



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Peter Holmer

Likgiltighet: gränslandet mellan oaktsamhet och uppsåt?

En kritisk granskning av rättsläget och tillämpningen av
uppsåtets nedre gräns i svensk rätt

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Uta Bindreiter

Termin: HT 2016

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Allmänt om ämnet	4
1.2 Syfte	5
1.3 Frågeställningar	5
1.4 Metod	5
1.5 Avgränsningar	6
1.6 Forskningsläge	6
1.7 Material	6
1.8 Disposition	7
2 UPPSÅTETS HISTORISKA BAKGRUND	8
3 LIKGILTIGHETSUPPSÅTET	10
3.1 Uppsåtsläran reformeras	10
3.1.1 NJA 2002 s 449	10
3.1.2 NJA 2004 s 176 – ”HIV-fallet”	11
3.1.3 Förtydliganden av HD	12
3.2 Doktrinen i ämnet	13
3.2.1 Angående likgiltighetsuppsåtet	13
3.2.2 Likgiltighet inför risken eller effekten?	13
3.2.3 Episodisk och dispositionell likgiltighet	14
3.2.4 Försummad riskbedömning	15
3.3 Sammanfattning	15
4 DET EVENTUELLA UPPSÅTET	17
5 TILLÄMPNINGEN I UNDERRÄTTERNA	18
5.1 ”Rattfylleristen”	18
5.2 ”Bettet”	18
5.3 ”Lägenhetsbråket”	19
5.4 ”Rånmordet”	20
5.5 ”HIV-smittan”	21
6 ANALYS	22
6.1 Är HD:s praxis klar?	22
6.2 Förekommer det inkonsekvens i underrätternas tillämpning?	22
6.3 Finns det spår kvar av det eventuella uppsåtet?	24
6.4 Begränsningar	25
6.5 Slutsatser	25
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	26
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	27

Summary

The legal right to punish perpetrators of crime places high demands on the legal system to have just and robust methods for the application of law, to ensure objectivity and impartiality. Since the time of Cicero this entails punishing the intent of actions, rather than the consequences of actions. But how do we establish intent?

This essay aims to investigate how this area is managed in Swedish criminal law, specifically in situations when the perpetrator acts in the borderland between intent and negligence. Today, a concept best described as *intent by indifference* is used, which replaced the previously used *dolus eventualis with hypothetical test*.

Focus in this essay lies on investigating whether this legal concept is clear enough to allow a consistent application of the law in the lower courts, and to examine whether there are traces left of the *dolus eventualis with hypothetical test*. The essay is based on Supreme Court practice, legal doctrine and five lower court judgements.

Intent by indifference rests on a comprehensive and heavily theoretical Supreme Court practice. Doctrine has specified three specific risks associated with the application of this form of intent, and it has been questioned whether the concept is clear from a lower court judge's point of view. Some inconsistencies were indeed observed in the lower court judgements studied. These inconsistencies reflected the risks of application perceived in doctrine.

Concerning *dolus eventualis*, the Supreme Court as well as doctrine, advocate the use of the hypothetical test as a verification of the evidence of indifference to certify that the intended scope of intent is not expanded. Here, however, there is a clear discrepancy between theory and practice, as the hypothetical test is very rarely encountered in the practice of the courts.

Sammanfattning

Rätten att straffa förbrytare ställer höga krav på rättssystemet att ha rättvisa och robusta prövningsmetoder som säkerställer objektivitet och opartiskhet i rättstillämpningen. Sedan Ciceros tid innefattar detta att straffa för uppsåtet bakom handlingar, snarare än handlingars konsekvenser. Men hur fastslår vi uppsåt?

Syftet med denna uppsats är att undersöka hur uppsåt hanteras i svensk rätt, och då närmare bestämt uppsåtets nedre gräns, dvs. situationer då gärningsmannen handlat i gränslandet mellan uppsåt och oaktsamhet. Idag används *likgiltighetsuppsåtet*, som ersatte det tidigare *eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov*.

Uppsatsens fokus ligger på att undersöka om rättsläget avseende likgiltighetsuppsåtet är tillräckligt klart för att medge en konsekvent rättstillämpning i underrätterna, samt att undersöka om det finns spår kvar av det eventuella uppsåtet. Uppsatsen baseras på praxis och doktrin, samt fem underrättsavgöranden.

Likgiltighetsuppsåtet vilar på en omfattande och teorigyngd praxis. I doktrinen har särskilt tre risker med tillämpningen lyfts fram, och det har ifrågasatts om rättsläget verkligen är klart utifrån en underrättsdomares synpunkt. I de studerade underrättsavgörandena bekräftas det att viss inkonsekvens i rättstillämpningen förekommer och att denna inkonsekvens speglar de i doktrinen uppmärksammade fallgroparna.

Beträffande det eventuella uppsåtet förespråkar såväl HD som doktrinen ett användande av det hypotetiska provet som ett test av bevisningen av likgiltighet för att säkerställa att det uppsåtliga området inte utvidgas. Här föreligger det dock en tydlig diskrepans mellan teori och praktik, på så vis att det hypotetiska provet mycket sällan förekommer i rättstillämpningen.

Förkortningar

HD

Högsta domstolen

SvJT

Svensk Juristtidning

NJA

Nytt Juridiskt Arkiv

SOU

Statens Offentliga Utredningar

JT

Juridisk Tidsskrift

1 Inledning

1.1 Allmänt om ämnet

”Antingen menar man att göra någonting, eller inte”. Ungefär så ser svaret ut när man ställer frågan vad uppsåt är till en normal, rättsmedveten medborgare. Sådana förnuftbetonade resonemang är ofta också helt riktiga. Uppsåt är nämligen intimt förknippat med olika mänskliga attityder såsom *avsikt*, *insikt* och *likgiltighet*, och faktum är att människan generellt är ganska skicklig på att intuitivt bedöma sådana.¹ Därför kan svaret på frågan vad uppsåt är säkert många gånger framstå som självklart. Intuitionen är dock inte ofelbar. T.ex. är människan benägen att dra slutsatser från otillräckligt underlag, att uppfinna orsaker och påverkas av irrelevanta faktorer.²

Inom juridiken innebär det att intuitionen knappast är tillräcklig som verktyg för att bedöma uppsåt, eftersom det ofrånkomligen skulle leda till mer eller mindre godtycklig rättstillämpning. Särskilt i situationer då gärningsmannen handlat i gränslandet mellan oaktsamhet och uppsåt, t.ex. då denne tagit en stor och medveten risk utan att för den sakens skull haft för *avsikt* att risken skulle förverkligas, är bedömningen svår och därmed behovet av en stabil prövningsmetod som säkerställer objektivitet stort.³

Detta är lättare sagt än gjort. Rättsvetenskapen har med blandade resultat försökt utveckla en prövningsmetod för uppsåtets nedre gräns i väl över ett sekel.⁴ I Sverige och i Tyskland tillämpas t.ex. en form av likgiltighetsuppsåt,⁵ i våra grannländer Danmark och Norge tillämpas ett sannolikhetsuppsåt⁶ och i England finns en helt egen skuldform för gränsdragningen mellan uppsåt och oaktsamhet, s.k. ”recklessness”.⁷ Splittringen skvallrar om att det inte finns något självklart sätt att hantera området på. Det finns t.o.m. de som menar att vi lurar oss själva om vi tror att vi kan uppfinna en modell som på ett säkert sätt kan hjälpa oss bevisa uppsåt bortom rimligt tvivel, och att det vore mer ärligt att sänka beviskravet istället för att upprätthålla en sådan myt.⁸

¹ Jareborg, Nils & Ulväng, Magnus, *Tanke och uppsåt*, Iustus, Uppsala, 2016, s. 31.

