



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Amanda Dyberg

## Han våldtog men friades

- Uppsåtskravet vid våldtäkt och dess förenlighet med Europakonventionen om mänskliga rättigheter

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet  
15 högskolepoäng

Handledare: Uta Bindreiter

Termin: VT15

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>6</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>7</b>
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte	7
1.3 Frågeställningar	7
1.4 Avgränsningar	8
1.5 Perspektiv och metod	8
1.6 Forskningsläge	9
1.7 Material	9
1.8 Disposition	9
<b>2 MC V. BULGARIA</b>	<b>10</b>
2.1 Målet	10
2.2 Skyldigheterna enligt domen	11
2.2.1 Regeringen	12
2.2.2 Sexualbrottsutredningen	12
2.2.3 Doktrin	13
2.3 Sammanfattning och kommentar	15
<b>3 GÄLLANDE RÄTT</b>	<b>16</b>
3.1 Första stycket – tvång genom användande av våld eller hot	16
3.1.1 Våldskravet	16
3.1.2 Kravet på hot	17
3.1.3 Tvångskravet	18
3.1.4 Kravet på samlag eller annan jämförlig sexuell handling	18
3.2 Andra stycket – en särskilt utsatt situation	18
3.3 Sammanfattning och kommentar	19
<b>4 SUBJEKTIV TÄCKNING</b>	<b>20</b>

<b>4.1</b>	<b>Uppsåtsprövning i våldtäktsmål</b>	<b>20</b>
<b>4.2</b>	<b>Att bevisa uppsåt</b>	<b>21</b>
4.2.1	Att bevisa avsikts- och insiktsuppsåt	21
4.2.2	De särskilda svårigheterna med att bevisa likgiltighetsuppsåt	22
<b>4.3</b>	<b>B 409-14 ”Dominanssexfallet”</b>	<b>24</b>
4.3.1	Bakgrund	24
4.3.2	Tingsrättens bedömning	25
4.3.3	Hovrättens bedömning	26
<b>4.4</b>	<b>Sammanfattning och kommentar</b>	<b>27</b>
<b>5</b>	<b>OAKTSAM VÅLDTÄKT</b>	<b>28</b>
<b>5.1</b>	<b>Oaktsamhetsprövningen i svensk rätt</b>	<b>28</b>
5.1.1	Medveten oaktsamhet	28
5.1.2	Omedveten oaktsamhet	28
<b>5.2</b>	<b>Reaktioner på oaktsam våldtäkt</b>	<b>30</b>
5.2.1	Sexualbrottsutredningen	30
5.2.2	Doktrin	30
<b>5.3</b>	<b>Sammanfattning och kommentar</b>	<b>32</b>
<b>6</b>	<b>ANALYS</b>	<b>33</b>
<b>6.1</b>	<b>Svensk rätt i förhållande till bulgariendomens krav</b>	<b>33</b>
<b>6.2</b>	<b>Ett oaktsamhetsansvar för våldtäkt?</b>	<b>34</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>37</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>39</b>

# Summary

In 2004, Bulgaria was brought before the European Court of Human Rights with the allegation that it did not provide satisfactory protection against rape and other grave violations of the sexual integrity. The Court adjudged that the protection was insufficient and that Bulgaria had violated the obligations according to the Convention.

The most common interpretation of this judgement is that the States have been given the sole right to form the legislation, given that the law as well as its enforcement de facto penalizes all non-consensual sexual acts.

In the light of the above, the purpose of this essay is to elucidate the trial of criminal intent in rape cases and then to examine the grounds for a criminalization of “negligent rape”.

Rape requires, according to the 1st chapter 2§ of the Swedish penal code (BrB), criminal intent on the part of the perpetrator. Theoretically the concept of criminal intent is very extensive, but its practical importance is limited by the difficulties to prove such intent. This could lead to situations where objectively proven rape cases evade punishment. One can argue that this is illustrated in the case B 409-14 from the Swedish Court of Appeal. However, it is possible that the case is a result of an incorrect application of the concept of criminal intent. Either way, one can observe that Sweden does not fulfill its obligations according to the Convention.

The problems that occur in such situations as in B 409-14 raise the question if a liability for negligence is called for. Neither difficulties to prove criminal intent nor misapplications of the concept can justify such liability, unless other reasons imply otherwise. Even though this has not been discussed to a large extent, some arguments have been emphasized. The analysis of these arguments shows that there are reasons for introducing a

liability for negligence. Criminalizing “negligent rape” would lead to that some responsibility is required by everyone to ensure the existence of consent before the sexual act is carried out, and could cover at least some of the rape cases that are not covered today. This could be a step towards fulfilling the obligations according to the judgment made in *MC v Bulgaria*.

# Sammanfattning

År 2004 fälldes Bulgarien i Europadomstolen för att inte tillhandahålla ett tillfredsställande skydd för våldtäkt och andra allvarliga kränkningar av den sexuella integriteten. Vilken relevans denna dom, MC v Bulgaria (Bulgariendomen), har för Sverige har diskuterats i relativt stor utsträckning. Den vanligaste uppfattningen är att konventionsstaterna givits utrymme att ensamt utforma sin lagstiftning, under förutsättning att denna, liksom dess tillämpning, de facto straffbelägger samtliga sexuella handlingar som företagits utan samtycke.

Uppsatsens syfte är att med bakgrund av denna dom belysa uppsåtsprövningen i våldtäktsmål och därefter undersöka om det vore lämpligt att kriminalisera ”oaktsam våldtäkt”.

Det svenska våldtäktsbrottet kräver enligt 1 kap 2§ brottsbalken uppsåt som ansvarsgrund. Rent teoretiskt sett är uppsåtsbegreppet väldigt vidsträckt, men dess praktiska betydelse begränsas av de bevissvårigheter som kan uppkomma. Detta kan medföra situationer där objektivt bevisade våldtäkter går straffria, vilket också kan sägas illustreras genom hovrättsfallet B 409-14 ”Dominanssexfallet”. Det är emellertid möjligt att rättsfallet inte är ett resultat av bevissvårigheter utan av att uppsåtet tillämpats fel. Oavsett, kan det konstateras att uppsåtskravet medför att Sverige inte kan anses uppfylla de krav som ställs genom Bulgariendomen.

Problemen som uppstår i samband med sådana situationer som i B 409-14 väcker frågan om inte oaktsamhetsansvar för våldtäkt skulle kunna vara lämpligt. Dock kan varken bevissvårigheter eller feltillämpningar motivera ett sådant ansvar, om det inte finns andra skäl för att kriminalisera ”oaktsam våldtäkt”. Även om detta är något som inte har diskuterats i särskilt stor utsträckning i svensk rätt, har en del argument för och emot lyfts fram. Undersökningen av dessa visar att det finns skäl för att införa ett

oaktsamhetsansvar. Ett sådant ansvar hade medfört att ett visst ansvar krävs av var och en att försäkra sig om att motparten är med på vad som sker i samband med samlag, och hade kunnat träffa sådana fall som idag faller utanför det straffbara området. Detta skulle kunna vara ett steg mot att uppfylla skyldigheterna enligt Bulgariendomen.

# Förord

*”Den självklara frågan om det fanns något som kunnat ge männen anledning tro annat än att hon inte ville – den behövde inte ställas. För det krävs ju inte att man försäkrar sig om att den andra vill det man gör i samband med sex.”<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Madeleine Leijonhufvud, ”Det krävs ett lagligt stöd för nej till sex“, SvD Opinion, publicerad 2013-05-21, [http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/det-kravs-ett-lagligt-stod-for-nej-till-sex\\_8192550.svd](http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/det-kravs-ett-lagligt-stod-for-nej-till-sex_8192550.svd) hämtad 2015-05-21.



# Förkortningar

BrB	Brottsbalken (1962:700)
Dir.	Direktiv
EKMR	Europeiska konventionen om mänskliga rättigheter
HD	Högsta domstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen (1974:142)
SOU	Statens offentliga utredningar

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Våldtäktsbrottet är ett av de brott som väcker störst engagemang och som skapar störst debatt, både i den rättsvetenskapliga litteraturen och i media. Även om stora förändringar skett de senaste decennierna, har lagstiftningen ständigt kritiserats för att tillhandahålla ett undermåligt skydd för den sexuella självbestämmanderätten. Förra året fick därför en särskild utredare i uppdrag att se över våldtäktsbrottet och bl.a. se över frågan om en kriminalisering av oaktsam våldtäkt bör ske samt hur en sådan kriminalisering skulle utformas. Denna utredning – 2014 års sexualbrottsutredning – har på grund av den stora uppmärksamhet våldtäktsfrågan fått i den samhällspolitiska debatten sedermera omvandlats till en parlamentariskt sammansatt kommitté. Uppdraget ska redovisas senast den 1 februari nästa år.<sup>2</sup>

## 1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att med bakgrund av Europadomstolens dom ”MC v Bulgaria” belysa uppsåtsprövningen i våldtäktsmål och att undersöka om det är lämpligt att införa ett oaktsamhetsansvar.

