



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anna Johannesson

Oaktsam våldtäkt Vad utgör grov oaktsamhet?

En studie av domstolars resonemang gällande grov oaktsamhet i mål om våldtäkt alternativt oaktsam våldtäkt.

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ulrika Andersson

Termin för examen: Period 1 VT2022

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod och material	9
1.5 Forskningsläge	11
1.6 Disposition	12
2 VÅLDTÄKTSBROTET	13
2.1 Kort historisk tillbakablick	13
2.2 Nuvarande lagstiftning	14
2.2.1 Samlag eller annan jämförlig sexuell handling	14
2.2.2 Kravet på frivillighet	16
2.3 Brå:s studie av den nya lagstiftningen i praktiken	17
3 OM UPPSÅT OCH (GROV) OAKTSAMHET	20
3.1 Om uppsåtsbegreppet och dess nedre gräns	20
3.2 Hur kan likgiltighet bevisas?	21
3.3 Om (grov) oaktsamhet	22
3.4 Täckningsprincipen	23
4 OM BEVISVÄRDERING	25
4.1 Om den fria bevisprövningen	25
4.2 Hur mycket bevis krävs?	26
4.3 Vad är en trovärdig berättelse?	27

4.3.1	Om tillförlitlighet och trovärdighet	27
4.3.2	Indikatorer på att en utsaga är tillförlitlig	28
4.4	Om robusthet	29
5	OAKTSAM VÅLDTÄKT I RÄTTSTILLÄMPNINGEN	30
5.1	Högsta domstolen	30
5.1.1	NJA 2019 s. 668	30
5.1.2	NJA 2021 s. 536	31
5.1.3	Högsta domstolens dom i mål B 779-21	34
5.2	Hovrätterna	37
5.2.1	Fall 1	37
5.2.2	Fall 2	38
5.2.3	Fall 3	40
5.2.4	Fall 4	42
5.2.5	Fall 5	43
5.2.6	Fall 6	44
5.2.7	Fall 7	45
5.2.8	Fall 8	47
5.2.9	Fall 9	48
6	ANALYS	51
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	59
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	61

Summary

In 2018, Sweden passed a new law regarding rape, which is based on consent. Prior to this, a certain amount of force or threat was required, but the current legislation is based on the lack of voluntary participation. A new offense was passed, negligent rape. Thus, criminal liability for rape does not only come in question in cases of intent, but also in cases of gross negligence. The main purpose of this essay is to clarify the grounds for decisions and how the courts reason, when trying to determine whether the defendant has acted with gross negligence. This essay also studies how the court reasons when deciding upon whether the defendant has acted with intent or with gross negligence. The essay describes the Penal Code regarding rape and negligent rape. It is also described how the Swedish National Council for Crime Prevention has studied the consequences of the new law. The study shows that prosecutors and judges are generally positive regarding the new law. However, defence attorneys are generally critical.

It is also studied in the essay how authors of legal literature have argued that intent and gross negligence should be assessed. If the defendant has realized that there is a risk that the victim did not participate voluntarily, the defendant might have acted with intent or negligence. If the defendant was indifferent regarding the fact that the victim did not participate voluntarily, the defendant has acted with intentional indifference. If the defendant was not indifferent regarding this fact, the defendant has acted with recklessness. The Swedish expression translates to “knowingly negligent”. If the defendant was not, but should have been, aware of the risk that the victim did not participate voluntarily, the defendant has acted with negligence. This Swedish expression translates to “unknowingly negligent”. In most cases, gross negligence is equal to recklessness, or acting “knowingly negligent”. However, negligence or acting “unknowingly negligent” can in some reprehensible cases be seen as gross negligence.

The essay also clarifies some of the court practice and studies regarding the evaluation of evidence, which has a close connection to the assessment of whether the defendant has acted with gross negligence. Lack of evidence is often a problem in cases of rape. Often, the only evidence is the statement of the victim along with some supporting evidence, often witnesses who were not present at the time of the rape but can only speak to what the victim has told them.

Through the analysis, several factors can be defined that are often taken into consideration when the court is reasoning about whether the defendant has acted with intent or gross negligence. It is often considered why the sexual act ended, what kind of relationship the victim and the defendant had prior to this event and if they ever had any sexual relations before. It is also often considered how active or passive the victim and the defendant were. The analysis also mentions the evaluation of evidence made by the court.

The essay concludes that there seems to be a unitary court practice. The only exception to this might be the most recent judgment by the supreme court. It could be argued that this judgment contradicts some of the grounds for decision in other judgments that have been studied in this essay. Time will show whether this precedent will lead to new, different reasonings.

Sammanfattning

Den 1 juli 2018 trädde den så kallade samtyckeslagstiftningen ikraft, vilket innebar en stor förändring i den svenska regleringen av våldtäktsbrottet. Lagstiftningen blev nu frivillighetsbaserad och samtidigt infördes ett nytt brott, oaktsam våldtäkt. Straffansvar i våldtäktsmål är därmed även aktuellt då den tilltalade agerat grovt oaktsamt. Denna uppsats syftar till att klargöra hur domstolar resonerar angående kravet på grov oaktsamhet, vad gäller brottet oaktsam våldtäkt i 6 kapitlet 1 a § brottsbalken. Uppsatsen syftar också till att klargöra domstolars resonemang vid gränsdragning mellan uppsåt och oaktsamhet, då detta också utgör gränsdragningen mellan våldtäkt och oaktsam våldtäkt. Uppsatsen utgår från tre frågeställningar: vad utgör grov oaktsamhet enligt 6 kapitlet 1 a § brottsbalken, enligt gällande rätt? Hur har Högsta domstolen och hovrätterna resonerat kring bedömningen av grov oaktsamhet samt gränsdragningen mellan uppsåt och grov oaktsamhet, i mål avseende våldtäkt alternativt oaktsam våldtäkt? Är dessa resonemang förenliga med gällande rätt?

Det redogörs för brottsbalkens reglering av våldtäkt respektive oaktsam våldtäkt. Det finns här tre kriterier, det ska röra sig om ett samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag. Det krävs också att målsägandens deltagande inte varit frivilligt. Slutligen krävs att gärningspersonen agerat uppsåtligt alternativt grovt oaktsamt. Det redogörs sedan för vilka slutsatser Brå kunnat dra i sin studie av samtliga relevanta avgöranden från 2019. Bland annat framgår av studien att åklagare och domare generellt är positiva till lagändringen, medan advokater ofta är mer kritiska.

Det redogörs också närmare för vad som utgör uppsåtligt respektive grovt oaktsamt handlande. Först prövas om gärningspersonen insett att det föreligger en risk för att målsäganden inte deltagit frivilligt. Om gärningspersonen insett detta, blir nästa fråga huruvida gärningspersonen var likgiltig inför det förhållande att målsäganden inte deltog frivilligt. Om svaret på även denna fråga är ja, har gärningspersonen agerat med ett likgiltighetsuppsåt. Om svaret på den sista frågan däremot är nej, har gärningspersonen istället varit medvetet oaktsam. Om gärningspersonen däremot inte insett, men borde ha insett, att det förelåg en risk för att målsäganden inte deltagit frivilligt, kan detta ses som omedveten oaktsamhet. Som regel är medveten oaktsamhet att se som grov sådan. Omedveten oaktsamhet kan endast betraktas som grov i klart klandervärda fall då gärningspersonen inte bemödat sig att kontrollera de närmare förhållandena trots att det funnits starka skäl att göra det.

Vidare redogörs för bevisvärderingen i våldtäktsmål, vilken har ett nära samband med bedömningen av uppsåt respektive grov oaktsamhet. Brist på bevisning är ett stort problem i våldtäktsmål och bevisningen består oftast av målsägandens utsaga i kombination med viss stödbevisning.

Därefter redogörs för de avgöranden från Högsta domstolen och hovrätterna som studerats inom ramen för uppsatsen. Dessa analyseras sedan i ljuset av vad som i tidigare kapitel framkommit om gällande rätt. Analysen identifierar flera faktorer som domstolarna tittar på vid bedömning av den tilltalades eventuella uppsåt eller grova oaktsamhet. Det ses ofta till anledningen till att den sexuella handlingen avbröts, parternas relation sedan tidigare och huruvida parterna haft sexuellt umgänge vid tidigare tillfälle. Det ses också i flera av avgörandena till hur aktiv eller passiv målsäganden respektive den tilltalade varit. Analysen belyser också vilka faktorer som beaktas vid bedömningen av huruvida den tilltalade varit likgiltig inför den omständighet att målsäganden inte deltog frivilligt. Det framförs också resonemang kring hur domstolarna bevisvärderat i samband med bedömningen av uppsåt alternativt grov oaktsamhet.

Analysen föranleder slutsatsen att det generellt synes finnas en enhetlig praxis, i vart fall står de bedömningar som gjorts inte i strid med varandra. Ett undantag för detta kan dock vara Högsta domstolens senaste dom. Det kan argumenteras för att denna dom i vissa avseenden motsäger vad som framkommit i tidigare domar. Det återstår att se hur detta nya prejudikat kommer påverka nya avgöranden.

Förord

Efter fem år i Lund är det nu min tur att ta farväl av Juridicum.

Tack till Ulrika Andersson för värdefull handledning och stöttning under arbetets gång.

Tack till min kära sambo och till min familj, för ert stöd och för att ni lyssnar på mina många utläggningar om lagstiftning i allmänhet och våldtäktsbrottet i synnerhet.

Tack till alla vänner, studietiden hade inte varit densamma utan er.

Också ett stort tack till Juristjouren och min kära stadsgrupp.

Sist men inte minst vill jag tacka det härliga gänget på Ulrika Rogland Advokatbyrå för en givande uppsatspraktik.

När denna bonnadäka nu ger sig ut på nya äventyr, vill jag påminna om att vissa saker aldrig förändras. Därför avslutar jag med orden:

*Eleganten ifrån vidderna är en fri och egen man,
och det skulle klart vara underbart om jag kunde bli som han.*

Anna Johannesson
Lund, 24 maj 2022

Förkortningar

BrB	Brottsbalken (1962:700)
Brå	Brottsförebyggande rådet
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken (1942:720)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den 1 juli 2018 trädde en ny våldtäktslagstiftning ikraft i Sverige. Den så kallade samtyckeslagstiftningen skiljer sig väsentligen från tidigare reglering och bygger på frivillighet. Samtidigt infördes också ett nytt brott, oaktsam våldtäkt. Syftet med lagändringen var att tydliggöra att varje människa har en ovillkorlig rätt till personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande.¹

Syftet med att införa ett oaktsamhetsansvar var att utvidga straffbarheten av gärningar som redan är straffbara vid uppsåt. Lagstiftaren motiverade detta med att sexuella övergrepp är en allvarlig typ av brottslighet, vilket gör att även oaktsamma gärningar framstår som straffvärda. Det framhålls att den skada som ett brottsoffer lider, inte torde vara beroende av huruvida gärningspersonen agerat uppsåtligt eller oaktsamt. Även oaktsamma handlingar kan orsaka påtaglig skada i form av framförallt psykiskt lidande för den utsatta. Lagstiftaren lyfter också att en kriminalisering av oaktsamhet har betydelse i praktiken för att motverka beteenden som inte är önskvärda av samhället.²

Lagrådet var dock kritiskt och avstyrkte förslaget på en förändrad reglering av våldtäktsbrottet. Lagrådet menade bland annat att frivillighetsrekvisitet hade en obestämd innebörd, vilket leder till att rättstillämpningen inte lever upp till kravet på förutsägbarhet. Lagrådet menade också att det inte fanns något rättsligt behov av ett frivillighetsrekvisit och påpekade särskilt att passivitetsfall, överrumplingsfall och mer kvalificerade fall av vilseledande kan omfattas av den nuvarande utformningen av våldtäktsbrottet. Lagrådet nämnde ingenting om förslaget på ett oaktsamhetsansvar i sitt yttrande.³

Regeringen var av en annan uppfattning och valde att gå emot Lagrådet. Regeringen motiverade detta bland annat genom att syftet med den föreslagna lagstiftningen var att den ska omfatta fall där samtycke saknas. Regeringen instämde i att den nuvarande lagstiftningen omfattar de flesta sådana situationer, men framhävde att det dåvarande kravet på tvång inte omfattade fall där en sexuell handling har utförts mot en person som inte vill delta i den sexuella aktiviteten, men där det inte har förekommit något våld eller hot och målsäganden inte heller har ansetts befinna sig i en särskilt utsatt situation eller beroendeställning. Den dåvarande regleringen kunde därför enligt regeringen inte anses vara heltäckande. Vidare hänvisade regeringen till den genomgång av praxis som gjorts av sexualbrottskommittén, där det framkom att situationer där

¹ Prop. 2017/18:177 s. 1.

² Ibid, s. 23.

³ Ibid, s. 132.

gärningspersonen har överrumplat målsäganden med en oönskad sexuell handling liksom fall där målsäganden har bemött en sådan handling med passivitet, har bedömts som sexuellt ofredande trots att den sexuella handlingen bestått i samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag. Regeringen framhävde den kunskap som finns om hur offer för sexualbrott reagerar vid sexuella övergrepp och menade att detta talar för att lagen bör utgå från en bristande frivillighet i stället för användande av något medel eller utnyttjande av vissa omständigheter. Regeringen delade därmed inte Lagrådets uppfattning om ett bristande rättsligt behov av att införa en lagstiftning som bygger på frivillighet.⁴

Efter att lagändringen genomförts, utkom Brå med en studie av den praktiska tillämpningen och verksamma juristers syn på den nya lagstiftningen i praktiken. Åklagare och domare var till stor del positiva till lagändringen i sin helhet, även om de bland annat lyfte att bevisproblematiken kvarstod. Flera åklagare framhöll också att man upplevde en ökad godtycklighet i åtalsbeslut och domar i våldtäktsmål. Försvarsadvokater var kritiska och menade att rättssäkerheten försämrats genom den nya lagstiftningen.⁵

Den kritik som framförts både före och efter lagändringens ikraftträdande gör det kanske extra relevant och viktigt att granska den nya våldtäktslagstiftningens tillämpning. Denna uppsats kommer fokusera på det nyinförda brottet oaktsam våldtäkt och hur bedömningar görs av gärningspersonens eventuella grova oaktsamhet. Samtidigt kommer även uppsåtets nedre gräns behandlas i viss mån, eftersom gränsdragningen mellan likgiltighetsuppsåt och grov oaktsamhet också utgör gränsdragningen mellan våldtäkt och oaktsam våldtäkt.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att klargöra hur domstolar resonerar angående kravet på grov oaktsamhet, vad gäller brottet oaktsam våldtäkt i 6 kapitlet 1 a § brottsbalken. Uppsatsen syftar också till att klargöra domstolars resonemang vid gränsdragning mellan uppsåt och oaktsamhet.

1. Vad utgör grov oaktsamhet enligt 6 kapitlet 1 a § brottsbalken, enligt gällande rätt?
2. Hur har Högsta domstolen och hovrätterna resonerat kring bedömningen av grov oaktsamhet samt gränsdragningen mellan uppsåt och grov oaktsamhet, i mål avseende våldtäkt alternativt oaktsam våldtäkt?
3. Är dessa resonemang förenliga med gällande rätt?

⁴ Prop. 2017/18:177 s. 21 f.

⁵ Brottsförebyggande rådet, s. 70–76. Se mer i avsnitt 2.3.

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen behandlar endast bedömningen av huruvida gärningspersonen agerat grovt oaktsamt samt gränsdragningen mellan uppsåt och grov oaktsamhet, i mål avseende våldtäkt alternativt oaktsam våldtäkt. Övriga bedömningar som görs i målet såsom vilka handlingar som är straffbara sexuella handlingar, huruvida målsägandes deltagande varit frivilligt, val av påföljd med mera behandlas inom ramen för uppsatsen.

Vad gäller avgöranden, har endast setts till domar från Högsta domstolen och hovrätterna med tanke på dess prejudicerande värde. Det har inte varit möjligt att basera uppsatsen på endast avgöranden från Högsta domstolen, då Högsta domstolen i skrivande stund endast meddelat tre domar på ämnet oaktsam våldtäkt, varav två behandlar straffansvar och ett avgörande behandlar endast val av påföljd. Därför har också setts till hovrättsdomar, vilket det finns ett stort antal av. En avgränsning har av den anledningen varit nödvändig. För att de granskade hovrättsdomarna ska vara så aktuella som möjligt har det avgränsats till avgöranden från och med 1 november 2021 till och med 31 mars 2022. Bland dessa avgöranden har sedan gjorts ett urval och endast de domar där brottsrubriceringen oaktsam våldtäkt varit aktuell har studerats. Detta inkluderar avgöranden då den tilltalade dömts för våldtäkt, oaktsam våldtäkt eller friats, men där eventuell grov oaktsamhet varit föremål för diskussion i domskälen. Genom detta urval har ett stort antal domar avgränsats bort som endast berör våldtäkt och uppsåt, utan att oaktsamhetsansvar varit aktuellt. Även domar där hovrätten endast haft att pröva frågan om påföljd och straffansvaret inte varit föremål för rättens prövning, har avgränsats bort. NJA 2021 s. 536 har dock inkluderats trots att endast påföljden är föremål för prövning, då det är ett av endast tre avgöranden från Högsta domstolen som berör brottet oaktsam våldtäkt. Särskilt bör också nämnas Fall 8 där åklagaren i hovrätten yrkat ansvar för våldtäkt. Detta avgörande har inkluderats då ett andrahandsyrkande om ansvar för oaktsam våldtäkt fanns i tingsrätten, men inte i hovrätten. Hovrätten fann i sin bedömning av den tilltalades eventuella likgiltighetsuppsåt att den tilltalade agerat medvetet oaktsamt, vilket i regel är att se som grov oaktsamhet.

1.4 Metod och material

Uppsatsen är baserad på en rättsdogmatisk metod. Gällande rätt fastställs med hjälp av beskrivning och tolkning av de traditionella rättskällorna lagstiftning, lagförarbeten, rättspraxis och juridisk litteratur.⁶ Den rättsdogmatiska metoden anses också inkludera en kritisk analys av gällande rätt och vilka problem denna kan medföra.⁷

⁶ Sandgren, s. 48–49.

⁷ Nääv och Zamboni, s. 24 f.

För att fastställa gällande rätt avseende våldtäkt och oaktsam våldtäkt har i första hand setts till lagregler i BrB. Detta har sedan kompletterats med uttalanden i förarbeten och praxis. Relevanta förarbeten består huvudsakligen av prop. 2017/18: 177 som föranledde 2018 års lagändring. Praxis utgörs i första hand av avgöranden från Högsta domstolen. Vad gäller oaktsam våldtäkt finns dock endast tre avgöranden från Högsta domstolen. En av dessa domar har begränsad relevans för denna uppsats. Detta avgörande⁸, som berör frågan om påföljd och huruvida oaktsam våldtäkt är ett så kallat artbrott, har ändock inkluderats i uppsatsen eftersom det är ett av väldigt få avgöranden där Högsta domstolen uttalar sig om brottet oaktsam våldtäkt. De andra två avgörandena från Högsta domstolen är däremot högst relevanta för uppsatsens syfte och frågeställningar. Det ena avgörandet⁹ handlar huvudsakligen om hur grov oaktsamhet ska bedömas och Högsta domstolen fann att den tilltalade varit medvetet oaktsam, vilket också utgjort grov oaktsamhet. Det andra avgörandet¹⁰ fokuserar på frågan om i vilka fall omedveten oaktsamhet kan ses som grov sådan. Med anledning av det högst begränsade antalet avgöranden från Högsta domstolen, har också sett till hovrättsdomar. Dessa har inte samma prejudikatsvärde som en dom från Högsta domstolen, men har ändock ett högre värde än tingsrättsdomar och ger samtidigt en bild av hur mål om oaktsam våldtäkt bedöms i praktiken.

Utöver detta har gällande rätt också fastställts genom beskrivning och tolkning av juridisk litteratur. Till största delen är den juridiska litteraturen skriven före 2018 års lagändring. Den juridiska litteratur som berör bedömningar av oaktsamhet är därför inte skriven med oaktsam våldtäkt i åtanke, utan andra brott som föranleder straffansvar vid oaktsamhet. I förarbeten ges dock inget uttryck för att bedömningen av vad som utgör grov oaktsamhet vid oaktsam våldtäkt skulle skilja sig från vad som utgör grov oaktsamhet i samband med andra brott. Tvärtom har lagstiftaren i förarbeten valt formuleringen oaktsam våldtäkt baserat på vad som i juridisk litteratur brukar anses utgöra grov oaktsamhet¹¹. Därtill framgår en mer specifik beskrivning av oaktsamhet i våldtäktsmål av förarbeten till bestämmelsen om oaktsam våldtäkt¹².