² Ibid s. 33.

³ Jfr Asp, Petter, Ulväng, Magnus & Jareborg, Nils, *Kriminalrättens grunder*, Iustus, Uppsala, 2013, s. 286.

⁴ Se t.ex. SOU 1996:185 s. 91.

⁵ Ulväng, Magnus, *Likgiltighetsuppsåt*, i: SvJT 2005 (s.1-17) s. 6.

⁶ Se t.ex. SOU 1996:185 s. 121.

⁷ Jareborg & Ulväng (2016) s. 251.

⁸ Diesen, Christian, *Bevisprövning i brottmål*, Nordstedts juridik, Stockholm, 2015, s. 163.

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att undersöka hur svensk rätt hanterar uppsåtets nedre gräns, dvs. situationer då gärningsmannen handlat i gränslandet mellan uppsåt och oaktsamhet. Särskilt fokus kommer att ligga på hur väl man lyckats utveckla en modell som medger en konsekvent och rättssäker tillämpning i praktiken utan inslag av osäkerhet.

Närmare bestämt avser jag att med avstamp i det s.k. ”HIV-fallet”, NJA 2004 s. 176, undersöka likgiltighetsuppsåtet och därutöver undersöka om det finns spår kvar av det eventuella uppsåtet i svensk rätt. Slutligen ämnar jag undersöka om det förekommer inkonsekvens i underrätternas tillämpning av likgiltighetsuppsåtet.

1.3 Frågeställningar

Uppsatsen utgår från tre huvudsakliga frågeställningar.

- 1) Är HD:s praxis avseende likgiltighetsuppsåtet klart?
- 2) Förekommer det inkonsekvens i underrätternas tillämpning av likgiltighetsuppsåtet?
- 3) Finns det spår kvar av det eventuella uppsåtet i svensk rätt?

1.4 Metod

Uppsatsen tillämpar rättsdogmatisk metod. Detta innebär att en juridisk frågeställning besvaras genom tolkning av relevant material i enlighet med principerna för användandet av de allmänt accepterade rättskällorna, dvs. lagar, praxis, förarbeten och doktrin.⁹ Metoden innefattar inga absoluta regler, annat än allmänna principer, för hur juristen ska komma fram till svaret på sin fråga.¹⁰ Anledningen till detta är att olika rättsområden är konstruerade olika. En jurist som t.ex. söker svar inom skatterättens område på samma sätt som inom skadeståndsrättens område riskerar att hamna fel.¹¹ Syftet med metoden är att komma fram till väl underbyggda argument för t.ex. en viss tolkning av rättsläget.¹² Den rättsdogmatiska metoden har ett *internt perspektiv*, på så vis att den riktar sig mot rättstillämparens, i allmänhet domarens, problem.¹³

⁹ Korling, Fredric & Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund, 2013, s. 21.

¹⁰ *Ibid* s. 26.

¹¹ *Ibid* s. 22f.

¹² *Ibid* s. 23.

¹³ Olsen, Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, i: SvJT 2004 (s. 105-145) s. 107.

Uppsatsen behandlar de första fem underrättsavgörandena av direkt relevans för uppsatsens frågeställningar, som hittades vid en sökning i Infotorg Juridiks databas. Det innebär att ett större antal underrättsavgöranden, vari problem med uppsåtstillämpningen inte påträffades, inte närmare har analyserats.

1.5 Avgränsningar

Uppsatsen avser endast behandla sådana former av uppsåt som tar sikte på uppsåtets nedre gräns.

Uppsatsen gör inte anspråk på att ge några statistiskt säkerställda svar på hur tillämpningen i underrätterna ser ut. Avsikten är snarare att undersöka om och i så fall på vilket sätt det förekommer inkonsekvens i rättstillämpningen.

Vidare avgränsar sig uppsatsen till användning av svensk doktrin med särskilt avseende på skrifter och publikationer av Martin Borgeke, Petter Asp, Nils Jareborg och Magnus Ulväng.

1.6 Forskningsläge

Uppsåtets nedre gräns har behandlats en del i den svenska doktrinen. Fokus i forskningen har särskilt legat på att beskriva och förmedla rättsläget (se t.ex. *Kriminalrättens Grunder* av Jareborg, Asp, Ulväng), och problematisera uppsåtskonstruktionen, dvs. hur man valt att definiera uppsåtets nedre gräns (se t.ex. *Från Franks formel till likgiltighetsuppsåt*, av Martin Borgeke, publicerad i JT). Genom Jareborg och Ulvängs publikation från 2016, *Tanke och Uppsåt*, har ämnet dessutom tillförts en tydligare psykologisk dimension med avseende på hur ett mentalt tillstånd egentligen kan förklaras och kartläggas.

1.7 Material

Bland det material som använts bör särskilt nämnas Jareborg, Asp och Ulvängs *Kriminalrättens Grunder*, samt Jareborg och Ulvängs *Tanke och uppsåt*. Utöver dessa publikationer tar uppsatsen även ansats i Martin Borgekes artikel *Från Franks formel till likgiltighetsuppsåt*, publicerad i JT.

1.8 Disposition

Uppsatsen är uppdelad i fem kapitel. Det första kapitlet är ett bakgrundskapitel som främst syftar till att placera uppsåtet i en historisk kontext. Det andra och tredje kapitlet utgörs av en undersökning av rättspraxis och doktrin. I det fjärde kapitlet undersöks några utvalda underrättsavgöranden som syftar till att undersöka hur rättstillämpningen ser ut i praktiken. Uppsatsen avslutas därefter med en analys i vilken ambitionen är att besvara uppsatsens inledande frågeställningar.

2 Uppsåtets historiska bakgrund

En central princip i de flesta rättsordningar är den s.k. skuldprincipen. I svensk rätt kommer den till uttryck i 1 kap. 2 § Brottsbalken, vari det framgår att en gärning, om inte annat är särskilt föreskrivet, är ett brott endast då den begås uppsåtligt.

Men tanken, att en brottslig handling förutsätter att den i någon mån utförs av fri vilja, är inte ny. Redan i romarriket tillämpades en utpräglad ”viljesträff”. Sofistikerade begrepp såsom *dolus*, *dolus malus* och *mens rea*, som närmast kan översättas till *sveckfull vilja*, *ond vilja* och *skyldigt sinnelag*, utvecklades för att beskriva olika sinnestillstånd hos gärningsmannen.¹⁴ Bl.a. ska Cicero, romersk advokat och konsul, ha sagt att principen att inte straffa för gärningens konsekvens, utan istället gärningsmannens ”*consilium*” (vilja/upsåt), är universell (*tacita lex est humanitatis*).¹⁵

Efter det romerska rikets fall har den romerska rätten levt kvar och på ett avgörande sätt präglat den moderna rätten parallellt med den kristna, kanoniska, rätten, som också tidigt utgick ifrån en idé om moralisk skuld.^{16,17}

Under medeltiden däremot, framstod rättskipningen ofta som ren terror.¹⁸ Ett försök att introducera en tydlig uppsåtslära under medeltiden gjordes i tysk-romerska riket av kejsaren Karl V år 1532 då den kejsarliga strafflagen *Constitutio Criminalis Carolina* instiftades.¹⁹ Men det skulle dröja fram till 1800-talet innan ett uppsåtsbegrepp likt det vi har idag började ta form.²⁰

Utvecklingen ägde främst rum i Tyskland. En av de mest inflytelserika rättsvetenskapsmännen under denna tid, särskilt avseende teoribildningen kring uppsåtets nedre gräns, var Reinhard Frank.²¹ Frank utvecklade en formel, ”Franks första formel”, för att hantera dessa situationer, som sedermera låg till grund för den modell vi idag kallar *eventuellt*

¹⁴ SOU 1996:185 del II s. 46.

