



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Emma Ask

Vill du eller inte?

*En analys av vad som utgör grov oaktsamhet vid oaktsam
våldtäkt*

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Sandra Ahrén

Termin: VT23

Innehållsförteckning

Summary.....	s. 4
Sammanfattning.....	s. 6
Förkortningar.....	s. 8
1. Inledning.....	s. 9
1.1 Bakgrund.....	s. 9
1.2 Syfte och frågeställningar.....	s. 10
1.3 Avgränsningar.....	s. 11
1.4 Metod.....	s. 12
1.5 Material.....	s. 13
1.6 Forskningsläge.....	s. 13
1.7 Disposition.....	s. 14
2. Införandet av samtyckeslagen och principer för kriminalisering.....	s. 15
2.1. Gällande rätt och allmänna principer för kriminalisering.....	s. 15
2.2. Kriminalisering av oaktsam våldtäkt, ett omdiskuterat förslag s. 16	
3. Oaktsamhet i allmänhet och oaktsam våldtäkt.....	s. 18
3.1 Om oaktsamhet i allmänhet.....	s. 18
3.2 Bedömningen av grov oaktsamhet vid oaktsam våldtäkt.....	s. 19
4. Praktisk tillämpning av grov oaktsamhetsrekvisitet i Högsta domstolen s. 20	
4.1 Allmänt.....	s. 20
4.2 NJA 2019 s. 668.....	s. 21
4.3. NJA 2022 s. 237.....	s. 22

5. Praktisk tillämpning av grov oaktsamhetsrekvisitet i hovrätterna.....s.	24
5.1 Allmänt om avgörandena.....s.	24
5.2 Likgiltig eller oaktsam?.....s.	27
5.3 Oaktsam eller inte?.....s.	29
6. Analys.....s.	31
6.1 Bedömningen av oaktsamhet.....s.	31
6.2 Lagstiftningen ur ett rättssäkerhetsperspektiv.....s.	34
6.3 Avslutande synpunkter.....s.	35
Käll- och litteraturförteckning.....s.	37
Rättsfallsförteckning.....s.	39

Summary

In July 2018, the Swedish legislation regarding sexual assault fundamentally changed in terms of which criminal acts are considered to be a violation of the law. Among these changes was the implementation of the new criminal offence of negligent rape, found in the sixth chapter of the Swedish penal code, which opposedly to the previous ruling that only included intentional acts, now criminalizes acts of negligence. This essay aims to determine how gross negligence should be interpreted in regards to the criminal offence of negligent rape. It will also investigate whether the current interpretation complies with the rule of law. As for the method and material, this paper primarily uses precedents set by the Supreme Court. In addition to the precedents, rulings by the courts of appeal have been analyzed to examine how gross negligence has been interpreted in several cases of negligent rape. The research is also based on legislative history and literature of jurisprudence relevant to the subject.

First, this essay will describe how negligent rape is defined and in what context the legislation was created. The following chapter presents the legal term negligence, both explained as a legal definition in general, but also specifically in regards to negligent rape. Furthermore, the precedents from the Supreme Court and the rulings of the courts of appeal are examined in depth so that the significant aspects of whether a person has acted with negligence can be determined. This part of the essay also presents other aspects which aims to guide the reader in gaining more understanding to which questions are truly relevant whilst determining negligence in the act of negligent rape.

Lastly, this paper contains a discussion aiming to answer whether or not the uncertainty followed by the criminalization of negligence in relation to negligent rape, is in compliance with the rule of law. It is found that gross negligence, in general, is determined in a similar manner across the courts and it is safe to say that certain elements can be identified as having greater

importance. However, in comparison between the rulings from the courts and the literal interpretation of the legislation along its legislative history, it seems that there are significant differences to what is considered to be gross negligence. It appears that the legislation along its legislative history allows for a wider interpretation. In conclusion, there is a need of more guidance regarding how gross negligence should be determined in relation to the legislation of negligent rape, as it will allow for greater predictability, subsequently leading to a more uniform application of the law.

Sammanfattning

Den 1 juli 2018 ändrades svensk sexualbrottslagstiftning i grunden då bedömningen för vad som utgör ett sexuellt övergrepp förändrades till att definieras utifrån huruvida deltagandet i sexuell kontakt sker frivilligt. Ändringarna som infördes i brottsbalken brukar gemensamt kallas samtyckeslagen. Förändringen innebar även att ett nytt brott, oaktsam våldtäkt som regleras i 6 kap. 1 a § brottsbalken, infördes. Härigenom kriminaliserades vissa sexuella handlingar som utförts mot den utsattas vilja men utan uppsåt, utan istället med grov oaktsamhet. Uppsatsen syftar till att klargöra rättsläget för hur grov oaktsamhet ska uppfattas i detta sammanhang och analysera huruvida den nuvarande tolkningen är förenlig med de rättssäkerhetsprinciper som aktualiseras. För att besvara frågeställningarna har vägledning ur förarbeten och juridisk litteratur använts, men framför allt har avgöranden från Högsta domstolen och hovrätterna analyserats för att beskriva hur grov oaktsamhet uppfattats i praktiken.

Uppsatsen inleds med en beskrivning av vad som utgör gällande rätt vid oaktsam våldtäkt och i vilken kontext den nuvarande lagstiftningen tillkommit. Vidare redogörs för vad som utgör oaktsamhet samt hur bedömningen ska gå till både i allmänhet och specifikt vid oaktsam våldtäkt. I avsnitten som följer återfinns en redogörelse för hur grov oaktsamhet uppfattats i Högsta domstolens respektive hovrätternas praxis där de omständigheter som tillmätts stor betydelse vid bedömningen presenteras. Dessa avsnitt innehåller även allmän information om avgörandena gemensamt för att ge läsaren en tydligare bild av vilken typ av frågor som blir aktuella vid bedömningen av oaktsamheten.

Avslutningsvis diskuteras det presenterade underlaget i uppsatsen utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv. Bedömningen av vad som utgör grov oaktsamhet vid oaktsam våldtäkt sker generellt på ett liknande sätt vid domstolarna och några faktorer såsom parternas tidigare relation har kunnat påvisas vara

särskilt betydelsefulla vid bedömningen av om den tilltalade varit grovt oaktsam. När förarbetena jämförs med utfallet i domstolarna förefaller utrymmet för vad som utgör oaktsamhet något större i förarbetena. Det förekommer även vissa skillnader mellan de olika avgörandena i bedömningen av vad som utgör grov oaktsamhet. Sammanfattningsvis finns ett behov av ytterligare vägledning, särskilt från Högsta domstolen, för att tillämpningen av regleringen i praktiken och bedömningen av vad som utgör grov oaktsamhet ska ske på ett förutsägbart sätt.

Förkortningar

Brå

Brottsförebyggande rådet

NJA

Nytt juridiskt arkiv

Prop.

Propositionen

1. Inledning

1.1 Bakgrund

“Också Hamor och hans son Sikem dödade de med svärd och tog med sig Dina ut ur Sikems hus och gav sig i väg. Och Jakobs söner gick fram över de slagna och plundrade staden, därför att deras syster hade blivit orenad”

- Ur första Mosebok under titeln “Våldtäkten mot Dina”

Bibelns beskrivning av våldtäkt som ett brott mot den utsattas familj som behöver hämnas är långt ifrån hur vi idag ser på våldtäkt och helt andra principer formar vår lagstiftning kring sexualbrott. Dagens lagstiftning syftar till att stärka och skydda den personliga och sexuella integriteten för vuxna och barn.¹ Trots att det var relativt länge sedan den svenska lagstiftningen behandlade våldtäkt som ett egendomsbrott har det fortfarande skett stora förändringar under de senaste åren. En av de största förändringarna som diskuterats är huruvida sexualbrottslagstiftningen ska utformas så att den baseras på samtycke.²

Samtyckeslagen innebar inte bara en förändring i hur uppsåtlig våldtäkt definierades utan även en kriminalisering av grovt oaktsamma handlingar. Denna förändring har kritiserats framför allt med hänsyn till de eventuella avgränsningssvårigheter som ett oaktsamhetsansvar skulle kunna innebära, vilket riskerar att påverka förutsägbarheten av lagen.³ Kritik mot straffansvar vid oaktsamhet har även framförts från vissa av samtyckeslagens förespråkare.⁴

¹ Se prop. 2017/18:177 s. 20.

² Se Asp (2010) s. 73 ff.

³ Se prop. 2017/18:177 s. 20 f.

⁴ Jfr. Leijonhufvud (2008) s. 12.