Det material som studerats i uppsatsen handlar till stora delar om oaktsam våldtäkt samt hur oaktsamhet bedöms. För att ge en komplett bild av våldtäktsbrottet redogörs också mer översiktligt för lagtextens övriga kriterier, samlagsbegreppet och kravet på frivillighet. För att ge en komplett bild av vad som utgör grov oaktsamhet, ses också till uppsåtets nedre gräns, det så kallade likgiltighetsuppsåtet och gränsdragningen mellan uppsåt och grov oaktsamhet. Utöver detta redogörs också för gällande rätt avseende bevisvärdering. Bevisvärdering har en nära koppling till de bedömningar av oaktsamhet och i viss mån även uppsåt som står i fokus i denna uppsats.

⁸ NJA 2021 s. 536, se avsnitt 5.1.2.

⁹ NJA 2019 s. 668, se avsnitt 5.1.1.

¹⁰ Högsta domstolens dom av den 7 april 2022 i mål B 779–21, se avsnitt 5.1.3.

¹¹ Prop. 2017/18:177 s. 48 f.

¹² Se avsnitt 3.3.

Huruvida den tilltalade agerat grovt oaktsamt bedöms med utgångspunkt i omständigheterna i det aktuella fallet, bland annat hur både den tilltalade och målsäganden agerat före, under och efter den aktuella händelsen¹³. I samband med en redogörelse för vilka omständigheter som ska ligga till grund för bedömningen av den tilltalades eventuella uppsåt eller oaktsamhet, görs också en bevisvärdering för att kunna ta ställning till vilka omständigheter som är bevisade. En omständighet som inte är bevisad får inte heller beaktas i oaktsamhetsbedömningen¹⁴. Detta gör att bristande bevisning kan vara anledningen till att den tilltalade inte kan anses ha agerat grovt oaktsamt. Detta är särskilt relevant mot bakgrund av att just våldtäktsbrottet är förenat med stora bevisvårigheter, något som domare, åklagare och advokater enligt en undersökning av Brå anser kvarstår även efter införandet av den nuvarande lagstiftningen¹⁵.

Avslutningsvis analyseras de rättsfall som presenterats inom ramen för uppsatsen. Detta görs i första hand genom att avgörandena och domstolarnas resonemang jämförs med vad som i övrigt framkommit angående gällande rätt, i syfte att på ett mer utförligt sätt beskriva gällande rätt då även prejudikat är en rättskälla. En beskrivning de lege lata av hur rätten är, kan jämföras med de lege feranda, som beskriver hur rätten bör se ut¹⁶. Denna uppsats fokuserar på de lege lata. Den kritik som framförs mot några av de studerade avgörandena, tar inte sikte på hur rätten borde se ut, utan snarare att den kritiserade delen av avgörandet kan anses vara problematisk i förhållande till redan gällande rätt. Det kan även röra sig om fall då olika avgöranden tycks förmedla olika syn på vad som egentligen är gällande rätt.

1.5 Forskningsläge

Då oaktsam våldtäkt är ett förhållandevis nytillkommet brott, finns ännu ingen omfattande forskning om just detta brott. En del studier har dock gjorts under de snart 4 år som gått sedan den nya sexualbrottslagstiftningen trädde ikraft. År 2020 gav Brå ut en rapport, ”Den nya samtyckeslagen i praktiken”¹⁷. I denna rapport har Brå på uppdrag av regeringen följt upp och analyserat tillämpningen i mål och våldtäkt och oaktsam våldtäkt genom att se på samtliga tingsrättsdomar från år 2019. Rapporten innehåller också kriminalstatistik och synpunkter från domare, åklagare och advokater. Utifrån detta presenterar Brå sin syn på och analys av hur rättstillämpningen såg ut under 2019 i mål och våldtäkt och oaktsam våldtäkt. Brå:s granskning får ett särskilt stort värde tack vare att den omfattar ett stort antal domar, vilket gör att de slutsatser som dras blir mer säkra jämfört med studier som baseras på ett mer begränsat material.

¹³ Bland annat NJA 2019 s. 668.

¹⁴ Detta följer av bland annat det faktum att domstolens bedömning ska vara samvetsgrann och objektivt grundad, se mer i kapitel 4.

¹⁵ Se avsnitt 2.3.

¹⁶ Nääv och Zamboni, s. 36.

¹⁷ Brottsförebyggande rådet.

2018 års lagstiftning föregicks av flera års debatt om en så kallad samtyckeslagstiftning. För- och nackdelar diskuterades bland annat av Madeleine Leijonhufvud och Petter Asp. Leijonhufvud genomförde redan år 2008 en utredning om en eventuell samtyckeslagstiftning, på uppdrag av Miljöpartiet där hon förespråkade en samtyckesbaserad lagstiftning¹⁸. Petter Asp diskuterar en eventuell samtyckeslagstiftning i sin bok *Sex och samtycke*¹⁹. Asp har också forskat kring uppsåt och oaktsamhet. Inom detta område måste också nämnas Magnus Ulväng, Nils Jareborg och Martin Borgeke.²⁰

Flertalet författare är aktiva på bevisvärderingens område och förespråkar olika metoder. Som exempel kan nämnas den metod baserat på statistik och beräkningar som förespråkas av bland annat professor Christian Dahlman. I kontrast till detta finns den så kallade bevisvärdeometoden som utvecklats av professor Per Olof Ekelöf. Även professor Christian Diesen har skrivit flertalet verk om bevisvärdering. Diesen förespråkar en bevisvärderingsmodell som anpassas utifrån målets typ och art.²¹

Lena Schelin har skrivit särskilt om bevisvärdering av utsagor i brottmål²², något som är särskilt relevant i våldtäktsmål där bevisningen ofta består av målsägandens utsaga i kombination med stödbevisning. Schelin har särskilt redogjort för de kriterier som i praxis anses vara tecken på att en utsaga är tillförlitlig och vilket stöd dessa har och inte har i forskningen. Angående den stödbevisning som ofta förekommer i mål om våldtäkt eller oaktsam våldtäkt, finns särskilda studier om stödbevisning i brottmål genomförda av Katrin Lainpelto²³. Dessa visar bland annat vilken sorts bevisning som brukar anses utgöra stödbevisning, resultatet av studierna redovisas närmre i avsnitt 4.2.

1.6 Disposition

Uppsatsen är indelad i 6 kapitel. Uppsatsens ram har ovan fastställts genom bland annat syfte, frågeställningar, avgränsningar och metod (kapitel 1). Nästkommande kapitel (kapitel 2) redogör för våldtäktsbrottet och därefter följer en djupare redogörelse för grov oaktsamhet och uppsåt (kapitel 3). Vidare beskrivs bevisvärderingen närmare (kapitel 4). Detta följs av en redogörelse för oaktsam våldtäkt i rättstillämpningen, utifrån de domar som studerats inom ramen för uppsatsen (kapitel 5). Det material som presenterats analyseras sedan för att besvara uppsatsens frågeställningar (kapitel 6).

¹⁸ Leijonhufvud.

¹⁹ Asp.

²⁰ Exempelvis Jareborg och Ulväng samt Borgeke, se mer i kapitel 3.

²¹ Se avsnitt 4.1.

²² Schelin, se mer i avsnitt 4.3.1.

²³ Lainpelto, se mer i avsnitt 4.2.

2 Våldtäktsbrottet

2.1 Kort historisk tillbakablick

Redan på medeltiden fanns våldtäkt reglerat i svensk lag. Enligt landslagen krävdes tolv vittnen. Om detta inte fanns, kunde en prövning göras om det fanns tydliga spår, exempelvis sönderrivna kläder eller att kvinnan hörts ropa på hjälp.²⁴ I stadslagen fanns ett motsvarande krav på sex vittnen.²⁵ Flera hundra år senare i 1864 års strafflag lades stort fokus på det våld som gärningspersonen utövat, jämfört med hur kraftigt motstånd offret gjort. Kravet på våld och/eller hot var högt ställt, högre än vid brottet rån.²⁶

Hundra år senare var sexualbrottslagstiftningen föremål för debatt. En stor fråga var huruvida vissa grova sexuella övergrepp inom äktenskapet skulle kriminaliseras. En av de största motståndarna var riksdagsledamoten Elisabeth Sjövall, som själv inte bara är kvinna utan dessutom överläkare. Hon argumenterar att kvinnans hämningar är så starkt förankrade, att ett normalt samlag genomförs med ett visst våld från mannens sida.²⁷ Sjövall beskriver ingående hur ett påstått sexuellt övergrepp kan gå till och förklaras:

” [...] hon tillåter honom att följa henne hem. Eller också har hon företagit en bilfärd med honom, ev. i form av liftning. Hon tillåter och tar ev. själv initiativet till en ytterligt avancerad erotisk kontakt [...]. När slutligen genomförandet av samlaget skall påbörjas reser hon ett plötsligt starkt och då för mannen många gånger obegripligt motstånd. Han genomför därför då samlaget med mer eller mindre brutalt våld [...] Han [en engelsk författare som författaren hänvisar till, red. anm.] anser att dessa våldtäkter främst orsakas av könsens bristande kunskaper om varandra — mannens bristande kunskap om kvinnans starka hämningar [...]. På samma sätt är kvinnan okunnig om att när mannen nått en stark grad av sexuell upphetsning saknar han sedan förmåga att bryta den på annat sätt än genom samlag.”²⁸

På 1970-talet går en statlig utredning på samma linje om hur många påstådda våldtäkter har samband med ”uppragningsfall” där kvinnor som är ute på diskotek förutsätts vara där för att ”roa sig och träffa en karl”. Man kan då, menar utredarna, anta att kvinnan är ute efter ett sexuellt umgänge. Om något övergrepp sedan skulle ske, beror detta endast på ett missförstånd då det sexuella spelets regler inte följts. Utredningen föranledde dock så pass stor kritik att den senare slopades.²⁹

²⁴ Holmbäck och Wessén (1962) s. 191.

²⁵ Holmbäck och Wessén (1966) s. 215.

²⁶ Leijonhufvud, s. 13 f.

²⁷ Leijonhufvud, s. 22.

²⁸ Sjövall, s. 12–13.

²⁹ SOU 1976:9 s. 184 samt Leijonhufvud, s. 26–29.

Sedan dess har synen på sexualbrott dock förändrats. Här måste nämnas metoo-rörelsen som under hösten 2017 spreds över hela världen. Syftet var att belysa sexuella trakasserier och sexuellt våld med hjälp av att individer berättade om sina egna erfarenheter. Rörelsen bestod främst av kvinnor, icke-binära och transpersoner.³⁰

I debatten diskuteras att stor vikt tidigare lagts vid målsägandens medskyldighet, något som fått allt mindre betydelse. Detta är mycket tack vare kunskap om så kallad frozen fright, då en person som utsätts för sexuellt övergrepp blir paralyserad eller på annat sätt reagerar med passivitet. Denna försvarsmekanism beror ofta på att offret försöker avskärma sig från hela situationen.³¹ Det kan också bero på skam eller chock.³²

2.2 Nuvarande lagstiftning

Den som genomför ett samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, med en person som inte deltar frivilligt, döms för våldtäkt. Vid bedömningen av om målsäganden deltagit frivilligt eller ej ska det särskilt beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. Det finns ett flertal situationer då en person aldrig kan anses delta frivilligt, bland annat då deltagandet är en följd av våld eller hot, eller om gärningspersonen otillbörligt utnyttjar att målsäganden befunnit sig i en särskilt utsatt situation.³³

Den som begår en gärning enligt beskrivningen ovan, men är grovt oaktsam beträffande omständigheten att den andra personen inte deltar frivilligt, ska dömas för oaktsam våldtäkt.³⁴

Alltså krävs för oaktsam våldtäkt fortfarande uppsåt i förhållande till alla kriterier, förutom det faktum att målsägande inte deltog frivilligt.

2.2.1 Samlag eller annan jämförlig sexuell handling

En förutsättning för att en tilltalad ska kunna dömas för våldtäkt eller oaktsam våldtäkt är att hen med målsäganden har genomfört ett samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag. Vilka sexuella handlingar som omfattas, förändrades inte i samband med 2018 års lagändring och även tidigare praxis kan

³⁰ Jämställdhetsmyndigheten.

³¹ Leijonhufvud, s. 45.

³² Holmgård, s. 511.

³³ 6 kap. 1 § BrB.

³⁴ 6 kap. 1 a § BrB.

tillämpas på denna fråga.³⁵ Begreppet samlag avser endast vaginala samlag. Det finns dock inget krav på fullbordat samlag med penetration, det räcker att en kvinnlig och en manlig könsdel berört varandra. I förarbeten till 2018 års lagändring framhövdes att denna definition inte är förenligt med varken den allmänna uppfattningen eller modernt språkbruk, utan det framstår snarare som förlegat att anse att samlag endast avser vaginala samlag. Bland annat måste vissa sexuella handlingar mellan personer av samma kön kunna omfattas av BrB:s samlagsbegrepp. Sexualbrottskommittén föreslog att begreppet samlag skulle ges en utvidgad innebörd genom uttalanden i förarbeten. Lagstiftaren ansåg dock att en sådan förändring var för omfattande för att kunna ske enbart genom förarbetsuttalanden, utan detta måste göras i lagtext.³⁶

Vidare lyftes i 2018 års förarbeten hur bedömningen av samlagsbegreppet orsakat problem i rättstillämpningen. Framförallt har definitionen av oralt samlag inte varit självklar. I NJA 2008 s. 1096 II ansåg Högsta domstolen att en gärning då gärningspersonen berört offrets underliv med sin mun, men då penetration inte förekommit, inte var jämförlig med vad som brukar avses med oralt samlag. Detta föranledde ett förtydligande från lagstiftaren som i prop. 2012/13:111 förtydligade att det kan vara jämförligt med samlag då någon med sin tunga vidrör en kvinnas underliv, oavsett om penetration skett eller ej. Mot bakgrund av de problem som samlagsbegreppet medfört, ansåg lagstiftaren inte att ytterligare jämförelsenormer i lagtexten skulle vara en bra lösning då detta endast leder till fler begrepp som ska definieras.³⁷

Trots vad som nu sagts om samlagsbegreppet, föreslogs en lagändring i en proposition från april 2022. Det föreslogs att våldtäktsparagrafen ska få lydelsen ”den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför ett vaginalt, analt eller oralt samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, döms för våldtäkt till fängelse i lägst tre och högst sex år. Detsamma gäller den som förmår en person som inte deltar frivilligt att företa eller tåla en sådan handling”.³⁸ En sådan lagändring skulle innebära att samlagsbegreppet utöver vaginala samlag även omfattar orala och anala sådana. Samtidigt förtydligas att lagen även omfattar händelser då målsäganden förmåtts att företa eller tåla en sådan handling. Lagstiftaren motiverade denna lagändring genom att likt i tidigare nämnda proposition från 2018 påpeka att det får anses som förlegat och ej överensstämmande med varken den allmänna uppfattningen eller modernt språkbruk att mena att samlag endast skulle avse vaginala samlag. Det nuvarande samlagsbegreppet utgår från en heterosexuell norm och den föreslagna lagändringen kan bättre signalera att straffbestämmelserna ska tillämpas lika oavsett kön eller sexuell läggning.³⁹

³⁵ Prop. 2017/18:177 s. 79.

³⁶ Ibid, s. 27.

³⁷ Ibid, s. 28.

³⁸ Prop. 2021/22:231 s. 7.

³⁹ Ibid, s. 34.

I samma förarbete konstaterades att orala och anala samlag redan i dagsläget brukar omfattas av våldtäktsbestämmelsen, då de brukar bedömas vara jämförliga med samlag med hänsyn till gärningens kränkning. Denna bedömning sker närmast schablonmässigt. Det kan då ifrågasättas huruvida den föreslagna lagändringen är nödvändig. Enligt lagstiftaren får lagändringen betydelse i den bemärkelsen att det tydliggörs att orala och anala samlag i kränkningshänseende är lika allvarliga som vaginala samlag. Detta gör att samlag mellan personer av samma kön, i lagtexten jämföras med samlag mellan personer av olika kön.⁴⁰

Samtidigt framhölls hur viktigt det är att definiera vilka sexuella handlingar som ska ses som samlag i enlighet med den nya bestämmelsen. Därför har det i författningskommentaren uttömmande beskrivits vad som avses med vaginal, oralt respektive analt samlag. Andra sexuella handlingar än dessa kan fortsatt omfattas av bestämmelsen om de anses jämförliga med samlag med hänsyn till kränkningens allvar.⁴¹ Definitionen av vaginala samlag ska vara densamma som tidigare, att ett manligt och ett kvinnligt könsorgan berört varandra. Ett analt samlag definieras som att ett manligt könsorgan har kommit i beröring med analöppning. Varken vaginalt eller analt samlag kräver penetration, utan beröring är tillräckligt. Oralt samlag definieras som att mun och könsorgan kommit i kontakt med varandra. Det innefattar både fall då gärningspersonen med sin mun eller tunga berört brottsoffrets könsorgan och de fall då offret förmås göra motsvarande med gärningspersonens könsorgan. Det finns här inget krav på penetration, även om detta kan förekomma.⁴²

Det lyftes också i propositionen att det nya lagförslaget kan komma att medföra en utvidgning av vilka sexuella handlingar som anses vara jämförliga med samlag, även om detta inte är det primära syftet med lagändringen. Det lämnas till rättstillämpningen att avgöra vilka handlingar som med hänsyn till kränkningens allvar ska anses jämförliga med vaginalt, analt eller oralt samlag.⁴³

Lagändringarna föreslås träda i kraft den 1 augusti 2022⁴⁴ och det återstår att se om de godkänns av riksdagen.

2.2.2 Kravet på frivillighet

Ett rekvisit för att en tilltalad ska kunna dömas för våldtäkt eller oaktsam våldtäkt, är att målsäganden inte deltagit frivilligt i den sexuella handlingen. Det avgörande är inte personens inre inställning, ett exempel på detta är att lagstiftaren uttryckt att så kallat tjatsex inte ska vara straffbart. Vid en bedömning av huruvida målsägandens deltagande i den sexuella handlingen

⁴⁰ Prop. 2021/22:231 s. 35.

⁴¹ Ibid, s. 35.

⁴² Ibid, s. 84.

⁴³ Ibid, s. 35–36.

⁴⁴ Ibid, s. 2.

varit frivilligt, ska enligt bestämmelsen särskilt beaktas om frivilligheten har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. Samtidigt har lagstiftaren valt att inte införa något krav på att frivilligheten ska ha kommit till uttryck på något speciellt sätt. Lagstiftaren menade att det varken var möjligt eller lämpligt att i lagtext reglera under vilka förutsättningar ett deltagande ska bedömas som frivilligt. Detta begrepp kan enligt lagstiftaren inte ges någon legal definition, utan en bedömning av vad som utgör frivilligt deltagande måste i varje enskilt fall överlämnas åt rättstillämpningen.⁴⁵

I förarbetena lyftes att även så kallat tyst samtycke godtas, då det inte finns något krav på att frivilligheten ska kommuniceras. Detta ansåg sexualbrottskommittén kunde utgöra ett problem, men lagstiftaren delade inte kommitténs uppfattning utan påpekade att ett frivilligt deltagande kan föreligga även då detta inte kommit till uttryck. Samtidigt konstaterades att även om passivitet kan ge uttryck för frivillighet, kan det också vara ett uttryck för bristande sådan. Lagstiftaren lyfte också de situationer då målsäganden gett tvetydiga signaler gällande sin frivillighet. I båda dessa situationer är det enligt lagstiftaren motiverat att kräva av gärningspersonen att hen tar reda på om den andre deltar frivilligt eller ej. Särskilt påpekades att detta krav på den som utför en sexuell handling med en annan person, inte bara är aktuellt vid det inledande skedet. Ansvar att försäkra sig om att den andre deltar frivilligt kvarstår under hela den tid som det sexuella umgänget pågår.⁴⁶

2.3 Brå:s studie av den nya lagstiftningen i praktiken

År 2020 utkom Brå med en rapport som granskade det praktiska tillämpandet av den nya våldtäktslagstiftningen. Samtliga tingsrättsdomar från 2019 som rörde fullbordad våldtäkt och oaktsam våldtäkt gick igenom och synpunkter inhämtades från främst rättsväsendet och frivilligorganisationer. Även kriminalstatistik analyserades.⁴⁷

Brå kunde dra slutsatsen att lagändringen gjort skillnad. Under 2019 meddelades 280 domar som rörde våldtäkter som ägt rum efter att lagändringen trätt ikraft. Av dessa domar bedömde Brå att 204 fall skulle ha uppfyllt rekvisiten för våldtäkt även innan lagändringen. Brå kunde också identifiera 76 domar som inte skulle ha gått till åtal eller fällande dom för våldtäkt före lagändringen.⁴⁸ Statistiken visade tydligt att i de fall förundersökningen gått så pass långt att åklagare fattat beslut i åtalsfrågan, har antalet åtalade personer ökat kraftigt sedan lagändringarna trädde

⁴⁵ Prop. 2017/18:177 s. 31–34.

