgående likgiltighet.⁷⁹

I det andra steget av bedömningen prövas om gärningsmannen är likgiltig i den straffrättsligt relevanta innebörden.⁸⁰ Likgiltigheten utgörs häri av gärningsmannens attityd till förverkligandet av effekten eller förekomsten av omständigheten. Ett förverkligande av effekten eller förekomsten av omständigheten ska alltså inte ha utgjort ett relevant handlingsskäl.⁸¹ Likgiltighetsuppsåtet kombinerar det kognitiva och det voluntativa

⁷⁴ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 320 - 321 och Ulväng (2005), s. 3.

⁷⁵ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 320 - 321.

⁷⁶ NJA 2004 s. 176.

⁷⁷ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 321.

⁷⁸ Ulväng (2005), s. 3.

⁷⁹ NJA 2005 s. 732.

⁸⁰ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 321 - 322.

⁸¹ NJA 2004 s. 176.

elementet men tyngdpunkten ligger på det sistnämnda. Det alltså är inställningen eller attityden till förverkligandet av följden eller förekomsten av omständigheten som skiljer en uppsåtlig gärning från en oaktsam.⁸²

Som grundregel krävs att gärningsmannen på något sätt tagit ställning till effektens förverkligande. Den betydelse av likgiltighet som avses kan jämföras med uttryck som används i andra rättsordningar som till exempel att gärningsmannen ”funnit sig i att effekten förverkligas”, att denne ”tagit med effekten på köpet” eller att denne ”godtagit effekten”.⁸³ I likhet med detta anför Ulväng att det krävs att gärningsmannen uppfattat och tagit ställning till att det funnits en viss risk men ändå utfört gärningen.⁸⁴

Enligt Ulväng finns det tre olika former av inställning till ett faktum. En inställning kan vara en positiv, negativ eller likgiltig. Den sistnämnda innebär att det aktuella faktumet inte påverkar valet av handlande. Med andra ord accepteras eller godtas följden eller omständigheterna. Likgiltighet har också beskrivits som avsaknaden av ett subjektivt handlingsskäl inför det aktuella faktumet att en följd kommer inträda eller en omständighet föreligga.⁸⁵ I enlighet med detta är det inte ett krav att gärningsmannen värderar resultatet på ett visst sätt. Gärningsmannen kan till och med i efterhand uppriktigt beklaga resultatet.⁸⁶

Likgiltighetsuppsåtet tar endast sikte på den inställning eller attityd som gärningsmannen vid det aktuella tillfället haft till förverkligandet av effekten eller förhandenvaron av omständigheten.⁸⁷ För att vara likgiltig i ett straffrättsligt relevant avseende är det inte tillräckligt att ha varit allmänt likgiltig och handlat utan att ta hänsyn till att handlingen kränkt ett straffrättsligt skyddat intresse. En viss likgiltighet ligger redan i det faktum att gärningsmannen handlar trots att han eller hon inser att det finns en risk

⁸² Ulväng (2005), s. 2 - 3.

⁸³ NJA 2004 s. 176.

⁸⁴ Ulväng (2005), s. 5 - 6.

⁸⁵ Ulväng (2005), s. 4 - 5.

⁸⁶ NJA 2004 s. 176.

⁸⁷ Ibid.

att en viss effekt ska inträda eller en viss omständighet föreligga.⁸⁸ Likgiltighet är alltså en attityd och har inget att göra med gärningsmannens karaktär eller allmänna hållning.⁸⁹ Den likgiltighet som är relevant för en skuldbedömning är den episodiska, den likgiltighet som föreligger i en konkret situation. En likgiltighet kan också vara dispositionell, vilket beskriver en gärningsmans allmänna hållning eller karaktär. Denna har ingen betydelse för skuldbedömningen även om den kan ha ett visst bevisvärde.⁹⁰

Det har anförts att avsiktssuppsåt skulle kunna ses som ett specialfall av likgiltighetsuppsåt. Ett sådant synsätt skulle dock vara opraktiskt. En gärningsman som åsyftat en viss följd har också insett att denna är praktiskt möjlig. Även likgiltighetsprövningen innebär ett onödigt steg. Den som åsyftat en följd är naturligtvis också likgiltig.⁹¹

⁸⁸ NJA 2004 s. 176.

⁸⁹ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 322.

⁹⁰ Ibid., s. 344.

⁹¹ Ibid., s. 323 - 324.

4 Uppsåt och bevisning

Som framgår ovan i avsnitt 3.1.4 var det tidigare rättsläget kritiserat med hänvisning till hur bevisvärderingen kring uppsåt skedde. I NJA 2004 s. 176 uttalade HD vissa riktlinjer för hur bevisvärderingen fortsättningsvis skulle ske. I detta kapitel går dessa riktlinjer igenom tillsammans med de uttalanden som gjorts i doktrin i anslutning till dessa. Kapitlet avslutas med den kritik som framförts mot riktlinjerna. Kapitlet inleds med ett allmänt avsnitt om bevisning av uppsåt för att ge läsaren en grundläggande förståelse av området.

4.1 Allmänt om uppsåt och bevisning

I svensk rätt gäller att det för en fällande dom krävs att det är ställt utom rimligt tvivel att gärningsmannen gjort sig skyldig till den aktuella gärningen.⁹² Enligt HD skiljer sig beviskravet för uppsåt i princip inte från vad som gäller för andra omständigheter i brottmål.⁹³ Även i doktrin har anförts att beviskraven för subjektiva rekvisit, till exempel uppsåt, är lika högt ställda som för objektiva rekvisit.⁹⁴ Träskman har anført att det är en förutsättning för att uppfylla de rättssäkerhetliga kraven att det personliga ansvaret utreds med samma krav på bevisningen.⁹⁵ Det är en vanlig missuppfattning att beviskravet skulle vara lägre när det gäller uppsåt.⁹⁶ Med hänsyn till rättssäkerheten är det viktigt att uppsåtsbegreppet är utformat med tanke på bevismässiga överväganden. Kan uppsåtet inte bevisas med yttre iakttagbara fakta leder det till godtyckliga resultat.⁹⁷

Precis som vid andra rekvisit är det i uppsåtsfrågan åklagaren som har bevisbördan. Detta innebär att åklagaren måste styrka de omständigheter som gör att det är ställt utom rimligt tvivel att gärningsmannen handlat

⁹² Se till exempel NJA 1980 s. 725.

⁹³ NJA 2012 s. 45.

⁹⁴ Ulväng (2005), s. 8.

⁹⁵ Träskman (1985), s. 57.

⁹⁶ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 308 - 309.

⁹⁷ Träskman (1985), s. 71.

uppsåtligen.⁹⁸ Vid bevisning av uppsåt handlar det om att bevisa gärningsmannens inställning. De omständigheter som kan beaktas i denna bedömning har således formen av indirekta bevis, så kallade indicier. Det enda undantaget är den tilltalades egen berättelse.⁹⁹

HD har uttalat att det som regel inte föreligger några särskilda svårigheter med att bevisa uppsåt. Genom gärningsmannens handlande kan utläsas vilka orsaker, avsikter och insikter som han eller hon haft. Domstolen kan också söka stöd i vad som inträffat före den aktuella gärningen och gärningsmannens eventuella motiv. I vissa fall kan också gärningsmannens handlande efter gärningen tillmätas betydelse.¹⁰⁰

Inom doktrinen går åsikterna kring bevisning av uppsåt isär. Ulväng har framfört att bevisning av uppsåt är en ytterst komplicerad sak. En domare ska med utgångspunkt i den bevisning som finns, till exempel en vittnesutsaga, tolka både ett händelseförlopp och också vad gärningsmannen tänkt, trott och känt inför sina handlingar. De slutsatser domaren kan dra är alltid till viss del generaliseringar och det innebär att det vid uppsåtsbedömningar finns många felkällor, ett stort utrymme för alternativa hypoteser och dessutom få tillförlitliga bevisfakta och hjälpfakta.¹⁰¹ Träskman anför att uppsåtsbedömningar innefattar en bedömning av något som inte kan iakttagas. Sådana omständigheter måste därmed bevisas antingen med hjälp av utsagor eller med hjälp av andra yttre företeelser. Träskman anser det vara ytterst tveksamt om det ens teoretiskt är möjligt att bedöma gärningsmannens vilja på grund av dennes beteende.¹⁰²

Andra anser att problemen med att bevisa uppsåt tenderar att överdrivas. En persons tro och avsikt kan till stor del utläsas ur dennes handlingar. En stor del av problemen var hänförliga till den tidigare rådande människosynen: dualismen där kropp och själ sågs som två olika element. Numera använder

⁹⁸ NJA 1996 s. 27 och NJA 2012 s. 45.

⁹⁹ Zila, s. 634.

¹⁰⁰ NJA 2012 s. 45.

¹⁰¹ Ulväng (2011), s. 475 - 476.

¹⁰² Träskman (1985), s. 65.

domstolarna en handlingsteori där det som utmärker en gärning är att den utförs avsiktligt. Vid bedömning kan man använda vissa generaliseringar om vad en människa vet om gärningar, orsaker och följder. Mycket av de bevisvärigheter som kvarstår är hänförliga till mer praktiska faktorer, som att det inte alltid finns någon som sett den aktuella gärningen.¹⁰³

4.2 Riktlinjerna från NJA 2004 s. 176

I NJA 2004 s. 176 drog HD upp vissa riktlinjer för hur bevisvärderingen kring likgiltighetsbedömningen skulle ske. Det underströks att faktorerna skulle användas med "försiktighet och urskiljning".¹⁰⁴ Riktlinjerna avser alltså det andra steget i bedömningen, nämligen huruvida gärningsmannen varit likgiltig inför riskens förverkligande.¹⁰⁵ HD uttalade att:

"utgångspunkten för bedömningen ska vara omständigheterna vid gärningen, att insikt om att det förelåg en mycket hög sannolikhet är normalt tillräckligt för att uppsåt ska anses föreligga, att hänsynslöst beteende, upprörd sinnesstämning och gärningsmannens intresse i gärningen är omständigheter som kan göra att uppsåt får anses föreligga även om det inte förelåg en mycket hög sannolikhet samt att uppsåt i allmänhet inte kan anses föreligga när risken enligt gärningsmannens föreställning inte var avsevärd."¹⁰⁶

Hänvisningar görs hädanefter till NJA 2004 s. 176 även om riktlinjerna omnämndes i NJA 2002 s. 449. Det var nämligen först efter att NJA 2004 s. 176 meddelats som det stod klart att riktlinjerna utgjorde gällande rätt.

4.2.1 Omständigheterna vid gärningen

Enligt HD ska att utgångspunkten för bedömningen fortsättningsvis vara omständigheterna vid den aktuella gärningen.¹⁰⁷ Gärningsmannens karaktär ska inte längre vara en omständighet av betydelse.¹⁰⁸ Det spelar ingen roll hur gärningsmannen är som person. För att uppsåt ska föreligga krävs en yttring av likgiltighet i den aktuella situationen.¹⁰⁹

¹⁰³ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 306 - 308.

¹⁰⁴ NJA 2004 s. 176.

¹⁰⁵ NJA 2005 s. 732.

¹⁰⁶ NJA 2004 s. 176.

¹⁰⁷ NJA 2004 s. 176 och NJA 2002 s. 449.

¹⁰⁸ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 322.

¹⁰⁹ Ulväng (2005), s. 5.