Med bakgrund av kritiken mot införandet av brottet oaktsam våldtäkt är det intressant att undersöka hur tillämpningen av lagstiftningen har fungerat i praktiken. Har det uppstått svårigheter vid bedömningen av vad som utgör oaktsam våldtäkt och vad innebär grov oaktsamhet i denna kontext? En uppföljning av införandet av samtyckeslagen genomfördes av Brå 2020 där bland annat dessa frågor behandlades. Undersökningen fann att fällandegraden ökat för våldtäktsbrottet generellt men belyser samtidigt att praktiserande jurister på området anser att det finns gränsdragningsproblematik.⁵

Oaktsam våldtäkt har idag varit brottsbelagt i närmare fem år och det finns betydligt fler avgöranden att granska för att närmare undersöka hur prövningen av grov oaktsamhet sker i praktiken jämfört med när Brå genomförde sin utredning. Således finns anledning att analysera vad som utgör grov oaktsamhet i förhållande till brottet oaktsam våldtäkt. Detta kan göras genom att undersöka vad som utgör gällande rätt, men även genom att analysera hur prövningen utförts av domstolar i praktiken. I uppsatsen kommer undersökas vad som utgör grov oaktsamhet vid oaktsam våldtäkt och samtidigt redogöras för den kritik som riktats mot lagstiftningen, särskilt i förhållande till eventuella farhågor för hur införandet påverkar rättssäkerheten.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att undersöka hur grov oaktsamhet ska uppfattas gällande brottet oaktsam våldtäkt för att möjliggöra en vidare analys av vad detta innebär för rättssäkerheten med särskilt fokus på förutsägbarhets- och likhetsprincipen. För att undersöka vilka eventuella problem som aktualiseras vid den praktiska tillämpningen syftar uppsatsen inte bara till att klargöra vad som utgör gällande rätt utan även att belysa hur bedömningen av vad som utgör grov oaktsamhet sker i praktiken i Högsta domstolen och hovrätterna.

⁵ Se Brå (2020) s. 30 f. respektive s. 79 f.

Syftet med uppsatsen är således att besvara följande frågeställningar:

- Hur ska begreppet grov oaktsamhet uppfattas vid tillämpning av 6 kap. 1 a § brottsbalken enligt gällande rätt?
- Hur har bedömningen av begreppet grov oaktsamhet gjorts i praktiken av Högsta domstolen och hovrätterna?
- Uppfyller nuvarande reglering kraven på att lagstiftning ska vara förutsägbar och behandla lika fall på samma sätt?

1.3 Avgränsningar

För att uppnå uppsatsens syfte inom begränsningarna som angetts för uppsatsens omfång och tidsram har vissa avgränsningar varit nödvändiga. Alla avgöranden som ingått i undersökningen har inte kunnat granskas lika utförligt. Avgörandena från Högsta domstolen har på grund av dessas prejudikatvärde undersökts och redovisats utförligt medan majoriteten av avgörandena från hovrätterna inte undersökts närmare. Några avgöranden från hovrätterna har granskats närmare, men har inte refererats lika utförligt som prejudikaten från Högsta domstolen. Hovrätternas avgöranden syftar framför allt till att utgöra exempel på hur oaktsamhetsbedömningen skett i praktiken och för att illustrera vilka omständigheter som varit av betydelse.

Tingsrätternas avgöranden och domskäl hade varit intressant att analysera för att mer utförligt redogöra för hur tillämpningen av lagstiftningen sker i praktiken. Komparativa inslag för att analysera hur oaktsamhetsansvaret fungerat i länder såsom Norge där detta varit kriminaliserat under en längre tid hade också varit av intresse. Dessa aspekter kommer dessvärre inte att behandlas närmare, då andra perspektiv bedömts mer relevanta för att besvara frågeställningarna och således getts mer utrymme. Rättssäkerhet är ett begrepp som rymmer många olika principer, men den här uppsatsen behandlar framför allt förutsebarhetsprincipen och likhetsprincipen då dessa ansetts mest relevanta för uppsatsämnet.

1.4 Metod

Den rättsdogmatiska metoden har varit utgångspunkten för arbetet. Metoden innebär att de accepterade rättskällorna lagstiftning, lagmotiv, rättspraxis och juridisk litteratur analyseras för att utreda vad som utgör gällande rätt.⁶ Uppsatsens syfte är att undersöka vad som utgör gällande rätt, de lege lata, snarare än att konstatera vad gällande rätt bör vara, de lege ferenda, - detta för att möjliggöra en juridisk analys av hur lagstiftningen fungerar och vad detta innebär ur ett rättssäkerhetsperspektiv.

Oaktsam våldtäkt är ett relativt nytt brott, vilket medför att de tillgängliga accepterade rättskällorna som behandlar ämnet är begränsade. Hovrättsavgöranden som behandlar oaktsam våldtäkt har därför också inkluderats i uppsatsen. Dessa har inte samma prejudikatverkan och således inte samma ställning som rättskälla jämfört med avgöranden från Högsta domstolen men är trots det av intresse för att undersöka hur gällande rätt tillämpas i praktiken.⁷

Avgörandena från hovrätterna kommer användas i uppsatsen med både kvantitativa och kvalitativa inslag. Den kvantitativa delen av undersökningen syftar till att illustrera generella trender och har ansetts nödvändig för att skapa ett underlag som lämpar sig för en bredare analys av frågan, vilket normalt inte är fallet med enskilda avgöranden från underrätterna. I de kvalitativa inslagen presenteras exempel ur avgöranden från hovrätterna på hur bedömningen av grov oaktsamhet har utförts i praktiken.

⁶ Se Nääv & Zamboni (2018) s. 21.

⁷ Ibid. s.24.

1.5 Material

Källorna som använts i arbetet har framför allt bestått i avgöranden från Högsta domstolen och hovrätterna som behandlat hur begreppet grov oaktsamhet bedöms vid oaktsam våldtäkt. Förarbetena har också varit viktiga källor i undersökningen, särskilt propositionen 2017/18:177 i vilken kriminalisering av oaktsam våldtäkt föreslogs. Juridisk litteratur på området kommer också användas för att besvara uppsatsens frågeställningar.⁸

Det finns endast två avgöranden från Högsta domstolen som behandlar bedömningen av grov oaktsamhet medan det i uppsatsen ingår 32 avgöranden från hovrätterna som behandlat detta. Alla hovrätter har kontaktats och samtliga avgöranden som behandlar oaktsam våldtäkt har begärts ut. Det är viktigt att understryka att detta inte innebär att alla hovrättsavgöranden som behandlat oaktsam våldtäkt utgör en del av undersökningen då detta kan påverkas av hur hovrätterna behandlar begäran av handlingarna. Antalet avgöranden som mottagits får dock anses tillräckligt för att frågeställningen ska kunna behandlas utförligt.

Samtliga avgöranden från hovrätterna är en del av undersökningen men endast åtta avgöranden har beskrivits individuellt. I urvalet av vilka hovrättsavgöranden som behandlats närmare har det avgörande varit hur utförligt domstolen motiverat sin bedömning av vad som utgör grov oaktsamhet.

1.6. Forskningsläge

Införandet av brottet oaktsam våldtäkt brukar behandlas tillsammans med andra frågor som diskuterats i och med införandet av en samtyckeslag. Den juridiska litteraturen som finns på området är begränsad och behandlar

⁸ Se avsnitt 1.6.

framför allt frågan vad införande av en samtyckeslag skulle innebära i praktiken. Här kan nämnas Madeleine Leijonhufvuds Samtyckesutredning från 2008 liksom boken Sex och straff av Petter Asp med utgivningsår 2010. Båda behandlar kriminaliseringen av oaktsamhet vid sexualbrott. Brå genomförde 2020 i rapporten, ”Den nya samtyckeslagen i praktiken”, en uppföljning av hur samtyckeslagen har tillämpats i praktiken genom att granska avgöranden från domstolarna. Detta inkluderar en granskning av hur begreppet grov oaktsamhet har bedömts vid oaktsam våldtäkt.⁹ Det finns även flera studentuppsatser som behandlar oaktsam våldtäkt.

1.7 Disposition

Uppsatsen inleds med en redogörelse för hur nuvarande lagstiftning om oaktsam våldtäkt ser ut, hur den kom till och vilken kritik som har riktats mot lagstiftningen. Därefter behandlas hur bedömningen av oaktsamhetsbegreppet sker såväl generellt som i förhållande till våldtäktsbegreppet. Vidare följer en redogörelse över de avgöranden från Högsta domstolen och hovrätterna som behandlar oaktsam våldtäkt. De få avgörandena som finns från Högsta domstolen kommer först att beskrivas mer allmänt varefter de båda avgöranden som behandlar bedömningen av vad som utgör grov oaktsamhet presenteras mer ingående. Avgörandena från hovrätterna presenteras i nästa del först gemensamt och sedan mer specifikt med fokus på några utvalda avgöranden. Slutligen genomförs en övergripande analys av det presenterade materialet där frågeställningarna för uppsatsen besvaras.