¹⁵ Chesney, Eugene, *Concept of Mens Rea in the Criminal Law*, i: Journal of criminal Law and Criminology, vol 29, issue 5, article 2, 1939, s. 630.

¹⁶ Stein, Peter, *Roman Law in european history*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, s. 1f.

¹⁷ SOU 1996:185 del II s. 46.

¹⁸ Häthén, Christian, *Stat och straff*, Studentlitteratur, Lund, 2014, s. 73.

¹⁹ SOU 1996:185 s. 102.

²⁰ SOU 1996:185 del II s. 47.

²¹ Reinhard Frank var en framstående tysk i straffrättslärare född 1860 i Hessen-Nassau som bl.a. utgav en kommentar till den tyska strafflagen som fått stort genomslag.

uppsåt med hypotetiskt prov.²² I sin ursprungliga form uttrycks Franks första formel på följande vis:

Kommt man zu dem Ergebnis, daß der Täter auch bei bestimmter Kenntnis gehandelt hätte, [...] so ist der Vorsatz zu bejahen; kommt man zu dem Ergebnis, daß er bei bestimmter Kenntnis die Handlung unterlassen hätte, so ist der Vorsatz zu verneinen.²³

Detta kan översättas till:

Kommer man till den slutsatsen att gärningsmannen även har handlat vid särskild kunskap/trots att han vet om att man inte får [...] så är det en uppsåtlig handling; men kommer man till den slutsatsen, att om han haft kunskap så skulle han inte handlat, så är det en oavsiktlig handling.²⁴

Frank tog sedermera avstånd från den första formeln till fördel för en andra formel, men uttalade att den första fortfarande kunde fungera som ett test av bevisningen av uppsåt.²⁵ Denna formel gjordes om till en svensk variant av rättsvetenskapsmannen Johan Thyren, som var verksam under första hälften av 1900-talet.²⁶ Eventuellt uppsåt med hypotetiskt prov kom definitivt att implementeras i svensk rätt genom ”Råbyojkarna”²⁷ (NJA 1959 s. 63), men tillämpades även tidigare.²⁸

Det eventuella uppsåtet fick formen av ett prov i två steg mycket likt Franks formel. Först prövades om gärningsmannen insett att en viss följd kunde inträffa, och sedan om denne skulle ha handlat på samma sätt om denne säkert visste att följden skulle inträffa. Ett typexempel är att en person lägger ut gift i syfte att döda råttor, men att grannens hund istället äter giftet och dör. Om personen förstod risken och hade lagt ut giftet även om denne visste att hunden skulle äta av det och dö, så var gärningen förövd med uppsåt.²⁹ Inte sällan fick gärningsmannens karaktär och levnadssätt ge underlag för bedömningen, vilket också var syftet.³⁰

I svensk rätt användes denna modell för uppsåtets nedre gräns fram till 2004, då det ersattes av likgiltighetsuppsåtet.

²² SOU 1996:185 s. 95.

²³ Frank, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage 1931, Anm. V, zu § 59*, s.182.

²⁴ Översättning från tyska till svenska av Annica Brink, civ.ek. med språkinriktning tyska, Lunds Universitet.

²⁵ Borgeke (2008) s. 263.

²⁶ SOU 1996:185 s. 95.

²⁷ För läsning om ”Råbyojkarna”, se t.ex. Strahl, Ivar, *Svensk rättspraxis*, i: SvJT 1964 (s.65-108) s. 66f.

²⁸ SOU 1996:185 s. 95f.

²⁹ Asp, Ulväng & Jareborg (2013) s. 302.

³⁰ Ibid s. 302.

3 Likgiltighetsuppsåtet

3.1 Uppsåtsläran reformeras

Under 1990-talet började allt fler kritiska röster lyftas mot det eventuella uppsåtet, och framförallt det hypotetiska provet ansågs allmänt rimma illa med modernt rättstänkande.³¹ Kort sagt ville man göra uppsåtsprövningen mer konkret.³² Frågan om en reformerad uppsåtslära utreddes därför i straffansvarsutredningen vars betänkande ”Straffansvarets gränser” publicerades 1996. Redan då övervägde utredningen att föreslå ett likgiltighetsuppsåt. Idén avvisades; man ansåg att risken för bevissvårigheter och slumpmässighet var för stor.³³ Utredningen föreslog istället ett s.k. *kvalificerat sannolikhetsuppsåt* som gick ut på att gärningar automatiskt ska betraktas som uppsåtliga om de motsvarar vad gärningsmannen uppfattat som säkert eller troligt.³⁴ Lagstiftaren valde dock att låta utvecklingen ske i domstolarna.

Det bärande rättsfallet avseende etableringen av likgiltighetsuppsåtet är utan tvekan det s.k. ”HIV-fallet”, NJA 2004 s 176. Men redan innan 2004 tillämpades likgiltighetsuppsåt i någon form av HD vid ett flertal tillfällen. Särskilt värt att nämna är NJA 2002 s 449.

3.1.1 NJA 2002 s 449

I fallet fick två poliser vid en trafikkontroll information om en misstänkt rattfyllerist och beslutade att stanna det misstänkta fordonet. Bilisten ville inte stanna och försökte ta sig förbi kontrollen genom en liten lucka mellan polisbilen och vägkanten. I luckan stod en av polismännen som precis hann hoppa åt sidan. Därmed aktualiserades frågan om bilisten skulle anses ha haft uppsåt att skada eller döda polismannen.

HD var splittrat och av fem justitieråd anslöt sig endast två till ett likgiltighetsresonemang, som gick ut på att en individ som handlar trots att denne rimligen tror eller antar att en viss brottslig följd kommer att inträffa, i regel inte borde vara mindre klandervärd än en som handlar med full sådan insikt. Av de övriga justitieråden ville två tillämpa ett sannolikhetsuppsåt (se ovan), och ett ville tillämpa eventuellt uppsåt. Med ett så pass svagt

³¹ SOU 1996:185 s. 109f.

³² Asp, Ulväng & Jareborg (2013) s. 304.

³³ SOU 1996:185 s. 127.

³⁴ Ibid s. 124.

stöd kan rättsfallet knappast anses ha etablerat likgiltighet som ny standard för uppsåtets nedre gräns, och i vart fall gavs inga tydliga riktlinjer för dess tillämpning. Faktum är att rättsfallet, med tanke på splittringen i HD, förmodligen bidrog till mer förvirring än klarhet.

Justitierådets resonemang är däremot intressanta. Särskilt Håstad och Lindeblads skiljaktiga mening bör lyftas fram i vilken de argumenterar att likgiltighetsuppsåtet i praktiken är mycket likt det eventuella uppsåtet. De menar också att det inbjuder till rena spekulationer rörande gärningsmannens inställning, samt att det teoretiskt möjliggör uppsåt även vid mycket låga risknivåer vilket inte kan anses påkallat. Intressant är också att justitierådet Regner, som tillämpade det eventuella uppsåtet, kom till en annan slutsats än övriga justitieråd, nämligen att mannen inte skulle dömas för uppsåtligt handlande.