## 1.3 Frågeställningar

Uppsatsens centrala frågeställningar är följande:

- Uppfyller vi våra skyldigheter enligt Europakonventionen om mänskliga rättigheter och Europadomstolens dom ”MC v Bulgaria”?

---

<sup>2</sup> Dir. 2014:123; Dir. 2014:144.

- Vad talar för och emot att kriminalisera ”oaktsam våldtäkt”<sup>3</sup> och skulle en sådan kriminalisering göra skillnad med avseende på våldtäktsskyddet?

För att besvara detta kommer även följande frågeställningar att utredas:

- Vilka krav uppställer Europadomstolens dom ”MC v Bulgaria” på svensk våldtäktslagstiftning?
- Hur sker uppsåtprövningen vid våldtäktsbrott?

## 1.4 Avgränsningar

Med hänsyn till uppsatsens ringa omfattning har jag avgränsat mig till att behandla uppsåtprövningen i våldtäktsmål och jag har därmed inte gjort någon djupgående utredning av våldtäktsbrottets övriga brottsrekvisit. Mitt fokus har varit uppsåtprövningen i förhållande till våldtäktsparagrafens första stycke – betvingande genom våld eller hot – varför andra stycket, som behandlar ”en särskilt utsatt situation”, väl kommer nämnas men inte att behandlas mer ingående. Inte heller har behovet av att ersätta den nuvarande tvångsbaserade regleringen med en samtyckeslagstiftning närmare utretts, utan fokus har enbart varit på en eventuell ytterligare kriminalisering av våldtäkt – oaktsam sådan. Vad gäller rättspraxis har uppsatsen avgränsats till ett hovrättsfall som belyser problematiken kring uppsåtskravet. Att norsk rätt innehåller ett oaktsamhetsansvar för våldtäkt är givetvis av relevans för diskussionen, dock har det dessvärre inte funnits utrymme för en studie av den norska bestämmelsen.

## 1.5 Perspektiv och metod

För att besvara uppsatsens frågeställningar har den rättsdogmatiska metoden använts. Denna har rättskälleläran som utgångspunkt vid tolkning av gällande rätt och därmed har allmänt erkända rättskällor såsom lagtext, förarbeten, praxis och doktrin studerats.<sup>4</sup> I framställningen har ett

---

<sup>3</sup> Detta begrepp är lånat från norsk rätt där ”grovt oaktsam voldtækt” är kriminaliserad.

<sup>4</sup> Korling och Zamboni 2013, s. 21.

brottsoffersperspektiv samt ett kritiskt perspektiv tillämpats för att utvärdera det skydd dagens reglering tillhandahåller mot våldtäkt.

## 1.6 Forskningsläge

Behovet av att sänka skuldkravet för våldtäkt har diskuterats i begränsad utsträckning i svensk rätt. Debatten på våldtäktsskyddets område tycks framförallt avse intresset av att ersätta dagens reglering med en samtyckesreglering. De författare som emellertid uppmärksammat frågan är främst Madeleine Leijonhufvud och Petter Asp. Bland författare som diskuterat Bulgariendomen kan nämnas, utöver Asp och Leijonhufvud, Per Ole Träskman samt Fredrik Wersäll och Kajsa Rapp.

## 1.7 Material

Det material som har använts är de etablerade rättskällorna i enlighet med rättskällevärdet. Därmed har lagtext, förarbeten och rättspraxis undersökts. Vad gäller doktrin har främst Kriminalrättens grunder av Asp, Ulväng och Jareborg, Sex och Samtycke av Asp och Samtyckesutredningen av Leijonhufvud använts.

## 1.8 Disposition

Då uppsatsen utgår från de skyldigheter EKMR ålägger medlemsstaterna genom Bulgariendomen beskrivs denna dom inledningsvis i kapitel 2 samt görs ett försök att utreda vilka krav denna anses ställa på det svenska våldtäktsskyddet. I kapitel 3 redogör jag därefter för gällande rätt med avseende på våldtäktsbrottet. I kapitel 4 behandlas uppsåtsprövningen i svensk rätt och hur denna sker i våldtäktsmål. I samma kapitel tas sedan avstamp i ett uppmärksammat hovrättsfall. I kapitel 5 diskuteras hur oaktsamhetsprövningen görs i svensk rätt. Vidare i detta kapitel redogörs för diskussionen beträffande oaktsam våldtäkt. Avslutningsvis (kapitel 6) besvarar jag mina frågeställningar i en analys.

## 2 MC v. Bulgaria

### 2.1 Målet

Bulgariendomen<sup>5</sup> behandlar ett fall där utredningen av två våldtäkter mot en 14-årig flicka lades ner p.g.a. att det saknades bevis på våld eller hot från gärningsmännens sida, och att det inte heller kunde bevisas att flickan gjort något fysiskt motstånd eller försökt kalla på hjälp. Flickan vände sig till Europadomstolen och hävdade att hennes rättigheter enligt artikel 3 EKMR<sup>6</sup>, rätten till skydd mot omänsklig eller förnedrande behandling och artikel 8 EKMR, rätten till skydd för privatlivet, hade blivit kränkta. Grunden för denna talan var att bulgarisk lag och praxis inte tillhandahöll effektivt skydd mot våldtäkt eftersom endast fall där det fanns bevis på fysiskt motstånd åtalades. Hon hävdade också att de bulgariska myndigheterna brustit i utredningen av de aktuella våldtäkterna.

Inledningsvis konstaterade Europadomstolen att konventionens bestämmelser medför ett krav på en effektiv kriminalisering och lagföring av grava kränkningar av privatlivet, som till exempel våldtäkt.

Domstolen påpekade därefter att även om konventionsstaterna åtnjuter en vidsträckt ”margin of appreciation”, är denna begränsad av konventionen och att domstolen vid tolkningen av konventionens föreskrifter har att beakta de förändringar i attityd och normer som sker bland medlemsstaterna. Domstolen framförde att även om det historiskt har krävts bevis på fysiskt våld och motstånd, har en trend utvecklats i Europa att överge dessa krav till förmån för mindre snäva tolkningar av våldtäktsbegreppet och att det i praxis och doktrin hos många länder numera anses att det bristande samtycket är avgörande.

---

<sup>5</sup> Case of MC v Bulgaria, application no. 39272/98.

<sup>6</sup> Den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen).

Med bakgrund av bl.a. denna europeiska trend ansåg domstolen att en alltför rigid inställning till lagföring av sexuella övergrepp riskerar att lämna vissa typer av våldtäkt ostraffade och därför äventyrar det effektiva skyddet för individers sexuella integritet. Domstolen konstaterade därmed att konventionsstaterna hade en positiv skyldighet att kriminalisera och lagföra alla sexuella handlingar som begåtts utan samtycke.<sup>7</sup>

Vid bedömningen i det specifika fallet inledde domstolen med att konstatera att den bulgariska lagen, som baserades på tvång, varken innehöll ett krav på fysiskt motstånd eller hade en utformning som skiljde sig nämnvärt från andra medlemsstaters utformning. Domstolen slog fast att det avgörande inte är lagstiftningens utformning i sig, utan vilken betydelse brottrekvisit som ”våld”, ”hot” och ”tvång” ges, och tar upp som exempel att rekvisitet ”tvång” i flertalet länder är uppfyllt redan då gärningsmannen betvingat offrets kropp för att utföra en sexuell handling utan samtycke.

Domstolen gick därför vidare till att undersöka hur praxis hanterade frågan om utredning och åtal av våldtäkt och konstaterade därvid att de bulgariska myndigheterna åsidosatt sina positiva skyldigheter enligt artikel 3 och artikel 8 EKMR.