⁹ Se Brå (2020) s. 19.

2. Införandet av samtyckeslagen och principer för kriminalisering

2.1. Gällande rätt och allmänna principer för kriminalisering

Införandet av brottet oaktsam våldtäkt var som konstaterats ovan en del av införandet av den så kallade samtyckeslagen i Sverige. Förändringen innebar att bedömningen av vad som utgör sexualbrott utgår ifrån huruvida deltagande i sexuell kontakt sker frivilligt. Bedömningen av om någon deltar frivilligt ska ske i stunden då den sexuella kontakten äger rum.¹⁰

Vid sexualbrott är det mycket vanligt att den utsatta reagerar genom att bli passiv, så kallat Tonic immobility eller Frozen fright.¹¹ En reglering som kräver våld eller utnyttjande, vilket tidigare var fallet, kan med anledning av den höga grad av passivitet bland utsatta anses olämplig då dessa situationer inte inkluderas i det kriminaliserade området.¹² I lagstiftningen som nu infördes kan passivitet vara ett uttryck för frivillighet eller en indikation på att deltagandet inte är frivilligt.¹³ Vid införandet av samtyckeslagen kriminaliserades även handlingar som utförts med grov oaktsamhet med motiveringen att det gäller allvarliga brott, vilket medför att även oaktsamma handlingar framstår som straffvärda.¹⁴ Idag lyder bestämmelsen om oaktsam våldtäkt i 6 kap. 1 a § brottsbalken enligt följande:

¹⁰ Se prop. 2017/18:177 s. 15-22.

¹¹ Möller, Söndergaard & Helström (2017) s. 3.

¹² Se prop. 2017/18:177 s.22.

¹³ Ibid. s. 32 f.

¹⁴ Ibid. s. 23.

Den som begår en gärning som avses i 1 § och är grovt oaktsam beträffande omständigheterna att den andra personen inte deltar frivilligt, döms för oaktsam våldtäkt till fängelse i högst fyra år

Om gärningen med hänsyn till omständigheterna är mindre allvarlig, ska det inte dömas till ansvar

Det finns ingen entydig definition av begreppet rättssäkerhet, men det används som ett samlingsbegrepp för att beskriva flera olika principer som alla syftar till att hindra en godtycklig rättstillämpning. I uppsatsen har likhetsprincipen och förutsebarhetsprincipen bedömts särskilt viktiga. Likhetsprincipen innebär att lika fall ska behandlas på samma sätt vid rättstillämpningen och förutsebarhetsprincipen innebär att den enskilde ska kunna förutse vilka handlingar som är kriminaliserade och vilka effekter kriminaliseringen får i det enskilda fallet.¹⁵

2.2. Kriminalisering av oaktsam våldtäkt, ett omdiskuterat förslag

Huruvida Sverige skulle införa en samtyckeslag eller inte har varit en fråga som varit aktuell i flera år innan den infördes 2018. Frågan behandlades i samband med att andra stora förändringar av sexualbrottslagstiftningen utreddes 2005 och 2013. Vid utredningen 2005 angavs det ökade fokus som befarades hamna på den utsatta som det främsta skälet mot införandet av en sådan reglering.¹⁶ Förutsägbarhetsproblematiken och att de straffvärda handlingarna kunde förväntas omfattas av andra bestämmelser anfördes som skäl emot införandet 2013.¹⁷

Madeleine Leijonhufvud genomförde en "skuggutredning" för miljöpartiets räkning som särskilt fokuserade på frågan om sexualbrottslagstiftningen

¹⁵ Se Ekelöf m.fl (2018) s. 43.

¹⁶ Se prop. 2004/05:45 s. 36-41.

¹⁷ Se. prop. 2012/13:111 s. 31-34.

borde bygga på frivillighet. I denna föreslår Leijonhufvud att Sverige ska införa en lagstiftning som utgår ifrån huruvida deltagandet i sexuella handlingar varit frivilligt istället för att dessa skett med samtycke.¹⁸ Det främsta skälet till förslaget var att begreppet samtycke¹⁹ redan existerar inom straffrätten.²⁰ Mot detta förslag invände Petter Asp i sin bok *Sex och samtycke*, då han menar att frivillighet är ett begrepp som på ett otillräckligt sätt avgränsar det kriminaliserade området, vilket enligt Asp skulle innebära tolkningssvårigheter i hur regleringen ska uppfattas.²¹ När det gäller införandet av oaktsamhetsansvar för våldtäkt har Leijonhufvud i sin utredning avrått från kriminalisering med motiveringen att de straffvärda handlingarna kan anses omfattas av de olika uppsåtsformerna.²²

I remissvar till utredningen har flera instanser uttryckt kritik mot en kriminalisering av oaktsamma handlingar när det gäller våldtäkt. Den främsta kritiken består i att flera remissinstanser anser att det är oklart hur mycket regleringen ökar det straffbara området och att det finns en risk att vad som utgör grov oaktsamhet tolkas på olika sätt. Flera remissinstanser kritiserar också att sexualbrottslagstiftningen ändras till att vara frivillighetsbaserade samtidigt som ett oaktsamhetsansvar införs, då detta förvärrar svårigheterna med avgränsningen mellan brotten våldtäkt och oaktsam våldtäkt.²³

I Brå:s utredning från 2020 diskuteras samtyckeslagen i sin helhet utförligt med särskilt fokus på dess konsekvenser vid rättstillämpningen. Oaktsam våldtäkt hade endast behandlats i ett fåtal avgöranden då domstolarna enligt Brå ofta inte ansett att bestämmelsen varit applicerbar. De tilltalade hade istället antingen friats helt eller fällts för våldtäkt.²⁴ Utredningen lyfte även särskilt fram att en tredjedel av domarna och 72 procent av försvarsadvokaterna som tillfrågats upplevde att det fanns en

¹⁸ Leijonhufvud (2008) s. 22 ff.

¹⁹ Jfr. 24 kap. 7 § brottsbalken.

²⁰ Se Leijonhufvud (2008) s. 88 f.

²¹ Se Asp (2010) s. 78.

²² Se Leijonhufvud s. 12.

²³ Se prop. 2017/18:177 s. 20 ff.

²⁴ Ibid. s. 7 ff.

gränsdragningsproblematik, särskilt när det gäller den övre och undre gränsen för grov oaktsamhet. Flera av dessa efterfrågade ytterligare vägledning i praxis.²⁵ Det kan noteras att undersökningen utfördes sedan det första avgörandet från Högsta domstolen meddelats.

3. Oaktsamhet i allmänhet och oaktsam våldtäkt

3.1 Om oaktsamhet i allmänhet

För att en gärning ska vara brottslig ska den som huvudregel ha begåtts med uppsåt. När det särskilt föreskrivs kan även gärningar som begåtts av oaktsamhet föranleda straffansvar.²⁶ Oaktsamhet delas upp i två olika former - medveten och omedveten oaktsamhet. Medveten oaktsamhet brukar beskrivas i relation till prövningen av likgiltighetsuppsåt, den lägsta formen av uppsåt. En person anses ha haft likgiltighetsuppsåt om denna insett risken för att en omständighet förelegat, varit likgiltig inför detta och utfört handlingen trots omständigheten. Risken för att omständigheten förelåg utgjorde alltså inte tillräckliga skäl för att gärningspersonen inte skulle företa handlingen.²⁷

När någon varit medvetet oaktsam insåg gärningspersonen risken för att omständigheten förelåg men var inte likgiltig inför dess förverkligande utan utförde handlingen i förhoppningen att så inte var fallet.²⁸ Vid oaktsam våldtäkt genomför någon ett samlag eller annan jämförbar sexuell handling med insikt om att det finns en risk för att den andra personen inte deltar frivilligt men med förhoppningen om att deltagandet är frivilligt. Om

²⁵ Se prop. 2017/18:177 s. 79 ff.

²⁶ Jfr 1 kap. 2 § brottsbalken.

²⁷ Se Asp, Ulväng & Jareborg s. 290 ff.

²⁸ Ibid. s. 314 f.

gärningspersonen vetat säkert att den andra inte deltagit frivilligt hade den medvetet oaktsamma inte genomfört handlingen.