⁴⁶ Ibid, s. 34.

⁴⁷ Brottsförebyggande rådet, s. 3.

⁴⁸ Ibid, s. 30.

ikraft.⁴⁹ Anmärkningsvärt var att det endast i två av de granskade domarna yrkats ansvar för oaktsam våldtäkt i första hand. Detta kan jämföras med att ansvar för oaktsam våldtäkt yrkats i andra hand i 93 av de domar som gått igenom, vilket motsvarar en tredjedel av fallen. Som förklaring till detta har av intervjuer med åklagare framgått att de helst vill att personen döms för våldtäkt. I de fall åklagaren är osäker på om åtalet håller för en fällande dom, tas oaktsam våldtäkt upp som andrahandsyrkande.⁵⁰

Brå kunde också identifiera statistik angående andelen fällande domar. De domar som avsåg gärningar före lagändringen och därför bedömdes enligt dåvarande lagtext, ledde i 60% av fallen till en fällande dom. Detta kan jämföras med de 80% fällande domar avseende de mål som omfattas av den nya lagstiftningen, men som Brå bedömde skulle ha uppfyllt även de gamla rekvisiten. Lägst andel fällande domar fanns dock bland de nya fallen, de situationer som inte bedömts som våldtäkt enligt äldre lagstiftning. I dessa av Brå identifierade nya fall, ledde åtalet till en fällande dom i 54% av fallen. En möjlig förklaring till den ökade fällandegraden kan enligt Brå vara att de nya reglerna påverkat domstolarnas sätt att värdera vilken bevisning som krävs för en fällande dom.⁵¹

Vid intervjuer kunde konstateras att åklagare till största delen var positiva till den genomförda lagändringen. Många påpekade lagstiftningens viktiga normativa funktion och att ett bra signalvärde kan leda till att fler vågar anmäla, något som den nya lagstiftningen kan bidra med, framförallt genom kravet på frivillighet. Samtidigt påpekades också vissa brister, bland annat i att bevisproblematiken fortsatt var ett stort problem i våldtäktsmål. Det upplevdes också av flera att svårigheter att tillämpa den nya lagstiftningen gjorde att det är betydligt mer godtyckligt om det blir åtal och fällande dom jämfört med tidigare. Fall som framstår som lika döms inte på samma sätt i olika domstolar. Även domare var till ganska stor del positiva till 2018 års våldtäktslagstiftning. Det bör nämnas i sammanhanget att de flesta domare ännu inte behövt döma i ett mål där den nya lagstiftningen ställdes på sin spets. Någon domare uttalade att personen varit oerhört skeptisk till lagändringarna, men nu ändrat uppfattning. Efter att ha tillämpat den nya lagstiftningen i en handfull våldtäktsmål, ansåg domaren att den nya lagstiftningen fungerade bra. Samtidigt framhöll domaren att det grundläggande problemet är bevissvårigheterna och att lagändringen medfört ytterligare frågor som ska bedömas, utan att själva bedömningen blivit enklare att göra.⁵²

Däremot var försvarsadvokater generellt kritiska till den nya lagstiftningen. De flesta påpekade att förutsebarheten försämrats och att rättssäkerheten generellt försämrats sedan den nya sexualbrottslagstiftningen infördes. Drygt två tredjedelar av advokaterna ansåg att beviskravet i våldtäktsmål hade sänkts. Drygt en tredjedel av advokaterna hade erfarenhet av

⁴⁹ Brottsförebyggande rådet, s. 25.

⁵⁰ Ibid, s. 32.

⁵¹ Ibid, s. 31.

⁵² Ibid, s. 70-73.

situationer då de upplevt att en omvänd bevisbörda tillämpats och den tilltalade behövt bevisa sig oskyldig.⁵³

⁵³ Brottsförebyggande rådet, s. 74–76.

3 Om uppsåt och (grov) oaktsamhet

3.1 Om uppsåtsbegreppet och dess nedre gräns

Fram till år 2004 talades det i svensk rätt om tre typer av uppsåt: direkt, indirekt samt eventuellt uppsåt. Den sistnämnda formen av uppsåt var kontroversiell och starkt kritiserad i juridisk litteratur på grund av det hypotetiska prov som gjordes, då hänsyn togs till bland annat personens allmänna karaktär och eventuell tidigare brottslighet. Debatten och dess olika förslag till förändring ledde till att Högsta domstolen år 2004 tog ställning i frågan om hur uppsåtsbegreppet skulle formuleras.⁵⁴

Högsta domstolen konstaterade inledningsvis att det inte finns någon lagstiftning om uppsåtsbegreppets innebörd, utan att tolkning av begreppet skett i praxis och juridisk litteratur. Högsta domstolen menade också att det inte fanns någon enhetlig uppfattning om hur bedömning av uppsåt ska göras. Högsta domstolen formulerade därför ny praxis där uppsåtet bestod av insiktsuppsåt, som innebär att den person som insett att en viss omständighet förelegat, anses ha uppsåt till denna. Insiktsuppsåtet kompletterades också av så kallat likgiltighetsuppsåt, som utgör gränsen mellan uppsåt och medveten oaktsamhet. Likgiltighetsuppsåtet utgörs av de fall då gärningspersonen inte bara insett att det fanns en risk för att en viss omständighet förelåg eller att en viss effekt skulle inträffa (medveten oaktsamhet) utan också var likgiltig i förhållande till omständigheten eller effekten. Det är inte tillräckligt att gärningspersonen varit likgiltig i förhållande till risken. Högsta domstolen formulerar detta som att det avgörande är att förverkligande av effekten eller förekomsten av omständigheten, vid gärningstillfället inte utgjorde ett för gärningspersonen relevant skäl för att avstå från gärningen. Om gärningspersonen istället handlar i förlitan på att effekten inte skulle förverkligas eller gärningsomständigheten föreligga, har denne inte varit likgiltig.⁵⁵

Den i NJA 2004 s. 176 angivna innebörden av likgiltighetsuppsåt framstår som identisk med den definition som Högsta domstolen anger i NJA 2019 s. 668⁵⁶. Bland annat sägs i det senare prejudikatet att för likgiltighetsuppsåt krävs att insikt om att målsäganden inte deltog frivilligt inte skulle ha avhållit gärningspersonen från att företa den sexuella handlingen. Således kan sägas att denna del av NJA 2004 s. 176 har bekräftats av Högsta domstolen i NJA 2019 s. 668. Närmare redogörelse för NJA 2019 s. 668 följer senare.

⁵⁴ Jareborg och Ulväng, s. 115.

⁵⁵ NJA 2004 s. 176.

⁵⁶ Se avsnitt 5.1.1.

Högsta domstolen har senare förtydligat likgiltighetsuppsåtet i NJA 2016 s. 763. Högsta domstolen uttalade i sitt avgörande att då medveten oaktsamhet konstaterats, har domstolen att bedöma hur gärningspersonen uppfattade sannolikheten för effekten eller omständigheten. Högsta domstolen uttalade att då gärningspersonen antagit eller utgått från att omständigheten förelåg, råder det en presumtion för uppsåt. Motsatt gäller också att om gärningspersonen inte antagit eller utgått från att omständigheten förelåg, råder en presumtion mot uppsåt.⁵⁷

Borgeke har skrivit närmare om uppsåtets nedre gräns och hur likgiltighetsuppsåtet kan ses som tvåspårigt. Först ska visas att gärningspersonen insett risken för en viss effekt eller att en viss omständighet förelåg. Därefter ska visas hur gärningspersonen förhöll sig inför att detta förelåg, med andra ord vilken attityd gärningspersonen hade. Borgeke lyfter delar ur NJA 2004 s. 176 där Högsta domstolen uttrycker oro för tillämpningen av likgiltighetsuppsåtet och Borgeke menar att oron var befogad. Borgeke menar att det bland annat förekommer att domstolarna i sina bedömningar glömmer bort att det inte är gärningspersonens allmänna likgiltighet som ska bedömas, utan att den centrala frågan är episodisk likgiltighet vid det aktuella tillfället. Det finns också en risk för att domstolarna inte i tillräcklig mån uppmärksammar skillnaden mellan att vara likgiltig inför en risk och att vara likgiltig inför förverkligandet av risken.⁵⁸

3.2 Hur kan likgiltighet bevisas?

Professor Magnus Ulväng menar att riktlinjer för vad som bevisar likgiltighet skulle kunna utläsas genom ett särskiljande av olika former av risktaganden. Det kan då genom en kvalitativ undersökning utkristalliseras vissa otillåtna risktaganden som manifesterar likgiltighet.⁵⁹

I NJA 2004 s 176 nämns som exempel att hänsynslöst beteende, upprörd sinnesstämning och gärningspersonens intresse i gärningen kan göra att uppsåt får anses föreligga även om det inte föreligger någon hög sannolikhet för omständigheten eller effekten. Samtidigt kan uppsåt i allmänhet inte anses föreligga när risken inte varit avsevärd enligt gärningspersonens föreställning. Det framhålls också att sannolikheten för ett medvetet risktagande är större vid överlagda och planerade gärningar än vid impulshandlingar. Risktagandet är då ofta kalkylerat och detta kan medföra att likgiltighet föreligger. Samtidigt framhålls att det förhållande att en gärning är välplanerad också kan få motsatt effekt i de fall då gärningspersonen genom planerande sökt undvika att gärningen skulle få en viss effekt och därmed inte kan anses ha varit likgiltig inför denna effekt.

⁵⁷ NJA 2016 s. 763, p. 17 och 22.

⁵⁸ Borgeke, s. 93–105.

⁵⁹ Jareborg och Ulväng, s. 135.

I NJA 2016 s. 763 kommenterade Högsta domstolen dessa riktlinjer och hållpunkter för bedömningen och betonade att en tillämpning av dessa måste göras med försiktighet. Likgiltighetsmarkörer kan vara vägledande, men Högsta domstolen lyfte särskilt vikten av att anpassa bedömningen till det enskilda fallet. Vilka faktorer som har betydelse för bedömningen varierar beroende på omständigheterna i det enskilda fallet och måste alltid sättas i sitt sammanhang.⁶⁰ Även Borgeke har lyft dessa svårigheter och formulerat detta som en risk för att domstolarna ska basera sin bedömning, inte på gärningspersonens uppfattning om risken, utan istället uteslutande på likgiltighetsmarkörerna.⁶¹

Även Ulväng har kommenterat svårigheterna i att bevisa uppsåt. Han lyfter att det är i princip omöjligt för domstolarna att i efterhand avgöra hur en gärningsperson har tänkt vid gärningsögonblicket. Detta är kanske särskilt svårt då personen agerat kortsiktigt och utan att överväga följderna, inte sällan i en tumultartad situation. Ulväng lyfter också flera andra svårigheter, exempelvis är det för gärningspersonen omöjligt att i förväg förutse hela händelseförloppet och samtliga konsekvenser av detta. Ingen människa har förmågan att förutse alla tänkbara följder av ett visst agerande och det kan mycket väl hända att gärningspersonen blir förvånad över konsekvenserna av sitt handlande. Därför bli det ett bevisfaktum för sig vad gärningspersonen haft för inställning till olika möjliga effekter. Som exempel lyfter Ulväng en situation då en person med hjälp av en kniv skadar en annan människa. Personen måste då anses vara likgiltig inför sådant som ingår i risken med att använda kniv, såsom hot, smärta samt förmodligen svår kroppsskada. Men innebär detta också att gärningspersonen är likgiltig inför den följden att offret avlider? Ulväng påpekar att det är en hårfin gräns mellan medveten oaktsamhet då personen uppfattar en risk och är likgiltig inför risken och likgiltighetsuppsåt då personen uppfattar risken och är likgiltig inför följden.⁶²

Angående samtliga exempel på likgiltighetsmarkörer som tas upp i NJA 2004 s. 176 konstaterar Ulväng att de har det gemensamma problemet att det är synnerligen svårt att hitta bevisfakta för gärningspersonens likgiltighet. Risken blir då att bedömningen bygger på spekulationer, vilket har sina likheter med de karaktärsbedömningar som avskaffandet av det kritiserade hypotetiska uppsåtet syftade till att undvika.

3.3 Om (grov) oaktsamhet

Medveten oaktsamhet kan beskrivas som en misstanke om eller insikt om risken för att ett visst förhållande föreligger.⁶³ Prövningen av medveten

⁶⁰ NJA 2016 s. 763, p. 14.

⁶¹ Borgeke, s. 98.

⁶² Jareborg och Ulväng, s. 137–139.

⁶³ Ibid, s. 80.

oaktsamhet är i det första ledet identisk med prövningen av likgiltighetsuppsåt. Medveten oaktsamhet skiljer sig endast från likgiltighetsuppsåt på det sätt att den medvetet oaktsamme inte är likgiltig inför förekomsten av en viss omständighet eller förverkligandet av en viss risk. Vid omedveten oaktsamhet har gärningspersonen däremot inte insett att en risk förelegat. Det talas då istället om att personen borde ha insett risken. I en sådan situation måste man fråga sig vad gärningspersonen kunde ha gjort för att få kunskap om en eventuell risk. Kanske kunde personen ha fått insikt om risken genom att utföra någon form av kontroll eller genom att tänka efter. Därefter måste man också fråga sig om det kunnat begäras av gärningspersonen att denne ska utföra dessa kontroller.⁶⁴ Jareborg beskriver detta med hjälp av en struktur där ett antal saker förutsätts. Dels har personen utfört en otillåten gärning, G. Personen saknar också uppsåt i förhållande till G, men skulle haft uppsåt i förhållande till G om personen hade gjort X, vilket normalt innebär att utnyttja sin tankeförmåga och sitt förstånd genom att exempelvis tänka efter eller inhämta information. Utöver detta hade personen tillfälle och förmåga att göra X och kan klandras för att inte ha gjort detta.⁶⁵

Detta motsvarar väl vad som sägs i förarbeten till bestämmelsen om oaktsam våldtäkt. Där anges att det inte är uteslutet att omedveten oaktsamhet kan betraktas som grov. Det rör sig då om fall där gärningspersonen inte insett risken för att målsäganden inte deltagit frivilligt, men borde ha gjort det. Det krävs då att det finns något som personen kunde ha gjort för att komma till insikt om huruvida frivillighet förelåg eller inte, som exempel nämns att tillfråga målsäganden eller att själv tänka efter. Dock är inte all omedveten oaktsamhet att se som grov, utan det ska röra sig om klart klandervärda fall då gärningspersonen inte bemödat sig att kontrollera de närmare förhållandena trots att det funnits starka skäl att göra det.⁶⁶

3.4 Täckningsprincipen

Täckningsprincipen innebär att samtliga objektiva rekvisit ska omfattas, ”täckas” av gärningspersonens uppsåt eller grova oaktsamhet.⁶⁷ Som framgår av lagtexten, krävs för oaktsam våldtäkt fortfarande uppsåt för alla rekvisit förutom det faktum att målsägande inte deltog frivilligt. Här räcker det att gärningspersonen varit grovt oaktsam. Gärningspersonen måste därför ha haft uppsåt att genomföra ett samlag eller annan sexuell handling som omfattas av våldtäktsbestämmelsen. Det är dock väldigt ovanligt att en person genomför en sådan sexuell handling utan att ha uppsåt till själva genomförandet av handlingen. Det som kan nämnas här är sexsomni, som på senare tid har blivit ett allt vanligare argument för bristande uppsåt.

⁶⁴ Ågren, s. 58 f.

⁶⁵ Jareborg och Ulväng, s. 79.

⁶⁶ Prop. 2017/18:177 s. 85.

⁶⁷ Ågren, s. 59.

Gärningspersonen utför då sexuella handlingar i sömnen och har därför inte haft uppsåt till att genomföra handlingen.⁶⁸ Det torde dock i de allra flesta fall vara i förhållande till målsägandens bristande frivillighet, som den tilltalade invänder att hen inte haft uppsåt eller varit grovt oaktsam.

⁶⁸ Mellqvist och Lindh, s. 33–35.

4 Om bevisvärdering

4.1 Om den fria bevisprövningen

Tidigare byggde bevisvärderingen i svensk rätt på den legala bevisteorin. Det fanns då särskilda regler som begränsade vilken bevisning som fick presenteras i målet och hur domaren skulle förhålla sig till den bevisning som lagts fram.⁶⁹ Enligt nuvarande reglering i rättegångsbalken ska rätten efter en samvetsgrann prövning av allt som har förekommit, avgöra vad som är bevisat i målet⁷⁰. Detta kallas också för principen om fri bevisprövning och innebär att domstolen inte är bunden av några särskilda regler för bevisprövning utan är fri att själv göra en egen bedömning utifrån de enskilda omständigheterna⁷¹.

Samtidigt bör understrykas att ovan nämnda lagtext framhåller att prövningen ska vara samvetsgrann. Bevisvärderingen är inte fri i den bemärkelsen att domaren själv kan göra bedömningar helt fritt enligt eget tycke. Domarens bedömning måste vara objektivt grundad och får inte baseras på personliga värderingar och fördomar.⁷² Det som däremot får beaktas är allmänna erfarenhetsatser, så kallade notoriska fakta. Det krävs ingen bevisning för omständigheter som är allmänt veterliga⁷³. Vad som utgör notoriska fakta varierar över tid, men också beroende på geografisk plats och andra omständigheter. Som exempel kan nämnas lokala förhållanden som är kända för alla som bor på en viss ort. Ett annat exempel är att vissa förhållanden som rör arbetsmarknaden och ses som notoriska fakta i Arbetsdomstolen, inte nödvändigtvis ses som allmänt veterliga vid handläggning i tingsrätt.⁷⁴

Det finns flera risker i samband med att hänsyn ska tas till notoriska fakta. En domare får inte förlita sig på erfarenhetsatser som förvisso är kända för domaren, men som inte är en del av allmän bildning och livserfarenhet.⁷⁵ I juridisk litteratur har framhållits att vad som exempelvis är rationellt agerande i en situation varierar beroende på perspektiv. Om domaren inte har samma perspektiv som parterna i målet, riskerar bedömningen att bli felaktig. Som exempel på vad som kan påverka en persons perspektiv och vad just den personen ser som notoriska fakta, nämns bland annat åldersrelaterade faktorer, kultur eller religiös åskådning. Det lyfts också att vardagen för en person inom missbrukarkretsar eller organiserad

⁶⁹ SOU 1926:32 s. 24.

⁷⁰ 31 kapitlet 1 § 1 stycket RB.

⁷¹ Nordh: *Bevisrätt C*, s. 34–35.

⁷² *Ibid.*, s. 35.

⁷³ 35 kap. 2 § RB.

⁷⁴ Nordh: *Bevisrätt A*, s. 20.

⁷⁵ NJA II 1943 s. 445.

brottslighet, kan se väldigt annorlunda ut jämfört med personers vardag i allmänhet.⁷⁶

Det finns ett antal olika metoder för att värdera bevis. Som exempel kan nämnas den av bland annat professor Christian Dahlman förespråkade metod som använder sig av Bayes teorem för att beräkna den statistiska sannolikheten för en viss hypotes. Varje bevis tillmäts en viss beviskraft och för varje bevis ökar sannolikheten för hypotesen, till exempel att den tilltalade är skyldig. För att beräkna beviskraften måste sannolikheten bestämmas för att beviset skulle finnas givet att hypotesen är sann. Även sannolikheten för att beviset skulle finnas givet att hypotesen är falsk måste bestämmas.⁷⁷

Professor Per Olof Ekelöf har riktat kritik mot denna metod och menar bland annat att det inte går att fastställa något frekvensförhållande om ett temas vanlighet respektive ovanlighet. Bayes teorem kräver en kvantifiering av i hur många fall av hundra som ett givet tema föreligger, något som Ekelöf menar är omöjligt att fastställa. Ekelöf har istället utvecklat den så kallade bevisvärdeometoden som i korthet innebär att rätten först ska värdera varje bevis oberoende av andra omständigheter och sedan bestämma sannolikheten för att beviset orsakats av bevistemat.⁷⁸

Professor Christian Diesen menar att domaren bör välja den metod som ger det säkraste resultatet i det aktuella målet. Han ställer upp en lista med en rad olika krav på vad en enligt honom god bevisvärderingsmetod bör innehålla. Bland annat ska hänsyn tas till utredningens robusthet och bevisvärderingen ska bygga på objektivitet. Ingen hänsyn ska tas till personliga fördomar och modellen ska baseras på den fria bevisprövningen som finns idag. Det ska också enligt Diesen vara möjligt även för en lekmannadomare att kunna förstå metoden, det ska inte krävas några andra förkunskaper än juridiska sådana. Det finns ett utrymme för att förkunskaper kring sannolikhetskalkyl eller kunskapsteori kan krävas, men då ska en jurist kunna tillägna sig detta i förenklad form. Vidare menar Diesen att utgångspunkten för sagda metod bör vara att pröva bevisningen utifrån beviskravet. Modellen måste också kunna anpassas utifrån målets typ och art.⁷⁹

4.2 Hur mycket bevis krävs?

Beviskravet som ställs i brottmål är att åtalet ska vara styrkt bortom rimligt tvivel. Detta gäller även i mål om våldtäkt, något som domstolarna ofta påpekar i samband med sin bevisvärdering i just dessa mål. Det räcker inte med att målsäganden är mer trovärdig än den tilltalade, utan det högt ställda

⁷⁶ Nordh: *Bevisrätt C*, s. 38.