Enligt HD kommer bevisprövningen med nödvändighet att se annorlunda ut från fall till fall bland annat beroende på vilket brott som är uppe till prövning och vilka omständigheter som ska bedömas. Impulsstyrda våldsbrott, som var uppe till prövning i NJA 2002 s. 449, har i stor utsträckning vållat problem. Ofta ger utredningen inte stöd för en bedömning av sannolikheten för riskens förverkligande och inte heller gärningsmannens uppfattning om denna (se avsnitt 4.2.3) då kan bedömningen istället avse angreppssättet och den effekt som detta normalt är avsett att orsaka.¹¹⁰ Det finns exempel från praxis där domstolen funnit att det sätt som angreppet skedde på visar att den tilltalade varit likgiltig för huruvida den dödliga effekten skulle förverkligas.¹¹¹

Planerade gärningar innehåller i regel ett större mått av medvetet risktagande än impulsiva handlingar. Ofta framstår de som mer kalkylerade och mer likgiltiga i den här relevanta betydelsen. Vid planerade gärningar kan det dock finnas omständigheter som talar för att gärningsmannen velat undvika en viss effekt och därmed inte varit likgiltig.¹¹²

4.2.2 Det hypotetiska provets fortsatta betydelse

HD uttalade i NJA 2004 s. 176 att det hypotetiska provet bara tog sikte på gärningsmannens inställning och att det därför var vilseledande att säga att provet beskriver innebörden av uppsåt. Det hypotetiska provet var ursprungligen ämnat som en bevisregel och kan enligt HD fortsättningsvis användas som ett test på om bevisningen i ett mål är tillräckligt stark för att anse uppsåt föreligga. Provets resultat ligger nämligen nära det krav som likgiltighetsuppsåtet uppställer, nämligen "att det ska stå klart att förverkligandet av effekten eller förekomsten av gärningsomständigheten vid gärningstillfället inte utgjorde ett för gärningsmannen relevant skäl för att avstå från gärningen".¹¹³

¹¹⁰ NJA 2004 s. 176.

¹¹¹ NJA 2004 s. 702.

¹¹² NJA 2004 s. 176.

¹¹³ NJA 2004 s. 176.

Inom doktrin anförs också att likgiltighets uppsåtet och det hypotetiska provet är sammankopplade.¹¹⁴ Då likgiltighet är för handen utfaller oftast det hypotetiska provet positivt. Utgör inte risken att en följd förverkligas ett skäl för gärningsmannen att avstå från gärningen skulle denne troligen inte ha avstått från gärningen om denne varit säker på att följden skulle inträffa. Ett positivt utfall på det hypotetiska provet indikerar också att likgiltighet är för handen. Hade gärningsmannen utfört gärningen även om han eller hon var säker på att följden skulle inträffa är detta inte ett relevant skäl att avstå från handlingen.¹¹⁵ Ett negativt utfall på det hypotetiska provet talar vidare för att gärningsmannen inte är likgiltig.¹¹⁶ Ett negativt utfall innebär att gärningsmannen bara är likgiltig inför risken, alltså medvetet oaktsam.¹¹⁷ Det bör understrykas att påpekas att provet endast ska användas som en säkerhetsventil.¹¹⁸

4.2.3 Betydelsen av sannolikheten för riskens förverkligande

Enligt HD är en insikt om att det föreligger en mycket hög sannolikhet för att effekten ska inträda normalt tillräckligt för att uppsåt ska anses föreligga. Uppsåt ska normalt inte anses föreligga när risken såsom gärningsmannen uppfattat den inte är avsevärd. Den faktiska sannolikheten och den sannolikheten gärningsmannen uppfattar är som utgångspunkt de viktigaste bevisfaktorerna i likgiltighetsbedömningen. Avseende gärningsomständigheter bör domstolen istället beakta vad den tilltalade rimligen haft anledning att räkna med.¹¹⁹ Också i doktrin anförs att sannolikheten för riskens förverkligande är det mest centrala bevisfaktumet i likgiltighetsbedömningen.¹²⁰ Asp har påpekat att HD inte uppställde något krav på vilken typ av riskinsikt det ska röra sig om, till exempel en avsevärd risk. Enligt Asp kan uppsåt alltså föreligga även om gärningsmannen inte

¹¹⁴ Se till exempel Asp (2004), s. 391.

¹¹⁵ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 329.

¹¹⁶ Ibid., s. 330.

¹¹⁷ Ulväng (2005), s. 3.

¹¹⁸ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 330 och Ulväng (2005), s. 10.

¹¹⁹ NJA 2004 s. 176.

¹²⁰ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 325 - 326 och Ulväng (2005), s. 7.

uppfattar risken som avsevärd men med hänsyn till att HD uttalar att uppsåt endast undantagsvis kan antas förekomma vid en relativt begränsad risk anför han att detta sällan bör vara fallet.¹²¹

Sannolikheten används alltså som ett bevisfaktum.¹²² En hög eller mycket hög sannolikhet innebär enligt Ulväng en presumtion för uppsåt. Ju högre sannolikheten är desto närmre ligger gärningsmannen den insikt som krävs för insiktsuppsåt. Enligt Ulväng kan de olika formerna av uppfattad sannolikhet med, med reservation för att det kan vara missvisande, på ett ungefärligt sätt anges i siffror. Praktisk visshet (till exempel övertygelse) motsvarar en sannolikhet på 90 % eller högre. Kvalificerad sannolikhet 66,6 % och övervägande sannolikhet skulle 51 %. Det är viktigt att understryka att det inte enbart är sannolikheten som spelar roll. Trots en hög sannolikhet kan bedömningen landa i att gärningsmannen inte agerat uppsåtligt. Likaså kan gärningsmannen, trots en låg sannolikhet, anses ha agerat uppsåtligt.¹²³

4.2.4 Hänsynslöst beteende

Som exempel på ett hänsynslöst beteende har HD i sin tidigare praxis använt spelandet av rysk roulette. Enligt HD föreligger det i en sådan situation en relativt begränsad risk för att motspelaren ska avlida. Själva beteendet och risktagandet är dock så extremt och hänsynslöst att det tyder på att gärningsmannen är likgiltig inför huruvida personen avlider eller ej.¹²⁴ Asp använder också spelandet av rysk roulette som exempel men benämner det risktagande som föreligger som utrerat. Asp anser också att uppsåt kan föreligga i sådana situationer trots en låg sannolikhet för riskens förverkligande. Detta gäller främst i de fall där redan det faktum att gärningsmannen utsätter sitt offer för risken kan ses som ett tecken på likgiltighet. Han menar att man normalt inte tar sådana risker om man inte är beredd att acceptera följden.¹²⁵

¹²¹ Asp (2004), s. 393.

¹²² Ibid., s. 388.

¹²³ Ulväng (2005), s. 7 - 8.

¹²⁴ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 326 - 327.

¹²⁵ Asp (2004), s. 392 - 393.

Borgeke är av en annan åsikt och är kritisk till att HD använt spelandet av rysk roulette som exempel. Han menar att en likgiltighet inför risken inte per automatik innebär att man också är likgiltig inför förverkligandet av denna. Borgeke påpekar att om det faktiskt var så att man ville döda sin motspelare torde man välja en annan metod. Hänsynslösheten som föreligger i detta fall konstituerar alltså inte alltid uppsåt.¹²⁶ Borgeke diskuterar också en annan situation där ett hänsynslöst beteende kan anses föreligga, nämligen den där gärningsmannen hugger någon i ryggen med en kniv. En likgiltighet inför en dödlig effekt kan ofta konstateras om gärningsmannen använt en tillräckligt lång kniv och sticket utdelats i hjärttrakten, eftersom gärningsmannen då hamnar i det som betecknas praktisk visshet. Föreligger inte praktisk visshet och om man dessutom tar hänsyn till att gärningsmannen ofta handlat i affekt eller varit väldigt rädd är det svårt att dra slutsatsen att gärningsmannen ändå varit likgiltig.¹²⁷ Även Ulväng är något tveksam till HD:s resonemang och anför att de risktaganden som faller under definitionen för hänsynslösa men inte utrerade kan vara svårbedömda. Han menar att endast ett hänsynslöst risktagande i sig inte kan grunda uppsåt. En helhetsbedömning av gärningen måste alltid göras.¹²⁸

4.2.5 Upprörd sinnesstämning

Uttalandet av HD att en upprörd sinnesstämning kan tala för likgiltighet har Ulväng tolkat som att då gärningsmannen handlat i affekt så skulle inte följdens inträde ha utgjort ett skäl för honom eller henne att avstå från handlandet eller handla på annat sätt. Ulväng ställer sig tveksam till om handlande under upprördhet också innebär en likgiltighet inför följderna. Vid handlande i affekt är det tveksamt om gärningsmannen ens insett att det funnits en risk och värderat skälen för att handla eller inte handla. Ofta kan det istället vara så att någon som handlat i affekt har handlat utan att beakta konsekvenserna.¹²⁹

¹²⁶ Borgeke, s. 287.

¹²⁷ Ibid., s. 287 - 288.

¹²⁸ Ulväng (2005), s. 9.

¹²⁹ Ulväng (2005), s. 10 - 11.

Borgeke är också kritisk till uttalandet av HD angående upprörd sinnesstämning. Han menar att betydelsen av upprörd sinnesstämning i ännu större utsträckning än hänsynslöst beteende är problematiskt som bevisfakta för likgiltighet. Den gärningsman som handlar i ett upprört tillstånd tar sig ofta inte tid att tänka på vilka risker ett handlande kan innebära och tar inte heller ställning till dessa.¹³⁰

4.2.6 Gärningsmannens intresse i saken

Ulväng tolkat uttalandet av HD om gärningsmannens intresse i saken som att denne i de situationerna inte har skäl att avstå från handlandet. Är situationen sådan att gärningsmannen till exempel kan göra en bra affär föreligger det enligt Ulväng en presumtion för att gärningsmannen inte ser riskens förverkligande som ett skäl att avstå från handlingen. Ulväng menar istället att gärningsmannens intresse i gärningen endast ger en antydning om hur gärningsmannen ställer sig till riskens förverkligande. Till exempel får den som köper stulet gods ofta ett bra pris varför uppsåt skulle kunna presumeras vid en bra affär. Gärningsmannens egentliga intresse skulle dock lika gärna kunna stanna vid att göra en bra affär. Hade han eller hon vetat att egendomen var stöldgods skulle kanske köpet aldrig fullföljts. Ulväng anför också att gärningsmannens karaktär riskerar att få betydelse för bedömningen.¹³¹ Även Borgeke menar att omständigheten gärningsmannens intresse i saken kan ifrågasättas. Han diskuterar också situationen där gärningsmannens egentliga intresse kan vara att göra en bra affär. Det finns kanske ofta en likgiltighet inför risken att varan är stulen men en likgiltighet inför den relevanta gärningsomständigheten, att varan är frånhänt annan genom brott, saknas troligen ofta.¹³²

I doktrinen anför flera personer, tvärt emot vad HD uttalade, att gärningsmannens intresse i saken snarare är en omständighet som talar emot att gärningsmannen varit likgiltig även om det förelagat en hög risk. Som exempel tas situationen då en person gör en farlig omkörning och utsätter

¹³⁰ Borgeke, s. 288.

¹³¹ Ulväng (2005), s. 12 - 13.

¹³² Borgeke, s. 288 - 289.

både sig själv och sin passagerare för fara. I den situationen anses gärningsmans intresse i saken snarare tala emot en straffrättsligt relevant likgiltighet.¹³³ En omständighet som jag anser ligga nära gärningsmannens intresse i saken, som därför behandlas här, är den att gärningsmannen bryr sig om den som handlandet riktar sig emot, till exempel då offer och gärningsman är närstående. Denna omständighet anses också tala emot likgiltighet även vid en hög sannolikhet för riskens förverkligande.¹³⁴ Borgeke anför att våldsbrott visserligen ofta begås inom familjen men det faktum att det rör en familjemedlem kan tala för att ingen relevant likgiltighet är för handen.¹³⁵

4.3 Andra faktorer

Efter att NJA 2004 s. 176 meddelats diskuterades även en del andra omständigheter i doktrin som ansågs tala för respektive emot likgiltighet. Bland annat diskuterades omständigheten att gärningsmannen vidtagit säkerhetsåtgärder för att följden inte skulle inträffa vilket ansågs tala emot likgiltighet trots en hög sannolikhet.¹³⁶ Omständigheten att gärningsmannen underlåtit att vidta säkerhetsåtgärder diskuterades också. Ulväng anförde att om en sådan omständighet tilläts påverka bedömningen så utvidgas själva gärningen eftersom också underlåtna handlingar ges betydelse.¹³⁷ Borgeke anförde i anslutning till detta att underlåtna säkerhetsåtgärder endast talar för en medveten oaktsamhet och sällan ett uppsåtligt beteende.¹³⁸

Som nämns ovan, i avsnitt 4.2, uttalade HD att relevant likgiltighet inte är för handen då gärningsmannen utgår från att risken inte ska realiseras.¹³⁹ I doktrin har i anslutning till detta anförts att ett händelseförlopp som är oväntat för gärningsmannen kan tyda på att han eller hon inte besitter

¹³³ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 327, Borgeke, s. 289 och Ulväng (2005), s. 13 - 14.