## 2.2 Skyldigheterna enligt domen

Att svensk rätt inte får stå i strid med Europakonventionen framgår av 2 kap 19§ regeringsformen (RF). Enligt art 32 EKMR har Europadomstolen att tolka och tillämpa konventionen. Konventionens verkliga innebörd är således inte artiklarna utan det innehåll som Europadomstolen ger dem. Även om domstolens domar är bindande endast för parterna i den aktuella tvisten, förekommer det allt oftare att konventionsstaterna anpassar sin lagstiftning efter domstolens praxis för att undvika att själva bli fällda. Det finns emellertid de stater som inväntar fällande dom beträffande det egna

---

<sup>7</sup> Se punkt 166.

landet innan några lagändringar vidtas.<sup>8</sup> Det svenska förhållningssättet till europarättslig praxis som inte rör Sverige har tidigare varit vacklande. Detta har emellertid förändrats, vilket illustreras bl.a. i fallet Åke Green där Europadomstolens tolkning av konventionens bestämmelser ansågs överordnad svensk lag.<sup>9</sup>

Vad Bulgariendomen innebär för svenskt vidkommande har under det senaste decenniet varit föremål för diskussion flertalet gånger och det råder oenighet om vilka förpliktelser som domen egentligen ålägger. Oenigheten har främst sin grund i huruvida domen ska tolkas som att den innebär ett krav på samtyckesreglering.<sup>10</sup>

### **2.2.1 Regeringen**

I förarbetena till 2005 års reform påpekade regeringen inledningsvis att generella slutsatser av Bulgariendomen skulle dras med försiktighet då domen avsåg ett specifikt *bulgariskt* fall. Regeringen kom vidare fram till att Bulgariendomen inte medförde något krav att utforma lagstiftningen på något bestämt sätt, då Europadomstolen inte kritiserade utformningen av den bulgariska lagstiftningen<sup>11</sup> i sig utan fäste avgörande betydelse vid dess tillämpning och vilken innebörd rekvisit såsom ”våld” och ”hot” givits. Regeringen konstaterade vidare att domen medförde ett krav på att bristande samtycke skulle vara avgörande för våldtäktsbrottet, men poängterade att svensk praxis genom NJA 2004 s. 231 fastslagit att det grundläggande kriteriet för våldtäkt, trots en tvångsbaserad lagstiftning, är att samtycke saknas.<sup>12</sup>

### **2.2.2 Sexualbrottsutredningen**

2008 års sexualbrottsutredning hade också synpunkter på domens betydelse för svenskt vidkommande. Utredningen ansåg, i likhet med regeringen i

---

<sup>8</sup> Leijonhufvud 2008, bilaga 4, s.122.

<sup>9</sup> Leijonhufvud 2008. s. 70; Se NJA 2005 s. 805.

<sup>10</sup> Med detta menas en våldtäktslagstiftning som baseras på samtycke istället för tvång.

<sup>11</sup> Denna liknar den svenska våldtäktslagstiftningen.

<sup>12</sup> Prop. 2004/05:45 s. 40f.

samband med 2005 års reform, att Bulgariendomen inte krävde att svensk lagstiftning skulle utformas på ett visst sätt men att den innebar ett krav att innehållet i, och tillämpningen av, lagstiftningen överensstämmer med konventionens ålägganden. Utredningen konstaterade att domen således innebar en förpliktelse att den materiella straffrätten och dess tillämpning möjliggör bestraffning av varje sexualhandling som företagits utan samtycke.<sup>13</sup> Utredningen påpekade att domstolens roll var att förtydliga de fri- och rättigheter som anges i konventionen samt att utarbeta en minimistandard för dessa, och att domstolen traditionsmässigt inte har ansett det vara sin uppgift ålägga konventionsstaterna att utforma sin lagstiftning på ett visst sätt. Med hänsyn till att Europadomstolen inte underkände den bulgariska lagstiftningen som sådan utan istället beaktade hur lagen tillämpades, ansåg utredningen att domen inte kunde tolkas som att en tvångsbaserad våldtäktsreglering var konventionsstridig.

Sexualbrottsutredningen hänvisade vidare till Europadomstolens uttalande i domens punkt 166 och sade att detta uttalande skulle tolkas som att domstolen angett den minimistandard som skulle gälla för våldtäktskyddet.<sup>14</sup>

### 2.2.3 Doktrin

*Madeleine Leijonhufvud*, professor emerita i straffrätt vid Stockholms Universitet, hävdar att Bulgariendomen inte kan tolkas på annat sätt än att den innebär ett krav på samtyckeslagstiftning. Hon hänvisar bl.a. till ett yttrande av Elisabeth Palm<sup>15</sup>, f.d. ledamot av Europadomstolen, vilket hon anser tyder på att det finns en skyldighet för Sverige att införa samtyckeslagstiftning:<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> SOU 2010:71 s. 17.

<sup>14</sup> Ibid, s. 202ff. Denna ståndpunkt tog även regeringen i förarbetena till lagändringen 2013. (se prop. 2012/13:111 s. 21.)

<sup>15</sup> Palm har också uttalat att domen innebär ett krav på att lagstiftningen utformas på ett sätt så att den inte riskerar att lämna vissa våldtäktsfall påföljdsfria. (se Leijonhufvud 2008, bilaga 4, s. 124.)

<sup>16</sup> Leijonhufvud 2008, s. 72.



” Det står helt klart att Europadomstolens praxis på detta område nu innebär att det är bristande samtycke som är avgörande för om våldtäkt föreligger. Även om det förekommit att domstolen har ändrat sin praxis i vissa fall framstår det som helt osannolikt att domstolen [...] skulle ändra sin praxis om det kommer ett nytt mål mot ett annat land inför domstolen där bristande samtycke till en sexuell handling inte har bedömts som det som konstituerar brottet våldtäkt.”<sup>17</sup>

*Petter Asp*, professor i straffrätt vid Stockholms Universitet, intar en annan position vid tolkningen av Sveriges förpliktelser. Han hävdar att tolkningen att domen skulle innebära ett krav på samtyckeslagstiftning är ohållbar.<sup>18</sup> Enligt honom är Pals uttalande i samband med Bulgariendomen, i likhet med Europadomstolens resonemang, öppet för tolkning. Dessutom har även Palm konstaterat att domstolen inte underkänt den bulgariska lagstiftningen som sådan och att konventionsstaterna givits en stor frihet att utforma lagen så länge den uppfyller de krav som domen uppställer.<sup>19</sup> Europadomstolen har endast angivit en minimistandard på området i enlighet med domstolens traditionella roll.<sup>20</sup> Vidare kan tolkningen av huruvida Sverige uppfyller sina skyldigheter enligt Bulgariendomen inte enbart ske i förhållande till våldtäktsbrottet då sexualbrott kan kategoriseras och kriminaliseras på oändligt många sätt. Vid bedömningen måste man därför beakta samtliga sexualbrott i svensk lagstiftning, d.v.s. hela kapitel 6 BrB.<sup>21</sup>

Även *Per Ole Träskman*, senior professor i straffrätt vid Lunds Universitet, har inställningen att man måste se till hela sexualbrottslagstiftningen. Träskman påpekar att brottsbenämningen inte är avgörande för om en handling är kriminaliserad eller inte, och att Bulgariendomen därmed inte innehåller något krav på att varje icke ömsesidig sexuell handling ska rubriceras som våldtäkt.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> A.a., bilaga 4, s. 123f.

<sup>18</sup> Asp 2010, MC v Bulgaria, s. 216f.

<sup>19</sup> A.a. s. 227f.

<sup>20</sup> A.a. s. 229f.

<sup>21</sup> A.a. s. 237f.

<sup>22</sup> Träskman 2007, s. 333.

## 2.3 Sammanfattning och kommentar

Sammanfattningsvis kan konstateras att den rådande uppfattningen är att Bulgariendomen medför förpliktelser för Sverige, även om Sverige inte var part i målet. Den dominerande inställningen är emellertid att domen inte ställer några krav på att strafflagstiftningen utformas eller rubricerar brottsliga gärningar på något speciellt sätt. Att det svenska våldtäktsbrottet baseras på tvång är således inte i sig konventionsstridigt – under förutsättning att lagens materiella innehåll motsvarar den minimistandard som konventionen ställer upp. För att Sverige ska anses uppfylla sina europarättsliga förpliktelser måste således samtliga icke ömsesidiga sexualhandlingar i praktiken straffbeläggas, både på lagstiftnings- och på tillämpningsnivå.

## 3 Gällande rätt

Våldtäktsbrottet definieras i 6 kap 1§ brottsbalken (BrB) och utgår från två olika typfall; dels då gärningsmannen tvingat sitt offer till en sexualhandling genom brukande av visst medel (första stycket), dels då gärningsmannen utnyttjat en viss situation för att företa sexualhandlingen (andra stycket).<sup>23</sup>

I det följande ska jag kortfattat redogöra för när våldtäkt föreligger enligt dessa två typfall.