3.1.2 NJA 2004 s 176 – ”HIV-fallet”

I NJA 2004 s 176 skulle HD bedöma om en HIV-smittad man haft uppsåt till grov misshandel då han haft samlag med totalt 10 personer. I fallet konstaterade HD att eventuellt uppsåt med hypotetiskt prov inte längre kunde anses vara ett lämpligt sätt att bedöma uppsåt på. Dock uttalade HD att det hypotetiska provet fortsatt kunde fungera som en kontroll av bevisningen.

Som alternativ till eventuellt uppsåt diskuterade HD återigen ett sannolikhetsuppsåt motsvarande det straffansvarsutredningen föreslagit några år tidigare och ett likgiltighetsuppsåt. Beträffande sannolikhetsuppsåtet menade HD att det generellt inte är en god idé att eliminera den mentala komponenten i uppsåtsbedömningen, och att det kan finnas situationer då hög risk inte nödvändigtvis måste innebära att uppsåt föreligger, och vise versa.

HD bestämde sig istället för att tillämpa likgiltighetsuppsåtet, som utformades på följande vis: prövningen sker i två led vari domstolen först bedömer om gärningsmannen gjort sig skyldig till medveten oaktsamhet, dvs. att denne handlat trots insikt om risk. I det andra ledet prövas om gärningsmannen varit likgiltig inför riskens förverkligande. Likgiltighet beskrevs av HD som att: ”förverkligandet av effekten eller förekomsten av omständigheten, vid gärningstillfället inte utgjorde ett för gärningsmannen relevant skäl för att avstå från gärningen”.

Avseende vilka bevisfakta som skulle ligga till grund för om gärningsmannen varit likgiltig så uttalade HD att: ”insikt om att det förelåg en mycket hög sannolikhet normalt är tillräckligt

för att uppsåt ska anses föreligga”, samt ”att uppsåt i allmänhet inte kan anses föreligga när risken enligt gärningsmannens föreställning inte var avsevärd”. Någon presumtion för likgiltighet kan däremot inte med säkerhet sägas föreligga vid avsevärd risk. Hög risk ska snarare ses som en av flera omständigheter som talar för likgiltighet.³⁵ Andra omständigheter, såsom att gärningsmannen betett sig särskilt hänsynslöst, varit i affekt eller haft ett intresse i saken är enligt HD också markörer som tyder på att likgiltighet förelåg. Mot likgiltighet ska på samma sätt t.ex. omsorgsfulla åtgärder kunna tala.

3.1.3 Förtydliganden av HD

HD har också gjort några väsentliga förtydliganden avseende HIV-fallet under de senaste åren.

I NJA 2004 s 479 klargjordes det att det är den subjektivt uppfattade sannolikheten att en viss risk realiserar sig som ska vara ledande i bedömningen. I NJA 2005 s 732 konstaterade HD att det måste vara fråga om ett medvetet risktagande i förhållande till den följd som gärningsmannen anses vara likgiltig inför, och i NJA 2012 s 45 klarlades det att beviskravet även för uppsåt är ”bortom rimligt tvivel”. NJA 2007 s 929 konstaterades det att det ska vara fråga om ”uppenbar likgiltighet” – dvs. glappet mellan omsorg och likgiltighet måste vara tydligt. Gällande impulsstyrda våldsbrott förklarade HD i NJA 2011 s 563 att angreppssättet och den effekt detta typiskt sett är ägnat att orsaka är en utgångspunkt för bedömningen. T.ex. är en kniv i halsen typiskt sett ägnat att döda, medan en kniv i benet inte är det.

Någonting som länge varit oklart är vad som menas med begreppet ”avsevärd risk”, som alltså utgör den nedre gränsen för när likgiltighet normalt ska anses föreligga. När ett centralt begrepp är så pass vagt riskerar det att ge ett osäkert rättsläge. Ett förtydligande skedde emellertid genom HD:s avgörande i mål nr B 379/16 (juli 2016). I fallet uttalar HD att ”avsevärd” innebär att risken ska ligga ganska högt upp på en subjektivt uppfattad sannolikhetsskala, och motsvara vad man normalt uppfattar som ”stor” eller ”betydande”.

³⁵ Borgeke, Martin, *Likgiltighetsuppsåt i teori och praktik*, i SvJT 2015 (s. 383-396) s. 387 (i forts. Borgeke (2015)).

3.2 Doktrinen i ämnet

3.2.1 Angående likgiltighetsuppsåtet

I doktrinen har HIV-fallet lyfts fram som mycket utförligt och välformulerat, men också som högst teoretiskt och på gränsen till abstrakt vilket lett till en del kritik av likgiltighetsuppsåtet. Trots att det gått mer än 10 år sedan avgörandet anser t.ex. Ulväng att rättsläget egentligen inte har klarlagts nämnvärt.³⁶ Kritiken riktar sig dels mot användandet av begreppet ”likgiltighet”³⁷ som i sig är otydligt, dels mot svårigheterna att bevisa likgiltighet³⁸, dels mot att själva likgiltighetsprövningen i vissa avseenden är svårförstådd.³⁹ Vidare har Martin Borgeke beskrivit HIV-fallet på följande vis:

Frågan som jag ställer mig är emellertid om inte resonemangen i vissa delar blivit alltför komplicerade och abstrakta. De är också förda på ett sådant sätt att det på mer än en punkt finns anledning att fråga sig vad de egentligen innebär. Från den vanliga underrättsdomarens utgångspunkt kan man ifrågasätta om rättsläget har klarnat i särskilt hög grad.⁴⁰

I doktrinen lyfts särskilt tre risker med likgiltighetsuppsåtet fram. För det första att domstolen prövar om gärningsmannen varit *likgiltig inför risken* istället för effekten, för det andra att domstolen bedömer gärningsmannens *allmänna likgiltighet* istället för dennes episodiska likgiltighet, och för det tredje att domstolen *inleder med att bedöma GMs likgiltighet och/eller försummar riskbedömningen*.⁴¹ I det följande kommer uppsatsen att fokusera på denna kritik.

3.2.2 Likgiltighet inför risken eller effekten?

I HIV-fallet poängterade HD att det inte är likgiltigheten inför *risken*, utan *effekten*, som ska bedömas. Likgiltighet inför en risk innebär egentligen endast att medveten oaktsamhet föreligger.⁴² Vidare innebär likgiltighet inför effekten inte automatiskt att gärningsmannen är likgiltig inför *alla* effekter. För att uppsåt ska föreligga måste likgiltighet föreligga inför en

³⁶ Jareborg & Ulväng (2016) s. 117.

³⁷ Jfr t.ex. Jareborg & Ulväng (2016) s. 121.

³⁸ Diesen (2015) s. 162f.

³⁹ Jareborg & Ulväng (2016) s. 63.

⁴⁰ Borgeke, Martin, *Från Franks första formel till likgiltighetsuppsåt*, i: JT 2008 (s. 262-295) s. 282 [i forts. Borgeke (2008)].

⁴¹ Borgeke (2008) s. 295.