¹³⁴ Asp (2004), s. 393.

¹³⁵ Borgeke, s. 289.

¹³⁶ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 327 och Borgeke, s. 290.

¹³⁷ Ulväng (2005), s. 11 - 12.

¹³⁸ Borgeke, s. 288.

¹³⁹ NJA 2004 s. 176.

relevant likgiltighet.¹⁴⁰ Då gärningsmannen handlat i förlitan på att effekten inte ska inträffa innebär det att relevant likgiltighet inte är för handen även om sannolikheten är hög.¹⁴¹

Ulväng framför en omständighet som han anser tala emot likgiltighet trots hög sannolikhet. Det kan vara så att gärningsmannen undertrycker sin egentliga riskinsikt och därför inte handlar i enlighet med denna. Gärningsmannen har egentligen en riskinsikt men man kan inte säga att riskens förverkligande inte utgör ett skäl att avstå från handlingen. Detta är en mänsklig, visserligen till viss del felaktig, rationaliseringstendens. Tendensen är dock snarare ett tecken på lättsinne än på likgiltighet.¹⁴² Även Borgeke diskuterar situationen då gärningsmannen vet att det finns en risk, men bortrationaliserar eller undertrycker denna av olika skäl. Borgeke är dock tveksam till om detta ska påverka uppsåtsbedömningen. Gärningsmannen tror ju att effekten kunde inträffa men handlar ändå. Borgeke ställer sig tveksam till hur man ska kunna motbevisa ett påstående om att gärningsmannen handlar under förlitan på att risken inte ska realiseras.¹⁴³ Asp anför att människor också kan övervärdera risker. En person behöver alltså inte, trots att han eller hon uppfattar en hög risk, nödvändigtvis ses som likgiltig.¹⁴⁴ I doktrin diskuteras också vad som gäller om en person håller sig medvetet okunnig. Det anses inte tillräckligt för att uppsåt ska föreligga men det kan påverka bedömningen och tala för att personen agerat uppsåtligen.¹⁴⁵

Även i senare praxis från HD har vissa omständigheter av betydelse för uppsåtsens syfte framkommit. HD har bland annat framhållit att gärningsmannens ålder kan få betydelse för likgiltighetsbedömningen. I fallet var den gärningsmannen 15 år gammal. HD ansåg inte att det förhållandet att det funnits en avsevärd risk för att den dödliga effekten

¹⁴⁰ Ulväng (2005), s. 14.

¹⁴¹ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 327.

¹⁴² Ulväng (2005), s.14 - 15 och Asp (2004), s. 393.

¹⁴³ Borgeke, s. 289 - 290.

¹⁴⁴ Asp (2004), s. 393 - 394.

¹⁴⁵ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 327.

skulle inträffa kunde läggas till grund för bedömningen att gärningsmannen varit likgiltig. Domstolen ansåg inte att gärningsmannens personliga utveckling eller erfarenheter kunde likställas med en vuxens.¹⁴⁶ I ett annat mål prövade HD huruvida en gärningsman med en psykisk störning kunde ansetts ha agerat uppsåtligt.¹⁴⁷ Domstolen fann att så var fallet men domen ger utrymme för att gärningsmannens psykiska hälsa kan påverka likgiltighetsbedömningen. Också i doktrin har anförts att omständigheter hänförliga till gärningsmannens person, som till exempel en outvecklad ansvarsförmåga, kan tala emot att likgiltighet är för handen.¹⁴⁸

4.4 Kritik mot riktlinjerna

Riktlinjerna kring bevisning som HD uttalade av har kritiserats av Ulväng eftersom flera av omständigheterna också användes för en bedömning av gärningsmannens karaktär i det hypotetiska provet.¹⁴⁹ Även Rung har anført att faktorerna riskerar att leda till samma problem som det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov. Han menar att till exempel faktorn gärningsmannens intresse i saken har en närmare koppling till gärningsmannens person än till gärningen. Dessutom anser Rung att faktorerna upprörd sinnesstämning och hänsynslöst beteende riskerar att innebära skönsmässiga bedömningar.¹⁵⁰

Borgeke menar att riktlinjerna är opraktiska, svårtillämpade och opassande. Han anser också att riktlinjerna i sig är svåra att bevisa. Andra typer av hjälpregler måste därför växa fram för att möjliggöra en enhetlig rättstillämpning.¹⁵¹ Enligt Ulväng är det en viktig uppgift att ytterligare utreda vad likgiltighet innebär och utveckla fler och bättre bevisfakta för detta. Diskussionen om bevisfakta måste fortsätta men Ulväng menar att det är svårt att hitta sådana bevisfakta. Enligt honom bör inte enbart gärningsmannens handlande i kombination med de faktorer som anføres av HD automatiskt innebära att gärningsmannen handlat uppsåtligt. Som HD

¹⁴⁶ NJA 2004 s. 479 och NJA 2009 s. 149.

¹⁴⁷ NJA 2004 s. 702

¹⁴⁸ Asp, Ulväng och Jareborg, s. 327.

¹⁴⁹ Ulväng (2005), s. 17.

¹⁵⁰ Rung, s. 256.

¹⁵¹ Borgeke, s. 290.

anfört menar Ulväng att det är viktigt att tillämpa riktlinjerna med försiktighet och urskiljning.¹⁵² Det ligger i händerna på domstolar och vetenskapsmän att föra denna utveckling framåt.¹⁵³ Asp menar att den viktigaste uppgiften framöver är att utreda under vilka förutsättningar uppsåt inte ska anses föreligga trots en hög sannolikhet och när uppsåt ska anses föreligga trots en låg sannolikhet.¹⁵⁴ Även Rung menar att det är av största vikt att diskussionen om vilka faktorer som ska göra att en gärningsman anses likgiltig fortsätter.¹⁵⁵

¹⁵² Ulväng (2005), s. 16 - 17.

¹⁵³ Ulväng (2007), s. 359.

¹⁵⁴ Asp (2004), s. 392.

¹⁵⁵ Rung, s. 258.

5 Undersökning av praxis

Som nämns i avsnitt 1.4 behandlar undersökningen mål om uppsåtligt dödande vilket regleras i BrB 3 kap 1 §. I paragrafen stadgas att den som berövar annan livet döms för mord. Den risk som åsyftas i den följande framställningen är således risken för den dödliga effekten och den effekt som åsyftas den dödliga effekten.

Rättsfallsundersökningen visar att tingsrätten ofta inte uttalar vilken form av uppsåt som tillämpats. I de fall där en explicit klassificering av uppsåtet saknas har jag valt den klassificering jag ansåg mest närliggande. Detta resulterade i att 22 av de 49 fall som undersöktes klassificerades som likgiltighetsuppsåt eftersom tingsrätten i dessa fall talade om antingen likgiltighet eller riskinsikt. Likgiltighetsuppsåtet användes alltså i cirka 45 % av fallen. Tio av de 49 fallen (cirka 20 %) klassificerades som avsiktsuppsåt då tingsrätten på något sätt talade om att den tilltalade haft en avsikt.¹⁵⁶ I tre av dessa tio fall saknades sådana uttalanden men då det handlade om planerade gärningar där tingsrätten inte närmare resonerat i uppsåtsfrågan valde jag ändå klassificeringen avsiktsuppsåt.¹⁵⁷ Tre av fallen klassificerade jag som insiktsuppsåt eftersom tingsrätten talade om att den tilltalade varit medveten om eller insett att den dödliga effekten skulle inträffa.¹⁵⁸ I ett fall är det mycket svårt att klassificera uppsåtet eftersom tingsrätten endast motiverade uppsåtsbedömningen med omständigheterna kring gärningen.¹⁵⁹ Då domen inte innehöll något resonemang om vare sig avsikt eller likgiltighet valde jag dock att klassificera även detta som insiktsuppsåt, insiktsuppsåt ansågs således föreligga i cirka 10 % av fallen .

I 13 av de 49 fall som granskats (alltså i cirka 27 %) resonerade tingsrätten inte kring uppsåtet och en klassificering kunde således inte göras. I tre fall

¹⁵⁶ Attunda TR B 9125-11, Lunds TR B 5857-11, Malmö TR B 8894-11, Malmö TR B 2104-12, Nacka TR B 4195-12, Södertörns TR B 2257-12 och Ystads TR B 2856-11.

¹⁵⁷ Blekinge TR B 2016-11, Blekinge TR B 2498-11 och Göteborgs TR B 2848-12.

¹⁵⁸ Gävle TR B 1696-12, Skaraborgs TR B 4452-11 och Östersunds TR B 2815-11.

¹⁵⁹ Jönköpings TR B 3189-11.

berodde det på att gärningsmannen var okänd.¹⁶⁰ I ett annat fall berodde det på att en nödvändig förutsättning för uppsåt, medvetenhet, saknades.¹⁶¹ Anmärkningsvärt är dock att i nio av fallen, prövades inte uppsåtsfrågan närmare trots att domstolen dömde för uppsåtligt brott.¹⁶²

5.1 Hur tillämpas uppsåtets nedre gräns idag?

Av NJA 2004 s. 176 följer, som framgår i avsnitt 3.2.3, att för likgiltighetsuppsåt krävs att gärningsmannen haft en insikt om att handlandet kan komma att leda till en viss effekt. Gärningsmannen ska också ha haft en inställning till följdens förverkligande som kan beskrivas som likgiltig. I doktrin har förespråkats att denna prövning ska ske i två led. Där det första ledet innehåller en prövning av riskinsikten och det andra en prövning av likgiltigheten. Denna uppställning ligger till grund för detta avsnitt.

Rättsfallsundersökningen visar att ett vanligt sätt att utföra uppsåtsbedömningen är att domstolen först frågar sig huruvida avsiktsuppsåt föreligger. Kan domstolen inte konstatera att så är fallet prövar domstolen om insiktsuppsåt föreligger. Först därefter prövas om likgiltighetsuppsåt är för handen.¹⁶³ När likgiltighetsuppsåtet prövas används tvåstegsbedömningen i stor utsträckning. I 16 av de 22 fallen som jag klassificerat som likgiltighetsuppsåt resonerar tingsrätten i någon utsträckning kring huruvida gärningsmannen haft en riskinsikt och kring om gärningsmannen haft relevant likgiltighet.¹⁶⁴ Rättsfallsundersökningen visar dock att hur de olika stegen utförs och också i vilken utsträckning dessa utförs varierar. I sex av de 22 fallen uppvisar likgiltighetsbedömningen så grundläggande brister att det kan sägas att en prövning av ett steg saknas. I

¹⁶⁰ Haparanda TR B 344-12, Stockholms TR B 640-12 och Värmlands TR B 3278-11.

¹⁶¹ Halmstads TR 1910-12.

¹⁶² Attunda TR B 6478-12, Attunda TR B 7023-11, Helsingborgs TR B 4127-11, Malmö TR B 10425-10, Malmö TR B 1632-12, Sundsvalls TR B 3034-11, Södertälje TR B 1249-00, Uppsala TR B 8254-11 och Vänersborgs TR B 6255-11.

¹⁶³ Se till exempel Solna TR B 5888-11.