### 3.1 Första stycket – tvång genom användande av våld eller hot

#### 3.1.1 Våldskravet

Våldsrekvisitet innebär att gärningsmannen genom misshandel eller annars med våld tvingat sitt offer att företa eller tåla en sexuell handling av viss karaktär. Hänvisningen till misshandel innebär att en bedömning enligt dess bestämmelse i 3 kap 1§ BrB ska göras, d.v.s. att tvingandet har skett genom tillfogande av kroppsskada, sjukdom eller smärta. Hänvisningen innebär också att ett tvingande genom att försätta en person i vanmakt eller annat sådant tillstånd, t.ex. genom att droga eller söva denne, omfattas av rekvisitet.<sup>24</sup>

Av formuleringen ”annars med våld” framgår att våldsanvändningen inte nödvändigtvis måste ha utgjort misshandel, utan även lindrigare former av våldsutövning omfattas.<sup>25</sup> Ett betvingande av en persons kroppsliga rörelsefrihet, exempelvis genom att sära på dennes ben eller lägga sin kroppstyngd på denne vid övergreppet, eller ett användande av våld *mot*

---

<sup>23</sup> Asp 2010, s. 56f.

<sup>24</sup> A.a. s. 58.

<sup>25</sup> Zeteokommentaren till BrB 6:1, <http://zeteo.nj.se/docview?state=26402>, hämtad 2015-03-26, under rubriken ”Misshandel eller annat våld eller hot”.

person, såsom att rycka i, knuffa eller hålla fast brottsoffret, omfattas således även av våldskravet.<sup>26</sup>

### 3.1.2 Kravet på hot

En sexuell handling som tilltvingats genom hot om brottslig gärning är också att bedöma som våldtäkt. Kriminaliseringen motsvarar sådana hot som utgör *olaga tvång* enligt 4 kap 4§ första stycket 1 BrB. Hot om att åtala eller angiva en person för brott eller att lämna menligt meddelande om en person i enlighet med 4 kap 4§ första stycket 2 BrB omfattas emellertid inte av våldtäktsparagrafens hotrekvisit och därmed faller hot som inte avser en brottslig gärning, exempelvis hot om avskedning, utanför bestämmelsens tillämpningsområde. I sådana fall kan det dock röra sig om *sexuellt tvång* i enlighet med 6 kap 2§ BrB.

Hotet måste inte rikta sig mot brottsoffret utan kan även rikta sig mot annan, t.ex. dennes barn. Inte heller måste hotet vara riktad mot en person, utan även ett hot om skadegörelse på personens egendom omfattas. Att börja slå sönder en persons ägodelar utgör också ett sådant hot som avses i bestämmelsen – ett sådant fall anses tvingande genom det inbegriper ett hot om fortsatt skadegörelse.

Hotrekvisitet kan vidare uppfyllas även om några hot inte uttryckligen förekommit. För att ett icke uttryckligen uttalat hot ska föreligga förutsätts att det rör sig om ett hotfullt agerande som utgör ett sådant straffbart hot om brottslig gärning som avses i våldtäktsparagrafen, exempelvis att en person nattetid tar sig in i en annans bostad och aggressivt beordrar någon som befinner sig där att ta av sig kläderna, för att därefter genomföra ett övergrepp på denne.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Prop. 1983/84:105 s. 18; Prop. 2004/05:45 s. 45.

<sup>27</sup> Prop. 2004/05:45 s. 134f.

### 3.1.3 Tvångskravet

Tvångskravet innebär att de medel som använts ska medföra ett betvingande av offret, d.v.s. det våld eller hot som använts ska vara en förutsättning för övergreppets genomförande.<sup>28</sup> Det finns däremot inget krav på motstånd från offrets sida.<sup>29</sup>

### 3.1.4 Kravet på samlag eller annan jämförlig sexuell handling

Våldtäktsbestämmelsen omfattar endast samlag och sådana sexuella handlingar som med hänsyn till *kränkningens allvar* är jämförliga med samlag. Med samlag avses vaginala samlag. Däremot uppställs inget krav på penetration, sädesutgjutning eller fysisk varaktighet – att köndelarna kommit i kontakt är tillräckligt. Exempel på vad som avses med sexuella handlingar jämförliga med samlag är orala eller anala samlag, eller att föra in fingrar, knytnäve eller föremål i underliv eller ändtarmsöppning.<sup>30</sup>

Omständigheter som kan påverka bedömningen av kränkningens allvar är exempelvis handlingens varaktighet, om den varit förenad smärta eller om den innehållit förnedrande inslag. Enligt förarbetena krävs vidare för att en sexuell handling ska kunna vara jämförlig med samlag att gärningen varit ägnad att tydligt kränka brottsoffrets sexualitet samt haft en påtaglig sexuell prägel, d.v.s. att den *typiskt sett* syftar till att väcka eller tillfredsställa den sexuella driften.<sup>31</sup> Något krav på sexuell prägel har däremot inte HD ställt upp.<sup>32</sup>

## 3.2 Andra stycket – en särskilt utsatt situation

Detta stycke kompletterar vålds- och hotrekvisitetet i första stycket genom att det inte förutsätts någon aktivitet från gärningsmannens sida – personen i

---

<sup>28</sup> A.prop. s. 135.

<sup>29</sup> Se NJA 1988 s. 40.

<sup>30</sup> A.prop. s. 135f.

<sup>31</sup> A.prop. s. 33; Prop. 2012/13:111 s. 111.

<sup>32</sup> Se NJA 2013 s. 548 ”Otrohetskontrollerna”.

fråga måste inte själv ha försatt brottsoffret i vanmakt eller annat sådant tillstånd utan för ansvar räcker att man utnyttjat ett sådant tillstånd på ett otillbörligt sätt. Stycket innebär även ett utvidgande av våldtäktsbestämmelsen då inte endast vanmakt och jämförliga tillstånd görs relevanta utan även sådana situationer där offret är i en s.k. *särskilt utsatt situation*.<sup>33</sup> Vad som kännetecknar en sådan situation är att offret inte har fulla möjligheter att freda sin sexuella integritet. Dock ställs inget krav på att offret helt saknar förmåga att värja sig eller kontrollera sitt handlande. En helhetsbedömning av samtliga omständigheter är avgörande, och dessutom kan en kombination av omständigheter som var och för sig inte är tillräckliga utgöra en särskilt utsatt situation.

För att ett utnyttjande av en särskilt utsatt situation ska medföra straffansvar krävs att utnyttjande är otillbörligt, d.v.s. det ska utgöra en kränkning av offrets sexuella integritet.<sup>34</sup>

### **3.3 Sammanfattning och kommentar**

Det kan konstateras att våldtäktsbestämmelsen, trots att denna baseras på tvång, är väldigt omfattande och samtliga rekvisit är lågt ställda. Inte heller förutsätts att offret gjort fysiskt motstånd. Att HD dessutom slopat kravet på att den sexuella handlingen ska ha haft en ”påtaglig sexuell prägel” för att vara jämförlig med samlag medför en ytterligare sänkning av rekvisiten; exempelvis ryms s.k. otrohetskontroller därmed under bestämmelsen.

---

<sup>33</sup> Asp 2010, s. 59.

<sup>34</sup> Prop. 2012/13:111 s. 112f.

# 4 Subjektiv täckning

## 4.1 Uppsåtsprövning i våldtäktsmål

Då inget annat är föreskrivet för våldtäktsbrottet, krävs enligt 1 kap 2§ BrB att gärningspersonen ifråga begått den brottsliga gärningen uppsåtligen. För straffrättsligt ansvar krävs att samtliga brottsrekvisit är täckta av uppsåt.<sup>35</sup>

Detta innebär att gärningspersonen alltså måste ha haft uppsåt till, i enlighet med 6 kap 1§ första stycket BrB, att denne *a)* tilltvingat sig, *b)* samlag eller jämförlig sexuell handling *c)* genom användning av våld eller hot om brottslig gärning.