⁴² Jareborg & Ulväng (2016) s. 119.

specifik effekt (se NJA 2005 s 732), dvs. den som haft uppsåt till en viss effekt kan mycket väl endast ha varit medvetet oaktsam inför en annan effekt.⁴³

Dessa bedömningar är mycket svåra att göra i praktiken, t.ex. har Jareborg uttryckt sig på följande vis:

Det är inte lätt att skilja mellan likgiltighet inför en risk och likgiltighet inför riskens förverkligande. Det är inte säkert att den ens är begriplig för den som utför en otillåten handling. (Många domare har visat att de inte begriper den).⁴⁴

Även Ulväng anser att skillnaden är oklar:

... frågor om hur man skall fastställa denna likgiltighet (inför följden) och skilja den från likgiltighet inför risktagandet kvarstår alltjämt obesvarade.⁴⁵

Vidare framhöll man i straffansvarsutredningen faran att ”likgiltighet inför risken för det brottsliga resultatet blir synonymt med likgiltighet inför [följden]”⁴⁶, särskilt i situationer då det rör sig om en mindre risk för en mycket stor skada samtidigt som gärningsmannen framstått som ytterst hänsynslös.⁴⁷

3.2.3 Episodisk och dispositionell likgiltighet

I uppsåtsbedömningen ska domstolen skilja mellan episodisk och dispositionell likgiltighet. Tidigare, vid tillämpningen av det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov, fanns utrymme för att ta hänsyn även till den tilltalades allmänna karaktär. Personer med t.ex. ett våldsamt förflutet, dokumenterad hänsynslöshet, allmänt likgiltig inställning etc. tenderade att få fler positiva utslag på det hypotetiska provet, vilket också var tanken.⁴⁸ Numera ska bedömningen dock endast åsyfta episodisk likgiltighet.

På vilket sätt kan detta vara ett problem? Detta har bl.a. Ulväng undersökt. Han resonerar på följande vis: Likgiltighet kan beskrivas som en attityd.⁴⁹ Inom psykologisk forskning framhålls det att attityder, som i sig fungerar som handlingsskäl för individen, kan vara episodiska (kortsiktiga) eller dispositionella (långsiktiga). Dessa är kopplade på så sätt att en

⁴³ Asp, Ulväng & Jareborg (2013) s. 293.

⁴⁴ Jareborg & Ulväng (2016) s. 63.

⁴⁵ Ibid s. 117.

⁴⁶ SOU 1996:185 s. 119.

⁴⁷ Ibid s. 119.

⁴⁸ Ibid s. 109.

⁴⁹ Jareborg & Ulväng (2016) s. 126.

persons inställning i ett konkret ögonblick kan påverkas av såväl episodiska som dispositionella attityder, eller både och.⁵⁰ Det går alltså inte att helt särskilja episodisk och dispositionell likgiltighet åt. Rent intuitivt tenderar vi också att tillskriva personer en viss karaktär, som, särskilt i brist på andra hållpunkter, riskerar att bli ledande för vilken inställning dessa bedöms ha haft i ett gärningsögonblick.⁵¹ Enligt Ulväng finns det anledning att tro att så sker i svenska domstolar.⁵²

3.2.4 Försummad riskbedömning

Faran att riskbedömningen försummas kan härledas till problematiken med en tvådelad uppsåtsprövning. Redan i straffansvarsutredningen framhöll man att uppsåtsprövningens tvåspårighet var en svaghet eftersom båda leden påverkar och är ömsesidigt beroende av varandra. Man menade att detta ledde till att uppsåtsrekvisitets grundläggande struktur blev svårbestämbar.⁵³ Risken torde enklast kunna beskrivas som att likgiltighetsuppsåtet inbjuder till att fokusera på gärningsmannens likgiltighet, medan det i själva verket är riskbedömningen som är den enskilt viktigaste markören för om gärningsmannen varit likgiltig (t.ex. ska risken som bekant normalt vara åtminstone ”avsevärd”). Likgiltighetsbedömningen måste därför alltid komma efter riskbedömningen.⁵⁴

3.3 Sammanfattning

I och med HIV-fallet 2004 etablerades alltså likgiltighetsuppsåtet som ny modell för uppsåtets nedre gräns. Därmed lämnade HD idén om att utreda vad gärningsmannen tänkte i gärningsögonblicket, för att istället fokusera på de objektiva omständigheter som omgav gärningen och dra slutsatser om gärningsmannens attityder baserat på dennes faktiska handlande.⁵⁵ Prövningen sker i två led. Först prövas om gärningsmannen handlat medvetet oaktsamt i förhållande till en viss följd, och därefter prövas om gärningsmannen i den konkreta situationen förhållit sig likgiltig inför den följden, dvs. att förverkligandet av följden inte utgjorde ett för gärningsmannen relevant skäl att avstå från gärningen. Hög subjektivt uppfattad risk (”avsevärd” risk - då gärningsmannen i vart fall måste ha antagit att risken skulle förverkligas) medför att likgiltighet normalt ska anses föreligga. Andra omständigheter

⁵⁰ Jareborg & Ulväng (2016) s. 125.

⁵¹ Jfr ibid s. 202.

⁵² Ibid s. 202.

⁵³ SOU 1996:185 s. 120f.

⁵⁴ Jfr Borgeke (2008) s. 295.

⁵⁵ Diesen (2015) s. 165.

som talar för likgiltighet är hänsynslöst beteende, att gärningsmannen var i affekt eller hade intresse i saken, eller att gärningsmannen använt sig av ett vapen och/eller angreppssätt som typiskt sett är ägnat att orsaka effekten i fråga. Mot likgiltighet talar förebyggande eller andra omsorgsfulla åtgärder. Uppsåt ska bevisas utom rimligt tvivel (uppenbar likgiltighet).

I litteraturen har det framhållits att tillämpningen av likgiltighetsuppsåtet medför vissa faror. Särskilt har tre risker framhållits, nämligen att domstolen (1) bedömer likgiltighet inför risken istället för effekten, (2) bedömer gärningsmannens allmänna likgiltighet istället för episodiska likgiltighet, och (3) att domstolen försummar riskbedömningen.

4 Det eventuella uppsåtet

Har då det eventuella uppsåtet spelat ut sin roll i svensk rätt i och med införandet av likgiltighetsuppsåtet?

Som enskild form för uppsåt måste svaret på den frågan bli ja.⁵⁶ Dock uttalade HD i HIV-fallet (avsnitt 3.1.2) att det hypotetiska provet fortsatt skulle kunna fungera som ett ”test” av hållbarheten av bevisningen för likgiltighet. Att det eventuella uppsåtet definitivt skulle ha spelat ut sin roll går alltså inte att säga.

Varför behövs då ett sådant test? Det enkla svaret är att avsikten med likgiltighetsuppsåtet inte var att utvidga det uppsåtliga området,⁵⁷ och det hypotetiska provet, korrekt använt, kan säkerställa att så ej sker.⁵⁸ Om en gärningsman i ett osäkert fall bedöms vara likgiltig ska även det hypotetiska provet ge ett positivt utslag, och därmed säkerställs det att det uppsåtliga området inte utvidgas.⁵⁹ Likgiltighetsuppsåtet och det eventuella uppsåtet är nämligen logiskt likvärdiga eftersom slutsatsen att en gärningsman varit likgiltig inför en följd regelmässigt innebär ett positivt utfall på det hypotetiska provet. Alltså: om förverkligandet av en följd inte utgör ett relevant skäl för gärningsmannen att avstå från sitt handlande (HD:s beskrivning av begreppet ”likgiltighet”) så skulle denne ha utfört gärningen även om denne var säker på följdens inträde (det hypotetiska provet).⁶⁰ (Skillnaderna mellan de båda uppsåtsformerna ska alltså inte heller överdrivas).