⁷⁷ Dahlman, s. 82–84.

⁷⁸ Ekelöf m.fl., s. 169–171.

⁷⁹ Diesen, s. 69–71.

beviskravet måste vara uppfyllt. I ljuset av detta är det problematiskt att det just i mål om våldtäkt ofta saknas teknisk bevisning och direkta vittnesiakttagelser. Detta är dock inget direkt hinder för att uppfylla beviskravet. En alltigenom trovärdig utsaga från målsäganden i förening med stöd av vad som i övrigt framkommit i målet, kan vara tillräckligt för en fällande dom. Sådan stödbevisning består ofta av vittnens iakttagelser av exempelvis målsägandens beteende och reaktioner efter händelsen, vilket ger ett indirekt stöd för målsägandens utsaga.⁸⁰

Begreppet stödbevisning är ett relativt nytt begrepp som vuxit fram i praxis och juridisk litteratur har påpekat att det inte finns någon definition på vilken typ av bevisning som avses. I en studie av Katrin Lainpelto framkommer att begreppet stödbevis förekommer i avgöranden i olika former av brottmål och att det är vanligast förekommande i mål relaterade till sexualbrott (mot barn eller vuxna). Lainpelto genomförde även en studie av samtliga domar meddelade under ett år som rörde sexualbrott mot barn. Även om denna uppsats är avgränsad till (oaktsamma) våldtäkter mot vuxna, kan resultatet ge en bild av vilken typ av bevisning som brukar avses med begreppet stödbevisning. Resultatet av studien visade att all bevisning som benämns som stödbevisning, har varit åberopad av åklagaren. Bevisning som åberopats av försvaret har inte kallats för stödbevisning. Stödbevisningen har i 69% av fallen ansetts ge stöd åt målsägandens utsaga. I 14% av fallen har domstolen angett att stödbevisningen ger stöd för åtalet som sådant. En stor del av stödbevisningen bestod av vittnesuppgifter. I enstaka fall har även skriftlig bevisning benämns som stödbevisning. Det har då rört sig om bland annat utdrag ur digitala konversationer, rättsintyg, journalanteckningar eller utdrag ur målsägandens dagbok.⁸¹

Likt i studien ovan, bygger bevisningen i våldtäktsmål, utöver parternas berättelser, inte sällan på att målsäganden efter händelsen berättat om den för andra personer som hörs som vittnen. Det är då inte i egentlig mening fråga om bevisning som tar sikte på den påstådda gärningen, eftersom vittnena inte har gjort några egna iakttagelser av själva händelsen. Sådana uppgifter kan emellertid tillsammans med vittnenas egna iakttagelser av exempelvis målsägandens beteende och reaktioner efter händelsen i vissa fall utgöra ett indirekt stöd för målsägandens berättelse.⁸²

4.3 Vad är en trovärdig berättelse?

4.3.1 Om tillförlitlighet och trovärdighet

Det görs i domskäl ofta inte någon skillnad på begreppen tillförlitlighet och trovärdighet och enligt Lena Schelin verkar det råda en viss förvirring kring dessa begrepp. Trovärdighet är ett mått på tilliten hos personen som lämnar

⁸⁰ Exempelvis NJA 2009 s. 447 I, NJA 2010 s. 671 p.7 samt NJA 2017 s 316 I p. 11.

⁸¹ Lainpelto, s. 157–177.

⁸² Exempelvis NJA 2009 s. 447 I, NJA 2010 s. 671 p.7, NJA 2017 s. 316 I p. 11.

utsagan. Tillförlitlighet är kopplat till utsagan som sådan och innebär att utsagan kan tas för sann. Det sagda innebär således att en trovärdig person kan lämna en utsaga som inte är tillförlitlig. På samma sätt är det möjligt att en icke trovärdig person kan lämna en tillförlitlig utsaga. Schelin menar att domstolarna gör en trovärdighetsbedömning utifrån utsagepersonens allmänna uppträdande. Enligt Schelin bör en rationell bevisprövning utgå från en inledande och allmän bedömning av personens trovärdighet. Sedan avgörs tillförlitligheten, som utgör bevisvärdet i de uppgifter som lämnats.⁸³

4.3.2 Indikatorer på att en utsaga är tillförlitlig

Högsta domstolen har i ett avgörande från 2010 angett flera olika indikatorer som kan ge vägledning i huruvida en utsaga är trovärdig. Som exempel kan nämnas att en utsaga ska vara klar, lång, levande, logisk och rik på detaljer. Samtidigt kan det vid bedömningen också ses till om viktiga delar av utsagan har kunnat bekräftas på annat sätt. En tillförlitlig utsaga ska också vara fri från felaktigheter, motsägelser, överdrifter, svårförklarliga moment, konstansbrister, dåligt sammanhang eller tvekan i avgörande delar. Högsta domstolen framhöll också att det ofta är svårt att göra en bedömning baserat på vilket intryck personen ger.⁸⁴

Högsta domstolen har i ett senare avgörande från 2017 lyft den analys som sakkunniga gjort i samband med de nyss nämnda kriterierna. De analyser som gjorts har bland annat konkluderat att huruvida en utsaga är klar, lång och detaljrik ofta kan vara tecken på att den är sann. Däremot saknas det egentligt stöd för att det skulle vara ett tecken på bristande trovärdighet eller tillförlitlighet att personen lägger till eller tar bort information (konstansbrister). Högsta domstolen påpekade också att det kan vara problematiskt att tillämpa kriterierna på utsagor från personer som av olika skäl har en bristande förmåga att uttrycka sig muntligen, något som domstolarna måste vara observanta på.⁸⁵

Att det som Högsta domstolen angett är svårt att bedöma trovärdighet och tillförlitlighet baserat på vilket intryck personen ger, har stöd i forskningen. Det har inte genom forskning kunnat visas att olika former av kroppsspråk, ögonkontakt eller undvikande blick säger något om huruvida personen talar sanning. Högsta domstolen påpekade också att konstansbrister inte nödvändigtvis innebär att en utsaga är osann. Forskning har visat på att konstanskriteriet är det mest åberopade och det är förenligt med forskning att centrala detaljer bör vara konstanta. En sann utsaga bör dock inte vara densamma i sin helhet, utan snarare utvecklas över tid och bli mer tydlig i senare förhör. Angående övriga kriterier, är det riktigt att det är ett tecken på sanningsenlighet att en utsaga är lång. Det stämmer också att sanna utsagor innehåller mer detaljer. Det finns dock ett direkt samband mellan detta och att sanna utsagor är längre i sin helhet. Om det korrigeras för längden så är

⁸³ Schelin, s. 240 f.

⁸⁴ NJA 2010 s 671 p.8.

⁸⁵ NJA 2017 s 316 I p. 10.

sanna utsagor inte mer detaljerade än felaktiga sådana. Det finns ingen högre ”detaljtäthet” i sanna utsagor. Därför kan det argumenteras för att detta kriterium bör användas med försiktighet. Det måste också uppmärksammas att forskning visar att beslutsfattare blir mer berörda av en levande och detaljerad utsaga. Detta gör att ett detaljerat innehåll riskerar att tillmätas en oproportionerligt stor betydelse. Ännu ett tecken på att en utsaga är sann är enligt praxis att den är fri från svårförklarliga moment. Forskning visar på att det är viktigt att se till anledningen till att de svårförklarliga momenten förekommer. Det kan finnas en rimlig förklaring, exempelvis att personen har missuppfattat eller misstolkat vissa omständigheter eller att personen har svårt att hitta rätt ord för att beskriva en viss händelse. Om det finns en rimlig förklaring till de svårförklarliga momenten, får dessa inte påverka utsagans tillförlitlighet.⁸⁶

4.4 Om robusthet

Robusthet är ett uttryck för hur fullständig en utredning är. Det är en brist om ytterligare bevisning som inte förts in, hade kunnat påverka värdet av utredningen om det hade införts. Ju fler brister det finns, desto mindre robust är bevisningen. Då brister föreligger i bevisning som presenteras för domstol, bör den bevisning som presenterats anses ha ett lägre värde. Utredningens robusthet får också allt större betydelse ju allvarligare brottet är.⁸⁷ Diesen framhåller att varje tillfört bevis alltid ökar robustheten. Beviset kan tala för eller emot hypotesen och i olika riktningar förändra sannolikheten för att en tilltalad är skyldig, men robustheten ökar alltid.⁸⁸

Angående kraven på en målsägandes utsaga som behandlats ovan, bör också nämnas att Högsta domstolen påpekat ett visst robusthetskrav i samband med detta. Målsägandens berättelse ska ha blivit kontrollerad under förundersökningen, i den mån det är praktiskt möjligt.⁸⁹

⁸⁶ Schelin, s. 185–196.

⁸⁷ Nordh: *Bevisrätt C*, s. 18.

⁸⁸ Diesen, s. 67.

⁸⁹ NJA 2010 s. 671 p. 7.

5 Oaktsam våldtäkt i rättstillämpningen

5.1 Högsta domstolen

5.1.1 NJA 2019 s. 668

Målsäganden (M) och den tilltalade (S-E.B.) hade under en längre tid haft kontakt på sociala medier, men aldrig tidigare träffats. De hade talat om allt möjligt och S-E.B. hade föreslagit att de skulle ha sex. Den aktuella kvällen skulle de träffas och M erbjöd S-E.B. att sova över hos henne, då de bodde på olika orter. M skrev till S-E.B. att hon inte ville ha sex och S-E.B. svarade "ok" eller något liknande. När S-E.B. kom till lägenheten låg M i sängen under ett täcke, iklädd endast underkläder. S-E.B. la sig även han i sängen. Han hade endast kalsonger på sig och de hade varsitt täcke. Det är ostridigt att samlag genomförts och att M förhöll sig relativt passiv under hela händelseförloppet. I både tingsrätten och hovrätten dömdes S-E.B. för uppsåtlig våldtäkt.

Inledningsvis fann Högsta domstolen det bevisat att S-E.B. genomfört sådana sexuella handlingar som omfattas av bestämmelsen, med M som inte deltog frivilligt. Vidare konstaterade Högsta domstolen att då gärningspersonen inser att det finns en risk att den andra inte deltar frivilligt men ändå handlar, utgör detta i vart fall medveten oaktsamhet. För uppsåt krävs även att gärningspersonen är likgiltig inför att målsägandens deltagande inte är frivilligt. Det räcker inte att gärningspersonen är likgiltig inför risken för att målsäganden inte deltar frivilligt. Annorlunda formulerat kan sägas att om gärningspersonen i ett hypotetiskt scenario haft insikt om att målsäganden inte deltog frivilligt, skulle detta inte föranlett att gärningspersonen avhöll sig från att företa handlingen. Det avgörande för bedömningen är vad gärningspersonen vid gärningstillfället har uppfattat om relevanta förhållanden och hur han har förhållit sig till dem. Bedömningen av likgiltigheten måste ske med utgångspunkt i de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet. Det får därför betydelse både vad som skett före och efter den aktuella handlingen samt hur parterna agerat under själva händelseförloppet.

Högsta domstolen ansåg det inte vara visat att S-E.B. visste eller förstod att M inte ville ha sex. Däremot måste meddelandet M skickade tidigare innan de träffades ha gett S-E.B. anledning att tro att hon antagligen inte var intresserad av att ha sex den kvällen. Detta gäller även med beaktande av att man alltid kan ändra sig gällande om man vill delta i sexuella handlingar eller inte. Därför är det visat att S-E.B. när han kom till lägenheten insåg att det kunde vara så att M inte ville delta i några sexuella handlingar. S-E.B:s förklaring till varför han trodde att M ville ha sex var för att hon rullade emot honom, lät honom fortsätta när han rörde henne samt att han

uppfattade det som att hon hjälpte till med att ta av trosorna. Hans uppfattning stämmer inte exakt överens med M:s berättelse, men hans uppgifter enligt ovan är inte motbevisade. S-E.B. har uppgett att M var passiv och när hon vände sig mot honom är han osäker på om hon sov eller ej. S-E.B:s uppgifter ger därför inte stöd för något annat än att han agerade i osäkerhet om hur situationen skulle förstås. S-E.B. har berättat att han avbröt samlaget när M drog sig nedåt i sängen, eftersom han fick intrycket av att hon inte längre ville delta. Detta strider mot vad M berättat, men hennes berättelse kan inte anses motbevisa vad S-E.B. sagt om skälen till att han avbröt samlaget. Detta gör att det är visat att S-E.B. även efter det initiala skedet insåg risken för att M inte deltog frivilligt. Däremot så har han uppgett att han avbröt samlaget när han märkte att det inte kändes bra, därför finns det fortfarande tvivel kring huruvida S-E.B. vid gärningstillfället var likgiltig inför det faktum att M inte deltog frivilligt. Därför ansåg Högsta domstolen att kravet på uppsåt ej var uppfyllt.

Angående det genom 2018 års lagändring nya brottet oaktsam våldtäkt, framhävde Högsta domstolen med stöd av propositionen att bestämmelsen är avsedd att omfatta de gärningar som är påtagligt straffvärda. I första hand rör detta medveten oaktsamhet, vilket överensstämmer med första ledet i bedömningen av likgiltighetsuppsåt. Gärningspersonen misstänker att eller inser risken för att den andre inte deltar frivilligt. Gärningspersonen är endast likgiltig inför risken och handlar som om det vore frivilligt, men inser risken för motsatsen. Visst utrymme finns även att bedöma omedveten oaktsamhet som grov sådan. Det rör sig då om mer påtagligt klandervärda fall när gärningspersonen inte misstänker, men borde misstänka att målsäganden inte valt att delta. Gärningspersonen klandras för att inte ha skaffat sig kunskap om hur det förhöll sig, trots att det borde ha gjorts. Enligt domstolens bedömning i frågan om likgiltighetsuppsåt så framgår det att S-E.B. insett risken för att M inte deltog frivilligt. Insikten fanns även när han genomförde de sexuella handlingarna. S-E.B. har därför varit medvetet oaktsam. Medveten oaktsamhet är i regel att anse som grov. Detta är inte någon undantagssituation där den medvetna oaktsamheten inte skulle ses som grov. Tvärtom är det ett medvetet risktagande av allvarligt slag. S-E.B. dömdes därför för oaktsam våldtäkt.

5.1.2 NJA 2021 s. 536

Målsäganden (M) och den tilltalade (VF) träffades den aktuella kvällen och gick hem till M i syfte att ha sex. De kände inte varandra närmare, men hade haft sex vid ett tidigare tillfälle. Genom vad M och VF berättat är det utrett att de hade frivilligt sex i form av bland annat vaginalt samlag då VF befann sig bakom M. Det är också utrett att VF sedan genomförde ett analt samlag som M inte deltog frivilligt i. Detta varade i under en minut och M hade ont i några dagar efteråt. Gärningen ägde rum dagen innan VF skulle fylla 21 år.

I både tingsrätten och hovrätten dömdes VF för oaktsam våldtäkt. Hovrätten fann att VF agerat medvetet oaktsamt, vilket också utgjort grov oaktsamhet.

Högsta domstolen meddelade prövningstillstånd endast i fråga om påföljd, med den motiveringen att det finns ett prejudikatintresse i huruvida oaktsam våldtäkt ska särbehandlas vid påföljdsvalet på grund av brottslighetens art, samt när ett fängelsestraff ska anses vara helt verkställt med anledning av ett tidigare frihetsberövande.

Högsta domstolen konstaterade att det vid straffvärdebedömningen avseende oaktsam våldtäkt ska tas hänsyn till om brottet lett till fysisk smärta eller skada samt den sexuella handlingens varaktighet. Vidare konstaterade Högsta domstolen med hänvisning till NJA 2019 s. 668 att hänsyn också ska tas till graden av oaktsamhet hos gärningspersonen. Hänsyn ska också tas till vilken sexuell handling det är fråga om. Medveten oaktsamhet är i regel mer straffvärd än en lägre grad av oaktsamhet.

I detta fall har VF på ett allvarligt sätt kränkt M:s sexuella integritet. VF har agerat medvetet oaktsamt och M har orsakats fysisk smärta. Däremot talar det i en mildrande riktning att gärningen varit kortvarig. Högsta domstolen ansåg därför att straffvärdet för brottet motsvarar fängelse i 8 månader. Detta ska dock sättas något lägre med hänsyn till VF:s unga ålder.

Högsta domstolen går sedan vidare till att redogöra för de rättsliga utgångspunkterna vid val av påföljd. Bland annat ska hänsyn tas till brottets art. Det är inte sedan tidigare uttalat att oaktsam våldtäkt skulle utgöra ett så kallat artbrott, med andra ord att brottsligheten skulle vara av sådan art att det finns anledning till särbehandling vid påföljdsvalet. Högsta domstolen hänvisade här till ett tidigare avgörande som handlade om just artbrott, NJA 2014 s. 559 ”De kinesiska kullagren”. Högsta domstolen har i detta avgörande uttalat att det endast finns ett begränsat utrymme för att genom praxis särbehandla ytterligare brottstyper med hänvisning till deras art. Vid en bedömning av huruvida en brottstyp bör särbehandlas med hänvisning till dess art, ska det beaktas om det finns ett särskilt behov av normbildning. Det ska också göras en individuell bedömning av hur starkt brottslighetens art talar för fängelse i det enskilda fallet.

Högsta domstolen lyfte hur lagstiftaren i förarbeten till 2018 års sexualbrottslagstiftning betonat att syftet med lagstiftningen är att förändra normer och påverka människors värderingar. Detta syfte är särskilt tydligt när det gäller brotten våldtäkt och oaktsam våldtäkt. Utifrån detta drar Högsta domstolen slutsatsen att oaktsam våldtäkt är en brottstyp där behovet av normbildning framträder särskilt tydligt. Med hänvisning till tidigare praxis konstaterar Högsta domstolen att våldtäkt och flera andra sexualbrott är just sådana brottstyper som enligt praxis särbehandlas vid påföljdsvalet med hänvisning till brottslighetens art. Som skäl för detta brukar i praxis anges att det rör sig om allvarliga övergrepp på den personliga integriteten. Med hänvisning till förarbeten konstaterade Högsta domstolen att även oaktsam våldtäkt innefattar en sådan påtaglig kränkning av den personliga integriteten och att brottet har samma skyddsintresse som våldtäkt.

Utifrån vad som sagts ovan, drog Högsta domstolen slutsatsen att brottets art bör tillmätas betydelse för påföljdsbestämningen och att det finns en presumtion för fängelse vid oaktsam våldtäkt. I det nu aktuella fallet fanns inget förutom brottets art som särskilt talar för ett fängelsestraff. Något som hade kunnat tala för ett fängelsestraff är straffmättningsvärdet eller om den tilltalade tidigare gjort sig skyldig till brott. Däremot är straffmättningsvärdet inte så högt att det ensamt bryter mot den grundläggande presumtionen mot att döma till fängelse som återfinns i NJA 2015 s. 1024. Inte heller har den tilltalade sedan tidigare gjort sig skyldig till brott. Högsta domstolen konstaterar att även om det finns skäl för fängelse, kan en icke frihetsberövande påföljd komma ifråga om den kan förenas med samhällstjänst, förutsatt att det framstår som tillräckligt ingripande. Enligt Högsta domstolen bör villkorlig dom i förening med samhällstjänst kunna komma i fråga vid oaktsam våldtäkt trots brottslighetens art, om straffvärdet inte är högre än att det motsvarar fängelse i tre månader.

Högsta domstolen gick sedan vidare och konstaterade att även om villkorlig dom eller skyddstillsyn i förening med samhällstjänst inte kan komma ifråga med hänsyn till de starka skälen för fängelse, kan omständigheterna vara sådana att det finns anledning att döma till skyddstillsyn och fängelse. Påföljdscombinationen får användas endast om det är oundgängligen påkallat med hänsyn till brottslighetens straffvärde eller den tilltalades tidigare brottslighet.