Omedveten oaktsamhet anses vara en mindre klandervärd form av oaktsamhet där gärningspersonen faktiskt inte insett risken för att omständigheten förelåg.²⁹ Överfört till situationen i stycket ovan skulle situationen alltså vara den att gärningspersonen inte insett att den andra personen inte medverkade frivilligt, men förutsättningarna var sådana att gärningspersonen borde insett risken för att omständigheten förelåg. Vad som anses vara omedveten oaktsamhet kan variera från person till person och bedömningen ska göras med gärningspersonens ålder, erfarenhet etcetera i åtanke. Bedömningen ska utgå ifrån vad gärningspersonen kunde ha gjort för att komma till insikt om omständigheten förelåg men också huruvida detta hade hjälpt att klargöra osäkerhetsmomentet.³⁰

3.2 Bedömningen av grov oaktsamhet vid oaktsam våldtäkt

Det finns ingen generell definition för vad som utgör oaktsamhet, men ibland kan en särskild definition föreligga för ett specifikt brott.³¹ För oaktsam våldtäkt finns ingen sådan definition, vad som är att betrakta som oaktsamt får istället bedömas med hjälp av andra rättskällor. Detta är i stor utsträckning vad uppsatsen syftar till att utreda. Vägledning som kan utläsas ur praxis kommer redovisas nedan. I förarbetena finns viss vägledning kring hur oaktsamhet ska uppfattas vid oaktsam våldtäkt. Inledningsvis kan konstateras att det enbart är handlingar som är att bedöma som grovt oaktsamma som kriminaliserats. Handlingar som utförts med medveten oaktsamhet anses i regel ha utförts med grov oaktsamhet.³²

²⁹ Se Asp, Ulväng & Jareborg s. 315.

³⁰ Jfr NJA 2011 s. 725.

³¹ Jfr exempelvis 1 § Trafikbrottslagen.

³² Se prop. 2017/18:177 s. 84 f.

Vid avgörandet av när en gärningsperson ska anses ha varit medvetet oaktsam vid oaktsam våldtäkt hänvisas det i propositionen till bedömningen av huruvida gärningspersonen haft likgiltighetsuppsåt. Frågan om vad som kan utgöra likgiltighetsuppsåt behandlas relativt kortfattat. Exemplet som presenteras i propositionen för när likgiltighetsuppsåt kan föreligga är då den andra personen ändrar sitt beteende och går från att aktivt delta till att bli passiv.³³

Omedveten oaktsamhet ska även i vissa situationer kunna anses vara grovt oaktsamt. Enligt uttalande i propositionen finns det en skyldighet att kontrollera frivilligheten närmare och att denna skyldighet varierar beroende på vilka tecken som funnits vid tillfället på att deltagandet inte varit frivilligt. Gärningspersonen har ett ansvar att fundera över om den andra personen befinner sig i en särskilt utsatt situation så som att denne varit mycket berusad. Straffansvar ska dock bara vara aktuellt då det vid tidpunkten funnits starka skäl för gärningspersonen att kontrollera frivilligheten närmare.³⁴

4. Praktisk tillämpning av grov oaktsamhetsrekvisitet i Högsta domstolen

4.1 Allmänt om avgörandena från Högsta domstolen

Oaktsam våldtäkt har behandlats i fyra avgöranden från Högsta domstolen men endast två avser bedömningen av grov oaktsamhet. För den här

³³ Se prop. 2017/18:177 s. 83 ff.

³⁴ Ibid. s. 85.

uppsatsen är det NJA 2019 s. 668 och NJA 2022 s. 237 som studerats närmare då dessa innehåller en bedömning av vad som utgör grov oaktsamhet i den här kontexten. NJA 2019 s. 1064 behandlar ersättningsnivåerna till målsägande vid oaktsam våldtäkt och NJA 2021 s. 536 klargör huruvida oaktsam våldtäkt är ett artbrott. Dessa avgöranden behandlas inte närmare i uppsatsen.

4.2 NJA 2019 s. 668

Händelsen som målet handlar om inträffade när den tilltalade S-E.B. besökte målsäganden för att sova över sedan de tidigare haft kontakt via sociala medier. Innan besöket hade målsäganden förklarat att hon inte ville ha sex med S-E.B. vid tillfället, vilket den tilltalade bekräftat att han förstod.

I sina berättelser om händelsen är de båda överens om det generella händelseförloppet där S-E.B. börjat beröra målsäganden genom att föra in sina fingrar i hennes vagina och därefter genomfört ett vaginalt samlag med henne medan hon varit passiv. S-E.B. har uppgett att han inte mottagit några särskilda signaler från målsäganden utan fortsatt då hon inte gjort några invändningar. Deras berättelser skilde sig åt på en punkt som blev central för bedömningen av hur handlingen skulle rubriceras. Detta var hur samlaget avslutats. Målsäganden menade att samlaget avslutats med att S-E.B. fått utlösning medan S-E.B. menade att han avslutat samlaget då han blivit osäker på huruvida målsäganden faktiskt ville delta.

I Högsta domstolen döms S-E.B. för oaktsam våldtäkt istället för, som i underrätterna, våldtäkt. Domstolen konstaterar inledningsvis att passivitet enligt propositionen kan vara ett uttryck för såväl frivilligt som ofrivilligt deltagande och att en närmare bedömning av vad passiviteten innebär därför behöver ske i det enskilda fallet. Det faktum att S-E.B. inte närmare kontrollerat vad målsäganden velat när hon varit passiv innebär därför inte att han kan anses ha varit likgiltig inför risken att hon inte deltog frivilligt.

Högsta domstolen anser att S-E.B.:s version om att han avslutat samlaget då han blivit osäker på om målsägande deltog frivilligt inte är motbevisat. S-E.B. bör i och med detta inte anses varit likgiltig inför risken att hon inte medverkade frivilligt eftersom han slutat när han blivit tveksam.

Trots att domstolen inte anser att S-E.B. varit likgiltig inför risken att målsäganden inte deltog frivilligt menar domstolen att han varit medveten om att risken för detta varit ansenlig. Detta beror på målsägandens passivitet, att hon tidigare förklarat att hon inte ville ha sex med honom samt att han själv uppgett att inget skett mellan dem som fått honom att tro att hon ändrat sig. S-E.B. har därför varit medvetet oaktsam, vilket i regel anses vara grov oaktsamhet. Avgörandet är framför allt viktigt för tolkningen av passivitet och vägledande i bedömningen av grov oaktsamhet jämfört med likgiltighetsuppsåt.

4.3. NJA 2022 s. 237

I det andra rättsfallet från Högsta domstolen har den tilltalade H.N. och målsäganden haft en vänskapsrelation där en del av relationen utgjorts av sexuell samvaro. Målsäganden har berättat att hon och H.N. haft sex två gånger under kvällen och därefter gått och lagt sig tillsammans. Vid ett tillfälle under de tidigare samlagen tog H.N. stryptag på målsäganden, men slutade då målsäganden genom beröring indikerat att hon inte tyckte om det.

Under natten har målsägande vaknat av att H.N. först fört hennes hand och därefter hennes huvud till hans könsorgan. H.N. har därefter genom att hålla handen på hennes huvud och i hennes hår fått henne att utföra oralsex på honom medan målsäganden hållit sig passiv och försökt dra upp huvudet när H.N. lättat på greppet. H.N. har därefter genomfört ett vaginalt samlag med målsägande som fortsatt vara passiv. Målsägande har beskrivit att H.N. ska ha betett sig aggressivt under händelsen, vilket hon inte upplevt tidigare i deras relation.

H.N. har inte gjort några invändningar mot målsägandens händelsebeskrivning utan uppgett att han varit mycket berusad vid tillfället, men aldrig menat att göra något mot målsägandens vilja. Åklagaren och målsäganden har vid huvudförhandlingen i Högsta domstolen anslutit sig till H.N.:s utsaga om att han varken insett eller misstänkt att målsäganden inte medverkade frivilligt. Bedömningen i Högsta domstolen avser således huruvida H.N. varit omedvetet oaktsam till den grad att det utgör grov oaktsamhet.

Inledningsvis konstaterar Högsta domstolen att målsäganden inte medverkat frivilligt och att H.N.:s handlingar under det orala samlaget ska klassificeras som våld i 6 kap. 1 § brottsbalkens mening, vilket medför att medverkan i de sexuella handlingarna aldrig kan anses ha varit frivilligt.³⁵ Högsta domstolen påpekar att omedveten oaktsamhet kan utgöra grov oaktsamhet, men att det för straffansvar krävs att handlingarna varit "påfallande klandervärda". Vidare menar domstolen att målsägandens passivitet och det våld som H.N. behövt utöva borde uppfattats av honom som tecken på att målsäganden inte deltagit frivilligt. Samtidigt påpekar domstolen att det inte funnits någon annan indikation från målsäganden såsom när H.N. tidigare tog strypgrepp på henne. Detta i kombination med hur båda parter beskrivit deras sexuella relation och kontakt i övrigt innebär att Högsta domstolen inte anser att H.N. varit omedvetet oaktsam i den grad att det ska bedömas som grovt och därmed inte tillräckligt för att han ska dömas för oaktsam våldtäkt. Avgörandet är framför allt viktigt för bedömningen av när omedveten oaktsamhet kan vara oaktsam våldtäkt.