Denna uppfattning har flertalet framstående rättsvetenskapsmän också anslutit sig till, däribland Jareborg, Asp och Ulväng.⁶¹ Utöver HD:s uttalande i HIV-fallet finns det alltså en ganska bred konsensus inom rättsvetenskapen att det hypotetiska provet fortfarande har en plats i svensk straffrätt.

⁵⁶ Borgeke (2008) s. 282.

⁵⁷ Jfr Borgeke (2015) s. 385.

⁵⁸ Ibid s. 383.

⁵⁹ Ibid s. 383.

⁶⁰ Asp, Ulväng & Jareborg (2013) s. 305.

⁶¹ Se t.ex. Asp, Ulväng & Jareborg (2013) s. 305, Jareborg & Ulväng (2016) s. 138 och Asp, Petter, *Uppsåtets nedre gräns, en efterlängtd sequel*, i: JT 2004 (s. 385-396) s 387.

5 Tillämpningen i underrätterna

Uppsatsen ämnar belysa fem rättsfall där fokus särskilt ligger på att exemplifiera inkonsekvens i tingsrättens bedömningar avseende likgiltighetsuppsåt samt om, och i så fall på vilket sätt, det eventuella uppsåtet tillämpas.

5.1 ”Rattfylleristen”

Målet gällde en bilist, ”J”, som åtalades för bl.a. grov misshandel av en vägarbetare, ”K”, efter att J alkoholpåverkad kört på K.

Tingsrättens utredning visade att mannen, som erkänt grovt rattfylleri, vid tillfället framförde en personbil genom ett vägarbete och bl.a. passerade en grävmaskin på ”insidan”, dvs. höger sida. Anledningen till att J körde om på höger sida var enligt egen uppgift för att undvika kollision med ett mötande fordon som framfördes på vänster sida, och att han inte hade något val eftersom bromsarna inte fungerade. Vittnesuppgifter gjorde gällande att fordonet framfördes i hög fart och att det inte förekom någon inbromsning. Det fanns dock inga klara vittnesuppgifter om trafiksituationen. Direkt efter omkörningen av grävmaskinen körde J på målsäganden K, som stod med ryggen mot körbanan och var oförberedd på att en bil skulle komma från grävmaskinens högra sida. Till saken hör också att J sedan tidigare kände till att fordonet hade bristfälliga bromsar.

Frågan om J haft likgiltighetsuppsåt att skada K aktualiserades därmed. I tingsrättens bedömning ligger ett tydligt fokus på J:s ”medvetna och mycket farliga risktagande”. Tingsrättens likgiltighetsresonemang följer samma spår:

Genom att köra om på insidan av grävmaskinen har J gjort ett medvetet risktagande och därigenom varit likgiltig inför risken att köra på någon med allvarliga skador som följd. J har därmed haft s.k. likgiltighetsuppsåt.

Med stöd av ovanstående resonemang kom alltså tingsrätten fram till att J gjort sig skyldig till uppsåtligt brott.

5.2 ”Bettet”

I det andra målet anklagades, ”J”, för att ha bitit polisen, ”C”, och därmed gjort sig skyldig till våld mot tjänsteman. Eftersom J var smittad av hepatitis C, var även frågan om han kunde

anses ha gjort sig skyldig till försök till grov misshandel eftersom hepatit C kan överföras via blod.

En mycket berusad J var föremål för ett polisingripande av bl.a. C och hjälptes in i en polisbil. Efter en stund kvicknade J till varpå han började uppträda aggressivt. Väl framme vid polisstationen tvingades C hålla fast J mot polisbilen varpå J bet C i armen och släppte taget först när han fick ett slag mot huvudet.

Det ankom på tingsrätten att bedöma om J haft likgiltighetsuppsåt till att överföra hepatit C. Först konstaterar tingsrätten att det funnits en viss objektiv risk för att J skulle smitta C och att han måste varit medveten om att denna risk förelåg. Därefter följer ett resonemang som ser ut på följande vis:

... mot bakgrund av den tidigare brottslighet J gjort sig skyldig till - vilken visar på att han på intet sätt bryr sig om andra människors liv och hälsa - får det hållas för visst att han inte skulle ha avhållit sig från sitt agerande även om han insett risken för smittoöverföring. Han har därmed handlat med s.k. likgiltighetsuppsåt.

Tingsrätten dömde därmed J för försök till grov misshandel.

5.3 "Lägenhetsbråket"

I nästa mål stod mannen "T" åtalad för bl.a. grov misshandel av två kvinnor, "C" och "A". Den påstådda misshandeln bestod av ett antal skärsår av lindrigare art som uppstått efter en tumultartad situation i en lägenhet.

T och C, som var ett par, hade bråkat, vilket lett till att C åkt hem till A och lämnat T ensam kvar i deras lägenhet. Senare under natten återvände C till lägenheten tillsammans med A. A följde med för att C kände sig osäker på T. När C och A kom till lägenheten låg T och halvsov. Eftersom C inte ville ha T i sängen väckte hon honom och bad honom flytta sig till soffan. T blev då upprörd och tumult utbröt. Bl.a. ska T med sin arm ha tagit ett grepp om C:s hals och dragit henne ut i lägenheten där A väntade. Vad som sedan hände är något oklart men stämningen var upprörd och handgemäng utbröt. Vid ett tillfälle grep T åt sig samtliga köksknivar som hängde på en magnetlist, enligt egen uppgift för att "få dem ur spel", och alltså inte i syfte att använda dem mot C eller A. Under resterande del av händelseförloppet höll T knivarna i sina händer, bl.a. då han förföljde C ut ur lägenheten och drog in henne igen samt vid ytterligare bråk och brottning framförallt med A. Tumultet resulterade i flera

lindriga skärsår på såväl A som C och som upptäcktes först i samband med att T såg att det var blod på A:s tröja. T släppte då knivarna och försökte istället hjälpa A.

Tingsrätten fann i sin bedömning inget stöd för att det var tal om varken avsikts- eller insiktsuppsåt. Frågan var istället om T kunde anses ha haft likgiltighetsuppsåt till att misshandla A och C med knivarna. I skuldfrågan resonerade tingsrätten på följande vis:

T måste ha förstått att det varit en beaktansvärd risk för att skada målsägandena allvarligt när han med knivar i händerna gav sig in i handgemäng med dem. Med hänsyn till att han förföljt C ut i hallen och hindrat henne från att lämna lägenheten, samt mot bakgrund av hans uttalanden anser tingsrätten det styrkt att han varit i vart fall likgiltig inför den risken.

Enligt tingsrätten var det allmänna skuldkravet därmed täckt och T dömdes för grov misshandel.

5.4 "Rånmordet"

I det fjärde rättsfallet stod två män, "A" och "R", och två kvinnor, "T" och "F", åtalade för att med kniv ha rånat och mördat en tredje man, "M".