¹⁶⁴ Se till exempel Lunds TR B 862-12, Malmö TR B 5889-12 och Kalmar TR B 3828-11.

tre av fallen går detta att förklara med att domstolen inte ansåg att uppsåt förelåg eller att händelseförloppet inte gick att fastställa och därmed behöver domstolen inte heller slutföra bedömningen.¹⁶⁵ I två fall belyser tingsrätten inte överhuvudtaget huruvida gärningsmannen insett att det funnits en risk.¹⁶⁶ I ett fall resonerar domstolen inte kring huruvida gärningsmannen uppvisat relevant likgiltighet eller ej¹⁶⁷

Tingsrätternas resonemang kring det första steget varierar från omfattande till obefintligt. Som skolboksexempel kan nämnas de fall där tingsrätten också gör en individualiserad bedömning av den tilltalade och motiverar varför den tilltalade anses ha haft relevant riskinsikt eller inte. Som exempel på en sådan bedömning kan nämnas den där tingsrätten resonerade kring att den tilltalade arbetade som kock och därför var väl införstådd med riskerna med att hantera en kniv, att den tilltalade var bekant med den aktuella kniven och även det faktum att var och en vet att det är förenat med livsfara att hugga en kniv i magen där det finns många viktiga organ.¹⁶⁸ I ett annat mål där tingsrätten utförde en individualiserad riskbedömning resonerade tingsrätten kring det faktum att den tilltalade haft en psykisk störning. Domstolen konstaterade att den tilltalade trots detta haft riskinsikt eftersom den tilltalade och hans kumpan haft blodiga kläder efter misshandeln varvid den tilltalade erbjudit sig att byta byxor med sin kumpan och för att den tilltalade kontrollerat offrets puls efter misshandeln.¹⁶⁹

Att kravet på riskinsikt är uppfyllt kan också motiveras med mer generella argument. Exempel på sådana är att den tilltalade tappat behärskningen, saknat impuls kontroll, varit större än offret och att handlandet kännetecknats av upprördhet och hänsynslöshet.¹⁷⁰ Tingsrätten har också motiverat riskinsikten med att den tilltalade måste ha förstått att det fanns en stor risk

¹⁶⁵ Göteborgs TR B 9214-11, Värmlands TR B 5976-11 och Örebro TR B 2924-11.

¹⁶⁶ Gällivare TR B 954-11, Linköpings TR B 1810-12

¹⁶⁷ Helsingborgs TR B 6071-11.

¹⁶⁸ Göteborgs TR B 16039-11.

¹⁶⁹ Uddevalla TR B 2969-11.

¹⁷⁰ Norrköpings TR B 3429-11.

då han avlossat en skott i en trång korridor.¹⁷¹ Att offret haft mycket allvarliga skador eller utsatts för mycket kraftigt våld är också sådana omständigheter som tingsrätten har ansett motivera en riskinsikt.¹⁷²

I vissa fall belyser tingsrätten endast det faktum att risken måste stå klar för envar, vilket alltså innefattar den tilltalade.¹⁷³ Det finns också exempel på uppsåtsbedömningar där tingsrätten konstaterar att den tilltalade insett att det funnits en risk utan att detta närmare motiveras.¹⁷⁴ Undersökningen visar att detta är det vanligaste sättet att utföra riskinsiktsbedömningen.

Även angående det andra steget i bedömningen varierar det hur bedömningen om gärningsmannen haft relevant likgiltighet utförs. Som exempel på ett väl utformat andra steg kan nämnas de fall där tingsrätten motiverar varför de anser att den tilltalade varit likgiltig inför riskens förverkligande. Detta har till exempel motiverats med att den tilltalade handlat på ett visst sätt efter gärningen.¹⁷⁵ Då motiveringen av den tilltalades likgiltighet hänger nära samman med bevisningen av likgiltigheten behandlar jag detta närmare under avsnitt 5.2.

Det finns också exempel från rättsfallsundersökningen där tingsrätten inte gjort någon egentlig bedömning men ändå konstaterat att gärningsmannen varit likgiltig. Som exempel kan nämnas det fall där tingsrätten konstaterar att den tilltalade i vart fall varit likgiltig inför den dödliga effekten.¹⁷⁶ Ett annat exempel är då tingsrätten endast hänvisar till utredningen i målet utan att närmare ange vilka omständigheter som åsyftas.¹⁷⁷

¹⁷¹ Lunds TR B 862-12.

¹⁷² Kalmar TR B 3828-11 och Alingsås TR B 2142-11.

¹⁷³ Se till exempel Norrköpings TR B 1635-12.

¹⁷⁴ Alingsås TR B 2142-11, Alingsås TR B 419-12, Attunda TR B 3372-12, Malmö TR B 5889-12 och Södertörns TR B 10595-12.

¹⁷⁵ Attunda TR B 3372-12.

¹⁷⁶ Alingsås TR B 2142-11 och Solna TR B 3053-12.

¹⁷⁷ Kalmar TR B 3828-11.

5.2 Hur sker bevisvärderingen kring uppsåtets nedre gräns idag?

Under detta avsnitt tar rättsfallsstudien sin utgångspunkt i de riktlinjer kring bevisning som HD uttalade i NJA 2004 s. 176 (se avsnitt 4.2) och de övriga faktorer som diskuteras under avsnitt 4.3. Detta för att hur dessa har kommit att tillämpas i praxis.

5.2.1 Omständigheterna vid gärningen

I avsnitt 4.2.1 anføres att HD uttalat att omständigheterna vid den aktuella gärningen ska ta som utgångspunkt för bedömningen. Undersökningen visar tydligt att tingsrätternas uppsåtsbedömningar uteslutande riktar in sig på den aktuella situationen och inte en hypotetisk situation. Uttalandet av HD innebär också att omständigheter hänförliga till gärningsmannens person inte ska påverka bedömningen. Sådana omständigheter är hänsynslöshet¹⁷⁸, levnadssätt och relation mellan offer och gärningsman. Rättsfallsundersökningen visar att sådana omständigheter inte längre ges någon betydelse i uppsåtsbedömningen. Inte heller det faktum att gärningsmannen är dömd sedan tidigare påverkar bedömningen.

Då omständigheterna vid den aktuella gärningen ska tas som utgångspunkt innebär det att omständigheter hänförliga till alltför lång tid innan eller efter gärningen inte ska påverka bedömningen. Av undersökningen kan slutsatsen dras att den tilltalades beteende efter gärningen är en omständighet som ofta påverkar likgiltighetsbedömningen. Som exempel kan nämnas ett mål där den tilltalade knivhuggit offret djupt i magen. I sin bedömning av om likgiltighet varit för handen tar tingsrätten hänsyn till att den tilltalade lämnat platsen utan att tillkalla hjälp.¹⁷⁹ Även i ett annat mål ansåg tingsrätten att det faktum att den tilltalade inte tillkallat hjälp talade för att likgiltighet förelåg. I bedömningen tog tingsrätten där hänsyn till att den

¹⁷⁸ Hänsynslöshet används här som en beteckning på gärningsmannens person vilket måste skiljas från hänsynslösheten i den aktuella situationen som kommenteras nedan under avsnitt 5.2.4.

¹⁷⁹ Attunda TR B 3372-12.

tilltalade lämnat offret svårt misshandlat trots att han visste att hon regelbundet var tvungen att medicinera för sin diabetes.¹⁸⁰ I ett annat mål hade den tilltalade knivhuggit offret i bröstet. Enligt domstolen talade det faktum att den tilltalade efter gärningen hotat offrets kamrater istället för att tillkalla hjälp eller underlätta situationen för att likgiltighet förelåg.¹⁸¹

I ett fall lägger tingsrätten också vikt vid vad som hänt innan gärningen. I fallet hade offret strax innan han blev skjuten ringt till polisen och sagt att han kände sig hotad av den tilltalade.¹⁸² I ett annat mål uttalar tingsrätten att också den tilltalades motiv, vilket också är hänförligt till tiden innan gärningen, är av betydelse för uppsåtsbedömningen.¹⁸³ Även i ett annat mål uttalar tingsrätten att det tidigare händelseförloppet talar för att dödandet skett uppsåtligt. Den tilltalade hade tidigare angripit offret, väntat med att bege sig till brottsplatsen tills han fick ett vapen överlämnat till sig samt sagt att han ville skjuta någon. Även den tilltalades beteende vid själva gärningen, då tingsrätten ansåg att han gjort sig redo för att skjuta, beaktades i likgiltighetsbedömningen.¹⁸⁴

Uttalandet av HD, att omständigheterna vid gärningen ska tas som utgångspunkt för bedömningen, innebär att uppsåtsbedömningar med nödvändighet ser olika ut i olika fall. Hur bedömningen ser ut beror både på vilket brott som begåtts och vad som går att utreda kring detta. Enligt HD kan till exempel angreppssättet och den skada detta typiskt sett är ägnat att orsaka påverka bedömningen. Rättsfallsundersökningen visar att detta uttalande fått stort genomslag i praxis. I vissa fall verkar det vara själva handlingen i sig som grundar likgiltigheten. Som exempel kan tas ett mål där den tilltalade huggit offret med en kniv mot området i närheten av halspulsådern. Tingsrätten anförde att den tilltalade måste ha insett att ett sådant hugg kunde få en dödlig utgång. Eftersom denna insikt inte utgjorde ett skäl för honom att avstå från sitt handlande ansåg tingsrätten att han varit

¹⁸⁰ Norrköpings TR B 3429-11.

¹⁸¹ Solna TR B 5888-11.

¹⁸² Gällivare TR B 954-11.

¹⁸³ Uddevalla TR B 2969-11.

¹⁸⁴ Lunds TR B 862-12.

likgiltig.¹⁸⁵ Även i ett annat mål konstaterade tingsrätten att relevant likgiltighet varit för handen eftersom den tilltalade utövade våldet trots att han måste ha insett att våldet kunde leda till döden. I målet rörde det sig om ett kraftigt och upprepat våld mot huvud och kropp med tillhygge.¹⁸⁶ Det finns också exempel på att tingsrätten endast konstaterat att den tilltalade varit medveten om att handlandet kunde få en dödlig utgång. Eftersom detta inte avhöll honom från att utöva våldet och inga omständigheter talade emot likgiltighet dömdes han för uppsåtligt brott.¹⁸⁷

Det finns också exempel på mål där angreppssättet inte varit helt avgörande men ändå fått betydelse för uppsåtsbedömningen. I ett mål där angreppet skett med kniv uttalade tingsrätten att våld med kniv kan orsaka såväl lindrigare som svårare skador. Då knivhugget skett mot en central del av kroppen, i det aktuella målet mot bröstet, ansåg tingsrätten att det måste ses som uppenbart att det inneburit en livsfara. Den dödliga effekten betecknades av tingsrätten som högst sannolik.¹⁸⁸ Det finns också exempel på att tingsrätten tagit hänsyn till att tre kivhugg utdelats mot överkroppen, vilket domstolen ansåg vara en ömtålig del av kroppen. Huggen hade utdelats med kraft och i relativt snabb följd.¹⁸⁹ Även i ett annat mål har det faktum att den tilltalade huggit offret flera gånger tagits med i bedömningen. Tingsrätten tog särskild hänsyn till att den tilltalade utdelat två livsfarliga stick och fann att den tilltalade måste ha varit likgiltig inför risken.¹⁹⁰ I ett annat mål som bör nämnas i sammanhanget hade den tilltalade upprepade gånger huggit offret i magen och en gång i låret med en cirka 20 cm lång kniv. Tingsrätten drog slutsatsen, på grund av skadornas utseende och den tilltalades handlande, att den tilltalade varit likgiltig inför risken för den dödliga effekten.¹⁹¹ Då det gäller användning av vapen har det i ett mål lagts den tilltalade till last att han skjutit offret med minst fyra skott.¹⁹²

¹⁸⁵ Haparanda TR B 450-12.

¹⁸⁶ Norrköpings TR B 1635-12.

¹⁸⁷ Sundsvalls TR B 3414-11.

¹⁸⁸ Solna TR B 5888-11.

¹⁸⁹ Södertörns TR B 10595-12.

¹⁹⁰ Södertörns TR B 17629-11.

¹⁹¹ Göteborgs TR B 16039-11.

¹⁹² Gällivare TR B 954-11.

Ett annat uttalande HD gjorde i NJA 2004 s. 176 var att planerade gärningar, i större utsträckning än impulsiva gärningar, kan ses som medvetna risktagande därför att de anses innehålla ett större mått av likgiltighet. Rättsfallsundersökningen innehåller inget mål där det faktum att gärningen varit planerad ansetts tala för att likgiltighet. Av de gärningar som bedömdes som uppsåtliga fanns både planerade och impulsiva gärningar. I ett mål nämner tingsrätten bland annat den omständigheten att knivhugget skett snabbt och på ett impulsartat sätt i sitt resonemang till stöd för att likgiltighetsuppsåt var för handen.¹⁹³

Att utgångspunkten för bedömningen ska vara omständigheterna vid den aktuella gärningen innebär också att det är mycket svårt att göra en uppsåtsbedömning då omständigheterna kring gärningen är oklara. Undersökningen visar tydligt att så är fallet.¹⁹⁴

5.2.2 Det hypotetiska provets fortsatta betydelse

Som nämns ovan, i avsnitt 4.2.2, uttalade HD i NJA 2004 s. 176 att det hypotetiska provet kan fortsätta att användas som en säkerhetsventil för att fastställa om tillräcklig bevisning föreligger. Rättsfallsundersökningen innehåller dock inget fall där domstolen använt det hypotetiska provet.