Det svenska uppsåtet har inte preciserats i lag, utan dess innebörd har kommit att utvecklas genom praxis och doktrin.<sup>36</sup> Uppsåtsläran innehåller tre uppsåtsformer. Dessa laborerar med två element; ett kognitivt i form av insikt och kännedom samt ett viljebaserat i form av avsikt och syfte.<sup>37</sup>

*Avsiktsuppsåt* – som bygger på det viljebaserade elementet – innebär att den brottsliga handlingen begås avsiktligt, d.v.s. att gärningspersonen begår handlingen i syfte att uppnå en brottsbeskrivningsenlig följd.<sup>38</sup>

*Insiktsuppsåt*, vilket är baserat på det kognitiva elementet, är uppfyllt då gärningspersonen ser en viss följd eller omständighet som praktiskt sannolik, d.v.s. att denne ser dessa som praktiskt taget ofrånkomliga och i princip inte har några tvivelsmål om att omständigheten föreligger eller att följden kommer inträffa som konsekvens av den aktuella handlingen.<sup>39</sup>

*Likgiltighetsuppsåt* bygger på både det kognitiva och det viljebaserade elementet. Denna uppsåtsform är uppsåtets nedersta gräns och utgör en

---

<sup>35</sup> Asp, Ulväng och Jareborg 2013, s. 326.

<sup>36</sup> A.a. s. 269.

<sup>37</sup> Ulväng 2005, s. 2.

<sup>38</sup> Asp, Ulväng och Jareborg. s. 287.

<sup>39</sup> A.a. s. 289. När det fortsättningsvis talas om följd (eller någon synonym till följd) avses även förhandenvaron av en omständighet.

skiljelinje mot skuldformen medveten oaktsamhet. Karaktäristiskt för likgiltighets uppsåtet är att gärningspersonen har insett en risk för att en viss följd kommer att inträffa (den kognitiva delen), men har varit likgiltig inför denna följd (den viljebaserade delen). Ur gärningspersonens synpunkt har således effekten inte varit ett relevant skäl för att låta bli att företa handlingen.<sup>40</sup>

Av praxis framgår att uppsåtsfrågan oftast inte prövas uttryckligen i våldtäktsmål. De våldtäktsmål där uppsåtsprövning däremot sker behandlar oftast gärningspersonens uppsåt visavi *brottsoffrets bristande samtycke*, vilket motsvarar brottsrekvisitet ”tvång”. Har den aktuella gärningspersonen misstagit sig om brottsoffrets frivillighet, föreligger uppsåtsbrist i förhållande till tvångsrekvisitet och således kan inget straffrättsligt ansvar ådömas.<sup>41</sup> Enligt Asp bör det vara tämligen ovanligt med sådana missförstånd, men påpekar att rättspraxis visar att det likväl förekommer.<sup>42</sup>

## 4.2 Att bevisa uppsåt

Beviskravet inom brottmål är att det ska vara ställt utom rimligt tvivel att gärningspersonen begått det aktuella brottet. Detta beviskrav gäller samtliga brottsrekvisit, även kravet på subjektiv täckning, och innebär att man fastställer skulden genom att undanröja alternativa förklaringar (tvivel). Varje möjlig förklaring kan dock inte anses omintetgöra åklagarens påståenden; tvivlet ska vara rimligt och beaktansvärt.<sup>43</sup>

### 4.2.1 Att bevisa avsikts- och insikts uppsåt

Att bevisa uppsåt kan vara svårt. Ofta påstås svårigheterna ha sin grund i att en aldrig kan veta vad som pågår i en annan persons tankar. Asp, Ulväng och Jareborg menar emellertid att dessa svårigheter tenderar att bli överdrivna. En persons tankar och syften manifesteras nämligen ofta genom dennes beteende och det är därför vanligen möjligt avgöra personens

---

<sup>40</sup> A.a. s. 290f; Ulväng 2005, s. 2f.

<sup>41</sup> Andersson 2004, s. 76.

<sup>42</sup> Asp 2010, s. 180, s. 189.

<sup>43</sup> Ekelöf, Edelstam och Heuman 2009, s. 152f; Andersson 2004, s. 168.



avsikter. Av omständigheterna kring en gärning och genom att generalisera vad människor normalt vet om relationen mellan handling, orsak och följd – vissa handlingar är exempelvis av sådan karaktär att följden framstår som i princip oundviklig – är det också möjligt att dra slutsatser om en gärningspersons insikt om vissa fakta. Problemen med att bevisa uppsåt begränsas följaktligen av det faktum att människors avsikter och insikter ofta kan avläsas ur gärningspersonens beteende och ur gärningens sammanhang.<sup>44</sup>

#### **4.2.2 De särskilda svårigheterna med att bevisa likgiltighetsuppsåt**

Att bevisa likgiltighetsuppsåt kan däremot bereda stora svårigheter. Konstaterandet av att gärningspersonen insett en risk för att en följd kommer att inträda kan oftast göras på liknande sätt som fastställandet av en avsikt eller en insikt, och torde inte medföra några större bekymmer. Det särskilt problematiska ligger istället i att bevisa gärningspersonens likgiltiga inställning till konsekvenserna av gärningen. Som hjälp vid bevisbedömningen för huruvida en gärningsperson agerat uppsåtligt har ett par riktlinjer utvecklats. Den främsta indikationen på att likgiltighet föreligger är den hos gärningspersonen uppfattade sannolikheten för följdens inträde. Ju högre den upplevda sannolikheten är, desto närmare gränsen för insiktsuppsåt kommer man – har gärningspersonen uppfattat sannolikheten som hög eller väldigt hög utgör detta således ett starkt bevisfaktum vid likgiltighetsprövningen.

Den uppfattade sannolikheten är emellertid inte tillräckligt för att påvisa likgiltighetsuppsåt. Så länge gärningspersonen inte kan anses uppfylla ett insiktsuppsåt måste prövningen även avse dennes i gärningsögonblicket faktiska inställning till effekten. Högsta domstolen har utpekat ett antal faktorer som, trots en lågt uppfattad sannolikhet, kan tyda på att uppsåt

---

<sup>44</sup> Asp, Ulväng och Jareborg 2013, s. 294ff.

föreligger. Att beteendet är hänsynslöst är en sådan faktor.<sup>45</sup> Ulväng beskriver hänsynslöst beteende som ”[...] medvetna risktaganden som man normalt inte fullföljer om man inte också är beredd att acceptera följderna.”<sup>46</sup>

En annan faktor är enligt HD att gärningspersonen agerar i affekt. Detta har dock kritiserats i doktrin med hänvisning till att den som handlar i upprörd sinnesstämning oftast handlar utan insikt om handlingens innebörd och utan beaktande av eventuella konsekvenser. Det har därför hävdats att det är diskutabelt att låta en sådan omständighet vara bevisfaktum för att gärningspersonen förlikat sig med följderna. Även om personen i fråga har uppfattat en risk så innebär detta endast ett konstaterande av att den första delen av likgiltighetsprövningen är uppfylld.<sup>47</sup>

Vidare talar enligt HD gärningspersonens intresse i gärningen för att uppsåt kan föreligga trots låg uppfattad sannolikhet. Även detta har kritiserats i doktrin, då detta skulle kunna öppna upp för en bedömning av gärningspersonens karaktärsdrag istället för en bedömning av inställningen i det specifika gärningsögonblicket.<sup>48</sup>

Det övergripande problemet med att använda sig av dessa utav HD angivna ”hjälpmedel” har ansetts vara att dessa medför en risk för spekulativa slutsatser som ofta är har ett klart samband med bedömningar av gärningspersonens allmänna karaktär.<sup>49</sup> HD har emellertid framhållit att man ska använda dessa riktlinjer med försiktighet och att förutsättningarna för deras tillämpning är beroende av förhållandena i det enskilda fallet. Rättsläget måste därför anses vara något oklart på denna front.<sup>50</sup>

Omvänt kan, enligt praxis och doktrin, faktorer såsom att gärningspersonen handlar i förlitan på att följderna inte skulle inträda, gärningspersonens

---

<sup>45</sup> A.a. s. 297ff; Ulväng 2005, s. 7.

<sup>46</sup> Ulväng 2005, s. 9.

<sup>47</sup> A.a. s. 10ff; Asp, Ulväng och Jareborg 2013, s. 298f.

<sup>48</sup> Ulväng 2005, s. 12f.

<sup>49</sup> A.a. s. 13.

<sup>50</sup> Asp, Ulväng och Jareborg 2013, s. 298f.

intresse samt att denne vidtagit (i och för sig otillräckliga) åtgärder för att försöka förhindra att risken realiserades tala för uppsåtsbrist trots en hög uppfattad sannolikhet.<sup>51</sup>

## **4.3 B 409-14 ”Dominanssexfallet”**

I Hovrättens mål B 409-14 friades en man, trots att inte obetydligt våld hade använts och trots att målsägande uppreparade gånger sagt ”nej” samt skrikit. Den friande domen meddelades med hänvisning till att erforderligt uppsåt inte fanns – mannen hävdade att han trodde att det rörde sig om fullt ömsesidigt dominanssex.