Tingsrättens utredning visade att de fyra gärningspersonerna under kvällen sökt upp M som var ute och gick på en stig i skogen, i syfte att råna honom. Händelseförloppet utspelade sig som så, att A gick fram till M och började utdela slag och sparkar. R stod nära A när misshandeln skedde medan T och F stod lite längre bort. När M låg orörlig på marken rånades han på sina pengar och släpades in i skogen av R. När M sedermera påträffades var han död efter att ha knivstuckits 18 gånger. Tingsrätten slöt sig, bl.a. med stöd av den rättsmedicinska undersökningen, till att det måste ha varit A som utdelade knivhuggen samt att detta skett utan att T eller F haft uppsåt till sådan medverkan. Frågan om R kunde anses ha haft uppsåt till dödandet kvarstod. Tingsrätten ansåg att R måste, trots att det var mörkt, ha insett att M blev knivhuggen ett flertal gånger (även om han inte visste exakt var huggen träffade) och att det utifrån R:s synvinkel måste ha framstått som i vart fall möjligt att M skulle kunna dö. Frågan var då om han var likgiltig inför denna följd. Här resonerar tingsrätten på följande vis:

Hans åtgärd att trots denna misstanke [att M skulle dö] flytta M längre in i skogen kan sägas tala för att han har accepterat en dödlig utgång. Det är emellertid inte uteslutet att tänka sig att han har undertryckt dessa misstankar om dödlig utgång och helt enkelt hoppats på det bästa. Det hypotetiska provet måste här användas som en test på om likgiltighetsuppsåt i stället för medveten

oaktsamhet kan föreligga. Det är tingsrättens bedömning att det hypotetiska provet skulle ha besvarats nekande, dvs. han skulle inte ha flyttat på M längre in i skogen om han vetat att han var döende.

Tingsrätten friade således R från mordanklagelsen och dömde honom istället för grov misshandel.

5.5 "HIV-smittan"

I det femte fallet, "HIV-smittan", stod en HIV-smittad man, "A", åtalad för försök till grov misshandel efter att ha haft oskyddat samlag med flera om smittan ovetande kvinnor.

Tingsrättens utredning visade att det stod klart att A kände till sin smitta och att han trots det haft oskyddat sexuellt umgänge med åtta kvinnor, utan att berätta om smittan. A menade att eftersom han skött sin medicinering var risken för smitta så pass låg att den i det närmaste var försumbar. Detta uttalande bekräftades till viss del i ett medicinskt expertutlåtande, men som också konstaterade att det alltid föreligger en konkret risk för smittoöverföring vid oskyddat samlag. I ansvarsfrågan resonerade tingsrätten på så sätt att A bevisligen kände till risken att överföra smittan, men att han uppenbarligen inte fäst något avseende vid detta. Kravet på medveten oaktsamhet, det första ledet i prövningen av likgiltighetsuppsåt, ansågs därmed vara uppfyllt. Beträffande likgiltighetsprövningen menade tingsrätten att det normalt sett inte kan anses föreligga uppsåt vid mycket låga risknivåer, och resonerade på följande vis:

För att kunna säga att A var likgiltig krävs, enligt tingsrättens mening, att det med säkerhet kan slås fast att han skulle ha handlat som han gjorde - alltså haft oskyddade samlag utan att informera respektive målsägande i förväg - även om han förstod att risken för att han skulle överföra sin smitta var mycket stor. Detta är i och för sig ett hypotetiskt resonemang men varken av A:s egna uppgifter eller av de uppgifter som F och H har lämnat om sina kontakter med A finns stöd för att så skulle ha varit fallet.

Tingsrätten konstaterade därmed att A inte handlat med någon form av uppsåt att överföra smittan. Han dömdes däremot, i likhet med domen i 2004 års fall, för framkallande av fara för annan.

6 Analys

I det följande avser jag med utgångspunkt i det samlade material som hittills presenterats försöka besvara de i inledningen formulerade frågeställningarna.

6.1 Är HD:s praxis klar?

Rättsläget har definierats främst genom ett antal avgöranden från HD, särskilt s.k. HIV-fallet (NJA 2004 s 176). HIV-fallet har i doktrinen beskrivits som ett ovanligt tydligt och välformulerat rättsfall, men också som ett högst teoretiskt och i det närmaste abstrakt sådant. Detta framstår som motsägelsefullt, men grunderna för dessa motstående uppfattningar klarnar vid närmare undersökning av rättsfallet.

På det teoretiska planet ger HD:s formulering av likgiltighetsuppsåtet, enligt undertecknad, en klar bild av vad det är man har försökt uppnå, dvs. en prövning där fokus ligger på att bedöma gärningsmannens attityd utifrån de konkreta omständigheter som omger gärningen. Särskilt efter otaliga förtydliganden av likgiltighetsuppsåtet framgår en ganska klar bild av hur prövningen i teorin ska se ut.

Teori och praktik är dock inte alltid samma sak. Det går givetvis att ifrågasätta om rättsläget verkligen är särskilt klart när likgiltighetsuppsåtet anklagas för att i praktiken vara behäftat med flertalet inneboende risker och fallgropar. De exempel som nämnts är svårigheten att i praktiken *särskilja mellan likgiltighet inför en risk respektive en effekt, att dispositionell och episodisk likgiltighet i själva verket överlappar* och att *likgiltighetsuppsåtet inbjuder till att negligera riskbedömningen, dvs. konstatera uppsåt även vid låga risknivåer*, något som inte kan anses påkallat.

Sammanfattningsvis blir svaret att likgiltighetsuppsåtet är väl genomgånget i teorin, men verkar vara svårtillgängligt och på många sätt opraktiskt. Praxis kan därmed inte sägas vara helt klar.

6.2 Förekommer det inkonsekvens i underrätternas tillämpning?

De första tre underrättsavgörandena i kapitel 5 diskuteras och analyseras här i ljuset av doktrinavsnittet i kapitel 3. Är farhågorna i doktrinen befogade?

Vi inleder med ”Rattfylleristen” (se avsnitt 5.1.1). Här har tingsrätten inte följt HD:s riktlinjer för hur likgiltighetsuppsåtet ska prövas. Dels har tingsrätten inte gjort någon tydlig bedömning av hur stor (den subjektivt upplevda) sannolikheten var att effekten skulle inträffa och därmed *negligerat riskbedömningen*, dels har man i slutändan konstaterat att likgiltighetsuppsåt föreligger eftersom föraren varit *likgiltig inför risken* (istället för effekten). Detta är ett tydligt exempel på hur en tingsrätt går i två av de fallgröpar som lyfts fram i doktrinen av t.ex. Borgeke och Ulväng.

I nästa mål, ”Bettet” (se avsnitt 5.1.2), har tingsrätten i likhet med fallet ovan *negligerat riskbedömningen* när man nöjt sig med att endast konstatera att en konkret risk förelåg. Detta säger ingenting om hur stor gärningsmannen trodde att risken var, vilket är en central markör för likgiltighetsbedömningen. Vidare verkar tingsrätten ha prövat eventuellt uppsåt snarare än likgiltighetsuppsåt, eller i vart fall bedömt gärningsmannens *dispositionella likgiltighet* snarare än dennes inställning i det specifika fallet. I det här fallet har vi alltså exempel på hur två av tre i doktrinen påtalade risker realiserar.

I det tredje fallet var det fråga om ett lägenhetsbråk (se avsnitt 5.1.3). Tingsrätten inledde här med ett resonemang om T:s medvetna oaktsamhet och slöt sig till att han måste ha förstått att det funnits en beaktansvärd risk för att målsägandena skulle skadas allvarligt. Här kan man ifrågasätta användandet av begreppet ”beaktansvärd”. Varför tingsrätten valt att inte använda ett vedertaget begrepp vid riskbedömningen, såsom ”avsevärd” eller ”betydande” framstår som oklart och får till följd att *riskbedömningen blir otillräcklig*. Vidare verkar tingsrätten, likt i fallet ”Rattfylleristen” ovan ha bedömt T:s *likgiltighet inför risken* istället för effekten.