Högsta domstolen konstaterade också att presumtionen mot fängelse som påföljd är särskilt stark då den tilltalade vid gärningstillfället inte ännu fyllt 21 år. Om den tilltalade vid gärningstillfället varit mellan 18 och 21 år, krävs särskilda skäl för att utdöma fängelsestraff. Särskilda skäl kan bland annat vara den tilltalades tidigare brottslighet eller brottslighetens straffvärde eller art. Högsta domstolen konstaterade att enligt praxis gäller denna presumtion också i situationer där brottslighetens art starkt talar för fängelse.

Angående vilken påföljd just VF ska dömas till, ser Högsta domstolen till straffmättningsvärdet och brottslighetens art och konstaterade att en påföljd med samhällstjänst inte kan anses tillräckligt ingripande. Högsta domstolen ansåg också att det finns särskilda skäl att bestämma påföljden till fängelse trots att VF inte fyllt 21 år vid gärningstillfället. Däremot ska möjligheten att döma till skyddstillsyn och fängelse användas för att undvika ett längre fängelsestraff. Fängelsestraffet bestäms till en månad. VF har varit frihetsberövad i 27 dagar och fängelsestraffet ansågs därför vara helt verkställt.

5.1.3 Högsta domstolens dom i mål B 779-21⁹⁰

Målsäganden (M) och den tilltalade (HN) hade känt till varandra ett tag och började träffas mer från februari 2020. De har varit vänner, men träffats med huvudsyfte att ha sex med varandra, i princip uteslutande på kvälls- och nattetid. Innan den aktuella händelsen den 30 maj 2020 har de haft sex cirka 7 gånger. M har beskrivit det sex som skett med ömsesidig frivillighet som mjukt och romantiskt. M och HN har inte diskuterat hur de vill att sexet ska vara, men inleder i princip alltid med att M utför oralsex på HN. M har berättat att hon i vanliga fall gjort detta självmant och HN har inte behövt styra henne.

Den aktuella dagen kom M hem till HN. De hade då frivilligt sex som var lite hårdare än vanligt. HN tog ett stryptag på M. Då M inte tyckte om detta, tog hon försiktigt på HN:s axel och då slutade han. Efter avslutat samlag somnade de. M vaknade sedan av att HN tog hennes hand och onanerade med hjälp av den. M har berättat att hon var väldigt trött och inte riktigt hängde med på vad som hände. M är konflikträdd och ville inte göra HN upprörd. En månad tidigare hade en liknande händelse utspelat sig. HN friades på denna punkt i tingsrätten och domen är inte överklagad till hovrätten i den delen. Vid det tidigare tillfället hade HN förmått M att utföra oralsex på honom. M tänkte därför nu att samma sak skulle ske igen, att HN skulle tvinga sig till oralsex och att M sedan skulle få vara ifred. HN tog nu tag i M:s hår och tåg ett hårt grepp och tryckte ner hennes huvud. M har berättat att det kändes aggressivt. M gjorde inget självmant och HN fick använda mycket kraft för att förmå henne att utföra oralsexet. När HN lättade på sitt grepp gjorde M inget själv. M försökte stanna upp med huvudet. HN hade kontroll över hennes huvud och vid något tillfälle satt han gränsle över hennes bröst. M sa inte ifrån då hon var rädd för att det skulle bli värre. M har själv sagt att hon inte är säker på om HN förstod att hon inte ville. Efter oralsexet försökte HN genomföra ett vaginalt samlag, men lyckades inte penetrera M trots flera försök. M har berättat att det gjorde så ont att hon somnade. M vaknade av ett ljud och av att HN kissade i henne, något som parterna dock är överens om att HN inte gjorde med mening.

HN har berättat att han och M inledningsvis hade ganska mjukt sex men att de sedan har utforskat lite mer. De har inte haft en öppen dialog om det utan provat sig fram. Precis som M har berättat angående samlaget de hade på kvällen, slutade HN när M visade att hon inte ville att han skulle ta ett stryptag på henne. HN har till stora delar instämt i det händelseförlopp som M har beskrivit. Han var vid den aktuella händelsen kraftigt berusad och har minnesluckor. Han minns att han hade handen i M:s hår samtidigt som hon utförde oralsex på honom. HN har inte hållit i M:s hår för att kontrollera henne utan för att han gillar att hålla i någonting och för att kunna styra takten. HN har berättat att han tycker om att vara dominant. Vidare har HN angett att han aldrig använt våld mot M eller varit aggressiv mot henne. HN skulle ha avbrutit de sexuella handlingarna om M hade sagt

⁹⁰ Högsta domstolens dom av den 7 april 2022 i mål B 779–21.

ifrån på något sätt, likt vad hon gjorde då han tog stryptag på henne. HN har berättat att han inte vid något tillfälle förstått att M inte ville ha sex, men han har i efterhand förstått att han kanske varit oförsiktig.

Tingsrätten frikände HN från åtalet. Hovrätten har i sina domskäl funnit styrkt att HN, utan att M deltog frivilligt, genomförde samlag och annan sexuell handling, som i fråga om kränkningens allvar är jämförlig med samlag. Med hänsyn till vad som framkommit om HN:s och M:s sexuella relation och att HN:s agerande i viss mån varit i linje med tidigare sexuella umgängen, kan det enligt hovrätten inte anses bevisat att HN insett att det fanns en risk för att M inte deltog frivilligt. HN kan därför inte anses ha varit grovt oaktsam.

Hovrätten lyfter bland annat hur M varit passiv och försökt signalera att hon inte ville genom att stanna upp i rörelsen vid de tillfällena då HN släppte taget om hennes huvud. Hovrätten lyfter också att M berättat om hur HN var mer aggressiv än vid tidigare samlag. Hovrätten bedömer att det är tydligt att HN haft anledning att fundera över om M verkligen ville ha sexuellt umgänge, framförallt med tanke på den uteblivna responsen från M:s sida. Hovrätten framhäver hur HN istället för att stanna upp och försäkra sig om att M deltog frivilligt, på ett överrumplande sätt och med mer våld än vad som tidigare förekommit dem emellan har tryckt ned och hållit fast M:s huvud mot sin penis och därefter genomfört först ett oralt och sedan ett vaginalt samlag med henne, utan tydligt gensvar.

Hovrätten bedömde att HN borde ha insett risken för att M inte deltog frivilligt i de sexuella handlingarna. Eftersom HN inte förvissade sig om att hon ville delta, agerade han enligt hovrätten oaktsamt och så klandervärt att handlandet är att bedöma som omedveten oaktsamhet som också utgör grova oaktsamhet. Hovrätten har ansett att gärningen inte är mindre allvarlig. HN har därför dömts för oaktsam våldtäkt.

Riksåklagaren har i Högsta domstolen förklarat att hon ansluter sig till den bedömning som hovrätten gjort, med andra ord att HN agerat omedvetet oaktsamt och att den omedvetna oaktsamheten utgör grov oaktsamhet.

Högsta domstolen konstaterade att straffansvar för oaktsam våldtäkt huvudsakligen tar sikte på medveten oaktsamhet, då gärningspersonen faktiskt misstänkt att den andra personen inte deltog frivilligt. Däremot konstaterade Högsta domstolen med hänvisning till NJA 2019 s. 668 att det inte är uteslutet att omedveten oaktsamhet bedöms vara grov i vissa fall då gärningspersonen inte misstänkte att den andre personen inte deltog frivilligt, men borde ha gjort det. Gärningspersonen klandras då för att inte ha skaffat sig kunskap om hur det förhöll sig, trots att detta borde ha gjorts. Detta är avsett att omfatta endast de mer allvarliga formerna av omedveten oaktsamhet, vilket kommer till uttryck i kravet på att oaktsamheten ska vara grov. Högsta domstolen konstaterade med hänvisning till förarbetena att det för straffansvar ska vara fråga om ett påtagligt straffvärt handlande, där

gärningspersonen verkligen borde ha insett risken för att deltagandet var ofrivilligt.

Högsta domstolen konstaterade att det allmänt sett finns ett begränsat utrymme för att bedöma omedveten oaktsamhet som grov. Det måste således röra sig om ett kvalificerat och markant avsteg från det aktsamhetskrav som kan ställas i den aktuella situationen. Oaktsamheten ska framstå som påfallande klandervärd. Angående bedömningen av oaktsamheten, ska denna utgå ifrån vad som är utrett om gärningen och omständigheterna kring denna. Det är av särskild betydelse vilka tecken som fanns på att den andra personen inte deltog frivilligt och vad gärningspersonen kunde ha uppmärksammat om detta, liksom hur personernas relation och tidigare samvaro har gestaltat sig.

Angående bedömningen i detta fall, lyfter Högsta domstolen att HN och M känt varandra och att de sedan februari 2020 träffats med huvudsyftet att ha sex, även om de även brukade prata, se på film med mera. Högsta domstolen betonar också att den sexuella samvaron alltid brukade börja med att M utförde oralsex på HN. Högsta domstolen lyfter också att M har beskrivit relationen som mjuk och romantisk och att de inte har pratat om hur de ville att sexet skulle vara, utan istället provat sig fram.

Högsta domstolen redogjorde för händelseförloppet den aktuella dagen och lyfte särskilt att HN tagit stryptag på M, men slutat med detta då M försiktigt tagit HN på axeln för att visa att hon inte ville. Högsta domstolen lyfte också vad HN berättat om att han hade slutat om M på ett liknande sätt hade visat honom att hon inte ville. Högsta domstolen fann att händelseförloppet som sådant är bevisat. Detta då M:s uppgifter inte ifrågasatts av HN och dessutom får stöd av övrig utredning i målet.

Åklagaren har inte gjort gällande att HN faktiskt misstänkt att M inte deltog frivilligt, utan det är åklagarens inställning att HN agerat omedvetet oaktsamt på ett sätt som utgör grov oaktsamhet. Som argument för att HN borde ha förstått att M inte deltog frivilligt, lyfte Högsta domstolen att M i hög grad varit passiv samt att det förekommit handgriplighet. Däremot fanns utöver detta inte några andra tecken på att M inte deltog frivilligt, till skillnad mot hur M agerat tidigare samma dag när HN tog ett stryptag om hennes hals. Med beaktande av vad som i övrigt har framkommit om hur deras relation och sexuella samvaro gestaltat sig finns det enligt Högsta domstolen inte något tydligt stöd i utredningen för att omständigheterna var sådana att HN borde ha förstått att M denna gång inte deltog frivilligt i oralsexet och samlaget. I vart fall menade Högsta domstolen att den oaktsamhet som må ha förelegat inte kan anses som så påfallande klandervärd att den ska bedömas som grov och föranleda straffrättsligt ansvar. HN ska därför frikännas.

5.2 Hovrätterna

5.2.1 Fall 1⁹¹

Målsäganden (M) och den tilltalade (OH) gick på samma internatskola och bodde på skolan i veckorna. De blev ett par i september 2020 och ingen av dem hade sexuell erfarenhet sedan tidigare. Relationen avslutades i januari 2021 på M:s initiativ. Åtalet omfattas av 4 åtalpunkter. Här kommer endast redogöras för åtalpunkt 1, då detta är den åtalpunkt som diskuteras i hovrättens domskäl. Åtalpunkt 2–4 ogillades av hovrätten med den enda motiveringen att hovrätten instämmer i tingsrättens bedömning.

Det är ostridigt att OH frågat M om de skulle duscha tillsammans och att M svarat ja. I duschen genomförde M oralsex på OH. M har berättat att hon endast gick med på att duscha tillsammans, men det omfattade inte några sexuella handlingar. M svarade ja till detta först efter mycket tjat från OH:s sida och M hade hela tiden varit tydlig med att hon inte ville ha oralsex. M berättade att OH tryckt ner hennes huvud och hållit fast henne. OH fortsatte hålla fast henne under oralsexet och M fick panik eftersom hon fick svårt att andas. M försökte trycka ifrån och OH tryckte henne då närmare och närmare. Till slut lyckades M ta sig loss ifrån OH och började då gråta. OH å andra sidan berättar att det var M som föreslog oralsex och att hon självant gått ner på knä för att utföra detta. OH medger att han tydligen råkat hålla fast M:s huvud. OH har inget minne av att M försökte ta sig loss och märkte inte heller att hon skulle ha fått panik. Enligt OH avslutades den sexuella handlingen med att OH fick utlösning. OH märkte efteråt att M verkade lite ledsen.

Stödbevisning fanns i form av flera vittnen som intygat att M berättat för dem om en händelse i duschen där hon tvingats till oralsex. Hovrätten bedömde att M lämnat en klar, levande och detaljrik berättelse som är fri från motsägelser och svårförklarliga element. Berättelsen får också starkt stöd av vad hon har berättat för kuratorer, familj och vänner efter att hon gjort slut med OH, liksom av Snapchat-konversationen mellan M och OH i februari 2021. OH:s uppgifter i denna del förtar inte värdet av den av åklagaren åberopade bevisningen. Hovrätten anser därför att M:s berättelse ska läggas till grund för bedömningen av händelseförloppet och om hennes deltagande var frivilligt.

Det är enligt hovrättens mening inte visat att OH i gärningsögonblicket insåg att M inte medverkade frivilligt. Med hänsyn både till M:s uttryckta ovilja mot att ha sex, samt till att OH var tvungen att använda visst våld för att trycka ner henne på knä och för att hålla kvar henne i den positionen måste OH dock ha misstänkt att det fanns en avsevärd risk för att M inte medverkade frivilligt. Något som talar emot att likgiltighetsuppsåt föreligger, är att OH i efterhand velat försäkra sig om att de sexuella handlingarna var ömsesidiga. Med hänvisning till NJA 2016 s. 763 tar

⁹¹ Svea hovrätts dom av den 1 november 2021 i mål B 10431–21.

hovrätten också hänsyn till att OH endast var 15 år vid tillfället. Sammantaget är det enligt hovrätten inte ställt utom rimligt tvivel att OH var likgiltig inför att M inte medverkade frivilligt. OH ska därför inte dömas för uppsåtlig våldtäkt.

Med hänsyn till OH:s misstanke om att M inte deltog frivilligt och mot bakgrund av diskussionerna som OH hade med M innan de gick in i duschen, borde OH dock ha förvissat sig om M:s frivillighet. Att han i den aktuella situationen ändå handlade som han gjorde utgör ett medvetet risktagande som måste anses vara grovt oaktsamt. OH ska därför dömas för oaktsam våldtäkt.

5.2.2 Fall 2⁹²

Den tilltalade (JM) arbetade på ett LSS-boende, där målsäganden (M) bodde. JM hade som arbetsuppgift att vårda M och har i samband med detta genomfört en sexuell handling som är jämförlig med samlag. JM har medgett att han inte har frågat M innan han genomförde den sexuella handlingen. M har berättat att JM gett honom massage. M låg på mage och hade på sig tröja, kalsonger och byxor. JM vände på M, som sa till JM att sluta eftersom det kändes obehagligt att JM masserade för hårt. JM sa åt M att dra av sig byxorna. JM drog av M byxorna och kalsongerna. JM började sedan utföra oralsex på M, som försökte sparka bort JM. Han träffade JM på låret och sa till honom att han inte ville ha honom i sin säng. JM höll fast M med sina händer på M:s ben. JM sa ”ligg kvar” och M blev rädd och kunde inte göra motstånd. Till slut slutade JM då M sparkade undan honom med sina ben. Efter att han slutat gick JM ut ur lägenheten. M fick inte utlösning. Han fick erektion först efteråt. M tog på sig kalsonger och byxor och gick sedan efter JM för att konfrontera honom.

JM har berättat att han inte är utbildad inom vård och inte har några djupa kunskaper om problematiken som boende på LSS-boende har. Han vet att M är välfungerande på många sätt, han kan uttrycka känslor och vad han vill och inte vill med mera. M brukar vara bestämd och säga nej om han inte tycker om något. JM trodde inte att M:s funktionsnedsättning påverkade honom sexuellt. JM har berättat att han var hos M två gånger den kvällen. Första gången la JM sin hand på M:s axel och M frågade om inte JM kunde komma tillbaka senare för att ge honom mer massage eftersom det var skönt när JM hade handen på hans axel. När JM kom tillbaka låg M fortfarande i sängen. JM satt på sängkanten och masserade M på ryggen. Sedan sa JM att det var dags att borsta tänderna så de gick in på toaletten och borstade tänderna på M. Efter det tänkte JM gå, men M ville att JM skulle massera honom mer. M låg på mage i sängen och JM satt bredvid honom och masserade axlar och rygg. Efter en stund frågade JM om M skulle vända sig om så att han kunde massera framsidan. När M vände sig om såg JM att M hade en erektion. JM frågade M om han ville ha massage även där och

⁹² Hovrätten över Skåne och Blekinges dom av den 23 december 2021 i mål B 1602–21.

pekade på M:s erektion. M svarade ja. JM ställde denna fråga 4–5 gånger och M svarade ja varje gång. JM drog ner M:s byxor och M ställde sig upp så att han kunde dra ner byxorna. JM onanerade åt M och utförde sedan oralsex på honom. Sedan kom han att tänka på att han var på jobbet och vad han håll på med, varpå han slutade. JM stod på knä intill sängen och tittade sedan åt sidan och fick syn på att M hade kudden på huvudet och händerna på kudden. Då fick JM panik och tänkte att M kanske inte hade gillat det. M hade fortfarande erektion då. JM drog upp M:s byxor och tittade på honom. Han uppfattade att M log och JM frågade om det kunde stanna mellan dem.

Stödbevis finns i form av vittnen, dels annan personal på boendet som pratat med de inblandade efteråt, dels polisen som kommit till platsen kort därefter. Polisen EN har berättat att M var ganska skärrad, det syntes på hans kroppsspråk. M darrade och var sluten och verkade rädd. Han sa att han var rädd för att JM skulle komma in igen. Fler olika anställda på LSS-boendet har bland annat berättat om att M har en mental ålder på 6–8 år och att M inte alltid är medveten om vad han gör. Det händer att M hittar på historier, även om han själv tror på att de är sanna.

Hovrätten bedömde att M har gjort ett trovärdigt intryck i polisförhör och att det är tydligt att han utifrån sin förmåga berättat om omständigheterna på ett så utförligt och detaljerat sätt som möjligt. Vad M berättat om att han i samband med händelsen sa åt JM att sluta får visst stöd av att M samma kväll berättat detta för polisen EN. M:s uppgifter om vad som hänt före och efter den sexuella handlingen är förhållandevis vaga och i vissa delar även motsägelsefulla. Det råder därför en viss osäkerhet kring tillförlitligheten av M:s uppgifter. Det går inte heller att bortse från vad andra anställda på boendet sagt om att M på grund av sin funktionsnedsättning inte alltid håller sig till sanningen, även om det inte är medvetet.

M:s uppgifter är enligt hovrätten inte tillförlitliga nog för att kunna ligga till grund för slutsatsen att M bett JM att sluta. Det är inte heller visat att JM använt våld. Det är inte motbevisat att M gett samtycke till en början, så som JM berättat. Det är dock klarlagt att JM inte frågade innan han gick vidare i sitt sexuella handlande och JM har inte påstått något annat än att M i det skedet var passiv. Det är enligt hovrätten inte utrett att JM visste eller förstod att M inte ville ha något sexuellt umgänge med honom. Däremot så var JM anställd på LSS-boendet där M bor och JM har själv sagt att han uppfattade att M rent intellektuellt var som en liten pojke. Det har inte framkommit att de haft någon fysisk kontakt tidigare och JM har själv erkänt att han inte frågade M om han ville ha oralsex. Även om JM uppfattat att M ville ha massage på sitt kön, måste JM, särskilt med beaktande av hans relation till M, ha insett att det kunde vara så att M inte ville att han även skulle utföra oralsex. Med andra ord har JM insett att det fanns en risk för att M inte deltog frivilligt. Utredningen visar dock inte att han uppfattat risken som avsevärd i den bemärkelsen att han trott att det förhöll sig så.

JM har berättat att han efter en stund började ifrågasätta sitt agerande och fundera på om M gillade det. Det är inte motbevisat vad JM sagt om varför

han avbröt den sexuella handlingen. Efter det lämnade JM lägenheten och synes ha varit skräckslagen över vad han gjort. Mot bakgrund av detta anser hovrätten att det inte är visat att JM vid gärningstillfället varit likgiltig inför att målsäganden inte deltog frivilligt på det sätt som förutsätts för uppsåt. Åtalet för våldtäkt ska därför ogillas. Däremot så har JM varit medvetet oaktsam. Det är ett medvetet risktagande av allvarligt slag och oaktsamheten ska därför bedömas som grov. JM ska därför dömas för oaktsam våldtäkt.