### **4.3.1 Bakgrund**

Mannen och kvinnan, som inte kände varandra sedan tidigare, hade efter en utekväll bestämt sig för att avsluta kvällen i mannens bostad. Där hade initiativ tagits till sex och de hade hamnat i mannens sovrum, varefter kvinnan ändrat sig och inte längre ville delta i de sexuella aktiviteterna. Mannen hade dock fortsatt med att penetrera henne vaginalt och hade även försökt penetrera henne analt. Ett visst utövande av våld hade förekommit i samband med detta. Bland annat hade mannen utdelat en örfil, slagit kvinnan trettio gånger på rumpan och hållit för kvinnans näsa och mun. Vid något tillfälle hade även mannen grenslat hennes bröstorg i ett försök att förmå henne till oralsex. Kvinnan hade upprepade gånger skrikit och sagt ”nej” och ”sluta”. Vid vissa händelser, till exempel som när mannen försökt penetrera henne analt, hade hon skrikit till extra högt, varpå mannen avbrutit.

Enligt mannen däremot, hade kvinnan samtyckt till de aktuella handlingarna och det var för honom väldigt tydligt att hon ville ha dominanssex. Allt våld som förekommit hade varit en del av den sexuella leken och samlaget var karaktäristiskt för dominanssex.

---

<sup>51</sup> A.a. s. 299.

Han hävdade att kvinnan hade stönat ”tunna och lätta nej” som skiljde sig tydligt från det motstånd han fått när han exempelvis påbörjat analsex, vilket enligt honom innebar att dessa nej inte var något som hon hade menat. Han kände igen det sättet hon hade sagt nej på eftersom andra tjejer hade också gjort på det viset – det hade bara varit en del av akten.

### 4.3.2 Tingsrättens bedömning

Målet avgjordes i första instans i Lunds tingsrätt.<sup>52</sup> Här konstaterades att mannen objektivt sett hade utsatt kvinnan för våldtäkt.

Därefter hade domstolen att pröva huruvida mannen haft uppsåt till att han tilltvingat sig samlag och annan jämförlig sexuell handling med kvinnan.

Det ansåg domstolen att mannen inte hade haft. Inledningsvis konstaterade dock domstolen att:

”[...] utrymmet för en bedömning att den tilltalade saknat uppsåt anses vara mycket litet när, som i detta fall, ord som ”nej” och ”sluta” uttalats av målsäganden samtidigt som det saknats direkt överenskommelse mellan de båda att dessa ord ska sakna innebörd och vara en del av det sexuella spelet. Det torde enbart under *mycket speciella omständigheter* [min kursivering] förekomma att det då kan vara fråga om missförstånd om huruvida målsägandens samtycke förelegat.”<sup>53</sup>

Vid bedömningen av de aktuella omständigheterna lade domstolen vikt vid att mannen uppgivit att han hade fått uppfattningen av att kvinnan gillade okonventionellt sex, då de innan händelserna hade talat om att kvinnan deltagit i både tre- och fyrkanter. Han hävdade också att hon antytt att hon var intresserad av att ha ”hårt sex” då hon hade pressat mannens hand hårt mot sitt underliv och även reagerat positivt på de handlingar mannen hade utfört. Vidare beaktade domstolen att mannen hade uppgivit att han flera gånger, då han möttes av högljudda protester, avbrutit den aktuella handlingen och att det var kontrasten till dessa protester som mannen hade uppfattat de dämpade orden ”nej” och ”sluta” som en del av den sexuella akten.

---

<sup>52</sup> B 5865-13.

<sup>53</sup> B 5865-13, s. 21.

Mannen hävdade också att han vid ett par tillfällen kontrollerat att allt var bra med kvinnan, vilket domstolen uppmärksammade.

Eftersom att mannens berättelse om hur han kontrollerade att kvinnan var med på allt som skedde var detaljrik ansåg domstolen att det inte var ställt utom rimligt tvivel att mannen haft uppsåt till att våldta kvinnan. Därmed friades mannen.

### **4.3.3 Hovrättens bedömning**

Domen överklagades till Hovrätten över Skåne och Blekinge som avgjorde målet i juni förra året. Även hovrätten fastställde att de objektiva brottsrekvisiten för våldtäkt var uppfyllda.

Avseende uppsåtsprövningen ansåg visserligen domstolen att mannens uppfattning att det hela utgjorde frivilligt dominanssex framstod som svårförklarlig, eftersom parterna inte kände varandra sedan tidigare och eftersom de inte hade talat om sådant sex. Emellertid ansåg domstolen att målsägandens vaga och osammanhängande berättelse gav utrymme för osäkerhet och ansåg därmed att mannens invändning om att han missuppfattat det bristande samtycket inte kunde lämnas utan avseende. Inte heller ansågs det ställt utom rimligt tvivel att mannen varit likgiltig inför att samtycke inte förelåg.

I likhet med tingsrätten ansåg därmed inte heller hovrätten det vara bevisat att mannen haft uppsåt att tvinga kvinnan till samlag och fastställde därför tingsrättens domslut utan ändringar.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> Nämndemännen förklarade sig emellertid skiljaktiga och ville meddela fällande dom.

## 4.4 Sammanfattning och kommentar

Sammantaget kan konstateras att uppsåtsbegreppet har ett vidsträckt tillämpningsområde. Problemet med uppsåtsbegreppet är dock att även om det i teorin omfattar väldigt många situationer, kan det bereda bevissvårigheter i praktiken. Påstår en gärningsperson att den sexuella handlingen företagits med samtycke och det inte kan anses ställt utom rimligt tvivel att denne handlat med avsikt eller insikt, blir det i slutändan en fråga om huruvida gärningspersonen insett en risk för att den sexuella aktiviteten inte förekom på frivillig basis, men inte ansett detta vara en anledning att avbryta. Det bekymmersamma med detta är att likgiltighet inte låter sig manifesteras i beteendemönster på samma sätt som avsikt och insikt. De av HD utarbetade riktlinjerna är dessutom osäkra och har kritiserats i doktrin. Hovrättsdomen B 409-14 exemplifierar den problematik som kan uppstå vid uppsåtsprövningen i våldtäktsmål.

# 5 Oaktsam våldtäkt

## 5.1 Oaktsamhetsprövningen i svensk rätt

I svensk rätt är oaktsamhetsformen uppdelad i två varianter; medveten respektive omedveten oaktsamhet.

### 5.1.1 Medveten oaktsamhet

Medveten oaktsamhet innebär att gärningspersonen har haft en misstanke eller har insett en risk att en följd kommer att inträffa. Konstaterandet av att sådan misstanke föreligger utgör det första steget i prövningen av likgiltighetsuppsåt, men skiljer sig från likgiltighetsuppsåtet såtillvida att gärningspersonens attityd till följden eller omständigheten inte kan beskrivas som likgiltig. Andra steget vid prövningen av likgiltighetsuppsåt utfaller således negativt – det är inte utrett att gärningspersonen i fråga accepterat effekten av sitt handlande. Det handlar om en likgiltighet inför risken, men inte inför konsekvensen. Av denna anledning anses det mindre klandervärd att handla med medveten oaktsamhet än att handla uppsåtligen.<sup>55</sup>

### 5.1.2 Omedveten oaktsamhet

Omedveten oaktsamhet föreligger då gärningspersonen inte överhuvudtaget insett någon risk för effektens inträde. Det förkastliga i den omedvetnes handlande ligger i att denne borde ha förstått denna risk. Den omedvetne är emellertid inte lika klandervärd som den medvetne, då den omedvetne inte är likgiltig inför risken, utan inför huruvida det finns en risk.

Prövningen av huruvida omedveten oaktsamhet föreligger företas i två steg. Det första steget, orsaksledet, innebär att man undersöker vad gärningspersonen kunde gjort för att komma till insikt och om denne hade

---

<sup>55</sup> A.a. s. 314f, s. 341.

dels förmåga, dels tillfälle att göra detta. Att komma till insikt kan ske genom att exempelvis skaffa sig information, men konstaterandet av detta är emellertid inte tillräckligt för att fastställa omedveten oaktsamhet.

Gärningspersonens personliga förmåga att vid gärningstillfället vidta de nödvändiga åtgärderna måste beaktas, och likaså huruvida denne haft tillfälle att göra detta. Gärningspersonen kan exempelvis ha råkat i panik vilket kan medföra att hen inte kan anses klandervärd.