5.2.3 Betydelsen av sannolikheten för riskens förverkligande

I avsnitt 4.2.3 anförs att sannolikheten för riskens förverkligande enligt både HD och doktrin har en stor betydelse vid bedömningen av om likgiltighet varit för handen. Av de 22 fall som jag klassificerat som likgiltighetsuppsåt klassificerar domstolen risken för den dödliga effekten på något sätt i nio fall.

¹⁹³ Haparanda TR B 450-12.

¹⁹⁴ Örebro TR B 2924-11 och Göteborgs TR B 9214-11.

I NJA 2004 s. 176 uttalar HD att en insikt om att det förelåg en mycket hög sannolikhet normalt är tillräckligt för att uppsåt ska anses föreligga. Rättsfallsundersökningen visar att detta fått genomslag i praxis. I ett fall konstaterade tingsrätten till exempel att det funnits en uppenbar risk för att offret skulle avlida och utgår därför från att gärningsmannen varit likgiltig. I målet hade offret knivhuggits ett flertal gånger i bålens vänstra sida.¹⁹⁵ I ett annat mål hade den tilltalade huggit offret två gånger med kniv i buken och i bröstkorget. Också här klassificerade tingsrätten knivstickan som uppenbart livshotande och konstaterar utan stöd i övriga omständigheter att den tilltalade varit likgiltig inför effekten.¹⁹⁶

I ett mål där offret knivhuggits med en 20 cm lång kniv, en gång i låret och tre gånger i buken, klassificerade domstolen risken som avsevärd. Risken i kombination med skadornas utseende och den tilltalades agerande gjorde att domstolen ansåg likgiltighet vara för handen.¹⁹⁷ I ett annat fall hade en man kört ihjäl en cyklist med sin bil. Också här klassificerade domstolen risken som avsevärd men då det inte fanns några andra omständigheter som talade för likgiltighet ansåg domstolen inte en relevant sådan föreligga.¹⁹⁸

I ett fall klassificerade tingsrätten risken för den dödliga effekten som påtaglig. Risken i kombination med den tilltalades handlande gjorde att likgiltighet förelåg. I målet hade offret blivit knivhugget i magen.¹⁹⁹ I ett annat fall hade den tilltalade avlossat ett skott som träffade offret i huvudet. Risken betecknades av domstolen som stor och denna i kombination med den tilltalades uppretade beteende gjorde att domstolen ansåg att den tilltalade varit likgiltig.²⁰⁰ I ett annat fall benämns risken som hög. Denna i kombination med den tilltalades handlande gjorde att domstolen ansåg att likgiltighetsuppsåt förelåg.²⁰¹

¹⁹⁵ Alingsås TR B 419-12.

¹⁹⁶ Solna TR B 3053-12.

¹⁹⁷ Göteborgs TR B 16039-11.

¹⁹⁸ Malmö TR B 5889-12.

¹⁹⁹ Attunda TR B 3372-12.

²⁰⁰ Lunds TR B 862-12.

²⁰¹ Solna TR B 5888-11.

I ett mål där två tilltalade gemensamt misshandlat offret till döds uttalade domstolen att risken varit betydande och att det varit hög sannolikhet för en dödlig utgång. Därför framstod det enligt domstolen som uppenbart att de båda tilltalade varit likgiltiga. Offret hade tillfogats mycket allvarliga skador i ansikte och huvud.²⁰² Även i ett annat mål betecknade tingsrätten risken som betydande. I målet hade en diabetessjuk kvinna avlidit efter att ha tillfogats mycket kraftigt våld mot huvudet. Risken i kombination med den tilltalades handlande efter gärningen gjorde att likgiltighet förelåg.²⁰³

I sju av fallen klassificerade domstolen inte risken för den dödliga utgången, utan konstaterade bara att det funnits en sådan risk. I ett av dessa mål uttalade domstolen att den tilltalade insett att det funnits en risk för att offret skulle dö. Tingsrätten tog därefter hänsyn till den tilltalades handlande efter gärningen och dömde för uppsåtligt brott. I målet hade offret tillfogats ett flertal stick- och skärskador i bröstet vilket orsakat hennes död.²⁰⁴ På grund av de allvarliga skadorna drar jag slutsatsen att risken för att offret skulle dö var mycket hög. Då jag jämför detta fall med ett liknande²⁰⁵ anser jag att risken skulle kunnat klassificeras som uppenbar.

I ett annat fall där tingsrätten inte gjort någon riskklassificering uttalade domstolen att den tilltalade insett att offret skulle kunna dö av sina skador. Offret hade tillfogats svåra skador i huvudet och på kroppen.²⁰⁶ I ett annat mål hade offret knivhuggits i halsen. Tingsrätten ansåg där att den tilltalade insett att knivhugget var förenat med livsfara och kunde få en dödlig utgång. Gärningen sågs ha skett uppsåtligen eftersom den insikt som den tilltalade haft inte utgjorde skäl för honom att avstå från handlandet.²⁰⁷ En liknande formulering används i ett annat mål. Där har tingsrätten skrivit att det måste ha stått klart för den tilltalade att våldet kunde leda till döden. Trots denna insikt utövade den tilltalade utövat varför tingsrätten ansåg att

²⁰² Uddevalla TR B 2969-11.

²⁰³ Norrköpings TR B 3429-11.

²⁰⁴ Helsingborgs TR B 6071-11.

²⁰⁵ Se Alingsås TR B 419-12.

²⁰⁶ Kalmar TR B 3828-11.

²⁰⁷ Haparanda TR B 450-12.

gärningsmannen uppvisat relevant likgiltighet.²⁰⁸ I dessa fall ser jag det som troligt att domstolen utgått från att risken för den dödliga effekten varit mycket hög, även om det inte skrivs explicit, eftersom inga ytterligare omständigheter angetts till stöd för likgiltighetsbedömningen. I ett annat mål yttrade domstolen att de tilltalade insett att de båda offren skulle komma att dö varför de haft i vart fall likgiltighetsuppsåt. I målet hade det första offret avlidit av svåra skador i huvudet, bland annat 13 så kallade krossår. Det andra offret hade avlidit till följd av kvävning.²⁰⁹ Formuleringen anser jag tyda på att domstolen anser risken ligga så pass högt att den närmar sig insiktsuppsåt. Att domstolen istället använder sig av likgiltighetsuppsåtet synes vara en säkerhetsåtgärd.

I tre av fallen som jag klassificerat som likgiltighetsuppsåt gör domstolen varken en klassificering av risken eller nämner att en risk funnits. I det första fallet hade offret blivit skjutet med sex skott varav fyra träffade i bålen.²¹⁰ I det andra fallet hade den tilltalade misshandlat offret svårt med en yxa och en stekpanna vilket gav blödningar, frakturer och stötskador på hjärnan. Offret hade därefter lagts i en brunn med huvudet under vattnet.²¹¹ I dessa två fall drar jag slutsatsen att det fanns en risk för en dödlig effekt och att denna, på en skala från låg till hög, varit i den övre delen av skalan. Jag ser det som troligt att också tingsrätten gjort ett sådant antagande eftersom det i båda fallen dömdes för uppsåtligt brott utan stöd i någon annan omständighet. I det tredje fallet hade den tilltalade slagit offret två gånger i huvudet, tagit strypgrepp på honom och huggit honom i benet. Tingsrätten klassificerade inte risken för den dödliga effekten men ansåg att det fanns ett visst hänsynslöst beteende. Den tilltalade bedömdes inte ha relevant likgiltighet.²¹² Eftersom tingsrätten drar denna slutsats menar jag att domstolen troligen såg risken som låg. Hade detta resonemang tagits med i domskälen hade uppsåtsbedömningen varit tydligare.

²⁰⁸ Norrköping TR B 1635-12.

²⁰⁹ Allingsås TR B 2142-11.

²¹⁰ Gällivare TR B 954-11.

²¹¹ Linköpings TR B 1810-12.

²¹² Värmlands TR B 5976-11.

I NJA 2004 s. 176 uttalade HD också att uppsåt normalt inte ska anses vara för handen om gärningsmannen inte uppfattat risken som avsevärd. I rättsfallsundersökningens 22 fall bedömde domstolen att uppsåt inte förelåg i fyra fall. I två av de fallen berodde detta på att händelseförloppet inte gick att fastställa.²¹³ I det tredje fallet hade den tilltalade slagit offret två gånger i huvudet, tagit stryptag på honom och sedan huggit honom i benet med en kniv. I detta fall gjorde domstolen inte heller någon riskbedömning och fann, trots ett visst hänsynslöst beteende, att relevant likgiltighet inte var för handen.²¹⁴ Detta tyder på att tingsrätten sett risken för den dödliga effekten som lägre. I det fjärde målet klassificerade domstolen dock risken som avsevärd utan att uppsåt anses föreligga.²¹⁵

5.2.4 Övriga faktorer av betydelse

Vidare uttalade HD i NJA 2004 s. 176, som nämns i avsnitt 4.2.4 - 4.2.6, att faktorer som hänsynslöst beteende, upprörd sinnesstämning och gärningsmannens intresse i gärningen kan göra att uppsåt anses vara för handen även om det inte föreligger en mycket hög sannolikhet. I undersökningen omnämns dessa omständigheter endast i ett fåtal fall.

I ett mål där hänsynslöst beteende omnämns ansåg tingsrätten att den tilltalade blivit arg på offret och misshandlat henne till döds men det närmare händelseförloppet gick inte att fastställa. Tingsrätten konstaterar att en viss hänsynslöshet förelåg men denna var inte sådan att den grundade likgiltighet.²¹⁶ I ett mål där den tilltalade huggit offret i benet med en kniv ansåg tingsrätten att gärningsmannen uppvisat ett visst ett hänsynslöst beteende. Det fanns dock omständigheter som talade emot ett uppsåtligt beteende: hugget skedde i låret och den tilltalade använde rånarluva vilket domstolen ansåg talade för att offret inte skulle känna igen honom efteråt. Den tilltalade ansågs inte likgiltig inför förverkligandet av risken.²¹⁷

²¹³ Göteborgs TR B 9214-11 och Örebro TR B 2924-11.

²¹⁴ Värmlands TR B 5976-11.

²¹⁵ Malmö TR B 5889-12.

²¹⁶ Göteborgs TR B 9214-11.

²¹⁷ Värmlands TR B 5976-11.

I ett mål hade den tilltalade avlossat ett skott i en korridor som dödat en person. Domstolen betecknade risken för den dödliga effekten som stor. Tingsrätten lägger risken och det faktum att den tilltalade varit uppretad till grund för sin bedömning att han varit likgiltig. Tingsrätten nämner också att den tilltalade känt sig kränkt.²¹⁸ I ett annat fall där offret blivit knivhuggen i halsen nämnde tingsrätten, till stöd för sin bedömning att likgiltighetsuppsåt var för handen, att den tilltalade var arg på grund av ett tidigare bråk, hörde offret skrika kränkande ord och kände sig provocerad.²¹⁹ I ett annat fall uttalade tingsrätten att den tilltalade haft ett hämndbegär till stöd för sin likgiltighetsbedömning.²²⁰

De omständigheter som HD framförde i praxis efter NJA 2004 s. 176 har inte påvisats i rättsfallsundersökningen. Inte heller de omständigheter som i doktrin framfördes som möjliga faktorer att beakta i bevisvärderingen har framkommit i rättsfallsundersökningen.

5.3 En kort sammanfattning

Sammanfattningsvis kan konstateras att likgiltighetsuppsåtet är den uppsåtsform som enligt rättsfallsundersökningen används i störst omfattning. I cirka 9 % av fallen resonerar tingsrätten inte alls kring uppsåtsfrågan trots att uppsåtligt brott anses föreligga.