5.2.3 Fall 3⁹³

Målsäganden (M) och den tilltalade (ES) träffades via en internetsida där M annonserat och sålde sex. De chattade och diskuterade vilken typ av sex de var intresserade av. M hade skrivit i annonsen att hon ville bli dominerad, vilket hon själv menade innebar att bli styrd. Enligt M har hon aldrig varit ute efter bdsm-sex, som hon anser innebär mer tvång och att man blir slagen. Det är för sammanhanget relevant att annonsen inte innehöll något om analsex och det är trots invändning från ES inte heller visat att de pratat om analsex. ES har påstått att de kommit överens om ett stoppord som M kunde använt, men inte heller detta ansågs bevisat.

Två av åtalspunkterna är relevanta här, åtalspunkt 3.1 och åtalspunkt 4.

Åtalspunkt 3.1 avser en händelse då M och ES sågs för att ha sex. Detta var inledningsvis frivilligt. ES frågade om analsex och M svarade nej och förklarade varför hon inte var intresserad av det. Efter en stunds tjatande uppfattade M att ES hade släppt det. När de hade vaginalt sex då M stod på alla fyra, förde ES in först ett finger och sedan sin penis i hennes anal. Innan hade M deltagit aktivt, men nu stod hon helt stilla. M har berättat att hennes mående sedan tidigare gjorde att hon dissocierade på grund av rädsla. Hon försökte vara medgörlig för att inte förvärra något. M kom efteråt i kontakt med polis som förhörde henne och åkte till sjukhus för undersökning. Hon genomförde inte undersökningen på grund av dåligt bemötande, men åkte tillbaka dagen efter och blev topsad. ES har invänt att M när han sista gången frågade om analsex, vände sig om och log mot honom, vilket han uppfattade som ett samtycke.

I detta mål fanns ett stödbevis som kan uppfattas som ovanligt starkt. M hade nämligen spelat in ljud under händelseförloppet, vilket gjorde att det blev tydligt vad parterna sagt och inte sagt till varandra under samlaget. Gällande åtalspunkt 1.3 bedömde hovrätten att det var visat att ES genomfört handlingarna mot M:s vilja. Hovrätten konstaterade att även sexuella handlingar som utförs inom ramen för en överenskommelse om dominans och undergivenhet måste vara frivilliga från båda parter. Även inom bdsm kan en person således när som helst ångra sitt beslut att delta i en sexuell handling. Det ansvar som den som utför en sexuell handling mot någon annan person har att förvissa sig om att den andra personen vill delta,

⁹³ Hovrätten för Övre Norrlands dom av den 27 december 2021 i mål B 1132–21.

åligger särskilt en person med dominant roll. Detta ansvar blir i synnerhet gällande i kontakt med en sedan tidigare obekant person.

Hovrätten resonerade att ES aldrig har träffat M tidigare och har varken i chatt eller i verkligheten försäkrat sig om var gränserna för frivilligheten går och hur frivillighet eller brist på det skulle komma till uttryck genom stoppard. Det framgår av ljudinspelningen att M svarade på fråga att hon inte ville ha analsex och förklarade tydligt varför. ES måste då ha insett att det fanns en avsevärd risk för att M inte deltog frivilligt, oavsett vad hon eventuellt sagt på chattforumet tidigare. Att M log och därmed gav dubbeltydiga signaler fritar inte ES från ansvaret att ta reda på M:s faktiska inställning. Trots insikt i den avsevärda risken har ES penetrerat M analt. Detta talar med styrka för att han varit likgiltig inför risken. I den efterföljande chattkonversationen framstår det dessutom som att ES anser att M:s ovilja till analsex är av mindre betydelse eftersom hon ska ha haft analsex tidigare. På den grunden finner hovrätten det styrkt att ES haft ett likgiltighetsuppsåt i förhållande till att M inte deltog frivilligt. ES ska därför dömas för uppsåtlig våldtäkt.

Åtalspunkt 4 avser en händelse som inträffade efter ovan nämnda händelse. ES och M fortsatte ha kontakt via chatt och sågs sedan igen. M har förklarat detta med att hon använder sex som självskadebeteende och att det var bättre att träffa ES än att träffa någon helt ny, vilket alltid innebär en osäkerhet. M har berättat att de inledningsvis pratade lite men att det rätt snart övergick till sex. M gav ES oralsex. ES ville att M skulle klä av sig och hämta en dildo som hon haft med sig. ES började penetrera M med dildon och det gjorde ont. M knep ihop med benen, men ES sa åt henne att öppna dem. M gjorde inte det, då slet han isär benen och tryckte in dildon. Sedan tog ES dildon och körde ner den i halsen på M samtidigt som han genomförde ett vaginalt samlag. Det gjorde ont och M fick svårt att andas. ES kändes betydligt mer våldsamt nu än förra gången. M kunde inte ge detaljer eftersom hon började dissociera och hon minns inte allt. Hon minns att hon försökte skrika och ES höll för hennes mun och sa något om att grannarna kunde höra. När ES insåg att M spelade in händelsen med ljud, försökte han slita telefonen från henne. M gick därifrån rätt snart efter det. Hon ringde sedan polisen.

ES har berättat om ett liknande händelseförlopp. ES uttryckte att han med tanke på deras chattkonversation fick intrycket att M ville att han skulle vara med hårdhänt än vid först tillfället, bland annat eftersom M svarade nekande när han frågat om han varit för hårdhänt första gången. När ES penetrerade henne vaginalt med dildon så log hon mot honom och han uppfattade då att allt var i sin ordning. De hade vaginalt sex, men han höll inte för hennes mun. Han drog henne i håret och tog tag i hennes nacke. Han höll inte för hennes mun, men han sa åt henne att vara tyst eftersom det är lyhört och han ville inte störa grannarna. När M sa nej uppfattade ES det som en del av det rollspel de kommit överens om, de hade ett stoppard som M inte använde. Anledningen till att han inte ville att M skulle spela in, var för att han inte ville att inspelningen skulle hamna på internet.

Hovrätten delade fullt ut tingsrättens bedömning om vad som är utrett och ansluter sig till tingsrättens bedömning att det är styrkt att ES haft ett likgiltighetsuppsåt. Han ska därför dömas för våldtäkt.

Tingsrätten har i sin bedömning ansett att M framstår som klar, nyanserad och konsekvent i förhållande till de uppgifter hon lämnat i förhör. Berättelsen framstår som trovärdig, medan ES berättelse framstår som mindre trovärdig. M:s uppgifter är väl förenliga med övrig utredning. Visst stöd fås från vad en polis berättat om vad M berättat i samband med att anmälan gjordes. Starkt stöd fås från ljudinspelningen, där det tydligt framgår att M upprepade gånger sagt ”nej” och ”jag vill inte”. Det framgår också att M försökte skrika men hindrades från det. Upprepade gånger hörs på inspelningen hur ES säger ”öppna”. ES har invänt att M gett uttryck i chatt för att hon ville ha hårdare sex med mer inslag av förnedring. Enligt tingsrätten motsägs det av chattkonversationen, där M klargjort att hon inte är intresserad av extrema former av samvaro och att allt ska bygga på samtycke från båda håll. Att M skulle varit intresserad av detta motsägs också av chattkonversationen som parterna hade efter händelsen under åtalspunkten 3. Sammantaget bedömer tingsrätten att ljudinspelningen tillsammans med övrig utredning ger så pass klart stöd åt M:s berättelse att den ska ligga till grund för bedömningen. Det är styrkt att ES genomfört samlag med M som inte deltagit frivilligt.

Frågan är då om ES agerat uppsåtligt eller grovt oaktsamt. ES har invänt att han uppfattat att M samtyckte till de sexuella handlingarna. Hur M har uttryckt sig i ljudinspelningen borde för de allra flesta medföra insikt om att frivillighet saknas. Dock så bedömer tingsrätten att det inte är motbevisat hur ES påstått sig ha uppfattat situationen. Tingsrätten bedömer dock att genom ljudinspelningen måste det varit uppenbart för ES att det fanns en risk för att M inte deltog frivilligt. Frågan är om ES varit likgiltig inför detta förhållande. Mot bakgrund av det som hänt under åtalspunkt 3 där ES fått klart för sig att han då genomfört sexuella handlingar som M inte samtyckt till, bör kravet på att förvissa sig om att samtycke finns kunna ställas särskilt högt. ES har själv uppgett att han inte avbröt på grund av osäkerhet kring M:s frivillighet, utan för att han blev orolig för att handlingarna spelades in. Det talar med styrka för att han varit likgiltig inför risken att M inte deltog frivilligt. Därför bedömde tingsrätten att det är styrkt bortom rimligt tvivel att ES insett att det fanns en risk för att M inte deltagit frivilligt och att han varit likgiltig inför denna omständighet.

5.2.4 Fall 4⁹⁴

De två åtalade BW och MK samt de två målsägande M och M2 befann sig på en uteservering tillhörande ett hotell. Någon gång under kvällen hamnade alla fyra vid samma bord och de drack alkohol och umgicks. Samtliga var

⁹⁴ Svea hovrätts dom av den 24 januari 2022 i mål B 14288–21.

berusade i olika omfattning och de förflyttade sig senare till baren. Alla fyra befann sig sedan i ett hotellrum tillsammans. Där genomförde BW och M2 ett samlag. MK genomförde på M en annan sexuell handling jämförlig med samlag.

M och M2 har lämnat uppgifter som i huvudsak överensstämmer. Det som BW och MK berättat står inte i strid med detta. M har lämnat felaktiga uppgifter om sina minnesbilder av vad som hände direkt efter att hon lämnat hotellet. Även om M gett en förklaring till detta, är det enligt hovrätten ofrånkomligt att det i viss mån påverkar hennes trovärdighet.

Hovrätten fann det inte styrkt att M2 inte medverkat frivilligt och BW friades därför. Uppsatsen fokuserar därför på åtalet mot MK. Hovrätten fann att M befunnit sig en särskilt utsatt situation på grund av berusning och därför inte kunde delta frivilligt i de sexuella handlingarna. Hovrätten har då att pröva om MK haft uppsåt eller varit grovt oaktsam i förhållande till detta. Hovrätten lyfte det faktum att MK inte gått till hotellrummet i sällskap med övriga och därför är det oklart hur mycket han kunnat se av hur M vinglade och hade svårt att hålla balansen när hon gick till hotellrummet. MK har dessutom på ett trovärdigt sätt berättat om hur M tog initiativ och var aktiv vid det sexuella umgänget, vilket kan ha gett MK en felaktig bild av hur berusad M var. Hovrätten fann det därför inte styrkt att MK uppfattat risken för att M var så pass berusad att hon inte kunde delta frivilligt. MK kan därför inte anses ha uppsåt. Grov oaktsamhet kan vara aktuellt även då MK inte anses ha varit medvetet oaktsam. Hovrätten hänvisar till förarbeten angående att omedveten oaktsamhet undantagsvis kan bedömas som grov. Hovrätten menade att eftersom det inte är visat att MK uppfattat att M var mer berusad än någon annan i sällskapet, har hans oaktsamhet under alla förhållanden inte varit så kvalificerad att den kan bedömas som grov. MK ska därför frias.

5.2.5 Fall 5⁹⁵

Målsäganden (M) och den tilltalade (MV) matchade på Tinder. Den aktuella kvällen var första gången de träffades, med undantag för att de mötts som hastigast en gång tidigare. De bestämde över telefon att de skulle ses över en flaska vin hemma hos MV. Det är ostridigt att M var väldigt berusad då hon kom hem till MV. Det genomfördes två samlag, ett under natten och ett under morgonen. Här kommer fokuseras på samlaget som genomfördes på morgonen, då MV friades avseende samlaget på natten.

Hovrätten konstaterade att M:s uppgifter är utförliga och detaljrika. Uppgifterna får stöd av vittnesuppgifter och det har genom rättsintyg och fotografier visats att våld förekommit. Det har inte framkommit något som talar för att M sanningslöst skulle anklaga MV för allvarlig brottslighet. Även MV har lämnat utförliga och detaljerade uppgifter. Det kan mot MV:s

⁹⁵ Hovrätten för Västra Sveriges dom av den 3 februari 2022 i mål B 5166–21.

nekande inte anses att några andra sexuella handlingar är bevisade, än de som MV har erkänt. Angående samlaget på morgonen, är det utrett att MV använde våld mot M, vilket han också erkänt.

MV har uppgett att M tidigare uttryckt ett samtycke till att bli smiskad och till att ha strypsex, vilket M har förnekat. M har beskrivit att MV tog ett hårt stryptag som gjorde att hon hade svårt att få luft, vilket stöds av åberopat rättsintyg. Det är enligt hovrätten uppenbart att M i samband med strypgreppet inte längre deltog frivilligt i den sexuella gärningen. Även sett till vad MV berättat om att M lämnat samtycke till strypsex, ska detta ha skett långt tidigare under kvällen då M dessutom var berusad och de knappt kände varandra. MV måste därför ha insett att det fanns en risk för att M inte deltog frivilligt i sexuella handlingar med sådana inslag som strypgrepp. Det är inte visat att MV var likgiltig inför att det faktiskt förhöll sig så. Däremot har MV varit grovt oaktsam i förhållande till omständigheten att M vid strypgreppet och därefter inte deltagit frivilligt. MV ska därför dömas för oaktsam våldtäkt.

5.2.6 Fall 6⁹⁶

Målsäganden (M) och den tilltalade (SW) är vänner sedan flera år. M har tidigare haft en relation med SW:s kusin. Efter en efterfest hemma hos SW, blev M och SW ensamma kvar. De la sig i sängen och hade visst frivilligt sexuellt umgänge. Därefter somnade båda två. M har sedan berättat att hon vaknade av att SW satt gränsle över henne och förde sina fingrar i hennes anal. M fäktade med sin hand mot SW:s hand och sa nej, men fick ingen respons från SW. SW genomförde sedan ett vaginalt samlag.

Hovrätten bedömde att M berättat om händelsen på ett trovärdigt sätt. M:s berättelse bedömdes vara detaljrik, levande och sammanhängande, utan svårförklarliga inslag och konstansbrister. Hovrätten bedömde därför att utsagan uppfyllde de av Högsta domstolens praxis högt uppställda kraven på vad som kännetecknar en trovärdig berättelse och hänvisade till bland annat NJA 2009 s 447 I och II samt NJA 2017 s 316 I och II.

M:s berättelse får dessutom indirekt stöd av vittnesutsagorna som visar att hon kort tid efter händelsen berättat för fyra olika personer som stod henne nära om att SW genomfört sexuella handlingar mot hennes vilja. Särskilt en av dessa berättelser har varit detaljrik och stämmer väl överens med vad M nu berättat. Samtliga berättelser innehöll detaljer och samtliga vittnen har uppgett att M var mycket ledsen när hon berättade om händelsen. Vad vittnena berättat om M:s reaktioner och att hon mått dåligt efter händelsen, är inte bevisning för gärningspåståendet, utan ska ses som ett hjälpfaktum för målsägandens trovärdighet. Detta ger visst stöd åt M:s berättelse. Ytterligare stöd för åtalet fås dessutom från teknisk bevisning.

⁹⁶ Hovrätten över Skåne och Blekinges dom av den 8 februari 2022 i mål B 3530–21.

Då det är bevisat att SW genomfört de sexuella handlingarna och att M inte deltagit frivilligt, kvarstår frågan är om SW haft uppsåt eller varit grovt oaktsam. SW inledde sitt agerande när M sov. M sa nej och viftade med sin hand. Däremot har M inte sagt något om hur högt hon sa nej och om SW hörde eller uppfattade vad hon sa. Det framkommer inte heller om SW uppfattade att M viftade med handen och i sådana fall om SW förstod att det betydde att M inte ville ha sexuell umgänge med honom på nytt. Därför är ett insiktsuppsåt inte bevisat.

Däremot är det, även om SW och M haft frivilligt sexuell umgänge tidigare under kvällen, uppenbart att SW har insett risken för att M inte deltog frivilligt. Händelseförloppet har pågått i 10 minuter. SW måste ha uppfattat risken för att M inte deltog frivilligt som avsevärd. SW har själv inte sagt något som kan påverka uppsåtsprövningen, då han endast förnekade att händelsen ägt rum. Det finns ingen uppgift om att han gjorde någon kontroll av M:s inställning. Sammantaget är omständigheterna sådana att det är ställt utom rimligt tvivel att SW vid gärningstillfället var likgiltig inför att M inte deltog frivilligt. Därför döms SW för våldtäkt.

5.2.7 Fall 7⁹⁷

I detta mål fanns fyra tilltalade. Det kommer här endast redogöras för de två tilltalade MB och MK eftersom det är i dessa delar som tingsrättens dom överklagats till hovrätten. Målsäganden (M) hade före händelsen haft kontakt med båda de tilltalade via Snapchat. Den aktuella dagen träffade M ett gäng som umgicks tillsammans, däribland de tilltalade. M kom dit tillsammans med sin kompis FN. Först inträffade en av de händelser som inte omfattas av hovrättens dom. Därefter bestämde sig FN för att hon skulle åka hem. M valde då att stanna kvar på platsen istället för att gå med FN. Det var efter detta som de två åtalspunkter som här omfattas inträffade. Det är utrett att M var ensam tjej i ett killgäng efter att FN gått. De flesta killarna var äldre än M och rätten ansåg att det fanns mycket som talade för att M varit under stark press och i ett underläge. Efter att M utfört oralsex på den första personen som endast omfattas av tingsrättens dom, var övriga personer mycket intresserade av att hon skulle göra detsamma för dem.

Efter att FN lämnat, gick M från platsen tillsammans med MB till ett mer avskilt ställe och det är ostridigt att M har utfört oralsex på MB. Det råder dock delade meningar om huruvida det var frivilligt. Efteråt gick de tillbaka till mötesplatsen. Då gick M och MK till samma ställe där M nyligen varit tillsammans med MB. Även här är det ostridigt att M utförde oralsex på MB, men de har olika uppfattning vad gäller M:s frivillighet. Senare följde M de tilltalade till stationen och de sa hejdå till varandra. Händelsen polisanmäldes 14 dagar senare av en vän till M. Det finns på grund av detta ingen teknisk bevisning. Både MB och MK berättade att M skulle ha varit

⁹⁷ Hovrätten över Skåne och Blekinges dom av den 9 februari 2022 i mål B 2660–21.

väldigt drivande och initiativtagande, något som tingsrätten finner märkligt med tanke på situationen.

Hovrätten instämde i tingsrättens bedömning av vad som är utrett om det faktiska händelseförloppet och slutsatsen att M inte deltagit frivilligt. Tingsrätten har vid sin värdering av M:s berättelse, framhävt att M är en känslig person som verkar bära på en inre generell rädsla. Detta kan enligt tingsrätten förklara vissa irrationella ageranden från hennes sida. M har i vissa delar, även centrala sådana, haft svårt att komma ihåg vad som hänt. Det har krävts ledande frågor från åklagaren och att vissa uppgifter i polisförhör lästs upp till stora delar. M har däremot inte tagit tillbaka någon uppgift som hon lämnat. Hon har inte gett något sken av att överdriva utan har snarare berättat på ett återhållsamt sätt och ansträngt sig för att lämna korrekta uppgifter. Det finns svårförklarliga moment såsom varför M valde att stanna istället för att följa med FN efter att hon tvingats till oralsex. Tingsrätten menar dock att det inte kan förringa värdet av M:s uppgifter att hon som ung, känslig person inte fattade rationella beslut. M:s uppgifter får till viss del stöd av vittnen. Det har också framkommit att M mått mycket dåligt efter händelsen. Tingsrätten ansåg vid en samlad bedömning att M:s uppgifter kan läggas till grund för bedömningen, med en reservation för att uppgifterna måste tolkas med försiktighet.

Hovrätten ansåg angående MB att det inte var bevisat att MB visste eller förstod att M inte ville ha sexuellt umgänge med honom. MB har dock haft anledning att tro att M kanske inte deltog frivilligt. Hovrätten tar hänsyn till att M och MB inte kände varandra sedan tidigare och att MB vetat om att M kort dessförinnan utfört oralsex på en annan person. MB har tagit initiativet och varit drivande. MB:s handlande har innefattat att han tagit ner M på knä, tryckt/fört M mot sitt kön och hållit hennes huvud och tryckt det så att hon fått kräkreflexer. Även om M gett viss fysisk respons måste MB mot bakgrund av dessa omständigheter ha insett att det fanns en risk att M inte deltog frivilligt. Med andra ord har MB varit medvetet oaktsam. Det finns inte tillräckligt stöd för att visa att MB skulle ha utfört handlingen även om han insett att M inte deltog frivilligt, med andra ord föreligger inget likgiltighetsuppsåt. MB ansågs ha agerat grovt oaktsamt och dömdes därför för oaktsam våldtäkt.