Vid det andra steget, klandervärdhetsledet, ska frågan besvaras om det kan begäras av gärningspersonen att denne skulle ha vidtagit de nödvändiga åtgärderna för att komma till insikt. Det är således en normativ bedömning – hur bör man handla? – som företas vid detta steg. Bedömningen ska vara så individualiserad som möjligt och hänsyn ska tas till personliga svagheter som exempelvis nedsatt hörsel, erfarenhet, intellekt och temporära tillstånd som rädsla eller utmattning. En viss aktsamhet krävs alltså av envar, men kraven skiftar beroende på person och sammanhang.<sup>56</sup>

Eftersom omedveten oaktsamhet inte kräver någon utredning av gärningspersonens insikter är denna skuldform betydligt enklare att bevisa än medveten oaktsamhet. Det räcker i princip alltid att styrka omedveten culpa.<sup>57</sup> När lagen dock kräver grov oaktsamhet gäller detta även den personliga skulden. Det är då vanligen medveten oaktsamhet som ska föreligga, men även uppenbara fall av omedveten oaktsamhet kan omfattas. Exempel på detta kan vara att gärningspersonen frambringar stor fara eller skada genom att denne totalt negligerar en angelägen undersökningsplikt.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> A.a. s. 315ff.

<sup>57</sup> A.a. s. 341.

<sup>58</sup> A.a. s. 319.



## 5.2 Reaktionen på oaktsam våldtäkt

### 5.2.1 Sexualbrottsutredningen

2008 års Sexualbrottsutredning ansåg inte att en kriminalisering av oaktsam våldtäkt var motiverad. Utredningen hävdade att missförstånd om huruvida samtycke föreligger sällan förekommer och att behovet därför skulle vara begränsat. Likgiltighetsuppsåtet ansågs tillräckligt omfattande och utredningen uttalade: ”de allra mest klandervärda fallen av medvetet risktagande [...] är härigenom kriminaliserade.”<sup>59</sup> Att uppsåtsbegreppet medför bevisvärigheter ansågs inte i sig ge anledning att införa ett oaktsamhetsansvar.<sup>60</sup>

### 5.2.2 Doktrin

*Madeleine Leijonhufvud* avfärdade ett oaktsamhetsansvar för våldtäkt i samband med att hon presenterade ett förslag till samtyckesreglering. Hon hävdade att samtliga straffvärda handlingar omfattas av lägst likgiltighetsuppsåtet – under förutsättning att uppsåtet tillämpas korrekt – och att bevisvärigheter inte kan utgöra skäl för att trots detta införa ett oaktsamhetsansvar.<sup>61</sup> Emellertid har *Leijonhufvud* efter tillkomsten av nyare rättspraxis delvis övergett denna ståndpunkt och hävdar att behovet av ett oaktsamhetsansvar påtagligt har ökat.<sup>62</sup>

Även *Petter Asp* påpekar att oaktsamhetsansvar inte kan införas endast för att kompensera för bevisvärigheterna med uppsåt – ett beteende (oaktsam våldtäkt) kan inte kriminaliseras på grund av att ett annat beteende (uppsåtlig våldtäkt) är klandervärd. Däremot, konstaterar han, kan detta motivera en kriminalisering om oaktsamma våldtäkter samtidigt anses påtagligt straffvärda och om det inte finns andra anledningar till att avstå

---

<sup>59</sup> SOU 2010:71 s. 218.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Leijonhufvud* 2008, s.12, s. 91.

<sup>62</sup> *Leijonhufvud*, "Ändrad rättspraxis ökar behovet av att låta ansvar för våldtäkt omfatta även oaktsamhet", *Dagens Juridik*, <http://www.dagensjuridik.se/2014/02/andrad-rattspraxis-okar-behovet-av-att-lata-ansvar-valdtakt-omfatta-aven-oaktsamhet>, publicerad 2014-02-17, hämtad 2015-05-21.

från en kriminalisering. Asp anser att i vart fall medvetet oaktsamma gärningar i betydlig utsträckning är straffvärda. Den som utför en sexuell handling med någon och misstänker att denna inte samtycker, måste rimligen anses vara klandervärd. Att dessa fall anses straffvärda innebär vidare att det inte med rätta kan krävas någon större förekomst för att en kriminalisering ska anses befogad. Vid allvarligare brottslighet finns det anledning att låta straffvärdet väga tyngre än behovet.<sup>63</sup>

Helena Sutorius, f.d. professor i processrätt vid Stockholms Universitet, har anfört att det skulle vara en ”logisk motsägelse” att införa ett oaktsamhetsansvar, eftersom våldtäktsbrottet per definition är ett uppsåtligt brott.<sup>64</sup> Detta anser Asp är en missuppfattning av oaktsamhetsansvarets konstruktion – ansvar fordrar inte att gärningen som sådan är oaktsam, utan det kan mycket väl handla om en medveten gärning där det föreligger uppsåtsbrist endast i förhållande till en detalj. En sådan uppfattning bygger dessutom på en förväxling mellan gärningsculpa och subjektiv culpa.<sup>65</sup>

Ett annat argument som framförts mot en kriminalisering av oaktsam våldtäkt är risken för nedsubsumering, d.v.s. att åklagare och domare istället för att utreda uppsåtlig våldtäkt nöjer sig med oaktsamhetsansvar. Risken finns alltså att oaktsamhetsansvaret kommer att tillämpas på situationer det inte är avsett för. Asp anser emellertid att detta inte kan vara ett avgörande skäl för att slopa en kriminalisering då denna risk godtagits vid flera andra brott och påpekar därtill att risken för nedsubsumering inte skulle vara avsevärt större vid sexualbrott än vid andra brott.<sup>66</sup>

Han uppmärksammar vidare det faktum, som Sutorius poängterat, att ett oaktsamhetsansvar medför normativa bedömningar – hur bör en oaktsam person bete sig vid samlag? – vilka kommer ha sin grund i olika syn på manligt respektive kvinnligt och därför kan innebära risker i olika

---

<sup>63</sup> Asp 2010, s. 186–190.

<sup>64</sup> Sutorius 2014, s. 139f.

<sup>65</sup> Asp 2010, s. 191f.

<sup>66</sup> Asp 2010, s. 192.

riktningar. Däremot anser Asp inte de anförda motargumenten vara tillräckliga för att avfärda införandet av oaktsam våldtäkt, men att de utgör skäl för att hantera frågan med en viss försiktighet. Att låta kriminaliseringen avse endast fall av medveten oaktsamhet bedömer han därför kan vara ett alternativ, särskilt med hänsyn till att man då skulle undvika de normativa bedömningar som medföljer en kriminalisering av omedveten oaktsamhet.<sup>67</sup>

### **5.3 Sammanfattning och kommentar**

Både 2008 års sexualbrottsutredning och Leijonhufvud är alltså i grund och botten emot ett oaktsamhetsansvar. Asp däremot, intar den motsatta positionen och hävdar att det kan finnas anledning att införa en kriminalisering av i vart fall *medveten* oaktsamhet.

---

<sup>67</sup> Asp 2010, s. 193; jfr Sutorius 2014, s. 140.

## 6 Analys

Uppsatsens centrala frågeställningar är, som nämnts, om Sverige uppfyller sina skyldigheter enligt Europakonventionen samt vad som talar för respektive emot en kriminalisering av oaktsam våldtäkt och vilken skillnad en sådan kriminalisering hade gjort beträffande våldtäktsskyddet. Jag ska i det följande försöka besvara dessa frågeställningar. Mina två underfrågor har besvarats i avhandlingen.<sup>68</sup>

### 6.1 Svensk rätt i förhållande till bulgariendomens krav

Med bakgrund av hovrättsdomen B 409-14, benämnt ”dominanssexfallet”, kan slutsatsen dras att det förekommer situationer där objektivt bevisade våldtäkter inte bestraffas, vilket onekligen står i strid med Europakonventionen. Detta rättsfall kan sägas illustrera den problematik som uppsåtskravet medför för den effektiva lagföringen av våldtäkter.

Frågan är emellertid om denna friande dom verkligen är ett resultat av bevisvårigheter, eller om det kan röra sig om en inkorrekt tillämpning av uppsåtet. Svårigheterna att bevisa uppsåt har som fastställts en tendens att bli överdrivna; problematiken är nästintill begränsad till likgiltighetsprövningen.<sup>69</sup> I målet ansåg både tingsrätt och hovrätt att det framstod som mycket märkligt att gärningsmannen inte skulle ha uppfattat att kvinnan inte frivilligt deltog i de aktuella aktiviteterna. Trots detta ansågs det inte kunna uteslutas att mannen missuppfattat det bristande samtycket. Det kan diskuteras om detta tvivelsmål – att gärningsmannen skulle ha missuppfattat situationen – verkligen är rimligt och beaktansvärt. Det skulle kunna hävdas att gärningsmannen måste ha insett att de sexuella handlingarna skedde mot kvinnans vilja, bl.a. med hänsyn till att de inte kände varandra sedan tidigare och att de inte överhuvudtaget hade samtalat

---

<sup>68</sup> Se avsnitt 2.3 samt 4.1 och 4.4.