Den likgiltighetsbedömning som förespråkas av HD och doktrin används i stor utsträckning. Det varierar dock hur denna utförs och framförallt hur ingående denna utförs och motiveras. I tre av fallen är bedömningen så pass bristfällig att det kan sägas att ett steg helt saknas. Därutöver varierar utförandet av steg ett från att domstolen endast konstaterar att det funnits en riskinsikt till att denna riskinsikt också motiveras med hänsyn till den tilltalades individuella förutsättningar. Riskinsikten kan också motiveras på ett mer generellt plan. Även angående det andra steget i bedömningen

²¹⁸ Lunds TR B 862-12.

²¹⁹ Haparanda TR B 450-12.

²²⁰ Solna TR B 5888-11.

varierar utförandet mycket. I vissa fall motiverar domstolen varför den tilltalade anses likgiltig medan domstolen i andra fall endast konstaterar att den tilltalade varit likgiltig.

Angående bevisning av likgiltigheten visar rättsfallsundersökningen att omständigheterna före, under och efter gärningen tillmäts stor betydelse. I vissa fall verkar själva angreppssättet i sig grunda likgiltighet och i andra påverka bedömningen. Betydelsen av planerade gärningar och betydelsen av det hypotetiska provet har inte påvisats i rättsfallsundersökningen. Sannolikheten för riskens förverkligande är enligt rättsfallsundersökningen av stor betydelse. Trots detta klassificerar domstolen risken endast i nio av de 22 fallen. Domstolens slutsatser talar dock för att risken beaktats även om detta inte angetts explicit. Detta gäller även i de tre fall där risken överhuvudtaget inte nämns.

Rättsfallsundersökningen visar också att betydelsen av de övriga riktlinjer som HD framförde i NJA 2004 s. 176: hänsynslöst beteende, upprörd sinnesstämning och gärningsmannens intresse i gärningen är begränsad. Dessa omnämns endast i ett fåtal fall. Inga av de övriga faktorer som framförts i doktrin eller i senare HD praxis, till exempel betydelsen av säkerhetsåtgärder, har heller påvisats.

6 Analys och slutsatser

I inledningen till denna uppsats, avsnitt 1, konstateras att rättsläget kring uppsåt och dess nedre gräns har utvecklats i praxis och doktrin. År 2004 utvecklades rättsläget återigen på detta sätt genom NJA 2004 s. 176. Vid dagens datum har det snart gått tio år sedan denna betydelsefulla dom meddelades. Den genomförda rättsfallsundersökningen (kapitel 5) behandlar hur likgiltighetsuppsåtet och bevisning kring detta tillämpas idag. Med stöd av denna besvaras nedan i avsnitt 6.1 frågan om huruvida dagens rättstillämpning ligger i linje med den som HD förespråkade i NJA 2004 s. 176. En viktig del av detta är huruvida de problem som återfanns i det tidigare rättsläget är åtgärdade, varför detta också behandlas. Avslutningsvis kommenteras sammanfattningsvis i avsnitt 6.2 frågan om en ytterligare utveckling av rättsläget behövs.

6.1 Ligger dagens rättstillämpning i linje med NJA 2004 s. 176?

I avsnitt 2.1 framgår att legalitetsprincipen, konformitetsprincipen och rättssäkerheten uppställer höga krav på rättsordningen. Av avsnitt 2.2 följer vidare att det krävs att en rad förutsättningar och rekvisit är uppfyllda för att en gärning ska vara brottslig. För att en domstol därutöver ska kunna utkräva ansvar för gärningen krävs att personligt ansvar föreligger. En viktig del av detta är att det allmänna skuldkravet är uppfyllt, genom oaktsamhet eller uppsåt. Huruvida uppsåt föreligger eller inte och också vilken form av uppsåt som föreligger får också betydelse för en gärnings straffvärde. Uppsåtskonstruktionens betydelse för straffrätten är således stor och det är därför av största vikt att rättsläget kring detta är klarlagt, något läsaren bör ha med sig i den fortsatta läsningen.

Av rättsfallsundersökningen i kapitel 5 kan konstateras att likgiltighetsuppsåtet har fått ett genomslag i praxis efter NJA 2004 s. 176 till skillnad från vad som var fallet efter NJA 2002 s. 449. En anledning till detta tror jag är att HD i det förstnämnda rättsfallet klart tog ställning för

likgiltighetsuppsåtet vilket domstolen inte gjort tidigare. Undersökningen visar också att likgiltighetsuppsåtet har getts ett relativt stort utrymme i rättstillämpningen. Då uppsåtskonstruktionen nu används i så stor utsträckning anser jag det än viktigare att rättsläget är klart. Nedan granskas först likgiltighetsbedömningen och därefter bevisvärderingen kring denna.

6.1.1 Likgiltighetsbedömningen

Rättsfallsundersökningen visar att utförandet av riskinsiktsbedömningen, det första steget i bedömningen, varierar från fall till fall. I vissa fall saknas detta steg helt. Det finns också exempel på att domstolen endast konstaterar att det har funnits en risk och utför alltså inte någon egentlig bedömning. I andra fall utförs bedömningen på det sätt som följer av uttalanden från HD och doktrin. Prövningen innehåller då en prövning om huruvida det objektivt sett funnits en risk och också om gärningsmannen insett detta. I vissa fall gör tingsrätten också en individualiserad riskinsiktsbedömning.

När domstolen gör en individualiserad bedömning anser jag det vara långt mer fördelaktigt. Eftersom riskinsikten är av avgörande betydelse för om uppsåt överhuvudtaget kan föreligga är det viktigt att detta steg utförs ordentligt. Har inte gärningsmannen åtminstone en misstanke om detta kan uppsåt aldrig föreligga. Det räcker inte att gärningsmannen borde insett att det fanns en risk och inte heller att han eller hon insett det efter viss eftertanke. Detta riskerar att förbises då tingsrätten endast konstaterar att en riskinsikt funnits. När riskinsikten inte motiveras närmare anser jag att domstolen endast gör en schablonmässig prövning. En sådan prövning innebär alltid en risk för felbedömningar. En individualiserad bedömning ser jag som motsatsen till en schablonmässig och med en sådan hamnar domstolen säkerligen närmare det önskade resultatet.

Med tanke på att rättsläget rört sig från en bedömning av gärningsmannens person till en bedömning avse den aktuella situationen kan frågan väckas om det är fel att göra en individualiserad bedömning. Det tål därför att påpekas att de omständigheter som domstolen tidigare tog hänsyn till,

exempelvis att den tilltalade var dömd sedan tidigare, ofta var till nackdel för den tilltalade. Som exempel på en omständighet som en tingsrätt i det nuvarande rättsläget lyft kan nämnas den att den tilltalade hade en psykisk nedsättning. Att detta lyfts fram anser jag vara till den tilltalades fördel. I en schablonmässig bedömning av riskinsikt skulle en tilltalad med en psykisk nedsättning riskera att bedömas hårdare än andra. Övriga omständigheter som lyfts fram i en individualiserad bedömning är till exempel att den tilltalade arbetade som kock och var väl insatt i riskerna med att hantera kniv. Inte heller detta ger upphov till de problem avseende godtycklighet som förelåg inom ramen för det tidigare rättsläget eftersom detta är en omständighet som är lätt att objektivt konstatera och inte är hänförlig till något så ospecifikt som någons personlighet.

Rättsfallsundersökningen visar att även utförandet av likgiltighetsbedömningen, det andra steget i bedömningen, varierar. Precis som när det gäller det första steget varierar bedömningarna från mer eller mindre ingående. I de fall som innehåller en väl utförd likgiltighetsbedömning resonerar tingsrätten kring vilka omständigheter, till exempel en hög sannolikhet för riskens förverkligande, som talar för att gärningsmannen varit relevant likgiltig. Då dessa omständigheter hänger nära samman med bevisning redogörs det närmare för dessa under avsnitt 6.1.2. Det avgörande momentet vid likgiltighetsuppsåtet är just gärningsmannens inställning. Därför är det viktigt att domstolen gör en grundlig undersökning av denna attityd särskilt med hänsyn till att HD uttalat att allmän likgiltighet inte är tillräckligt. Vikten av en ingående prövning av gärningsmannens inställning går därför knappast att överdriva.

Rättsfallsundersökningen ger exempel på fall där ingen egentlig likgiltighetsbedömning gjorts. Domstolen konstaterar till exempel endast att de två gärningsmännen i vart fall varit likgiltiga inför den dödliga effekten utan att motivera detta närmare. Här menar jag att domstolen använder likgiltighetsuppsåtet som en slasktratt och formuleringen att det i vart fall förelegat likgiltighetsuppsåt anser jag vara en förenkling av den

förespråkade bedömningen. När jag läser fallet är det lätt att förstå varför domstolen ansåg att en likgiltighet var för handen. Gärningsmännen hade lämnat sina offer med livshotande skador, bundna och utan möjlighet att tillkalla hjälp. Då domstolen ändå inte utvecklar vari själva likgiltigheten ligger, jag menar att det till exempel hade varit lätt att konstatera att sannolikheten för riskens förverkligande var hög eller att handlingen var hänsynslös, avviker den från den av HD och doktrinen förespråkade vägen. Förutom att en sådan förenklad bedömning i värsta fall riskerar att leda till fel resultat, bidrar den inte ens i bästa fall till en utveckling av rättsläget.

Den största skillnaden mellan tingsrätternas rättstillämpning år 2012 och HD:s rättstillämpning år 2004 är att det i vissa tingsrättsdomar saknas moment. En av anledningarna som jag ser till att HD stannade för just likgiltighetsuppsåtet var att detta kombinerade både det kognitiva och det voluntativa elementet. Domstolen har således en möjlighet att göra en helhetsbedömning av situationen och är inte bunden av till exempel sannolikheten för riskens förverkligande. Det är därför av största vikt att domstolarna faktiskt tillvaratar dessa fördelar med likgiltighetsuppsåtet. Detta kan endast ske då domstolen tar hänsyn till samtliga relevanta element.

En anledning som jag ser till att använda den av HD och doktrin förespråkade uppställningen är att ett problem med det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov var att detta kom att tillämpas felaktigt. Utvecklingen gick ifrån en bedömning i två steg till att man endast ställde sig frågan om gärningsmannen var likgiltig inför följden. Sådana tendenser syns inte i det nuvarande rättsläget men risken att det blir så är betydligt mindre om bedömningarna utförs och också motiveras utförligt.

Ett annat problem med det tidigare rättsläget var att vissa oönskade omständigheter påverkade bedömningen. Inom ramen för det tidigare rättsläget betraktades dessa som tveksamma och inom ramen för det nuvarande rättsläget är de helt ovidkommande. Att domstolen tydligt

redovisar vilka omständigheter som lagts till grund är av största vikt för att säkerställa att inga sådana omständigheter vägs in. En utförlig motivering från domstolens sida av varför uppsåt ansetts föreligga eller inte är också viktigt för att ge allmänheten och inte minst den tilltalade förståelse för bedömningen. Likgiltighetsuppsåtet har ju, tvärt emot vad många kanske tror, ingenting med vilja att göra. Jag anser att det är viktigt att eftersträva förståelse och menar att chansen för detta ökar då domstolen skriver utförliga och uttömmande domskäl.

Sammanfattningsvis kan konstateras att likgiltighetsbedömningen utförs på olika sätt och olika ingående. En så utförlig bedömning som jag menar med nödvändighet följer av HD:s domskäl i NJA 2004 s. 176 används endast i ett fåtal fall. Hur bedömningen utförs har visserligen inte en avgörande betydelse om resultatet blir detsamma. Det går dock att konstatera att det är svårare att säkerställa att man faktiskt får samma resultat när vägen dit ser annorlunda ut. Jag anser att det är förvånande att bedömningarna utförs så sparsamt när HD tillhandahållit en så tydlig mall för bedömningen vilken även vidareutvecklats i doktrin. Naturligtvis kan det vara svårt att använda en sådan uppställning i praktiken men jag anser att det finns en stor poäng i att i vart fall eftersträva det i de fall där det är möjligt. Med hänsyn till att de fall där jag hittat en grundlig prövning är så få tror jag dock att detta inte ens eftersträvas. En användning av den av HD och doktrin förespråkade bedömningen hade säkerställt att inga moment missas och dessutom bidragit till den fortsatta utvecklingen av likgiltighetsuppsåtet.