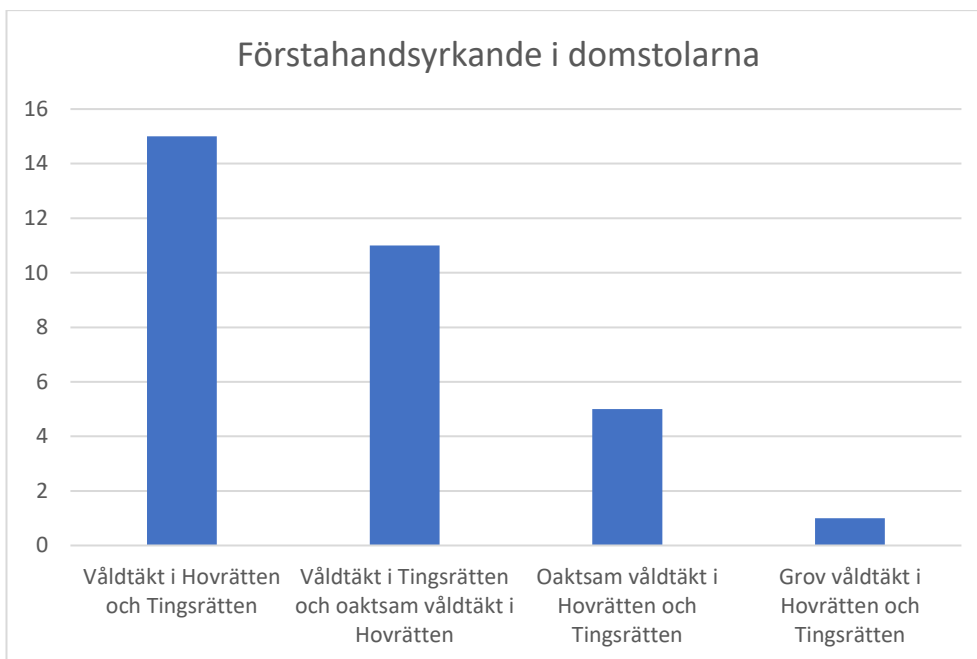
³⁵ Jfr 6 kap. 1 § 1 st. 1 p. brottsbalken.

5. Praktisk tillämpning av grov oaktsamhetsrekvisitet i hovrätterna

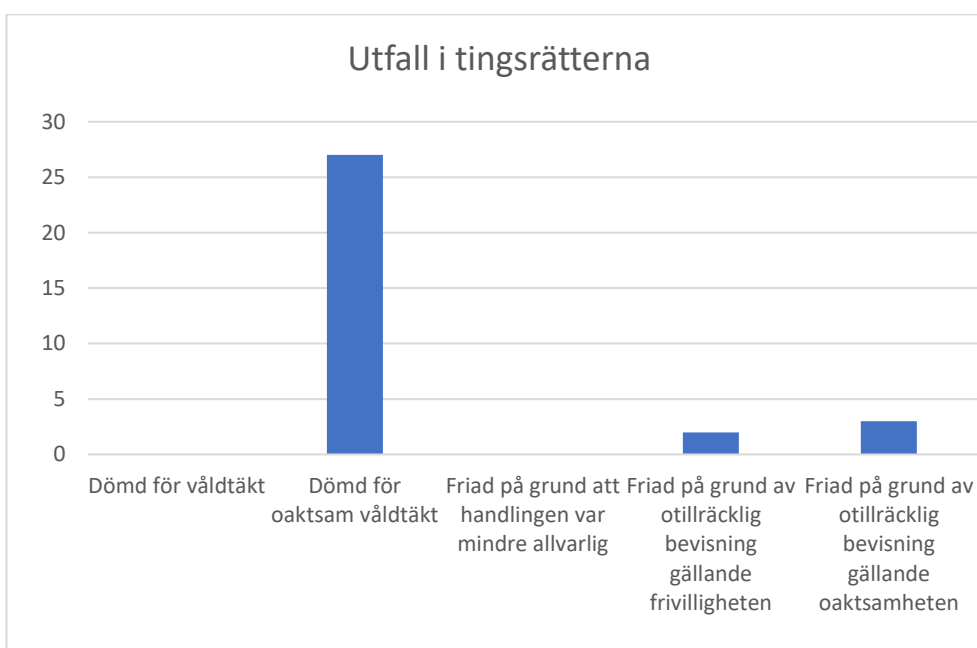
5.1 Allmänt om avgörandena

Inledningsvis följer här en presentation av avgörandena från hovrätterna i allmänhet för att ge en bredare bild av hur rättsfallen som gäller oaktsam våldtäkt behandlats i hovrätterna. I avgörandena som har analyserats har den tilltalade och målsäganden i de allra flesta fall varit överens om att det har förekommit sexuell kontakt mellan dem i form av samlag eller annan sexuell handling jämförbart med samlag. Bevisningen består i majoriteten av målen av uppgifter från målsäganden och personer som hon anförtrott sig till efter händelsen.³⁶ I en del av målen föreligger även medicinska intyg på skador som målsäganden haft. Sammanställningarna nedan visar vilka brott de tilltalade varit åtalade för, brottsrubriceringen i tingsrätterna respektive brottsrubriceringen i hovrätterna:

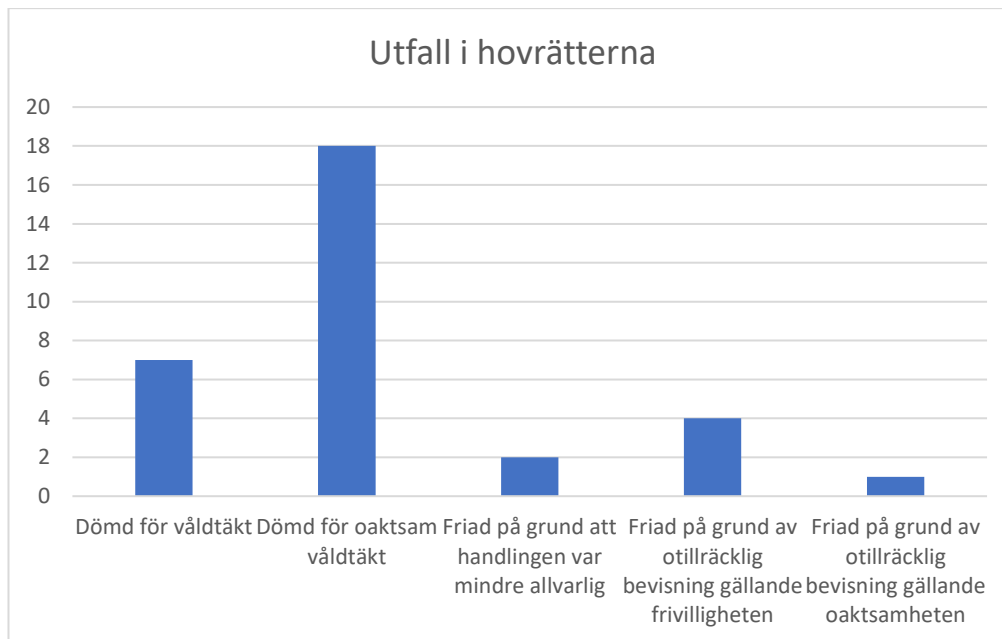
³⁶ Jfr. Brå (2020) s. 42 – Motsvarar den lägsta nivån för bevisning i undersökningen.



Förstahandsyrkande i åtalet (gäller endast de mål som prövats i hovrätt och därmed är en del av undersökningen).



Utfall efter tingsrätternas prövning (gäller endast de mål som prövats i hovrätt och därmed utgör en del av undersökningen).



Utfall efter hovrätternas prövning

Av sammanställningen ovan framgår att grunden för en friande dom vid flera tillfällen bedömts annorlunda av hovrätterna än i tingsrätterna och även att hovrätterna i högre utsträckning bedömer händelserna som våldtäkt med uppsåt än som oaktsam våldtäkt. Det första av stapeldiagrammen visar även att förstahandsyrkandet i flera mål ändrats vid förhandlingen i hovrätten vilket medför att bedömningen av om den tilltalade ska dömas till våldtäkt inte alltid görs i hovrätten när detta prövats i tingsrätten.