<sup>69</sup> Se avsnitt 4.2.

om att utöva dominanssex. Att gärningsmannen påstått sig ha dragit slutsatsen att våldsamt sex var överenskommet utifrån att ha diskuterat tidigare sexuella erfarenheter och att kvinnan ”pressat hans hand hårt mot sitt underliv” kan tyckas framstå som en befängd efterhandskonstruktion. Vidare kan det framstå som märkligt att godta ett påstående om att det var *väldigt tydligt* att kvinnan ville ha dominanssex utan att ange någon direkt anledning till varför det var så tydligt. Med bakgrund av dessa omständigheter skulle det kunna hävdas att det är bevisat att gärningsmannen insett att det inte fanns något samtycke, och att uppsåtet därför inte har tillämpats ordentligt i målet.

Det kan däremot också påstås att uppsåtsbegreppet tillämpats på ett korrekt sätt. I sådana fall kan rättsfallet tyda på att den bevisproblematik som uppsåtskravet medför, innebär att våldtäktsparagrafen inte lyckas ramma samtliga våldtäkter.

## **6.2 Ett oaktsamhetsansvar för våldtäkt?**

När jag nu konstaterat att det verkar som att Sverige inte lever upp till Europakonventionens krav, återstår frågan om det är lämpligt att införa ett oaktsamhetsansvar för våldtäkt och vilken skillnad ett sådant ansvar hade kunnat göra för våldtäktsskyddet.

Ett oaktsamhetsansvar kan inte införas enbart för att kompensera bevissvårigheter eller feltillämpningar av uppsåtet. Ett införande av ”oaktsam våldtäkt” förutsätter således att det finns andra skäl som motiverar en kriminalisering.

Vid min undersökning har jag kunnat utkristallisera fem argument som framförts i den svenska diskursen – straffvärde, behov, nedsubsumering, att det skulle vara en logisk motsägelse och att det skulle medföra normativa bedömningar.<sup>70</sup> Då den sexuella integriteten värderas högt kan oaktsamma

---

<sup>70</sup> Se avsnitt 5.2.

handlingar som kränker denna anses vara straffvärda. Det måste rimligen kunna krävas ett visst ansvar av var och en att försäkra sig om att samtycke föreligger innan en sexualhandling företas. Varje oaktsam våldtäkt är en våldtäkt för mycket och därför måste en kriminalisering anses vara befogad även om det inte kommer medföra en markant ökning av antalet fällande domar. Att ”oaktsam våldtäkt” skulle vara en logisk motsägelse kan avfärdas som en missuppfattning av oaktsamhetskonstruktionen. Att det finns en risk för nedsubsummering är inte heller ett hållbart argument då denna risk uppenbarligen godtagits för andra brottstyper.

Ett oaktsamhetsansvar kan alltså vara motiverat oavsett om uppsåtsproblematiken grundar sig i bevissvårigheter eller feltillämpningar. Visserligen kan bedömningen av hur en person *bör* handla vid sexuell aktivitet bli problematisk och kan få oönskade effekter ur ett genusperspektiv. Ett alternativ skulle därför vara att kriminalisera grovt oaktsam våldtäkt; då skulle det straffbara området till största del utgöras av medvetet oaktsamma handlingar, men ändå omfatta de allra mest klandervärda av de omedvetet oaktsamma.

Ett oaktsamhetsansvar hade kunnat vara ett steg mot att uppfylla skyldigheterna enligt Bulgariendomen, då ett sådant ansvar hade kunnat resultera i att domstolen istället meddelat fällande dom i dominanssexfallet.<sup>71</sup> Det skulle kunna hävdas att de sexuella handlingar gärningsmannen företagit varit medvetet oaktsamma – en misstanke måste ha funnits med hänsyn till att hon sagt ”nej” och att han ett par gånger kände att han behövde dubbelkolla att allt verkligen var bra. Likgiltighet inför att mannen tvingade kvinnan behöver således inte bevisas – fällande dom kan meddelas. Låt istället säga att någon misstanke överhuvudtaget inte hade kunnat bevisas. En kriminalisering av även omedvetet oaktsam våldtäkt hade kunnat medföra bedömningen att mannen med hänsyn till omständigheterna *borde* ha förstått att han tilltvingade sig sex. För att komma till insikt hade mannen enkelt kunnat fråga om dominanssex var

---

<sup>71</sup> Under förutsättning att uppsåtet tillämpats korrekt i målet.

önskat, vilket han både hade tillfälle och förmåga att göra. Att han inte gjort detta måste anses klandervärt.

# Käll- och litteraturförteckning

## Källor

### Tryckta källor

#### Internationella konventioner

Den europeiska konventionen om mänskliga rättigheter

#### Svensk lagstiftning

1962:700 Brottsbalk

1974:152 Regeringsform

#### Offentligt tryck

##### *Direktiv*

Dir. 2014:123 Översyn av våldtäktsbrottet

Dir. 2014:144 Tilläggsdirektiv till 2014 års sexualbrottsutredning

##### *Statens offentliga utredningar*

SOU 2010:71 Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag

##### *Propositioner*

Prop. 1983/84:105 Om ändring i brottsbalken m.m. (sexualbrotten)

Prop. 2004/05:45 En ny sexualbrottslagstiftning

Prop. 2012/13:111 En skärpt sexualbrottslagstiftning

## Litteratur

### Böcker

Andersson, Ulrika: *Hans (ord) eller hennes?: en könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, Bokbox förlag, Malmö 2004

Asp, Petter: *Sex och samtycke*, Iustus förlag, Uppsala 2010

Asp, Petter, Ulväng, Magnus & Jareborg, Nils, *Kriminalrättens grunder*, Iustus förlag, 2:a upplagan, Uppsala 2010

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars: *Rättegång – fjärde häftet*, Nordstedts Juridik, Stockholm 2009

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro: *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund 2013

Leijonhufvud, Madeleine: *Samtyckesutredningen – lagskydd för den sexuella integriteten*, Thomsons förlag, Stockholm 2008



Sutorious, Helena: *Bevisprövning vid sexualbrott*, 2:a upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm 2014

### **Artiklar**

Asp, Petter: "MC v Bulgaria – a Swedish perspective", I: *Sex och samtycke*, Uppsala 2010.

Träskman, Per Ole: Har det gått mus i kvinnofriden? I: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud (red.: Annika Norée m.fl.)*, Stockholm 2007

Ulväng, Magnus: Likgiltighetsuppsåt, I: *Svensk Juristtidning* 2005

### **Elektroniska källor**

Madeleine Leijonhufvud, "Det krävs ett lagligt stöd för nej till sex", SvD Opinion, publicerad 2013-05-21, [http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/det-kravs-ett-lagligt-stod-for-nej-till-sex\\_8192550.svd](http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/det-kravs-ett-lagligt-stod-for-nej-till-sex_8192550.svd), hämtad 2015-05-21.

Madeleine Leijonhufvud, "Ändrad rättspraxis ökar behovet av att låta ansvar för våldtäkt omfatta även oaktsamhet", Dagens Juridik, publicerad 2014-02-17, <http://www.dagensjuridik.se/2014/02/andrad-rattspraxis-okar-behovet-av-att-lata-ansvar-valdtakt-omfatta-aven-oaktsamhet>, hämtad 2015-05-21

Zeteokommentaren till BrB 6:1, <http://zeteo.nj.se/docview?state=26402>, hämtad 2015-03-26.

# Rättsfallsförteckning

## Svenska avgöranden

### **Högsta domstolen**

NJA 1988 s. 40

NJA 2004 s. 231

NJA 2005 s. 805

NJA 2013 s. 548 ”Otrohetskontrollerna”

### **Hovrätt**

Lunds tingsrätts dom den 10 januari 2014, målnr B 5865-13

### **Tingsrätt**

Hovrättens över Skåne och Blekinge dom den 16 juni 2014, målnr B 409-14

## Utländska avgöranden

### **Europadomstolen**

Case of MC v Bulgaria, application no. 39272/98