I ovanstående fall har vi sett exempel på hur det kan se ut när riskerna med likgiltighetsuppsåtet realiserar. Vad får då detta för effekter? Till att börja med innebär *likgiltighet inför risken* egentligen bara att medveten oaktsamhet föreligger. Att i sådana fall döma för uppsåtliga brott innebär att det uppsåtliga området utvidgas på ett oacceptabelt sätt. Vidare får en *negligerad riskbedömning* till följd dels att det är oklart om det föreligger presumtion för uppsåt (som alltså föreligger vid minst ”avsevärd” eller ”betydande” risk) samt att uppsåt kan anses föreligga även vid mycket låga risknivåer (som i fallet Bettet ovan), vilket inte kan anses påkallat. Även här talar vi om en utvidgning av det uppsåtliga området. Slutligen får en bedömning av gärningsmannens *dispositionella likgiltighet* givetvis till effekt att irrelevanta faktorer riskerar läggas gärningsmannen till last, samt att gränsen gentemot det eventuella uppsåtet med hypotetisk prov grumlas.

Det förekommer alltså inkonsekvens i tillämpningen av likgiltighetsuppsåtet, vilket i sig också ger stöd åt slutsatsen i den första frågeställningen, att HD:s praxis inte är tillräckligt klar.

6.3 Finns det spår kvar av det eventuella uppsåtet?

Eventuellt uppsåt med hypotetiskt prov *som självständig provningsmetod* av uppsåt får anses ha gjort sitt i svensk rätt. Det finns ingen i litteraturen som förespråkar en direkt tillämpning metoden, och en sökning i Infotorg Juridiks databas visar att det (som självständig provningsmetod) inte tillämpas i praktiken.

Däremot kan det hållas för visst att det hypotetiska provet fortfarande har en plats i svensk rätt. Det verkar råda i det närmaste konsensus inom rättsvetenskapen om att det hypotetiska provet kan och bör användas som ett test av bevisningen av likgiltighet för att säkerställa att det uppsåtliga området inte utvidgas. En förutsättning är att det förbehålls osäkra fall och används med försiktighet och urskiljning.

I kapitel fem har två exempel på hur det hypotetiska provet använts i detta syfte lyfts fram. Det första fallet, ”Rånmordet” (se avsnitt 5.1.4), handlade om några individer som rånade och mördade ”M”. I det fallet valde tingsrätten att använda sig av det hypotetiska provet som en ”säkerhetsventil”. Ett liknande resonemang förde tingsrätten i nästa fall, ”HIV-smittan” (avsnitt 5.1.5). I båda fallen ledde det hypotetiska provet till att gärningsmannen friades från anklagelserna om uppsåtligt brott.

Men vad som egentligen är mer intressant är hur påtagligt sällan det hypotetiska provet trots allt används. Ovanstående två fall är extrema undantag och det är inte lätt att hitta andra exempel på en tydlig tillämpning av det hypotetiska provet. Detta innebär att det finns en tydlig diskrepans mellan vad som förespråkas i praxis och doktrin och vad som tillämpas i praktiken. Varför, om det nu förespråkas i praxis och doktrin, tillämpas det inte i underrätterna? En ren spekulering är att det delvis beror på att de eventuella advokater, åklagare och domare som skulle vilja tillämpa det hypotetiska provet, helt enkelt väljer att inte göra det av oro för att stämplas som gammalmodig eller t.o.m. oprofessionell med tanke på att det eventuella uppsåtet nästan slentrianmässigt beskrivs som dött.

Svaret på frågeställningen blir i vart fall att det finns spår kvar av det eventuella uppsåtet i praxis och doktrin, men ytterst få i rättstillämpningen.

6.4 Begränsningar

Avseende likgiltighetsuppsåtet går det utifrån tre avgöranden givetvis inte att dra några särskilt stora slutsatser om hur tillämpningen generellt ser ut. I den stora majoriteten av de underrättsavgöranden som undertecknad tagit del av fanns inget eller mycket lite att anmärka på. Ovanstående ”fynd” bör alltså betraktas som undantagsfall som endast bekräftar att inkonsekvens i viss utsträckning förekommer.

Vidare skulle man kunna argumentera att resultatet rent materiellt många gånger blir rätt trots att tingsrätten genomför uppsåtsprövningen felaktigt. Mot detta talar dock att samtliga tre ovanstående avgöranden överklagades och ändrades i hovrätten efter en korrekt likgiltighetsprövning.

6.5 Slutsatser

Sammanfattningsvis kan det avseende likgiltighetsuppsåtet konstateras att vi har att göra med ett område som baserar sig på en omfattande praxis och tämligen tung teoretisk grund. Tillämpningen av likgiltighetsuppsåtet är behäftat med flera inneboende risker vilket kommer till uttryck genom viss inkonsekvens i rättstillämpningen i underrätterna. Det går med andra ord att ifrågasätta om rättsläget verkligen är klart utifrån en underrättsdomares synpunkt. Vidare kan vi fastställa att det eventuella uppsåtet fortfarande har en plats i svensk rätt på så sätt att såväl praxis som doktrin förespråkar ett användande av det hypotetiska provet som en form av test av bevisningen för uppsåt, under förutsättning att det används med urskiljning och försiktighet. I praktiken tillämpas det hypotetiska provet dock mycket sällan.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

SOU 1996:185 Straffansvarets gränser.

Litteratur

Asp, Petter, Ulväng, Magnus & Jareborg, Nils, *Kriminalrättens grunder*, upplaga 2, Iustus, Uppsala, 2013.

Asp, Petter, 'Uppsåtets nedre gräns, en efterlängtd sequel', i: *JT* 2004 (s. 385-396).

Borgeke, Martin, 'Från Franks första formel till likgiltighets uppsåt', i: *JT* 2008 (s. 262-295).

Borgeke, Martin, 'Likgiltighets uppsåt i teori och praktik', i *SvJT* 2015 (s. 383-396).

Chesney, Eugene, 'Concept of Mens Rea in the Criminal Law', i: *Journal of criminal Law and Criminology*, vol 29, issue 5, article 2, 1939.

Diesen, Christian, *Bevisprövning i brottmål*, upplaga 2, Nordstedts juridik, Stockholm, 2015.

Häthén, Christian, *Stat och straff*, Studentlitteratur, upplaga 2, Lund, 2014.

Jareborg, Nils & Ulväng, Magnus, *Tanke och uppsåt*, upplaga 1, Iustus, Uppsala, 2016.

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, upplaga 1, Studentlitteratur, Lund, 2013.

Olsen, Lena, 'Rättsvetenskapliga perspektiv', i: *SvJT* 2004 (s. 105-145).

Stein, Peter, *Roman Law in european history*, upplaga 1, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

Ulväng, Magnus, 'Likgiltighets uppsåt', i: *SvJT* 2005 (s.1-17).

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 2004 s 176

NJA 2002 s 449

NJA 2004 s 479

NJA 2005 s 732

NJA 2012 s 45

NJA 2007 s 929

NJA 2011 s 563

NJA 1959 s. 63

B 379/16

Underrätt/hovrätt

B 10888-15 ("Rattfylleristen")

B 3902-12 ("Bettet")

B 3017-12 ("Lägenhetsbråket")

B 925-14 ("Rånmordet")

B 534-12 ("HIV-smittan")