Hovrätten ansåg inte heller att det var bevisat att MK insett att M inte deltog frivilligt. Hovrätten ansåg dock att MK med hänsyn till omständigheterna måste ha insett att det fanns en risk för att M inte deltog frivilligt. Inte heller här är likgiltighet inför omständigheten styrkt. MK har alltså han också varit medvetet oaktsam. Oaktsamheten bedömdes vara grov och även MK dömdes för oaktsam våldtäkt.

5.2.8 Fall 8⁹⁸

Målsäganden (M) och den tilltalade (JA) hade kontakt via sociala medier i en till två veckor innan händelsen. M berättade för JA att hon är blyg och att någon annan därför behöver ta första steget. Den aktuella kvällen träffades de utanför en pub. De tog sedan en taxi hem till JA där de hade sex. Till en början var sexet frivilligt. JA frågade om M ville utföra oralsex på honom. När M svarade nej, accepterade JA detta. Efter en stunds samlag sa JA till M att lägga sig på mage. M kände sig inte bekväm med detta och sa nej flera gånger. JA vände då på henne. M började gråta, dock tyst och hon tror därför inte att JA märkte att hon grät. JA genomförde sedan ett analt samlag. M sa att hon inte ville och försökte vrida sig. JA fortsatte då med ett vaginalt samlag, i samma position. M sa att hon inte ville det heller och JA avbröt. M la sig på rygg igen och sa att hon ville gå tillbaka till missionären. Detta var inget som M ville egentligen, men hon sa det i alla fall. JA tog upp M:s ben på sina axlar. M sa att hon inte ville det och då slutade JA. JA sa att han ville fortsätta tills M kom, då sa M att hon redan kommit. JA kom inte. Efter det reste sig M och klädde på sig och lämnade lägenheten.

Hovrätten bedömde att M lämnat en trovärdig berättelse. För att denna ska kunna läggas till grund för en fällande dom krävs också att de uppgifter M lämnat får så pass starkt stöd av bevisningen i målet i övrigt att det är ställt utom rimligt tvivel att det gått till på det sättet som åklagaren påstår. Stödbevisning fanns enbart i form av vittnen, då det inte gick att dra några slutsatser utifrån den tekniska bevisning som presenterats. Samtliga vittnen har berättat att M varit upprörd och gråtut och berättat att hon blivit tvingad till analsex mot sin vilja. Två av vittnena har beskrivit det som ett paniktillstånd. Samtliga vittnen har iakttagit att M haft ont och uppfattat det som att det gjorde ont baktill. M:s mamma har också berättat att M haft fysiska och psykiska besvär i flera veckor efter händelsen.

Det är därför enligt hovrätten styrkt att JA genomfört ett analt och vaginalt samlag utan M:s samtycke i enlighet med vad M berättat. Frågan blir om JA insett att detta skedde mot M:s vilja, eller om han i vart fall insett att det förelåg en risk för det. Hovrätten resonerade angående att M berättat att hon blev rädd och grät, men att hon inte trodde att JA märkte att hon grät. När M invände mot det anala samlaget, fortsatte JA istället vaginalt. När M sa att hon ville återgå till missionären gjorde de det. När JA drog upp hennes ben och M sa att hon inte ville så avbröt JA direkt. Sedan avslutades de sexuella aktiviteterna och M lämnade hastigt. M förstår själv att det är svårt för JA att förstå hur hon mådde.

Hovrätten bedömde därför att det inte är visat att M:s invändningar kommit till uttryck på ett så tydligt sätt att JA uppfattat hennes motvilja. Däremot bör JA ha uppfattat att M inte längre deltog i de sexuella handlingarna på ett aktivt sätt. Både före och efter då M låg på mage, har JA avbrutit det han gjort då M uttryckt att hon inte vill. Dessutom kan det i någon mån få

⁹⁸ Svea hovrätts dom av den 16 februari 2022 i mål B 13468–20.

betydelse att parterna tidigare har diskuterat att JA gärna fick ta initiativ eftersom M var blyg och försiktig. Även om M:s agerande eller snarare brist på agerande, måste ha gett JA anledning att misstänka att M inte deltog frivilligt kan inte slutsatsen dras att han också var likgiltig inför det förhållandet. Hovrätten finner det inte visat att JA haft uppsåt till våldtäkt och åtalet ska ogillas.

Här bör nämnas att det i tingsrätten fanns ett andrahandsyrkande om ansvar för oaktsam våldtäkt. I hovrätten hade åklagaren dock enbart yrkat att JA skulle dömas för uppsåtlig våldtäkt.

5.2.9 Fall 9⁹⁹

Målsäganden (M) och den tilltalade (SJ) hade varit bekanta i flera år och sexuellt umgänge hade förekommit tidigare. Den aktuella kvällen var de hemma hos M och åt mat och tittade på film. Det var bestämt att SJ skulle sova hos M. De la sig tillsammans i en soffa för att sova. M vaknade sedan av att SJ genomförde ett vaginalt samlag. M sparkade SJ på benet för att få honom att sluta. M sa sedan åt SJ att lämna lägenheten och gick ut på balkongen i väntan på att SJ skulle gå. SJ har berättat att M när de låg i soffan hade tryckt sin rumpa mot hans underliv. SJ förde sin hand mot hennes underliv och M stönade. Enligt SJ flyttade M ett av sina ben så att SJ lättare skulle komma åt. Ingen av dem sa något, men SJ kände att M var vaken. SJ säger att han inte fick stånd och han penetrerade inte M. När han gav upp lämnade M soffan och bad honom gå från lägenheten. Stödbevisning fanns i form av vittnen, bland annat en vän till M som blev uppringd av M så fort SJ hade gått. Vännen kom hem till M och tillbringade natten där. M berättade inte då exakt vad som hade hänt, men det var uppenbart att något hänt i soffan och M vägrade sova där. Det fanns också andra vittnen som berättade vad M berättat för dem.

Inledningsvis redogör hovrätten för praxis angående att en målsägandes trovärdiga historia tillsammans med stödbevisning kan vara tillräckligt för en fällande dom. Hovrätten påpekar också att beviskravet i brottmål innebär att gärningspåståendet ska vara ställt bortom rimligt tvivel. Hovrätten anser att M har lämnat en klar, lång och detaljerad redogörelse för själva händelsen. M har inte gett uttryck av att vilja överdriva utan varit tydlig med vad hon minns säkert och vad hon är mer osäker på. Som exempel nämns att M själv sagt att hon inte tror att samlaget pågått särskilt länge utan att hon tror att hon vaknade direkt. M:s berättelse har i väsentliga delar varit densamma över tid. Hon har konsekvent berättat att hon sov och vaknade av samlaget. Det har inte framkommit något som talar för att M medvetet skulle lämna felaktiga uppgifter och hovrätten bedömer att M:s uppgifter är trovärdiga. M:s redogörelse har ett mycket högt bevisvärde och frågan är nu om berättelsen får tillräckligt stöd av övrig bevisning i målet.

⁹⁹ Svea hovrätts dom av den 21 februari 2022 i mål B 4853–20.

M:s vän har vittnat om att M var mycket ledsen och upprörd, att han aldrig sett henne sådan förut samt att han uppfattat att händelsen ska ha inträffat på soffan och att M var så traumatiserad av händelsen där att de sov på golvet eftersom M inte ville sova i soffan efter det som hade hänt. Av både vittnesmål och meddelanden framkommer att M hade kontakt med det ena vittnet under förmiddagen dagen efter händelsen och att M berättade för hen att hon vaknat av att SJ penetrerade henne. M beskrev också hur hon mådde väldigt dåligt efter händelsen. Ett annat vittne träffade också M samma förmiddag och har berättat om hur M berättade om vad som hänt och att M då var väldigt ledsen. Det var också denna vän som polisanmälde händelsen. Samma dag genomgick M också en kroppsundersökning. I väsentligt lämnade M samma uppgifter vid undersökningen som hon gjort både till sina vänner och i förhör. Det som framkommer om skador i rättsintyget ger dock inget egentligt stöd för åtalet eftersom det enligt intyget inte går att säga om penetration förekommit eller ej.

Hovrätten konstaterade att stödbevisningen visar att M genomgående berättat om händelsen på i huvudsak samma sätt. Bevisningen ger en entydig bild av M:s agerande, reaktion och sinnesstämning under natten och dagen efter. Detta talar enligt hovrätten med styrka för att det har gått till på det sätt som M berättat om. Därför ska M:s berättelse läggas till grund för hovrättens bedömning. Det anses därför utrett att M sov och vaknade av vaginal penetration från SJ, vilket utgör samlag. M kan inte ha deltagit frivilligt då hon sov. Frågan är om det som SJ berättat och den bevisning han åberopat försvagar åklagarens bevisning så att det inte längre kan ses som bevisat. SJ har lämnat en lång och detaljerad berättelse som varit oförändrad över tid. Däremot är SJ:s redogörelse svår att förena med övrig utredning om M:s reaktion och sinnesstämning direkt efter händelsen. Om det gått till så som SJ berättat framstår det som märkligt att M direkt efter händelsen skulle be SJ att gå därifrån och att SJ skulle lämna lägenheten utan ett ord.

Nästa frågan blir då om SJ haft uppsåt eller varit grov oaktsam. Eftersom M sov har hon inte kunnat berätta om vad som hände precis innan gärningen. SJ har berättat att de skedade och att M tryckte sin rumpa mot SJ:s underliv och stönade samt flyttade sitt ena ben så att SJ skulle komma åt lättare. SJ säger själv att han inte fick stånd samt att M:s ögon var öppna hela tiden. Hovrätten anser att det inte är uteslutet att en person rör sig i sömnen på det sättet som SJ har beskrivit. Att M i sömnen skulle gjort allt det som SJ beskrivit och samtidigt ha öppna ögon under hela händelsen framstår dock som osannolikt. Hovrätten ansåg det också vara svårförenligt att SJ sagt att han inte fick stånd med att hovrätten funnit det utrett att SJ har penetrerat M. Därför tillmäts SJ:s uppgifter inte någon betydelse i fråga om han har haft uppsåt till gärningen.

Det är utrett att M och SJ setts med avsikt att SJ skulle sova över. De tittade på film och stängde sedan av den och la sig i soffan för att sova. Det var släckt i rummet. M låg med ansiktet in mot ryggstödet och SJ låg bakom henne. Under dessa förhållanden måste SJ ha insett att det fanns en hög risk

att M somnat. Med andra ord föreligger i vart fall medveten oaktsamhet. För uppsåt krävs att SJ dessutom var likgiltig inför omständigheten att M sov, med andra ord att omständigheten att M sov inte utgjorde ett relevant skäl för SJ att låta bli att ha samlag med henne. Hovrätten hänvisade i denna del till NJA 2019 s 668 p 26 angående att det vid den bedömningen är av betydelse vad som hände före, under och efter händelsen

De hade umgåtts under kvällen utan att något sexuellt hade hänt. Först när de lagt sig för att sova genomförde SJ ett samlag med M. Det har framkommit att när M vaknade så sparkade hon bort SJ som la sig på rygg och stirrade upp i taket. När M bad SJ att lämna lägenheten gjorde han det utan att säga ett ord. Omständigheterna visar enligt hovrätten att SJ haft en likgiltighetsuppsåt till att M sov och därmed inte deltog frivilligt. SJ döms för uppsåtlig våldtäkt.

6 Analys

När en bedömning av grov oaktsamhet eller likgiltighetsuppsåt ska göras i mål om våldtäkt eller oaktsam våldtäkt, sker detta i två led. Först ska bedömas huruvida gärningspersonen insett att det fanns en risk för att målsäganden inte deltog frivilligt i de sexuella handlingarna. Om gärningspersonen haft insikt om denna risk, ska i nästa steg bedömas huruvida gärningspersonen varit likgiltig inför den omständigheten att målsäganden inte deltog frivilligt. Här är det viktigt att påpeka att det är inför omständigheten som gärningspersonen ska vara likgiltig, det är inte tillräckligt att endast vara likgiltig inför risken. Om gärningspersonen varit likgiltig inför det faktum att målsäganden inte deltog frivilligt, föreligger likgiltighetsuppsåt och gärningspersonen ska dömas för våldtäkt. Om gärningspersonen inte varit likgiltig inför den bristande frivilligheten, föreligger istället så kallad medveten oaktsamhet. Såväl förarbeten som praxis framhåller att medveten oaktsamhet som huvudregel är att anse som grov oaktsamhet. I samtliga domar som studerats inom ramen för uppsatsen och där domstolen bedömt att gärningspersonen varit medvetet oaktsam, har detta också ansetts utgöra grov oaktsamhet.

Om det inte kan anses bevisat att gärningspersonen haft insikt om risken för att målsäganden inte deltagit frivilligt, men borde ha insett att det fanns en sådan risk, föreligger så kallad omedveten oaktsamhet. Enligt både förarbeten och praxis kan omedveten oaktsamhet i vissa fall ses som grov sådan. I en sådan situation är det relevant att fråga sig vad gärningspersonen kunde ha gjort för att komma till insikt om en eventuell risk. Ofta kan detta göras utan någon större ansträngning, genom att tänka efter eller att tillfråga målsäganden. Det bör understrykas att inte all omedveten oaktsamhet utgör grov sådan, det krävs att det rör sig om ett klart klandervärt fall då gärningspersonen inte bemödat sig att kontrollera de närmare förhållandena trots att det funnits starka skäl att göra det.

I Fall 1 har hovrätten särskilt uppmärksammat att det är gärningspersonens insikt om en eventuell risk i gärningsögonblicket som är det relevanta i sammanhanget. Gärningspersonens generella insikter är inte avgörande för domstolens bedömning. Det framstår som svårt att skilja på vad gärningspersonen insett i stunden och vad hen insett först efteråt. Detta särskilt då bedömningen ofta sker baserat på hur gärningspersonen agerat och uttalat sig inte bara under, utan också efter den aktuella händelsen. Samtidigt framstår det som nödvändigt att omständigheter relaterade till tiden både före och efter händelsen kan tas med i bedömningen. Detta ger en tydligare helhetsbild, framförallt med tanke på att det ofta råder oklarhet kring exakt hur den åtalade händelsen utspelat sig och vem som sagt och gjort vad under tiden.

I Fall 3 har hovrätten angående åtalspunkt 3.1 uttryckt att den tilltalade måste ha insett att det fanns en avsevärd risk för att målsäganden inte deltog

frivilligt och att den tilltalades agerande talar med styrka för att han varit likgiltig inför risken. Sedan lyfter hovrätten hur den tilltalade i efterföljande konversation uttryckt att målsägandens ovilja till analsex är av mindre betydelse eftersom hon ska ha haft analsex tidigare. På den grunden finner hovrätten det styrkt att den tilltalade haft ett likgiltighetsuppsåt i förhållande till att målsäganden inte deltog frivilligt. Detta kan tolkas som att hovrätten endast ansett att den tilltalade varit likgiltig inför risken för att målsäganden inte deltog frivilligt, vilket inte är tillräckligt för att likgiltighetsuppsåt ska föreligga. Å andra sidan kan det också ses som att hovrätten först konstaterar att den tilltalade i vart fall varit likgiltig inför risken och att den tilltalades uttalanden efter händelsen sedan föranledde bedömningen att han varit likgiltig inför den omständigheten att målsäganden inte deltog frivilligt. Oavsett hur hovrätten avsett att formuleringen ska tolkas, vore det önskvärt att det tydligare framgår av domskälen att den tilltalade varit likgiltig inför just omständigheten och inte enbart risken. Detsamma gäller en formulering i tingsrättens dom som hovrätten senare instämt i, avseende åtalspunkt 4. Tingsrätten skriver att en viss omständighet talar med styrka för att den tilltalade varit likgiltig inför risken att målsäganden inte deltog frivilligt. Därför bedömde tingsrätten att det är styrkt bortom rimligt tvivel att den tilltalade insett att det fanns en risk för att målsäganden inte deltagit frivilligt och att han varit likgiltig inför denna omständighet. Även här vore en tydlig differentiering mellan de två begreppen önskvärt.

Angående att medveten oaktsamhet i regel ses som grov sådan, framstår Fall 8 som särskilt anmärkningsvärt. I tingsrätten fanns ett andrahandsyrkande om ansvar för oaktsam våldtäkt. I hovrätten hade åklagaren dock enbart yrkat att den tilltalade skulle dömas för uppsåtlig våldtäkt. Det framgår av hovrättens domskäl att den tilltalade ansågs vara medvetet oaktsam, men ej likgiltig inför målsägandens ofrivilliga deltagande. Då uppsåt därmed inte förelåg, friades den tilltalade. Om hovrätten haft att pröva om den tilltalade varit grovt oaktsam, är det högst sannolikt att den tilltalade skulle ha dömts för oaktsam våldtäkt.

Det kan, sett till de avgöranden från Högsta domstolen och hovrätterna som redogjorts för ovan, konstateras ett antal faktorer som domstolarna ofta väger in i sina bedömningar av grov oaktsamhet. I NJA 2019 s. 668 fick det enligt Högsta domstolen betydelse att den tilltalade avbrutit samlaget på grund av att det inte kändes bra. På samma sätt talade det till den tilltalades nackdel i Fall 3 att han avbröt samlaget endast med sig själv i åtanke då han insåg att målsäganden spelade in händelsen på sin telefon och inte av någon anledning relaterad till målsäganden. Ytterligare en faktor som tycks spela in i domstolarnas bedömning av huruvida den tilltalade insett eller borde ha insett (risken för) att målsäganden inte deltog frivilligt, är hur aktiv eller passiv målsäganden respektive den tilltalade varit. I fall då målsäganden varit passiv, anses detta ofta ha gett den tilltalade anledning att misstänka att målsäganden inte deltog frivilligt. Som exempel kan nämnas NJA 2019 s. 668 då målsäganden varit passiv under hela händelseförloppet och Fall 2 då målsäganden varit passiv under den sexuella handlingen. I Fall 8 gick målsäganden från att vara aktiv till att bli passiv när frivilliga sexuella

handlingar övergick till icke frivilliga sådana. I Fall 3 framhöll hovrätten att den part som är dominant i förhållande till sin sexpartner har ett större ansvar för att försäkra sig om frivillighet. I Fall 7 har hänsyn tagits till att den tilltalade har tagit initiativet och varit drivande.

Ytterligare en omständighet som domstolarna i flera av de granskade avgörandena har beaktat, är huruvida målsäganden och den tilltalade kände varandra sedan tidigare. Detta har i de aktuella fallen ansetts ha betydelse för huruvida den tilltalade insett att det förelåg en risk för att målsäganden inte deltog frivilligt. Som exempel kan nämnas att hovrätten i Fall 3 påpekade att ett ansvar för att försäkra sig om den andres frivillighet, är extra stort då man inte känner personen sedan tidigare. I fall 2 menar hovrätten att relationen mellan målsäganden och den tilltalade talade för att den tilltalade borde ha insett att målsäganden inte deltog frivilligt (vårdare och boende på ett LSS-boende). Som ytterligare exempel kan nämnas Fall 5 och Fall 7.

En aspekt som lyfts av domstolen i vissa av de fall som studerats, är vilken vikt som bör läggas vid huruvida parterna haft sexuellt umgänge vid tidigare tillfälle. I Fall 6 påpekade hovrätten särskilt hur bedömningen inte påverkades av det faktum att målsäganden och den tilltalade haft frivilligt sexuellt umgänge tidigare samma kväll. I Fall 9 lyfter hovrätten att inget sexuellt hade inträffat mellan parterna tidigare den aktuella kvällen. Trots att det framgår av omständigheterna i målet, lyfter inte hovrätten i sina domskäl att målsäganden och den tilltalade haft sexuellt umgänge vid flera andra tillfällen. I Fall 3 hade den tilltalade i efterhand fått insikt i att målsäganden inte deltagit frivilligt i de sexuella handlingarna senast parterna sågs. Detta gjorde enligt hovrätten att den tilltalade hade ett extra stort ansvar att förvissa sig om att målsäganden deltog frivilligt i de sexuella handlingarna nästa gång parterna sågs.