I målen som undersökts har tingsrätternas dom ändrats i cirka 66 procent av fallen. I cirka 44 procent av målen har en ändring företagits gällande skuld- eller rubriceringsfrågan. Detta kan jämföras med en undersökning som genomfördes av Svea hovrätt avseende domstolens egna prövningar i brottmål, av vilken framgår att ändringsfrekvensen var 44 procent totalt och 22 procent för ändringar som avsåg skuld- eller rubriceringsfrågan specifikt.³⁷

Av stapeldiagrammen ovan kan konstateras att den vanligaste ändringen när tingsrättsdomar överprövas av hovrätt är att brottsrubriceringen ändras från

³⁷Östling (2015) s. 5-10.

oaktsam våldtäkt till våldtäkt med uppsåt. Inget av de granskade avgörandena behandlar omedveten oaktsamhet, utan samtliga avser medveten oaktsamhet. Nedan granskas några av hovrättsavgörandena närmare i syfte att utreda den övre respektive undre gränsen för oaktsamheten.

5.2 Likgiltig eller oaktsam?

I Hovrätten för Västra Sveriges dom den 17 mars 2020 i mål B 5399-19 var den tilltalade J.M. och målsäganden nära vänner och vid det aktuella tillfället skulle J.M. sova över hos målsägande. Innan träffen hade målsägande sagt att hon inte ville ha sex med J.M. Under träffen hade J.M. och målsägande viss sexuell kontakt, men denna avbröts på målsägandens initiativ och de gick och la sig ihop i en skedposition. Under natten vaknade målsäganden vid fyra tillfällen av att J.M. börjat genomföra samlag med henne. Målsäganden var passiv under samtliga tillfällen och låtsades sova.

Hovrätten ansåg det här bevisat att målsäganden inte deltagit frivilligt och att hon i vart fall inledningsvis under samlagen sovit. Detta tillsammans med att målsäganden varit passiv samt att målsäganden innan träffen uttryckt att hon inte ville ha sex med J.M. medför att rätten anser att J.M. varit medvetet oaktsam när han genomfört samlagen med målsäganden. J.M. har dock invänt att han känner målsäganden väl och vet att hon är lättväckt och att han därför aldrig misstänkt att hon sovit. Den andra delen av hovrättens prövning avsåg frågan huruvida J.M. varit likgiltig inför det faktum att målsägande inte deltagit frivilligt. Detta ansågs inte vara bevisat. Hovrätten bedömer att J.M. i vart fall inte medvetet utnyttjat målsägandens utsatta situation³⁸ eftersom hans bedömning var att hon omöjligen kan ha sovit. Vidare tar hovrätten i beaktande att J.M. tidigare under kvällen avslutat deras sexuella kontakt på målsägandens begäran. J.M. ansågs därmed inte ha varit likgiltig utan istället medvetet oaktsam och dömdes således för oaktsam våldtäkt.

³⁸ Jfr 6 kap. 1 § 1 st. 2 p. brottsbalken.

I Hovrätten för Nedre Norrland dom den 16 februari 2021 i mål B 5399-19 har den tilltalade K.J. ansetts ha haft likgiltighets uppsåt och till skillnad från tingsrätten har hovrätten därmed dömt honom för våldtäkt. Den aktuella händelsen inträffade när målsäganden, som inte kände K.J. sedan tidigare, besökte en sexbutik där denne arbetade. K.J. började ställa målsäganden frågor om hennes sexliv, stängde butiken och fick målsäganden att utföra ett oralt samlag på honom. Målsäganden har under hela tiden varit passiv och svarat kort på frågor hon fått från K.J. I bedömningen av uppsåt har hovrätten vänt på frågan om samlaget var frivilligt genom att konstatera att det inte fanns något som tydde på att målsäganden ville ha samlag med K.J. Här konstaterar hovrätten att parterna i målet inte hade någon tidigare relation, att målsäganden varit passiv under hela händelsen och påpekar den betydande ålderskillnaden mellan K.J. och målsäganden, vilket enligt hovrätten medför att K.J. måste ha insett att målsäganden inte medverkat frivilligt. Dessa omständigheter i sig ansågs tillräckliga i detta fall för att K.J. skulle ansetts ha haft insikts uppsåt och dömas för våldtäkt.

I Göta hovrätts dom den 10 juni 2020 i mål B 3065-19, härefter "Campingfallet", och Hovrätten för Västra Sveriges dom den 10 september 2020 i mål B 4219-20, härefter "Hockeykillarna", förelåg en rad liknande omständigheter som var av betydelse för bedömningen av om de tilltalade haft uppsåt. Trots likheterna har den tilltalade i Campingfallet dömts för våldtäkt medan de tilltalade i Hockeykillarna dömts för oaktsam våldtäkt. I båda rättsfallen har målsägandena uttryckt att de velat lämna platsen för övergreppen, varit berusade, gråtut och förhållit sig passiva under händelserna men inte uttryckligen sagt nej till de sexuella kontakterna. De tilltalade i båda målen har varit aggressiva och aktivt placerat målsägandena i olika positioner. I båda målen har målsägandens berättelse lagts till grund för hovrätternas bedömning. De har båda ansetts trovärdiga och tillförlitliga medan de tilltalade i målen lämnat berättelser som är oförenliga med målsägandens och enligt hovrätterna varken trovärdiga eller tillförlitliga.

I båda målen anses omständigheterna som angivits ovan vara tillräckliga för att de tilltalade ska anses ha varit medvetet oaktsamma. I Campingfallet har hovrätten gjort bedömningen att omständigheterna varit så försvårande för den tilltalade J.J. att han ska anses ha varit likgiltig för det faktum att målsäganden inte deltagit frivilligt. I Hockeykillarna görs en liknande bedömning men här vägs även in att övergreppen avslutats i och med att en av de tilltalade tagit fram en mobiltelefon och målsäganden då ifrågasatt att händelsen filmades. Hovrätten anser att eftersom de tilltalade lyssnat på målsäganden i detta avseende är det inte bevisat att de varit likgiltiga för att hon inte deltog frivilligt. Särskilt intressant med hovrättens bedömning här är att målsäganden i Campingfallet på ett liknande vis protesterat mot att händelsen skulle filmas när J.J. tog upp sin mobiltelefon och att J.J. då lagt ned mobiltelefonen igen. I Campingfallet nämns omständigheten inte alls i hovrättens domskäl medan den får stor betydelse för hovrättens bedömning i Hockeykillarna.

5.3 Oaktsam eller inte?

Inledningsvis ska Svea hovrätts dom från den 3 december 2021 i mål B 12216-19 behandlas då det är det enda rättsfall som funnits med i undersökningsmaterialet där den tilltalade friats eftersom denne inte ansetts oaktsam. Den tilltalade M.S.G. hade träffat målsägande för första gången på en fest och de har därefter tillsammans gått hem till henne och haft samlag. M.S.G. och målsägande gick därefter och la sig i en skedposition för att sova. I sin berättelse har målsäganden uppgett att hon varit trött och ville sova, vilket hon markerat genom att ta bort M.S.G.:s hand när han berört henne och därefter gått upp för att ta på sig byxor när M.S.G. likväl fortsatt. M.S.G. har istället uppgett att de lagt sig i "skedposition" för att fortsätta samlaget och inte för att sova, vilket båda tydligt visat med sina kroppsspråk. Han tillbakavisade även målsägandens uppgift att hon tagit bort hans händer eller lämnat sängen. De är överens om att M.S.G. genomfört ett vaginalt samlag med målsäganden i skedpositionen där

målsäganden varit passiv. Målsäganden menar att hon sovit när detta påbörjats.

Hovrätten väljer i det här fallet inte att lägga hela målsägandens beskrivning som grund för bedömningen utan menar att det är visat att hon inledningsvis sovit men inte att hon avvisat M.S.G. genom att ta bort hans händer eller tagit på sig byxor såsom hon beskrivit. Hovrätten menar att respektive versioner därefter är förenliga med varandra då M.S.G. kan ha genomfört samlaget utan att märka att målsäganden somnat då hennes ansikte varit vänt från honom. Hovrätten anser inte heller att hennes passivitet i sig själv medfört att M.S.G. varit grovt oaktsam.

I andra rättsfall från hovrätterna förefaller det finnas utrymme att tolka passivitet som tillräckligt uttryck för att deltagande inte är frivilligt. Detta är fallet i Hovrätten för Västra Sveriges dom den 13 september 2021 i mål B 235-19 och Göta hovrätts dom den 6 februari 2020 i mål B 235-19 där de tilltalade fälls för oaktsam våldtäkt och där bedömningen av huruvida de tilltalade varit grovt oaktsamma framför allt grundar sig i att målsägandena varit passiva. Det finns vissa likheter mellan dessa mål och omständigheterna i Svea hovrätts dom som beskrivits ovan. Dessa inkluderar att tilltalade varit betydligt mer drivande och att det var första gången de tilltalade träffade målsägandena. Några viktiga skillnader är dock att samlagen de tilltalade dömts för inletts en kort tid efter att de tilltalade träffat målsägandena och att de inte föregåtts av andra frivilliga sexuella kontakter. I fallet som behandlats av Göta hovrätt har målsägande även uttryckligen sagt till den tilltalade innan de träffats att hon inte ville ha sex, vilket Hovrätten också tar hänsyn till i sin bedömning då detta skärper undersökningsplikten av frivilligheten för den tilltalade.