6.1.2 Bevisvärderingen kring likgiltighet

I avsnitt 3.1.4 framgår att den tidigare uppsåtskonstruktionen var starkt kritiserad av skäl främst hänförliga till bevisning. Detta var en bidragande orsak till den förändring av rättsläget som skedde och huruvida dessa problem nu är åtgärdade är därför av stor betydelse för frågan om dagens rättstillämpning ligger i linje med den av HD förespråkade.

Många inom doktrin var kritiska till att bedömningen av om uppsåt var för handen var inriktad på en hypotetisk situation. Med hänsyn till den kritik som framfördes synes HD i NJA 2004 s. 176 velat understryka att det numera är den aktuella situationen som ska läggas till grund för bedömningen. Rättsfallsundersökningen visar också att så är fallet. Då HD var så tydliga i sitt ställningstagande menar jag att något annat varit förvånande. Att istället ta hänsyn till den aktuella situationen anser jag vara ett viktigt steg på vägen mot en mer verklighetsförankrad bedömning.

Det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov var också kritiserat eftersom bedömningen var inriktad på gärningsmannens situation. Rättsfallsundersökningen visar tydligt att sådana omständigheter inte längre ges något utrymme. Till exempel tillåts inte en sådan omständighet som att gärningsmannen är dömd sedan tidigare påverka bedömningen. Tingsrätten gör dock i flera fall en individualiserad bedömning av om gärningsmannen har relevant riskinsikt. Som anförs i avsnitt 6.1 anser jag att detta är positivt. Vi människor är olika och för att undvika negativ särbehandling behöver också dessa omständigheter vägas in i bedömningen.

Sammanfattningsvis anser jag att de problem som förelåg inom ramen för det tidigare rättsläget är åtgärdade. Undersökningen visar att omständigheterna vid gärningen istället fått stor betydelse för om relevant likgiltighet anses föreligga. Som exempel på omständigheter hänförliga till den aktuella gärningen kan tas det faktum att den tilltalade inte tillkallat hjälp eller att den tilltalade hotat offrets kompisar. Dessa omständigheter har ansetts tala för likgiltighet, vilket jag menar är i enlighet med HD:s praxis. Detta stödjer ytterligare vad som tidigare konstaterats, nämligen att den eftersträvarade förskjutningen från gärningsmannens person till den aktuella situationen skett.

Frågan om bevisning kan sägas vara en återkommande problematik i anslutning till uppsåtet. Mycket av den kritik som framfördes mot det tidigare rättsläget var inriktad på bevisning (se avsnitt 3.1.4) och som

framgår under avsnitt 4.4 ställde sig många inom doktrin också tveksamma till de riktlinjer kring bevisning som HD uttalade i NJA 2004 s. 176. Rimligtvis följer av HD:s uttalande om att utgångspunkten för bedömningen ska vara den aktuella situationen, att uppsåtsbedömningar kommer se olika ut från fall till fall. Detta innebär inte att bedömningarna inte kan utföras på samma sätt utan endast att de kommer att ha olika innehåll. En omständighet som HD menade kunde ha betydelse var angreppssättet, särskilt då utredningen inte gav stöd för en bedömning av sannolikheten. I enlighet med detta visar rättsfallsundersökningen att angreppssättet är en omständighet som har fått stor betydelse. I vissa fall synes själva handlingen grunda likgiltighet. Även i dessa fall menar jag att fördelarna med en utförligt motiverad bedömning gör sig gällande. Att ge angreppssättet betydelse är inte oförenligt med att, i de fall där det är möjligt, lyfta fram till exempel sannolikheten för riskens förverkligande. I de fall i rättsfallsundersökningen där en klassificering av risken saknades anser jag att sannolikheten för riskens förverkligande var hög. Ett sådant påpekande från domstolens sida hade på ett bättre sätt tydliggjort vad det var som faktiskt grundade likgiltighet. Även i fall där angreppssättet inte har fått avgörande betydelse har detta tillmätts stor betydelse. Omständigheter som att knivhugg utdelats i snabb följd och med kraft och det fall att det rört sig om flera hugg är exempel på sådana omständigheter. Även var knivhuggen har träffat har lyfts fram i bedömningen när dessa träffat överkroppen, bröstet och magen.

HD belyser i NJA 2004 s. 176 också skillnaden mellan planerade och uppsåtliga gärningar. Dessa skillnader påvisades dock inte i rättsfallsundersökningen. En förklaring till detta som jag ser det kan vara att det ligger närmare till hands att tillämpa avsiktssuppsåt då en handling varit planerad. Vid flera av de gärningar som tingsrätten bedömde som uppsåtliga förekom påpekanden om att dessa utförts impulsivt. Att en handling skett impulsivt anses således inte tala emot uppsåt, vilket inte heller följer av HD:s uttalande.

Rättsfallsundersökningen visar att omständigheternas stora betydelse gör att det är svårt att göra en bedömning av uppsåtet då omständigheterna kring gärningen inte går att klarlägga. Mot detta kan anföras att det som regel inte heller går att bedöma dessa gärningar som uppsåtliga. Jag menar dock att det är en nödvändighet i en stat som vill upprätthålla rättssäkerhet, att man måste kunna fastsälla vad som hänt för att kunna döma för uppsåtligt brott.

HD uttalade i NJA 2004 s. 176 att det hypotetiska provet kan fortsätta att användas som en säkerhetsventil för att säkerställa att tillräcklig bevisning för likgiltighet föreligger, vilket flera från doktrin höll med om. Rättsfallsundersökningen innehåller dock inget fall där det hypotetiska provet utförts. Det är möjligt att ett sådant test använts ändå men eftersom det inte framgår av domskälen kan ingen slutsats om detta dras. Det är svårt att svara på varför det hypotetiska provet inte används. Jag menar att det kan bero på att det är svårt att säga att gärningsmannen skulle utfört gärningen även om han eller hon varit säker på att den aktuella följden skulle inträffa. Detta krav anser jag också ligga högre än vad som krävs för att gärningsmannen ska anses vara likgiltig.

Av NJA 2004 s. 176 går att utläsa att sannolikheten för riskens förverkligande är av stor betydelse för bedömningen av om relevant likgiltighet föreligger. Trots detta visar rättsfallsundersökningen att en klassificering av risken endast görs i nio av 22 fall. Då domstolen ansett att en uppenbar risk förelegat har också domstolen utgått från att likgiltighet varit för handen. En avsevärd risk har i kombination med den tilltalades handlade och skadornas utseende av domstolen ansetts grunda likgiltighet. I även ett annat fall klassificerades risken som avsevärd men då inga andra omständigheter talade för likgiltighet ansågs inte att sådan var för handen. En påtaglig risk har tingsrätten i kombination med den tilltalades handlande ansett grunda likgiltighet. Då tingsrätten klassificerat risken som stor har denna i kombination med den tilltalades uppretade beteende gjort att likgiltighet ansetts föreligga. Även en risk som tingsrätten klassificerat som hög har i kombination med den tilltalades handlande ansetts konstituera

likgiltighet. I ett mål där tingsrätten betecknat risken som betydande har risken i kombination med den tilltalades handlande grundat likgiltighetsuppsåt. Utifrån de fall som granskats drar jag följande slutsatser, med reservation för att de bygger på ett begränsat underlag. En uppenbar risk är ensam tillräckligt för att domstolen ska anse någon likgiltig. En risk som tingsrätten klassificerat som avsevärd, påtaglig, stor, hög, och betydande kan endast i kombination med andra faktorer grunda likgiltighet. Detta anser jag i stort överensstämmande med de uttalanden som HD gjorde i NJA 2004 s. 176. Avseende de sistnämnda beteckningarna går det tyvärr inte att dra några slutsatser angående dessas inbördes rangordning.

Sannolikheten för riskens förverkligande är en omständighet som, till skillnad från andra faktorer som aktualiseras då man talar om uppsåt, kan mätas objektivt. Jag ser därför detta som ett potentiellt område för utveckling av rättsläget. Ett enhetligt system för klassificering av risken hade kunnat ge stora fördelar ur bland annat förutsebarhetssynpunkt. I doktrinen ges förslag på klassificering utifrån procentuell sannolikhet för riskens förverkligande. En sådan exakt vetenskap tror jag dock är svår att uppnå, särskilt med hänsyn till att det är den av gärningsmannen uppfattade sannolikheten som är relevant. Även utan att ange sannolikheten för riskens förverkligande i procent menar jag dock att förutsebarheten skulle kunna förbättras. Ett förslag är att man utgår från om offrets skador skulle lett till döden om han eller hon inte kom under läkarvård snarast eller om offrets skador skulle lett till döden om denne inte kom under läkarvård efter en viss tid. Det finns säkerligen flera invändningar mot en sådan indelning men jag anser att det i vart fall tjänar som exempel på att även en enkelt uppbyggd indelning skulle kunna underlätta den dömande verksamheten. Kan domstolen konstatera att en alltför låg risk föreligger kan bedömningen stanna där. Ligger istället risken tillräckligt högt kan denna placeras in på en skala. Det skulle då också vara enklare för domstolen att bedöma hur mycket som krävs av de övriga faktorerna för att relevant likgiltighet ska anses föreligga.

I sju av fallen i rättsfallsundersökningen klassificerar domstolen inte risken. Efter en jämförelse mellan skador i dessa fall och skador i fall där domstolen klassificerat risken insåg jag att i vissa av dessa fallen skulle en klassificering kunna ske. När risken har så stor betydelse för bedömningen anser jag att det är beklagligt att denna inte klassificeras och det ligger inte i linje med den av HD förespråkade rättsutövningen.

Som nämns i avsnitt 4.2 ovan uttalade HD i NJA 2004 s. 176 ett antal faktorer som domstolen ansåg tala för likgiltighet även om inte sannolikheten för riskens förverkligande var mycket hög. Dessa omständigheter var hänsynslöshet, handlande i affekt och gärningsmannens intresse i gärningen. Rättsfallsundersökningen visar att dessa omständigheter har använts sparsamt i praxis. Detta beror troligen på, vilket även framförts i doktrin, att faktorerna är oklara till sin innebörd och svåra att tillämpa. En annan förklaring som jag ser det är att HD inte uttalar vilken tyngd faktorerna ska ha i förhållande varandra och i förhållande till sannolikhetens betydelse.

Av rättsfallsstudien kan slutsatsen dras att ett hänsynslöst beteende är en omständighet som i vart fall talar för likgiltighet. I de två fallen där denna omständighet omnämns explicit har dock inte risken klassificerats av domstolen varför det inte går att säga hur stor tyngd denna tillmäts. I de fall där hänsynslöshet diskuterats kan det till och med vara så att denna har mycket liten betydelse. I många av de fall som behandlas i rättsfallsstudien anser jag att det ligger nära till hands att klassificera de aktuella handlingarna som hänsynslösa även i ordets smalaste betydelse. Jag menar att då domstolarna ändå inte väljer att lyfta fram hänsynslösheten som en omständighet i större omfattning i sina uppsåtsbedömningar talar det för att det är ytterst oklart hur hänsynslösheten ska användas. Eftersom hänsynslöshet troligen är en vanligt förekommande faktor vid flertalet brott anser jag att det finns ett stort intresse av att klargöra vad som egentligen gäller kring detta.

Handlande i affekt förekommer också i liten utsträckning i rättsfallsstudien men slutsatsen kan i vart fall dras att omständigheten anses tala för likgiltighet. I ett fall där handlande i affekt omnämns ansåg tingsrätten att detta tillsammans med en hög sannolikhet grundade uppsåt. I ett annat fall har tingsrätten anfört att den tilltalade haft ett hämndbegär, vilket jag menar kan jämföras med handlande i affekt. Detta i kombination med en hög risk gjorde att tingsrätten ansåg att uppsåt var för handen. I det tredje fallet där handlande i affekt omnämns gör domstolen ingen klassificering av risken. Endast med stöd av dessa fall är det svårt att dra några slutsatser angående omständighetens tyngd i bedömningen men troligtvis behöver risken för den dödliga effekten vara relativt hög för att handlande i affekt ska räcka för att anse likgiltighet föreligga. Jag tror att många brottsliga handlingar, speciellt de som leder till att någon dör, utförs under affekt. Att omständigheten, trots att den troligtvis är vanligt förekommande, inte används i större utsträckning tyder på att det fortfarande är oklart vad omständigheten egentligen innebär. Jag menar att en bidragande orsak till oklarheten är att också frånvaron av affekt skulle kunna tala för ett uppsåtligt dödande.