Den nyaste domen från Högsta domstolen innehåller flera uttalanden och bedömningar som är värda att analysera vidare. För det första, lyfte Högsta domstolen hur målsäganden vid frivilligt samlag tidigare under kvällen tagit den tilltalade på axeln då den tilltalade tog stryptag på henne, för att visa att hon inte ville detta. Den tilltalade släppte då taget direkt. Högsta domstolen resonerade att en bidragande faktor till att den tilltalade inte insett att det förelåg en risk för att målsäganden inte deltog frivilligt, är att målsäganden inte visade sin bristande frivillighet, bland annat genom att även denna gång lägga sin hand på den tilltalades axel. Det framstår som rimligt att till viss del ta hänsyn till detta, då det är en individuell omständighet som kan ha haft betydelse för hur den tilltalade resonerade vid gärningstillfället. Samtidigt måste framhållas att det enligt både förarbeten och tidigare praxis i form av NJA 2019 s. 668 tydligt framgår att det inte finns några krav på att målsäganden aktivt ska invända mot de sexuella handlingarna. Högsta domstolen tycks i det aktuella fallet resonera att om målsäganden kunde lägga sin hand på den tilltalades axel och på så sätt få honom att sluta tidigare, varför gör hon inte det vid det aktuella tillfället? Även om Högsta domstolen rätteligen har beaktat omständigheterna i det enskilda fallet,

framstår detta resonemang som taget ur sitt sammanhang. Det fanns en rad olika omständigheter som kan ha lett till att målsäganden inte la sin hand på den tilltalades axel, så som hon gjort tidigare under kvällen. Stryptaget var endast ett inslag i ett för övrigt ömsesidigt samlag, medan händelsen som åtalet avser inte innehöll några frivilliga moment alls och målsäganden väcktes av att den tilltalade började utföra sexuella handlingar. Det bör påpekas att det avgörande här inte är hur Högsta domstolen resonerar om målsägandens frivillighet, utan hur den tilltalade i gärningsögonblicket resonerade eller i vart fall borde ha resonerat kring detta. Måhända att den tilltalade själv i stunden inte insåg skillnaden mellan de två situationerna och att den tilltalade uppfattade situationen som att målsäganden hade samma förutsättningar för att vid det senare tillfället lägga sin hand på hans axel. Om det är denna bedömning som Högsta domstolen har gjort, vore det önskvärt att denna avvägning framgick av domskälen. Dessutom är det i målet endast aktuellt med omedveten oaktsamhet och åklagaren har inte påstått att den tilltalade insåg att det förelåg en risk för att målsäganden inte deltog frivilligt, utan endast att den tilltalade borde ha insett att en sådan risk förelåg. Det vore därför också önskvärt med ett resonemang om huruvida den tilltalade med tanke på omständigheterna borde ha insett att det fanns en risk för att målsäganden inte deltog frivilligt och på grund av rädsla eller liknande inte skulle lägga handen på hans axel för att visa detta. Därmed inte sagt att resonemanget nödvändigtvis leder till en annan slutsats än den som Högsta domstolen konstaterade i sina domskäl. Det måste dock uppmärksammas att målsäganden tidigare, i en helt annan situation där hon inte alls varit lika utsatt, kunnat använda sig av en gest för att invända. Det kan mot bakgrund av förarbeten och tidigare praxis uppfattas som anmärkningsvärt att detta och det faktum att målsäganden nu inte aktivt invände, ställs mot det faktum att målsäganden i hög grad var passiv och att det förekom handgriplighet. Oavsett resultatet av den efterfrågade avvägningen, framstår det som en avvägning som rimligen borde ha gjorts och framkommit av domskälen.

Även vad gäller Högsta domstolens uttalanden i övrigt, är det inte nödvändigtvis utgången som kan ifrågasättas utan snarare de argument som framförs för denna. Som redogjorts för ovan har målsäganden i hög grad varit passiv och handgriplighet har förekommit. Högsta domstolen har å andra sidan vägt detta mot det faktum att målsäganden inte gett några andra tecken på bristande frivillighet, till skillnad från tidigare samma dag. Utöver detta beaktar Högsta domstolen vad som i övrigt har framkommit om hur parternas relation och sexuella samvaro gestaltat sig. Detta framstår som en hänvisning till det faktum att målsäganden och den tilltalade setts flera gånger tidigare i huvudsyfte att ha sex samt att det frivilliga sexet, likt den åtalade gärningen, brukade inledas med oralsex som sedan övergick till vaginalt samlag. Just dessa två saker framstår dock som det enda som den åtalade gärningen har gemensamt med hur parternas relation och sexuella samvaro i övrigt såg ut. Antalet omständigheter som skiljer sig tycks vara betydligt större. Bland annat inleddes den aktuella händelsen med att den tilltalade väckte målsäganden genom att ta hennes hand och föra mot sitt kön för att sedan onanera med hjälp av den. Övriga sexuella umgängen har

inletts då båda parter har varit vakna. Här kan påpekas hur hovrätten i Fall 6 menade att den tilltalade måste ha insett risken för att målsäganden inte deltog frivilligt, bland annat på grund av att målsäganden sov när handlingarna inleddes.

Åter till Högsta domstolens dom, har målsäganden sedan förhållit sig passiv, jämfört med att hon vid övriga sexuella umgängen deltagit aktivt. Dessutom krävdes handgriplighet från den tilltalades sida, något som inte krävdes i vanliga fall. När den tilltalade förmådde målsäganden att utföra oralsex på honom, blev målsäganden stilla varje gång den tilltalade slutade använda kraft för att dra hennes huvud upp och ner. Den tilltalade reagerade då med att åter handgripligen dra målsägandens huvud uppåt och neråt. Här kan nämnas Fall 1 då den tilltalade vid oralsex var tvungen att använda ett visst mått av våld för att trycka ner målsäganden och hålla kvar henne där. Detta gjorde enligt hovrätten att den tilltalade måste ha insett att det fanns en avsevärd risk för att målsäganden inte deltog frivilligt. Den tilltalade ansågs därför ha agerat medvetet oaktsamt och dömdes för oaktsam våldtäkt.

Det framstår också som en betydande skillnad att när den tilltalade avser att övergå till vaginalt samlag, lyckas han inte penetrera målsäganden. Den tilltalade stannar då inte upp, han frågar inte målsäganden om varför det inte går, han frågar inte målsäganden om hon är okej eller om det gör ont. Istället fortsätter han försöka om och om igen tills han lyckas, vilket gör så ont på målsäganden att hon somnade av smärtan. Även om den tilltalade inte var medveten om att målsäganden somnade av smärtan, var han garanterat medveten om att det krävdes flera försök för att lyckas penetrera henne och det framstår som rimligt att den tilltalade då hade anledning att misstänka att det fanns en anledning till detta, eller att upprepade försök kan komma att göra ont på målsäganden.

Hovrätten har i sina domskäl i det aktuella målet framhävt hur målsäganden försökt signalera att hon inte ville delta i oralsex genom att stanna upp i rörelsen och att den tilltalade varit mer aggressiv än vid tidigare samlag. Den tilltalade hade enligt hovrätten agerat på ett överrumplande sätt och med mer våld än tidigare. Detta är något som Högsta domstolen inte nämner i sina domskäl.

Avslutningsvis konstaterade Högsta domstolen att det givet ovan argument inte finns något tydligt stöd för att den tilltalade borde ha förstått att målsäganden inte deltog frivilligt i de sexuella handlingarna. Vidare menade Högsta domstolen att i vart fall kan en eventuell omedveten oaktsamhet inte anses vara så påfallande klandervärd att den ska bedömas som grov och därmed föranleda straffrättsligt ansvar. Som tidigare nämnts är det snarare de resonemang som förts och inte slutsatsen i sig som ger upphov till diskussion. Åklagaren har gjort gällande att den tilltalade agerat omedvetet oaktsamt och att denna oaktsamhet ska ses som grov. Vilken omedveten oaktsamhet som är så påfallande klandervärd att den ska anses som grov finns det förutom det nu aktuella avgörandet ingen tydlig vägledning kring.

Lagstiftaren specificerar inte i förarbetena vilka situationer som kan tänkas omfattas. Som riktlinjer för framtida bedömningar anger Högsta domstolen i sitt avgörande att det är av särskild betydelse vilka tecken som fanns på att den andra personen inte deltog frivilligt och vad gärningspersonen kunde ha uppmärksammat om detta, liksom hur parternas relation och tidigare samvaro har gestaltat sig.

I Fall 4 fann hovrätten att den tilltalade agerat omedvetet oaktsamt, men att detta inte var att anse som grov oaktsamhet. Hovrätten motiverade detta med att den tilltalade inte uppfattat att målsäganden skulle varit mer berusad än resten av sällskapet. Det bör reflekteras över argumentets relevans. Hur den tilltalade uppfattade nivån av målsägandens berusning kan såklart ha påverkat vad han insåg och inte insåg angående hennes frivillighet. Men hur berusade resten av sällskapet var, om övriga två personer som befann sig i rummet var mer eller mindre berusade än målsäganden, torde inte ha någon betydelse för huruvida den tilltalade borde ha insett att målsäganden inte deltog frivilligt.

Som indikatorer på att den tilltalade varit likgiltig inför det faktum att målsäganden inte deltog frivilligt, kan nämnas bland annat Fall 8, då den tilltalade direkt avbrutit då målsäganden uttryckligen invänt mot en sexuell handling. Den tilltalade ansågs därför inte ha varit likgiltig inför målsägandens bristande frivillighet när han genomförde sexuella handlingar som målsäganden inte uttryckligen invände mot. I Fall 9 påpekar hovrätten två tecken på likgiltighet hos den tilltalade, att den tilltalade då målsäganden puttade bort honom la sig och stirrade i taket samt att den tilltalade utan att säga ett ord gick därifrån när målsäganden bad honom gå. I Fall 1 ville den tilltalade i efterhand försäkra sig om att de sexuella handlingarna varit ömsesidiga, vilket enligt hovrätten talade emot att den tilltalade skulle varit likgiltig inför målsägandens bristande frivillighet i gärningsögonblicket.

Som nämnts i avsnitt 1.4 har de för uppsatsen aktuella bedömningarna en nära koppling till bevisvärdering. Våldtäktsbrottet är förenat med stora bevisvärderingar och ofta står ord mot ord, samtidigt som åtalet ska vara styrkt bortom rimligt tvivel. Att en gärningsperson inte bedöms ha agerat grovt oaktsamt, beror inte nödvändigtvis på att personens agerande i sig inte utgjorde grov oaktsamhet. Anledningen kan också vara att personens agerande helt enkelt inte kan bevisas och domstolen kan då inte utgå från icke bevisade påståenden. I samtliga avgöranden som studerats inom ramen för uppsatsen, har bevisningen bestått av målsägandens utsaga i kombination med så kallad stödbevisning. I något fall har det funnits stödbevisning i form av ett rättsintyg, men generellt framstår inte teknisk bevisning som vanligt förekommande, utan i de allra flesta fall bestod stödbevisningen av vittnen som har pratat med målsäganden efter händelsen. Ett bevis som sticker ut i mängden är i Fall 3, där målsäganden hade spelat in ljud under hela händelsen och händelseförloppet kunde följas via ljudinspelningen, samtidigt som det blev tydligt vad parterna sagt och inte sagt till varandra under samlaget. Då ord stod mot ord är det långt ifrån säkert att den tilltalade kunnat dömas om det inte tydligt framgick av

inspelningen att målsäganden bland annat sa nej upprepade gånger och försökte skrika.

Ett vittne som efter händelsen fått berättat för sig från målsäganden vad som hänt, har inget självständigt värde som bevis utan talar snarare för (eller emot) målsägandens trovärdighet och utsagans tillförlitlighet. Vittnet kan omöjligt veta om händelsen har inträffat eller ej, utan vet bara vad målsäganden har berättat. För att möta det högt satta beviskravet vore det önskvärt med mer oberoende bevisning så som rättsintyg, den ovan nämnda inspelningen, vittnen som iakttagit den faktiska händelsen eller teknisk bevisning i form av exempelvis DNA. Samtidigt framstår det inte som rimligt att ett offer under en pågående våldtäkt ska tänka och agera rationellt för att samla in bevisning och en lösning på bevisproblematiken lyser med sin frånvaro.

Ytterligare en aspekt avseende hur domstolarna förhåller sig till bevisvärderingen är användandet av så kallade allmänna erfarenhetssatser. Som exempel kan nämnas Fall 9 då den tilltalade legat bakom målsäganden och skedat. Hovrätten ansåg att det inte är uteslutet att en person kan trycka sin rumpa mot någon annan och stöna samt flytta sitt ben i sömnen, men att det är osannolikt att en person skulle göra alla dessa saker i sömnen och samtidigt ha ögonen öppna. Detta är inget som förts bevisning om i målet, utan här har domarna sett till vad som enligt dem är rimligt att en person gör eller inte gör i sömnen. Hovrätten har också funnit det svårförenligt att den tilltalade i den positionen penetrerat målsäganden utan att få en erektion, vilket även detta bygger på ett rimlighetstänk från domstolens sida utifrån vad domarna anser vara möjligt eller i vart fall troligt.

En aspekt som synes nödvändig att lyfta inom ramen för analysen är hur stor vikt som lagts vid målsägandens uppgifter i Fall 7. Enligt praxis ska en tillförlitlig utsaga vara fri från felaktigheter, motsägelser, överdrifter, svårförklarliga moment, konstansbrister, dåligt sammanhang eller tvekan i avgörande delar. Samtidigt har Högsta domstolen särskilt påpekat att det ofta är svårt att göra en bedömning baserat på vilket intryck förhörspersonen ger. Målsäganden har i Fall 7 inte kunnat minnas annat än få delar av händelseförloppet. Åklagaren har vid förhöret ställt ledande frågor och läst upp hela stycken ur polisförhör, varpå målsäganden kunnat instämma i att det som lästs upp av åklagaren stämmer. Samtidigt har rätten funnit att det finns vissa motsägelsefulla och svårförklarliga moment i M målsägandens berättelse. Som för att förklara varför det inte kan krävas att målsäganden ska kunna redogöra mer utförligt för vad som inträffat, påpekade rätten att målsäganden är en känslig person som verkar bära på en inre generell rädsla. Senare uttrycktes också att målsäganden är en ung, känslig person. Detta kan analyseras ur flera olika perspektiv. Dels uttrycks i den allmänna debatten ofta kritik mot att våldtäktsoffer inte blir betrodda. Samtidigt framstår det närmast som att domstolen i sin iver att på ett progressivt sätt sätta tilltro till offrets uppgifter, samtidigt förminskar målsäganden genom att flera gånger påpeka hur känslig hon är som ung tjej. Stödbevisning fanns i form av två vittnen som pratat med målsäganden efter händelsen.

Målsäganden har inte berättat några detaljer för vittnena, utan endast väldigt centrala delar och bara vid något tillfälle, efter det har M inte velat prata mer om händelsen. Tingsrätten fann att målsägandens uppgifter skulle ligga till grund för bedömningen, vilket hovrätten instämde i. Detta trots att målsägandens utsaga inte uppfyllde ett enda kriterium för vad som utgör en tillförlitlig utsaga och att den stödbevisning som fanns var mycket svag. Detta får betydelse för bedömningen av den tilltalades eventuella oaktsamhet, då det är högst osannolikt att den tilltalade skulle ansetts ha agerat grovt oaktsamt och därmed dömts för oaktsam våldtäkt om målsägandens berättelse inte legat till grund för domstolens bedömning.

Samtidigt måste detta ses i ljuset av att en utsaga ska värderas utifrån utsagepersonens möjligheter att återberätta vad som hänt. I praxis har särskilt påpekats att det kan vara problematiskt att tillämpa kriterierna på utsagor från personer som av olika skäl har en bristande förmåga att uttrycka sig muntligen, något som domstolarna måste vara observanta på. Detta aktualiseras särskilt i Fall 2, där målsäganden på grund av funktionsnedsättning uppgavs ha en mental ålder på cirka 6–8 år. Det går då inte att ställa lika höga krav på hans utsaga som på många andra målsägandes berättelse. Här är det viktigt att komma ihåg att den tilltalade erkänt händelsen till viss del. Alla delar av händelseförloppet som ansågs bevisade, var sådant som den tilltalade erkänt hade hänt. Målsägandens uppgifter styrkte ingen händelse som den tilltalade nekat.

Sammanfattningsvis kan sägas att domstolarna vid bedömning av den tilltalades eventuella uppsåt eller grova oaktsamhet, ofta ser till bland annat anledningen till att den sexuella handlingen avbröts, parternas relation sedan tidigare och huruvida parterna haft sexuellt umgänge vid tidigare tillfälle. Det ses också i flera av avgörandena till hur aktiv eller passiv målsäganden respektive den tilltalade varit. Generellt synes det finnas en enhetlig praxis, i vart fall står de bedömningar som gjorts inte i strid med varandra. Ett undantag för detta kan dock vara Högsta domstolens senaste dom. Det kan argumenteras för att denna dom motsäger vad som framkommit i tidigare domar. Det återstår att se hur detta nya prejudikat kommer påverka nya avgöranden.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Motioner i Andra kammaren, nummer 654 år 1962. Av fru Sjövall, i anledning av Kungl. Maj:ts proposition nr 10, med förslag till brottsbalk.

Prop. 2017/18:177 En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet.

Prop. 2021/22:231 Skärpt syn på våldtäkt och andra sexuella kränkningar.

SOU 1926:32 Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning. Andra delen – rättegången i brottmål.

SOU 1976:9 Sexuella övergrepp.

Litteratur

Asp, Petter: *Sex och samtycke*. 1 uppl., Iustus förlag, Uppsala 2010.

Borgeke, Martin: Ett förtydligande av uppsåtets nedre gräns. SvJT 2017 s. 93–105.

Brottsförebyggande rådet, *Den nya samtyckeslagen i praktiken - En uppföljning av 2018 års förändringar av lagreglerna rörande våldtäkt*, Rapport 2020:6, Stockholm: Brottsförebyggande rådet, 2020, https://www.bra.se/download/18.7d27ebd916ea64de5306522c/1605178708066/2020_6_Den_nya_samtyckeslagen_i_praktiken.pdf, hämtad 2022-03-01.

Dahlman, Christian: *Beviskraft – Metod för bevisvärdering i brottmål*. 1 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2018.

Diesen, Christian: *Bevisprövning i brottmål*. 2 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2015.

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Heuman, Lars: *Rättegång – fjärde häftet*. 7 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2009.

Holmbäck, Åke och Wessén, Elias: *Magnus Erikssons landslag – i nusvensk tolkning*. 1 uppl., Nord. bokh. Stockholm 1962.

Holmbäck, Åke och Wessén, Elias: *Magnus Erikssons stadslag – i nusvensk tolkning*. 1 uppl., Nord. bokh. Stockholm 1966.

Holmgård, Lars: *Bevisning i brottmål*. 1 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2019.

Jareborg, Nils och Ulväng, Magnus: *Tanke och uppsåt*. 1 uppl., Iustus förlag, Uppsala 2016.

Lainpelto, Katrin: *Stödbevisning i brottmål*. Jure förlag, Stockholm 2012.

Leijonhufvud, Madeleine: *Svensk sexualbrottslag: en framåtsyftande tillbakablick*. 1 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2015.

Mellqvist, Mikael och Lindh, Anna-Karin: *Sömngångares straffansvar*. Ny Juridik 1:17 s. 33–57.

Nordh, Roberth: *Bevisrätt A: allmänna bevisfrågor: om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.* 2 uppl., Iustus förlag, Uppsala 2019.

Nordh, Roberth: *Bevisrätt C: bevisvärdering*. 2 uppl., Iustus förlag, Uppsala 2019.

Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.): *Juridisk metodlära*. 2 uppl., Lund 2018.

Schelin, Lena: *Bevisvärdering av utsagor i brottmål*. 1 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2007.

Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*. 4 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm 2018.

Ågren, Jack: *Brott och straff – en grundbok i straffrätt*. 2 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2021.

Övrigt

Jämställdhetsmyndigheten, #metoo. Tillgänglig på <https://www.jamstalldhetsmyndigheten.se/mans-vald-mot-kvinnor/sexuella-trakasserier/metoo> (Besökt 2022-02-26). Senast uppdaterad 2022-01-15.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA II 1943 s. 445.

NJA 2004 s. 176.

NJA 2008 s. 1096 II.

NJA 2009 s. 447 I.

NJA 2010 s. 671.

NJA 2016 s. 763.

NJA 2017 s 316 I.

NJA 2019 s. 668.

NJA 2021 s. 536.

Högsta domstolens dom av den 7 april 2022 i mål B 779–21.

Hovrätterna

Svea hovrätts dom av den 1 november 2021 i mål B 10431–21.

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom av den 23 december 2021 i mål B 1602–21.

Hovrätten för Övre Norrlands dom av den 27 december 2021 i mål B 1132–21.

Svea hovrätts dom av den 24 januari 2022 i mål B 14288–21.

Hovrätten för Västra Sveriges dom av den 3 februari 2022 i mål B 5166–21.

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom av den 8 februari 2022 i mål B 3530–21.

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom av den 9 februari 2022 i mål B 2660–21.

Svea hovrätts dom av den 16 februari 2022 i mål B 13468–20.

Svea hovrätts dom av den 21 februari 2022 i mål B 4853–20.