I rättsfallet som behandlas i Svea hovrätts dom från den 30 mars 2020 i mål B 8401-20 var den tilltalade A.D. och målsäganden överens om att målsäganden i vart fall i stor utsträckning hållit sig passiv vid händelsen. Här bedömer hovrätten att detta i kombination med andra faktorer i den specifika situationen gör att den tilltalade anses ha agerat grovt oaktsamt

utan att göra en närmare bedömning av hur detta förhåller sig till likgiltighetsuppsåt. Här fäster hovrätten särskild vikt vid att A.D. träffat målsäganden för första gången vid tillfället och då genom att hon var partner till en nära släkting till honom liksom att den sexuella kontakten inte föregåtts av någon romantisk eller sexuell stämning mellan dem. Situationen i sig ansågs alltså tillräckligt försvårande för att A.D. skulle anses ha varit grovt oaktsam. Åklagaren hade inte yrkat på ansvar för våldtäkt, vilket medförde att någon bedömning av huruvida A.D. varit likgiltig inte förekom.

6. Analys

Inledningsvis bör nämnas att avgörandena som uppsatsen utgår ifrån granskats gemensamt utan någon ingående analys av huruvida det skett en förändring av oaktsamhetsrekvisitets tolkning över tid. Detta beror på att brottet oaktsam våldtäkt funnits under en relativt kort tid och möjligen på grund av detta har ingen tydlig förändring kunnat identifieras under arbetet. I förarbetena har viss kritik förekommit mot att kravet på frivilligt deltagande införts samtidigt då detta befarats försvåra oaktsamhetsbedömningen. I undersökningen har detta under alla förhållanden inte framstått som ett problem då bedömningen sker separat och i endast fyra av undersökningens totalt 34 avgöranden har en frikännande dom varit en följd av bristande bevisning i frågan huruvida den utsatta deltagit frivilligt. I analysen som följer nedan kommer formerna för oaktsamhet diskuteras var för sig i syfte att klargöra när dessa kan utgöra grov oaktsamhet enligt bestämmelsen om oaktsam våldtäkt. Analysen avslutas därefter med en diskussion huruvida bedömningen av grov oaktsamhet är förenlig med principerna om förutsebarhet och likabehandling.

6.1 Bedömningen av oaktsamhet

Medveten oaktsamhet ska som huvudregel uppfattas som grov oaktsamhet enligt både förarbetena och praxis från Högsta domstolen (se NJA 2019 s. 668). Möjligen kan en viss skillnad iaktas mellan förarbetena och rättstillämpningen i hovrätterna när det gäller frågan vad som utgör grov oaktsamhet. I förarbetena ges, som beskrivits ovan, som exempel på likgiltighetsuppsåt situationen att någon ändrar sitt beteende från aktivt deltagande till att bli passiv under den sexuella kontakten. I avgörandena som har behandlats är det bara i den friande domen "skedpositionen" en sådan beteendeförändring kan sägas ha ägt rum. Avgöranden där det vid andra tillfällen funnits frivillig sexuell kontakt med aktivt deltagande men där målsäganden hållit sig passiv vid den aktuella händelsen är dock flera. Av avgörandena som behandlats ovan har så varit fallet i till exempel Hovrätten för Västra Sveriges dom i mål B 5399-19.

Oaktsamhetsbedömningen innebär en analys av vad den tilltalade insett och tänkt om risken vid den aktuella händelsen. Vad en person tänkt vid ett visst tillfälle är givetvis svårt att definitivt konstatera. Domstolarna resonerar därför om vad den tilltalade "måste" eller "får anses" ha insett om risken för att frivillighet inte förelåg. Här uppstår viss tolkningsproblematik i och med att passivitet, som varit den absolut vanligaste reaktionen bland målsägandena i samtliga rättsfall som granskats, enligt förarbetena kan tolkas som ett uttryck både för frivilligt deltagande och för att deltagandet inte varit frivilligt. Detta medför att en bedömning av vad passiviteten inneburit och vad den tilltalade tolkat in i denna alltid måste göras i det enskilda fallet.

Vid bedömningen av hur passivitet ska tolkas i förhållande till den tilltalades medvetna oaktsamhet har följande omständigheter varit viktiga i domstolarna: relation sedan tidigare, stämningen mellan den tilltalade och målsäganden och situationen de befunnit sig i liksom huruvida målsäganden tidigare uttryckt att hon inte varit intresserad av sexuellt umgänge. I några avgöranden där det inte funnits något som indikerat att situationen kunnat uppfattas ha en romantisk kontext har dessa omständigheter tillsammans med målsägandens passivitet ansetts tillräckligt för att den tilltalade måste

ha insett risken för att målsägande inte medverkade frivilligt. Så var fallet i både i Svea hovrätts mål B 8401-20 och Hovrätten för Nedre Norrlands mål B 4219-20.

Trots att frivillighet ska bedömas utifrån det aktuella tillfället finns möjlighet att, som Högsta domstolen gjort i NJA 2019 s. 668, beakta om målsäganden tidigare uttryckt att hon inte vill ha sexuellt umgänge med den tilltalade. Detta betraktas då framför allt som en omständighet som skärper bedömningen av vad de tilltalade måste ha insett om risken för att målsäganden inte deltog frivilligt. Vid bedömningen av huruvida den tilltalade varit likgiltig inför risken för att målsäganden inte deltagit frivilligt har det stor betydelse om den tilltalade lyssnat på målsäganden i något annat avseende under den sexuella kontakten eller vid tidigare sexuell kontakt. I exempelvis rättsfallet som ovan benämns som "Campingfallet" fick detta dock ingen betydelse för bedömningen av likgiltigheten.

Det finns dessvärre inte lika mycket att säga om när omedveten oaktsamhet utgör grov oaktsamhet, eftersom endast ett avgörande i uppsatsen har behandlat detta. Det begränsade antalet avgöranden medför även att det får anses troligt att få åtal gällande oaktsam våldtäkt avser handlingar som utförts med omedveten oaktsamhet. Domstolen ska vid omedveten oaktsamhet inte avgöra vad den tilltalade tänkte vid händelsen utan vad denne borde ha tänkt om risken för att målsäganden inte deltog frivilligt. Detta får anses vara ännu svårare än vid medveten oaktsamhet då bedömningen fortfarande ska vara anpassad efter den enskilda individen.

I rättsfallet som behandlar omedveten oaktsamhet, NJA 2022 s. 237, har det funnits flera försvårande inslag för den tilltalade såsom våldsanvändningen, överrumplandet av målsäganden och att målsäganden varit passiv under hela händelsen. Domstolens redogörelse för sin bedömning i frågan huruvida den tilltalade varit grovt oaktsam är relativt kortfattad. Helt avgörande betydelse har varit den tilltalade och målsägandens relation inom vilken målsäganden under tidigare sexuella kontakter, med framgång, kunnat motsätta sig den tilltalades agerande.

Om det inte funnits en tidigare relation verkar det inte enligt domskälen som att den tilltalade hade friats då hans utrymme för att misstolka målsägandens signaler hade varit betydligt mindre. Det är dock svårt att tänka sig, på grund av de försvårande omständigheterna som angetts ovan, att om den tilltalade handlat som han gjort mot en annan person som han inte hade en relation med att det endast skulle anses ha varit omedveten oaktsamhet. Rättsfallets betydelse då målsäganden och den tilltalade inte har en relation sedan tidigare får på grund av detta och då redogörelsen för oaktsamhetsbedömningen är mycket kortfattad anses vara begränsad vid bedömning av om den tilltalade varit omedvetet oaktsam. Vad som däremot kan utläsas ur rättsfallet är att tröskeln är hög för när omedveten oaktsamhet ska anses utgöra grov oaktsamhet. I förarbetena markeras det visserligen att långt ifrån allt agerande där ytterligare efterforskning av frivilligheten i efterhand kan anses ha varit befogad ska innebära straffansvar. Det poängteras istället att det ska ha funnits starka skäl att överväga huruvida den andra deltagit frivilligt.