HD uttalar också att den omständigheten att gärningsmannen skulle ha ett intresse i saken kan påverka bedömningen. Denna omständighet påvisas inte på något ställe i rättsfallsundersökningen och var också den omständighet som var mest ifrågasatt inom doktrinen där de olika debattörerna inte ens kunde enas om detta var en omständighet som skulle anses tala för eller emot likgiltighet.

Sammanfattningsvis konstaterar jag att det behövs ett klarläggande av vad dessa övriga faktorer innebär. Vad utgör ett hänsynslöst beteende? Hur upprörd ska man vara för att ens handlande ska betecknas som handlande under affekt? Och vad betyder det att gärningsmannen har ett intresse i saken? Detta är frågor som det nuvarande rättsläget inte innehåller något svar på. Därutöver behövs ett klagande av vilken tyngd dessa omständigheter ska tillmätas i bedömningen. Återigen menar jag att en enhetlig klassificering av sannolikheten för riskens förverkligande, vilket är

den viktigaste omständigheten, hade varit till fördel för rättstillämpningen. Finns ett system för klassificering av risken ökar chanserna för att kunna säga hur stor betydelse dessa övriga faktorer har. Som rättsläget ser ut idag används dessa faktorer i väldigt liten utsträckning, trots att dessa troligen ofta förekommer vid brottsliga gärningar. Det har också gjorts försök att utveckla andra faktorer i doktrin, bland annat diskuterades betydelsen av att gärningsmannen vidtagit säkerhetsåtgärder. Inte heller dessa omständigheter synes ha fått något genomslag i praxis.

6.2 Behöver dagens rättsläge utvecklas ytterligare?

Sammanfattningsvis kan konstateras att uppsåtsbedömningar alltid kommer vara mer komplicerade jämfört med att till exempel fastställa om något hänt. Uppsåtsbedömningar innehåller ett ytterligare led då domstolarna också måste fastställa gärningsmannens subjektiva inställning. En subjektiv inställning är av naturliga skäl svår att hänga upp på yttre konstaterbara fakta. Som jag ser det är det skillnaden i vilka fakta som vägs in i bedömningen som är den största skillnaden mellan likgiltighetsuppsåtet och det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov.

Frågan om rättsläget ytterligare behöver utvecklas beror till stor del på om rättsläget kan anses klarlagt. Tidigare rådde en betydande osäkerhet kring vad som skulle utgöra uppsåtets nedre gräns. Idag är dessa tvivel utsuddade då HD tydligt tagit ställning och uttalat att likgiltighetsuppsåtet ska utgöra uppsåtets nedre gräns. Det är också klart att för likgiltighetsuppsåt krävs att gärningsmannen insett att det funnits en risk för effektens förverkligande och också att gärningsmannen varit likgiltig inför förverkligandet av denna risk. Om detta benämns som den yttre ramen för likgiltighetsuppsåt menar jag att rättsläget så långt är klarlagt, även om bedömningarna ser olika ut är det tydligt vad som gäller. Angående det som befinner sig inom denna ram råder dock oklarhet. Jag menar att flertalet av de likgiltighetsbedömningar som utförs inte är så utförliga som HD och doktrin förespråkade. För att likgiltighetsuppsåtet ska kunna fullgöra sitt syfte och för att

likgiltighetsuppsåtet ska fortsätta att utvecklas anser jag att det är viktigt att domstolen alltid gör en ingående prövning. Detta innebär att prövningen av det första steget alltid bör innehålla en bedömning av om gärningsmannen haft relevant riskinsikt och en motivering av varför domstolen anser så vara fallet. Det andra steget bör alltid innehålla en bedömning av om gärningsmannen uppvisat en straffrättsligt relevant likgiltighet och också en motivering till varför.

Likgiltighetsuppsåtet har efter NJA 2004 s. 176 främst kritiserats med hänsyn till bevismässiga överväganden. Frågan om detta fortfarande är fallet har därför stor betydelse för frågan om rättsläget ytterligare behöver utvecklas. Inom doktrin framfördes att faktorerna skulle kunna ge upphov till samma problem som det eventuella uppsåtet. Rättsfallsundersökningen visar dock att så inte blivit fallet. Det är numera gärningen och inte gärningsmannens personlighet som ligger till grund för bedömningen. Det bör dock anmärkas att de övriga faktorerna inte tillämpas i så stor utsträckning. En annan aspekt av kritiken var att de faktorer som framfördes av HD ansågs opraktiska och svårtillämpade. Då rättsfallsundersökningen visar att dessa faktorer tillämpas i så liten utsträckning drar jag slutsatsen att det fortfarande är oklart vad faktorerna innebär och hur de ska tillämpas. Jag ansluter mig med andra ord till anförandena i doktrin att det är av största vikt att rättsläget kring dessa faktorer fortsätter att utvecklas. Med hänsyn till att HD förespråkade en användning av sådana faktorer är det rimligt att tro att domstolens ansåg att faktorer utöver sannolikheten behövdes. Jag menar att utvecklingen av faktorernas innebörd och betydelse underlättas om domstolarna skriver utförliga och väl motiverade domskäl.

En annan möjlig utvecklingsväg jag föreslår är ett enhetligt system för riskklassificering. Detta behöver inte bygga på några exakta procentsatser, även ett enkelt system skulle vara till stor fördel. Ett första steg mot detta är att domstolen, så långt det är möjligt, klassificerar sannolikheten för riskens förverkligande. Hade det blivit tydligare vad som gällde angående sannolikheten för riskens förverkligande hade det också

varit till fördel för de övriga faktorer som diskuterats. Det är då lättare att dra slutsatser kring vilken tyngd dessa omständigheter ska tillmätas i bedömningen.

Avslutningsvis vill jag anföra att det är av största vikt för att likgiltighetsuppsåtet ska leva upp till rättssäkerhetens höga krav att uppsåtskonstruktionen fortsätter att utvecklas på den av HD inslagna vägen. De höga krav som man i en rättsstat ställer på rättsliga modeller kräver att det är tydligt hur dessa ska användas. Med utförliga och väl motiverade domskäl tillsammans med ett klassificeringssystem för sannolikheten för riskens förverkligande menar jag att ett stort steg tas på vägen till ett läge där uppsåtets nedre gräns slutligen kan sägas vara klarlagd.

Bilaga A

Forskningsmall

Nedanstående mall användes vid undersökning av tingsrätternas uppsåtsbedömningar i rättsfallsundersökningen.

- Vilken typ av uppsåt diskuteras?
- Bedömdes uppsåt föreligga?
- Hur utförs första steget i likgiltighetsbedömningen?
- Hur utförs andra steget i likgiltighetsbedömningen?
- Vilken typ av skador förelåg?
- Hur skedde angreppet?
- Utförs det hypotetiska provet?
- Vad uttalas om betydelsen av sannolikheten för riskens förverkligande?
- Vad uttalas om de faktorer HD anförde i NJA 2004 s. 176?
- Används faktorerna med försiktighet och urskiljning?
- Används några övriga faktorer?
- Används några av de faktorer som var kritiserade i det tidigare rättsläget?
- Var gärningen impulsstyrd eller planerad?
- Används Borgekes modell?
- Framförs någon kritik mot det nuvarande rättsläget?

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Tryckta källor

SOU 1953:14 Förslag till brottsbalk

SOU 1996:185 Straffansvarets gränser

Litteratur

Asp, Petter; Ulväng, Magnus; Jareborg Nils: *Kriminalrättens grunder*, andra tryckningen 2011, Uppsala 2010.

Asp, Petter: "Uppsåtets nedre gräns - en efterlängtd sequel". I: *Juridisk Tidskrift* nr 2 2004/05

Asp, Petter: "Uppsåtets nedre gräns". I: *Juridisk Tidskrift* nr 3 2002/03

Borgeke, Martin: "Från Franks första formel till likgiltighets uppsåt - Vad hände med tanken att uppsåtsläran borde reformeras?". I: *Juridisk Tidskrift* nr 2 2008/09

Cavallin, Samuel: "Om uppsåtsprövningen i svensk rätt efter prejudikatet NJA 2002 s. 449". I: *Juridisk Tidskrift* nr 1 2003/04

Frändberg, Åke: "Om rättssäkerhet". I: *Juridisk Tidskrift* nr 2 2000/01

Jareborg, Nils: "Uppsåt och klander". I: *Svensk Juristtidning* 1988

Jareborg, Nils: "Avsikts uppsåt och/eller insikts uppsåt". I: *Juridisk Tidskrift* nr 4 2004/05

Rung, Andreas: "Likgiltighets uppsåt - En ny form av uppsåtets nedre gräns?". I: *Juridisk Tidskrift* nr 1 2006/07

Träskman, Per Ole: "Kan gärningsmannens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden?". I: *Skuld och ansvar: straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*, Uppsala 1985

Träskman, Per Ole: "Uppsåtets tredje form - sannolikhet, eller...?". I: *Juridisk Tidskrift* nr 3 2002/03

Ulväng, Magnus: "Likgiltighets uppsåt". I: *Svensk Juristtidning* 2005

Ulväng, Magnus: "Likgiltighetsuppsåtet eller ett tredje skuldrekvisit – likgiltigt vilket?". I: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Stockholm 2007

Ulväng, Magnus: "Uppsåt som rättsfaktum och bevistema". I: *Festskrift till Per Ole Träskman*, Stockholm 2011

Westin, Håkan: "Sannolikt intet nytt". I: *Juridisk Tidskrift* nr 3 2002/03

Zila, Josef: "En välkommen dom". I: *Juridisk Tidskrift* nr 3 2002/03

Rättsfallsförteckning

Avgörande från HD

NJA 1927 s. 1

NJA 1980 s. 725

NJA 1996 s. 27

NJA 2002 s. 449

NJA 2004 s. 176

NJA 2004 s. 702

NJA 2005 s. 732

NJA 2009 s. 149

NJA 2012 s. 45

Avgörande från tingsrätt

Alingsås tingsrätt B 2142-11

Alingsås tingsrätt B 419-12

Attunda tingsrätt B 6478-12

Attunda tingsrätt B 7023-11

Attunda tingsrätt B 9125-11

Attunda tingsrätt B 3372-12

Blekinge tingsrätt B 2016-11

Blekinge tingsrätt B 2498-11

Gällivare tingsrätt B 954-11

Gävle tingsrätt B 1696-12

Göteborgs tingsrätt B 2848-12

Göteborgs tingsrätt B 9214-11

Göteborgs tingsrätt B 16039-11

Halmstads tingsrätt B 1910-12

Haparanda tingsrätt B 450-12

Haparanda tingsrätt B 344-12

Helsingborgs tingsrätt B 4127-11

Helsingborgs tingsrätt B 6071-11

Jönköpings tingsrätt B 3189-11

Kalmar tingsrätt B 3828-11
Linköpings tingsrätt B 1810-12
Lunds tingsrätt B 5857-11
Lunds tingsrätt B 862-12
Malmö tingsrätt B 10425–10
Malmö tingsrätt B 1632-12
Malmö tingsrätt B 5889-12
Malmö tingsrätt B 8894-11
Malmö tingsrätt B 2104-12
Nacka tingsrätt B 4195-12
Norrköpings tingsrätt B 1635-12
Norrköpings tingsrätt B 3429-11
Skaraborgs tingsrätt B 4452-11
Solna tingsrätt B 3053-12
Solna tingsrätt B 5888-11
Stockholms tingsrätt B 640-12
Stockholms tingsrätt B 5373-10
Sundsvalls tingsrätt B 3414-11
Sundsvalls tingsrätt B 3034-11
Södertälje tingsrätt 2781-20
Södertälje tingsrätt 1249-00
Södertörns tingsrätt 2257-12
Södertörns tingsrätt 10595–12
Södertörns tingsrätt 17629–11
Uddevalla tingsrätt B 2969-11
Uppsala tingsrätt B 8254-11
Vänersborgs tingsrätt B 6255-11
Värmlands tingsrätt B 5976-11
Värmlands tingsrätt B 3278-11
Ystads tingsrätt B 2856-11
Örebro tingsrätt B 2924-11
Östersunds tingsrätt B 2815-11