6.2 Lagstiftningen ur ett rättssäkerhetsperspektiv

I bedömningen av hur kravet på grov oaktsamhet i 6 kap. 1 a § brottsbalken förhåller sig till de allmänna kraven vid kriminalisering som innebär att lagstiftningen ska vara förutsägbar och behandla liknande fall på samma sätt kan följande diskuteras. När överrätterna har behandlat oaktsam våldtäkt har ändringsfrekvensen varit hög. I hovrätterna var ändringsfrekvensen i skuld- eller rubriceringsfrågan något under 50 procent medan en ändring sker i båda rättsfallen som Högsta domstolen behandlat. Detta i sig tyder på att det finns viss gränsdragningsproblematik för hur grov oaktsamhet ska tolkas eftersom uppfattningen inom domstolarna verkar skilja sig åt i relativt hög utsträckning.

Särskilt gränsdragningen mellan likgiltighetsuppsåt och medveten oaktsamhet kan, enligt min mening, ibland framstå som godtycklig då vissa detaljer får oväntat stor betydelse för bedömningen. Detta är allra tydligast när man ser till hur stor betydelse det fått i vissa avgöranden att den tilltalade respekterat målsägandens vilja i något annat avseende. Här har domstolarna emellanåt tillmätt detta stor betydelse och ibland har omständigheten inte beaktats alls. Det kan även ifrågasättas huruvida omständigheten verkligen talar emot likgiltighet inför möjligheten att målsäganden inte deltagit frivilligt. Det får anses finnas en viss skillnad i att vara likgiltig inför att genomföra en handling mot någons passiva vilja jämfört med att genomföra handlingen mot dennes aktiva verbala eller fysiska motstånd. Här uppstår givetvis även tolkningssvårigheter beträffande hur den tilltalades handlingar ska uppfattas i det enskilda fallet.

6.3 Avslutande synpunkter

Sammanfattningsvis är det min uppfattning att det finns svårigheter i gränsdragningen i hur grov oaktsamhet ska bedömas gällande oaktsam våldtäkt. Detta innebär också att det inte är helt tydligt att förutse hur rättstillämpningen kommer att ske i praktiken. Problematiken gör sig gällande beträffande såväl den övre som den nedre gränsen för grov oaktsamhet. Det föreligger även stor risk att likartade fall inte leder till samma rättsliga följd i praktiken. Exempel har presenterats i uppsatsen där två rättsfall med liknande omständigheter slutat i olika brottsrubricering eller bedömning i skuldfrågan. Liknande exempel med olika behandling av lika fall kan säkerligen påträffas för majoriteten av alla brott om de eftersöks då en fullkomligt enhetlig rättstillämpning i alla situationer framstår som mycket svåruppnåelig. Likväl är exemplen som återfinns i uppsatsen flertaliga trots att antalet avgöranden varit begränsade. Detta i kombination med den höga ändringsfrekvens som föreligger generellt och att det är fråga om ett mycket allvarligt brott medför att det måste anses finnas ett problem ur en förutsägbarhetssynvinkel.

Lagstiftning, förarbeten och andra rättskällor kan omöjligen utformas för att omfatta alla tänkbara situationer på ett tillfredsställande sätt. Ett sätt att skapa en mer enhetlig bedömningsgrund för vad som utgör grov oaktsamhet hade givetvis varit att utöka praxis med fler avgöranden. Detta efterlystes också av såväl domare som försvarsadvokater i samband med Brå:s utredning. NJA 2022 s. 237 som tillkommit sedan utredningen behandlar omedveten oaktsamhet - en oaktsamhetsform som endast berörs i ett fåtal av de i övrigt redovisade avgörandena - och händelsen som rättsfallet avser innebär också att det finns en svårighet att tillämpa avgörandet i andra situationer. Följaktligen föreligger alltså ett behov av mer vägledning i form av praxis men även doktrin på området framöver.

Uppsatsen har syftat till att klargöra hur grov oaktsamhet ska uppfattas vid oaktsam våldtäkt idag och vilka omständigheter som är av särskilt stor betydelse vid denna bedömning. Avslutningsvis kan konstateras att flera omständigheter och faktorer som har stor betydelse i bedömningen av grov oaktsamhet vid oaktsam våldtäkt har identifierats trots den tolkningsproblematik som påvisats. För att uppnå en rättssäker rättstillämpning och förhindra en godtycklig gränsdragning mellan våldtäkt och oaktsam våldtäkt liksom oaktsam våldtäkt och icke kriminaliserat handlande är ytterligare vägledning ur rättskällorna en nödvändighet.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Prop. 2004/05:45 En ny sexualbrottslagstiftning.

Prop. 2012/13:111 En skärpt sexualbrottslagstiftning.

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

Litteratur

Asp, Petter (2010), *Sex och samtycke*. Iustus förlag.

Asp, Petter, Ulväng, Magnus, Jareborg, Nils (2013), *Kriminalrättens grunder*, 2 upplagan, Iustus förlag.

Brottsförebyggande rådet (2020), *Den nya samtyckeslagen i praktiken - En uppföljning av 2018 års förändringar av lagreglerna rörande våldtäkt*, Rapport 2020:6, tillgänglig på <https://bra.se/publikationer/arkiv/publikationer/2020-06-15-den-nya-samtyckeslagen-i-praktiken.html> (besökt 2023-04-15).

Ekelöf, Per Olof, Andersson, Simon, Bellander, Henrik, Bylund, Torleif, Edelstam, Henrik och Pauli, Mikael (2018), *Rättegång – tredje häftet*. 8 upplagan, Norstedts juridik.

Leijonhufvud, Madeleine (2008), *Samtyckesutredningen- Lagskydd för den sexuella integriteten*. Thomson förlag.

Möller, Anna, Söndergaard, Hans Peter, Helström, Lotti (2017), *Tonic immobility during sexual assault- a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression*. Acta Obstet Gynecol

Scandinavia, vol. 96 nr 8, s. 932–938, tillgänglig på
<<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/28589545/>> (besökt 2023-04-17).

Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.) (2018), *Juridisk metodlära*. 2 upplagan, Studentlitteratur.

Östling, Maria (2015), *Undersökning av ändringsfrekvensen i brottmål i Svea hovrätt under perioden 1 januari – 30 april 2015*. Svea hovrätt, tillgänglig på

<https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/svea_hovratt/undersokning_av_andringsfrekvensen_brottmal_2015.pdf> (besökt 2023-04-22).

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 2011 s. 725.

NJA 2019 s. 668.

NJA 2019 s. 1064.

NJA 2021 s. 536.

NJA 2022 s. 237.

Hovrätten för Nedre Norrland

Dom den 16 februari 2021 i mål nr B 233-20.

Dom den 10 juni 2022 i mål nr B 692-22.

Dom den 21 december 2022 i mål nr B 1269-21.

Svea hovrätt

Dom den 17 december 2019 i mål nr B 10955-19.

Dom den 30 mars 2020 i mål nr B 9857-19.

Dom den 9 december 2020 i mål nr B 8401-20.

Dom den 7 april 2021 i mål nr B 474-21.

Dom den 5 oktober 2021 i mål nr B 14751-20.

Dom den 3 december 2021 i mål nr B 12216-19.

Dom den 20 maj 2022 i mål nr B 11609-21.

Dom den 23 juni 2022 i mål nr B 426-22.

Dom den 31 januari 2023 i mål nr B 3046-22.

Dom den 5 april 2023 i mål nr B 1736-23

Göta hovrätt

Dom den 15 oktober 2019 i mål nr B 809-19.

Dom den 6 februari 2020 i mål nr B 2635-19.

Dom den 10 juni 2020 i mål nr B 3065-19.

Dom den 28 juni 2021 i mål nr B 4163-20.

Dom den 26 oktober 2022 i mål nr B 305-22.

Dom den 8 februari 2023 i mål nr B 2636-22.

Hovrätten för Västra Sverige

Dom den 3 februari 2020 i mål nr B 3728-19.

Dom den 17 mars 2020 i mål nr B 5399-19.

Dom den 10 september 2020 i mål nr B 4219-20.

Dom den 18 september 2020 i mål nr B 2589-20.

Dom den 28 oktober 2020 i mål nr B 3583-20.

Dom den 29 mars 2021 i mål nr B 1583-21.

Dom den 13 september 2021 i mål nr B 2461-21.

Dom den 29 oktober 2021 i mål nr B 1219-21.

Dom den 5 oktober 2022 i mål nr B 4901-22.

Hovrätten över Skåne och Blekinge

Dom den 4 maj 2020 i mål nr B 849-20.

Dom den 9 februari 2021 i mål nr B 3117-20.

Dom den 22 september 2021 i mål nr B 1831-21.

Dom den 26 september 2022 i mål nr B 2686-21.